ISSN 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

OCAK-ŞUBAT / JANUARY-FEBRUARY: 2017 YIL/YEAR: 29 SAYI/ISSUE: 128

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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.

OCAK-ŞUBAT / JANUARY-FEBRUARY: 2017 **YIL/YEAR: 29** **SAYI/ISSUE: 128**

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

Yayından 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 Pekcanıtez
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.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

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 : 04. 01. 2017

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 makal**e ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece** *eser adı İtalik* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

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

5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**

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

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 Dağıtımı Yönetmeliği" çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Çiğdem ÇIMRIN
Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü/ On Positive Obligations of the States Regarding the Freedom of Assembly and Demonstration

39 Yasin AYDOĞDU
Türk Hukukunda Siyasi Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu/Political Rights in Turkish Law and Crime of Preventing the Use of Political Rights

73 Gökhan Yaşar DURAN
Askerî Ceza Hukukunda Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı Suçu (Asck M.63) / The Crime of the Evasion of Military Registration, Evasion of Enlistment, and Being Hidden in the Military Criminal Law (Article 63 Of The Mpc)

149 Yaprak ÖNTAN
İstinaf Kanun Yolunda Bozmanın Sirayeti Sorunu/The Problem Regarding the Extensive Effect of the Reversal of Judgement in the Appeal Process

159 Adil Sakran Zine el ABDİN
Birleşik Devlet Modeli Olarak Irak Uygulaması / Iraq's Application as a United State Model

169 Can AZER
KKTC İdari Yargısında İstinafa Genel Bir Bakış / An Overview of the Administrative Appeal System in TRNC

187 Abdullah ÖMERCİOĞLU
Vergi Mahkemesinin Vergi Kabahatleri Bakımından Kısmi Kabul İçeren İdari İşlem Niteliğindeki Kararları / Tax Court Decisions Including Partial Accept on Administrative Act in Terms of Tax Misdemeanors

203 Ebru CEYLAN
Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi / The Importance of Family Home in the New Turkish Civil Law

231 Şafak PARLAK BÖRÜ
Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemle Devri /The Alienation of Ownership for Purpose of Guaranty

273 Emel BADUR / Gamze TURAN BAŞARA
Terörle Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Yeni Bir Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi / A New Annotation on Power of Disposition as Regulated with the Anti-Terrorism Law

307 Barış BAHÇECİ
Ticari Kredilerde Temerrüt Faizi Oranının Sözleşme Eliyle Bankaların İnisiyatifine Bırakılması Sorunu / The Problem of Leaving the Determination of the Default Interest Rate to the Banks via Contracts in Commercial Loans

349 Hasan DURSUN
(Marksist Kuram Açısından) Kapitalist Düzende Ücret ve Kuramın Görüşlerinin Türkiye'deki Asgari Ücrete Yansımaları / (From the Marxian Theory) Wage in the Capitalist System and the Reflection of the Theory's Ideas on the Minimum Wage in Turkey

413 Yavuz YAYLA
Küresel Dünya'da ve Türkiye'de Çocuk İşçiliği: Uluslararası ve Ulusal Yasal Düzenlemeler ve Ampirik Göstergeler / Child Labour in Turkey and Global World: International and National Legislations and Empirical Indicators

437 Can YAVUZ
Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi / Supreme Court of the United States

481 Fatih KESKİN
Temsili Demokrasinin Krizi ve Alternatif Politik Model Arayışı Olarak "5 Yıldız Hareketi" The Crisis of Representative Democracy and the "5 Star Movement" as an Alternative Political Model Search

511 Murat ALTUN/ Ahmet SAYER / Abdulkadir BARUTÇU
Yargı Kararları, Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kararları ve İlgili Mevzuat Perspektifinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) / Psychological Harassment In Workplace (Mobbing) within Judicial Decisions, Decisions of the Council of Ethics for Public Services and Perspective of Relevant Legislati

başkan'dan

Sayın Meslektaşım;

TBMM'de görüşülmeye başlanmış olan Anayasa değişikliği teklifi, ülkemiz ve mesleğimiz için son derece önemli düzenlemeler içermektedir.

Değişiklik teklifini karşılaştırmalı olarak bir tabloya işledik ve bu çalışma için özel olarak hazırlatılan interaktif bir web sitesi aracılığıyla siz değerli meslektaşlarımızın görüşlerine sunduk. Teklifin pek çok maddesine bilgilendirmek amaçlı notlar düştük. Sizden gelecek görüşleri değerlendirip, kendi görüşümüzü oluşturacak ve kamuoyuyla paylaşacağız.

Bu yazıda özellikle altını çizmek istediğimiz husus, Anayasa değişikliği teklifinin kuvvetler ayrılığı açısından çok ciddi tehlikeler içermesidir. Malumunuz olduğu üzere; kuvvetler ayrılığı sağlanamazsa, bağımsız ve tarafsız olması gereken yargı kuvveti yürütmeye ve/veya yasamaya bağımlı, dolayısıyla taraflı hale gelir. Bu, yargı önünde haklının değil güçlünün üstün gelmesi sonucunu doğurur. Avukatlık mesleği anlam ve değerini yitirir. Avukatın yerini iş takipçileri alır. Hakim ve savcı sıfatını taşıyanlar da idarenin emrindeki memurlara dönüşür.

Yargı organını, yasama ve yürütmeden bağımsız kılmak için hakim ve savcıların mesleğe kabullerinin, tayin ve terfilerinin, disiplin işlerinin, sair özlük işlerinin ve yüksek yargıya seçilmelerinin yasama ve yürütmeden bağımsız bir kurul tarafından düzenlenmesi zorunludur.

Anayasa değişikliği teklifi, Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun (HSK) 12 üyesinin 6'sının siyasi parti üyesi (ve muhtemelen iktidar partisi genel başkanı) olan Cumhurbaşkanı tarafından, diğer 6'sının da TBMM tarafından seçilmesini öngörmektedir. Bu durumda, HSK'nın artık siyasi partili olacak olan Cumhurbaşkanından, dolayısıyla yürütme organına karşı bağımsızlığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

Cumhurbaşkanının aynı zamanda siyasi parti üyesi ve genel başkanı olmasına izin veren teklif, Anayasa Mahkemesi'nin de çoğunluk üyesinin (15 üyeden 10'unun) partili Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi sonucuna yol açacaktır.

Öte yandan, Anayasa değişikliği teklifi, siyasi partiler içi demokrasiyi sağlamaya yönelik bir düzenleme içermemekte ve milletvekili adaylarının belirlenmesinde siyasi parti genel başkanlarının etkisini sınırlamamaktadır. Cumhurbaşkanının aynı zamanda partisinin genel başkanı, partisinin ise Meclis'te çoğunluğa sahip parti olacağı dikkate alındığında, TBMM'nin yürütme organını denetlemesinin fiilen mümkün olamayacağı görülecektir.

Tarafsız Cumhurbaşkanından partili Cumhurbaşkanına geçişi öngören teklif, Cumhurbaşkanının, Türk Milleti'nin tamamını değil, mensubu olduğu siyasi partiye oy veren kısmını temsil ettiği algısının yaratılmasına neden olabilecektir.

Şu halde teklifin; kuvvetler ayrılığı yerine kuvvetler birliği getirmeye elverişli düzenlemeleri ile partili Cumhurbaşkanına izin veren hükmünün Anayasamızın, değişmez ve değiştirilmesi teklif edilemez 2. ve 3. maddeleri açısından da incelenmesi gereklidir.

Bu çerçevede, Anayasa değişikliği teklifine ilişkin değerlendirmelerimizi, anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr uzantılı web sitemiz üzerinden karşılaştırmalı olarak inceleyebilirsiniz.

Saygılarımla bilgilerinize sunarım.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ON POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATES REGARDING THE FREEDOM OF ASSEMBLY AND DEMONSTRATION

Çiğdem ÇIMRIN*

Özet: Devletlerin barışçıl olan toplantı ve gösteri yürüyüşlere ilişkin pozitif sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumluluklar uluslararası insan hakları sisteminde ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları kapsamında temellerini bulmaktadır. Türkiye Anayasası kapsamında, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü açısından uluslararası kabul gören bu pozitif yükümlülükler üstlenilmiştir.

Pozitif yükümlülük kavramı devletlerin kendi egemenlikleri altındaki kişileri koruma görevleri üzerine oturmaktadır. Devlet-birey arasında dikey bir ilişki bulunur; ancak pozitif yükümlülüklerin aynı zamanda yatay bir boyutu da bulunmaktadır. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan hakların bireylerin kendi arasındaki ilişkiler açısından da devletler tarafından etkin bir şekilde korunmasının sağlanması gerekir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü alanında hem dikey hem de yatay ilişkiler bakımından devletlerin pozitif yükümlülüklerinin hukuki değerlendirilmesi ve bu bağlamda da Türkiye'deki düzenlemeler ve uygulamasının, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve içtihatları ve sonrasında da Anayasa'ya uygunluk değerlendirilmesini yapmak gerekir.

Anahtar Kelimeler: Devletin Pozitif Yükümlüğü, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 11, Pozitif Yükümlülüğün Yatay Etkisi, İnsan Hakları, Anayasa madde 13, Karşı Gösteri, Olağanüstü Hallerde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü.

Abstract: The states have positive obligations regarding the freedom of assembly and demonstration provided that such freedom is exercised in a peaceful manner. These obligations find their grounds under the international human rights system and particularly in the European Convention on Human Rights and its precedents. These – internationally accepted – positive obligations of the states with respect to the freedom of assembly and demonstration were also assumed by Turkey under its Constitution.

* İstanbul Barosu Avukatı ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

The concept of the positive obligation sits on the state's duty of protection of people who are subjects of the state's sovereignty. It should be noted that there is a horizontal relationship between the state and the individual; however, the positive obligation of the state extends to the relations of individuals as well. Indeed, the state has to procure the effective protection of rights, which are guaranteed under the European Convention of Human Rights, in between individuals who are entitled to enjoy similar freedoms.

Together with a legal analysis which should be made with respect to states' positive obligations on both horizontal and vertical relations in the field of the freedom of assembly and demonstration, a compliance study on Turkish regulations and practice should be conducted by taking into consideration of the European Convention of Human Rights and relevant precedents and the Turkish Constitution.

Keywords: Positive Obligations of the States, Freedom of Assembly and Demonstration, Article 11 of European Convention of Human Rights, Vertical Effect of Positive Obligations, Human Rights, Article 13 of the Constitution, Counterdemonstration, Freedom of Assembly and Demonstration under State of Emergency.

Giriş

Bireysel bir hak olan ifade özgürlüğünün toplu kullanımı niteliğinde olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının aslında ifade özgürlüğü örneğinde diğer tüm bireysel hakların bir tamamlayıcısı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("**AİHS**") 11. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 34. maddesi kapsamında da korunan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmak isteyen insanlar kalabalıklar oluşturarak toplu bir şekilde seslerini duyurmak ve genelde siyasi iktidar üzerindeki etkilerini arttırmak amacını gütmektedirler. Bu kimselerin o kalabalıklar içinde bireyselliğinden sıyrılarak o topluluğun bir üyesi olarak davrandığı gözlemlenmeye başlanır. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin içinde bulunan kişilerin topluluk içindeyken, topluluğu bir araya getiren etkenlerin etkisiyle tek başına hiçbir zaman yapmayacağı davranışlar sergilemesi de mümkündür. [1] İşte bu ihtimal karşısında Türkiye'de olduğu gibi birçok ülke hukuk sisteminde toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkı bir-

[1] Engin Fırat, Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları – Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS Madde 3 Kapsamında Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl:5 Sayı:19, 2014, s. 751.

takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Fakat bu sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("**AİHM**") içtihatları kapsamında değerlendirildiğinde asla hakkın özüne dokunur nitelikte olmaması gerektiği açıktır. Bu bağlamda bu makalenin de konusu olan devletlerin pozitif yükümlülükleri büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkı Birleşmiş Milletler Özel Raportörünün de belirttiği gibi uluslararası insan hakları hukuku kapsamında devletlerin hem etkin bir şekilde barışçıl toplantıları korumaya yönelik hem de barışçıl toplanma özgürlüğünü gerçekleştirmeyi kolaylaştırıcı pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. [2]

Bu çerçevede Özel Raportör tarafından devletlerin (i) barışçıl toplanma hakkını, ifade özgürlüğü ile örgütlenme hakkını kullanmakta olan bireylere karşı fazla güç kullanımı gibi ihlâle yola açıcı davranışlardan kaçınma; (ii) bu hakları kullanmakta olan bireyleri devlet dışı aktörlerin suiistimalinden koruma ve (iii) ihlâllerin gerçekleşmesini önleyici pozitif önlemler alarak bu hakları uygulamak ve böylelikle herkesin özgürce ve etkin bir şekilde bu haklardan faydalanmalarını sağlamaları gerekliliğine işaret edilmiştir. [3] Diğer bir anlatımla, Özel Raportör her hakkın getirebileceği üç tür yükümlülüğü yani devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlâlde bulunmamasını gerektiren 'saygı gösterme yükümlülüğünü', devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve faillerin cezalandırılmasını gerektiren 'koruma yükümlülüğünü' ve son olarak hakkın tümden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren 'uygulama yükümlülüğünü' ifade etmiştir.

Benzer şekilde İnsan Hakları Konseyi 2013 yılında aldığı kararında "devletlerin insan haklarını koruma ve destekleme ve insan hakları ihlâllerini önlemekle yükümlü" oldukları belirtilerek tüm Birleşmiş Milletler üye devletlerini egemenliklerinde bulundurdukları birey ve gruplara barışçıl toplantı özgürlüklerinden en iyi ölçüde faydalanmaları için güvenli ve uygun bir çevrenin sağlanması ile iç hukuk ve

---

2 Maina Kiai, Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and association, UN document A/HRC/23/39, 24.04.2013, §49.

3 Maina Kiai, Summary of the Human Rights Council panel discussion on the promotion and protection of human rights in the context pf peaceful protests prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN document A/HRC/19/40, 19.12.2011, §14.

uygulamalarının da bu bahsedilen insan hakları yükümlülükleri ve taahhütlerine uygun şekilde gerçekleştirme gerekliliğinin altı çizilerek[4] aslında AİHS'te benimsenen yaklaşıma paralel bir duruş sergilenmiştir. Gerçekten de AİHM'in AİHS'de yer alan haklara sağlanacak korumayla alakalı ortaya koymuş olduğu genel ilkeye göre AİHS'in ana amacı haklara teorik veya farazi değil somut ve etkin bir koruma sağlamaktır.[5]

İşte yukarıda örnekleri verilmiş uluslararası kurumların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı özelinde devletlere yükledikleri pozitif sorumlulukları bu makale çerçevesinde hem AİHS hem de Türk hukuku uygulamaları açısından değerlendirilecek ve son dönemlerde ülkemizde olduğu gibi çeşitli Avrupa ülkelerinde uygulama bulan olağanüstü hâllerin bu hakkın kullanılmasına ilişkin etkisine de kısaca değinilecektir.

A. Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

(a) Genel Olarak Pozitif ve Negatif Yükümlülüklerin Değerlendirilmesi

AİHS gibi insan haklarının şekillendirilip temele oturtulduğu uluslararası belgelerin en önemli amacı bu hakların muhatapları tarafından en etkili bir biçimde kullanılabilir olmasını sağlamaktır. AİHS'in benzer nitelikteki insan hakları belgelerinden ayıran en önemli özelliği insan haklarını beyan etmekle kalmayıp aynı zamanda bu hakların gerçekten etkin kullanılması için devlet organlarının söz konusu hakların kapsamları çerçevesinde ne gibi sorumluluklarının olduğunun belirlenmesi hususunda AİHM aracılığıyla AİHS'in yorumlanması suretiyle içtihatlarında devletlerin yükümlülüklerinin belirlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda AİHM devlet yükümlülüklerini iki kategoride toplayan bir yaklaşımı seçmiştir: (a) negatif yükümlülükler ve (b) pozitif yükümlülükler.[6] Devletlerin, hakların kullanılmasına müdahale etmemesini gerektiren negatif zorunlulukların AİHS'in özünden kay-

---

4 "The promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests", Human Rights Council, Resolution 22/10, 21.03.2013, §2 ve §3.

5 Örneğin, Komisyon Kararı, Artico/Italya, 13.05.1980, Başvuru No. 6694/74, §33.

6 Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hakkında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

naklandığı kabul edilse de pozitif yükümlülükler açısından durum biraz farklıdır. Bu demek değildir ki pozitif yükümlülükler AİHS metninin içinde yer almamaktadır, elbette sözleşmenin lafzında açık açık pozitif yükümlülükler şeklinde belirtilmese de pozitif yükümlülük olarak yorumlanabilecek devletlerin saygı göstermesini söyleyen hükümler yerlerini almıştır; ancak bu kavram aslen 1968 yılında *Belçika dil hakları davasında* ortaya çıkmıştır.[7] Bu kararda AİHM'e göre '1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesindeki 'Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz' cümlesinde hak kelimesi kullanıldığı için, hüküm içinde eğitim hakkından ve 1 No'lu Ek Protokol'ün Başlangıç kısmında 'bu hak ve özgürlükleri birlikte yerine getirmekten' söz edildiği için bu maddenin bir hakkı içerdiğinden kuşku yoktur. Maddenin negatif ifade tarzına rağmen, devletin eğitim hakkını sağlamada pozitif bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucu çıkarılamaz; bir hak var olduğunda, Sözleşme'nin 1. maddesine göre devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için bu hak güvence altına alınmalıdır'. Bu kararın ardından AİHM özellikle pozitif yükümlülüklerinin net ve sınırlayıcı bir tanımını yapmaktan kaçınarak ama önüne gelen davada dikkate aldığı olaylar ışığında bu yükümlülüklerin kapsamına yeni unsurlar ekleyerek yorumlamasına devam etmiştir. Bu halde de hakların korunması bağlamında devletlerin yerine getirmeleri gereken şartların genişlediği gibi bir durum ortaya çıktığı söylenebilir.

Bu yükümlülüklerin hukuki temellendirmelerinin iyi yapılması önem arz etmektedir. Gerçekten de AİHM, pozitif yükümlülük kuramını yukarıda değinilen Belçika dil hakları davasında yapmaya başladığı gibi, AİHS 1. maddesinin devletlere yüklediği '*kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak'* görevini, AİHS'in diğer ilgili maddeleriyle birlikte okuyarak geliştirmiş olduğunu görmekteyiz.

Her ne kadar AİHM sınırlayıcı bir tanım yapmaktan kaçınmış olsa da pozitif yükümlülükler kavramı, karşı oy yazıları ile doktrinde tanımlanmaya çalışılmıştır. Yargıç Mantens, *Gül/İsviçre* davasında yazdığı karşı oy yazısında pozitif yükümlülük '*taraf devletlerin harekete*

7 Komisyon Kararı, Belçika'da Eğitim Dili Davası/Belçika, 23.07.1968, Başvuru No. 1474/62.

geçmesi gereken durumlar' şeklinde tanımlarken,[8] doktrine bakıldığında Harris, O'Boyle ve Warbrick tarafından biraz daha geniş ama paralel anlama gelecek şekilde, sosyal gerçeklikte insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve haklardan etkili şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından alınması gereken önlemler olarak tanımlanmıştır.[9]

AİHM'in bugüne kadar verdiği kararlar göstermektedir ki, AİHM, devletin olumlu bir edimde bulunmasına veya AİHS'de yer alan bir hakkın doğrudan devletin eylemiyle ihlâli söz konusu olmasa bile, o hakkın norm alanıyla ilişkili durumlara yönelik her türlü talebi pozitif yükümlülük olarak değerlendirmektedir.[10] Kavram bu şekilde taraf devletlerin aktif tavır almasını gerektiren bütün durumları ifade edecek şekilde olunca, pozitif yükümlülükler, üçüncü kişilerden ya da dışarından gelecek tehlikelere karşı koruma tedbirleri alma, bazı olanaklar sağlama, bilgilendirme, tercüman sağlama, meydana gelen hak tecavüzlerini etkin bir şekilde araştırma ve failleri cezalandırma gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir.[11] Bu konuyla ilgili olarak pozitif yükümlülüklerin yatay etkisi aşağıda anlatılacaktır; ancak ilk etapta şunu da düşünmek doğru olacaktır: Devletin aktif müdahalesini gerektiren pozitif yükümlülüklerde AİHS tahtında ihlâl hali pasiflikten yani eylemsizlikten de kaynaklanamaz mı? Eylemsizlik halinde AİHS ihlâli durumu özellikle bu makalenin de konusu olan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kullanılırken karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki izinli veya izinsiz şekilde gerçekleştirilen barışçıl bir gösteri sırasında ortaya çıkan bir grup karşı gösterici tarafından bu gösteriye katılan bir kişinin dövülüp öldürülmesi olayında devletlerin pozitif yükümlülükleri gereği gerçekleştirmesi gereken koruma önlemlerini almayıp pasif kalmaları AİHS kapsamında ihlâl durumu ortaya çıkarabilecektir.

AİHM'in de belirttiği gibi devletlerin bazı haklar kapsamındaki

---

8 AİHM Kararı, Gül/İsviçre, 19.02.1996, Başvuru No:23218/94.

9 Aktaran Cordula Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europaischen Menschenrechtskonvention, Berlin, Springer Verlag, 2003, s.4-5.

10 Ibid.

11 Alaistair Monbray, The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by European Court of Human Rights, Oxford, Hart Publishing, 2004, s.2.

pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınırı kesin olarak tanımlamak mümkün olmamaktadır.[12] Diğer bir ifade ile bir eylemsizlik durumu ne negatif ne de pozitif yükümlülükler bağlamında yorumlanabilecektir. Örneğin *Powell/İngiltere* davasında,[13] Londra Heathrow havalimanı yakınlarında yaşayan başvurucular 8. maddede güvence altına alınan özel hayat hakkının ihlâli anlamına geldiğini düşündükleri gürültü seviyesinden şikâyetçi olmuşlar ve bundan dolayı devletin sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM bu davada başvurucuların bir pozitif yükümlülüğün mü yoksa negatif yükümlülüğün ihlâlinden mi şikâyetçi oldukları hakkında bir karar vermeyerek '*söz konusu dava ne devletin uygun ve makul tedbirler alarak başvurucuların 8. maddenin birinci fıkrası kapsamındaki haklarını güvence altına alma yönündeki pozitif yükümlülük açısından değerlendirilebilir ne de bir kamu makamı tarafından müdahale ile ilgili olarak ikinci fıkra uyarınca haklı gösterilebilir, uygulanacak ilkeler çok geniş şekilde benzerdirler*' demiştir. Burada altını çizmek istediğim husus bir pozitif yükümlülüğün ihlâli için devletin mutlaka tümden pasif olması gerekli değildir, devlet müdahale etmiş olabilir fakat yeterli önlemleri almamışta olabilir.[14] Bu durumda devleti pozitif yükümlülükler açısından sorumlu kılan 'kısmi bir yerine getirmeme eylemi' olacaktır.[15]

(b) Pozitif Yükümlülük Türleri

Pozitif yükümlülükler bakımından AİHM'in kararlarında bazı ayrımlar yaptığını görmekteyiz. Bu bağlamda '*Usulü*' pozitif yükümlülükler ile '*Esasi*' pozitif yükümlülükler değerlendirilecektir.

AİHM, ilk olarak Öneryıldız davasına ilişkin olarak Büyük Daire kararında, usulü yükümlülükler ile esasi yükümlülükler arasında açıkça ayrım yapmıştır. Buradaki ayrımın altını çizen ölçüt devletten beklenen eylemin esasında yatmaktadır. Güvence altına alınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için gerekli tedbirler, örneğin polis müdahalesini düzenleyen uygun kurallar koymak, kötü muamele veya zorla çalıştırmayı yasaklama, cezaevlerinin donatılması, trans-

12 Örneğin, AİHM Kararı, Keegan/İrlanda, 19.04.1994, Başvuru No. 16969/90, §49.
13 Komisyon Kararı, Powell ve Rayner/İngiltere, 24.01.1990, Başvuru No. 9310/81.
14 Bknz. AİHM Kararı, Hatton ve diğerleri/İngiltere, 08.07.2003, Başvuru No. 36022/97.
15 Jean-François Akandji-Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No.7, 2008, s.13.

seksüellerin hukuki statüsünü resmen tanımak, AİHS kurallarını evlat edinme prosedürüne veya daha geniş bir şekilde aile hukukuna vb. dâhil etmek gibi alınması gereken aslında esasi yükümlülüklerdir. Usulü yükümlülükler kişilerin daha iyi bir şekilde korunması için iç hukuk prosedürlerin düzenlenmesini gerektiren ve nihayetinde hakların ihlâllerine karşı yeterli hukuk yollarını öngören yükümlülüklerdir. Bu durum (haklarının ihlâl edildiğini ileri süren) bireylerin etkili bir soruşturma hakkının ve daha geniş bir bağlamda, devletin hem etkili hem de caydırıcı cezai mevzuat çıkarmak gibi görevine karşı bir arka plan sağlamaktadır.[16]

Pozitif yükümlülükler alanı içinde, şekli ve esasi yükümlülükler birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Usulü garantiler, devletlerin iradesi üzerinde küçük bir bozucu etki yapmasının yanı sıra, bireye asgari bir garanti sağlama avantajına da sahiptir. Esasi yükümlülükler ise, usulü garantilere anlam kazandırır ve bazen tamamlayıcı rol oynayarak onu daha ileri bağımsız bir yükümlülüğe dönüştürür.[17]

(c) Pozitif Yükümlülüklerin Yatay Etkisi

İnsan hakları hukuku sistematik olarak genelde bireyi devlet müdahalesinden koruma üzerine şekillenmiş bir alandır ve bu açıdan da ana odağını devlet-birey ilişkisi oluşturur. Devlet-birey arasındaki münasebet dikey bir ilişki şeklinde vuku bulur.

Pozitif yükümlülük kavramı yukarıda aktarıldığı üzere devletlerin kendi hâkimiyetleri altında bulunan kişileri koruma görevleri üzerine oturmaktadır. Bu bağlamda gerçek bir korumanın sağlanabilmesi ancak klasik dikey ilişki kuramının aşılarak AİHS'te güvence altına alınan hakların bireyler arasındaki ilişkiler açısından da devletler tarafından etkin bir şekilde uygulanabilir olmasını sağlama yükümlülüklerinin varlığı durumu söz konusu olabilecektir.

AİHS'in kapsamının bireyler arasındaki özel ilişkileri kapsayacak şekilde genişletilmesi yönündeki genel eğilim "*yatay etki*"nin varlığını doğurmuştur. Burada devletler, özel kişiler arasındaki ilişkiye dolaylı da olsa etkide bulunmak üzere üçüncü bir kişinin davranışına engel

16 Ibid., s.16-17.
17 Cordula Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europaischen Menschenrechtskonvention, Berlin, Springer Verlag, 2003, s.389.

olmak için faaliyete geçmektedir. Burada AİHS hükümlerinin ya da altında tanınan hakların özel kişiler arasındaki hukuki ilişkilere doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır.[18] Bu daha ziyade devletlerin yatay koruma yükümlülüğü şeklinde tanımlanması gereken ve devletlerin üçüncü kişilerin başkalarının haklarına müdahalesi söz konusu olduğunda faaliyete geçmekle yükümlü olduğunu bildiren bir kurumdur.[19] Şöyle ki ihlâl sonucunu doğurabilecek ve devlete isnat edilebilecek olan davranış devletin hukuken veya maddî olarak bireylerin haklarının ihlâl edilmesini önleyememesinden dolayı ya da devletin faillerin cezalandırılmasını mümkün kılmamış olmasından dolayı ortaya çıkmış olabilir.[20] Zira üçüncü kişiler kendilerinin yol açtığı ihlâlden ötürü sorumlu tutulmaz ise teknik bakımdan böyle bir durumda insan haklarını ihlâl eden taraf yine devlet olacaktır.

AİHS ile ilgili yatay boyut, AİHM tarafından ilk olarak *Young, James ve Webster/İngiltere* davasında üstü kapalı olarak ele alınmıştır.[21] Bu davada başvurucular, çalıştıkları kurumdaki iki sendikadan birine girmeye zorlanmalarının ve iki sendikaya da girmemeleri üzerinde işveren tarafından açık yasa hükmüne dayanarak işten çıkarılmalarının AİHS 11. maddesine aykırılığını iddia etmişlerdi. AİHM, işverene sendikaya girmediği için işçiyi işten çıkarma yetkisini veren yasayı AİHS'e aykırı bulmuştu, çünkü iç hukuk, başvurunun yapıldığı sırada şikâyet konusunu hukuka uygun kılmaktadır. AİHM bunu ortaya koyduktan sonra şikâyete konu olan işverenin kamuya mı yoksa özel sektöre mi ait bulunduğunu incelemeyi gereksiz bularak, şikâyete konu olan işverenin özel sektör kuruluşu olduğu bile varsayılacak olsa sorumluluğunun özel sektör işverenlerinin davranışlarını kontrol etmek zorunda olup bundan imtina eden devletin pozitif yükümlülüğünden kaynaklanacağı kabul etmişti. AİHM'e göre bu pozitif yükümlülüklerin temeli AİHS'in 1. Maddesi'ydi ve ihlâlin devletlerin bu madde

---

18 Durmuş Tezcan, Mustafa R. Erdem ve Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s.68.

19 Yüksel Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile ilgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Uluslararası İlişkiler, Cilt 7, Sayı 27 (Güz 2010), s.115.

20 Jean-François Akandji-Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No.7, 2008, s. 15.

21 AİHM Kararı, Young, James ve Webster/İngiltere, 13.08.1981, Başvuru No. 7601/76.

altındaki yükümlülüklerine uymamasından ötürü meydana gelmesi halinde o devletin sorumluluğu mümkün olabilecektir.[22]

AİHM daha sonra *X ve Y/Hollanda* davasında yatay etki kuramını ilk kez açık bir şekilde ortaya koymuştur.[23] Bu olayda başvuruculardan Y, zihinsel özürlü olup yatılı kaldığı kuruluşta, kuruluşun yöneticinin damadı tarafından cinsel istismara uğramıştır. Hollanda'nın o dönemki iç hukuku zihinsel özürlü bir kişinin ceza hukuku açısından hakkını arayabilmesi için yeterli düzenlemeler öngörmemekteydi. Nitekim Y'nin babası olan X'in yaptığı girişimler sonuçsuz kalmış ve savcı tarafından fail hakkında bir ceza davasının açılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Bu karar, ilgili iç hukuk organlarınca onaylamıştır. Başvurucular, faile karşı cezai girişimlerde bulunmanın imkânsız olmasının AİHS 8. maddesini ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. AİHM önce 8. maddenin negatif yükümlülüklerinin yanında pozitif yükümlülükler de içerdiğini belirtmiş sonra da açıkça pozitif yükümlülüklerin bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olduğunu hükme bağlamıştır.[24]

Yatay etkinin bu makalenin konusunu oluşturan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bakımından önemli bir yeri bulunmaktadır. Gerçekten AİHM tarafından *Platform Arzte Für Das Leben/Avusturya* davasında[25] AİHS 11. Maddesiyle ilgili olarak silahsız ve saldırısız toplantı hürriyetinin devletin müdahale yasağını gerektirmenin yanı sıra ilgili maddenin amacının kişiler arasındaki ilişkilerde de devletin pozitif yükümlülüğünün olduğu belirtilerek toplantılara üçüncü kişilerin müdahalesini engelleme yükümlülüğünün de devlete ait olduğu sonucu çıkarılmıştır.[26]

Bu başlık altında bahsedilmesi gereken önemli bir husus ise yatay etkinin devlete bir tür "şizofrenlik görevi" yükleyip, devletin ihlâlleri önlemek için tedbir alma veya kendi görevlileri, temsilcileri veya eylemleri tarafından meydana getirilen ihlâlleri cezalandırma görevi ile

---

22 Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 97-98.

23 Komisyon Kararı, X ve Y/Hollanda, 26.03.1985, Başvuru No. 8978/80.

24 Ibid., §23.

25 AİHM Kararı, Platform Arzte Für Das Leben/Avusturya, 21.06.1988, Başvuru No.10126/82.

26 Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt:14, TODAİE, 1992, s. 142.

bağlı olmasıdır. Ancak böyle durumlarda pozitif sorumluluk teorisine başvurmanın ne kadar gerekli olacağı şüphelidir zira kamu gücünü kullananlar tarafından herhangi bir ihlâl durumu ortaya çıktığında neticede bu devletin müdahalesinin bir sonucu olacaktır. Bu bağlamda AİHM, *Assanidze/Gürcistan* davasında şu hususa vurgu yaparak konuyu açıklığa kavuşturmuştur: "*Sözleşme sadece Yüksek Sözleşmeci Devletleri Sözleşmenin somutlaştırdığı insan hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü kılmamaktadır; ayrıca sonuç olarak, bu hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması için bu makamların herhangi bir ihlâli ilk aşamada engellemesi veya bunlara karşı hukuk yolu oluşturması gerekmektedir. Devletin yüksek makamları altlarından Sözleşmenin yerine getirilmesini isteme görevine sahiptirler ve bu konuda bunu güvence altına alamama ehliyetsizliğinin arkasına sığınamazlar*".[27]

B. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğünün Pozitif Yükümlülükler Kapsamında Değerlendirilmesi

(a) İfade Özgürlüğü ile Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü İlişkisi

İnsanların duygu ve düşüncelerini dış dünyaya aktarma arzusu bireysel ifade şeklinde görülebileceği gibi ortak bir amaç doğrultusunda başka insanlarla bir araya gelerek kolektif bir hareket olarak da tezahür edebilir. Tek başına yapılan aktarma daha ziyade ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bakımdan aslında AİHS'nin dernek kurma ve toplantı özgürlükleriyle alakalı 11. maddesi, AİHS 10. madde altında koruma altına alınan ifade özgürlüğü ile iç içedir ve ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir.[28] Toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakları ve ifade özgürlüğü arasındaki bu bağ Öllinger*/Avusturya* davasında şu şekilde ifade edilmiştir: "*Kendine has otonom rolüne ve özel uygulama alanına rağmen, 11. maddede düzenlenen haklar aynı zamanda 10. maddenin ışığında değerlendirilmelidir. Fikirlerin korunması ve bunları ifade etme özgürlüğü, 11. madde tarafından garanti altına alınmış hakların amaçları ara*sında yer alır. Bu bakımdan 10. m*addenin siyasi ve genel çıkarı ilgi-*

27 AİHM Kararı, Assanidze/Gürcistan, 08.04.2004, Başvuru No. 71503/01.

28 Michele de Salvia, Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative a la Convention europeennes des droits de l'Homme, Vol.1 – Jurisprudence 1960 a 2002, ed. N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, VA, 2003, s.532.

lendiren konularda kısıtlamalara elverişli olmadığını akılda tutmak gerekir".[29]

Ayrıca, ifade özgürlüğünde olduğu gibi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları sadece toplumun geneli tarafından savunulan ve kabul gören düşünce ve fikirleri korumakla yetinmez, toplumun genelini rahatsız edebilecek, endişelendirecek, hatta şok edecek veya onların belirli düzeyde tepkilerini çekebilecek bazı fikirleri savunma amacıyla da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilir. Belirtmek gerekir ki AİHM ifade özgürlüğüyle alakalı kararlarında altını çizdiği 'çoğulculuk' kavramının sağlanabildiği ve hem vatandaşların hem de devletin farklı fikirlere karşı hoşgörü gösterebildiği ölçüde o ülkede "demokrasiden" söz edilebiliyor olacaktır ve bunların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı alanında da uygulanması gerekmektedir.[30] Zira toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları sadece çoğunluğun kabul ettiği fikirleri kapsamaz, özellikle azınlıkta kalan fikirleri garanti altına almaya yönelir.[31]

Barışçıl olarak toplanma özgürlüğü, AİHM tarafından da "demokratik bir toplum bakımından temel bir hak ve ifade özgürlüğü hakkında olduğu gibi toplumun temelini oluşturan bir özgürlük" şeklinde tanımlanmıştır.[32] Bu bakış açısıyla devletin protesto gibi toplanma özgürlüğü kapsamında değerlendirilen hareketleri kolaylaştırıcı veya zorlaştırıcı tavrı o devletin demokratik olgunluğu açısından da belirleyici bir unsur olarak karşımıza çıkar. Gerçekten de toplanma özgürlüğünün korunması farklı inanç, yapı ve görüşlere sahip toplulukların bir arada yaşayabildiği, toleransı yüksek ve çoğulcu toplumların yetişmesine olanak sağlarken demokratik olarak nitelendirilebilecek bir toplumun da olmazsa olmaz unsurudur.

(b) AİHM İçtihatları Çerçevesinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkının Değerlendirmesi

Bir eylemin toplantı ve gösteri yürüyüşü sayılması ve dolayısıyla AİHS 11. Maddesinin kapsamına girebilmesi için hangi şekilde yapılması gerektiği konusunda AİHM'in kesin kriterler veya şekil şartı or-

---

29 AİHM Kararı, Öllinger/Avusturya, 20.06.2006, Başvuru No. 76900/01, §38.
30 Ziya Çağa Tanyar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, *AÜHFD* 60(3), 2011, s.600.
31 Bknz. AİHM Kararı, Barankevich/Rusya, 26.07.2007, Başvuru No. 10519/03.
32 AİHM Kararı, Djavit An/Türkiye, 20.02.2003, Başvuru No. 20652/92, §56.

taya koymadığını görüyoruz. Genel ve en basit anlamda eğer bir tanım yapılması gerekirse toplanma eylemini, birden fazla kişinin kamusal bir alanda ortak ifade etmek istedikleri bir amaç için kasti ve geçici şekilde varlık göstermeleri şeklinde tanımlamak mümkündür.[33] Bu bağlamda, üç unsura dikkat edilmesi gerekir:

• **Kişi Sayısı:** Toplanma eyleminin gerçekleşebilmesi için en azından iki kişinin bu eylem için hazır bulunması gerekmektedir;[34] zira 11. madde altında korunan bireysel bir hak olmakla birlikte bunun güçlü etkisi bu hakkın kolektif olarak kullanılmasından doğmaktadır.[35] Aksi takdirde bunun ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

• **Geçicilik:** Her bir durum için geçicilik kriterinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de AİHM'nin göstericilerin kendi görüşlerini ortaya koyabilmek için onlara yeterli sürenin tanınması gerektiğini belirterek geçiciliğin kesin bir tanımını vermekten kaçındığı gözlemlenmiştir.[36]

• **Kamusal Alan:** Herkesin kullanımına açık kamusal alanların makul bir süreliğine toplanma özgürlüğü kapsamında kullanılmasının mümkün olması gerektiği ve kamu otoriteleri tarafından da bu toplantılara karşı belli bir toleransın gösterilmesi AİHS 11. madde açısından önemlidir.[37]

Bu özgürlüğün korunması için yapılan toplantının "barışçıl" olması şarttır. AİHM, bir toplantı veya gösterinin barışçıl olup olmadığının tespiti için hakkı kullanmak isteyenlerin öncellikle niyetine bakılması gerektiğine işaret eder.[38] Hakkı kullanacak olan kişi veya örgütün o aşamaya kadar olan tutum ve açıklamaları burada belirleyici olmaktadır. Daha sonra da toplantı ve gösteri hakkının kullanımı

33 Ziya Çağa Tanyar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, *AUHFD* Cilt:60, Sayı:3, 2011, s.601-602.

34 Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg, 04.06.2010, s.29.

35 Jean Raymond, La Liberte de Manifester selon la Convention europeenne des droits de l'Homme, Revue trimestrielle des droits de l'Homme, annee 1er, No.4, 1990, s.332.

36 AİHM Kararı, Balcik ve diğerleri/Türkiye, 29.11.2007, Başvuru No. 25/02.

37 Ibid., §52.

38 AİHM Kararı, Stankovand the United Macedonian Organisation/Bulgaristan, 02.10.2001, Başvuru No. 29221/95, §77.

sırasındaki tutum ve davranışlar, toplantı ve gösterinin "barışçıl" olup olmadığını belirlemektedir. Eğer hakkı kullananların tutum ve davranışları gerek toplantı ve gösterinin hemen başından itibaren, gerekse toplantı ve gösterinin belirli bir aşamasından sonra şiddet içeriyorsa AİHM bu durumda barışçıl bir toplantı ve gösteri hakkının kullanımı olmadığı gerekçesi ile hakka getirilen sınırlamaların artık bir ihlâl aracı olmayacağı varsayımıyla incelemeye tabi tutmamaktadır.[39]

"Barışçıl olma" içinde başkalarını rencide edebilme veya kızdırma ihtimali olan davranışları da içerir; dolayısıyla, karşıt içerikteki protestoların şiddet içerdiği ve barışçıl olmamakla itham edilmesi doğru olmadığı gibi yapılan protesto içinde küçük bir grubun huzursuzluk çıkartarak şiddet eğilimi göstermeleri halinin de o an kullanılmakta olan toplantı özgürlüğünü barışçıl olmaktan çıkartıldığı iddiası da doğru olmayacaktır.[40]

Urcan/Türkiye davasında da[41], AİHM, sözü edilen ulusal eylem gününün ulusal yetkililere önceden bildirildiğini tespit etmekte, bu bağlamda, toplanma özgürlüğü ve görüşlerini bu özgürlük vasıtasıyla ifade etme hakkının demokratik bir toplumun temel değerlerinin bir parçası olduğunu dile getirmektedir. AİHM'e göre demokrasinin esasında meselelerin halka açık olarak tartışılarak çözümlenmesi yeteneği bulunmaktadır. Bu nedenle gerçekleştirilen eylemler, şiddete teşvik etme ve/veya demokratik ilkelerin reddini içermediği sürece, toplanma ve ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir. AİHM, bu kararda da barışçıl toplantı ve gösterilere yaklaşımını net bir biçimde ortaya koymuş, hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, yerleşik düzene karşı çıkan ve barışçıl yöntemlerle hayata geçirilmesi savunulan siyasi düşüncelerin toplanma özgürlüğü veya başka yasal yollarla dile getirilebilmesine imkân tanınması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, kararda: "*(...) göstericilerin şiddet eylemlerinde bulunmadığı durumlarda, AİHS'in 11. maddesi ile güvence altına alındı*ğı şekilde toplantı özgürlüğünün içeriğinin boşaltılmaması için, yetkili

---

39 Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul, s.383.

40 AİHM Kararı, Ali Güneş/Türkiye, 10.04.2012, Başvuru No.9820/07, §41.

41 AİHM Kararı, Urcan ve diğerleri/Türkiye, 17.07.2008, Başvuru No. 23018/04, 23042/04, 23034/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 ve 23676/04.

mercilerin barış yanlısı toplanmalara hoşgörüyle yaklaşması önem arz etmektedir" denilmektedir.[42]

Barışçıl bir gösteriye katılmak için izin almak gerekmemekle birlikte izne bağlanmış bir toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının başlı başına AİHS 11. maddesine aykırılık oluşturduğunu iddia etmek doğru olmayacaktır.[43] Bildirim ve/veya izin prosedürü devletin yükümlülüğünün değerlendirilmesi konusunda iki yönüyle önemlidir: ilk olarak bu prosedür, devlete ve devlet makamlarına bir gösteri yürüyüşünün barışçıl olduğu konusunda teminat vermektedir. İkinci olarak, bu prosedür devlet makamlarına, toplantı ve gösteri yürüyüşünün sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri alma imkânı vermektedir. Başka bir deyişle, izin alındıktan sonra devletin, toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale etmeme negatif yükümlülüğü ile birlikte, bu toplantı ve gösteri yürüyüşünün sağlıklı yapılması için gerekli tedbirler alma pozitif yükümlülüğü oluşmaktadır.[44]

AİHM de izne bağlanmış bir toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kamu düzeni ve ulusal güvenlik nedenleriyle böyle bir izin prosedürüne devletlerin ihtiyaç duyabileceğini dikkate almaktadır.[45] Fakat toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izne bağlandığı durumlarda bu izin mekanizmalarının hakkın kullanılmasına engel olacak şekilde işletilmiyor olması gerekmektedir. İzin ve/veya bildirim açısından iki konu AİHM içtihatları çerçevesinde önem taşımaktadır. Bunlar iznin verilmemesi halinde göstericilerin barışçıl şekilde bu haklarını pratik etmeleri durumu ile iznin alınmasının imkânsız olduğu veya kamuoyunun dikkatini çekmek için güncel konularda acil bir şekilde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesi gerektiği hallerdir. Bunlar tahmin edileceği üzere devletler bakımından AİHS 11. maddesi çerçevesinde bazı sorunlar doğurabilmektedir. Örneğin, *Oya Ataman/Türkiye* davasında iç hukuka açıkça aykırı bir şekilde ön bildirimsiz olarak gerçekleştirilen bir toplantı ve gösteri yürüyüşü söz konusu olmuştur. Baş-

---

42 Engin Fırat, Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları – Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS Madde 3 Kapsamında Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl:5 Sayı:19, 2014, s. 765.

43 Bknz. AİHM Kararı, Skiba/Polonya, 07.07.2009, Başvuru No. 10659/03 (kabul edilmezlik kararı).

44 Ümit Kılınç, Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri, *TBB Dergisi* 2014 (110), s.287.

45 AİHM Kararı, Gün ve diğerleri/Türkiye, 18.06.2003, Başvuru No. 8029/07, §80.

vurucu Oya Ataman İnsan Hakları Derneği üyesi olan bir avukattır. Başvurucu bu sıfatla F tipi cezaevlerini protesto etmek için İstanbul Sultanahmet Parkı'nda yapılacak basın açıklamasıyla son bulacak bir yürüyüşe katılmıştır, kolluk güçleri bildirimsiz gösteri yapıldığını fark edince grubun kamu düzenini bozdukları gerekçesiyle dağılmaları uyarısında bulunmuştur. Uyarıyı dinlemeyen gruba polis biber gazı kullanmış ve aralarında başvurucunun da bulunduğu 39 göstericiyi gözaltına almıştır. Başvurucu, bu gözaltı ile Türkiye'nin kendisinin ifade ve toplantı özgürlüklerini ihlâl ettiğini iddia etmiş ve konuyu AİHM'e taşımıştır. AİHM, bir gösterinin mevzuata uygun olmamasının barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edilmesini haklı kılmayacağını ifade etmiş ve elliye yakın kişinin kamuoyunun dikkatini güncel bir soruna çekmek istemiş olmasının odaklanılması gereken ana unsur olduğunu ifade ederek ihlâl kararı vermiştir.[46] Gündemin hızlı bir şekilde değiştiği bu zamanlarda seslerini duyurmayı isteyen barışçıl topluluklara sırf izin veya bildirim zorunluluğuna uymadıkları için kamu düzenini bozdukları iddiasıyla kolluk tarafından müdahaleye maruz kalmalarının AİHM tarafından kabul görmediği söylenmelidir.

Toplanma ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve barışçıl olmayan karşıt gösterici saldırılarından korunması için devlet makamları tarafından bir koruma mekanizmasının oluşturulması gerekmektedir. *Ilinden Birleşik Makedonyalılar Derneği ve Ivanov/Bulgaristan* davası bu açıdan devletlerin pozitif yükümlülüklerini tespit edici önemli bir yanı bulunmaktadır. Makedon azınlığın haklarını korumayı amaç edinmiş bir derneğin bir anıt önünde gösteri yapmak üzere başladıkları yürüyüşlerine karşı bir grup kişinin sözlü ve fiziksel saldırıda bulunmasıyla ortaya çıkan karmaşaya polisin müdahale etmekte yetersiz kaldığı olayda AİHM, karşıt göstericilerin saldırılarını engellemek amacıyla polisin daha erken harekete geçmesi ve gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirterek AİHS 11. maddenin ihlâli sonucuna varmıştır.[47]

---

46 AİHM Kararı, Oya Ataman/Türkiye, 05.12.2006, Başvuru No.74552/01.

47 AİHM Kararı, Ilinden Birleşik Makedonyalılar Derneği ve Ivanov/Bulgaristan, 02.10.2001, Başvuru No. 44079/98.

Bu varılan sonucun tam tersi, 1980'li yıllarda verilen kararlarda bir gösteriyi protesto amacıyla bir karşıt gösterinin düzenlenmesi ve olası şiddet hareketleri her iki gösterinin de yasaklanması için yeterli sebep sayılırken, daha yeni kararlarda AİHM karşıt gösteri düzenlenmesinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ortadan kalkması anlamına gelmeyeceğinin altını çizdikten sonra, böyle durumlarda kolluğun, toptan yasaklama yerine, şiddet hareketlerini engelleyecek daha yumuşak tedbirler alarak hakları güvenceye alması gerektiği üzerinde durmaktadır.[48] 2006 tarihli *Öllinger/Avusturya* kararı[49] bu bakımdan önemlidir. Karara konu olan olayda Yeşiller Partisi'ne mensup bir milletvekili, 1 Kasım 1998'de bir dini bayramda, İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi askerleri tarafından öldürülen Salzburg Yahudilerini anmak için Salzburg mezarlığında bir merasim düzenlemek ister; ancak her yıl 1 Kasım tarihinde, aynı mezarlıkta, eski Nazi kuvvet mensupları ve bunların yakınları da bir merasim düzenlemekte ve İkinci Dünya Savaşı sırasında ölen Nazi subaylarını anmaktadırlar. Yeşiller Partisi milletvekilinin asıl amacı, aynı zaman ve yerde öldürülen Yahudileri anma toplantısı düzenleyerek, bir miktar Nazi merasimini protesto etmek, yani karşıt bir gösteri düzenlemektir. Avusturya otoriteleri arbede çıkmasını önlemek ve o tarihte mezarlığa gelen ziyaretçilerin rahatsız olmamasını sağlamak için Yeşiller Partisi milletvekilinin merasim talebini reddederler. AİHM söz konusu olayda, Yeşiller Partisi milletvekilinin 11. madde ile korunan hakkının ihlâl edildiğine karar vermiş ve Avusturya'yı mahkûm etmiştir. AİHM'in gerekçesine göre:[50]

- Yeşiller Partisi milletvekilinin düzenlemek istediği merasimin amacı özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazilerin işlemiş olduğu suçları protesto etmektir. Dolayısı ile bu merasimin Nazi subaylarını anma toplantısıyla aynı zamana ve yere denk getirilmesi, bu merasimin vermek istediği mesaj için son derece önemlidir.

- Milletvekilinin yapmak istediği gösteriyi yasaklamak yerine, otoriteler merasimin yapılacağı mekâna emniyet mensuplarını yollayıp, iki grup arasında bir kordon oluşturarak bunların birbirlerine

48 Ziya Çağa Tanyar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, AUHFD Cilt:60, Sayı:3, 2011, s.615.
49 AİHM Kararı, Öllinger/Avusturya, 29.06.2006, Başvuru No. 76900/01.
50 Ibid.

karşı şiddet hareketlerinde bulunmalarını engelleme imkânları bulunurken otoriteler en uç önlemi almış ve başvurucunun gösterisini tamamen yasaklamışlardır.

• Bu yasak demokratik toplumda gerekli bir önlem değildir çünkü eğer karşıt göstericiler arasında bazı şiddet hareketlerinin ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu her durumda otoriteler toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklarlarsa, toplumun farklı görüşler üzerine bilgi alma hakkı sekteye uğrayacaktır.

AİHM'in yukarıda belirtilen gerekçesinde yer verilen "*demokratik toplumda gerekli olma*" kriteri gözetilmek şartıyla kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı sınırlanabilir. AİHM bu sınırlamaları göz önünde bulundururken, söz konusu kısıtlamanın toplumda acil bir ihtiyaca cevap verip vermediği ile kısıtlamayla ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık değerlendirmesini yapmaktadır. Gerçekten de devlet yetkililerinin koruma önlemi alırken dikkate almaları gereken eldeki spesifik durumun gereklilikleri ile şiddet hareketlerini önleyici oranda aşırıya kaçmadan müdahalede hususlarıdır. Burada pozitif yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini anlamamıza yardımcı olan en önemli konu, koruma önlemleri sonucunda ortaya çıkacak olan sonuçtan ziyade kullanılan yöntemlerdir. Bu açıdan da AİHM'in *Plattform Arzte für das Leben/Avusturya* kararında yer alan makul ve yeterli önlemlerin ilgili durumda mevcudiyetinin tespitinin yeterli olduğunu ve bu önlemleri alırken uyguladıkları taktiklerin pozitif yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini tespiti bakımından önem taşımadığı belirtilmiştir.[51]

AİHM'in genel içtihadına göre kamuya açık alanlarda yapılan her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü şu veya bu şekilde gündelik hayatı ister isteme etkileyecek, mesela şehir trafiği normal olarak işlemeyecektir. Bunların toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasının birer doğal sonucu olarak görünmesi ve ilgili otoritelerin bu gibi durumlarda gerçek bir hoşgörü göstermeleri ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunmamaları gerekmektedir.[52] Sonuç ola-

51 AİHM Kararı, Plattform Arzte für das Leben/Avusturya, a.g.k., §34.
52 Ziya Çağa Tanyar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve

rak *Disk ve Kesk/Türkiye* kararında AİHM'in de belirttiği gibi göstericiler şiddet içeren hareketlerde bulunmadıkları sürece, resmi makamlar 11. Madde kapsamında güvence altına alınan toplantı hakkının özüne halel gelmemesi için, barışçıl nitelikteki toplantılara belirli derecede hoşgörü göstermelidir.[53]

(c) Türkiye Uygulamasına Genel Bir Bakış

2001 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik ile tüm haklara etkili olabilecek genel sınırlama nedenleri öngören 13. maddenin içinde yer alan dokuz genel sınırlama sebebi kaldırılarak her bir hakka ilişkin olarak ancak ilgili madde de yer alan sebeplerle sınırlama getirilebilecek bir çerçeve oluşturulmuştur. Bu bağlamda Anayasa'nın "toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü" düzenleyen 34. maddede de birtakım değişiklikler yapılarak bu hakkın milli güvenlik, kamu düzeni vb. sebeplerle 13. maddeye uygun olarak ve ancak kanunla sınırlanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Kanunla sınırlama çerçevesinde de makalenin bu kısmında değinilecek olan 06.10.1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na ("**TGY Kanunu**") atıf yapılmıştır. Anayasa'da yapılan bu değişikliklerin hiçbiri beklenen etkiyi yaratmadığı, diğer bir ifade ile daha özgürlükçü bir tablonun oluşturulmasında aciz kalındığı TGY Kanunu kapsamında 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan düzenlemeyle kaldırılan tüm kısıtlamalar zaten hâlihazırda mevcut olması ve bunların üzerinde herhangi bir değişikliğin bugüne kadar gerçekleşmemiş olmasından görülebilir. [54]

Türkiye uygulamasını ve dolayısıyla da TGY Kanunu'nda yer alan düzenlemelerden bahsederken daha ziyade AİHS 11. maddesi kapsamında yukarıda üzerinde durulan hususlar dikkate alınacaktır. Bu bağlamda ilk olarak toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin "barışçıl" olması gerekliliğine değinilecektir. Venedik Komisyonu'nun da altını çizdiği toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin genelde her şeyin yolunda olduğu zamanlarda yapılmadığını dolayısıyla bu özgürlük bir kesim tarafından pratik edilirken başka bir kesimin öfke duyması veya gü-

---

Gösteri Yürüyüşü Hakkı**,** *AÜHFD* Cilt:60, Sayı:3, 2011, s.625.

53 AİHM Kararı, Disk ve Kesk/Türkiye, 27.11.2012, Başvuru No.38676/081.

54 Aynı yönde bknz. Kemal Gözler, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf (Erişim Tarihi:22.12.2015)

cenmesinin beklenebilir olduğu ve hatta toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında üçüncü kişilerin faaliyetlerini engelleyebilecek bir boyutta olabileceğini unutmadan "barışçıl" olma konusunda geniş bir yorum benimsenmesi gerekir.[55] Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşleri barışçıl şekilde gerçekleştiği müddetçe bu toplantı ve/veya gösteri yürüyüşünün ne amaçla yapıldığının herhangi bir önemi olmaması gerekir.

Hem Anayasa hem de TGY Kanunu söz konusu özgürlüğün korunma şartını "silahsız ve saldırısız" olması ön koşuluna bağlayarak AİHS 11. maddesinde yer alan "barışçıl" olma koşuluna paralel bir şart kabul etmiş olduğu gözlemlenmektedir. Barışçıl olmayı Venedik Komisyonu'nun öngördüğü gibi geniş yorumlamayı bir yana koyalım Türkiye'de TGY Kanunu'yla getirilen birçok kısıtlama ve bunların uygulanış biçimindeki aşırı sıkılık yapılmak istenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerini oldukça zorlaştırmaktadır. Bakıldığı zaman TGY Kanunu'nda yer alan ön bildirim rejimi altında öngörülen kırk sekiz saat öncesinden ve çalışma saatleri içinde ilgili mülki idari amirliğe bildirim yükümlülüğü kendiliğinden ya da aniden gelişen barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerini neredeyse imkânsız kılmaktadır. Kaldı ki bu şekilde gerçekleşen toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı sayılması da kanun kapsamında mümkün kılınmıştır.

Demokratik bir tepki olarak anılan özgürlüğün kullanımına kamu düzeni ve güvenliği yahut başkalarının hak ve özgürlüklerine halel gelmemesi amacıyla kanunla getirilen sınırlamalar her durumda katı ve pozitivist bir yorumla mı uygulanmalıdır?[56] Bu soruya ilişkin olarak Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin cevapları hayır şeklinde olacaktır: Ani toplantılar barışçıl olduğu sürece söz konusu özgürlük sınırlamaya maruz kalmamalıdır şeklinde geniş bir yorum yolu tercih etmişlerdir. Gerçekten de Yargıtay 2010 tarihli bir kararında: "*Yasa Tasarısını protesto etmek ve sırf demokratik tepki ortaya koymak için basın açıklaması yapmak üzere Ankara Üniversitesi Cebeci Kampüsünde toplanan yaklaşık 100 kişilik grubun, ellerinde suç oluşturmayan bazı pankartlar taşıyarak marşlar ve sloganlar eşliğinde kaldırım üzerinden Kolej kavşağına kadar yürüdüğü, kavşakta ellerindeki pankart ve flamaları açıp Kızılay istikametine*

55 Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg, 04.06.2010, s.33.

56 Engin Fırat, Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları – Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS Madde 3 Kapsamında Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl:5 Sayı:19, 2014, s. 756.

yürüyüşe geçtikleri sırada güvenlik güçlerinin grubu barikat içine alıp dağılmaları yönünde ihtarda bulunmasına rağmen makul süre tanıyıp dağılmalarına fırsat vermeden grubu gözaltına almaya başladığı[nın]… hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır".[57] Keza Anayasa Mahkemesi de başvurucunun arkadaşlarıyla birlikte Aydınlık Gazetesi ve üyesi olduğu İşçi Partisinin bazı yöneticilerinin gözaltına alınmasını protesto etmek için ABD Büyükelçiliği önünde basın açıklaması yapmak istemelerinin engellenerek gözaltına alınması ve yasadışı gösteriye katılmak suçundan hapis cezasına mahkûm edilmesi nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlâl edildiğini ileri sürdüğü bir bireysel başvuruyla alakalı olarak çok yeni verdiği bir kararında şöyle bir yorum yaparak ihlâl kararı vermiştir: "*Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanırken katılımcıların yürürlükteki mevzuata uygun olarak hareket etmesi gerekir. Yasal düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün barışçıl olsa dahi dağıtılmasının toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kural olarak ihlâl ettiği söylenemez. Ancak polisin makul ve itidalli davranışıyla yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünü sonlandırması ve yasadışı barışçıl gösteriye derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması ise barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak değerlendirilebilmektedir".*[58]

Yine Anayasa Mahkemesi, eğitim sisteminde değişiklikler getiren kanun teklifine karşı kitlesel basın açıklaması yapmak için Ankara'da yapılacak olan toplantıya katılmaları polis tarafından engellenen ve bu engellemeye karşı aynı gün İzmir Konak Meydanında ve ertesi gün yine aynı meydanda basın açıklaması ve yürüyüş yapmak isteyen başvurucular kolluk tarafından izin verilmemesi ve orantısız güç kullanılarak başvurucuların yaralanmalarına neden olunmasını ihlâl olarak tespit ederken "*toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilen düzgün şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkânı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmayacağını ve bu kapsamda, izin ve bildirim usul-*

57 Yargıtay 8. C.D., 09.02.2010 tarih, Esas No.2007/9352, Karar No.2010/1550.
58 Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvurunu No. 2013/2394, Karar Tarihi: 25.03.2015.

lerinin uygulanması toplanma hakkının etkin kullanılması imkânını sağlamak için var olduğunu" belirterek *"derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bu tür bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak"* değerlendirmiştir.[59]

Türkiye'de kolluk güçleri ile ilk derece yargı mercilerinin katı ve pozitivist yaklaşımlarının aksine hem Yargıtay'ın hem de Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımlarının bu makalenin konusunu oluşturan devletlerin pozitif yükümlülükleri açısından daha yerinde bir uygulama benimsediklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında sözleşmesel hakları koruma ile sözleşmesel hakların etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayıp sağlayamadığı, başka bir deyişle, gerçekleştirme yükümlülükleri yer almaktadır. Bu bağlamda hem Yargıtay hem de Anayasa Mahkemesi, hakkın muhataplarının hakkı etkili bir şekilde kullanabilmelerinin sağlanması için durumun vahametiyle bildirim ön koşuluna riayet edilmeden gerçekleştirilen barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine yönelik amaçsal ve geniş bir yorumla cevap verme yoluna gitmişlerdir. Bu yaklaşımları AİHM'in anlayışıyla uyumludur.

Pozitif yükümlülüklerin çerçevesi çizilirken karşıt gösteri örneğinde daha çok görünür hale gelen devletlerin koruma sorumluluğunun da bulunduğu belirtilmişti. AİHM içtihatları da koruma sorumluluğu tasdikler nitelikte olduğu halde ve Anayasa'da 34. madde ile 13. madde birlikte ele alındığında bu tür kısıtlamaları gerektiren bir yaklaşım bulunmamakla birlikte – hatta hakkın özüne dokunulmamasının esas olduğu bir anlayış kapsamında tam aksinin düşünülmesi gerekirken – TGY Kanunu kapsamında aynı alan içinde birden fazla toplantı ve gösteri yürüyüşünün gerçekleştirilemeyeceği şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin altında demokratik çok sesliliği sekteye uğratan bir yaklaşım bulunmaktadır.

AİHM içtihatlarına da çeşitli defalarda konu olduğu üzere bazı önemli hususlarda göstericilerin karşı karşıya gelmeleri toplantı ve gösteri hakkının kullanılması için önemlidir.[60] Burada devletlerin üze-

---

59 Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvurunu No. 2013/3924, Karar Tarihi: 06.01.2015.

60 Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul, s.394.

rine düşen gösterileri topluca veya herhangi birisine izin vermemek değil, aksine pozitif yükümlülükleri çerçevesinde her iki gösterinin de birlikte yürütülmesine olanak sağlayacak güvenlik önlemlerini almaktır. Böylece her iki grubun toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarını etkili bir şekilde kullanmaları sağlanabilecektir ve demokratik bir toplumda çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik kavramları fiilen işlerlik kazanabilecektir. Bu bağlamda, TGY Kanunu'nun yeniden değerlendirilip düzenlenmesi gerekir.

(d) Toplumsal Barış Ortamının Tekrar Sağlanması Amacıyla Başlatılan Olağanüstü Yönetim Süreçlerinin Genel Etkisi ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü

Buraya kadar aktarılan bilgilerin hepsi olağan yönetim süreci açısından geçerlidir. Son dönemlerde küreselleşme dinamiklerinin de yol açtığı güvenlik sıkıntılarıyla karşı karşıya kalan devletlerin kamu düzeninin tekrar sağlamak veya toplumsal barış ortamına geri dönebilmek için olağan yönetimden sapma kararı aldığı gözlemlenmektedir. Bu sapmalar ya kamu makamlarının veya kolluk güçlerinin yetkilerinin arttırılmasıyla ya da düzeni sağlama görevinin askeri makamlara geçirilmesiyle geçici olarak hayata geçirilmektedir. Bu süreçte, hak ve özgürlükler daha çok kayıtlanır, kullanım alanı daraltılır, kayıtlama süreleri uzun tutulur, hatta kimi zaman askıya alınır, kullanımı durdurulur.[61] Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, olağanüstü rejimlerde hak ve özgürlüklerin daha çok sınırlanmasına karşın, bu uygulamaların "keyfi" değil, birer hukuk rejimi olmaları gereğidir yani yönetim makamlarının genişletilmiş yetkilerinin yine anayasa ve diğer hukuk kuralları çerçevesinde kullanması ve özgürlük/güvenlik dengesinin gözetmesi zorunluluğunundur.[62]

Anayasa'nın 15. maddesinde *"(...) milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir"* denilerek olağanüstü hâl rejimleri düzenlenmiştir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında da olağanüstü hâl durumunda bile *"(…) kişinin yaşama*

61 İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.272.

62 Ibid.

hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" denilmek suretiyle geçici olması öngörülen yönetim biçiminde bu fıkrada sayılan hak ve ilkelerden oluşan çekirdek alana dokunma yasağı getirilmektedir. Bu madde ışığında Türk Anayasal sisteminde olağanüstü hallerde özgürlüklerin kısıtlanmasının sınırı olarak üç ilkenin çıkarımını yapmak gerekecektir: (a) temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulması veya Anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi; (b) ölçülülük ilkesi ve (c) çekirdek alana dokunma yasağı.

İlk ilke olan milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin kapsamına öncelikle uluslararası hukukun genel prensipleri sonra da Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler girmektedir.[63] Bu sözleşmelerin başında ise AİHS yer almaktadır. AİHS olağanüstü hâllerde hak ve özgürlükler rejiminden sapma olanağı tanıdığı 15. maddesinde "*(…) durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbir alabilir*" demek suretiyle taraf devletlerin sapma haklarını kullanabilecekleri hukuki çerçeveyi çizmiştir. Bu bağlamda, AİHS 15. maddesinde "ölçülülük ilkesi" ve "uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere uygun hareket etme zorunluluğunu[n]" Anayasa 15. maddeye benzer biçimde ortaya konulduğunun altını çizmek gerek.

Ölçülülük ilkesi olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin ancak "durumun gerektirdiği ölçüde" sınırlandırılmasını öngörürken sınırlandırmada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın arasında ölçüsüz bir oran bulunmamasını ifade etmektedir.[64] Gözler, Türkiye açısından amacın Anayasa 120. madde[65]

---

63 Çağlar Bakır, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s.163.

64 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986, s.86.

65 Madde 120: "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde, (…)."

ve 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'nun 1. maddesinin (b) bendi[66] kapsamında belirlendiğini belirtmiştir. Dolayısıyla her bir olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan KHK'lar çerçevesinde düzenlenerek başvurulan tedbirlerin bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığına, alınan tedbirlerden güdülen amacı gerçekleştirmek açısından temel hakkı en az sınırlayıcı olanının seçilip seçilmediğine ve son olarak da sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvurulan tedbirin ölçüsüz bir oran içinde bulunup bulunmadığına bakmak gerekmektedir.

Çekirdek alana dokunma yasağı ise Anayasa 15. maddenin ikinci fıkrası kapsamında sayılan ve mutlak olarak korunması gereken hak ve ilkelere müdahale edilmemesini korumaktadır. Böylece olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydı ve ölçülülük ilkesine uyulmak şartıyla, ikinci fıkrada sayılmayan hak ve özgürlükler, örneğin toplantı ve gösteri, grev ve lokavt hak ve özgürlükleri sınırlandırılabilecek, hatta bu hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilecektir.[67] Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nın tartışma yaratan ve Kaboğlu ve Özbudun gibi kimi yazarlar tarafından içinde "istisna anayasa" adı verilen ikinci bir anayasa barındırdığı iddiasına yol açan Anayasa'nın "*olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaz*" şeklindeki 148. Maddesinin birinci fıkrasında KHK'lara ilişkin yargı denetimi devre dışı bırakılarak Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yukarıda bahsedilen ilkeler ışığında bir değerlendirmenin ulusal yargı mercileri düzeyinde yapılamayacağı çıkarımında bulunmak gerek. Ancak, AİHM olağanüstü hâl ilanını taraf devletlere açık bir çek olarak görmemekte ve her somut olay yönünden katı bir değerlendirmeye tabi olacak geçici bir istisna durumu olarak yorumlama yoluna gitmektedir. Gerçekten de AİHM önüne gelen davada öncelikle "ulusun varlığını tehdit eden başka bir

66 Madde 1(b): "(…) Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması (…)"

67 Kemal Gözler, Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, *Ankara Barosu Dergisi* 1990(4), s.578.

genel tehlike durumunun" varlığını tespit çalışmasını yaparak davalı devletin olağanüstü hâl ilan etmesinin haklı olup olmadığını değerlendirip ve bu bağlamda da ilgili devletin AİHS'te öngörülen yükümlülüklerine aykırı tedbirler almasına imkân veren AİHS 15. maddesinin her bir dava için uygulanabilirliğinin olup olmadığı hakkında karar vermektedir.[68] Uygulanabilir bulduktan sonra ise olağanüstü hâl ilânıyla kayıtlanan hak ve özgürlüklerin "sınırlama sınırlarını" aşıp aşmadığını yukarıda belirtilen ilkeler ışığında incelemektedir.

Bu makalede ele alınan toplantı ve gösteri yürüyüşleri yapma özgürlüğünün öncelikli olarak hem ilgili Anayasa hükümleri altında hem de AİHS 15. madde kapsamında istisna tutulan çekirdek haklardan (yaşam hakkı (Anayasa 17. madde ve AİHS 2. madde), işkence yasağı hakkı (Anayasa 17. madde ve AİHS 3. madde) vb.) sayılmadığının altının çizilmesi dolayısıyla olağanüstü hâl kapsamında çeşitli sınırlamalara tabi olabileceğini belirtmek gerekmektedir.

2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu 11. maddesinde "*(…) genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla [9. Maddede]* öngörülen tedbirlere *ek olarak (…)*" (m) bendi altında "*Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izletmek, gözetim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak*" hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda, toplantı ve gösteri yürüyüşleri yapma hakkıyla ilgili müdahalelerin "ek" bir tedbir olarak düzenlendiği, dolayısıyla özellikle ölçülülük ilkesi kapsamında bu özgürlüğe ilişkin tedbirlerin gerçekten olağanüstü hâl ilanıyla ulaşılmak istenen amaca doğrudan hizmet etmesi durumunda alınmasının AİHM tarafından kabul görebileceği düşüncesindeyim. Aksi takdirde, davalı devlet ölçülülük ilkesine riayet etmediği ve dolayısıyla aldığı bu tedbirlerin keyfi uygulamalar olduğu şeklinde bir değerlendirmeyle karşı karşıya kalacaktır.

Kaldı ki, bu makalenin konusu olan devletin toplantı ve gösteri yürüyüşleri bağlamındaki pozitif yükümlülüğü yukarıda da anlatılmaya çalışıldığı üzere devlete söz konusu hakkın üçüncü kişiler tara-

68 Aynı yönde bknz. AİHM Kararı, Lawless/İrlanda, 01.07.1961, Başvuru No.332/57.

fından ihlâlini önlemek ve etkili kullanımını sağlayabilmek gibi bir edim borcu yüklemektedir. Bu edim borcunun söz konusu hakkını kullananların işkence veya kötü muamele görmelerinin önüne geçilmesi ve hatta yaşam haklarının korunmasına kadar uzayan bir boyutu vardır. Dolayısıyla, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı AİHS 15. Madde kapsamında çekirdek haklardan biri olarak sayılmamışsa da ve buna istinaden olağanüstü hâllerde bu hak sınırlandırılmış veya tamamen yasaklanmış olsa dahi, hakkı kullananlar açısından devletin pozitif yükümlülüklerinin devam etmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu açıdan, AİHM tarafından yukarıda sayılan ilkeler kapsamında yapılacak bir değerlendirme sırasında şayet başvurucunun yaşam hakkı veya işkenceye maruz kalmama hakkının ihlâlini oluşturan bir durumun mevcudiyetinde, AİHM'in çekirdek hak olarak sayılmayan toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi haklar bağlamında da ihlâl kararı vermesi olasıdır.

C. Sonuç Yerine

Bu makale kapsamında göz önünde bulundurulan 2013 Mayıs'ından 2016 Temmuz'una[69] kadar olan süreçte toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkıyla ilgili getirilen kısıtlamaların yukarıda sunulmaya çalışılan AİHM pratikleri çerçevesinde uluslararası insan hakları yükümlülükleri bağlamında ciddi problemler oluşturduğunun tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

AİHM ve Türkiye üst yargı mercileri tarafından kabul gören barışçıl gösterilere müdahale edilmemesi, hakkın etkin bir şekilde kullanımının sağlanması için devletin sorumluluklarını yerine getirmesi ve kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşleri haklarına saygı gösterilmesi anlayışı demokrasi iddiası taşıyan tüm devletler gibi Türkiye'nin de uygulamaya geçirmesi gereken bir görevdir. Dolayısıyla olağan dönemde olduğu kadar olağanüstü süreçlerde de hakkın özüne dokunmayan ve demokratik bir toplumda gereklilik kriterlerine uygun uygulamaların benimsenmesi ülkemiz için en doğru ve faydalı olandır.

69 Olağanüstü hâlin ilânı.

Kaynakça

İçtihat

Komisyon Kararı, Belçika'da Eğitim Dili Davası/Belçika, 23.07.1968, Başvuru No. 1474/62.

AİHM Kararı, Gül/İsviçre, 19.02.1996, Başvuru No:23218/94.

AİHM Kararı, Airey/İrlanda, 09.10.1979, Başvuru No.6289/73.

AİHM Kararı, Keegan/İrlanda, 19.04.1994, Başvuru No. 16969/90, §49.

Komisyon Kararı, Powell ve Rayner/İngiltere, 24.01.1990, Başvuru No. 9310/81.

AİHM Kararı, Hatton ve diğerleri/İngiltere, 08.07.2003, Başvuru No. 36022/97.

AİHM Kararı, Young, James ve Webster/İngiltere, 13.08.1981, Başvuru No. 7601/76.

AİHM Kararı, X ve Y/Hollanda, 26.03.1985, Başvuru No. 8978/80.

AİHM Kararı, Platform Arzte Für Das Leben/Avusturya, 21.06.1988, Başvuru No.10126/82.

AİHM Kararı, Assanidze/Gürcistan, 08.04.2004, Başvuru No. 71503/01.

AİHM Kararı, Öllinger/Avusturya, 20.06.2006, Başvuru No. 76900/01, §38.

AİHM Kararı, Barankevich/Rusya, 26.07.2007, Başvuru No. 10519/03.

AİHM Kararı, Djavit An/Türkiye, 20.02.2003, Başvuru No. 20652/92, §56.

AİHM Kararı, Balcik ve diğerleri/Türkiye, 29.11.2007, Başvuru No. 25/02.

AİHM Kararı, Stankovand the United Macedonian Organisation/Bulgaristan, 02.10.2001, Başvuru No. 29221/95, §77.

AİHM Kararı, Ali Güneş/Türkiye, 10.04.2012, Başvuru No.9820/07, §41.

Komisyon Kararı, Artico/İtalya, 13.05.1980, Başvuru No. 6694/74, §33.

AİHM Kararı, Skiba/Polonya, 07.07.2009, Başvuru No. 10659/03 (kabul edilmezlik kararı).

AİHM Kararı, Gün ve diğerleri/Türkiye, 18.06.2003, Başvuru No. 8029/07, §80.

AİHM Kararı, Urcan ve diğerleri/Türkiye, 17.07.2008, Başvuru No. 23018/04, 23042/04, 23034/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 ve 23676/04.

AİHM Kararı, Oya Ataman/Türkiye, 05.12.2006, Başvuru No.74552/01.

AİHM Kararı, Ilinden Birleşik Makedonyalılar Derneği ve Ivanov/Bulgaristan, 02.10.2001, Başvuru No. 44079/98.

AİHM Kararı, Disk ve Kesk/Türkiye, 27.11.2012, Başvuru No.38676/081.

AİHM Kararı, Öllinger/Avusturya, 29.06.2006, Başvuru No. 76900/01.

AİHM Kararı, Lawless/İrlanda, 01.07.1961, Başvuru No.332/57.

Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvurunu No. 2013/2394, Karar Tarihi: 25.03.2015.

Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvurunu No. 2013/3924, Karar Tarihi: 06.01.2015.

Yargıtay 8. C.D., 09.02.2010 tarih, Esas No.2007/9352, Karar No.2010/1550.

Makaleler

Çavuşoğlu Naz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt:14, TODAİE, 1992.

Dröge Cordula, "Summary: Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europaischen Menschenrechtskonvention", Beitrage zum auslandischen offentlichen Recht und Völkerrecht, Band 159, 2003, http://phl.de/shared/data/pdf/beitr159.pdf (Erişim Tarihi: 22.12.2015).

Fırat Engin, "Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları – Toplumsal Olaylara Müdahalenin AİHS madde 3 Kapsamında Değerlendirilmesi", TAAD, Yıl:5 Sayı:19, 2014.

Gözler Kemal, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi* 1990(4), s.561-590.

Gözler Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf (Erişim Tarihi:22.12.2015)

Kılınç Ümit, "Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri", *TBB Dergisi* 2014 (110), s.287.

Metin Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile ilgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", Uluslararası İlişkiler, Cilt 7, Sayı 27 (Güz 2010).

Tanyar Ziya Çağa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", *AÜHFD* 60(3), 2011.

Kitaplar

Bakır Çağlar, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.

De Salvia Michele, Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative a la Convention europeennes des droits de l'Homme, Vol.1 – Jurisprudence 1960 a 2002, ed. N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, VA, 2003.

Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hakkında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hakkında İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Inceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Kaboğlu İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Kombe Jean-François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No.7, 2008.

Monbray Alaistair, The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by European Court of Human Rights, Oxford, Hart Publishing, 2004.

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986, s.86.

Raymond Jean, La Liberte de Manifester selon la Convention europeenne des droits de l'Homme, Revue trimestrielle des droits de l'Homme, annee 1er, No.4, 1990.

Tezcan Durmuş –Erdem, Mustafa R. – Sancaktar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

Diğer

Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, Second Edition, OSCE/ODIHR, Warsaw/Strasbourg, 04.06.2010.

Kiai Maina, Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and association, UN document A/HRC/23/39, 24.04.2013, §49.

Kiai Maina, Summary of the Human Rights Council panel discussion on the promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN document A/HRC/19/40, 19.12.2011.

Olağanüstü Hal Kanunu, Kanun No.2935, Kabul Tarihi: 25.10.1983.

The promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests, Human Rights Council, Resolution 22/10, 21.03.2013.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Kanun No.2911, Kabul Tarihi: 06.10.1983

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No.2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982.

TÜRK HUKUKUNDA SİYASİ HAKLAR VE SİYASİ HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU

POLITICAL RIGHTS IN TURKISH LAW AND CRIME OF PREVENTING THE USE OF POLITICAL RIGHTS

Yasin AYDOĞDU*

Özet: İnsanlar, hiçbir ayrım gözetilmeksizin sırf insan olmaları sebebiyle birtakım hak ve hürriyetlere sahiptir. İnsan haklarının, uluslararası sözleşmeler ve demokratik anayasalar tarafından güvence altına alınanlarına "temel hak ve hürriyetler" denilmektedir. Temel hak ve hürriyetler belirli kategorilere ayrılmaktadır. Bunlardan biri de siyasi hak ve hürriyetlerdir. Bunlar, kişinin devlet yönetimine katılmasına imkân tanıyan hak ve hürriyetlerdir. Siyasi haklar da diğer temel hak ve hürriyetler gibi uluslararası sözleşmeler, anayasalar ve kanunlar tarafından güvence altına alınmaktadır. Kişilerin siyasi hak ve hürriyetlerini kullanmasını engellemek ise ceza hukuku bağlamında suç oluşturmaktadır. Hangi siyasi hak ve hürriyetin kullanılmasının engellenmesinin suç oluşturacağı, cezanın miktarı ve nitelikli halleri Türk Ceza Kanunu'nda ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Temel Hak ve Hürriyetler, Siyasi Hak ve Hürriyetler, Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, Suç, Ceza

Abstract: Because of just being human, people have some rights and freedoms without discrimination. Human rights that guaranteed by international conventions and democratic constitutions are called fundamental rights and freedoms. Fundamental rights and freedoms are divided into specific categories. One of these categories is political rights and freedoms. These are rights and freedoms that allow people to participate in the state administration. Political rights and freedoms, like other fundamental rights and freedoms, are guaranteed by international conventions, constitutions and laws. To prevent the use of political rights and freedoms constitute a crime in the context of criminal law. It is enacted in Turkish Penal Law that what kind of actions constitute the crime of preventing the use of political rights and freedoms, the amount of penalty and qualified forms of the crime.

Keywords: Human Rights, Fundamental Rights and Freedoms, Political Rights and Freedoms, Preventing of Using Political Rights, Crime, Penalty.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Kişilerin doğuştan sahip oldukları, vazgeçilmez, devredilmez ve herkes tarafından uyulması, saygı gösterilmesi gereken birtakım temel hak ve hürriyetleri vardır. Bunların tamamı için genel bir ifade olarak "insan hakları" kavramı kullanılmaktadır. Bu bakımdan insan hakları çeşitli haklardan oluşan bir katalog olarak da düşünülebilir. Bu katalog haklar sistematik bir çerçevede farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Bunlardan birisi "kuşak sınıflandırması" olarak da bilinen, temel hak ve hürriyetlerin ortaya çıktıkları zaman dilimine göre ayrıma tabi tutan sınıflandırmadır. Bir diğeri, Alman hukukçu George Jellinek tarafından yapılan ve "klasik sınıflandırma" olarak da bilinen; temel hak ve hürriyetlerin konularına ve korudukları değerlere göre farklı kategorilere ayrıldığı sınıflandırmadır. Buna sınıflandırmada; kişinin özel alanının sınırlarını çizen ve devlet tarafından dokunulamayacak, aşılamayacak ve korunması gereken hak ve hürriyetler "negatif statü hakları" olarak adlandırılmaktadır. Kişilere devlete hizmet etme, katkı sağlama ve yardım etme gibi olumlu bir davranış isteme imkânı tanıyan haklara "pozitif statü hakları"; kişilerin üzerinde yaşadıkları ülkenin yönetimine katılmasını sağlayan haklara da "aktif statü hakları" denilmektedir. 1982 Anayasası'nda da temel hak ve hürriyetler klasik sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Buna göre, 17-40'ıncı maddeler kişi hakları ve ödevleri (negatif statü hakları), 41-65'inci maddeler sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler (pozitif statü hakları), 66-74'üncü maddeler siyasi haklar ve ödevler (aktif statü hakları) olarak ayrı bölümlerde düzenlenmektedir.

Siyasi haklar kişinin devlet yönetimine katılımına imkân sağlayan haklardır. Bu bakımdan katılım hakları olarak da adlandırılmaktadır. Demokratik anayasaların tamamında diğer temel hak ve hürriyetler gibi siyasi haklar da koruma altına alınmıştır. Türkiye'de 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında temel hak ve hürriyetler güvence altına alınmıştır. Temel hak ve hürriyetlerin kategorik ayrıma tabi tutularak ele alınması ise 1961 Anayasası ile başlamış; 1982 Anayasası'nda da aynı sistem benimsenmiştir.

Kişinin siyasi hak ve hürriyetlerini serbest ve hür bir şekilde kullanmasını sağlamak devletin asli görevlerinden biridir. Kişiyi bu hürriyetinden yoksun bırakan diğer kişiler ise cezai yaptırımlarla karşı

karşıya kalır. Ceza hukukunda hâkim olan, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince, bu yaptırımlar kanunlarla düzenlenmek zorundadır. Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçu da yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmektedir (m. 114 ve 119). Bu Kanun yürürlüğe girmeden önce ise bu suç mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmekteydi (m. 174). Bunların dışında birtakım özel kanunlarda da siyasi hakların kullanılmasının engellenmesinin cezai yaptırımları bulunmaktadır.

Çalışmamızın konusunun daha iyi anlaşılması için çalışmayı iki bölüme ayıracağız. İlk bölümde öncelikle hak, hürriyet, insan hakları gibi bazı kavramları açıklayacağız. Bu bölümde genel olarak temel hak ve hürriyetlerin sınıflandırılmasını açıkladıktan sonra Osmanlı-Türk Anayasalarında temel hak ve hürriyetlerin düzenlenişini ele alacağız. Bölümün son başlığında ise 1982 Anayasası'nda yer alan siyasi hak ve ödevleri açıklayacağız.

İkinci bölümde ise önce 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunu, daha sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunu ele alacağız. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, mevcut yürürlükteki kanun olduğu için suç üzerine yapacağımız açıklamalarda bu Kanun hükümleri üzerinden hareket edeceğiz.

I. TÜRK HUKUKUNDA SİYASİ HAKLAR

Çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden siyasi haklar ve bu hakların kullanılmasının engellenmesi suçuna geçmeden önce sıklıkla kullanacağımız bazı kavramları açıklamakta fayda görüyoruz. Bunlar: Hak, hürriyet, insan hakları, kamu hürriyetleri ile temel hak ve hürriyet kavramlarıdır.

Hak, kişilere hukuk tarafından tanınan ve bu kapsamda birtakım edimlerin yerine getirilmesini isteme yetkisi tanıyan menfaatlerdir.[1]

Hürriyet ya da özgürlük kavramı gündelik kullanımda sıklıkla "hak" kavramıyla eş değerde kullanılmaktadır. Buna göre hürriyet

[1] Benzer tanımlar ve açıklamalar için bkz. Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 8. Baskı, Konya, 2013, s. 111; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, 16. Baskı, Bursa, 2014, s. 110.

de, bir haktır.[2] Fakat bütün haklar, hürriyet değildir.[3] Bu bakımdan hürriyet, kişinin bir şeyi yapmaya veya yapmamaya yahut belirli bir davranışı sergileyip sergilememeye kendi hür iradesiyle karar vermesi ve kararın gereklerini yerine getirirken başkaları tarafından engellenmemesidir.[4] Burada önemli olan husus, kişinin hürriyet alanının sınırlarının başkalarının sınırlarıyla çakışmamasıdır.

İnsan hakları, kişilerin başka hiçbir ayrım gözetilmeksizin sadece insan olmaları sebebiyle sahip oldukları haklardır.[5] İnsan hakkı kavramı çok yönlü ve oldukça geniş bir kavramdır. Bir yönü ile kişilerin haklarının devlet gücü karşısında korunması gerekliliğini içerirken; diğer bir yönü ile çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesine katkı sağlamayı gerektirmektedir.[6]

Kamu hürriyetleri, insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka dâhil edilen bölümünü ifade eder.[7] Bu haklar herkese (kamuya) karşı tanınmıştır ve anayasa, kanun gibi hukuki düzenlemelerde ele alınmaktadır.

Temel hak ve hürriyetler ise yukarıda açıkladığımız dört kavramın (hak, hürriyet, insan hakları, kamu hürriyetleri) aynı noktada kesiştiği çatı kavramdır. Temel hak ve hürriyetler terimi, uluslararası sözleşmeler ve demokratik anayasalar başta olmak üzere hukuki düzenlemeler tarafından korunan ve tanınan hak ve hürriyetleri ifade eder.

Siyasal ya da siyasi haklar temel hak ve hürriyetlerin bir bölümünü oluşturur. Siyasi hakların yeri ve önemini daha iyi anlayabilmek için temel hak ve hürriyetlerin hukuk düzenlerindeki sınıflandırılmasını ele alacağız.

---

2 Ahmet Mumcu/Elif Küzeci, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2012, s. 10.

3 İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, İmge Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2013, s. 13.

4 Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, s. 111; İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, s. 13.

5 Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku, Orion Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2011, s. 53.

6 Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara, 2013, s. 302.

7 Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013, s. 14.

A. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN SINIFLANDIRILMASI

İnsan hakları alanında uzun yıllar süren mücadele ve gelişimin sonucunda farklı konu ve değerlere sahip birçok hak ve hürriyet ortaya çıkmıştır. Temel hak ve hürriyetler, konularına, içeriklerine, korudukları değer ve ilkeler ile ortaya çıktıkları tarihsel sıralamaya göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Bu sınıflandırmalar arasında hukuk düzenlerinde ve uluslararası sözleşmelerde en çok kabul edilen George Jellinek'in klasik sınıflandırması ve "kuşak" sınıflandırmasıdır.

1. Klasik Sınıflandırma

Temel hak ve hürriyetler üzerine yapılan sınıflandırmalardan en çok benimseneni ve yazılı anayasaların büyük çoğunluğu tarafından kabul edileni[8] George Jellinek'in yaptığı sınıflandırmadır.[9] Jellinek, temel hak ve hürriyetleri devlet ile kişi arasındaki ilişkinin durumuna göre "negatif statü hakları", "pozitif statü hakları" ve "aktif statü hakları" olarak üçe ayırmaktadır.[10]

Negatif statü hakları, kişinin özel alanının sınırlarını çizen ve devlet tarafından aşılamayacak, dokunulamayacak ve korunması gereken hak ve hürriyetlerdir. Bunlar devlete, negatif bir tutum yani "karışmama", "müdahale etmeme" ödevi yüklerler.[11] Örneğin din ve vicdan hürriyeti, düşünce hürriyeti, basın hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, konut dokunulmazlığı hakkı, mülkiyet hakkı vb. hak ve hürriyetler negatif statü haklarındandır. Bunlara aynı zamanda, kişiyi devlete ve diğer kişilere karşı da koruduğu için, "koruyucu haklar" da denilir.[12] Örneğin negatif statü haklarından konut dokunulmazlığı hakkı kapsamında kişinin, gerek üçüncü kişilere karşı gerekse de,

8 Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, s. 111.

9 Avusturyalı Yahudi bir hahamın oğlu olarak 1851 yılında Leipzig'de dünyaya gelen George Jellinek, hayatı boyunca tarih, edebiyat, felsefe, politika, ekonomi ve hukuk üzerine çalışmalar yapmıştır. "Georg Jellinek", The American Journal of International Law, American Society of International Law Press, c. 5, S. 3, 1991, s. 716-718. http://www.jstor.org/stable/2186373 (E.T. 08.03. 2016).

10 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi c. 2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 507.

11 Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 6.

12 Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s. 171.

hukukun izin verdiği durumlar haricinde, devlete[13] karşı konutunun korunması gerekir.[14]

Pozitif statü hakları, kişilere devletten hizmet etme, katkı sağlama ve yardım etme gibi olumlu bir davranış isteme imkânı tanıyan haklardır. Bu kapsamda devletin sosyal alanda yapması gereken belirli ödevleri vardır. Örneğin eğitim ve öğrenim hakkı, konut hakkı, kıyılardan yararlanma hakkı, sendika kurma ve sendikal faaliyetlerde bulunma hakkı, çalışma ve sözleşme hürriyeti vb. hak ve hürriyetler pozitif statü haklarındandır. Bunlara, aynı zamanda, kişiye devletten bir şey(ler) isteme hakkı verdiği için, "isteme hakları" da denilir.[15] Örneğin pozitif statü haklarından eğitim ve öğrenim hakkı kapsamında kişi, devletten kişisel gelişimini sağlayacak ve en üst seviyelerde dahi (uluslararası platformlarda) rekabet edebilecek donanıma sahip olabilecek eğitim ve öğrenim görmeyi talep edebilmelidir.[16]

Aktif statü hakları, kişilere içerisinde yaşadıkları ülkenin yönetimine katılma imkânı sağlayan haklardır. Örneğin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, dilekçe hakkı, bilgi edinme hakkı vb. haklar aktif statü haklarındandır. Bunlara, aynı zamanda kişiye, devlet yönetimine katılma hakkı sağladığı için, "katılma hakları" da denilir.[17] Örneğin aktif statü haklarından siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında kişi, siyasi parti kurabilecek, daha önce kurulmuş bir siyasi partiye üye olabilecek yahut üyelikten ayrılabilecektir.[18]

İlerleyen bölümlerde ele alacağımız siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun konusunu Jellinek'in sınıflandırmasında üçüncü kategori olan aktif statü hakları oluşturmaktadır.

Jellinek'in sınıflandırmasından başka bir de temel hak ve hürri-

---

13 Burada "devlet" ile kastettiğimiz, kolluk kuvvetleri veya icra görevlileri gibi devlet tüzel kişiliğini temsil eden resmi görevlilerdir.

14 Konut dokunulmazlığı hakkı, 1982 Anayasası'nda da güvence altına alınmaktadır. Anayasa'nın 21'inci maddesine göre: Kimsenin konutuna dokunulamaz.

15 Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s. 174.

16 Eğitim ve öğretim hakkı, 1982 Anayasası'nda da düzenlenmektedir. Anayasa'nın 42'inci maddesine göre, kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz (f. 1).

17 Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, s. 177.

18 Benzer düzenleme 1982 Anayasası'nın 68'inci maddesinde de vardır.

yetlerin ortaya çıktıkları zaman dilimlerine göre ayrıma tabi tutulan kuşak sınıflandırması vardır.

2. Kuşak Sınıflandırması

Temel hak ve hürriyetler tarihsel olarak ortaya çıktıkları zaman dilimine göre de bir sınırlandırmaya tabi tutulmaktadır. Bu tasnif ilk defa, Çek kökenli Fransız hukukçu Karel Vasak tarafından 1979 yılında önerilmiştir.[19] Buna göre temel hak ve hürriyetler ortaya çıktıkları zaman dilimine göre "Birinci kuşak haklar", "İkinci kuşak haklar" ve "Üçüncü kuşak haklar" olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Birinci kuşak haklar, Jellinek'in tasnifindeki negatif statü ve aktif statü haklarını kapsamaktadır. Bunlar 18'inci yüzyıldan itibaren tanınan medeni ve siyasal haklara denk düşer.[20] Bu hak ve hürriyetlerin kullanımı için devletin olumlu bir davranışta bulunması gerekmez. Devletin bu hak ve hürriyetleri koruması ve kişilerin bunları kullanabilmesi için uygun ortamı sağlaması yeterlidir. Birinci kuşak haklar, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile 1770'li yıllarda kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Bildirgeleriyle tanınmıştır.[21]

İkinci kuşak haklar, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya konan ancak uygulanması büyük ölçüde İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraya bırakılan sosyal, kültürel ve ekonomik haklardır.[22] İkinci kuşak haklar, daha çok Jellinek'in tasnifindeki pozitif statü haklarından oluşmaktadır. Bu kuşaktaki haklarda, devlete birtakım olumlu edimlerde bulunma ödevi yüklenmektedir.[23] Bu hakların ortaya çıkışı ve gelişim süreci, sosyal devlet olgusunun ortaya çıkışı ve gelişimiyle de eş zamanlı olmuştur.

---

19 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi c. 2, s. 511.

20 İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, s. 41.

21 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi c. 2, s. 512.

22 İkinci kuşak haklar kategorisinde yer alan haklara ilk olarak 31 Ocak 1917 tarihli Meksika Anayasası'nda rastlanmaktadır. 1918 tarihli Sovyet Bildirisi ile 1925 ve özellikle 1936 tarihli Sovyet Anayasalarında da bu haklara rastlanmaktadır. Ancak bu konuda 1919 tarihli Alman Wiemar Anayasası'nın çok daha ileri gittiği ve devletin sosyal fonksiyonunu açıkça yansıttığı görülmektedir. Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 54-56.

23 İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2008, s. 100.

Birinci ve ikinci kuşakta yer alan haklar büyük ölçüde Jellinek'in ortaya koyduğu ve günümüzde yazılı anayasaların büyük çoğunluğunda sistematiğini koruyan klasik sınıflandırmada da yer almaktadır. Buna karşılık üçüncü kuşak haklar; klasik sınıflandırmada bulunmayan, birçoğu henüz gelişim sürecinde olan hak ve hürriyetlerden oluşmaktadır.

Üçüncü kuşak hakların ortaya çıkmasında sömürge olmaktan kurtulan üçüncü dünya devletlerinin etkili olduğu söylenebilir. Tarihsel olarak 20'inci yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkmaya başlayan bu haklardan bazıları şunlardır: Çevre hakkı, barış hakkı, iletişim hakkı, bilgi edinme hakkı, kültürel mirasa katılma hakkı vb.[24] Bunlara ilaveten 21'inci yüzyılın henüz ilk yıllarından itibaren tartışılmaya başlayan ve halen gelişimini sürdüren insanlığın ortak miraslarını koruma hakkı bu kapsamda değerlendirilmektedir. Dayanışma hakları da denilen üçüncü kuşak hakların ortaya çıkması ve tanınması genellikle uluslararası sözleşmelerle ve bildirilerle olmaktadır.[25]

Ancak doktrinde Mustafa Erdoğan, insan haklarının öznesinin sadece birey olabileceğini belirterek, Üçüncü kuşak hakların (dayanışma haklarının) öznesinin salt birey değil; kolektif varlıklar (toplum, grup, sınıf, topluluk vb.) olduğunu belirtmektedir. Erdoğan, bu gerekçeyle dayanışma haklarını insan hakları kategorisinde değerlendirmenin bazı kavramsal sorunlara yol açabileceğini de söylemektedir.[26] Esasen, Erdoğan'ın belirttiği kolektif varlıkların (toplum, sınıf, grup vb.) oluşumu da birden çok bireyin bir araya gelmesinden ibarettir. O halde, bu kategorideki haklarla korunan hukuki değer yine bireyi (kişiyi) ilgilendirmektedir. Bu sebeple Erdoğan'ın bu görüşüne katılmıyoruz. Bizce üçüncü kuşak haklar, modern toplumun en değerli öznesi konumunda olan insanın daha iyi ve ideal bir Dünyanın hep birlikte inşası için geliştirdiği haklardır.

---

24 1982 yılında hazırlanan, "Dayanışma Haklarına İlişkin Uluslararası Pakt Ön Tasarısı"nda düzenlenen şekliyle, barış hakkı, gelişme (gelişim) hakkı, çevre hakkı üçüncü kuşak haklar arasında gösterilmiştir. Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, s. 113.

25 Üçüncü kuşak hakların hukuksal değeri ve gelişimi hakkında daha fazla bilgi için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Dayanışma Hakları"nın Hukuksal Değeri: Soyut Talepler mi, İnsan Hakları mı?", İnsan Hakları Yıllığı, S. 13, 1991, s. 37-48.

26 Mustafa Erdoğan'ın bu konudaki görüşleri ve diğer gerekçeleri için bkz. Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2013, s. 149-150.

B. TÜRK ANAYASALARINDA TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

Türk tarihinde anayasal gelişmelerin ilk adımının, Padişah II. Mahmut ile ayanlar arasında imzalanan Sened-i İttifak olduğu bilinmektedir. Padişah Sultan Abdülmecid döneminde 1839'da ilan edilen Tanzimat Fermanı ve 1856'da ilan edilen Islahat Fermanı Osmanlı anayasal gelişmelerinde diğer önemli kilometre taşlarındandır. Bu gelişmeler Padişah II. Abdülhamid (Sultan Abdülhamid) döneminde hazırlanan ilk Anayasanın zeminini oluşturan önemli gelişmelerdir. 1876 tarihli Kanun-u Esasi ilk Osmanlı-Türk Anayasası olarak kabul edilmektedir.

Bu başlık altında Kanun-u Esasi'den başlayarak 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında temel hak ve hürriyetlerin ele alınışını inceleyeceğiz.[27]

1. 1876 Anayasası'ndaki Düzenleme

1876 tarihli Kanun-u Esasi 12 bölüm ile toplamda 119 maddeden oluşmaktadır.[28] "Tebaai Devleti Osmaniyenin Hukuki Umumiyesi" başlıklı ikinci bölümde temel hak ve hürriyetler düzenlenmektedir. Ancak bölüm içerisinde herhangi bir sınıflandırma yapılmamıştır. Maddeler incelendiğinde ağırlıklı olarak kişi hak ve hürriyetleri ile siyasi hakların ele alındığı görülmekle beraber; sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin de düzenlendiğini görmekteyiz. Örneğin negatif statü haklarından konut dokunulmazlığı hakkı 22'inci madde hükmünden[29] çıkarılabilir. Yine çağdaş hukuk düzenlerinin temel ilkelerinden biri olan kanuni hâkim güvencesi 23'üncü maddede ele alınmıştır.[30] Bu bölümde siyasi haklardan devlet memurluğu (m. 19), vergilerin kanuniliği ilkesi (m. 25) gibi düzenlemeler de mevcuttur. Anayasa'nın ilk halin-

---

27 Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri hakkında daha detaylı bilgiye ulaşmak için ayrıca bkz. Emin Memiş, Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011), Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul, 2011.

28 Kanun-u Esasi'nin ilk hali için bkz. https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf (E.T. 10.3.2016). Çalışmanın bundan sonraki kısmında Anayasalar ve değişiklikleri açıklarken şu siteden faydalanacağız: https://anayasa.tbmm.gov.tr

29 Madde 22: Memaliki Osmaniyede herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tayin eylediği ahvalden maada bir sebeple Hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez.

30 Madde 23: Yapılacak usulü muhakeme hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.

de siyasi parti kurma, üye olma veya siyasi faaliyette bulunma hakları yoktur. Ancak çift meclisli bir yapıdan oluşan yasama organının ele alındığı "Heyeti Mebusan" başlıklı yedinci bölümde seçilme şartları düzenlenmektedir (m. 68). Seçme hakkı ise Kanun-u Esasi'de değil; ilk parlamento seçimlerinde uygulanmak üzere çıkarılan 28.10.1876 tarihli Meclis Azasının Sureti İntihab ve Tayinine Dair Talimat-ı Muvakkate[31] isimli geçici kanunda[32] düzenlenmiştir. Sosyal ve ekonomik haklar ise, henüz o dönemde gelişim göstermediği için rastlanmamaktadır. Tam olarak günümüz anlamındaki karşılıklarına denk düşmese de, Anayasada çalışma ve sözleşme hürriyetine (m. 13), eğitim-öğrenim hakkına (m. 15-16) benzer düzenlemeler görülmektedir.

1876 Kanun-u Esasi'de 1909 yılında köklü değişiklikler yapılmıştır.[33] Öyle ki bu dönem II. Meşrutiyet Dönemi olarak adlandırılmaktadır. Bu dönemde siyasi haklarla ilgili çok önemli gelişmeler olmuştur. Çıkarılan yeni Seçim Kanunu (1908 tarihli İntihab-ı Mebusan Kanunu) ile seçim hürriyeti sağlanmıştır. Daha da önemlisi siyasal örgütlenme olayına, yani siyasi partilere bu dönemde rastlamaktayız.[34]

2. 1921 Anayasası'ndaki Düzenleme

Milli Mücadele Dönemi'nde hazırlanan ve bir geçiş dönemi anayasası olan Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası) toplam 23 maddeden[35] oluşan çerçeve bir anayasadır. Bu Anayasada temel hak ve hürriyetlerle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira bu dönemde 1876 tarihli Kanun-u Esasi henüz ilga edilmemiştir. Teşkilat-ı Esasiye'de düzenleme bulunmayan konularda Kanun-u Esasi hükümleri uygulanacaktır. Temel hak ve hürriyetler konusunda da Kanun-u Esasi'deki düzenlemeler geçerlidir.

---

31 Düzenlemeye ulaşmak için bkz. Bekir Sıtkı Baykal, "I. Meşrutiyete Dair Belgeler", *Belleten Dergisi*, c. 24, S. 96, Ankara, 1960, s. 609-612.

32 Günümüzdeki kanun hükmünde kararnamelere benzer bir düzenlemedir. Ergun Özbudun, *Türk* Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2013, s. 248.

33 Yapılan değişikliklere ulaşmak için bkz. https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf (E.T. 10.3.2016).

34 Tunçer Karamustafaoğlu, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, AÜHF Yayınları, no: 262, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 104-105.

35 Geçici maddeyi de eklersek toplamda 24 maddeden oluştuğu söylenebilir.

3. 1924 Anayasası'ndaki Düzenleme

Cumhuriyetin ilanından sonra da 1876 tarihli Kanun-u Esasi henüz ilga edilmemiştir ve 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu devletin ihtiyaçlarına cevap verebilecek düzeyde bir Anayasa olarak görülmemektedir. Bu sebeple TBMM tarafından 20 Nisan 1924'de yeni bir Anayasa hazırlanarak 23 Nisan 1924'de yayımlanmıştır.

1924 Anayasası 6 bölüm ve 105 maddeden oluşmaktadır. "Türklerin Hukuki Ammesi" başlıklı beşinci bölümde, toplamda 21 maddede temel hak ve hürriyetler düzenlenmiştir. Ancak bölüm içerisinde herhangi bir sınıflandırma yapılmamıştır. Bu bölümde negatif statü haklarına ağırlık verildiği, aktif statü haklarının da genel olarak yer aldığı görülmekle beraber; pozitif statü haklarının düzenlenmediğini görmekteyiz. Zira pozitif statü hakları o dönem, henüz yeni gelişim göstermektedir.

1924 Anayasasında yer alan siyasi hak ve ödevler (aktif statü hakları) genel olarak şunlardır: Vatandaşlık (m. 88), bilgi edinme ve şikâyet hakkı (m. 82), vergi ödevi (m. 84-85).

1924 Anayasasında siyasi partilerle ilgili herhangi bir düzenleme yoktu. Zira siyasi partiler 1961 Anayasası ile mevzuatımıza girmiştir.[36] 1924 Anayasası döneminde kurulan siyasi partiler ise 70'inci maddede düzenlenen dernek kurma hürriyeti kapsamında değerlendirilmiştir. Yani siyasi partiler bir anlamda dernek/cemiyet olarak kabul edilmektedir. Doktrinde Ahmet Mumcu bu durumu, 1961 ve 1982 Anayasalarına nazaran daha demokratik ve ileri bulmaktadır. Mumcu'ya göre 1924 Anayasası hükümlerine göre siyasi parti kurulması yasaklanamaz, siyasi parti kurma hakkı, Türklerin doğal haklarından kabul edilmiştir. Şu veya bu yönde bir partiyi yasaklayan hüküm dahi taşımaz.[37]

4. 1961 Anayasası'ndaki Düzenleme

1961 Anayasası temel hak ve hürriyetler konusunda 1924 Anayasası'na göre hem daha geniş hem de daha güvenceli düzenle-

---

[36] Hüseyin Özcan/Murat Yanık, Siyasi Partiler Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 7.

[37] Ahmet Mumcu, "1924 Anayasası", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, c. 2, S. 5, Ankara, 1986, s. 383-399. Makaleye ulaşmak için bkz. http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-05/1924-anayasasi (E.T. 9.12.2016).

meler getirmiştir.[38] 1961 Anayasası'nın ikinci kısmı "Temel Haklar ve Ödevler" başlığı altında dört bölümden oluşmaktadır. Bu bölümler şunlardır: "Genel Hükümler (m. 10-13)", "Kişinin Hakları ve Ödevleri (m. 14-34)", "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler (m. 35-53)" ve "Siyasi Haklar ve Ödevler (m. 54-62)". 1961 Anayasası'nın temel haklar ve hürriyetler konusunda Georg Jellinek'in klasik sınıflandırma sistemini benimsediği görülmektedir.

1961 Anayasasında siyasi haklar ve ödevler, bir sonraki başlık altında detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz 1982 Anayasasındaki durum ile sistematik olarak aynıdır.

5. 1982 Anayasa'sındaki Düzenleme

1982 Anayasası'nın temel hak ve hürriyetler konusundaki yaklaşımı 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişikliklerin devamı niteliğindedir.[39] Zira bu değişikliklerle 1961 Anayasası'nın ilk halindeki düzenlemeler, hak ve hürriyetler açısından daha gerici nitelikte olmuştur. 1982 Anayasası'nda da aynı tutum daha katı şekilde devam ettirilmektedir.[40] Bunun dışında sınıflandırma olarak 1961 Anayasası'nda olduğu gibi Georg Jellinek'in klasik sınıflandırma sisteminin benimsendiğini görmekteyiz.

1982 Anayasası'nın ikinci kısmı "Temel Haklar ve Ödevler" başlığı altında dört bölümden oluşmaktadır. Bu bölümler şunlardır: "Genel Hükümler (m. 12-16)", "Kişinin Hakları ve Ödevleri (m. 17-40)", "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler (m. 41-65)" ve "Siyasi Haklar ve Ödevler (m. 66-74)".

Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan 1982 Anayasası'nda siyasi haklar ve ödevler kısmını ayrı başlık altında, daha detaylı bir şekilde incelemek gerektiği kanaatindeyiz.

---

38 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 43.

39 Değişiklikler için bkz. RG 22.9.1971, S. 13964.

40 1961 ve 1982 Anayasaları üzerine, Anayasaların oluşumu ve içerikleri hakkında bilgiler taşıyan bir çalışma için bkz. Bülent Tanör, İki Anayasa 1961-1982, Oniki Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013. Kitabın 17-21'inci sayfaları arasında 1961 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler ele alınırken; 121-125'inci sayfaları arasında 1982 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler ele alınmaktadır.

C. 1982 ANAYASASI'NDA SİYASİ HAK VE ÖDEVLER

1982 Anayasası'nın dört bölüme ayrılmış "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının son bölümü siyasi haklar ve ödevleri düzenlemektedir. Anayasadaki sıralamasına göre bu haklar şunlardır: Vatandaşlık (m. 66), seçme ve seçilme hakkı (m. 67), siyasi faaliyette bulunma hakkı (m. 67), siyasi parti faaliyetleri (m. 68-69), kamu hizmetine girme hakkı (m. 70) ve dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (m. 74). Bu bölümde düzenlenen ödevler ise, askerlik (vatan hizmeti, m. 72), vergi yükümlülüğü (m. 73) ve kamu hizmetindekiler için mal beyannamesi vermedir (m. 71).

1. Vatandaşlık Hakkı (m. 66)

Anayasaya göre, Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür" (m. 66/1). Anayasa'nın bu düzenlemesinde dil, din, ırk, etnik köken gibi somut öğeler bağlamında bir vatandaşlık tanımı değil; sübjektif millet anlayışına dayalı çağdaş bir düzenleme yapılmıştır.[41] Yine Anayasada "Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk'tür" denilmektedir (m. 66/2).[42]

Vatandaşlık kavramı, gerçek kişileri devlete bağlayan hukuki ve siyasi bir bağdır (Doğan, 2010: 22)[43]. Türkiye'de siyasi hakların kullanılması, vatandaşlık kavramı ile doğrudan bağlantılıdır. Oysa Avrupa ülkelerinin çoğunda, özellikle yerel yönetim seçimlerinde seçme ve seçilme hakkı, sadece vatandaşları ilgilendiren bir hak olarak değil; o bölgede oturan herkesi ilgilendiren bir hak olarak görülmektedir.[44]

---

41 Sübjektif millet anlayışı, Fransız "ortak yaşama isteği" olarak da bilinir. Buna göre; millet birlikte yaşama isteğinin bir ürünüdür. Burada nesilden nesile aktarılan manevi miras, geçmişin parlak ve karanlık günlerinin anılarına bağlı kalmak ve gelecek için izlenecek tutumun birlikte hazırlanması yatar. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 16. Bası, İstanbul, 2013, s. 134. Sübjektif millet anlayışının karşıtı olan objektif millet anlayışı ise, Alman "ulus/ırk" anlayışı olarak bilinir ve millet olabilmek için insanlar arasında dil, din, ırk, etnik köken, kan birliği gibi objektif (somut) ortaklıklar aranır. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, s. 133-134.

42 1982 Anayasası'nın ilk halinde bu düzenleme şöyleydi: "Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk'tür. Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir." Burada yer alan son cümle 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kaldırılmıştır.

43 Vahit Doğan, Türk Vatandaşlık Hukuku, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2010, s. 22.

44 Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Huku-

Avrupa Birliği 1994 yılında hazırladığı bir rapor ile Türkiye'ye bu konuda bir değişiklik önerisinde bulunmuş ancak 1996 yılında TBMM'ye sunulan böyle bir teklif kabul görmemiştir.[45]

2. Seçme, Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı (m. 67)

İnsanlar vatandaşı oldukları ülkelerin yönetimine seçme ve seçilme haklarını kullanarak katılırlar. Bu, temsili demokrasi anlayışının bir parçasıdır. Seçme hakkı, vatandaşlara (seçmenlere) parlamentoda kendilerini kimlerin temsil edeceğini veya kimlerin kendilerini yöneteceğini belirleme imkânı tanır. Seçilme hakkı ise vatandaşların devlet yönetimine aktif olarak katılmalarına imkân tanır.[46]

Anayasada vatandaşların kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak yahut bir siyasi parti çatısı altında siyasi faaliyette bulunma ve halk oylamasına katılma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir (m. 67/1). Seçme ve seçilme hakkı, demokratik devlet yönetiminin "olmazsa olmaz" şartlarındandır. Bu sebeple seçim hürriyetinin, anayasa ve kanunların belirleyeceği zorunlu haller dışında kısıtlanmaması gerekir.[47] Seçme hakkıyla birlikte anılan ve onun bütünleyici parçası diyebileceğimiz seçilme hakkı ise Anayasada ayrıca düzenlenmektedir. Bu konuda her bir seçimle ilgili, adaylıkların düzenlendiği bölümlere bakmak gerekir. Türkiye'de kişilerin seçilme hakkını kullanabileceği üç ayrı platform vardır. Bunlar: TBMM seçimleri, Cumhurbaşkanı seçimleri ve mahalli idareler seçimleridir. TBMM seçimlerinde kişi kendi tercih edeceği herhangi bir seçim çevresinden bağımsız olarak veya bir siyasi parti çatısı altında milletvekili adayı olabilir (Milletvekili Seçimi Kanunu m. 12).[48] Mahalli idareler seçimlerinde de kişi, yine aynı şekilde bağımsız olarak veya bir siyasi parti bünyesinde belediye başkanlığı, belediye meclis ve/veya il genel meclis üyeliği için aday olabilir (Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları

---

ku, Beta Yayıncılık, 13. Bası, İstanbul, 2013, s. 188.

45 Rona Aybay/Nimet Özbek, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2015, s. 28-29.

46 Seçme ve seçilme hakkı ile daha fazla bilgi için şu çalışmamızdan faydalanabilirsiniz: Yasin Aydoğdu, Seçim Sistemleri ve Türkiye, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 16-31.

47 Mehmed Akad/Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s. 448.

48 10.6.1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, RG. 13.6.1983, S. 18076.

ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun m. 10).[49] Mahalli idareler seçimleri kapsamında ele alabileceğimiz köy muhtarlığı ve köy ihtiyar meclisi üyeliği, mahalle muhtarlığı ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliği seçimlerinde ise herhangi bir adaylık usulü yoktur (m. 31/1). Muhtarlık seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremez.[50]

3. Parti Kurma, Partilere Girme ve Partilerden Ayrılma Hakkı (m. 68)

Çağımızda demokrasiler siyasi partiler üzerinden işlemektedir. Siyasi partiler, demokrasilerde kitlelere yön veren sembollerin ve söylemlerin adresidir.[51] 1982 Anayasası'nda da "Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" denilmek (m. 68/2) suretiyle bu durumun önemi vurgulanmaktadır. Demokratik siyasi hayatın tam olarak temin edilebilmesi, seçmenlerin farklı alternatifler arasından rahat bir tercih yapabilmeleri ile mümkündür. Çağdaş demokrasilerde bu alternatifler, siyasi partiler tarafından oluşturulur. Çağımız demokrasisi, partiler demokrasisidir.[52] Bunun doğal sonucu olarak vatandaşlar siyasi parti kurma, partilere üye olma ve ayrılma haklarına sahiptirler.

1982 Anayasası'na göre, siyasi partiler önceden izin almaksızın kurulabilirler ve Anayasa ve kanun hükümleri çerçevesinde faaliyetlerini sürdürürler (m. 68/3). Bir toplumda, serbestçe kurulan ve faaliyette bulunan siyasi partilerin varlığının, devlet iktidarının sınırlanması ve hürriyetlerin korunması hususunda en önemli faktörlerden birini teşkil ettiğine şüphe yoktur.[53] Siyasi parti kurarken tanınan serbestlik, partilere üyelikte de tanınmıştır. Vatandaşlar, siyasi partilere üye olmaya veya üyelikten çıkma konusunda serbesttirler. Bu serbestlik, ne devlet tarafından ne de kişiler tarafından engellenemez.[54] Kişilerin bir siyasi parti kurmasına, kurulmuş bir siyasi partiye üye olunmasına

---

49 18.1.1984 tarih ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, RG. 18.1.1984, S, 18285.

50 Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 217.

51 Şeref İba, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 175.

52 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 92.

53 Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, s. 274.

54 Hüseyin Özcan/Murat Yanık, Siyasi Partiler Hukuku, s. 76.

yahut üyelikten çıkmasına engel olmak Türk Ceza Kanununa göre de suç sayılmaktadır. Bu hususta detaylı açıklamalarımızı ilerleyen bölümlerde yapacağız.

Siyasi partilerin faaliyetlerini serbestçe yapabilmeleri kural olmakla birlikte; Anayasa, bu kuralı istisnasız olarak kabul etmemiş ve parti faaliyetlerine bazı sınırlamalar getirmiştir.[55] Bu konudaki düzenlemelerin kaynağı Anayasa'nın 68'inci ve 69'uncu maddeleri olmakla beraber; Siyasi Partiler Kanunu'dur.[56]

4. Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı (m. 70)

Her Türk vatandaşı kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilmeyeceği Anayasada açıkça belirtilmektedir (m. 70/2). Bu konudaki ayrıntılı düzenlemeler ise, 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer almaktadır.[57] Kanun'un "Devlet memurluğuna alınma" başlıklı üçüncü kısmında (m. 46-57) memurluğa alınma şartları ve usulü düzenlenmektedir.

Kamu hizmeti kavramını, toplumun ortak, genel, sürekli bir ihtiyacının kamu tüzel kişilerince veya onların sıkı denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişilerince karşılanması olarak tanımlayabiliriz.[58] Bu bakımdan Anayasadaki ifadesiyle "kamu hizmetine girme hakkını", kamu hizmetini sağlamakla görevli kamu personeli (memur ya da kamu görevlisi) olma hakkı olarak algılamalıyız.

5. Dilekçe, Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı (m. 74)

Anayasada, vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları belirtil-

55 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 93.
56 22.4.1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, RG. 24.4.1983, S. 18027.
57 RG. 23.7.1965, S. 12056.
58 Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2015, s. 332; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 247.

mektedir (m. 74/1). Bu kapsamda 1.11.1984 tarih ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun çıkarılmıştır.[59]

Yine Anayasada herkesin bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir (m. 74/3). Fıkrada geçen "herkes"ten anlaşılması gereken vatandaşlar ve Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerdir. Bunu 9.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'ndan anlıyoruz (m. 4/2).[60]

Kamu denetçiliği kurumu (ombudsmanlık) ise 1982 Anayasası'nda, 2010 yılında 5982 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Türk hukukuna girmiştir. Bu kapsamda 14.6.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu çıkarılmıştır.[61]

Kamu Denetçiliği Kurumu, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak amacıyla kurulmuştur. Kurum, TBMM'ye bağlı kamu tüzel kişiliğini haiz özel bütçelidir. Kamu Denetçiliği Kurumu, 29.3.2013 tarihi itibariyle şikâyet başvuruları alınmaya başlanmıştır.[62]

6. Vatan Hizmeti Hakkı/Ödevi (m. 72)

Anayasaya göre vatan hizmeti, her Türk vatandaşının hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir (m. 72). Burada geçen vatan hizmeti, Türk vatandaşı erkekler tarafından askerlik hizmetinin yerine getirilmesi suretiyle ifa edilmektedir. Kimlerin bu hizmetten muaf tutulduğu, muaf olmayanların ise hangi şartlar altında askerlik yapacakları 21.6.1927 tarih ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nda düzenlenmektedir.[63]

---

59 RG. 10.11.1984, S. 18571.
60 RG. 24.10.2003, S. 25269.
61 RG. 29.6.2012, S. 28338.
62 http://www.ombudsman.gov.tr/custom_page-346-hakkimizda.html (E.T. 14.3.2016).
63 RG. 12-17.7.1927, S. 631-635.Kanunun adı "Askerlik Mükellefiyeti Kanunu" iken 20.11.1935 tarih ve 2850 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "Askerlik Kanunu" adını alıştır.

7. Vergi Ödevi (m. 73)

Anayasada "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür" denilmektedir (m. 73/1).

Vergi en genel anlatımla, devlet ve vergilendirme yetkisine sahip kurumların kamu harcamalarına kaynak tahsis etmek amacıyla, ödeme gücü olanlardan, bu güçleriyle orantılı olarak aldıkları zorunlu, karşılıksız ve nihai parasal ödemelerdir.[64] O halde, verginin bir haktan ziyade ödev olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Zaten Anayasada madde başlığında da "Vergi Ödevi" ibaresi kullanılmaktadır.

8. Mal Bildiriminde Bulunma

Anayasaya göre, kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde (beyanında) bulunmaları ve bunun tekrarlanma süreleri kanunla düzenlenir. Yasama ve yürütme organlarında görev alanlar, bu kuralın dışında tutulamazlar (AY m. 71).

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, memurların kendilerine, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmaz malları, alacakları ve borçları hakkında mal bildiriminde bulunmaları **öngörülmüş**tür (m. 14). Bu tür düzenlemelerin getiriliş amacı, kamuda çalışanların haksız mal edinmelerinin, rüşvet ve yolsuzlukların önüne geçmektir.[65] Bu kapsamda, 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu **çıkarılmıştır. Kanun tüm kamu görevlilerini kapsamaktadır**.[66] Mal bildiriminde bulunacak olanlar, bildirimin konusu, süresi, yenilenmesi, gizliliği ve bildirimde bulunulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar **kanunda düzenlenmektedir.**

II. SİYASİ HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU

Çalışmanın şimdiye kadarki kısmında, Anayasada vatandaşlara tanınan siyasi hak ve ödevleri inceledik. Vatandaşlara tanınan bu hak-

64 Doğan Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Kitabevi, 4. Baskı, Bursa, 2013, s. 72.
65 Adnan Küçük, Anayasa Hukuku, Orion Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 282.
66 Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 335.

lar, yine Anayasada belirtilen demokratik devlet olmanın (m. 2) bir gereğidir.[67] Bu haklar Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmıştır. Örneğin Türkiye'nin de imzaladığı[68] Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin "Siyasal Haklar" başlıklı 25'inci maddesi şöyledir:

Her vatandaş, bu Sözleşenin ikinci maddesindeki ayrımlara ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaksızın şu haklara ve imkânlara sahiptir:

a) Doğrudan veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma;

*b) Se*çmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmeleri gü*vence altına alan, gizli olarak oy verildiği, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme;*

c) Genel eşitlik ilkesine uygun olarak ü*lkesinde kamu hizmetlerine girme.*

Türk Ceza Kanunu'nda da bu hakların kullanımına karşı olası bir saldırının (ihlalin) cezai yaptırımı düzenlenmektedir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda siyasi hakların tamamına karşı yapılan saldırılar (ihlaller) koruma altına alınmışken; yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hangi siyasi hakların koruma altına alındığı tahdidi olarak belirtilmektedir. Bu bakımdan siyasi hakların engellenmesi suçunu 765 ve 5237 sayılı kanunlardaki farklı düzenlemeler bağlamında ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

A. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

1.3.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun[69] ikinci kitabının, ikinci kısmının birinci bölümünde "Siyasi Hürriyet Aleyhine Cürümler" başlıklı 174'üncü maddesi şöyleydi:

---

67 Zeki Hafızoğlulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 199.

68 BM Genel Kurulu'nda 16.12.1966 tarih ve 2200 A(21) sayılı kararla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılan bu Sözleşme, 23.3.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 15.8.2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme, 4.6.2003 tarih ve 4688 sayılı Kanunla uygun bulunarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun için bkz. RG. 18.6.2003, S. 25142.

69 RG. 13.3.1926, S. 320.

(1) Her kim şiddet veya tehdit göstererek veya nümayiş veya gürültü yaparak birini tamamen veya kısmen siyasî haklarını kullanmaktan menederse kanunun başka ceza vermediği hallerde bir aydan otuz aya kadar hapis ve on beş liradan elli liraya kadar ağır cezayi naktî ile cezalandırılır.

(2) Eğer fail, Devlet memurlarından olup da memuriyeti nüfuzunu suiistimal suretile bu cürmü işlemiş bulunursa bir seneden beş seneye kadar *hapsolunur. Ayrıca bir seneden üç seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezasına da uğrar.*

Bu maddede, 5.1.1961 tarih ve 235 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'la[70] bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklik sonrası maddenin ilk fıkrasındaki *"bir aydan otuz aya kadar ve on beş liradan elli liraya kadar"* şeklindeki yaptırım hükmü *"yedi aydan otuz aya kadar hapis ve beş yüz liradan beş bin liraya kadar"* şeklinde değiştirilmiştir.

Görüldüğü üzere mülga Türk Ceza Kanunu'nda genel anlamıyla siyasi hakların tamamı koruma altına alınmıştır. Bu nedenle, o dönemde doktrinin en önemli tartışma konusu "hangi hakların "siyasi hak" olarak nitelendirileceği" hususu olmuştur.[71] Bir görüşe göre suç sadece kamu seçimlerinde seçme ve seçilme hakkının kullanılmasını engellemeye yönelik fiillerden meydana gelirken; diğer bir görüşe göre her türlü siyasi hakkın kullanılmasını engellemeye yönelik fiiller bu kapsamında değerlendirilmektedir.[72] 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin bu denli geniş tutulması, sanılanın aksine uygulama alanını genişletmemiş, aksine daraltmıştır. Gerçekten de ceza hukukunda hâkim olan ilkelerden biri olan "kanunilik ilkesi" bağlamında, kapsamı bu denli geniş ve sınırları belirsiz bir hükmün uygulamasının imkânı hayli zordur.[73]

---

70 RG. 12.1.1961, S. 10705

71 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu 1924 Anayasası döneminde, Anayasada temel hak ve hürriyetlerle ilgili bir sınıflandırma yapılmadığını da göz önünde bulundurursak doktrinde bu tür tartışmaların olmasını oldukça doğal karşılamak gerekir.

72 Faruk Erem, "Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 7, S. 1-2, Ankara, 1951, s. 78.

73 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2014, s. 314.

B. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

1. Genel Olarak

26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu[74] siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçuna farklı bir bakış açısıyla yaklaşmıştır. Bu suç, Kanunun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümünde düzenlenmektedir. "Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi" başlıklı 114'üncü madde şöyledir:

(1) Bir kimseye karşı;

a) Bir siyasi partiye üye olmaya veya olmamaya, siyasi partinin faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, siyasi partiden veya siyasi parti yönetimindeki görevinden ayrılmaya,

b) Seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya,

Zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Görüldüğü üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda genel olarak siyasal haklar koruma altına alınmışken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çalışmamızın ilk bölümünde saydığımız siyasal haklardan yalnızca birkaçı koruma altına alınmıştır. Kanunun lafzından anlaşılan siyasi haklar şunlardır:

- Bir siyasi partiye üye olmak veya olmamak,
- Bir siyasi partinin faaliyetlerine katılmak veya katılmamak,
- Bir siyasi partiden veya parti yönetimindeki görevinden ayrılmak,
- Seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmak,
- Seçim yoluyla gelinen bir kamu görevinde görevi sürdürmek.

74 RG. 12.10.2004, S. 25611. Kanun 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bununla birlikte diğer bazı siyasal haklar da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun diğer maddelerinde ayrıca koruma altına alınmıştır. Örneğin dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu bu kapsamda değerlendirilebilir (m. 121). TCK m. 118'de düzenlenen sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak sendikal haklar, temel hak ve hürriyetlerin sınıflandırılması üzerine yaptığımız açıklamalardan da hatırlanacağı üzere, siyasal haklar kategorisinde değil; sosyal ve ekonomik haklar (pozitif statü hakları) kategorisinde değerlendirilmektedir. Yine kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu (m. 113) bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak Anayasada güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı (1982 AY m. 70), 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda koruma altına alınmışken; 5237 sayılı Ceza Kanunu'nda koruma altına alınmamıştır. Türk Ceza Kanunu bakımından kamu hizmetlerine girmenin engellenmesi özel bir suç tipine girmediği için duruma göre tehdit (TCK m. 106) veya cebir (TCK m. 108) suçundan dolayı failin cezalandırılması yoluna gidilebilir.[75]

2. Korunan Hukuksal Yarar

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 114'üncü maddesinde düzenlenen suçlarla korunmak istenen hukuksal yarar maddenin fıkralarına göre farklılık arz etmektedir. Birinci fıkrada korunan hukuksal yarar bireysel siyasi haklar iken; ikinci fıkrada kolektif siyasi hürriyetler (siyasi parti faaliyetleri) korunmaktadır.[76]

Doktrinde, siyasal hakların kullanılmasının engellenmesinin devletin siyasal fonksiyonlarını yerine getirmesini de engelleyeceği ve bu nedenle ikinci fıkrada düzenlenen siyasi parti faaliyetlerinin engellenmesinin, devletin temel düzenine karşı bir suç olduğunu savunan görüşler vardır. Bu görüşte olanlar, bu suçun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" bölümünde ele alınması gerekliliğini savunmaktadırlar.[77]

---

75 Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2013, s. 443.

76 Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi c. 1, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 1402.

77 Çetin Özek, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 41, S. 1-2, İstanbul, 1975, s. 28-30; Duygun Yarsuvat, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler (Türk Ceza Kanununda Toplantı Hürriyetinin Korunması)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 33, S. 3-4, İstanbul, 1967, s. 102.

Kanaatimizce de ilk fıkrada düzenlenen suç tipi kişilere karşı suçlar kategorisinde yer almalı iken; ikinci fıkrada düzenlenen suç tipi millete ve devlete karşı suçlar kategorisinde yer almalıdır. Zira siyasi partiler faaliyetlerini kolektif olarak yürütür ve siyasi partilerin en önemli amacı devlet yönetimine katılmaktır.

3. Suçun Unsurları

a) Maddi Unsurlar

i) Fiil, Netice

Bu suç birden fazla fiil ile işlenebilir. Maddenin ilk fıkrasında yazılı haller kişinin birtakım siyasi haklarını kullanmasını engellerken; ikinci fıkrasında yazılı haller ise siyasi partilerin faaliyetlerinin engellenmesidir.

(1) Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi

Suçun bu şekli; bir siyasi partiye üye olmaya veya olmamaya, bir siyasi partinin faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, bir siyasi parti veya parti yönetimindeki görevinden ayrılmaya ya da seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmaya veya seçildiği görevden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir[78] veya tehdit[79] kullanmak suretiyle gerçekleşir. Suçun gerçekleşmesi için sayılan amaçlarla cebir veya tehdidin kullanılması yeterlidir.[80] Cebir veya tehdit dışında, söz gelimi hileli bir davranışla kişinin bu haklardan birini kullanmasının engellenmesi, bu suç kapsamında değerlendirilmeyecektir.[81] Bu bakımdan,

78 Cebir kullanma, bir başkasının irade oluşturma veya oluşturulan iradeye uygun hareket etme serbestîsini ihlal ederek onu başka kararlar almaya veya mevcut iradesi yönünde hareket etmesini engelleyerek başka türlü davranmaya zorlayabilecek her kişi tarafından işlenebilen, fail bakımından özellik göstermeyen suçtur. Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 385.

79 Kişilerin irade oluşturma serbestîsini ve iradi hareket serbestîsini ihlal eden, onların huzur, sükun ve güven duygusunu zedeleyen fiillere "tehdit" denilmektedir. Tehdit fiilleri TCK'nda suç olarak düzenlenmektedir (m. 106). İbid., s. 344.

80 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 315-316.

81 Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 445.

bağlı hareketli[82] bir suç olduğu söylenebilir.[83] Ayrıca, seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketlerden birden fazlasının yapılması halinde de eylem, tek suçu oluşturur.[84] Ancak bu durumda cezanın üst sınırdan tayin edilmesi isabetli olacaktır.

(2) Siyasi Parti Faaliyetlerinin Engellenmesi

Suçun bu şekli TCK m. 114/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesi suçun bu şeklini oluşturur.

Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır (AY m. 68/2). Siyasi partiler ve uyacakları esaslar başta Anayasa olmak üzere (m. 68-69), ilgili özel kanunlarda da düzenlenmektedir.[85] Fıkrada belirtilen siyasi partiden anlaşılması gereken 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na göre kurulan partilerdir. Kanunda şöyle bir siyasi parti tanımı yapılmaktadır:

"*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 teşkilatlanan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır.*" (m. 3)

Siyasi parti faaliyetlerinden anlaşılması gereken, siyasi partilerin tüzüklerine ve mevzuata uygun şekilde gerçekleştirdikleri her türlü çalışmayı kapsar.[86] Örneğin: parti kongreleri, mitingler, parti grup toplantıları... Ancak kanaatimizce siyasi partilerin, farklı amaçlarla[87] düzenlediği programlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Örneğin, bir siyasi parti tarafından üyeleri ve yakınlarının eğlenmesi ama-

---

82 Bir suçun kanuni tanımında hangi tür hareketlerle suçun icra edilebileceği belirtilmiş ise, bu durumda bağlı hareketli suçlardan söz edilebilir. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2013, s. 166.

83 Çetin Özek, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler", s. 38.

84 Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi c. 1, s. 1402.

85 22.4.1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, RG. 24.4.1983, S. 18027.

86 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 317.

87 Yani, gerek tüzüklerinde belirtilen gerekse de kamuoyunca bilinen kuruluş ve çalışma amaçları dışındaki diğer faaliyetleridir.

cıyla düzenlenen turistik bir seyahat programının engellenmesi bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Bu tür hareketler tehdit (TCK m. 106) veya cebir (TCK m. 108) suçları kapsamında değerlendirilebilir.

Bu suç, siyasi parti faaliyetlerinin bir an için dahi olsa engellenmesiyle oluşacaktır. Engellemenin devamlı olması gerekli değildir.[88] Bu bakımdan "ani suçlar" kapsamında değerlendirilmektedir.[89]

Bu suçun maddenin ilk fıkrasındaki fiillerden farklı olarak, engellemenin gerçekleşmesiyle oluşacağını da ayrıca belirtmek gerekir. Yani ilk fıkradan farklı olarak tek başına fiil yeterli olmayıp; neticenin de gerçekleşmesi gereklidir.

Ayrıca belirtmek istediğimiz başka bir husus ise Siyasi Partiler Kanunu'nda özel olarak düzenlenen siyasi partilerin amaç ve faaliyetlerine ilişkin getirilen yasaklamalardır (m. 78). Ancak buradaki yazılı hallerin suç oluşturmadığı kanaatindeyiz. Zira ceza hukukunda hâkim olan kanunilik ilkesi gereğince Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan bir eylem (suç tipi) suç oluşturmaz.[90]

ii) Fail

TCK 114'üncü maddede suçun faili olmak bakımından özel bir vasıf aranmamaktadır. Bu suçun faili herkes olabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçun düzenlendiği maddede failin, devlet memurlarından olup da *"memuriyeti nüfuzunu suiistimal suretiyle bu suçu işlemiş olması"* durumunda cezanın arttırılacağı belirtilmekteydi (m. 174/2). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise benzer bir düzenleme farklı bir maddede belirtilmektedir. "Ortak hüküm" başlıklı 119'uncu maddede, failin kamu görevlisi olup da *"kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle"* bu suçu işlemesi nitelikli hal olarak kabul edilmektedir.

88 Çetin Özek, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler", s. 36.

89 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 317.

90 Kanunilik ilkesi gereğince, kanunda suç olarak tanımlanan bir fiil dolayısıyla nasıl bir cezai yaptırım uygulanabileceği ve bunun miktarının ne kadar olacağı hususları yine ancak kanunla belirlenebilir. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 107.

iii) Mağdur

Anayasada siyasi haklarla ilgili, hatta temel hak ve hürriyetlerin tamamı ile ilgili düzenlemelerde hak sahipleriyle ilgili genellikle "herkes" kavramı kullanılmaktadır. Ancak bazı hak ve hürriyetlerin niteliği gereği sadece vatandaşlar tarafından kullanılması gerekmektedir. Siyasi hak ve ödevler de niteliği gereği sadece vatandaşlar tarafından kullanılabilir.[91] O halde bu suçun mağduru olacak kişi de aranması gereken ilk şart vatandaşlıktır.[92] Ancak vatandaşlık tek başına yeterli değildir. Zira suçun işlenebilmesi için siyasi hakkın varlığı da gereklidir. O halde suçun mağduru ancak siyasi hakkı kullanma hak ve ehliyetine sahip vatandaş olabilir. Bu nedenle kamu hizmetinden yasaklı kişilere karşı (TCK m. 53) bu suç işlenemez.[93]

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda, siyasi partilere üye olmaları yasaklanan kişiler düzenlenmektedir.[94] Bu yasaklı kişilerden, örneğin

---

91 Burhan Kuzu, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 54, S. 1-4, İstanbul, 1994, s. 96.

92 Benzer görüşler için bkz. Faruk Erem, , "Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar", s. 84; Duygun Yarsuvat, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler (Türk Ceza Kanununda Toplantı Hürriyetinin Korunması)", s. 111. Farklı bir görüşte ise yabancıların da siyasi parti faaliyetlerine katılma haklarının bulunduğu ve dolayısıyla bu suçun mağduru olabilecekleri belirtilmektedir. Bkz. Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 444.

93 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 318.

94 Madde 11- (1) On sekiz yaşını dolduran, medeni ve siyasi hakları kullanma ehliyetine sahip bulunan her Türk vatandaşı bir siyasi partiye üye olabilir.
(2) Ancak;
a) Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dâhil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar.
b) 1- Kamu hizmetlerinden yasaklılar,
2- Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar,
3- Taksirli suçlar hariç beş yıl ağır hapis veya beş yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar,
4- Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkûm olanlar,
5- Terör eyleminden mahkûm olanlar,

Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı olarak çalışan bir öğretmenin bir siyasi partiye üye olmasına engel olan bir kişi Türk Ceza Kanunu'nun 114'üncü maddede öngörülen suçu işlemiş olmayacaktır.

TCK m. 114/2'deki suçun mağduru ise siyasi parti tüzel kişiliği ve Devlettir.[95]

iv) Konu

Siyasi hakların engellenmesi suçunun konusu Türk Ceza Kanunu'nun 114'üncü maddesinin fıkralarına göre farklılık arz etmektedir. İlk fıkrada mağdurun siyasi hürriyeti, ikinci fıkrada ise siyasi partinin faaliyetleri suçun konusunu oluşturmaktadır.[96]

v) Nitelikli Haller

Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun daha ağır cezayı gerektiren halleri Türk Ceza Kanunu'nun 119'uncu maddesinde ayrıca belirtilmiştir. Buna göre;

(1)… siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, (…) suçlarının;

a) Silahla,

b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,

c) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak,

e) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

İşlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi se-

---

Siyasi partilere üye olamazlar ve üye kaydedilemezler.
(3) Yükseköğretim elemanları, yasaklamanın dışındadır. Bunlar hakkında Yükseköğretim Kanunu uygulanır

95 Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi c. 1, s. 1403.

96 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 319.

bebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

b) Manevi Unsurlar

Suçun oluşabilmesi için failin, mağdura karşı maddede belirtilen siyasi haklardan biri veya birkaçını engellemek yönünde kasıtlı bir fiilde bulunması gereklidir. Doktrinde bir görüşe göre failin genel kast ve özel kastla birlikte hareket etmesi gerektiği fikrini savunanlar olsa da;[97] genel kabul gören görüş genel kastın yeterli olduğu yönündedir.[98] Kast, failin hareketi ve bundan doğacak neticeleri bilmesi (düşünüp öngörme) ve istemesi olduğuna göre, burada özel bir kast aramamak gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, bir kişiyi siyasi parti üyeliğinden çıkarmak amacıyla cebir ve tehdit kullanan failin hareketi genel kast kapsamında değerlendirilecektir.

Failin, kullanılmasına engel olduğu hakkın bir siyasal hak olduğunu bilmemesi kastın varlığını etkilemez.[99] Ayrıca, bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir.[100]

4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a) Teşebbüs

Suç, bir süreç içerisinde işlenmekte olup, buna suç yolu *(iter criminis)* denilmektedir.[101] Suçun kanuni tanımında belirtilmiş olan fiilin icrasına başlanmış olmakla birlikte bu fiile ilişkin icra hareketleri henüz tamamlanmamış ise o suça teşebbüsten söz edilir.[102]

TCK m. 114/1'deki suçun tamamlanması için failin cebir veya tehdit kullanması yeterlidir. Ayrıca, mağdurun maddede sayılan siyasi

97 Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 201; Çetin Özek, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler", s. 43; Duygun Yarsuvat, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler (Türk Ceza Kanununda Toplantı Hürriyetinin Korunması)", s. 116.

98 Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 446; Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi c. 1, s. 1404.

99 Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 446.

100 Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi c. 1, s. 1404.

101 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 454.

102 İbid., s. 454.

haklarını kullanmasının engellenmesi gerekmez. Bu bakımdan suça teşebbüs ancak icra hareketlerinin (cebir veya tehdit) tamamlanamaması durumunda söz konusu olacaktır.[103] Örneğin fail, kişinin maddede sayılan haklarından herhangi birini kullanmaması amacıyla bir tehdit mektubu hazırlamış ancak mektup adrese ulaşmamışsa, suça teşebbüs söz konusu olacak ve fail ona göre ceza alacaktır.[104]

TCK m. 114/2'de ise durum farklıdır. Suçun oluşabilmesi için siyasi parti faaliyetinin kısmen veya tamamen engellenmesi, yani geçici de olsa faaliyetin gerçekleştirilmesinin aşırı derecede zorlaştırılmış olması gerekir. Eğer bu boyutta olmayan bir engelleme söz konusu ise suça teşebbüsten söz edilebilir.[105] Örneğin, bir siyasi partinin kongresinde parti başkanı konuşma yapmadan önce ses sistemini bozan birinin önceden fark edilerek sistemin derhal onarılması halinde bu suça teşebbüsten söz edilebilir.

b) İştirak

Suçu oluşturan fiile birden fazla kişinin katılması suça iştiraki oluşturur.[106] Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçu iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermez. Bu konuda genel hükümler uygulanır (TCK m. 37-41).[107]

c) İçtima

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu suçların içtimaı bakımından "Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" kuralı benimsenmiştir. Ancak bu durumun da istisnaları yine Kanunda belirtilmektedir.[108]

Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halle-

103 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 322.
104 Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 448.
105 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 323.
106 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 483.
107 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 323; Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 449.
108 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 536.

rinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır (TCK m. 199/2).

Suçun cebir veya tehdit ile işlenmesi durumunda, cebir ve tehdit suçları Kanunda ayrıca bağımsız suçlar olarak ele alındığından (m. 106 ve 108), genel hükümler gereğince "birleşik suç" söz konusu olabilir (m. 42).[109] Yani, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçu, cebir veya tehditle işlenmişse, faile sadece 114'üncü maddede yazılı ceza verilir. Ayrıca cebir (m. 106) veya tehdit (m. 108) suçlarından dolayı ceza verilmez.

Siyasi hakların kullanılmasını engelleme suçlarının zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkündür.[110] Cebir veya tehdit sırasında kişinin hayatı, şeref ve haysiyeti aleyhine bir saldırı olmuşsa fail her bir fiilden dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.[111]

Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme dışında, 26.4.1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da[112] da siyasi hakların kullanılmasına engel olanlar hakkında bir cezai yaptırım öngörülmüştür. Buna göre, "*Herhangi bir vasıta ile bir seçim propagandası toplantısına engel olan veya devamına imkân vermeyecek hareket ve tertiplerle onu ihlal eden kimse altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu fiiller, ikiden fazla kimse tarafından ittifak edilerek herhangi bir şekil ve surette cebir veya şiddet kullanılarak veya tehdide başvurularak işlenirse, faillerin her biri iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Eğer fiil, içlerinden en az biri silahlı olan ikiden fazla kişi tarafından ittifak edilerek veyahut aralarında ittifak olmasa bile içlerinden en az ikisi silahlı bulunan üç veya daha fazla kimse tarafından işlenirse, faillerin her biri beş yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*" (m. 149/2).

5. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun takibi için şikâyet aranmaz, savcılık makamı tarafından re 'sen takip olunur.[113]

---

109 Çetin Özek, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler", s. 43.
110 Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi c. 1, s. 1405.
111 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 323
112 RG. 2.5.1961, S. 10796.
113 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 323; Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi c. 1, s. 1405.

Fail, TCK m. 114/1'de ele alınan suçu işlediği zaman bir yıldan üç yıla kadar; m. 114/2'de ele alınan suçu işlediği zaman iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Türk Ceza Kanunu'nun 199'uncu maddesinde bu suçların işleniş şekline göre daha ağır cezayı gerektiren haller düzenlenmiştir.

Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunu görmekle görevli mahkeme 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun[114] uyarınca asliye ceza mahkemeleridir (m. 11).

SONUÇ (DEĞERLENDİRME)

Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçu Türk Ceza Kanunu'nun 114'üncü maddesinde ele alınmaktadır. Ancak bu maddede konusu itibariyle iki farklı suç tipi söz konusudur. Maddenin ilk fıkrasındaki suç tipi, Kanundaki yeri itibariyle de doğru olduğunu düşündüğümüz, kişi hürriyetine karşı suçlar arasında yer almaktadır. Ancak maddenin ikinci fıkrasındaki suç tipi, konum itibariyle millete ve devlete karşı suçlar arasında da ele alınabilirdi. Kanun koyucun tercihini saygıyla karşılamakla beraber; bu konuda doktrinin ve tarafımızın görüşü siyasi parti faaliyetlerinin engellenmesinin bireysel bir etkiden çok kolektif bir etki doğuracağı ve bu sebeple millete ve devlete karşı suçlar bölümünde ele alınmasının daha sağlıklı olacağı yönündedir.

Yine belirtmekte fayda gördüğümüz başka bir husus, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda korunan siyasi hakların tahdidi olarak sayılmış olmasına karşın; 765 sayılı Ceza Kanunu'nda herhangi bir ayrım yapmaksızın tüm siyasi hakların koruma altına alınmış olmasıdır. Mülga Türk Ceza Kanununda kapsamın geniş tutulması bir bakıma olumlu karşılanırken; bir bakıma eleştirilmiştir. Eleştirilmesinin sebebi, kapsamının bu kadar geniş tutulması uygulamada suçun soruşturulmamasına ve kovuşturulmamasına sebebiyet vermesi şeklindedir. Olumlu bulunan yönü ise kişi hak ve hürriyetlerini daha kapsamlı bir şekilde korumasıdır. Kanaatimizce ilgili maddede sayılan siyasi haklar dışında genel bir hüküm konularak daha hürriyetçi bir yaklaşım

114 RG. 7.10.2004, S. 25606.

sergilenebilirdi. Yani genel olarak kişinin herhangi bir siyasi hakkının kullanılmasını engelleyen kişi hakkında daha az cezayı gerektiren bir hüküm konulabilirdi. Bu hükmün yanında mevcut düzenleme, sayılan hakların kullanılmasının engellenmesi durumunda "daha ağır cezayı gerektiren hal" olarak kalabilirdi. Kanun'un 199'uncu maddesindeki nitelikli haller ise her iki düzenleme için de geçerli olabilirdi.

Kaynakça

Akad Mehmed/Dinçkol Abdullah, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul, 2007.

Artuk M. Emin/Gökcen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2014.

Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 8. Baskı, Konya, 2013.

Aybay Rona/Özbek Nimet, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2015.

Aydoğdu Yasin, Seçim Sistemleri ve Türkiye, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Baykal Bekir Sıtkı, "I. Meşrutiyete Dair Belgeler", *Belleten Dergisi,* c. 24, S. 96, Ankara, 1960, s. 601-636.

Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2016.

(Derleme). "Georg Jellinek", The American Journal of International Law, American Society of International Law Press, c. 5, S. 3, 1991, s. 716-718.

Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2010.

Erdoğan Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2011.

Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2013.

Erem Faruk, "Siyasi Haklara Karşı İşlenen Suçlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* c. 7, S. 1-2, Ankara, 1951, s. 73-89.

Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, 16. Baskı, Bursa, 2014.

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi c. 2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.

Gözübüyük Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara, 2013.

Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2015.

Hafızoğlulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2015.

İba Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2008.

Kaboğlu İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, İmge Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2013.

Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2008.

Kaboğlu İbrahim Ö., "Dayanışma Hakları" nın Hukuksal Değeri: Soyut Talepler mi, İnsan Hakları mı?", İnsan Hakları Yıllığı, S. 13, 1991, s. 37-48.

Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013.

Karamustafaoğlu Tunçer, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, AÜHF Yayınları, no: 262, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2015.

Kuzu Burhan, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 54, S. 1-4, İstanbul, 1994, s. 71-101.

Küçük Adnan, Anayasa Hukuku, Orion Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2013.

Memiş Emin, Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011), Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul, 2011.

Mumcu Ahmet, "1924 Anayasası", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, c. 2, S. 5, Ankara, 1986, s. 383-399.

Mumcu Ahmet/Küzeci Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2012.

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2013.

Özek Çetin, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 41, S. 1-2, İstanbul, 1975, s. 25-45.

Özcan Hüseyin/Yanık Murat, Siyasi Partiler Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2011.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2013.

Parlar Ali, Türk Ceza Kanunu Şerhi c. 1, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

Şenyüz Doğan/Yüce Mehmet/Gerçek Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Kitabevi, 4. Baskı, Bursa, 2013.

Tanör Bülent, İki Anayasa 1961-1982, Oniki Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013.

Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, 13. Bası, İstanbul, 2013.

Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2013.

Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 16. Bası, İstanbul, 2013.

Yarsuvat Duygun, "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler (Türk Ceza Kanununda Toplantı Hürriyetinin Korunması)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 33, S. 3-4, İstanbul, 1967, s. 101-121.

Elektronik Kaynakça

https://anayasa.tbmm.gov.tr

http://www.atam.gov.tr

http://www.jstor.org

http://www.ombudsman.gov.tr

ASKERÎ CEZA HUKUKUNDA YOKLAMA KAÇAĞI, BAKAYA, SAKLI SUÇU (ASCK m.63)

THE CRIME OF THE EVASION OF MILITARY REGISTRATION, EVASION OF ENLISTMENT, AND BEING HIDDEN IN THE MILITARY CRIMINAL LAW(Article 63 of the MPC)*

Gökhan Yaşar DURAN*

Özet: Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nun 63'ncü maddesinde yer alan suçun, barış zamanında ilk kez işlenişi 1111 sayılı Askerlik Kanunu 89'ncu maddesinde düzenlenen ve idari para cezasını gerektiren bir kabahat, idari para cezasının kesinleşmesinden sonra ikinci kez işlenişi ise AsCK m.63 kapsamında bir suçtur. Makalede bu suç tipinin unsur ve özellikleri inceleme konumuzu oluşturacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı

Abstract: The crime held in Article 63 of the Military Penal Code (MPC) is a misdemeanour which requires administrative punishment when committed for the first time in the peace time according to Military Service Code numbered 1111, whereas it is a crime when committed for the second time after the administrative monetary punishment becomes final, according to article 63 of the MPC. In the article, the elements and features of this type of crime will be examined.

Keywords: The Evasion of Military Registration, Evasion of Enlistment, and the State of Being Hidden

I. GİRİŞ

Anayasamıza göre[1] hukuk düzenimiz bakımından zorunlu askerlik haricinde bir vatan hizmeti öngörülmemiştir. Buna karşılık zorunlu askerliği kabul etmeyen *'vicdani ret'* konusu da burada kısaca açıklanmalıdır. Genel olarak vicdani ret askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmak, çoğunlukla silah taşımayı, üniforma giymeyi, askerlik yapmayı ve en nihayet savaşmayı reddetmekle eş anlamlı

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

1 1982 Anayasa'sının 'Vatan Hizmeti' başlıklı 72'nci maddesinde; 'Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir…' şeklinde açıklanmıştır.

kullanılmaktadır. Din ve vicdan hürriyeti temelinde ortaya çıkan ve çok yönlü boyutları bulunan vicdani ret, pozitif hukukun öngördüğü bir zorunluluğa ya da yapılmasına izin verdiği bir uygulamaya inançlar ya da bir takım ahlaki veya politik değerler temelinde karşı çıkmak olarak tanımlanabilir.[2] AsCK'nın '*Din ve vicdana göre lazım sayılan hareketler cezaya ehliyeti ve tesiri'* başlıklı 45'nci maddesinde, *'Bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olması, yapmak veya yapmamakla vukua gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmez'* hükmü ile vicdani retçilerin zorunlu askerlik karşısında suç konusu eylemlerinin cezalandırılacağı öngörülmüştür.[3] Nitekim Askerî Yargıtay eski tarihli bir kararında[4], *'Bakaya isnadı ile ilgili olarak Yehova Şahidi inancına sahip olduğunu ve sivil olması nedeniyle hakkında ASCK'nın 45'inci maddesinin uygulanamayacağını ileri süren sanığın bu savunmasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Anayasa hükümleri karşısında itibar olunama(yacağına)'* karar vermiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 22 Kasım 2011 tarihli bir kararında; *'Yehova şahidi ve vicdani retçi olan başvurucunun inançları nedeniyle askerlik hizmeti yapmayı reddetmesi yüzünden çok sayıda hapis cezası almasını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)'nin* **düşünce, inanç ve din özgürlüğünü düzenleyen 9'ncu maddesine aykırı bulmuştur**'.[5]

Zorunlu askerlik hizmetinin Türk Silâhlı Kuvvetleri(TSK)'nde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenmektedir(1982 Anayasası m.72). Bu konuda

---

2 Celal Işıklar, Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret, Ankara 2011, s.57, 79, 144, 145, 146.

3 Askerî Yargıtay'da eski tarihli birçok kararında yukarıda açıklanan AsCK m.45 hükmü göz önüne alınarak; 'Bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olmasının, yapmak veya yapmamakla vukuagelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmeyeceğine' karar verilmiştir (As.Yrg.2.D., 14.06.1989, 375–371; As.Yrg.Drl.Krl., 04.04.1991, 81–73; As.Yrg.5.D., 21.06.1995, 419–419; As.Yrg. 1.D., 04.07.1997, 493 – 489; As.Yrg.2.D., 11.02.1998, 77–77; As.Yrg.1.D., 30.09.1998, 432–430; As.Yrg. 2.D., 07.10.1998, 614–613; As.Yrg. 2.D., 07.10.1998, 619–618; As.Yrg. 1.D., 22.09.1999, 442–440; As.Yrg. 3.D., 15.02.2000, 80–80 E-K., Bal, Kemal, Askerî Yargı İle İlgili İçtihatlar, Ankara, 2002, s.45-1).

4 As.Yar.3D., 5.10.2004 tarih 2004/827-845 E-K., Askerî Yargıtay Dergisi (As.Yar. Der.), S.17, Y.2005, s.181-186.

5 Erçep v.Türkiye Davası (Başvuru No: 43965/04). Bu karar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Koç Cihan, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askerî Ceza Kanunu, TSK Disiplin Kanunu ve Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 21.Baskı, Ankara 2014, s.339-340.

21.6.1927 kabul tarihli 1111 sayılı *'Askerlik Kanunu'* ile 16.6.1927 kabul tarihli '*Yedek Subaylar ve Yedek Askerî Memurlar Kanunu*' askerî mevzuatımız içerisinde yer alan temel kanunlardır.

1111 sayılı Kanun'da, askerlik yükümlülüğü altına giren kişiler idare hukukuna özgü 'asker alma' faaliyeti olarak adlandırılan bir seri işlem sonucunda askerlik hizmetine alınmaktadırlar.[6] Bu Kanun'da asker alma faaliyeti kapsamında düzenlenen önemli konular arasında; askerlik çağı ve dönemleri (1111 SK. m.4, 7), askerlik yükümlülerine yapılan tebligat usulleri (1111 SK. m.25, 45; 1076 SK m.Ek-6), askerlik yükümlülüğünün ertelenmesine ilişkin şartlar (1111 SK. m.35, 36, 39), bazı mazeret nedenleri (1111 SK m.26, 47), bazı muafiyet nedenleri (1111 SK m.10/ 8, 9, 11, 13; Geçici Madde 54) olarak sıralanabilir.

Yukarıda açıklanan konular 1111 sayılı Kanun'da yer almakla birlikte yoklama kaçağı, bakaya (AsCK m.63) suçunun da biraz sonra açıklanacak unsurları bakımından esas alınan yasal hükümlerdir. Diğer bir anlatımla, AsCK m.63'te yer alan suçun unsurları ancak 1111 sayılı Kanun hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde anlaşılabilmektedir. Bu durum kanaatimizce kanunilik ilkesinin bir sonucu olan ceza kanunlarının açık ve belirli olması kuralına aykırıdır.

II. MADDENİN DÜZENLENİŞİ

A. ASKERİ CEZA KANUNU'NDA (AsCK m.63)

AsCK m.63 hükmü, 22.5.1930 kabul tarihli, 1632 sayılı AsCK'nın, 'Üçüncü Bap', '*Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı, Firar*' başlıklı '**Üçüncü Faslı***(nda)*' yer almaktadır. Bu maddenin orijinal metni[7]sırasıyla;

---

6 Işıklar, s.6, 7; Ülkemizde olduğu gibi bu sistemini benimseyen ülkelerin mevcut askerlik kanunlarında; zorunlu hizmet yükümlüsünün kimler olduğu, yükümlülük dönemleri ile fiili ve yedek hizmet süreleri, asker alma usul ve işlemleri, yükümlülük ve fiili askerliğe ait yaş hadleri, erteleme sebepleri, muafiyet halleri, askerlik hizmetinden kaçan ve ihmal edenlere uygulanacak idari ve cezai yaptırımlara (Türkiye'de olduğu gibi ayrı ceza kanunu ile de düzenlenebilir) yer verilmektedir (Işıklar, s.40).

7 AsCK 63'ncü maddesinin orijinal metni şöyleydi: '1.Seferberlikte askerlik hizmetine çağrılan efrat muayyen olan müddet içinde gelmeğe mecbur olup bu müddetin bitmesinden sonra yedi gün içinde gelenler dört aydan iki seneye kadar yedinci günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden on seneye kadar hapsolunur.2.Bunlar emsalleri kadar hizmet etmek ve istihdamlarından sonra cezalarını görmek üzere sevk olunurlar. Bu suretle sevk olunanların, seferberlik müddetince misafirhane-

2862[8], 4257[9], 4726 sayılı kanunlarla birçok kez değiştirilmiştir. Maddenin 30.04.1945 tarih ve 4726 sayılı Kanun'la değişik 1'nci fıkra hükmü şöyleydi[10]: *'1. A. Kabul edilecek bir özrü olmadan barışta bakayalarla yoklama kaçağı veya saklılardan yaşıtlarının veya birlikte işleme bağlı arkadaşlarının ilk kafilesi yollanmış bulunanlar veya ihtiyat erattan* çağrılıp *ta özürsüz yaşıtlarının yollanmalarından başlayarak yedi gün içinde gelenler bir aya kadar, yakalananlar üç aya kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler üç aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir buçuk yıla kadar, üç aydan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis, B.(A) Bendinde yazılı erattan gelip te veya yakalanıp ta kıtasına varmadan savuşanlar ayrıca bir aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır…'.*

---

lerde yollardan müstahdem oldukları kıt'a ve müesseselerden kaçanların evvelce mahkûm oldukları ceza iki misline iblağ edilir.3.Seferberlikte çağrılıp ta mazeretsiz üç aydan fazla gelmeyenler ölüme mahkûm olur' (Demirağ Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000, s.60).

8 11.12.1935 tarih ve 2862 sayılı Kanun'un 5'nci maddesiyle yapılan değişiklik sonrası maddenin düzenlenişi şöyleydi: '1.Kabul edilecek bir özrü olmadan hazarda bakaya olanlarla yoklama kaçağı veya saklılardan yaşıtlarının veya birlikte muameleye tabi oldukları arkadaşlarının ilk kafilesi sevk olunmuş bulunanlar bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar. Sevkten bir hafta içinde kendiliğinden gelenlerin cezası yarıya indirilir.2.Seferberlikte birinci fıkrada yazılı olanlarla ruhsatlılardan sevk gününün bitmesinden itibaren yedi gün içinde gelenler bir aydan bir seneye, elde edilenler dört aydan iki seneye kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden aşağı olmamak üzere, elde edilenler üç seneden aşağı olmamak üzere hapis, üç aydan sonra kendiliğinden gelenler beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, elde edilenler ölüm cezasına mahkûm edilirler. Az vahim hallerde ölüm cezası yerine müebbet veya on seneden aşağı olmamak üzer ağır hapis cezası ve ölüm cezasından başka yukarı fıkrada yazılı haller için gösteri e fıkralar yarıya kadar indirilerek hükmedilebilir' (Demirağ, s.60).

9 15.06.1942 tarih ve 4257 sayılı Kanun'un 1'nci maddesiyle yapılan değişiklik sonrası madde hükmü şöyleydi: '1.Kabul edilecek bir özrü olmadan, hazarda bakaya olanlarla yoklama kaçağı veya saklılardan yaşıtlarının veya birlikte muameleye tabi arkadaşlarının ilk kafilesi sevk olunmuş bulunanlarla ihtiyat erattan çağrılıp ta özürsüz yaşıtlarının veya birlikte muameleye tabi arkadaşlarının sevklerinden sonra bir hafta içinde gelmeyenler veyahut gelip te kıtalarına iltihak etmeden savuşanlar bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Yaşıtlarının veya birlikte muameleye tabi arkadaşlarının sevkinden sonra bir hafta içinde kendiliğinden gelenlerin cezası yarıya indirilir. 2.Seferberlikte birinci fıkrada yazılı olanlarla ruhsatlılardan sevk gününün bitmesinden itibaren yedi gün içinde gelenler bir aydan bir seneye, elde edilenler dört aydan iki seneye kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden aşağı olmamak üzere elde edilenler üç seneden aşağı olmamak üzere hapis, üç aydan sonra kendiliğinden gelenler beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, elde edilenler ölüm cezasına mahkûm edilirler. Az vahim hallerde ölüm cezası yerine müebbet veya on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir ve diğer hallerde gösterilen cezalar yarıya indirilir' (Demirağ, s.61).

10 Demirağ, s.61.

4726 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra AsCK m.63'le ilgili son kez 31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı '*Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*' ile bir değişiklik daha yapılmıştır. Bu değişiklik sadece maddenin 1'nci fıkrası ile ilgili olup, maddenin 2'nci fıkrası aynen korunmuştur. Böylece AsCK m.63'ün yürürlükte son hali şöyle düzenlenmektedir:[11]

'1.Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra kabul edilecek bir özrü olmadan,

a) Yoklama kaçaklarından birlikte (…) yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden[12]*,*

b) Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten,

c) İhtiyat erattan[13] *çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden,*

d) Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kıtasına katılmayan veya geç katılanlar için, kendilerine tanınan kanuni yol süresinin bitiminden,

itibaren dört ay içinde gelenler altı aya kadar, yakalananlar iki aydan altı aya kadar; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler iki aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir yıla kadar; bir yıldan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

2- Seferberlikte birinci fıkrada yazılı olanlarla ruhsatlılardan sevk gününün bitmesinden itibaren yedi gün içinde gelenler bir aydan bir seneye, elde edilenler dört aydan iki seneye kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden aşağı olmamak üzere elde edilenler üç seneden aşağı olmamak üzere hapis, üç aydan sonra kendiliğinden gelenler beş seneden az olmamak üzere

---

11 http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/, 04.12.2016.

12 22.5.2012 tarihli ve 6318 sayılı Kanun'un 27'nci maddesiyle bu bentte yer alan "son" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

13 211 sayılı İç Hizmet Kanunu'nun 118'nci maddesine göre, 'Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce muhtelif kanunlarda geçen erat tabiri "erbaş ve er" olarak değiştirilmiştir'. Makalemizde madde hükmünde geçen bu tabirden, 'erbaş ve erler' anlaşılmalıdır. Biz de makalemizde 'erat' yerine 'erbaş/er' tabirini kullanacağız.

ağır hapis, elde edilenler ölüm cezasına mahkûm edilirler. Az vahim hallerde ölüm cezası yerine müebbet veya on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir ve diğer hallerde gösterilen cezalar yarıya indirilir'.

Yürürlükteki AsCK m.63/1'nci fıkrası ile 4726 sayılı Kanun'la değiştirilen maddenin yukarıda açıklanan 1'nci fıkrası kıyaslandığında; eski metnin (A) bendinde yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve ihtiyat erbaş/er bakayası, (B) bendinde ise geç iltihak suretiyle bakaya eylemlerinin düzenlendiği ve her iki bent hükmünün failleri bakımından farklı cezalar öngörüldüğü anlaşılmaktadır. 6217 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası, eski metnin (A) ve (B) bentlerinde yer alan eylemlerden suç failinin saklı eylemi madde kapsamı dışına çıkarılmakta yine eski metnin (A) ve (B) bentlerinde yer alan diğer suç konusu eylemler AsCK m.63/1'nci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentleri altında düzenlenmekte ve bu bentlerin failleri bakımından da ortak bir ceza hükmü getirilmektedir.

Kanaatimizce 6217 sayılı Kanun'la maddenin 1'nci fıkrasında yapılan en önemli değişiklik, bu suçu ilk kez işleyen suç faillerin eylemlerinin suç değil, kabahat olarak öngörülmesi ve kabahatlilerin bu eylem ve cezaları ile ilgili olarak 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 89'ncı maddesinin de 6217 sayılı Kanun'la değiştirilerek yeniden düzenlenmesidir. Böyle bir değişikliğe gidilme nedeni ise 6217 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, *'devlet hizmetlerinin ve adaletin hızlandırılmasını, süratli, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve yargılama faaliyetinde zaman ve emek kaybını önlemek amacı(na)'* dayandırılmaktadır.[14]

Maddenin düzenleniş şekli açısından dikkati çeken bir başka husus, maddenin düzenlendiği '*Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı, Firar*' şek-

[14] 6217 sayılı Kanun'un genel gerekçesi şöyledir: 'Anayasanın 141'nci maddesinin son fıkrasında 'Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir'' hükmüne yer verilmiş, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında da herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının 'makul süre içinde' görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir… Tasarıyla, Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemelerin görev alanında bulunan bir kısım suçlar, kabahate dönüştürülerek yargı dışındaki bazı kurumların görev alanına dâhil edilmekte ve idari yaptırıma dönüştürülen bu gibi eylemlerin ceza miktarları da günümüz ekonomik koşullarına uygun bir hale getirilmektedir…' (http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-1012.pdf, 04.12.2016).

linde açıklanan fasıl başlığından hemen sonra kendisine ait bir madde başlığının bulunmamasıdır. Fasıl başlığından AsCK m.63'ün madde başlığının *'Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı'* olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte yukarıda açıklandığı üzere 6217 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu saklı suçu madde metninden çıkarılarak bu eylem birazdan açıklanacak olan 1111 sayılı Kanun'un m.89/(b) bendinde kabahat türü bir haksızlık seviyesine düşürülmüştür. Bu nedenle saklı terimine AsCK m.63'ün madde başlığında yer verilmesi kanaatimizce uygun olmayacaktır.

Diğer bir konu, suç tipinin incelenme yöntemine ilişkindir. Zira doktrinde suç faillerinin AsCK m.63/1'de yer alan eylemleri, ayrı ayrı suçlar olarak ele alınmakta ve her bir suç tipine ilişkin unsurlar ayrı ayrı incelenmektedir.[15] Uygulama da Askerî Yargıtay'ın, maddenin 6217 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce verdiği, 20.2.2003 tarihli bir kararı kanaatimizce konuyu açıklamak bakımından önemlidir. Karar şöyledir:[16] *'Geç iltihak suretiyle bakaya suçundan sonra işlenen yoldan savuşmak suçundan dolayı, hükümde ASCK'nın 63/1-A maddesi yazmasına karşın ASCK'nın 63/1-B maddesine göre ceza tayin eden Mahkemenin kabulü ve uygulaması hatalıdır. Sanığın eylemi sübutu hâlinde ASCK'nın 63/1-B maddesindeki suçu oluşturabilecektir. Gerek ASCK'nın 63/1-A ve 63/1-B maddelerinde düzenlenen suçların unsurlarının ve ceza miktarlarının farklı olması ve gerek Mahkemenin gerekçesine göre madde numarasının yanlış yazıldığının kabulü ile hükmü onayan Dairenin kararı isabetli değildir. İddianamede belirtilen eyleme göre sanığın ek savunması alınarak bir karar vermek gerekir'.*

Yukarıdaki Askerî Yargıtay kararında, maddenin eski metni göz önüne alınarak AsCK'nın bünyesinde iki farklı suç barındırdığına işaret edilmektedir. Diğer bir anlatımla maddenin (A) bendinde düzenlenen eylemler (yoklama kaçağı, bakayası, saklı ve ihtiyat erbaş/er bakayası) farklı suçlar değildir. Sadece (B) bendinde düzenlenen geç iltihak suretiyle bakaya eyleminin, (A) bendinden farklı bir suç olduğuna karar verilmiştir. Kararda, bu ayrımın nedeni (A) ve (B) bentlerindeki eylemlerin farklı şekilde cezalandırılmasına ve unsurlarının farklı olmasına bağlanmaktadır.

---

15 Ergül Ergün, Uygulamada Yoklama Kaçağı Bakaya ve Saklı Suçları, Ankara 1997; Çelik Adem, Saklı, Yoklama Kaçağı ve Bakaya Suçları, Ankara 2012.

16 As.Yar.DK., 20.02.2003, 2003/13-10 E-K., As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.101-104.

Kanaatimizce, suç tipinin düzenlenişinde aynı maddenin değişik fıkralarında ya da bentlerinde, birbirinden farklı şekilde ceza öngörülen; suçun basit hali, nitelikli hali ya da neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmesi mümkündür. Bu durumda suçun basit haline göre, işlenişi, fail ve mağdurlarının özellikleri, suçta kullanılan aracın niteliği, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, failin suç kastının yoğunluğu ve amacına göre, suçun unsurların ve cezalarının birbirinden farklı olması farklı bir suç olduğu anlamına gelmemelidir. Kaldı ki, 6217 sayılı Kanun'la madde üzerinde yapılan değişiklikle eski metnin (A) ve (B) bentleri bakımından farklı yaptırımlar öngörülen şekli kaldırılarak, tüm bent hükümleri bakımından suç faillerinin eylemleri ortak bir yaptırım altına alınmıştır. Kanaatimizce bu bentlerin; aynı ortak madde (AsCK m.63) içerisinde yer alması, aynı hukuki menfaati koruması, suçun failleri, tebligat şartı, 'kabul edilebilecek özür' şartı vb. gibi ortak maddi unsurlar içermesi, suçun manevi unsurları ve ileride açıklanacak diğer unsurlarının ve suçun nitelikli hallerinin (AsCK m.63/2) ortak olması gibi hususlar göz önüne alındığında, AsCK m.63/1'nci fıkrasının tüm bentlerinin aynı suçun ortak ve farklı unsurlar içeren farklı işleniş biçimleri olduğu kabul edilmelidir. Aksini kabul etmek kanun hazırlama tekniği bakımından da kanaatimizce hatalı olacaktır.

Yine burada açıklanması gereken bir diğer husus, AsCK m.63'ün askerî suç niteliğidir. 353 sayılı *'Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu* (AsYUK)'nun 13'ncü maddesinin ileride açıklanacak hükmünde barış zamanı sivil bir kişinin işleyebileceği askerî suçlar sayılmaktadır. Bu suçlar arasında AsCK m.63'te bulunmaktadır. Suçun failinin sivil bir şahıs olması nedeniyle, bu suç nitelik olarak sadece askerî şahıslar tarafından işlenebilecek *"sırf askerî suçlar"*[17] kategorisinde değildir[18]. Zira sırf askerî suçlar sadece asker kişiler veya belirli

---

17 Sırf askerî suçun TCK ya da AsCK ya da herhangi bir mevzuatta tanımı yapılmamış olmakla birlikte, doktrinde kabul edilen tanıma göre; bir asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de sivil kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel Ceza Kanunu'nda ne kısmen ve ne de tamamen öngörülmeyen suçlar sırf askerî suçlar olarak tanımlanmaktadır (Sırf askerî suçların unsurları için bkz. Erman Sahir, Askerî Ceza Hukuku, İstanbul, 1983, s.151).

18 'Kıtaya geç katılmak suretile işlenen bakaya suçu, yalnız Askerî Ceza Kanunu'nda yer almakla beraber, bu suçun faili, suç ile ceza yönünden asker sayılamayacağından sırf Askerî (suç) değildir' (Ask.Yar.İçtihadı Birleştirme Kurulu (İBK) Kararı,

sınırlı durumlarda sivil personel tarafından işlenebilen mahsus (özgü) suç niteliğindedir.[19] Bu durumda bu suçun askerî suç benzeri[20] olduğu söylenebilir.

B. 1111 SAYILI ASKERLİK KANUNU'NDA (m.89)

6217 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası AsCK m.63'teki değişikliğe uyumlu olarak, yoklama kaçağı, bakaya, saklı eylemlerini ilk kez işleyen suç faillerinin bu eylemlerini kabahat şeklinde düzenleyen 1111 sayılı Kanun'un 89'ncu maddesi de değiştirilmiştir. [21] Değişiklik sonrası madde metni aşağıdaki gibidir:

'Sınıf ve tertibatı belirlenmiş olanlardan, yapılan bildirim veya duyuru üzerine birlikte sevk edilecekleri emsallerinin sevk tarihinin son gününe kadar gelmeyen ve bu durumları 47nci maddede yazılı özürlerinden ileri gelmediği belirlenenler ile sevk edildikten sonra askerliğini yapacağı kıtaya gitmeksizin kaçanlardan elde edilip de erteleme hakkı bulunmayanlar derhal sevk olunurlar.

(Değişik ikinci fıkra: 11.2.2014 - 6519/6 md.) Durumları 47 nci maddenin ikinci fıkrasına uyanlar ile sınıflandırılan yedek subay adaylarından askerlik şubesi başkanlıklarına gelip sevk tarihlerinde sevk evrakını almayanlar ve sevk evrakını alıp *kendilerine verilen yol süresi sonunda sınıf okulu veya eğitim birliğine katılmayanlardan durumları 47nci maddede belirtilen mazeretler dışında kalanlar eğitim birliği veya sınıf okuluna sevk olunurlar.*

Bakaya iken ertelemesi yapılmış olanlar, ertelemelerinin bittiği tarihi takip eden ilk mesai günü sevk edilirler.

Barışta, kabul edilebilir bir özrü olmaksızın;

a) Yoklama kaçaklarından birlikte (…) yoklamaya tabi oldukları doğum-

---

19 20.6.1975, 4/6 E-K., Özbakan Hulusi, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 1990, s.118). Kangal Zeynel T., Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012, s.167.

20 Askerî suç doktrininde, "asker olmayan kimseler tarafından da işlenmesi mümkün olup, askerî bir menfaati korumak gayesini güden, bütün veya bir kısım unsurları ile genel Ceza Kanununda öngörülen ve Askerî Ceza Kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısı ile bu kanunların uygulama alanı içine alınan suç(lar)" askerî suç benzeri olarak tanımlanmaktadır (Erman, s.151).

21 6217 sayılı Kanun'la getirilen bu yeni düzenleme sadece AsCK m.63 bakımından değil aynı 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 89, 47, 86'ncı maddelerinde de bir takım değişiklikler getirmiştir. Yine 1111 sayılı Kanun'un 89'ncu maddesinin 2'nci fıkrası bu değişiklikten yaklaşık üç yıl sonra 11.2.2014 tarihli 6519 sayılı Kanun'la bir kez daha değiştirilmiştir.

luların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden,

b) Saklılardan yaşıtlarının yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden,

c) Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten,

d) İhtiyat erattan çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden,

e) Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kıtasına katılmayan veya geç katılanlar için, kendilerine tanınan kanuni yol süresinin bitiminden,

itibaren dört ay içinde gelenler iki *yüzelli, yakalananlar bin; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler beş yüz, yakalananlar iki bin; bir yıldan sonra gelenler yedi yüzelli, yakalananlar üç bin Türk Lirası idarî para cezasıyla cezalandırılır. Bir yıldan sonra tamamlanan her takvim yılı için kendiliğinden gelenler ayrıca bin, yakalananlar ayrıca ikibin* Türk Lirası idarî para cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu eylemlerinden sonra askerlik şubesince ilk sevk edildikleri kıtalara gecikmeksizin katılmaları halinde haklarında verilecek idarî para cezalarının yarısı verilir.

Bu madde uyarınca verilecek idarî para cezalarına ilişkin evrak, yükümlünün bağlı olduğu askerlik şubesi başkanlıklarınca yükümlünün nüfusa kayıtlı olduğu yer mülki idare amirliklerine gönderilir ve idarî para cezası ilgili il ya da ilçe idare kurullarınca verilir.

Bu madde uyarınca verilen idarî para cezaları hakkında 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununda öngörülen kanun yoluna müracaat edilebilir. Bu cezaların yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. Bu süreler içinde zamanaşımı işlemez.

Barışta, dördüncü fıkra uyarınca verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra dördüncü fıkrada sayılan eylemlerden herhangi birini işleyenler ile bu eylemleri seferberlik ve savaş halinde işleyenler hakkında askerlik şubelerince suç dosyaları hazırlanarak yükümlünün nüfusa kayıtlı olduğu yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir'.

AsCK m.63/1'nci fıkrasının, *'Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra …'* hükmünden anlaşılabileceği gibi, suç faillerinin AsCK

m.63'ten dolayı cezalandırılabilmesi için öncelikle 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun yukarıda açıklanan m.89/4'ncü fıkrasının (a), (b), (c), (d) veya (e) bentlerinde yer alan kabahatlerin herhangi birinden dolayı haklarında kesinleşen bir idarî para cezasının bulunması gerekmektedir. Suçun oluşumu bakımından idari para cezasının hangi bentteki kabahatten (yoklama kaçağı, saklı, bakaya) dolayı verildiğinin bir önemli olmadığı gibi, failin sonraki işlediği eyleminin de işlenen kabahat eyleminden farklı bir eylem olması mümkündür. Örneğin, fail saklı kabahatlisi olarak (m.89/4-b) hakkında verilen idari para cezası kesinleştikten sonra bu kez yoklama kaçağı kabahatini işlerse (m.89/4-a) failin işlediği ikinci eylem bakımından artık kabahat yükümlüsü olarak değil bu kez AsCK m.63/1 (a) bendindeki suç konusu eyleme(yoklama kaçağı suçu) göre hakkında soruşturma başlatılacaktır.

Kanaatimizce 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 89/4'ncü maddesinde yer verilen kabahatler nitelik olarak kamu düzeninin korunması amacıyla getirilmiştir. Bu nedenle bu kabahatler nitelik olarak askerî bir kabahat olarak değil[22] kabahat türünden bir haksızlık olarak kabul edilmelidir.

C. MADDENİN DÜZENLENİŞİNİN CEZA HUKUKUNUN TEMEL KURUM VE İLKELERİNE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 6217 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası AsCK m.63'ün faili olabilmek için öncelikle 1111 sayılı Kanun 89/4'ncü fıkrasında yer alan kabahatlerden dolayı fail hakkında kesinleşen idari bir para cezası olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, kanun koyucu nazarında failin ilk eylemi kabahat türü bir haksızlık olarak kabul edilmişken, aynı eylemin ikinci kez işlenişi ise suç seviyesine yükseltilmektedir. Bu nedenle bu düzenlemenin ceza hukuku ilkelerine uygun olup olmadığı kanaatimizce de-

[22] Askerî kabahatler ve disiplin kabahatleri, ceza yaptırımı nitelikleri ile disiplin yaptırımı nitelikleri iç içe geçmiş hürriyeti bağlayıcı bir yaptırım öngörmek suretiyle idari yaptırım kararı gerektiren kabahatlerden ayrılmaktadır. Çünkü kabahatler karşılığında hiçbir şekilde hürriyeti kısıtlayıcı bir yaptırıma başvurulamaz (Anayasa m.38/10). Diğer yandan askerî kabahatler ve disiplin kabahatleri sadece asker kişileri ilgilendirmekte ve askerî disiplinin korunması amaçlanmaktadır (Bu açıklamalar için bkz.Kangal Zeynel T., Kabahatler Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2011, s.9).

ğerlendirilmeye muhtaçtır. Burada ilk olarak kanaatimizce bu düzenlemenin tekerrür kurumunun amacına uygunluğu incelenebilir.

Tekerrür, daha önceden işlemiş olduğu bir suçtan dolayı kesin bir hükümle mahkûm olmuş bir kimsenin, bu mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra kanunda öngörülen süre geçmeden yeni bir suçu işlemesidir. Kanunumuz mahkûmiyet kararı tabiriyle ceza mahkûmiyetini kastetmektedir[23]. Tekerrür, 765 sayılı TCK'da cezanın artırılması sonucunu doğuran ve cezanın belirlenmesi sırasında ele alınan bir kurumdu. Ancak 5237 sayılı yeni TCK'da bu anlayış terk edilerek, tekerrür hali cezayı artıran bir neden olmaktan çıkarılmış ve hukuki niteliği de değiştirerek güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir.[24] Doktrinde, güvenlik tedbirleri, *'suçludaki tehlike haliyle orantılı olarak hükmedilen ve esas itibarıyla sosyal savunma amacına yönelmiş bulunan yaptırımlar'* olarak tanımlanmaktadır.[25]

TCK'daki bu düzenlemeyle uyumlu olarak Askerî Yargıtay da, TCK 5'nci maddesi gereğince, AsCK'nın genel hükümler kapsamında düzenlendiği tekerrür hükmünü (AsCK m.42) ve AsCK'nın bazı askerî suçlar *(ticaretle iştigal, firar gibi*) bakımından tekerrür halini cezanın artırım nedeni olarak öngördüğü maddelerinin zımnen ilga edildiğine uygulamanın bu yönde değişmesiyle de askerî suçlar bakımından TCK m.58›deki tekerrür hükmünün geçerli olacağına karar vermiştir.[26]

Yukarıdaki tekerrür tanımına göre bir kabahatlerle suçlar arası tekerrür söz konusu olmayacaktır. Buradaki asıl sorun, bir eylemin unsurlarında hiçbir değişiklik olmamasına rağmen hem kabahat (1111

---

23 Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Yayınları, 3. Bası, Ankara 2006, s.700.

24 Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara 2016. s.691.

25 Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2015, s. 675.

26 Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, "... Askerî Ceza Kanununun 'Tekerrür' konusunu düzenleyen 42'nci maddesi, 5252 sayılı Kanunun Geçici 1'inci maddesinde tanınan sürenin dolduğu 31.12.2008 tarihini takip eden 01.01.2009 tarihinden itibaren,5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesinin hiçbir tereddüde ve tartışmaya yer vermeyecek kadar açık emredici hükmü karşısında, uygulanamaz hâle gelmiş olup bir bakıma zımnen ilga edilmiş bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, Askerî Ceza Kanununun 'izin tecavüzü' suçunu düzenleyen 66'ncı maddesinin, suçlunun 'Mükerrir' olması hâlinde hapis cezasının iki yıldan az olamayacağını belirten 2'nci fıkrasının (c) bendi de zımnen ilga edilerek uygulanmasına son veril(diğini)" açıklamıştır (As.Yrg.DK.,12.02.2009, 2009/20-18 E-K., AsAD Temmuz 2009.yıl: 37, sy: 130, sh: 117-122, Kangal, Askerî Ceza Hukuku, s. 202).

sayılı Kanun'un 89/4) hem de suç olarak işlenişine ilişkin (AsCK m.63) iki hükme yer verilmiş olmasıdır. Bu durumda yukarıdaki açıklanan tekerrür konusu AsCK m.63 bakımından atlanmış olacaktır. Nitekim kanun koyucu 6217 sayılı Kanun'la yaptığı bu değişikliğin nedenini tekerrür müessesi ile ilgili olan failin tehlikeliliği kriterine dayandırmamakta, yukarıda açıklandığı üzere bunu *'devlet hizmetlerinin ve adaletin hızlandırılmasını, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve yargılama faaliyetinde zaman ve emek kaybını önlemek amacı(na)'* bağlamaktadır.

Kanaatimizce kanunlarda düzenlenen bir eylemin, failin tehlikeliliği göz önüne alınarak ilk işlenişinin kabahat, ikinci işlenişinin suç olması hatalıdır. Çünkü ceza hukukunda esas alınan fail değil fiildir. Bu nedenle failin aynı eylemi ikinci kere işlemesi ya kabahatlerde tekerrür[27] ya da suçta tekerrür kurumu içinde ele alınmalıdır. Aksi takdirde karışıklık doğacaktır. Nitekim bu karışıklığın önüne geçebilmek için, 5326 sayılı Kanun'un m.15/3'te; bir fiil hem Kabahatler Kanunu'nda hem de Ceza Kanunu'nda düzenleniyorsa bu durumda Kabahatler Kanunu hükümleri değil Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükmolunmuştur. Burada madde hükmünde geçen 'bir fiil' cümlesinin altı çizilmelidir.

Kabahatler Kanunu ve TCK incelendiğinde, bazı menfaatlerin hem kabahat hem de suçla birlikte korunma altına alındığı görülmektedir. (Örneğin: Kabahatler Kanunu'nun *'Gürültü'* başlıklı. 36'ncı maddesi ile TCK m.183'ün *'Gürültüye Neden Olma'* başlıklı maddesi). Ancak bu düzenlemelerde kanun koyucu daha çok işlenen fiilin haksızlık içeriğine göre bir karar vermekte ve işlenen fiili haksızlık içeriğine göre suç

---

27 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda kabahatler arasında tekerrür uygulamasına ilişkin genel bir hüküm bulunmamakla birlikte özel kanunların kabahat içeren bazı hükümlerinde, bazı durumlarda kanundaki bütün kabahatler arasında (örneğin Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.8) bazı durumlarda da sadece aynı kabahate ilişkin olarak (örneğin 2872 sayılı Çevre Kanunu m.23) tekerrür hükümlerine rastlanmaktadır. Kabahatler arasında tekerrür uygulanmasını öngören bu düzenlemelerde, tekerrüre bağlanan sonuç genelde kabahat karşılığında uygulanacak idari yaptırım miktarının artırılması şeklinde olmaktadır. Kabahatler Kanunu m.17/5'nci fıkrası ve gerekçesi dikkate alındığında, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından önceki idari yaptırım kararının tamamen yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte kanunlarda özel bir hüküm mevcut olduğunda özel düzenlemedeki kural uygulanmayabilir. Nitekim örneğin, Çevre Kanunu m.23, fiillerin işlenmesinden itibaren 3 yıl içinde yeni bir fiil işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir (Kangal, s.234).

olarak kabul etmektedir. Burada da fail değil fiili esas alınmaktadır. Oysa AsCK m.63'te failin suç konusu eylemi ile 1111 sayılı Kanun'un 89/4'deki kabahat olarak kabul edilen eylemlerinin unsurları ya da haksızlık içerikleri bakımından bir fark bulunmamaktadır. Kanun koyucu AsCK m.63'le getirdiği yeni düzenlemede, ceza hukukunun ilkelerinden farklı olarak fiili değil faili esas almakta, aslında tekerrür müessesi içerisinde halledilmesi gereken bir konuyu, kendine özgü bir metotla düzenlemektedir. Yine bu düzenlemenin yukarıda açıklanan gerekçesi de yerinde olmayıp kanaatimizce hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Bu düzenleme ceza hukukunda orantılılık ilkesi bakımından da incelenmelidir. Bu ilke gereği, Anayasa'nın deyimi ile bir sosyal hukuk devletinin, aşırılığa kaçmaması, yani eylem ve işlemlerinde oranlı davranması gerekir. Nitekim bu ilke TCK m.3/1'de, '*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmolunur*' şeklinde açıklanmaktadır. Bu ilkenin bir yönü de cezanın belirlenmesinde kanun koyucunun suçların haksızlık içeriğini de göz önünde bulundurmasıdır. Ancak bir eylemin suç mu yoksa kabahat mi olduğunun belirlenmesinde bugün ele alınan kriter eylemin haksızlık içeriği kriteri olmayıp sadece o eyleme öngörülen yaptırım türünün ceza mı yoksa idari bir ceza mı olduğunun belirlenmesidir[28].

---

[28] Özbek/Özer/Koray/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.88; Doktrinde son dönemde itibar edilen nitelik-nicelik kriterini birlikte ele alan görüşe göre, cezaya liyakatin hafif içeriğinden dolayı nicelik olarak kabahate yaklaşan hukuka aykırı fiillerin suç kapsamına dâhil edilebileceği zira birçok kabahatin ağır zararlara yol açabileceği görüşünden hareket edilmektedir. Bu kritere göre, bir fiille ceza uygulanması ile idari yaptırım uygulaması arasındaki sınır soyut olarak açıkça belirlenemez, yalnızca yaklaşık olarak belirlenebilir. Bu nedenle kanun koyucunun takdir yetkisini kabul etmek gerekir. Yani suçlar ve kabahatler arasındaki ayrımda, hukuksal yarar, hukuka aykırılık, eylemin maddi konusu, kusurluluk ve faile bakılarak sağlıklı bir çözüme kavuşabilmek imkânı mümkün değildir. Bu nedenle suçlar ve idari suçlar arasındaki farkın niceliksel olduğunu kabul etmek doğru olacaktır. Diğer bir anlatımla, hangi yaptırımın uygulandığına bakılmak suretiyle eylemin suç mu yoksa idari suç mu olduğu tespit edilecektir. Bu da tamamen kanun koyucunun suç politikası ile ilgili bir tercihidir. Nitekim Kabahatler Kanunu 2'nci maddesinde; 'Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır' cümlesinden yaptırım kriterinin esas alınarak niceliksel kriter benimsenmiştir (Mahmutoğlu Fatih Selami, 'Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku'nun Temelleri', T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.32, 42).

Yukarıda açıklandığı üzere failin barış zamanında, 1111 sayılı Kanun'un 89/4'de yer alan kabahat türü bir eylemi ilk kez işlemesi halinde, kendiliğinden gelme ve yakalanma sürelerine göre *'iki yüz elli ile* üç *bin Türk Lirası arasında değişen miktarlarda idarî para cezası'* öngörülürken, aynı kabahatlinin bu eylemlerden herhangi birini tekrar işlemesi halinde, eyleminin haksızlık içeriği değişmediği halde bu kez, *'altı ay ile* üç yıla *arasında değişen miktarlarda hapis'* cezasıyla cezalandırılmaktadır. AsCK m.63/1 düzenlemesi kanaatimizce TCK m.3/1'de düzenlenen orantılılık ilkesine de terstir.

III. MADDEYE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

A. ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE YERİNE GETİRİLME USULLERİ

Askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesindeki genel kural, askerlik hizmetinin ister er statüsünde olsun ister yedek subay statüsünde olsun fiilen yerine getirilmesidir. 1111 sayılı Kanuna göre askerlik hizmet usulleri; normal süreli erbaş-er ya da 1076 sayılı Kanuna göre, yedek subay veya kısa dönem erbaş-er statüsünde askerliktir.[29]

Muvazzaf askerlik hizmetinin süresi, erbaş/erler için Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığı'nda on sekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce on beş aya ve bilahare on iki aya kadar indirilmesine, Silahlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Bakanlar Kurulu'nca karar verilebilir. 1076 sayılı Kanun hükümlerine tabi yükümlülerden, bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayı olmadıkları için erbaş veya er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tabi olup, yedek subay adayı olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır.[30]Bu hizmetler yukarıda da açıklandığı üzere askerlik şubesinden sevk tarihinden başlar. Belirtilen sürelerden fazla askerlik yapanların fazla hizmetleri, askerlik çağının sonundan iki kat olarak düşülür (1111 SK. m.5).

Yukarıda açıklanan fiili askerlik hizmeti dışında, bazı durum ve şartlarda yükümlüler fiilen askerlik yapmasalar da bu hizmeti yerine

---

29 Işıklar, s.198-199.

30 1076 sayılı Kanun'da da yedek subayların muvazzaflık süresine için bkz. 1076 SK.m.8.

getirmiş sayılmaktadırlar. 1111 sayılı Kanun'da öngörülen *'bedelli askerlik'*[31], *'kamu kurum ve kuruluşlarında görevli olarak askerlik hizmetinin yerine getirilmesi'* ya da *'d*övizle askerlik*'*[32] hizmeti bunların belli başlıcalarıdır. [33]

B. ASKERLİK ÇAĞI VE DÖNEMLERİ

Askerlik çağı her erkeğin nüfus kayıtlarında yazılı olan yaşına göredir. Askerlik çağı, Türk vatandaşı erkeğin yirmi yaşına girdiği yı-

---

31 'Türkiye'de Osmanlı döneminden bu yana zorunlu askerliğe alternatif olarak, geçici ve aralıklarla tatbik edilen, nakit bedel ödenmesi karşılığında hizmet süresinin kısaltılmasını öngören bedelli askerlik usulüne, 1111 sayılı Kanun'un ilk yürürlüğe girdiğinde de yer verilmiştir. Bu Kanun'daki bedelli askerlik ile ilgili hükümler 1984 yılında kaldırılmıştır. Bununla beraber aynı yıl Kanun'un 10'ncu maddesi yeniden düzenlenerek idareye ihtiyaç halinde bu usule başvurma imkânı tanınmıştır. Nitekim 1111 sayılı Kanunun 10'ncu madde hükmüne rağmen ülkemizde bedelli askerlik usulü, 1111 ve 1076 sayılı Kanunlara eklenen geçici maddelere dayanılarak istisnaen ve arızi olarak uygulanmıştır. Düzenlemeler ve yapılan uygulamalar, 1111 sayılı Kanun'a tabi temel askerlik yapanların yanı sıra yedek subaylık statüsüne sahip yükümlüleri de kapsamaktadır' (Işıklar, s.196); Nitekim bu husus doktrindeki bir açıklamada, 'Askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılabilmeleri için ödemeleri gereken bedeli ödeyerek askerlik hizmetini Askerlik Kanunu ile Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununa göre yapmakla yükümlü bulunan Türk vatandaşıdır' şeklinde açıklanmıştır (Bkz.Çelik, s.8).

32 Doktrindeki bir tanıma göre, dövizle askerlik; 'Yükümlülerin temel askerlik eğitimini yapmaları ve başvuru sırasında belirlenen ödeme takvimine uygun olarak yasada belirtilen dövizi ödemeleridir'(Çelik, s.8); 'İlk kez 1111 sayılı Kanun'a 20.3.1980 tarih ve 2299 sayılı Kanun'la getirilen dövizle askerlik hizmeti usulü ile yurt dışında bulunan yükümlülerin, bulundukları ülkelerdeki oturma, çalışma ve benzeri haklarını kaybetmeden askerlik yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri imkânı sağlanmıştır. 1111 sayılı Kanun'a, 2229 sayılı Kanun'la eklenen ve bugüne kadar birkaç kez değiştirilen Ek 1, 2, 3'ncü madde hükümlerinde esasları kayıtlanan ve 1980 yılından itibaren uygulanan bu usul yedek subaylık statüsüne sahip yükümlüleri de kapsamakta olup sürekli niteliktedir. Yani dövizle askerlik hizmeti kapsamından bütün yükümlüler yararlanabilmektedir (Işıklar, s.196).

33 Doktrinde Işıklar tarafından 'Yürürlükteki ve Uygulamadaki askerlik hizmeti usulleri', 1111 sayılı Askerlik Kanunu ve 1076 sayılı Yedek Subay Kanunu'na göre, askerlik şekilleri olarak askerlik hizmeti iki ayrı kategoride tasnif edilmiştir. 1111 sayılı Askerlik Kanuna göre askerlik hizmeti; 'Temel Askerlik Usulü' ve 'Er Öğretmenlik Usulü' olarak ikiye ayrılmıştır. 1076 sayılı Kanuna göre ise askerlik hizmeti; 'Temel Statü: Yedek Subay Askerlik Usulü', 'Kısa Dönem Askerlik Usulü', 'Yedek Subay Statüsünde Öğretmenlik Usulü', 'Dört Ay Erlik Usulü' olarak ayrıma tabi tutulmuştur. Bunun dışında 'Müşterek Askerlik Hizmeti Usulleri' başlığı altında; 'Dövizle Askerlik Hizmeti Usulü', 'Bedelli Askerlik Usulü', 'Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Askerlik Hizmeti Usulü' şeklinde bir başka ayrıma daha yer verilmiştir. Son olarak bir diğer askerlik hizmeti türü olarak 'Sözleşmeli Erbaş ve Er Statüsünde Askerlik Usulü' düzenlenmiştir (Bu ayrımlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Işıklar, s.193-197).

lın ocak ayının birinci gününden başlayarak kırk bir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir yıl sürer (1111 SK. m.2/1). Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır(1111 SK. m.3). Yoklama devrinin bitimini müteakip, askerlik şubesinden sevk tarihinden itibaren muvazzaflık dönemi başlamaktadır. Ancak asker kişi sıfatı kişinin sevk edildiği birliğine katılmasıyla başlayacaktır. 1111 sayılı Kanun'un tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiç bir fert askerlik çağından çıkarılamaz (1111 SK. m.5).

1111 sayılı Kanun'un m.89/4 (b) bendindeki saklı kabahati bir kenara bırakıldığında, AsCK m.63/1'in (a), (b) ve (d) bentlerinde yer alan suç konusu eylemler kanaatimizce yoklama döneminde işleyebilecek eylem türleridir. Bu dönemden farklı olarak AsCK m.63/1'nci fıkrasının (c) bendindeki *'ihtiyat erbaş/er bakayası'* eylemi ise, failin muvazzaflık dönemi bitiminden sonra yani askerliğini bitirip terhis edildikten sonra yedeklik döneminde işlenebilecek bir eylemdir. Ancak bu eylemin failinin tıpkı yoklama döneminde olduğu gibi sivil şahıs olduğu unutulmamalıdır.

Yukarıda açıklanan askerlik dönemleri ve askerlik işlemleri dikkate alındığında AsCK m.63/1'in (a), (b), (c) ya da (d) bentlerinde düzenlenen suç konusu eylemlerin işlenişi bakımından, kendi aralarında öncelik sonralık ilişkisi olduğu kanaatimizce söylenebilecektir. Bu durum özellikle yedeklik döneminde işlenebilecek olan yukarıda açıkladığımız AsCK m.63/1'in (d) bendinde fark edilmektedir.

C.ASKERE SEVK VE TEBLİGAT İŞLEMLERİ

1. Er Statüsündeki Yükümlüler Bakımından

Askerliğe elverişli olan er statüsündeki yükümlüler askerlik çağına girdikleri yılı takip eden yılın dört celp döneminde (Şubat, Mayıs, Ağustos ve Kasım celp dönemleri) sekiz grup olmak üzere silâh altına alınırlar. Bununla birlikte her askerlik şubesinin celp dönemleri aynı değildir. Yerli askerlik şubelerinin bir sonraki yıl hangi tarihlerde sevk işlemi yapacakları her yıl Temmuz ayında *'Milli Savunma Bakanlığı (MSB) Asker Alma Dairesi Başkanlığı'*nca belirlenmektedir.[34]

34 Çelik, s.52.

O yıl yoklaması yapılacaklar ile okullardan ilişiği kesilenler veya mezun olanların yoklamaları tabi olduğu doğumluların ilk celp dönemi bitimine kadar (Örne**ğin,** 1994 doğumlu yükümlerin yoklama işlemi 01 Ocak 2013 tarihinde başlayıp 02 Şubat 2014 muhtemel tarihine kadar) yapılacaktır. Yine bu yükümlülere, 1111 sayılı Kanun'un 5837 sayılı Kanun'la değiştirilen 25'nci maddesi gereğince yoklamaya katılması için Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT) kanalı ile duyuru yapılacaktır. Nitekim madde hükmünde bu husus, '*Milli Savunma Bakanlığı tarafından, o yıl askerlik çağına girenler ile bir önceki sene ertesi yıla terk edilenlerin yoklamalarının yapılacağı, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu aracılığıyla duyurulur. Bu duyuru yükümlülere tebliğ mahiyetindedir'* şeklinde açıklanmıştır. Yükümlülerin kendilerine tebliğ edilen tarihler arasında bulundukları yer askerlik şubesine müracaat ederek yoklamalarını yaptırmaları gerekecektir. Nüfusa kayıtlı olduğu il ve ilçe dışında ikamet edenler bölgesinde bulundukları askerlik şubesine başvuracaklardır.[35] Bu yükümlülüğe aykırı olarak yoklamaya katılmamak ise, askerlik yükümlüsünün yoklama kaçağı eyleminden dolayı takibini gerektirecektir.

Yoklaması yapılanların tertip edilecekleri Kuvvet Komutanlıkları Asker alma Dairesi Başkanlığı'nca bilgisayar ortamında şifreli kayıtlar üzerinden rastgele erişim sistemiyle, sınıfları, branşları ve eğitim merkezleri ile celp grupları ise ayrılmış bulundukları Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı'nca bilgisayar ortamında belirlenmektedir.[36]

Yoklamanın yapılmasından sonra, yükümlülerin askere sevklerinin sağlanması için askerlik şubelerine celp yani davet edilmesi aşamasına geçilmektedir. Bu aşamada yine 1111 sayılı Kanun'un 5837 sayılı Kanun'la değiştirilen 45'nci maddesi[37] gereğince celp ile ilgili hususlar

---

35 Er Yoklama İşlemleri, http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/yoklama-islemleri, 04.12.2016.

36 Er Yoklama İşlemleri, http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/yoklama-islemleri, 04.12.2016.

37 1111 sayılı Kanun'un 45'nci maddesi şöyledir: 'Sevke tabi yükümlülerin listeleri, askerlik şubelerinde ilan edilir. Ayrıca bu listeler, celp dönemleri dışındaki sevklerde ve olağanüstü durumlarda mülki amirlikler vasıtasıyla, köy ve mahalle muhtarlıklarında da ilan edilir. Celp ile ilgili hususlar Milli Savunma Bakanlığı tarafından Türkiye Radyo Televizyon Kurumu aracılığıyla duyurulur ve yurtdışı temsilciliklerine bildirilir. Bu ilan ve duyurular yükümlülere tebliğ mahiyetindedir'.

yoklamada olduğu gibi MSB tarafından TRT aracılığıyla duyurulmakta ve yurtdışı temsilciliklerine de durum bildirilmektedir. Ayrıca yükümlülere celp için çağrı tebligatı gönderilmemektedir. Sevke tabi yükümlünün celp dönemini askerlik şubesinden veya PTT Merkezlerinden alacağı şifre ile e-Devlet üzerinden öğrenebilmesi mümkündür. Sevke tabi olunan celp döneminde kanuni mazereti olmaksızın sevke katılmamak ise (celp) bakayası eyleminden dolayı takibi gerektirecektir. Bu aşamadan sonra, yükümlülerin askerlik şubelerinden birliklerine sevk edilme aşaması başlamaktadır. Askerlik şubesinden sevk evrakını aldıkları halde birliklerine katılmamak veya geç katılmak ise, geç iltihak suretiyle bakaya eyleminden takibi gerektirecektir.[38]

Yukarıda açıklanan yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında, daha önce 1111 sayılı Kanun'un m.89/4'ncü fıkrasında yazılı kabahatlerden dolayı kesinleşen bir idari para cezaları olması durumunda, artık ikinci eylemlerinden dolayı suç dosyaları hazırlanarak ilgili makama gönderilecektir[39].

Yükümlünün askerlik hizmeti tamamlandıktan sonra artık yedeklik dönemi başlamaktadır. Bu dönem yükümlünün kırk bir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde sona ermektedir. Bu dönem içinde bulunan kişiler yedek asker kişi statüsünde olup olağanüstü haller ile sıkıyönetim veya savaş, seferberlik, asayiş ve eğitim ve manevra için her an yeniden askere çağrılabilirler. Bu çağrının ne şekilde yapılacağı 1111 sayılı Kanun'un 59[40] ve 60'ncı[41] maddelerinde ayrıntılı

---

38 Er Yoklama İşlemleri, http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/yoklama-islemleri, 04.12.2016.

39 Er Yoklama İşlemleri, http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/yoklama-islemleri, 04.12.2016.

40 1111 sayılı Kanun'un 59'ncu maddesi şöyledir: 'Yedek erbaş ve erlerden genel seferberlikte celp ve davet olunanlar, bulundukları köy ve mahallelerde çağrılma için yapılacak ilan saatinden başlayarak en çok altı saat içinde yola çıkmaya, köy ve mahallelerinin şube merkezine olan uzaklığına göre şube merkezinde bulunmaya mecburdurlar. Yabancı memleketlerde bulunanlar bulundukları yerin elçilik veya konsolosluklarınca gazetelerle ilan yoluyla çağrılırlar. Bu çağrıda elçilik ve konsolosluklar diğer yayın organlarından da faydalanabilirler. Bu çağrı üzerine yükümlüler pasaportlarını almak amacıyla gecikmeksizin altı saat içinde yola çıkarak bulundukları yerin elçilik veya konsolosluklarına olan uzaklığına göre anılan temsilciliklerde bulunmak zorundadırlar. Bu süreden sonra şube merkezine veya elçilik ve konsolosluklara gelenler bakaya sayılır. Erbaş ve erlerin eğitim ve manevra için celbi, muvazzaf erbaş ve erler gibi yapılır. Dâhili asayiş için celpleri seferberlik hükümlerine tabidir

41 1111 sayılı Kanun'un 60'ncı maddesi şöyledir**:** 'Kısmi seferberlikte seferberliği ilan

olarak düzenlenmiştir. Bu çağrıya rağmen mazeretsiz olarak çağrı yapılan birliklerine katılmayanların eylemi ihtiyat (yedek) erbaş/er bakayası olarak vasıflandırılacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar askerlik yükümlülüğünü erbaş ve er statüsünde yerine getiren yükümlüler bakımındandır. Zira Yedek subay aday adaylarının yükümlülükleri 1076 sayılı Kanun'da ayrı olarak düzenlenmektedir.

2. Yedek Subay Aday Adayları

Yedek subay aday adayı olabilmek için dört yıl ve daha fazla süreli fakülte, akademi, yüksekokul ve enstitü mezunu olmak ya da bunların dengi olduğu Yükseköğretim Kurulu (YÖK) Başkanlığı'nca kabul edilen yurtdışı yükseköğrenim kurumlarından mezun olmak ve TSK'de subaylıktan çıkarılmayı gerektirecek suçlardan ceza almamış olmak gerekmektedir. Bu şartları yerine getiren yedek subay adaylarının o yıl askerlik çağına girenlerle birlikte 01 Ocak günü ile o yıl askerlik çağına giren doğumun silâhaltına alınacağı ilk celp ve sevk tarihinin bitimine kadar yurtiçinde en yakın askerlik şubesi başkanlığına, yurt dışında ise konsolosluklara müracaat ederek yoklamalarını yaptırmaları gerekir. Yoklamasını o yıl askerlik çağına giren doğumluların silâhaltına alınacağı ilk celp ve sevk tarihinin bitimine kadar yaptırmayanlar yoklama kaçağı eyleminden takibine alınır.[42]

Yedek subay aday adaylarının celp dönemleri ise karışık sınıf ve tıp doktorları olarak MSB Asker Alma Dairesi Başkanlığı'nca ayrı ayrı belirlenmektedir.[43] Yoklaması yapılan yükümlülere hangi celp döneminde sevk edileceğini gösterir askerlik durum belgesi verilir. Ancak askere sevkleri her hangi bir nedenle ertelenmiş olanların erken sevk

---

olunan mahaller halkından olup şubeleri haricinde bulunanlar yukarı ki maddelerde gösterilen zaman içinde bulundukları mahal askerlik şubelerine veya sefaret ve şehbenderhanelere gitmeğe mecburdurlar. Bunların sureti sevkleri verilecek emre göre yapılır'.

42 Yedek Subay Yoklama İşlemleri http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/yedek-subay-yoklama-islemleri, 04.12.2016.

43 Bu dönemler Tıp doktorları için; Şubat celbi sevk tarihi 31 Ocak, Nisan celbi sevk tarihi 31 Mart, Ağustos celbi sevk tarihi 31 Temmuz, Ekim celbi sevk tarihi 31 Eylül, Aralık celbi sevk tarihi 30 Kasım'dır. Karışık sınıflar için; 'Nisan celbi sevk tarihi 31 Mart, Ağustos celbi sevk tarihi 31 Temmuz, Aralık celbi sevk tarihi 30 Kasım olarak belirlenmiştir. Bu tarihler sevke tabi yedek subay aday adaylarının askerlik şubelerinden sevk evraklarını alacakları en son tarihtir (Çelik, s.60).

başvurusu yapabilmeleri için öncelikle ertelemesini yapan makamdan bu ertelemelerini iptal ettirmeleri ve müteakiben belirlenen tarihlere kadar askerlik şubesi başkanlıklarına erken sevk başvurusunda bulunmaları gerekir.[44]

Yükümlülerin yoklaması yapıldıktan sonra sevk edilinceye kadar geçen süre içerisinde değişen veya sonradan elde edilen sınıflandırmaya esas bilgileri sınıflandırma işleminden önce sevk öncesi hazırlık işlemleri döneminde alınır. Sevke tabi yükümlülerin belirlenen tarihlerde sevk öncesi hazırlık işlemlerini yaptırmak üzere askerlik şubesi başkanlıklarına şahsen müracaat etmeleri gerekir. Sevke tabi olduğu celbin sevk öncesi hazırlık işlemleri için askerlik şubesi başkanlıklarına 1111 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinde belirtilen yasal mazeretleri dışında müracaat etmeyenler bakaya işlemine tabi tutulur. O celp döneminde sevke tabi yükümlülerden belirtilen tarihlerde sevk öncesi hazırlık işlemlerini askerlik şubesi başkanlıklarına müracaat ederek yaptıranlar sınıflandırma işlemine tabi tutulur. Sevk öncesi hazırlık işlemleri döneminde rahatsızlığını beyan edenler müracaat ettikleri askerlik şubesi başkanlığının bağlı olduğu sevk zincirine uygun olarak sağlık kuruluşuna sevk edilir. O celp dönemi için erken sevk müracaatında bulunanlardan o celbin sevk öncesi hazırlık işlemleri dönemine gelmeyen yükümlülerin celp dönemleri yoklama tarihine göre verilen grup numarası celp dönemine çevrilir. Sevke tabi yükümlülerin sevk öncesi hazırlık işlemleri TRT aracılığıyla duyurulur.[45]

Sevk öncesi hazırlık işlemini tamamlayan yükümlüler sınıflandırılır. Seçim ve sınıflandırmanın amacı, TSK'nın ihtiyacı olan sınıf ve branşlar için yedek subay adayı yükümlülerin tespitidir. Burada öncelikli olan TSK'nın ihtiyaçlarına uygun nitelikte personelin seçilmesidir. Bu işlem TSK'nın ihtiyacı dikkate alınarak bilgisayar ortamında yapılmaktadır. İşlem sonucunda yükümlülerin statü, kuvvet, sınıf, branş ve sınıf okulu/eğitim merkezleri belirlenmektedir. Ancak sınıflandırılan yükümlüler tekrar sınıflandırma işlemine tabi tutulmaz. Sınıflandırma sonuçları yükümlülere MSB tarafından e-Devlet üzerinden TRT duyurusunda belirtilen tarihlerde duyurulur.[46]

---

44 Yedek Subay Erken Sevk İşlemleri, http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/yedek-subay-erken-sevk-islemleri, 04.12.2016.

45 Sevk Öncesi Hazırlık İşlemleri, http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/sevk-oncesi-hazirlik-islemleri, 04.12.2016.

46 Seçim ve Sınıflandırma İşlemleri, http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/

Seçim ve sınıflandırma sonucunda yükümlüler statülerine göre belirlenen tarihlerde askerlik şubesi başkanlıkları tarafından sınıf okulu/eğitim merkezlerine sevk edilir. Yükümlülerin sınıflandırma sonucundaki statülerine göre sevk tarihleri sevk tablosunda belirlenmiştir. Bu tarihler genel tarihler olup, nihai sevk tarihleri o celp döneminin TRT duyurusunda belirtilir. Seçim ve sınıflandırma sonucu tertip edildiği sınıf okulu/eğitim merkezlerine katılmak üzere sevk evrakını almayan sevk evrakını aldığı halde kendisine verilen yol süresi bitiminde birliklerine 1111 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinde belirtilen mazeretleri dışında katılmayanlar geç iltihak suretiyle bakaya eyleminden takibe alınırlar.[47]

IV. SAKLI KABAHATİ (1111 SK. m.89/4-b BENDİ)

A. MADDENİN DÜZENLENİŞİ

Yukarıda açıklandığı üzere AsCK'nın 63'ncü maddesinde 6217 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce saklı eylemi bir suç olarak madde metninde yer almaktayken, 6217 sayılı Kanun'la AsCK m.63'den çıkarılarak, 1111 sayılı Kanun'un 89/4 (b) bendinde, ('*Barışta, kabul edilebilir bir özrü olmaksızın;… Saklılardan yaşıtlarının yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden, itibaren yakalananlar*' veya kendiliğinden gelenler şeklinde *)* kabahat türü bir haksızlık olarak kabul edilmiştir.

Geç iltihak suretiyle bakaya eyleminin düzenlendiği AsCK m.63/1 (d) bendinde; '*Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kıtasına katılmayan veya geç katılanlar(lardan)*' bahsedilmektedir. Bu bent hükmünde açıklanmak istenen husus, geç iltihak suretiyle bakaya suçunun failinin saklı kabahatlisi de olabileceğidir. [48] Yoksa maddede bahsedilen saklı suçuna ilişkin bir düzenleme değildir.

---

secim-ve-siniflandirma-islemleri, 04.12.2016.

47 Sevk İşlemleri, http://www.msb.gov.tr/Askeralma/icerik/sevk-islemleri, 04.12.2016.

48 'Saklıdan ele geçen sanık derhal sevk edilmesi gereken bir mükellef durumunda bulunduğundan, normal yol süresini geçirerek 8 gün gecikme ile kıt'asına katılan, bu suretle özürsüz (geç iltihak suretiyle) bakaya kaldığı anlaşılan sanığın…' (As. Yrg. Drl. Krl.3.5.1968 E.41 K.39, Özbakan, s.123).

B. MADDİ UNSUR

1. Genel Olarak

1111 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan 89/4(b) bent hükmündeki açıklamaya göre, saklı kabahatinin oluşabilmesi için üç unsurun birlikte aranması gerekmektedir. Bu unsurlar; yükümlünün yirmi yaşına girmiş olduğu halde kendisini nüfus kütüğüne geçirtmemesi, birlikte askerlik muayenesine tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderildikten sonra yakalanması/kendiliğinden gelmesi ve yükümlünün bu eylemlerinde kabul edilebilir bir mazereti olmamasıdır.[49] Şimdi bu unsurlar incelenecektir.

2. Yirmi Yaşına Girmiş Olduğu Halde Kendisini Nüfus Kütüğüne Geçirtmemek

1111 sayılı Kanun'un 12'nci maddesine göre saklı, '*yirmi yaşlarına girmiş oldukları halde isimlerini nüfus kütüğüne geçirmemiş bulunanlar*' olarak tanımlanmaktadır. Bu hükme göre, yükümlünün, kanun gereği askere alınacağı yaş olan 19'ncu yaşını tamamlayıp 20'nci yaşından gün almaya başladığı ilk güne kadar ismini nüfus ve asker alma kütüğüne kaydettirmiş olması gerekmektedir. Bu kişilerden ele geçenlerin yaşları saptanarak nüfus kütüğüne kayıtları sağlanacaktır.[50]

Kabahatler Kanunu'na göre, kabahat türü davranışlar kabahatlinin icraî veya ihmali davranışlarıyla işlenebilen türden haksızlıklardır. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gereklidir (5326 SK. m.7). '*Kendisini nüfus kütüğüne geçirmesi*' gibi icrai bir davranışta bulunma konusunda 1111 sayılı Kanun'daki

---

49 Çelik, s.51; Koç, s.365.

50 Çelik, s.51; 'Bu kayıtların ne şekilde yapılacağı konusunda 5490 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesine göre hareket edilmelidir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 16'ncı maddesinde, aynı Kanun'un 15'nci maddesindeki bildirim süreleri geçirildikten sonra bildirilen altı yaşını bitirmemiş olan çocukların doğum tarihinin tespitinde beyanın esas alınacağı, altı yaşını doldurmuş olanların ise nüfus müdürlüğüne getirilerek resmî sağlık kuruluşunca yaşının tespit edileceği belirtilmiştir… 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 15 inci maddesi gereğince sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye›de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilciliğe bildirilmesi zorunludur. Söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Buna rağmen, ülkemizin bazı bölgelerinde halen nüfus kütüğüne kaydı yaptırılmamış kişiler bulunabilmektedir. Bu kişiler, çoğu zaman uzun süre nüfus kütüğüne kaydı olmaksızın yaşamaktadır' (Çelik, s.48).

hukuki yükümlülüğe uymaması, kanaatimizce saklı kabahatlisinin bu eyleminin ihmali davranışla işlenebileceğini göstermektedir. Yine kabahatlinin bu eylemi, ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılacaktır (5326 SK. m.5/2).

Saklı kabahatlisinin isminin nüfus kütüğüne geçirilmesinden sonra bu eylemi tekrar işlemesi mümkün değildir. Bu nedenle bu eylemin ilk işlenişi ya kabahat ya da suç olmalıdır. Kanun koyucu tercihini bu eylemin kabahat olarak düzenlenmesinden yana kullanmıştır. Kanaatimizce saklı eylemine AsCK m.63'te yer verilmeme nedeni de budur.

Yine burada açıklanması gereken bir başka husus saklı kabahatlilerine ilişkin seferberlik dönemindeki uygulamanın ne şekilde yapılacağıdır. 1111 sayılı Kanun'un 89/4'ncü fıkrasının son paragrafında yer alan uygulamaya göre; '*Barışta, dördüncü fıkra uyarınca verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra dördüncü fıkrada sayılan eylemlerden herhangi birini işleyenler ile bu eylemleri seferberlik ve savaş halinde işleyenler hakkında askerlik şubelerince suç dosyaları hazırlanarak yükümlünün nüfusa kayıtlı olduğu yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderil(ecektir)*'[51]. 1111 sayılı Kanun'un 89/4'ncü fıkrasında sayılan eylemler arasında saklı kabahati de yer almaktadır. Bu durumda seferberlik ve savaş zamanında saklı kabahatini işleyen kabahatli hakkında da suç dosyası hazırlanarak Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi gerekecektir. Ancak m.89/4'ncü fıkrasında yer verilen diğer kabahatlerin(yoklama kaçağı, bakaya) AsCK m.63/1'nci fıkrasında bir karşılığı bulunmakla birlikte saklı eyleminin yukarıda açıklandığı üzere AsCK m.63/1'nci fıkrasında düzenlenen bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu durumda seferberlik ve savaş halinde saklı kabahatinin AsCK m.63 bakımından bir uygulaması söz konusu olmayacaktır. Nitekim AsCK m.63'ün seferberlik halini düzenleyen nitelikli halinin düzenlendiği AsCK m.63/2'nci fıkrasında; '*Seferberlikte birinci fıkrada yazılı olanlarla ruhsatlılardan sevk gününün bitmesinden itibaren yedi gün içinde gelenler*' in cezalandırılacaklarından bahsedilmektedir. Maddenin birinci fıkrasında saklı eylemi

---

51 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.23/1'de, 'Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir'. Kanaatimizce 1111 sayılı Kanun'un 89/4'ncü fıkra son paragrafında, açıkça 'suç dosyası hazırlanarak Cumhuriyet Savcılığına gönderilir' cümlesinden maksat artık bir soruşturma açılması içindir. Yani burada Cumhuriyet Savcısına m.23/1'nci fıkra kapsamında idari yaptırım kararı verilmesi için suç dosyası gönderilmemektedir.

yer almadığından 2'nci fıkrasında da saklı eylemine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemektedir. Kanaatimizce bu kanun koyucunun gözünden kaçmıştır. Bu nedenle en azından maddenin 2'nci fıkrasında, saklı eylemine ilişkin bir açıklamaya yer verilmelidir.

3. Birlikte Askerlik Muayenesine Tabi Oldukları Doğumluların Yurt Genelinde Normal Sevk Yılı İçindeki Son Kafilesi Gönderildikten Sonra Yakalanması/Kendiliğinden Gelmesi

Saklı kabahatinin oluşabilmesi için, yükümlünün birlikte askerlik muayenesine tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderildikten sonra ya kendiliğinden gelerek ya da yakalanarak ele geçmiş olması gerekmektedir.[52] Bu durumda emsali yükümlülerin[53] sevk işlemi yapılmadan kendisini nüfus kütüğüne kaydettiren yükümlü bakımından bu kabahat oluşmayacaktır.[54]

---

52 Doktrinde Çelik tarafından bu konuda verilen bir örnek şöyledir: 'Örneğin, er statüsündeki yükümlü, bağlı bulunduğu askerlik şubesinin sevk tarihleri gereğince, Şubat celp dönemine tabi olsun. Milli Savunma Bakanlığı Asker Alma Daire Başkanlığınca belirlenen 2011 yılı celp genel er celp dönemleri ve tarihlerine göre, Şubat celp döneminde askere sevk edilecek birinci grubun celp dönemi 21-24 Şubat tarihleri olarak belirlensin. Yükümlünün birlikte askerlik muayenesine tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesinin celp dönemi ise 21-24 Kasım olsun. Şu durumda, normal şartlarda yükümlü, bağlı olduğu askerlik şubesinin celp dönemi gereğince en geç 24 Şubat 2011 tarihine kadar sevk işlemlerini yaptırmalıdır. Ancak yükümlü bu süreye kadar sevk işlemini yaptırmasa da saklı suçunu işlemiş olmaz. Çünkü Askerlik Kanununun 86'ncı maddesi gereğince, yükümlünün birlikte askerlik muayenesine tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesinin celp dönemi olan 24 Kasıma kadar gerekli işlemleri yaptırma hakkı vardır. Ancak yükümlü, bağlı bulunduğu askerlik şubesinin celp döneminde gerekli işlemleri yaptırmadığı için 100 TL idari para cezası ödemek zorunda kalacaktır. Buna göre, saklı suçunun başlangıç tarihi, yükümlünün birlikte askerlik muayenesine tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesinin celp dönemi olan 24 Kasımdan sonraki ilk gün (25 Kasım 2011) olarak uygulanmalıdır Şu halde, 1991 doğumlu olan er statüsündeki bir yükümlü, bağlı bulunduğu askerlik şubesindeki emsalleri 2011 Şubat döneminde, birlikte askerlik muayenesine tabi oldukları yurt genelindeki emsalleri 2011 Kasım döneminde askere sevk edildikleri halde, en son 2011 Kasım ayının 24 üne kadar, belirtilen tarihlerde ve öncesinde nüfus müdürlüğüne ve askerlik şubesine müracaat ederek nüfus kütüğüne ve askerlik kütüğüne kaydını yaptırmamış ise 25 Kasım 2011tarihinden itibaren saklı durumuna düşmüş demektir. Yükümlü hakkında bu tarihten ele geçtiği tarihe kadarki süre göz önüne alınarak, Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi gereğince idari yaptırım (idari para cezası) uygulanacaktır' (Çelik, s.53, 54).

53 Emsal (Yaşıt) şöyle açıklanmaktadır: 'Yükümlülerden birlikte yoklama işlemine tabi tutulan veya tutulması gereken doğumlular, sevkte ise, birlikte sevk edilmesi gereken celp grubudur' (Çelik, s.6).

54 'Emsalinin sevkinden evvel nüfusa kaydını yaptırmak maksadı ile mahkemeye

Saklı yükümlülerinden kendiliğinden gelen ya da yakalananlar hakkında yapılacak işlemler 22/5/2012 tarih ve 6318 sayılı Kanun'la değişik 1111 sayılı Kanun'un 96'ncı maddesinde[55] açıklanmaktadır.

4. Kabul Edilebilir Bir Özürü (Mazereti) Olmamak

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun m.89/4'ncü fıkrasında da saklı kabahatinden dolayı sorumluluk için kabahatlinin *'barışta kabul edilebilir bir özrün*ün' bulunmaması *gerekmektedir.* Zira m.89/4'deki kabahatlerin seferberlik ve savaş halinde işlenmesi halinde failin ilk eylemi de olsa doğrudan AsCK m.63/2'den dolayı hakkında soruşturma başlatılacaktır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere saklı kabahatinin seferberlik halinde işlenmesi halinde de kabahatli hakkında uygulanacak madde 1111 sayılı Kanun'un 89'ncu madde hükmü olacaktır. Ancak buradaki sorun kabul edilebilir mazeretin madde hükmünde sadece barış döneminde uygulanabilmesidir. Bu nedenle kanaatimizce seferberlik ve savaş durumunda saklı kabahatlileri için kabul edilebilir bir mazeret durumu bulunmamaktadır.

Barışta kabul edilebilir özür kavramının ne anlama geldiği konusunda 1111 sayılı Kanun'un 89/1, 2 ve 3'ncü fıkralarının[56] atıf yaptığı

müracaat eden mükellefin fiil ve hareketi; saklı kalmak eylemini oluşturmaz' (As. Yrg.1. D. 31.10.1962 E.2879 K.2734, Özbakan, s.127).

55 1111 sayılı Kanun'un 96'ncı maddesi şöyledir: 'Saklılardan ele geçen veya kendiliğinden gelenler nüfus kayıtlarına kaydedilmek üzere nüfus idarelerine gönderilir. Nüfus idarelerince kaydedilenlerin bilgileri askerlik şubelerine hemen bildirilir. Bunlardan yaşıtlarının ilk celp ve sevk tarihinin bitiminden önce yakalanan veya kendiliğinden gelenler, yoklamalarını müteakip Millî Savunma Bakanlığınca belirlenecek esaslara göre silâh altına alınırlar. Yaşıtlarının ilk celp ve sevk tarihinin bitiminden sonra ele geçen veya kendiliğinden gelenler hakkında yoklamalarını müteakip 86 ncı ve 89 uncu madde hükümlerine göre işlem yapılır'.

56 1111 sayılı Kanun'un 89'ncu maddesi 1, 2 ve 3'ncü fıkraları şöyledir: 'Sınıf ve tertibatı belirlenmiş olanlardan, yapılan bildirim veya duyuru üzerine birlikte sevk edilecekleri emsallerinin sevk tarihinin son gününe kadar gelmeyen ve bu durumları 47nci maddede yazılı özürlerinden ileri gelmediği belirlenenler ile sevk edildikten sonra askerliğini yapacağı kıtaya gitmeksizin kaçanlardan elde edilip de erteleme hakkı bulunmayanlar derhal sevk olunurlar (f.1).Durumları 47 nci maddenin ikinci fıkrasına uyanlar ile sınıflandırılan yedek subay adaylarından askerlik şubesi başkanlıklarına gelip sevk tarihlerinde sevk evrakını almayanlar ve sevk evrakını alıp kendilerine verilen yol süresi sonunda sınıf okulu veya eğitim birliğine katılmayanlardan durumları 47 nci maddede belirtilen mazeretler dışında kalanlar eğitim birliği veya sınıf okuluna sevk olunurlar (f.2). Bakaya iken er-

26 ve 47'nci maddelerinde bazı mazeret ve erteleme nedenlerinden bahsedilmektedir. Bu nedenler, yoklama kaçağı, bakaya, saklı eylemine ilişkin olarak bu eylemlerin kabahatlileri tarafından şartları varsa ileri sürülebilecektir. Nitekim Askerî Yargıtay, saklı durumuna girdiği tarihte akıl hastası olan[57] ya da bir kardeşi askerde bulunan[58] kişinin kabul edilebilir özrü olduğunu kabul etmişken, *'yaşıtlarının askere sevkinden sekiz ay sonra nüfus kütüğüne kaydolan ve müddeti kayıt sebebiyle geçirdiğini iddia eden sanığın bu iddiasının mazeret olarak kabulüne'*[59] imkan olmadığına karar vermiştir.

C. MANEVİ UNSUR

Saklı kabahatinin oluşumu için yükümlünün her Türk vatandaşı gibi 20 yaşına geldiğinde askere gitmesi gerektiğini bilmesine rağmen, kabul edilebilir özrü olmaksızın kendisini nüfus ve asker alma kütüğüne kaydettirmemesi kastın varlığı için yeterli olacaktır.[60] Ancak kabahatler kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde kabahatler taksirle de işlenebilecek türden haksızlıklardır (5326 SK. m.9).

Aksine hüküm bulunmayan hallerde, TCK'nın hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerine ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanacaktır (5326 SK. m.12).

---

telemesi yapılmış olanlar, ertelemelerinin bittiği tarihi takip eden ilk mesai günü sevk edilirler…(f.3)'

57 'Tam debilite derecesinde zeka geriliğine musab bulunması sebebiyle kendisinden 20 yaşındaki normal bir insanın düşüncesi, muhakemesi ve davranışları beklenilemeyen, ayrıca fakirliğin cahilliğin ve öksüzlüğün tahtı tesirinde yaşının çok (altında) akli bir bünyeye sahip bulunduğu anlaşılan bir kimsenin kendini nüfus kütüğüne kayıt ettirme iktidarına sahip olamayacağı görüşünden hareketle', bu durumları mazeret olarak kabul eden mahkemenin takdirinde bir zaaf görülmemiştir (As. Yrg.3.D. 28.4.1970 E.239 K.253, Özbakan, s.127-128);

58 As. Yrg.1.D. 18.12.1962 E.3597, K.3341, Özbakan, s.127

59 'Saklı suçu, mükellefin yirmi yaşına girdiği halde kabul edilebilecek bir özrü olmadan kendini nüfus ve asker alma kütüğüne kaydettirmemesi halinde teşekkül edeceğinden, yaşıtlarının askere sevkinden sekiz ay sonra nüfus kütüğüne kaydolan ve müddeti kayıt sebebiyle geçirdiğini iddia eden sanığın bu iddiasının mazeret olarak kabulüne imkan yoktur' (As.Yrg. Drl. Krl., 2.7.1965, E.82, K.89, Çelen Orhan, En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Ankara 1997, s.328).

60 Çelik, s.55; Koç, s.365.

V. YOKLAMA KAÇAĞI, BAKAYA, İHTİYAT ERBAŞ/ER BAKAYASI, GEÇ İLTİHAK BAKAYASI SUÇU

A. GENEL OLARAK

AsCK m.63/1 (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan suç konusu eylemleri işleyen suç failleri sırasıyla yoklama kaçağı, bakaya, ihtiyat erbaş/er bakayası ve geç iltihak bakayası şeklinde tanımlanmaktadır. Bu eylemler yukarıda açıklandığı üzere kanaatimizce aynı hukuki menfaati koruyan tek bir suçun aynı madde altında toplanmış birbirinden farklı işleniş şekilleridir. Bu suçun seferberlik halinde işlenmesi ise AsCK m.63/2'de düzenlenen nitelikli halidir. Şimdi suçun unsurları incelenecektir.

B. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Korunan hukuki menfaat, suçun işlenmesiyle ihlal edilen değerdir.[61] Daha önce açıklandığı üzere, Anayasa gereği, her Türk vatandaşının hakkı ve ödevi olarak düzenlenen vatan hizmeti (1982 Anayasası m.72), Türk vatandaşı erkekler bakımından askerlik hizmetinin mecburi bir yükümlülük olarak yerine getirilmesi suretiyle tamamlanmaktadır (1111 SK. m.1) . Kanaatimizce AsCK m.63'te yer alan düzenleme ile Anayasa ve kanunlarla koruma altına alınan ve bu kanunlarda yazılı olduğu şekillerde yerine getirilmesi zorunlu olan vatan hizmetinin, askerlik çağına giren erkek Türk vatandaşları tarafından emsali yükümlülerle birlikte tam ve zamanında yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Zira askerlik y*ükümlünün* barış zamanında kabul edilebilir özrü dışında zorunlu olan bu yükümlülüğe aykırı hareketleri, devletin milli savunma ya da milli güvenlik gibi hayati öneme haiz hizmetlerinde aksamalara neden olabilecektir. Ancak kanun koyucu 6217 sayılı Kanun'la yaptığı değişiklikle, seferberlik ve savaş zamanı dışında, failin ilk eylemini kabahat seviyesinde bir haksızlık olarak kabul etmişken, ikinci eylemini hukuken suçla korunmaya değer olarak öngörmüştür.

Yine AsCK uygulamasında AsCK m.63 dışında, askerlik yükümlülüğünün tam ve zamanında yerine getirilmesini sağlamak maksadıyla, AsCK m.63'le aynı Fasıl başlığı altında düzenlenen firar ve izin

---

61 Özgenç, s.467.

tecavüzü (AsCK m.66)[62]suçu, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu(AsCK m.81)[63], kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçu (AsCK m.79[64] gibi aynı hukuki yararı koruyan başka askerî suçlar da bulunmaktadır.[65]

C. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Konusu

Suçun konusu doktrinde, "*eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi*" [66] ya da "*hareketin yöneldiği kişi ya da şey*"[67] olarak açıklanmıştır. AsCK m.63 bakımından suçun konusu kanaatimizce failin yerine getirmek zorunda olduğu, askerlik yükümlülüğüdür. Nitekim AsCK m.63'ün biraz sonra açıklanacak failleri tarafından kabul edilebilir bir özür bulunmaksızın emsali yükümlülerle birlikte aynı zamanda yerine getirilmesi zorunlu olan askerlik yükümlülüğü yerine getirilmemektedir. Ancak bu suçun faili olabilmek için ilk şart askerlik çağı ile birlikte askerlik yükümlülüğü altına girilmesi olduğundan eğer askerlik yükümlülüğü yoksa, ortada ne suçun faili ne de kanaatimizce suçun konusu bulunacaktır. Suçun konusunun olmadığı durumda artık işlenemez bir suçtan bahsedilmesi gerekecektir[68].

Askerlik yükümlülüğüne tabi tutulma ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmiş sayılacağına dair esasların düzenlendiği 1111 sayılı Kanun'un 10'ncu maddesinin; 8, 9, 11 ve 13'ncü fıkralarında[69] askerlik

---

62 Bu suçla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Değirmenci, s.244-268.

63 Gökhan Yaşar Duran, 'Askerlikten Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK m.81)', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2013, Yıl:25, S.105, s.321-379.

64 Duran Gökhan Yaşar, 'Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)', mü? *Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergis*i (Özel Sayı), Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl:2013, C.19, S.2, S.1031-1065.

65 Fransa'da 1857 ve 1928 tarihli kanunlardan sonra 1965 tarihli Askerî Adalet Kanunu'nda (Çode de Justice militaire) askerlik yükümlülüğüne ilişkin suçlar (kaçaklık, firar, firara tahrik ve firari askere yataklık, kendini askerliğe elverişsiz hâle getirme)' olarak sayılmıştır (Kangal, Askerî Ceza Hukuku, s.31-32).

66 Özgenç, s.215

67 Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2011, s.25.

68 Özgenç, s.467.

69 1111 sayılı Kanun'un 10'ncu maddesi 8, 9, 11 ve 13'ncü fıkraları şöyledir: 'Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine göre bedeni kabiliyeti askerliğe elverişli olmayanlar askerlik hizmetinden muaf tutulurlar (f.8)'. ' Askerlik hiz-

yükümlülüğünün bazı şartlarda tamamen yerine getirilmiş sayılacağına ilişkin suçun konusu olan askerlikten yükümlülüğünden muaf tutulma nedenleri düzenlenmiştir. Yine 1111 sayılı Kanuna 31/10/2016 tarihli Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile eklenen Geçici 54'ncü[70] madde hükmü ile bir muafiyet nedeni daha eklenmiştir. Bu muafiyet nedenlerinin varlığı halinde artık fail açısından askerlik yükümlülüğü ortadan kalkacağından, işlenemez bir suç söz konusu olacaktır. Kanaatimizce muafiyet nedenleri ile biraz sonra incelenecek olan 'kabul edilebilir özür(mazeret)' kavramı da birbiri ile karıştırılmamalıdır.[71]

---

metini yerine getirmekte iken ölen, akıbeti meçhul kalan, hakkında gaiplik kararı alınan veya maluliyet aylığı bağlanmasını gerektirecek biçimde malul olanların; a) Baba ve annesinin müşterek olarak talep ettiği veya baba ya da annesinden biri ölmüş ise sağ olanın talep ettiği kardeşlerinden biri, istekli olmadıkça silâh altına alınmaz veya silâh altında ise terhis edilir, b) Baba ve annenin müştereken anlaşamadıkları veya her ikisinin de ölmüş olması durumunda; öncelikle silâh altında olan kardeşi var ise istekli olması halinde terhis edilir, silâh altında olan kardeşi yok ise veya silâh altında olan kardeşi terhis olmak istemez ise askerlik hizmet sırası gelen ilk kardeş istekli olmadıkça silâh altına alınmaz. Askerlik hizmetini yerine getirmekte iken 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında hayatını kaybeden yükümlülerin kendilerinden olma erkek çocukları ile aynı anne ve babadan olan kardeşlerinin tamamı, istekli olmadıkça silâh altına alınmaz ve silâh altındakiler istekleri halinde terhis edilir. Bu bent hükümleri seferberlik ve savaş halinde uygulanmaz (f.9). Barışta, sıkıyönetim, olağanüstü hal veya seferberlik hallerinde veya savaşta, askerliğini henüz yapmadan, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulunun gerekli gördüğü sahalarda özel olarak görevlendirilen gönüllüler, Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen şartlara uydukları takdirde askerlik hizmetinden muaf tutulur' (f.11). Harp okulları, Gülhane Askerî Tıp Akademisi ve astsubay meslek yüksekokulları veya Türk Silâhlı Kuvvetleri adına okudukları üniversite, fakülte veya yüksekokullardan ilişiği kesilenlerin, bu okullarda ay olarak okudukları sürenin üçte biri muvazzaflık hizmetinden sayılır. Bu yükümlüler mutlaka temel askerlik eğitimine tâbi tutulur. Ancak, harp okullarında geçen sürenin muvazzaf askerlik hizmet süresini karşılaması halinde, bunlar, temel askerlik eğitimine tâbi tutulmadan yedeğe geçirilirler (f.13)'.

70 1111 sayılı Kanun'un Ek Geçici 54'ncü maddesi şöyledir: '15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemi ile bu eylemin devamı niteliğindeki eylemlere, görevi olmadığı halde mukavemet ederken şehit olanların kendinden olma erkek çocukları ile aynı anne ve babadan kardeşlerinin tamamı hakkında, 10 uncu maddenin birinci fıkrasının (9) numaralı bendinin (b) alt bendinin ikinci paragrafında düzenlenen hükümler uygulanır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Millî Savunma Bakanlığınca belirlenir'

71 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun yukarıda açıklanan muafiyet nedenleri dışında, 'Birden Fazla Tabiiyete Sahip Olanlarla' ilgili olarak 1 Haziran 1992 tarih ve 21245 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3802 Sayılı Kanun'un 1'nci maddesi ile Bakanlar Kurulu'nun 05 Temmuz 1993 gün ve 93-4613 sayılı kararında, askerlik yükümlülüğünden muaf sayılmayı gerektirecek bir takım muafiyet nedenleri düzenlenmiştir. Örneğin, birden fazla tabiyetli yükümlülerin yabancı

AsCK m.63/1 hükmünün; (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki işleniş şekilleri göz önüne alındığında, askerlik yükümlülüğü altına giren suç faillerinin barış döneminde kabul edilebilir mazeretleri olmaksızın; yoklamalarını yaptırmamaları, emsali yükümlülerle birlikte celbe icabet etmemeleri, birliklerine katılmaları için sevk edildikten sonra zamanında katılmamaları, yedeklik döneminde çağrılmalarına rağmen birliklerine katılmamaları şeklinde gerçekleşen eylemler, suçun konusu olan askerlik yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır. Ancak kanaatimizce askerlik yükümlülüğüne aykırı hareketler sonucunda, suçun oluşması için madde hükmünde askerlik hizmetinin aksaması gibi mutlaka bir zarar şartı aranmamaktadır. Oysa ki bazı suçların kanuni tarifinde, o suçun tamamlanabilmesi için sırf hareketin icra edilmesi yeterli görülmemekte, bunun dışında neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir.[72] Doktrinde genel tehlike suçları olarak da adlandırılan sırf hareket suçlarında, hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığı araştırılmamakta suç tipinde tanımlanan icrai ya da ihmali hareketin yapılmasıyla suçun gerçekleştiği kabul edilmektedir.[73] Bu yönüyle kanaatimizce AsCK m.63 soyut bir tehlike suçudur.

2. Fail

Anayasaya göre, vatan hizmeti, her Türk'ün hakkı ve ödevidir (Anayasa m.72). Vatan hizmetinin öznesi ise, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarıdır. Türk vatandaşı olan kişi aynı zamanda başka bir ülkenin vatandaşı ise, yani çifte vatandaş ise yine vatan hizmeti ödevlisidir.[74]

Anayasa hükmünün bir başka sonucu da vatan hizmetinin cinsiyet ayrımı yapılmaksızın tüm kadın ve erkeklerin hakkı ve ödevi olmasıdır. Bu nedenle yasa koyucu kadın yurttaşlara da vatan hizmetini ve bu bağlamda askerlik hizmetini bir hak ve ödev olarak öngörebilir.[75] Ancak kadınların Anayasa hükmü gereği potansiyel olarak bu suçun faili olması mümkünse de, bu konuyu düzenleyen 1111 sayılı

ülkelerde yaptıkları askerlik hizmetlerini belgelemek kaydıyla belirli şartlarda Türkiye'de mükellefiyetlerini yerine getirmiş sayılmaktadırlar (Çelik, s.15-23).

72 Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), 6.Baskı, Ankara 2013, s.120-121.

73 Artuk/ Gökçen/Yenidünya, s. 312.

74 Işıklar, s.110.

75 Işıklar, s.110.

Askerlik Kanunu m.1 (*'Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur'*) gereğince, bu suçun failleri sadece erkek Türk vatandaşlarıdır.

Burada cinsiyet değiştiren kişilerin durumları tartışılabilir. Bu konuda Türk Medeni Kanunu (TMK) m.40,[76] gereğince, kanaatimizce askerlik yükümlülüğü bakımından kişinin yeni cinsiyetine göre bir karara varılması uygun olacaktır. Bu durumda kadınken erkek olan biri askerlik yükümlüsü olarak kabul edilebilir. Bunun tersi durum ise, askerlikten muafiyet nedeni olarak kabul edilmelidir.

Suçun faili olabilmek için erkek Türk vatandaşı olmanın dışında askerlik çağı içine girmesi yani askerlik yükümlüsü olunması gerekmektedir. Askerlik çağı yukarıda da açıklandığı üzere her erkeğin nüfus kayıtlarında yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayarak kırk bir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir yıl sürer (1111 SK. m.2/1).

Suçun faili olabilmek için en önemli şartlardan bir diğeri de, failin fiziken ve ruhen sağlık açısından askerliğe elverişli olmasıdır. Askerliğe sağlık açısından elverişlilik konusunda, TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliği esas alınmaktadır. Yönetmeliğe göre, askerliğe elverişlilik yükümlünün sağlık yönünden askerlik hizmetini ifa etmesine mani bir

---

[76] Türk Medeni Kanunu(TMK)'nun 40'ncı maddesi şöyledir: **'**Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir'. Doktrindeki görüşlere göre, cinsiyet değişikliği ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurur. Bu itibarla cinsiyet değişikliği nüfusa işlenmiş olan kişi, beklenen haklar bakımından yeni cinsiyetine göre değerlendirilecektir. Türk Hukuku'nda özellikle sosyal güvenlik alanında cinsiyete göre farklı hükümler mevcuttur. Örneğin, emeklilik yaşı kadınlar için, erkeklere oranla daha kısadır. Bu durumda cinsiyet değiştirerek erkek cinsiyetine geçen bir kadın, yeni cinsiyetine göre daha ileri yaşta emekliliğe hak kazanabilecektir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başara Gamze Turan, 'Türk Medeni Kanunu'nun 40'nci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları', *TBB Dergisi* 2012 (103), s.257, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-103-1234, 04.12.2016).

hastalık veya arızasının bulunmamasını ifade etmektedir.[77] Eğer böyle bir arızası varsa, bu kişiler askerliğe elverişsiz olarak kabul edilirler ve AsCK m.63'ün faili olamazlar. Askerlik çağına giren yükümlüler sağlık muayenesine tabi tutulur. Bu muayenede yükümlü hakkında kesin olarak askerliğe elverişsizlik kararı verilebileceği gibi sağlık nedeniyle askerliğinin ertelenmesi de mümkündür. Askerlik yapamaz kararı verilenler için bu yükümlülük artık tamamen sona ermektedir. Bu husus 1111 sayılı Kanun'un m.10/8'de '*Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine göre bedeni kabiliyeti askerliğe elverişli olmayanlar askerlik hizmetinden muaf tutulurlar*' şeklinde açıklanmıştır.

Yükümlünün askerliğe elverişliliği konusu sadece muvazzaflık hizmetine alınacaklarla sınırlı değildir. Aynı zamanda AsCK m.63/1'nci fıkra (c) bendinin suç faili olan ihtiyat erbaş/er bakayaları bakımından da askerliğe elverişlilik önem taşımaktadır. İleride de ayrıntılı olarak bahsedileceği gibi, bu kişiler askerlik yükümlülüğünü tamamlayarak terhis oldukları halde yedeklik döneminde bulunan yedek erbaş ve erlerdir. Bunların, tatbikat, seferberlik, manevra vb. hizmetler için tekrar askere çağrılmaları mümkündür. Bu durumda bunların tekrar askerlik yükümlülüğü altına girebilmeleri için de askerliğe elverişliliklerini kaybetmemiş olmaları gerekmektedir.[78] Yine çağrılma zamanında hasta olduklarından dolayı katılamayan yedek erbaş ve erlerden bu durumlarını resmi veya askerî hekim yahut sağlık kurulu raporu ile tespit ettirenler herhangi bir cezai işleme tabi tutulmayacaklardır. Ancak, iyileştiklerinde emsalleri kadar hizmet yapmak üzere askere alınacaklardır(1111 SK.m.70).

AsCK m.63/1'nci fıkra (a), (b), (c) ve (d) bendindeki eylemleri işleyen suç faillerinin; erkek Türk vatandaşı olması, askerlik çağına (yoklama dönemi, yedeklik dönemi) girmiş olmaları, askerliğe elverişli olmaları gibi bazı şartlar arandığından, kanaatimizce bu suç failleri bakımından özgü (mahsus) bir suç niteliğindedir. Yine AsCK 63/1'nci

77 Çelik, s.6.

78 Nitekim bu husus 1111 sayılı Kanun'un 62'nci maddesi şöyledir: 'Barış zamanında veya seferberlik halinde sağlık durumunda değişiklik olduğunu beyan eden yedek erbaş ve erler, durumlarını askerlik şubeleri tarafından sevk edilecekleri asker hastanelerinden alacakları sağlık raporu ile belgelemek zorundadırlar'. 15.8.2016 tarihli ve 674 sayılı KHK'nin 46 ncı maddesiyle bu fıkrada yer alan "asker hastanelerinden" ibaresi "resmi sağlık kuruluşundan" şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Kanunun 42 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki eylemleri işleyen suç failleri yoklama kaçağı, bakaya, ihtiyat erbaş/er bakayası ve geç iltihak suretiyle bakaya şeklinde tanımlanmaktadır.

3. Mağdur

Doktrinde mağdur, işlenen suç ile haksızlığa uğrayan, suç konusunun sahibi kimsedir. Gerçek kişiler bir suçun mağduru olabilecekken, tüzel kişiler bir suçtan ancak zarar gören konumundadır.[79]Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kişi ise suçtan zarar görendir.[80]

AsCK m.63 hükmü ile devletin milli savunma ya da milli güvenlik hizmeti koruma altına alınmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce suçun mağduru gerçek bir kişi olmayıp suçtan zarar gören sıfatıyla devletin kendisidir. Milli güvenliğin sağlanması devletin en önemli görevidir. Bunun zayıflatılması ile vatandaşlar da zarar görecektir. Bu nedenle bu suçun mağduru sadece Devlet değil aynı zamanda toplumdur.

4. Failler Hakkında 1111 Sayılı Askerlik Kanunu'nun 89'ncu Maddesi Uyarınca Verilen İdarî Para Cezasının Kesinleşmesi Şartı

a .Genel Olarak

AsCK'nın m.63/1'in faili olabilmek için failin ilk eyleminin 1111 sayılı Askerlik Kanunu 89'ncu maddesinde düzenlenen bir kabahat olması ve bu kabahatten dolayı kabahatli hakkında verilen idari para cezasının kesinleşmesi gerekmektedir. Nitekim bu husus AsCK m.63/1'de, '*Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra*' hükmü ile açıklanmaktadır.

Doktrinde, suçun kanuni düzenlenişinde suç tanımındaki fiilin işlenmesinden önce var olması gereken unsurlar 'ön şartlar' olarak açıklanmaktadır. Suçun tanımında yer alan ve ön şart olarak isimlendirilen hususların da, suçun oluşabilmesi için gerçekleşmesi zorunludur. [81]

---

79 Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 313-314; Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2015, s. 141.

80 Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 313.

81 Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, İstanbul 2013, s.161-162); 'Çocuk düşürtme suçunun gerçekleşebilmesi için kadının gebe olması; zimmet su-

b. İdari Para Cezasının Kesinleşmesi

1111 sayılı Kanun'un 89'ncu maddesine göre, idari para cezası vermeye yetkili birim yükümlünün nüfusa kayıtlı olduğu yer il ya da ilçe idare kurullarıdır (1111 SK. m.89/5).

Kabahatli hakkında verilen idarî yaptırım kararı, 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilir (5326 SK. m.26/1). İdarî yaptırım kararının ilgili gerçek kişinin huzurunda verilmesi halinde tutanakta bu husus açıkça belirtilir. Bu karara karşı başvurabileceği kanun yolu, mercii ve süresine ilişkin olarak bilgilendirildikten sonra kişinin karar tutanağını imzalaması istenir. İmzadan kaçınılması halinde bu durum tutanakta açıkça belirtilir. Karar tutanağının bir örneği kişiye verilir (5326 SK. m.26/2) .

İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, asliye ceza mahkemesine[82]başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir (5326 SK. m.27/1) .

çunda failin kamu görevlisi olması gibi şartlar öğretide bazı yazarlarca ön şartlar olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık bazı yazarlar ön şartların unsurlardan başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir. Aslında bu şartlar, bir fiilin bir suçu teşkil edebilmesi için aranan mantıki ve hukuki gereklerdir. Dolayısıyla aslında bu hususlar, tipiklikte veya tipikliğin maddi unsurunda yer alan hususlardan farklı bir şey değildir' (Hakeri, s.147-148).

82 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerinde asliye ceza mahkemesi yerine 'sulh ceza mahkemeleri' terimi kullanılmaktadır. Oysa 5235 sayılı Kanunun 10'ncu maddesi, 8.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'la değiştirilmiş ve sulh ceza mahkemeleri kaldırılarak sulh ceza hâkimlikleri oluşturulmuştur. Sulh ceza mahkemelerinin kaldırılması ile bu mahkemelerin görevleri asliye ceza mahkemelerine devredilmiştir (Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2015, s. 2016, s.119). Yine bu husus 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'a 6545 sayılı Kanun'la eklenen Geçici 6'ncı maddede; '(1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır. (2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yirmi gün içinde sulh ceza hâkimlikleri kurulur. (3) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan dava dosyaları bir ay içinde yetkili asliye ceza mahkemelerine devredilir….' şeklinde açıklanmıştır. Bu nedenle 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.27/1 hükmünde bahsedilen 'sulh ceza mahkemesi' teriminden artık 'asliye ceza mahkemesi' anlaşılmalıdır.
Kangal, s.317.

Hukuksal niteliği itibarıyla idari bir işlem olan idari yaptırım kararlarına karşı kanunlarda idari yargı yoluna gidileceğine dair aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, adli yargı idari yaptırım kararlarının denetiminde genel yargı yolu olarak görevli olacaktır (5326 SK. m.3)[83]. Kabahatli hakkında m.89'da yer verilen kabahatlerden dolayı verilen idarî para cezaları hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda yer alan kanun yollarına müracaat edilebilecektir (1111 SK. m.89/6). Kabahatlerden dolayı verilen idari kararlara karşı adli denetim yolları; 'başvuru yolu' ve 'itiraz yolu' olarak ikiye ayrılmıştır. İdari para cezalarına karşı adli denetim yolu 'başvuru yolu' olup bu konuda denetim yapacak adli merci ise asliye ceza mahkemesi olarak öngörülmüştür (5326 SK. m.27/1). Ancak idari yaptırım kararlarına yönelik asliye ceza mahkemesine başvurulması, bu kararın kesinleşmesini engellemeyecektir (5326 SK. m.27/2-c). Bununla birlikte, mahkeme yerine getirmenin durdurulmasına karar verebilir.

Asliye ceza mahkemesinin başvuru üzerine verdiği 3000 TL dâhil idari para cezalarına ilişkin kararı kesindir (5326 SK. m.28/10). Bunlara karşı itiraz yoluna başvurulamaz. Yine asliye ceza mahkemesinin verdiği son kararlara karşı, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'ya göre itiraz edilebilir (5326 SK. m.29/1).[84] Bu durumda *'İtiraz usulü ve inceleme yöntemleri'* konusunda kanaatimizce CMK m.268 hükmü geçerli olacaktır.

Saklı, yoklama kaçağı ve bakaya eylemlerini gerçekleştiren kabahat yükümlüleri hakkında verilen ve Genel Bütçe'ye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre Maliye Bakanlığı'nca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilecektir. Ancak AsCK m.63'ün faili olabilmek için idari para cezasının kesinleşmesi yeterli olup bu cezanın ödenmiş olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

Yine soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemeyeceğinden (5326 SK. m.20[85], bu cezanın kesinleşmesinden de bahsedilemeyecektir.

---

83 Kangal, s.289.
84 Kangal, s.317.
85 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 'Soruşturma zamanaşımı' başlıklı 20'nci maddesi

5. Yükümlülere Yapılacak Tebligat *Şartı*

AsCK m.63/1 (c) bendi dışında yükümlülere yapılacak tebligat şartından bahsedilmemektedir. Ancak yükümlülere yapılacak tebligat konusunda, 1111 sayılı Askerlik Kanunu m.89/1'de (*'Sınıf ve tertibatı belirlenmiş olanlardan, yapılan bildirim veya duyuru üzerine…'*) açıkça yer verilmiştir. Bu bildirim ve duyurunun ne şekilde yapılacağı konusunda 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 25 ve 45'nci maddelerinde er statüsündeki askerlik yükümlüleri bakımından biraz sonra açıklanacak olan AsCK m.63/1 (a) ve (b) bentlerinde yer alan yoklama kaçağı ve sevk bakayası eylemlerinin faili olabilmek bakımından tebligat şartına yer verilmektedir.[86]

Yine 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askerî Memurlar Kanunu'nun Ek 6'ncı maddesinde, **'***Bu Kanuna tabi yükümlülerin celp ve sevkleri ile buna ilişkin işlemlerine ait diğer hususlar, Türkiye Radyoları ve Televizyonu aracılığıyla ilan edilmek suretiyle duyurulur. Bu duyuru yükümlülere tebliğ mahiyetindedir'* hükmü ile de yedek subay aday adaylarının celp ve sevklerinde AsCK m.63/1 (a) ve (b) bentlerinde yer alan yoklama kaçağı ve bakayası eylemlerinin faili olabilmek için tebligat şartına yer verilmiştir.

şöyledir: '(1) Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez. (2)Soruşturma zamanaşımı süresi; a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş, b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört, c) Ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç, yıldır. Ancak, 89 uncu maddesi hariç olmak üzere 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer'.

86 1111 sayılı Kanun'un m.25 hükmü şöyledir: 'Milli Savunma Bakanlığı tarafından, o yıl askerlik çağına girenler ile bir önceki sene ertesi yıla terk edilenlerin yoklamalarının yapılacağı, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu aracılığıyla duyurulur. Bu duyuru yükümlülere tebliğ mahiyetindedir'. Yine 1111 sayılı Kanun'un m.45 hükmü şöyledir: 'Sevke tabi yükümlülerin listeleri, askerlik şubelerinde ilan edilir. Ayrıca bu listeler, celp dönemleri dışındaki sevklerde ve olağanüstü durumlarda mülki amirlikler vasıtasıyla, köy ve mahalle muhtarlıklarında da ilan edilir. Celp ile ilgili hususlar Milli Savunma Bakanlığı tarafından Türkiye Radyo Televizyon Kurumu aracılığıyla duyurulur ve yurtdışı temsilciliklerine bildirilir. Bu ilan ve duyurular yükümlülere tebliğ mahiyetindedir'

Tebligat şartı AsCK m.63/1'nci fıkrasının (c) ve (d) bentlerinde yer alan ihtiyat erbaş/er bakayası ve geç iltihak suretiyle bakaya faillerinin eylemleri bakımından da incelenmelidir.

AsCK m.63/1 (c) bendine göre ('İhtiyat erattan çağrılıp da…'), yükümlülere öncelikle bir çağrı yapılmasını gerekmektedir. Yine bu bent hükmü ile bağlantılı olarak, 1076 sayılı Kanun'un '*Silahaltına davet'* başlıklı 14/(A) bendinde ve 15'nci maddesinde bazı hükümlere yer verilmiştir.[87]

Son olarak AsCK m.63/1 (d) bendinde herhangi bir tebligat şartından bahsedilmemektedir. Yine 1111 sayılı Kanun'da da bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce AsCK m.63/1 (d) bendinin faili olabilmek, '*Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince (kendilerine tanınan kanuni yol süresi bitiminde) sevk edildiği kıtasına katılınması*' gerekmektedir. Yükümlünün askerlik şubesine katıldıktan sonra kendisine verilen sevk evrakını aldıkları halde birliklerine katılmamaları halinde geç iltihak suretiyle bakaya eylemi oluşmaktadır. Kanaatimizce yükümlülere verilen sevk evrakı yükümlülerin tertip oldukları birliklerini ve bu birliğe katılması gereken yol süresini öğrenmesi açısından tebliğ mahiyetindedir.

Kanaatimizce tebligat unsuru ileride açıklanacak olan failin kastı ile de yakından ilgili bir konudur. Zira failin kastı, suçun tüm unsurları konusunda bilmeyi kapsamalıdır. Bu nedenle fail suçun konusu olan askerlik yükümlülüğünü emsalleri ile birlikte zamanında yerine getirmesi gerektiğini, diğer bir anlatımla kendisine yapılan tebligatı bilmiyorsa bu durumda artık suç kastı ile de hareket ettiği söylenemeyecektir. Askerî Yargıtay'ın tebligat konusunda birçok kararı bulunmaktadır.[88]

---

87 1076 sayılı Kanun m.14/A bent hükmü şöyledir: 'Seferde görev alacak yedek subay ve yedek askerî memurlara bu görevleri barışta tebliğ edilir. Tebliğ şekli, yükümlülerin görevleri ve tebliğ ile görevli makamlar yönetmelikte belirtilir'. 1076 sayılı Kanun'un m.15 hükmü şöyledir: 'Talim ve manevra için çağrıldıkları halde 1111 sayılı Kanunun 47'nci maddesine göre özürsüz gelmedikleri anlaşılanlar hakkında 1111 sayılı Kanunun 89uncu maddesi hükümleri uygulanır ve ayrıca emsalleri kadar hizmete tabi tutulurlar'.

88 'TRT duyurularının yapıldığı tarihlerde Türkiye'de bulunan sanık bakımından, bu duyurular tebliğ mahiyetinde olduğundan, çalışma ve oturma izninin uzatılmadığı da anlaşılan sanığın, yurt içinde olup olmadığının ayrıca araştırılmasına gerek bulunmadığı' (As.Yar.DK., 24.05.2001, 2001/57-57 E-K., As.Yar.Der.,

6. Kabul Edilebilir Özür (Mazeret) Şartı

a. Genel Olarak

AsCK m.63/1'de '*kabul edilecek bir özrü olmadan*' cümlesinin bu suç için taşıdığı anlam açıklanmalıdır. Öncelikle ne madde hükmünde ne de AsCK'nın genel hükümlerinde bu kavrama ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Yine ceza hukuku doktrininde de '*kabul edilebilir mazeret*' kavramının hukuksal niteliği tartışılmalıdır.[89] Ancak

---

S.14, Y.2002, s.62-64); 'Celp için çağrı pusulasının, MSB'nın Celp ve Sevk Emrinden sonra çıkarılması ve tebliğ edilmesi gerektiği, bu tarihten önce yapılmış çağrılar(**ın**) geçerli olmadığı' (As.Yar.DK., 09.03.2000, 2000/52-62 E-K., As.Yar. Der., S.14, Y.2002, s.67-68); 'Sanığın 1.12.1987 ile 8.8.1988 tarihleri arasında bakaya kaldığı mahal mahkemesince kabul edilerek mahkûmiyeti cihetine gidilmişse de, bu tarihlerde Türkiye'de olmayıp Amerika'da lisans üstü öğrenim yapmakta olduğu dolayısıyla TRT aracılığı ile yapılan askere celp duyurusundan haberdar olmayacağı gözetilmeden müsnet suçtan beraatına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyeti cihetine gidilmesinde isabet görülme(diği)' (Askerî Yargıtay 2.D. 6.12.1989, E.727, K.714, Ergül, s.70); 'Muhtemel sevk tarihinin de belirtildiği askerlik durum belgesi kendisine imza karşılığı tebliğ edildikten sonra adresini askerlik şubesine bildirmeden yurt dışına çıkan Yd.Sb.aday adayı sanığın, sevke tabi olduğu celbe ait TRT duyurularının yayınlandığı tarihlerde yurt dışında olması(nın), tebligatı geçersiz kılma(yacağı)' (As.Yar.DK., 07.03.2002, 2002/19-20 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.199-202); Sanık adına çıkarılan son yoklama çağrı pusulasının, sanığın anneannesinin amcasının kızının oğlu olan kişiye tebliğ edilmesi, yasal bir tebligat niteliğinde (olmadığı)' (As.Yar.4D., 28.05.2002, 2002/596-591 EK (As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.211-212);'Tezini vermemesi nedeniyle okulla ilişiğinin kesildiğini bilen, iki yıllık yüksek lisans süresi bir yıl da uzatılan sanığa, okulla ilişiğinin kesildiğinin ve sevk tehirinin iptal edildiğinin tebliğine gerek yoktur' (As.Yar.DK., 28.11.2002, 2002/90-92 E-K., As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.209-210).

89 Doktrinde yapılan bir açıklama da mazeret nedenlerinin varlığı halinde sadece failin iradesinin etkilenmediği, eylemin haksızlığının da azaldığı, buna bağlı olarak da mazeret nedenlerinin kusurluluğu kaldıran hallerden ayrı bir kavram oluşturduğu açıklanmıştır. TCK'da mazeret kavramına yalnızca 27/2'nci fıkrasında "meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez" düzenlemesinde "mazur görülebilecek" ifadesi kullanılarak yer verilmiştir. Bunun dışında TCK'da doğrudan mazeret sebebi ifadesi yer almamaktadır. Doktrinde Dülger tarafından bu konuda yapılan bir açıklama şöyledir: Mazeret nedenleri kusurluluğu etkileyen hallerden farklıdır. Örneğin, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi kusurluluğu etkileyen hallerde kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilirken, bir mazeret nedeni olan zorunluluk halinde güvenlik tedbiri uygulanamaz. Dolayısıyla mazeret nedenlerinin varlığı halinde kişi hakkında tedbir uygulanması da söz konusu değildir. Mazeret nedenleri Türk ceza hukuku öğretisinde henüz genel kabul görmemiş olsa da mazeret nedenlerini açıkça kabul eden yazarlar olduğu gibi, bunu zımnen kabul/ifade eden yazarlar da bulunmaktadır (Dülger Murat Volkan, 'Hukuka Uygunluk Nedenleri İle Mazeret Nedenleri Arasındaki ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme', Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl.9, Sayı.24, Nisan 2014, s.129, 130, 131).

bu konuda bu suçun kabahat şeklinde düzenlendiği 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun m.89/1 ve 3'ncü fıkralarında[90] bazı hükümlere yer verilmektedir. Bunlardan m.89/1'de özür kavramından bahsedilerek bu konuda Kanun'un 47'nci maddesine atıfta bulunulurken, m.89/3'de suçun failleri bakımından ertelemeden bahsedilerek, Kanun'un 35 ve 36'ncı maddelerine atıfta bulunulmaktadır. Ancak Askerî Yargıtay mazeret hallerinin sınırlı ve sayılı olmadığını içtihat ettiğinden başka bir takım hallerde yine mazeret nedeni olarak Mahkemece kabul edilebilecektir.[91]Nitekim Askerî Yargıtay'ın bu konuda birçok kararına rastlamak mümkündür.[92]

Bu konuda söylenebilecek bir başka husus, yükümlünün yoklamaya katılmamakta ya da bakaya kalmaktaki mazeretini geciktiği her sevk dönemi için belgelemesinin zorunlu olmasıdır. Örneğin fail 1 yıl süresince bakaya kalmışsa, bu bir yıl içinde kaç sevk döneminde cel-

---

90 1111 sayılı Kanun'un 89/1 ve 3'ncü fıkraları şöyledir: 'Sınıf ve tertibatı belirlenmiş olanlardan yapılan bildirim veya duyuru üzerine birlikte sevk edilecekleri emsallerinin sevk tarihinin son gününe kadar gelmeyen ve bu durumları 47nci maddede yazılı özürlerinden ileri gelmediği belirlenenler ile sevk edildikten sonra askerliğini yapacağı kıtaya gitmeksizin kaçanlardan elde edilip de erteleme hakkı bulunmayanlar derhal sevk olunurlar (f.1).Bakaya iken ertelemesi yapılmış olanlar, ertelemelerinin bittiği tarihi takip eden ilk mesai günü sevk edilirler(f.3)'.

91 Ergül, s.22 .

92 'Zamanın ekonomik koşullarına göre işsizliğin önemli ve Anayasaya göre Devletçe giderilmesi gereken bir sorun olması göz önüne alındığında, bir insanın hayatında bir işte çalışma ve buna bağlı olarak gelir sahibi olma son derece önemli bulunduğu için, As.C.K.'nun 63 üncü maddesinin tatbikatında, işe alınma hakkını veya çalışmakta olduğu bir işi kaybetmeme ve benzeri sosyal kaygılar nedeniyle yapılan davete icabet etmemenin "mazeret" olarak kabul edilebileceğin(i)'açıklamıştır (As. Yrg.2.D., 04.04.2001, 269-264 E-K; As.Yrg.2.D., 28.02.2001, 194–193 E-K; As.Yrg.4.D., 12.12.2000, 783–773 E-K; As.Yrg. 3. D., 22.05.2001, 418–413 E-K., Bal, s.63-5); 'DMS. sınav sonucunun beklenilmesi nedeniyle bir dönem bakaya kalınması mazeret kabul edilmiştir' (As.Yrg. Drl.Krl., 24.05.2001, 53–55 E-K; As.Yrg.2. D., 13.06.2001, 464–459 E-K., Bal, s.63-5); 'Anayasamızın "Çalışma Hakkı ve Ödevi" başlıklı 49 uncu maddesinde: "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır...." hükmü getirilmiş olup, Günümüz ekonomik koşullarında düzenli ve devamlı bir iş sahibi olmanın zorlukları ve önemi herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Bir kurumda iş sahibi olan, işyerinin kendi içindeki koşulları itibarı ile işini kaybetmemek durumunda kalacağı için, askere sevki hususunda yapılan davete icabet edemeyip bir süre gecikerek teslim olan sanığa yüklenen bakaya suçunun mazeret unsuru yönünden oluşmadığının kabul edilmesi gerekir' (As.Yrg. Drl. Krl., 24.05.2001, 53-55 E-K., Bal, s.63-19); 'Kamu görevlisi olan yükümlünün, sevk döneminde, görevinin gereği olan bir meşguliyet içinde olması(nın) askerlik hizmetine tercih edilebilecek bir hâl olarak değerlendirileme(yeceğine)' (As.Yar.DK., 27.06.2002, 2002/50-55 E-K., As.Yar. Der., S.15, Y.2003, s.207-208).

be icabet etmesi gerekiyorsa, her sevk dönemi için ayrı ayrı mazereti olduğunu belgelemesi gerekecektir. Nitekim bu husus Askerî Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu (İBK)' nun 20.3.1992 tarih ve 1992/1-3 Esas Kararında da açıklanmıştır.[93]

Şimdi 1111 sayılı Kanun'un 47, 35, 26'ncı maddelerinde yer verilen mazeret nedenleri incelenecektir.

b. 1111 sayılı Kanun'un 47'nci Maddesi

1111 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinin 31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'la değişik 1'nci fıkrası **şöyledir:**

'Askere sevk için çağrıldıkları halde;

a) Kendisinin tutukluluğu veya hükümlülüğü ya da herhangi bir resmi sağlık kurumu raporuyla belgelendirilmiş istirahat gerektiren hastalığı,

b) Ana, baba, eş, kardeş veya çocuğunun resmi sağlık kurumu heyet raporuyla belgelendirilmiş hayati tehlike içinde olduklarını gösteren hastalığı,

c) Sevkten önceki veya sonraki onbeş gün içinde ikinci derece dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin ölümü,

d) Sevkten önceki veya sonraki onbeş gün içinde kendisi veya ikinci derece *dâhil kan veya kayın hısımlarından birinin evlenmesi,*

e) Sevkten önceki veya sonraki iki ay içinde çocuğunun doğması,

nedeniyle askerlik şubesine gelemeyecek olanlar, bu mazeretlerini kanıtlayan belgeleri askerlik şubesinde bulundururlar. Bunlar hakkında bakaya işlemi yapılmaz. Bu mazeretler dışındaki nedenlerle sevkin son gününe kadar askerlik şubesine gelmeyenler ile gelip de sevk evrakını alanlardan, kendilerine verilen yol süresi sonunda birliğine katılmayanlar, bakaya olarak kabul edilirler.

Tabi oldukları celp döneminde silâh altına alınacakları bildirilmiş olan yedek subay aday adaylarından, sevk öncesi hazırlık işlemlerini yaptırmak maksadıyla belirlenen tarihlerde yurt içinde askerlik şube-

93 Askerî Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu(İBK)'nun 20.3.1992 tarih ve 1992/1-3 Esas Kararı şöyledir: 'Askerliğine karar aldırmış bulunan yedek subay adaylarının kendilerine duyurulan sevk gününde gelmeyip müteakip sevk döneminde başvurmaları ve ilk sevk dönemi için özürlerini belgeleyen tabip raporu ibraz etmelerine karşılık sonraki dönemler için herhangi bir rapor veya benzeri özürleri olmaması halinde sonraki sevk dönemleri için bakaya durumuna düşmüş sayılacaklarına karar verilmiştir' (Ergül, s.30)

si başkanlıklarına gelmeyenler, yabancı ülkelerde bulundukları yerin elçilik veya konsolosluklarına müracaat etmeyenler ile sınıflandırılan yedek subay adaylarından askerlik şubesi başkanlıklarına gelip sevk tarihlerinde sevk evrakını almayanlar yahut sevk evrakını alıp kendilerine verilen yol süresi sonunda sınıf okulu veya eğitim merkezine katılmayanlardan birinci fıkrada belirtilen mazeretleri bulunmadığı anlaşılanlar bakaya olarak kabul edilirler'.

Kanun koyucu 1111 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan m.47/1'nci fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) bentlerindeki nedenlerin, açık olarak bir mazeret nedeni olduğundan bahsetmektedir. Ancak m.47/1 (a) bendi, kanaatimizce bir mazeret nedeni olmanın ötesinde fail açısından yasal bir imkansızlık nedeni olarak kabul edilmelidir.

Yukarıdaki açıklanan 1111 sayılı Kanun'un m.47/1'de askerlik yükümlülüğünü er statüsünde yerine getirecek kişilerin mazeretlerinden bahsedilirken, 47/2'nci fıkrasında ise 1'nci fıkradaki mazeret nedenleri bulunmayan yedek subay aday adaylarının **suç konusu eyleminden** bahsedilmektedir. Kanaatimizce, bu mazeret nedenleri celp bakayası eyleminin (AsCK m.63/1-b) suç failleri bakımından ileri sürülebilecekleri türden mazeretlerdir.

1111 sayılı Kanun'un 22.5.2012 tarih ve 6318 sayılı Kanun'la değişik 90'ncı maddesinde, **'***Talim ve manevra için çağrıldıkları halde 47 nci maddeye göre özürsüz gelmedikleri anlaşılan yedek erbaş ve erler hakkında 89uncu madde hükmü uygulanır ve emsalleri kadar hizmete tabi tutulurlar…'*. hükmüne göre, 1111 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan 47'nci madde hükmünde yer alan mazeret nedenleri aynı zamanda AsCK m.63/1 (c) bendinde ihtiyat erbaş/er bakayası eyleminin suç failleri bakımından da şartları varsa kanaatimizce geçerli olacaktır.

b. 1111 sayılı Kanun'un 35 ve 36'ncı Maddeleri

Askerlik yoklaması yapılıp askerliğine karar aldıranların, 1111 sayılı Kanun'un '*Ertesi seneye bırakma*' başlıklı 35'nci maddesinde yazılı erteleme nedenlerinden dolayı, sevklerinin geri bırakılmasına müsaade edilmekte ve bu kişiler sevk tehirli (sevkleri ertelenen) yükümlüler olarak tanımlanmaktadır.[94]

---

94 Çelik, s.7.

1111 sayılı Kanun'un 35'nci maddesinde[95] yer verilen erteleme

[95] 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun, 'Ertesi seneye bırakma' başlıklı 35'nci madde hükmü şöyledir: ' Yoklama sırasında aşağıda gösterilen nedenlerle askerlik yapamayacakları anlaşılanların işlemleri ertelenir: A) Vücudları askere yarıyacak derecede büyümemiş olanlar. B) Zamanın geçmesiyle veya tedavi ile geçecek illet ve hastalıkları olduğu sıhhi muayene neticesinde anlaşılanlar ve mevkuf veya mahpus olanlar (bunlardan işbu kanunda yazılı çağırılma zamanına kadar iyileşecekleri veya mahpusiyetleri biteceği anlaşılanlar ertesi seneye bırakılmayıp bedeni kabiliyetlerine göre asker edilirler). C) (Lise veya dengi okullar ile fakülte ve yüksekokullarda öğrenim görenlerin askerlikleri, 29 yaşını geçmemek üzere mezun oluncaya veya ilişikleri kesilinceye kadar ertelenir. Bitirdiği okulun dengi veya daha alt seviyedeki bir öğretim kurumuna kayıt yaptıranların askerlikleri ertelenmez. Çift ana dal programına kayıtlı yükümlülerin bir programdan mezun olmaları halinde askerlik erteleme işlemleri diğer ana dal programındaki öğrenciliğine göre yürütülür. 86 ncı veya 89 uncu maddelere tabi olduktan sonra okula kayıt yaptıranların askerlikleri ertelenmez. Yurt dışında yükseköğretim kurumlarında öğrenim görenlerin askerlikleri, öğrenciliklerinin yetkili Türk makamlarınca tanınmasını müteakip yukarıdaki esaslara göre ertelenir. Öğrencilerin okul kaydı, ilişik kesme, mezun olma gibi her türlü durum değişiklikleri okullarınca iki ay içerisinde kayıtlı bulundukları askerlik şubelerine bildirilir.29 yaşına kadar askerlikleri ertelenenler, seferberlik halinde lüzum ve ihtiyaca göre askere sevk edilirler. D) Savaş zamanı hariç olmak üzere, bir baba veya ananın iki oğlundan biri askerdeyken diğer oğlu, ikiden fazla oğlu olanlardan ikisi askerde iken diğerleri, oğullarından biri muvazzaf askerlik hizmetini bitirinceye kadar askere sevk edilmezler. Bu bendin uygulanmasında 20 yaşından küçük olanlar ile geçime yardım edemeyecek derecedeki maluller hesaba katılmaz. Bu işlemler celp ve sevk zamanında sevkin geciktirilmesi, birlikte askere alınacaklar için ise baba veya ana hangisinin bırakılmasını isterse, onun bırakılması suretiyle yapılır. E) Millî Savunma Bakanlığınca belirlenecek esaslar çerçevesinde; 1) 8.6.1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarında görevli olup hizmetinin özelliği sebebiyle sevkinin tehirine ihtiyaç duyulan kamu personelinin, 2) Devlet veya kendi hesaplarına yurt içinde veya yurt dışında staj, yüksek lisans, ihtisas veya doktora yapanların, bağlı oldukları bakanlığın, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi gibi herhangi bir bakanlığa bağlı veya ilgili bakanlığı bulunmayan kurum personeli ile staj, yüksek lisans, ihtisas veya doktora yapanların ilgili kurum amirinin teklifi üzerine, 35 yaşını doldurdukları yılın sonuna kadar, 3) Aktif spor hayatının aşağıda belirtilen şartlarda devam ettiğinin belgelendirilmesi ve müteakip sevk tehirleri için Milli Savunma Bakanlığınca belirlenecek oran kadar kadroya girmek kaydıyla; a) Olimpiyat oyunları, Dünya ve Avrupa şampiyonaları ile uluslararası müsabakalarda ilk üç dereceye giren sporcular ile bu dereceleri alan takımların kadrolarında yer alan sporcuların, b) A Büyükler Milli Takım kadrolarında yer alan sporcuların, c) Türkiye Profesyonel 1 inci veya 2 nci futbol liglerinde yer alan takımların kadrolarında bulunan profesyonel futbolcuların, ç) Üç ve daha fazla ligi bulunan diğer spor dallarında, en üst iki ligde yer alan takımlar ile en az iki ligi bulunan spor dallarında, en üst ligde yer alan takımların uluslararası kuralların öngördüğü sayıdaki sporcuların, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün veya ilgili özerk federasyon başkanlıklarının teklifi üzerine, 38 yaşını doldurdukları yılın sonuna kadar, askere celp ve sevkleri tehir edilebilir. 86 ncı veya 89 uncu mad-

nedenleri; '*Sağlık sebebi (1111 SK. m.35/ A, B)* [96], *Tutuklu ve Hükümlülük (1111 SK. m.39, 35/B); Öğrencilik (1111 SK. m.35/C); Kardeş Tehiri (1111 SK. m.35/D); Yurt dışında oturma veya çalışma (1111 SK. m.35/G); Sporculuk (1111 SK. m.35/E)*' gibi nedenlere dayanmaktadır. Yine 1111 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesine göre, lise veya dengi okul mezunlarının

---

delere tabi olanların sevkleri tehir edilmez. Ancak, 86 ncı veya 89 uncu maddeye tabi olan yükümlülerden, sevk tehir işlemine neden olan görev, staj, yüksek lisans, ihtisas veya doktora öğrenimi ile sporcuların erteleme kapsamındaki kulüpleri ile sözleşme başlangıç tarihleri, yoklama kaçağı veya bakaya kaldıkları tarihten önce olanların sevk tehiri işlemi yapılabilir. Askere celp ve sevki tehir edilenler, tehir müddetinin bitiminden önce sevk tehirine sebep olan çalışmalarını veya öğrenimlerini bıraktıklarında veya sözleşmesi feshedilen, hak mahrumiyeti cezası verilen, erteleme kapsamında bulunmayan liglerdeki takımların kadrolarına geçen sporcuların durumu, tehir teklifini yapan makamlar tarafından, iki ay içinde Milli Savunma Bakanlığına bildirilir. Bu yükümlülerin sevk tehir işlemleri, Milli Savunma Bakanlığınca iptal edilir. Sevk tehirinin iptalini gerektiren durumun zamanında Milli Savunma Bakanlığına bildirilmemesi, teklif yapan makamların ve hakkında sevk tehiri teklifinde bulunulanların sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Sevk tehiri şartlarını taşımadığı, bilgi veya belgeleri gerçeği yansıtmadığı halde askere sevkinin tehir edildiği tespit edilenlerin askerlik işlemleri, sevk tehiri işlemi yapılmadan önceki durumları, sevk tehiri şartlarını kaybettiği tespit edilenlerin ise, sevk tehiri şartlarını kaybettikleri tarihteki durumları dikkate alınarak yürütülür. Askerlik işlemlerinin yürütülmesine ilişkin görevlerini veya sorumluluklarını zamanında yerine getirmediği tespit edilenler hakkında (…)(1) 93 üncü veya 100 üncü maddeler gereği gerekli kovuşturmalar başlatılır, ancak bu durum yapılacak olan diğer adli işlemlere engel teşkil etmez. Sevk tehiri işlemlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. F) Yükseköğrenim mezunlarından mesleklerine ait staj ve ihtisaslarını ikmal ettikten sonra, yurt içinde veya yurt dışında, çalıştıkları bilim dallarına dünya ölçüsünde bir yenilik veya ilerleme getiren orijinal araştırmalarda bulundukları, çalıştıkları ilim müesseselerince tevsik ve talep edilenlerin askere celp ve sevkleri, Milli Savunma Bakanlığınca 36 yaşını doldurucaya kadar geri bırakılabilir. G) Oturma veya çalışma iznine sahip olarak işçi, işveren veya bir meslek ya da sanat mensubu sıfatı ile yabancı ülkelerde bulunan yükümlüler, durumlarını ispata yarayan belgeler ile bağlı bulundukları Türk konsolosluklarına başvurmaları hâlinde, bunların (…)(1) yoklama, celp ve sevk gibi her türlü askerlik işlemleri, Millî Savunma Bakanlığı tarafından belirlenecek usûl ve esaslara uygun olarak 38 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar ertelenebilir. Erteleme şartlarına haiz olmadıkları anlaşılanlar veya erteleme sebebi ortadan kalkanlarla kendi istekleriyle erteleme hakkından vazgeçenlerin ertelemeleri iptal edilerek, askere sevkleri sağlanır'.

96 Nitekim Askerî Yargıtay; 'Suçun işlenmeye başladığı 21.3.1999 tarihinden bir gün sonra alınmış olan raporda yazılı rahatsızlığın raporun verildiği tarihten önce de sanıkta mevcut olduğu herhangi bir delil ile ispatlanabilir ise, bu durum mazeret olarak kabul edilebil(ir) (olduğuna)' (As.Yar.DK., 20.01.2000, 2000/27-23 E-K., As.Yar. Der., S.14, Y.2002, s.65-66); 'Sanığın, sevkini yaptırmak için en geç 21.1.1999 günü mesai bitimine kadar sevk evrakını alması gerekirken almayıp, 22.1.1999 günü istirahat raporu almış olması, raporu aldıktan sonra veya istirahat bitiminde şubeye uğramaması nedeniyle bakaya suçu(nun) oluştuğ(una)' (As. Yar.DK., 25.05.2000, 2001/111-110 E-K., As.Yar. Der., S.14, Y.2002, s.71-72).

öğrencilik nedeniyle askerliklerinin ertelenmesi mümkündür.[97]

Yukarıda sayılan erteleme nedenleri, sadece askerlik yükümlülüğünü belli bir süre yapmayı geciktirmekte ancak suçun konusuz kalmasına diğer bir anlatımla yükümlünün askerlikten tamamen muaf tutulmasına yol açmamaktadır.

Kanaatimizce 1111 sayılı Kanun'un 35 ve 36'ncı maddelerindeki açık düzenlemeden anlaşılabileceği üzere, maddede bahsedilen erteleme nedenleri, gerek er gerekse askerliğine yedek subay aday adayı olarak yerine getirecek yükümlülerin, yoklama kaçağı eylemine ilişkin suç faillerinin (AsCK m.63/1-a) ileri sürebilecekleri türden mazeretlerdir.

1111 sayılı Kanun'un 35'nci maddesi dışında ihtiyat erbaş/erler bakımından Kanun'un 70'nci maddesinde sağlık nedenine dayalı olarak başka bir erteleme nedeni daha düzenlenmektedir.[98]

Yine 1076 sayılı Kanun'un *'Yedek Subay ve memurlarının tecilleri'* başlıklı 25'nci maddesinde de, bazı özel şartlarda yedek subay aday adayları bakımından bazı erteleme nedenlerinden[99] bahsedilmektedir.

---

97 1111 sayılı Kanun'un m.36 hükmü şöyledir: 'Emsali doğumluların yoklaması sırasında lise veya dengi okuldan mezun olduğunu belgeleyenlerin askerlikleri üç yıl, fakülte veya yüksekokuldan ilişikleri kesilenlerle yüksekokul mezunlarının askerlikleri ise 29 yaşını tamamladıkları yılın sonu esas alınarak iki yıl süreyle ertelenir…'; Nitekim Askeri Yargıtay, 'Yoklama kaçağı olarak aranmakta iken 14.11.2001 tarihinde yurda giriş yaparken hava alanında yakalanan, 15.11.2001 tarihinde son yoklamasının yapılmasını müteakip, 1111 S.K. nun 36 ncı maddesi uyarınca lise mezunu olması nedeniyle sevk tehir hakkını kullanan sanığın, askere sevkinin 31.12.2002 tarihine kadar ertelenmiş olması karşısında, daha önce sevk tehir hakkını kullanmaktan vazgeçmiş olduğundan söz edilemeyeceğinden ve sevk tehir süresi sonuna kadar sevke katılması gerekmediğinden, bu tarihten önce yoklama kaçağı suçunu işlediğinden söz edileme(yeceğine)' karar vermiştir (As.Yar.4D., 30.12.2003, 2003/1261-1258 E-K., As.Yar. Der., S.16, Y.2004, s.143-144).

98 1111 sayılı Kanunun 70'nci maddesi şöyledir: 'Çağrılma zamanında hasta olduklarından dolayı katılamayan yedek erbaş ve erlerden bu durumlarını resmi veya Askerî hekim yahut sağlık kurulu raporu ile tespit ettirenler herhangi bir cezai işleme tabi tutulmazlar. Ancak, iyileştiklerinde emsalleri kadar hizmet yapmak üzere askere alınırlar'.

99 1076 sayılı Kanunun 25'nci maddesi şöyledir: 'Yedek subay ve yedek Askerî memurlardan hiçbirisi barış ve savaş hizmetinden istisna edilemez. Ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, üyeliklerinin devamı müddetince ertelenmiş sayılırlar. Silahlı Kuvvetler bünyesinde veya yurt içi ve yurt dışı müttefik karargâhlarında çalışan sivil kilit ve uzman personelden Genelkurmay Başkanlığınca tespit edilenler, olağanüstü hal, seferberlik veya savaş halinin devamı müddetince ve bulundukları kadrolarda çalıştıkları sürece Milli Savunma Bakanlığınca ertelenirler. Bu personelin olağanüstü hal, seferberlik veya savaş halinin devamı süresince görevden

c. 1111 sayılı Kanun'un 26'ncı Maddesi

1111 sayılı Kanun m.26/1'de[100] bir takım mazeret nedenlerine yer verilmektedir. Bu nedenler; '*Yükümlünün yoklamada bulunamayacak derecede hastalığının olması', 'yükümlünün yoklamada bulunamayacak derecede arızasının olması, 'yükümlünün yoklamada sırasında hapiste bulunması, 'yükümlünün yoklamada tutuklu olması' 'yükümlünün yoklama sırasında orta veya yüksek* öğrenimde öğrenci olması' şeklinde özetlenebilir[101].

---

ayrılmaları bağlı bulundukları Komutanlığın iznine tabidir. İzin almaksızın görevi terk edenler 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun 66 ncı maddesine göre cezalandırılırlar. Milli hayatın ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin muhtaç olduğu resmi ve özel, yerli ve Türkiye'deki yabancı kurumların kamu hizmeti faaliyetlerine devam edebilmeleri için bu gibi kurumların kilit yerlerinde çalışan yedeklik çağındaki yükümlülerden Türk Silahlı Kuvvetlerinin ilk ihtiyacı dışında kalan bir kısım yedek subay ve yedek Askerî memurlar olağanüstü durumun, seferberlik ve savaş hallerinin devamında aşağıdaki esaslar dâhilinde ve geçici olarak barıştaki görev ve hizmet kadrolarında bırakılabilirler: a) Olağanüstü durumun, seferberlik ve savaş hallerinin devamında her erteleme işlemi en çok iki aya kadar hüküm ifade eder. Bu sürenin içinde veya sonunda Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Milli Savunma Bakanlığının teklifi ile Bakanlar Kurulunca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri hariç, diğer ertelemeler kısıtlanabilir veya kaldırılabilir. b) Olağanüstü durumun, seferberlik ve savaş hallerinin devamında bilimsel araştırma, geliştirme ve uygulama çalışmalarının yürütülmesi için hizmetlerine ihtiyaç duyulan yedek subay ve yedek Askerî memurların ertelenmeleri (a) fıkrasında gösterilen usul ile kaldırılabilir. c) Her hangi bir yedek subayın ve yedek Askerî memurun ertelenebilmesi için o kimsenin olağanüstü durumun, seferberlik ve savaş hallerinin başlangıç tarihinden itibaren en az üç aydan beri kilit mevkiinde çalışmaya devam etmiş olması şarttır. Ancak, savaş halinin devamında doğacak erteleme ihtiyaçlarında bu şart aranmayabilir. d) Yedek subay ve yedek Askerî memurluk hizmet kadrolarından hangilerinin kilit mevkii olarak ertelenme yeri sayılacağı ve erteleme ile ilgili işlerin yürütülme şekilleri Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Milli Savunma Bakanlığınca teklif edilecek ve Bakanlar Kurulunca hazırlanacak bir yönetmelikle tespit edilir'.

100 1111 sayılı Kanunun 26'ncı maddesinin 22.5.2012 tarihinde 6318 sayılı Kanunla değişik 1'nci fıkrasında bir takım mazeret nedenlerine yer verilmiştir. Fıkra hükmü şöyledir: 'Çağrılan kişiler, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası bulunan kimliğini ve öğrenim durumlarını gösterir belgeler ile birlikte yurt içinde askerlik şubelerinde, yabancı ülkelerde ise bulundukları yerin elçilik veya konsolosluklarında bizzat bulunmaya mecburdurlar. Bizzat bulunamayacak derecede hastalık veya engelli olanlarla, hükümlü, tutuklu veya lise veya yükseköğrenimde olup henüz okullarını bitirmemiş olanlar hastalıkları veya engellilikleri hakkında usulüne uygun rapor veya okumakta oldukları okuldan verilmiş veya elçilik veya konsolosluklardan onaylı öğrenim durumlarını gösterir belge göndermeye ve hükümlülük veya tutukluluklarının nedenini bildirmeye, askerlik şubeleri ve elçilik veya konsolosluklar da bu hususta haber verilmiş olsun olmasın ihtiyar meclis ve heyetlerinden ve sair kişilerden ve ilgili kurumlardan yapılacak işlemleri sormaya ve askerliklerini bu sorgu neticesine ve muayenelerine göre kararlaştırmaya mecburdurlar'.

101 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.Çelik, s.36-39.

1111 sayılı Kanunun 25'nci maddesinde kendilerine tebligat yapılan askerlik yükümlülüğünü er statüsünde yerine getirecek kişiler olarak açıklandıktan sonra 26'ncı maddede bir takım mazeret nedenlerine yer verildiğinden bu mazeretlerin askerliğini er statüsünde yerine getirecek yoklama kaçağı eylemine ilişkin suç faillerinin (AsCK m.63/1-a) ileri sürebilecekleri türden mazeretlerdir.

7. Eylem (Fiil)

a. Genel Olarak

AsCK m.63/1'nci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki suç faillerinin eylemleri şöyle açıklanmaktadır:

'1.Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra kabul edilecek bir özrü olmadan,

a) Yoklama kaçaklarından birlikte yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden,

b) Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten,

c) İhtiyat erattan çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden,

d) Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kıtasına katılmayan veya geç katılanlar için, kendilerine tanınan kanuni yol süresinin bitiminden,

itibaren dört ay içinde gelenler altı aya kadar, yakalananlar iki aydan altı aya kadar; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler iki aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir yıla kadar; bir yıldan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır'.

Askerî Yargıtay bir kararında, bakaya eyleminin işleniş şekillerine göre faiileri bakımından şöyle bir ayrımda bulunmuştur: '*Bakaya suçu, son yoklamasını yaptırdığı hâlde, celp için istenildiği sırada gelmemek veya gelip de askerlik yapacakları kıt'alara gitmeksizin yollardan savuşmak tarzında olmak üzere iki biçimde işlenebilmektedir. Uygulamada birinci tip bakayaya*

"celp bakayası", ikinci tip bakayaya ise "sevk bakayası" ya da "geç iltihak suretiyle bakaya" denilmektedir.[102] Buna göre uygulamada AsCK m.63/1(b) bendindeki eylemin suç failleri celp bakayası, (d) bendindeki eylemin failleri ise geç iltihak suretiyle bakaya olarak tanımlanmaktadır.

AsCK m.63/1'nci fıkrasının yukarıda açıklanan suç faillerinin; AsCK m.63/1'in (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan seçimlik hareketlerden herhangi birini ihlal etmesi ile suç tamamlanmaktadır. Ancak bu suç bakımından failin eylemleri yapılacak askerlik işlemlerinin sırasına, ya da failin içinde bulunduğu askerlik dönemine göre, öncelik ve sonralık ilişkisi içerisindedir. Örneğin, celp bakayası eylemi, yoklama kaçağı eyleminden, ya da sevk bakayası eyleminden önce işlenemez. Saklı eylemi, yoklama kaçağı, ya da bakaya eyleminden önce işlenemez. Yine yoklama kaçağı, saklı, celp bakayası eylemlerini işleyen suç failleri ya da bu eylemlerin hiçbirini işlemeyen suçsuz bir kişi daha sonra geç iltihak suretiyle bakaya eylemini işleyebilirler. Bu durumda, suç konusu eylemlerin farklı zamanlarda birden fazla kere işlenmesi halinde artık zincirleme suç hükümlerine göre değil ileride açıklanacak olan gerçek içtima hükümlerine göre hareket edilecektir.

AsCK m.63/1'nci fıkrasının yukarıda açıklanan seçimlik hareketleri bakımından faillerinin 1111 sayılı Kanun ya da 1076 sayılı Kanun'da açıklanan askerlik işlemlerini, bu konuda kendilerine yapılan tebligata ya da çağrıya rağmen, kabul edilebilir özürleri bulunmaksızın, emsali yükümlülerle birlikte tam ve zamanında yerine getirmemekten kaynaklanmaktadır. Burada suç faillerinin eylemleri kanaatimizce kanunda tarif edilen belli bir emredici normun kasten yerine getirilmemesiyle gerçekleşmektedir.[103] Kanaatimizce bu yönüyle AsCK m.63/1'in (a), (b), (c), (d) bent hükümlerinde yer alan eylemler ihmali surette işlenebilir.

Tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam eden suçlara mütemadi (kesintisiz) suçlar denir[104]. Mütemadi suç, bir suçun kanuni tanımındaki hareketin icrasının devam ettiği suçlardır[105]. AsCK m.63/1'nci fıkrasının özellikle yaptırım hükmünden de

---

102 As.Yar.1D., 21.05.2003, 2003/515-511 E-K., As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.80-82.
103 Koca / Üzülmez, s.371.
104 Artuk/ Gökçen/Yenidünya, s. 269.
105 Artuk/ Gökçen/Yenidünya, s. 269; Koca / Üzülmez, s. 116.

anlaşılabileceği üzere, bu suç mütemadi bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.[106] Zira failin suç konusu eylemi, suç tipindeki ihlalle başlamakta[107] ve faillerinin yakalanma ya da kendiliğinden gelme ile son bulmaktadır. Yine bu temadinin başlaması için bir süre geçmesi gerekecektir. AsCK m.63/1'in (a), (b), (c) ve (d) bentleri bakımından bu süre birazdan açıklanacak olan gün unsurunun tamamlanması ile başlamaktadır. Şimdi sırasıyla bu bent hükümlerindeki eylemler incelenecektir.

b. Yoklama Kaçağı (AsCK m.63/1(a) Bendi)

(1) Genel olarak

AsCK m.63/1 (a) bendinde, '*Yoklama kaçaklarından birlikte yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden itibaren*' gecikerek gelenler veya yakalananların hapis cezasıyla cezalandırılmaları öngörülmektedir.

Öncelikle madde metninde geçen yoklama konusu açıklanmalıdır. 22.5.2012 tarihli 6318 sayılı Kanun'la kaldırılmadan önce, askerlik yükümlülüğüne tabi kişilerin yerine getirmesi gereken işlemlerden, 'İlk yoklama' işlemi 1111 sayılı Kanun'un 17[108] ve '*Son yoklama*' işlemi

---

106 Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir: 'Bakaya mütemadi bir suçtur. Mütemadi suçlarda, suçun başlangıcı ile sona eriş tarihi önem arz etmektedir. Zira bu suçlarla ilgili hukuk kuralları tanzim edilirken genellikle temadinin sona eriş tarihi esas alınmaktadır (Örneğin Af Kanunları) Bu bakımdan, yapılan hatanın suçun sübutuna, hükmolunacak cezaya ve askerlik süresine etkisi bulunmaktadır' (As.Yar.DK., 18.02.1999, 1999/39-35 E-K., As. Yar. Der. S.13, Y.2001, s.99).

107 'Yerleşmiş Askerî Yargıtay içtihatlarına göre, bakaya suçunda suçun başlangıç tarihinin yükümlünün işleme tâbi olduğu emsalinin celp dönemindeki son sevk tarihi olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla sanığa yüklenen bakaya suçunun başlangıç tarihi olarak, emsalinin celp dönemindeki son sevk gününün kabul edilmemesi, Şubat 2001 celp döneminin 12-13 Mart 2001 tarihine ertelenip ertelenmediğinin araştırılarak buna göre suç tarihinin başlangıcının yani öz vakıanın doğru olarak tespit edilmemesi eksik soruşturma teşkil etmektedir'(As.Yar.DK., 03.07.2003, 2003/64-64 E-K., As. Yar. Der., S.16, Y.2004, s.123-124)

108 1111 sayılı Kanun'un mülga 17'nci maddesi şöyleydi: ''Her yıl askerlik çağına giren yükümlülerin nüfus kayıtlarına göre tespit edilen künyeleri askerlik şubelerince, yükümlülerin nüfusa kayıtlı oldukları yer askerlik şubeleri ile köy muhtarlıklarında 1 Nisandan 30 Nisan'a kadar askıya asılmak suretiyle ilan edilir. Bu ilan yükümlülere tebliğ mahiyetindedir. O yıl askerlik çağına girdiği halde her ne sebeple olursa olsun köy ve mahalle muhtarlıklarında asılan listelerde ismi olmayan veya sehven yazılan vatandaşlar 15 Mayıs'a kadar nüfus idarelerine müracaat

ise 20'nci[109] maddelerinde düzenlenmekteydi. Son yoklama, yükümlülerin, asker edilmeleri veya askerlik hizmetinden muaf tutulmaları için yapılan bir işlemdi.[110] Bu dönemde yoklama kaçağı*; 'Son yoklamada bulunmayan ve bulunduklarına dair bu kanunda yazılı bir mazeret göstererememiş olanlar'*[111] şeklinde tanımlanıyordu. 6318 sayılı Kanun'la 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 17 ve 20'nci maddelerinin kaldırılmasıyla ilk yoklama ve son yoklama ayrımına son verilerek bunların yerine *"yoklama"* tabiri kullanılmıştır.

Maddelerin kaldırılmasından sonra 1111 sayılı Kanun'un 12'nci maddesindeki bu tanım, *'Yoklamada bulunmayan ve bulunamadıklarına dair bu kanunda yazılı bir mazeret göstererememiş olanlar'* şeklinde açıklanmıştır (1111 SK. m.12) [112]. Yine 1111 sayılı Kanun'da, "*Yoklama*" işlemlerinin düzenlendiği 22/5/2012 tarih ve 6318 Kanun'la değişik 14'ncü maddesinde[113] yoklama tanımı ve yoklama sırasında yapılacak işlem-

---

ederek gerekli düzeltmeyi yaptırmaya mecburdurlar. Süresi içinde müracaat etmeyenler, ilk yoklama kaçağı addedilerek 83 üncü maddeye tabi tutulurlar'.

109 1111 sayılı Kanun'un mülga 20'nci maddesi şöyleydi: 'Her sene Temmuzun birinci gününden başlamak üzere askerlik meclislerince o sene ilk yoklama cetveline yazılmış olanlarla geçen sene askerlik meclislerince yapılan son yoklama üzerine ertesi seneye bırakılmış bulunanların son yoklamalarına başlanır'.

110 Çelik, s.5.

111 Ergül, s.16.

112 1111 sayılı Kanun m.12 hükmünde yapılan değişiklik şöyledir: '22.5.2012 tarihli ve 6318 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "Son yoklamada" ibaresi "Yoklamada" şeklinde değiştirilmiş ve aynı fıkrada yer alan "son", "numara ile veya numarasız" ve "ve ahziasker" ibareleri madde metninden çıkarılmıştır' (Bkz.http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/, 04.12.2016).

113 1111 sayılı Kanun m.14 hükmü şöyledir: 'Yükümlülerin sağlık muayenelerinin yapılarak askerliğe elverişli olup olmadıkları, öğrenim durumları, meslekleri ve niteliklerinin belirlenmesi işlemine yoklama denir. Askerlik çağına gireceklerin kimlik bilgileri İçişleri Bakanlığınca her yıl ekim ayında Millî Savunma Bakanlığına bildirilir. Askerlik çağına girenler ile bunlarla işleme tabi olanların yoklaması, her yıl 1 Ocak günü başlar ve o yıl askerlik çağına giren doğumluların silahaltına alınacağı ilk celp ve sevk tarihinin bitimine kadar devam eder. Yükümlülerin sağlık muayeneleri Türk Silahlı Kuvvetleri sağlık yeteneğine ilişkin yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara göre yapılır. Bu muayeneler, askerlik şubesinin bulunduğu yerde öncelikle varsa kayıtlı olduğu aile hekimi tarafından, yoksa en yakın resmi sivil sağlık kuruluşunda veya asker hastanelerinde tek tabip tarafından yapılır. Aile hekimince veya resmi sivil sağlık kuruluşunca hakkında karar verilemeyenler en yakın asker hastanesine sevk edilirler. Yükümlüler hakkında ertesi yıla bırakma, sevk geciktirmesi veya askerliğe elverişli değildir kararlı sağlık raporlarını tanzim etmeye yetkili makam, asker hastanesi sağlık kuruludur. Ancak, yatalaklar ile gözle görülür rahatsızlığı bulunanlar hakkında ertesi yıla bırakma, sevk geciktirmesi veya askerliğe elverişli değildir kararlı sağlık raporları, askerlik şubesi başkanı veya vekili ile mülki amirliklerce görevlendirilen resmi iki sivil (varsa biri aile hekimi) tabipten teşkil edilecek geçici sağlık kurulunca verilebi-

ler açıklanmaktadır. Yoklama kaçağı eylemini işleyen suç faillerine ilişkin yapılacak işlemler ise, 1111 sayılı Askerlik Kanunu m.30/2[114] ve m.86/2'nci fıkrasında[115] açıklanmaktadır:

(2) Birlikte Yoklamaya Tabi Oldukları Doğumluların Yurt Genelinde Normal Sevk Yılı İçindeki Son Kafilesinin Gönderilmesi Tarihinde Sevke Mazeretsiz Olarak Katılmamak

Yoklama kaçağı suç failinin, birlikte yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesinin gönderilmesine rağmen, kabul edilebilir bir mazereti olmadan bu sevke icabet etmemekle oluşmaktadır. 1111 sayılı Kanun'un m.30/1'nci fıkrasında bu husus, '*Yoklama, sırasında, askerlik şubesine veya yurtdışı temsilciliklerine gelmemiş ve 26'ncı madde gereğince gelmeme sebebini bildirmemiş kişiler, yoklama kaçağı olarak kabul edilir*' şeklinde açıklanmıştır.

Yine uygulamaya göre celp veya sevk günü (örneğin 15-30 Kasım) gibi iki tarih aralığında belirlenmişse, son tarih esas alınmak suretiyle suçun oluşup oluşmadığına karar verilecektir. Yine bu du-

---

lir. Geçici sağlık kurulunca karar verilemeyen yükümlüler askerlik şubelerince en yakın asker hastanesine sevk edilirler. Yoklama döneminde düzenlenen her türlü sağlık kurulu raporu, Millî Savunma Bakanlığının onayını müteakip kesinleşir. Aile hekimi, resmi sivil sağlık kuruluşu veya asker hastanelerinde bu madde kapsamında yapılacak sağlık muayenelerinden herhangi bir ücret veya katkı payı alınmaz. Askere sevk edileceklerin sınıflandırma işlemleri, Millî Savunma Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara göre yapılır'.

114 'Yoklama kaçakları, askerlik ödevlerini yerine getirmek maksadıyla yakalanmaları için Milli Savunma Bakanlığınca İçişleri Bakanlığına, askerlik şubelerince de mahallin en büyük mülki amirine bildirilirler. Yakalanarak muhafaza altına alınan yükümlüler, vakit geçirmeksizin ve en geç yirmi dört saat içerisinde en yakın askerlik şubesine getirilirler. Askerlik şubesince teslim alınamayan yükümlüler, ilgili kolluk kuvveti tarafından hazırlanan tutanağa istinaden derhal serbest bırakılırlar. (1111 SK. m.30/2)'.

115 1111 sayılı Kanun m.86/2'nci fıkrası şöyledir: 'Yoklamada bulundukları yerdeki askerlik şubesi, elçilik veya konsolosluklara gelmeyen ve bu Kanunda yazılı bir mazereti bulunduğuna dair belge ibraz etmemiş olanlardan, birlikte yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son celp ve sevk döneminin bitimine kadar ele geçmeyenler, elde edildiklerinde bulundukları yerde resmi bir hekime yahut en yakın yerde bulunan asker hastanesinde muayene ettirilirler. Muayene neticesinde askerliğe elverişli oldukları anlaşılanlardan erteleme hakkı bulunmayanlar Millî Savunma Bakanlığınca tespit edilecek sınıf ve tertibat yerlerine derhal sevk olunurlar. İkinci fıkra kapsamında yoklama kaçağı kaldıktan sonra ertelemesi yapılanlar ile birliklerine sevk edilenler hakkında bu Kanunun 89 uncu maddesinin dört ila yedinci fıkra hükümleri uygulanır. Yoklama kaçağı iken ertelemesi yapılmış olanlar, ertelemelerinin bittiği tarihi takip eden ilk mesai günü sevk edilirler'.

rumda emsallerinin (yaşıtlarının) son kafilesi olarak son tarih esas alınacaktır.[116]Yükümlünün yaşıtlarının sevkinden sonra, yukarıda bahsettiğimiz temadi, 24 saatin geçmesi başlamakta ve yoklama kaçağı suçu oluşmaktadır. Bu nedenle yaşıtlarının sevk edildiği gün ya da yaşıtlarının sevkinden sonraki gün 24 saat geçmeden (gün unsuru oluşmadan) askerlik şubesine gelerek sevkini yaptıran kişi hakkında yoklama kaçağı suçu oluşmayacaktır.[117] Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir.[118]

(3) Birlikte Yoklamaya Tabi Oldukları Doğumluların Yurt Genelinde Normal Sevk Yılı İçindeki İlk Celp ve Sevk Tarihinden Sonra ve Son Celp ve Sevk Döneminin Bitiminden Önce Ele Geçen veya Kendiliğinden Gelenlerin Eylemleri

Hemen ifade edilmelidir ki, birlikte yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki ilk celp ve sevk tarihinden sonra ve son celp ve sevk döneminin bitiminden önce ele geçen veya kendiliğinden gelenler yoklama kaçağı suçunun failleri değildir. Ancak yasa koyucu bu eylemin kabahat türü bir haksızlık olduğunu kabul etmiş ve yükümlünün idari para cezası ile cezalandırılmasını öngörmüştür. Nitekim bu husus 1111 sayılı Askerlik Kanunu m.86/1'nci fıkrasında[119] açıklanmıştır:

---

116 Ergül, s.22; 'Bakaya suçu yönünden yükümlülerin çağrılıp ta gelmediği celp grubuna ait son sevk tarihinin suç başlangıç tarihi olarak kabulü gerekir. Bu nedenle, sanıkla birlikte aynı gün askerlik şubesine çağrılan diğer yükümlülerin sevk edilmeleri nedeniyle, "yaşıtlarının ilk kafilesinin sevk tarihi" olarak, sanığın askerlik şubesine çağrıldığı tarihin esas alınması gerektiğine dair görüşe itibar edilemez' (As.Yar.DK., 30.09.2004, 2004/98-121 E-K., As.Yar. Der., S.17, Y.2005, s.209-211).

117 Ergül, s.22.

118 'Yoklama kaçağı suçunun unsurları arasında yer alan 'gün' unsuru ve bir günün 24 saat oluşu dikkate alınarak, bu suçun 'yedi günden sonra' oluşabilmesi için bir gün olan 24 saatin geçmesi gerektiği…' (As.Yrg. Drl. Krl.23.9.1993, 63/63, Ergül, s.49); '1111 sayılı Askerlik Kanununa göre çağrıldığı tarihte yoklamasını yaptırmayan yükümlüler, birlikte askerlik muamelesine tâbi oldukları doğumluların celp ve sevkine başlanmasından sonra yoklama kaçağı statüsüne girmektedir. Somut olayda, Mayıs 2002 celp döneminde ve iki grup hâlinde (21-27 Mayıs ve 8-10 Temmuz olarak iki grup) sevk işlemlerini gerçekleştiren askerlik şubesi yükümlüsü olan tebligatlı yoklama kaçağı sanık yönünden, celp döneminin ilk grubunda emsallerinin celp ve sevk işlemlerine başlandığına göre, ilk grup, ilk kafile olarak kabul edilmeli ve ilk grubun son sevk tarihini takip eden 28 Mayıs 2002 günü suçun başlangıç tarihi olarak belirlenmelidir'(As.Yar.DK., 09.12.2004, 2004/164-167 E-K., As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.215-216).

119 1111 sayılı Kanun'un m.86/1'nci fıkra hükmü şöyledir: 'Yoklamada bulundukları yerdeki askerlik şubesi, elçilik veya konsolosluklara gelmeyen ve bu Kanun-

b. Celp Bakayası (AsCK m.63/1 (b) Bendi)

AsCK m.63/1(b) bendinde, '*Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten*' itibaren gecikerek gelenler veya yakalananların hapis cezasıyla cezalandırılmaları öngörülmektedir. Bakaya kalmanın ne olduğu kanunda açıklanmamıştır. Ancak uygulamada[120] bakaya eylemini, failin kendisine yapılan tebligata rağmen mazeretsiz olarak emsalleri ile celp için istenildiği sırada gelmemesi oluşturmaktadır.

6318 sayılı Kanun'un yoklama dönemlerine ilişkin ayrımı kaldırmasından önce bakaya, '*Son yoklamada bulunarak numaralı veya numarasız asker edildikleri halde istenildikleri sırada gelmeyenler*' şeklinde tanımlanıyordu[121]. Ancak bu değişiklikten sonra 1111 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinde bakaya; *'yoklamada bulunarak asker edildikleri halde istenildikleri sırada gelmeyenler'* şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda yoklama kaçağı eyleminin oluşması için temadinin gün unsuru ile başlayacağı konusundaki açıklamalar celp bakaya eyleminin düzenlendiği AsCK m.63/1 (b) bendi bakımından da aranacaktır. Celp bakayası eyleminin suç faillerinin yakalanmaları bakımından yapılacak işlemler 1111 sayılı Kanun'un m.47/son[122] fıkrasında düzenlenmiştir.

---

da yazılı bir mazereti bulunduğuna dair belge ibraz etmemiş olanlardan, birlikte yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki ilk celp ve sevk tarihinden sonra ve son celp ve sevk döneminin bitiminden önce ele geçen veya kendiliğinden gelenler bulundukları yerde resmi bir hekime yahut en yakın yerde bulunan asker hastanesinde muayene ettirilirler. Muayene neticesinde askerliğe elverişli oldukları anlaşılanlardan erteleme hakkı bulunmayanlar Millî Savunma Bakanlığınca tespit edilecek sınıf ve tertibat yerlerine derhal sevk olunurlar. Bu durumdakiler hakkında il veya ilçe idare kurullarınca yüz Türk Lirası idari para cezası verilir'.

120 As.Yar.1D., 21.05.2003, 2003/515-511 E-K., As.Yar. Der., S.16, Y.2004, s.80-82.

121 Ergül, s.16.

122 'Bakayalar, askerlik ödevlerini yerine getirmek maksadıyla yakalanmaları için Milli Savunma Bakanlığınca İçişleri Bakanlığına, askerlik şubelerince de mahallin en büyük mülki amirine bildirilirler. Yakalanarak muhafaza altına alınan yükümlüler, vakit geçirmeksizin ve en geç yirmi dört saat içerisinde en yakın askerlik şubesine getirilirler. Askerlik şubesince teslim alınamayan yükümlüler, ilgili kolluk kuvveti tarafından hazırlanan tutanağa istinaden derhal serbest bırakılırlar (1111 SK.47/son)'.

c. İhtiyat Erbaş/Er Bakayası (AsCK m.63/1 (c) Bendi)

(1) Genel olarak

AsCK m.63/1(c) bendinde, 'İhtiyat erattan çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden' itibaren gecikerek gelenler veya yakalananların hapis cezasıyla cezalandırılmaları öngörülmektedir. 1111 sayılı Askerlik Kanun'da, yükümlülüklerini kamu kurum ve kuruluşlarında çalışarak veya para ödeyerek yerine getirip terhis edilenler, yedeğe alınan kişiler olarak açıklanmaktadır(1111 SK.m.10/6'ncı fıkra birinci cümle). Bu hükümde yedeğe alınan kişilerden anlaşılması gereken AsCK m.63/1 (c) bendinin failleri olan yedek erbaş ve erlerdir.

İhtiyat (yedek) erbaş ve erlerin tamamı veya bir kısmı, eğitim, tatbikat, asayiş, olağanüstü hal, sıkıyönetim veya savaş hallerinde Bakanlar Kurulu Kararı ile göreve çağırılabilirler (1111 SK.m.10/6 ikinci cümle, m.58/1). Yedek erbaş ve erlerden, eğitim veya manevra için çağırılmış olanların eğitim ve manevra süresi bir buçuk ayı geçemez. Olağanüstü hallerde bu süre Bakanlar Kurulu Kararı ile lüzumu kadar uzatılabilir. Hiç silâh altına alınmamış olanlar dört ay süre ile silâh altına alınmış olup da dört aydan eksik eğitim görmüş bulunanlar ise gerektiğinde bu süreyi tamamlamak üzere askere alınırlar (1111 SK.m.58/ 2, 3).

İhtiyat erbaş/er bakayası eylemi, suç failinin yukarıda açıklanan nedenlerle yeniden askere çağrılmasına rağmen, mazeretsiz olarak, birlikte işleme tabi olduğu yükümlülerin katılacakları birliklerine son gönderilme tarihinden sonra yakalanmaları veya kendiliğinden gelmeleri halinde oluşmaktadır.[123] Yine yoklama kaçağı ve bakaya suçlarının oluşumu için aranan gün unsuru konusu AsCK m.63/1'nci fıkra (c) bendi bakımından da aranacaktır. 1111 sayılı Kanun'un 90'ncı maddesinde[124] bu eylemin suç failleri bakımından yapılacak uygulama konusunda bir hükme yer verilmektedir.

---

123 Benzer açıklama için bkz. Çelik, s.71-72.

124 1111 sayılı Kanunun 90'ncı maddesi şöyledir: 'Talim ve manevra için çağrıldıkları halde 47 nci maddeye göre özürsüz gelmedikleri anlaşılan yedek erbaş ve erler hakkında 89 uncu madde hükmü uygulanır ve emsalleri kadar hizmete tabi tutulurlar. Bu gibiler askerlik borcunu ödemedikçe ve cezasını görmedikçe bir memuriyette kullanılamazlar. Bunların dâhili asayiş için celpleri 59 uncu madde mucibince seferberlik ahkâmına tabidir' .

(2) Yedek Subaylar Bakımından Uygulama

İhtiyat erbaş ve erlerin dışında askerliğini yedek subay olarak yapıp ta, terhis edilen yedek asker kişilerin yeniden askere çağrılması mümkündür. Ancak AsCK m.63/1 (c) bendinde geçen ihtiyat erbaş ve er terimi askerliğini erbaş ve er olarak yapmış yedek asker kişileri kapsamaktadır. Bunun aksini düşünmek kanunilik ilkesine kanaatimizce aykırı olacaktır.

Oysa askerliğini yedek subay olarak yerine getiren yükümlülerinde, barışta manevra, tatbikat, atış ve konferanslar gibi öğrenim ve eğitim gayesiyle ya da seferberlik halinde, yeniden askere çağrılmaları durumunda bu çağrının ne şekilde yapılacağı ve bu çağrı durumunda nasıl hareket edileceği 1076 sayılı Kanun'un '*Silâh Altına Davet*' başlıklı 14'ncü maddesinde[125] açıklanmaktadır. Yine çağrılan bu kişilerin sağlık durumlarına bakımından 1076 sayılı Kanun'un 13'ncü maddesinde[126], mazeret nedenlerine yer verilmiştir. Terhis edilen yedek subay-

125 1076 sayılı Kanun'un 14'ncü maddesi şöyledir: 'A) Seferde görev alacak yedek subay ve yedek Askerî memurlara bu görevleri barışta tebliğ edilir. Tebliğ şekli, yükümlülerin görevleri ve tebliğ ile görevli makamlar yönetmelikte belirtilir. B) Sefer görevi alan yükümlüler; seferberlik ilanında, ilan saatinden başlayarak 6 saat içinde yola çıkmaya ve Köy ve mahallerinin şube merkezlerine olan uzaklıklarına göre, en yakın askerlik şubesinde bulunmaya mecburdurlar. Sefer görev emri almış yükümlülerden, yabancı memleketlerde bulunanlar, çağırılmaları için elçilik veya konsolosluklarca gazetelerde yapılacak ilanın neşrini takip eden günün ilk saatinden itibaren, 6 saat içinde bulundukları yerden hareketle, en yakın elçiliğe veya konsolosluğa müracaat etmeye ve haklarındaki emirleri almaya mecburdurlar. Kendilerine barış zamanında sefer görevi verilmemiş olup da, seferberlik esnasında görev verilmesine lüzum görülen yükümlülerin çağırılmaları, sefer görev emirlerinin kanuni ikametgâhlarına tebliği suretiyle yapılır. Sefer görev emri yükümlüye imza ettirilmemiş olsa dahi muteberdir. Bu yükümlülerden yabancı memleketlerde bulunanların çağırılmaları, elçilik veya konsolosluklarca aynı usullerle yapılır. Seferberlik esnasında görev almış yükümlüler, tebliğden itibaren 24 saat içinde bulundukları yerden hareketle en yakın askerlik şubesine, elçilik veya konsolosluğa müracaat etmeye mecburdurlar. C) Yedek subay ve yedek Askerî memurlar barışta manevra, tatbikat, atış ve konferanslar gibi öğrenim ve eğitim gayesiyle, yol hariç 45 günü geçmemek üzere, Bakanlar Kurulu kararı ile silahaltına alınabilirler. Olağanüstü hallerde bu süre Bakanlar Kurulu kararı ile lüzumu kadar uzatılabilir. Barışta deneme tatbikatı için çağrılma: B fıkrasının 1 inci ve 2 nci bendindeki hükümlere göre yapılır. Barışta diğer hizmetler için çağrılma, davet pusulasının ikametgâhlarına tebliği suretiyle yapılır. Bu tebligat yükümlüye imza ettirilmemiş olsa dahi muteberdir. Bu şekilde görev alan yükümlüler 48 saat içinde bulunduğu yerden hareketle askerlik şubesine müracaat etmeye mecburdurlar'.

126 1076 sayılı Kanun'un 13'ncü maddesi şöyledir: 'Seferberliğin ilanında veya manevra ve saire için celp pusulası alındıktan sonra raporla gösterilmiş had hastalıklarla rüküp ve nüzule iktidar bırakmayan zafiyet gibi lüzumu sıhhiye müstenit

ların yeniden askere çağrılmaları ve bu çağrıya uymamaları halinde cezalandırılmaları konusunda; biri kabahat diğeri suç olmak üzere iki ayrı hüküm bulunmaktadır.

Bunlardan bu eylemin kabahat şeklinde düzenlenen biçimi 1076 sayılı Kanun'un 15'nci maddesinde şöyle açıklanmaktadır: *'Talim ve manevra için çağrıldıkları halde 1111 sayılı Kanunun 47'nci maddesine göre özürsüz gelmedikleri anlaşılanlar hakkında 1111 sayılı Kanunun 89 uncu maddesi hükümleri uygulanır ve ayrıca emsalleri kadar hizmete tabi tutulurlar'*. Eylemin suç olarak cezalandırılmasına ilişkin hüküm ise AsCK'nın 'Ç*ağırılıp da gelmeyen yedek subaylarla askerî memurların cezaları'* başlıklı 64'ncü maddesinde[127] d*üzenlenmektedir.*

AsCK m.64 hükmü içerik olarak terhis olan ihtiyat yedek subaylarla ilgilidir. Ancak bu madde muvazzaf askerlerle ilgili olarak ta uygulanmaktadır.[128] AsCK m.64/4'ncü fıkrasında, *'1076 sayılı Kanun'un 13 ve*

---

hastalıklar müstesna olmak üzere maluliyet iddiasında bulunanların müracaatları vazifelerine başlamadıkça nazarı dikkate alınmaz'.

127 AsCK m.64 hükmü şöyledir: '1- Hazarda askerî hizmete çağrıldığı halde 1076 sayılı kanunun 15 inci maddesine tevfikan Milli Müdafaa Vekaletince emredilen müddet içinde askerlik şubesine gelmeyen yedek subay ve askerî memurlardan bu müddetin bitmesinden sonra on beş gün içinde elde edilenler bir aydan altı aya kadar, on beş günden sonra üç ay içinde elde edilenler altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç aydan sonra elde edilenler beş seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu müddetler içinde kendiliğinden gelenlerin cezaları yarıya indirilir. 2- Seferberlikte çağrıldığı halde muayyen müddet içinde askerlik şubesine gelmeyen yedek subaylarla askerî memurlardan bu müddetin bitmesinden sonra yedi gün içinde gelenler üç aydan iki seneye kadar, elde edilenler altı aydan üç seneye kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden ve elde edilenler üç seneden aşağı olmamak üzere hapis, üç aydan sonra gelenler beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, elde edilenler ölüm cezasıyla cezalandırılırlar. 3–Askerî hizmet için yapılan davet üzerine şubeye gelen yedek subay ve askerî memurlardan mahalli müretteplerine hazarda on iki ve seferberlikte dört gün içinde hareket etmeyenler veya yol müddeti hariç olarak bu müddetlerin yarısından fazla bir müddeti yolda geçirerek vazife ve memuriyetlerine iltihak etmeyenler hazarda üç aya kadar ve seferberlikte üç aydan beş seneye kadar hapsolunurlar. Bu fıkrada ve 65 inci maddede yazılı müddetler halin icabına göre Milli Müdafaa Vekilliğince azaltılabilir veya uzatılabilir. Az vahim hallerde 63 üncü maddenin son fıkrasında yazılı hükümler bu maddede yazılı olan cezalar hakkında da tatbik olunur…'.

128 "Sanığın, 12.5.1939 doğumlu olup, 4.4.1986 tarihinde İs. Tek. Kad. Bçvş. olarak emekli olduğu, 926 sayılı Kanun'un 107 nci maddesine göre, 55 yaşını bitirinceye kadar yedek astsubaylık statüsüne geçirildiği ve Yedek Subay Kanunu hükümlerine tabi olduğu, bu durumda yedeklik çağının 12.5.1994 tarihinde sona erdiği, bu tarihten önce 13-25 Eylül 1993 tarihleri arasındaki «Ferdi Seferberlik Eğitimine» çağrıldığı, bunun için çıkarılan silahaltı davetiyesinin 10.8.1993 tarihinde kendisine tebliğ edildiği, ancak sanığın, 13.9.1993 tarihine kadar katılması gereken bu tatbikata katılmadığı, daha sonra 16.8.1996 tarihinde Kartal Askerlik Şubesine baş-

15'nci maddelerinde yazılı hallerin m.64 uygulamasında da göz önüne alınacağı' açıklanmıştır. Bu hükme göre, faile aynı eyleminden ötürü hem AsCK m.64'e göre bir ceza hem de 1111 sayılı Kanun'un 89'ncu maddesine göre idari para cezası verilmesinde kanaatimizce bir mahsur gözükmemektedir. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 15/(3)'ncü fıkrasında, *'Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulan(acağından)'* fail hakkında sadece suça ilişkin eyleminden dolayı AsCK m.64'ün uygulaması yerinde olacaktır.

d. Geç İltihak Suretiyle Bakaya (AsCK m.63/1 (d) Bendi)

1111 sayılı Kanun'un 12'nci maddesine göre, geç iltihak suretiyle bakaya, *'askerlik yapacakları kıtalara gitmeksizin toplandıkları yerlerden veya yollardan savuşanlar'* olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde yer alan bir başka tanıma göre, geç iltihak suretiyle bakaya eyleminin suç faili, askerliğine karar verildikten sonra askerlik şubesine gelerek sevk evrakını ve harcırahını da almış olan ancak şubesinden veya yollardan savuşarak normal yol müddeti içinde sevk olunduğu birliğe katılmayan mükelleftir.[129] Nitekim AsCK m.63/1 (d) bendinde failin eylemi, *'Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kıtasına katılma(mak) veya geç katıl(mak)'* olarak açıklanmıştır. Geç iltihak suretiyle bakaya suçunda, suçun başlangıç tarihinin belirlenmesinde, yükümlülerin emsallerinin sevk tarihinin değil, şubeden sevk tarihinin esas alınması gerekir.[130]

---

vurduğu ve anılan eğitimin 20.8.1996-2.9.1996 tarihleri arasında tamamlattırıldığı, savunmasında rahatsızlığı nedeniyle tatbikata katılmadığını beyanla buna ilişkin raporunu ibraz ettiği, Kartal İlçesi Merkez Sağlık Ocağı Tabipliğince verilen bu raporda sanığın 9.9.1993 günü yapılan muayenesinde "Grip tanısı ile (7) gün yatak istirahatinin uygun görüldüğü", bu durumun Dz.49'daki vizite defteri fotokopisi ile de doğrulandığı anlaşılmıştır. Bu şekilde gerçekleşen maddi olayda, tatbikat süresinin başlangıcında yasal ve geçerli mazereti bulunan sanığın, kısa bir süre sonra yedeklik çağı dışına da çıkacağı göz önüne alındığında artık tatbikata gitmesinin gerekmediği kanaatine varması da doğal karşılanabileceği cihetle, Daire ilâmında etraflı şekilde açıklandığı üzere, suç kastı ile hareket etmediğinin kabulü ile mahkûmiyet hükmünün sübut yönünden bozulmasında bir isabetsizlik görülmediğinden aksi düşünceye dayalı itirazın reddine oyçokluğu ile karar verilmiştir" (As.Yar.DK., 03.06.1999, 1999/104-119 E-K., As.Yar. Der. S.13, Y.2001, s.111-112)

129 Ergül, s.16.

130 As.Yrg. 4D., 10.01.2001 tarih 2001/16 – 6 E-K; As.Yar.4D., 13.02.2001 tarih 2001/125-123 E-K., Bal, s.63-16).

1111 sayılı Kanun'un 5.2.2009 tarih ve 5837 sayılı Kanun'la ilga edilen 43'ncü madde metnine göre, askerlik şubesine katılanlara birliklerine sevk edilmeleri için bir kereye mahsus olarak verilen 15 günlük hazırlık süresi uygulaması kaldırılmıştır.[131] Ancak yükümlüye birliğine katılması için verilmesi gereken yol süresi ve temadinin başlaması için gereken gün unsuru failin bu eylemi bakımından da uygulanacaktır[132].

Geç iltihak suretiyle bakaya kalmak eylemi, 6217 sayılı yasa ile maddenin değiştirilmeden önce düzenlenen AsCK'nın m.63/B bendinde düzenlenmişti. Bu bent hükmüne göre, bir yükümlünün bu eyleminden dolayı cezalandırılabilmesi için o yükümlü hakkında daha önce, AsCK m.63/A bent hükmündeki eylemlerden birini gerçekleştirmiş olması gerekmekteydi.[133] 6217 sayılı değişiklikten sonra AsCK m.63/1 (d) bendindeki hükme göre, geç iltihak suretiyle bakaya eyleminin faili olabilmek için mutlaka daha önceki bentlerde açıklanan yoklama kaçağı, saklı ya da bakaya suçlarının faili olunmasına gerek bulunmamaktadır.

---

131 'Hükümlünün; 18.12.1998 tarihinde Manavgat Askerlik Şubesi Başkanlığınca bir gün yol süresi tanınarak Antalya'da bulunan eğitim birliğine sevk edildiği, Askerlik Kanunu'nun 43'üncü maddesi uyarınca on beş günlük hazırlık süresi tanınması gerektiği dikkate alındığında, yol ve hazırlık sürelerinin sonunda 03.01.1999 günü saat 24.00'e kadar eğitim birliğine katılması gereken hükümlünün, eğitim birliğine katılmadığı ve 19.12.1999 tarihinde yakalandığı…' (As.Yar.2D., 28.3.2012, 2012/441-435 E-K., TSK Net);'15 günlük hazırlık süresini kullandıktan sonra şubeye davet edildiği günden önce gelmiş olsa bile, aynı gün kendisi ile beraber sevk edilen yaşıtları da bulunan sanığın, tanınan yol süresi sonunda birliğine katılmaması bakaya suçunu oluşturur' (As.Yar.DK., 02.12.2002, 2002/1178-1231 E-K., Askerî Yargıtay Dergisi, S.15, Y.2003, s.203-206).

132 '18.11.1998 tarihinde eğitim birliğine sevk edilen yükümlüye tanınan (3) günlük yol süresi 21.11.1998 tarihinde saat 24.00'te sona erer. 22.11.1998 tarihinde saat 24.00'e kadar vuku bulacak olan katılma ile gecikme süresi (24) saati tamamlamayacağı için G.İ. S. bakaya suçu gün unsuru yönünden oluşmaz. Ancak, 22.11.1998 saat 24.00'te sonra vaki olacak katılma ile gecikme süresi (24) saati aşacağı için G.İ. S. bakaya suçu bakımından "bir tam gün" unsuru da gerçekleşmiş olur' (As. Yar. 3D., 23.11.1999 tarih 1999/731-729E-K., Bal, s.63-10); 'Kendisine, 18.11.1998 tarihinde eğitim birliğine sevk edildiğinde (3) gün yol süresi tanınan ve en geç 22.11.1998 tarihinde katılmadığı takdirde mahkemeye verileceği ayrıca tebliğ edilen ve 23.11.1998 tarihinde kıtasına katılan sanığın, beraatına ilişkin direnme hükmü, gün unsurunun oluşması nedeniyle yasaya aykırıdır' (As.Yar.DK., 09.03.2000, 2000/66-64 E-K., Askerî Yargıtay Dergisi, S.14, Y.2002, s.69-70); '15 günlük hazırlık süresini kullandıktan sonra şubeye davet edildiği günden önce gelmiş olsa bile, aynı gün kendisi ile beraber sevk edilen yaşıtları da bulunan sanığın, tanınan yol süresi sonunda birliğine katılmaması bakaya suçunu oluşturur' (As.Yar.DK., 02.12.2002, 2002/1178-1231 E-K., *Askerî Yargıtay Dergisi*, S.15, Y.2003, s.203-206).

133 Çelik, s.72.

Yine bu suçun faillerinin sivil şahıslar olduğunda şüphe bulunmamalıdır. Zira 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 5'nci maddesi muvazzaflık hizmetinin askerlik şubesinden sevk tarihinden itibaren başladığını belirtmekle birlikte bu hüküm muvazzaflık süresinin başlangıcının hesabına ilişkin olup kişinin askerlik sıfatı kıtaya katılması ile başlayacaktır.[134] Nitekim bu husus Askeri Yargıtay'ın 20.6.1975 tarihli İBK Kararı'nda açıklanmıştır[135].

8. Suça Etki Eden Neden Nitelikli Haller

a. Temadinin Süresine Göre Failin Yakalanması/Kendiliğinden Gelmesi

AsCK m.63/1'nci fıkra hükmünde yoklama kaçağı, celb bakayası, ihtiyat erbaş/er bakayası ve geç iltihak suretiyle bakaya eylemlerinde, temadinin başladığı andan itibaren, *'dört ay içinde gelenler altı aya kadar, yakalananlar iki aydan altı aya kadar; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler iki aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir yıla kadar; bir yıldan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla'* cezalandırılacaktır.

Yukarıdaki hükme göre, kanun koyucu failin yakalanması veya kendiliğinden gelmesi durumuna, temadi süresinin uzunluğuna kısalığına göre faillere verilecek cezalar bakımından farklılıklar öngörmektedir. Failin kendiliğinden gelmesi ve temadi süresinin kısa olma-

134 Kangal, Askerî Ceza Hukuku, s.66.

135 Askerî Yargıtay İBK kararı şöyledir: '...Kıtasına geç katılmak suretiyle işlenen bakaya kalmak suçunun faili, askerlik şubesinden sevk edildikten sonra bu suçu işlediğine ve 1111 Sayılı Askerlik Kanununun değişik 5 'inci maddesine istinaden askerlik hizmeti As. *Şubesin*den sevkle başladığına göre, ilk nazarda failin asker olduğu düşünülebilirse de, 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 4'üncü maddesinde, yoklama döneminin, askerlik çağının başlangıcından, kıtaya duhule kadar geçen süreyi kapsadığı belirtilmiş olduğundan, henüz kıtasına katılmamış bulunan bir yükümlünün asker kabul edilemeyeceği, diğer yönden 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 5673 Sayılı Kanunla değişik 5 'inci maddesiyle getirilen, muvazzaflık hizmetinin As. *Şube*sinden sevkten itibaren başlayacağına ilişkin hükmün; ... askerlik şubesinden kıtasına sevk edilen yükümlünün yolda geçireceği süreden dolayı mağduriyetine sebebiyet verilmemesi gibi münhasıran idari bir amaçla kabul edildiği anlaşıldığından lehe yapılan böyle bir Kanun değişikliğinin suç ve ceza yönünden askerlik yükümlüleri aleyhine bir durum yaratacağı düşünülemez (As. Yrg. Içt. Bir. Kurulu, 20.06.1975, 1975/6-4 E.-K. (AsYKD 1997, sy: 11, Özel Sayı, İçtihadı Birleştirme Kurul Kararları, sh: 281. Aynı yönde As.Yrg. İçt. Bir.Kurulu, 26.02.1965, 1965/2-1, Kangal, Askerî Ceza Hukuku, s.66).

sı durumunda faillere verilecek cezalar daha azken, temadi süresinin uzunluğu ve faillerin yakalanarak ele geçirilmesinde faile verilecek cezalar daha fazladır. Bu nedenle uygulamada failin yakalanıp yakalanmadığı konusunda bazen tartışmalara neden olmaktadır. Bu konuda failin kendiliğinden gelip gelmediği hususu, suça son verme iradesiyle hareket edip etmediğine bakılarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Nitekim Askerî Yargıtay'ın bu konuda birçok kararlarına rastlamak mümkündür[136].

b. Seferberlik Hali

AsCK m.63/2'nci fıkrasında, suçun seferberlik halinde işlenmesine ilişkin faile verilecek cezada artırım öngörülen nitelikli bir hale yer verilmiştir. Madde hükmü şöyledir: '*Seferberlikte birinci fıkrada yazılı olanlarla ruhsatlılardan sevk gününün bitmesinden itibaren yedi gün içinde gelenler bir aydan bir seneye, elde edilenler dört aydan iki seneye kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden aşağı olmamak üzere elde edilenler üç seneden aşağı olmamak üzere hapis, üç aydan sonra kendiliğinden gelenler beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, elde edilenler ölüm cezasına mahkûm edilirler. Az vahim hallerde ölüm cezası yerine müebbet veya on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir ve diğer hallerde gösterilen cezalar yarıya indirilir'.*

Yukarıdaki fıkra hükmünde yer verilen *'seferberlik'* kavramından,

136 'Bakaya olduğu için yakalanarak en yakın askerlik şubesine teslim edilmesine dair talimat doğrultusunda polis memurlarınca çalıştığı kuruma gidilerek alınan ve refakatte önce polis karakoluna getirilerek yakalama tutanağı düzenlendikten sonra bir yazı ile mevcutlu olarak askerlik şubesine teslim edilen sanığın, bakaya kaldığını ve bu nedenle arandığını bildiği, kendiliğinden resmî bir kuruma başvurma iradesini ortaya çıkaran herhangi bir davranışının olmadığı göz önüne alındığında, yakalandığının kabulü gerekir. Ayrıca maddî vakıaya dahil olan suç bitim tarihinin hatalı olarak belirlenmesi de yasaya aykırı olduğundan hükmün bu yönden de bozulması gerekmiştir' (As.Yar.1D., 26.03.2003, 2003/291-289 E-K., As.Yar. Der., S.16, Y.2004, s.108-110); 'Özel bir okulda öğretmen olan Yd.Sb. Aday Adayı sanığın, polisler tarafından okuldan alınarak Şubeye teslim edilmesi, düzenlenen tutanakta yakalanmaya dair bir ibarenin bulunmaması da göz önüne alındığında, yakalandığının kabulünü gerektirmez' (As.Yar.DK., 30.01.2003, 2003/7-7 E-K., As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.99-100); Askerî Yargıtay bir başka kararında; "Yurtdışına çıkış yaptığını As.Şb.Bşk.na bildirmeyen, yurtdışında iken bakaya durumu hakkında konsolosluğa veya elçiliğe müracaatı olmayan ve 14.06.1995 günü giriş yaparken yetkililere bakaya durumu hakkında beyanda bulunmayan sanıkta kendiliğinden teslim olma arzusunun bulunmadığının kabulü" gerektiğine karar vermiştir (As.Yar.DK., 25.02.1999, 1999/53-40 E-K., As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.100).

harp halini içeren seferberlik anlaşılmalıdır. Bu konu AsCK m.7[137] ve 8[138]'de düzenlenmektedir.

AsCK m.63/2'nci fıkra hükmünde geçen bir başka terim suç faillerine daha az ceza verilmesini gerektiren, *'az vahim hal'* kavramına ilişkindir. AsCK içinde yer alan birçok suç tipinde[139] cezanın daha az verilmesine ilişkin 'az vahim hal' uygulamasına yer verilmektedir. Ancak bu kavramın hangi halleri kapsadığına ilişkin AsCK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada bu boşluk Askerî Yargıtay kararları[140] ile tamamlanmaktadır.

---

137 'Harb hükümleri ve cari olacağı hal ve vakitler' başlıklı AsCK'nın 7'nci maddesi şöyledir: Bu kanunda seferberlikte" tabiriyle takyit edilen ceza hükümleri (Harb hükümleri) dir ve aşağıdaki hal ve vakitlerde caridir: A) Umumi seferberlik müddetince askerî şahıslar hakkında; B) Kısmi seferberlik ilan olunan mıntıkalarda bunun devamı müddetince askerî şahıslar hakkında; C) Örfi idare ilan olunan mıntıkalarda harb hükümleri tatbik olunacağına İcra Vekilleri Heyetince karar verildiği takdirde bunun devamı müddetince mezkür mıntıkada bulunanlar hakkında; D) Fesat ve isyan halinde veyahut silah kullanılacak askerî bir hareket yapılması halinde kumanda eden subay tarafından harb hükümleri mer›i olacağı resmen bildirilen askerî kıtalar hakkında bu hallerin devamı müddetince; E) Bulundukları mahalde en büyük rütbeli komutan tarafından harp hükümleri mer›i olacağı kendilerine resmen tebliğ olunan harp esirleri hakkında'.

138 'Seferberlik ve tarifi' başlıklı AsCK'nın 8'nci maddesi şöyledir: '1 - Sefer tabiri harb halini ihtiva eden seferberliktir. 2 - Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını amir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir. 3 - Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harb tayyare ve harp gemisi üssülharekelerinden birine varıncaya kadar bu kanunun tatbikatında seferber sayılır'.

139 Örneğin, 'Harp Hıyaneti (AsCK m.55/2)'; 'Üste veya Amire Fiilen Taarruz (AsCK m.91/2)'; 'Seferberliği geciktirenlerin ve ihlal edenlerin cezası (AsCK m. 61/2)' vs.

140 'Askerî Yargıtay bir kararında 'az vahim hali' şöyle açıklamaktadır: '…Askerî Ceza Kanununun, bazı suçlar için az vahim hal durumunu kabul ederek, bu ahvalde faile daha az ceza tertip etmiş olmasına rağmen; bu deyimin tanımını yapmadığı, hangi durumların varlığında kanunun bu haline ilişkin cezanın uygulanacağı hususunda hakime bir direktif de vermediği, Kanunun "az vahim hal"e işaret ettiği hallerde de suçun unsurları aynı olduğuna göre, bu halin, tamamen şahsa bağlı olan "takdiri indirim" sebebi olmadığı, suçun işlendiği zaman ve mekana, eylemin ika edilme tarzına ve gayesine, yahut suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre "az vahim" halin uygulanıp uygulanmayacağını hakimin takdir edeceği, diğer bir ifade ile, kanunda uygulama koşulları gösterilmemiş bulunan "az vahim hal uygulamasının hakimin genel takdir haklarına ilişkin bir keyfiyet olduğu; bu nedenle bütün takdir haklarının kontrolünde olduğu gibi, bunun da Askerî Yargıtay'ca denetlenebileceği, ancak bu denetlemenin, takdirin objektif kıstaslara dayanıp dayanmadığına, makul ve mantıki olup olmadığına, takdirde herhangi bir zaafa düşülüp düşülmediğine ilişkin olabileceği (As. Yrg. Drl. Krl. nun 29.4.1977 gün ve 1977/44-37 sayılı Kararı) kuşkusuzdur' (As.Yar. DK., 13.1.2000, 2000/4-12 E-K., Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.285-287).

Yine yukarıdaki açıklanan AsCK m.63/2'nci fıkra hükmü ile 1'nci fıkra hükmü kıyaslandığında kanaatimizce seferberlik halinde, temadi sürelerine oranla suç faillerine verilecek cezaların daha ağır olduğu göze çarpmaktadır.

D. MANEVİ UNSUR

AsCK m.63/1'nci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan yoklama kaçağı, celp bakayası, ihtiyat erbaş/er bakayası, geç iltihak suretiyle bakaya eylemlerinin suç faillerinin cezalandırılması için yukarıda açıklanan suçun maddi unsurlarının oluşması yanında aynı zamanda suç failleri bakımından kasten hareket edilmesi de gerekmektedir[141]. Failin suç konusu eyleminde hangi amaçla hareket ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira bu suçun oluşumu için failin genel kastı kanaatimizce yeterlidir. [142] Ayrıca icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da (kanaatimizce yukarıda açıklanan AsCK m.63 gibi) kast bütün objektif unsurları kapsamalıdır. İhmali suçların objektif unsurlarına tipik durum, emredilen hareketin yapılmaması ve somut durumda bireysel hareket yeteneği girmektedir.[143]

AsCK m.63 hükmünde maddenin taksirle işlenebilen haline yer verilmemiştir. Suçun olası kastla işlenmesi de kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. İŞTİRAK

Yukarıda da açıklandığı üzere, AsCK m.63 hükmü suç failleri ba-

---

141 Çelik, s.62; Ergül, s.22.

142 'Yüksek lisans ve doktora yapmak gibi, askerliğe sevk tehirini gerektiren öğrenimlere başlama beklentisi içinde olan ve bu nedenle sevk gününde askerlik şubesine gelmeyen yükümlülerin suç kastıyla hareket etmediklerinin kabul edilmesi gerekir' (Bal, As.Yrg. 2.D., 08.07.1998, 454-455, As.Yrg. 2.D., 17.10.2000, 621 – 618 E-K., Bal, s.63-1); 'Uzayan doktora eğitiminin son döneminde yasal sevk hakkını kaybederek celbe tâbi olan, doktora eğitimini bitirdikten sonra da meslekî kariyerini geliştirerek öğretim üyeliği kadrosunda görev almayı hedeflediğini ileri süren sanığın bu yöndeki beklentisinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığının araştırılarak elde edilecek sonuca göre bakaya kalma kastının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir' (As.Yar.DK., 25.09.2003, 2003/79-69 E-K., As. Yar. Der., S.16, Y.2004, s.127-128).

143 Hakeri, s.249.

kımından özgü suç niteliğindedir. Bu nedenle bu suçlara müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değilse de, bağlılık kuralı kapsamında (TCK m.40/2) yardım eden ya da azmettiren olarak iştirak edilmesi kanaatimizce mümkündür[144]. Nitekim fail yoklama yaptırmamak ya da birliğine zamanında katılmamak konusunda, eşi, sevgilisi ya da yakın bir akrabası tarafından azmettirilmiş olabilir. Bu durumda TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümlerine göre iştirakçinin ceza sorumluluğu belirlenecektir.

AsCK m.63'ün suç faillerini gizlemek ya da çalıştırmak suretiyle onlara yardım edilmesi, AsCK m.75/1'nci fıkrasında özel bir askeri suç olarak düzenlenmiştir. AsCK m.75/1'e göre; '… *bakayayı, yoklama kaçaklarını, saklıları ve çağrılıp ta gelmeyen yedek subaylarla yedek askerî memurları bilerek özel ve resmi hizmete alanlar veya gizleyenler veya Devlet, il ve belediyelerle bunların denetimi altındaki bütün kuruluş ve kurumlarda ve banka ve kamu faydasına çalışan dernek ve mesleki kuruluşlarda her ne suretle olursa olsun çalıştıranlar ve Hükümetten yapılacak tebligat üzerine özel işlerinden çıkarmayanlar barışta üç aydan bir yıla ve tekerrüründe bir yıldan üç yıla, seferberlikte veya olağanüstü hallerde altı aydan iki yıla kadar hapis ve bu eylemin seferberlikte veya olağanüstü hallerde tekerrüründe yedi yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır'.*

Yine bu suç (AsCK m.75), barış zamanı sivil şahısların işleyebileceği askerî suçlar (353 sayılı AsYUK m.13) arasındadır. Yukarıdaki madde hükmünde bu suçun sadece seferberlik ve savaş hali değil aynı zamanda olağanüstü hallerde[145] işlenmesi haline ilişkin faillerinin ce-

[144] Doktrinde yer alan bir açıklamaya göre, AsCK m.63/1 (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan yoklama kaçağı, bakaya, ihtiyat erbaş/er bakayası ve geç iltihak bakayası yine 1111 sayılı Kanun'un 89/4 (b) bendindeki saklı kabahati, ferdi suç niteliğinde eylemler olduğundan bu suçlara iştirak mümkün gözükmemektedir (Çelik, s.146).

[145] 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 'Olağanüstü halin ilanı' başlıklı 3'ncü maddesi şöyledir: 'Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu: a) Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinden birinin veya birden fazlasının görülmesi durumunda, b) Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra; Yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir. Olağanüstü hal kararı Resmi Gazete' de yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya

zasında artırım öngörülen nitelikli haline de yer verilmiştir.

Burada dikkat çeken nokta AsCK m.63 hükmünde, bakaya, yoklama kaçağı ya da saklı eyleminin suç faillerinin olağanüstü hallerde cezalandırılmasına ilişkin nitelikli bir halden söz edilmezken, bu suçun faillerini olağanüstü hallerde çalıştıranlar bakımından bir fark yaratılması kanaatimizce AsCK'nın hükümleri arasında bir çelişki yaratmaktadır. Kanaatimizce AsCK m.63'de olağanüstü hale ilişkin suç faillerinin daha fazla cezalandırıldığı nitelikli bir hale yer verilmelidir.

Buradaki tartışılabilecek konulardan biri de, bu suçun ilk eylem bakımından 1111 sayılı Kanun'un 89/4'ncü maddesinde kabahat kabul edilen şeklinde, bu kabahatliyi çalıştıran ya da gizleyen kişinin AsCK m.75/1'in suç faili olarak kabul edilip edilmeyeceği hususudur.

Kanaatimizce AsCK m.75/1'de bahsedilen kişiler AsCK m.63'ün suç failleri olmalıdır. Ancak yukarıda AsCK m.75/1 hükmünde, '*saklı*' kabahatlilerini gizleyen ve çalıştıranlarda bu suçun faili olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce bu durum kanun koyucunun istemediği bir durum olup, 6217 sayılı Kanun'la AsCK m.63 hükmü değiştirilirken, AsCK m.75 hükmünün bu maddeye uyarlanması gözden kaçırılmıştır. Bu nedenle AsCK m.75 hükmü AsCK m.63'e uyumlu hale getirilmelidir.

B.TEŞEBBÜS

AsCK'nın 63'ncü maddesinde düzenlenen suçun daha önce mütemadi suç tipi olduğu açıklanmıştır. Bu suç tipinde hareketin devamına bağlı olarak ihlalde devam etmekte, failin ihlale neden olan iradi hareketine son verildiği diğer bir anlatımla temadinin sona erdiği anda suç da tamamlanmaktadır. Ancak bu suçun tamamlanabilmesi için ihlalin makul ölçüde devam etmesi gerekir. Bu nedenle kesintisiz suç, ihlalin ilk gerçekleştiği anda değil, ihlalin başladığı andan itibaren makul bir

---

çağrılır. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir. Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir. Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince ilanından sonra; süreyi uzatmaya, kapsamını değiştirmeye veya olağanüstü hali kaldırmaya ilişkin hususlarda da karar almadan önce Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü alır. Olağanüstü hal kararının hangi sebeplerle alındığı, bölgesi ve süresi, Türkiye radyo ve televizyonuyla ve Bakanlar Kurulunca gerekli görülen hallerde diğer araçlarla ilan edilir'.

sürenin geçmesi ile tamamlanmaktadır. İhlal makul bir süre devam ettirilememişse kesintisiz suça teşebbüsten söz edilir[146].

AsCK m.63 söz konusu olduğunda, makul süre kavramı yukarıda açıkladığımız uygulama ile yerleşen gün unsuru kavramı (24 saatlik süre) ile açıklanabilir. Ancak gün unsurunun oluşmadığı hallerde bu suça teşebbüsten değil artık bu suçun oluşmadığından bahsedilecektir. Yani AsCK m.63'te temadi ya da makul süre, failin suç konusu eylemini işlenmesinden itibaren 24 saatlik sürenin tamamlanmasından sonra başlamaktadır. Kanaatimizce bu suç teşebbüse elverişli değildir.[147]

C. İÇTİMA

Failin tek bir hareketi ile AsCK m.63'ün 1'nci fıkrasında yer alan seçimlik hareketlerden ((a), (b), (c) ve (d) bentleri) birkaçını aynı anda işlemesi yukarıda da açıkladığımız gibi kanaatimizce mümkün değildir. Zira suç konusu eylemlerin işlenişi arasında öncelik ve sonralık durumu söz konusudur. Bunun nedeni 1111 sayılı Kanun'da askerlik işlemlerine ilişkin yükümlünün yerine getirmesi gereken işlemlerde de bir sırasının olmasıdır. Zaten suç konusu eylemlerde kanunun bu konudaki emredici hükümlerine uyulmamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim kanun koyucunun AsCK m.63/1(a) bendinde önce yoklama kaçağı, (b) bendinde celp bakayası, (d) bendinde geç iltihak suretiyle bakaya eylemlerini düzenlemesi de kanaatimizce bu nedenledir. Yine muvazzaf askerlik dönemini bitirip terhis olan yükümlünün yedeklik döneminde tatbikat vs. nedenlerle tekrar askere çağrılıp bu çağrıya uymaması halinde ihtiyat erbaş/er bakayasının faili olması da mümkündür.

Yukarıda açıklanan nedenlerle AsCK m.63/1'in (a), (b), (c), (d) bentlerindeki seçimlik eylemlerden bir ya da birkaçının aynı zamanda işlenememesi, suç faili tarafından farklı zamanlarda işlenmesi nedeniyle fail hakkında suçun iki ayrı kez işlenmesi nedeniyle gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, yoklama kaçağı suçunun işlenmesinden sonra sevk edildiği eğitim birliğine katılmayan ve yakalanarak ele geçirilen sanığın tekrar sevk edildiği

146 Zafer, s.204-205.
147 Benzer görüş için bkz.Çelik, s.146.

eğitim birliğine yol süresi sonunda katılmamasını eyleminin iki ayrı geç iltihak suretiyle bakaya suçunu oluşturduğu açıklamıştır.[148]

Yine burada açıklanması gereken bir diğer konu AsCK m.63 ile *'Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak (AsCK m.81)'*[149]suçu arasındaki içtima ilişkisidir. Yukarıda da açıklandığı üzere bu iki suç tipi ile aynı hukuki yararı koruyan barış zamanında sivillerin işleyebileceği askerî suçlardandır(Bkz.353 sayılı AsYUK m.13). Uygulamada bazı durumlarda bu iki suç tipi birbirleri ile karıştırılmaktadır. Örneğin, sevkini geciktirerek kıt'asına bir sonraki celp döneminde katılmak isteyen birinin mazeret olarak sadece sevk dönemini kapsayan sahte bir doktor alması halinde bu eylem aslında hem AsCK m.63 hem de AsCK m.81'i ihlal etmektedir[150]. Bu noktada bu iki suç tipini birbirinden ayırmada en önemli kriter failin kastı olmaktadır. AsCK m.63'te fail genel bir kastla hareket ederken, AsCK m.81'de fail askerlikten kısmen/tamamen kurtulmayı amaçlamaktadır. Nitekim bu husus AsCK m.81'de;" *askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile/ kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak*" şeklinde gösterilmiştir[151]. Oysa AsCK m.63'te fail kabul edilebilir özrü olmadan askerlik yükümlülüğünü geciktirmekte, emsali yükümlülerle birlikte zamanında yerine getirmemektedir. Bu durumda failin aynı anda hem AsCK m.81, hem de AsCK m.63'teki suçun faili olması mümkün görünmemektedir. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.[152]

---

148 As.Yar.DK., 09.12.1999, 1999/151-218 E-K., As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.108-110.

149 AsCK m.81'in madde metni şöyledir: "(1) Askerlik çağına girenlerden askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile ismini değiştirenler, başkasını kendi yerine tabib muayenesine veya askere gönderenler, başkasının hüviyet cüzdanını veya askerî vesikasını kullananlar, askerlik işlerinde sahte *şehadetname* veya evrak kullanan yahut her ne suretle olursa olsun hile ve desise yapanlarla kıt'aya veya bir müesseseye intisab ettikten sonra kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile hile yapanlar on seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılırlar. (2)Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır. Az vahim hallerde altı aydan beş seneye kadar hapis cezası verilir"

150 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Duran, 'Askerlîkten Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK m.81)', s.332 vd.

151 Duran, 'Askerlîkten Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK m.81)', s.346.

152 "…Afşin Askerlik Şubesi Başkanlığında asker alma işlem memuru olarak görevli sanık M.B.'un, Ağustos 1996 celbine katılmaması nedeniyle bakaya olarak aranmakta olan Y.K.'nın istemi üzerine bilgisayardaki kayıtlara girerek daha önce tanzim edilmiş olan sevk işlemlerini yok ettiği, adı geçen yükümlünün bakaya taki-

bini durdurduğu, bu hususta Afşin Kaymakamlığına yazı yazılmasını ve yükümlüye de yüksek okula kaydında askerlik yönünden sakınca bulunmadığına dair belge verilmesini sağladığı, ayrıca yurt dışında bulunan ve yoklama kaçağı olarak aranmakta olan S.G. isimli şahsın yerine kardeşi H.G.'in resmini evraka yapıştırmak ve H.G.'i doktora muayene ettirmek suretiyle S.G.'in son yoklama işlemlerini tamamlattırdığı ve anılan yükümlünün yoklama kaçağı durumunu sona erdirdiği ve bu hususta Afşin Kaymakamlığına yazı yazılmasını ve yurt dışına çıkmasında askerlik yönünden sakınca olmadığına dair belge verilmesini sağladığı, sanık H.G.'in de kardeşinin isim ve kimlik bilgileri yazılı ancak kendi fotoğrafı yapıştırılmış belge ile kardeşi S.G.'in son yoklama muayenesini yaptırdığı… Askerî Ceza Kanunu'nun 81 nci maddesinde, "askerlikten kurtulmak için hile yapmak" suçunun oluşması için failin eylemlerinin, "askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak" kastına yönelik olması kanuni unsur olarak öngörüldüğünden ve dava konusu olayda da büsbütün kurtulmaya yönelik bir eylem bulunmadığından sanıkların eylemlerinin askerlikten kısmen kurtulmak kapsamında kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerek(tiği), "Kısmen" sözcüğü "kısmi olarak" anlamına gelen ve arapça "kısm" sözcüğünden türetilmiştir. "Kısm/Kısım" ise, "parçalara ayrılmış bir şeyin her bölümü, bölük, kesim" anlamına gel(diği), (Meydan Larousse Cilt 7 S.265). Sözcüğün bu anlamı karşısında; askerlik hizmetinden "kısmen kurtulmak" amacına yönelik fiilerin askerlik hizmetinin bir bölümünden kurtulmayı hedef alması gerektiği, bunu hedef almayan ve askerlik işlemlerinin geciktirilmesine yönelik eylemlerin bu kapsamda kabul edilemeyeceği, … Bunun aksine bir düşünce ile ve askerlik hizmetinin geç yapılmasını da "kısmen kurtulmak" olarak kabul etmek, ancak yorum yoluyla mümkün olabilece(ği), Maddi ceza hukukunda yorum yoluyla kanunen tarif edilmiş bir suç tipinin kapsamının genişletilmesine olanak bulunmadığından, askerlik hizmetinin geç yapılmasına yönelik fiillerin As.C.K.nun 81 nci maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu(nun) kabul edileme(yeceği), Nitekim, bu tür fiillerin müeyyideleri AsCK.nun 63 ncü maddesinde düzenlendiği gibi, bu sırada işlenmiş sahtecilik v.s. suçlar söz konusu ise bunlar hakkında genel hükümlerin uygulanacağı" açıklanmıştır. Bu durumda suç failleri AsCK 63 yanında ayrıca TCK sahtecilik hükümleri gereğince cezalandırılacaktır' (As.Yar.DK., 18.03.1999 tarih 1999/28-57 E-K., As.Yar.Der., S.13, Y.2001, s.197-198, Duran 'Askerlîkten Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK m.81)', s.349). Buna karşılık Askerî Yargıtay'ın aksi yönde de kararlarına rastlamak mümkündür: "Sanık adına çıkarılan son yoklama çağrı pusulasının 24.6.1993 tarihinde teyzesinin oğluna tebliğ edilerek 27.7.1993 tarihinde son yoklamasını yaptırmak üzere Askerlik Şubesinde hazır bulunmasının istendiği, ancak, zamanında son yoklamasını yaptırmaması nedeniyle Arpaçay Askerlik Şubesince yoklama kaçağı olarak takibe alınan sanığın, maddî bir bedel karşılığında tanımadığı kişilerden elde ettiği, İstanbul Beykoz Fevzi Çakmak Lisesinde öğrenci olduğuna dair 9.9.1994 tarihli sahte öğrenci durum belgesini İstanbul Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığına ibraz ettiği, müteakiben bu belgenin sahteliği anlaşılamayarak askerliğin 1111 sayılı Kanunun 87'nci maddesi uyarınca ertelendiği, bu sürenin sonunda öğrenci olduğuna dair bir başka belge ibraz etmediğinden 1995 yılından itibaren tekrar yoklama kaçağı olarak aranmaya başlanan sanığın birkaç gün üst üste Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığının bahçesine geldiği ve 1994 yılında kendisine sahte öğrenci durum belgesi tedarik eden kişileri aradığı, bir süre sonra bu kişilerden birine şube bahçesinde rastlayarak bu kez yine sahte bir öğrenci durum belgesi tedarik ederek, 13.10.1995 tarihli bu belgeyi Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığına ibraz ettiği ve bu belgedeki sahteciliğin farkına varılamayarak işleme konulduğu ve sanığın askerliğinin 31.10.1996

Yukarıdaki örneğe göre, failin amacı sevkini geciktirmek olduğundan kanaatimizce AsCK m.63 ve TCK m.212[153] gereğince sahtecilik suçundan gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılmalıdır.

D. TEKERRÜR

TCK'da hangi suçlar yönünden tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı düzenlenmiştir (TCK m.58/4). Saklı, yoklama kaçağı ve bakaya suçları, AsCK'da düzenlenmiş olmasına rağmen yukarıda açıklandığı üzere sırf askerî suç niteliğinde değildir. Bu nedenle şartları oluştuğu takdirde, AsCK m.63 ve diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanabilir.[154]

VII.MUHAKEME KONULARI

A. GÖREV VE YETKİ

AsCK m.63'ün suç failleri olan sivil şahıslar daha önce barış döneminde de askerî mahkemede yargılanabiliyorlardı. Ancak 5.10.2006 tarihinde yürürlüğe giren 29.6.2006 gün ve 5530 sayılı *"Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"*un 4'ncü maddesi ile sivil şahısların barış döneminde askerî mahkemelerde yargılanmasına son verilmiştir.[155] Ancak bu durum sivil kişilerin askerî bir suçun faili olamayacakları şeklinde anlaşılmamalıdır. Nitekim 353 sayılı AsYUK m.13'te[156] hükmüne göre, sivil

---

tarihine kadar ertelendiği, 31.10.1996 tarihinden sonra Askerlik şubesine, sanığın öğrencilik durumunun devam ettiğine dair başka bir belge gelmeyince sanığın tekrar yoklama kaçağı olarak takibe alındığı ve İstanbul Beykoz Fevzi Çakmak Lisesine durumu sorulan sanığın başlangıçtan itibaren anılan okulun öğrencisi olmadığının anlaşıldığı, böylece, sanığın ikna ve iğfal kabiliyetine sahip 2 ayrı sahte belge sunup, askerlik hizmetini geciktirmeyi amaçlayarak, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işlediği kabul edilerek atılı suçtan suçtan mahkumiyetine karar" vermiştir'' (As.Yar.4D., 6.7.2004, 2004/951-948 E-K., Duran, 'Askerlîkten Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK m.81)', s.349-350).

153 TCK m.212 hükmü şöyledir: 'Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur'.

154 Çelik, s.83.

155 Nitekim CMK m.3 hükmünde de açıkça, 'Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askerî Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirâk halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcıları, kovuşturmaları adlî yargı mahkemeleri tarafından' yapılacağı açıklanmıştır.

156 353 sayılı AsYUK'un 13'ncü maddesinde barış dönemi sivillerin işleyebileceği

bir kişinin barış zamanı AsCK m.63'ün faili olmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak savaş zamanı AsCK m.63'ün suç failleri askerî mahkemede yargılanacaktır.[157]

Yetki konusuna gelince: AsCK m.63'ün mütemadi suç olması nedeniyle CMK'daki genel yetki kuralı gereğince, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesinin yetkili olması gerekmektedir (CMK m.12/2). Ancak 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 89/son fıkrasında, '*Barışta, dördüncü fıkra uyarınca verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra dördüncü fıkrada sayılan eylemlerden herhangi birini işleyenler ile bu eylemleri seferberlik ve savaş halinde işleyenler hakkında askerlik şubelerince suç dosyaları hazırlanarak yükümlünün nüfusa kayıtlı olduğu yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir'* hükmü ile kanaatimizce CMK m.12/2'deki genel yetki kuralına bir istisna getirilmekte ve davanın görüleceği yerin, failin nüfusa kayıtlı olduğu yer ceza mahkemesi olacağına işaret edilmektedir. Failin nüfusa kayıtlı olduğu yerde adliye bulunmuyor ise nüfusa kayıtlı olduğu ilçenin bağlı olduğu yer adli yargı mercilerinde yargılaması yapılacaktır.[158]

AsYUK 21'nci maddesinin 29/6/2006 tarihli 5530 sayılı Kanun'la değişik 4 ve 5'nci fıkralarında savaş halinde bu suç faillerinin yargılanacakları yetkili askeri şöyle açıklanmaktadır: '*Savaş hâlinde saklı, yoklama kaçağı, bakaya ve geç iltihak suretiyle bakaya suçlarından sanık erbaş ve erler ile sevk edildiği eğitim merkezine zamanında katılmamak suretiyle bakaya suçu işleyen yedek subay adayları, eğitimlerini takiben verildikleri birlik veya kurumların tâbi oldukları askerî mahkemede yargılanırlar.*

Savaş hâlinde saklı, yoklama kaçağı ve bakaya suçlarından sanık yedek subay aday adayları, kayıtlı bulundukları askerlik şubelerinin tâbi olduğu askerî mahkemede yargılanırlar'.

---

suçlar şöyle açıklanmaktadır: 'Askerî Ceza Kanunu'nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adlî yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle' yapılacaktır.

157 Nitekim 353 sayılı AsYUK'un 'Savaş halinde askerî mahkemenin görevi' başlıklı 14'ncü madde (G) bendindeki hükme göre; ' 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 75, 78, 80, 81, 93, 94, 95, 100, 101, 102, 124, 125 ve 127 nci maddelerinde yazılı suçlara ait davaların' suç faillerinin askerî mahkemede yargılanacağı açıklanmaktadır.

158 Çelik, s.83.

B. DAVALARIN GERİ BIRAKILMASI

Davaların geri bırakılması' başlıklı AsYUK'un *'*m.20/1'de; *'Er ve erbaşlar ile yedek subayların askere girmeden veya silâhaltına çağrılmadan önce işledikleri yukarı haddi iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlara ait davalarda soruşturma ve kovuşturma işlemleri askerliklerini bitirmelerine kadar geri bırakıl(acağı)'* açıklanmaktadır.

Yukarıdaki hükme göre, AsCK m.63'ün suç faillerinin 'askere girmeden' önce işlediği suçlardan biri ise de, bu suç 'silâhaltına çağrılmadan önce' değil silahaltına çağrılmalarından sonra işlenebilir. Yine AsCK m.63/1'de faile verilecek cezanın üst sınırı üç yıla kadar hapis cezasıdır. Bu nedenlerle kanaatimizce AsCK m.63'ün suç faillerinin davaları askerliklerinin bitimine kadar geri bırakılamayacaktır.[159]

C. FARKLI YARGI YERLERİNİN TESPİTLERİNİN BAĞLAYICILIĞI

Doktrinde farklı yargı yerlerinin tespitlerinin bağlayıcılığı konusundaki tartışmalar, daha çok hukuk ya da idari yargıda verilen kararların ceza mahkemelerini bağlayıp bağlamayacağı bakımındandır[160]. Buradaki konu ise, daha önce Askerî Yargıtay tarafından bu suç tipi hakkında oluşturulan içtihatların, adli yargı ceza mahkemesi ya da Yargıtay'ı bakımından bağlayıcı olup olmadığıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında[161], '*Hukuk ve ceza davalarının konuları, tarafları ve amaçları farklı olduğundan, ceza mahkemesi kararları(nın), hukuk davaları için kural olarak kesin hüküm oluşturma(yacağına)…*' karar vermiştir. Yargıtay bir kararında, hukuk mahkemesi kararlarının tümüyle devre dışı tutulmasının mümkün olmayacağını, aksi durumun her iki mahkeme kararındaki zıtlıkların, kesin hüküm konusunda sorunlara yol açacağına ve toplumda da yargıya olan güveni sarsacağını açıklamıştır.[162]

---

159 Çelik, s.149.

160 Bu tartışmalar için bkz. Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2015, s.85-91.

161 AYM, Bireysel Başvuru, 8.5.2014, Başvuru No:2013/7740. Ayrıca bkz.AYM, Bireysel Başvuru, 6.2.2013, Başvuru No: 2013/7123, Ünver/Hakeri, s.87.

162 2.CD, 11.12.1945, 10997/10809, Ünver/Hakeri, s.87.

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında konu değerlendirildiğinde, askerî yargı ile adli yargı görev ve yargılama usulü noktasından ayrılmış olmakla birlikte, ikisi de ceza mahkemesidir. Askerî yargı ceza yargısının bir alt koludur. Her iki yargının da amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılarak adaletin sağlanmasıdır. Kanaatimizce bu nedenle askerî yargı tarafından verilen eski tarihli kararlar, suç konusu maddenin unsurlarında herhangi bir değişiklik olmadığı sürece, adli yargı mercileri tarafından değerlendirilmelidir. Ancak bu suç tipine ilişkin daha önce verilen *'Askerî Yargıtay İBK Kararları'* kanun gücünü taşıdıklarından kaldırılmadıkları sürece kanaatimizce adli yargı ceza mahkemeleri bakımından da bağlayıcıdır.

Yine bu konuyla bağlantılı olarak diğer bir husus AsCK m.63/1'deki '*Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra*' hükmünün hâkim bağımsızlığı açısından değerlendirilmesidir. Ünver/Hakeri'ye göre, idare mahkemesinin kararlarının ceza mahkemesi hâkimi için çok önemli bir karine oluşturacağında kuşku bulunmamaktadır. Yazarlara göre, başka bir mahkemenin yargısı, istisna olarak olayı belirleme bakımından ceza mahkemesini bağlayabilmelidir.[163]

AsCK m.63 söz konusu olduğunda, yükümlü hakkında kabahat türü bir haksızlığa karşı idari merciler tarafından verilen ve kesinleşen bir karar bulunmakta, ancak bu karar ceza hâkimini AsCK m.63 bakımından yapacağı değerlendirmede bağlamaktadır. Zira bu durum AsCK m.63/1'de suçun bir ön şartı olarak düzenlenmektedir. Eğer bu idari karara karşı, daha önce kanun yoluna gidilerek, karar asliye ceza mahkemesi tarafından kesinleştirilmişse mesele yoktur. Çünkü bu durumda idari bir kararın bir ceza mahkemesi kararı ile kesinleştirilmesi söz konusu olup, ortada bir ceza mahkemesi kararı olduğundan, bu karar fail hakkında AsCK m.63'ten dolayı yargılama yapan ceza mahkemesini de bağlayacaktır. Ancak eğer bu karara karşı kanun yoluna gidilmemişse kanaatimizce hâkim ön şartın varlığını re'sen inceleyebilmeli, gerektiğinde bu kararı kaldırabilmelidir. Aksi durum hâkim bağımsızlığı açısından kanaatimizce sakıncalı olacaktır.

163 Ünver/Hakeri, s.89.

D. DAVA ZAMANAŞIMI

AsCK'nın *'Askerî cürümlerde dava ve cezanın nasıl düşeceği'* başlıklı 49'ncu maddesine göre, *'Askerî suçlarda dava ve cezanın düşmesi hususlarında Türk Ceza Kanununun birinci kitabının 9 uncu babı hükümleri tatbik'* olunacağı açıklamasından sonra maddenin (A) bendinde *yer alan "… fülleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askerî mükellefiyetlerin … bitmesinden itibaren işlemeğe başlar"* ibaresi, "bakaya suçu" yönünden Anayasa Mahkemesi'nin 30/3/2011 tarihli ve E.:2007/95, K.: 2011/61 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Bu nedenle AsCK m.63 bakımından da TCK'nın dava ve ceza zamanaşımına ilişkin süreleri geçerli olacaktır.

Yine burada AsCK m.49 hükmünün adli yargı mercilerince uygulanıp uygulanamayacağı konusuna da açıklık getirilmelidir. Kanaatimizce 353 sayılı AsYUK'un 13'ncü maddesinde bu konu *düzenlenmiştir.* Madde hükmü şöyledir*: 'Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adlî yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır'.*

Yukarıdaki hükme göre, barış zamanı siviller hakkında AsYUK m.13'te yer alan suçlardan dolayı yargılama yapacak adli yargı mercileri sadece 13'ncü maddede sayılan suçları değil, bu suçlarla ilgili olan diğer AsCK hükümlerini de göz önüne alacaklardır. Bu nedenle AsCK m.63 bakımından kanaatimizce AsCK m.49 hükmünün de adli yargı mercilerince göz önünde tutulması gerekecektir.

VIII. YAPTIRIM

AsCK m.63/1'de kanaatimizce failin tehlikelilik durumuna göre kademeli bir biçimde artan oranda bir yaptırım **öngörülm**ektedir. Yine maddede kanun koyucu tarafından, failin yakalanmasına oranla kendiliğinden gelmesine ve kendiliğinden geldiği (temadiyi kestiği) sürenin kısalığına göre, cezayı azaltan etkin pişmanlık[164] kurumuna yer verilmiştir.

---

[164] Doktrindeki görüşlerden birinde etkin pişmanlık; Suçun bütün unsurları ile tamamlanmasından sonra failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısıyla faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden kurum olarak tanımlanmaktadır (Hakeri, s.524).

Suçun faillerine verilecek cezaların şartları varsa; ertelenmesi (AsCK m.47)[165] hükmün açıklanmasının geri bırakılması(AsYUK Ek m.4)[166] ya da seçenek yaptırımlara çevrilmesinde (AsCK Ek m.8)[167]kanaatimizce bir mahsur bulunmamaktadır. Ancak suçun seferberlik halinde işlenmesi (AsCK m.63/2) durumunda; sanığın cezasının ertelenmesi (AsCK m.47/C), seçenek yaptırımlara çevrilmesi (AsCK Ek m.8/C) ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması (AsYUK Ek m.4/C) mümkün değildir.

Bir başka husus, 6722 değişikliğinde gözden kaçırılan "önödeme"

---

165 AsCK'nın 23.6.2016 tarih ve 6722 sayılı Kanun'la değişik 'Erteleme' başlıklı 47'nci maddesi şöyledir: 'Türk Ceza Kanununun hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümleri, askerî suçlar hakkında da uygulanır. Ancak aşağıdaki hâllerde hapis cezaları ertelenmez: A) Sırf askerî suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın üç ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi. D) Daha önce sırf askerî bir suçtan dolayı mahkûm olunması'.

166 23.6.2016 tarihli 6722 sayılı Kanun'la 353 sayılı AsYUK'a eklenen Ek Madde 4 hükmü ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla ilgili olarak düzenleme yapılmıştır. AsYUK Ek Madde 4 hükmü şöyledir: ' 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, aşağıdaki hâller hariç askeri suç ve cezalar hakkında da uygulanır: A) Sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilmesi. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi'.

167 6722 sayılı Kanun'la AsCK'nın Ek 8'nci maddesi değiştirilmek suretiyle, askeri suçlardan dolayı verilen kısa süreli hapis cezalarının TCK'nın 50'nci maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilmesi koşulları da düzenlenmiştir. AsCK'nın Ek Madde 8 hükmü şöyledir: 'Askeri mahkemeler ve adli yargı mahkemeleri tarafından verilen kısa süreli hapis cezaları; 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen seçenek yaptırımlara, diğer askeri şahıslar hakkında ise aynı fıkranın (a), (b) ve (d) bentlerinde belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Ancak aşağıdaki hâllerde kısa süreli hapis cezaları seçenek yaptırımlara çevrilemez: A) Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın dört ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi.1076 sayılı Kanun hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında verilen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır…'.

kurumuna 24/11/2016 tarihli 6763 sayılı Kanun'la, AsCK'nın Ek 8'nci maddesine eklenen son fıkrada yeniden yer verilmiş olmasıdır. Bu fıkra hükmüne göre, *'Sırf askerî suçlar ile hapis cezasının* üst *sınırı* üç *ayı geçen askerî suçlar hakkında,* önödeme *hükümleri' uygulanamayacaktır.*

Öte yandan 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişiklikle ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır. Bu değişiklik 14 Temmuz 2004 tarih ve 5218 sayılı Kanun'la diğer kanunlara yansıtılmış ancak AsCK'da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 1982 Anayasası'nda ölüm cezası kaldırıldığından ve Anayasa'nın 38'nci maddesinde açık bir şekilde 'ölüm cezası'nın verilemeyeceği düzenlendiğinden AsCK'nın 63'ncü maddesinde düzenlenen suçun seferberlik halinde işlenmesi halinde öngörülen ölüm cezasının da artık kanaatimizce bir hükmü bulunmamaktadır[168].

SONUÇ

Yoklama kaçağı bakaya suçlarını düzenleyen AsCK m.63 hükmü orijinal düzenlenişinden itibaren bir takım değişiklikler geçirmiştir. Ancak madde üzerinde 31.3.2011 tarih 6217 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik bugüne kadar yapılanların en önemlisidir. Zira bu değişiklikle eylemin, barış zamanında ilk kez işlenişi 1111 sayılı Askerlik Kanunu 89'ncu maddesinde düzenlenen ve idari para cezasını gerektiren bir kabahat, bu cezanın kesinleşmesinden sonra ikinci kez işlenişi ise AsCK m.63 kapsamında bir suçtur. *Böyle bir düzenleme yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere* kanaatimizce gerek Kabahatler Kanunu gerekse 5237 sayılı TCK'ndaki tekerrür müessesesinin özüne ve ceza hukukunun temel ilkelerinden faile verilecek cezanın fiilin ağırlığı ile orantılı olması ilkesine (TCK m.3/1) aykırıdır.

6217 sayılı Kanun'da bu değişikliğin, adaletin hızlı bir şekilde işletilmesi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması gerekçesine dayandırılması da gerçekçi değildir. Zira yukarıda açıklandığı üzere kabahatlerden dolayı verilen idari para cezalarına ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yolunda itirazı inceleyecek mahkeme yine bir ceza mahkemesidir (5326 SK. m.27/1). Burada hem idari makamların iş yükü artmakta hem de itiraz mahkemesi olarak ceza mahkeme-

168 Değirmenci Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2014, s.219-220.

lerinin iş yükü artmaktadır. Ayrıca bu gerekçe hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Maddenin düzenleniş şekli ile ilgili olarak '*Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı, Firar*' şeklinde açıklanan fasıl başlığı madde içeriği ile uyumlu değildir. Zira saklı eylemi 6217 sayılı Kanun'la AsCK m.63/1 metninden çıkarılmıştır. Yine AsCK m.63'e ait bir madde başlığı bulunmamaktadır.

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun m.89/4'ncü fıkrasında diğer kabahatlerin(yoklama kaçağı, bakaya) AsCK m.63/2'de bir karşılığı bulunmasına rağmen saklı eyleminin seferberlik döneminde bir karşılığı bulunmamaktadır.

AsCK m.75 kapsamında bakaya, yoklama kaçağı ya da saklı eyleminin suç faillerinin olağanüstü hallerde çalıştırılması ya da gizlenmesine yardımcı olunması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmekteyken, asıl suçun faillerinin cezalandırıldığı AsCK m.63 bakımından bu suçun olağanüstü hallerde uygulanmasına ilişkin nitelikli bir durumu yer verilmemesi AsCK içinde kanaatimizce çelişki yaratmaktadır. Yine AsCK m.75 hükmünde saklı eyleminin kabahatlilerinin de çalıştırılması ya da gizlenmelerine yardımcı olunması, AsCK m.75'de suçun konusunun sadece AsCK m.63'ün faillerini değil aynı zamanda 1111 sayılı Kanun m.89/4'de yer alan eylemlerin kabahatlilerini de kapsadığını düşündürmektedir. Bu nedenle kanaatimizce AsCK m.63 ve AsCK m.75 hükümleri yapılacak değişiklikle birbirine uyumlu hale getirilmelidir.

Askerlik Kanunları, barış döneminde belli yükümlüler bakımından, askerlik hizmetinin fiili bir askerlik hizmeti olarak değil, bedelli ya da dövizle askerlik şeklinde para ödemek suretiyle yerine getirilmiş sayılmasına müsaade etmektedir. Kanaatimizce Anayasanın eşitlik (m.10) ve suç ve cezada orantılılık ilkesi (TCK m.3/1) bakımından bu eylemin barış zamanında ceza karşılığı hapis cezası değil adli para cezası olmalıdır.

Kaynakça

Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/ Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011.

Bal Kemal, Askerî Yargı İle İlgili İçtihatlar, Ankara, 2002, s.45-1

Başara Gamze Turan, 'Türk Medeni Kanunu'nun 40'nci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları', *TBB Dergisi* 2012 (103), http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-103-1234, 06.04.2016.

Çelen Orhan, En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Ankara 1997.

Çelik Adem, Saklı, Yoklama Kaçağı ve Bakaya Suçları, Ankara 2012.

Değirmenci Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2014.

Demirağ Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.

Duran Gökhan Yaşar, 'Askerlikten Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK m.81)', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2013, Yıl:25, S.105.

Duran Gökhan Yaşar, 'Askerî Ceza Kanunu'nda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)', *MÜ.Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi* (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl:2013, C.19, S.2.

Dülger Murat Volkan, 'Hukuka Uygunluk Nedenleri İle Mazeret Nedenleri Arasındaki ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme', *Ceza Hukuku Dergisi (CHD),* Yıl.9, Sayı.24, Nisan 2014.

Ergül Ergün, Uygulamada Yoklama Kaçağı Bakaya ve Saklı Suçları, Ankara 1997.

Erman Sahir, Askerî Ceza Hukuku, İstanbul, 1983.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2015.

Işıklar Celal, Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret, Ankara 2011.

Kangal Zeynel T., Kabahatler Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2011.

Kangal Zeynel T., Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012.

Koca Mahmut /Üzülmez İlhan, Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), 6.Baskı, Ankara 2013.

Koç Cihan, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askerî Ceza Kanunu TSK Disiplin Kanunu ve Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 21.Baskı, Ankara 2014.

Mahmutoğlu Fatih Selami, 'Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku'nun Temelleri', T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009.

Özbakan Hulusi, Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990.

Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2015.

Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara 2016.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Bası, Ocak 2006.

Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2015.

Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, İstanbul 2013.

İSTİNAF KANUN YOLUNDA BOZMANIN SİRAYETİ SORUNU

THE PROBLEM REGARDING THE EXTENSIVE EFFECT OF THE REVERSAL OF JUDGEMENT IN THE APPEAL PROCESS

Yaprak ÖNTAN*

Özet: 'Bozmanın sirayeti', temyiz kanun yolu bakımından, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 306. maddesinde, mülga 1412 sayılı Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler arasında bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu makalede, istinaf kanun yolu için bir düzenlemeye ihtiyaç duyulup duyulmadığı ve 306. madde hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bozmanın Sirayeti, İstinaf, Kıyas, İstisnai Norm

Abstract: Extensive effect of the reversal of judgment regarding appeal on law, is regulated under article 306 of Criminal Procedure Code no: 5271, similar to the regulation in former code no:1412. However, there is no provision in this respect among the ones regarding appeal. This article argues whether a regulation for appeal is required and questions whether article 306 could be applied by analogy.

Keywords: Extensive Effect of the Reversal of Judgment, Appeal, Analogy, Exceptional Norm

Bilindiği üzere, 20.07.2016 tarihi itibariyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun istinaf ve temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya başlamıştır.[1] Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle beraber, istinaf kanun yolu bakımından yapılan ya da yapılması gereken birçok düzenlemenin de aynı zamanda tartışılmaya başlandığı görülmektedir. İstinaf kanun yolunda, bozmanın istinaf kanun yoluna başvurmayan sanıklar bakımından herhangi bir etki doğurup doğurmayacağı; yani bozmanın sirayeti kurumu da bunlardan bir tanesidir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

1 Bkz. Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar, R.G., 07.11.2015, S. 29525.

Birleştirilerek görülen davalarda, görünüşte bir tek son karar olmasına rağmen sanık sayısınca son karar söz konusudur.[2] Bu nedenle, sanıklardan birinin verilen karara karşı yaptığı kanun yolu başvurusu, diğer sanıklar hakkında verilen hükümleri kapsamaz. Kanun yoluna başvurmayan diğer sanıklar hakkında verilen hüküm, kanun yoluna başvurma için öngörülen sürenin sonunda kesinleşir. Aynı şekilde, Cumhuriyet savcısı ya da katılan veya vekili, sanıklardan biri hakkında verilen son karara karşı kanun yoluna başvurduğunda, diğer sanıklar hakkında hükmolunan son kararlar kesinleşir.

Ancak temyiz kanun yolu bakımından, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gibi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da, ilgili hükümdeki şartlar sağlandığı takdirde, temyiz yoluna başvurmayan veya temyize başvurmakla beraber başvurusu kabul edilmeyen[3] sanıkların da bu yola başvurmuşlarcasına, hükmün bozulmasından yararlanmalarını kabul etmiştir. Buna; bozmanın sirayeti[4], bozma kararının genişleme etkisi[5] ya da yayılma etkisi[6] denilmektedir.

Bağlantı nedeniyle[7] birleştirilerek[8] görülen davalarda, bozmanın temyiz etmeyen sanıklara sirayet edebilmesi için ilk şart, temyize baş-

---

2 Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, Beta Yay., İstanbul 1989, s. 1101; Nevzat Toroslu, - Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., Ankara 2016, s. 375.

3 Kunter, s. 1101.

4 Faruk Erem, "Bozmanın Sirayeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1963, s. 5 vd.

5 Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, B. 5, Alfa Yay., İstanbul 1994, s. 488.

6 Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 2, B. 2, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1976, s. 176; Bahri Öztürk, - Durmuş Tezcan, - Mustafa Ruhan Erdem, - Özge Sırma Gezer - Kırıt Saygılar - F. Yasemin - Özdem Özaydın - Esra Alan Akcan - Efser Erden Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 10, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 655.

7 Bağlantının CMK madde 8 uyarınca dar anlamda bağlantı olması gerektiği, geniş bağlantıda bozmanın sirayet etmeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Kitap, İstiklal Matbaacılık, Ankara 1953, s. 85 ve Adalet Bakanlığı Tasarısı madde 337'nin gerekçesi (https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm). Ancak Kanun bağlantı konusunda bir ayrım yapmamıştır ve özellikle CMK'nın düzenlemesinin bozmanın sirayetini muhakeme hukukuna aykırılık halinde de kabul ettiği göz önünde bulundurulduğunda, sanıklardan birinin işlediği iddia edilen suçun, diğer sanığın işlediği iddia edilen suçun işlenmesine fayda sağlaması veya suçların sanıklar tarafından birbirlerine karşı işlenmesi gibi geniş bağlantı örneklerinde de, bozmanın sirayeti mümkün olabilir.

8 Bağlantı olmasına karşın davalar birleştirilerek görülmediyse bozmanın sirayetinin söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir. Kantar, s. 85.

vuran veya lehine olarak temyize başvurulan[9] sanık hakkındaki son kararın sanık lehine bozulmuş olması ve doktrindeki bir görüşe ve uygulamaya göre bu bozma kararına uyulmasıdır.[10] CMUK madde

9 Hükmün yalnızca sanıklardan birinin temyiz başvurusunda bulunması halinde değil, Cumhuriyet savcısının sanıklardan biri lehine temyiz başvurusunda bulunması durumunda da uygulanması gerekir. Erem, s. 7; Kantar, s. 86.

10 "Ceza Genel Kurulu'nun yerleşmiş yargısal kararlarında da vurgulandığı üzere, hükmü temyiz etmeyen sanığın, sirayet nedeniyle bozma kararının sonucundan yararlanabilmesi için öncelikle bozma kararına uyulması ve cezanın uygulanmasında önceki hükmü temyiz eden diğer sanık lehine yeni bir karar verilmesi zorunludur. Ancak o zaman lehe olan bozma kararı, adaleti sağlamak amacıyla hükmü temyiz etmeyen sanığa sirayet ettirilecektir. Aksi takdirde temyiz davası açan sanık için kabul edilmeyen bir bozma nedeninin, yasa yoluna başvurmayan sanık lehine kabulü gibi bir sonuca ulaşılacaktır. Bu sonuç ise, temyiz eden sanığın aleyhine, temyiz etmeyen sanığın lehine olup, eşitlik ilkesine aykırı olarak çelişkili bir uygulamaya neden olacağından sirayet kurumunun amacına aykırıdır. Somut olayda yerel mahkemece direnme kararı verildiğinden, bozma kararının diğer sanıklara sirayeti olanaksız olup…" YCGK, T. 26.01.2010, E. 2009/7-260, K. 2010/2 (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz. YCGK, T. 08.04.2014, E. 2013/14-794, K. 2014/177 (www.kazanci.com). Bir diğer ifadeyle, hükmü temyiz etmemiş olan sanıklarca, bozma kararı üzerine verilen direnme kararına karşı temyiz başvurusunda bulunulması mümkün olmamaktadır. Yener Ünver - Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 12, Adalet Yay., Ankara 2016, s. 825-826.
Hatta temyiz başvurusunda bulunmayan sanığın, bozma kararına uyulması sonucu verilen yeni ve lehe hükümden yararlansa da bu hükme karşı kanun yoluna başvurmasının mümkün olmadığı da savunulmaktadır. Kunter, s. 1102. "Mahkemece verilen 5.10.2010 tarih ve 2010/217-360 E.-K sayılı ilk hükmün atandığından haberi bulunan suça sürüklenen çocuk müdafii tarafından süresi içerisinde temyiz edilmediği, sirayet sebebiyle bozma sonrası verilen hükmü de suça sürüklenen çocuğun temyiz etme hakkı hukuken mümkün olmadığından…" Y. 13. CD., T. 7.6.2016, E. 2015/10333, K. 2016/10553 (www.kazanci.com). Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hükümde böyle bir sınırlama yer almadığından, temyize başvurmuş olan sanığa tanınan tüm haklardan diğer sanıkların da yararlanması gerekir. Toroslu - Feyzioğlu, s. 376-377. Nitekim 13. Ceza Dairesi'nin verdiği kararın karşı oy yazısında; "5320 sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun›a eklenen geçici (ya da 1412 Sayılı CMUK›un 305 /son maddesinde) maddesinde belirtilen istisnalar dışında, bütün nihai kararlar yani hükümler temyiz kanun yolu denetimine tâbidir. İstisna kapsamında kalan hükümler ise; kesindir. Önceki hüküm suça sürüklenen çocuk ... müdafii tarafından süresi içerisinde temyiz edilmemiş ise de, suça sürüklenen çocuk ...'ın 1412 sayılı CMUK'un 325. maddesi uyarınca sirayet sonrası ele alınan dava dosyasında aleyhine olarak verilen hükmü temyiz edemeyeceğine dair çoğunluk görüşü, İHAS›ın 6., 7 No.'lu Ek Protokol'ün 2. ve 5320 Sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a eklenen geçici (ya da 1412 sayılı CMUK'un 305 /son) maddelerinin amir hükümleri ile "istisnaların genişletici yoruma tabi tutulamaması" ilkesi uyarınca kabule şayan değildir.." denmiştir. Y. 13. CD., T. 7.6.2016, E. 2015/10333, K. 2016/10553 (www.kazanci.com).
Bu konuda en iyi çözümün kanun koyucunun varolan yasal boşluğu doldurması olduğu şeklindeki görüş için bkz. Öztürk – Tezcan - Erdem vd., s. 656.
Alman hukukunda bozmanın sirayetinden sonra verilen yeni hükmün daha önce

325'e göre, son kararın cezanın uygulanmasındaki aykırılıktan dolayı bozulmuş olması ve bozulan hususların temyize başvurmayanlara da uygulanabilir olması, bozmanın sirayetinin diğer şartlarıydı. CMK ise 306. maddesinde, bozmanın sirayet etmesi için sanık lehine bozulan hususların diğer sanıklara da uygulanabilir olmasını aramaktadır. CMUK ve CMK hükümleri arasındaki temel fark ise CMK'nın, CMUK'un aksine kararın, cezanın uygulanmasındaki; yani ceza kanunlarının uygulanmasındaki aykırılıktan[11] dolayı bozulmasını aramamış olmasıdır.[12] Buna göre artık, bir muhakeme normuna aykırılık nedeniyle sanık lehine bozma kararı verilmesi halinde de, bu hususun diğer sanıklara da uygulanabilir olması şartıyla, bozma sirayet edecektir. Örneğin; sanıklara son söz verilmeden bitirilen bir yargılama sonucu verilen hükme karşı yapılan istinaf başvurusu, bölge adliye mahkemesince reddedildikten sonra veya bölge adliye mahkemesinin duruşma açarak yeni bir hüküm verdiği bir yargılamada, hazır bulunan sanıklara son sözün verilmemesi halinde, sanıklardan biri tarafından temyiz kanun yoluna başvurulduğunda, Yargıtay ceza dairesinin savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle vereceği bozma kararından temyiz etmeyen diğer sanıklar da yararlanacak ve onlar hakkında verilmiş olan hüküm de bozulmuş olacaktır. Temyiz başvurusunda bulunmayanlar bakımından hükmün kesinleşerek infazına başlanmış olması halinde dahi, bozma sirayet edecektir.[13]

---

temyiz başvurusunda bulunmamış sanıklarca temyiz edilebileceği belirtilmektedir. Meyer-Goßner, Lutz - Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung, Auflage 58, C.H. Beck, München 2015, s. 1460.

11 CMUK madde 325'te yer alan, "Hüküm, cezanın tatbikatında kanuna muhalefet edilmesinden dolayı…" hükmüyle, bozmanın sirayeti için ceza kanunlarının yanlış uygulanmasının arandığı, ancak bozma nedeni muhakeme hukukuna aykırılık olduğunda, bozmanın sirayet etmeyeceği belirtilmekteydi. Kunter, s. 1101; Toroslu - Feyzioğlu, s. 420; Yurtcan, s. 488; Kantar, s 86.

12 1.12.2004 tarihli Adalet Komisyonu Raporu'nda, tasarının ilk halinde korunan "Cezanın belirlenmesinde hukuka aykırılıktan dolayı" ibaresinin hükmün uygulama alanını daralttığı için metinden çıkarıldığı belirtilmiştir (https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm).

13 Hükmün infazına başlanmasının ve hükümlü sıfatının kazanılmasından sonra tekrar infazın durdurulması ve sanık sıfatına dönülmesi şeklindeki kargaşanın önlenmesi için, bozmanın değil temyiz başvurusunun sirayet etmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Erem, s. 7; Tosun, s. 228; Öztürk – Tezcan - Erdem vd. s. 655. Ancak temyiz başvurusunun sirayet ettiği kabul edilirse, örneğin; sadece temyize başvuran sanık bakımından söz konusu olan bir hukuka aykırılık durumunda dahi, başvurma iradesi olmayan sanıklar hakkındaki hükümlerin de kanun yolu incelemesine tabi kılınması gibi bir sonuç çıkacak ve bağlantılı davalarda adeta bir

Temyiz kanun yolu için öngörülmüş olan bu düzenlemenin benzerine istinaf yoluna ilişkin hükümler arasında yer verilmemiştir.[14] CMK madde 306'nın sevk edilmesinin amacı, hükümde bir hukuka

'otomatik' temyiz mekanizması öngörülmüş olacaktır. Hükmün amacının ise bu olduğu söylenemez. Sirayetin bozma yerine temyiz başvurusuna bağlanmasının istek ve süre gibi şartları ortadan kaldıracağı gerekçesiyle isabetsiz olduğu yönündeki görüş için bkz. Kunter, s. 1101. "Adalet duygusu, lehe bozmanın temyiz etmeyen sanığa sirayetini haklı göstermekte ise de, dava olmadan yargılama yapılamayacağı cihetle, temyiz isteğinin sirayetinin kabulü mümkün değildir. Aksi halde temyiz davasında istek ve süre koşulları ortadan kaldırılmış olacaktır…" Y. 11. CD., T. 14.04.1997, 1121/1133 (Günay, Erhan, Uygulamada ve Öğretide Bozmanın Sirayeti Aleyhe Bozma Yasağı, Seçkin Yay., Ankara 2000, s. 24.)

14 Alman CMK'da (StPO) da bozmanın sirayeti hukuki soruna ilişkin hukuka aykırılık iddialarını değerlendiren temyiz merciinin verdiği kararlar bakımından söz konusu olmaktadır. Madde 357'ye göre, ceza kanunlarının uygulanmasındaki ihlal nedeniyle hüküm sanık lehine bozulursa ve bozulan kısım temyiz başvurusunda bulunmayan diğer sanıkları da kapsıyorsa/etkiliyorsa, bunlar da temyiz başvurusunda bulunmuş sayılırlar.

İtalyan CMK ise sirayet kurumunu, kanun yollarına ilişkin genel esaslar çerçevesinde düzenlemiş, ayrıca istinaf ve temyiz için ek düzenlemeler sevk edilmiştir.

Madde 587'nin ilk iki fıkrasına göre; bir suça birden çok kişinin iştirak etmesi halinde, tamamen kişisel nedenlere dayanmamak şartıyla sanıklardan biri tarafından yapılan kanun yolu başvurusundan diğer sanıklar da yararlanır. Farklı suçların muhakemelerinin birleştirilmesi durumunda, nedenlerin usul yasalarına aykırılığa dair olması ve tamamen kişisel olmaması şartıyla, sanıklardan biri tarafından yapılan kanun yolu başvurusundan diğer tüm sanıklar da yararlanır. Diğer fıkralarda ise kanun yolu başvurusunun malen sorumlu olanlara etkisi düzenlenmiştir.

Bu dört hipotezin ikili bir etkisi olduğu ifade edilmektedir. Buna göre; başvuruda bulunmayan sanığın kanun yolu muhakemesine katılma hakkı kazanması anlamındaki kanun yolunun yayılması etkisi ile lehte olan kararın kanun yoluna başvurmayan sanıklara sirayet etmesi anlamındaki hükmün yayılma etkisi söz konusu olmaktadır., D. Siracusano - A. Galati A – G. Tranchina – E. Zappala', Elementi di Diritto Processuale Penale, 3ª Ed., Giuffr**è** Editore, Milano 2007, s. 272; Leone, Giovanni, Manuale di Diritto Processuale Penale, 13ª Ed., Jovene Editore, Napoli 1988, s. 656; Cordero Franco, Procedura Penale, 8ª Ed., Giuffr**è** Editore, Milano 2006, s. 1123.

İstinafa ilişkin yargılama öncesi işlemler başlıklı İtalyan CMK madde 601'e göre; 591. maddede öngörülen haller (başvurunun kabul edilemez olması) dışında, başkan, gecikme olmaksızın, istinafa başvuran sanığın, ayrıca savcı tarafından başvurulmuşsa, 587. maddede öngörülen durumlarda veya yalnızca şahsi haklar için başvurulmuşsa, istinaf başvurusunda bulunmayan sanığın da çağrılmasını emreder.

Temyize ilişkin madde 627/5'e göre; bozmaya konu olan kararla, hakkında hüküm verilen sanıklardan biri temyiz başvurusunda bulunmamışsa, bozma nedenleri tamamen kişisel olmamak kaydıyla, temyize başvuran hakkında verilen bozmadan başvurmayan da yararlanır. Bu şekildeki yayılma etkisinden yararlanan sanığın, çağrılması gerekir ve temyiz yargılamasına katılma hakkı vardır. Bu maddenin, 587. maddeyle uyumluluk içerisinde olup, ilaveten çağrı yapma zorunluluğu ile muhakemeye katılma hakkını hükme bağladığı belirtilmiştir. D. Siracusano – A. Galati - G. Tranchina – E. Zappala, Diritto Processuale Penale, Vol. 2º, Giuffrè Editore, Milano 2006, s. 556.

aykırılık olduğunun tespit edilmiş olmasına rağmen, temyiz başvurusunda bulunmamış olan sanığın, temyiz başvurusunda bulunmuş olan sanıktan farklı olarak bozma kararından yararlanamamasının ve mahkûmiyet hükmüne katlanmasının adaletli olmayacak olmasıdır.[15] Hüküm ayrıca, kanun yollarının, aynı konuda birbiriyle çelişen kararların olmaması şeklindeki amacının gerçekleşmesini sağlamaktadır.[16] Bu amaç göz önüne alındığında, istinaf kanun yolu bakımından da bozmanın sirayetinin düzenlenmesi gerekir.

Nitekim bölge adliye mahkemesi de bozma kararı verebilmektedir. Hatta bölge adliye mahkemesi, hukuka kesin aykırılık hallerinde, CMK madde 280/1 uyarınca, duruşma açmaksızın bozma kararı vermektedir. Kanun koyucunun başka hiçbir incelemeye gerek olmaksızın, varlığı halinde hükmün bozulacağını önceden belirlediği hukuka aykırılık hallerinde, bozmanın istinaf kanun yoluna başvurmayan sanıklara sirayet etmemesini, bilinçli olarak tercih ettiği sonucuna varmak için bir neden bulunmamaktadır. Üstelik madde 289'da sayılan hukuka kesin aykırılık hallerinin çoğu, hemen her durumda tüm sanıklar bakımından söz konusu olmuş olacaktır. Örneğin, duruşmanın aleniyeti ilkesine riayet edilmemesi ya da mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemesi, tüm sanıklar bakımından verilen hükümleri hukuka aykırı hale getirir. Dolayısıyla, bozmanın sirayetinin istinaf kanun yolu bakımından da düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Hal böyle olunca, akla temyize ilişkin CMK madde 306'nın kıyasen istinaf kanun yolu bakımından da uygulanması gelebilir; ancak bu mümkün değildir. Ceza muhakemesi normları bakımından da geçerli olan kanunilik ilkesi, ceza normlarında olduğu kadar katı uygulanmamakta[17] ve muhakeme normlarında kural olarak kıyas yapılabilmektedir. Ancak istisnai ve tahdidi normlarda kıyas yapılamaz.[18]

---

15 Kantar, s. 85; Kunter, s. 1101; Tosun, s. 177; Toroslu - Feyzioğlu, s. 375-376. "CMUK'un 325. maddesi, hükmü temyiz etmeyenlerin, edenlerden daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaları adaletsizliğini gidermek amacı ile yasaya konmuştur. Bu suretle temyiz edenler lehine oluşacak durumdan temyiz etmeyenlerin de istifadesi sağlanmış olacaktır..." YCGK, T. 01.04.1985, 515/183 (Günay, s. 41-42).

16 Siracusano – Galati – Tranchina - Zappala', Diritto Processuale Penale, s. 482; Erem, s. 6, 8.

17 Toroslu - Feyzioğlu, s. 10.

18 Kunter, s. 583; Toroslu - Feyzioğlu, s. 14.

Bozmanın sirayetini öngören norm, istisnai bir normdur.[19] Gerçekten de kural, birleştirilerek görülen davaların sonunda, sanık sayısınca son kararın verilmesi ve sanıkların her birinin birbirlerinden bağımsız olarak kanun yoluna başvurma haklarının olmasıdır. Yine kural olarak, süresi içinde temyiz kanun yoluna başvurulmadığında, sanık hakkında verilmiş olan karar kesinleşir. Bu durum, davasız yargılama olmaz ilkesinin bir sonucudur.[20] Bu nedenle, bozma kararının temyiz başvurusunda bulunmayan sanığa da sirayet etmesini öngören ve bu sanığın da temyiz başvurusunda bulunmuşçasına bozma kararından yararlanmasını ve hakkında yeniden yargılama yapılarak yeni bir hüküm verilmesini olanaklı kılan düzenleme, kuralın istisnasını teşkil etmektedir.[21] Kanunda boşluk bulunduğu gerekçesiyle, istisnai nor-

19 Bu normun, bozma kararları dışında, Yargıtay'ın verdiği lehte ıslah kararları bakımından da kıyasen uygulanabileceğini ileri süren ve farklı bir durumla ilgili olarak olsa da kıyası kabul eden görüş de mevcuttur. Bkz. Kunter, s. 1101. "Suç tarihinde, güneşin ... ili ... ilçesinde saat 06:43'de doğduğu, sanık ... yargılama aşamasında suçu olay sabahı saat 06:00-06:30'da gerçekleştirdiklerini belirtmesi dikkate alınarak, hırsızlık eyleminin gündüz vakti işlendiğinin kabul edilmesi gerekirken 5237 sayılı TCK'nın 143. maddesince artırım yapılıp yazılı şekilde hüküm kurularak sanık ve suça sürüklenen çocuk hakkında fazla ceza tayin edilmiş olması,… Bozmayı gerektirmiş, sanık ... ... müdafii ile suça sürüklenen çocuk ... ... müdafiinin temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle isteme uygun olarak Bozulmasına, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK'un 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak hüküm fıkralarından TCK'nın 143. maddesine ilişkin bölümlerin çıkartılması suretiyle; sanık ... ... hakkında TCK'nın 142/1-b, 62, 53. maddeleri uyarınca sonuç olarak 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılması; suça sürüklenen çocuk ... ... hakkında TCK'nın 142/1-b, 31/3, 62. maddeleri uyarınca sonuç olarak 1 yıl 1 ay 10 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına tümcelerinin eklenmesi suretiyle, diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün Düzeltilerek Onanmasına, Düzelterek Onama hükmünün CMUK 325. maddesi uyarınca, hükmü temyiz etmeyen sanıklar ... ... ile ... ...'a sirayetine,…" Y. 13. CD., T. 22.06.2016, E. 2015/14514, K. 2016/11701 (emsal. yargitay.gov.tr). Ancak aşağıda açıklanacak gerekçelerle, normun bozmanın söz konusu olmadığı düzelterek onama/ıslah hallerinde ya da kanun yararına bozma yolunda kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir.

20 Yurtcan, s. 488; Ünver - Hakeri, s. 824; Veli Özer Özbek - Mehmet Nihat Kanbur - Koray Doğan – Bacaksız Pınar – İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 820.

21 Gericke, Jan, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2013, StPO § 357, Rn. 23 (https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/KarlsKoStPO_7/StPO/cont/KarlsKoStPO.StPO.p357.htm); Wiedner, Stefan, Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 26. Ed., C.H. Beck, München 2016, StPO § 357, Rn. 1 (https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/beckok_26_BandStPO/StPO/cont/beckok.StPO.p357.htm); Yurtcan, s. 488; Ünver - Hakeri, s. 824, 825; Özbek – Kanbur – Do-

mun kıyasen uygulanması ise kabul edilemez.[22] Bu anlamda, istisnai normun sanık lehine olması da bir önem taşımamaktadır.

Kaldı ki istinaf, diğer birçok farklılığın yanı sıra, hukuka kesin aykırılık halleri dışındaki hallerde, bölge adliye mahkemesinin duruşma açarak yeni bir son karar verebilmesi bakımından da temyizden ayrılmaktadır. Bozmanın sirayeti kıyasen istinaf için de uygulanacak olsa bile bu, soruna ancak kısmi bir çözüm olur ve duruşma açılarak yeniden hüküm verilen hallerde; yani bir bozma kararının olmadığı hallerde, istinaf başvurusunda bulunmayan sanıklara, bölge adliye mahkemesince verilen hükmün sirayet ettirilmesi söz konusu olmaz. Oysa temyizde bozmaya ve sonrasında bozmanın sirayetine konu olabilecek birçok hukuka aykırılık bakımından bölge adliye mahkemesinin duruşma açması gerekmektedir. Örneğin; tüm sanıklar bakımından geçerli olacak şekilde, haksız tahrikin şartlarının gerçekleştiği dikkate alınmadan hüküm verildiğini tespit eden bölge adliye mahkemesinin duruşma sonucunda vereceği yeni karar, istinafa başvurmayan sanıklara sirayet ettirilemez. Bu nedenle, temyizde bozmanın sirayeti kurumunun yapısı, istinaf kanun yolunun işleyişiyle kıyasa imkân tanıyacak şekilde uyumlu değildir. 1412 sayılı CMUK yürürlükteyken, hukuki sorunun yanı sıra maddi sorunu da inceleyen Yargıtay, maddi soruna ilişkin olarak tespit ettiği hukuka aykırılıklardan dolayı hükmü bozduğunda, bu bozma kararı sirayet edebilmekteydi. Şimdi ise, bölge adliye mahkemesi tarafından incelenecek olan hükmün maddi sorunu ilgilendiren kısımlarındaki hukuka aykırılık iddiaları ile ilgili olarak duruşma açılarak gerekiyorsa yeni bir karar verileceğinden, bir bozma kararı söz konusu olmayacaktır.[23] Örneğin; dinlenmesi gerektiği halde dinlenmeyen bir tanığın istinafta dinlenmesiyle, atılı suçun yargılanan sanıklar tarafından işlenmediğinin anlaşılması üzerine yeniden hüküm tesis edildiğinde, istinaf kanun yoluna başvurmayan

---

ğan – Bacaksız - Tepe, s. 820, 821; Nur Centel, - Hamide Zafer, , Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 10, Beta Yay., İstanbul 2013, s. 762.

22 Aynı yönde bkz. Ali Tanju Sarıgül, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Bilge Yay., Ankara 2009, s. 157. Alman CMK madde 357'deki temyize ilişkin olarak düzenlenmiş hükmün, kıyasen istinafta uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Meyer-Goßner - Schmitt, s. 1457; Wiedner, Rn. 1; Gericke, Rn. 23.

23 Oysaki sirayet adalet esasına dayandığından, esas itibariyle maddi mesele hakkındaki hukuki hatalar bakımından bozmanın sirayet etmesi gerektiği belirtilmektedir. Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 15, Beta Yay., İstanbul 2006, s. 1401.

sanıklara bu hükmü sirayet ettirmek kıyasla dahi mümkün olamaz; çünkü ortada bir bozma kararı yoktur.

Tüm bu nedenlerle, yeni bir düzenleme yapılarak bozmanın sirayeti kurumu istinaf kanun yolu bakımından da öngörülmedikçe veya kanun yolları için genel bir hüküm sevk edilmedikçe, istinaf başvurusunda bulunmayan sanıkların bölge adliye mahkemesinin verdiği bozma kararlarından yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu durumda, istinafta sirayete ilişkin bir hüküm sevk edilene kadar, sanıkların sadece, şartları oluşmuşsa olağanüstü kanun yollarından kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi yollarına başvurmaları söz konusu olabilir.[24] Temyiz kanun yolu için var olan istisnai düzenlemenin kıyasen uygulanması kabul edilemeyeceğinden, temyiz ve istinaf arasında bir farklılık yaratılmış olacaktır. Düzenlemenin, hukuka aykırılığın bulunduğu durumda sanıklardan biri hakkında yeniden yargılama yapılıp hüküm verilirken diğeri hakkında verilen hükmün kesinleşmesinin yaratacağı adaletsizliği önlemek şeklindeki amacı göz önünde bulundurulduğunda, kurumun istinaf kanun yolu için de öngörülmemiş olması bir eksikliktir. Bu nedenle, bozmanın sirayetinin, bir an önce, istinaf kanun yolu bakımından da kanuni düzenlemeye kavuşturulması, hatta düzenlemenin bölge adliye mahkemesinin duruşma açarak verdiği kararları kapsayacak şekilde kaleme alınması ve uygulamada tartışmaya yol açmamak adına bozmanın sirayetinden sonra istinaf kanun yoluna başvurmayan sanığın, verilen yeni hükme karşı temyiz başvurusunda bulunabileceğinin de belirtilmesi gereklidir.

Kaynakça

Centel Nur - Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 10, Beta Yay., İstanbul 2013.

Cordero Franco Procedura Penale, 8ª Ed., Giuffrè Editore, Milano 2006.

Erem Faruk, "Bozmanın Sirayeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1963, ss. 5-8.

24 "…bozma üzerine mahalli mahkemesince yeniden icra olunacak duruşma sonunda bozma dairesinde kurulacak hükümle, CMUK'un 325.maddesi uyarınca, bozma sebebinin hükmü temyiz etmeyen sanık R'ye de sirayet ettirilmesi suretiyle hükmün bozulmasından istifadesi sağlanmış olacağı cihetle, hali hazırda yazılı emir yoluyla incelenmesi gereken bir husus bulunmadığından gereği davaya bakan mahkemece takdir edilmek üzere bu yolda vaki istemin reddine, karar verilmiştir." Y. 2. CD., T. 19.03.1987, 3641/2565 (Günay, s. 48).

Gericke Jan, Stpo § 357 Revisionserstreckung Auf Mitverurteilte, Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2013 (https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/karlskostpo_7/stpo/cont/karlskostpo.stpo.p357.htm).

Günay Erhan, Uygulamada ve Öğretide Bozmanın Sirayeti Aleyhe Bozma Yasağı, Seçkin Yay., Ankara 2000.

Kantar Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Kitap, İstiklal Matbaacılık, Ankara 1953.

Kunter Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, Beta Yay., İstanbul 1989.

Kunter Nurullah - Yenisey Feridun - Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 15, Beta Yay., İstanbul 2006.

Leone Giovanni, Manuale di Diritto Processuale Penale, 13ª Ed., Jovene Editore, Napoli 1988.

Meyer-Goßner, Lutz - Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung, Auflage 58, C.H. Beck, München 2015.

Özbek Veli Özer - Kanbur Mehmet Nihat - Doğan Koray - Bacaksız Pınar -Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, Seçkin Yay., Ankara 2014.

Öztürk Bahri - Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Sırma Gezer Özge - Saygılar Kırıt Yasemin F. - Özaydın, Özdem - Alan Akcan Esra - Erden Tütüncü Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 10, Seçkin Yay., Ankara 2016.

Ünver Yener - Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 12, Adalet Yay., Ankara 2016.

Sarıgül Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Bilge Yay., Ankara 2009.

Siracusano D. - Galati A. - Tranchina G. - Zappala' E., Diritto Processuale Penale, Vol. 2º, Giuffrè Editore, Milano 2006. (Diritto Processuale Penale)

Siracusano D. - Galati A. - Tranchina G. - Zappala' E., Elementi di Diritto Processuale Penale, 3ª Ed., Giuffrè Editore, Milano 2007.

Toroslu Nevzat - Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., Ankara 2016.

Tosun Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 2, B. 2, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1976.

Wiedner Stefan, Stpo § 357 Revisionserstreckung Auf Mitverurteilte, Beck'scher Online-Kommentar Stpo Mit Ristbv Und Mistra, Graf, Ed. 26, C.H. Beck, Müncher 2016 (https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/beckok_26_bandstpo/stpo/cont/beckok.stpo.p357.htm).

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, B. 5, Alfa Yay., İstanbul 1994.

www.emsal.yargitay.gov.tr

www.kazanci.com

www.tbmm.gov.tr

BİRLEŞİK DEVLET MODELİ OLARAK IRAK UYGULAMASI

IRAQ'S APPLICATION AS A UNITED STATE MODEL

Adil Sakran Zine el ABDİN*

Özet: Ortadoğu ve Arap ülkelerinin pek çoğu merkezi idarenin üstünlüğüne dayalı ve idari birimlerin sadece merkezi yönetimin devretmeyi uygun gördüğü yetkileri kullanabildiği, tek bir birim olarak yönetilen yapıda devletlerdir. Oysa Irak, 2005 Anayasası'nda federal sistemi kabul etmiştir. Bu çalışmamızda Irak örneğini ele alacağız.

Anahtar Kelimler: Federalizm, 2005 Anayasası, Bölgesel Otorite

Abstract: Nations in the Middle East and especially in Arab world are largely unitary state; Iraq has embarked on a seemingly ambitious agenda of decentralization and devolution mixed with federalism. My essay deals with Iraq Federalism.

Keywords: Federalism, 2005 Constitution, Regional Authorities

Giriş

2005 Anayasası Irak'ın tüm dini ve etnik grupların (Şiiler, Sünnileri, Kürtler, Türkmenler ve diğer azınlıklarının) katılımıyla gerçekleşmiştir.[1] Anayasanın hazırlanması sürecinde bu grupların tutumları farklı **şekilde tezahür etmiş; bilhassa** Şiilerin, Kürtlerin ve Sünnilerin tutumları etkili olmuştur. Şii Arapların tutumları, devletin İslami devlet olarak tanınması, federalizm ve Irak'ın Baas'tan arındırılması yönündeyken, Kürt Grupların anayasa hazırlanma sürecindeki talepleri ise 1991 yılında elde etikleri *de facto* federalizmi korumak, federalizmin yetkilerinin mümkün olduğunca genişletilmesi ve Kerkük'ün Kürt bölgesine ilhak edilmesi yönünde ortaya çıkmıştır. Sünni Araplar ise federal sisteme karşı çıkmışlardır. Ayrıca petrol gelirlerinin dağıtımında adalet, Irak'ın Arap kimliğinin korunması, federalizmin derinleştirilmesinin önlenmesi ve vilayetlere geniş yetkinin tanınması

* Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

1 Musadak Adil Talib, Beyda Abdul Hasan Radam. (2016) Şarih Dustor Cumuhriyet Al-Irak Liam 2005. Beyrut: Dar Al-sanhuri. 18.

yönünde tavır ortaya koymuşlardır.[2] Türkmenler, Irak toplumunun yaklaşık yüzde 10'unu teşkil etmelerine[3] rağmen 2005 Anayasası hazırlanırken diğer azınlıklar ile yani Irak toplumunun yalnızca yüzde 1'ini oluşturan gruplar ile eşit tutulmuştur. Türkmen siyasetçilerinin aynı görüşte olmamaları, anayasa hazırlanmasında Türkmenlerin konumlarını zayıflatmıştır.

1. 2005 Anayasası'na Göre Devlet Yapısı.

1.1. Yasama Organı

Yasama organı Millet Meclisi ve federal meclisten müteşekkildir. Millet meclisinin oluşumu Irak Anayasası'nın 49. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş olup bu hükme göre millet meclisi bütün Irak halkını temsil eder ve her 100.000 kişiye bir sandalye düşecek şekilde seçilen vekiller tarafından yasama fonksiyonu icra edilir. Meclis-te bütün halkın bütün kesimlerinin temsil edilmesine dikkat edilir. Milletvekili seçimleri dört yılda bir yapılır. Anayasanın 49. maddesine uygun olarak Millet Meclis'inde kadın temsili üye sayısının ¼'ünden daha az olmaması hükmü parlamento seçimi kanunu ile getirilmiştir. Yasama dönemi içerisinde bir suç ile suçlanmadıkça bir milletvekilinin tutuklanabilmesi için Meclis tarafından dokunulmazlığının kaldırılması gerekir.[4]

Millet Meclisinin görev ve yetkileri: federal yasaları çıkarmak ve hükümeti denetlemektir. Irak'ın hükümet sistemi parlamenter sistem olduğundan dolayı hükümet millet meclisi tarafından seçilmektedir ve hükümetin görevinin devamlılığı millet meclisinin güvenoyuna bağlıdır. Yasama organın ikinci kanalı Federal Meclistir. Federal Meclis 2005 Anayasası'na eklenen yeni hususlardan biridir. Anayasanın 65. maddesine göre federal meclis adıyla bir yasama organı ihdas edilmiştir. Bu meclis ise bölgelerden ve bir bölgeye dâhil olmayan vilayetlerin temsilcilerinden oluşmaktadır. Millet Meclisi üyelerinin üye tamsayısının 2/3 çoğunluğuyla çıkartacağı bir yasa ile yapısı, üyelik koşulları ve bu meclis ile ilgili tüm hususlar düzenlenecektir. Ancak bugüne kadar söz edilen yasa çıkartılmamıştır. Anayasanın böyle bir

---

2 Mustafa Aydın, Ali Nihat Özcan, Neslihan Kaptanoğlu, (2007). Riskler ve fırsatlar kavşağında Irak'ın geleceği ve Türkiye. Tepav. 77.

3 O'Leary Brendan, (2006). The future of Kurdistan in Iraq. University of Pennsylvania Press.16

4 Irak'ın 2005 Anayasası'nın 49 ve 63 maddeler.

sistemi benimsenmesinin hedefi bölgeler ve bir bölgeye dâhil olmayan vilayetlerin temsil edilmesinde eşitliği sağlamaktır.

1.2. Yürütme

Anayasanın 66. maddesine göre, federal yürütme organı Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'ndan oluşur. Cumhurbaşkanı, parlamenter sistemde yürütme erki içerisinde yer alır. Parlamenter sistem, yürütmeyi devlet başkanı ile bakanlar kurulu arasında paylaştırmaktadır. Buna göre, yürütmenin bir kanadında siyasi açıdan sorumsuz devlet başkanı yer alırken; diğer kanadında ise bakanlar kurulu ve hükümet yer alır. 2005 Anayasası'nın 67. maddesine göre, Cumhurbaşkanı, Devletin başıdır. Vatan birliğinin sembolüdür. Ülkenin egemenliğini temsil eder. Anayasaya bağlılığı teminat altına alır. Irak'ın bağımsızlığının, egemenliğinin ve toprak bütünlüğünün Anayasa hükümlerine uygun olarak korunması için faaliyet gösterir. Cumhurbaşkanı Millet Meclisi üyelerinin üye tamsayısının 2/3 çoğunluğu ile dört yıllık süre için seçilir. İlk tur seçimde adayların hiç biri gerekli sayıda oy alamazsa, ilk turda en fazla oy alan iki aday arasında ikinci tur seçim yapılır (madde 70). Bu turda en çok oy alan aday Cumhurbaşkanı ilan edilir. Seçilen aday millet meclisi huzurunda 50. maddede belirtilen şekilde yemin eder. Cumhurbaşkanı dört yıllık bir süre için seçilir ve bu süre ancak bir kez uzatılabilir.

Cumhurbaşkanının bu görevini yapabilmesi için, tarafsız kişiler arasından seçilmesi gerekmektedir. 2005 Anayasası'nda cumhurbaşkanının yetkileri, klasik parlamenter sistemdeki devlet başkanının yetkilerine göre çok genişletilmiş ve cumhurbaşkanının adeta yürütme, yasama ve dışişleri konularında birçok yetkiye sahip olması, Irak'ın parlamenter sistemini diğer klasik parlamenter sistemlerden çok farklı kılmıştır. Irak Anayasası'nın benimsediği bu parlamenter sistem Irak'a özgü bir parlamenter sistem haline gelmiştir.

Irak hükümetinin yani başbakan ve bakanlar kurulunun seçilmesi anayasanın 76. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre, Cumhurbaşkanı seçildiği tarihi takip eden 15 gün içerisinde en fazla sandalyeye sahip olan siyasi partinin adayını Bakanlar kurulunu oluşturmakla görevlendirir. Yani millet meclisinin ilk oturumunda, Cumhurbaşkanının seçilmesinden on beş gün sonra Millet Meclis'inde en çok sandalyeye sahip olan siyasi partinin adayı Bakanlar Kurulunu oluşturmakla görevlendirilir. Başbakan adayı bu görev kendisine

tevdi edildikten sonra otuz günlük bir zaman zarfı içerisinde kabine üyelerini tespit eder. Başbakan ve Bakanların görevleri ise şunlardır: Başbakan devletin genel politikasının yürütülmesinden sorumludur, aynı zamanda da Irak Ordusunun başkomutanıdır. Bakanlar kurulunu yönetir ve toplantılarında başkanlık eder.

Bakanlar kurulunun görev ve yetkileri ise, devletin genel politikasını ve genel projelerini planlamak ve uygulamak, Bakanlıkların ve bir Bakanlığa bağlı olmayan kurumların faaliyetlerini denetlemektir. Ayrıca yasa tasarılarını önermek, yasaların uygulanması için kararnameler, talimatlar ve yönetmenlikler çıkarmak da bakanlar kurulunun görev ve yetkileri arasındadır. Başkanlık görevi herhangi bir sebepten dolayı boşalırsa Cumhurbaşkanı bu görevi üstlenir. Bu durumda cumhurbaşkanı 15 günlük bir süre içerisinde yeni bir Başbakan adayını hükümeti kurmakla görevlendirir. Başbakan ve bakanlar, Millet Meclisi karşısında ayrı ayrı ve kolektif olarak sorumludur.

1.3. Yargı

Anayasa, federalizm ilkesine uygun olarak Federal Yüksek Mahkeme ile ilgili 90, 91, 92, 93 ve 94. maddelerde çeşitli hükümler getirmiştir. Anayasa'nın 92. maddesinin 1. fıkrasına göre Federal Yüksek Mahkeme mali ve idari bakımından bağımsız bir kurumdur. Yani bağımsız tüzel kişiliğe sahiptir. Mahkeme'nin üyeleri yüksek yargı kurulu tarafından belirlenir. Fakat mahkemenin üyeleri İslam fıkıh ve hukuk uzmanlarından oluşmalıdır. Millet Meclisi üye sayısının 2/3 çoğunluğuyla çıkartılacak bir yasa ile üye sayısı, nasıl seçilecekleri ve mahkemenin işleyiş şekli belirlenir. Federal Yüksek Mahkeme'nin yetkileri 93. maddede şu şekilde düzenlenmiştir;

- Yürürlükte bulunan yasa ve yönetmenliklerin anayasaya uygunluğunu denetler.
- Anayasadaki hükümlerin yorumunu yapar.
- Federal yasaların ve federal otorite tarafından uygulamaya konulan karar, yönetmenlik, talimat ve emirlerin uygulanmasından kaynaklanan sorunları hükme bağlar. Bakanlar kurulu, ilgili kişiler ve başkalarının mahkemeye direkt itiraz hakkı yasal güvence altındadır.
- Federal hükümet ile bölgesel hükümetler, vilayetler, belediyeler ve yerel idareleri arasındaki anlaşmazlıkları hükme bağlar.

- Bölgesel hükümetler veya vilayetler arasında anlaşmazlıkları hükme bağlar,
- Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlara yöneltilen suçlamaları karara bağlar. Bu husus bir yasayla düzenlenir.
- Millet Meclisi için yapılan genel seçimlerin sonuçlarını onaylar.
- Federal yargı ile bölgelerin ve bir bölgeye dâhil olmayan vilayetlerin yargı organları arasında görev alanları konusunda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları karara bağlar.
- Bölgeler ve bir bölgeye dâhil olmayan vilayetlerin yargı organları arasında görev alanları konusunda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları karara bağlar

Federal Yüksek Mahkeme'nin kararları kesindir ve bütün diğer organlar için de bağlayıcıdır. Her federal sistemde federelerle federal hükümet veya federelerin arasında çıkan uyuşmazlıkları gidermekle yetkili kılınan bir mekanizma gerekir. 2005 Anayasası federal sistem benimsenmesinin bir gereği olarak Federal Yüksek Mahkeme'yi düzenlemiştir. Bu mahkeme uyuşmazlıkları gidermekle yetkili kılınmıştır. Bilindiği gibi Anayasa her ne kadar bölgesel hükümet veya vilayetlerin yetkilerini dikkatli bir şekilde belirlese bile bazı hükümler farklı yorumlara açık olabilir. Üstelik anayasanın öngörmediği ve sonradan ortaya çıkan farklı durumlarda yetkili olan hükümeti belirlemek için böyle bir mekanizma zorunlu olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Federal Makamların Görev Alanları

Anayasanın 109. maddesi federal makamların görevlerini belirlemektedir. Bu maddeye göre federal otoriteler; devletin birliğini, bütünlüğünü, bağımsızlığını, egemenliğini ve demokratik federal düzenini korur

Petrol ve doğal gaz kaynaklarının kullanılması ve dağılımı 111. maddede düzenlenmiştir. Bu madde düzenlemesine göre, Irak'ta bulunan petrol ve doğal gaz, çeşitli bölge ve vilayetlerde yaşayan bütün Irak halkının malıdır. Kurucu iktidar bu madde hükmünü düzenlemekte başarılı olamamıştır. Çünkü Irak'ta bulunan doğal kaynaklar sadece petrol ve doğalgazdan ibaret değildir. Aynı zamanda demir gibi birçok yeraltı kaynağı da mevcuttur. Anayasa doğal gaz ve petrol dışındaki kaynakların nasıl kullanılacağı ve dağılımı hakkında bir

hüküm içermemektedir. 112. maddeye göre, federal hükümet, mevcut yataklardan çıkartılan petrol ve doğal gaz yönetimini bölgesel hükümetleri ve vilayetlerle birlikte yapar. Elde edilen gelir ülkenin tamamında nüfus dağılımına göre adaletli bir şekilde dağıtılır. Eski rejim tarafından haksız bir şekilde mahrum bırakılarak zarara uğratılan veya sonradan zarar gören bölgelere, tüm bölgelerin de dengeli olarak kalkınmasını sağlayacak şekilde belirli bir süre için ilave pay verilir. Bu husus yasayla düzenlenir. Federal hükümet ile petrol üreten bölge ve vilayet hükümetleri bir araya gelerek, Irak milletine en fazla yararı sağlayacak şekilde, mevcut en ileri pazarlama ve yatırım ilkeleri ile teknolojisini kullanarak petrol ve doğal gaz yataklarını geliştirmek için gerekli strateji ve siyaseti tayin ederler. 112. madde hükmüne bakıldığı zaman bu hüküm yine başarılı gözükmemektedir. Sadece petrol ve doğalgaz düzenlemekle yetinmenin yanı sıra bu hüküm mevcut yataklardan çıkartılan petrol ve doğalgaz için geçerli olmuştur. Yani bölgelerde sonradan keşfedilen yataklar ile ilgili açık ve belli bir hüküm içermemektedir. Yeni keşfedilen yataklar bölgesel hükümetler tarafından kullanıldığı takdirde bölgesel hükümetlerinin federal hükümete karşı bir üstünlük sağlayacağı ortaya çıkacaktır. Merkezi otoritenin zayıf olması halinde ise ülkenin bölünmezliği tehlikeli bir duruma gelecektir. Irak'ın bugün 530 yerinde petrol ve doğal gaz yatakları bulunmaktadır. Bunların sadece 115'i kullanılmaktadır. Bugün Petrol yatak yerlerinin 80'inde yaklaşık 115 milyar varil petrol bulunduğu tespit edilmiştir. Oysa 415 yer şu ana kadar keşfedilmemiştir ve 215 milyar varil rezerve sahip yatağın bulunduğu takdir edilmektedir.[5]

Irak'a tek bölgesel yönetime sahip olan Kuzey Irak Kürt bölgesi ile Federal Hükümet arasında petrol ve doğal gaz üretimi konusunda büyük krizler yaşanmıştır ve halen de bu krizlerin bir kısmı sürmektedir. Bunun da temel sebebi 2005 Anayasası'nda petrol ve doğal gaz ile olan ilgili hükümlerdir. Gelecekte de Anayasa'nın bu hükümlerinin bölgelerle federal hükümet arasında anlaşmazlıklara yol açacağı çok açıktır. Dolayısıyla bu duruma, yani anlaşmazlıklara son verebilmek için 111. madde hükmünden hareket etmek gerekir. İlgili hükme göre petrol ve doğal gaz bütün Irak halkının mülküdür. Böylece hiçbir böl-

5 Bishop Grant, & Anwar Shah, (2008). Fiscal Federalism and Petroleum Resources in Iraq (No. paper0826). International Center for Public Policy, Andrew Young School of Policy Studies, Georgia State University. 6.

ge keyfi olarak petrol ve doğal gaz üretiminde Federal Hükümet'ten bağımsız olarak hareket edemez. Doğal kaynaklarının üretilmesi ve gelirlerinin bölgelere bırakılmaması ve bu bölgelere nüfus dağılımına göre dağıtılması tüm Irak halkına yarar sağlayacak şekilde anayasada düzenlenmiştir.

3. Bölgesel Otoriteler

116. maddeye göre Irak Cumhuriyeti'nin federal sistemi başkent, bölgeler, bir bölgeye dâhil olmayan vilayetler ve yerel yönetimlerden oluşur. Anayasa bu madde hükmünde Irak'ın federal yapısından bahsetmektedir. Federal hükümet ile bölgesel hükümetler arasındaki ilişki otoritenin paylaşılması esasına dayanmaktadır. Federal hükümet ile vilayetlerin ilişkisi ise âdemi merkeziyetçi sisteme göre yürütülmektedir. 118. maddeye göre, Millet Meclisi, ilk oturum tarihini takip eden altı ay içerisinde toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğuyla çıkartacağı bir kanunla bölgelerin oluşturulmasına ilişkin yürütme yetkilerini tespit eder. Yeni bir bölge ancak yapılacak olan bir referandumla kurulabilir. Bölge oluşturma önerisi bir veya birden fazla vilayet meclis üyelerinin 1/3'ü veya vilayet seçmenlerinin 1/10 unun talebi üzerine sunulabilir. Bir vilayet meclisinin üyelerinin 1/3'ünün istemi üzerine bir bölgeye dâhil olabilir. Fakat bunun için aynı zamanda bölge yasama organı temsilcilerinin 1/3'ünün onayı gerekir. Bu onay alındığı takdirde vilayet bölge ile aynı bölge anayasası altında birleşmiş olur. Her bölge federal anayasa ile tezat etmeyecek şekilde bölgesel otorite, görev alanları ve bunların uygulanmasını belirleyen bölgesel bir anayasa hazırlar.

Bugüne kadar Irak'ta bir bölge bulunmaktadır. Bu da 2003 sonrası Kürtlerin ısrarı üzerine kurulan Kürt bölgesidir.[6] 2005 Anayasası Kürtlere birçok yetki vermiştir. Fakat şu ana kadar Bölgesel Kürt Hükümetinin, Federal askeri güçlerin Kürt Bölgesine girmesine izin vermemesi, sınırların, havaalanlarının Kürt bölgesi kontrolünde olması ayrıca doğal gaz ve petrol çıkarmasında federal hükümetten izin almadan tasarruf etmesi ve aynı zamanda federal hükümet bütçesinden %17 pay alması[7] 2005 Anayasanın özü olan vatandaşlar arasında eşitlik ve

---

6 Barkey Henri, & Ellen Laipson, (2005). Iraqi Kurds and Iraq's future. Middle East Policy, 12(4), 70.

7 Federal Irak Cumhuriyet'inin 2016 yılı Bütçe Kanunun 9. Maddesi.

adalet ilkesine aykırıdır. 78. madde hükmüne göre Federal Hükümet, Silahlı kuvvetlerin teşkil edilmesi, Irak'ın sınır güvenliğinin sağlanması ve ülkenin savunulması dâhil olmak üzere milli güvenlik politikasını belirlemek ve uygulamakla yetkilidir. Bölgesel Kürt Hükümet'i bu maddeye asla uymamıştır. 111. maddeye göre, Irak'ta bulunan petrol ve doğal gaz çeşitli bölge ve vilayetlerde yaşayan bütün Irak halkının malıdır. Oysa Bölgesel Kürt Yönetimi bu madde hükmünü de yerine getirmemiş, ürettiği petrol gelirlerini kendi geliri olarak görmekte ve Federal hükümetin izini olmadan ülke dışına ihracat yapmaktadır.[8]

4. Kerkük Sorunu

2003 öncesi özellikle Baas rejimi döneminde Kerkük'te ciddi anlamda Araplaştırma politikası uygulanmıştır. 2003 sonrası ise, Kürtler I. Dünya Savaşından sonrasından tasarladıkları Kürt devleti hayalini Kerkük'ün kontrolü ile elde edileceğini düşünmektedirler. Anayasa'nın 140. maddesine göre, Kerkük'ün statüsünün 31 Aralık 2007 tarihine kadar yapılacak bir halk oylaması ile belirleneceği ifade edilmiştir. Kürtler 2003 tarihinden İtibaren planlanan halk oylamasında Kerkük'ün kendi yönetimlerine bağlanmasına çalışmaktadırlar. Fakat bu referandum gerçekleşmemiştir. Bu maddeye göre daha önceden Kerkük'e göç ettirilen Arapların eski yerlerine dönmeleri için gerekli tazminat ödenecektir. Türkmenlerin ve Kürtlerin eski yerleri iade edilecektir. Fakat Bölgesel Kürt Yönetimi, binlerce Kürt ailesini dağlardan ve başka şehirlerden getirerek Kerkük'e yerleştirmesi bu madde hükmünün uygulanmamasında büyük rol oynamaktadır Bugün ise Kerkük, Askeri olarak Bölgesel Kürt Yönetimi güçlerinin (Peşmerge) kontrolündedir.

5. 2005 Anayasası'nın Getirdiği Federalizm Doğrultusunda Irak'ın Geleceği

Irak'taki etnik grupların federalizme bakışları farklı olmuştur. Şiiler federalizmi Irak'ta bütünlüğün sağlanmasının tek yolu olarak nitelendirmektedir. Kürtleri ve Irak'ta olan diğer etnik ve mezhebi grupları bir arada tutabilmek için onlara geniş yetki ve özgürlükler tanınmasını ile mümkün olacağı görüşünü izleyerek Anayasa'da bölgelere ve vilayetlere birçok yetki tanınmış federalizmi kabul etmişler-

8 Stansfield Gareth, (2013). The unravelling of the post First World War state system? The Kurdistan Region of Iraq and the transformation of the Middle East. International Affairs, 89(2), 261.

dir. Kürtler ise daha önceden elde ettikleri *de facto* federalizmi muhafaza etmek için 2005 Anayasası'nda olan federal yapıyı bir tür ayrılma yolu olarak nitelendirmektedirler. Sünni Araplar ise federalizme hep karşı çıkmışlardır ve Irak'ın Arap kimliğinin muhafaza edilmesi gerektiğini ileri sürmüşler ve federalizmi bir bölücülük olarak görmüşler. Irak Anayasasının hükümlerine bir bütün olarak bakıldığı zaman federalizmin benimsenmesi, eyaletler ve bölgelere geniş yetkinin tanınmasının aslında herhangi bölücü bir unsur taşımadığı açıkça görünür. Çünkü Irak'ta Baas Partisi iktidarı elde ettiği andan sonra hep ayrılıkçı bir tutum izlemiş Şiiler iktidardan o dönemde dışlanmıştır. Irak'ın Arap kimliğini ileri sürerek Kürtleri de iktidardan ve özgürlüklerinden mahrum bırakmıştır. Baas rejiminden sonra ise Irak 2003'te ABD tarafından işgal edilince, Irak ordusu dağıtılmıştır. Ordunun dağıtılması ise her şeyin yeniden başlaması anlamına gelmiştir. Böyle bir durumda Anayasa'nın yazılışına bakıldığı zaman Federalizm ve Irak'ın mezhepler ve etnisiteler ülkesi olduğuna vurgu yapması ayrılıkçı olarak anlaşılmaktan daha çok birleştirici ve hoşgörülü hükümler içerdiğini ortaya çıkarmaktadır. Irak'ın 2005 Anayasası'nın getirdiği federalizm ilkesi olarak ileri sürdüğümüz kavram, Irak Anayasası'nda (İttihadı) olarak geçmektedir. İttihat kelimesi birleşme anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu Anayasa'nın federalizmi kabul edip bölgesel yönetimlere geniş yetikleri tanımakla başarılı olup olmadığı hususu ve uygulamada sorun çıkartan bazı hükümleri bir tarafa, bir bütün olarak ele alındığında farklı dinleri, mezhepleri ve etnik grupları bir arada tutmayı amaçlayan bir saikle kaleme alındığı görülecektir.

Sonuç

Irak'ın karmaşık etnik yapıya sahip olması, farklı dini gruplara ev sahipliği yapması ve kültürel farklılıklarının bulunması, Irak'ın esnek ve daha da liberal bir anayasaya sahip olmasını gerektirmiştir. Bu durum 2005 Anayasası'nda gerçekleşmiştir. 2005 Anayasası'na bakıldığında getirdiği federal yapı ve Irak'ta yaşayan etnik gruplara tanıdığı özgürlükler açısından Ortadoğu ve İslam dünyasının en liberal Anayasası olarak karşımıza çıkabilir. Ne var ki 2005 Anayasası, getirdiği federal sistem ile ilgili bazı belirsiz hükümler içermektedir. Bu hükümler Irak'ın gelecekte bütünlüğünü sarsabilir nitelikte olan hükümlerdir. Bölgesel otoritelere geniş yetkiler tanıyarak federal hükümet yetkilerini sınırlamakla federal yapıyı gerektiren amaçlar elde edilmemiştir. Özellikle doğal kaynaklarının düzenlemesinde birçok

eksik ve belirsizlik karşımıza çıkmaktadır. Örneğin anayasa doğal kaynaklarla ilgili sadece petrol ve doğal gazı düzenlemekle yetinmiştir oysa Irak'ta bulunan diğer yeraltı ve yerüstü zenginliklerinin paylaşımına dair hiçbir hüküm getirilmemiştir.

Petrol ile ilgili önemli bir konu da petrol ihracatı ve gelirinin dağılımında çelişkili hükümler barındırmasıdır. 2005 Anayasası'nda federal sistemin benimsenmesin asıl nedeni Irak'ta yaşayan farklı grupları bir arada tutmak olmuştur. Oysa Anayasa'nın içerdiği belirsiz hükümler ters sonuçlara sebebiyet vermektedir. Üstelik Irak'ta yaşayan halkın arasında da eşitsizliğe yol açmaktadır. Petrol zengini olan bölgeler eğer Kürt Bölgesi gibi birer bölge oluşturma girişiminde bulunurlarsa, bu durum fakir bölgeleri ciddi anlamda etkileyecektir. Bugüne kadar Federal hükümet ile yaşanan birçok sorun anayasadan kaynaklanıp devam etmektedir. Bu sorunların çözümü için anayasada bulunan belirsiz hükümleri bir anayasa değişikliği ile daha anlaşılabilir, açık bir hale getirmek ve doğal kaynakların eşit bir şekilde dağılımı ile ilgili yeni hükümler ihdas etmek gerekmektedir. Doğal kaynakların gelirlerinin adil bir şekilde dağıtılması gerekir. Doğal kaynaklarının kullanımından zarar gören bölgelere kullanılan doğal kaynak gelirinden bir miktar tazminat şeklinde ödenerek bu konu ile ilgili sorun ortadan kaldırılabilir.

Kaynakça

Irak'ın 2005 Anayasası

Federal Irak Cumhuriyet'inin 2016 yılı Bütçe Kanunu.

Musadak Adil Talib, Beyda Abdul Hasan Radam, (2016) Şarih Dustor Cumuhriyet Al-Irak Liam 2005. Beyrut: Dar Al-sanhuri.

O'Leary Brendan, (2006). The future of Kurdistan in Iraq. University of Pennsylvania Press.

Mustafa Aydın, Ali Nihat Özcan, Neslihan Kaptanoğlu (2007) . Riskler ve fırsatlar kavşağında Irak'In geleceği ve Türkiye. Tepav.

Bishop Grant, & Anwar Shah, (2008). Fiscal Federalism and Petroleum Resources in Iraq (No. paper0826). International Center for Public Policy, Andrew Young School of Policy Studies, Georgia State University.

Barkey, Henri, & Ellen Laipson, (2005). Iraqi Kurds and Iraq's future. Middle East Policy, 12(4), 66-77.

Stansfield Gareth, (2013). The unravelling of the post First World War state system? The Kurdistan Region of Iraq and the transformation of the Middle East. International Affairs, 89(2), 259-282.

KKTC İDARİ YARGISINDA İSTİNAFA GENEL BİR BAKIŞ

AN OVERVIEW OF THE ADMINISTRATIVE APPEAL SYSTEM IN TRNC

Can AZER*

Özet: Türkiye Cumhuriyeti'nde yeni uygulanmaya başlanan istinaf kanun yolu, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde yetmiş yıllık bir birikimle uygulanmaktadır. Bu çalışmada, özellikle KKTC idari yargı sisteminde var olan istinaf kanun yolu, zaman zaman da Türkiye Cumhuriyeti ile karşılaştırılarak olumlu ve olumsuz yönleri ile ele alınmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken de var olan sorunların özellikle adil yargılanma hakkı bağlamında giderilmesi için de birtakım öneriler ve eleştirilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelime: İstinaf, KKTC, Adil Yargılanma Hakkı, Kanun Yolu

Abstract: The appellate system of the Republic of Turkey, which has newly been implemented, is applied in the Turkish Republic of Northern Cyprus for seventy years. In this study, especially Turkish Cypriot administrative law appellate system and the judicial system of the Republic of Turkey are examined in comparison with the positive and negative aspects. While examining this, particularly for the elimination of some problems in the context of the right to a fair trial, our suggestions and critics on this topic are set forth.

Keywords: Appeal, TRNC, Right to a Fair Trial, Remedy

Giriş

Adil yargılanmanın sağlanması konusunda ülkelerde bulunan üst derece mahkemelerinin katkısı ve etkisi göz ardı edilemez. Adil yargılanma hakkı bir ülkede yargı sisteminin kaç dereceli olduğuyla yakın bir ilişki taşımaktadır ve en az iki dereceli bir hukuk sisteminin adil yargılanma konusunda bir asgari şart olduğu kabul edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nde[1] önceleri iki dereceli bir yargılama sistemi kabul

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

1 Çalışmanın ilerleyen kısımlarında TC olarak ifade edilecektir.

edilmişken; adli ve idari yargıda üç dereceli bir yargılama sisteminin kademeli olarak uygulamaya girmesi öngörülmüştür. Bu sayede ilk derece mahkemesi yargılaması ile ikinci derece yargılaması olan temyiz arasında istinaf mahkemelerinin yargı yetkisi kural olarak kabul edilmiştir.[2] Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti[3] hukuk sisteminde de mevcut yapı itibarıyla iki dereceli bir yargılama sistemi öngörülmüştür. Yargı yetkisinin ikinci basamağında istinaf mahkemeleri yer almaktadır. KKTC'de istinaf mahkemeleri yer almasına karşı, TC'den farklı olarak istinaf mahkemeleri başvurulabilecek son kanun yolu biçiminde düzenlenmiştir. İstinaf mahkemelerinin kararları üzerine başvurulabilecek başka herhangi bir kanun yolu mevcut değildir. Bu çalışmada, TC'de yeni kabul edilmiş olmasına rağmen, KKTC'de yetmiş yıla yakın bir süredir var olan istinaf müessesesinin idari yargı boyutu olumlu ve olumsuz yönleri ile birlikte çeşitli önerilerle beraber ele alınmaya çalışılmıştır.[4] Bu yapılırken de ilk olarak konunun ve ülkede var olan istinaf müessesesinin daha net anlaşılması için; genel olarak idari yargı sisteminden ve istinafın tarihçesinden bahsedilmiştir.

I. KKTC İdari Yargı Yapısı

KKTC idari yargısında istinafın anlaşılabilmesi bakımından ülkedeki idari yargının yapısına ilişkin bilgilere kısaca yer vermek ilerleyen bölümlerin anlaşılırlığı açısından kanaatimizce önem taşımaktadır.

Kıbrıs adasının uzun bir süre boyunca (1878-1960) Birleşik Krallık sömürgesinde kalmış olması ve aynı zamanda günümüzde uygulanan mevzuatın önemli bir kısmının söz konusu dönemden kalması,

---

2 Burada kural olarak denmesindeki kasıt; bazı hallerde ilk derece mahkemesi kararlarının kesin karar niteliği taşıdığı veyahut ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinafa değil doğrudan temyiz kanun yolunun öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2016, s.742-743; Ali Akyıldız, "İstinafa İlkesel Bakmak", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 147. Yıl, 2015, s.24; Ramazan Yıldırım, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 147. Yıl, 2015, s. 44; Züleyha Keskin, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu", *TBBD*, Sayı 126, Eylül-Ekim 2016, s. 243.

3 Çalışmanın ilerleyen kısımlarında KKTC olarak ifade edilecektir.

4 Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde gerek istinaf gerekse de diğer hukuki alanlarda yazılmış eser sayısı oldukça sınırlıdır. Bu nedenle, çalışmanın var olan sınırlı kaynaklar ile mahkeme kararları üzerinden şekilleneceğini belirtmekte fayda vardır.

KKTC'de ve dolayısıyla KKTC hukukunda Birleşik Krallık'takine benzer bir hukuk ve yargı birliği sisteminin var olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Ancak, KKTC'de yurttaşların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ilkeler ile yurttaşların idare ile olan ilişkilerini düzenleyen kurallar ve ilkeler birçok açıdan farklılıklar taşımaktadır. Dolayısıyla sanılanın aksine KKTC'de kural olarak idari rejimin ağır bastığını söylemek yanlış olmayacaktır.[5]

KKTC Anayasası'nın 152. maddesinden de anlaşılacağı üzere,[6] KKTC'de Yüksek İdare Mahkemesi,[7] idareye karşı açılacak tazminat davaları haricinde idari yargı alanında münhasır yargı yetkisine sahiptir. KKTC'de 1985 Anayasası ile birlikte idari yargıda iki dereceli

5 Ayrıntılı bilgi için bkz., Tufan Erhürman, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku, Kıbrıs, 2012, s.42.

6 Madde 152

(1) Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikayeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir.

(2) Böyle bir başvuru, sahip olduğu meşru bir menfaati, bu gibi karar veya işlem veya ihmal yüzünden olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişi tarafından yapılabilir.

(3) Söz konusu başvuru, karar veya işlemin yayınlanması tarihinden veya yayınlanmadığı takdirde veya bir ihmal halinde, başvuran kişinin bunu öğrendiği tarihten başlayarak yetmiş beş gün içinde yapılır.

(4) Böyle bir başvuru üzerine Yüksek İdare Mahkemesi, kararında:

(a) Söz konusu karar veya işlem veya ihmali, tamamen veya kısmen onaylayabilir veya

(b) Söz konusu karar veya işlemin, tamamen veya kısmen, hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verebilir veya

(c) Söz konusu ihmalin, tamamen veya kısmen yapılmaması gerektiğine ve yapılması ihmal olunan eylem veya işlemin yapılması gerektiğine karar verebilir.

(5) Bu maddenin (4). fıkrası gereğince verilen herhangi bir karar, Devlet içerisindeki bütün mahkemeleri ve bütün organları veya makamları bağlar. Karar, ilgili organ veya makam veya kişi tarafından uygulanır ve ona göre hareket edilir.

(6) Bu maddenin (4). fıkrası gereğince hükümsüz kılınan herhangi bir karar veya işlemin veya yapılmaması gerektiğine karar verilen herhangi bir ihmalin, kendisine zarar verdiği herhangi bir kişi, ilgili organ, makam veya kişi tarafından, istemi kendisini tatmin eder şekilde yerine getirilmediği takdirde, zararların tazmini veya kendisine başka bir tazminat verilmesi için dava açmak ve mahkeme tarafından saptanacak tam ve muhik bir tazminat almak ve söz konusu mahkemenin vermeye yetkili olduğu diğer tam ve muhik bir tazminat almak hakkına sahiptir.

7 Çalışmanın ilerleyen kısımlarında YİM olarak ifade edilecektir.

bir sisteme geçilmiştir. Ancak, ilk derece mahkemesi olarak görev yapacak olan idare mahkemeleri ne yazık ki kurulmamıştır. Bu nedenle, ilk derece mahkemesi görevini de yine YİM yerine getirmektedir.[8] Ancak, dava konusu edilen işleme göre davanın üç yargıçla mı yoksa tek yargıçla mı görüleceği belirlenmektedir. 60/90 sayılı Yüksek İdare Mahkemesi Yasası'nın[9] ekli cetvelinde belirtilen davalara üç yargıçtan oluşan YİM ilk derece mahkemesi olarak bakmakta ve bunlara karşı istinafa başvurulamamaktadır. Cetvelin dışında kalan davalar ise YİM'de görevli tek yargıç tarafından incelenip karara bağlanmakta ve bunlara karşı YİM'e istinaf başvurusu yapılabilmektedir.[10]

---

8 Son dönemlerde ülkede yaşanan dava yoğunluğuna bakıldığında; idare mahkemelerinin kurulmasının hem YİM'in iş yükünün azaltması bakımından hem de yargıçların bu alanda uzmanlaşmalarını sağlayacak olması bakımından bir gereklilik halini aldığı söylemek mümkündür.

9 60/1990 sayılı Yasa'ya karşı Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Söz konusu Yasa'nın Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği yönünde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru iki iddiayı içermekteydi. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'ne konu olan bu davada, yasada üç yargıç huzurunda görülmesi belirlenen konuların idari yargının iş hacminin %90'ını oluşturduğu ve dolayısıyla 60/90 sayılı Yasa'nın istisnayı kural kuralı istisna yaptığı ileri sürülmüştür. Yine bu nedene dayanarak üç yargıç huzurunda görülecek başvuruların iş hacminin çoğunu oluşturduğunu ve dolayısıyla bu kategoriye giren başvuru sahipleri ile girmemesi gereken başvuru sahipleri arasında haksız bir ayırım yapılacağını dolayısıyla, Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesinin zedelenmiş olacağı üzerinde durulmuştur. Yapılan bu başvuruda Anayasa Mahkemesi oy çokluğu ile vermiş olduğu kararında, 60/90 sayılı yasanın anayasaya herhangi aykırılık taşımadığına karar vermiş ve Anayasanın yasa koyucunun takdir hakkına herhangi bir sınırlamanın öngörmediğini, dolayısıyla, yasa koyucunun takdir hakkına müdahale edilemeyeceğini vurgulamıştır. Karara katılmayarak karşı oy kullanan Anayasa Mahkemesi üyesi ise haklı olarak 1985 Anayasasının YİM'i tek dereceli olmaktan çıkarıp iki dereceli bir mahkeme haline getirdiğini, 60/90 sayılı Yasa ile bu iki derecelilik kısıtlanarak, 1985 Anayasası'nın amacına aykırı hareket edilmiş olunduğu vurgulanmıştır. Bkz, Anayasa Mahkemesi, 3/91, D.6/91 sayılı kararı, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 15.10.2016.

10 Üç yargıç tarafından görülecek davalar Yasa'ya göre:
1. Bakanlıkların işlem ve kararları.
2. Yerel yönetimlerin işlem ve kararları.
3. İskân Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası uyarınca oluşturulan Komisyonların işlem ve kararları.
4. Kamu Hizmeti Komisyonunun işlem ve kararları
5. Motorlu Araçlarla Yolcu ve Eşya Taşıması (Denetim) Yasasının 4'üncü maddesi uyarınca oluşturulan İzin Kurulunun işlem ve kararları.
6. Yukarıda sıralanan organ ve kuruluşların ihmalleridir.

TC idari yargısının iki önemli dava türünü idari işlemlere karşı açılan iptal ve tam yargı davaları ile idari eylemlere karşı açılan tam yargı davaları oluşturmaktadır. KKTC'de aleyhine istinafa gidilebilecek olan dava türlerine ve kararlara bakılacak olursa; KKTC'de TC'deki düzenlemenin aksine dava türleri tek tek sayılmamıştır. Bunun yerine idari işlem, karar ve ihmaller konusunda YİM'e yapılabilecek başvurular ve bu başvuruların neticesinde YİM'in verebileceği kararlar sayılmıştır.[11] Buna göre kısaca değinmek gerekirse YİM; karar, işlem veya ihmali tamamen veya kısmen onaylamak, karar veya işlemin, tamamen veya kısmen, hükümsüz ve etkisiz olduğu ve herhangi bir sonuç doğurmayacağı hükmüne varmak, ihmalin, tamamen veya kısmen yapılmaması gerektiğine ve yapılması ihmal olunan eylem veya işlemin yapılması gerektiğine dair kararlar vermektedir. Burada sayılanlardan hareketle YİM'de açılabilecek dava türleri, işlem ve kararlara karşı açılabilecek iptal davası ile ihmallere karşı açılabilecek olan ihmalin sonlandırılması davalardır.[12] Bu davalar neticesinde verilen kararlara karşı kural olarak istinafa başvurmak mümkündür.[13] Ayrıca açılmış bir dava sırasında talep edilen ara emirlere ilişkin olarak verilmiş olan kararlara karşı da kural olarak istinafa başvurmak mümkündür.[14]

KKTC'de idari işlem, karar ve ihmallerden kaynaklanan zararların tazmini için YİM'de tam yargı davası açmak mümkün değildir. KKTC'de idari yargılama hukukunda tam yargı davası yoktur. Anayasa'nın 152. maddesine göre idareye karşı YİM'de bir tam yargı davası açmak mümkün değildir. Bunun en temel sebebi, ilgili anayasa maddesinde YİM'in hangi kararları alabileceğinden bahsedilirken tazminat kararlarına yer verilmemiş olmasıdır. Bu tabi ki idarenin işlem veyahut ihmallerinden ötürü zarara uğrayan kişilerin bu zararlarını yargı yoluyla idareden talep edemeyecekleri anlamına gelmemektedir. Bu şartlar altında idarenin herhangi bir davranışından

11 Erhürman, s.153.

12 Anayasanın 152. maddesi uyarınca YİM'de açılacak davalarda süre, karar veya işlemin yayınlanması tarihinden veya yayınlanmadığı takdirde veya bir ihmal söz konusu ise, başvuran kişinin bunu öğrendiği tarihten başlamak üzere yetmiş beş gündür.

13 Davanın konusu tek yargıçla bakılan dava ise istinafa başvurmak mümkündür, üç yargıçla bakılan davalarda daha önce de ifade edildiği üzere istinafa başvurmak mümkün değildir.

14 KKTC hukuk sisteminde uygulanan ara emir, TC hukukunda yürütmenin durdurulmasının yerine getirdiği işlevi görmektedir.

ötürü zarara uğrayan kişiler, idareye karşı adli yargıda tazminat davası açabilmektedirler.[15] Türkiye Cumhuriyeti'nden farklı olarak idari eylem ve idari sözleşmeler de idari yargının görev alanı içerisinde yer almamıştır. İdari eylemlerin idari yargı görev alanı içerisinde sayılmamış olmasının nedeni idari eylemlerden doğan tazminat davalarının anayasa koyucu tarafından adli yargının görevleri arasında sayılmış olmasından kaynaklanmaktadır. YİM'in verebileceği kararların sayıldığı Anayasa'nın 152. maddesinde idari sözleşmelere yer verilmediği için de bunların YİM'in değil adli yargının görev alanına girdiği ileri sürülmektedir.[16] Ancak, idari idari sözleşmelerden ayrılabilir nitelikte olan idari işlemlerin idari yargıda dava konusu edilmesinin önünde herhangi bir engel olmadığını da ayrıca belirtmekte fayda vardır.

II. Kıbrıs'ta İstinafın Gelişim Süreci (Tarihçe)

Yetmiş seneye yakın süredir istinaf müessesenin var olduğu Kıbrıs'ta, mevcut istinaf sisteminin tam manasıyla anlaşılabilmesi için bu kanun yolunun kısaca gelişimine bakmanın faydalı olacağı muhakkaktır. Kıbrıs'ta 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti öncesi yani Birleşik Krallık döneminde yürürlükle bulunan Fasıl 8 Adalet Mahkemeleri Yasası'nın 28. maddesine göre, ilk mahkemenin vermiş olduğu kararlara karşı istinaf, mahkeme başkanına yapılmaktaydı. İlk derece mahkemesince verilmiş olan kararla ilgili olayda kanuni bir nokta yok ise ve davanın konusu iki Kıbrıs Lirasını aşmıyor ise, mahkemenin verdiği kararlar

---

15 Çalışmanın konusu doğrudan bu konu olmadığı için genel bir bilgi vermek anlaşılırlık bakımından faydalı olacaktır. İdari işlem ve idari ihmalden kaynaklanan tazminat taleplerinde, zarara uğrayan kişilerin öncelikle söz konusu işlemin yahut ihmalin ortadan kaldırılması için idari yargıda iptal ya da ihmalin sonlandırılması davası açıp bunu kazanmış olmaları; bunun üzerine idareye başvurarak zararlarını talep etmeleri, bu isteklerinin ret edilmesi durumunda ise adli yargıda idareye karşı tazminat davası açmaları gerekmektedir. Bkz.; Yargıtay'ın 23.12.1986 tarihli, Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 103/85 ve 104/85 (Dava No.503/82; Lefkoşa, D.35/86, s.4 (www.mahkemeler.net, erişim tarihi 07.10.2016); YİM'in 6.3.2009 tarihli, 355/04, D.7/09, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 09.10.2016) Zarar bir idari eylemden gerçekleşmiş ise bu durumda, zarara uğradığını iddia eden kişi doğrudan doğruya idareye karşı adli yargıda tazminat davası açabilmektedir. Bkz.; Yargıtay'ın 16.7.1987 tarihli, Yargıtay/Hukuk 22/87, D.16/87 sayılı kararı, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 09.10.2016.

16 Erhürman, s.57.

kesinlik taşımaktaydı. On Kıbrıs Lirasına kadar olan davalarda kanuni bir nokta olması halinde ve mahkeme başkanının izni ile mahkeme masraflarının istinafa gidecek tarafça mukayyittik nezdinde güvence altına alınması ile istinafa gidebilmekteydi. Bu başvurularda mahkeme başkanının istinaf neticesinde vermiş olduğu bu kararlara karşı Yüksek Mahkeme'ye müracaat mümkün değildi.

Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasını takiben, Cumhuriyet mahkemelerinin teşkilâtını, görevlerini ve yetkilerini düzenleyen 17 Aralık 1960 tarihinde yürürlüğe giren 14/1960 sayılı Adalet Mahkemeleri Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, mahkemelerin her kararı Yüksek Mahkemede istinaf edilebilmekteydi. 1960 Anayasası'nın istinafı düzenleyen 155. maddesinin 1.fıkrasına göre:

"Yüksek Mahkeme Cumhuriyette en yüksek istinaf mahkemesidir ve bu anayasanın ve onun gereğince yapılan mahkeme tüzüğünün hükümlerine tabi olarak. Yüksek Anayasa Mahkemesinden gayrı diğer herhangi bir mahkemenin kararının istinafına ait davalara bakmak ve karara bağlamak kaza yetkisine sahiptir".

Madde metninde de görüldüğü üzere, 1960 Anayasası'nda Yüksek Mahkemenin Cumhuriyette en yüksek istinaf mahkemesi olduğu belirtilmiştir.[17] 1960 Anayasası 146. maddesi ile idari davalara bakmakla yetkilendirilmiş olan Yüksek Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararlara karşı ise istinaf hakkı tanınmamaktaydı. 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası'nın 117. maddesi ile yine hukuk mahkemelerinin kararlarına karşı Yargıtay'da istinaf yolunun açık olduğu belirtilmiştir. 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası'nın 109. maddesinin 4. fıkrasına göre; YİM'in bir başkan ve iki yargıçtan veya sadece üç yargıçtan oluşması ve YİM'in tek dereceli, yani, istinafı olmayan bir mahkeme olması öngörülmüştü. 1985 KKTC Anayasası ile 1975 Federe Devleti Anayasası'nın öngördüğü tek dereceli idarî yargı sisteminden uzaklaşılarak, iki dereceli bir idarî yargı sistemi benimsenmiştir.[18]

---

17 KKTC Anayasası'nın aksine, Yüksek Mahkeme yerine "Yargıtay" tabiri kullanılmamıştır

18 Anayasa Mahkemesi'nin 3/91, D. 6/91 sayılı kararı , www.mahkemeler.net, erişim tarihi 03.10.2016.

III. İdari Davalarda İstinaf

İstinafın kelime anlamı, mahkemenin verdiği kararı kabul etmeyerek bir üst mahkemeye götürmektir.[19] İstinaf doktrinde genel olarak, ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararlardaki hataları ve hukuka aykırılıkları gidermek amacıyla kabul edilmiş bir kanun yolu ve henüz kesinleşmemiş son kararlara karşı kabul edilen bir yol olduğundan dolayı olağan kanun yolu olarak tanımlanmaktadır.[20]

KKTC'de istinaf genel manasıyla, Anayasa'nın 151 maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre:

"Yargıtay, Devlette en yüksek istinaf mahkemesidir; bu Anayasa ve onun gereğince yapılan yasa ve Mahkeme Tüzüğü kurallarına bağlı olarak, herhangi bir mahkeme kararının istinafına ait davalara bakmak ve karara bağlamak yetkisine sahiptir.

Bu maddenin (3). fıkrası kuralları saklı kalmak koşuluyla, Yargıtay, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın gösterdiği hallerde ilk mahkeme olarak ve istinafen davalara bakmak yargı yetkisine sahiptir.

Ancak, ilk mahkeme olarak yetki verildiği hallerde, bu yetki Yüksek Mahkemenin atayacağı Yüksek Mahkeme yargıç veya yargıçları tarafından kullanılır. Bu suretle verilecek kararlara karşı Yargıtay'a istinafen başvurma hakkı vardır."

İstinafa ilişkin ikincil düzenleme Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Emir 35 Nizam 8'de düzenlenmiştir.[21] Buna göre;

"İstinaf Mahkemesi, değişiklik yapma hususunda ve diğer konularda ilk mahkemenin haiz olduğu tüm yetki ve görevleri haizdir ve onlarla ilgili olarak ek şahadet kabul etmekte tam takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu şahadet mahkemede sözlü olarak sorgulama suretiyle veya yemin takriri veya istinabe

---

19 Bkz., http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.57ecf4f099ddc1.73629298 (Erişim tarihi 30.09.2016)

20 Çağlayan, s.743, Hakan Pekcanıtez, İstinaf Kanun Yolu, http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/%C4%B0stinaf.pdf (Erişim tarihi 18.10.2016), Turan Yıldırım, İdari Yargı, İstanbul, 2010, s.513, Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2016, s. 321-322; Kamil Yıldırım, Hukuk Devletinin Gereği İstinaf, İstanbul, 2000, s.45; Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 6.

21 Çalışmanın ilerleyen kısımlarında Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü "HMUT" olarak, Emir "E" olarak ve Nizam "N" olarak ifade edilecektir

yolu ile verilir. Söz konusu ek şahadet, ara dilekçelerin verillmesi üzerine veya istinaf edilen kararın verilmesinden sonra meydana gelen meselelerle ilgili olduğunda, özel izin alınmadan verilebilir. Herhangi bir sebep veya meselede duruşma veya yargılama yapıldıktan sonra ve sebep veya meselenin hakettiği değere göre verilen hükmün istinaf edildiği hallerde, söz konusu ek şahadet (yukarıda sözü edildiği gibi karar sonrası meydana gelen meselelerle ilgili olanlar hariç) yalnız özel nedenlere istinaden ve ilgili mahkemenin özel izni ile kabul edilir. İstinaf Mahkemesi esasa İlişkin istidlaller yapmaya ve verilmesi gereken herhangi hükmü veya herhangi bir emri vermeye ve meselenin gerektirdiği ek veya diğer emirleri vermeye yetkilidir. Yukarıda sözü edilen yetkiler, istinaf ihbarnamesinin kararın yalnız bir kısmının bozulmasın ve değiştirilmesine ilişkin olmasına bakılmaksızın. İstinaf Mahkemesince kullanılabilir. Bu gibi yetkiler ayrıca kararı istinaf etmeyen veya karara karşı istinafta bulunmayan, tüm davalılar veya taraflar veya bunlardan herhangi biri yararına kullanılabilir. İstinaf Mahkemesi, istinaf masraflarının tümü veya herhangi bir kısmı ile ilgili olarak adil sayılacak bir emir verme yetkisine sahiptir ".

KKTC idare hukukunda istinaf esas kanun yoludur ve temyiz kanun yolu yoktur. İdari yargı davaları bakımından başvurulabilecek istinaf, KKTC Anayasasının 143. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre;

"Yüksek Mahkeme, Başkan ve iki yargıç ile veya sadece üç yargıç ile toplanarak Yargıtay veya Yüksek İdare Mahkemesi olarak görev yapar. Bu görev çerçevesinde verilen kararlar nihaidir. Başkanın oturumda bulunmadığı hallerde en kıdemli yargıç başkanlık etmektedir. Ancak, Yüksek Mahkemeye Yüksek İdare Mahkemesi olarak doğrudan doğruya başvurulması yasa ile gösterilen haller dışındaki başvurular, Yüksek İdare Mahkemesinde görevli tek yargıç tarafından incelenip karara bağlanır. Tek yargıç tarafından verilecek kararlara karşı üç yargıçtan oluşan Yüksek İdare Mahkemesine istinafen başvurulabilir"

Madde metninde görüldüğü ve daha önce de değinildiği üzere Anayasa'ya göre, YİM'in üç yargıçla toplanarak ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı durumlarda YİM[22] kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulamamaktadır.[23] Ancak yasada belirtilen istisnalar haricinde

[22] Çalışmanın ilerleyen kısımlarında Yüksek İdare Mahkemesi YİM olarak anılacaktır.

[23] Yüksek İdare Mahkemesi Yasası'nın 4. maddesinin 1. fıkrasında da üç yargıçtan oluşan Yüksek İdare Mahkemesi kararlarının kesin olduğu belirtilmektedir. Adil

tek yargıçla ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı davalar için ise üç yargıçtan oluşan YİM'e istinaf başvurusunda bulunulabilmektedir.

Ayrıca Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü'nün[24] 18. maddesine göre YIMT'de boşluk olması halinde, HMUT istinafa ilişkin işlemlerde gerekli değişiklikler yapılarak uygulanabilmektedir. Dolayısıyla, idari istinaflarda hangi usulün uygulanacağı konusunda Yüksek İdare Mahkemesi Yasası ve YİMT'te herhangi bir hüküm bulunmaması durumlarında HMUT, idari yargının gerektirdiği farklı uygulamaların yapılmasını engelleyemeyecek şekilde uygulanmaktadır ki bu yönde alınmış mahkeme kararları da yine mevcuttur.[25]

KKTC hukuk sisteminin Anglo-sakson hukuk sistemi ile olan tarihsel ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda hukuk sistemindeki gelişime katkıları yadsınamaz bir gerçeklik[26] olan KKTC istinaf mahkemeleri bir kontrol mahkemesi niteliğindedir. Yani, KKTC'de uygulanmakta olan istinaf sistemi "dar anamda istinaf" a girmektedir.[27] İstinafa başvuran kişinin hatalı olduğunu iddia ettiği hususları denetler. Dolayısıyla bazı içtihatlarda, yukarıda belirtilen "ilk mahkeme", "ilk derece mahkemesi" ya da "alt mahkeme" tabiri yerine, "duruşma mahkemesi" tabiri de kullanılabilmekledir.[28]

A. İstinafa Başvurma Hakkı ve Süresi

HMUT E 9 N 10'a göre, istinafa başvurabilecek kişiler davada taraf olan kişilerdir. Taraf olmayan herhangi bir kişinin istinafa başvurması mümkün değildir. Ancak, bu kuralın bir istisnası mevcuttur, şöyle ki;

---

yargılanmanın temel ilkelerinden birinin iki dereceli yargılama olduğu göz önüne alındığında Anayasanın 143. maddesi ile söz konusu Yasa'nın 4. maddesinin adil yargılanma hakkıyla çok da örtüşmediğini söylemek mümkündür.

24 Çalışmanın ilerleyen kısımlarında YİMT olarak ifade edilecektir.

25 YİM/ İstinaf 2/98, D. 3/ 98 YİM Dava no 142/ 98; YİM 114.96. D. 8/ 2003, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 29.09.2016

26 Birleştirilmiş Yargıtay/ Hukuk No: 44- 45/ 97 D. 11/ 2001 sayılı kararı, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 09.10.2016

27 Dar anlamda istinaf için bkz. Ejder Yılmaz, İstinaf, Ankara, 2005, s. 22; Kâmil Yıldırım "Kanun yolu Olarak İstinaf", İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı, 7–8 Mart 2003, Ankara, 2003, s.300.

28 Hukuk/İstinaf No: 4/74, Dava No: 107/73; Hukuk/İstinaf No: 31/74, Dava No: 64/73; Yargıtay/Hukuk58/01, Lefkoşa Şirket İstida No: 11/00, D. 1/02, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 14.10.2016

mahkemenim vereceği bir karardan olumsuz olarak etkilenme ihtimali olan ve bu davada taraf olabilirliği olanların da, davada taraf olmamalarına rağmen ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinafa başvurma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.[29] Bu durumun, yani, iptal veyahut ihmalin sonlandırılması davası açmamış kişileri davada taraf yapmaya teşebbüs etmenin bazı davalarda YİM'i ciddi bir kaosla baş başa bırakabileceği ileri sürülmüştür.[30] Ancak, başka bir açıdan duruma bakıldığında ise, hukuka aykırı işlem ve ihmallerin hukuk dünyasından silinmesi için ekstra bir imkânın, nihai karardan olumsuz yönde etkilenenlere istinaf hakkının tanınmasıyla ortaya çıkmasının da idari yargının amacıyla ters düşmeyeceği de muhakkaktır.

KKTC'de istinaf Anayasal bir müessese olarak düzenlenmiş olmasına karşın HMUT bazı durumlarda[31] kişilerin istinafa başvurmasından önce tüketmesi gereken yargısal yollar öngörmüştür. Örneğin, mahkeme nihai kararını taraflardan birinin hazır olmadığı bir oturumda vermiş ise, bu karara karşı itiraz edilmesi ilk etapta istinaf yolu ile olamamaktadır. Bu durumda nihai kararı veren mahkemeye on beş gün içinde başvurularak hükmün iptali talep edilmelidir. Mahkemenin bu talep üzerine vereceği karar istinafa tabi olmaktadır.[32] KKTC yargılama usulünde iki dereceli bir yargılama usulü öngörülmüştür ancak tüzüğün bu hükmü ile bazı nihai kararlara karşı bir anlamda ara bir derece yargılama usulü katılmış olmaktadır.[33]

---

29 Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi önündeki davada taraf olmayan bir kişinin istinaf başvurusu yapabileceğine dair kararı için bkz., Yargıtay/Hukuk 38/2003, D. 4/2005 sayılı kararı, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 13.10.2016.

30 Erhürman, s.649.

31 Emir 26 Nizam 14, Emir 16 Nizam 13 ve Emir 33 Nizam 5'te bu durumlar düzenlenmiştir.

32 Yargıtay'ın 58/80 sayılı D.33/80 sayılı kararı, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 14.10.2016.

33 Anayasanın teminat altına almış olduğu bir hak olmasına karşın bu hakkın "etüt edilerek uygun ve münasip hallerde kullanılması" gerektiği ve aksi halde istinaf mahkemesinin "gereksiz" vaktinin alınması karşı bir yaptırım uygulanması gerektiği yargı kararlarında tartışma konusu olmuştur. Bu görüş kesinlikle kabul edilebilir bir görüş değildir. Anayasanın teminat altına almış olduğu istinaf hakkının sınırlanmaması gerekir ve müeyyide uygulamak, istinaf hakkının sınırlanmasına yol açacaktır. Avukatların görev yapması bu noktada sınırlanacak ve müvekkillerinin ısrarlı talepleri karşısında istinaf yolunu kullanamayacaklardır. Bu bakış açısı ilk derece mahkemesinde herhangi bir nedenden dolayı (süre, ehliyet, görev, yetki vs.) dava açamayacağı ortaya çıkan kişilerin de müeyyideye tabi tutulması sonucunu beraberinde getirecektir. Bu yaklaşımın 21. yüzyılda yerleşik olan hu-

İstinafa başvuru süreleri, ara emirlere ve nihai kararlara karşı yapılacak istinaf başvurularına göre farklılık taşımaktadır.

HMUT E 35 N'2 uyarınca, ara emirlere karşı yapılacak istinaflarda süre, emrin verildiği tarihten itibaren 14 gün, tek yargıç tarafından verilen nihai kararlara karşı da istinaf süresi kararın verilmesinden itibaren hükmün okunduğu günü takip eden günden[34] itibaren 6 haftadır. Kural olarak bu süreler geçtikten sonra istinafa başvurmak mümkün değildir. Ancak, kararı veren yargıç emri verirken ya da emri verdikten sonra herhangi bir zamanda istinaf süresini uzatma yetkisine sahiptir. Ayrıca yine istinaf mahkemesi de süresi geçmiş olmasına rağmen kendisine yapılan başvuruları kabul etme yetkisine sahiptir, diğer bir ifadeyle istinaf mahkemesi de süreyi uzatma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla KKTC'de istinafa başvuru için öngörülmüş olan süreler hak düşürücü süreler olarak düzenlenmemiştir. KKTC'de, Anglo-sakson hukuk sisteminin bir yansıması olarak yargıca bu konuda çok ciddi bir takdir hakkı verildiği görülmektedir. Ancak, bu sürelerin uzamasında mahkemeye yapılan müracaatlarda gerçeğe uygun, makul ve geçerli bir mazeret sunulmalıdır.[35] Burada dikkat edilmesi gereken husus, istinaf mahkemesinin mevzuatta öngörülmüş olan süreler geçtikten sonra yapılacak olan istinaf başvurularını kabul ederken "makul" ve "geçerli" mazeretten ne anladıklarını açıkça belirtmeleridir. Hatta mahkemelerin bu konuda bir içtihat birliğine varmış olmaları daha da yerinden olacaktır. Netice itibarıyla anayasal bir hak olan hak arama hürriyetinin olabildiğince nesnel bir şekilde kullanılabilmesi ve bunun da genel kabul görmesi önem taşımaktadır.

B. İstinafta Yargılama Usulü

HMUT E 35 N 3'e göre, tüm istinaflar kural olarak tekrar dinlenme yolu ile görülmektedir. Buradan çıkan sonuç, istinafta istinaf merci

---

kuk devleti anlayışında kendisine yer bulamayacağı çok açık ve kesindir. Netice itibarıyla her davanın kendine özgü olguları söz konusudur; belirli yasa kuralları karşısında bile istinaf müracaatının nasıl sonuçlanacağı önceden bilinmesi mümkün değildir.

34 Yargıtay/Hukuk No: 91.88. D. 8/89, YİM/İstinaf, 1/92, D.2/93, YİM Dava No:197/97, www.mahkemeler.net , erişim tarihi 18.10.2016.

35 Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 124/87, 125/87, D. 2/88 sayılı kararı , www.mahkemeler.net , erişim tarihi 18.10.2016.

dosya üzerinden inceleme ile sınırlı değildir. İstinafın dinlenmesine karar verilmiş ise yani duruşma yapılması kararı alınmış ise, dinlemenin başlanması aşamasında tarafların hazır bulunup bulunmamalarının da istinaf yargılamasında birtakım sonuçları vardır. HMUT E 35 N 11'e göre, istinaf için belirlenmiş olan gün ve saatte taraflardan hiçbiri hazır değilse, istinaf işlemden kaldırılmakta ve ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşmektedir.[36] İstinaf eden hazır olmasına rağmen karşı taraf hazır değilse, karşı tarafa tebliğ yapıldığının kanıtlanması üzerine, istinaf mahkemesi istinafın duruşmasını karşı tarafın gıyabında görmeye başlar ve istinaf edeni dinleyerek ve karşı taraf mahkemede hazırmış gibi istinafı sonuçlandırır.[37] Karşı taraf hazır ise, istinaf eden hazır değilse, karşı tarafın başvurusu üzerine veya resen istinaf reddedilir.

İlk derece mahkemelerinin verdikleri kararlar istinaf mahkemesinde[38] zabıtlar üzerinden dinlenir ve bu nedenle ilk derece mahkemelerindeki bütün muhakeme işlemlerini içeren zabıtlar taraflara ve istinaf mahkemesine önceden verilir. İstinaf dilekçesinin dosyalanmasını takiben, "mention" yani "zaptı dava" olarak tayinli bir gün bildirilir.[39]

---

36 Ancak HMUT E 35 N11 uyarıca, istinaf mahkemesi haklı bir gerekçe ile tarafların istinaf duruşmasında hazır bulunamadığına ikna olursa, istinafın işlemden kaldırılması kararını iptal ederek istinafı görüşmeye devam edebilmektedir.

37 Yargıtay/Hukuk 5/91. D. 15/91, Dava No: 828/90 sayılı kararı, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 09.10.2016.

38 KKTC Anayasasının 143 (4). maddesine göre Yüksek Mahkeme, başkan ve iki hâkim ile veya sadece üç hâkim ile toplanarak İstinaf Mahkemesi olarak görev yapar. İstinaf mahkemesinin oturumunda kararlar oy çokluğu ile alınır. İkiye karşı bir oyla azınlıkla kalan hâkim, ek görüşünü belirtip, azınlık kararı verebilir. Bu görüş bağlayıcı olmamakla birlikte mahkeme kararına dahil edilir.

39 Diğer davalarda da uygulanmakta olan "mention" safhası, tarafların duruşmadan önce bir araya gelmeleri ve mahkeme dışı uzlaşma imkânlarının olup olmadığının tespitine yönelik bir safhadır. Böyle bir uygulamanın istinafta uygulanmasının ne derece gerekli ve yararlı olabileceği tartışma götürmektedir. İstinafta, diğer davalarda olduğu gibi tarafların önceden görüşüp görüşmemesinin bir önemi yoktur. İstinafta temel amaç, ilk mahkeme hükmünün hatalı olup olmadığının incelenmesidir. İstinaf duruşmasında, aleyhine istinaf edilenin hazır bulunması ve istinafın kabulüne bir itirazının olmayacağını bildirmesi önemli değildir. Bu husus istinaf mahkemesi tarafından dikkate alınmaz (Bkz. Yargıtay Hukuk 12/89, D. 26/89, istida istinaf: 1/87 sayılı kararı). Bu hususu ve istinafın amacını da dikkatte alırsak, "mention" aşamasının istinafta uygulanmasının fuzuli ve istinafı geciktirici nitelikte olduğunu söylemek mümkündür

İstinaf aşamasında taraflar iddialarını mahkeme zabıtları üzerinde ve uygulamada mavi olarak numaralandırılmış sayfalara atıfta bulunmak sureti ile ileri sürerler. İstinaf mahkemesinin karar alabilmesi için, bu gibi hususların dava zabıtlarında yer alması gerekmektedir. Kural olarak ilk derece mahkemesinde itiraz edilmeyen bir husus, istinafla ileri sürülemeyeceği gibi talep takrirlerinde yer almayan hususlar da istinafta konu yapılamamaktadır.[40]

İstinaf Mahkemesi kararında, istinaf ihbarnamesinde yer alan tüm istinaf sebeplerine değinmek zorunda değildir. İstinaf başvurusunu bir iddiadan hareketle sonuçlandırmak ve diğer iddialara hiç yer vermemek KKTC yargısında sadece istinaf mahkemesine verilmiş bir haktır.[41]

C. İstinaf Mahkemesinin Yargılama Safhasındaki Yetkileri

İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin ulaşmış olduğu bulgulara kural olarak müdahale edememektedir.[42] Örneğin, bir şahidin doğruyu söyleyip söylemediği ilk mahkeme yargıcının adli takdirine bırakılmıştır.[43]

İstinaf mahkemesi, bir istinaf başvurusunu karara bağlarken istinafı kabul edip, söz konusu hüküm veya emri iptal edebilmekte veya

---

40 Hukuk/İstinaf No: 4/74, Dava No. 107,73. Hukuk/İstinaf 31/74, Dava No: 64/73, Yargıtay/Hukuk 58-01 sayılı kararı, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 09.10.2016.

41 Yargıtay/Hukuk 81/86, D. 13/87, Dava No:, 2002/86, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 09.10.2016.

42 Yargıtay/Hukuk 8/82. Dava No.226/79. D. 27/83 Yargıtay/Hukuk 49/83. Dava No: 1284/78, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 09.10.2016

43 İlk derece mahkemelerinin açıkça hatalı hareket ettikleri görüldüğü haller dışında, ilk derece mahkemelerinin tanıkların şahadetlerine ilişkin değerlendirmelerine istinaf mahkemesince müdahale edilmemektedir. Ancak bu, istinaf mahkemesinin de tanığı ya da şahidi tekrar dinlemeye karar vermesine mani değildir. Açıkça hatadan ne anlaşılması gerektiği konusunda mahkeme kararlarında net bir tanıma ulaşmak mümkün değildir. Ancak, mahkemelerin her olayda kendi özgü değerlendirme yapılması gerektiğine dair kararları mevcuttur: Bkz., Yargıtay/Hukuk 63/89, D. 2/90, Yargıtay/Hukuk, 29/90, D. 16/90, Dava No: 387/87, D. 10/91, Yargıtay/Hukuk, 13/91, Dava No. 14/88, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 09.10.2016. Bu gibi durumlarda HMUT E 35 N8, istinaf mahkemesini ek şehadet dinleyebilme konusunda yetkilendirmiştir.

istinafı reddedip söz konusu hüküm veya emrin kesinleşmesini sağlayabilmektedir.[44]

İstinaf mahkemesi, istinaf edenin istinafında haklı olduğuna karar verirse, kural olarak istinaf mahkemesi davayı kendisi görür ve sonuçlandırmaktadır. Başka bir ifadeyle istinaf mahkemesinin önünde yeterli ve geçerli şahadet var ise ve istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin dikkate alması gereken hususları dikkatte almadığını, almaması gereken hususları da dikkate aldığını tespit ederse, davayı tekrar dinlenmek üzere ilk mahkemeye geri göndermez. Bu durumda istinaf mahkemesi, mevcut şahadet çerçevesinde ilk mahkemenin bulguları ile bağlı olmadan kendi kararını verir[45]. Ancak ilk incelemeye ilişkin verilmiş karara karşı yapılan istinaf talebi haklı görülürse, bu durumda istinaf mahkemesi davayı tekrar görüşülmek üzere ilk derece mahkemesine geri göndermektedir.

İstinafın mahkemesi ayrıca, istinaf başvurusunun dinlenmesi sırasında istinaf sebepleri ile ilgili olarak resen Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkisine de sahiptir.[46]

III. İstinafa Başvurulmuş Olunmasının İlk Derece Mahkemesi Kararları Üzerindeki Etkisi

YİMT'te ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinafa başvurulmuş olması durumunda mahkeme kararının yürütmesinin durup durmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. HMUT'ne göre ise ilk derece mahkemesinin bir kararına karşı istinafa başvurulmuş olması ilk derece mahkemesinin almış olduğu kararın yürütmesini kural olarak durdurmamaktadır.[47] Ancak, bu durumun da yine is-

---

44 İstinaf mahkemesi, istinafta belirtilen birçok sebeplen birine dayanarak istinafı kısmen kabul edebilir. Bu gibi durumlarda hüküm istinafta kabul edildiği şekli ile kesinleşmektedir. Yargıtay/Hukuk, 86/87, D. 18/88, Dava No: 2141/85, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 10.10.2016.

45 Yargıtay/Hukuk 37/83, D.35/83, Dava no: 282/81,Yargıtay/Hukuk No: 98/87, D. S/88, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 10.10.2016.

46 Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 106-87. 118/87. D. 47/89, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 10.10.2016.

47 HMUT E 35 N18: "Bir istinaf, istinaf edilen kararın öngördüğü icra takibini veya işlemleri yalnızca istinaf edilen kararı veren mahkeme veya İstinaf Mahkemesi

tisnaları mevcuttur. Şöyle ki; HMUT'ne göre, istinaf mahkemesi ya da onun bir yargıcı ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın yürütmesinin durdurulmasına karar verebilmektedir. Ayrıca yine HMUT'ne göre, ilk derece mahkemesi de kendi vermiş olduğu kararın yürütmesinin durdurulmasına karar verebilmektedir.[48]

Ancak, ilk derece mahkemesi kararlarının yürütmesinin durdurulması TC idari yargı sisteminde olduğunun aksine, sadece teminat yatırma şartına bağlanarak mahkemenin takdirine bırakılmış, davanın reddine ilişkin kararlarda aranan açıkça hukuka aykırılık ve telafisi güç veya imkânsız durumun ortaya çıkması gibi şartlar aranmamaktadır. Yine Anglo-sakson hukuk sisteminin yansıması olarak, bu gibi durumlarda istinaf mahkemesine geniş bir takdir yetkisi bırakılmış durumdadır.

IV. Sonuç

Adil yargılanma ve hak arama kavramları birbirini tamamlayıcı nitelik taşımaktadırlar. Bireyler hak arama hürriyeti vasıtasıyla bunun pratik ve adil olması önem taşımaktadır. Hak arama hürriyetinin pratik olarak kullanılmasına imkân tanımayan ülkelerde, bireyler çoğu zaman yaşadıkları hukuka aykırılıkları mahkemelere taşıma konusunda sıkıntı yaşamakta ve neticesinde de hak arama özgürlükleri dolayısıyla da adil yargılanma hakkı zarar görmektedir. KKTC'de de ilk derece olsun, istinaf aşaması olsun tüm idari davaların merkezde toplanmış olması, diğer bölgelerde teşkilatlanmaya gidilmemiş olması yukarıda belirttiğimiz sakıncaya en bariz örneklerden birini teşkil etmektedir.

TC'de idari yargıda istinaf sisteminin öngörülmesinin temel nedenlerinden biri olan yargı yükünün hafifletilmesi şüphesiz haklı bir gerekçedir. Dolayısıyla istinaf getirilmek suretiyle iki dereceli bir yar-

---

veya bu iki mahkemeden birinin bir yargıcı tarafından emredildiği ölçüde durdurulabilir…"

48 İlk derece mahkemesinin bir kararının uygulanmasını istinafa başvurulmuş olduğu gerekçesiyle erteleyen idarenin bu kararı yargı organının önüne gittiğinde Yargıtay; istinafa başvurulmuş olmasının icrayı durdurmadığının mevzuatta belirtildiğini dolayısıyla söz konusu kararın uygulanması gerektiği yönünde karar almıştır. Bkz., Yargıtay/Hukuk 60/89, D 1296/88, www.mahkemeler.net, erişim tarihi 10.10.2016.

gı sisteminden kural olarak üç dereceli bir yargı sistemine geçilmiştir.[49] Kanun yollarının en temel amaçlarından birinin bireyin kişisel haklarını özellikle de adil yargılanma hakkının korunması olduğu muhakkaktır. KKTC idari yargısına bakıldığında da yıllar geçtikçe yargı yükünün adil yargılanma bağlamında ciddi sorunlar ortaya çıkardığı bir gerçekliktir. Dolayısıyla, bu yargı yükü istinaf mahkemesi üzerinde de söz konusudur. Bu durumun giderilebilmesi bakımından yapılabilecek şeylerden birincisi; idari yargıda kurulması öngörülmüş olan ancak kurulmayan ilk derece kaza mahkemelerinin kurulmasıdır. Bu sayede hem birden fazla ilk derece mahkemesi alanında uzman yargıçlarla görev yapmaya başlayacak hem de mevcut durumda ilk derece mahkemesi görevini yürüten YİM, sadece yüksek mahkeme olarak görev yapmaya başlayacak ve üzerindeki iş yükü azalacaktır. Yapılabilecek ikinci şey ise; üç dereceli yargı sistemine geçmektir. Diğer bir ifadeyle istinaftan sonra başvurulabilecek bir kanun yolunun daha yargı sistemine dâhil edilmesi yerinde olacaktır. Özellikle istinafın düzeltme-iyileştirme amacı ile temyizin de içtihat oluşturma amacı KKTC idare hukukunun içtihadi olma özelliği ile beraber düşünüldüğünde, özellikle YİM'in temyiz merci olarak düzenlenmesinin olumlu sonuçları olacağı muhakkaktır.

Kaynakça

Akyıldız Ali, "İstinafa İlkesel Bakmak", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 147. Yıl, 2015.

Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2016.

Erhürman Tufan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku, Kıbrıs, 2012.

Keskin Züleyha, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu", *TBBD*, Sayı 126, Eylül-Ekim 2016.

Pekcanıtez Hakan, İstinaf Kanun Yolu, http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/%C4%B0stinaf.pdf , erişim tarihi 18.10.2016.

[49] Ancak burada, istinaf sisteminin öngörülmüş olmasının davaların hızlı ve adil bir şekilde sonuçlandırılması için tek başına yeterli olmayacağını da söylemek gerekmektedir. İdarenin işlem ve eylemleri idari yargıdaki uyuşmazlıkların temel uğraş alanıdır. Bu bağlamda, idarelerin karar alma süreçleri içerisinde hukuka uygun davranma bilinci (idari usul) geliştirilmeli ve uyuşmazlıkların çözümü için idari dava yoluna gidilmeden önce de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hayata geçirilmelidir.

Toroslu Nevzat / Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2016.

Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.

Yıldırım Kamil, "Kanunyolu Olarak İstinaf", İstinaf Mahkemeleri,Uluslararası Toplantı, 7–8 Mart 2003, Ankara, 2003.

Yıldırım Kamil, Hukuk Devletinin Gereği İstinaf, İstanbul, 2000

Yıldırım Ramazan, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 147. Yıl, 2015.

Yıldırım Turan, İdari Yargı, İstanbul, 2010.

Yılmaz Ejder, İstinaf, Ankara, 2005, s. 22;

VERGİ MAHKEMESİNİN VERGİ KABAHATLERİ BAKIMINDAN KISMİ KABUL İÇEREN İDARİ İŞLEM NİTELİĞİNDEKİ KARARLARI

TAX COURT DECISIONS INCLUDING PARTIAL ACCEPT ON ADMINISTRATIVE ACT IN TERMS OF TAX MISDEMEANORS

Abdullah ÖMERCİOĞLU*

Özet: Vergi kabahatleri, hukukumuzda vergi ziyaı ve vergi usulsüzlüklerinden oluşmaktadır. Bu kabahatlerin yaptırımları idari para cezası olarak belirlenmiştir. Cezai işleme karşı dava yoluna gidilmesi halinde; özellikle vergi ziyaı cezası bakımından, yargılama mercii olan vergi mahkemesinin, kesilen cezayı iptal etmekle yetinmeyip kendisinin cezayı belirleme yoluna gittiği uygulamada çokça görülebilmektedir. Durum hem anayasaya hem de idare hukukunun genel ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İptal, Vergi Usulsüzlüğü, Vergi Ziyaı, İdari İşlem, Fonksiyon Gaspı

Abstract: In our legal system, tax misdemeanors determined as loss of tax and tax irregularities. The sanctions of these misdemeanors are defined as administrative fine. When bringing an action; especially for loss of tax sanction, the tax court often may decide a new sanction instead of revocatory. This situation makes a conflict with both constitution and general principles of administrative law.

Keywords: Nullity, Tax irregularity, Loss of Tax, Administrative Act, Function Usurpation

GİRİŞ

Devletin vergilendirme yetkisi, kaynağını egemenlik gücünden almaktadır.[1] Tarih boyunca Devletlerin en önemli gelir kaynağı olan vergilerin güvenceye alınması bir zorunluluk olarak görülmüştür. Bu bağlamda; genel anlamda mali düzenlemeler her zaman büyük bir

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1 Doğan Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek, Vergi Hukuku, Ekin, Bursa 2013, s.73.

öneme sahip olmuş ve verilen bu yüksek önemin sonucu olarak Devlet alacağını güvence altına alma yolları geliştirilmiştir. Bu yollardan biri ve geçmişten günümüze en tabii kabul edileni vergi idarelerinin ceza uygulama yetkisidir. Bu yetkinin denetimi şeklinde tezahür eden vergi yargılaması da bu sistemin bir kademesi olarak değerlendirilebilir. Dahası, vergi mahkemesi, vergi idaresi ile mükellef arasında adaleti sağlama amacına hizmet ettiğinden, daha önemli bir konumda kabul edilebilmektedir.

Ülkemizin de içerisinde bulunduğu Kıta Avrupası Hukuk sistemine yargı ayrılığı sistemi adı verilmektedir. Bu sistemde idari yargı sistemi, idarenin yargısal denetimini gerçekleştirmek üzere, adli yargının dışında ve kendine özgü kuralları ve yargılama usulü ile ayrı bir yargı düzenini ifade etmektedir.[2] İdari yargı sisteminde ilk derece mahkemeleri idare ve vergi mahkemeleridir. Dolayısıyla hukukumuz bakımından vergi mahkemeleri, idari yargı teşkilatının bir süjesi olarak idari yargı kurallarına tabidir.

Vergi idaresinin idari işlem niteliğindeki kararlarına karşı vergi yargılamasına gidilmektedir. Bu durumda, mahkeme hükmünün temel hukuk kurallarına uygun olarak kurulup kurulmadığı sorunu ortaya çıkabilmektedir. Bu kurallardan konumuz açısından ilgili olanı mahkemelerin idarenin yerine geçemeyeceği ilkesidir.[3] Ancak vergi mahkemelerinin, vergi cezaları ile ilgili uyuşmazlıklarda dava konusu işlemin iptalinden öte yeni bir idari işlem niteliği taşıyan kararlar verdikleri görülebilmektedir.

Bu çerçevede, vergi mahkemesinin, vergi idaresi yerine geçerek işlem tesis etmesi, uygulamada malumun yerine getirilmesi olarak nitelenmekte ve tekrar idare olaya müdahil olmadan mahkeme hükmü doğrudan yerine getirileceğinden iş yükünü azalttığı argümanı ileri sürülebilmektedir. Öte yandan idare hukuku mantığına göre ise, yargı merciinin görevi, hukuksuzluğu saptamak ve idareyi bu hukuksuzluğu düzeltmeye yönelik işlem tesis etmeye zorlamak olarak belirmek-

---

2 Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, Ankara 2015, s.40.

3 Hem Anayasa m.125/5'te hem de İYUK m.2/2'de idari yargı yetkisi kullanılırken idari mahkemelerinin, idari eylem ve işlem niteliğinde kararlar veremeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu kural, mahkemelerin, "yönetici yerine geçmeme", "yönetime buyruk vermeme" ve "takdir yetkisini engellememe" şeklinde somutlaşmaktadır. Mehmet Yüce, Vergi Yargılama Hukuku, Ekin, Ankara, 2015, s.50.

tedir. Bu bakımdan durumun, bir sorun olarak ele alınması ihtiyacı hâsıl olmuştur.

Çalışmamızda; öncelikle vergi davasının hukuki niteliği tahlil edilecek daha sonra bu davanın hüküm sonuçları incelenecek ve yukarıda değinilen sorun hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. VERGİ DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ[4]

Vergi uyuşmazlıklarından doğan davalar genel olarak idari dava olarak ele alınır ve idari yargıda görülür. Vergi ceza hukuku açısından öngörülen suçlar bakımından görülecek olan davalar ise ceza davaları olarak adli yargıya (ceza mahkemesine) tabidir. Konumuz açısından, Vergi Mahkemelerinin[5] görev alanına dâhil olan idari vergi davalarının hukuki niteliği üzerinde durulacaktır.

Doktrinde vergi davalarının, iptal davası mı yoksa tam yargı davası mı olduğuna dair bir fikir ayrımı vardır. Öğretide genel olarak kabul edilen görüş, vergi davalarının genel niteliği itibariyle tam yargı davası olduğudur. Çünkü vergi davalarında vergi yükümlüsü, salınan bir verginin esasına ya da tutarına itiraz etmektedir.[6] Öte yandan vergi davasının özü itibariyle iptal davası olduğunu savunanlar da vardır. Bu görüşe göre menfaat ihlalinin olması ve VUK m.377'deki dava açmaya yetkili olanlardan hareketle vergi davaları iptal davası niteliği taşımaktadır.[7] Bir diğer görüşe göre ise vergi nihayetinde bir idari işlemdir, dolayısıyla idari yargının gerektirdiği dava türlerinden her biri vergi davasının çeşidi olabilir. Nitekim İYUK m.2/a'da idari işlemler hakkında hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaati ihlal edilenler iptal davası; m.2/b'de idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tam yargı davası açabilmektedir. Dolayısıyla tam yargı davası açabilmek için, menfaat ihlali yeterli olmayıp, hak ihlali de gerekmektedir.[8] İYUK m.12'de de ilgililerin, haklarını ihlal eden

---

4 Abdullah Ömercioğlu, "Adil Yargılanma Hakkı ve Bu Hakkın Vergi Yargılama Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Hukukçular Arası Makale Yarışması, TBB Yayınları, Ankara 2014, s.135,136.

5 Bireysel vergi uyuşmazlıklarını çözme görevi vergi mahkemelerine verilmiştir. Bkz. Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin, Bursa 2012, s.360.

6 A. Şeref Gözübüyük, Yönetsel Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.266.

7 Mustafa Akkaya, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", *AÜHFD*, C.46, Sa:1-4, 1997, s.198.

8 Çağlayan, s.534.

bir idari işlem dolayısıyla vergi mahkemelerine doğrudan tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca hakkı ihlal edilenin ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, belirtilen sürede tam yargı davası da açabileceği aynı maddede düzenlenmiştir. Özetle, vergi davaları talep ve sonucuna göre iptal davası veya tam yargı davası şeklinde nitelendirilebilir. Bu durum doktrinde karma görüş olarak gösterilmektedir.[9]

Kanımızca da vergi davasının hukuki niteliği talep ve sonuca göre şekillenmektedir. Talep ve sonuç değerlendirmesi yapıldığında; henüz tahsil edilmemiş bir vergi borcuna veya cezasına karşı açılan davalar iptal davası olarak nitelenmektedir. Bunun yanında, tahsili gerçekleşmiş bir vergi borcuna veya cezasına karşı açılan davalar ise tam yargı davası niteliğini taşımaktadır.[10] Ancak hemen belirtmek gerekir ki, tahsil edilmiş bir vergi borcuna veya cezasına karşı açılan davalar tam yargı davası olarak nitelense de vergi mahkemesinin hükmü, özü itibariyle iptal hükmünü de içermektedir. Şöyle ki tahsil edilmiş olan vergi borcu veya cezasının haksız olduğuna hükmeden vergi mahkemesi kararı, bu vergi borcu veya cezasının geri ödenmesinin yanı sıra özü itibariyle bu borç veya cezanın iptal edilmiş olduğu sonucunu da doğurur. Bu da vergi mahkemesinin kararlarının, iptal hükmünün sonuçlarıyla bağlı olduğu anlamına gelmektedir.

II. İDARİ YARGIDA İPTAL HÜKMÜNÜN SONUÇLARI

İptal davasında mahkeme, hukuka aykırılık halinde işlemin iptaline; hukuka aykırılık yoksa da davanın reddine karar verir. Ayrıca, açık hüküm bulunmasa da mahkemenin, işlemin kısmen iptaline de karar verebileceği kabul edilmektedir.[11] İptal, dava konusu işlemi, ilk yapıldığı andan itibaren hükümsüz kılar. Başka bir deyişle, iptal kararları geçmişe yönelik olarak sonuç doğurur; ancak bu kural, somut olayın özelliğine göre değerlendirilerek faklı uygulanabilir.[12] Bireysel bir işlemin iptali ile bu işleme bağlı olarak kurulmuş olan diğer işlemler de hukuki dayanaktan yoksun kalacağından ayrıca belirtilme-

---

9 Turgut Candan, "Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar", *Danıştay Dergisi*, Sa:54-55, 1984, s.31-40.
10 Çağlayan, s.534.
11 Çağlayan, s.465.
12 Turan Yıldırım, İdari Yargı, Beta, Ankara 2008, s.451,452.

si gerekmeksizin iptal hükmünden etkilenir. Dolayısıyla idarenin, bu yan işlemlere ya hukuki dayanak bulması ya da bunları kaldırması gerekir.[13]

İdari yargı mercii, bir işlem hakkında iptal kararı vermekle yetinmek zorundadır; idarenin yerine geçerek işlem tesis edemez. Bu kural hem Anayasa m.125'te hem de İYUK m.2/2'de açıkça düzenlenmiştir. Buna ek olarak, yargı idareye emir de veremez[14]; kabul gören kural, idare yargıcının idareye emir ve direktif veremeyeceği, sadece hukuka uygunluğu ya da aykırılığı tespit edeceği ilkesidir.[15]

Karar, Anayasa m.138/son uyarınca tüm yasama ve yürütme organları ile idareyi bağlamaktadır. Ayrıca iptal işlemi, davada taraf olmayanlar bakımından da ilgisi bulunmak kaydıyla sonuç doğurur.

İptal kararının yerine getirilmesi; iptal edilen idari işlemin niteliğine göre değişiklik arz etmektedir. Bazı durumlarda karar kendiliğinden sonuç doğurur. Bu halde idarenin bir işlem yapması gerekmez. Vergi ödeme emrinin iptal edilmesi hali buna örnek gösterilebilir. Bazı hallerde ise, idarenin tersine işlem yapması gerekir. Bu duruma özellikle olumsuz kararların iptalinde rastlanmaktadır. Diğer hallerde ise, idarenin, ilgilinin hukuki durumunda değişiklik yapması veya iptal sebebine bağlı olarak[16] iptale konu işlemi mahkeme kararına göre yenilemesi[17] gerekebilir.

Konumuz açısından değerlendirildiğinde, neticede bir iptal hükmü niteliğinde olan vergi kabahati cezasının denetiminde, bir idari işlem olan vergi cezası geçmişe dönük olarak ortadan kalkar. Dolayısıyla vergi yargılaması sonucunda ortaya çıkan iptal hükmü kendiliğinden sonuç doğurmaktadır. Vergi idaresinin, daha önce tesis etmiş olduğu ceza işlemini geri alması yani idarenin tersine işlem yapması

13 Gözübüyük, s.245.

14 Yargıcın yeni emir verme yetkisi ile ilgili bkz. Franck Moderne, (çev. Ramazan Çağlayan), "İdari Yargının Yeni Emir Verme (Injonction) Yetkisi Üzerine", *AÜ-EHFD*, C.VIII, S:1-2, 2004.

15 Çağlayan, s.466,467.

16 Bir idari işlem, ancak yetki, biçim, neden, konu ya da amaç unsurlarında sakatlık olması halinde iptal edilir. Detaylı bilgi için bkz. Gözübüyük, s.200-241.

17 İdari işlemin yetki, biçim, neden yönünden iptal edilmesi halinde işlemin yenilenmesi, hukuka aykırı sayılmayabilir. Bunlar dışında konu ya da amaç unsurlarında hukuka aykırılık varsa, idari işlemin esasında sakatlık olacağından, idarenin iptale konu işlemi yenilemesi mümkün olmayacaktır. Çağlayan, s.487.

gerekmez. Ayrıca, mükellefin hukuki durumunu ilgilendiren bir konu da bulunmadığından, idarenin bu yönde yeni bir işlem tesis etmesi de gerekmeyecektir. Ancak iptal hükmünün vergi kabahati cezasının yetki, biçim veya neden unsurlarında sakatlık olması dolayısıyla verilmesi hallerinde, vergi idaresinin kabahatin cezasını bir idari işlem olarak yenilemesi mümkündür.

III. SORUNUN VERGİ KABAHATLERİ AÇISINDAN DURUMU

Vergi kabahatleri, bu konuda özel kanun niteliği taşıyan VUK'ta düzenlenmiş olup, idari vergi ihlalleri şeklinde ortaya konulmuştur. Bu kabahatler, vergi ödevi bulunanların, üzerlerine düşen şekli yükümlere aykırı hareketleri sonucu oluşmaktadır.[18] Diğer kabahatlerde olduğu gibi idari para cezası yaptırımı uygulanmaktadır.

Kanunda vergi kabahatleri, "vergi ziyaı" ve "usulsüzlük" olarak sayılmıştır. Ancak kanun usulsüzlük kabahatini, "özel usulsüzlük" başlığı altında ayrı bir madde ile çeşitlendirmiştir.

A. Vergi Kabahatlerinde Ceza Uygulama Yetkisi

Sorunun daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle vergi kabahatlerinde cezai yaptırımı uygulayacak yetkili mercileri (kişi bakımından yetki) belirlemek ihtiyacı doğmaktadır.

1. Vergi Mahkemelerinin Görevleri

Vergi mahkemelerinin görevleri, 2576 sayılı "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun"un 6.maddesinde belirlenmiştir. Buna göre vergi mahkemeleri; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ile bu konularda 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri çözümler.

Kararların sonuçları ise İYUK m.28/5'te hükme bağlanmıştır. Maddeye göre; vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının

---

18 Şenyüz, s.8,9.

idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

Burada konumuz açısından vergi kabahati cezalarını denetleme yetkisinin de vergi mahkemelerine verildiği açıktır. Ancak bu denetim, vergi cezasının hukuka uygun olarak verilip verilmediğine ilişkin olmak durumundadır. İYUK hükmü, vergi mahkemesinin ceza miktarını belirleyeceği şeklinde yorumlanamaz. Ancak vergi mahkemesi kararında, vergi idaresini yönlendirecek yargılara hükmedebilir. Bu şekilde vergi idaresi, kararın yönlendirmesiyle tespit edeceği cezayı mükellefe bildirmek durumundadır. Vergi idaresinin karara dayanarak tespit ettiği ceza, yeni bir idari işlem olarak nitelenemeyeceğinden tekrar dava konusu yapılması olanağı da bulunmayacaktır. Görüldüğü üzere vergi mahkemesinin, ceza uygulama yetkisi mevcut değildir.

2. Kabahatler Kanununda Kişi Bakımından Yetki

Kişi bakımından yetki, tüm kabahatler bakımından genel kanun niteliğindeki Kabahatler Kanununun 22-24.maddelerinde düzenlenmiştir. 22.maddeye göre idari yaptırım kararı verme yetkisi, Kanunun açıkça yetki verdiği idari kurul, makam ya da kamu görevlilerine aittir. Aksi hale alınan karar hukuken yok hükmündedir.[19]

KabhK 23.maddesine göre ise Cumhuriyet Savcısı; kanunda açıkça yetki verilmesi, suç dolayısıyla başlanan soruşturmada ayrıca kabahat de işlendiğini öğrenmesi veya soruşturma konusu fiilin doğrudan kabahat oluşturduğu sonucuna varması hallerinde idari yaptırım verme yetkisine sahip kılınmıştır. Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğu sonucuna varması halinde ise ilgili kamu kurum ve kuruluşunca idari yaptırım uygulanmamış olması kaydıyla bizzat yaptırım kararı verebilecektir. Cumhuriyet savcısının soruşturma sırasında öğrendiği kabahat fiili bakımından yaptırım uygulamayıp, durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirme takdir hakkı da tanınmıştır.

Kanunun 24.maddesinde mahkemelerin karar verme yetkisini düzenlemiştir. Maddeye göre, kovuşturma konusu fiilin kabahat oluş-

[19] Cengiz Otacı/İbrahim Keskin, Türk Kabahatler Hukuku, Adalet, Ankara 2010, s.67.

turduğunun anlaşılması halinde mahkeme de idari yaptırım kararı vermek durumundadır. Kovuşturma konusundan ayrılan fiillerin kabahat oluşturması halinde mahkemenin kabahat yaptırımı uygulaması yetkisi yoktur.

3. Vergi Usul Kanununda Kişi Bakımından Yetki

Bu düzenlemeler ışığında özel kanun niteliğindeki VUK'ta düzenlenen vergi kabahatleri bakımından yaptırım uygulama yetkisi vergi idaresindedir.[20] Nitekim Kanunun ceza kesme yetkisini düzenleyen 365.maddesinde de, vergi cezalarının olayların ilgili bulunduğu vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine ait olduğu belirtilmiştir.

Kabhk m.23'e göre Cumhuriyet Savcısının idari yaptırım uygulaması hali ancak bir vergi suçuna ilişkin soruşturma yürüttüğü sırada sonradan öğrenme veya doğrudan fiili nitelemesi şeklinde gerçekleşebilir. Ancak uygulamada, verginin teknik bir konu olması dolayısıyla Cumhuriyet Savcılarının yaptırım kararı verdiği durumlara az rastlanmaktadır. Zaten vergi suçları açısından savcılık makamının doğrudan harekete geçmediği ve vergi elemanlarının ihbar niteliğindeki raporları doğrultusunda soruşturmaya başlandığı da genel uygulama olarak kabul edilmektedir. Öte yandan Cumhuriyet savcısının, açıklanan şartlarda vergi kabahatinin yaptırımına bizzat karar vermesi kanuna uygun olmaktadır.

Bunun dışında kanımızca, KabhK m.24'ün vergi kabahatleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Şöyle ki, vergi mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlık zaten bir kabahatten kaynaklanmaktadır; m.24'teki durum, suç olarak nitelenen ancak kabahat olduğu anlaşılan fiiller bakımından mahkemenin kabahat cezası kesmesi yetkisini tanımaktadır.

Özetle vergi kabahatlerinde ceza kesme yetkisi vergi dairesine aittir, bu özel bir düzenlemedir; VUK'ta bu özel durum için bir istisnaya yer verilmemiştir. KabhK m.23 hükmünün uygulanması ise kanunen mümkün ancak uygulamada rastlanmayan bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

[20] Turgut Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2010, s.101.

B. Sorunun Usulsüzlük Kabahatleri Açısından Durumu

Usulsüzlük, kanunun 351.maddesinde, vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine uyulmaması olarak tanımlanmış ve devam maddelerinde genel usulsüzlük ile özel usulsüzlük ayrımına gidilmiştir. Bu yapısıyla genel usulsüzlük kabahati, vergi mükellefiyetine bağlı olarak bildirim, belge bulundurma, defter tutma ve tasdiki gibi hususlara ilişkin aykırılıkları cezalandırmaktadır. Özel usulsüzlük kabahati ise, vergi yükümlülüğünün daha ağır noktalarda ihlal edilmesi ve buna bağlı olarak vergi ziyaı yaratma açısından daha elverişli bir ortam yaratılması halleridir.[21]

Genel usulsüzlük kabahatinin yaptırımı kanuna ekli cetvele göre belirlenen maktu veya nispi idari para cezası olarak öngörülmüştür. Özel usulsüzlük kabahatinin yaptırımı ise kanunda fiil tanımlamasının içerisinde maktu ve nispi idari para cezası olarak belirlenmiştir.[22] Usulsüzlük kabahatleri açısından; uygulanan yaptırımın, genel usulsüzlükte mükellef grubuna, özel usulsüzlükte ise fiile bitişik olarak belirlenmiş olması sebebiyle, dava konusu yapıldığı takdirde vergi mahkemesinin idari işlem niteliğinde karar vermesi gibi bir durumla karşılaşılması güçtür. Ancak vergi idaresinin fiili yanlış nitelemesi veya hatalı işlem tesis etmesi sonucu yargıya intikal eden bir olayda vergi mahkemesinin usulsüzlük cezasını iptal etmesi isabetli; ayrıca kendi nitelemesi üzerinden yeni bir cezaya hükmetmesi ise sorunumuzun özünü oluşturacaktır.

Uygulamada Vergi mahkemelerine usulsüzlük cezasının iptali talebiyle başvurulmakta ve mahkeme de istemi haklı bulursa iptal etmekle yetinmektedir.[23] Dolayısıyla kanımızca, vergi usulsüzlükleri bakımından vergi mahkemesinin idarenin yerine geçerek işlem tesis ettiği görülmemektedir.

---

21 Şenyüz/Yüce/Gerçek, s.231-233.

22 01.01.2016 tarihinden itibaren geçerli tutarlar için bkz. VUK Gen. Teb. No:460. TÜİK enflasyon verilerine göre 2017 için geçerli olmak üzere belirlenen yeniden değerleme oranı %3.83'tür. 01.01.2017 tarihinden itibaren geçerli tutarlar, 2016 yılı için geçerli tutarların %3.83 zamlı hali olacaktır.

23 Dan. 9.D., E. 2012/6259, K. 2015/354, T. 11.2.2015; Dan. 9.D., E. 2013/11310, K. 2013/12989, T. 26.12.2013; Dan. 4.D., E. 2011/7308, K. 2014/4091, T. 3.6.2014; Dan. 4.D., E. 2011/9055, K. 2014/911, T. 17.2.2014; Dan. 3D., E. 2013/4907, K. 2014/867, T. 3.3.2014.

C. Sorunun Vergi Ziyaı Kabahati Açısından Durumu

1. Genel Bilgiler

Vergi ziyaı VUK m.341'de, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk etmemesi veya eksik tahakkuk etmesi olarak tanımlanmıştır. Başka bir deyişle vergi ziyaı, verginin zamanında tahakkuk etmemesi veya eksik tahakkuk etmesine yol açılması; mükellefin, vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususları yerine getirmemesi ya da eksik yerine getirmesi ile ilgili bir fiildir.[24]

Usulsüzlük kabahatlerinden ayrı olarak vergi ziyaı oluşturan fiiller VUK m.344'te, yaptırımlarının ağırlıklarına göre ayrıma tabi tutulmuştur. Bu fiiller doktrinde ağır, orta ve hafif nitelikli fiiller olarak açıklanmaktadır. Ağır nitelikli fiiller, VUK'un kaçakçılık suçunu düzenleyen fiilleri dolayısıyla vergi kaybı yaratan fiillerdir. Hafif nitelikli fiil olarak sadece "vergi incelemesine başlanması ve takdir komisyonuna sevk edilmesinden sonra beyannamenin kanuni süresi geçtikten sonra verilmesi" sayılmıştır. Bunlar haricinde kalan kabahatin basit hali ise orta nitelikli fiilleri oluşturmaktadır.[25]

Bu kabahatlerin yaptırımları; ağır fiilleri işleyenler için ziyaa uğrayan verginin üç katı, bu fiillere iştirak edenler için bir katı; orta fiiller için bir katı ve hafif fiiller için ise yüzde ellisi oranında uygulanmaktadır.

2. Vergi Ziyaı Cezasında Karşılaşılan Sorunlar

Vergi ziyaı kabahati açısından; vergi mahkemesinin idari işlem niteliğindeki yaptırım kararına müdahale ettiği çokça görülmektedir. Burada asıl sorun vergi ziyaı yaptırımının uygulanması için rapor yazan vergi inceleme yetkisine sahip olan elemanın, işlenen fiili ayrıca suç olarak değerlendirip değerlendirmemesinden kaynaklanmaktadır.[26]

---

24 Abdurrahman Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Kitabevi, 11.Baskı,
Ankara 2013, s.128-129.

25 Şenyüz, s.105.

26 Vergi yoklaması; Vergi dairesi müdürleri, Yoklama memurları, Yetkili makamlar tarafından yoklama işi ile görevlendirilenler, Vergi incelenmesine yetkili olanlar

Vergi inceleme elemanı, kanunun emrini yerine getirerek, vergi ziyaı kabahatinin vergi kaçakçılığı suçu oluşturan filler ile birlikte işlendiğine kanaat getirirse üç kat ceza uygulamak mecburiyetindedir. Kanaatimizce, suç nitelemesini savcılık dışında kolluk vasfı dahi olmayan vergi inceleme elemanına bırakmak ve mükellefin cezasını peşinen suçu işlemiş gibi belirlemek masumiyet karinesi başta olmak üzere hukukun temel prensiplerine aykırılık oluşturur. Dahası, üç kat kesilen vergi ziyaı cezasına karşı vergi mahkemesine başvurulması halinde ayrıca kaçakçılık suçunun işlenip işlenmediğine hükmetme yetkisi de vergi mahkemesinde değildir.[27] Vergi kaçakçılığı fiilinin sübuta erdiğini tayin etme yetkisi kanunla ancak Asliye Ceza Mahkemesine verilmiştir. Diğer türlü, vergi mahkemesinin üç katlık cezayı onaylaması ancak ceza mahkemesinin vergi kaçakçılığı suçundan failin beraatına karar vermesi[28] halinde çelişen kararlar mevcut olacak ve hukukun birliği ilkesinden sapma oluşacaktır. Bu açıklamalar fiillerin maddi unsurları bakımından geçerlidir. Manevi unsur açısından bakıldığında ise; ceza mahkemesinde kastın varlığı aranırken vergi mahkemesinde kast aranmamasının farklı sonuçlar doğuracağı ve

---

ve Gelir uzmanları tarafından yapılabilir (VUK m.128). Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Ayrıca, Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir (VUK m.135). Bu denetimler sonucunda vergileme ile ilgili olaylar ve hesap durumları, hazırlık işlemi mahiyetindeki vergi inceleme raporu veya vergi yoklama tutanağına geçirilir.

27 Burada vergi mahkemesi, kanun hükmünü yerine getirebilmek adına, denetim için zorunlu ölçüt olarak vergi kaçakçılığı suçunu oluşturan VUK m.359'daki fiillerin varlığını denetlemekte ve bu ölçütlere uymayan işlemi iptal etmektedir. Bu bakımdan vergi mahkemesi, kaçakçılık suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığını da denetlemek durumunda kalmaktadır. Hem vergi yargılamasında hem de ceza yargılamasında amaç maddi gereceğe ulaşmak olduğuna göre, her iki yargılama sonucunda da kaçakçılık suçunun sübut edip etmediğine dair hüküm kurulması zorunlu hale gelmektedir. Aradaki fark; ceza yargılamasının doğrudan vergi kaçakçılığı suçunu konu edinmesi, vergi yargılamasının ise üç katlık vergi ziyaı kabahati cezası dolayısıyla kaçakçılık fiillerini kanuni ölçüt olarak konu edinmesidir.

28 VUK m.367/son'a göre; "Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilere verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz." Dolayısıyla, ceza yargılamasında esastan beraat hükmü verilerek vergi kaçakçılığı fiilini işlemediği sabit olan fail hakkında vergi yargılamasında kaçakçılık fiiline binaen üç katlık vergi ziyaı cezası onanabilmektedir.

dolayısıyla çelişen kararların mevcut olmayacağı ileri sürülebilmektedir. Şöyle ki, örneğin sahte fatura kullanma kastı olmayan mükellefe üç katlık vergi ziyaı cezası kesilmesi halinde vergi mahkemesi, kastın varlığına bakmaksızın sırf sahte fatura kullanılmasından dolayı cezayı hukuka uygun bulacaktır. Ceza mahkemesi ise failin kasten sahte fatura kullanmaması nedeniyle beraat kararı verebilecektir. Bu durum tipolojiye ilişkin olarak kabahat ve suç ayrımının doğal bir sonucu olarak görünebilmektedir. Ancak kanımızca hem ceza yargılaması açısından hem de vergi yargılaması açısından asıl amacın maddi gerçeğe ulaşmak olması ve vergi ziyaı kabahatinin üç katlık cezayı gerektiren halinin vergi kaçakçılığı fiillerinin işlenmiş olmasına bağlanması (asli unsur) nedeniyle vergi mahkemesinde kastın ayrıca aranmamasının fiili durumu etkilemeyeceği değerlendirilmektedir. Nitekim AİHM de çeşitli kararlarında esaslı unsurların aynı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini, fiile konu kabahat ve suçun esaslı unsurlarının aynı olması durumunda çelişen kararların mevcut olduğu ve hukukun birliği ilkesinin ihlal edilmiş olacağını belirtmiştir.[29]

Bu sorunlar bir yana, konumuzun ana nedenini vergi mahkemesinin kesilen üç katlık ziyaı cezasını bir kata düşürmesi ya da bir katlık cezayı üç kata çıkarması oluşturmaktadır. Bu durum uygulamada olağan kabul edilmektedir. Örneğin Danıştay, KDV indirimlerinin reddedilmesi sonucu bulunan matrah farkından kaynaklı vergi ziyaına ilişkin bir uyuşmazlıkta İzmir 4. Vergi Mahkemesi›nin 21.5.2008 tarih ve E:2007/1336, K:2008/658 sayılı kararının vergi ziyaı cezasının vergi aslının bir katını aşan kısmına ilişkin hüküm fıkrasının oyçokluğu ile bozulmasına karar vermiştir. Olayda vergi idaresi, mükellef aleyhine üç katlık vergi ziyaı cezası kesmiş ve yerel mahkeme cezayı onamıştır. Ancak temyiz üzerine Danıştay dairesi, yerel mahkeme kararını verginin aslı bakımından onamış vergi ziyaı cezası bakımından ise bir kata indirerek hüküm kurmuştur.[30]

Başka bir olayda ise, mükellefe defter ve belgelerini nedensiz olarak ibraz etmediğinden bahisle üç kat vergi ziyaı cezası kesilmiş, dosya uyuşmazlık konusu yapılmış ve Ankara 5. Vergi Mahkemesi tara-

29 Bkz. Baş:36855/97 ve 41731/98, k.t. 14.9.1999 (Ponsetti ve Chesnel, Fransa Davası).

30 Dan. 9.D., E. 2008/5263, K. 2011/7772, T. 17.11.2011.

fından, verilen ceza hukuka uygun bulunmuştur. Mükellefin temyizi üzerine Danıştay dairesi vergi ziyaı cezası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.[31] Bunun üzerine yerel mahkeme bozma kararına uymamış ancak kesilen üç kat vergi ziyaı cezasını bir kat üzerinden değiştirmiş, ceza fazlasını kaldırmıştır.[32] Tarafların tekrar temyizi üzerine Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu ısrar kararının, vergi ziyaı cezasının bir kata indirilmesine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına oyçokluğu ile karar vermiştir.[33]

Benzer şekilde; defter ve belgelerin muhasebeciden alınamadığı gerekçesiyle sunulamayan defter ve belgeleri saklama ve ibraz yükümlülüğü olan ve ispat yükü kendisine düşen mükellefe üç kat vergi ziyaı cezası kesilmiştir. Ceza, Denizli Vergi Mahkemesi tarafından 22.11.2012 tarih ve E:2012/456, K:2012/1060 sayılı kararıyla hukuka uygun bulunmuştur. Davacı mükellefin itiraz başvurusu üzerine, Denizli Bölge İdare Mahkemesi 26.03.2013 tarih ve E:2013/194, K:2013/289 sayılı kararıyla; matrah farkının davacının beyannamelerinden tespit edilmesi nedeniyle vergi ziyaı cezasının üç kat değil, bir kat uygulanması gerektiği gerekçesiyle itiraz konusu Vergi Mahkemesi kararını kısmen bozarak kabul etmiştir. Bunun üzerine Danıştay Başsavcılığı tarafından, Bölge İdare Mahkemesi kararının kanun yararına bozulması istenmiştir. Danıştay da kanun yararına bozma talebini haklı görerek, üç kat ziyaı cezası uygulanması gerektiği gerekçesiyle karar vermiştir.[34]

Örnekleri daha da çoğaltmak mümkündür. Vergi inceleme elemanının kanuna uygun şekilde uyguladığı üç katlık ziyaı cezası nihayetinde bir idari işlem niteliğindedir. Dava konusu yapılması durumunda Vergi Mahkemesinin, uyuşmazlık konusu hakkında yerindelik denetiminden ziyade hukukilik denetimi yaparak idari kararın geçerliliğini yargılaması yani iptal edilebilirliğine ilişkin hüküm kurması gerekmektedir. Bu durumda ziyaı cezası ya iptal edilir ya da onanır. İptal edilmesi halinde vergi idaresinin tekrar harekete geçerek mahkeme kararının gereğini yerine getirmesi gerekir. Bu da ancak iptal edilen üç katlık cezanın vergi idaresi tarafından bir kat olarak revize

31 Dan. 4.D., E.2006/1048, K.2006/2355, T. 27.11.2006.
32 Ankara 5. Vergi Mah. ısrar kararı, E. 2007/593, K. 2007/1434, T. 23.11.2007.
33 VDDGK., E. 2009/157, K. 2010/179, T. 16.4.2010.
34 Dan. 4.D., E. 2014/272, K. 2014/2894, T. 29.4.2014.

edilmesi şeklinde gerçekleşmelidir. Vergi idaresi, İYUK m.28/1 uyarınca kararın kendisine tebliğinden itibaren en geç 30 gün içerisinde vergi mahkemesinin kararına uymak mecburiyetindedir. Bu işlem yeni bir idari işlem niteliğine haiz olsa da kanımızca, mahkeme hükmüne dayanması nedeniyle tekrar yargılama konusu yapılması söz konusu olmayacaktır.

Uygulamada ise Vergi Mahkemelerinin, genellikle, kesilen önceki cezayı iptal edip daha sonra vergi idaresi yerine geçerek kendilerinin yeni bir ceza yani yeni bir idari işlem sonucu doğuran bir hukuki durum tesis ettikleri görülmektedir. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere ne Kabahatler Kanununda ne de Vergi Usul Kanununda kabahat yaptırımı uygulama yetkisi Vergi Mahkemelerine verilmemiştir. Buna paralel olarak Vergi Mahkemelerine vergi dairelerince kesilen cezaları değiştirme yetkisi de tanınmamıştır.[35]

IV. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Uygulamadaki bu durum, mahkemenin bakmakta olduğu davaya ait her çeşit incelemeyi kendiliğinden yapacağına ilişkin İYUK m.20/1 uyarınca; vergi mahkemesinin yapacağı araştırma, soruşturma ve bilirkişi incelemesi sonucu edindiği kanıya varırken kanuna aykırı gördüğü işlemin iptali ile yetinmeyip daha da ileri giderek uyuşmazlığı çözmesi gerektiği iddiasıyla yerleşmiştir. Ayrıca bu durumun, uyuşmazlığın çözümü hakkında verilen kararın, vergi idaresinin yerine geçerek karar verme anlamına gelmeyeceği ifade edil-

[35] Destekler görüş olarak; "Takdir komisyonlarının değerlendirme ve tahminlerinden usulsüzlük ve yanılmalar nedeniyle yargı yoluna başvurulması halinde vergi mahkemesi, bu aykırılıklardan ötürü iptal hükmü verdikten sonra, daha ileri giderek, kendince doğru ve yerinde olan takdiri yapacak olursa, idari işlem niteliğinde yargı kararı vermiş olur." Lütfi Duran, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)", *Amme İdaresi Dergisi*, Sa.21/1, Mart 1988, s.72,73. Aksi görüş olarak; "Vergi mahkemeleri, vergi dairelerince yapılan tarhiyat ve kesilen cezalarla takdir komisyonu kararlarında yer alan matrahları değiştirme yetkisine sahiptirler ve hüküm fıkrasında matrah belirleyebilirler." Şükrü Kızılot/Zuhal Kızılot, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2013, s.465. Mahkemelerin haiz olduğu yetkiler ancak kanunla belirlenir. Bu hususta ise ne 2576 S. Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'da ne de 213 S. Vergi Usul Kanunu'nda Vergi Mahkemelerinin, vergi idarelerince kesilen cezaları değiştirme veya yeniden belirleme yetkisi tanınmamıştır.

miştir. (Dan. VDDGK, 14.11.1986, 1986/16-18.)[36] Bu eski tarihli kararda belirtilenin ötesinde, uygulamacılarla yapılan mülakatlara dayanarak, vergi idaresinin yeni ceza belirlemesindense mahkeme tarafından cezaya hükümde yer verilmesinin, malumun yerine getirilmesi olarak nitelendiği ve iş yükünü azalttığı kanaatinde olunduğu saptanmıştır. Kanımızca durum idari yargılama usulü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, vergi yargısının hukuksuzluğu tespit edip vergi idaresini yönlendirici bir hüküm kurması gerekir. Durumun sonucu değiştirmeyecek olması, hukuka uygun olduğu anlamına gelmez. Ayrıca, yeni cezanın belirlenmesi, re 'sen araştırma ilkesi dolayısıyla maddi gerçeğin ortaya çıktığı argümanına da dayandırılamaz.

Kanımızca; vergi mahkemeleri tarafından, iptal edilen ziyaı cezası yerine yenisine hükmedilmesi, yukarıda açıklanan yetki kuralları dolayısıyla yetki unsuru bakımından sakatlık taşımaktadır. Bu durumun idare hukuku bakımından karşılığı "fonksiyon gaspı" olmaktadır. Ayrıca durum, Anayasa m.125'te yer alan idari mahkemelerinin, idari eylem ve işlem niteliğinde kararlar veremeyecekleri açık hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır.

Sorunun çözülebilmesi için öncelikle vergi mahkemelerinin yeni bir ceza niteliğinde karar verme yolundan vazgeçmesi; ancak vergi idaresini yönlendirici hükümlere yer vermesi gerekmektedir. Bu şekilde, vergi ziyaı yoksa iptal; vergi ziyaı var ancak ceza yaptırımı yanlış uygulanmışsa kısmi iptal; kesilen ceza hukuka uygunsa da ret kararı vermekle yetinmelidir. Sistemsel olarak çözüm için ise; 2005 yılında çıkarılan Kabahatler Kanunu ile kabahatlerin idari suç tiplerine dönüştürüldüğü gibi VUK'taki kabahatlerin de suçlardan ayrılması, başka bir deyişle üç katlık vergi ziyaı cezasının vergi kaçakçılığı fiillerine dayandırılmaması gerekmektedir. Ancak bu sistemde ısrar edilecekse, VUK m.367/son hükmünün, üç katlık ceza uygulamasının vergi kaçakçılığı suçunun sübuta erdiğine ilişkin ceza yargılaması sonucuna bağlanması yolunda yeniden düzenlenmesi gerekecektir. Ayrıca, ilk suç isnadına varan bir yolu başlatan vergi elemanlarına kolluk nitelemesi yapılması; daha doğru bir ifadeyle vergi polisi[37] sisteminin et-

[36] Serkan Ağar, "Vergi Davalarının Hukuki Niteliği", 19 Ekim 2006, (www.idare.gen.tr/agar-vergidavalari.htm), erişim: 21.03.2016.

[37] Detaylı bilgi için bkz. Elif Pürsünlerli Çakar / Fatih Saraçoğlu, "Vergi Kaçakçılığı ile Mücadelede Yeni Bir Model: Vergi Polisi Müessesesi (Fransa Örneği)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, Sa.2, 2014.

kin kılınması da uygulamadaki birçok sorunu engelleyecektir. Dahası, vergi yargılama sisteminin doğrudan idari yargı rejiminden ayrılarak, özgün bir yapıya kavuşturulması uygulamaları da incelenebilir. Bu şekilde hem vergi davasının hukuki niteliği daha net tahlil edilebilecek hem de vergi yargılamasına özgü usullere dayanak kazandırılmış olacaktır.

Kaynakça

Ağar Serkan, "Vergi Davalarının Hukuki Niteliği", 19 Ekim 2006, (www.idare.gen.tr/agar-vergidavalari.htm), erişim: 21.03.2016.

Akdoğan Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Kitabevi, 11.Baskı, Ankara 2013.

Akkaya Mustafa, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", *AÜHFD*, C.46, Sa:1-4, 1997.

Candan Turgut, "Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar", *Danıştay Dergisi*, Sa:54-55, 1984, s.31-40.

Candan Turgut, Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2010.

Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, Ankara 2015.

Duran Lütfi, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)", *Amme İdaresi Dergisi*, Sa.21/1, Mart 1988, s.63-77.

Gözübüyük A. Şeref, Yönetsel Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Kızılot Şükrü/Kızılot Zuhal, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2013.

Moderne Franck, (çev. Ramazan Çağlayan), "İdari Yargının Yeni Emir Verme (Injonction) Yetkisi Üzerine", *AÜEHFD*, C.VIII, S:1-2, 2004.

Otacı Cengiz/Keskin İbrahim, Türk Kabahatler Hukuku, Adalet, Ankara 2010.

Ömercioğlu Abdullah, "Adil Yargılanma Hakkı ve Bu Hakkın Vergi Yargılama Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Hukukçular Arası Makale Yarışması, TBB Yayınları, Ankara 2014.

Pürsünlerli Çakar Elif/Saraçoğlu Fatih, "Vergi Kaçakçılığı ile Mücadelede Yeni Bir Model: Vergi Polisi Müessesesi (Fransa Örneği)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, Sa.2, 2014, s.51-68.

Şenyüz Doğan/Yüce Mehmet/Gerçek Adnan, Vergi Hukuku, Ekin, Bursa 2013.

Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Ekin, Bursa 2012.

Turan Yıldırım, İdari Yargı, Beta, Ankara 2008.

Yüce Mehmet, Vergi Yargılama Hukuku, Ekin, Ankara, 2015.

YENİ TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA AİLE KONUTUNUN ÖNEMİ

THE IMPORTANCE OF FAMILY HOME IN THE NEW TURKISH CIVIL LAW

Ebru CEYLAN*

Özet: Çalışmamızda Türk Aile Hukukuna yeni giren önemli bir kavram olan aile konutunun Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeleri incelenmiştir.

Özellikle aile konutu kavramı; unsurları, özellikleri, evlilik birliği devam ederken ve sonrasında aile konutunu koruma nedenleri, aile konutu korumasının hukukumuzda başlama ve sona erme süresi ve aile konutunun eşler ve çocuklar için önemi belirtilmiştir. Aile konutuyla ilgili eşlerin hukuki işlemleri yapma şartları ve bu işlemlerin hukuki sonuçları, aile konutunun mal rejimlerine göre eşlerden birine tahsis edilmesinin şartları ve hukuki sonuçları ve aile konutunun miras paylaşımında sağ kalan eşe tahsisinin şartları ve hukuki sonuçları vurgulanmıştır. Yabancı hukuk sistemlerinde daha uzun bir geçmişe sahip olan aile konutu kurumunun Türk Hukukuna kazandırılmasının etkileri incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Aile, Aile konutu, Türk Medeni Kanunu, Evlilik Birliği, Hukuki İşlem, Mal Rejimi

Abstract: In our study, the regulations in the Turkish civil law about family home which has recently taken place in the Turkish family law as an important new concept are examined. Especially concept, components, features of family home, reasons to protect the family home during the conjugal union and after, beginning and ending notice for protection of family home in our law and the importance of family home for the spouses and the children are defined. The terms and legal consequences of starting legal proceedings of the spouses about the family home, the terms and legal consequences of allocation of the family home to one of the spouses according to the property regime, the terms and consequences of the allocation of family home to the surviving spouse in the circumstances of sharing heritage are highlighted. The effects of the institution of family home in Turkish law which has a longer history in foreign legal systems are examined.

Keywords: Family, Family Housing, Turkish Civil Code, Marrige Union, Legal Process, Property Regime

* Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Aile, toplumun doğal ve temel bir unsuru olup insanlığın başlangıcından beri var olmuş ve toplumların devamında sosyal, ekonomik ve siyasal bakımlardan önemli role sahiptir. Aile, evrensel bir kurum olarak Uluslararası Belgelerde ve Anayasalarda korunmaktadır. Aile, 1982 Anayasası m.41 hükmünde, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı, devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle çocukların ve ailenin korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir.

Yeni Türk Medeni Kanunu'nun en önemli yeniliklerinden sayılan aile konutu ile ilgili ailede özel bir koruma getirilmiştir. Aile konutu ve ev eşyası ile ilgili m.194, m.197, m.240, m.259, m.276, m.652, m.591 hükümlerinde özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin yapılmasının sebebi, aile yaşamında ailenin ve ev eşyasının maddi ve manevi bakımdan ailenin bireyleri için taşıdığı önemdir.

Evlilik yaşamında en önemli sorunlardan biri barınma sorunudur. Eski MK.'da eşlerin konutu birlikte seçme hakkı yoktu, bu hak kocaya aitti (MK.m.152/II), yeni TMK. ile konutu seçme hakkı eşlere birlikte tanınmıştır (TMK.m.186/II). Aile konutuyla ilgili hukuki işlemlerde sadece konutta hak sahibi olan eşin karar vermesi haksızlık yaratacağından, kanun koyucu eşlerin konuttan yararlanma ve kullanma haklarını etkileyen işlemlerde birlikte karar vermeleri gerektiğini kabul etmiştir. Aile konutunu bir eşin tek başına elden çıkarması durumunda diğer eş büyük zararlar görebilmektedir. Bu nedenle aile konutu ile ilgili işlemlerde beraber hareket etme zorunluluğu getirilmiştir.

Aile konutuna ilişkin koruma kapsamında yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hükümler dışında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da da dolaylı koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir.[1] 6284 sayılı Kanun kapsamında konuttan kasıt, sadece aile konutu niteliğine sahip olan konut değildir, ailenin belirli amaçlarla ortak kullandığı her türlü konut kapsama girmektedir ve

[1] Ebru Ceylan, Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* Kasım-Aralık Sayısı, Yıl: 2013, S.103, s.20 vd.

aile kavramı eşlerden çocuklardan veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini kapsayacak şekilde geniş yorumlanmıştır.[2]

6284 sayılı Kanun ile şiddetle mücadelede ve şiddetin önlemesinde önemli adımlar atılmıştır. Şiddete uğrayan ve şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Kanun'un uygulamasında Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve özellikle İstanbul Sözleşmesi'nin esas alınacak olması, şiddet mağduruna temel insan haklarına ve kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun adil, etkili ve süratli destek ve hizmet verilmesi, şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulacak olması ile şiddetle mücadeleyi kurumsal hale getirmesi, şiddet, aile içi şiddet ve ev içi şiddetin ayrıntılı tanımının yapılmış olması, şiddete karşı atılan önemli adımlardır.[3]

I. Aile Konutu Kavramı

Aile konutu kavramı, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanun (TMK.) ile hukukumuza giren bir kavramdır. Eski Medeni Kanun (MK.)'da bu kavrama yer verilmemişti. Bu kavrama evliliğin genel hükümleri, mal rejimleri, mirasın paylaşımını düzenleyen hükümler arasında yer verilmiş olsa da tanımı yapılmamıştır. TMK.'nun kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'nda aile konutunun tanımı yapılmamıştır.

Aile konutuyla ilgili önemli hüküm olan TMK. m.194 hükmünün gerekçesinde eşlerin ve varsa çocukların yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısını buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu bir alandır. Doktrinde aile konutunun çok çeşitli tanımları yapılmıştır. Doktrinde "resmen evli olan karı kocanın yaşadıkları konut" olduğu,[4] "eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocukları ile birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları ortak konut" olduğu,[5] "Türk toplumu ve aile yapısında özel bir önem taşıyan kadın eşin çocukları ile birlikte sığındığı, bütün yaşam faaliyetlerini gerçek-

2 Ceylan, Aile İçi Şiddet, s.23 vd.

3 Ceylan, Aile İçi Şiddet, s.51; Ebru Ceylan, Türk Hukukunda Kadın Hakları, İstanbul Aydın Üniversitesi ve Küçükçekmece Belediyesi Kent Konseyi Bilgilendirme Yayınları Serisi, (Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan, Semra Aydın Avşar), İstanbul 2011, s.31.

4 Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s.47.

5 Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Aile Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2016, s.121.

leştirdiği, acı ve tatlı günlerini içinde yaşadığı, sahip olmak için eşlerin uzun yıllar boyunca çalışıp çabaladıkları ailenin yaşam merkezi sayılan bir yer" olduğu,[6], "evlilik birliğinin devamı sırasında ortak oturma ihtiyacının giderilmesine yönelik seçilen, sürekli nitelikte ve eşlerin yaşamlarının merkezi sayılan taşınır ve taşınmaz yerler" olduğu,[7] "eşlerin dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce anlaşılabilecek biçimde sosyal yaşamlarının merkezi olarak seçtikleri, süreklilik arz edecek şekilde birlikte oturdukları ve yaşam ilişkilerini düzenledikleri müstakil ev veya apartman dairesi" olduğu,[8] "eşlerin yaşamsal ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının odak noktası olarak seçtikleri, varsa çocuklarıyla birlikte yaşadıkları ortak konut" olduğu,[9] "eşlerin ortak iradesiyle ailenin barınmasına sürekli biçimde özgülenen yaşam alanı" olduğu,[10] "sürekli olarak barınmak üzere kullanılan ve aile yaşamının yoğunlaştığı oturma yeri" olduğu,[11] "resmen evli olan karı kocanın birlikte yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, bu olgunun dışarıdan bakıldığında da üçüncü kişiler tarafından rahatlıkla anlaşılabildiği ve kaybı halinde barınma hakkının zarar göreceği ortak konut" olduğu[12] şeklinde aile konutunun çeşitli tanımları yapılmıştır.

II. Aile Konutunun Unsurları

Yeni TMK.'nun aile konutuyla ilgili hükümlerinin uygulanabilmesi için aile konutunun unsurlarının belirlenmesi gereklidir. Aile konutundan söz edebilmek için öncelikle bir evlilik birliğinin kurulmuş olması ve bu ailenin birlikte yaşadığı konutun bulunması gereklidir.[13]

---

6 Şükran Şıpka, Türk Medeni Kanununda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2002, s.83.

7 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası İstanbul 2016, s.165.

8 Nami Barlas, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s.122.

9 Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s.61 vd.

10 Cem Baygın, 4721 sayılı Medeni Kanun'un Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II İstanbul 2003, s.455.

11 Ömer Uğur Gençcan, Aile Konutu Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar, İstanbul Barosu Dergisi Aile Hukuku Özel Sayısı, 2007, s.19.

12 Şebnem Nebioğlu Öner, Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014, s.11.

13 Gençcan, s.23 vd.; Nebioğlu Öner, s.11 vd.

Yeni TMK. m.185/I hükmüne göre evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Taraflar evlenme işleminin yapılmasıyla "eş" sıfatını kazanırlar. Yasal evlilik ilişkisine dayanmayan evlilik benzeri serbest ilişkiler veya diğer yaşam beraberliklerinde resmen evlilik birliği bulunmadığından, bu ilişkilerin aile konutu korumasından yararlanmaları mümkün olmaz. Ülkemizde çok görülen imam nikâhı şeklindeki birliktelikler için de aile konutu koruması söz konusu olmamaktadır.[14] Evli olmayan kişinin başkalarıyla paylaştığı veya evli kişinin eşi dışındaki biriyle paylaştığı konut aile konutu sayılmamaktadır.[15]

Bir oturma yerinin "aile konutu" olarak kabul edilmesi için aile yaşamının yoğunlaştığı bir konut olması bu konutun oturmaya uygun olması, bu konutun geçerli bir ayni veya şahsi hakka dayanması, kural olarak tek konut olması ve fiilen kullanılıyor olması gereklidir.[16] Doktrinde "konut", "dış ortamdan az veya çok ayrılmış, insanların olumsuz hava koşulları ve çeşitli tehlikelerden korunduğu dinlenmek, uyumak gibi çeşitli yaşamsal faaliyetleri ile birlikte özel hayatını sürdürdüğü ve kendisine ait mahremiyeti barındıran, bu şekliyle kişilere özel olması dolayısıyla hukuki olarak da korunan az veya çok kapalı ve güvenlikli alanlar" şeklinde tanımlanmıştır.[17]

Aile konutunun taşınır veya taşınmaz olmasının bir önemi yoktur.[18] Aile konutunun geçerli bir ayni veya şahsi hakka dayanması gereklidir.[19]

Aile konutu kural olarak tek bir konuttur, çünkü hayatın olağan akışına göre normal olan her ailenin tek bir yaşam merkezinin olmasıdır.[20] Karavan, yat, yazlık ev, yayla evi, devre mülk, dağ evi, göl evi, bağ evi, otel odası, gemi odası "aile konutu" sayılmamaktadır, çünkü bu konutlar ailenin sürekli kullanımına özgülenmediğinden aile yaşamının yoğunlaşmadığı mekânlar olup sadece yılın belirli dönemlerinde

14 Nebioğlu Öner, s.19.
15 Şıpka, s.78.
16 Gençcan, s.26.
17 Şıpka, s.72.
18 Gençcan, s.27.
19 Gençcan, s.27.
20 Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s.140; Barlas, s.122; Gençcan, s.29; Nebioğlu Öner, s.22.

tatil, eğlence, dinlenme gibi sebepler için kullanılan yerlerdir.[21] Ancak bu kuralın istisnaları da vardır. Eşlerin mesleki faaliyetleri, çocukların eğitimi veya sağlık durumu gibi nedenlerle aile yaşamının yılın belirli dönemlerinde farklı konutlarda geçirilmesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda aile konutunun diğer şartları var ise iki farklı konut söz konusu olabilir.[22]

Aile konutunun benzer konutlardan farkları vardır. Ortak konut ile aile konutunun doktrinde aynı anlamda olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre[23] bu iki kavram aynı anlamdadır, diğer görüşe göre farklı kavramlardır, bu iki konut her zaman aynı anlamda kullanılmamaktadır.[24] TMK.m.186 hükmünde geçen "ortak konut" eşlerin birlikte seçtikleri oturacakları konutu ifade etmektedir. Eşlerin maddi olanakları doğrultusunda birden fazla konut edinmesi mümkündür, aile konutunun istisnaları saklı kalmak kaydıyla tekliği kabul edildiğinden diğer konutların aile konutundan farkı bunların ikincil nitelikte olmaları ve geçici olmalarıdır.[25]

Aile konutu ile yerleşim yeri ayı anlamda olup olmadığı belirlenmelidir. Yerleşim yeri yeni TMK. anlamında, bir kişinin sürekli kalma amacıyla oturduğu iş ve aile ilişkilerinin merkezi olarak seçtiği yerdir. Bu açıdan yerleşim yeri kavramı, aile konutu kavramına yakın bir kavramdır, ancak her somut olayda örtüşmeyebilir.[26]

Aile konutu olarak özgülenen bir konutun bir bölümünün işyeri olarak kullanılması durumunda doktrinde baskın görüşe[27] göre, eş ve çocukların aile konutundan yararlanma ve barınma ihtiyaçları daha üstün tutularak konutun aile konutu olma özelliği daha öncelikli bulunmaktadır.

Sağlık, eğitim ve mesleki vb. sebepler nedeniyle eşlerden birinin aile konutunda uzun süre oturamaz olması veya çocukların eşlerden

---

21 Gençcan, s.29; Kılıçoğlu, Yenilikler, s.47; Ahmet Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızası Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s.9; Barlas, s.336; Ceylan, Tez, s.140.

22 Şıpka, s.83 vd.

23 Ayan, s.51.

24 Şıpka, s.80; Ceylan, Tez, s.139; Gençcan, s.19 vd, Nebioğlu Öner, s.29.

25 Nebioğlu Öner, s.30.

26 Nebioğlu Öner, s.32.

27 Ceylan, Tez, s.140; Şıpka, s.87; Doğan, s.286.

ayrı yaşamaları o konutun aile konutu özelliğini kaybetmesine neden olmaz.[28]

III. Aile Konutunun Koruma Nedenleri

Yeni TMK. aile konutu ve ev eşyasıyla ilgili koruma getirmesinin en önemli sebebi aile yaşamında taşıdıkları önemdir. Barınma ihtiyacı ailenin en temel ihtiyaçlarından biridir. Aile konutunun ve ev eşyalarının seçimi, değiştirilmesi, elden çıkarılması aile bireylerini ekonomik bakımdan etkilemektedir. Eşler, aile konutunu satın alırken maddi ve manevi bakımlardan sorunlar yaşamaktadır.[29] Eşlerin büyük emek, sıkıntı sonucunda aile konutu ve ev eşyasının gelişigüzel şekilde el değiştirmemesi için önemli korumalar getirilmiştir. Eşlerin, evlilik öncesinde birlikte konutu ve ev eşyası için özen göstererek seçim yapmaları, aile yaşamında ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bu kadar önemli malvarlıklarının eşler arasında ortak yaşamın sona ermesi halinde kimin kullanımında kalacağının belirlenmesi gerekmektedir.[30]

Aile konutu eğer eşlerden birinin mülkiyetinde bulunuyorsa, başkasına devredilmesi durumunda sadece konutun maliki eşin bu konuda tek başına karar vermesi durumunda diğer eşin olumsuz etkilenmesi mümkündür. Bu nedenle aile konutu gerek evlilik devam ederken gerekse evlilik ölümle son bulduğunda önem arz etmektedir.[31]

Aile konutu ailenin sosyal ve ekonomik yaşamında önemlidir, bu nedenle eşlerin ve çocukların mutluluğu için güvence olarak görülmektedir.[32]

IV. Aile Konutu Korumasının Başlaması ve Sona Ermesi

Evlilik birliği içinde eşlerin ortak iradeleriyle konutun, "aile konutu" olarak tahsis edilmesiyle eşler arasındaki mal rejiminin türü ne olursa olsun koruma başlamaktadır, bu koruma konutun aile konutu niteliği ortadan kalkana kadar devam etmektedir.[33]

---

28 Gençcan, s.30.
29 Ahmet Kılıçoğlu, Aile Konutu ve Konut Eşyası İle Sağlanan Koruma, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, s.527.
30 Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.528.
31 Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.528.
32 Nebioğlu Öner, s.51.
33 Nebioğlu Öner, s.36.

Türk Hukukunda aile konutunun korunması kural olarak evlilik devam ettiği süreyle sınırlıdır. Bu nedenle TMK.m.194 hükmü, boşanma davası sırasında da uygulanır.[34] TMK. m.194 hükmü kapsamında aile konutunun korunması evlilik birliğinin sona ermesine kadar devam etmektedir. Ancak evlenme bittikten sonra gerek mal rejiminin tasfiyesi, gerekse mirasın paylaşılmasında sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirmesi için sağ kalan eşe aile konutu üzerinde hak tanınmıştır.[35] Evliliğin ölümle sona ermesi durumunda sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki talep hakları TMK.m.240'da edinilmiş mallara katılma rejiminde, TMK. m. 255'de paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, TMK. 279'da mal ortaklığı rejiminde ve TMK. m. 652'de mirasın paylaşımında getirilerek sağ kalan eşin aile konutu bakımından korunması sağlanarak eşler arasındaki yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğü yerine getirilmiştir.[36] Mal ayrılığı rejiminde eşlerin ekonomik menfaatleri birbirinden tamamen ayrı tutulduğundan her eşin mali durumu üzerindeki bağımsızlığı devam ettiğinden aile konutunun sağ kalan eşe tahsisiyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İsviçre Hukukunda, İsviçre Medeni Kanunu m.121 hükmünde eşlerin kiracı sıfatıyla oturdukları veya eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan bir aile konutunda boşanma halinde hangi eşin oturmaya devam edeceği konusu boşanmanın hüküm ve sonuçları arasında düzenlenmiştir.[37] İMK. m.121 hükmünde, evliliğin boşanma veya iptalle sona ermesi sonrasında aile konutunun korunmaktadır. Bu hükümde konut üzerinde mülkiyet hakkı sahibi veya kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş ve özellikle çocukların korunması için eşlerden birinin aile konutuna ihtiyacı olması durumunda mahkeme, kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin diğer taraf için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması durumunda ihtiyacı olan eşe devrini, bu tarihe kadar kiracı olan eşin kira bedellerinde iki yıldan fazla olmamak şartıyla kira sözleşmesinin sözleşme veya kanundan doğan nedenlerle sona erdiği veya erdirilebileceği tarihe kadar müteselsilen sorumlu olacağı, kira bedelini ödeyen kiracı eşin bunu diğer eşe ödemekle yükümlü olduğu, nafaka borcuyla takas edebileceği, aile konutunun bir

34 Ceylan, Tez, s.143.
35 Uçar, s.10.
36 Nebioğlu Öner, s.44.
37 Ceylan, Tez, s.141.

eşe ait olması durumunda ise mahkemenin diğer eşe aynı koşullar ve uygun bir tazminat karşılığında veya nafaka borcuna mahsuben belirli süreyle oturma hakkı tanınmasına karar verebileceği düzenlenmiştir.[38] *Türk Hukukuna İMK.m.121 hükmü alınmadığından boşanma davasından sonra aile konutunun diğer eş ve çocuklar için korunma olasılığı sona ermektedir. Boşanma davasından sonra zor durumda kalan eşin korumaya en ihtiyaç duyduğu açıktır. Bu nedenle kanımızca bu hükmün alınmaması hukukumuzda büyük eksikliktir.*[39]

Aile konutu niteliği, eşlerin geçici olarak konuttan ayrılmalarıyla sona ermemektedir. Aile konutuna ilişkin düzenlemeler, bütün evliliklerde geçerlidir. Bu düzenlemeler, terk halinde, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, boşanma veya iptal davasını açılması halinde de uygulanır.[40] Evlilik, eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri durumunda devam etmektedir. Evlilik birliğinin korunmasıyla ilgili bir hüküm olan TMK.m.197 hükmünde, eşler arasındaki yaşantıya ister haklı isterse haklı bir sebep olmadan ara verilmesi durumunda hâkimin gerekli önlemleri alacağı düzenlenmiştir. Hâkim tedbir olarak aile konutundan ve ev eşyasından kimin yararlanmaya devam edeceğine de karar verebilir. Hâkim, aile konutundan ve ev eşyasından kimin yararlanacağını belirlerken eşlerin mesleğini, işini, çocukların durumunu dikkate alacaktır.[41]

V. Aile Konutuyla İlgili Yeni Türk Medeni Kanun'da Düzenlenen Hükümler

1. Aile Konutuyla İlgili Eşlerin Hukuki İşlemleri

a. Hukuki İşlemler

Eşlerin hukuki işlemleri ile ilgili TMK.m.193 hükmüne göre eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir. Ancak eşler, kanunda aksine bir düzenleme bulunursa yapamazlar. Bu kuralın istisnalarından biri, aile konutuyla ilgili eşlerin işlemleridir. TMK. m. 194/I 'de eşlerden birinin aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshetmesi, aile konutunu devretmesi veya aile ko-

38 Ceylan, Tez, s.141.
39 Ceylan, Tez, s.143; Aynı kanaatte Şıpka, s.99 vd.
40 Gençcan, s.24-25; Nebioğlu Öner, s.44 vd.
41 Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.531.

nutu üzerindeki hakları sınırlaması için diğer eşin açık rızası bulunması şartına bağlanmıştır. Böylece bu hükümde, eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan aile konutu yanında kiralanan aile konutu da aynı cümlede düzenlenmiştir.

Aile konutu eşlerin hayatında çok önemli bir yere sahip olduğundan bu alanla ilgili bir eşin tek başına karar vererek hukuki işlemler yapması diğer eşi sıkıntılara sokabilir, düşüncesizce hareketlerle ailesine zarar verebilir. Kanun koyucu bu tehlikeyi öngörerek eşlerin aile konutuyla ilgili hukuki işlemleri birlikte hareket etmelerini istemiştir.[42]

Eşler, aile konutuyla ilgili hukuki işlemleri tek başına yapamamaktadır. Aile konutu, eşlerden birinin mülkiyetinde veya biri tarafından kiralanmış olabilir.

Aile konutunun eşlerden birinin mülkiyetinde bulunması halinde, bunu başkasına devretmek veya haklarla sınırlamak için diğer eşin açık rızası bulunmalıdır. Diğer eşin açık rızası alınmadan yapılan devir işlemi hukuken geçersizdir. TMK. m.194 hükmü, evliliğin genel hükümlerinde düzenlenmiş bir hükümdür, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun uygulanan emredici bir hükümdür. Diğer eşin açık rızasını gerektiren devre yönelik hukuki işlemler olarak satış, bir şirkete sermaye olarak özgüleme, bağış, trampa, satış vaadi belirtilebilir.[43]

Bir eşin aile konutu üzerindeki hakları sınırlamaları ile ilgili olarak aile konutu üzerinde intifa, oturma veya üst haklarından biri ile sınırlanması, aile konutunun ipotek edilmesi, aile konutu üzerinde barınma hakkını engelleyen geçit veya irtifak hakkı kurulması örnek gösterilebilir.[44]

Eğer barınma hakkını zedeleyecek şekilde aile konutuyla ilgili bir ölüme bağlı tasarruf yapılmışsa TMK.m.194'e aykırı olan bu tasarruf iptal davasıyla iptal edilebilir.[45]

Aile konutunun eşlerden biri tarafından kiralanması durumunda, kira sözleşmesini kiracı eş diğer eşin açık rızası olmadan feshedemez

---

42 Gençcan, s.49.
43 Gençcan, s.46.
44 Gençcan, s.48; Emel Badur, Eşin Rızası, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013/109, s.262.
45 Gençcan, s.47.

(TMK. m.194/I). Kira sözleşmesini tarafı olmayan eş, kiralayana bir bildirimde bulunarak kendiliğinden sözleşmenin tarafı durumuna gelir, kiralayanın diğer eşin bu bildirimine karşı çıkma hakkı tanınmamıştır. Böylece kiracı eş ile bildirimde bulunan eş, kira sözleşmesinden müteselsilen sorumlu olacaktır. Bildirim şekli bakımından TMK.m.194 hükmünde bir sınırlama yoktur.

Diğer eşin rızasının "açık" olması aranmaktadır, eğer bu işleme sessiz kalırsa zımnen rıza verdiği kabul edilmemektedir. Bu rızasının yasal veya iradi temsilci aracılığıyla açıklanabilmesi de mümkündür.[46] Diğer eşin rıza verme zamanı, hukuki işlemden önce izin şeklinde veya hukuki işlem sırasında veya hukuki işlem yapıldıktan sonra icazet şeklinde olabilir.[47]

Bazen bu hukuki işlemler için açık rızası aranan eş, hakkını kötüye kullanabilir. Bunu önlemek amacıyla TMK.m.194/II'de eşinin rızasını elde edemeyen veya haklı bir sebep olmadan rıza vermezse, malik veya kiracı eş, mahkemeden bu işlemlere izin verilmesini isteyebilir. Doktrinde bu konuda hâkimin müdahalesi isabetli bulunmaktadır, çünkü diğer eşin rıza vermede hakkını kötüye kullanması mümkündür, bu nedenle bu sakınca önlenmiş olmaktadır.[48]

Aile konutuyla ilgili eşin rızası konusundaki sınırlamanın hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır. Bir görüş,[49] aile konutuyla ilgili getirilen sınırlamaların fiil ehliyeti sınırlaması olduğunu, bir diğer görüşe[50] ise bu sınırlamanın sadece işlemi yapan eşin tasarruf yetkisini sınırlandırdığını, bir diğer görüşe göre[51] ise aile konutu işlemleri açısından aranan eşin rızası, işlemin geçerliliğini, işlemden etkilenecek üçüncü kişinin onayına bağlayan kurallardan olduğunu ileri sürmüştür.

b. Aile Konutu Şerhi

Aile konutu kurulmasıyla aile konutunun maliki olan eş bakımından bir kısıtlama doğmaktadır. Bu kısıtlama şerh edilsin veya

46 Badur, s.260.
47 Gençcan, s.50-51.
48 Akıntürk/Ateş Karaman, s.122.
49 Gençcan, s.49.
50 Dural/Öğüz/Gümüş, s.211.
51 Şıpka, s.47-48.

edilmesin mevcuttur ve kanundan doğmuştur. Aile konutu üzerinde diğer eşin açık rızası olmadan yapılan işlemler geçersiz olacaktır, rıza alınmadan tescil yapılırsa bu tescil yolsuz olacaktır. Bu yolsuz tescile dayanarak iyiniyetli üçüncü kişilerin ayni hak kazanmaları mümkündür (TMK.m.1023). Bu nedenle bu ihtimali ortadan kaldırmak için taşınmazın aile konutu olarak şerh edilmesi gereklidir.[52]

TMK. m. 194/III'de aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Aile konutu şerhinin verilebilmesinin şartları taşınmazın mülkiyetinin eşlerden birinde olması ve aile konutu şerhinin konulmasının talep etmesidir.[53] Bu şerhin hukuki niteliği maddede belirtilmemiştir, bu şerh kurucu değil, açıklayıcı[54] etkiye sahiptir, şerhin konulmasından önce de taşınmaz aile konutudur, ancak şerhten sonra işleme taraf olmayan üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarının bertaraf edilmektedir.[55] Bu hükmün rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi imkânı getirdiği, bu hükmün tapuya güven ilkesine bir istisna getirmemiş olduğu ileri sürülmüştür.[56]

Aile konutu şerhi için merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesi ile medeni hali gösteren nüfus kayıt örneği aranmaktadır (Tapu Sicil Tüzüğü m.49).[57]

Aile konutu şerhinin TMK.m.194 hükmünde özel olarak öngörülmesinin en önemli sakıncasının aile konutunun devrinden önce böyle bir şerhin zorunlu bulunduğu sanısına ve buna bağlı olarak tapuya şerh verilmediğinde konutu devralanın bu konutun aile konutu olduğunu ve malikin de bu devire olur vermediğini bilmedikçe konuta iyi niyetle malik olabileceği sanısına sürüklemesi olduğu ileri sürülmüştür.[58] Aile konutunun devirden önce şerhe gerek olmadığı, devirden

---

52 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2009, s.220.

53 Gençcan, s.53,54.

54 Şıpka, s.160, Gençcan, s.31; Ebru Ceylan, Yeni Tapu Sicil Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, İ*stanbul Barosu Dergisi* C.88, S.1, Yıl: 2014, s.137.

55 Gençcan, s.32.

56 Kılıçoğlu, Rıza, s.20.

57 Ceylan, Tapu Sicili, s.137.

58 Rona Serozan, Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Zahit İmre 'ye Armağan, İstanbul 2009, s.280.

sonraki aşamada ise şerhe ihtiyaç olduğu bu şerhin geçici tescil şerhi olduğu bu görüşte belirtilmiştir.[59] Bu görüşe katılmayan diğer görüş ise bu şerhin tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi olduğunu, şerh verilince sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı kısıtlamaların ileri sürülebileceği belirtmiştir.[60]

Aile konutu şerhinin kaldırılmasının istenmesi için aile konutunun bu özelliğini kaybetmiş olduğunu veya yeni bir aile konutunun edinilmiş olduğunun ispatlanması gerekir.[61]

2. Aile Konutunun Mal Rejimlerine Göre Tahsisi

Yasal mal rejiminde ve seçimlik mal rejimlerinden paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde ve mal ortaklığı rejiminde aile konutu ve ev eşyasıyla ilgili yeni düzenlemeler yapılmıştır. Mal ayrılığı rejiminde, eşlerin ekonomik menfaatlerinin birbirinden ayrı tutulması nedeniyle aile konutunun sağ kalan eşe tahsisi düzenlenmemiştir.

a. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden her biri evlilik devam ettiği sürece evlenmeden önce sahip olduğu ve evlendikten sonra sahip olduğu malların maliki olarak kalmaktadır, evlilik birliği sona ermesi halinde ise paylaşım söz konusu olup, bir eş diğerinin edinilmiş malları üzerinde talep hakkına sahiptir.[62]

Edinilmiş mallara katılma rejiminde boşanma veya iptal kararı sonrasında aile konutunun geleceğini düzenleyen bir hükmün olmaması doktrinde eleştirilmiştir.[63]

TMK m. 240 ile edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesi halinde sağ kalan eşe, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen esine ait olup birlikte yasadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek üzere, yetmez ise bedel ekle-

59 Serozan, s.285.
60 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.215.
61 Gençcan, s.37.
62 Ebru Ceylan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile ilgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s.1028 vd.
63 Şıpka, s.99 vd.

mek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını talep etme hakkı tanınmıştır (TMK m. 240/I). Haklı sebeplerin bulunması halinde ise sağ kalan eş veya ölen eşin kanunî mirasçıları tarafından, intifa veya oturma hakkı yerine aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tanınması talep edilebilir (TMK m.240/III). Sağ kalan eş, aynı şartlar altında, ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir (TMK m.240/II). Sağ kalan eşin TMK m. 240 gereğince aile konutu ve ev eşyasında hakkını kullanabilmesi mirasçılık sıfatıyla ilgili değildir. Sağ kalan eş, mirasçılık sıfatına sahip olmasa da edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesi halinde, katılma alacağına mahsuben kendisine aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak tanınmasını talep edebilir.[64] Bu hakkın tanınmasının haklı sebepleri vardır. Sağ kalan eşin en büyük endişesi, ölen eşiyle birlikte yıllarını geçirdiği, yıllarca özenle korudukları, diğer mirasçılara göre sağ kalan eşi daha fazla koruyucu bir düzenleme getirmiştir.[65]

Bu hüküm, edinilmiş mallara katılma rejiminde hak sahibi olan eşe nisbi hak tanınmasının istisnasıdır, çünkü bu kural ile ayni hak tanınmaktadır.

Bu hükmün uygulanma şartları şunlardır:[66]

a) Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olmalıdır.

b) Edinilmiş mallara katılma rejimi bir eşin ölümü sebebiyle sona ermelidir.

Mal rejiminin, evliliğin iptali, boşanma, mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçilmesi veya eslerin anlaşarak başka bir mal rejimini seçmeleri sebebiyle sona ermesi halinde eşler, aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak talep edemezler.

c) Sağ kalan eş, katılma alacağına sahip olmalıdır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde her eş, eşler arasında aksine bir anlaşma yoksa diğerine ait artık değerin yarısı üze-

64 Ceylan, Mal Rejimi, s.1037; Kılıçoğlu, Yenilikler, s.78.
65 Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.537.
66 Ceylan, Mal Rejimi, s.1037; Ahmet Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012, s.164; Dural/Öğüz/Gümüş, s.237.

rinde hak sahibi olmaktadır (TMK m. 236/I). Eşler kanundaki bu oran yerine mal rejimi sözleşmesiyle başka bir oran da kabul edebilirler. Ancak bu anlaşmaların, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelememesi gereklidir (TMK.m.237).

Sağ kalan eş, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, katılma alacağı olan alacak hakkına sahip olması şartıyla aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak talep edebilir. Mal rejiminin tasfiyesinde, talep edilebilecek bir katılma alacağının çıkmaması halinde sağ kalan eş, TMK m. 240'da öngörülen hakları kullanamaz.[67] Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda katılma alacağının aile konutu üzerinde talepte bulunulan ayni hakkın değerini karşılamaması durumunda aradaki farkın bedel eklenerek denkleştirilmesi gereklidir.[68]

Kanun koyucu, edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş malların, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağını (TMK m. 235/1), bu değerlerin hesabında ise malların sürüm değerinin esas alınacağını öngörmüştür (TMK m. 232).

d) Aile konutu ve ev eşyasının mülkiyeti ölen ese ait olmalıdır.

Aile konutu ve ev eşyasının ölen esin edinilmiş veya kişisel malları arasında yer almasının önemi yoktur. Ölen eş, aile konutu üzerinde tek basına mülkiyet hakkı sahibi olabileceği gibi üçüncü kişi veya kişilerle birlikte elbirliği mülkiyetine veya paylı mülkiyete de sahip olabilir. Ölen eş, aile konutu üzerinde üçüncü kişilerle birlikte elbirliği mülkiyetine sahipse sağ kalan eş bu konut üzerinde aynî hak talep edemez.[69] Buna karşın, ölen eşin aile konutu üzerinde üçüncü kişilerle birlikte paylı mülkiyete sahip olması halinde sağ kalan eş aile konutu üzerinde aynî hak talep edebilir.[70]

e) Sağ kalan eş, aile konutu ve ev eşyasında aynî hak talep etmelidir.

Sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde aynî hak kurulabilmesi için sağ kalan eşin aynî hak kurulmasını talep etmiş olması gerekmek-

67 Kılıçoğlu, Yenilikler, s.193.
68 Nebioğlu Öner, s.110.
69 Kılıçoğlu, Yenilikler, s.78.
70 Kılıçoğlu, Yenilikler, s.78.

tedir. Bu hak, şahsa bağlı bir haktır; devredilemez ve miras yoluyla intikal etmez.[71]

f) Aile konutunun ölenin alt soyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra edeceği konut olmaması gerekir.

TMK m. 240/IV'e göre sağ kalan eş, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve alt soyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hükümleri saklıdır.

g) Sağ kalan eşin amacı eski yaşantısını devam ettirmek olmalıdır.

Sağ kalan eşin bizzat kullanma ihtiyacı göz önünde alınacaktır. Sağ kalan eşin eski yaşamını devam ettirme amacı sağ kalan eşin kişisel durumu, bundan sonraki yaşantısındaki ihtiyaçları ve eşinin ölümünden sonraki yaşam seviyesi belirleyici olacaktır.[72]

ğ) Mal rejimi sözleşmesiyle eşler arasında başka bir düzenleme kararlaştırılmamış olmalıdır.

Sağ kalan eşe, bu şartların gerçekleşmesi durumunda aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı tanınmasını talep etme hakkı, haklı sebepler varsa sağ kalan eş veya ölen eşin yasal mirasçıları bu haklar yerine mülkiyet hakkı tanınmıştır. Haklı sebeplerin ne olduğu madde metninde açıklanmamıştır. TMK.m.240/II hükmüne göre ev eşyası ile ilgili olarak sağ kalan eş, aynı koşullar varsa mülkiyet hakkının kendisine tanınmasını isteyebilir. Ev eşyası, eşlerin birlikte kullandıkları evdeki olağan yaşamın devam etmesinde zorunlu olan eşyalardır. Haklı sebeplerin varlığı halinde ev eşyasıyla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

b. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde evlilik süresince edinilen bütün malvarlığı değerleri değil, bazı malvarlığı değerleri paylaşılmaktadır ve paylaşım ayni şekildedir.[73]

TMK m. 250/I gereğince, eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal

---

71 Kılıçoğlu, Yenilikler, s.75.
72 Nebioğlu Öner, s.119.
73 Ceylan, Mal Rejimi, s.1039-1042.

ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler, mal rejiminin sona ermesi halinde eşler arasında eşit olarak paylaşılır.

TMK m. 253/I gereğince eşler, edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak paylaşmaya tâbi olan malları ayın olarak paylaşırlar. Paylaşmaya tâbi mallar içinde ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş malların başında aile konutu ve ev eşyası gelmektedir. Bu rejimde üç mal grubu yer almaktadır, paylaşma konusu mallar, paylaşma dışı mallar ve eşlerin paylı mülkiyetinde olan mallardır.[74] Paylaşıma tabi mallar, ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerlerdir (TMK.m.250/I). Paylaşım dışı mallar, manevi tazminat alacakları, miras yoluyla edinilen mallar ile karşılıksız kazandırmada bulananın açık iradesinden aksi anlaşılmadıkça, sağlar arası veya ölüme bağlı tasarruflarla edinilen mallardır.[75]

Kanun koyucu, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde evliliğin, sadece ölümle sona ermesi halinde değil, boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde de aile konutuna ilişkin hükümler getirmiştir. Bu düzenlemelerin amacı, ekonomik ve psikolojik olarak korunması gereken eşi korumaktır.[76]

Eşlere aile konutu ve ev eşyası üzerinde evliliğin iptal ve boşanma kararıyla sona erdirilmesinde ve ölüm halinde tanınan haklar iki ayrı maddede düzenlenmiştir.

aa. Evliliğin İptal veya Boşanma Kararıyla Sona Ermesinde

TMK m. 254 /I ile evliliğin iptal veya boşanma ile sona ermesine rağmen aile konutu ve ev eşyasında mülkiyet hakkı sahibi olmayan eşe kullanım hakkı tanınmaktadır.

Evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona ermesinde TMK m. 254/I'e göre ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında

74 Ceylan, Tez, s.69 vd; Ceylan, Mal Rejimi, s.1043.
75 Dural/Öğüz/Gümüş, s.244.
76 Nebioğlu Öner, s.159.

eşit olarak paylaşma konusu olan konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya kimin devam edeceği hususunda eşler anlaşabilirler. Konutta kalma hakkını elde eden eş bu hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesini isteyebilir.

TMK m. 254 /II'ye göre, eşlerin anlaşamamaları halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, aile konutunda kalma ve ev eşyasını kullanma hakkının hangi eşe tanınacağına karar verebilir. Hâkim, bu konuda karar verirken, olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurur. Hâkim, bu kararında, kalma ve kullanma süresini de belirleyerek şerh için tapu memurluğuna bildirir. Bu şerhin amacı, diğer eşin bu konutu satış suretiyle el değiştirerek diğer eşin bu yararlanmasını ortadan kaldırmasını engellemektir.

TMK m. 254 /III'e göre konutta kalma ve ev eşyasını kullanmaya devam etme hakkı, belirlenen sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Ancak, süre sona ermeden de bu haktan faydalanan eşin durumunda bir değişiklik olması halinde, mülkiyet hakkı kendisine ait olan eş hâkimden kararın yeniden gözden geçirilmesini isteyebilir. Konuttan yararlanma hakkını elde eden eşin bir başkasıyla evlenmesi veya konutu kullanma imkânını kaybedecek şekilde konutun bulunduğu yerden başka bir yere yerleşmesi veya ekonomik durumunun düşük olması nedeniyle hak tanınan eşin ekonomik durumunun bu süreçte iyileşmesi halleri örnek gösterilmektedir.[77]

TMK m. 254/IV'e göre, eşler konutta kira sözleşmesi ile oturuyorlarsa hâkim, gerektiğinde konutta kiracı sıfatını taşımayan eşin kalmasına karar verebilir. Bu durumda hâkim, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvence altına almak için gerekli düzenlemelerin yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verir. Hâkime bu konuda takdir hakkı tanınmıştır.[78] Bu hükme göre hâkim, eşlerden hangisinin aile konutunda kalacağına takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Hâkimin yapacağı gerekli düzenleme kira parasının kimin tarafından ödeneceği ve diğer eşin de sözleşmeye dâhil olacağına ilişkin bir düzenleme olabilir.[79] Bu hüküm, TMK.m.194

77 Akıntürk/Ateş Karaman, s.176.
78 Ceylan, Tez, s.144.
79 Kılıçoğlu, Rıza, s.15.

hükmünden birçok açıdan farklıdır. Bu hükümde, kiracı olmayan sözleşmeye mahkeme kararıyla taraf olurken, TMK.m.194 hükmünde ise tek taraflı irade açıklamasıyla taraf olmaktadır, TMK.m.254/IV hükmü boşanma halinde tanınmışken, TMK.m.194 hükmü ise evliliğin genel hükümleri bakımından etkilidir. TMK:m.194'de kiracı olmayan eşin bu sözleşme nedeniyle müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmişken, TMK.m.254/IV 'de ise böyle bir düzenleme yoktur.[80]

bb. Evliliğin Ölüm Sebebiyle Sona Ermesinde

TMK. m. 255 /I'e göre, eşlerden birinin ölümü halinde, paylaşma konusu olan mallar arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa, sağ kalan eş, bunlar üzerinde, kendisine miras veya paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek ve yetmezse bir bedel eklemek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir. TMK m. 255/I hükmü ile sağ kalan eşin sadece paylaşmadan doğan hakkına mahsuben değil, bunun yanı sıra miras hakkına mahsuben de aile konutu ve ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebileceği öngörülmüştür.

Bu hükmün uygulanma şartları şunlardır:[81]

a) Eşler arasında paylaşmalı mal rejiminin geçerli olması gerekir.

b) Mal rejimi, ölümle son bulmuş olmalıdır.

c) Paylaşma konusu mallar arasında aile konutunun ve ev eşyasının bulunması gereklidir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin temeli, mal ayrılığı rejimidir, bu nedenle eşlerin evlilik süresince edinilmiş olan bazı malvarlığı değerleri paylaşıma tabidir. Bu mallar mülkiyetinin hangi eşe ait olduğuna bakılmadan eşler arasında yarı yarıya paylaşılır. (TMK.m.250).

d) Sağ kalan eşin, miras ve paylaşmadan doğan bir hakkının bulunması gerekir.

e) Sağ kalan eşin aile konutu ilişkin ayni hak talebi bulunmalıdır.

f) Aile konutunun ölenin altsoyundan birinin meslek ve sanatı icra edeceği konut olmamalıdır.

---

80 Kılıçoğlu, Rıza, s.15.

81 Ceylan, Mal Rejimi, s. 1044; Nebioğlu Öner, s.177 vd.

Bu hükmün koşullarının gerçekleşmesi halinde sağ kalan eş, kendisine aile konutu ve ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Böylece aile konutu üzerinde en geniş yetkiler veren mülkiyet hakkının tanınmasıyla eşiyle paylaştığı anılar dolu aile konutunda rahatsız edilmeden yaşamını sürdürmeye devam edecektir.[82]

Haklı sebepler var ise sağ kalan eşin veya ölenin diğer yasal mirasçılarından birinin istemi üzerine, aile konutu ve ev eşyası üzerinde mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasını karar verilebilir (TMK.m.255/II). Ölenin sadece yasal mirasçıları bu hakkı talep etme yetkisine sahiptir, iradi mirasçıların ise böyle bir yetkisi yoktur. Bu düzenleme ev eşyası bakımından eleştirilmiştir. Ev eşyası kullanılmakla ekonomik ömrü ve değeri azaldığından bu eşyalar diğer mirasçılar eline geçtiğinde kullanılmaz hale geleceğinden bu haliyle diğer mirasçılara kalmasının haksız sonuçlara yol açacağı ileri sürülmüştür.[83]

TMK m. 255 /III'e göre, sağ kalan eş, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakkını kullanamaz.

c. Mal Ortaklığı Rejiminde

Mal ortaklığı rejimi seçimlik mal rejimlerindendir. Mal ortaklığı rejimi, genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığı olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Sınırlı mal ortaklığı kapsamına edinilmiş mallarda ortaklık ve diğer mal ortaklıkları girmektedir.[84] Genel mal ortaklığında, eşlerin kanun gereği kişisel mal sayılanlar dışındaki malları ve gelirleri ortaklık mallarını oluşturmaktadır. Sınırlı mal ortaklığında ise ortaklık malları eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kabul ettikleri yalnızca edinilmiş mallar ile kişisel malların gelirleridir.

Eşler, ortaklık mallarına elbirliği ile maliktirler. Evlilik birliği devam ettiği sürece, hiçbir eş, ortaklık malları üzerine tek başına tasarrufta bulunma hakkına sahip değildir.[85]

TMK m. 279 ile mal ortaklığı rejiminin eşlerden birinin ölümüyle

82 Nebioğlu Öner, s.170.
83 Kılıçoğlu, Yenilikler, s.172.
84 Ceylan, Mal Rejimi, s.1045.
85 Ceylan, Mal Rejimi, s.1046.

sona ermesi halinde sağ kalan eşe, mal rejiminin ölüm dışındaki bir sebeple sona ermesi halinde ise eşlerden her birine aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak talep etme imkânı getirilmiştir. Bu hükmün amacı, eşinin ölümü sonrasında sağ kalan eşin konutunu kaybetmesinin önüne geçilerek mevcut yaşantısını koruyabilme imkânı sağlamaktır.[86]

aa. Ölüm Sebebiyle Sona Ermesi Halinde

TMK m. 279 /I'e göre, mal ortaklığı rejiminin eşlerden birinin ölümü sebebiyle sona ermesi halinde, sağ kalan eş, aile konutunun ve ev eşyasının ortaklık mallarına dâhil olması şartıyla, payına mahsuben bunların mülkiyetinin kendisine verilmesini talep edebilir.

Mal ortaklığı rejiminde, sağ kalan eşin TMK m. 279 /I ile kendisine tanınan bu hakkı kullanabilmesi için şartları şunlardır[87]:

a) Eşler arasında mal ortaklığı rejiminin geçerli olması gerekir.

b) Mal ortaklığı rejimi eşlerden birinin ölümüyle sona ermiş olmalıdır. Evliliğin ölüm dışında bir sebeple sona ermesi durumunda bu madde uygulanamaz.

c) Ortaklık malları arasında aile konutu veya ev eşyası bulunmalıdır. Kişisel mallar içinde ise aile konutu ve ev eşyası bu hüküm uygulanamaz. Kişisel mallar, TMK.m.260 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre kişisel mallar, mal rejimi sözleşmesi, üçüncü kişinin karşılıksız kazandırması veya kanunla belirlenir. Eşlerden birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşyası ile manevi tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel maldır. Bir eşin saklı pay olarak isteyebileceği malvarlığı değerleri mal rejimi sözleşmesiyle ortaklığa dâhil edildiği ölçüde miras bırakanları tarafından kendisine kişisel mal olarak kazandırılamaz. Bir eşin kişisel malı olduğu ispatlanmadıkça bütün malvarlığı değerleri ortaklık malı sayılmaktadır (TMK.m.261).

d) Sağ kalan eşin mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde ortaklık payı olmalıdır. TMK.m.276 hükmüne göre eşlerden birinin ölümü veya diğer mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi halinde her eşe veya mirasçılarına ortaklık mallarının yarısı verileceği

86 Nebioğlu Öner, s.180.
87 Ceylan, Mal Rejimi, s.1049.

düzenlenmiştir. Mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı kararlaştırılabilir, ancak bu anlaşmaların altsoyun saklı paylarını zedelememesi gerekir.

e) Sağ kalan eş aile konutu veya ev eşyasında kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep etmelidir.

TMK m. 279/II 'ye göre, haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eş veya ölenin diğer kanunî mirasçılarının talebiyle aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı tanınabilir.

bb. Ölüm Dışında Bir Sebeple Sona Ermesi Halinde

TMK m. 279/III'e göre, mal ortaklığı rejiminin ölüm dışındaki bir sebeple sona ermesi halinde, eşlerden her biri, üstün bir yararın varlığını ispat ederek aynı istemleri ileri sürebilir.

3. Aile Konutunun Miras Paylaşımında Sağ Kalan Eşe Tahsisi

Bazen sağ kalan eşin mal rejimlerine göre aile konutu ve ev eşyası üzerinde ayni hak talep etmesi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle kısa süren evlilik sonrası ölüm gerçekleştiğinde sağ kalan eşin edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı doğmamış olabilir. Eşler arasında mal rejimi ne olursa olsun uygulanabilen TMK.m.652 hükmünde sağ kalan eş, diğer mallardaki miras hakkı yerine konut ve ev eşyasının kendisine bırakılmasını talep edebilecektir. Bu hüküm, mirasçılık sıfatına bağlı olarak uygulanmaktadır.[88] Sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası üzerinde diğer mirasçılara göre ayrıcalıklı olmasını sağlayan bir düzenlemedir. Kural olarak kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça mirasçıların eşitliği ilkesi dikkate alınarak terekenin bütün malları paylaşılır (TMK.m.649/I). TMK.'da bazı malların nitelikleri veya işletilmelerindeki özel durumlar nedeniyle eşitlik ilkesine istisnai düzenlemeler yapılmıştır. TMK.m.652 hükmü de mirasçıların eşitliği ilkesine getirilen bir istisnai hükümdür.[89] Bu hükümden yararlanma hakkı sadece sağ kalan eşe ait olup kişiye sıkı biçimde bağlı bir haktır.[90]

88 Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.540 vd.; Kılıçoğlu, Yenilikler, s.92.

89 Rona Serozan / Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s.653.

90 Serozan/Engin, s.654.

Bu hükmün uygulanma şartları şunlardır:

a) Evlilik, ölüm sebebiyle sona ermelidir.

Evliliğin ölüm veya ölümle aynı sonucu doğuran gaiplik kararı veya ölüm tehlikesi içinde kaybolma karinesiyle son bulması halinde sağ kalan eş, TMK m. 652 hükmünden yaralanabilir.[91]

b) Tereke malları arasında aile konutu ve ev eşyası bulunmalıdır.

Tereke, miras bırakana ait malvarlığı değerlerinden oluşmaktadır, eşin ölüm tarihi itibariyle aile konutunun tereke içinde yer alması gereklidir. TMK m. 652 ile sağ kalan eşe tanınan hak, aile konutuna ve ev eşyasına ilişkindir. Kanun koyucu bu hükümle sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesini amaçlamıştır. Terekede eşlerin birlikte yasadıkları bir konut olmaması halinde, sağ kalan eş bu hakkını kullanamaz.[92] *Kanımızca bu maddede geçen "eşlerin birlikte yaşadıkları konut" ifadesinden "aile konutu" anlaşılmalıdır, çünkü maddenin düzenleme amacından da bu sonuca varılmaktadır.*

c) Sağ kalan eş, miras hakkına sahip olmalıdır.

TMK m. 652, sağ kalan eşe, mirasçılık sıfatına dayanan bir hak sağlamaktadır.[93] Bu sebeple sağ kalan eş mirastan feragat etmişse (TMK m. 528), miras bırakan tarafından mirastan çıkarılmışsa (TMK m. 510), mirastan yoksun bulunuyorsa (TMK m. 578) veya mirası reddetmişse (TMK m. 605) TMK.'nın 652.maddesi uygulanamaz.

Sağ kalan eşin, aile konutu ve ev eşyasının kendisine tahsisini istemesi için tereke malları içinde başka mallarının da bulunması gereklidir, çünkü maddede "diğer mallardaki miras hakkına mahsuben" ifadesine yer verilmiştir. Bu mahsup mülkiyet, intifa veya oturma hakkının sürüm değeri üzerinden yapılmalıdır. *Sağ kalan eşin miras payının aile konutu üzerinde talepte bulunduğu ayni hakkın değerini karşılamıyor olması halinde miras payının değeri ile talep edilen ayni hakkın değeri arasındaki farkın bedel eklenerek denkleştirileceği düzenlenmemiştir. Gerek edinilmiş mallara katılma rejiminde m.240'da, gerek paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde*

---

91 Kılıçoğlu, Yenilikler, s.93; Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.541; Özlem Karlı, TMK. Mad.652'ye Göre Aile Konutu ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul 2009, s.891.

92 Nebioğlu Öner, s.199 vd; Karlı, s.892.

93 Karlı, s.894.

m.255'de bedel eklemeden söz edilmişken burada söz edilmemesi kanımızca da haklı olarak eleştirilmiştir.[94]

Boşanma davası esnasında davacı eşin ölmesi halinde, davacı esin mirasçıları, TMK m. 181/II uyarınca boşanma davasına devam edebilirler. Dava sonunda, sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması halinde mirasçılık sıfatı da sona erer. Bu halde, sağ kalan eş, TMK m. 652'ye dayanarak aile konutu veya ev eşyasında aynî hak talep edemez.

Evliliğin iptalinde, iptale hükmedilmeden veya iptal kararı kesinleşmeden önce eşlerden birinin ölmesi halinde TMK m. 159 uyarınca, mirasçılar açılmış olan evliliğin iptali davasını sürdürebilirler. Dava sonunda, sağ kalan eşin, evlenme sırasında iyiniyetli olmadığının anlaşılması halinde sağ kalan eşin mirasçılık sıfatı sona erer. Bu halde de sağ kalan es, aile konutu veya ev eşyası üzerinde aynî hak talep edemez.

d) Sağ kalan eş aile konutu veya ev eşyası üzerinde aynî hak talep etmelidir.

TMK m. 652 uyarınca sağ kalan eş, ev eşyası veya konut üzerinde aynî hak talep edebilir. Sağ kalan eş, böyle bir talepte bulunmadıkça hâkim, aile konutu veya ev eşyasının sağ kalan eşe tahsisine karar veremez.

Sağ kalan eş, bu hakkını diğer mirasçılara karşı talep etmelidir, talep etmesinde bir süre sınırlaması yoktur. Sağ kalan eşin iradesi, yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması niteliğindedir.[95]

e) Aile konutunun ölenin altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra edeceği bir konut olmaması gerekir.

f) Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras kuralların uygulanmaması gerekir. Burada aile konutunun tarımsal taşınmazın kapsamına dâhil olmaması gereklidir. Burada, TMK.m.659 hükmü dikkate alınmalıdır.

TMK m. 652 /II'ye göre haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşin veya mirasçıların talebiyle mülkiyet hakkı yerine intifa veya oturma hakkının tanınmasına karar verilebilir. Haklı sebepler olarak sağ kalan eşin oldukça yaşlı olması, sağ kalan eşin miras payının aile

94 Nebioğlu Öner, s.213.
95 Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.542.

konutunun değerini tam olarak karşılayamaması, diğer mirasçılarla sağ kalan eşin yakınlığı gösterilmektedir.[96]

TMK. 652 hükmünün emredici bir hüküm mü yoksa tamamlayıcı bir hüküm mü olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Türk-İsviçre Hukukunda baskın görüş, bu hükmün emredici bir düzenleme olduğu yönündedir.[97] Ancak aksi kanaatte olan görüş ise bu hükmün tamamlayıcı olduğunu, bu nedenle miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile paylaştırma kuralını koyabileceğini ve sağ kalan eşe aile konutu ve ev eşyası tahsisi konusunda aksini kararlaştırabileceğini ileri sürmüştür.[98]

Bu hükmün şartları gerçekleştiği takdirde, sağ kalan eş, mülkiyet hakkını kullanıp diğer mirasçılardan en erken ölüm tarihinde, en geç aile konutunun miras ortaklığınca elden çıkarılmasına kadar talep edebilir.[99] Bu durumda ölenin diğer mirasçıları, sağ kalan eşin talebini kabul edebilir veya etmezler. Mirasçıların, sağ kalan eşin bu talebini kabul etmezlerse, dava açarak hakkına kavuşabilir. Aile konutunun devri davası bir tapu iptali ve tescil davası niteliğinde, ev eşyası için ise istihkak davası niteliği taşımaktadır.[100]

SONUÇ

Yeni Türk Medeni Kanunu'nun en önemli yeniliklerinden biri olan aile konutu ve ev eşyasıyla ilgili olarak ekonomik ve sosyal bakımdan eşi koruyan düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin yapılmasında gerek mukayeseli hukuktaki gelişmeler gerekse aile yaşamında aile konutunun ve ev eşyasının taşıdığı maddi ve manevi önem etkili olmuştur. Aile konutu, ekonomik ve sosyal bakımdan eşlerin ve çocukların yaşamında mutlulukları için bir güvencedir.

Bir konutun "aile konutu" olarak kabul edilmesi için evlilik birliğinin kurulmuş olması ve ailenin birlikte yaşadığı konutun bulunması gereklidir. Bu konutun en önemli özelliği aile yaşamının yoğunlaştığı bir konut olması ve fiilen sürekli kullanılıyor olmasıdır.

---

96 Örnekler için bkz. Nebioğlu Öner, s.232.
97 Dural/Öğüz/Gümüş, s. ; Nebioğlu Öner, s.242.
98 Faruk Acar, Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı *MÜHFD*, 2006, S.1, s.156; Karlı, s.900.
99 Nebioğlu Öner, s.217.
100 Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.543.

Evlilik yaşamı, ortak kararlar almayı gerektiren bir yaşam birliği olduğundan, aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerde eşlerin ortak karar vermelerine kanun koyucu önem vermiştir. Aile konutunun eşlerden birine ait olması durumunda, tek başına konutu elden çıkarması halinde, aile konutunun bir eş tarafından kiralanması durumunda tek başına sözleşmeyi feshetmesi halinde ve aile konutu üzerinde hakları sınırlaması halinde diğer eş zarar görebilir. Bu sakıncalara karşı diğer eş korunmuştur. Bu koruma. eşler arasındaki mal rejiminin türü ne olursa olsun evlilik birliği içinde eşlerin ortak iradeleriyle konutu "aile konutu" olarak tahsis etmeleriyle başlamaktadır ve aile konutu niteliği ortadan kalkana kadar devam etmektedir. Evlenme eşler arasında ölümle sona erdikten sonra aile konutu ile ilgili sağ kalan eş, gerek mal rejimlerinin tasfiyesinde, gerekse mirasın paylaşılmasında TMK.'nun çeşitli hükümlerinde korunmuştur.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin bir eşin ölümü sebebiyle sona ermesi halinde sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirmek için ölen eşine ait aile konutu üzerinde intifa hakkı veya oturma hakkı, ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Ancak sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olması gereklidir. Haklı sebeplerin varlığı halinde aile konutu üzerinde sağ kalan eş veya yasal mirasçıları mülkiyet hakkı tanınmıştır, ev eşyasıyla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, aile konutu ve eş eşyası evliliğin iptali veya boşanma halinde ve ölüm halinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin amacı, ekonomik ve psikolojik olarak korunması gereken eşi korumaktır. Bu rejimi seçmiş olan eşler iptal veya boşanma halinde aile konutu ve ev eşyasını kimin kullanacağı konusunda anlaşabilirler, anlaşamazlarsa hâkim bu hakka kimin sahip olacağını iptal veya boşanma kararıyla beraber re'sen karar verir ve şerhi için tapuya konutta kalma süresini ev eşyasını kullanma süresini bildirir. Eğer aile konutu kiralık ise, kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına hâkim karar verebilir ve iptal ve boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verebilir. Bu rejimde eşlerden bir ölmüşse aile konutu ve ev eşyası üzerinde sağ kalan eş, mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eş veya yasal mirasçıları intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir.

Mal ortaklığı rejiminin bir eşin ölümü sebebiyle sona ermesi halinde, sağ kalan eş aile konutu ve ev eşyası üzerinde payına mahsuben bunların mülkiyetinin verilmesini isteyebilir. Haklı sebepler var ise sağ kalan eş veya ölenin diğer mirasçıları intifa hakkı veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir. Ölüm dışındaki bir sebeple mal ortaklığı rejiminin sona ermesi halinde her eş, üstün yararını ispat ederek aynı taleplerde bulunabilir.

Tereke malları içinde aile konutunun bulunması halinde eşlerden birinin ölmesi durumunda sağ kalan eş, miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Haklı sebepler mevcut ise sağ kalan eş veya diğer yasal mirasçılar intifa hakkı veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir.

Kaynakça

Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Aile Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2016.

Acar Faruk: Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı, *MÜHFD.* , 2006, S.1, s.121-158.

Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması Ankara 2004.

Barlas Nami, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 115-143.

Badur Emel, Eşin Rızası, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013/109, s.251-302.

Baygın Cem, 4721 sayılı Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II İstanbul 2003, s.437-461.

Ceylan Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul Ocak 2006. (atıf şekli: Tez)

Ceylan Ebru, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile ilgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Prof. Dr. Ömer Teoman 'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s.1019-1053. (atıf şekli: Mal Rejimi)

Ceylan Ebru, Yeni Tapu Sicil Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 1, Yıl: 2014, s.115-143. (atıf şekli: Tapu Sicili)

Ceylan Ebru: Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler, *Türkiye Barolar Birli*ği Dergisi Kasım- Aralık Sayısı, Yıl: 2013, S.103, s.13-54.

Ceylan Ebru, Türk Hukukunda Kadın Hakları, İstanbul Aydın Üniversitesi ve Küçükçekmece Belediyesi Kent Konseyi Bilgilendirme Yayınları Serisi, (Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan, Semra Aydın Avşar), İstanbul 2011.

Dural Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2016.

Gençcan Ömer Uğur, Aile Konutu; Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar, *İstanbul Barosu Dergisi* Aile Hukuku Özel Sayısı, 2000, s.19-70.

Karlı Özlem, TMK. 652 'ye Göre Aile Konutu ve Ev Eşyasının sağ kalan Eşe Özgülenmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, İstanbul 2009, s.889-904.

Kılıçoğlu Ahmet, Aile Konutu ve Konut Eşyası İle Sağlanan Koruma Prof. Dr. Bilge Öztan 'a Armağan, s. 527-544. (atıf şekli: aile konutu)

Kılıçoğlu Ahmet, Katkı-katılma Alacağı, 5. Bası, Ankara 2015. (atıf şekli: katılma alacağı)

Kılıçoğlu Ahmet, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızası Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002. (atıf şekli: Rıza)

Kılıçoğlu Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003. (atıf şekli: Yenilikler)

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2009.

Öztan Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.

Nebioğlu Öner Şebnem, Aile Konutunun Sağ kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014.

Serozan Rona, Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s.279-288.

Serozan Rona/Engin Baki İlkay, Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı Ankara 2014.

Şıpka Şükran, Türk Medeni Kanununda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2002.

MÜLKİYETİN TEMİNAT AMACIYLA İNANÇLI İŞLEMLE DEVRİ

THE ALIENATION OF OWNERSHIP FOR PURPOSE OF GUARANTY

Şafak PARLAK BÖRÜ*

Özet: İnançlı işlem, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da Roma Hukuku'ndan günümüze gelen, doktrin ve öğretide kabul edilen bir kavramdır. Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydı ile taraflar arzu ettikleri amaca ulaşabilmek için, karşılıklı güvene dayanan bir inançlı işlem yapabilirler. Bu amaçlardan biri de borca teminat ya da kredi sağlamaktır. Bu tür inançlı işlemlere teminat amaçlı inançlı işlemler denilmektedir. Karma inançlı işlemler kapsamında, mülkiyet hakkının teminat amacıyla devrini öngören sözleşmelerde; borçlu (inanan) alacaklıya (inanılan) bir taşınırın, emre veya hamiline yazılı senedin veya taşınmazın mülkiyetini, alacağı garanti altına almak amacıyla devretme; alacaklı (inanılan) da bu mülkiyeti garanti kapsamının dışına çıkmayacak şekilde kullanmayı ve alacak ödenince de mülkiyeti geri döndürme yükümlülüğü altına girer.

Anahtar Kelimeler: İnançlı İşlem, İnanç Anlaşması, Lex Commissoria, Mülkiyetin Teminat Amacıyla Devredilmesi, Teminat

Abstract: Although there is no provision related to fiduciary transaction in the law of obligations in Turkey, fiduciary transaction was a legal concept in Roman Law. Fiduciary transactions has been accepted in the doctrine in our country. Unless it is not contrary to prohibitory provisions of law, the parties could make any fiduciary transactions for different purposes. One of the purposes to make a fiduciary transaction is to secure a guaranty against an obligation or credit. We call it as fiduciary transactions for guaranty. In the contracts (as mixed fiduciary transactions) which involve the alienation of ownership for purpose of guaranty, the debtor is obliged to alienate the ownership of movables, bills or immovable properties to the creditor -with the object of guarantee of credit. The creditor is obliged to use this property right within the framework of scope of guarantee and to return the ownership when the credit is paid.

Keywords: Fiduciary Transaction, Fiduciary Contract, Guaranty, Lex Commissoria, the Alienation of Ownership for Purpose of Guaranty

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1- İNANÇLI İŞLEM KAVRAMI, YAPILMA NEDENLERİ, FAYDA VE SAKINCALARI

I. Genel Olarak

İnançlı işlem Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen ancak varlığı doktrin ve uygulamada kabul edilen bir kavramdır.[1] İnançlı işlem, taraflar arasında karşılıklı güven esasına dayanılarak yapılan ve öngörülen koşulların ileride gerçekleşmesi halinde, bu anlaşmaya uygun hareket yükümlülüğü doğuran bir işlemdir.[2] TBK md. 26 (EBK

---

1 İnançlı işlem kavramı, Alman ve İsviçre hukuku mevzuatlarında da açıkça hükme bağlanmamış olmasına rağmen, gerek doktrince gerek yüksek mahkemece varlığı kabul görmektedir. İsviçre hukukunda inançlı işlem "fiduziarisches Rechtsgeschäft" veya "Treuhand" kavramları ile ifade edilmektedir. Bununla birlikte, gerek yabancı hukukta gerek Türk hukukunda inançlı işlem kavramının açıkça mevzuatta düzenlenmemiş olması sebebiyle, doktrinde söz konusu kavramın tanımı üzerinde bir tartışma vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahu Ayanoğlu Moralı, Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 13-16; Hüseyin Altaş/Leyla Müjde Kurt, 'İnançlı İşlemler', *İÜHFD*, Malatya 2011, C.II, S.2, s. 2; Şirin Aydıncık, 'Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki', *İÜHFM*, İstanbul 2006, C. LXIV, S.1, s. 131; Rolf Keller, Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht, Bern 1944, s. 1; Max Ehrenzeller, Die Simulation von Vertragen nach schweizerischem Recht, Zürich 1951, s. 43; Fritz Ammann, Treuhand und Grundbuch, Zürich 1946, s. 15 vd; Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, Allgemeine Bestimmungen, 1.Teilband, Allgemeine Einletiung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18, Erläutert von Ernst A.Krammer und Brunı Schmidin, Bern 1986, OR Art. 18 Rn 122; Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, s. 96 ff.; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009, s. 227; BGer, 9C_417/2010 (www.swisslex.com, erişim tarihi: 01.10.2016); Ergun Özsunay, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 1-2; Gülay Öztürk, İnançlı İşlemler, Ankara 1988, s. 21; Eraslan Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, B.5, Ankara 2013, s. 29 vd, 135, 136; Özgür Güvenç, Taşınmazların İnançlı İşlemle Devri, Ankara 2014, s. 26-27; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, B.14, İstanbul 2016, s. 133-134; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 281 vd; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, B.4, Ankara 2016, s. 322-324; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012, s. 210 vd; Necip Kocayusufpaşaoğlu /Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, B.5, İstanbul 2010, s. 363 vd; Kemal Dayınlarlı, Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki, B.3, Ankara 2008, s. 128 vd; Ali Şafak, Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, İstanbul 2011, s. 24 vd; HGK, 05.10.2016 T., 2014/14-1243 E., 2016/958 K; HGK, 28.01.2015 T, 2014/1-1340 E., 2015/794 K.; HGK, 2.04.2014 T, 2013/13-671 E., 2014/441 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 10.10.2016); ayrıca Yargıtay Kararları için bkz Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, C.I, Giriş m. 1-40, Ankara 2003, s. 914 vd.

2 Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.20, Ankara 2016, sh. 196.

md. 19)'da yer alan sözleşme serbestisine ilişkin genel kurala dayanılarak -kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlak ve adaba, kişilik haklarına vb. aykırı olmamak kaydıyla- inançlı işlem yapmak mümkündür.[3]

İnançlı işlemlerin tarihsel temelleri Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukukunda "Fiducia" olarak adlandırılan bu işlemler, o dönemde modern anlamda aynî teminat kurumu tanınmadığı için, teminat amacı başta olmak üzere çok çeşitli amaçlara hizmet etmek için kullanılmıştır.[4] Roma hukukundaki fiducia kavramı ile Türk hukukundaki inançlı işlem aynı özellikleri taşımakla birlikte, farklı olarak bizim hukuk sistemimizde inançlı işlemlere yasal düzenlemelerde yer verilmemiştir.[5]

Yargıtay bazı kararlarında[6] inançlı işlemleri, " *inananın, bir hakkını belirli bir süre veya belirli bir amaçla inanılana geçirmeyi, inanılanın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hakkı tekrar inanana devretmeyi yüklendiği sözleşmeler*" olarak tanımlamıştır.

İsviçre doktrinine göre ise inançlı işlem, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanamaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemdir.[7]

Bir diğer tanıma göre, inançlı işlem, inananın bir borca teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dâhil bir şey veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak maksadıyla inanılana kazandıran, sonra da tekrar devretme yükümlülüğünü içeren işlemdir. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.20, Ankara 2016, s.382-383; Özsunay, s.1.

3 Eraslan Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, B.5, Ankara 2013, s. 30.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, s.9 vd.; Onur Günel, Lex Commissoria Yasağı, Ankara 1998, s.84.

5 Arzu Oğuz, 'Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekalet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması', *AÜHFD*, Ankara 1989-1990, C.41, S. 1-4, s.240.

6 HGK, 14.07.2010 T., 2010/14-394, 2010/395 K.; 1.HD, 30.10.2000 T., E.12988, K.13223 (Bkz www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 01.10.2016).

7 Keller, s.7 vd; Hans Merz, 'Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR', Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, s. 451; Berger, s. 96.

II. İnançlı İşlemlerin Yapılma Nedenleri

A. Gizlemek Amacıyla Yapılan İnançlı İşlemler

İnançlı işlemleri yapma nedenlerinin başında kişinin kendisini gizleme arzusu yatar.

Bazı durumlarda kişi bizzat yapmak istemediği bir işi başka bir kişinin[8] arkasına saklanarak, o kişiye yaptırıp daha sonra ikinci bir işlemle tekrar kendisine iadesini sağlamak amacı ile inançlı işleme başvurabilir.[9] Hukuk düzeni belli hallerin dışında, tarafların anlaşmalarındaki gizlilik arzusuna karşı koymaz.[10] Başka bir deyişle, hukuk düzeni bu şekilde yapılan işlemleri, amaçlanan ya da ortaya çıkan sonucun (kanuna karşı hile, muvazaa vb.) hukuka aykırı olmaması şartıyla geçerli kılmıştır.[11]

Gizlenme ihtiyacı çeşitli nedenlere dayanabilir. Borçlusu tarafından rahatsız edilmek istemeyen veya bir arkadaşına verdiği ve vadesi geldiği halde ödenmeyen alacağı için alacaklının, tahsil amacı ile alacağını bir başka kişiye devrederek öne sürdüğü bu kişinin arkasına gizlenmesi mümkündür. Devralan kişi, alacağı tahsil ettikten sonra aralarındaki inanç anlaşması gereğince alacaklıya verir.[12] Karanlık ve şüpheli işler düzenleyen kimselerin, fedai olarak kullandıkları adamların arkasına gizlenmek istedikleri konularda da bu kişileri kukla olarak kullandıkları görülmektedir. Yine dava ve icra takiplerinde bulunurken mahkeme masraflarından kurtulmak için durumu adli yardıma elverişli olan kimselere alacağını devredip, davanın ona açtırılmasında da inançlı işlemden söz etmek mümkündür.[13]

---

8 Doktrinde arkasına gizlenilen bu kişiler "kukla şahıs" olarak adlandırılmıştır (Özkaya, s. 30 ; Özsunay, sh.27).

9 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, İstanbul 1976, s.212-213; Atiye Uygur, Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, *GÜHFD*, Ankara 2006, C.X, S.1-2, s.187.

10 Gülay Öztürk, İnançlı İşlemler, Ankara 1998, s.34; Özsunay, sh.27; Ayanoğlu, s. 31.

11 Uygur, s. 175; Güvenç, s. 30-31.

12 Bu ilişkide borçlu ile muhatap olmak istemeyen alacaklı, alacağını bir üçüncü kişiye (inanılan) devretmek suretiyle devralanının arkasına gizlenmekte, borçlu ile bu kimse karşı karşıya gelmektedir. Bkz Ayanoğlu, s. 31.

13 Feyzioğlu, s.213; Özsunay, s.28; Öztürk, s.35.

B. Alacaklılardan Mal Kaçırmak Amacıyla Yapılan İnançlı İşlemler

Alacaklılarının takibine uğrama tehdidiyle karşı karşıya olan, alacaklıları cebri icra yolunu denediklerinde haczedilebilecek bir malı olmamasını isteyen kötü niyetli borçlular da inançlı işlem yoluyla bu amaçlarını gerçekleştirmek isteyebilirler. Bunun için mallarını güvendikleri bir kişiye inançlı olarak devrederler; tehlike geçtikten sonra ise devralan kişi inanç anlaşması gereğince devraldığı şeyi inanana iade eder. Bu noktada inançlı işlemlerle muvazaalı işlemler çok defa iç içe geçmektedir. Doktrinde bir görüş[14] bu işlemleri inançlı işlem olarak nitelendirirken, bir diğer görüş[15] muvazaalı devir kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin, borçlunun iktisap ettiği bir şeye alacaklının el atmasını önlemek için, kazandırmanın borçlu lehine inançlı olarak bir başkasına, örneğin eşine yapıldığı haller alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan işlemlerdir. Burada somut olay çerçevesinde değerlendirmeye gitmek, yapılan devir işleminin muvazaalı mı yoksa inançlı işlem mi olduğunu tespit edebilmek için tarafların gerçek iradelerine ve yapılan işlemin niteliğine bakmak gerekir. Devir gerçekten istenmiş, mallar devralanın hakimiyet alanına bırakılarak, kendisine idare ve tasarruf yetkisi de tanınmışsa, inançlı bir işlem yapılmış olduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde öncelikle tarafların gerçek iradelerinden söz edilemeyeceği için muvazaalı bir işlem söz konusu olacaktır.[16] Yargıtay da[17] "Sözleşmelerin yorumlanmasında kullanılan deyim ve adlara bakılmayarak, tarafların gerçek ve müşterek amaçlarını aramak gerekir" diyerek bu yönde kararlar vermektedir.

---

14 Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (çev. Cevat Edege), Ankara 1983, s.201.

15 Turhan Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Hukuki Mahiyeti-Hüküm ve Neticeleri- İtimada Müstenit Muamelelerle Mukayesesi, Kanun İhtilafları, İstanbul 1956, s. 170-171; Yung, s. 333 vd; Postacıoğlu, s. 1028-1030; Uygur, s. 176; Güvenç, s. 32.

16 Öztürk, s.36.

17 1.HD, 28.05.2013 T., 2013/5272 E., 2013/8686 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 01.10.2016); 14.HD, 18.5.1982 T., E.2485, K.3186, (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 01.10.2016).

C. Kanunların Bazı Hükümlerinden Kaçınmak Amacıyla Yapılan İnançlı İşlemler

İnançlı işlemlere, kanunun bazı hükümlerinin istenilen amaca ulaşılması için engel teşkil ettiği ya da kanunun bu hükümlerinden kaçınmak istendiği zamanlarda da başvurulabilmektedir.[18] Özellikle, yabancılık unsuru dolayısıyla mevcut olan mülkiyet edinme engelleri de genellikle gizlenme yoluyla aşılmaktadır. Böyle durumlarda gizlenen kişi başka bir kişiyi öne sürmekte ve öne sürülen kişi, gizlenenin hukuki iradesini kendi hukuki iradesiymiş gibi dış dünyaya yansıtmaktadır.[19] Örneğin[20], A yabancı uyruklu bir kişidir. Yabancı uyruklu kişilerin Köy Kanunu[21] gereğince Türkiye sınırları içerisindeki köylerde taşınmaz edinmeleri kural olarak yasaktır. A, B ile Ü'den satın almak istediği taşınmazın B tarafından alınması, ileride yasal engel kalktığında taşınmazın üzerine geçirilmesi konusunda anlaşmıştır. Burada A inanan, B ise inanılan kişidir. Öngörülen koşullar gerçekleştiğinde, B bu anlaşma gereğince taşınmazın mülkiyetini A'ya geçirmeyi üstlenmiştir.

Bu gibi durumlarda inançlı işlemlerin kanuna karşı hile teşkil edip etmediği tartışılabilir.[22] Ancak belirtilmek gerekir ki, kanuna karşı hile emredici nitelikte bir kanun hükmünün ihlal edilmesi iken, inançlı işlem hedeflenen işleme uygulanacak elverişsiz bir kanun hükmünden

---

18 Özkaya, s. 32-33; Özsunay, bu tür işlemleri "Dolambaç amacı ile yapılan inançlı işlemler" olarak ifade etmektedir, s.27.

19 Ammann, s. 6; Özsunay, s. 27.

20 Kılıçoğlu, s.196.

21 442 sayılı Köy Kanunu'nun bu yasağı düzenleyen 87.maddesi hükmü 4916 sayılı kanunun 38/a maddesi ile yürürlükten kaldırılmış, aynı kanunun 19.maddesi ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35.maddesi değiştirilerek "karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla" yabancıların taşınmaz edinebilmelerine izin verilmiştir. Ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 14.3.2005 tarih ve E.2003/70, K.2005/14 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararından sonra 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35.maddesi 5782 sayılı Kanun'la değiştirilmek suretiyle "Yabancı uyruklu gerçek kişiler merkez ilçe ve ilçeler bazında, uygulama planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı ayni hak edinebilirler" hükmü getirilmiştir. Bkz. Kılıçoğlu, s.196, dpn. 238.

22 Uygulamada inançlı işlem ve kanuna karşı hileyi birbirinden kesin sınırlarla ayırmak her zaman kolay olmaz. Ancak bu hukuki kavramları karıştırmak hukuka aykırı işlemlerin müeyyideden kurtulmasına meydan vermek olacağından aradaki sınırı çizmek zorunludur, Hamide Topçuoğlu, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950, s. 217.

kurtulmak amacıyla yapılmaktadır.[23] Her iki durumda da taraflar yaptıkları işlemin gerçekleşmesini istemektedirler. Ancak inançlı işlemler geçerli iken, kanuna karşı hile ile yapılan işlemler geçersiz işlemlerdir.

D. Teminat Amacıyla Yapılan İnançlı İşlemler

Teminat araçları geleneksel sınıflandırmada şahsî teminatlar ve aynî teminatlar olmak üzere iki gruba ayrılır. Taraflar kanunda öngörülen teminat şekillerinden birini seçmek konusunda serbest olmakla birlikte, bu sınırlı teminat vasıtaları karmaşık kredi hayatının tüm ihtiyaçlarına cevap verebilmek konusunda zaman zaman yetersiz kalmaktadır. Örneğin, şahsî teminatların en klasik örneği olan kefalet ile kredi alacaklısının zarara uğrama tehlikesine her zaman engel olunamadığı gibi, güvenilebilecek ve mali durumu sağlam bir kefil bulabilmek de çok kolay olmamaktadır. Aynî teminatlardan taşınmaz rehini sadece taşınmazları olan kişiler için bir kredi/teminat vasıtası olabilmesinin yanında, yine rehinin paraya çevrilmesi aşamasının içerdiği zorluklar nedeniyle kredi verenler için caydırıcı olabilmektedir. Teslim şartlı taşınır rehini ise, hükmen teslim yolunun kapalı olması ve zilyetliğin devrine ilişkin sıkı şartlar nedeniyle genellikle tercih edilmemekte, öngörülen hukuki yapı kredi sağlamak isteyen kişinin işine gelmemektedir.[24]

Hukuk düzeni tarafından tanınan teminat araçları modern hayatın ihtiyaçlarını karşılamak konusunda bazen yetersiz kalmaktadır. Pozitif hukukun yetersiz kaldığı yerlerde, pratik hayat daima kendisine uygun hukuki çözümler bulur ve bunları geliştirir. Tanınan teminat araçları ile istenilen amaca ulaşılamaması ya da işlemlerin çeşitli zorluklar içermesi, bir alacağın ya da bir şeyin teminat amaçlı devri için inançlı işlemler yapılmasını tercih edilen araçlardan biri haline getirmiştir. Örneğin, borçlu aldığı krediye karşılık taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmek yerine, taşınmazın mülkiyetini ya da alacağını alacaklıya devretmekte, alacaklı ile de borcunu ödediğinde taşınmazının veya alacağının kendisine iade edileceği konusunda bir inanç anlaşması yapmaktadır.

---

[23] Özkaya, s.32; Uygur, s.188; Nihat Yavuz, Doğrudan Doğruya Temsil/Namı Müstear/Dolayısıyla Temsil/ İnançlı İşlem/Tarafta Muvazaa/Namı Müstear ile Muvazaa İlişkisi/İspat Rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile Kavramları ile Bunlara İlişkin Yargıtay Uygulaması, YD, 2001, C.27, s.98.

[24] Özsunay, s.35-36; Öztürk, s.37.

Sonuç olarak, mülkiyet hakkının teminat amacıyla alacaklıya devredilmesine engel olacak kanuni bir düzenleme Türk Medeni Kanunu'nda yoktur.[25] Mülkiyet hakkı sahibine eşya üzerinde tam ve mutlak yetki sağlar; bu şekilde, mülkiyet hakkının teminat teşkil etmek üzere alacaklıya devredilmesi durumunda, teminat veren borçlu teminat konusu obje üzerinde tüm yetkisini kaybedeceğinden teminat alan- alacaklı rehin hakkının kendisine sağlayacağından çok daha güçlü bir hukuki konuma kavuşmuş olacaktır.[26]

E. Alacağın Tahsili, Bir Malın İdaresi veya Hayatın Bazı İcapları Amacıyla Yapılan İnançlı İşlemler

Zaman, mekân elverişsizliği veya başka nedenlerle mallarını bizzat idare edemeyen, işçi ya da temsilci aracılığına da başvurmak istemeyen kişi, mallarını idare etmesi ve belli bir süre sonra kendisine iade etmesi amacıyla inandıkları bir kimseye devretme şeklinde bir inanç anlaşması yapma yolunu tercih edebilmektedir. Yine bir alacağını bizzat ya da vekil kullanarak tahsil etmek istemeyen kişi, bu amaç için alacağını inandığı bir kimseye temlik etmekte ya da ticari senedi ciro etmektedir. Bu tür inançlı işlemlere de uygulamada sıkça rastlanmaktadır.[27]

III. İnançlı İşlemlerin Fayda ve Sakıncaları

A. İnançlı İşlemlerin Faydaları

Konumuz gereği teminat amacıyla yapılan inançlı işlemleri temel alarak, bu işlemlerin fayda ve sakıncalarını genel hatlarıyla değerlendirmeye çalışacağız. Uygulamaya bakılarak denilebilir ki, çeşitli bürokratik ve kanundan doğan engeller, kredi sağlayan kuruluşların istenilen oranda ve süratle kredi vermemesi ihtiyaç sahiplerini kredi temini için başka çözümler bulmaya yöneltmiştir. Yine gerek taşınmaz rehini tesisinde karşılaşılan zorluklar, özellikle ipoteğin paraya çevrilmesinde yaşanan ve zaman alan prosedür zorlukları, gerekse de teslim şartlı taşınır rehininin sakıncaları ve zorlukları kişileri inançlı teminat sözleşmesi yapma yoluna itmiştir. Zira inançlı işlemlerin rehin

25 Ayanoğlu, s. 35.
26 Ayanoğlu s. 35.
27 Özkaya, s.32; Uygur, s.190.

kurma ve özellikle güçlük arz eden malın teslim alınması ve rehinin paraya çevrilmesi prosedürüne gerek kalmaksızın garanti sağlama işlevini yerine getirdiğini söylemek mümkündür.[28]

Örneğin, taşınır rehininde, malın rehin alan tarafından teslim alınması gerektiğinden malın teslim alınması ve muhafazasına ilişkin problemlerle[29] karşılaşılmaktadır. Hâlbuki mülkiyeti zilyetliğin hükmen teslimi yolu ile geçiren mal sahibi, bu durumda teminat olarak mülkiyetini devrettiği malın zilyedi olarak kalmaya devam etmektedir. Zira teminat olarak verilmiş olan malın zilyetliğinin muhafaza edilmesinde teminat amaçlı devirde bir sakınca bulunmamaktadır.[30]

Teminat amaçlı olarak mülkiyet veya sahip olduğu bir malvarlığı hakkını devreden kişi, hakkı tam olarak devrettiği için, alınacak kredinin niteliğine ilişkin daha özenli davranmaktadır.

Kredi veren yönünden alacağın alınmaması riski kalkmakta, hatta daha fazla garanti sağlanırken daha az kredi vermek de mümkün olabilmektedir. Bu imkân özellikle gelecekteki alacakların temliki ile sağlanmaktadır.

İnançlı teminat anlaşmaları kredi alımlarında bir teminat sağlayarak kredi alınmasını kolaylaştırır. Genelde kredi alanın elindeki tek araç, sahip olacağı gelecekteki alacaklarını devretmek suretiyle kredi alabilmektir. Taşınır ve taşınmaz rehini sadece bu tür mallara sahip olanlara teminat fonksiyonu sağlarken, alacak devri ile kredi alabilmek gerçek anlamda bir ihtiyaca cevap vermektedir.[31]

B. İnançlı İşlemlerin Sakıncaları

İnançlı işlemlerde ortaya çıkabilecek en büyük sakınca, mülkiyet başlangıçta inanılana devredildiği için, üçüncü kişilerin inanılandan hak kazanımları ve dolayısıyla mal üzerindeki hakkın bir daha elde edilememesi olasılığıdır.

---

28 Saibe Oktay Özdemir, Teminat Amaçlı Mülkiyet Sözleşmeleri, *MHB Dergisi*, Aysel Çelikel'e Armağan Özel Sayısı, İstanbul 2001, Y:19-20, S:1-2, s. 659; Özkaya, s. 31.

29 Örneğin, kredi veren bankalar rehinli taşınır malları zilyetliklerinde bulundurmak için bir veya daha çok depo yeri kiralamak, bunlar için kira bedeli ödemek zorunda kalır.

30 Dayınlarlı, s.40; Oktay Özdemir, s.659.

31 Oktay Özdemir, s.660; Özsunay, s.37; Öztürk, s.37.

Teminat amacıyla yapılan inançlı işlemler teminat alanın iflası halinde de sorun arz etmektedir. İleride ayrıntılı olarak değineceğimiz gibi, sadece teminat amaçlı sahip olunan hak veya mülkiyet hakkı da iflas masasına dâhil edildiğinden, teminat amaçlı devredene bunu masadan alma hakkının tanınmamış olması teminat amacıyla devir anlaşmalarının en yetersiz kaldığı noktayı oluşturmakta ve bu anlaşmaların pratik yararını azaltmaktadır.[32]

Mülkiyet sadece teminat amaçlı olarak, ancak baştan devredildiği için, aslında sahip olmadığı bir malvarlığı değeri inanılanın nezdinde görünmekte ve onun alacaklılarına karşı yanıltıcı bir görüntü oluşturulmakta, aslında mevcut olmayan varlık ve kredibilite varmış gibi gösterilebilmektedir.[33] Bunun yanında özellikle menkulleri hükmen teslim yolu ile zilyetlik geçirerek teminat veren kişi yani borçlu da malı elinden çıkarmadığından, taşınır rehininden farklı olarak teminat diye gösterdiği eşyaları elden çıkarma zorunluluğunun getireceği alarm zillerini algılayamamaktadır.[34]

2- İNANÇLI İŞLEMİN TÜRLERİ ve BENZERİ KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. İnançlı İşlemlerin Türleri

İnançlı işlemler inananın veya onun belirttiği yararlananın menfaatinin üstün tutulduğu saf inançlı işlemler (reine fiduziarische Rechstgeschäfte) ve inanılanın menfaatinin ağır bastığı karma inançlı işlemler (gemischte fiduziarische Rechstgeschäfte) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[35]

---

32 Haluk Tandoğan, 'İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK.md.393'den Yararlanma Olanağı', Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1976, s.79 vd; ayrıca bu tartışmalar için bkz. İdil Tuncer Kazancı, 'İnançlı İşlemde İşlemin Taraflarının İflası ve İflasın İnançlı İşleme Etkisi', Prof.Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, *DEÜHFD* Özel Sayı 2014, İzmir 2015, s. 2821; Oktay Özdemir, s. 660, dpn 12.

33 Rona Serozan, 'Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik (Pratik Gereksinimlere Uygun Biçimde Uygulanamayan İki İlginç Aynî Teminat)', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65.Yaşgünü Armağanı, İstanbul 1999, s.1004 vd.

34 Serozan, s.1005.

35 Keller, s. 46 vd; Berner Kommentar- Art 18 Rn.120; Tandoğan (Sempozyum), s.74-75.

A. Saf İnançlı İşlemler

Saf inançlı işlemler genellikle inananın yararına yapılan işlemlerdir. Bu işlemlerde inanılan, inanç konusunu ya inananın ya da onun belirlediği bir üçüncü kişinin yararına elinde bulundurur ve onun talimatına uygun olarak kullanır. Bu tür inançlı işlemlerde taraflar arasındaki ilişki genellikle vekâlet ilişkisidir.[36] Tahsil amacıyla bir alacağın devredilmesi; işletmenin tasfiye, idare ve yeniden organizasyon amacıyla bir başkasına devredilmesi örnek olarak sayılabilir.[37]

Tahsil amacıyla bir alacağın devredilmesinde; örneğin, yakın arkadaşı olan borçlunun kendisine darılmasını istemeyen, borçlusundan herhangi bir nedenle çekinen ya da alacağını bizzat tahsil edemeyen kişiler güvendikleri bir üçüncü kişinin yardımı ile istedikleri amaca ulaşabilmektedirler. Bu tür inançlı işlemlerde, alacaklı bizzat tahsil edemediği veya etmek istemediği alacağının tahsili için vekâlet veya tahsil yetkisi[38] vereceği yerde, alacağını inandığı kişiye alacağın temliki hükümlerine göre devreder. İnanılan kişi de alacağı tahsil ettikten sonra kararlaştırıldığı biçimde inanana geri verir.

İnanan yararına gerçekleştirilen inançlı işlemlerin diğer bir yaygın örneği, hakkın idare amacıyla inanana devredildiği durumlarda karşımıza çıkar. Yapılması gereken işleri bizzat yapmak için zaman bulamayan, farklı bir ülkede yaşayan, ehliyet gibi konularda sorunları olan bir kimse, taşınmazı ile ilgili işlerin idare edilebilmesi amacıyla inançlı işlemler yapmakta yani daha sonra geri almak üzere taşınmazı güvendiği birine devretmektedir. Bu tür inançlı işlemlerde inanılan kişi inanç konusunu, örneğin taşınmazı, inanç sözleşmesindeki koşullara uygun olarak inanan yararına kullanır ya da idare eder. Yine çeşitli işlerini ve gelirini takip edemeyecek kadar yaşlı bir kadın, sahip olduğu pay senetlerini veya malvarlığında bulunan başka ekonomik

---

36 Bkz. 14.HD, 3.10.1989 T., E.4173/K.8040 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi:01.10.2016); "İnanç sözleşmesi taraflar arasında bir vekaletin hukuki sonuçlarını doğurur.", (Öztürk, s.67, dpn.66). Özsunay'a göre ise, inanç anlaşması çoğu zaman bir vekâlet sözleşmesi niteliği taşımakla birlikte, hizmet, istisna, vedia, şirket gibi başka sözleşmeler şeklinde de ortaya çıkabilir, Özsunay, s.130-133.

37 Bkz. Öztürk, s.68 vd.; Tandoğan,s.544.

38 Bir alacağın tahsil amacıyla devri ile " tahsile yetki"yi birbirinden ayırmak gerekir. Alacağın tahsil amacıyla devrinde alacaklı değişmekte, devralan(inanılan) alacaklı durumuna gelmektedir. Tahsile yetkide ise alacaklı yine aynı kişidir. Kendisine yetki verilen kişi alacaklı durumuna gelmez. (Bkz. Özkaya, s. 42).

değerleri, saklanmak, kullanılmak ya da yönetilmek üzere inançlı olarak güvendiği bir kimseye devredebilir.[39]

B. Karma İnançlı İşlemler

İnanılan yararına yapılan inançlı işlemlere "karma inançlı işlemler" denir. Karma inançlı işlemlerde daha çok inanılanın yararı göz önünde tutulduğundan, bu işlemler "inanılanın yararına inançlı işlemler", "bencil inançlı işlemler" şeklinde de ifade edilmektedir.[40] Bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz mülkiyetin teminat amacıyla devri ya da alacağın teminat amacıyla devri karma inançlı işlemlerin klasik örnekleridir.[41]

Roma Hukukunun "fiducia cum creditore"sini karşılayan karma inançlı işlemlerde, çoğu zaman kredi alacaklısı olarak ortaya çıkan inanılan, inanç konusu şeyi kendi yararına elinde bulundurur. Ancak inanılanın inanç konusu şey üzerindeki tasarruf hakkı mutlak ve kesin değildir.[42] Örneğin, bir alacağın başka bir alacağa teminat teşkil etmek üzere inançlı olarak devredilmesinde, inanılan teminat alacağı üzerinde serbestçe tasarruf edebilirse de, bu hakkını kullanırken teminat gösterenin menfaatlerini de korumak zorundadır.

1. Alacağın Teminat Amacıyla Devri

Bir alacağın veya devre elverişli bir hakkın, bu hak veya alacağın sahibi olan kişi tarafından, kendisinin borçlusu bulunduğu başka bir alacağa teminat teşkil etmek üzere, ana-alacak adı verilen alacağın sahibine inançlı olarak devrine "alacağın teminat amacıyla devri" (Sicherungsübereignung) denir.[43] Bu tür inançlı işlemlerde devralan şahıs

---

39 Öztürk, s.70. İdare amacıyla alacak devirlerine ise özellikle zor duruma düşmüş bulunan ticari işletmeleri yeniden canlandırmak amacıyla başvurulduğu görülmektedir. Ödemelerini erteleyen bir ticari işletme ya da durumu kötüleşen bir banka, henüz tahsil edilmemiş tüm alacaklarını genellikle bir tüzel kişiye devreder. İnançlı devir ile mevcut alacakların idaresi, henüz tahsil edilmemiş alacakların tahsili ve inananın iş ilişkilerinin yeniden canlandırılarak işletme veya bankanın yeni baştan organize edilmesi amaçlanır, Oğuz, s.243; Özsunay, s.55.

40 Özkaya, s 43; ayrıca bkz. Özsunay, s.43-44.

41 Tandoğan, s.545.

42 Feyzioğlu, s.215; İhsan Özmen/Eraslan Özkaya, Muvazaa Davaları (Taraf Muvazaası, Muris Muvazaası, İnançlı Sözleşmeler, Nam-ı Müstear, Kanuna Karşı Hile ve İptal Davaları), Doktrin ve Yargıtay Kararları, Ankara 1993, s.447-448.

43 Keller, s. 49; Özsunay, s. 57-58.

alacak hakkını bir bütün olarak kazanır. Devir inançlı olduğu için, devir işlemi bir inanç anlaşması ile tamamlanır. Bu anlaşma gereğince teminat alan kendisine devredilen alacağı teminat amacının gerekli kıldığı sınırlar içinde kullanmayı taahhüt eder. Ana alacak ödendiğinde veya borç herhangi bir şekilde sona erdiğinde devralan teminat alacağını asıl sahibine iade yükümlülüğü altındadır.[44]

Alacağın teminat amacıyla devrinde, alacağı teminat amacıyla devreden, bu alacağın borçlusu ve teminat alacağını inançlı olarak devralan olmak üzere üçlü bir ilişki söz konusudur. Burada TBK md. 183 (EBK md.162) uyarınca tarafların alacağın doğrudan doğruya devrine yönelmiş karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekir. Bu devrin BK md.184 (EBK md. 163) gereğince yazılı olarak yapılması gerekir ve yine devir alacağın devrinin bütün sonuçlarını meydana getirir.[45]

2. Mülkiyetin Teminat Amacıyla Devri

Teminat amacıyla mülkiyet devri, bir alacağın temini için bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının alacaklıya geçirilmesidir. Kişiler olağan teminat yollarından daha kuvvetli ve daha basit bir hukuki durum yaratmak istediklerinde bu yola başvurmaktadırlar. Bir şeyin alacaklıya teslimi şeklinde gerçekleştirilen devirlerde sorun yoktur. Asıl tartışma, inançlı devir konusu şeyin borçlu tarafından hükmen teslim[46] suretiyle alıkonulması durumunda doğmaktadır.

a) Mülkiyetin Teminat Amacıyla, Hükmen Teslim Yoluyla Devri

İsviçre hukukunda 1881 tarihli Borçlar Hukukuna Dair Federal Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra taşınmazlarda ipotek, taşınırlarda ise teslim şartlı rehin ilkesi kabul edilmiştir. Gerek İsviçre'de gerekse Türkiye'de sicilli taşınır rehini, çok sıkı kayıt ve şartlar altında olmak üzere sadece hayvan rehininde (TMK md. 940) kabul edilmiştir. Ancak kredi hayatının zorlamaları ile bir çare olarak başvurulan

44 Özsunay, s. 57-58.

45 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, s.60 vd; Dayınlarlı, s. 137 vd.

46 Hükmen teslim, zilyetliği nakleden kimsenin özel bir hukuki ilişkiye dayanıp malı kendi fiili hâkimiyetinde alıkoyarak, iktisap edene sadece vasıtalı bir zilyetlik tanıması durumunu ifade etmektedir. Sirmen, s. 60-61, 486-487; ayrıca bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, B.12, İstanbul 2009, s.71 vd.

hükmen teslim suretiyle teminat verme devirlerini önlemek amacıyla TMK md.766 (EMK md.690) hükmü sevk edilerek TMK md.979'daki kural sağlamlaştırılmıştır. Böylece hükmen teslim mülkiyetin geçirilmesi konusunda elverişli bir devir şekli sayıldığı halde, taşınır rehininin tesisi için yetersiz kılınmış olmaktadır. Bu durum özellikle kredi ile iş gören kişiler için elverişsiz olduğundan, iş hayatında kredi sıkıntısını giderebilmek için gitgide artan ölçülerde teminat amacıyla satış şekline başvurulduğu görülmüştür.[47]

Burada olağan teminat araçlarından yararlanamayan borçlular, kredi sağlamak için teminat konusu olan şeylerin mülkiyetini borç ödeninceye kadar kredi alacaklısına geçirir, işlem genelde satış sözleşmesi şeklinde yapılır. Satış bedelini ise alacak miktarı oluşturur. Alacaklının bu sözleşme ile bir geri alma hakkı tanımak suretiyle mülkiyeti devredilen şeyi borçluya kiralaması da mümkündür, bu halde kira bedeli de alacağın faizine tekabül eder. Başlangıçta bu tür işlemler geçersiz sayılmasına rağmen, TMK md.766 hükmüne göre bu teminat devirlerinin teslim şartlı rehin hükümlerinin dolanılmaması ve başkasına zarar verme kastının olmaması hallerinde inançlı devir sayılabileceği kabul edilmiştir.[48] Bir başka ifade ile hükmen teslim yolu ile mülkiyetin devri üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehini kurallarından kurtulmak amacı ile yapılmışsa, TMK md.766 hükmünün açık ifadesi ile "mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz".[49] Bu mutlak ifadeden yapılan işlemin gerek üçüncü kişiler gerekse taraflar için geçersiz sayılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Böylece mülkiyeti devredenin alacaklılarını zarara uğratmak amacı ile yapılan işlemin "ahlaka aykırı" (BK md.19) olacağı; taşınır rehini kurallarından kurtulmak amacı ile yapılan işlemin ise "kanuna karşı hile" olarak yorumlanabileceği düşüncesiyle, yapılan işlemin sadece üçüncü kişiler için değil, aynı zamanda taraflar arasında da geçersiz sayılması fikrinin geçerli görüldüğünü söylemek mümkündür.[50]

---

47 Özsunay, s.70; Öztürk, s.73.

48 Özsunay, s.70; Esener bu tip işlemlerin TMK md.766 (EMK md.690) gereğince batıl ve üçüncü kişilere karşı geçersiz olduğunu savunmaktadır, Esener, s.158. Feyzioğlu bu tür işlemlerin inançlı işlem olarak kabul edilebileceğini, TMK md.766 gereğince üçüncü kişilere karşı geçersiz sayılacağı görüşündedir, Feyzioğlu, s.211-215; aynı yönde Özmen/Özkaya, s.448.

49 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.596; Sirmen, s.486.

50 Eski Medeni Kanunun 690.maddesi üçüncü kişileri zarara uğratmak veya taşınır

b) Mülkiyetin Teminat Amacıyla, Şeyin Teslimi Suretiyle Devri

Mülkiyetin teminat amacıyla fakat şeyin teslimi suretiyle devri halinde, başlı başına geçerli bir teminat müessesesi söz konusudur. TMK md.766 hükmen teslim suretiyle yapılan teminat devirlerini etkisiz kabul ettiği halde bu durumu yasaklamamıştır. Temelini sözleşme serbestisi ilkesinde bulan bu inançlı işlemlerde, bir şey üzerindeki mülkiyet hakkı teminat teşkil etmek üzere alacaklıya devredilmektedir. Tam hak teorisi[51] uyarınca inanılan teminat amacıyla kendisine devredilen inanç konusu şeyin tek başına bağımsız sahibidir. İç ilişkide yapılan bir inanç anlaşması ile inanılana teminat konusu şeyi teminat amacına uygun olarak kullanma ve borç ödenir ödenmez inanana iade etme yükümlülüğü yüklenmiştir.[52]

II. İnançlı İşlemlerin Benzeri Kavramlarla Karşılaştırılması

A. Muvazaa ve İnançlı İşlem

Muvazaa Türk hukuk uygulamasında üzerinde en çok durulan ve tartışılan konulardan biridir. Tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarına muvazaa, bu şekilde yapılmış işleme ise muvazaalı işlem denir.[53] Muvazaada asıl amaç üçüncü kişileri aldatmaktır. Muvazaalı sözleşmenin her iki tarafı da iradeleri ile beyanlarının aynı doğrultuda olmadığını, birbirine uymadığını önceden bilmektedirler.[54]

---

rehini kurallarından kurtulmak amacıyla yapılmış bir hükmen teslim yolu ile mülkiyetin naklinin taraflar arasında hüküm doğurduğu halde, mülkiyetin nakledilmiş olduğunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği hakkında bir düzenleme getirmiştir. Yeni Medeni Kanunun 766.maddesi gerekçesinde eski 690.maddede bir hüküm değişikliğine gidilmediği, hükmün arılaştırılmak suretiyle yeniden kaleme alındığı belirtilmiştir. Gerekçe böyle olmakla birlikte, madde hukuki sonucu açısından "mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz" şeklinde önemli değişikliğe uğramıştır. Mülkiyetin devrinin gerek taraflar arasında gerekse üçüncü kişilere karşı sonuç doğurmayacağını kapsar biçimdeki bu mutlak ifadeye rağmen madde metninin eski hükme uygun biçimde yorumlanarak, mülkiyetin naklinin taraflar arasında geçerli olacağı fakat üçüncü kişiler açısından geçersiz sayılacağını (nisbi geçersizlik) savunmak güç görünmektedir. Nisbi geçersizlik Medeni Kanunumuzda ve Borçlar Kanunumuzda öngörülen sistem içinde istisnadır ve ancak kanunda özel bir düzenleme varsa kabul edilebilir. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.595, dpn.43.

51 Teoriye ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Özsunay, s.171 vd.

52 Tandoğan, s.547.

53 Eren, s.365; Feyzioğlu, s.187; Von Tuhr, s.272 vd; Özkaya s. 174.

54 Özkaya, s. 172 vd.

Federal Mahkeme[55] ve doktrin muvazaada aldatma kastını açıkça aramaktadır. Yargıtay muvazaayı " açıklanan beyanlarının gerçek iradelerine uymadığını bildikleri halde, tarafların kastettikleri durumdan başka bir hukuki ilişkide kendilerini anlaşmış gibi göstermeleri hali" olarak tanımlamaktadır.[56]

Muvazaaya kısaca değindikten sonra, inançlı işlemlerle karşılaştırılmasını benzer ve farklı yönlerini ayrı ayrı ele almak suretiyle yapmayı uygun görüyoruz.

1. Benzer Yönleri

Muvazaalı olsun, inançlı olsun her iki işlemde de tarafların iradelerinin bir anlaşma meydana getirdiği görülmektedir ki, amaçlanan anlaşmalar açısından iradelerin oluşum şekilleri arasında bir fark yoktur.[57] İnançlı işlemde taraflar arasında bir inanç anlaşması kurulurken, muvazaalı işlemde bir muvazaa anlaşması kurulur.

İnançlı işlemlerle muvazaalı işlemler arasında şekli bir benzerlik görülür. Her ikisinde de bir dış görünüş vardır. Her iki işlemde de hakkı veya şeyi devralan taraf, diğer tarafa karşı o hak veya şeyi kullanma konusunda bazı sınırlamaları kabul etmiştir. İnanç anlaşması ile devir işleminin geçici, muvazaa anlaşması ile devir işleminin hükümsüz olduğu hususunda diğer tarafa teminat verilmiştir. Yani inanç anlaşması ile devre konu olan şey veya hak üzerinde inanılanın yetkileri sınırlanıp, kullanımı belli şartlara bağlanırken, muvazaalı işlemlerde muvazaa anlaşması ile devrin ciddi olmadığı tespit edilmektedir.[58]

---

55 Federal Mahkeme bir kararında muvazaayı şu şekilde ifade etmiştir: Muvazaa, öyle bir işlemdir ki, onunla tarafların gerçek iradesi ifade edilenle uyum içinde değildir; başka bir deyişle, üçüncü şahıslar için ciddi bir işlem olup, taraflar aralarında beyanlarının hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı veya en azından normal olarak içermeleri gereken sonuçları doğurmayacağı hususunda anlaşmışlardır. Bkz. BGE 54 II 429.

56 İBK, 07.10.1953 T., 1953/8 E., 1953/7 K.; HGK, 02.04.2014 T., 2013/4-1016 E., 2014/436 K. (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 01.08.2016); 1.HD 26.12.1988 T, E.12174,K.14823 (YKD, 1989/9,s.1231).

57 Özsunay, s.223; Uygur, s.193.

58 Özsunay, s.222; Uygur, s.193. İç ilişki açısından her iki tür işlemde benzerlik kabul edilen bu anlaşmalar, hakkın devri noktasında farklılık göstermektedir. İnanç anlaşması hakkın devri işlemini tamamlar nitelikte bir anlaşma iken, muvazaa anlaşması yapılan işlemin sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmaya yöneliktir, Özsunay, s.223-224.

İç ilişki bakımından da her iki işlem arasında benzerlik vardır. İnançlı işlemlerde inanç anlaşması, muvazaalı işlemlerde ise muvazaa anlaşması ile işleme konu olan şeyi kullanma şartları ve belli koşulların gerçekleşmesi sonucunda iadesi düzenlenerek devralanların yükümlülükleri belirlenir.[59]

2. Farklı Yönleri

Muvazaalı işlemlerin tarihi gelişimi inançlı işlemlerden öncedir. Muvazaalı işlemler TBK md.19'da hüküm altına alındığı halde, inançlı işlemler konusunda pozitif hukukumuzda bir düzenleme yoktur.

İnançlı işlem var ise muvazaadan söz edilemez. Muvazaalı işlemlerde (mutlak muvazaa) taraflar muvazaa konusu şeyi devretmeyi hiç istemedikleri halde, inançlı işlemlerde taraflar devredilen hak üzerinde inanılanın tam bir mülkiyet veya alacak hakkı kazanmasını kesin ve ciddi olarak istemektedirler.[60] Bir başka ifade ile muvazaada tarafların işlem iradesi ile beyan iradesi birbirine uygun olmadığı halde, inançlı işlemlerde bu iki irade birbirine uygundur.[61] Bu nedenle inançlı işlemler kural olarak geçerli kabul edilirken, muvazaalı işlemler tarafların gerçek iradelerinden yoksun olduğu için geçerli olmayan işlemlerdir.

Diğer bir fark, inanç anlaşması, muvazaa anlaşması ve devir işlemi arasındaki ilişkidedir. İnançlı işlemlerde inanç anlaşması hakkın devri işlemini tamamlar. Muvazaa anlaşması ise görünürdeki işlemin sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmaya yöneliktir. Başka bir ifadeyle, muvazaalı işlemde bir devir işleminin yapılması yönündeki irade beyanlarından oluşan görünürdeki işlem ile bu işlemi yok sayan ve sonuçlarını ortadan kaldıran muvazaa anlaşması bir çelişki oluşturur. İnançlı işlemde ise böyle bir çelişki yoktur. Çünkü inanç anlaşması sadece inanılanın yükümlülüklerini ve inanç konusu şeyin kullanılmasına ilişkin koşulları düzenlemektedir.

İnançlı işlemler sadece tasarruf işlemlerinde yapılabilirken, muvazaalı işlemler hem borçlandırıcı işlemlerde hem de tasarruf işlemle-

59 Esener,s.28; Feyzioğlu, s.216; Uygur, s.193.
60 Özkaya, s. 991 vd; Öztürk, s.81.
61 Tandoğan, s.547.

rinde söz konusu olabilir.[62] Görüldüğü üzere, inançlı işlemlerin alanı konu bakımından daha dardır.

Muvazaalı işlemlerin geçersiz olduğu ileri sürülerek istihkak davası açılabilirken, inançlı işlemlerde bu yola gidilemez. Muvazaalı işlemlerde, muvazaanın tespiti için açılacak dava veya açılmış bir davada bu iddianın ileri sürülmesi herhangi bir süreye bağlı olmadığı halde, inançlı işlemlerde inanç konusunun iadesine ilişkin bir talep TBK.nın 146.maddesindeki 10 yıllık zamanaşımına tabidir.[63]

Her iki işlem arasındaki diğer bir fark da icra ve iflas hukuku alanında ortaya çıkar:

İnançlı işlemlerde tam hak teorisinin sonucu olarak inanılanın iflası halinde inanana masadan çıkarma hakkı tanınmaz. Burada inanan sadece inanç konusu şeyin iadesine ilişkin şahsî talep hakkını masaya kaydettirmekle yetinmek zorundadır.[64] Başka bir deyişle, inanılanın iflası halinde inançlı işleme konu olan mal da inanılanın iflas masasına girer; bu sebeple inanan, inançlı olarak devrettiği malvarlığı değeri veya alacağı iflas masasından ancak bir iflas alacaklısı olarak alabilir; dolayısıyla inanan isterse inanılana olan borcunu masaya ödeyebilir isterse inançlı işlem konusu malvarlığı değerinin iflas idaresi tarafından paraya çevrilmesini bekleyebilir.[65] Muvazaalı işlemlerde ise, muvazaa üçüncü kişilere karşı ispat edilebildiği takdirde, devralanın iflası halinde, hakkın gerçek sahibi kendisine ait şeylerin masadan çıkarılmasını isteyebilir.[66]

Her iki durum, alacaklıların (haciz yolu ile) icra takipleri yönünden de farklı hüküm ve sonuçlar doğururlar. Muvazaalı ve inançlı işlemlere konu şeylerin haczi halinde ise, muvazaalı işlemlerde muvazaa ispat edilebildiği takdirde alacaklılar devrolunan şeyler üzerinde icra takibi yapabilirler. Buna karşılık, inançlı işlemlerde, inanç konusu geçerli bir sözleşme ile devredildiğinden, alacaklıların inanılanın malvarlığına dâhil olan şeyi haczedebilmek için iptal davası açmaları gerekir.[67]

---

62 Eren, s.381-382; Uygur, sh.194.

63 Özsunay, s. 225; Esener, s. 103-104; Özkaya, s. 992; ayrıca bkz. HGK, 15.04.2011 T., 2011/13-14 E.; 2011/189 K. (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 01.08.2016).

64 Özsunay, s. 225; Esener, s. 103-104.

65 Tuncer-Kazancı, s. 2825.

66 Özsunay, s.224; Esener, s. 103-104.

67 Özsunay s. 225; Von Tuhr, s.201; Özkaya, s. 992. Muvazaa ve inançlı işlemin icra

B. Nam-ı Müstear ve İnançlı işlem

Eski hukuktan gelen[68], bugünkü pozitif hukukta yer almayan nam-ı müstear doktrin ve uygulamada kullanılan bir deyimdir. Bu kurumun birçok ihtiyaca cevap verir nitelikte olması halen ayakta ve canlı kalmasını sağlamıştır.

Nam-ı müsteara çeşitli amaçlarla başvurulabilir:

- C ile hukuki ilişki kurmak isteyen A, ismini C'den gizlemek arzusunda olup, B ile anlaşarak ona kendi hesabına C ile bir sözleşme yaptırabilir.

- A, üçüncü kişilerin kıskançlık, düşmanlık ve benzer saiklerle yapılacak hareketlerinin önüne geçmek, ekonomik durumunu saklı tutmak amacıyla, tamamen meşru sebeplerle nam-ı müsteara başvurabilir.

- A, kanunun kendisine yasakladığı bir hukuki sonucu elde etmek için nam-ı müsteara başvurabilir.[69]

Nam-ı müstear, bir sözleşme yapmak isteyen kişinin çeşitli nedenlerle o sözleşmenin tarafı olarak gözükmek istememesi üzerine kendi yerine bir başkasının sözleşmede yer almasını sağlayarak, kendi hesabına o kişiye sözleşme yaptırmasıdır. Burada sözleşmede yer almak istemeyen kişi hesabına kendi adına işlem yapan kişi nam-ı müstear-dır.[70]

Nam-ı müstear pozitif hukukumuzda yer almamakla birlikte doktrin ve uygulamada genel olarak tarafta muvazaa, inançlı işlem ya da dolaylı temsil nitelemeleri ile karşımıza çıkmaktadır.[71] Yargıtay da

---

ve iflas hukukuna göre iptaline yönelik, iptal davası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Börü, 'İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası', *AÜHFD,* Ankara 2009, C.58, S.3, s. 489 vd.

68 Eski hukukta nam-ı müstearın yasal düzenlemelerde yer alma nedeni siyasidir. İmparatorluk döneminde yaşayan gayrimüslim azınlıkların kurdukları vakıflara imparatorluk taşınmaz edinme hakkı tanımadığından bu gibi dini kurumlara taşınmaz tahsisi için bu yola başvurulmuştur (Öztürk, s.73).

69 Esener, s.175; Özsunay, s.229.

70 Esener, s.175; Feyzioğlu, s.221. Nam-ı müstearın Fransızca karşılığı olan pretenom ile müvekkilinin ismini gizleyerek, onun hesabına fakat kendi namına hareket eden vekiller kastedilir, Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 317; Sirmen, s. 324-327.

71 Esener, s.177; Yavuz, s.84.

1947 ve 1953 tarihli içtihadı birleştirme kararlarıyla[72] nam-ı müstearın hukuki varlığını tespit etmiştir. Ancak bu iki kararda, birbirine tamamen zıt görüşlerin benimsenmesi[73] doktrinde haklı olarak eleştirilerek, inançlı işlemin nam-ı müstear alanı içinde değerlendirilmesinin, iç ilişkide her zaman ve daima dolaylı temsili içeren inançlı vekâletin varlığı ile mümkün olabileceği görüşü savunulmuştur.[74]

1. Benzer Yönleri

Malvarlığındaki bir değeri veya bir hakkı, belli bir süre için veya bir amacın gerçekleşmesine kadar inanılan bir kişiye devreden kişinin yaptığı inançlı işlemle nam-ı müstear arasında benzerlik yoktur.

Ancak inanan, inanılana üçüncü kişiye ait bir malı veya hakkı kendi adına alma yetkisi vermiş, inanılan da o mal veya hakkı kararlaştırılan süre geçtikten veya amaç gerçekleştikten sonra inanana devretmek üzere kendi adına almışsa, bu tür inançlı işlem ile nam-ı müstear arasında bir benzerlik gözlenmektedir. Zira her ikisinde de malını devreden kişi "C", başkası (A) hesabına fakat kendi adına sözleşmeye katılan "B", sözleşmede gözükmeyen fakat kendi hesabına sözleşme yapılan "A" bulunmaktadır.[75]

---

72 İBK 5.2.1947 T., E.1945/20, K.1947/6 ve İBK 7.10.1953 T., E.1953/8, K.1953/7, bkz. Öztürk, sh.89-94.

73 Yargıtay, 5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İBK.da, vekilin müvekkili adına satın aldığı taşınmazı kendi adına satın almış ve tapuya tescil ettirmiş olması halinde, mülkiyetin müvekkile ait olacağını ve mülkiyete sahip bulunan müvekkilin kendi adına tescil yaptırmak için sadece sicilin düzeltilmesi davası açması gerektiğini kabul etmiştir. Buna karşılık, 7.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı İBK.da vekalet akdinin, vekilin üçüncü kişi ile yaptığı alım satım sözleşmesi sonucunda kazandığı taşınmaz mülkiyetinin müvekkile devredilmesi için TMK md.716 (EMK md. 642) hükmünün öngördüğü nitelikte, davalıyı tescile zorlayan bir sözleşme olmadığı sonucuna varılarak, birinci kararda görüşün tam zıddı bir görüş benimsenmiştir. Birinci kararda, tescil vekil adına yapıldığı halde müvekkilin mülkiyeti iktisap ettiğinin kabul edilmesiyle kanunda öngörülmemiş bir tescilsiz iktisaptan söz edilmesi; ikincisinde ise vekâlet sözleşmesinin vekili müvekkile karşı gayrimenkulun mülkiyetini nakil borcu altına sokmaya elverişli bir sözleşme olarak kabul edilmemesi nedeniyle bu kararlara katılmak mümkün değildir. Bkz. Sirmen, s. 325. İkinci kararda Yargıtay, müvekkilin, taşınmazı kendi adına alan vekilden mülkiyetin devri için bir dava hakkı olmayıp ancak tazminat davası hakkı olduğu yönünde hüküm vermiştir, Yavuz, s.91.

74 Sirmen, s. 324 vd; Tandoğan, s.566; Yavuz, s.86.

75 Özkaya, s.797.

2. Farklı Yönleri

İnançlı işlem ve nam-ı müstearı her zaman kesin çizgilerle ayırmak mümkün olmadığından örnek üzerinden konuyu irdelemeyi uygun görüyoruz. Örneğin, A sahip olduğu taşınmazını B'ye satmak istemekte ancak özel bir nedenle isminin gizli kalmasını tercih ettiğinden, bu hukuki işlemi kendi hesabına C'ye yaptırmaktadır. Böyle bir durumda, nam-ı müstear kullanılarak ulaşılmak istenen amaca, A ve C arasında yapılacak bir inançlı işlem ile de ulaşılabilir. Bunun yanında doktrinde bir görüşe göre[76], nam-ı müstear ilişkisini karşı tarafın, yani örnekte B'nin bilmesi halinde "şahısta muvazaa" söz konusu olacaktır.

İnançlı işlemlerde inanılan, üçüncü kişiden devraldığı malın veya hakkın sahibi olur ve kararlaştırılan amaç gerçekleştiğinde ya da süre geçtiğinde o malı veya hakkı iade eder. Nam-ı müstear ise üçüncü kişiden devraldığı mal veya hakkı zaman geçirmeden adına hareket ettiği esas hak sahibine geçirmek zorundadır.[77] Nam-ı müstearla yapılan işlemlerde dolaylı temsili içeren bir vekâlet ilişkisi mevcuttur.[78]

Sonuç olarak, nam-ı müstear Türk-İsviçre hukukunda somut olayın özellikleri çerçevesinde, taraf muvazaası, inançlı işlem ya da dolaylı temsil ile ilgili uygulanabilecek kanun hükümlerine tabi olacaktır.[79]

C. Dolaylı Temsil ve İnançlı İşlem

1. Benzer Yönleri

Devir işlemi inançlı işlemin bir unsuru olarak inanç konusu hak ya da malvarlığı değerinin inanılanın malvarlığına kazandırılmasını ifade etmektedir. Bu kazandırma doğrudan doğruya inanan tarafından yapılabileceği gibi, yani inanç konusu inananın malvarlığından inanılanın malvarlığına geçebileceği gibi, üçüncü bir kişinin malvarlığından yani dolaylı olarak da inanılanın malvarlığına geçebilir. Bu gibi durumlarda inançlı işlemler ile temsil işlemlerini birbirinden ayırmanın kolay olmadığı ifade edilmektedir.[80]

---

76 Eren, s. 387-388.
77 Özkaya s.994; Uygur, s.195.
78 Sirmen, s.327.
79 Uygur, s.196; Yavuz, s.84; Özkaya s. 993.
80 Özsunay, s.236.

2. Farklı Yönleri

Öncelikle bu iki işlem arasında çok temel bir farklılık mevcuttur. Temsil tek taraflı bir hukuki işlem iken, inançlı işlemde iki taraflı bir ilişki, sözleşme ilişkisi söz konusudur.

Dolaylı temsilde yapılan işlemin tüm hukuki sonuçları temsilciye aittir. Temsilci, ikinci bir işlemle iktisap ettiği hakları temsil olunana geçirme yükümlülüğü altındadır. Temsilci tarafından iktisap olunan şeyin temsil olunana devredildiği ana kadar, dolaylı temsilcinin durumunun inanılana benzetilebileceği düşünülebilirse de, doktrinde bir görüş[81] bu benzetmenin hatalı olacağını ifade etmektedir. Zira temsilci devraldığı hakkı elinde tutmak ya da belli sınırlamalar dâhilinde kullanmak gibi bir yükümlülüğe sahip değildir; yapması gereken bu hakları vakit geçirmeden temsil olunana iade etmektir. Oysa inanılan kendi ad ve hesabına hareket ederek belirlenen amaç ya da süre içinde bizzat hakkın sahibi olur.[82]

D. Kanuna Karşı Hile ve İnançlı İşlem

Kanuna karşı hilede, taraflar hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken onaylanan başka bir işlem yaparlar.[83] Bir diğer ifade ile, kanuna karşı hile emredici bir kanun hükmünün emrettiği amaca bu hükmün uygulanmasını ortadan kaldıracak başka bir yoldan erişmek demektir.[84] TMK. md.766'ya göre, başkasını zarara sokmak veya taşınır rehini kurallarından kurtulmak için taşınır bir malı devreden kimse, bu malı özel bir sebeple kendi zilyetliğinde tutmaya devam ederse, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz. Dolayısıyla taşınır rehininin bu şekilde kurulması kanuna karşı hile olarak kabul edilir ve geçerli olmaz.

Örneğin, malını B'ye rehnedip, kredi almak isteyen A, elinde tutmak istediği bir malını B'ye satar, sonra da onu B'den kiralar. Taraflar A'nın satış bedeli adı altında aldığı parayı B'ye ödeyince kiracılık durumunun ortadan kalkacağı, mülkiyetin tekrar A'ya devredileceği konusunda anlaşırlar. Bu durumda mülkiyetin hükmen teslim yoluyla

81 Özsunay, s.236.
82 Uygur, s.196.
83 Eren, s.388; Öztürk, s.98.
84 Yavuz, s.93.

naklinde sırf teminat amacı güdülmüş, rehinin kurulması için malın teslimini zorunlu sayan MK md.766 hükmünden kaçmak için bu yola başvurulmuş olduğundan, kanuna karşı hile gündeme gelir. Kanuna karşı hilenin söz konusu olduğu hallerde ise işlemin yalnız üçüncü kişiler açısından değil, taraflar açısından da hukuki sonuç doğurmaması gerekir.[85]

1. Benzer Yönleri

Kanuna karşı hile ile inançlı işlemlerde sebepler (saikler) yönünden benzerlik vardır. Her iki halde de sebep görünürdeki sebepten farklıdır. Kanuna karşı hilede yasa koyucunun aradığı saikten farklı bir sebeple sözleşme yapılmaktadır. Yine mülkiyetin teminat amacıyla devredildiği bir inançlı işlemde, mülkiyetin tam olarak devredildiği gözükmekte ise de, devreden kimse birtakım sınırlamalar ve mülkiyetin tekrar kendisine iadesi koşuluyla taşınmazı devretmektedir.

2. Farklı Yönleri

İnançlı işlemler kural olarak geçerli sözleşmelerdir. Yani hukuka aykırı bir amaç taşımadıkları için taraflar arasında yapılmış inanç anlaşmasından dolayı geçersiz hale gelmez. Oysa kanuna karşı hile ile yapılan sözleşmeler batıldır.[86]

İnançlı işlemlerin uygulama alanı kanuna karşı hileye göre daha dardır. İnanç anlaşmasına aile ve miras hukukuna ait birçok sözleşmede başvurulmaz. Örneğin, inanç anlaşması ile evlilik gerçekleştirilemez, yine boşanma gündeme gelmez. Kanuna karşı hilenin ise bu ve bezer hallerde söz konusu olabildiği görülmektedir.[87]

---

85 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.596; Sirmen, s.60.

86 Uygur, s.198; Yavuz, s. 98.

87 Özkaya, s. 996-997; Topçuoğlu, s. 221. Topçuoğlu kurumlar arasındaki karşılaştırmayı ilginç bir benzetmeyle süslemiştir. Şöyle ki, yazara göre muvazaada üst üste konmuş ve biri diğerini örtmüş iki sikke manzarası vardır. Üstte ve açıkta duran para sahte, altta gizli duran para ise gerçektir. Üstteki paranın sahte olduğu sabit olunca atılır ve gerçek paranın hukuki bir rayici olup olmadığına bakılır. İnançlı işlemde ise, her ikisi de gerçek ancak değerleri farklı iki sikke söz konusudur ve bunlardan değeri küçük olanın görebileceği bir iş için değeri büyük olan kullanılmaktadır. Beş kuruşluk bir para ile yapılabilecek bir iş için bir taraf diğerine üstünü geri getireceğine "güvenerek" on kuruş vermektedir. Kanuna karşı hile ise son derece özenle taklit edilmiş tek ve kalp bir akçaya benzetilmiştir, (Topçuoğlu, s.217-218).

3. MÜLKİYETİN TEMİNAT AMACIYLA İNANÇLI İŞLEMLE DEVRİ

I. Genel Olarak

Mülkiyet hakkının teminat amacıyla devri sözleşmesi, borçlunun (inanan) alacaklıya (inanılan) bir taşınırın, emre veya hamiline yazılı senedin[88] veya taşınmazın mülkiyetini, alacağı garanti altına almak amacıyla devretmeyi; alacaklı inanılanın da bu mülkiyeti garanti kapsamının dışına çıkmayacak şekilde kullanmayı ve alacak ödenince de mülkiyeti geri döndürmeyi yükümlendikleri sözleşmedir.[89]

Borçlu konumundaki inanan kişi alacaklı olan inanılana taşınır veya taşınmaz malı üzerindeki aynî hakkını, inanılan kişi üçüncü kişiler nezdinde tam hak sahibi olacak şekilde devretmektedir. Devir ile mülkiyet hakkı tamamen ancak sözleşmede belirlenen sınırlamalara uygun olarak kullanılmak ve alacak ödendiğinde tekrar mülkiyeti devretmek yükümlülüğü ile geçmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durum üçüncü kişiler nezdinde tam hak sahipliğine ilişkin görüntüyü engellememektedir. Yani hukuki görünüş olarak mülkiyeti devralan kişi esasen bir rehin hakkı sahibinden daha kuvvetli bir durumda bulunmaktadır. Çünkü rehin hakkı sahibi, sadece sınırlı aynî hak sahibi sıfatıyla bu hakkın tanıdığı tasarruflarda bulunabilecekken; mülkiyeti teminat amaçlı devralan kişi her türlü tasarruf hakkına sahip görünmektedir. Doktrinde bu durum "inanılanın her istediğini yapmaya muktedir, fakat yetkili olmadığı" şeklinde ifade edilmiştir.[90] Bir başka ifade ile, inanılan kişinin sahip olduğu güç veya yetki sahip olduğu hakkı aşmaktadır.

II. Unsurları

Teminat amaçlı mülkiyet devri iki işlemin yapılmasını gerektirir: İnanç anlaşması[91] ve mülkiyetin devri işlemi.[92]

---

88 Nama yazılı senetler TTK md. 655 uyarınca ancak alacak devrine konu olup, mülkiyetin devrine konu olamazlar.

89 Bkz. Oktay Özdemir, s. 662; Ayanoğlu Moralı, s. 88 vd.

90 Oktay Özdemir, s.663; Özsunay, s.1.

91 İnanç anlaşması, inanan ile inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından kullanılma, yönetilme, inanana iade şartlarını içeren borçlandırıcı bir işlemdir, Eren, s.382-383; yine bkz. Günel, s.85.

92 Bkz. Schwenzer, s. 227; Şafak, s. 27 vd.

A. İnanç Anlaşması

İnanç anlaşmasının iki temel fonksiyonu bulunmaktadır. Anlaşma bir yandan mülkiyetin alacaklıya devredilmesinin hukuki sebebini teşkil ederken, diğer yandan da tarafların hak ve borçlarına ilişkin düzenlemeler getirir; bu anlamda çift görünümlü bir hukuki işlemdir. Bu anlaşma hâkim görüşe göre bağımsız bir sözleşme olup, mülkiyetin naklinin hukuki sebebini, yani temel (borçlandırıcı) işlemi oluşturur. İnanç anlaşmasının geçerliliğinin şekle tabi olup olmadığı konusuna göre belirlenir. Taşınırlarda sözleşme hiçbir şekle tabi değildir. Ancak alacak ve taşınmazların devrine ilişkin inançlı işlemlerde hukuki sebebi oluşturan inanç anlaşması şekle tabi tutulmak gerekir. Bu sebeple taşınmazlara ilişkin inançlı işlemlerde inanç anlaşmasının tapuda resmi şekilde yapılması gerekir. İnançlı işlemlerin ispatı yönünden ise, inanç anlaşması yazılı delil ile ispat olunur.[93] Buna göre inanan kişi, inanılan ile aralarında bir inanç anlaşması olduğunu bu anlaşma yazılı yapılmışsa yani belge ile kanıtlayabilecektir.

İnanç anlaşması ile taraflar aralarında bazı borç ve yükümlülükler kurarlar. Bu bakımdan iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme (synallagmatisch) olarak kabul edilmesi gerekir.[94] Bu borç ve yükümlülüklerden en önemlileri, inanılanın inananın talimatına uyma, onun aleyhine davranmama ve hukuki işlemlerde bulunmama ve nihayet şartlar gerçekleşince iktisap ettiği hakkı iade borcudur.[95]

İnançlı işlemlerde inanç anlaşmasının hukuki niteliği doktrinde

---

93 Yargıtay 05.02.1947 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda inançlı işlemlerin ancak yazılı delille ispat edilebileceğini hükme bağlamıştır. Bkz. İBK, E.1945/20, K. 1947/6, T.05.02.1947; aynı yönde HGK, 29.01.2014 T., E. 2013/11-376, 2014/49; HGK, 14.07.2010 T., 2010/14-394, 2010/395 K.; HGK, 23.5.1990 T, E.1-202, K..315; HGK. 13.5.1992, 1992/4-249, 1992/323; 11.HD, 08.03.2016 T., 2015/5934 E., 2016/2561 K. (bkz www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 01.08.2016); buna karşın Yargıtay'ın bazı hukuk daireleri, inançlı işlemlerin ispatı için yazılı delil olmasa dahi, yemin gibi kesin delillerle de ispat edilebileceğine hükmetmiştir. Bkz. 14.HD, E. 2009/7747, K. 2009/9880, T. 28.09.2009; "İnançlı işlemde kazandırıcı işlem nasıl bir şekle bağlı değilse, inanç sözleşmesi de bir şekle bağlı olmayıp genel hükümlere göre düzenlenmelidir. Öyle ki menkul veya tapusuz taşınmazların inançlı temliklerinde inançlı işlemin değeri HMK 200. maddesinde belirtilen değeri geçmediği sürece her türlü delille ispat edilebilir." (Özkaya, s. 49); Ayrıca bkz. Özkaya, s. 45, 203; Eren, s.383; Kılıçoğlu, s.198; Uygur-Şerh, s. 914 vd.

94 Berger s. 97.

95 Eren, s. 382; ayrıca bkz. Oktay Özdemir, s.674.

tartışmalıdır.[96] Bir görüşe göre[97], inanç anlaşması bir vekâlet sözleşmesi veya vekâlet benzeri bir ilişkidir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş[98] ise inanç anlaşmasının hukuki niteliği itibarıyla kendine özgü bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir; ancak bu görüşe göre de, kendine özgü bu sözleşmeye bünyesine uygun düştüğü ölçüde borçlar hukukunun vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün olabilmelidir.

B. Mülkiyetin Devri

Devir işlemi niteliği itibarıyla kazandırıcı bir işlemdir, bu işlemle mülkiyet inanılana geçer. Bu işlem hakkın inanandan inanılana devrini sağladığı için aynı zamanda bir tasarruf işlemidir.[99] İnançlı işlemlerde inanç anlaşması ile devir işlemi birbirinden farklı ve ayrı işlemlerdir. Bunlar nadiren bir arada bulunur ve bir bütünü oluşturur; bu takdirde temel işlem devir işlemiyle kaynaşmış, bütünleşmiştir.[100]

Mülkiyetin devri sözleşme konusunun taşınır veya taşınmaz olmasına göre farklılık arz edecektir. Taşınırlarda zilyetliğin teslimli veya teslimsiz nakli gerekirken, taşınmazlarda tapu kütüğünde tescil yapılması gerekir.[101]

Mülkiyetin geçirilme sebebine inanç anlaşmasında yer verilmiştir. İnanç anlaşmasında alacağın ödenmesine kadar mülkiyetin inanılanda kalacağına ilişkin bozucu bir şart yer alabileceği gibi, nadiren mülkiyetin nakli geciktirici bir şarta tabi tutulmuş olabilir.[102] Teminat amaçlı mülkiyeti devir sözleşmesinde inananın borcunu ödeyememesi ihtimali göz önünde bulundurularak, karşı tarafa teminat olarak bir malın mülkiyeti geçirilmektedir. Dolayısıyla inanılan sadece teminat amaçlı olarak malik konumuna getirilmiştir.

---

96 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayanoğlu Moralı, s. 105 vd; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 366-367; Eren, s. 383-384.

97 Bkz. Georg Gautschi, Der Werkvertrag, Berner Kommentar, Bd. IV/2,4, 3E, Bern 1971, Art.394, § 56 ayrıca bkz. BGE 99 II 393; BGE 85 II 99; BGE 91 III 107.

98 Özsunay, s.98; Eren, s.383; Altaş/Kurt, s.7-8; Ayanoğlu Moralı, s.113-114; Antalya, s.213; Şafak, s.30; Ammann, s.35; Keller, s.25; ayrıca bkz. HGK, 17.05.2000 T., E.2000//2-888, K.2000/885 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi 01.08.2016).

99 Schwenzer, s. 227.

100 Eren, s.384.

101 Oktay Özdemir, s. 675; Özkaya s. 34.

102 Oktay Özdemir, s.675.

Eğer inananın tasarruf yetkisi bulunmuyorsa, inanılan TMK. md.988 ve TMK. md.1023 hükümleri gereğince iyiniyetli olmak kaydıyla mülkiyeti kazanır.

III. Konusu

A. Taşınırlar-Taşınmazlar

1. Taşınırlar

Teminat amacıyla mülkiyetin devredilmesinin taşınırlar açısından mümkün olduğu gerek İsviçre gerekse Türk doktrininde kabul görmektedir.[103] Emre veya hamiline yazılı menkul kıymetlerin de teminaten temlike konu olması mümkündür. Uygulamada özellikle bankaların kredi müşterilerine ait emre yazılı borç senetlerini veya başka kıymetli evrakı, müşterisinin kredi borcunu ödememesi ihtimalini gözeterek teminat olarak ellerinde tuttukları görülmektedir.[104]

2. Taşınmazlar

Taşınmazlar bakımından durum taşınırlarda olduğu gibi net değildir. İsviçre hukukunda taşınmazların inançlı devrini yasaklayan hiçbir emredici hüküm bulunmamasına karşın uygulamada bu işleme pek başvurulmadığı görülmektedir.[105] Federal Mahkemenin bazı kararlarında[106] ise bir satış sözleşmesine bürünmeyen teminat amaçlı bir sözleşmenin yalın olarak taşınmazlarda mülkiyetin geçiş sebebi olabileceğinin kabul edildiği görülmektedir.

Taşınmazların inançlı devrini engellemeye yönelik yasal düzenleme veya yargı kararı olmamasına karşın, İsviçre'de taşınmazlarda inançlı teminat işlemlerine sık rastlanmamasının sebebi ülkemizin aksine ipotekli borç senedi ve irat senedinin yaygın olarak uygulanması ve teminat işlevini yerine getirmesidir.[107]

---

103 Bkz. Oktay Özdemir, s. 663; Özkaya, s. 38-39; Keller, s. 24 vd; Ammann, s. 34 vd.
104 Oktay Özdemir, s. 664.
105 Bkz. Ayanoğlu Moralı, s. 83-84; Oktay Özdemir, s. 664; Güvenç, s. 69-70; Keller, s. 48 vd.
106 Bkz. BGE 72 II 235.
107 Bkz. Ayanoğlu Moralı, s. 83-84; Oktay Özdemir, s. 664; Güvenç, s. 69-70; Keller, s. 48 vd.

Doktrinde genel kabul gören görüş[108], inanç anlaşmasının tipik sözleşmelerin hukuki sebebini teşkil eden fer'i bir sözleşme değil, mülkiyetin devri borcunu doğuran, tarafların hak ve borçlarını düzenleyen kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu yönündedir. Yani inanç anlaşması mülkiyetin devrinin hukuki sebebi olarak başka bir sözleşme altına saklanmaya gerek kalmaksızın kabul edilebilecektir.

Bu konuda tartışmalı bir diğer nokta, Tapu Sicil Tüzüğü m. 16/2'nin (Eski Tapu Sicil Tüzüğü md.11/2) "istem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz" hükmüne ilişkin düzenlemesidir. Doktrinde[109], bu hüküm karşısında taşınmaz mülkiyetinin inançlı olarak devredilebilmesine şüpheyle yaklaşılmaktadır. Bizim de paylaştığımız görüşe göre[110] ise Tapu Sicil Tüzüğü'nün anılan hükmünün inançlı mülkiyet devirlerini engelleyecek şekilde yorumlanmaması gerekir. Zira bu hüküm tescil talebinin tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamayacağına ilişkindir. Oysa inançlı mülkiyet devri sözleşmesinde alacağın ödenmesi halinde taşınmazı iade borcunun doğması, tescili kendiliğinden hükümsüz kılıcı veya bozucu bir durum değildir. Yine inançlı mülkiyet devri sözleşmesine istinaden yapılan tescil talebi şarta bağlanmış değildir. Tescil talebi teminat amaçlı olarak bir taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesine ilişkindir. Burada "şart" sözleşmenin hükümlerine dâhildir. Çünkü bu sözleşme gereği şart gerçekleştiğinde (borç ödendiğinde) doğan iade borcu, tescili kendiliğinden bozmaz ya da hükümsüz kılmaz. Bunun gibi geri alım (vefa) hakkı ile birlikte yapılan satım sözleşmesinde de durumun inançlı mülkiyet devrine benzediğini söylemek mümkündür, burada da başlangıçta taşınmazın mülkiyeti alıcıya geçirilmektedir. Eğer geri alım hakkı kullanılırsa, bu durumda mülkiyetin geri alım hakkının sahibine iadesi gerekmektedir. Bu anlamda inançlı mülkiyet devrinde borcun ödenmesi koşulu, geri alım hakkı tanınmış satım sözleşmesinde bu hakkın kullanılması şartına dönüşmektedir. Eğer Tapu Sicil Tüzüğü m.16/2 bu doğrultuda yorumlanmazsa, bu işlemin de tapuda yapılamıyor olması gerekirdi. Oysa geri alım hakkının tanındığı satım sözleşmelerinin tapuda yapılmasına bir engel yoktur.

---

108 Eren, s.383; Özkaya, s. 33; Özsunay, s.98; ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi, 'Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekalet ile İlişkisi', Temsil ve Vekalete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1976, s.133 vd.

109 Bu konuda bkz. Oktay Özdemir, s. 665, dpn.28; Sirmen, s.323.

110 Oktay Özdemir, s. 665 vd.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında; yüksek mahkemenin önceleri teminat amacıyla taşınmazların devrini muvazaalı kabul ederek geçersiz saydığı[111], sonraki kararlarında ise bu görüşten vazgeçerek bu sözleşmelerin geçerli olduğu yönünde içtihat geliştirdiğini[112] görmekteyiz. Yargıtay bugün genellikle tapuda satış olarak kendini gösteren teminat amaçlı taşınmaz devirlerini geçerli kabul etmektedir. Hatta Yargıtay kararlarında satış vaadi sözleşmeleri bakımından da inançlı teminat sözleşmesinin varlığını kabul etmekte ve eğer borcun ödendiği ispat edilirse satış vaadi sözleşmesine dayanarak karşı tarafın ifaya zorlanamayacağına hükmetmektedir.[113] Bazı kararlarında ise teminat amaçlı yapılan satış vaadi sözleşmelerini muvazaalı olarak değerlendirmiş, satış vaadinin muvazaa nedeniyle, satış vaadi altında gizlenen taşınmaz rehininin de şekil şartlarına uymadığı için geçersizliğine karar vermiştir.[114]

Yargıtay kararlarında teminat olarak mülkiyeti inanılana geçirilmiş olan taşınmazların iadesi için açılan davalarda, alacağın ödendiği hallerde taşınmazın iadesine karar verilirken; alacağın ödenmemiş olduğu hallerde, TBK md. 97 (EBK md.81) gereği önel verilerek alacağın ödenmesi ve sonrasında taşınmazın teminat verene iadesi istenmektedir.[115] Böylelikle Yargıtay'ın taşınmazlar bakımından inançlı teminat sözleşmelerini, tapuda açıkça hukuki sebep olarak bu sözleşme görünmese bile, mülkiyeti devir borcu yükleyen bir sözleşme olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür. Uygulamada satış olarak veya satışa

111 HGK, 14.12.1949 T., E.245-173, K.122 (Özkaya, s. 39, dpn.28).

112 HGK., 4.4.1951 T., E.592/54, K.20; 1.HD, 7.7.1988 T., E. 4732/K.908; 1.HD 23.5.1991 T., E.2344/K.6608
(Özkaya s. 39 dpn.29); HGK, 05.10.2016 T., 2014/14-1243 E., 2016/958 K.; HGK, 15.12.1999 T., 1999/1-1006, 1999/1036 K. HGK., 23.5.1990 T., E.1-202, K. 315 (www.kazanci.com.tr (10.10.2016).

113 "Satış vaadi sözleşmesinin aslında bir teminat sözleşmesi olduğu anlaşılmakla; davacı alacağın teminatı için düzenlenen sözleşmeye dayanarak mülkiyetin kendisine nakli için davalıyı ifaya zorlayamaz", Y.14.HD., 22.3.1983 T., E.1982/7405, K.1983/2257 (Özkaya, s.94).

114 HGK, 10.11.2004 T., 2004/14-464 E., 2004/588 K. (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi 01.10.2016); " Satış vaadinin gerçek anlamda satış vaadi olmadığı, satış vaadinin davacının oğlunun borcunun teminatı olmak üzere düzenlendiği anlaşıldığından; görünürdeki satış vaadi muvazaa, gayrimenkul rehini ise resmi şekilde yapılma hükmü yerine getirilmediği için batıldır", 13.HD, 27.5.1988 T.,E.2718, K.2900 (Özmen/Özkaya, s. 481-483).

115 Y 1.HD, 3.6.1997 T., E.5905, K.533 (Özkaya, s. 54); ayrıca bkz. Özkaya, s. 52.

eklenen geri alım hakkı olarak görünen[116] hukuki sebep gereği geçirilen mülkiyetin inançlı teminat sözleşmesine istinaden geçirildiği, tapu dışında yazılı bir belge, (yazılı) delil başlangıcı veya diğer kesin delillerle ispatlandığı takdirde mülkiyetin iadesine karar verilmektedir. Sonuç olarak, inanç anlaşması tapuda görünmemekle birlikte diğer yollardan ispatına cevaz verilmiş olmaktadır.[117] Yargıtay'ın geliştirdiği bu anlayış uygulamada sıkça karşılaşılan bu sözleşmelerin pratik olarak tanınmasına imkân vermektedir.

Teminat amaçlı devralınan taşınmazın inanılan tarafından üçüncü kişiye devri halinde, üçüncü kişinin iyi niyeti aranmaksızın yapılan devir geçerli olur ve mülkiyet üçüncü kişi tarafından kesin olarak kazanılır. Ancak belirtmek gerekir ki, üçüncü kişiye yapılan devir muvazaalı ise, taşınmaz adına tescilli olan üçüncü kişiye karşı muvazaaya dayanarak kaydın iptali davası açmak mümkündür.[118]

B. Sınırlı Aynî Haklar

Mülkiyet hakkının inançlı olarak teminat amacıyla devredilebileceğini belirttik. Sınırlı aynî haklar bakımından ise bu konuda bir ayrıma gitmek yerinde olacaktır. Sınırlı aynî hakların inançlı işlem yolu ile kurulması mümkündür, böylece tesisen iktisap yoluyla inançlı sınırlı aynî hak kazanılmış olur. Devri mümkün şekilde kurulabilen (şahsa bağlı olmayan) irtifak haklarının sonradan inançlı olarak teminat amacıyla devri de mümkündür. Bu çerçevede devri mümkün olarak kurulmuş bir üst hakkının teminat amacıyla devre konu olması mümkündür. Ancak kuşkusuz, devri mümkün olmayan intifa ve sükna hakları bu sözleşmelere konu edilemezler.[119]

IV. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

A. İnanılan Bakımından

Karma inançlı işlemlerde kabul edilen tam hak iktisabı teorisi uya-

116 Hatemi, s.133; Oktay Özdemir, s. 668.
117 Oktay Özdemir, s. 668.
118 Özkaya, s. 32.
119 Doktrinde niteliği uygun düşen bütün sınırlı aynî hakların inançlı işlem yolu ile teminat amaçlı kurulmasının mümkün olduğu belirtilmekle beraber, uygulamada inançlı sınırlı aynî hak kurulmasına nadiren rastlandığı belirtilmektedir. Bkz. Oktay Özdemir, s.669; Özkaya, s. 40; Özsunay, s.103.

rınca inanılan kişi mülkiyet hakkının verdiği tüm yetki ve yükümlülüklere sahip olur, üçüncü kişilere karşı mülkiyet hakkından doğan tüm tasarruflarda bulunabilir. Üçüncü kişiler kendilerine hak devredenin aslında inançlı mülkiyet esasları çerçevesinde hak sahibi olduğunu bilseler bile durum değişmeyecektir. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki, üçüncü kişiye yapılan devir muvazaalı bir işleme dayanmakta ise, muvazaa iddiası ile üçüncü kişiye karşı dava açmak mümkündür.[120]

İnanılanın borçları açısından öncelikle aradaki anlaşmanın hükümleri uygulanacaktır. Eğer anlaşmada açık hüküm yok ise, değineceğimiz üzere rehin ve vekâlet hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanması yoluna gidilir.[121]

Mülkiyet teminat amaçlı devredildiğinden hakkın da teminat amaçlı kullanılması gerekmektedir. İnanılan teminat altına alınan alacağın vadesi gelmeden önce malı devretmemek ve iyi bir idarenin gerektirdiği işlemleri yapmak zorundadır. Aksi halde TMK. md.945 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle inanılanın oluşan zararı tazminle yükümlü olacağını söylemek mümkündür.[122]

İnanılan alacağı ödenmediği takdirde alacağını teminattan alma hakkına sahiptir. Bu hak teminatın paraya çevrilmesi yoluyla olmakla birlikte, paraya çevirmenin nasıl olacağını taraflar kararlaştırmışsa bu prosedüre uyulur. Nasıl bir yol seçilirse seçilsin, önemli olan nokta teminatın borcu aşan kısmının inanana iade edilmesi gerekliliğidir.

Alacak ödendiği takdirde ise inanılanın teminat konusunu iade yükümlülüğü doğar. Burada iade bir borç olarak doğmakta, teminat konusu malın mülkiyetinin otomatik olarak geri dönmesi söz konusu olmamaktadır.[123]

B.İnanan Bakımından

İnanan yaptığı tasarrufi işlemle birlikte mal üzerindeki aynî hak-

120 Bkz. yuk.§3,III A,2.
121 Bkz. Oktay Özdemir, s. 676 vd.
122 Oktay Özdemir, s. 680.
123 Doktrinde Serozan konuyu taşınırlar bakımından ele almış; tarafların teminat altına alınan şeyin mülkiyetinin bozucu şarta bağlı olarak geçeceğine dair anlaşma yapabileceklerini, böylece alacak ödenince mülkiyetin kendiliğinden inanana geçebileceğini ifade etmiştir, Serozan, s.1011-1012.

kını, dolayısıyla aynî hakkın kendisine verdiği tasarruf imkânlarını kaybetmiş olur. İnananın uyması gereken yükümlülükler taraflarca sözleşmede belirlenmiş olabilir. Böyle bir anlaşma yoksa dahi inananın asli borcunun teminat konusu malı karşı tarafın tam hak iktisabı gerçekleşecek şekilde tasarrufuna koymak olduğu söylenebilir. Mülkiyet tam hak iktisabı şeklinde inanılana geçtiğinden artık ona karşı istihkak davası açma hakkı yoktur. Burada tek istisna, taşınırlar bakımından bozucu şarta bağlı olarak teminat amaçlı mülkiyet devri anlaşmasının varlığı halinde, alacağın ödenmesi durumunda mülkiyetin iade edilmemesi ihtimalidir. Bu halde inanan açacağı istihkak davası ile malı tekrar kazanabilir.[124]

Uygulamada çoğunlukla taşınmazlarla ilgili iade davalarına rastlanmakta ve inananın borcunu ödemesi bir dava şartı olarak aranmadığından, inanan tarafından taşınmazın iadesi talebi ile açılan davalarda dava sırasında inananın kendi edimini yerine getirmesi için süre tanınmaktadır.[125]

V. Geçerliliği ve Hukuki Niteliği

Doktrinde ve uygulamada kabul gören inançlı mülkiyet devri sözleşmelerinin benzer kurumlarla ilişkisine önceki bölümde değinmeye çalıştık. Genel kabul gören görüş, bu sözleşmelerin somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, doğrudan muvazaa ya da kanuna karşı hile kapsamına sokmanın yerinde olmadığı yönündedir.[126] Yine doktrinde[127] teminat amacıyla devirler bakımından, hakların devir şeklinin düzenlenmesi değil de, az çok devamlı bir durumun organizesi söz konusu olduğu için bu durumda inançlı sözleşmenin nam-ı müstear düşünülemeyecek kadar baskın olduğu ifade edilmiştir.

Mülkiyetin teminat amacıyla devri sözleşmesi doktrinde[128] "sui generis" nitelikte isimsiz sözleşme olarak kabul görmektedir.

---

124 Oktay Özdemir, s. 682.
125 Oktay Özdemir, s. 683; Özkaya, s. 54.
126 Özkaya, s. 30 vd; aksi yönde Nejat Aday, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s.93 (Yazar tapuda satış şeklinde yapılan teminat amaçlı mülkiyeti devir sözleşmelerinin muvazaalı olduğunu; görünen akdin muvazaa nedeniyle, gizli akdin ise rehin şekillerine uymama nedeniyle geçersiz olduğunu savunmaktadır).
127 Oktay Özdemir, s. 670; Özsunay, s. 234.
128 Oktay Özdemir, s. 671; Özsunay, s. 121.

A. Devrin Lex Commissoria Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi

Taşınmaz ve taşınır rehni için getirilen "Lex Commissoria yasağı", alacağın muaccel olmasından önce yapılan, borçlunun borcunu vadesinde yerine getirmediği takdirde rehinli alacaklının teminat konusu taşınmazın/taşınırın mülkiyetini kazanacağına dair sözleşmelerin geçersiz olacağını ifade eder.[129] Türk hukukunda lex commissoria yasağı taşınmaz rehni için TMK md.873/II'de, taşınır rehni içinse TMK md.949'da hükme bağlanmıştır.

Lex commissoria yasağı ile öngörülen amaç, teminatın değerinin genellikle alacağın miktarından yüksek olması karşısında rehin vereni korumaktır.[130] Zira zor durumda olan ve krediye ihtiyacı olan malikin böyle bir anlaşma ile kolaylıkla sömürülmesi söz konusu olabilir. Burada önemle vurgulamak gerekir ki, rehinli taşınmazın ya da taşınırın borç ödenmediği takdirde alacaklının mülkiyetine geçeceğine dair yapılan sözleşmenin geçersiz sayılması için "*borç muaccel olmadan önce*" düzenlenmesi gerekir. Borç muaccel olduktan sonra yapılan böyle bir sözleşme geçerlidir.[131] Rehinli alacağın muaccel olmasından sonra, taraflar anlaşarak rehinli taşınmazı "ifa yerini tutan eda" ve "ödemeyi hedef tutan eda" olarak rehinli alacaklıya teslim edebilirler.[132]

Karma inançlı işlemlere mülkiyetin devri ile uzlaşabilen rehin hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği[133] kural olarak kabul edilmekle birlikte, lex commissoria yasağının da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş[134], lex com-

---

129 T.Kemal Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s.1086 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 821; Özsunay, s. 139; Lale Sirmen, Alacak Rehni, Ankara 1990, s. 86-87.

130 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 759; Sirmen (Alacak), s. 87; Selahattin Sulhi Tekinay, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988, s. 13.

131 Sirmen (Alacak), s. 87.

132 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 760. Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Kemal M.Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2016, s. 477.

133 Doktrinde hangi hükümlerin kıyasen uygulanabileceği konusunda, teminat amacı güden bütün inançlı muamelelere uygulanabilecek kesin kurallar koymaya imkân olmadığı vurgulanarak, her somut durumun özelliğine göre, hangi hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini ayrıca belirlemek gerektiği ifade edilmektedir, Oktay Özdemir, s. 677; Özsunay, s. 138.

134 Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1086.

missoria yasağının amacının, alacaklının borçlunun ödemezlik halinden yararlanarak taşınmazı elde etmesini önlemek olduğunu ve inançlı temlikle karıştırılmaması gerektiğini belirtir. İnançlı işlemlerde, rehin işlemleri yapmak yerine, inançlı işleme konu olan şeyin mülkiyeti baştan karşı tarafa geçirilir. Tarafların aralarındaki inanç anlaşması gereğince kararlaştırılan amaca ulaşıldığı zaman da mülkiyet asıl malike iade edilir. Dolayısıyla böyle bir sözleşme lex commissoria teşkil etmez.

Doktrinde bir görüş[135] ise, inanç konusu mal inanılana başlangıçta temlik edildiğinden, borcun ödenmemesi halinde taşınmazın/taşınırın alacaklıya geçmesini yasaklayan TMK md.873 (EBK md. 788) ve TMK md. 949 (EBK md. 863) hükümlerinin, bu tür devri içeren karma inançlı sözleşmelerde uygulama yeri olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, inanç sözleşmesinde kararlaştırılan koşulların gerçekleşmesi halinde inanç konusunu inanana iade etme yükümlülüğü altına girildiğinden, bu yükümlülüğü ortadan kaldıran her türlü anlaşmanın anılan emredici hükümlere ters düşeceğinden geçersiz kabul edilmesi gerektiği anlayışı benimsenmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi[136] de karma inançlı işlemlerde söz konusu yasağın uygulama yeri olmadığını kabul etmektedir; kararın gerekçesine göre, karma inançlı işlemlerde borçlu inanç konusundan daha sözleşmenin başında ayrılmış olduğu için; teminat sözleşmesinin kuruluşunda henüz durumun ciddiyetini anlayamayan ve ancak borcu ödeyemediği hallerde rehin konusunu kaybeden adi bir rehin borçlusu gibi, inançlı işlemlerdeki borçlunun (inananın) himayesini gerektiren bir sebep mevcut değildir.[137]

---

135 Özkaya, s. 45; ayrıca bkz. Tekinay, s.14. Teminat amaçlı temliklerde, mülkiyetin devri ile amaçlanan eşyanın kayıtsız şartsız şekilde alacaklıya geçmesi değildir, aksine bir alacağın teminat altına alınması için bu işlem yapılmaktadır ki, bunun zımni anlamı, alacaklının tatmin edilmesi gereken alacağından daha fazla bir hakka sahip kılınmamasıdır. Bkz. Karl Oftinger/Rolf Baer, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Art.884-918, Zürich 1981,N.21-22. Lex commissoria yasağına ilişkin hükümlerin teminat amacıyla yapılan karma inançlı işlemlere kıyasen uygulanabileceği yönünde İlhan Helvacı, Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997, s.122; Hatemi, s. 136; ayrıca bkz. Aday, s. 95.

136 BGE 56 II 444.

137 Bkz. Özsunay, s. 139; Uygur, s. 201-202.

B. Devrin Sınırlı Sayı (Numerus Clausus) İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Mülkiyetin teminat amacıyla devrinin aynî hakların sınırlı sayıda olması ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bizim de paylaştığımız, genel kabul gören görüş[138] çerçevesinde, yasa koyucunun rehin tiplerini sınırlamak istediği ve bu anlamda rehin tiplerinin sınırlı sayıda olduğu (MK. md.850 gereği taşınmazlar için ipotek, ipotekli borç senedi, irat senedi ve TMK. md.939 gereği menkul rehini); yoksa bunun dışında teminat amacına yönelik diğer işlemlerin gerçekleştirilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle rehin tiplerinin sınırlı sayıda olması kuralı işlemlerin geçerliliğini etkilemeyecektir. Aynî haklarda geçerli olan "numerus clausus" ilkesi gereğince taraflar başka bir rehin türü ihdas edemez veya kanunda mevcut rehin türlerinin içeriğini değiştiremezlerse de, aynı amaca ulaşmayı sağlayacak başka hukuki işlemler yapmayı tercih edebilirler.

VI. Hüküm ve Sonuçları

İnançlı işlemler tarafların, özellikle de inananın inancına dayandığı için inanılan inanç konusunu özenle saklama ve kullanma yükümlülüğü altındadır. İnanç konusu ister idare, ister teminat veya başka bir amaca yönelik inançlı işlemle devredilmiş olsun, inanılanın bu yükümlülüğü değişmez. Kendisine yapılan inançlı kazandırma ile inanılan inanç konusu hakkın sahibi ya da şeyin maliki olmuşsa da, inanç anlaşmasına aykırı davrandığında TBK md. 112 (EBK md.96) uyarınca sorumlu olacaktır.[139]

İnanılan inançlı kazandırma ile inanç konusu malın maliki olduğundan malik sıfatının verdiği tüm yetkileri kullanabilecek durumdadır. Hatta bu hakkını inançlı işlem sona erinceye kadar inanana karşı da ileri sürebilecektir. İnanılan kişinin iflas etmesi ya da aleyhine bir cebri icra takibi yapılması halinde; inanılan tam hak iktisabı teorisi nedeniyle malın tam anlamıyla sahibi olduğu için, inanan iflas halin-

138 Oktay Özdemir, s. 671; Öztürk, s. 124; Haluk Nomer, Vefa Hakkı, İstanbul 1992, s. 37-38; ayrıca bkz. Erden Kuntalp, 'Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk', Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 286-287.

139 Bkz. Günel, s. 87; Özkaya, s. 54; Uygur, s. 202.

de malını masadan çıkaramayacağı gibi mahcuz mala istihkak davası da açamaz. İnanan aleyhine çok ağır sonuçlar doğuran bu durum, iki hükmün (İİK. md.188 ve TBK md. 509 (EBK. md.393)) istisnai uygulamaları ile yumuşatılmaya çalışılmıştır.[140]

İnanç amacının gerçekleşmesi, borcun ödenmesi, belli sürenin geçmesi gibi nedenlerle inançlı ilişkinin sona ermesi durumunda, inanılanın inanç konusunu geri verme borcu doğar. İnançlı işlem sona erince inanılanın inanç konusunu iade etmesi en başta gelen yükümlülüğüdür. İnanılan inanç konusu malvarlığı değerini inanana devretmezse, inanan aralarındaki inanç anlaşmasının kendisine tanıdığı kişisel hakka dayanarak malın kendisine iade edilmesi için dava açabilir.[141] Yargıtay bir kararında[142] "İnanç sözleşmesi inanç gösterilene, bir hakkın kullanılmasında davranışlarını inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. İnanç gösterilen kişi, inanç gösteren namına yapılacak bir işlemden sonra taşınmaz mülkiyetini inanç gösterene aktarma yükümlülüğü altına girmişse, yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenir." demektedir.

Teminat amaçlı inançlı işlemlerde borç ödenmediği takdirde inanılanın inanç konusunu paraya çevirmek suretiyle alacağını alma hakkı mevcuttur. İnanç konusunun paraya çevrilmesinde, inanılanın

---

140 İİK.md.188 hükmü gereğince, sırf bedelini tahsil etmek veya tayin edilen ilerideki bir ödemeye karşılık olmak üzere müflise devrolunan hamiline veya emre yazılı senetler, inanılanın iflası halinde masadan çıkarılabilir. Ancak hükmün dar kapsamı nedeniyle inananı her durumda koruyamayacağını söylemek mümkündür. TBK md. 509 (EBK.md.393) hükmüne göre ise, müvekkil vekile karşı vekalet ilişkisinden doğan borçlarını yerine getirdiği takdirde; vekilin kendi namına, müvekkili hesabına iktisap ettiği menkullerin, vekilin iflası halinde müvekkil tarafından masadan çıkarılması mümkündür. Yine inançlı bir vekâlet ilişkisinde, inanılanın kendi namına inanan hesabına iktisap ettiği alacak hakları da, inananın vekâlet ilişkisinden doğan borçlarını yerine getirmiş olması ve inançlı işlemle aksinin kararlaştırılmaması şartlarıyla kanuni halefiyet yoluyla inanana geçmektedir. Ancak bu hükmün de bir vekâlet sözleşmesinin inançlı işlem şeklinde yapılması halinde ve sadece menkuller ve bazı alacaklar için istisnaen uygulanabileceği, bunun dışındaki işlemlerde inananın yine korumasız kalacağını söylemek yanlış olmaz. Bkz ve karş. Özkaya, s. 52; Özsunay, s. 204 vd; Uygur, s. 204-205; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 283; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 369-370.

141 İnananın inanç konusunun iadesine yönelik, inanç anlaşmasından kaynaklanan nisbi bir hakkı vardır. Özkaya, s. 51 vd.

142 1.HD, 22.5.1989, E.1989/4596,K.1989/6255 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi: 01.08.2016).

TMK. md.2'de hükme bağlanan dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmesi, inanç konusunu gerçek değeri üzerinden satması ve alacağından fazla kısmını inanana iade etmesi gerekmektedir.[143]

İnançlı işlem ile devredilen hak tam olarak karşı tarafa geçtiğinden, yani inanılan inanç konusu malın tam olarak sahibi olduğu için; inanç konusu malın bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde, kural olarak inanan üçüncü kişiye dava açamaz. Ancak inanılan ve üçüncü kişi, inananın inanılana başvurup inanç konusunu alma hakkını ortadan kaldırmak amacıyla birlikte hareket ederek muvazaalı bir işlem yapmışlarsa, inanan muvazaa nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini iddia ederek dava açabilir.[144]

İnançlı işlemlerin yasal düzenlemelere konu edilmemiş olması bu tür işlemlere hangi hükümlerin uygulanması gerektiği sorusunu karşımıza çıkarmaktadır. Bu konuda tarafların amaçları dikkate alınarak, her olayın özelliklerine göre uygun düşen hükümlerin uygulanması gerekirse de, mülkiyetin teminat amacıyla devrinde (teminat amaçlı inançlı işlemlere) bünyesine uygun düşen rehin sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi hükümlerinin[145] uygulanacağı kabul edilmektedir.

SONUÇ

Tarihi temellerini Roma hukukunda bulan ve güven esasına dayanan inançlı işlem, Türk Borçlar Kanunu'nda ve diğer yasal düzenlemelerde yer almamakla birlikte varlığı doktrin ve uygulamada kabul edilen bir kavramdır. İnançlı işlem ile inanan mülkiyet ya da alacak hakkını belirli bir amaç veya belirli bir süre için inanılana geçirir. İnanılan hedeflenen amaca ulaşıldığında veya süre dolduğunda, aralarında yaptıkları inanç anlaşması gereğince mülkiyeti veya alacak hakkını tekrar inanana devretme yükümlülüğü altındadır. İnançlı işlemler inanç anlaşması ve mülkiyetin devri işlemi olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. İnanç anlaşması temel işlem niteliğindeki borçlandırıcı işlem, devir işlemi ise mülkiyet veya alacak hakkını inanılana kazandırmak için yapılan tasarruf işlemidir.

143 Özkaya, s. 53; Uygur, s. 203.
144 Özkaya, s. 55; Y 1.HD, 30.10.2000 T., E.12988, K.13223 (Uygur, s. 203-204).
145 Özsunay, s. 134; ayrıntılı olarak bkz. Oktay Özdemir, s. 676 vd.; Tandoğan (Sempozyum), s. 76; Uygur, s. 204.

İnançlı işlemler tarafların ulaşmayı istediği pek çok amaca yönelik yapılabilir. Özellikle incelemeye çalıştığımız teminat amacıyla yapılan inançlı işlemler, teminat hukukunun öngördüğü kefalet gibi şahsî, rehin hakları gibi aynî teminat şekillerinin elverişli ya da yeterli bulunmadığı durumlarda, sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak tarafların yapmayı tercih ettikleri işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir borcun teminatını oluşturmak ya da kredi bulmak amacı ile borçlu (inanan) üzerinde ipotek tesis etmek yerine, taşınmazının mülkiyetini alacaklıya (inanılan) devretmekte; borç ödendiğinde mülkiyetin kendisine geri verileceği konusunda da bir inanç anlaşması yapmaktadır. Bu tür inançlı işlemler, inanılan kişinin menfaatinin ön planda tutulduğu inançlı işlemlerdir ve karma inançlı işlemler olarak adlandırılır.

Muvazaa, nam-ı müstear ve dolaylı temsil inançlı işlemlerle zaman zaman benzerlik gösteren hukuki kavramlardır. Somut olayda hangi hukuki kavramın var olduğunu tespit etmek, işlemin geçerliliği ve uygulanması gereken hukuk kurallarının belirlenmesi açısından önemlidir. Vurgulamak gerekir ki, inançlı işlemin varlığının net şekilde belirlendiği hallerde muvazaadan söz edilemez. İnançlı işlem adı altında muvazaa yapılıyor ise, işlem geçersiz olacaktır. Yine taraflar kanunun emredici hükümlerini dolanmak kastı ile teminat amaçlı inançlı işlem yapma yoluna gidiyorlarsa, bu işlem de geçerli kabul edilmeyecektir. Örneğin, teminat konusu malın hükmen teslim yolu ile borçlunun elinde kalması halleri, teslim şartlı rehin hükümlerinden kaçınma amacı içeriyorsa, üçüncü kişilere karşı geçerli olmayacaktır.

Karma inançlı işlemler kapsamında, mülkiyet hakkının teminat amacıyla devrini öngören sözleşmelerde, borçlu (inanan) alacaklıya (inanılan) bir taşınırın, emre veya hamiline yazılı senedin veya taşınmazın mülkiyetini, alacağı garanti altına almak amacıyla devretme; alacaklı (inanılan) da bu mülkiyeti garanti kapsamının dışına çıkmayacak şekilde kullanmayı ve alacak ödenince de mülkiyeti geri döndürme yükümlülüğü altına girer. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durum inanılanın üçüncü kişiler nezdinde tam hak sahipliğine ilişkin görüntüsünü engellememektedir. Hukuki görünüş olarak mülkiyeti devralan kişi (inanılan) rehin hakkı sahibinden daha kuvvetli bir durumda bulunmaktadır. Zira rehin hakkı sahibi, sadece sınırlı aynî hak sahibi sıfatıyla bu hakkın tanıdığı tasarruflarda bulunabilecekken, mülkiyeti teminat amacıyla devralan kişi her türlü tasarruf hakkına sahip görünmektedir. Doktrinde bu durum "inanılanın her istediğini yapmaya muktedir, fakat yetkili olmadığı" şeklinde ifade edilmiştir.

Teminat amacıyla mülkiyet devri inanç anlaşması ve mülkiyetin devri olmak üzere iki işlemin yapılmasını gerektirir. İnanç anlaşması bir yandan mülkiyetin alacaklıya devredilmesinin hukuki sebebini teşkil ederken, diğer yandan da tarafların hak ve borçlarına ilişkin düzenlemeler getirir; bu anlamda çift görünümlü bir hukuki işlemdir. Mülkiyetin devri işlemi ise mülkiyetin inanılana geçmesini öngören kazandırıcı işlemdir. Mülkiyetin devri sözleşme konusunun taşınır veya taşınmaz olmasına göre farklılık arz edecektir. Taşınırlarda zilyetliğin teslimli veya teslimsiz nakli gerekirken, taşınmazlarda tapu kütüğünde tescil yapılması gerekir. Mülkiyetin teminat amacıyla devri sözleşmesi doktrinde "sui generis" nitelikte isimsiz sözleşme olarak kabul görmektedir.

Teminat amacıyla mülkiyetin devredilmesinin taşınırlar açısında mümkün olduğu gerek İsviçre gerekse Türk doktrininde kabul görmektedir. Taşınmazlar bakımından ise durum taşınırlarda olduğu gibi net değildir. İsviçre hukukunda taşınmazların inançlı devrini yasaklayan hiçbir emredici hüküm bulunmamasına karşın uygulamada bu işleme pek başvurulmadığı görülmektedir. Taşınmazların inançlı devrini engellemeye yönelik yasal düzenleme veya yargı kararı olmamasına karşın, İsviçre'de taşınmazlarda inançlı teminat işlemlerine sık rastlanmamasının sebebi ülkemizin aksine ipotekli borç senedi ve irat senedinin yaygın olarak uygulanması ve teminat işlevini yerine getirmesidir.

Yargıtay uygulamasına baktığımızda; yüksek mahkemenin önceleri teminat amacıyla taşınmazların devrini muvazaalı kabul ederek geçersiz saydığı, sonraki kararlarında ise bu görüşten vazgeçerek bu sözleşmelerin geçerli olduğu yönünde içtihat geliştirdiğini görmekteyiz. Yargıtay bugün genellikle tapuda satış olarak kendini gösteren teminat amaçlı taşınmaz devirlerini geçerli kabul etmektedir. Yine mahkeme kararlarında teminat olarak mülkiyeti inanılana geçirilmiş olan taşınmazların iadesi için açılan davalarda, alacağın ödendiği hallerde taşınmazın iadesine karar verilirken; alacağın ödenmemiş olduğu hallerde, TBK md. 97 (EBK md. 81) gereği önel verilerek alacağın ödenmesi ve sonrasında taşınmazın teminat verene iadesi istenmektedir. Böylelikle Yargıtay'ın taşınmazlar bakımından inançlı teminat sözleşmelerini, tapuda açıkça hukuki sebep olarak bu sözleşme görünmese bile, mülkiyeti devir borcu yükleyen bir sözleşme olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür.

Teminat amaçlı devralınan taşınmazın inanılan tarafından üçüncü kişiye devri halinde ise, üçüncü kişinin iyi niyeti aranmaksızın

yapılan devir geçerli olur ve mülkiyet üçüncü kişi tarafından kesin olarak kazanılır. Ancak belirtmek gerekir ki, üçüncü kişiye yapılan devir muvazaalı ise, taşınmaz adına tescilli olan üçüncü kişiye karşı muvazaaya dayanarak kaydın iptali davası açmak mümkündür.

Teminat amacıyla mülkiyetin devrinin lex commissoria yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de doktrinde tartışılmış bir konudur. Çalışmamızda farklı görüşlere değinmiş olmakla birlikte, kanımızca lex commissoria yasağının amacı, alacaklının borçlunun ödemezlik halinden yararlanarak taşınmazı elde etmesini önlemektir ve inançlı temlikle karıştırılmaması gerekir. İnançlı işlemlerde, rehin işlemleri yapmak yerine, inançlı işleme konu olan şeyin mülkiyeti baştan karşı tarafa geçirilir. Tarafların aralarındaki inanç anlaşması gereğince kararlaştırılan amaca ulaşıldığı zaman da mülkiyet asıl malike iade edilir. Dolayısıyla böyle bir sözleşme lex commissoria teşkil etmez.

Mülkiyetin teminat amacıyla devrinin ayni hakların sınırlı sayıda olması ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği de yine doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır. Yasa koyucunun rehin tiplerini sınırlamak istediği ve bu anlamda rehin tiplerinin sınırlı sayıda olduğu; yoksa bunun dışında teminat amacına yönelik diğer işlemlerin gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle rehin tiplerinin sınırlı sayıda olması kuralı işlemlerin geçerliliğini etkilemeyecektir. Ayni haklarda geçerli olan "numerus clausus" ilkesi gereğince taraflar başka bir rehin türü ihdas edemez veya kanunda mevcut rehin türlerinin içeriğini değiştiremezlerse de, aynı amaca ulaşmayı sağlayacak başka hukuki işlemler yapmayı tercih edebilirler.

Kaynakça

Aday Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.

Altaş Hüseyin/Kurt Leyla Müjde, İnançlı İşlemler, *İÜHFD*, C. II, S. 2, 2011, s.1-27.

Ammann Fritz, Treuhand und Grundbuch, Zürich 1946.

Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012.

Ayanoğlu Moralı Ahu, Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.

Aydıncık Şirin, 'Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki', *İÜHFM*, C. LXIV, S.1, s. 131-194.

Berger Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.

Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, Allgemeine Bestimmungen, 1.Teilband, Allgmeine Einletiung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18, Erläutert von Ernst A.Krammer und Brunı Schmidin, Bern 1986 (Berner Kommenter- Art. Rn).

Börü Levent, İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası, *AÜHFD* 2009, C.58, S.3, s. 481-537.

Dayınlarlı Kemal, Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki, B.3, Ankara 2008.

Ehrenzeller Max, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht, St. Gallen 1951.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.20, Ankara 2016.

Esener Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Hukuki Mahiyeti-Hüküm ve Neticeleri- İtimada Müstenit Muamelelerle Mukayesesi, Kanun İhtilafları, İstanbul 1956.

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, İstanbul 1976.

Gautschi Georg, Der Werkvertrag, Berner Kommentar, Bd. IV/2,4, 3E, Bern 1971.

Günel Onur, Lex Commissoria Yasağı, Ankara 1998.

Gürsoy T.Kemal/ Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.

Güvenç Özgür, Taşınmazların İnançlı İşlemle Devri, Ankara 2014.

Hatemi Hüseyin, 'Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekâlet ile İlişkisi', Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1976, sh.127-146.

Helvacı İlhan, Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997.

Keller Rolf, Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht, Bern 1944.

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.20, Ankara 2016.

Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/ Serozan Rona/ Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul 2010.

Kuntalp Erden, 'Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk', Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.263-299.

Merz Hans, 'Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR', Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, s. 451 vd.

Nomer Haluk, Vefa Hakkı, İstanbul 1992.

Oftinger Karl/Baer Rolf, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Art.884-918, Zurich 1981.

Oğuz Arzu, 'Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması', *AÜHFD*, C.41, S. 1-4, 1989-1990, s.233-284.

Oğuzman Kemal M./Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I-II, B.14, İstanbul 2016.

Oğuzman Kemal/ Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, B.12, İstanbul 2009.

Oktay-Özdemir Saibe, 'Teminat Amaçlı Mülkiyet Sözleşmeleri', *MHB Dergisi*, Aysel Çelikel'e Armağan Özel Sayısı, İstanbul 2001, Y:19-20, S:1-2, s.657-683.

Özkaya Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, B.5, Ankara 2013.

Özmen İhsan/Özkaya Eraslan, Muvazaa Davaları (Taraf Muvazaası, Muris Muvaza-

ası, İnançlı Sözleşmeler, Nam-ı Müstear, Kanuna Karşı Hile ve İptal Davaları), Doktrin ve Yargıtay Kararları, Ankara 1993.

Özsunay Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.

Öztürk Gülay, İnançlı İşlemler, Ankara 1998.

Postacıoğlu İlhan E., 'Namı Müstear Meselesi: Vekalet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri', *İÜHFM,* C. XIII, S.3, İstanbul 1947, s. 1011-1037.

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009.

Serozan Rona, 'Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik (Pratik Gereksinimlere Uygun Biçimde Uygulanamayan İki İlginç Ayni Teminat)', Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65.Yaşgünü Armağanı, İstanbul 1999, s.987-1013.

Sirmen Lale, Eşya Hukuku, B.4, Ankara 2016.

Sirmen Lale, Alacak Rehni, Ankara 1990 (Alacak).

Şafak Ali, Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, İstanbul 2011.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010.

Tandoğan Haluk, 'İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK.md.393'den Yararlanma Olanağı', Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1976, sh.73-97, (Sempozyum).

Tekinay Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988.

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/Develioğlu Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Topçuoğlu Hamide, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950.

Tuncer-Kazancı İdil, 'İnançlı İşlemde İşlemin Taraflarının İflâsı ve İflâsın İnançlı İşleme Etkisi', Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, *DÜHFD* Özel Sayı *2014*, İzmir 2015, s. 2811-2834.

Uygur Atiye, 'Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler', *GÜHFD*, Ankara 2006, C.X, S.1-2, s.171-207.

Uygur Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C.1, Giriş md 1-40, Ankara 2003 (Şerh).

Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (çev. Cevat EDEGE), Ankara 1983.

Yavuz Nihat, 'Doğrudan Doğruya Temsil/Namı Müstear/Dolayısıyla Temsil/İnançlı İşlem/ Tarafta Muvazaa/Namı Müstear ile Muvazaa İlişkisi/İspat Rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile Kavramları ile Bunlara İlişkin Yargıtay Uygulaması', *YD*, 2001 C.27, s.63-100.

Yung Walter, 'Muvazaa, İnançlı Muamele ve Kanuna Karşı Hile', (çev: Safa Reisoğlu), *AD*, C.L, S.3, Ankara 1959, s. 326-344.

İnternetten Yararlanılan Kaynaklar

www.kazanci.com.tr.

www.swisslex.ch.

TERÖRLE MÜCADELE KANUNU'NDA DÜZENLENEN YENİ BİR TASARRUF YETKİSİ KISITLAMASI ŞERHİ

A NEW ANNOTATION ON POWER OF DISPOSITION AS REGULATED WITH THE ANTI-TERRORISM LAW

Emel BADUR*
Gamze TURAN BAŞARA**

Özet: Yakın tarihli bir değişiklikle Terörle Mücadele Kanunu'na (TeMK) 20/A maddesi eklenmiş ve bu maddeyle taşınmaz üzerinde malikin mülkiyet hakkının yasayla sınırlandırıldığı yeni bir hal düzenlenmiştir. Maddeye göre TeMK'nda ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bazı suçlar nedeniyle zarar gören gerçek ve tüzel kişilerle kamu kurum ve kuruluşlarının zararlarının tazmini amacıyla, şüpheli ve sanıkların taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkileri ceza hâkimi kararıyla kısıtlanabilir. Kısıtlama kararının tapu siciline şerh edilmesi gereklidir. Bu da Türk Medeni Kanunu (TMK) haricinde yer alan yeni bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin, TeMK vasıtasıyla düzenlenmesi anlamına gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tasarruf Yetkisi, Şerh, Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması, Eşya Hukuku, Terörle Mücadele Kanunu

Abstract: With a recent amendment, Article 20/A was added to the Anti-Terrorism Law (TeMK) and a new situation where the proprietor's property right on an immovable was introduced. This new Article grants criminal judges to put constraints on the power of disposition of the suspects and the accused on their immovable with a view to compensate the losses of the public entities and institutions due to some crimes regulated in the Anti-Terrorism Law and Turkish Penal Code. The decision of constraint needs to be turned into annotation on the land registry. This means that a new annotation of constraint on the power of disposition is regulated through Turkish Anti-Terrorism Law, except Turkish Civil Law.

Keywords: Power of Disposition, Annotation, Constraint on the Power of Disposition, Property Law, Anti-Terrorism Law

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

17.08.2016 tarih ve 29804 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 671 sayılı ve *"Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"* isimli Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 31. maddesiyle, Terörle Mücadele Kanunu'nun (TeMK) 20. maddesinden sonra gelmek üzere, 20/A maddesinin eklenmesi düzenlenmiştir.

Bu madde her ne kadar bir olağanüstü hal KHK'si ile düzenlense de TeMK'nda yapılan bir değişiklik niteliğini taşıdığından, olağanüstü halin son bulmasıyla ortadan kalkacak tedbirlere ilişkin düzenlemelerden biri değildir. Bu nedenle anılan düzenleme, çalışmanın geri kalanında 671 sayılı KHK'nin 31. maddesi olarak değil; TeMK'nun 20/A maddesi olarak incelemelere konu alınacaktır.

TeMK'nun *"Zararların tazmini amacıyla tedbir konulması"* kenar başlıklı 20/A maddesinde yapılan düzenlemenin temel amacı, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan bazı suçlar ve TeMK'nun kapsamına giren suçlar nedeniyle zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmininin sağlanabilmesi için şüpheli veya sanıklara ait taşınmaz, kara, deniz veya hava ulaşım araçları üzerinde, şüpheli veya sanıkların sahip oldukları tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıdır.

Maddede şüpheli veya sanıkların malvarlığına ait tüm unsurlar üzerindeki değil, iki grup eşya üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanabileceğinden söz olunmuştur. Bu eşyalara ilişkin ilk grup, taşınmazlar; ikincisi ise taşınırlar içerisinde değerlendirilecek olan kara, deniz veya hava ulaşım araçlarıdır. Şüphesiz malvarlığına dair tüm unsurların yerine taşınmazların ve kara, deniz veya hava ulaşım araçlarının seçilmesinde, şüpheli veya sanıkların hâkim kararıyla sınırlanan tasarruf yetkilerinin alenileştirilmesi gerektiği düşüncesi hâkim olmuştur. Dikkat edileceği üzere maddede seçilen eşya gruplarının tümü hakkında tutulan siciller vardır.

Tasarruf yetkisine yönelik kısıtlamanın alenileştirilebilmesi amacıyla hâkimin hükmettiği tasarruf yetkisi kısıtlamasının, üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanan eşyanın bağlı olduğu sicile şerh edilmesi

gerektiği de düzenlenmiştir. Taşınmazlara ilişkin karar, tapu siciline, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarıyla ilgili karar da bu araçların kayıtlı oldukları sicillere şerh olunacaktır.

Bu çalışmanın konusu sadece, şüpheli veya sanıkların taşınmazları üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ve bunun şerh olunmasına ayrılmıştır. Başka bir ifadeyle kara, deniz veya hava ulaşım araçlarıyla ilgili kısıtlamalar ve bunların şerhi, bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Ancak taşınmazlar üzerinde hükmolunan tasarruf yetkisi kısıtlamaları ve bunun şerhi konusunda yapılacak açıklamaların, ulaşım araçları üzerinde yapılan tasarruf yetkisi kısıtlamaları ve bunların şerhi açısından da yol gösterici olduğu düşünülmektedir.

Eşya hukukuna hâkim olan temel ilkelerden birini oluşturan sınırlı sayı prensibi şerhler açısından da geçerlidir. Ancak Kanun'la şerh olunabileceği düzenlenen hak ve durumlar tapu siciline şerh edilebilir. Bu sınırlamaya rağmen Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 1009-1011. maddeleri arasında öngörülen birbirinden farklı üç şerh türü, genel bir şerh tanımı yapılmasını zorlaştırmaktadır. Şerh, taşınmaz üzerindeki ayni haklarla doğrudan ilintili olmaksızın taşınmazı konu alan hukuki ilişki veya durumları aleniyete taşıyan ve tapu siciline yapılan kayıt türü olarak tanımlanabilir.

TeMK'nun 20/A maddesiyle getirilen şerh, TMK'nun 1010. maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisi kısıtlamalarına ilişkin şerhler grubundandır. Bu nedenle üç ana bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde, genel olarak tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhlerin üzerinde durulacaktır. İkinci bölüm, çalışmanın temelini teşkil eden TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen yeni tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhine ayrılacak ve bu şerhin benzeri diğer kavramlarla karşılaştırılacağı üçüncü bölümle çalışma son bulacaktır.

I- TASARRUF YETKİSİ KISITLAMASININ ŞERHİ

Tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin şerhleri incelemeye geçmeden önce tasarruf yetkisi kavramı üzerinde durmak gerekir. Tasarruf yetkisi, bir hakka doğrudan doğruya tesir edebilmek, başka bir ifadeyle söz konusu hakkı başkasına devretmek, değiştirmek ya da sona er-

dirmek üzere tasarruf işlemine konu yapabilmek için sahip olunması gereken hukuki yetkiyi ifade etmektedir.[1]

Tasarruf yetkisi bir hakkın esaslı unsuru olup ilke olarak hakkın içeriğine dâhildir. Bu itibarla bir hak üzerinde kural olarak hak sahibi tasarruf yetkisine sahiptir. Ancak istisnai bazı hallerde hukuk düzeni, hak sahibinin tasarruf yetkisini kısmen veya tamamen kısıtlamış olabileceği gibi, bazı hallerde de hak sahibi olmayan bir kişiye başkasının hakkı üzerinde tasarruf etme yetkisi tanımış olabilir.[2] Örneğin, iflas masasına dâhil olan bir mal üzerinde, müflis tasarruf yetkisine sahip değildir (İcra ve İflas Kanunu (İİK) m.191/I). Diğer taraftan yasal veya iradi temsilde, temsilci hak sahibi olmadığı halde, temsil olunanın malları üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir.[3]

Bir hakkı tasarruf işlemine konu yapabilme, yani hakkı devretme, değiştirme, sınırlandırma veya ondan vazgeçme yetkisini ifade eden tasarruf yetkisinin, hukuk düzenince tamamen veya kısmen sınırlandırılmasına tasarruf yetkisi kısıtlaması denilmektedir.[4] Tasarruf yetkisinin kısıtlanması, hak sahibinden ziyade, hak sahibinin hukuki durumu ve onun bu durumu sebebiyle yapacağı hukuki işlemlerden zarar görebilecek olan kişileri korumak amacıyla getirilmiştir.[5] Tasarruf yetkisi kısıtlamasının ortaya çıkardığı sonuç, hak sahibinin yapacağı tasarruf işlemlerinin kural olarak geçerli olmamasıdır.[6]

---

1 Andreas Von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich, 1974, s. 214; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern, 2006, s. 15-16; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 11. bs., İstanbul, 2011, s. 47; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19. bs. İstanbul, 2013, s. 203; Kudret Ayiter, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953, s. 1117; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. bs., Ankara, 2015, s. 175; Selahattin Sülhi Tekinay (Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, 1993, s. 46-47; Hüseyin Hatemi (Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı), Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 543.

2 Von Tuhr/Peter, s. 214; Ayiter, s. 118; Eren, s. 175; Oğuzman/Barlas, s. 203; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 321.

3 Eren, s. 175-176; Oğuzman/Barlas, s. 203.

4 Dural/Öğüz, s. 47; Murat Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004, s. 26.

5 Eren, s. 176; Ayiter, s. 119, 134; Dural/Öğüz, s. 48; Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2 (Çev. C. Edeger), 2. bs, Ankara, 1983, s. 216; Doğan, s. 26.

6 Ayiter, s. 134; Von Tuhr, s. 218.

Tasarruf yetkisi, üzerinde tasarruf edilen hakkın bir parçası olması sebebiyle, ancak kanunla kısıtlanabilir. Hukuki bir işlemle tasarruf yetkisinin kısıtlanması kural olarak mümkün değildir. Şayet tasarruf yetkisi, hukuki bir işlemle kısıtlanmış ise, bu sadece borçlandırıcı bir etkiye sahip olacak ve dolayısıyla hak sahibinin böyle bir taahhütte bulunması tasarruf işlemi yapmasına engel teşkil etmeyecektir.[7]

Tasarruf yetkisi kısıtlaması, tasarruf işlemine konu olabilecek haklar bakımından söz konusu olabilir ki, bunların başında taşınır ve taşınmazlar üzerindeki ayni haklar gelir. Taşınmazlar üzerindeki ayni haklar, özellikle mülkiyet hakkı bakımından getirilen tasarruf yetkisi kısıtlaması, tapu kütüğüne şerh edilebilmesi bakımından taşınırlardan ayrılmaktadır. TMK'nda tasarruf yetkisine ait kısıtlamanın tapu kütüğüne şerh edilebilmesi imkânı, yalnızca bir taşınmaz üzerindeki ayni haklara ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlamaları bakımından tanınmıştır.

TMK'nun 1010. maddesinde şerh edilebilir tasarruf yetkisi kısıtlamaları üç grupta toplanmıştır. TMK dışında bazı kanunlarda da tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerh edilmesini öngören düzenlemeler yer almakta olup aşağıda bunlar üzerinde de durulacaktır.

A- TMK'DA DÜZENLENEN TASARRUF YETKİSİ KISITLAMASINA İLİŞKİN ŞERHLER

TMK'da yer alan ana şerh türlerinden birisi tasarruf yetkisine ait kısıtlamanın şerhidir.[8] Konuya ilişkin genel düzenlemeye yer verilen 1010. maddede şerh edilebilir tasarruf yetkisi kısıtlamaları üç bent halinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, tapu kütüğüne ancak aşağıda sayılan sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları şerh edilebilir:

1- Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları,

2- Haciz, iflas kararı veya konkordato ile verilen süre,

3- Aile yurdu kurulması, art mirasçı atanması gibi şerh verilmesi öngörülen işlemler.

---

7 Von Tuhr/Peter, s. 215-216; Eren, s. 176; Von Tuhr, s. 211-212; Ayiter, s. 118, 135; Doğan, s. 23,30.

8 TMK'da şerhler kişisel hakların şerhi (m. 1009), tasarruf kısıtlamasının şerhi (m. 1010) ve geçici tescil şerhi (m. 1011) olmak üzere üçlü bir ayrımla ele alınmaktadır.

Söz konusu hükümde şerh edilebilir tasarruf yetkisi kısıtlamalarına ilişkin sınırlayıcı ancak tüketici olmayan bir sayıma yer verilmiştir. Zira üçüncü bentte kullanılan "gibi" edatı bu bentte sayılan işlemlerin örnek niteliğinde olduğuna işaret etmektedir.[9]

TMK'nun 1010/II. maddesine göre, bu kısıtlamaların tapu kütüğüne şerh edilmesi, onların taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazanmış olan herkese karşı ileri sürülebilmesini sağlar. Söz konusu hüküm, şerhin kural olarak tapu kütüğünü kilitlemediğine işaret etmektedir. Şöyle ki, kanun koyucu, şerh verilmekle tasarruf yetkisi kısıtlamasının sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceğini öngördüğüne göre, şerhe rağmen malik üçüncü kişilerle tasarruf işlemi yapabilmeli ki, bu işlemle hak kazananlara karşı şerh lehdarı kendi hakkını ileri sürebilsin. Bu itibarla TMK'nun 1010/II. maddesinden hareketle, şerhin kural olarak tapu kütüğünü kilitlemediği; şerhe rağmen malikin üçüncü kişilerle tasarruf işlemleri yapabileceği, ancak bu işlemlerle kazanılan hakların, şerh lehdarının hakları ile bağdaşmadığı ölçüde ona karşı ileri sürülemeyeceği sonucuna varmak mümkündür.[10]

TMK'nun 1010. maddesinin her bir bendinde amacı ve talepte bulunacak kişiler bakımından farklılık arz eden tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhlerine yer verilmiştir. Birinci bentte ayni hak değişikliğine sebep olabilecek bir kişisel hakkın, malikin tasarruflarına karşı korunmasının sağlanması amacıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 389 vd. maddeleri uyarınca alınacak ihtiyati tedbir niteliğindeki mah-

---

9 Doğan, s. 43, 77.

10 Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, 5. bs., Ankara, 2012, s. 158; Mehmet Ünal/Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 6. bs., Ankara, 2012, s. 404; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 6. bs., Konya, 2012, s. 353-354; Ethem Saba Özmen, "Türk Hukukunda Hacizlerin Şerhle Kazandığı Hukuki Nitelik ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçların İrdelenmesi", ABD, Y. 48, S. 2, 1991, s. 190; Doğan, s. 131-132; Akipek/Akıntürk, s. 322, 325; Bettina Deillon-Schegg, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht (Hrsgb.: Peter, Breitschmid/Alexandra, Rumo-Jungo), 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf, 2012, Art. 960, N.1, 2; Jürg Schmid, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, ZGB II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), (Hrsgb.: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Thomas Geiser), 3. Aufl., Basel, 2007, Art. 960, N. 1,2; Arthur Homberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV Das Sachenrecht, III. Abteilung Besitz und Grundbuch (Art. 919-977), 2. Aufl., Zürich, 1938, Art. 960, N. 3; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf, 2009, s. 109.

keme kararına dayalı olarak gerçekleşecek bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhi öngörülmüştür.[11] Tasarruf yetkisi kısıtlaması, mahkeme kararıyla birlikte değil, şerhin yapılmasıyla etkisini göstereceğinden, şerh kurucu niteliktedir.[12]

Belirtmek gerekir ki burada çekişmeli olan hak, ayni değil, kişisel nitelikte bir haktır.[13] Zira kanun koyucu ayni hak iddiasının bir güvence altına alınması gerekiyorsa, bunun geçici tescilin şerhi yoluyla sağlanacağını TMK'nun 1011/b.1. maddesinde düzenlemiştir. *Doğan'ın*[14] isabetli olarak belirttiği üzere, birbirini takip eden iki ayrı maddede ayni haklara ilişkin şerh düzenlenmiş olmayacağına göre, 1010/b.1. maddede çekişmeli hakkın kişisel hak olduğu sonucuna varılabilir. Diğer taraftan TMK'nun 1010/b.1. maddesine karşılık gelen mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 960/b.1. maddesinde kullanılan *"alacak hakları"* ifadesi de buradaki hakkın kişisel hak olduğuna işaret etmektedir.

Uyuşmazlık konusu kişisel hak, mülkiyetin devri veya sınırlı ayni hak kurulması borcunu doğuran satım, trampa, bağışlama, satış vaadi gibi bir sözleşmeden veya alım, önalım, gerialım gibi yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasından veya bir ölüme bağlı tasarruftan ya da doğrudan bir kanun hükmünden (TMK m. 724) doğmuş olabilir.[15] Bu hakka dayanan talebin taşınmaz maliki tarafından yerine getirilme-

---

11 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 15. bs., İstanbul, 2012, s. 220; A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Ankara, 2013, s. 236; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 12. bs., İzmir, 2015, s. 172; Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara, 2003, s. 12; Doğan, s. 43, 47; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 429; Selahattin Sülhi Tekinay (Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop), Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, 5. bs., İstanbul, 1989, s. 390; Esener/Güven, s. 158; Ünal/Başpınar, s. 361; Homberger, ZK, Art. 960, N. 10, 11; Schmid, BSK, Art. 960, N. 3, 4; Dieter Zobl, Grundbuchrecht, 2.Aufl., Zürich, 2004, s. 131; Deillon-Schegg, CHK, Art. 960, N. 3, 4; Henri Deschenaux, Schweizerisches Privatrecht, V/3,II, Sachenrecht (Hrsgb.: Arthur Meier-Hayoz), Basel, 1989, s. 670; Schmid /Hürlimann-Kaup, s. 108.

12 Deschenaux, SPR V/3,II, s. 670; Ünal/Başpınar, s. 404; Sirmen, s. 237; Doğan, s. 142.

13 Zobl, s. 131, 132; Schmid, BSK, Art. 960, N. 3; Deillon-Schegg, CHK, Art. 960, N. 1; Homberger, ZK, Art. 960, N. 11; Deschenaux, SPR V/3,II, s. 670; Ünal/Başpınar, s. 360; Gümüş, s. 12; Sirmen, s. 236; Ertaş, s. 172; Doğan, s. 45; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 429; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C. II, İstanbul, 2002, s. 642.

14 Doğan, s. 46.

15 Schmid, BSK, Art. 960, N. 3; Zobl, s. 132; Homberger, ZK, Art. 960, N. 11; Doğan, s. 46.

mesi sebebiyle söz konusu hak çekişmeli hale gelmektedir. Böyle bir durumda çekişme konusu olan kişisel hakkın sahibi, TMK'nun 716. maddesine dayanarak mahkemeden hakkının yerine getirilmesini talep edebilir. Ancak dava sonuçlanmadan önce, malikin yapacağı tasarruflarla kişisel hak sahibinin taşınmaz üzerindeki hakkını elde etmesi imkânsız hale gelebilir. Bu durumun önüne geçmek ve çekişmeli kişisel hakkı korumak için ihtiyati tedbir niteliğinde bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulur.

İşte TMK'nun 1010/b.1. maddesinde, ihtiyati tedbir niteliğindeki mahkeme kararına dayanan bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhi düzenlenmiştir.[16] Örneğin, sözleşmeden doğan ve şerh verilmemiş bir alım hakkını kullanmış olan kimse, aralarındaki sözleşmeye dayanarak malikten taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir. Bunun üzerine malik mülkiyeti devir borcunu yerine getirmekten kaçınırsa, alım hakkı sahibi TMK'nun 716. maddesi uyarınca açılan davada mülkiyetin kendisine intikaline karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu durumda mülkiyetin alıcıya geçmiş olduğuna karar verilinceye kadar alıcı, malikin tasarruflarına karşı hakkını güvence altına almak için mahkemeden bir karar alıp bunu TMK'nun 1010/b.1. maddesine dayanarak tapuya şerh ettirebilir.[17]

Bir taşınmaz üzerinde ayni hak değişikliğini gerektirecek uyuşmazlık konusu kişisel hakkın, malikin tasarruflarına karşı korunması için mahkemeden alınacak bir ihtiyati tedbir kararına dayanarak gerçekleşecek bu şerh, kural olarak tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin olup malikin tasarruf yetkisini kaldırmaz ve o taşınmaz için tapu kütüğünü tasarruflara kapatmaz.[18] Şerhe rağmen malikin taşınmaz üzerinde tasarruf işlemleri yapması ve bunlardan doğan hakları, şerhle bağdaşmasa dahi, tapu kütüğüne tescil ettirmesi mümkündür. Burada

---

16 Doğan, s. 47; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 220; Ertaş, s. 173; Sirmen, s. 236; Tekinay (Akman/Burcuoğlu/Altop), Eşya s. 284; Homberger, ZK, Art. 960, N. 10; Schmid, BSK, Art. 960, N. 4; Deschenaux, SPR, V/3,II, s. 670.

17 Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 429; Sirmen, s. 236; Doğan, s. 54.

18 Ancak uygulamada hâkim, tedbir kararında tasarruf yetkisi kısıtlamasını ve buna ilişkin şerhi yeterli koruma tedbiri olarak görmediğinden olsa gerek, davanın sonuçlanmasına kadar malikin o taşınmaz üzerinde her türlü tasarrufta bulunmasını yasaklayan ve böylece tapu kütüğünün tüm işlemlere kapatan bir ihtiyati tedbir kararı verebilmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 256; Sirmen, s. 237; Ertaş, s. 173; Doğan, s. 145; Homberger, ZK, Art. 960, N. 7, 8).

çekişmeli kişisel hakkın korunmasına ilişkin mahkeme kararının şerh edilmesi, bu şerhten yararlanan kişinin kişisel hakkının borçlusuna karşı ileri sürebileceği talepleri, şerhten sonra o taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlara karşı da yöneltebilmesini mümkün hale getirir (TMK m. 1010/II).[19]

Şerhten yararlanan kişi, kişisel hakkına dayanarak açtığı davanın lehine sonuçlanması halinde, lehine verilen kararın kesinleşmesiyle birlikte kendi adına mülkiyet hakkının veya diğer sınırlı ayni hakların tescilini talep edebilir.[20] Bu durumda şerhe rağmen taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olanlar şerh lehdarının hakkını elde etmesine katlanmak zorunda olup tasarruf yetkisi kısıtlamasını bilmediklerini ileri sürerek iyi niyet iddiasında bulunamazlar.[21]

TMK'nun 1010/b.2. maddesinde icra ve iflas hukukuna ilişkin bazı işlemler sonucu meydana gelen tasarruf yetkisi kısıtlamasının alenileştirilmesine yönelik bir şerh öngörülmüştür. Söz konusu hükümde taşınmazlara ilişkin olarak yapılan ve tasarruf yetkisi kısıtlaması sonucunu doğuran haciz, iflas kararı ve konkordatoyla verilen sürenin[22] şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Bu şerhin amacı, icra ve iflas hukukunda alacaklıyı korumaya yönelik olarak öngörülmüş tedbirlerin aleni hale getirilmesini ve böylece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlamaktır.[23]

Burada haciz, iflas kararı ve konkordatoyla verilen sürenin şerhi, ancak taşınmaz mülkiyetine veya taşınmaz malikine ilişkinse söz

---

19 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 256; Sirmen, s. 237; Tekinay/Akman/Burçuoğlu/Altop, Eşya, s. 382; Ünal/Başpınar, s. 404; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 438; Ertaş, s. 173; Ayan, s. 354; Doğan, s. 142 vd.; Gümüş, s. 13; Schmid, BSK, Art. 960, N. 5; Homberger, ZK, Art. 960, N. 21; Deschnaux, SPR V/3, II, s. 641; Zobl, s. 131.

20 Sirmen, s. 237; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 256; Doğan, s. 143; Gümüş, s. 13; Ünal/Başpınar, s. 404; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 437-438; Deschnaux, SPR V/3, II, s. 641.

21 Doğan, s. 143.

22 TMK'nun 1010/b.2. maddesine karşılık gelen İsviçre Medeni Kanunu'nun 960/b.2. maddesinde 16Aralık 1994 tarinde yapılan ve 1 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle iflas kararının ve konkordato için verilen sürenin şerhi imkanı kaldırılmıştır.

23 Gümüş, s. 13; Doğan, s. 43, 60, 157; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 438, 440; Ayan, s. 344; Ünal/Başpınar, s. 362, 404; Özmen, s. 193; Zobl, s. 133; Homberger, ZK, Art. 960, N. 29; Deschenaux, SPR V/3,II, s. 677, 684; Schmid, BSK, Art. 960, N. 10.

konusu olabilir. Buna karşılık öğretide[24], bir taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olan kişi hakkında iflas kararı veya konkordato süresi verilmesi ya da söz konusu sınırlı ayni hakkın haczi halinde, bundan doğan tasarruf yetkisi kısıtlamasının, TMK'nun 1010/b.2. maddesi kapsamında şerhinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Kişiye bağlı olarak kurulmuş ve tapu sicilinde ayrı sayfaya tescil edilmediği için taşınmaz mülkiyetinin konusu haline gelmemiş üst ve kaynak irtifakları devredilebilir nitelikleri gereği, haczedilebilecek değerler arasında yer alırlar. Ancak bu haklar, taşınmazın sayfasında tescil edilmiş olduklarından, taşınmaz sayfasına konulacak şerhle haczin alenileştirilmesi teknik olarak olanaklı görülmemektedir.

Haciz tamamlanmakla birlikte borçlunun haczedilen taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi hacze ilişkin meblağ oranında kısıtlanır. Haciz kararı tapu siciline şerh verilmeden önce hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar ve borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Tasarruf yetkisi kısıtlaması hacizle birlikte ortaya çıktığından, haciz kararı şerhi kurucu değil açıklayıcıdır. Ancak hacze ilişkin şerh yapılmadığı sürece haczi bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin, TMK'nun 1023. maddesi kapsamında tapu siciline güvenerek hacizden arınmış olarak, taşınmaz üzerinde hak kazanabilmeleri olanaklıdır.[25] Bunun neticesinde ise lehine haciz yapılan alacaklının zararına bir durum ortaya çıkabilir. İşte TMK'nun 1010/b.2. maddesi uyarınca verilecek haciz kararı şerhi, haczi ve ondan doğan tasarruf yetkisi kısıtlamasını aleni hale getirerek, haczedilen taşınmazı borçludan edinen kimseden ayni hak kazanacak olan üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf eder ve haczin tamamlanmasıyla ortaya çıkan tasarruf yetkisi kısıtlaması, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir.[26]

Hacizle gerçekleşen tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhi, tapu

---

24 Homberger, ZK, Art. 958, N. 5; Doğan, s. 60; Akipek/Akıntürk, s. 326.

25 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 256; Sirmen, s. 237; Gümüş, s. 13; Doğan, s. 63, 153, 159; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 393-394; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 438, 440; Özmen, s. 190, 195; Homberger, ZK, Art. 960, N. 32; Schmid, BSK, Art. 960, N. 11, 12; Deillon-Schegg, CHK, Art. 960, N. 7, 8; Deschenaux, SPR V/3, II, s. 677-678; Zobl, s. 133.

26 Homberger, ZK, Art. 960, N. 32; Zobl, s. 133; Deschenaux, SPR V/3,II, s. 638; Gümüş, s. 13-14; Sirmen, s. 238; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 257; Doğan, s. 63; Ertaş, s. 173; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 392; Özmen, s. 195.

kütüğünün tasarruflara kapatılması sonucunu doğurmadığından[27], hacizden sonra da malikin tasarruf işlemleri yapması mümkündür. Ancak haciz şerhinin etkisiyle, taşınmaz, hacizden sonra üzerinde kazanılan ayni haklar göz önüne alınmaksızın satışa çıkarılır. Haciz konusu taşınmazda hak kazananlar, taşınmazın paraya çevrilmesine katlanmak zorunda kalırlar[28] ve satış sonrasında sadece artık bakiye üzerinde hak sahibi olurlar.[29]

TMK'nun 1010/b.2. maddesinde şerhi öngörülen bir diğer tasarruf yetkisi kısıtlaması, iflas kararı sonucu meydana gelmektedir. İflas halinde, İİK'nun 191/I. maddesi uyarınca, iflas açıldıktan sonra, müflis borçlunun iflas masasına giren taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki tasarrufları alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. Taşınmazlarda bu sonucun ortaya çıkması bakımından iflas kararının şerh verilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Taşınmaz malikinin iflas sebebiyle tasarruf yetkisinin kısıtlanması, tapu kütüğüne verilecek iflas kararı şerhinden önce gerçekleşecektir. İflas kararının verilmesiyle iflasa bağlanan hüküm ve sonuçlar, iflas kararında belirtilen iflasın açılma anından itibaren ortaya çıkar.[30]

---

27 İİK'nun 91/I. maddesinde de taşınmazın haczi ile tasarruf yetkisinin TMK'nun 1010. maddesi anlamında kısıtlanacağı belirtilmiştir. Söz konusu hükümde haczedilen taşınmazın paraya çevrilene kadar muhafazası için haciz keyfiyetinin tapu siciline şerh verilmesi tedbiri öngörülmüştür. İlgili maddede TMK'nun 1010. maddesine atıfta bulunularak, şerhin malikin tasarruf yetkisini kaldırmayacağı ve tapu kütüğünü kilitlemeyeceği açıklığa kavuşturulmuştur (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 257; Doğan, s. 159; Özmen, s. 190).

28 Bu hususa ilişkin olarak Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 7.7.1965 tarih ve 1390 sayılı "Mülkiyet Hakkını Tahdit Edici Şerhler" konulu genelgesinde de malikin haczedilen taşınmazın mülkiyetini başkasına devredebileceği gibi, taşınmaz üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı ayni haklar da kurabileceği belirtilmiştir. Genelgede TMK'nun 1010/II. maddesine yer alan "Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir." hükmüne atıfta bulunulmuş olması, hacizden sonra taşınmaz üzerinde hak iktisap edenlerin, taşınmazın paraya çevrilmesine katlanmak zorunda olduklarına işaret etmektedir.

29 Gümüş, s. 14; Sirmen, s. 238; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 393; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 450; Özmen, s. 190, 200-201; Ünal/Başpınar, s. 405; Esener/Güven, s. 158; Doğan, s. 155, 162; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 257; Ertaş, s. 173; Karahasan, s. 643; Homberger, ZK, Art. 960, N. 24, 32; Deschenaux, SPR V/3, II, s. 677-678, 684-685; Schmid, BSK, Art. 960, N. 12; Zobl, s. 133.

30 Baki Kuru/Ramazan Aslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, 28. bs., Ankara, 2014, s. 477; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Sirmen, s. 238; Gümüş, s. 15; Doğan, s. 70, 168.

İflasın açılma anından itibaren müflisin iflas masasına dahil olan malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olacağından, TMK'nun 1010/b.2. maddesi kapsamında tapu kütüğüne verilecek iflas kararı şerhi, bu tasarruf yetkisi kısıtlamasını aleni hale getirecek bir etkiye sahiptir.[31] İflas kararının şerhiyle birlikte, müflisten hak kazanan, ancak bu kazanımı iflas masasına karşı hükümsüz olan kişiden ayni hak kazanacak üçüncü kişilerin iyiniyetleri bertaraf edilmiş olur ve müflisin tasarruflarının hükümsüzlüğünün sözü edilen üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi sağlanır. Müflis ile işlem yapan kişiler gibi, onlardan hak kazanan üçüncü kişiler de taşınmazın paraya çevrilmesine ve alacaklıların o taşınmazdan alacaklarını elde etmelerine katlanmak zorunda kalırlar.[32]

TMK'nun 1010/b.2. maddesinde son olarak konkordato ile verilen sürenin şerhi öngörülmüştür. Konkordato, borçlunun, borçlarının ödenmesi amacıyla yetkili makamları aracı kılarak alacaklılarıyla uzlaşmasıdır.[33] Konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen borçlu, icra mahkemesinden konkordato talebinde bulunur. İcra mahkemesi İİK'nun 285. maddesinde sayılan şartların varlığı halinde borçluya, kanunda belirtilen sınırlar içinde bir konkordato süresi verir. Konkordato ile verilen süre içinde, borçlu aleyhine icra ve iflas yoluyla takip yapılmaz, önceden başlamış takipler durur, ihtiyati haciz kararları uygulanmaz (İİK m. 289/I). Borçlunun bu süreden yararlanarak mallarını kaçırmasını önlemek için ise, İİK'nun 290. maddesinde sayılan işlemler bakımından tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır.[34] Buna göre, borçlu konkordato süresi verilmesinden itibaren, icra mahkemesinin izni olmaksızın taşınmaz mülkiyetini devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi halde yapılan işlem hükümsüzdür (İİK m. 290/II).

TMK'nun 1010/b.2. maddesi uyarınca konkordato ile verilen sürenin tapu kütüğüne şerh verilmesi, konkordato süresinin verilmesiyle

---

31 Doğan, s. 71, 172; Esener/Güven, s. 159; Ünal/Başpınar, s. 404.

32 Sirmen, s. 238; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Gümüş, s. 15; Doğan, s. 173-174; Akipek/Akıntürk, s. 326; Hoberger, s. 282-283.

33 Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 697; Doğan, s. 71.

34 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Ünal/Başpınar, s. 405; Karahasan, s. 644; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 395; Sirmen, s. 239; Doğan, s. 73.

ortaya çıkan tasarruf yetkisi kısıtlamasını alenileştirmektedir.[35] Zira tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhten önce mahkeme kararıyla meydana gelmektedir. Burada konkordato ile verilen sürenin şerhi, aynen iflastaki sonucu doğurur. Bu anlamda konkordato ile verilen sürenin şerhi, borçludan hak kazanımı geçerli olmayan kişilerden sicile güvenerek hak kazanan kişilerin iyi niyetlerini ortadan kaldırır.[36]

TMK'nun 1010/b.3. maddesinde, kanunun tasarruf yetkisi kısıtlaması meydana getirmesine olanak tanıdığı ve onun şerhini öngördüğü hukuki işlemlerden doğan tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhine yer verilmiştir. Kanun koyucu ilgili bentte bu işlemlerden aile yurdu kurulması ve art mirasçı atanması olmak üzere ikisine yer vermiştir. Söz konusu bentte kullanılan *"gibi"* ifadesi, buradaki sayımın tüketici olmadığına, kanunun başka hükümlerinde de tasarruf yetkisi kısıtlaması doğuracak hukuki işlemlerin şerhinin düzenlenmiş olabileceğine işaret etmektedir.[37]

Bir taşınmaz, malikin ve ailesinin konut ihtiyacını ve geçimini sağlamak üzere malikin talebi ve hâkim kararıyla aile yurdu haline getirebilir.[38] Aile yurdu haline getirilen taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunulamaz ve bu taşınmaz rehin konusu olamaz (TMK m. 391/I). Bu nedenle bir taşınmazın aile yurdu haline getirilebilmesi için mahkemenin karar vermesi tek başına yeterli olmayıp bu kararın ilgili taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına şerh verilmesi şart kılınmıştır (TMK m. 390). Aile yurdunun kurulmasıyla birlikte ilgili taşınmaz başkasına devredilemez, rehnedilemez, kiraya verilemez, malikin borcundan dolayı bu taşınmaz hakkında mahkeme eliyle yönetim hali saklı kalmak kaydıyla cebri icra yoluna başvurulamaz (TMK m. 391). Bu itibarla aile yurdu şerhi, aile yurdunun kurulması ve buna bağlı olarak tasarruf yetkisinin kısıtlanması sonucunu doğuran kurucu etkiye sahiptir. Başka bir ifadeyle tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhle birlikte ortaya çıkar.[39] Taşınmazın aile yurdu haline gelmesiyle birlikte

---

35 Ünal/Başpınar, s. 404; Doğan, s. 175

36 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Sirmen, s. 239; Gümüş, s. 15; Akipek/Akıntürk, s. 323; Doğan,s. 176.

37 Doğan, s. 43, 77.

38 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5.bs., İstanbul, 2012, s. 372; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. bs., Ankara, 2015, s. 1249; Sirmen, s. 239; Doğan, s. 77.

39 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 373; Öztan, s. 1252; Doğan, s. 79, 180; Sirmen, s. 239;

malik TMK'nun 391/I. maddesinde sayılan tasarruf işlemlerini kesin olarak yapamayacağından, malikin tasarruf yetkisinin söz konusu işlemler bakımından kısıtlanması ve dolayısıyla tapu kütüğünün bu işlemlerle sınırlı olmak üzere kilitlenmesi söz konusu olur.[40]

Art mirasçı ataması, miras bırakanın iki mirasçı atayarak, ön mirasçıya, ölümü veya belirli bir sürenin geçmesi ya da bir şartın gerçekleşmesi halinde mirası art mirasçıya geçirme borcu yüklediği maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur. Ön mirasçı kendisine bırakılan mirası, ölümünde veya şart gerçekleştiğinde ya da belirli bir sürenin geçmesiyle art mirasçıya geçirmekle yükümlü olarak kazanır. Ancak ön mirasçı miras yoluyla intikal eden malların maliki olduğundan, art mirasçıya intikal edinceye kadar bunlar üzerinde tasarruf edebilir.

Bu durum dikkate alınarak, art mirasçının beklenen hakkını teminat altına almak için ön mirasçının güvence göstermesi öngörülmüş, taşınmazlarda yeterli görülmesi halinde mirasçı geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilmesiyle de bu güvencenin sağlanabileceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 523/II). Bu düzenlemeye bağlı olarak TMK'nun 1010/b. 3. maddesinde ön mirasçının terekedeki taşınmazı art mirasçıya geçirme yükümlülüğünün tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak tapu kütüğüne şerh verilebileceği düzenlenmiştir.[41] Bu halde şerh, tasarruf yetkisi kısıtlamasının doğumunu sağlayan kurucu etkiye sahiptir. Şerhten önce ön mirasçının tasarruf yetkisi kısıtlanmış değildir.[42]

Mirası art mirasçıya geçirme yükümlülüğünün şerhi, tapu kütüğünü kilitlemeyeceğinden, ön mirasçı şerhten sonra da tasarruf işlemleri yapabilir. Ancak şerh, şerhten sonra ilgili taşınmaz üzerinde hak

---

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Ünal/Başpınar, s. 405; Akipek/Akıntürk, s. 324; Karahasan, s. 644; Gümüş, s. 29.

40 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Doğan, s. 180; Akipek/Akıntürk, s. 324; Deschenaux, SPR V/3,II, s. 676. Tapu kütüğünü bütün tasarruf işlemleri bakımından kilitleyeceği yönünde bkz. Sirmen, s. 239; Gümüş, s. 16; Ayiter, s. 148-149; Ayan, s. 355;Ertaş, s. 173; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 430,450.

41 Doğan, s. 80 vd., 180 vd.; Sirmen, s. 239; Karahasan, s. 644; Schmid, BSK, Art. 960, N. 24; Deillon-Schegg, CHK, Art. 960, N. 12; Homberger, ZK, Art. 960, N. 44; Zobl, s. 134.

42 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Sirmen, s. 239; Ünal/Başpınar, s. 405. Şerhin açıklayıcı nitelikte olduğunu savunan görüş için bkz. Doğan, s. 184; Schmid, BSK, Art. 960, N. 28, 31; Deschenaux, SPR V/3,II, s. 675.

kazananların, şerh edilen hakkın yerine getirilmesine, yani taşınmazın art mirasçıya geçmesine ve kendi haklarının terkinine katlanmak zorunda olmaları sonucunu doğurur.[43]

TMK'nun 1010. maddesi dışında bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhine 199/III. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin talebi üzerine, hâkim tedbir olarak diğer eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayabilir. Bu halde hâkim resen tasarruf kısıtlamasının tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verebilir. Taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlaması hâkim kararıyla meydana geldiğinden, şerh kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir.[44]

Bu bağlamda son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer şerh, TMK'nun 194/III. maddesinde öngörülen aile konutu şerhidir. TMK'nun 194/I. maddesine göre, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki eş, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş, taşınmazın aile konutu olarak özgülendiği hususunda tapu kütüğünde gerekli şerhin verilmesini isteyebilir (TMK m. 194/III). Sözü edilen bu aile konutu şerhinin hukuki niteliği tartışmalı olup[45] bir görüş bu şerhin de TMK'nun 1010. maddesi anlamında bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olduğunu savunmaktadır.[46]

---

43 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Sirmen, s. 239; Homberger, ZK, Art. 960, N. 46; Ertaş, s. 173; Ünal/Başpınar, s. 405; Doğan, s. 185; Gümüş, s. 16.

44 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 261; Gümüş, s. 86; Doğan, s. 194; Sirmen, s. 240.

45 Tartışmalar için ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Badur, "Eşin Rızası", *TBBD*, S. 109, Ankara, 2013, s. 258; vd. Ahmet Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002; Öztan, s. 315 vd.; Faruk Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, 3. bs. Ankara 2012; Şükran Şıpka, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, 2. bs., İstanbul 2004; Ömer Bağcı, "Aile Konutu Üzerinde Tasarruf", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 2, İstanbul 2007, s. 162 vd.

46 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 221; Sirmen, s. 237; Akipek/Akıntürk, s. 324; Ertaş, s. 174; Doğan, s. 189; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 163; Oğuzman/Barlas, s. 204; Gümüş, s. 36; Heinz Hausheer/Ruth Reusser/ Thomas Geiser, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung.: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Gütterrecht der Ehegatten, 1. Urteilband: Allgemeine Vorschriften, Kommentar zu Art. 181 – 195a ZGB, Der ordentliche Gütterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Kommentar zu Art. 196 – 220

B- DİĞER KANUNLARDA DÜZENLENEN TASARRUF YETKİSİ KISITLAMASINA İLİŞKİN ŞERHLER

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 7/III. maddesine göre, idare, kamulaştırma kararı verdikten sonra kamulaştırma kararının tapu kütüğüne şerh edilmesini, kamulaştırmaya konu taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu dairesine bildirir. Söz konusu maddede düzenlenen şerhin, kamulaştırmadan doğan tescili isteme hakkının korunmasına yönelik bir tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin şerh olduğu ileri sürülmektedir.[47]

5543 sayılı İskân Kanunu'nun 21. maddesine göre, göçmenlere, göçebelere, yerleri kamulaştırılanlar ile milli güvenlik dolayısıyla iskân hakkına sahip olanlara verilen taşınmazlar, temlik tarihinden itibaren on yıl süreyle satılamaz, bağışlanamaz, rehnedilemez, tapu kütüğüne satış vaadi şerhi konulamaz ve haczolunamaz. Bu taşınmazların tapularına bu yolla kayıt düşülür. Kanun koyucu söz konusu düzenlemede açıkça şerhten söz etmeyip söz konusu kısıtlamanın ilgili taşınmazın tapu kütüğüne kayıt edileceğini öngörmüş ise de, öğretide bu kayıt şerh olarak yorumlanmaktadır.[48]

Türk Ticaret Kanunu'nun 128/II. maddesine göre, bir ticaret şirketi sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapu kütüğüne şerh verildiği takdirde ayni sermaye olarak kabul olunur. Hükümden anlaşıldığı üzere, şirkete sermaye olarak taşınmaz konulması durumunda, taşınmaz üzerinde yapılacak tasarrufların şirket ortaklarına karşı etkili olmamasını sağlamak üzere tapu kütüğüne şerh edilmesi imkânı getirilmiştir. Burada şirketin tüzel kişilik kazanmakla birlikte elde edeceği mülkiyet hakkını korumak üzere, getirilen bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi söz konusu olmaktadır.[49]

ZGB, Bern, 1992, Art. 169, N. 38.

47 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 223; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 431; Sirmen, s. 241. Söz konusu düzenlemenin maddi anlamda bir şerh değil, beyan öngördüğü yönündeki görüş için bkz. Doğan, s. 117.

48 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 223; Sirmen, s. 241; Hatemi (Serozan/Arpacı), s. 431. Bu kaydın, mülkiyet hakkının kamu hukukundan doğan bir kısıtlamasını açıklayıcı nitelikte olması dolayısıyla beyan olarak yazılması gerektiğini kabul eden görüş için bkz. Doğan, s. 125.

49 Sirmen, s. 241; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 223.

Son olarak yakın tarihte yapılan bir değişiklikle, TeMK'na 20/A maddesi eklenmiş ve bu maddede yeni bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, TeMK'nda ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bazı suçlar nedeniyle zarar gören gerçek ve tüzel kişilerle kamu kurum ve kuruluşlarının zararlarının tazmini amacıyla, şüpheli ve sanıkların taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkileri ceza hâkimi kararıyla kısıtlanabilir. Kısıtlama kararının tapu siciline şerh edilmesi gereklidir. TeMK'nda yer verilen bu yeni tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi, çalışmanın konusunu teşkil etmekte olup aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

II- TeMK'DA DÜZENLENEN TASARRUF YETKİSİ KISITLAMASINA İLİŞKİN ŞERH

TeMK'nun 20/A maddesinde *"Zararların tazmini amacıyla tedbir konulması"* kenar başlığı altında *"Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve bu Kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini amacıyla, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından şüpheli veya sanıklara ait taşınmazların veya kara, deniz ya da hava ulaşım araçlarının devir ve temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine karar verilebilir."* hükmü düzenlenmiştir.

Maddenin devamında taşınmazlarla ilgili kararın tapu kütüğüne; kara, deniz ve hava ulaşım araçlarıyla ilgili kararın ise bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacağı hükmü yer almaktadır. Maddenin son cümlesi *"Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi halinde veya şerhin konulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerh kendiliğinden terkin edilir."* ifadesiyle şerhin terkin sebeplerinin açıklanmasına ayrılmıştır.

Maddenin ilk cümlesinin kaleme alınışı, zararların tazmini amacıyla alınan tedbirin, şüpheli veya sanıkların tasarruf yetkilerinin kısıtlanması değil de bu kısıtlamanın şerhi olduğu fikrini uyandırmaya müsaittir. Zira madde metninde *"… şüpheli veya sanıklara ait taşınmazların … devir ve temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf*

yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine karar verilebilir." ifadesi kullanılmıştır.

Öncelikle ifade edilmesi gereken, *"devir ve temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf yetkisini kısıtlamak"* ifadesinin yerine sadece *"tasarruf yetkisini kısıtlamak"* kalıbının kullanılmasının aynı amaç ve anlama ulaşmak için yeterli olduğudur. Zira malikin taşınmazı üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanınca, zaten bu taşınmazı hukuken geçerli bir şekilde devir ve temlik etmesi veya sınırlı ayni hakla kayıtlaması[50] imkânı elinden alınmaktadır.

TeMK'nun 20/A maddesinin ilk cümlesiyle ilgili açıklığa kavuşturulması gereken ikinci nokta, hâkim kararının yöneldiği asıl amacın taşınmazların üzerine tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhin konulması değil; malik olan şüpheli veya sanıkların, taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanması olduğudur. Maddede kullanılan *"… tasarruf yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine karar verilebilir."* ifadesi bu açıdan pek yerinde bir tercih olmamıştır.

Zira malikin tasarruf yetkisini kısıtlayan mahkeme kararları açısından genel kabul görmüş olan kural, kararın verilmesiyle birlikte, malikin tasarruf yetkisinin kısıtlanması ve bunun şerhle aleni hale getirilmesidir. Başka bir ifadeyle malikin tasarruf yetkisi şerhin konulduğu anda değil, hâkimin karar verdiği anda kısıtlanır. Bunun anlamı, şerhin etkisinin kurucu değil açıklayıcı olduğudur.

A- AMACI

Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin yanı sıra Anayasa'nın 35. maddesiyle de güvence altına alınmış bir haktır. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında bu hakkın sınırlanmasına yönelik amaç ve yöntem belirlemesi de yapılmıştır. Buna göre mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

TeMK'nun 20/A maddesiyle yapılan düzenlemenin mülkiyet hakkını sınırlayıcı nitelik taşıdığına dair bir şüphe bulunmamakla birlik-

50 Madde metninde kullanılan "bunlarla ilgili hak tesisini önlemek" kalıbında yer alan "hak" kelimesinin sınırlı ayni hakları işaret ettiği düşünülmektedir.

te, bu düzenlemenin kamu yararı amacıyla yapıldığının düşünülmesi mümkündür. Anayasa'nın 35/2. maddesinin açık hükmü karşısında, TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin kararın ve bu kısıtlamanın şerhinin ilk amacı kamu yararının sağlanmasıdır.

Düzenlemenin amacı, aslında madde kenar başlığında bile "*Zararların tazmini amacıyla tedbir konulması*" olarak belirtilmiştir. Hangi zararların tazmini için bu tedbirin konulabileceğine ilişkin açıklama madde metninde yapılmış ve Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve TeMK kapsamına giren suçlar nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini amacıyla, tasarruf yetkisinin kısıtlanabileceği açıklanmıştır.

TCK'nun anılan bölümleri sırasıyla Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ve son olarak Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk olarak ayrıma tabi tutulmuştur.. TeMK'nun 20/A maddesinin uygulanmasının gündeme gelmesi için şüpheli veya sanıkların fiillerinin ya TCK'nun anılan bölümlerinde yer alan suçlarla ya da TeMK'nda düzenlenen suçlarla örtüşmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte şüpheli veya sanıkların tasarruf yetkilerinin kısıtlanabilmesi için suç şüphesi yeterli değildir. Zira TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen tedbir, suçun önlenmesine veya ceza yargılamasına ilişkin bir nitelik taşımaz. Maddenin uygulanabilmesi için anılan suç tiplerine ilişkin fiiller sonucunda gerçek veya tüzel kişilerin veya kamu kurum ve kuruluşlarının zarara uğradığının düşünülmesi gereklidir.

Bu zararın bir mahkeme kararıyla tespit edilmesi veya tazminine hükmolunması ve hatta bunlara yönelik davanın açılmış olması, TeMK'nun 20/A maddesinin uygulanabilmesi için aranan şartlardan biri değildir. Yani zarar şüphesinin varlığı yeterlidir. Aslında suç ve haksız fiillere ilişkin kesişim kümesi, oldukça zengindir. Suç niteliği taşıyan pek çok eylem, aynı zamanda haksız fiil olarak da değerlendirilmeye uygundur. Bu nedenle suçun işlendiğine yönelik kuvvetli şüphe, zararın varlığı yönünde bir emare olarak kabul edilebilir.

Maddede zararının tazmin olunması amaçlanan kişiler, gerçek-tüzel kişiler ya da kamu kurum ve kuruluşları olarak belirlenmiştir. Yani zarar gören, herhangi bir kişi olabilir. Buna karşılık zarar türü açısından bir belirleme yapılmamıştır. Bunun anlamı suç teşkil eden fiille nedensellik bağı kurulduğu sürece maddi-manevi, kişiye veya eşyaya ilişkin ve yansıma yoluyla zararların ya da yoksun kalınan karın tazmini amacıyla şüpheli veya sanıkların tasarruf yetkisinin kısıtlanabileceğidir.

Maddenin kenar başlığında da vurgulandığı gibi, şüpheli veya sanıkların tasarruf yetkilerinin kısıtlanması, nihai kararla hükmolunan bir yaptırım değil; tedbir niteliğindedir. HMK'nda düzenlenen tedbirlerin, maddenin kapsamına giren suç tipleri nedeniyle uğranılan zararların tazminini sağlamak konusunda yeterli olmayacağı endişesiyle düzenlenen madde, ceza hâkimine, zararın tazminine yönelik bir özel hukuk tedbirine hükmetme yetkisi tanıması bakımından benzerine az rastlanır niteliktedir.

Özel hukukta hüküm ve sonuç doğuran bu tedbire hükmetme yetkisinin ceza hâkimine tanınmasının amacı, suçla karşı karşıya olan yargıç olmasının zamansal avantajını kullanabilecek olmasıdır. Hukuk hâkiminin tedbir talebi veya tazminat istemiyle karşılaşmasından çok önce ceza hâkimi suça veya suç şüphesine vakıf olmaktadır. Ayrıca ceza yargılamasının harekete geçmesiyle, şüpheli veya sanıkların ileride açılacak tazminat davalarını ve hükmolunacak tazminat kararlarını etkisizleştirmek için muvazaalı olsun olmasın bir takım tasarruf işlemleri yapma olasılıkları yükselmektedir.

TeMK'nun 20/A maddesinin uygulanabilmesi için gerekli şartların oluşması üzerine, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebiyle sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında ise ilgili ceza mahkemesi; şüpheli veya sanıkların gerek bizzat gerekse temsilcileri aracılığıyla yapacakları tasarruf işlemleri aracılığıyla taşınmazlarını, hükmolunacak tazminatların tahsilini güçleştirmek veya olanaksız hale getirmek amacıyla malvarlıklarından çıkartmalarını engelleyecektir.

B- UYGULAMA ALANI

Giriş bölümünde açıklandığı üzere, TeMK'nun 20/A maddesinde şüpheli veya sanıklara ait her türlü mal varlığı değeri üzerinde değil;

bu kişilerin malvarlıkları içinde yer alan taşınmazları veya kara, deniz ya da hava ulaşım araçları üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanıklara ait ulaşım aracı dışına kalan taşınır eşya, banka hesabı veya şirket ortaklık payı gibi malvarlığı unsurlarının yanı sıra; alacak hakkı, marka, patent gibi maddi varlığı olmayan malvarlığı değerleri üzerinde bu maddeye dayanılarak tasarruf yetkisi kısıtlamasına hükmolunabilmesi mümkün değildir.

TeMK'nun 20/A maddesinde, şüpheli veya sanığın mülkiyetinde yer alan taşınmaz türleri arasında bir ayrım yapılmamıştır.[51] Bundan anlaşılması gereken şüpheli veya sanıklara ait olan tüm taşınmaz türlerinin, maddenin uygulama alanına dâhil olacağıdır. TMK'nun 704. maddesinde, üç tür taşınmaz belirlenmiştir. Bunlar arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilebilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerdir. Tüm bu taşınmazların üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına karar verilebilir. Karara konu taşımaz bir arazi veya bağımsız ve sürekli hak ise tapu kütüğüne; kat mülkiyetine tabi bir bağımsız bölüm ise kat mülkiyeti kütüğüne şerh konulacaktır.

Buna karşılık, şüpheli veya sanıkların, başkalarının mülkiyetinde olan taşınmazlar üzerinde sahip oldukları sınırlı ayni haklar (bağımsız ve sürekli irtifak olarak değerlendirilip tapu kütüğünde ayrı sayfa açılmadıkça) maddenin uygulama alanı içinde değerlendirilemezler. Zira maddede tahdidi bir sayma yolu benimsenmiş ve haklar (ister alacak hakları ister sınırlı ayni haklar olsun) bu saymaya dâhil edilmemişlerdir. Örneğin şüpheli veya sanığa 30 yıldan az bir süre için tanınmış olan üst veya kaynak hakkının (bu haklar TMK çerçevesinde taşınmaz olarak değerlendirilmeye elverişli olmadığından ve madde-

[51] Maddenin ikinci cümlesinde "Taşınmazlarla ilgili karar tapu kütüğüne …" ifadesi kullanılmıştır. TMK'nun 997/2. maddesi gereğince tapu sicili, tamamlayıcı sicillerin yanı sıra, tapu kütüğü ve kat mülkiyeti kütüğünden oluşur. Yani tapu sicili birden fazla kütüğü kapsayan bir üst kavramdır. Tapu kütüğü ise tapu sicili kavramı içerisinde yer alan defterlerden sadece birisidir. Maddede kullanılan ifadenin üst başlık olan tapu sicili yerine sadece arazileri ve bağımsız ve sürekli irtifakları konu alan tapu kütüğü olarak belirlenmiş olması, lafzi bir yorumla, kat mülkiyetine tabi taşınmazların madde kapsamı dışında bırakıldığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira aksi halde şüpheli veya sanıkların mülkiyetindeki araziler üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanabilmesi, buna karşılık kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanamaması gibi mantıkla bağdaşmaz bir sonuç ortaya çıkacaktır.

de sadece şüpheli veya sanıklara ait taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmasından söz olunduğundan) devrinin kısıtlanması mümkün değildir.

Paylı mülkiyete konu olan bir taşınmaz üzerinde, şüpheli veya sanığın pay sahibi olması durumunda, TeMK'nun 20/A maddesi uyarınca, pay üzerinde tasarruf kısıtlaması kararı verilip verilemeyeceği de üzerinde durulması gerekli bir diğer konudur. Bir açıdan bakıldığında madde, temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren her norm gibi genişletici yorumlara kapalı olarak değerlendirilmelidir. Yani maddede kullanılan ifade *"… şüpheli ve sanıklara ait taşınmazların …"* olduğuna ve paylı mülkiyet konusu taşınmaz üzerindeki pay taşınmaz olarak nitelenemeyeceğine göre (zira pay taşınmaz üzerinde değil, mülkiyet hakkı üzerindedir), şüpheli veya sanıkların taşınmaz üzerindeki mülkiyet payları için tasarruf yetkisi kısıtlamasına hükmolunamamalıdır.

Diğer açıdan bakıldığında ise şüpheli veya sanığın taşınmaz mülkiyetine benzer şekilde üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir payı bulunmaktadır. TMK'nun 688/3. maddesi uyarınca bu pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir. Yani alacaklılar açısından bakıldığında şüpheli veya sanığın malvarlığında bir taşınmaz olmasıyla paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın payının olması arasında fark bulunmamaktadır. Madde amaçsal yorum yöntemiyle değerlendirildiğinde, şüpheli veya sanıklara ait taşınmaz mülkiyeti paylarının da uygulama alanı içinde kabul edilmesi ve bu taşınmazın sayfasına şerh olunması mümkün olacaktır. Buna karşılık şüpheli veya sanıkların üzerinde elbirliği mülkiyeti kurulu bir taşınmazın ortaklarından olmaları durumunda, TeMK'nun 20/A maddesinin uygulanabilmesi olası görülmemektedir.

Hâkimin hükmedeceği tedbir kararı, şüpheli ve sanıkların tasarruf yetkilerine yöneliktir. Bu kararla, şüpheli veya sanıkların fiil ehliyetlerinin kısıtlanması mümkün olmadığından, taşınmazlarını konu alan borçlandırıcı işlemleri yapmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Örneğin taşınmazın kiraya verilmesi, tasarruf yetkisi kısıtlanmış şüpheli veya sanıkların yapabilecekleri hukuki işlemlerdendir.[52] Maddenin amacının, suçtan zarar görenlerin zararlarının tazminini sağ-

[52] Maddede kullanılan "bunlarla ilgili hak tesisini önlemek" ifadesiyle sınırlı ayni hak tesislerinin kast olunduğunun düşünüldüğü yukarıda belirtilmiştir.

lamak olduğu göz önünde bulundurulduğunda; taşınmaz üzerinde yapılan kişisel hak kazanımlarının, bu amaca ulaşılmasını, ayni hak kazanımları kadar engellemeyeceği düşünülebilir.

Konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken son nokta, üzerine şerh konulacak taşınmazların kararda ferden (teker teker) belirlenmesinin gerekli olup olmadığı meselesidir. Kararda şüpheli veya sanığın Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yer alan tüm taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlandığının belirtilmesi yeterli midir; yoksa bu taşınmazların üzerine şerh konulacağı da düşünüldüğünde kararda ferden tayin edilmeleri zorunlu mudur?

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 128. maddesinde düzenlenen elkoyma kararının verilebilmesi için elkoyulan taşınmazların somut olarak belirlenmesi şartı aranmaktadır. Buna karşılık TeMK'nun 20/A maddesinde malikin tasarruf yetkisinin kısıtlanacağı taşınmazlarla ilgili olarak böyle bir betimleme yapılmamıştır. Maddede bu konuda bir boşluk olmasına rağmen, kararda taşınmazların ferden tayin edilmesi gerekliliğinin benimsenmesi daha yerinde bir çözüm yolu olacaktır. Özellikle bu taşınmazların üzerine şerh de konulacağı düşünüldüğünde, hâkim kararında teker teker sayılmaları hem hukuki belirlilik ilkesine uygun olacak hem de uygulamada yaşanacak karışıklıkların önüne geçilmesini sağlayacaktır.

C- KONULMASI VE TERKİNİ

TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisinin kısıtlanması kararı, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi; kovuşturma aşamasına geçilmiş ise mahkeme tarafından verilebilir. Kovuşturma aşamasında bu yönde karar verilebilmesi için Cumhuriyet savcısının talepte bulunması şartı aranmamıştır. Başka bir ifadeyle yargılama faaliyeti sırasında, görevli mahkeme resen bu yönde karar verebilir.

Tapu Sicili Tüzüğü'nün[53] (TST) 48. maddesinin kenar başlığında *"Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler için aranacak belgeler"*, 49. maddesinin kenar başlığında ise *"Tasarruf hakkını yasaklayan şerhler için aranacak belgeler"* ifadeleri kullanılmak suretiyle yasa koyucu tarafından

53 28738 sayılı ve 17.08.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

yapılmayan tasarruf yetkisini kısıtlayan-tasarruf hakkını yasaklayan şerhler ayrımı, Tüzük vasıtasıyla düzenlenmiştir. Her iki maddede de TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen şerhin konulmasıyla ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır.

Bununla birlikte TST'nün 48/c bendinde çekişmeli hakların korunması için mahkeme kararı, 49/a bendinde ihtiyati tedbir için mahkeme kararı veya yazısı, 49/d bendinde eşlerden birinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması halinde mahkeme kararı aranacağı düzenlemelerine kıyasen, TeMK'nun 20/A maddesi gereğince konulacak şerh için de mahkeme kararı (veya yazısı) aranması gerekmektedir.

Tüzük'ün 48. ve 49. maddelerinin son bentlerinde ilgili şerh türleri için kanunda belirtilen belgelerin de aranacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, şerhi getiren TeMK'nun 20/A maddesinde şerhin konulması için varlığı aranacak bir belgeye yer verilmemiştir. Şüpheli veya sanıkların tasarruf yetkisini kısıtlayan hâkim, kısıtlamaya ve bunun şerhine ilişkin kararını karar konusu taşınmazların bulunduğu yer tapu sicili müdürlüğüne resen bildirmelidir.

Tasarruf yetkisini kısıtlayan pek çok şerh düzenlemesinin aksine, TeMK'nun 20/A maddesinde tedbir niteliğinde olan bu kısıtlamaya ilişkin şerhin nasıl terkin olunacağı da düzenlenmiştir. Maddenin son cümlesine göre kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi halinde veya şerhin konulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerh kendiliğinden terkin edilir.

Şüpheli veya sanıkların tasarruf yetkisine ilişkin kısıtlamanın kaldırılması ve kısıtlamayı alenileştiren şerhin terkini için öngörülen ilk yolda, bu yönde bir hâkim kararına gerek görülmemiştir. Savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararının kesinleşmesi, şerhin terkini için yeterli bulunmuştur. Ancak kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın kesinleşmesiyle terkin olunabilecek şerhlerin, soruşturma aşamasında savcının talebi üzerine, sulh ceza hâkimi tarafından konulmuş şerhler olduğu açıktır.

TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen şerhin terkinine ilişkin

ikinci yol, şerhin konulduğu tarihten itibaren bir yıllık bir sürenin geçmesidir. Maddede belirlenen süre tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına dair karardan değil, şerhin konulma tarihinden başlayacaktır. Sürenin dolmasıyla birlikte, şerh tapu sicil memuru tarafından resen terkin olunacaktır. Madde metninde kullanılan *"kendiliğinden"* terimi, taşınmazın malikinin bu yönde bir talebi olmasa bile terkinin yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Bir yıllık sürenin dolmasıyla şerhin kendiliğinden terkin edilmesinin istisnası ise bu süre zarfında şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesince verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararının ibraz edilmesidir. Öncelikle belirtilmesi gereken, hukuk mahkemesi hâkiminin vereceği ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararının, ceza mahkemesi tarafından verilen karardan bağımsız olduğudur. Madde metninde *"şerhin devamı yönünde"* ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, hukuk hâkiminin vereceği ihtiyati haciz veya tedbir kararı bu şerhten bağımsız hüküm ve sonuç doğurmaya uygundur. Bununla birlikte kararlara konu taşınmazın üzerinde hali hazırda tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerh bulunduğundan; hukuk hâkiminin verdiği ihtiyati haciz veya tedbir kararıyla yeni bir şerh daha konulmayacak, sadece var olan şerhin süre nedeniyle kendiliğinden terkininin önüne geçilmiş olacaktır.

Maddenin kaleme alınışında seçilen ifadelerle ilgili olarak üzerinde durulması önem taşıyan bir diğer nokta, hukuk mahkemesince verilen kararın ibraz edilmesi gerekliliğidir. Bu kararın kim tarafından ve kime ibraz edileceği ise belirsiz bırakılmıştır. Hukuk muhakemesine hâkim olan ilkelerden biri taleple bağlılık olduğuna göre, hukuk hâkiminin ihtiyati haciz veya tedbir kararı verebilmesi için bunun talep edilmiş olması zorunludur. Cumhuriyet savcısına bu yönde bir talep hakkı yasada verilmediğine göre, söz konusu talepte bulunabilecek olan kişiler zarar görenler olacaktır. Suçtan zarar görenlerin talebi üzerine verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararı, zaten mahkeme tarafından tapu sicil müdürlüğüne bildirilecektir. Takip edilmesi öngörülen tahmini hukuki süreç bu olduğuna göre, hukuk mahkemesince verilen karar yine mahkeme tarafından taşınmazın bulunduğu yer tapu sicil müdürlüğüne gönderilecektir.

Buna karşılık şerhin gerek soruşturma aşamasında konulmuş olup kovuşturma aşamasına geçilmesi, gerekse doğrudan kovuşturma aşamasında konulmuş olması halinde, maddede öngörülen sürenin dolmasına ilişkin yol hariç olmak kaydıyla, nasıl kaldırılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin ceza yargılamasının şerhin konulmasının üzerinden bir yıl geçmeden önce beraatla sonuçlanması ve hukuk mahkemesince verilen bu yönde bir kararın da yokluğu durumunda, şerhin terkininin nasıl gerçekleşeceği düzenlenmemiştir.

Bu örnekte tasarruf yetkileri kısıtlanmış kişilerin şerhin terkinini talep etmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi uyarınca hukuk mahkemesi hâkimi ceza yargılamasının beraat kararıyla bağlı olmasa da, henüz zarar görenler harekete geçerek ihtiyati haciz veya tedbire ilişkin bir talepte bulunmadıkları (veya bu yöndeki talepleri reddolunduğu) için, ceza mahkemesince konulmuş şerhin terkininin önünde bir engel kalmamış demektir.

Yargıtay[54], tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerhin terkini talebiyle ilgili önüne gelen uyuşmazlıkta "*Şerhten amaç; dair bulunduğu hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırmaktır. Bu yönü ile şerh ayni bir etki özelliğini gösterir. Yasal dayanağı kalmadığında ise terkini istenilebilir.*" ifadesini kullanarak, işlevi sona eren şerhlerin terkin olunacağını açıkça belirtmiştir.

Şerh kararırının kaldırılmasına ilişkin bir diğer yol da ceza yargılamasında ilişkindir. CMK'nun 268. maddesinde tedbir kararına karşı kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde itiraz yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Yapılan itirazların reddedilmesi halinde, şerh üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağı açıktır. İtiraz edilmesi aynı Kanun'un 269. maddesine göre, itiraz kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz. Ancak kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, kararın geri bırakılmasına hükmedebilir. Eğer itiraz yerinde görülürse, malikin tasarruf yetkisi kısıtlaması ortadan kalkar ve buna ilişkin şerh, eğer hali hazırda konulmuşsa terkin olunur.

54 Y. 14. HD, E. 2012/11856, K. 2012/14168, T. 05.12.2012.

D- ETKİSİ

TeMK'nun 20/A maddesinde taşınmazlarla ilgili kararın tapu kütüğüne; kara, deniz ve hava ulaşım araçlarıyla ilgili kararın ise bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacağı hükmü yer almaktadır. Kullanılan *"… şerh verilmek suretiyle icra olunur."* ifadesi, tasarruf yetkisi kısıtlamasının, tapu siciline şerhin konulmasıyla başlayacağı fikrini uyandırsa da kural olarak hakim kararıyla tasarruf yetkisi sınırlanır ve bu sınırlama şerhle alenileştirilir.

Kısıtlama kararının verilmesiyle, şerhin konulması arasında geçen zaman içersinde malik (veya yetkili temsilcisi), taşınmazı devredecek veya sınırlı ayni hakla kayıtlayacak olursa, TMK'nun 1023. maddesi gereğince iyiniyetli olmaları koşuluyla malikle işlem yapan kişilerin kazanımlarının korunması gereklidir. Bu fikrin temelinde tapu siciline güven ilkesinin, tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin tasarruf yetkisine sahip olduğuna dair duyulan güveni de kapsadığı düşüncesi yatmaktadır. Ayrıca malikin henüz tasarruf yetkisi kısıtlaması kararı verilmeden önce yaptığı tescil taleplerinin (yevmiye defterine işlenmesi kaydıyla), ilgili kütüğe geçirilmesi gerektiği konusunda da bir şüphe yoktur.

Yukarıda da belirtildiği üzere TMK'nun tasarruf yetkisini kısıtlamalarına ilişkin şerhlere dair genel düzenleme normu olan 1010. maddesinde, bu tür şerhler bir ayrıma tabi tutulmadan düzenlenmiştir. Yani TST'nün 48 ve 49. maddelerinde yapılan tasarruf yetkisini kısıtlayan-tasarruf hakkını yasaklayan şerhler ayrımı, yasal dayanaktan uzaktır. Bununla birlikte uygulamadan da tasarruf yetkisini kısıtlayan şerh konulduğu zaman, malikin taşınmazı üzerindeki tescil taleplerinin gerçekleştirildiği; buna karşılık tasarruf hakkını yasaklayan şerh konulduğu zaman, malikin taşınmazına ait kütük sayfası üzerine hiçbir tescilin yapılmadığı bilinmektedir. Bu şerh türünün etkisine sayfanın ya da sicilin kilitlenmesi adı da verilmektedir.

TMK'nun 1010/2. maddesinde yer verilen *"Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir."* hükmü, aslında tapu sicilinin kilitlenmemesine, yani şerh konulduktan sonra da malikin o taşınmaz üzerinde ayni hak kurucu işlem yapabilmesine olanak sağlamaktadır. Hatta şerhin

işlevi, malikin bu tür işlemleriyle hak kazanan kişilere karşı, malikin tasarruf yetkisindeki eksikliğin ileri sürülebilmesinin sağlanmasıdır. Böylece şerhin konulmasıyla birlikte malikten ayni hak kazanan kişilerin iyiniyet iddiaları ve TMK'nun 1023. maddesi çerçevesinde hak kazanma ihtimalleri ortadan kalkmaktadır.

Ancak TeMK'nun 20/A maddesinin uygulanmasıyla ilgili öngörümüz, bu maddeyle getirilen şerhin, TST'nün 49. maddesinde kullanılan ifadeyle tasarruf hakkını yasaklayan veya tapu sicilini kilitleyen şerhlerden biri olarak yorumlanacağı ve uygulanacağıdır. TST'nün 49/e maddesinde kullanılan "*Kanunların yasaklayıcı şerh verilmesini öngördüğü diğer haller*" ifadesi de bu sonuca ulaşılmasını mümkün kılar. Yani şerhin konulmasıyla birlikte, şerhe konu olan taşınmaz üzerinde herhangi bir ayni hak kazanılması mümkün olmayacaktır.

III- TASARRUF YETKİSİNİ KISITLAYAN DİĞER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisi kısıtlamasının ve buna ilişkin şerhin Türk Hukuku'nda benzediği temel kavramların başında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) "*Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma*" kenar başlıklı 128. maddesinde düzenlenen elkoyma gelmektedir. Bu maddeye göre, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanıklara ait taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulundukları şirketlerdeki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine elkonulabilir.

Somut olarak belirlenen bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine ilişkin elkoyma kararına hükmedilebilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması zorunludur. Taşınmazlara elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir.

CMK'nun 128/9. maddesine göre, elkoymaya ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oybirliği aranır. CMK'nun 131. maddesi uyarınca elkonulmuş eşyanın soruşturma veya kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağının anlaşılması halinde, istem üzerine veya resen, iadesine karar verilebilir. İade kararını cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme verebilir.

İki madde arasındaki farklılıklardan en belirgin olanı, CMK'da düzenlenenin ceza muhakemesi açısından alınan bir tedbir; buna karşılık TeMK'da düzenlenenin hukuk muhakemesi açısından alınan bir tedbir olması suretiyle farklı amaçlara hizmet etmeleridir. Elkoyma kararının verilebilmesi için, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve elkonulacak değerin bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe bulunması gerekir. Buna karşılık TeMK'nun 20/A maddesi çerçevesinde üzerine şerh konulacak taşınmazın suçtan elde edilmiş olması şartı aranmamıştır. Hatta bu taşınmaz şüpheli veya sanıklara, miras gibi kanuni kazanım yollarıyla bile intikal etmiş olabilir.

Ayrıca TeMK'da şüpheli ve sanıklara ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli bir suç şüphesinin varlığı, çeşitli kurumlardan rapor alınması gibi şartların varlığı da aranmamıştır. Elkoyma kararı, şüpheli veya sanıkların malvarlığına dair tüm taşınır, taşınmaz, ulaşım araçları, hak ve alacaklar gibi tüm unsurlara ilişkinken; tasarruf yetkisi kısıtlama kararı sadece taşınmazları ve ulaşım araçlarını konu alabilir.

İki maddenin kesişim alanlarından biri, elkoyma kararıyla tasarruf yetkisi kısıtlaması kararına hükmolunabilmesi içi soruşturma veya kovuşturması sürmekte olan suç tiplerinin bir kısmının çakışmasıdır. Ancak CMK'nun 128. maddesinin kapsamına TeMK'da düzenlenmiş olan suçlar dâhil edilmemiştir. Hem elkoyma kararına hem de tasarruf yetkisinin kısıtlanması tedbirine hükmedilebilecek suçlar açısından, hâlihazırda elkonulmuş bir taşınmaz üzerinde TeMK'nun 20/A maddesi gereğince malikin tasarruf yetkisinin kısıtlanması kararının verilmesi anlamlı değildir.

TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen şerh, TMK'nun 1010/I. maddesinde üç bent halinde düzenlenen tasarruf yetkisi kısıtlaması-

na ilişkin şerhlerde olduğu gibi malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması sonucuna yönelmekle birlikte; şerhin konulma şartları itibariyle, TMK'nun 1010/I. maddesinin üç bendinde yer alan şerhlerle birebir benzeşmemektedir.

TMK'nun 1010/b.3. maddesinde yer alan *"… gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler"* ifadesi her ne kadar bentteki sayımın tüketici olmadığını işaret etmekteyse de madde metninin ancak hukuki işlem örnekleri açısından çoğaltılabileceği vurgulanmıştır. TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen şerh, bir hukuki işleme değil, hâkim kararına dayandığından; bu şerhin TMK'nun 1010/b.3. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.

SONUÇ

TMK'nda taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlamasının tapu kütüğüne şerh edilebilmesi imkânı tanınmıştır. TMK'nun 1010. maddesinde şerh edilebilir tasarruf yetkisi kısıtlamaları üç bent halinde düzenlenmiştir. TMK dışında bazı kanunlarda da tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerh edilmesini öngören düzenlemeler yer almakta olup bunlardan bir tanesi de 17.08.2016 tarih ve 29804 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 671 sayılı ve *"Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"* isimli KHK'nin 31. maddesiyle TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenmiştir.

TeMK'nun 20/A maddesiyle getirilen şerh, TMK'nun 1010. maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisi kısıtlamalarına ilişkin şerhlerdendir. İlgili madde metninde yer alan*"… şüpheli veya sanıklara ait taşınmazların… devir ve temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine karar verilebilir."* ifadesinden hareketle, söz konusu şerhin tasarruf yetkisi kısıtlaması bakımından kurucu değil, açıklayıcı nitelikte olduğu söylenebilir. Bu itibarla tasarruf yetkisi kısıtlaması, şerhten önce, hâkim kararıyla birlikte etkisini göstermeye başlayacaktır. Kısıtlama kararının verilmesiyle, şerhin konulması arasında geçen zaman içersinde malik (veya yetkili temsilcisi) taşınmazı devredecek veya sınırlı ayni hakla kayıtlayacak olursa,

TMK'nun 1023. maddesi gereğince iyiniyetli olmaları koşuluyla malikle işlem yapan kişilerin kazanımlarının korunması gereklidir.

TeMK'nun 20/A maddesinde açıkça ifade edilmemiş ise de bu maddeyle getirilen şerhin, tasarruf hakkını yasaklayan veya tapu sicilini kilitleyen şerhlerden biri olarak yorumlanacağı ve uygulanacağı düşünülmektedir.

TeMK'nun 20/A maddesinden anlaşılacağı üzere, düzenlemenin amacı, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ve TeMK kapsamına giren suçlar nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini sağlamak üzere, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıdır.

TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen tedbir, suçun önlenmesine veya ceza yargılamasına ilişkin bir nitelik taşımadığından, şüpheli veya sanıkların tasarruf yetkilerinin kısıtlanabilmesi için suç şüphesi yeterli olmayıp anılan suç tiplerine ilişkin fiiller sonucunda gerçek veya tüzel kişilerin veya kamu kurum ve kuruluşlarının zarara uğradığının düşünülmesi gerekir. TeMK'nun 20/A maddesinin uygulanabilmesi için zararın bir mahkeme kararıyla tespit edilmesi veya tazminine hükmolunması ve hatta bunlara yönelik davanın açılmış olması şart değildir. Yani zarar şüphesinin varlığı yeterlidir.

TeMK'nun 20/A maddesinde şüpheli veya sanıklara ait her türlü mal varlığı değeri üzerinde değil; bu kişilerin malvarlıkları içinde yer alan taşınmazları veya kara, deniz ya da hava ulaşım araçları üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanıklara ait ulaşım aracı dışına kalan taşınır eşya, banka hesabı veya şirket ortaklık payı gibi malvarlığı unsurlarının yanı sıra alacak hakkı, marka, patent gibi maddi varlığı olmayan malvarlığı değerleri üzerinde bu maddeye dayanılarak tasarruf yetkisi kısıtlamasına hükmedilmesi mümkün değildir.

TeMK'nun 20/A maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisinin kısıtlanması kararı, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi; kovuşturma aşamasında ise mahkeme tara-

fından verilebilir. Kovuşturma aşamasında bu yönde karar verilebilmesi için Cumhuriyet savcısının talepte bulunması şartı aranmamıştır. Dolayısıyla yargılama faaliyeti sırasında, görevli mahkeme resen bu yönde karar verebilir. Şüpheli veya sanıkların tasarruf yetkisini kısıtlayan hâkim, kısıtlamaya ve bunun şerhine ilişkin kararını karar konusu taşınmazların bulunduğu yer tapu sicili müdürlüğüne resen bildirmelidir.

TeMK'nun 20/A maddesinin son cümlesine göre kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi halinde veya şerhin konulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerh kendiliğinden terkin edilir.

Bir yıllık sürenin dolmasıyla şerhin kendiliğinden terkin edilmesinin istisnası ise bu süre zarfında şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesince verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararının ibraz edilmesidir. Hukuk mahkemesince verilen kararın kim tarafından ve kime ibraz edileceği ise belirsiz bırakılmıştır. Hukuk muhakemesine hâkim olan ilkelerden biri taleple bağlılık olduğuna göre, hukuk hâkiminin ihtiyati haciz veya tedbir kararı verebilmesi için bunun talep edilmiş olması zorunludur. Cumhuriyet savcısına bu yönde bir talep hakkı yasada verilmediğine göre, söz konusu talepte bulunabilecek olan kişiler zarar görenler olacaktır.

Şerh kararırının kaldırılmasına ilişkin bir diğer yol da ceza yargılamasında ilişkindir. CMK'nun 268. maddesinden hareketle tedbir kararına karşı, kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde itiraz yoluna başvurulabilir.

Kaynakça

Akipek Jale G./Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.

Ayan Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 6. bs., Konya, 2012.

Ayiter Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953.

Badur Emel, "Eşin Rızası", *TBBD*, S. 109, Ankara, 2013, s. 251-302.

Bağcı Ömer, "Aile Konutu Üzerinde Tasarruf", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 2, İstanbul 2007, s. 145-175.

Deillon-Schegg, Bettina Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht (Hrsgb.: Peter, Breitschmid/Alexandra, Rumo-Jungo), 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf, 2012. *(CHK)*

Deschenaux Henri, Schweizerisches Privatrecht, V/3,II, Sachenrecht (Hrsgb.: Meier-Hayoz, Arthur), Basel, 1989. *(SPR V/3,II)*

Doğan Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004.

Dural Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, 11. bs., İstanbul, 2011.

Dural Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5.bs., İstanbul, 2012.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. bs., Ankara, 2015.

Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, 12. bs., İzmir, 2015.

Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, 5. bs., Ankara, 2012.

Gümüş Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara, 2003.

Hatemi Hüseyin (Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir), Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

Hausheer Heinz/Reusser, Ruth/Geiser Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung.: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Gütterrecht der Ehegatten, 1. Urteilband: Allgemeine Vorschriften, Kommentar zu Art. 181 – 195a ZGB, Der ordentliche Gütterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Kommentar zu Art. 196 – 220 ZGB, Bern, 1992.

Homberger Arthur, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV Das Sachenrecht, III. Abteilung Besitz und Grundbuch (Art. 919-977), 2. Aufl., Zürich, 1938. *(ZK)*

Karahasan Mustafa Reşit, Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C. II, İstanbul, 2002.

Kuru Baki/Aslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 28. bs., Ankara, 2014.

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 15. bs., İstanbul, 2012.

Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 19. bs. İstanbul, 2013.

Özmen Ethem Saba, "Türk Hukukunda Hacizlerin Şerhle Kazandığı Hukuki Nitelik ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçların İrdelenmesi", *ABD*, Y. 48, S. 2, 1991, s. 182-212

Öztan Bilge, Aile Hukuku, 6. bs., Ankara, 2015.

Schmid Jürg, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, ZGB II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), (Hrsgb.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim P./Geiser, Thomas), 3. Aufl., Basel, 2007. *(BSK)*

Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf, 2009.

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern, 2006.

Sirmen A. Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2013.

Tekinay Selahattin Sülhi (Akman, Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop, Atilla), Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, 5. bs., İstanbul, 1989. *(Eşya)*

Tekinay Selahattin Sülhi (Akman, Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, 1993.

Ünal Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 6. bs., Ankara, 2012.

Von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligatioenenrechts, Band I, Zürich, 1974.

Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2 (Çev. C. Edeger), 2. bs, Ankara, 1983.

Zobl Dieter, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zürich, 2004.

TİCARİ KREDİLERDE TEMERRÜT FAİZİ ORANININ SÖZLEŞME ELİYLE BANKALARIN İNİSİYATİFİNE BIRAKILMASI SORUNU

THE PROBLEM OF LEAVING THE DETERMINATION OF THE DEFAULT INTEREST RATE TO THE BANKS VIA CONTRACTS IN COMMERCIAL LOANS

Barış BAHÇECİ*

Özet: Genel kredi sözleşmelerinde, temerrüt faizi oranının belirlenmesini tek yanlı olarak bankaya bırakan hükümlere rastlanmaktadır. Bu durum 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. ve 25. maddelerine aykırıdır ve bu yöndeki düzenlemeler kesin hükümsüzdür. Yargıtay ve öğretinin bir bölümü ise aksi kanıdadır. Çalışmada bu düzenlemelerin hükümsüzlüğü hakkında lehe ve aleyhe görüşlerin dayandıkları kavramlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Tek taraflı yükümlülük tesis etme yetkisi sadece kamu gücünü kullanan tarafa aittir. Kamu alacaklarında temerrüde düşülmesi halinde dahi borçlunun ödeyeceği faiz 6183 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Bu oranın değişmesi halinde uygulanacak yeni oran ulaşılabilir ve öngörülebilir olarak ilan edilmektedir. Mevzu uygulamada ise borçlunun sorumlu olacağı faiz oranı tamamen bankanın inisiyatifine bırakmakta, kamu düzeni ihlal edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Genel Kredi Sözleşmesi, Kamu Düzeni, Ahlaka Aykırılık, Hükümsüzlük, Temerrüt Faizi

Abstract: In Bank Loan Contracts, there are provisions that unilaterally leaves the determination of default interest rates to banks. In case of public claims, when in default, the interest rate to be paid by the debtor has been determined by the Code no. 6183. In case that this rate changes, it is declared that the new rate shall be 'reachable' and 'forseeable'. Notwithstanding, in the current practice the interest rate the debtor will be responsible for is compeletely left to the banks and this violates the economic freedom of the debtor. This is a violation of the 26th and 27th articles of the Turkish Code of Obligations no. 6098 and thus such regulations are null. Yet, Turkish Court of Appeals and some legal scholars hold the opposing view. This study makes an assessment within the framework of the concepts that base on the views for and against the nullity of such provisions.

Keywords: General Loan Contract, Public Order, İmmorality, Nullity, Default İnterest

* Yrd. Doç. Dr. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, bahceci@kocaeli.edu.tr

Giriş

Bu çalışmanın amacı, banka ticari kredileri kapsamında uygulanacak temerrüt faizini alacaklı bankanın tek taraflı olarak belirlediği bir faiz oranına endeksleyen genel kredi sözleşmesi hükümlerinin hukuksal sıhhatini sorgulamaktır. Pek çok bankanın kullanımı ile anonimleştiği görülen bu düzenlemeler,[1] uygulanacak temerrüt faizine ilişkin ne net bir oran ne de bu oranın hesaplanmasını öngörülebilir kılan başkaca objektif bir ölçüt içermektedir. Bu düzenlemeler kabaca, kredi borçlusunun temerrüdü halinde yükümlü olacağı temerrüt faizi

---

1 Örneğin:" Müşteri,(...) bankanın mevzuat gereğince TCMB'ye bildirdiği kredi faiz oranlarından temerrüt halinde yürürlükte olan en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50 (yüzde elli) ilavesi ile bulunacak oranda temerrüt faizi (...) ödeyeceğini kabul beyan ve taahhüt eder" Yapı ve Kredi Bankası'na ait bu genel kredi sözleşmesi metnine haricen ulaşılmıştır. "Müşteri, temerrüdün doğduğu tarihten itibaren fiili ödemeyi gerçekleştirdiği güne kadar geçecek günler için Banka'ca tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranının yıllık %50 (yüzde elli) fazlası olarak hesaplanacak oranda temerrüt faizini (...) ödeyecektir. http://www.garanti.com.tr/tr/yardim_ve_oneriler/sozlesmeler.page, 01.02.2016. "Müşteri, temerrüdün doğduğu tarihten itibaren borcun tamamen tasfiye edildiği tarihe kadar, Banka'nın Müşteri'ye kullandırdığı nakdi kredi türlerine kredinin kullandırıldığı tarih ile temerrüt tarihi arasındaki süre içinde Banka'ca uygulanan (...) en yüksek kredi faiz oranının 2 katı tutarında, temerrüt tarihi itibariyle temerrüt faizi hesaplamasını (...)kabul eder. http://www.akbank.com/Documents/Sozlesmeler/GenelKrediSozlesmesi.pdf, 01.02.2016. Müşteri, işbu Sözleşmeden doğan borçlarını gününde ödemediği takdirde; bunları Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için hesabın kat edildiği/kapatıldığı gün itibariyle Bankaca ilan edilmiş/öngörülmüş bulunan kısa, orta veya uzun vadeli en yüksek kredi faiz oranlarından en yüksek olanının iki katı olan oran üzerinden temerrüt faizi ödemeyi (...) kabul etmiştir. http://www.hsbc.com.tr/tr/kurumsal_isletme/isletme_bankaciligi/_pdf/GENEL_Sozlesme_Formu.pdf, 01.02.2016. Müşterinin temerrüdü halinde Banka, vadesinde ödenmeyen ana para (nakde dönüşen gayri nakdi krediler dâhil) ile hesaba tahakkuk ettirilmiş olan fakat zamanında ödenmeyen faiz, komisyon, ücret, masraf, fon kesintisi, vergi ve diğer eklentileri ister tahakkuk ettirildikleri hesapta, isterse ayrı bir hesapta takip edilsin, bunlardan oluşan meblağa, Bankaca kredilere uygulanan en yüksek faiz oranına bu oranın % 50'sinin (yüzde ellisinin) ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden faiz uygulama yetkisine sahiptir. https://www.vakifbank.com.tr/documents/duyurular/kredi-genel-sozlesme.pdf 01.02.2016. "Kredi Alan, işbu Sözleşme ve diğer Finansman Belgelerinden doğan borçları gününde ödemediği takdirde, temerrüdün doğduğu tarihten bunları Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce veya Banka tarafından ödünç para verme mevzuatına göre tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde artmış en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50'sinin ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden temerrüt faizi ve onun gider vergisini ödemeyi kabul ve taahhüt eder". http://www.denizbank.com/sozlesme-ve-formlar/_pdf/gksk2ornektir.pdf 01.02.2016.

oranını, muhtemel temerrüt tarihi itibari ile bankanın belirlediği en yüksek faiz oranına bağlayarak -dolaylı yoldan ve münhasıran- alacaklı bankanın inisiyatifine bırakmaktadır.

Bu durum geçmişte hukuk yazınında ve içtihatlarda daha çok rastlanılan -genel kredi sözleşmeleri ile bankaya tek taraflı faiz artırma hakkı tanınmasının hukuksal sıhhati- tartışmasından oldukça farklıdır. Gerçekten ekonomik kriz, yüksek enflasyon ve faiz kaynaklı sorunların yaşandığı 1990'lı yıllarda, bankaların kredi sözleşmeleriyle kendilerine, uygulanacak faiz oranını tek yanlı artırma hakkı veren hükümler tanıdığı görülmüş, [2] ilerleyen yıllarda ise faiz oranlarının düşüşe geçmesine ve tüketici hukukundaki gelişmelere (tüketici kredileri[3] ve kredi kartları[4] için mevzuatta belirlenen faiz sınırlandırılmasına) paralel olarak tartışmanın harareti azalmıştır. Günümüzde

---

2 Zira faiz paranın, kullanımı karşılığı elde edilen bir kira bedeli niteliği taşıdığından, uygulanan faiz oranı da, enflasyonun yüksek seyrettiği dönemde, para sahibi bankanın parasına yeniden kavuşma riskinden etkilenmiştir. (Rona Serozan, "Fahiş Faiz", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 12 Levha Yay., İstanbul 2010, s. 195) Bu nedenle, enflasyon oranındaki istikrarsızlığa bağlı olarak tek yanlı olarak bankalara sözleşmede belirlenen faiz oranını değiştirme hakkı tanınmıştır.

3 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un, tüketici kredileri başlıklı 10. maddesi ile "Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez" hükmünün yanı sıra "sözleşmede gecikme faiz oranının" yer alacağı düzenlenmiştir (RG 08.03.1995 tarih ve 22221 sayı). Daha sonra 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile gecikme faiz oranı için ayrıca bir sınır getirilerek, bu koşul ("a)kdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı" şeklinde değiştirilmiştir. Kanunu yürürlükten kaldıran 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 28.11.2013 tarih ve 28835 sayı) ise 25. maddesi ile akdi faiz- temerrüt faizi ayrımı yapmaksızın "Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen bu oran tüketici aleyhine değiştirilemez" düzenlemesini getirmiştir.

4 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu ise (RG 01.03.2006 tarih ve 26095 sayı) 26. maddesi ile "Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar" hükmü ile temerrüt faizine bir üst sınır getirmiş, buna bağlı olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi kredi kartları için uygulanma(yacağını) düzenlemiştir. Ancak Kanunun 43. maddesi ile "Bu Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası, 9 uncu, 12 nci, 24 üncü, 25 inci, üçüncü fıkrası hariç 26 ncı ve 44 üncü maddesi hükümleri tacirlere verilen kurumsal kredi kartları hakkında uygulanmaz" hükmü gereği 26. maddenin 3. Fıkrasında yer alan "Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar" hükmü tacirlere verilen kurumsal kredi kartlarında da uygulanabilir niteliktedir.

rastlanılan ve bu çalışmada ele alınan sorun ise daha dar (ticari kredilerle sınırlı) bir alanda ancak daha nitelikli bir biçimde faiz oranının belirlenmesinin kredi veren bankaya bırakılmasıdır.

Burada ele alacağımız kredi sözleşmesi tipi ticari olduğundan ihtilafın tarafları da finans sermayesi (banka) ile irili-ufaklı diğer (ticari-sanayi) sermaye gruplarıdır. Keza geçmişteki tartışmalardan farklı olmak üzere, sorunun odak noktası sözleşme süresince uygulanacak akdi faizin değil, temerrüt faizinin belirlenmesinin bankaya bırakılmasıdır.

Genel kredi sözleşmesi, birden çok (nakdi-gayri nakdi) kredi tipini kapsayacak, birden çok kredi sözleşmesi için bir çerçeve sözleşme niteliği taşıyacak şekilde ve belirsiz bir süre için yapılmaktadır. Belirsiz süreli niteliği nedeniyle, verilmesi muhtemel krediler için belirli bir faiz oranını içermemesi de doğaldır. Bununla beraber faiz oranına ilişkin genel-geçer kurallar ve/veya faiz hesaplama ölçütleri içerebilirler. Örneğin temerrüt faizinin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından uygulanan avans faiz oranına ya da sözleşmenin (akdi) faiz oranına belirli bir puan eklenerek belirleyeceğini düzenleyen sözleşmelerin kural olarak hukuka aykırı bir yanları yoktur.

Gerçekten faiz oranını TCMB tarafından açıklanacak verilere endeksleneceği (avans faiz oranı + x puan) birinci ihtimal, uygulanacak temerrüt faizi sözleşmenin yapıldığı sırada net olarak bilinemese de en azından sözleşmeye taraf olmayan TCMB verilerinin esas alınacak olması nedeniyle objektif bir sonuç doğurur. Sözleşmenin her iki tarafı için de aynı belirlilikte olan böyle bir düzenlemenin taraflardan birini diğerine üstün kıldığından da bahsedilemez. İkinci ihtimal olan temerrüt faizinin, sözleşme faizinin (akdi faiz) üzerine eklenecek belli bir orana göre hesaplanması da (akdi faiz oranı + x puan), tamamen öngörülebilir bir sonuç yaratmakta, böyle bir hesaplama yönteminin, eklenecek oranın fahiş olması ihtimali dışında, hukuka aykırı bir nitelik taşıması mümkün bulunmamaktadır.

Aynı şekilde belirsiz süreli olarak girilen kredi kartı ya da (gündelik hayatta ek hesap olarak bilinen) kredili mevduat hesabı ilişkisi de dönemsel nitelikli olduğundan, her bir dönem sonunda bankanın izleyen dönem için (geleceğe etkili olarak) tek taraflı faiz artırımında

bulunmasında, bir hukuka aykırılık yoktur.[5] Zira her iki kredi tipi de kural olarak aylık dönemlere bölünmüş ve her bir ay sonunda hesap kesimi öngörülmüştür. Dolayısıyla kredi kullanan taraf açısından izleyen ayda bir kredi kartı ya da kredili mevduat hesabı ilişkisine girilmemesi/borçlanılmaması imkânı vardır. Kredi veren bankanın da sürekli olarak aynı oranda kredi vermeye devam etmesini gerektiren bir hukuksal dayanak yoktur. Keza verilen örneklerde bankadan peşinen alınan bir borç bulunmamakta, bir aylık dönemin başından sonuna kadar borçlanılan tutar dönem sonu hesaplanarak muaccel hale gelmektedir.

Oysa belirli bir süre için yapılan kredi sözleşmeleri için aynı durum geçerli değildir. Bu tip durumlarda müşteri peşinen büyük miktarlara ulaşabilen bir kredi kullanmakta, kredi vadesi yılları bulabilmektedir. Bu nedenle bankanın geleceğe etkili olarak faiz oranını arttırma kararı karşısında (kredili mevduat hesabını kullanmama imkânı olan kredi borçlusundan farklı olmak üzere) ticari kredi borçlusunun borcunu kapatma imkânı fiilen genellikle yoktur. Genel olarak bankanın tek taraflı faiz artırma ve (çalışmamız yönünden) özel olarak temerrüt faizini kendi uyguladığı belirsiz bir faiz oranına endekslemeye ilişkin düzenlemeler de tam bu noktada hukuk dışına çıkmaktadır. Zira borçlu taraf temerrüde düşmesi halinde, bilmediği öngörmesi mümkün olmayan ve üzerinde gerçekten mutabık kalmadığı, bilakis belirlenmesini alacaklı bankaya bıraktığı bir temerrüt faizi yükü altına girmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) temerrüt faizi ile ilgili md 120 ile getirdiği sınırlamaların ticari işlerde de geçerli olduğunun kabulü halinde çalışmamıza konu sorun da bir ölçüde çözülmüş olacak, en azından bankaların uygulayabileceği temerrüt faizinin üst sınırı öngörülebilecektir. Öğretide bu konu tartışılmakla beraber,[6]

---

5 Belirsiz süreli sözleşmelerde ekonomik ortamdaki değişim nedeniyle zaman zaman faiz uyarlaması yapılması bankaların haklı bir ihtiyacına cevap vermektedir. Yeşim Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2001, s. 243

6 Bu konu çalışmamızın sınırlarını aştığı için konuya ilişkin tartışmaları özetleyen Kürşat Yağcı, Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M.88 ve TBK M.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M.8 VE TTK M.9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFM, C. LXXI, S.2, Y. 2013, s.432-433'e atıf vermekle yetiniyor, temerrüt faizini sınırlayan TBK 120. maddesinin bir genel hüküm olduğunu, ticari

md 120 hükmünün ticari kredilerde uygulanamayacağı görüşünü biz de paylaşıyoruz. Yargıtay 19.[7] ve 12.[8] Hukuk Dairelerinin içtihadı da

---

işlerde faizin serbestçe belirleneceğini düzenleyen TTK md. 8/1 hükmü ve TTK md. 9 hükmü ile temerrüt faizinin belirlenmesinde atıf yapılan mevzuatın 3095 sayılı FK düzenlemeleri olduğunu düşünüyoruz.

7 "Dava, genel kredi sözleşmesinden kaynaklanıp ticari kredi uyuşmazlığına dayandığından somut olayda faiz T.T.K'nun 8. maddesi uygulanır. Yani ticari işlerde faiz serbestçe kararlaştırılır. Somut olayda 6098 sayılı TBK'nun 88. ve 120.. maddelerinin uygulama yeri bulunmamaktadır." Yargıtay 19. HD., E. 2015/3157, K. 2015/9709, T. 30.6.2015. "Taraflar arasında düzenlenen sözleşmeler "genel kredi sözleşmesi" başlıklı olup, kullandırılan krediler de ticari niteliktedir. 6098 sayılı T.B.K.nın 120. maddesinde temerrüt faizi yönünden bir sınırlama getirilmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesinde ise T.B.K.nın 120. madde hükmünün görülmekte olan davalarda uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı T.T.K.nın 8/1. maddesinde, ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına dair hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. 6102 sayılı T.T.K.nın 9. maddesinde ticari işlerde; kanuni anaparayla temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı Kanun hükümleri olduğunun ve 6102 sayılı T.T.K.nun 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı T.B.K.nın 88. ve 120 maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanmayacağının kabulü gerekir. Mahkemece bu yönler ve taraflar arasındaki genel kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranları gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir." Y 19. HD., E. 2014/20225, K. 2015/7696, T. 26.5.2015. Aynı yönde: Yargıtay 19. HD., E. 2014/7312, K. 2014/10600, T. 5.6.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/13575, K. 2015/7002, T. 12.5.2015. Yargıtay 19. HD., E. 2014/11372, K. 2014/13738, T. 18.9.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/8565, K. 2014/10978, T. 12.6.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/11372, K. 2014/13738, T. 18.9.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/8565, K. 2014/10978, T. 12.6.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/7350, K. 2014/10605, T. 5.6.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2013/10777, K. 2013/14096, T. 18.9.2013.

8 "Bankayla borçlu arasında imzalanan Genel Kredi Sözleşmeleri bankacılık işi olup T.T.K.nın 4. maddesi gereği ticari iş niteliğindedir. Aynı Kanunun 8. maddesine göre; ticari işlerde temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenecektir. Bu durumda T.B.K.nın 88. ve 120. maddelerinde akdi ve temerrüt faiziyle ilgili sınırlamalarının ticari işler bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Zira, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı T.T.K.nun 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına dair hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde; kanuni, anaparayla temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuat olarak 3095 sayılı Kanun hükümlerinin amaçlandığının ve 6102 sayılı T.T.K.nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı T.B.K.nun 88. ve 120. maddesi hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağının kabulü gerekir." Yargıtay 12. HD., E. 2014/23693 K. 2015/1515 T. 22.1.2015.

TBK'de öngörülen faiz haddinin ticari işlerde uygulanamaz olduğu yönündedir. Bu durumda konunun TBK md 120'den bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

Nitekim burada söz konusu olan faiz haddi tartışmasından da öte, sözleşen iki özel hukuk kişisinden birine, uygulanacak faiz oranını tek taraflı belirleme hakkı tanınmasının kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olup olmadığıdır. Bu çerçevede, bankaya tanınan bu hakkı (1) bankacılık faaliyetinin niteliği, (2) TBK md 26'da yer alan sözleşme özgürlüğü, (3) sözleşmeyle bağlılık, (4) Türk Medeni Kanunu (TMK) md 2'de yer alan dürüstlük kuralı, (5) TBK md 27'de yer alan (5.1) ahlaka aykırılık, (5.2) emredici kurallara aykırılık, (5.3) kişilik haklarına aykırılık, (5.4) kamu düzenine aykırılık kavramları ve TBK md 20-25 çerçevesinde (6) genel işlem şartı niteliği başlıkları altında değerlendirecek, çalışmamızı (7) sorunun çözümünde kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği başlıklı son bölümle bitireceğiz. İlk üç başlık bankalara temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkı verilmesine dayanak gösterilen kavramların, dördüncü başlık ise dürüstlük kuralının bu hakkın yargısal denetiminde kullanımının eleştirisine yönelik olacaktır. Beş ve altıncı başlık bankaların tek taraflı olarak temerrüt faizi belirleme hakkına sahip olamayacakları iddiamızın hukuksal temellerinin belirlenmesi çabasını, son başlık ise bu çerçevede varılan kesin hükümsüzlük yaptırımına ilişkin somut bir uygulama örneğini içerecektir.

1. Bankacılık Faaliyetinin Niteliği Açısından Değerlendirme

Bankaların kredi sözleşmelerinde genel olarak tek taraflı faiz belirleme hakkının hukuken sıhhatli olduğunu savunanların dayanaklarından biri bankacılık faaliyetine ilişkin risklerdir. Nitekim öğretide Kuntalp'e göre, konuya ilişkin iki görüş bulunmakta, bu hakkın hukuka aykırılığını savunan görüş (aşağıda ayrıca yer verilecek Sungurbey'i kastetmektedir) bankanın müşterisini sömürme amacı güttüğü iddiasına dayanmakta, aksi görüş ise bu hakkın bankacılık faaliyetinin zorunlu bir sonucu olarak görmektedir. İkinci görüşü haklılaştırmak isteyen Kuntalp, gerekçe olarak bankaların bir genel piyasa riski altında olduklarını ileri sürmektedir. Yazara göre, kısa vadeli borçların ödeneceği sırada faiz oranlarının yükselmesi ve verilen kredideki faiz oranın buna oranla düşük kalması halinde, faiz oranı

riski gerçekleşecek ve bu durumda bankanın başvurabileceği bir kişi olmayacağından, zarar banka üzerinde kalacaktır. Yazarın ikinci gerekçesi bankaların ufak tasarrufları toplayabilmek için güven verici olmaları, bunun için de toplanan tasarrufun geri verileceğine ilişkin bir inanç yaratmaları gerektiği, aksi halde fon birikiminin sekteye uğrayarak yatırımların durmasına ve ülke ekonomisinin duraklamasına yol açacağıdır. Kuntalp bu nedenlere bağlı olarak bankaların faiz oranını değiştirme hakkının var olması gerektiği sonucuna varmaktadır.[9] Benzeri bir başka görüş de, bankaların faiz karşılığı kredi ile kar etme amacını güttüğü dolayısıyla kredinin verildiği tarihteki faiz oranının korunmasının bankanın verdiği parayı daha düşük bir değerle geri alması sonucunu doğurabileceği şeklindedir.[10]

Hukuksal bir gerekçe içermeyen bu görüşler aslında kendi içinde de çelişkilidir. Bankalar topladıkları tasarruf, yani mevduat için değişken oranlı bir faiz uygulamamaktadır. Dolayısıyla sabit faiz ile para toplayan finans sermayesinin kredi verirken neden sabit olmayan oranlarla borç verme ayrıcalığına sahip olması gerektiği anlaşılamamaktadır. Ayrıca risk kavramından söz edilirken, riskin kapsam ve etkilerinin de ortaya konulması gerekir. Sözü edilen risk, bankanın beklediği ölçüde kar edemeyecek olması ise bunun sağlanması için kredi borçlusunun menfaatlerinin ihlal edilmesi hukuki bir gereklilik değil siyasal/sosyal bir tercihten ibarettir. Kaldı ki sözü edilen risk faktörünün niteliği de iddia edilenden farklıdır.[11]

Bu başlık altında kredi borçlusu tacirin mülga TTK md 20 (ya da yeni TTK md 18/2) gereği basiretli olmakla yükümlü olduğu, dolayı-

---

9 Erden Kuntalp, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 100

10 İsmail Kayar, "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması", *GÜHFD*, C.1, S.2, 1997, s. 90

11 Kuntalp'in risk kapsamındaki açıklamalarında atıf verdiği Başak Şit, faiz oranı riski ve genel piyasa riski ayrımını yapmış ve her iki risk türünün özelliklerini ortaya koymuştur. Şit, piyasa riskinin, bankanın türev araçlar ve edindiği ortaklık payları, yani atipik kredilerden oluştuğunu, türev araç sözleşmelerinde tarafların karşılıklı edim taahhütlerinin belirsizliğe bağlı olduğunu yani riskin taraflarca arzu edildiğini belirtmektedir. Riskin gerçekleşmesi halinde zararın banka üzerinde kalacağı risk türü de budur. Başak Şit, Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 71-72, 75 Kuntalp ise Şit'in piyasa riskine ilişkin açıklamasını, faiz riski ile karıştırmış ve yanlış aktarmıştır.

sıyla bir tacirin kredi faizinin artabileceğini öngörmesi gerektiği, bu nedenle sözleşmede bankalara tanınan tek taraflı faiz artırım hakkının hukuka aykırı olmadığı [12] görüşüne de değinmek gerekir. Tacir kredi borçlusuna tacir olması nedeniyle basiretli olma edimi yüklenirken, bankanın tacir sıfatından söz edilmemesi ilginçtir. Bunun da ötesinde, piyasa riski karşısında bankaların faiz artırım hakkına sahip olması gerektiği, aksi halde riskin banka üzerinde kalacağı savunulmaktadır. Oysa bankaya tek yanlı faiz artırım hakkının verilmesi aslında, bu riskin tacir banka tarafından tacir kredi borçlusuna aktarılması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, faiz oranlarının banka tarafından tek taraflı değiştirilmesi/belirlenmesi aslında rizikonun kimin tarafından üstlenileceği sorunundan ibarettir.[13] Bankalara bu hakkın tanınması halinde, -riskin nihai yüklenicisinin banka yerine kredi borçlusu olması gerektiği- sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa bu görüşe temel oluşturan basiretli tacir kavramı esas alındığında varılması gereken sonuç tam tersi olmalıdır. Banka bir finans kapitalini yönetmekte, mali sektör içinde yer almakta, finansal risk ve analizleri bu sektörde yer almayan başkaca sermaye sahiplerine göre daha profesyonelce takip etmektedir. Dolayısıyla kredi sözleşmesinin süresinin belirli olması halinde, bu belirli süre zarfına doğacak finansal riskler konusunda asıl tedbirli olma yükümlülüğü sanayi veya ticaret sermayesine değil, finans sermayesine aittir.[14]

---

12 Kayar, s. 91

13 Yeşim Atamer, "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?" Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat Yay., İstanbul 2013, s. 111

14 Kredi borçlusu tacirin basiretli/tedbirli davranma yükümlülüğü ancak belirsiz süreli kredi sözleşmeleri için söz konusu olabilir. Yargıtay 19. Dairesinin bir kararına da konu olduğu üzere cari hesap şeklinde yürütülen vadesiz kredilerde artan faiz oranlarının banka tarafından kredilerdeki faiz oranına da yansıtılması hukuka aykırı olmadığı gibi, kredi borçlusu tacirin de böyle bir sonucu öngörmesi gerekir: "Kredi sözleşmesinin vadesiz süreci içinde, artan kredi faizlerinin, kredi müşterisi nezdindeki kredi borcuna, ihbar koşulu ile bankaya uygulama yetkisi tanıyan bu hükmün de kredi müşterisinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcı, ahlaka aykırı ve kelepçeleyici bir niteliği bulunduğunun kabulü olanaksızdır. Kredi faizinin süreç içinde ekonomik koşullara göre artmasının tabii bulunduğunu müdebbir bir tacir gibi düşünmesi gereken müşteriye bankanın yapacağı ihbar tarihinden itibaren yükselen faiz oranları uygulaması ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması olarak kabul edilemez; aksi halde, vadesiz kredilerin uzun yıllar içinde düşük faizle kullanılmasına ve bankaların acze düşmesine ve buna bağlı mevduat sahiplerinin mağduriyetine yol açılmış olur ki, bu da haklı görülemez. Para ticari yapan bankaların kredi işlemlerinde satıcı durumunda olup, sattığı paranın

2. Sözleşme Özgürlüğü Açısından Değerlendirme

Bankaların temerrüt faizini tek taraflı belirlemesine dayanak olarak gösterilen en ciddi gerekçe sözleşme özgürlüğüdür. Bu çerçevede sözleşme özgürlüğü ve özel olarak özgürlük kavramından da ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Tarihsel açıdan bakıldığında, burjuvazinin siyasal mücadelesi ile sözleşme özgürlüğünün hukuken tanınmasını sağladığı görülür. **Öz**gürlük sorunu ideolojilerden bağımsız ele alınamayacağından, özgürlüğün sınırının/tanımının belirlenmesinin de siyasal bir perspektife sahip olması kaçınılmazdır. Liberal sözleşme modeli meşruluğunu, içeriğinden değil kurulma biçimde bulmakta, irade sakatlığının olmamasını yeterli saymaktadır. [15] Liberal bakışla "irade özerkliği ilkesi, kişileri kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle devlet baskısından korumayı amaçlamakta", dolayısıyla sözleşmenin tarafları arasındaki fiili güç dengesi göz ardı edilmektedir. Eşitlik kavramı da özgürlük kavramından bağımsız olmadığı için bu soyut özgürlük anlayışı şekli eşitlikle karşılığını bulmakta, dolayısıyla fiilen sözleşme özgürlüğünden faydalanan tarafın ekonomik açıdan güçlü olan taraf olması sorununu doğmaktadır.[16] Sözleşme özgürlüğünün 19. yüzyıldaki pür liberal kimliğinden uzaklaşarak 20. yüzyılda sözleşmenin tarafları arasındaki güç dengesini gözeten ve sözleşmenin içeriği gözetilerek güçsüz tarafın hak ve özgürlüklerini ölçüsüz biçimde sınırlayan hü-

---

bankaya zararsız olarak dönmesini sağlamak amacı ile sözleşmeye konulan ve satın alan müşterinin de kabulündeki bu koşulların kelepçeleyici hükümler olarak nitelenmesi olanaksızdır. Taraflar, serbest iradeleri ile oluşturulan, kendilerine yüklenen hak ve borçların duraksamaya yer vermeyecek biçimde sözleşmede saptanan koşulların uygulanmasında olduğu gibi; sona erdirilmesinde de, kural olarak ayni hak ve irade serbestisine sahiptirler. Tacirler arasında sözleşme faiziyle temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün B.K.nun 19/1. maddesine uygun olup, kamu düzenine yahut ahlaka aykırı, batıl bir hüküm niteliği taşımadığı tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür (M.K. madde 2)." Yargıtay 19. HD., E. 1994/6472 K. 1994/11467 T. 26.11.1994

15 Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s.16

16 Liberalizmin teorik (ve şekli) eşitlik örgüsüne karşın gerçekte yaşanan, güçlü olan tarafın tek taraflı hazırladığı şartların sözleşme olarak daha güçsüz olan tarafa dayatılmasıdır. Bunun aşılması için anayasada yer alan kavramlardan hareket edilerek şekli değil maddi bir sözleşme özgürlüğünün sağlanması gerekir. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Baskı, Filiz, İstanbul 2010, s. 504

kümlerin hukuk yoluyla sınırlaması da bu sorunun giderilmesine yönelik bir çözüm yoludur.[17] Bu çözüm yolu Türkiye'de 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 19 ve 20. maddeleri hükümleriyle somutlaşmış, BK, medeni hukukun diğer alanlarına oranla tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kurallarını içerse de,[18] bu hükümlerle sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisi kavramlarının liberal içeriği kayıtlanmıştır.[19]

Nitekim sözleşme özgürlüğünün, tarafların kendi aralarında her türlü özel hukuk ilişkisini tesis edebileceği, devlete (hukuka/yargı erkine) bu ilişkinin içeriğine müdahale etmeme edimi yüklediği şeklinde pozitifleştirilmesi kadar, sözleşmenin zayıf olan tarafının iradesini ortadan kaldıran hükümlerin (hukuk/yargı erki eliyle) etkisiz kılacak şekilde pozitifleştirilmesi de mümkündür. Bu durumda hukuksal açıdan sözleşme özgürlüğünün mevcut anlam ve içeriğinin belirlenmesinde, dikkate alınması gereken soyut ve tarihsel verilerden öte vaz edilen hukuktur.

1982 Anayasası'ndan (AY) çok daha önce kabul edilmiş BK de batı burjuvazisinin bireysel otonomi görüşünden izler taşımakla beraber, sözleşme özgürlüğüne bazı istisnalar getirmiştir.[20] Bu istisnaların anayasal temelini oluşturan 1982 Anayasası da kapitalist bir sistemi benimsemiştir; ancak liberal ve serbest piyasacı olarak nitelendirilmesi doğru olmaz.[21] Zira 1982 AY, her ne kadar md 48/1 hükmüyle sözleş-

---

17 Lale Sirmen, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku", Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHF Yay. Ankara 1972, s. 455. Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 15-25

18 M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 1, 14. Baskı, Vedat, İstanbul 2016, s. 23

19 Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat yay., İstanbul 2007, s. 205

20 Sirmen, s. 447. BK kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan 1924 Anayasasının 68. Maddesine göre, "Hürriyet, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırıdır. Bu sınırı ancak kanun çizer". Bu liberal lafzı takip eden 70. maddesi ise "Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarındandır" düzenlemesiyle bir sınırlandırma nedenine yer vermemiştir. 1961 Anayasasının 10/2 hükmü ile "Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar" hükmü ile devlete pozitif edim yükümlülüğü verilene kadar devletin bu alanda müdahaleci olmasını sağlayacak anayasal bir zemin kurulmamıştır.

21 Krş. Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İTO Yay.,

me ve girişim özgürlüğünü tanımışsa da, izleyen fıkra devlete, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma görevi yüklemiş, diğer hükümleri ile de ekonomik alanda devletleştirmeden (AY md 47) planlamaya (AY md 166) ve piyasanın denetimine (AY md 167) kadar bu özgürlükleri sınırlandırma sonucu doğuracak ve serbest piyasacı modelle bağdaşmayacak başkaca yetkiler tanımıştır. Aynı çerçevede AY md 5 de özgürlüğü pür liberal bir bakış açısının dışında tanımlamakta ve devlete liberalizmin verdiği müdahale etmeme görevini değil, bilakis "*kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma*" görevi yüklemektedir. Benzeri bir yaklaşımı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında da görmek mümkündür. Mahkemeye göre de, "*sözleşme teorik ve göz boyayıcı hakları değil, uygulanabilir ve etkili*" bir koruma yükümlülüğü öngörmektedir.[22] Dolayısıyla devletin özel hukuk ilişkilerinde de, hukuk/yargı eliyle sözleşme özgürlüğüne yönelik ihlalleri önlemesi meşru bir müdahaledir.

Bu teorik temeli ele aldığımız sorun özelinde somutlaştırırsak, sözleşme özgürlüğünün, kişinin dilediği kişi ile dilediği sözleşmeyi yapma (dolayısıyla istemediği sözleşmeyi yapmama ya da ortadan kaldırıma) serbestisi ve tarafların düzenleme serbestisi unsurlarını içinde taşıdığını,[23] tartışmanın odağındaki unsurun ise sözleşme içeriğinin belirlenmesi özgürlüğü olduğunu belirtmemiz gerekir. Konunun kanuni çerçevesi sözleşme özgürlüğü başlığını taşıyan TBK md 26 ile kar-

---

İstanbul 2001, s. 34, Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 187. Veysel Başpınar, "Kelepçeleme Sözleşmeleri", Ankara Barosu Dergisi, Y. 1999, S.1, s. 34

22 1979 tarihli Airey/İrlanda kararında (parag. 24) http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420 kullanılmaya başlanan bu ilke Mahkemenin ileriki yıllardaki içtihadının da temelini oluşturmuştur.

23 Oğuzman/Öz, s. 23. Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5 baskı, İstanbul 1985, s. 483. Kocayusufpaşaoğlu, s. 503. Eren ise irade serbestisi yerine irade özerkliği kavramını tercih etmekte, sözleşme özgürlüğünün unsurları olarak herhangi bir sözleşmeyi yapı yapmama, içeriğini ve karşı tarafını seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırmayı saymaktadır: Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin yay., Ankara 2015, s. 17. Sirmen, s. 446.

şımıza çıkar: "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*". Tarafların irade serbestisinin de bu hüküm temelinde yorumlanması gerekmektedir. Sözleşmenin, "herhangi bir hakimiyet unsuru olmayan bir alanda eşit bireyler arasındaki ilişkileri düzenle(yebilmesi)" [24] aynı zamanda sözleşmenin sıhhatinin taraflarca serbest irade ile kurulmasına bağlıdır.[25] Dolayısıyla temerrüt faizinin taraflarca değil, taraflardan biri tarafından belirlenmesine yönelik sözleşme hükmü, TBK md 26 ile uyumsuzdur.

Bir irade serbestisinden bahsedilebilmesi için AİHM içtihadı lafzı ile bu irade serbestisinin göstermelik değil gerçek olması gerekir. Ekonomik açıdan güçlü olan tarafın (banka) krediye ihtiyaç duyan müşterisini sözleşmeyi ya mevcut haliyle imzalamak ya da hiç imzalamamak seçenekleri arasında bırakması halinde müşterinin irade özerkliğinden bahsedilemeyeceği gibi,[26] temerrüt faizi oranının belirlenmesini kredi veren bankaya bırakan bir sözleşmeyi serbest iradesi ile imzalamış sayılamaz. Böyle bir düzenleme kredi borçlusu açısından temerrüt faizini belirleme değil bu belirleme inisiyatifini münhasıran alacaklıya bırakma anlamını taşır.

Üstelik Tekinalp'in de belirttiği üzere, Türkiye'de bankaların kullandıkları genel sözleşmelerindeki kredi şartları bazen özdeşlik düzeyindedir ve müşterinin aleyhine olacak şekilde yerleşmiştir.[27] Dolayısıyla sektörde yaygın olarak temerrüt faiz oranının belirlenmesi bankaların inisiyatifinde iken, kredi müşterisinin kredi sözleşmesindeki bu hükmü kabul etmesi ya da kredi almaktan vazgeçmesi dışında bir seçeneği bulunmamakta dolayısıyla serbest iradeden de bahsedilememektedir.[28] Tacirlerin tüketicilerden farklı olmak üzere iş hayatın-

---

24 Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 9

25 Tam tersine sözleşme özgürlüğünün irade özerkliğinin sonucu olduğunu, irade özerkliğinin sözleşme özgürlüğünün esasını oluşturduğu da söylenebilir. Örn: Eren, s. 16 Keza, sözleşme özgürlüğü ile irade özgürlüğünün çoğu kez eş anlamda kullanıldığı da söylenebilir: Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 485

26 Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 198

27 Bankalar Kanunu 80/i gereği Türkiye Bankalar Birliğine böyle bir görev vermesine rağmen, Birlik, örnek bir genel kredi sözleşmesi hazırlamamıştır: Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp'in Banka Hukuku Esasları, Vedat Yay., 2. Baskı, İstanbul 2009, s.375

28 Başpınar, s. 30

da daha tecrübeli olmaları, daha fazla pazarlık gücüne sahip olmaları gibi avantajlarını bankalarla girdikleri kredi ilişkisinde kaybetmekte, tüm bankacılık sektörünün benzer nitelikte sözleşmeler kullanıyor olması alternatif arayışını sonuçsuz bırakmaktadır.[29]

Yargıtay içtihadı ise bu bakış açısının oldukça uzağındadır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi genel olarak bankanın tek taraflı faiz artırım hakkını düzenleyen sözleşmeleri, tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğu gerekçesiyle BK md 19-20'ye aykırı bulmadığı gibi,[30] temerrüt faizi oranının alacaklı bankanın inisiyatifine bırakan düzenlemeleri hukuka aykırı bulmamış ve verilecek hükümde tamamen sözleşme hükümlerinin esas alınmasını kabul etmiştir. Bu kapsamda bazı örneklerde, sözleşmede yer verilen, temerrüt faizinin alacaklı banka tarafından TCMB'ye bildirilen en yüksek faiz oranı [31] ya da bankanın fiilen uyguladığı oran üzerinden [32] hüküm kurulması gerektiği sonu-

29 Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları, s. 11

30 "Artan faiz oranlarının bankaca kredi borcuna uygulamasına olanak sağlayan bu sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan, bu durumun BK.nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Yargıtay 19. HD E. 1996/3416, K. 1997/831 T. 4.2.1997 Dava, genel kredi sözleşmesinde yazılı faiz oranının tek taraflı olarak artırılması nedeniyle, fazla ödenen bedelin faiziyle birlikte istirdadı istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca, davalı bankanın kredi faiz oranını tek taraflı olarak artırma yetkisi bulunmaktadır." Yargıtay 11. HD., E. 2002/10867, K. 2003/3372, T. 7.4.2003

31 "(T)araflar arasında akdedilen Genel Kredi Sözleşmesinin 71. maddesinde temerrüt faizinin; T.C. Merkez Bankasına, davacı bankaca bildirilen en yüksek faiz oranına %50'sinin ilavesi ile bulunacak oran olduğu hususu hüküm altına alınmıştır. Bu durumda mahkemece, bilirkişi marifeti ile bu oran tespit edilip buna göre davacı banka alacağının hesaplanması gerekirken, sözleşmeye aykırı olarak davacı bankanın fiilen uyguladığı en yüksek faiz oranına %50 ilave edilerek bulunan oranın temerrüt faizi olarak kabul edilip bu oran esas alınarak hazırlanan bilirkişi kurulu raporuna göre hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir." Yargıtay 19. HD., E. 2004/12567 K. 2005/9001 T. 22.9.2005

32 "Taraflar arasındaki genel kredi sözleşmesinin 36/2-a maddesinde temerrüt tarihinde bankanın kısa, orta veya uzun vadeli cari kredi faizlerinden en yüksek olanının %50 fazlası nispetinde temerrüt faizi uygulanacağı öngörülmüştür. Mahkemece anılan hüküm doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılmadan davacı bankanın T.C. Merkez Bankasına bildirdiği faiz oranları dikkate alınarak temerrüt faiz oranının belirlenmesi ve yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Yargıtay 19. HD., E. 2005/4143, K. 2005/12975, T. 23.12.2005. "Taraflar arasındaki imzalanan sözleşmenin 36/2-a maddesinde temerrüt faizinin, temerrüt tarihinde bankanın kısa, orta veya uzun vadeli cari kredi faizlerinden en yüksek olanının %50 fazlası nispetinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda mahkemece, davacı bankanın davalıların temerrüt tarihinde fiilen uyguladığı cari faiz oranlarının ve buna göre uygulanması gereken temerrüt faizi oranının

cuna varmaktadır. Yargıtay'ın ulaştığı bu sonucu temellendirmede kullandığı gerekçe ise sözleşmenin serbest irade ile oluşturulmasıdır.[33]

Ancak bankanın tek taraflı olarak temerrüt faizini belirliyor olması, kredi borçlusunun sözleşme içeriğinin belirlenmesindeki rolünün kağıt üzerinde kaldığını gösterir. Kredi borçlusu sözleşme süresi içinde bankanın tek yanlı faiz artırımı halinde sözleşmeyi sona erdirmek dışında bir hakkı kullanamazken, temerrüt halinde borçlu fiilen teslim olmaktadır. Bankalara tek taraflı faiz artırım hakkı tanıyan düzenlemenin hukuka uygunluğu savunulurken ileri sürülen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bankaların bu yönde bir düzenleme yapma hakları olduğu, kredi kullanacakların bu hükümleri içeren sözleşmeleri imzalamayabilecekleri görüşü de [34] bu nedenle fiili gerçeklikle uyumsuzdur.

Aynı şekilde, sadece kredi sözleşmesinde faiz artırımının ihtara gerek kalmaksızın değişiklik tarihinden itibaren uygulanacağı yönündeki hükümleri BK md 19 ve 20'ye aykırı bulmak, buna karşın bankanın tek yanlı faiz artırım kararının kredi borçlusuna tebliğ tarihinden sonra uygulanabileceğini, böylece borçluya yeni faiz oranını kabul ya

---

saptanıp, takip tarihi itibari ile davacı bankanın davalılardan alacaklı olduğu miktarın belirlenmesi yönünden, uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak, uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir". Yargıtay 19. HD E. 2008/7309 K. 2009/3258 T. 16.4.2009 "Taraflar arasında düzenlenen Genel Kredi Sözleşmesi'nin 38.2 maddesinde, sözleşmeden doğan borçların gününde ödenmediği takdirde borca uygulanacak temerrüt faizi oranının yetkili mercilerce veya bankaca Ödünç Para Verme Mevzuatına göre tespit edilmiş kısa, orta veya uzun vadeli en yüksek genel kredi faiz oranına 25 puan ilave edilmek suretiyle bulunacak faiz oranı üzerinden ödeneceğinin kararlaştırılmış olmasına göre, mahkemece tazmin edilen mektup bedelleri için sözleşmenin açıklanan bu maddesi uyarınca belirlenen faiz oranına sözleşmede yazılı 25 puanın eklenmesi sonucu bulunacak oran üzerinden karar verilmesi gerekirken, bu hususlara uyulmadan belirlenen orana karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu yönden davacı yararına bozulması gerekmiştir." Yargıtay 11. HD., E. 2004/9609, K. 2005/6308, T. 16.6.2005

33 "Taraflar arasında düzenlenen genel kredi sözleşmelerinin 34-2.a maddesi gereğince temerrüt faizinin temerrüt tarihinde bankanın kısa orta ve uzun vadeli cari faizlerinden en yüksek olanın %50si fazlası nispetinde alacağının saptanmış olmasının tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan bu davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcı kamu düzenine ve ahlaka aykırı batıl bir hüküm niteliğinde bulunduğu kabul edilemez." Yargıtay 19 HD., E 99/7929, K. 2000/2904, T 17.04.2000. Aynı yönde: Yargıtay 19.HD., E. 2000/883, K. 2000/2791, T13.04.2000 Kostakoğlu, s. 163

34 Kayar, s. 8

da krediyi kapatma imkânı verileceğini savunmak da [35] belirli süreli sözleşmeler açısından sözleşme özgürlüğünün kâğıt üzerinde bırakılması sonucunu doğurur. Zira kredi, kural olarak zaten kredi ihtiyacı için çekilir. Tüm sektörde faiz artırımı yapıldığında, başka bir bankadan kredi çekip mevcut borcu kapatmak da fiilen imkansızdır. Aynı şekilde temerrüde düşen bir borçlunun banka tarafından çok yüksek oranlı bir temerrüt faizi ile karşı karşıya kaldığı anda, mütemerrit sıfatı ile başka bir bankadan kredi bulması ihtimali de sıfıra yakındır. Dolayısıyla sözleşme eliyle temerrüt faizini belirleme yetkisinin alacaklı bankaya bırakılması, sözleşme özgürlüğünün kullanımı değil bilakis kısıtlanmasıdır.

3. Sözleşmeyle Bağlılık İlkesi Açısından Değerlendirme

Sözleşmeyle bağlılık ilkesi, klasik liberalizmin sözleşme özgürlüğü anlayışının bir sonucudur. Temelinde kişilerin irade özgürlüğüne sahip oldukları tezi yatmaktadır. Bu anlayış yukarıda da belirtildiği üzere 19. yüzyıldan itibaren terk edilmeye başlanmış ise de,[36] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 1990'lı yıllardaki kararlarında, bankanın genel kredi sözleşmesi ile tek taraflı faiz artırım hakkına sahip kılınmasının (TBK md 26 ve 27'nin o dönem karşılığı olan[37]) 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerine aykırı olmadığı yargısına varmıştır. Gerekçe olarak ise bankaya tanınan hakkın sözleşmede yer almasını

---

35 Kayar, s. 11. Bu tür hükümlerin artıştan müşterinin derhal haberdar edilmesi ve sözleşmeyi fesih imkânı tanınması kaydıyla geçersiz kabul edilmemesi gerekir: Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 243

36 Nagehan Kırkbeşoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 20

37 Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) yürürlükte olduğu dönemde, tartışmanın zemini, emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine ve kişi haklarına aykırılık içermediği sürece sözleşme içeriğinin serbestçe belirlenebileceğini düzenleyen BK md 19 (Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbeste tayin olunabilir. Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir) ve ahlaka aykırı sözleşmelerin batıl olduğunu düzenleyen BK md 20 (Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur) hükümleriydi. BK 19 ve 20. maddelerinin TBK'daki karşılığı ise md 26 ve 27 olmuştur. TBK md 26 sadece sözleşme özgürlüğünü düzenlerken, kesin hükümsüzlük başlığını taşıyan md 27, BK md 19 ve 20'de yer alan butlan hallerini tek bir maddede vazetmiştir.

göstermiştir.[38] 19. Hukuk Dairesinin bu yaklaşımı çalışmamıza konu temerrüt faizinin banka tarafından temerrüt tarihinde uygulanan faiz oranına endeksli olarak belirlenmesi halinde de geçerli olup, sözleşmede böyle bir hüküm olması hukuka uygunluk açısından yeterli kabul edilmektedir.[39] Aynı yaklaşıma hukuk yazınında da rastlanılmakta,

38 "Davacı bankaya sözleşmenin 6/a maddesinde faiz oranını artırma yetkisi verilmiş, banka da bu yetkiye dayanarak kredi faiz oranını 25.1.1994 tarihinde % 96'ya, 27.1.1994-2.2.1994 arası dönemde % 110'a, 2.2.1994 tarihinde % 140'a,10.2.1994 tarihinde % 150'ye, 1.4.1994 tarihinde % 250'ye yükseltmiş ve yaptığı bu artışları davacıya bildirmiştir. Davacının bu işleminde TTK.nun 94 ve 8. maddelerine aykırılık yoktur. (…) Davacı, kısa sürelerle faiz oranının artırılarak % 250'ye çıkarıldığını bu oranın fahiş olduğunu bu nedenle uygulanamayacağını da ileri sürmüştür. Davacı ile davalı banka arasında imzalanan kredi sözleşmesinin 6. maddesine göre, artan faiz oranlarının uygulanacağı davacının kabulünde olduğundan bu durum BK.nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmez." Yargıtay 19. HD., E. 1996/6, K. 1996/2976, T. 26.3.1996 "Davacılar davalı banka tarafından faiz oranlarının fahiş olarak artırıldığını ileri sürmüşler, bilirkişi kurulu da faiz oranına ilişkin artışı BK'nun 19. ve 20. maddeleri ile MK'nun 2. maddesine aykırı bulmuşlardır. Taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesinde artan faiz oranlarının uygulanacağı kabul edildiğinden bu durum BK'nun 19. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmez." Yargıtay 19. HD., E. 1997/5007 K. 1997/9024 T. 30.10.1997

39 "Mahkemece davacı bankanın dosyaya sunulan 6.11.2001 tarihli faiz uygulaması ile ilgili sirkülerine dayanılarak temerrüt faiz oranı belirlenmiştir. Oysa davalının 27.9.2001 tarihinde temerrüde düştüğü anlaşılmaktadır. Temerrüt tarihi itibariyle davacı bankanın faiz uygulamasını gösterir listeler ibraz edilmemiştir. Bu durumda mahkemece taraflar arasında düzenlenen süper hesap taahhütnamesinin 9. maddesi uyarınca temerrüt tarihindeki temerrüt faiz oranı belirlenip uygun sonuç dairesinde bir hüküm kurulması gerekirken eksik araştırma ve inceleme neticesinde yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir." Yargıtay 19. HD., E. 2004/13404, K. 2005/9144, T. 27.9.2005. "Taraflar arasındaki uyuşmazlık kredili Mevduat Taahhütnamesi uyarınca oluşan davacı alacağının tahsili için girişilen takibe davalının itirazının iptaline ilişkindir. Dava konusu kredi sözleşmesinin 10. maddesinde temerrüt faiz oranının, davacı bankaca en yüksek faiz uygulanan kredi türünün faiz oranının % 50 artırımı suretiyle belirleneceği öngörülmüştür. Bu durumda mahkemece, davacı bankanın talep etmekte haklı olduğu temerrüt faizinin anılan sözleşme hükmü çerçevesinde tespiti hususunda araştırma yapılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi." Yargıtay 19. HD., E. 2002/257, K. 2003/2147, T. 13.3.2003. "Genel kredi sözleşmesinin 39.maddesinde "...genel kredi sözleşmesinden doğan borçlarının tamamını gününde ödemediği takdirde, bunları bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce veya bankaca belirlenmiş kısa, orta veya uzun vadeli en yüksek genel kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde bunlardan en yüksek kredi faiz oranına 30 puan ilave edilmek suretiyle bulunacak faiz oranı üzerinden temerrüt faizi ödemeyi kabul eder..."hükmü yer almakta olup, sözleşmede temerrüt faiz oranı da kararlaştırılmamıştır. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda davacı bankaca ibraz edilen faiz genelgesinde belirlenen temerrüt faiz oranı dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır. Kredi sözleşmesinin anılan madde hükmü gözetilerek temerrüt faizi oranının tespit edilmemesi doğru olmadığı gibi" Yargıtay 19. HD., E. 2010/3336

sözleşmeyle bağlılık gereği kredi borçlusunun sözleşmeyi imzalayarak bu hükümle bağlı hale geldiği savunulmaktadır.[40]

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi başkanlığı yapan Kostakoğlu, (Sungurbey'in aşağıda yer verilecek) bankalara tek taraflı faiz artırımına imkân veren sözleşme hükümlerinin batıl olduğu yönündeki görüşüne karşın, "kredi sözleşmelerindeki bir tarafın iradesine terkedilen yetkiye ilişkin hükümlerin, iradeyi ifsat edici bir neden olmadıkça, kural olarak geçersizliğini (batıl olduğunu) kabul etmenin olanaksız" [41] olduğunu savunarak hata, hile ve ikrah gibi nedenler dışında bir değerlendirmenin yolunu kapatmaktadır.

Kanımızca bu yaklaşım tarzı her şeyden önce ifsat edici nedenlerle ahlaka aykırılığı özdeş kabul etmektedir. Oysa ahlaka aykırılık, ifsat edici nedenlerden ibaret olmadığı gibi, aksinin iddia edilmesi BK 19 ve 20. (ve dolayısıyla TBK 27.) maddelerini yok sayılması anlamına gelmektedir.

Bunun ötesinde sözleşmede yer alan bir edimin ahlaka aykırı olup olmadığının tespitinde esas alınacak ölçüt o edimin sözleşmede yer alıp almaması değildir. Bir kişinin başka bir kişiyle yaptığı sözleşme ile köle olmayı kabul etmesi halinde, bu durumun sözleşmede yer almasından hareketle bu sözleşmenin BK 19 ve 20. maddelerine aykırı olmayacağını savunmak kategorik olarak ne kadar haklı ise bankaya kredi sözleşmesi ile tek taraflı faiz artırım hakkı tanımanın, salt bu husus sözleşmede yer almasına dayanarak ahlaka aykırı olmadığını savunmak da o derece haklıdır.

4. Dürüstlük Kuralı Açısından Değerlendirme

Hukuk yazınında savunulan bir görüş, kredi sözleşmelerinde bankaların tek taraflı faiz artırım hakkına sahip kılan hükümlerin hukuka aykırı olmadığı, bununla beraber, TMK md 2'de belirlenen çerçevede kullanılması gerektiği yönündedir. Dolayısıyla uygulanacak faiz oranının tek taraflı artırılması, bu artırımın kredi borçlusuna ihbarı

K. 2010/5437 T. 4.5.2010

40 Eray Karınca, "Banka Kredi Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2001, S. 3 s. 53

41 Cengiz Kostakoğlu, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, Beta, İstanbul 2006, s. 170

ve geçmişe dönük uygulanmaması kaydıyla mümkündür. [42] Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin içtihadı da bu hakkın varlığını ve kullanımını hukuka aykırı olmadığı, ancak artırılmış oranın TMK md 2 hükmü çerçevesinde makul olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği yönündedir Bu kapsamda davalı banka ile aynı sektörde faaliyet gösteren bankaların faiz oranlarının tespiti ve onlarla mukayesesi yapılarak artırılan faiz oranlarının ayrıca objektif iyi niyet kurallarına uygun olduğunun denetlenmesi gerekmektedir.[43] Bu değerlendirme sonucunda fahiş kar amacıyla yapılan faiz artırımının hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılacaktır.[44]

---

42 Kostakoğlu, s.150. Aynı yönde: Kayar, s. 89. Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 41. Derya Ateş, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan, Ankara 2007, s. 184-185

43 "Tacirler arasında sözleşme faizi ile temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün BK 19/1 maddesine uygun olup, kamu düzenine yahut ahlaka aykırı batıl bir hüküm niteliği taşımadığı tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür (MK md 2). Bu kuralın bir sonucu olarak bankanın fahiş bir kazanç amacı ile faiz oranının tek taraflı arttırma yetkisine dayanarak haklı görülemeyecek bir oranda yükseltmesi, hakkın suiistimalini oluşturacağından, sözleşmedeki anılan hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK 2 ve 3. maddelerinin korunmasında olduğunun kabulü gerekir." YARGITAY 19. HD., E. 1994/6472, K. 1994/11467, T. 25.11.1994. Kostakoğlu, s. 170

44 "Artan faiz oranlarının bankaca kredi borcuna uygulamasına olanak sağlayan bu sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan, bu durumun BK.nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Ancak, sözleşmenin bu maddesi ile davacı bankanın iradesine bırakılan faiz oranını artırma ile ilgili yetkinin kullanılmasında objektif iyi niyet kuralları içinde davranılması MK.nun 2. maddesinin uyulması gereken emredici bir hükmüdür. Bu kuralın sonucu olarak bankanın fahiş kazanç amacı ile faiz oranını tek yanlı artıma yetkisine dayanarak haklı görülmeyecek bir orana yükseltmesi objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından, sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK.nun 2. maddesinin koruması altında bulunduğunun kabulü gerekir. Bir başka deyişle bankanın kendisine duyulan güvene aykırı davranışı bulunup bulunmadığının saptanması gerekir. Bu durumda MK.nun 2. maddesini doğrudan gözetmekle yükümlü olan mahkemece yapılacak iş, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda inceleme yapıp, kredi süreci gözetilerek bu suretteki yükselen faiz oranlarına göre bankanın haksız bir davranışta bulunup bulunmadığını saptamak ve hesabın katedildiği tarihte banka alacağının ulaştığı miktar yönünden uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar vermekten ibarettir." Yargıtay 19. HD E. 1996/3416, K. 1997/831 T. 4.2.1997. "Dava, genel kredi sözleşmesinde yazılı faiz oranının tek taraflı olarak artırılması nedeniyle, fazla ödenen bedelin faiziyle birlikte istirdadı istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca, davalı bankanın kredi faiz oranını tek taraflı olarak artırma yetkisi bulunmaktadır. Ancak, kredi sözleşmesindeki yetkisine dayanarak bankanın, hak etme-

Kanımızca bu yöndeki içtihadın en önemli açmazlarından biri, bir yandan TMK md 2 hükmünün emredici hüküm olduğu gerekçesine dayanmak,[45] bir yandan da emredici kurallara aykırı sözleşme hükümlerinin hükümsüz sayılacağını düzenleyen BK md 20 (ve TBK md 27) hükmünü yok saymaktır. TMK md 2 hükmünün emredici olup olmadığı tartışması bir yana,[46] emredici olduğu kabul edilen bir hükme aykırılık halinde, tam olarak bu durumu düzenleyen, emredici hukuk kurallarına aykırılığı bir hükümsüzlük nedeni sayan BK md 20 (TBK md 27) hükmünün uygulanmamasının mantıklı bir açıklamasını bulmak oldukça güçtür.

Kaldı ki, sözleşmenin içerik yönünden denetimi sözleşmede belirlenen bir hakkın geçerli olarak doğup doğmadığının denetimidir. BK md.20 (TBK md 27) kapsamında batıl olan bir sözleşme hükmü kaynaklı hak hiç doğmamış sayılır. Oysa TMK md 2'ye dayanan hakkın kötüye kullanımının denetimidir. Doğmuş bir hakkın kullanımıyla ortaya çıkan sonuçların denetlenmesidir, hakkın kendisi tartışma

---

diği bir yararı sağlaması hukuken mümkün bulunmamaktadır. Davalı bankaca belirlenen faiz oranının makul olup olmadığının tespiti için ise, davalı banka ile aynı sektörde faaliyet gösteren bankaların faiz oranlarının tespiti ve onlarla mukayesesi yapılarak artırılan faiz oranlarının ayrıca objektif iyi niyet kurallarına uygun olduğunun denetlenmesi gerekmektedir. Mahkemece, davalı bankanın sektöründeki ve davalı konumuna yakın olan bankaların dava konusu dönemde uyguladıkları faiz oranlarının tespiti ile bu oranların iyi niyet kurallarına uygun olduğunun belirlenmesi ve sonucuna göre davacının kabulüne de dikkat edilerek bilirkişi raporu alınması gerekirken, yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 11. HD., E. 2002/10867, K. 2003/3372, T. 7.4.2003

45 "Borçlunun temerrüdü halinde en yüksek cari kredi faizinin %50 fazlası oranında temerrüt faizi uygulanmasına olanak sağlayan sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan bu durum BKnun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzudur. Ancak sözleşmenin bu hükmü ile davacı bankanın iradesine bırakılan faiz oranı ile ilgili yetkinin kullanılmasında objektif iyi niyet kuralları içinde davranılması MKnun 2. maddesinin uyulması gereken emredici bir hükmüdür. Y. 19 HD 06.03.2000 99/7999E 2000/1769 K" Kostakoğlu, s. 179. "Davalı banak bu yetkiye dayanarak akdi faizi %500, temerrüt faizini de %750ye kadar yükseltmiştir. Taraflar arasındaki kredi sözleşmesi faiz oranın bankaca akit serbestisi çerçevesi içinde belirlenmesinin, BKnun 19 ve 20. Maddelerine aykırı olduğu, diğer bir deyişle kamu düzenine yahut ahlaka aykırı bir uygulama yaratacağı söylenemez. Ancak bir tarafın tek yanlı iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde davranılması da, objektif iyi niyet kurallarına uyulmasını gerektiğini öngören emredici bir yasa hükmüdür (Y 19 HD 15.05.1998 T 98/1073E 98/3465K)" Kostakoğlu, s. 185

46 Seyfullah Edis, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'na Armağan, AÜHF Yay. Ankara 1975, s. 452-454

konusu yapılmaz.[47] Dolayısıyla kredi sözleşmelerinde bankalara tek taraflı faiz artırma yetkisi veren hükümlerin geçerli olması ile bu hükümlerin hukuka uygun kullanılması iddia edildiği gibi[48] farklı "şeyler" değildir. Bizatihi varlığı hukuka aykırı bir sözleşme hükmünün hukuka uygun kullanılması kanımızca söz konusu dahi olamaz. Dolayısıyla bankaya temerrüt faizini tek taraflı olarak belirleme hakkı veren bir sözleşme hükmünün, dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanılmasından bahsedilemez. Böyle bir hüküm TBK md 27 gereği kesin hükümsüz sayılmalıdır. Dürüstlük kuralının TBK md 25 çerçevesinde genel işlem şartlarının denetimindeki rolü aşağıda (6 numaralı başlıkta) ayrıca irdelenecektir.

5. TBK md 27 Açısından Değerlendirme

Yukarıda temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkı tanıyan görüşün dayanak kavramları ele aldıktan sonra, bu başlık altında da aksi görüşün dayanağı kavramları irdelemek istiyoruz. TBK md 27'ye göre "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*"[49] Görüldüğü üzere BK md 19 ve 20'de yer alan "kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet", ölçütü kanunun emredici hükümlerine ölçütüne, "ahlaka (adaba) mugayir" olma ölçütü ahlaka, "umumi intizama mugayir" olma ölçütü kamu düzenine ve "şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir" olma ölçütü de kişilik haklarına aykırı olma ölçütü şeklinde yeniden ifade edilmiştir.

---

47 Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 30. Kocayusufpaşaoğlu, s. 561

48 Kayar, s. 10

49 Madde 19 – Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir. II- Butlan Madde 20 – Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.

Anılan ölçütlerin yoruma açık nitelikleri, özellikle de birbirlerinden ne şekilde ayrılıp uygulanmaları gerektiği konusunda bir oydaşma yoktur. Bu durum hukuk politikası ve yorumlayıcının sosyal-siyasal duruşundan bağımsız değildir.

Öte yandan, ahlaka aykırılık kavramını cinsel yaşama/eylemlere, kamu düzeni kavramı siyasal yaşama indirgenerek[50] hukuksal içerikten koparıldığı sürece BK md 19 ve 20 (TBK md 27) hükümlerinin sağlıklı bir biçimde anlamlandırılıp uygulanması olanaksızdır. Bu hukuksal içeriğin belirlenmesi ise TBK md 27'de yer alan kavramların kamu hukukundaki karşılıklarıyla beraber dinamik bir yorum anlayışıyla değerlendirilmesini gerektirir.[51] Bu çerçevede bankaya temerrüt faizini tek taralı olarak belirleme hakkı veren kredi sözleşmesi hükümlerini aşağıda TBK md 27'de yer alan ve kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmış, genel ahlaka, emredici hükümlere, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırılık halleri yönünden değerlendirmeye çalışacağız.

5.1. Ahlaka Aykırılık

Ahlaka aykırılık kavramı üzerinde genel kabul görmüş bir tanım bulunmamakta, bu kavramı tanımlayan görüşler kabaca ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan biri ahlaka aykırılığın belirlenmesinde ölçüt olarak, orta düzeyde zekaya sahip, makul ve dürüst düşünen kişilerin ahlak anlayışını esas almaktadır.[52] Bir diğer görüş ise ahlakı sosyal ahlaktan tamamen soyutlanmış bir hukuki bir kavram olarak anayasa ve kanunlarda yer alan etik değerler şeklinde tanımlamaktadır.[53]

---

50 Serozan, Fahiş Faiz, s. 198

51 Serozan'ın belirttiği gibi kamu düzenine aykırılık kavramı anayasanın belirlediği temel ilkelere, bu arda sosyal devlet ilkesine aykırılık diye, ahlaka aykırılık kavramı da anayasanın benimsediği ekonomik ve sosyal etik diye algılanabilir. Serozan, Fahiş Faiz, s. 202 Serozan bunun anayasal hakların özel hukuk ilişkilerinde uygulanmasının çağdaş şekli olacağını belirtmekte, Kocayusufpaşaoğlu ise, farklı olarak burada anayasaya uygun yorum izleneceğini ifade etmektedir (s.503)

52 Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İÜHF Yay, İstanbul 1976, s 83

53 Kocayusufpaşaoğlu, s. 552. Yazar her iki görüşün olumsuz yanlarını eleştirerek karma bir görüşü savunmaktadır. Nitekim ahlak toplumdan topluma ve aynı toplumda zamandan zamana değiştiğine göre, belirli bir ülkede belirli bir zamanda toplumun çoğunluğu tarafından benimsenen etik değer ve kurallar bütünü olarak tanımlanabilir: Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 28. Birinci yaklaşıma örnek olarak şunlar verilebilir: "Sözleşmeler bazen hukuka de-

Kanımızca hukuk disiplini açısından, ahlak kavramının "asla farklı ideolojik, dini, siyasi ya da ayırımcı birtakım eğilimlere paralel kullanılamayacak ya da yorumlanamayacak bir kavram"[54] olduğu görüşü en baştan reddedilmelidir. Bilakis, ahlak ya da genel ahlakın içeriği ideolojik, dini ve sosyal bakış açısına göre belirlenir ki, bu görecelik hali kaçınılmaz ve doğal bir sonuçtur. Nitekim hukuk yazınında yaygın olarak rastlandığı şekliyle genel ahlakın sadece cinsel hayata ilişkin çağrışımlar yapması ve sadece cinsel hayatla ilgili örneklerle karşılanması dahi tek başına bu göreceliliğin ispatıdır. Bu nedenle kesin çizgilerle belirlenemeyen ve objektif olarak kullanılması güç içeriğe sahip ahlaka aykırılık kavramının ortalama bireyin ahlak anlayışından sapan her sözleşmenin denetlenmesi değil, asgari düzeyde etik bir standardın korunması görüşünün [55] doğru olduğu kanısındayız. Nitekim tanımda bahsi geçen ortalama insanın kim olduğu, kimin tarafından belirlendiği, orta düzeyde zekaya sahip makul insan ölçütünün objektifliği ile ilgili belirsizlik, hukuksal bir kullanımı daha da zorlaştırır. Aynı doğrultuda bu ölçütün sözleşmeye çok geniş bir sınır çizdiği, sadece tarafların anlaşmalarına izin verilmeyen uç noktaları belirlediğini kabul etmek,[56] (ölçütün görece niteliği ve hukuk güvenliğinin ihlal edilmesi riski de dikkate alındığında) daha makuldür. Dolayısıyla göreceli bir ahlak kavramını, orta zekâ, makuliyet gibi tartışmaya daha da açık kavramlarla belirsizleştirmek yerine hukukun genel ilkeleri ve anayasal değerler gibi hukuksal altyapıya sahip bir içerikle belirlemek kanımızca daha makuldür.

Ne var ki, ahlaka aykırılık kavramının kullanımı, uygulamada genel ve ortak bir zemine oturmamakta, Yargıtay uygulaması da bu

---

ğil, ancak ahlaka uygun olmayabilir. Ahlak kuralları, hukuk kurallarından farklı olarak yazılı olmayan kurallardır. Toplumun değer yargıları ve ahlak anlayışı bir davranışın ahlaka uygun olup olmadığını tayin eder. Bu nedenle, ahlak kuralları zamandan zamana, toplumdan topluma hatta yöreden yöreye değişirler. Sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığı, toplumun ahlak anlayışı göz önünde tutulmak suretiyle belirlenebilir Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Baskı, Ankara, 2012. s.95" Yargıtay HGK, E. 2012/11-1601, K. 2013/752, T. 22.5.2013. Ahlaka aykırılıktan kastedilen ise topluma mal olmuş ahlak kurallarıdır. Normal zekâya sahip, dürüst, aklı başında kişilerin ahlak anlayışının kabul edilmesi gerekir başlık parası gibi çağ dışı gelenekler ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmalıdır. Oğuzman/Öz, s 85 dn 132. Hatemi, s 311

54 Ateş, s.3

55 Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s.27

56 Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s.160

konuda belirli çıkarımlar yapmayı güçleştirmektedir. Örneğin, tacirler arası cezai şartın fahiş olması halinde bu hükmün *("Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin 2 nci fıkrasiyle 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında ve 409 uncu maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasiyle bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden istiyemez"* hükmünü havi TTK md 24'e rağmen) BK md 20'ye göre ahlaka aykırı ve batıl sayılması kabul edilmektedir.[57] Buna karşın konusu suç teşkil eden sözleşmelerin konusundan bağımsız olarak aynı zamanda ahlaka aykırı olduğu yargısı [58] gayet somuttur. Bunun yanında işçinin işten ayrılması halinde aynı sektörde çalışmasını yasaklayan ve cezai şarta bağlayan sözleşmeler, kelepçeleme sözleşmesi olarak tanımlanmakta ve ahlaka aykırılık yanında BK md 19 ve 20'de yer alan diğer nedenlerle beraber ve aynı anda kullanılmakta,[59] bu durum ahlaka aykırılıkla diğer kavramlar arasındaki ilişkiyi ve birbirlerinden farkını tanımlamayı güçleştirmektedir.

Öğretide özellikle ekonomik özgürlükleri sınırlandıran sözleşmelerin sözleşme ile taahhütte bulunan kişinin ekonomik özgürlü-

---

57 Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 28. "Borçlar Kanunu'nun 161/III. maddesi hükmü gereğince hâkim "fahiş" gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacir olan taraflar cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini isteyemezler. Ancak istisnai olarak kararlaştırılan cezanın tacir olan borçlunun iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır ve yüksek olması halinde Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereğince adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtay'ın kararlılık gösteren içtihatlarıyla da benimsenmiştir (HGK'nın 20.03.1974 gün 1970/T-1053 Esas 1974/222 Karar sayılı, 11. Hukuk Dairesi'nin 15.06.1982 gün 1982-2887 E.K. sayılı, Dairemizin 24.06.1992 gün 1992/5216 Esas, 1992/3281 Karar sayılı, Dairemizin 05.10.1999 gün 1999/1865 Esas, 1999/3481 Karar sayılı, 19. Hukuk Dairesi'nin 18.05.2005 gün 2004/9148 Esas 2005/5709 Karar sayılı ilamları). Yargıtay 15. HD., E. 2009/1814, K. 2010/1643, T. 23.3.2010

58 "Tefeciliğe konu olan sözleşmenin, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m.19/II, 20/I. maddeleri kapsamında kanuna ve bu arada ahlaka aykırı olduğu konusunda kuşku ve duraksama bulunmamaktadır." Yargıtay HGK, E. 2013/19-1362, K. 2015/826, T. 18.2.2015

59 "Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyuşmazlığa uygulanması gereken 818 sayılı Kanun'un 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23. maddeleri karşısında davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra 3 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışamaması bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bir hükümdür. Dolayısıyla buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir." Yargıtay 11. HD., E. 2014/6520, K. 2014/12577, T. 1.7.2014

ğünü yok etmesi veya ağır şekilde kısıtlaması halinde ahlaka aykırı kabul edildiği dikkat çekmektedir.[60] Konumuzla ilgisi nedeniyle Sungurbey'in genel kredi sözleşmelerinde yer verilen kurallarla, bankalara faiz oranlarını tek taraflı artırma yetkisi hakkındaki görüşlerini burada özellikle zikretmek gerekmektedir. Yazara göre bu hükümler, bankaya tek yanlı olarak, diledikleri kadar artırma yetkisi vererek, banka müşterisi sanayici ve tüccarın iktisadi varlığının yok olması tehlikesi yaratacak biçimde mutlak surette bankaların keyfine bağlı tutmakta, tüccar ve sanayicileri bankaların vesayetine sokmakta ve iktisadi faaliyet hürriyetinin kullanılmasını felce uğratan bir nitelik taşımaktadır. Bu hükümler, BK md 19 ve 20 gereğince hem kişilik haklarına hem de ahlaka aykırı olduğundan batıldır.[61]

Eren daha dar bir çerçevede, sözleşmenin taraflarından birinin hukuki veya fiili tekel durumunda bulunması halinde, güçlü ve üstün durumunu kullanarak edimler arasında büyük oransızlığa sebep olmasının gabin dışında bir olgu sayılarak ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir.[62] Kocayusufaşaoğlu, ise "Türk hukukunda banka kredi sözleşmelerinde bankalara sözleşmede yer alan faiz oranlarını sonradan herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın tek taraflı olarak istedikleri kadar artırma" yetkilerinin tanınmasının ahlaka aykırı olduğu BK md 19 ve 20 gereğince hükümsüz sayılması gerektiğini belirtmektedir.[63] Ancak Eren'den farklı olarak ahlaka aykırılık sonucuna varmak için taraflardan birinin tekel olması şartını aramamakta, herhangi bir tarzda gerçekleşebilecek fiili üstünlükle, iş hayatının gerekleri ile bağdaşmayacak ve karşılıklı edimler arasında ağır bir

60 İsmet Sungurbey/ Selim Kaneti, Medeni Hukuk Sorunları, 3. Cilt, İÜHF Yay. İstanbul 1976, s. 179

61 Sungurbey/Kaneti, s. 186-187 İsmet Sungurbey, Türkiye'de Bankaların İç Yüzü, Çorlu Devrim Gazetesi yay, Çorlu 1994, s. 46-50

62 Eren, s. 326

63 Kocayusufpaşaoğlu, s. 561. Kuntalp (s.101), bankaların tek taraflı faiz belirleme yetkisinin ahlaka aykırı olmadığı iddiasını gerekçelendirmeye çalışırken, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 25. maddesi ile (faizi de içeren) sözleşme değişikliklerinin düzenlendiğin, sözleşmede değişiklik yapma yetkisi ahlaka aykırı olsaydı böyle bir yetkinin bu kanunda da düzenlenmemiş olmasının gerekeceği savunmuştur. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere kredi kartları belirli dönem sonlarında hesap kesimi yapılan, belirsiz süreli bir ilişki niteliği taşır. Belirsiz süreli sözleşmelerde, üstelik izleyen dönemde ilişkiye devam mecburiyeti de bulunmazken, bu faiz artırımının hukuka aykırı hiçbir yönü yoktur.

dengesizlik yaratacak bir istismarı yeterli saymaktadır.[64] Oğuzman/Öz tarafından verilen örnekler ise sözleşmenin bir tarafın ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısması, bir tarafı diğerinin keyfi davranışını tabi kılması ve aşırı bir süre bağlılık yaratmasıdır.[65]

Kanımızca öğretideki bu bakış açısının asgari ortak noktası, üstün konumundan faydalanan tarafın zayıf olan tarafı kendi aleyhine taraflar arasındaki dengeyi ağır bir biçimde bozan hükümleri kabul etmeye zorlamasının ahlaka aykırı olduğudur. Bu açıdan bakıldığında bankaların kredi müşterileri karşısında fiili üstünlüklerini kullandıkları ve müşteri aleyhine ağır bir edim dengesizliği yarattığı görülmektedir. Dolayısıyla sektörel bir uygulama olarak ticari kredilerde uygulanacak temerrüt faizinin bankaların inisiyatifine bırakılmasının ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımını gerektirdiği söylenebilir.

Serozan irade özerkliğinin sözleşmenin taraflarından birinin aleyhine çökertilerek serbest pazarlık imkanının ortadan kaldırılması halinde güçlü olan tarafın kamu düzeni ve ahlaka aykırılık kavramları kullanılarak sınırlandırılması gerektiğini belirterek[66] ahlaka aykırılık ve kamu düzenine aykırılık kavramlarını bir arada kullanmaktadır. Kanımızca her iki kavramın da kullanılması mümkün olmakla birlikte, bankaların tek taraflı faiz belirleme hakkına sahip olmaları, aşağıda ele alacağımız kamu düzenine aykırılıkla, ahlaka aykırılığa oranla daha sıkı bir ilişki içermektedir. [67]

---

64 Ne var ki Kocayusufpaşaoğlu da (s. 558), Kostakoğlu ile aynı yönde bir değerlendirme yaparak bankanın faiz artırımını borçluya bildirmemesi ve faiz artırımını geriye dönük uygulaması halinde söz konusu olacağını, aksi takdirde MK md. 2 kapsamında bir denetimin yeterli olduğu görüşünü savunmaktadır.

65 Oğuzman/Öz, s. 87

66 Rona Serozan, Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Giderilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2000, s.1019

67 Aynı şekilde öğretide ahlaka aykırı sözleşme örneği olarak verilen bazı diğer sözleşme örneklerinin de ahlaka aykırılıktan ziyade başka ölçütlerle bağının daha sıkı olduğu kanısındayız. Daha objektif sonuçlara ulaşmak için emredici kurallara aykırılık halinde ahlaka aykırılık ölçütüne başvurulmaması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim Tekinay'ın (s. 576) da örnek verdiği para karşılığı bir kimseye kadın bulmak suçtur. Bir başka değişle emredici kurallara aykırı olduğundan hükümsüzdür. Kocayusufpaşaoğlu tarafından da (s.555) para karşılığı cinsel ilişki sözleşmesi ise kişilik haklarına aykırı olduğu için hükümsüzdür. Bu nedenle kanımızca cinsi münasebette bulunmak ahlaka aykırılık değil, kişilik haklarının aykırılık nedeniyle hükümsüzdür.

5.2. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık Açısından Değerlendirme

TBK md 27'ye göre kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracak bir diğer neden, emredici hukuk kurallarına aykırılıktır. Belirtmek gerekir ki, genel kredi sözleşmelerinde bankalara borçlunun temerrüdü halinde verilen tek taraflı faiz belirleme hakkı verilmesini doğrudan yasaklayan emredici bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bununla beraber kişinin hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüğünden vazgeçemeyeceğini düzenleyen TMK md 23 kapsamında bir değerlendirme yapılması mümkündür. Ancak TBK md 27'de ki**şilik haklarına aykırılık**, emredici hukuk kurallarına aykırılıktan ayrı bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle konunun bağımsız olarak düzenlenen kişilik haklarına aykırılık başlığı altında incelenmesi gerekecektir. Buna göre kişilik haklarına aykırı nitelikteki bir sözleşme hükmü, dolaylı olarak aynı zamanda emredici hukuk kurallarına da aykırı olacaktır.[68]

5.3. Kişilik Haklarına Aykırılık Açısından Değerlendirme

1982 AY md 12, soyut olarak herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu düzenlerken, TBK md 27 bu hükmü sözleşmeler hukuku açısından somutlaştırarak kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin hükümsüz olacağını düzenlemektedir. "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*" hükmünü içeren TMK md 23/2 de AY md 12'nin norm alanı çerçevesinde bir somutlaştırma işlevi üstlenmektedir.

Öte yandan kural olarak her sözleşmenin, tarafların kullanabilecekleri haklar için bir sınırlama getirdiği ve bazı hususlarda sözleşmenin karşı tarafına tek taraflı inisiyatif kullanma hakkı tanımasının mümkün olabildiği düşünüldüğünde, TMK md 23/2'nin hangi hallerde uygulanabileceği sorusu akla gelir. Eldeki sorun özelinde, TMK md 23/2 hükmünde geçen "ahlaka aykırılık" ölçütüne başvurulması anlamlı değildir. Zira ahlaka aykırılık TBK md 27'de zaten vardır. Aynı şekilde hukuka aykırılık da eldeki sorun açısından somut bir çerçeve çizmemekte, TBK md 27'de yer alan diğer ölçütlere aykırılık zaten

68 Nil Karabağ Bulut, Medeni Kanun'un 23. maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 12 Levha, İstanbul 2104, s. 15

hukuka aykırılık sonucu doğuracağından, aradığımız özel ve nesnel ölçüt bu kavramdan da elde edilememektedir. Bu durumda TMK md 23 hükmü açısından yapılabilecek en kapsayıcı ve doyurucu yorum, hükmün karar verme özgürlüğünden vazgeçilmesini yasakladığıdır.[69]

TMK md 23/2 hükmünde geçen, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği kuralı üzerinde de durmak gerekir. Kişinin iktisadi faaliyet özgürlüğü de kişilik haklarından biri olarak kabul edilebilir.[70] Kredi borçlusu, imzaladığı sözleşme ile kredi alacaklısına -aynı zamanda kendi ekonomik özgürlüğünü sınırlayan- birtakım haklar tanımış olmakta yeni bir statü oluşmaktadır. Dolayısıyla kişinin ekonomik özgürlüğünden vazgeçemeyeceği kuralı, salt belirli edimleri üstlenme ya da karşı tarafa bazı haklar tanıma durumunda değil, oluşan bu yeni statüde ekonomik özgürlüğün ortadan kalkacak şekilde sınırlanması halinde uygulanabilecektir.[71] Borçlunun ekonomik özgürlüklerinden vazgeçmiş olup olmadığı her bir somut olay özelinde değerlendirilmeli, sözleşme ile karşı tarafa tanınan bu inisiyatif ve oluşan bağlılık ilişkisi irdelenmelidir. Yapılacak değerlendirmede, sözleşmeyle taraflardan birinin diğer sözleşen tarafın keyfi tutumuna teslim edildiği tespit edildiğinde aykırılık sınırının aşıldığı sonucuna ulaşılmalıdır.[72]

TMK md 23'ün ve dolayısıyla TBK md 27'de yer alan kişilik haklarına aykırılık ölçütünün ekonomik boyutunun uygulamada Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nce özellikle personelin işten ayrılması halinde aynı bölgede belirli bir süre çalışmasını yasaklayan ve cezai şart yaptırımına bağlayan sözleşmelerle ilgili ihtilaflarda uygulandığı görülmektedir. Nitekim bu durumda, bir kelepçeleme sözleşmesi ile vazgeçilemeyeceği anayasal çalışma hakkı ihlal edilmektedir.[73]

---

69 Kırkbeşoğlu, s. 177-178

70 İsmet Sungurbey, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz oranlarının Geçmişe Dönük Olarak Diledikleri Oranda Arttırma Yetkisi Veren Maddelerin Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd, İstanbul 1994, s.13

71 "Ferdin şahsi veya iktisadi hürriyetini kabul edilemeyecek derecede ağır bir takyide tabi tutan mukaveleler adaba muhaliftirler. Esasen her mukavele ferdin hürriyetini az çok takyit eder. Demek ki kaideten hürriyetin takyidinde bir haksızlık yoktur, fakat bu takyit borçlunun hürriyetini nezederek onu alacaklısının mutlak surette iradesine tabi bir hale getiremez" Esat Arsebük Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1950, s. 352,353

72 Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 26 Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 150

73 "Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyuş-

Öğretide Akyol, genel kredi sözleşmelerinde temerrüt faizini belli bir oran eklenerek belirlenmesi uygulamasını aynı şekilde kelepçe hükümlere örnek göstermektedir.[74] Bunun kişiliğin korunmasına ilişkin TMK md 23 kapsamında sözleşmenin güçlü tarafının bu egemenliğini karşı tarafa dayatması ve zayıf tarafın kişiliğini, ekonomik varlığını ve toplumdaki şerefini özgürlüğünü zedelendiğini belirtmektedir.[75]

Bu çerçevede, genel kredi sözleşmesi eliyle temerrüt faizinin bankanın inisiyatifine bırakılması da, kredi borçlusunun sözleşmeyle bankanın keyfi tutumuna teslim edilmesi anlamına gelmektedir. Zira burada söz konusu olan sorun, sözleşmeyle fahiş ama belirli bir faiz oranının belirlenmesi değildir. Burada söz konusu olan daha da vahim bir biçimde uygulanacak faiz oranının tamamen bankanın inisiyatifine bırakılmasıdır. Sözleşmede kararlaştırılan faiz oranının fahiş olup olmadığı tartışılabilir ve objektif bir sonuca ulaşılamayabilir. Ancak her halükarda yüksek de olsa kredi borçlusu tarafından bilinen bir oran vardır. Kredi borçlusunun ne olduğu/olacağını bilmediği ve bu konudaki kararı tamamen kredi alacaklısına bıraktığı bir sözleşme hükmü bu nedenle fahiş bir oran içeren sözleşme hükmünden farklıdır. Bu durum kredi borçlusu açısından bilinemeyecek/öngörülemeyecek bir borcun altına sokmakta, ekonomik özgürlüğü tamamen ortadan kaldırmakta, kişilik haklarına aykırı olmanın yanı

---

mazlığa uygulanması gereken 818 sayılı Kanun'un 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23. maddeleri karşısında davalının daha önce çalıştığı ilçede sözleşmenin sona ermesinden sonra 2 yıl süre ile mesleğini icra edememesi bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bu hüküm ve dolayısıyla da buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir." Yargıtay 11. HD., E. 2012/17736, K. 2013/9814, T. 13.5.2013. "Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyuşmazlığa uygulanması gereken 818 Sayılı Kanunun 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23. maddeleri karşısında davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra 3 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışamaması bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bir hükümdür. Dolayısıyla buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir." Yargıtay 11. HD, E. 2014/6520, K. 2014/12577, T. 1.7.2014

74 Şener Akyol, Banka Sözleşmeleri (Ord. Prof. Kemalettin Birsel'e Armağan), İstanbul 2001, s. 107

75 Akyol'a göre, genel kredi sözleşmelerinin kredi müşterilerini sözleşme kurulduktan sonra faizi (…) yükseltmek hakkını bankaya bırakmaya, yine bankaya hiçbir yasal, haklı, önemli sebep olmadan böyle bir sebebin varlığını ileri sürmek ve ispat etmek yükümü olmadan kredi ilişkisini kesmek hakkını vermesinin, ahlaken kabul edilebilir bir durum olmadığını ve BK md.19/20 gereği batıl addedilmesi gerekir. Akyol, s. 114

sıra kamu düzenine aykırılık açsından da ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

5.4. Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzeni çerçevesinde bir değerlendirme yapmanın en zor yanı, bu kavram üzerinde bir oydaşmanın bulunmamasından kaynaklanır. Son olarak bir İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında "*Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açılamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen -toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü- olarak*" tanımlanmıştır.[76]

Kamu düzeni kavramı ile yapılabilecek müdahalenin alanının genişliği, kavramın yoruma açıklığı ve değişkenliğinin de [77] etkisiyle, öğretide kamu düzeni kavramının iki farklı şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Bir görüş kamu düzeni ve ahlaka aykırılık gibi halleri emredici hükümlere aykırılık üst başlığı altında tanımlamakta, böylelikle emredici kurallara aykırılık ile hukuka aykırılığa aynı anlamı vermektedir. Diğer bir görüş ise kamu düzenini emredici hükümlere

---

[76] Yargıtay İBGK E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.2.2012. Tırnak içindeki tanımlama daha önce Hatemi, (s. 43) tarafından da yapılmıştır. Öte yandan bu kararın izleyen satırlarında kamu düzenine kavramının kapsamı o kadar geniş çizilmiştir ki, bu tanımlama kavramı somutlaştırmak yerine daha da belirsizleştirmiş, dahası adap ve ahlak anlayışı kavramı BK 19-20 ve TBK 27 maddelerinin aksine kamu düzeninin bir alt alanı gibi gösterilmiştir: "(İ)ç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir."

[77] Eren, s. 320. Kocayusufpaşaoğlu, s.546. Oğuzman/Öz kamu düzenini, kamu çıkarıyla özdeşleştirerek, Zamanla içeriği değişebilir Türk Parasını Koruma Mevzuatının yabancı para bulundurulmasını yasakladığı dönemde kamu düzeni sınırlayıcı bir yöndeyken, kısıtlamalar kaldırılınca kamu düzeni serbestlik yönüne dönmüştür s. 83

aykırılık ölçütünden bağımsız olarak pozitifleşmemiş hukuksal değerleri kapsar nitelikte görmektedir.[78]

Birinci görüşü savunan Hatemi, kamu düzeni kavramına belirli bir içeriğe oturtmak için pozitif hukuk kuralları dışında bir kamu düzeni kuralı olamayacağını, bunların da sadece emredici kurallar olabileceğini savunmuş, emredici olduğu lafzından anlaşılamayan hükümlerin ise anayasadan çıkan kıstaslara göre yorumlanıp emredici olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.[79]

Kamu düzeninin emredici hukuk kurallarından ibaret sayılması nesnellik ve hukuk güvenliği açısından haklı bir gerekçelendirme olmakla beraber, (tıpkı BK md 19 ve 20'de olduğu gibi) TBK md 27'de de kamu düzeni ve emredici hukuk kurallarına aykırılık kavramlarına ayrı ayrı yer verildiği görülmektedir. Bu durumda en azından mevcut pozitif hukuk açısından kamu düzeni kavramının emredici hukuk kurallarına aykırılık kavramından farklı bir içeriği olduğunun kabulü zorunludur.[80] Aksi takdirde -BK md 20 ve TBK md 27'de bir kesin hükümsüzlük (butlan) nedeni olarak emredici hükümlere aykırılık yanında ayrıca neden bir de ahlaka aykırılık terimine yer verildiğisorusu cevapsız kalır.[81] Bu durumda – kamu düzenini emredici hu-

78 Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 184-185. Dar anlamda kamu düzeni kavramı emredici pozitif hukuk kurallarının ihlali anlamına gelmekte, kamu düzenine aykırılık hangi hükmün emredici olduğunu belirlemeye yaramaktadır. Geniş anlamda kamu düzeni ise sözleşmenin içerik denetiminde bağımsız olarak kullanılabilen sadece kamu hukuku menfaatlerini değil toplumun genel menfaatlerine de dokunan özel hukuk hükümlerini kapsamaktadır: Ateş, s. 154- 156 Eren, s. 320. Kılıçoğlu ise kamu düzenine aykırılığın aynı zamanda hukuka aykırılık oluşturacağını, ancak hukuka aykırı olmayan kamu düzenine aykırılık halleri olabileceğini, bir sözleşmenin hukuka uygun olmakla beraber kamu düzenine aykırılık taşıyabileceğini belirmektedir. Yazara göre kanun koyucu kamu düzenine aykırı bir durumu yasaklamamış olabilir. Ancak kamu düzeni ölçütü bu tip durumlarda devreye girecek ve hukuka uygun olduğu halde kamu düzenine aykırı nitelik taşıyan sözleşme hükümsüz sayılabilecektir. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı Turhan, Ankara 2014, s. 100

79 Yazar, Anayasaya göre temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabildiğinden hareketle, kanunun emredici olup olmadığı da yine anayasanın sözüne ve ruhuna göre yorumlanması gerektiği sonucuna varmaktadır. Hatemi, s. 39-42

80 Dolayısıyla Kocayusufpaşaoğlu'nun da belirttiği üzere pozitif hukuk kuralları, kamu düzeni ölçütünün sadece bir kısmını oluşturur (s. 547-548)

81 Oğuzman/Öz, s. 83

kuk kurallarıyla özdeşleştiren yaklaşımın hukuk güvenliğine ilişkin kaygılarının haklılığı göz ardı edilmeksizin- kamu düzeni ölçütünün içeriğinin mümkün olan en nesnel şekilde doldurulması ve çalışmaya konu sorun açısından uygulanabilirliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Hukuksal bir değerlendirmede kamu düzeninin, hukuk düzeni olarak anlaşılması ve bu kavramla korunan hukuksal menfaatin de bir bütün olarak hukuk düzeni şeklinde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle kamu düzeninin, zaten aynı düzenlemede yer verilmiş olan emredici hukuk kurallarından tamamen farklı bir anlam taşıması gerektiği, bu anlamın da, hukuk düzenin (doğrudan ve açıkça yazılı olması beklenemeyecek) temel değer yargıları olduğu düşünülmelidir.[82] Keza anayasal hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında uygulanabilirliğinin sağlayacak en önemli hukuksal araç kamu düzenine aykırılıkla ilgili düzenlemelerdir.[83] Özellikle anayasal düzeyde koruma gören bir menfaatin yasal düzeyde yeteri açıklıkta korunmamış olması halinde, bu menfaate ilişkin koruma kamu düzeni kavramı şemsiyesi altında sağlanacaktır. [84]

Konunun bu çerçevede değerlendirilmesi halinde karşılaştığımız ilk sonuç bankaların sözleşme ile elde ettikleri tek taraflı faiz belirleme hakkının Türk hukuk düzeninde özel hukuk kişilerine tanınan statüyle bağdaşmaz nitelikte olduğudur. Zira Türk hukuku, kamu hukuku - özel hukuk ayrımını esas almakta, bu ayrımın temelinde özel hukuk işlemlerinin karşılıklı rızaya dayanması, kamu hukuku işlemlerinin ise tek yanlı olarak yapılabilmesi yatmaktadır. Bu ayrım doğrudan bir pozitif dayanağı olmamakla beraber hukuk sistemimizin ve anayasal düzenimizin temelini oluşturur. Anayasal terimlerle ifade etmek gerekirse, kamu gücünü kullanarak tek taraflı işlem yapan taraf kendisine kanunla tanınmış bir yetkiyi kullanmakta iken, karşılıklı rızaya dayalı

82 Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 33

83 Kocayusufpaşaoğlu, s. 549. Serozan da aynı görüşü savunmakla beraber, kamu düzeni ölçütünün yanına ahlaka aykırılık ölçütünü de zikretmektedir. (Sözleşmeden Dönme, s. 204)

84 Atamer de BK döneminde yazdığı eserinde (Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 38), tüketicinin korunmasında olduğu gibi tacirlerin genel işlem şartlarına karşı korunmasında kanun koyucu bir yasal düzenleme yapana kadar içerik denetimde asli denetim ölçütünün kamu düzeni olması gerektiği görüşündedir

hukuki işlemler yapan özel hukuk kişilerinin kullandığı, bir "yetki" değil bir "hak"tır. Faiz oranının belirlenmesi ise tek taraflı olması halinde bir hak değil yetki kimliği taşımaktadır.

Nitekim özel olarak temerrüt faizin belirlenmesine ilişkin devlet işlemleri düşünüldüğünde kamu alacağına uygulanacak faizin, gecikme zammı adıyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51. maddesiyle belirlendiği görülmektedir. Buna göre, *(a)mme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olun(acağı)* düzenlenmiş, *Bakanlar Kurulu, gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar artırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik faiz usulüyle aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkili* kılınmıştır. Son olarak 19/10/2010 tarihli ve 27734 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12/10/2010 tarihli ve 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki Kararın 1 inci maddesiyle, birinci fıkrada yer alan gecikme zammı oranı her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere %1,40 olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere alacaklarına uygulayacağı temerrüt faizini tek taraflı olarak belirleme yetkisine sahip devletin hangi oranı uygulayacağı dahi bir kanunla önceden düzenlenmiştir. Bir kamu tüzel kişisi olarak Devlet dahi uygulayacağı faizi erişilebilir ve öngörülebilir bir biçimde belirleyip ilan ederken, bankaların tamamen kendi takdirlerinde olacak şekilde temerrüt faiz oranını kendileri belirlemesi Türk hukuk sistemine temelden aykırıdır. Temerrüt faizinin tek taraflı yükseltilmesi de yine bir kamu hukuku ayrıcalığı olarak sadece devlete aittir.

Daha da ilginci bu yöndeki kredi sözleşmelerinde ölçüt belirli bir kredi türüne uygulanan faiz oranı değil, kısa vadeli kredilere uygulanan en yüksek faiz oranı olarak zikredilmektedir. Bu durumda çok yaygın olarak kullanılmayan bir kredi tipinde diğer kredi tiplerine göre çok yüksek bir faiz belirlemek (örn. ihracat kredisinde %20 akdi faiz uygularken, nispeten çok daha dar bir portföye sahip kurumsal kredi kartlarında %60 akdi faiz uygulamak) ve düşük akdi faizli kredi borçlusu temerrüde düştüğünde, temerrüt faizini yüksek kredi faizine

göre (örneğin kredi sözleşmesi gereği en yüksek akdi faiz %60'a bunun yarısını ilave ederek temerrüt faizini %90 gibi) çok yüksek bir oran olarak belirleme mümkün hale gelmektedir.

Bu durum özel hukuk ilişkilerinde de esas olması gereken eşitlik ilkesinin (AY md 10) taraflardan birinin sahip olduğu finans gücünü kullanarak ihlali, bunun sektörde yaygın bir uygulama olması ve kredi müşterisinin sözleşme özgürlüğünün (AY md 48) özüne dokunacak ölçüde kısıtlanması anlamına gelmektedir. Oysa anayasal açıdan bir özel hukuk kişisi olan bankanın böyle bir yetkisi yoktur. Aynı şekilde kişilerin öngöremedikleri bir faiz yükü altına sokulması ve devletin yargı eliyle bu hukuka ve adalete aykırı uygulamaya karşı bir koruma sağlamaması, hukuk düzenine karşı da güvensizlik doğurmaktadır. Hukuk devletinin (AY md 2) bir unsuru olan öngörülebilirlik ve belirlilik sadece devletin kendi işlemleri için uyması gereken ve negatif edim yükleyen bir ilke değildir. Devletin (AY md 5 gereği) kişi önündeki (sadece devletten kaynaklanmayan tüm) ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma görevi kapsamında hukuk normları ve yargı erki eliyle müdahalesini gerektirir. Dolayısıyla tüm bu anayasal ilkelerin ihlali ile bankalara temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkı tanımasına ilişkin sözleşme hükümleri kamu düzenine aykırı olduğu görülmektedir. Kanımızca TBK md 27'de yer alan ölçütler içinde bankalara temerrüt faizini tek taraflı olarak belirleme yetkisi veren kredi sözleşmesi hükümlerinin kesin hükümsüz (batıl) olmasının en tipik nedeni kamu düzenine aykırılıktır.

6. Genel İşlem Koşulu Yönünden Değerlendirme

TBK md 27'de yer alan ve yukarıda ele aldığımız ölçütler tüm sözleşmeler için uygulanabilir niteliktedir.[85] Bununla beraber, çalışmamıza konu temerrüt faizine ilişkin genel kredi sözleşmesi hükümlerinin TBK md 20'de yapılan "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*" tanımı çerçevesinde aynı zamanda genel işlem koşulu niteliği taşıdığı görül-

[85] Kocayusufpaşaoğlu, s. 40-42. Yeşim Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHAE Yayını, Ankara 2012, s. 12

mektedir. Bu nedenle sorun TBK md 27 yanında, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeleri içeren md 20-25 çerçevesinde de değerlendirilecektir.

TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin denetimi, yürürlük ve içerik olmak üzere iki ayrı türde karşımıza çıkmaktadır.[86] Bunlardan yürürlük denetimi, TBK 21/1'de düzenlenen genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine girip girmediğini konu alır. İlgili hükme göre, "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır".

Temerrüt faizine ilişkin bir sözleşme hükmünün, genel kredi sözleşmesinin niteliği ve kredi sözleşmesi ile ilişkisi dikkate alındığında işin özelliğine yabancı olmadığı ve dolayısıyla ikinci fıkra hükmünün uygulanamayacağı açıktır. İlk fıkra hükmüyle ise karşı tarafça içeriğinin öğrenilmesi için gerekli imkânın sağlanması ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi gereği aranmakta, müşteriye bilgi verilmesi ve müşterinin de bu içeriği kabulü halinde herhangi bir yaptırım öngörülmemekte, sözleşme hükmü içerik yönünden irdelenmediği için herhangi bir hukuka aykırılık doğmamaktadır. [87]

İkinci denetim türü olan içerik denetimi ise aralarında özel norm-genel norm ilişkisi bulunduğu anlaşılan TBK'nin 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlardan özel hüküm olan TBK md 24'e göre,

---

86 Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 4 Bazı yazarlarca ayrı bir denetim türü olarak yorum denetiminden bahsedilse de Havutçu tarafından belirtildiği üzere yorum, bir denetim türü değildir: Ayşe Havutçu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *İzmir Barosu Dergisi,* Y. 2011, S. 2, s.46. Kaldı ki genel işlem şartlarının yorumuna ilişkin TBK md 23'e göre: "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır". Yukarıda örneklerini verdiğimiz genel kredi sözleşmesi hükümleri ise temerrüt faizinin ne şekilde hesaplanacağı konusunda bir tereddüt yaratmamaktadır.

87 Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 28

"*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*" Düzenleme ilk bakışta çalışmamıza konu soruna da uygulanabilirmiş gibi gözükmektedir. Oysa hükmün yasakladığı husus tam olarak genel işlem koşulları ile sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkı tanınmasıdır. Dolayısıyla özellikle geçmişte daha çok rastlandığı ve tartışıldığı üzere, alacaklı bankanın kredi sözleşmesinde belirlenmiş faiz oranını tek taraflı olarak artırabileceğine ilişkin hükümler TBK md 24'ün norm alanına girmekte ve yasaklanmaktadır. Oysa çalışmamıza konu olan sorun, bir sözleşme hükmünün değiştirilmesi ya da yeni bir hüküm koyma hakkının tek taraflı olarak bankaya tanınması değil, temerrüt faizi oranının belirlenmesi hakkının ileriki bir tarihte kullanılmak üzere tamamen alacaklı bankaya bırakılmasıdır. Bu halde baştan belirlenmiş bir oran olmadığından, bankaya tanınan temerrüt faizini belirleme hakkının sözleşmede bir değişiklik sonucunu doğurmayacağı görülmektedir. Dolayısıyla sorunun çözümünde TBK md 24 uygulanamaz. Bu sonuç temerrüt faizine ilişkin bankaya verilen tek taraflı belirleme hakkının, hukuka aykırılığı aşma yönünde ne kadar nitelikli ve incelikli bir fikri çabanın ürünü olduğunu da göstermektedir.

Soruna içerik denetimi için genel hüküm niteliğindeki TBK md 25 açısından baktığımızda karşılaştığımız düzenleme şudur: "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*" Bu durumda içerik denetiminde kullanılacak ölçüt dürüstlük kuralı olarak belirmekte ve kaçınılmaz olarak TMK md 2/II hükmünün genel işlem koşulları yönünden ne şekilde yorumlanması gerektiği sorusu belirmektedir. Her şeyden önce dürüstlük kuralına uygun kullanım ya da kötüye kullanma yasağına konu olanın, sözleşme yapma hakkı olduğu düşünülmelidir. [88] Nitekim burada söz konusu olan temerrüde düştükten sonra kullanılan bir faiz talep hakkı değil, sözleşme aşamasında henüz gerçekleşmemiş bir temerrüt halinde hesaplanacak faiz oranının bankanın inisiyatifine bırakılmasına ilişkin sözleşme yapma hakkıdır. Bu açıdan bakıldığında Altop'un da dikkat çektiği üzere TBK

88 Muzaffer Şeker, Yazılmamış Sayılma, 12 Levha, İstanbul 2015, s.112

ile getirilen yenilik, dürüstlük kuralının genel işlem şartları özelinde bir daha düzenlenmiş olmasıdır. [89] Bu düzenlemeden beklenen fayda ise dürüstlük kuralına ilişkin denetimin, yukarıda (4 nolu başlık) dikkat çekildiği üzere, bankanın taraflı değiştirdiği faiz oranının emsal banka faizlerinden aşırı ölçüde farklı **olup olmaması değil, bankanın kredi sözleşmesine temerrüt** faizi oranını kendi inisiyatifine bırakan bir hüküm koymalarının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığıdır.

Bir diğer soru işareti, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını belirlenmesinde yarayan ölçütlere ilişkindir. Nitekim dürüstlük kuralı/kötüye kullanma yasağı zaten TMK md 2 hükmü ile tüm sözleşmelerde uygulanabilecek bir biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla salt dürüstlük kuralından bahsedilmiş olması, buna karşın dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediği belirlemeye yarar somut ölçütlere yer verilmemesi çözümü belirsizleştirmektedir. Bu durumda dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediği somut olayın niteliğine göre ve tarafların konumları özellikle bir tarafın diğer taraf üzerinde hâkim olup olmadığı, konulan hükmün emsal sözleşmelerde uygulanmasının alışılagelmiş olup olmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurularak belirlenecektir.[90]

Belirtmek gerekir ki, düzenleyici bir işlemin uygulanışının herhangi bir ölçüt öngörülmeksizin somut olayın koşullarına göre belirlenmesi hukuksallıktan uzaklaşma sonucunu doğurur. Keza salt taraflar arasındaki hakimiyet ilişkisinin de sektöre hakim olan emsal uygulamaların da sağlıklı bir içerik denetimini sağlaması olanaksızdır. Bu nedenle Atamer'in de ortaya koyduğu üzere, sözleşme niteliğine önemli ölçüde aykırı bir hak ve borç dağılımı öngörülmesini dürüstlük kuralına aykırı sayan Türk Ticaret Kanunu md 55/f hükmü dikkate alınması [91] daha berrak bir bakış açısını ve daha nesnel

---

89 Atilla Altop, "Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler", İzmir Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 2, s. 34 Bu açıdan BK döneminde de dürüstlük kuralına dayanılarak sözleşme içeriğinin denetlenmesi mümkün iken Yargıtay bunun yerine bankanın talep ettiği faizin oranıyla sınırlı bir denetim yapmıştır. Oysa yine aynı seminerde Haluk Burcuoğlu tarafından belirtildiği üzere (s. 34) %1375 oranında faiz tahakkuk ettiren banka aleyhine bu faiz oranının %375'e indirilmesi sözleşme hakkının kullanımı açısından bir dürüstlük kuralı denetimi değildir.

90 Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı Turhan Yay, Ankara 2016 s. 136

91 Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 43-45 Atamer TBK md 25'in TTK md 55 yanında Tüketicinin

bir değerlendirmeyi olanaklı kılar. Bu açıdan bakıldığında, bir kredi sözleşmesi ilişkisinde, temerrüt faizini belirleme hakkının tek taraflı olarak alacaklıya bırakılması hak ve borç dağılımı açısından sözleşme içeriğine önemli ölçüde aykırılık oluşturmaktadır.

Bunun yanında çalışmaya konu sorun açısından bakıldığında, TBK md 27'de belirlenen hukuka aykırılık hali, TBK md 25'in gerekçesinde de belirtildiği üzere nitelik olarak genel işlem şartlarının doğurduğu hukuka aykırılığa oranla daha ağırdır. [92] Bu nedenle TBK md 27'ye aykırılığını yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız sözleşme hükümlerinin TBK md 25'e de aykırı olduğu söylenebilecektir.

7. Sorun Kesin Hükümsüzlük Yaptırımı ile Çözülmelidir

Temerrüt faizinin belirlenmesi hakkını tek taraflı olarak alacaklı bankaya veren sözleşme hükümleri TBK md 27 ve md 25 hükümlerine ayrı ayrı aykırıdır. Öte yandan hukuka aykırılığın dayanağını oluşturan TBK'nin her iki hükmü de sonuç olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına işaret etmektedir. Ancak bu kesin hükümsüzlüğün kapsamının da belirlenmesi gerekir. TBK md 27/2, "*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*" düzenlemesi gereği, bu kesin hükümsüzlük halinin sözleşmenin tamamı üzerinde bir sonuç doğurmayacak, sadece temerrüt faizinin belirlenmesine ilişkin hükmü etkileyecektir. Ancak bu etkinin sınırları da tartışmaya açıktır.

Kesin hükümsüzlük temerrüt faizine ilişkin tüm düzenlemenin ve hatta sözleşmenin tamamının mı yoksa sadece bir kısmının hükümsüzlüğüne mi yol açacaktır? Somut bir örnek üzerinden gidilecek olursa, "*Kredi Alan, işbu Sözleşme ve diğer Finansman Belgelerinden doğan borçları gününde ödemediği takdirde, temerrüdün doğduğu tarihten bunla-*

Korunması Hakkında Kanun'un md 6 hükmü de dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.

92 "Maddede, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı belirtilmektedir. Maddede yapılan düzenleme ile, ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır."
https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf

rı Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce veya Banka tarafından ödünç para verme mevzuatına göre tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde artmış en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50'sinin ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden temerrüt faizi ve onun gider vergisini ödemeyi kabul ve taahhüt eder" hükmünün tamamı mı yoksa, temerrüt faizinin sadece banka tarafından belirlenmesini sağlayan kısmı mı kesin hükümsüz sayılacaktır?

Kısmi hükümsüzlük kavramı çerçevesinde, [93] TBK md 27/2 hükmü hem alacaklı banka hem de kredi borçlusu açısından TMK md 2'deki dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yorumlanmalıdır. Bu çerçevede alacaklı bankanın tam hükümsüzlük iddiasıyla kredi sözleşmesinin tamamının hükümsüzlüğünü iddia etmesi kadar, [94] borçlu tarafın faize ilişkin tüm sözleşme hükmünün hükümsüz hale geldiği iddiası da dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Kısmi hükümsüzlük halinde dürüstlük kuralının uygulama alanı genel işlem koşulları çerçevesinde de TBK md 25 ile uygulama alanı bulmaktadır.[95] Gerçekten borçlu tarafından sözleşmenin faize ilişkin tüm düzenlemesinin hükümsüz olduğu iddiasının kabulü halinde 3065 sayılı Faiz Kanunu gereği TCMB tarafından açıklanan avans faizinin uygulanması gerekecekken, kısmi hükümsüzlük dikkate alınarak yapılacak yorumla, sözleşme metni bankanın temerrüt faizine ilişkin belirleme hakkına ilişkin kısmı dikkate alınmaksızın, "*Kredi Alan, işbu Sözleşme ve diğer Finansman Belgelerinden doğan borçları gününde ödemediği takdirde, temerrüdün doğduğu tarihten bunları Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce ödünç para verme mevzuatına göre tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde artmış en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50'sinin ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden temerrüt faizi ve onun gider vergisini ödemeyi kabul ve taahhüt eder*", şeklinde kabul edilecek ve avans faizi %50 artırılmak üzere uygulanacaktır. Böylelikle kesin hükümsüz kısmın ayıklanmasıyla sözleşmenin geri kalan kısmı geçerliliğini koruyacaktır.

---

93 Kırkbeşoğlu, s. 60, 70-5 Kısmi hükümsüzlük sakatlığın sözleşmenin yalnız bir kısmına ilişkin olması halinde, tarafların farazi iradelerinden aksi anlaşılmadıkça, sözleşmenin ya sakat kısmının çıkarılarak ya da bu kısmın uygun içerikle değiştirilmesi veyahut doğrudan uygun/yasal sınıra indirilmesi/yükseltilmesi suretiyle geçerliliğin korunduğu bir yaptırımdır." (s 76)

94 Kırkbeşoğlu, s. 62

95 Kırkbeşoğlu, s. 71

Sonuç

Bankaların genel kredi sözleşmeleri eliyle temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkına sahip olmaları TBK md 27 ve md 25 hükümlerine aykırıdır. Ne bankacılık faaliyetinin özellikleri ne sözleşmeyle bağlılık bu aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Keza bankaların sektörel bir uygulama olarak genel kredi sözleşmelerine aynı yönde hükümler koyduğu bir ortamda kredi alanın böyle bir sözleşme imzalamasının sözleşme özgürlüğü ile bağdaştığı söylenemez.

Bilakis temerrüt faizi oranının belirlenmesini münhasıran alacaklı bankaya bırakan sözleşme hükümleri TBK md 27'de yer alan birden çok nedenle kesin hükümsüzdür. Kanımızca bu nedenler içinde kamu düzenine aykırılık ön plana çıkmaktadır. Kamu düzeninin pozitif hukuk kurallarının doğrudan ve açık bir biçimde ortaya koyduğu emredici hükümler dışında, başta Anayasa olmak üzere yine pozitif hukukta kaynağını bulan ancak açık düzenlemelere konu olmamış hukuksal değerleri kapsamaktadır. Bankaların genel kredi sözleşmeleri eliyle, kamu gücü ayrıcalığına sahip kılınan devletin dahi sahip olmadığı bir hakka sahip olmasının kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu tip sözleşme hükümleri aynı zamanda genel işlem şartı niteliği taşımakta, TBK md 25 gereği tabi tutulmaları gereken içerik denetimi sonucunda temerrüt faizinin belirlenmesi hakkının alacaklı bankaya bırakılması, hak ve yükümlülük dağılımının dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yapılmadığını göstermektedir. Bu durumda sorunun çözümünde ister TBK md 27 ister md 25 uygulansın, varılması gereken sonuç her iki maddede de öngörüldüğü üzere temerrüt faizi oranını münhasıran alacaklının inisiyatifine bırakan sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüz olduklarıdır.

Kaynakça

Akyol Şener, Banka Sözleşmeleri (Ord. Prof. Kemalettin Birsel'e Armağan), İstanbul 2001

Altop, Atilla, "Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2012, S. 2

Arsebük Esat, Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1950

Atamer Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2001

Atamer Yeşim, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İTO yay., İstanbul 2001

Atamer Yeşim, "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?" Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat yay., İstanbul 2013, s. 103-137

Atamer, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHAE Yayını, Ankara 2012

Ateş Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan, Ankara 2007

Başpınar Veysel, "Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.1999, S.1, s. 17-35

Edis Seyfullah, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'na Armağan, AÜHF Yay. Ankara 1975, s. 447-460

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2015

Hatemi Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İÜHF Yay, İstanbul 1976

Havutçu, Ayşe, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2011, S. 2, s. 29-46

Karabağ Bulut, Nil, Medeni Kanun'un 23. maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 12 Levha, İstanbul 2104

Karınca Eray, "Banka Kredi Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2001, S. 3, s.47-57

Kayar İsmail, "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s. 82-93

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı Turhan, Ankara 2016

Nagehan Kırkbeşoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011

Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Baskı, Filiz, İstanbul 2010

Kostakoğlu Cengiz, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, Beta, İstanbul 2006

Kuntalp Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 81-102

Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C1, 14. Baskı Vedat Yay. İstanbul 2016

Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat yay., İstanbul 2007

Serozan, Rona, Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Giderilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2000 s. 1013-1030

Serozan Rona, "Fahiş Faiz", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 12 Levha yay., İstanbul 2010, s. 195-208

Sirmen Lale, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku", Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHF Yay. Ankara 1972, s. 441-472

İsmet Sungurbey/ Selim Kaneti, Medeni Hukuk Sorunları, 3. Cilt, İÜHF Yay. İstanbul 1976

Sungurbey İsmet, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz oranlarının Geçmişe Dönük Olarak Diledikleri Oranda Arttırma Yetkisi Veren Maddelerin Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüt, İstanbul 1994

Sungurbey, İsmet, Türkiye'de Bankaların İç Yüzü, Çorlu Devrim Gazetesi yay, Çorlu 1994,

Şit Başak, Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yay., Ankara 2011

Tekinalp Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukuku Esasları, Vedat Yay., 2. Baskı, İstanbul 2009

Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5 baskı İstanbul 1985

Yağcı Kürşat, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M.88 ve TBK m.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M.8 VE TTK M.9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFM, C. LXXI, S.2, Y. 2013, s. 421-438

Çalışmada kullanılan Yargıtay kararlarının tamamı Kazancı Bilgi Bankası'ndan (www.kazanci.com) alınmıştır.

(Marksist Kuram Açısından) KAPİTALİST DÜZENDE ÜCRET ve KURAMIN GÖRÜŞLERİNİN TÜRKİYE'DEKİ ASGARİ ÜCRETE YANSIMALARI

(From the Marxian Theory) WAGE IN THE CAPITALIST SYSTEM and THE REFLECTION OF THE THEORY'S IDEAS ON THE MINIMUM WAGE IN TURKEY

Hasan DURSUN*

Özet: Marksistlere göre kapitalist bir düzende ücretli emeğin fiyatı asgari ücrettir. Bu ücret, yalnızca ücretli bir emekçinin yaşamını sürdürmesi ile yeniden üretmesine kıt kanaat yeter. Marksistlerin bu bakış açısı, kapitalist düzeninin kurucu iktisatçıları tarafından da benimsenmektedir. Marksistler ayrıca, ücret yoluyla kapitalist sınıfın, işçi sınıfını sömürdüğünü düşünmektedirler. Kapitalist düzeninin bu tutumu, Türkiye'de uygulanan asgari ücrete bütünüyle yansımakta olup söz konusu ücret yoluyla çalışanların sömürülmesi tüm acımasızlığıyla sürmektedir.

Anahtar Kelimeler: Marksizm, Sınıf, Burjuvazi, Proletarya, Sınıf Çatışması, Ücret, Asgari Ücret

Abstract: According to Marxists, within the capitalist system, the average price of wage-labour is the minimum wage. That wage, merely suffices the wage-labourer to prolong and reproduce a bare existence. That Marxian perspective is also supported by the framer economists of the capitalist system. Besides, Marxists also think that by the way of wage capitalist class exploit working class. The aforementioned behavior of capitalist system is fully reflected on the minimum wage that practiced in Turkey and by the way of that wage the exploitation of workers are continued by the all draconian way.

Keywords: Marxian, Class, Bourgeoisie, Proletarian, Clash of Class, Wage, Minimum Wage

* Dr. (Iur), Ankara Barosu Önceki Avukatı

GİRİŞ

Türkiye'de 1 Ocak 2016 tarihinden itibaren aylık asgari ücret net 1300 TL olarak büyük gürültülerle kabul edilmiştir. Bu miktarın yüksek olduğu gerekçesiyle işveren kesiminden itirazlar bulunmasına rağmen söz konusu asgari ücret iki çocuklu bir ailenin açlık sınırı altında bulunmaktadır. Sosyal devletin bir gereği olan herkesin insan haysiyetine uygun bir yaşam sürmesine yetecek ölçüde ücret alması hakkı, ülkede, bir türlü yaşama tam olarak geçirilememektedir.

Mevcut durumda Türkiye'de asgari ücret dayanılmaz boyutlarda düşük kalmaktadır. Çalışmanın içeriğinde ayrıntılı bir şekilde görüleceği üzere kapitalist düzen, ücretin, yalnızca işçinin kas gücünü muhafaza etmesini sağlayacak ölçüde düşük tutulması gerektiğini varsaymakta, işçinin bedeninin onun malvarlığına ait olduğunu dolayısıyla işçinin malvarlığını istediği ücretle çalıştıracağını, kapitalizm açısından tek ölçütün kâr elde etmek olması nedeniyle ücretin düşüklüğünün üzerinde durulacak bir sorun olmadığı anlayışını benimsemektedir. Nitekim bu anlayıştan esinlenilmiş olsa gerek, ülkede, 1950'li yıllardan bu yana iktidara gelen partilerin neredeyse tümü açık veya örtülü bir şekilde kapitalist düzeni desteklediği için hiçbir hükümet asgari ücretin düşüklüğünü önemli bir sorun olarak görmemektedir.

Bu çalışmada Marksist kuramın, kapitalist bir düzende, düzenin ücret konusuna nasıl yaklaştığı hakkındaki görüşleri incelenecek, bu görüşlerin Türk hukukunda asgari ücret konusunda öngörülen hukuk normlarına ne ölçüde yansıdığı ve bu yansımaların nasıl kaldırılacağı üzerinde durulacaktır. Marksist kuram, kapitalist sınıfın, ücret yoluyla işçi sınıfını sömürdüğünü varsaydığından kuramın öncelikle sınıf anlayışı üzerinde durulması uygun olacaktır.

I- MARKSİZMİN SINIF ANLAYIŞI

Sınıf kavramı, Marksist kuramın en temel kavramlarından birisidir. Bununla birlikte, bilimsel sosyalizmin kurucusu olan Marx'ın hiç bir eserinde bu kavramın, açık, belirli ve sistemli bir tanımlaması yapılmamıştır. Marx, çeşitli eserlerinde; toplumdaki sınıflaşma olayı, proletaryanın burjuva tarafından sömürülmesi, sömürme düzeneği, sınıflar arasındaki çatışma gibi konularda ayrıntılı açıklama yap-

masına rağmen, sosyal sınıfın tam bir tanımını vermemiştir. Ayrıca, Marx'ın sınıfların yapısı, ayrımları ve sayıları konusunda da ilk bakışta çelişmeli gibi görünen bazı noktalar bulunmaktadır.[1]

Marx'ın sınıf kavramı bakımından yaptığı açıklamalarda ilk bakışta çelişmeli bazı hususların bulunmasının kanımızca iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sınıf ve sınıf savaşımı kavramını düşünürün yaratmamış olmasıdır. Gerçekten de Marx, New York'ta bulunan Joseph Weydemeyer'e yazdığı 5 Mart 1952 tarihli mektubunda; çağcıl bir toplumda sınıfların ve onlar arasındaki savaşımın varlığını kendisinin bulmadığını, kendisinden çok zaman önce burjuva tarihçilerinin sınıf savaşımının tarihsel gelişimini, burjuva iktisatçıların da sınıfların ekonomik anatomisini ortaya koyduklarını belirtmektedir. Marx, kendisinin yeni olarak yaptığı şeyin; sınıfların varlığının, üretimin gelişimindeki belirli tarihsel aşamalarla ilişkili olduğunu, sınıf savaşımının zorunlu olarak proletarya diktatörlüğüne varacağını, söz konusu diktatörlüğün yalnızca bütün sınıfların ortadan kaldırılmasına ve sınıfsız topluma bir geçiş olduğunu[2] göstermekten ibaret olduğunu savunmaktadır.[3]

Marx'ın bu mektubundan anlaşılacağı üzere yazar, siyasal kanaatine destek sağlayabilmek için sınıf savaşımını icat etmemiştir. Hatta Marx sınıf savaşımını keşfetmemiştir bile zira sınıf savaşımı Marx'tan çok önce tanınmış ve açıklanmıştır. Marx'ın meziyeti, onun inandırıcı bir şekilde toplumun sınıflara bölünmesinin "doğal" (natural), "tanrısal" (divine) veya "kader" (eternal) olmadığı, insanların kendilerini içerisinde bulduğu ekonomik durumun sonucundan doğduğunu

---

1 M. Kapani, Politika Bilimine Giriş, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, AÜHF Yayınları No: 431, Ankara 1978, s. 74.

2 Nitekim Engels tarafından kaleme alınan Komünizmin İlkelerinde bu husus açık bir şekilde gösterilerek; toplumun komünist örgütlenmesinin bir yandan sınıfların varlığı ile bağdaşmayacağı, öte yandan, komünist toplumun kurulmasının da bu sınıf farklılıklarını yok etmenin araçlarını sağlayacağını belirtmektedir. Bkz. K. Marx ve F. Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri (Orijinali, Manifest der Kommunistischen Partei, 1848). İngilizcesinden (Manifesto of the Communist Party, 1888) Türkçeye çeviren; Muzaffer Erdost, Sol Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara 2005, s. 184.

3 K. Marx ve F. Engels, Seçme Yazışmalar 1 1844-1869 (Karl Marx ve Friedrich Engels'in yazışmalarından derlenen Selected Correspondence, Moscow 1975 adlı yapıtın 1844-1869 yıllarını kapsayan ilk bölümünü İngilizcesinden Çeviren; Yurdakul Fincancı), Sol Yayınları, Ankara 1995, s. 75.

ortaya koymasıdır. Daha açık bir deyişle Marx, insanların ekonomik konumlarının sonuç olarak ekonomik çıkarlardaki farklılıkları akla getireceğini, sınıf içerisindeki düşünme yolunun türünü ortaya koyacağını, onların ideolojisi ve ahlaki düşüncelerini oluşturacağını belirtmiştir.[4]

Marx'ın sınıf kavramı bakımından yaptığı açıklamalarda ilk bakışta çelişmeli bazı hususların bulunmasının ikinci temel nedeni yazarın sınıf konusundaki çalışmasını tamamlayamaması ve çeşitli açıklamalarında sınıf sayısı bakımından farklı rakamlar vermesidir. Örneğin Marx'ın "sınıflar" konusunda bitmemiş olan el yazmasında üç sınıf gösterilmektedir. Daha açık bir deyişle Marx; gelir kaynakları sırasıyla, ücret, kâr ve toprak "getirimi" (rantı) olan sırf emek-gücü, sermaye ve toprak sahiplerinin, diğer deyişle, ücretli emekçiler, kapitalistler ve toprak sahiplerinin, kapitalist üretim tarzına dayanan çağcıl toplumun üç büyük sınıfını oluşturacağını ifade etmektedir.[5]

Marx, bir sınıfı oluşturan şeyin ne olduğu sorusunun yanıtının, ücretli-emekçileri, kapitalistleri ve büyük toprak sahiplerini, üç büyük toplumsal sınıf haline getiren şeyin ne olduğu sorusuna verilecek yanıttan doğacağını, söz konusu toplumsal sınıfları, sınıf haline getiren şeyin ilk bakışta gelir ve gelir kaynaklarının özdeşliği olduğunu, üyelerinin, diğer deyişle, kendilerini oluşturan bireylerin sırasıyla ücret, kâr ve toprak "getirimiyle" (rantıyla) kendi emek-güçlerinin, sermayelerinin ve toprak mülkiyetlerinin gerçekleşmesi ile geçimlerini sağlayan üç büyük toplumsal grubun bulunduğunu, ancak, bu görüş açısından, örneğin doktorlar ile devlet memurlarının iki farklı toplumsal gruba ait oldukları ve bu grupların her birisinin üyelerinin gelirlerini bir ve aynı kaynaktan aldıkları için iki sınıf oluşturmalarının gerektiği, aynı şeyin, toplumsal işbölümünün, emekçileri olduğu kadar, kapitalistler ile bağ-bahçe sahipleri, çiftlik sahipleri, orman sahipleri, maden sahipleri, dalyan sahipleri gibi büyük toprak sahiplerini de sonsuz türde çı-

---

4 F. Mbengo, Marxist Theories of Class and Class Struggle, Utafiti Journal of the Art and Social Science, Vol III, No.1, 1978, s. 21.

5 K. Marx, Kapital Ekonomi Politiğin Eleştirisi Üçüncü Cilt, [Karl Marx'ın Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, band 3 (1867-1883) (1894) adlı yapıtını, İngilizcesinden (Capital, A Critical of Political Economy, vol 3, Progress Publishers, Moscow 1974) Türkçeye çeviren Alaattin Bilgi], Beşinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2006, s. 775.

kar ve statü gruplarına parçalaması için geçerli olmasının gerektiğini savunmaktadır.[6] Marx'ın elyazması ne yazık ki burada bitmiştir.

Marx bir başka çalışmasında sanayileşmiş kapitalist toplumlardaki sınıfların yapısı üzerinde durmuş ve bu sınıfları bazen üçe, bazen dörde, bazen de yedi veya sekiz gruba ayırmıştır.[7] Örneğin Marx, 1844 El Yazmaları adlı kitabında; toprak sahibini ayrı bir sınıf olarak görerek sınıf sayısını üç olarak saptamıştır.[8] Bununla birlikte yazar, söz konusu ayrı sınıfın geçici olduğunu, toprak sahibinin de temel olarak iki sınıftan birisini oluşturan kapitalist veya burjuva sınıfına[9] dönüşeceğini ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle Marx, önceleri toprak mülkiyeti işinin özünü toprağa ve bu toprağın kendisini toprak yardımıyla geçindiren kölesine bıraktığını, ancak kölenin özgür işçi, bir başka deyişle, ücretli durumuna dönüşmesiyle birlikte toprak sahibinin kendisinin de bir sanayi patronu, bir başka deyişle, bir kapitalist durumuna dönüşeceğini, bu dönüşümün *çiftlik kiracısı* aracılığıyla gerçekleşeceğini belirtmektedir. Bununla birlikte yazar, çiftlik kiracısının, toprak sahibinin temsilcisi, daha açık bir deyişle, açımlanmış gizi olduğunu, toprak sahibinin iktisadi olarak ancak onun aracılığıyla var olduğunu, yalnızca onun aracılığıyla özel mülk sahibi olarak bulunduğunu, zira toprağının "rantının" (getiriminin) ancak çiftlik kiracılarının rekabeti ile var olduğunu savunmaktadır. Yazar, bu durumda çiftlik kiracısı biçimi altında toprak sahibinin çoktan olağan kapitalist duruma dönüşmüş olduğunu, böyle bir halin gerçeklik içinde de tamamlanmasının gerektiğini, daha açık bir deyişle, tarım yapan kapitalistin, kısacası, çiftlik kiracısının, toprak sahibi olması ya da toprak sahibinin tarım yapan kapitalist durumuna gelmesinin gerektiğini, çiftlik kiracısının sınai alışverişinin, toprak sahibinin sınai alışverişi olduğunu, çünkü birincisinin varlığının, ikincisinin varlığının ön gerektirir olduğunu savlamaktadır.[10]

---

6 Marx, Kapital Ekonomi Politiğin Eleştirisi Üçüncü Cilt, s. 776.

7 Krş. Kapani, s. 74.

8 Marx'ın bitmemiş elyazmasında olduğu gibi.

9 Diğer temel sınıfı az sonra ayrıntılı olarak belirtildiği üzere "işçi sınıfı" (proletarya) oluşturmaktadır.

10 Bkz. K. Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe [Orijinali, Zur Kritik der Nationalökonomie mit einem Sclisskapitel über die hegelsche Philosophie, 1844) Fransızcasından (Manuscrits de 1844-Economie politique et philosophie, Editions Sociales, Paris 1962) Türkçeye çeviren, Kenan Somer], Üçüncü Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2005, s. 158.

Bir başka çalışmasında Marx, kapitalist üretim tarzına dayalı çağcıl bir toplumda dört sınıfın bulunduğunu ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle yazar, böyle bir toplumda; emek ücretlisi, kapitalist ve arazi sahipleri şeklinde üç çeşit büyük sınıf bulunduğunu, bunların yalnızca emek gücüne sahip olanlar, sermaye sahipleri ve toprak sahipleri olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Bu sınıflardan emek gücüne sahip olanların geliri ücret, kapitalistlerin geliri kâr, toprak sahiplerinin geliri ise arazi getirimi olarak adlandırılır. Marx, bunun yanında kapitalist bir toplumda, büyük çaplı bir sınıf niteliğinde olmasa da orta bir sınıfın bulunduğunu ve bu sınıfın üyelerinin sayısının da artmakta olduğunu ifade etmektedir. Marx, orta sınıfın kapitalist ve arazi sınıfına sahip olanlarla işçiler arasına yerleştirilebileceğini ve bu sınıfın bütün ağırlığıyla işçi sınıfına ait olduğunu ve bununla eş anlı olarak söz konusu sınıfın, üst sınıfı oluşturan burjuvazinin sosyal güvenliğini ve gücünü de artırdığını belirtmektedir.[11]

Marx'ın Fransız sınıf savaşımlarını, daha açık bir deyişle, Fransa'da geçmişte keskin bir biçimde proletaryanın egemen burjuvaziye göre sert bir biçimde savaşımını konu olan Louis Bonaparten'in 18 Brumaire'i adlı eserinde ise sınıf sayısını daha da çoğaltmaktadır. Bu eserinde yazar, 4 Mayıs 1848 tarihinden Mayıs 1849'un sonuna kadar giden burjuva cumhuriyetin kuruluş döneminde Paris proletaryasının Haziran 1848 tarihinde ayaklandığını, burjuvanın yanında; mali aristokrasi, sanayi burjuvazisi, orta sınıflar, küçük burjuvazi, ordu, seyyar muhafız olarak örgütlenmiş "lümpen" (sefil) proletarya,[12] adı bilinen aydınlar, rahipler ve kırsal nüfusun tümünün bulunduğunu, proletaryanın yanında ise kendisinden başka kimsenin bulunmadığını ifade etmiştir.[13] Görülüğü üzere burada Marx burjuvazinin kapsamına giren sınıfları daha da çoğaltmıştır.

---

11 K. Marx, Social Classes and Conflict in Sociological Perspectives, Editörler Kenneth Thompson and Jeremy Tunstall, Penguin Books, Baltimore-Maryland 1971, s. 245, 249.

12 Marx, "tehlikeli sınıf", "toplumsal tortu" olarak adlandırdığı sefil "lümpen" proletaryanın, eski toplumun en alt katmanlarının bu edilgen çürüyen yığınının dünyanın çeşitli yerlerinde bir proleter devrimle hareketin içerisine sürüklenebileceğini, ancak bu proletaryanın kendi yaşam koşullarının onu daha çok gerici entrikaların paralı aleti olmaya hazırlayacağını belirtmektedir. Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 128.

13 Bkz. Marx, K. Louis Bonaparten'in 18 Brumaire'i [Orijinali, Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, 1852) Fransızcasından (Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte Editions Sociales, Paris 1969) Türkçeye çeviren, Kenan Somer], Üçüncü Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2002, s. 21.

Ancak bu açıklamalardan, Marksist kuramın sınıf kavramının bulanık olduğu ve belirli bir temel anlayışa dayanmadığı sonucu çıkartılmamalıdır. Marx'ın her ne kadar sınıf konusunda tam ve ayrıntılı bir açıklama yapmaya ömrü yetmese de Marksizm'i birlikte kurduğu Engels ve 1917 Ekim Devriminin önderi Lenin'in açıklamaları ile Marx'ın açıklamaları bir araya getirildiği zaman Marksist kuramın sınıf konusundaki görüşlerinin ana çizgileriyle oldukça karmaşık, fakat tutarlı bir bütün olduğu ortaya çıkmaktadır.[14] Bu bütünlük üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Bir kere Marksistler, üretim araçlarının özel mülkiyetine göre gerçek anlamda sınıf sayısını temel olarak ikiye indirgemektedirler.[15] Nitekim Marx'a göre, ilkel dönemler ayrıksı tutulacak olursa, tarih boyunca değişik toplum tiplerini belirleyen değişim üretim biçimleri bulunmaktadır. Marx, sosyal sınıfların da üretim sisteminde oynadıkları role, bir başka deyişle, üretim araçları ile ilişkilerine ve durumlarına göre belirleneceğini ileri sürmektedir. Marx, köle toplumunda köle sahiplerinin, feodal toplumda toprak sahiplerinin, kapitalist toplumda fabrika ve işletme sahiplerinin kısacası üretim araçlarına sahip olanların tek bir sınıf oluşturduğunu, üretim araçlarına sahip olmayanların ise ayrı bir sınıf oluşturduğunu savlamaktadır. Marx'a göre, kapitalist toplumlarda geçimini sağlamak için emeğini satmak zorunda olanların oluşturduğu sınıfın adı proletaryadır.[16]

---

14 Krş. Kapani, s. 75.

15 Nitekim bu husus Komünist Manifestoda açıkça belirtilerek; günümüzde geçerli olan burjuva çağının ayırıcı özelliğinin sınıf karşıtlıklarını basitleştirmesi olduğu, tüm toplumun giderek daha çok iki düşman kampa, doğrudan birbirinin karşısına dikilen iki büyük sınıfa bölündüğü, bu sınıfları burjuvazi ve proletaryanın oluşturduğu ifade edilmiştir. Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 117.

16 Kapani, s. 75. Nitekim Marx tarafından kaleme alınan Komünist Manifestoda proletaryanın kapsamı oldukça geniş tutularak çeşitli sınıfların sonul aşamada proletaryaya dönüşeceği açıkça ifade edilmiştir. Marx, küçük çapta ticaretle uğraşanlar, dükkâncılar, emekli olmuş esnaflar, zanaatçılar ve köylülerden oluşan orta sınıfın alt katmanlarının kısmen kendi küçük sermayelerinin çağcıl sanayinin işletildiği ölçek bakımından yetersiz kalması ve büyük kapitalistlerle rekabette yenik düşmeleri yüzünden kısmen de bunların özel hünerlerinin yeni üretim yöntemleri karşısında değerini yitirmesi yüzünden giderek proletaryaya dönüşeceklerini savunmaktadır. Marx, ayrıca, feodal aristokrasinin, burjuva tarafından yıkılan, çağcıl burjuva toplum ortamında varlık koşulları zayıflayan ve yok olan tek sınıf olmadığını, ortaçağ kentlileri ve küçük mülk sahibi köylülerin çağcıl burjuvazinin habercisi olduklarını, sınai ve ticari bakımdan çok az gelişmiş ülkelerde

İkinci olarak Marksistler, orta sınıfın alt tabakasının da zamanla proletarya sınıfına dönüşeceğini ifade etmektedirler. Bu bağlamda Marx, esnaf ve sanatkâr, küçük tacir ve çiftçi ile dükkân sahiplerinin aşama aşama proletaryaya dönüşeceklerini savlamaktadır. Marx'a göre, bunun temel olarak iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; sayılan bu kesimlerin ellerindeki sermayenin, çağcıl endüstri ölçeğinde üretim yapmak için yetersiz kalması ve söz konusu kesimlerin büyük kapitalistlerin rekabeti karşısında çökecek olması, diğer neden ise, bu kesimlerin uzmanlaştıkları yeteneklerin yeni üretim yönetimleri karşısında değersiz hâle gelecek olmasıdır. Bu yüzden Marx'a göre proletaryayı, üretim araçları sahipleri dışındaki toplumdaki bütün sınıflardan gelen kimseler oluşturur.[17]

Üçüncü olarak Marksistler, kapitalist düzende görülen iki temel sınıfın, sanayi devrimi sonucu ortaya çıktığı görüşünü taşımaktadır-

bu iki sınıfın yükselen burjuvaziyle yan yana bitkisel yaşamlarını hala sürdürdüklerini belirtmektedir. Yazar, çağcıl uygarlığın tam olarak gelişmiş olduğu ülkelerde, proletarya ile burjuvazi arasında durmadan yalpalayan ve burjuva toplumunun tamamlayıcı bir parçası olarak kendisini durmadan yenileyen yeni bir küçük-burjuva sınıfının oluştuğunu, ancak bu sınıfın tek tek üyelerinin rekabet yüzünden durmadan proletaryanın arasına fırlatılıp atıldıklarını ve çağcıl sanayi geliştikçe bunların çağcıl toplumun bağımsız bir kesimi olarak tamamıyla yok olacaklarını, manüfaktürde, tarımda ve ticaretteki yerlerinin denetçiler, kâhyalar ve tezgâhtarlar tarafından alınacağı anın yaklaşmakta olduğunu gördüklerini de belirtmektedir. Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 125, 145-146. Engels'in Komünist Manifestonun 1888 yılında İngilizce baskıya notunda, kapitalist düzende iki temel sınıf olan burjuvazi ile proletaryanın tanımı yapılmıştır. Bu notta; burjuvazi ile modern kapitalistler sınıfı, toplumsal üretim araçlarının sahipleri ve ücretli emek istihdam edenlerin kastedildiği, proletaryayla ise kendilerine ait hiçbir üretim araçlarına sahip olamadıklarından, yaşamak için emek-güçlerini satmak durumunda kalan çağcıl ücretli emekçilerin kastedildiği belirtilmiştir. Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 116 dn.*. Engels tarafından kaleme alınan Komünist İman Yemini Taslağında ise burjuvazi ve proletaryanın ayrıntılı bir tanımı yapılmıştır. Bu bağlamda; uygar ülkelerde, bütün geçim araçlarının ve bu geçim araçlarının üretimi için gerekli hammaddelere, makineler, fabrikalar gibi aletlere, hemen hemen bütünüyle sahip büyük kapitalistler sınıfı burjuva sınıfı ya da burjuvazi olarak tanımlanmış, proletarya ise; toplumun, herhangi türden bir sermayeden gelen kâr ile değil, tamamıyla kendi emeği ile yaşayan sınıfı olduğu, sevinci ve üzüntüsü, yaşaması ve ölmesi, bu yüzden, işlerin iyi gittiği dönemler ile kötü gittiği dönemlerin birbirlerinin yerini almasına, tek sözcükle, dizginsiz rekabetteki dalgalanmalara dayanan sınıf şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 162. Yine Engels tarafından kaleme alınan Komünizmin İlkelerinde proletarya için özdeş bir tanım verilmiştir. Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 168.

17 Marx, Social Classes and Conflict, s. 249.

lar. Nitekim Engels tarafından kaleme alınan Komünizmin İlkelerinde; proletaryanın XVII. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıktığı, o zamandan bu yana dünyanın bütün uygar ülkelerinde kendisini yenilemiş olan sanayi devrimi sonucu olarak doğduğu ifade edilmiştir. Engels ayrıca sanayi devrimi sonucu bütün öteki sınıfları yutan, burjuva sınıfı ve proletarya sınıfı şeklinde iki sınıfın doğduğunu belirtmiştir.[18] Daha açık bir deyişle Engels, sanayi devriminin burjuvaziyi yarattığı ölçüde proletaryayı da yarattığını, burjuvaların zenginleşmesi oranında proleterlerin de sayıca arttıklarını, zira proleterlerin ancak sermaye tarafından istihdam edilebildiklerinden ve sermaye de ancak emek istihdam etmekle arttığından sermayenin büyümesinin proletaryanın büyümesiyle at başı gideceğini belirtmektedir. Yazar, bununla eş anlı olarak sanayi devrimimin burjuva ve proleterleri sanayinin en kârlı bir biçimde işletilebildiği büyük kentlerde yoğunlaştıracağını ve büyük yığınları da söz konusu bir yere yığmakla proleterleri kendi gücünün bilincine vardıracağını ifade etmektedir. Yazar, el emeği ne denli gelişirse gelişsin o emeği yerinden eden o denli çok makine icat edileceğini, büyük sanayinin ücretleri o denli asgariye indireceğini, böylelikle, proletaryanın durumunu giderek daha çok çekilmez hale getireceğini savunmaktadır. Yazar, böylece, bir yandan proletaryanın büyüyen hoşnutsuzluğunun, öte yandan, büyüyen gücüyle sanayi devriminin, proletaryanın yapacağı toplumsal bir devrimi hazırlayacağını belirtmektedir.[19]

Engels, büyük sanayinin tüm uygar ülkelerde toplumsal gelişmeyi öylesine aynı düzeye getirdiğini ki söz konusu ülkelerde burjuvazi ve proletaryanın toplumun iki belirleyici sınıfı ve bunlar arasındaki savaşımın da günün temel savaşımı olduğunu belirtmektedir.[20] Yazar, sınıfların sanayi devrimi sonucu doğan işbölümü yüzünden var olduklarını, bu işbölümünün devrimden önce var olan biçiminin bütünüyle yok olacağını ifade etmektedir.[21]

Engels, XVI-XVIII. yüzyıl manüfaktür işçisinin hemen her yerde hâlâ bir üretim aletine, tezgâha, aile çıkrığına ve boş zamanlarda işlediği küçük bir miktar toprağa sahip olmasına karşın proleterin bun-

18 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 169-170.
19 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 174-175.
20 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 181.
21 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 183.

lardan hiçbirisine sahip olmadığını, manüfaktür işçisinin hemen her zaman kırsal kesimde ve kendi toprakbeyi ya da işvereni ile az çok ataerkil ilişkiler içerisinde yaşayacağını, proleterin ise çoğunlukla büyük kentlerde yaşayacağını ve işvereni ile yalnızca para ilişkisi içerisinde bulunacağını ifade etmektedir. Yazar, manüfaktür işçisinin, sonul aşamada, büyük sanayi tarafından ataerkil ilişkilerden kopartılarak hâlâ sahip olduğu mülkünü yitireceğini ve böylelikle ancak o zaman bizzat bir proleter haline geleceğini savunmaktadır.[22]

Buraya kadar yapılan açıklamalar, Marksistlerin sınıf sayısını temel olarak ikiye indirgerken ne kadar tutarlı ve bütüncül bir şekilde hareket ettiklerini somut olarak göstermektedir. Bunun yanında Marksistler, sınıf ayrımını oluşturacak ölçütleri saptama bakımından da tutarlı bir şekilde hareket etmektedir. Gerçekten de Marksistler, sınıf ayrımına esas iki ölçüt benimsemektedir. Bunlardan ilkini nesnel bir ölçüt olan ekonomik ölçüt oluşturmaktadır.[23] Marksistler, sınıf ayrımında üretim araçları malikini burjuvazi, maliki olmayanları proletarya olarak nitelendirdiğine göre ekonomik ölçütü en başta kullanacakları açıktır.

Marksistlerin sınıf ayrımında kullandığı ikinci ölçütü, öznel nitelik taşıyan, sosyal bilince dayalı sınıf bilinç ölçütü oluşturmaktadır. Daha açık bir deyişle, Marksistler, sosyal bilincin oluşmasında önemli bir rol oynayan öznel ve ideolojik faktörlerin incelenmesi gerektiğini, böylelikle şekillenen sınıf bilincinin sınıf oluşumu bakımından bir ölçüt oluşturacağını düşünmektedir.[24] Bu bağlamda Marx'a göre, üretim ilişkilerinde oynadıkları rol, yaşama koşulları ve ekonomik çıkarları bakımından aynı durumda olan gruplar, ancak söz konusu ortak durumlarının farkına vardıkları sürece kendi aralarında bir sınıf bilinci oluştururlar.[25] Marx için sınıf bilinci, kendisinin oluşturduğu bütün

22 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 173.

23 Marksistlere göre sınıf ve sınıf mücadelesi ekonomik gelişmenin bir ürünü olduğuna göre ekonomik ölçütün kullanılması doğaldır. Krş. Mbengo, s. 10.

24 Mbengo, s. 12.

25 Kimi çalışmalarında Marx, sınıf bilincini örtük bir şekilde vurgulamaktadır. Gerçekten de Marx'ın yukarıda bahsedilen Louis Bonaparten'in 18 Brumaire'i adlı eserinde; Fransa'da proletaryanın Haziran ayında kendilerine karşı dövüştüğü bütün sınıfların yanı başında yere serilinceye kadar, ne kendi devrimci gücünü yeniden bulabileceğini ne de son zamanlarda yaptığı ittifaklardan yeni bir enerji kazanabilecek gibi göründüğünü, Haziran ayaklanması yenilgisinin Avrupa'da "cumhuriyet mi krallık mı" sorunundan daha başka sorunların da var olduğu-

kuramlar açısından yaşamsal bir öneme sahiptir.[26] Çünkü Marx, sınıf bilinci kavramını, sosyal sınıfın sosyolojik irdelenmesinden siyasal kuramını oluşturmaya geçişte köprü olarak kullanmakta ve siyasal kuramının ana eksenini sınıf kavgası oluşturmaktadır. Bunlardan baş-

---

nu gösterdiğini, daha açık bir deyişle, burjuva cumhuriyetin, burada, bir sınıfın öteki sınıflar üzerindeki sınırsız zorbalığı anlamına geldiğini gösterdiğini, bu yenilginin, çok gelişmiş bir sınıf yapısına, çağcıl üretim koşullarına sahip, tüm geleneksel düşüncelerin yüzyıllık bir çaba ile manevi bir bilinçte eritildikleri, böyle bir bilince sahip eski uygarlığın ülkelerinde, genel olarak cumhuriyetin, burjuva toplumun dönüşümünün ancak siyasal biçimi olduğunu ve örneğin sınıfların şimdiden var olduğunu, ancak henüz yerine oturmadığını ve tersine, kendilerini oluşturan öğeleri durmadan değiştirdiklerini ve yerine yeni öğeler koyduklarını, çağcıl üretim araçlarının durağan bir nüfus fazlalığına uygun düşmek yerine, daha çok göreli bir kafa ve kol eksikliğinin yerini doldurduğunu ve son olarak, önünde fethedilecek yepyeni bir dünya bulunan genç ve hummalı bir maddi üretimin, eski manevi dünyayı yıkmaya ne zaman ne de fırsat bulabildiğini, Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi onun "muhafazakâr" (conservative) varoluş biçimi olmadığını gösterdiğini, Haziran günleri sırasında bütün sınıf ve partilerin, proletarya sınıfı karşısında "anarşi partisi"nin, sosyalizmin ve komünizmin karşısında ise "düzen partisi" içerisinde birleştiklerini, toplumu "toplum düşmanları"ndan kurtardıklarını belirtmiştir. Bkz. Marx, Louis Bonaparten'in 18 Brumaire'i, s. 22-23. Görüldüğü üzere Marx burada "manevi bilinç" kavramına vurgu yaparak sınıf bilincinin oluşmasında öznel unsura örtük bir şekilde değinmektedir.

26 Marksist kurama katkı sağlayan düşünürlerden Lenin de sınıf bilincine büyük önem vermektedir. Lenin, örneğin, Avrupa'nın en ileri ülkelerinde bile, geri bir sanayi kolundaki ya da unutulmuş bir ev sanayii kolundaki aşırı haksızlıkların teşhir edilmesinin, sınıf bilincinin uyanması, sendikal savaşımın başlaması ve sosyalizmin yayılması için bir başlangıç noktası oluşturabileceğini, işçi sınıfının siyasal eğilimini ve bu sınıfın siyasal bilincinin geliştirilmesinin etkin bir şekilde ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Lenin, V.İ. Ne Yapmalı (Orijinali, Çto Delat? 1902). İngilizcesinden (What Is To Be Done? Burning Questions of Our Movement, Progress Publishers, Moscow, 1970) Türkçeye çeviren Muzaffer Erdost, Sekizinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2010, s. 65-66. Üstelik bu eserinde Lenin (s. 90), siyasal sınıf bilincinin işçilere ancak dışarıdan, daha açık bir deyişle, iktisadi savaşımın dışından, işçilerle işverenler arasındaki ilişki alanının dışından verilebileceğini, işçilere siyasal bilinç vermek için yalnızca işçilerin arasına gitmenin yeterli olmadığını, nüfusun bütün sınıfları arasına gitmenin zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Lenin burada (s. 47) ayrıca Karl Kautsky'nin görüşüne katılarak, sosyalist bilincin sınıf bilinciyle aynı şey olmadığını ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle Lenin, Kautsky'nin bu konudaki görüşüne katılarak; sosyalist bilincin proleter sınıf savaşımının zorunlu ve doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkacağı savının yanlış olduğunu, gerçi sosyalizmin köklerinin, tıpkı proletaryanın sınıf savaşımı gibi çağcıl ekonomik ilişkilerde bulunarak sınıf bilinci gibi kapitalizmin yığınlarda yarattığı yoksulluk ve sefalete karşı savaşımdan ortaya çıksa da sosyalizm ve sınıf savaşımının birbirinden değil her biri farklı koşullarda olmak üzere yan yana doğacağını, bu bağlamda çağcıl sosyalist bilincin yalnızca derin bilimsel bilgi temeli üzerinde yükselebileceğini, bilimin taşıyıcısının proletarya değil, burjuva aydını katmanı olduğu tezini ileri sürmektedir.

ka Marx, sınıf kavgasının şekillenmesinde bilinçlenmenin yaşamsal bir önem taşıdığı esasını benimsemektedir.[27]

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Marksistler kapitalist bir düzende proletarya ve burjuvaziden oluşan iki temel sınıfın bulunduğunu savlamaktadırlar. Marksistler kapitalist düzeninin toplumu proletarya ve burjuvaziden oluşan iki sınıfa böldüğü gibi söz konusu sınıfların birbirlerine karşı sürgit bir şekilde savaşım içerisine girecekleri görüşünü de savunmaktadırlar. Marksistler bu sınıfların birbirlerine karşı konumlanmalarının, bir başka deyişle birbirlerine karşı mücadeleci bir konuma girmelerinin temel nedenini, kapitalizmin çelişkisinin oluşturduğunu, somut bir deyişle, sermaye ile emek arasındaki çelişkinin doğrudan bir yansıması olduğunu belirtmektedirler.[28]

Komünist Manifestonun hazırlayıcısı olan Marx'ın, bütün toplumların tarihini, sınıf savaşımlarının tarihi olarak nitelendirmiştir. Marx, bu çalışmalarında, başlangıcından günümüze kadar bütün toplumların tarihinin sınıf savaşımları tarihi olduğunu, özgür insan ile köle, patrisyen ile plep, bey ile serf, lonca ustası ile kalfa, kısacası, ezen ile ezilenin, diğer deyişle, sömüren ve sömürülenin birbirleriyle sürekli karşı karşıya geldiklerini, kesintisiz veya sürgit bir şekilde kimi zaman örtük kimi zaman açık bir savaş halinde bulunduklarını, her defasında ya toplumun tümüyle devrimci bir dönüşmesiyle ya da savaşan sınıfların birlikte harap olmalarıyla sonuçlanan bir savaş sürdürdüklerini belirtmektedirler.[29] Görüldüğü üzere Marx, toplumların tarihini sadece iki sınıf arasındaki çatışmanın tarihinden ibaret olarak nitelendirirken, sınıf kavramını en geniş anlamda almışlar ve sınıfların bütün hiyerarşik bölümlerini iki kategori içerisinde toplayacak şekilde basitleştirmişlerdir.[30]

---

27 Bkz. Kapani, s. 75-76.

28 Mbengo, s. 16.

29 Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 116-117.

30 Nitekim Engels tarafından kaleme alınan Komünist İman Yemin Taslağında; eğirme ve dokuma sektöründe olduğu gibi herhangi bir çalışma dalının fabrika üretimine geçer geçmez büyük kapitalistlerin eline geçtiği, böylelikle işçilerin bağımsızlıklarının son kırıntılarını kaybettikleri, bu durumun yavaş yavaş hemen hemen tüm çalışma dallarının fabrika esasına göre işletilmesi durumuna yol açacağı, sonuç olarak, daha önce var olan orta sınıfın özellikle küçük usta zanaatçıların gittikçe daha çok yıkılmasının meydana geldiği, işçilerin daha önceki konumlarını tamamıyla değiştirdiği ve bütün öteki sınıfları yutan iki sınıfın ortaya

Marksistler iki kategoriye ayrılan sınıfın kapitalist üretim ilişkilerinin doğası yüzünden birbiriyle çatışmaya gireceği görüşünü benimsemektedirler. Nitekim Marx'a göre üretim araçlarını (fabrika, makine, yatırım sermayesi) kontrol eden veya üretim araçlarına sahip olan kapitalistler ile kapitalistler için hammaddeleri satılabilir mallara dönüştüren işçi sınıfı arasında sürgit bir çatışma[31] bulunmaktadır.[32] Marksistlere göre kapitalistler; üretimin artık değerini artırmak, bir başka deyişle, kârlarını katlamak için emek-gücü ücretini ve üretim maliyetini en aza indirmek doğrultusunda sürekli çaba harcarlar. Böylece elde ettikleri sermayeyi, diğer sermaye üreten piyasalara yatırırlar. Eğer bu durum denetim altına alınmazsa, kapitalist, sezgisel olarak sürgit bir şekilde emeği düzenlemeye uğraşır. Böylelikle üretim maliyetini düşürür ve piyasayı tekeli altına alarak rekabeti kaldırır ve tüketim piyasasında malın fiyatını artırır. Bu durum, kapitalistleri, sürekli olarak ürettikleri mal yelpazesi ve pazar paylarını artırmaya yönlendirir.[33]

çıktığını; ilkinin, bütün ileri ülkelerde geçim araçlarının ve bu geçim araçlarını üreten araçların (makineler, fabrikalar, atölyeler gibi) hemen hemen tek başlarına sahibi olan kapitalistler sınıfı olduğu, bunun burjuvalar sınıfı ya da burjuva olarak adlandırılacağını, ikincisinin, onlardan, karşılığında salt kendi geçim araçlarını almak için emeklerini birinci sınıfa, diğer deyişle, burjuvaziye satmak zorunda olan mülksüzler sınıfı olduğunu, bu emek alım satımına taraf olanların eşit olmadığı, üstünlüğün burjuvalarda bulunduğu, mülksüzlerin, burjuvalar tarafından konulan kötü koşullara boyun eğmek zorunda olduğu, burjuvalara bağımlı olan bu sınıfa proleterler sınıfı veya proletarya denileceği ifade edilmiştir. Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 163.

31 Kapitalist düzende proletarya ve burjuvazinin birbirlerine karşı sürgit bir şekilde savaşım içerisinde bulunmaları, onların yapısının doğası dikkate alındığında şaşırtıcı değildir. Gerçekten de yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere burjuvazinin temel ekonomik özelliği, onun üretim araçlarına sahip olması ve ücretli emek-işgücünü sömürmesidir. Mbengo, s. 16.

32 Bundan da öte Marx, Avrupa'da burjuvazi ile işçi sınıfı arasındaki sınıf savaşımını niteleyen ve amacı sınıf savaşımından ne kadar uzak görünürse görünsün her devrimci ayaklanmanın, devrimci işçi sınıfı zafere ulaşıncaya kadar başarısızlıkla sonuçlanmak zorunda olduğunu, her türlü toplumsal reformun, proleter devrim ile feodal karşı-devrimin bir dünya savaşı içinde silahlarla boy ölçüşecekleri ana kadar bir ütopya olarak kalacağını ifade etmektedir. K. Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar [Orijinali, Lohnarbeit und Capital, 1849, Value Price and Profit, 1898). Fransızcasından (Travail salarié et capital-Salaire prix et profit, Editions Sociales, Paris 1969) Türkçeye çeviren Sevim Belli], Sekizinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2008, s. 26.

33 Bkz. J. F. Sheley, Crime, Law, and Social Conflict in Criminology: A Contemporary Handbook, Editör, Joseph F. Sheley, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, California 1995, s. 42-43.

II- MARKSİZMİN KAPİTALİST DÜZENDE ÜCRETE NASIL YAKLAŞILDIĞI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLERİ

Marksist kuram açısından "sınıf" kavramı yanında bir başka anahtar kavram kapitalist düzende "ücret" kavramıdır. Nitekim Marksizm'in ana kurucusu Marx kapitalist düzende ücret kavramına büyük önem vererek ona Komünist Manifestoda önemli bir yer vermiştir. Marx burjuvazinin, diğer deyişle sermayenin, hangi oranda gelişiyorsa, iş buldukları sürece yaşayan ve emekleri, sermayeyi artırdığı sürece iş bulan emekçiler sınıfının aynı oranda geliştiğini, emekçiler sınıfının, kendilerini parça parça satmak zorunda kaldıklarını, bu emekçilerin, diğer ticaret nesneleri gibi bir meta olduklarını ve bunun sonucu olarak da rekabetin bütün iniş çıkışlarına, pazarın bütün dalgalanmalarına açık olduklarını belirtmektedir.[34]

Marx, sanayinin gelişmesiyle, proletaryanın, yalnızca sayıca artmakla kalmayacağını, daha büyük yığınlar halinde yoğunlaşacağını, gücünün büyüyeceğini ve bu gücü daha çok hissedeceğini belirtmektedir. Yazar, proletarya saflarındaki farklı çıkar ve yaşam koşullarının, makinenin tüm emek farklılıklarını silmesi ve hemen her yerde ücretleri aynı düşük düzeye indirmesi oranında giderek daha çok eşitleneceğini, burjuvalar arasındaki büyüyen rekabet ve bunun sonucu ortaya çıkan ticari bunalımların, işçi ücretlerini durmadan dalgalandıracağını ifade etmektedir. Yazar, makinelerdeki sonu gelmez iyileşmenin, durmadan daha hızlı gelişerek işçilerin geçim durumlarını giderek daha çok güvensiz yapacağını, tek tek işçiler ile tek tek burjuvalar arasındaki çatışmaların, giderek daha çok iki sınıf arasındaki çatışma niteliğini alacağını, bunun üzerine işçilerin burjuvalara karşı birlik ve/veya sendikalar oluşturmaya başlayacaklarını, ücretlerini korumak için bir araya geleceklerini, zaman zaman çıkan isyanlar için önceden hazırlık yapmak üzere kalıcı dernekler kuracaklarını, savaşımın, çeşitli yerlerde ayaklanma olarak patlak vereceğini savunmaktadır.[35]

Marx, günümüze kadar gelen bütün toplum biçimlerinin ezen ve ezilen sınıfın karşıtlığına dayandığını, ancak bir sınıfı ezebilmek için ona hiç değilse kendi kölece varoluşunu sürdürebileceği belirli koşul-

34 Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 123-124.
35 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 126.

ların sağlanmasının gerekli olduğunu savunmaktadır. Yazar, küçükburjuvanın, feodal mutlakiyetçiliğin boyunduruğu altında bir burjuva düzeyine yükselmesi gibi serflik döneminde serfin kendisini komün üyeliğine yükselttiğini, buna karşın, çağcıl emekçinin ise sanayinin ilerlemesiyle birlikte yükseleceği yerde gittikçe daha çok kendi sınıfının varoluş koşullarının altına düştüğünü, sadakaya muhtaç hale geldiğini, söz konusu muhtaçlığın, nüfustan ve servetten daha hızlı geliştiğini belirtmektedir. Yazar, burjuvazinin artık toplumda egemen sınıf olarak kalmak ve kendi sınıfının varoluş koşullarını topluma belirleyici yasa olarak dayatacak durumda olmadığının açıkça ortaya çıkacağını, onun, egemenliğini sürdürecek durumda olmadığını, zira kölesine, köleliği çerçevesinde bir varoluş sağlayacak durumda olmadığını, çünkü kölesini, onun tarafından besleneceği yerde, kölenin burjuvaziyi beslemek zorunda kaldığı bir duruma düşürmeden edemeyeceğini, toplumun bu burjuvazinin egemenliği altında artık yaşayamayacağını, diğer deyişle, onun varoluşunun toplumla artık bağdaşmayacağını vurgulamaktadır.[36]

Marx, kapitalist düzende ücretli emeğin ortalama fiyatının asgari ücret olduğunu, daha açık bir deyişle, emekçiyi bir emekçi olarak yaşatmak için zorunlu olan geçim araçları miktarı olduğunu, böylelikle ücretli emekçinin kendi emeği aracılığıyla mülk edindiği şeyin kendi yaşamını kıt-kanaat sürdürmeye ve yeniden üretmeye ancak yeteceğini ifade etmektedir.[37]

---

36 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 129-130.

37 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 133. Nitekim Engels tarafından kaleme alınan Komünizmin İlkelerinde daha açık bir şekilde; emeğin herhangi başka bir meta gibi bir meta olduğu, fiyatın da herhangi bir başka metanın fiyatını belirleyen aynı yasalarca belirlendiğini, ikisi de aynı kapıya çıkan büyük sanayinin ya da serbest rekabetin egemenliği altındaki bir metanın fiyatının ortalama olarak her zaman o metanın üretim maliyetine eşit olduğunu belirtmektedir. Yazar, kapitalist düzende emeğin fiyatının da aynı şekilde emeğin maliyetine eşit olduğunu, emeğin üretim maliyetinin ise bütünüyle, işçinin, kendisini çalışabilir bir durumda tutmak ve işçi sınıfının yok olmasını önlemek için gereksindiği geçim araçları miktarından ibaret olduğunu ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle yazar, işçinin emeği karşılığında, bu amaç için gerekli olandan daha fazlasını almayacağını, emeğin fiyatı ya da ücretin geçim için gerekli en düşük miktar olacağını savunmaktadır. Yazar, işlerin kimi zaman iyi, kimi zaman ise kötü olmasına göre işçinin de iyi durumda daha fazla, kötü durumda ise daha az ücret alacağını, bu durumun fabrika sahibinin kendi metası karşılığında bir durumda daha fazla, öteki durumda az almasına benzetilebileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, fabrika sahibi nasıl ki işlerin iyi olduğu zaman ile

Marx, kapitalist düzeninin ücretli emek olmaksızın gerçekleşmeyeceğini[38] ve ücretin de iki yolla belirleneceğini belirtmektedir. Bunlardan ilki, işçiler arasındaki rekabettir. Daha açık bir deyişle Marx, burjuva sınıfının varoluşunun ve egemenliğinin esas koşulunun, sermayenin oluşması ve çoğalması olduğunu, sermayenin koşulunu ücretli emeğin oluşturduğunu, ücretli emeğin bütünüyle emekçiler arasındaki rekabete dayanacağını belirtmektedir. Yazar, sanayinin istemsiz ve dirençsiz taşıyıcısını burjuvazinin oluşturduğunu, burjuvazinin ilerleyişinin emekçilerin rekabetten ileri gelen yalıtılmışlıklarından doğduğunu, bu yalıtılmışlıklar yerine, emekçilerin birliktelikleriden ileri gelen devrimci birliğin kurulması gerektiğini, zira çağcıl sanayinin gelişmesinin, burjuvazinin ayaklarının altından üzerinde ürünleri ürettiği ve mülk edindiği temeli çekip alacağını, öyleyse burjuvazinin ürettiğinin her şeyden önce kendi mezar kazıcıları olduğunu, kendisinin devrilmesi ve proletaryanın zaferinin aynı ölçüde kaçınılmaz olduğunu savunmaktadır.[39]

Marx, kapitalist düzende ücretin ikinci olarak, kapitalist ile işçi arasındaki açık "savaşım" (mücadele) aracılığıyla belirleneceğini, bu savaşımda galibin mutlaka kapitalist olacağını ifade etmektedir. Yazar, kapitalistin işçisiz, işçinin kapitalistsiz yaşayabileceğinden daha uzun yaşayabileceğini, kapitalistler arası birliğin alışılmış ve etkin olduğunu, ancak işçiler arası birliğin yasak ve üzücü sonuçlarla dolu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, ayrıca, toprak sahibi ile kapitalistin gelirlerine sınai kârlar ekleyebileceklerini, buna karşın işçinin kendi sınai gelirine ne toprak getirimi ne de sermaye faizi ekleyebileceğini, işçiler arasındaki rekabetin işte bu yüzden o kadar büyük olduğunu, demek ki, sermaye, toprak mülkiyeti ve emeğin ayrılmasının yalnız işçi için zorunlu, öze yönelik ve zararlı bir ayrılma olduğunu, sermaye

---

kötü olduğu zaman arasında kendi metası için bu metanın üretim maliyetinden ne daha fazla ne daha az alıyorsa işçinin de ortalama olarak bu asgariden ne daha fazla ne de daha az alacağını, bütün çalışma dalları ne denli büyük sanayinin eline geçerse ücretlere ilişkin bu iktisadi yasanın da o denli sıkı uygulanacağını savunmaktadır. Bkz. Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 170-171.

38 Daha doğru bir deyişle, Marx, sermayenin ücretli emeği ön varsayacağını, ücretli emeğin ise sermayeyi ön varsayacağını, birinin ötekinin koşulu olduğunu, karşılıklı olarak birbirlerini yaratacaklarını ifade etmektedir. Bkz. Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 40.

39 Marx ve Engels, Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri, s. 130.

ve toprak mülkiyetinin bu soyutlama sınırları içinde kalamayacaklarını, ancak işçi emeğinin bu soyutlamadan çıkamayacağını, öyleyse işçi için sermaye, toprak mülkiyeti ve emeğin ayrılmasının ölümcül olduğunu, ücret için en düşük ve en zorunlu oranın, işçinin çalışma sırasındaki geçimi ve bir aileyi besleyebilmek ve işçiler soyunun sönmemesi için "zorunlu artık" (excédent) olduğunu, olağan ücretin kapitalist düzenin temel kurucusu Adam Smith'in belirttiği üzere "yalın insanlık" (simple humanité) ile bir başka deyişle, bir hayvan yaşamı ile bağdaşabilen en düşük ücret olduğunu ifade etmektedir.[40]

Marx, Adam Smith'in görüşlerini analize devam ederek, Smith'in başlangıçta, emeğin tüm ürününün işçiye ait olduğunu, ancak aynı zamanda gerçeklikte işçiye düşen şeyin ürünün çok küçük ve sıkı sıkıya zorunlu olan bölümü olduğunu da belirttiğini, Smith'in bu savından işçinin insan olarak değil, işçi olarak var olması için; insanlığı sürdürmesi için değil, köle işçiler sınıfını sürdürmesi için zorunlu olan bölümü olduğunu ifade etmektedir.[41] Bu çerçevede Marx, daima, kapitalist düzende ücretin en az seviyeye düşeceği görüşünü savunmaktadır.[42]

Marx, ücretin, belirli bir emek-zamanı karşılığında ya da belirli bir işin yapılması karşılığında kapitalist tarafından ödenen para tutarı olduğunu, kapitalistin, bundan ötürü, para ile emeklerini satın alıyor göründüğünü, onların da kapitaliste bu para karşılığında emeklerini satacaklarını, ancak, bunun yalnızca görünüşte olduğunu, zira gerçekte işçilerin para karşılığında kapitaliste sattıkları şeyin emek gücü olduğunu ifade etmektedir. Yazar, kapitalistin bu emek-gücünü, günlük, haftalık, aylık gibi yollarla satın alacağını, satın aldıktan sonra da işçileri baştan şart koşulan süre boyunca çalıştırarak söz konusu emek gücünü kullanacağını belirtmektedir. Düşünür, kapitalistin işçilerin emek gücünü satın aldığı bu parayla, örneğin iki mark karşılığında iki kilo şeker ya da belirli bir miktarda herhangi bir başka meta satın alabileceğini, iki kilo şekerin satın aldığı söz konusu iki markın iki kilo şekerin fiyatı olduğunu, emek gücünün on iki saatlik kullanımını satın aldığı bu iki markın on iki saatlik emeğin fiyatı olduğunu, demek ki emek gücünün bir meta olduğunu, şekerden ne eksik ne de fazla ol-

40 K. Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe, s. 88-89 ve dn. 1.
41 Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe, s. 94 ve dn. 8.
42 Fazla bilgi için bkz. Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe, s. 94.

duğunu, birincisinin saatle ölçüleceğini, ikincisinin ise teraziyle ölçüleceğini belirtmektedir. Bu bağlamda Marx, ücretin, genellikle emeğin fiyatı denilen emek-gücü fiyatına, ancak insan etinde, kanında saklı bulunan bu özgün metanın fiyatına verilen özel isim olduğunu ifade etmektedir.[43]

Marx, ücretli işçinin emek-gücünü, sermayeye, yaşamak için sattığını, ancak, emek-gücünün ortaya konmasının, kısacası emeğin, işçinin yaşam etkinliği, bir başka deyişle, yaşamını ortaya koyma tarzı olduğunu, işte işçinin gerekli geçim araçlarını sağlamak için bir başkasına sattığının, bu yaşam etkinliği olduğunu, böylelikle, yaşam etkinliğinin kendisi için bir var olabilme aracından başka bir şey olmadığını belirtmektedir. Yazar, işçinin yaşamak için çalışacağını, onun için çalışmanın, yaşamının bir parçası değil, hayatının feda edilmesi olduğunu, işçinin bir başkasına devrettiğinin meta olduğunu, bundan ötürü de kendi faaliyetinin ürününün de bu faaliyetin amacı olmadığını, kendisi için ürettiği şeyin, dokuduğu ipek, madenden çıkardığı altın, yaptığı saray olmadığını, sadece ücret olduğunu, ipek, altın ve sarayın onun gözünde belirli bir miktar geçim aracına, belki de pamuklu bir fanila, bir miktar bakır para ve bir bodrum katına indirgeneceğini ifade etmektedir. Marx, işçinin şu ya da bu işverene değil, kapitalist sınıfa ait olduğunu ve dahası kendisini satmak, bir başka deyişle, burjuva sınıfı içerisinde bir alıcı bulmanın ona düşeceğini belirtmektedir.[44]

Marx, emek-gücünün üretim maliyetinin işçiyi işçi olarak tutmak ve onu işçi durumuna getirmek için gerekli olan gider olduğunu, bu yüzden, herhangi bir işin gerektirdiği eğitim süresi ne denli kısa olursa, işçinin üretim maliyetinin o denli az ve emeğinin fiyatının, kısacası ücretinin o denli düşük olacağını, çıraklık döneminin hemen hiç gerekli olmadığını, işçinin kabaca maddi varlığının yeterli olduğu sanayi dallarında, işçinin üretimi için gerekli giderlerin, hemen hemen yalnızca kendisini yaşatmak ve çalışabilir bir durumda tutmak için gerekli metalardan ibaret olduğunu, bunun için emeğin fiyatının, gerekli geçim araçlarının fiyatı ile belirleneceğini ifade etmektedir.[45]

---

43 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 27.

44 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 29- 30.

45 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 35-36. Marx'ın bu görüşü Engels tarafından da desteklenmektedir. Engels, emek-gücünün değerini zorunlu geçim araçlarının değerine indiren yasayla, emek-gücünün ortalama fiyatının,

Marx, genel olarak ücretin yalnızca karşılığında elde edilecek metalar miktarı ile belirlenmediğini, onun çeşitli ilişkileri içerdiğini, bunlardan ilkinin, emeğin para fiyatı, teknik bir deyişle, "yazılı" (nominal) ücret ile reel ücret, bir başka deyişle, ücret karşılığında fiilen verilen metaların tutarının birbiriyle çakışmayacağını, dolayısıyla ücretin yükselmesinden ya da düşmesinden söz edildiği zaman yalnızca emeğin para veya yazılı fiyatının düşünülmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, ne yazılı ücret, bir başka deyişle, karşılığında işçinin kendisini kapitaliste sattığı para tutarının, ne de işçinin bu para ile satın alabildiği metaların tutarının ücretlerin içerdiği ilişkilerin tümünü kapsamayacağını, ücretin her şeyden önce kapitalistin kazancı ile kapitalistin kârı ile olan ilişkisiyle de belirleneceğini, kısacası karşılaştırmalı göreli ücret olacağını belirtmektedir.[46]

Marx, ücret ve kârın birbiriyle ters orantılı olduğunu, emeğin payının, daha açık deyişle, ücretin düştüğü ölçüde sermayenin payının, kısacası, kârın yükseleceğini ve "bunun tersinin de geçerli" (vice versa) olduğunu, daha açık bir deyişle, ücret yükseldikçe kârın düşeceğini belirtmektedir.[47]

Marx, Buret'in düşüncelerine de katılarak, burjuva toplumundaki ekonomi politiğin, emeği soyut biçimde bir şey olarak düşündüğünü, daha açık bir deyişle, emeği bir meta olarak algılayarak, eğer fiyatı yükselmişse bunun metanın çok talep edilmiş olmasından, eğer tersine, fiyatı düşükse bunun da çok arz edilmiş olmasından kaynaklandığı şeklinde algıladığını, ayrıca söz konusu politiğin, meta olarak emeğin fiyatı gittikçe düşmesini gerektirerek ya kapitalistler ile işçiler arasındaki ya da işçiler arasındaki rekabetin bunu zorunlu kıldığını belirtmektedir.[48]

---

kural olarak, o geçim araçlarının asgarisine indiren yasanın işçiler üzerinde hükmünü yerine getireceğini, otomatik bir makinenin dayanılmaz gücüyle, onları dişlileri arasında ezeceğini ifade etmektedir. Bkz. Engels, F. İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu [Orijinali, Die Lage der arbeitenden Klasse in England, 1845) İngilizcesinden (The Condition of The Working-Class in England, Marx-Engels, Collected Works, vol.4, Progress Publishers, Moscow, 1975, s. 295-596) Türkçeye çeviren Yurdakul Fincancı], İkinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2010, s. 37.

46 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 42-43.

47 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 45, 50.

48 Bkz. E. Buret, De la misere des classes laborieuses en Angleterre et en France 1. Cilt, Paris 1840, s. 42-43'den nak., Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe, s. 101-102.

Marx, sonuç olarak ister salt bir ülkenin, isterse bütün dünya pazarının kapitalist, bir başka deyişle, burjuva sınıfı olsun, üretimin net kârını aralarında ne kadar üleşirlerse üleşsinler, bu net kârın toplam tutarının sürgit olarak bütünsel şekilde doğrudan emeğin birikmiş emeği artırmış olduğu miktardan ibaret olduğunu, bu toplam miktarın, emeğin sermayeyi artırdığı oranda, bir başka deyişle, kârın ücrete kıyasla yükseldiği oranda artacağını, sermaye ile ücretli emek arasındaki ilişkinin sınırları içinde kalınsa bile sermayenin çıkarları ile ücretli emeğin çıkarlarının birbirine taban tabana karşıt olduklarını ifade etmektedir.[49]

Marx, ücretli emek için en elverişli koşulun, üretken sermayenin olanaklı olduğu kadar hızlı büyümesi olduğunu söylemenin; işçi sınıfı ne denli çabuk çoğalır ve kendisine düşman olan gücü, kendisine ait olmayıp kendisine egemen olan zenginliği ne denli çabuk genişletirse, burjuvazinin kendisini kuyruğuna takıp peşinden sürüklemesine yarayan altın zincirleri kendi eliyle yapmaktan hoşnut olarak burjuva zenginliğini artırmak, sermayenin gücünü genişletmek üzere yeniden çalışma koşullarının da o denli elverişli olacağını belirtmektedir.[50] Düşünür, ticari dönemlerin dalgalanmalarının sınırları içerisinde bir metanın fiyatının, zorunlu olarak, o metanın üretim maliyeti düzeyine gelmesinin bir yasa oluşturduğunu da ifade etmektedir.[51]

Marx, işbölümü arttığı ölçüde işin yalınlaşacağını, işçinin özel ustalığının değerini yitireceğini, işçinin, yoğun bedensel ve zihinsel yetenekler kullanmak zorunda kalmayan, yalın, tekdüze bir üretken güce dönüşeceğini, onun işinin, herkesin becerebileceği bir iş olacağını, bu yüzden rakiplerin her taraftan işçi üzerinde baskı yapacaklarını ve ayrıca iş ne denli basit ve öğrenilmesi kolaysa, işe alışmak için gerekli olan üretim maliyetinin ve ücretlerin de o denli düşeceğini, çünkü ücretin, bütün öteki metaların fiyatları gibi kendi üretim maliyetiyle belirleneceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda yazar, çalışma yaşamının doyurucu, bir başka deyişle, zevk verici olmaktan uzaklaştıkça işe karşı isteksizliğin de artacağını, bu durumun rekabetin artmasına ve ücretin azalmasına yol açacağını belirtmektedir. Yazar, işçinin ister

49 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 46.
50 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 47.
51 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 47, 50.

daha uzun saatler çalışarak isterse bir saatte daha fazla üreterek olsun, daha çok çalışarak aldığı ücretinin miktarını aynı tutmaya çalışacağını, dolayısıyla, yoksulluğun itkisinin işbölümünün yıkıcı etkilerini daha da artıracağını belirtmektedir. Marx, bunun sonucunda işçinin daha çok çalıştıkça daha az ücret alacağını ve iş arkadaşlarıyla olan salt bu rekabet yüzünden, iş arkadaşlarını da kendisininki kadar kötü koşullarla kendilerini satan birer rakip haline getireceğini, bundan ötürü son tahlilde, işçi sınıfının bir üyesi olarak işçiyle rekabet edeceğini belirtmektedir.[52]

Marx, kapitalist bir düzendeki ekonomi politiğin, işsiz işçi, bir başka deyişle, emek adamını, o emek ilişkileri küresi dışında bulunduğu ölçüde tanımayacağını, namussuz, dolandırıcı, dilenci, açlıktan ölen, sefalet çeken, suç işleyen işsiz emekçinin onun için değil, ancak sadece başka gözler için, daha açık bir deyişle, doktor, yargıç, mezar kazıcı ve dilenciler kâhyasının gözleri için var olan figürler olduklarını, onun yurtluğu dışındaki hayaletleri oluşturduğunu ifade etmektedir. Marx, kapitalist için işçinin gereksinimlerinin işçiyi çalışma süresince yaşatmak ve sadece işçiler soyunun sönmesini engelleyecek biçimde yaşatma gereksiniminden başka bir şey olmadığını, öyleyse ücretin başka herhangi bir üretken aletin bakımı, çalışma durumunda tutulması ile sermayenin kendisini faizleriyle birlikte yeniden üretmek için gereksinme duyduğu sermaye tüketimi ile dönmelerini sağlamak için çarkların yağlanması ile bütünüyle özdeş olduğunu, öyleyse ücretin sermaye ve kapitalistin zorunlu harcamaları arasına gireceğini ve bu zorunluluğun sınırlarını aşmaması gerektiğini ifade etmektedir. Marx ayrıca, üretimin insanı yalnızca meta, insan metası, bir başka deyişle, meta olarak belirlenmiş insan olarak yaratmakla kalmayacağını, fizik bakımından olduğu kadar entelektüel bakımdan da insanlıktan uzaklaştırılmış bir varlık olarak da üreteceğini belirtmiştir.[53]

Marx, "refahı" (gönenci) artan bir toplumda, sadece en zenginlerin para faizi ile geçinebileceklerini, bütün öbürlerinin, sermayelerini ya bir girişime yatırmak ya da ticarete bağlamak zorunda olduklarını, bunun sonucunda, yukarıda belirtildiği üzere, sermayedarlar arasındaki rekabetin artarak sermayelerin birikiminin daha büyük olacağını, bü-

52 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 52.
53 K. Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe, s. 155.

yük kapitalistlerin küçükleri yıkıma uğratarak eski kapitalistlerin bir bölümünün işçiler sınıfına düşeceğini de ifade etmiştir. Yazar, işçiler sınıfının bu katılma sonucunda bir bölümü bakımından yeni bir ücret indirimine uğrayacağını ve birkaç büyük kapitaliste daha da büyük bir bağımlılık içerisine düşeceğini, kapitalistler sayısındaki azalma sonucu, artık iş bulmadaki rekabetlerinin hemen hemen hiç kalmadığını ve işçiler sayısındaki artma sonucunda da işçiler arasındaki rekabetin o kadar büyük, doğaya o kadar aykırı ve o kadar zorlu bir duruma geleceğini belirtmektedir. Marx, öyleyse işçi sınıfının bir bölümünün, orta kapitalistlerin bir kısmının işçi sınıfı içerisine düşmesi kadar zorunlu bir biçimde dilencilik ve açlık durumuna düşeceğini, işçi için en elverişli olan gönenç toplumu durumunda bile zorunlu sonucun, aşırı çalışma ve zamansız ölüm, makine düzeyine, kendi karşısında tehlikeli bir biçimde biriken sermayenin kölesi düzeyine düşürülme, rekabetin yeniden canlanması, işçilerden bir bölümünün açlıktan ölmesi ya da dilenciliği olduğunu ifade etmektedir.[54]

Marx, kapitalist düzende ücret yükselişinin işçide kapitalistin zenginleşme susuzluğunu uyandıracağını ancak onun bu susuzluğunu sadece kafasını ve gövdesini kurban ederek karşılayabileceğini, ücret yükselişinin sermaye birikimini ön gerektirir kıldığını ve ona yol açacağını, böylelikle onun emek ürünü ile işçiyi birbirine gitgide daha yabancı bir biçimde karşı karşıya getireceğini belirtmektedir. Filozof, işbölümünün işçinin darlık ve bağımlılığını gittikçe nasıl artırırsa tıpkı onun gibi yalnızca insanların değil ancak makinelerin bile rekabetine yol açacağını, işçi makine düzeyine düşmüş bulunduğu için makinenin ona karşı çıkabileceğini ve onunla rekabete girişebileceğini, son olarak sermaye birikiminin sanayiyi, dolayısıyla işçilerin sayısını artırdığı için aynı nicelikte sanayinin, bu birikim sonucu, aşırı üretime dönüşen ve sonunda ya işçilerin büyük bir kısmını ekmeklerinden yoksun bırakma ya da ücretlerini en sefil asgariye indirme sonucunu veren daha büyük nicelikte bir yapıt üreteceğini ifade etmektedir.[55]

Marx'ın bu açıklamalarından anlaşıldığına göre işçilerin ücret yoluyla oluşan bu sefil durumunun ana sorumlusu kapitalist dizgedir. Marx'ın bu görüşü, bilimsel sosyalizmin diğer bir kurucusu ve Marx'ın

54 K. Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe, s. 92.
55 K. Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe, s. 92-93.

yakın arkadaşı Engels tarafından da paylaşılmaktadır. Engels, işçilerin sefil durumunun nedeninin ufak-tefek yakınma konularında değil, ancak kapitalist dizgenin kendisinde aranması gerektiğini belirtmektedir. Düşünür, ücretli işçinin emek gücünü, belirli bir gündelik karşılığı kapitaliste satacağını, bu gündeliğin karşılığı olan değeri, birkaç saatlik bir çalışmayla üretmiş olduğunu, ancak sözleşmeye göre işgününü tamamlamak için daha bir dizi saat çalışmak zorunda olduğunu, bu ek artı-emek saatlerinde ürettiği değerin, kapitaliste hiçbir maliyeti olmasa da onun cebine giren artı-değer olduğunu belirtmektedir.[56]

Marx, kapitalist düzenin gelişme çizgisinin ücretleri daha da düşürmek için almaşık yollar yaratacağını belirtmektedir. Düşünür, makinelerin, usta işçilerin yerine usta olmayan işçileri, erkeklerin yerine kadınları, yetişkinlerin yerine çocukları koyacağını, ayrıca, yeni uygulandıkları yerlerde kol işçilerini yığınlar halinde sokaklara dökerek ve makinelerin geliştirildikleri, yetkinleştirildikleri ve yerlerine daha üretken makinelerin konulduğu yerlerde ise işçileri daha küçük yığınlar halinde işlerinden ederek aynı sonuçları yaratacağını, bu durumun sanayi savaşımına yol açacağını, bu savaşta çarpışmaların işçi sınıfının askere alınmasından çok terhis edilmesiyle kazanılacağını, generalleri oluşturan kapitalistlerin, kim daha çok sanayi erine yol yol verecek diye aralarında yarışacaklarını ifade etmektedir.[57]

Marx, kapitalist bir düzende ücretlerin sürgit bir şekilde düşeceği konusundaki savını özetleyerek, üretken sermaye ne denli büyürse işbölümü ve makine kullanımının da o denli genişleyeceğini, ayrıca bu durumun işçiler arasındaki rekabeti de o denli genişleteceğini ve ücretleri de o denli kısacağını ifade etmektedir. Yazar, sermayenin yalnızca emekle yaşamayacağını, onun, hem seçkin, hem de barbar bir efendi olarak, kölelerinin cesetlerini, bu bunalımlar sırasında can vermiş işçi kurbanlarının tümünü kendisiyle birlikte mezara sürükleyeceğini, eğer sermaye hızla büyürse işçiler arasındaki rekabetin bununla kıyaslanamayacak bir hızla büyüyeceğini, bir başka deyişle, işçi sınıfının geçim araçlarının buna oranla çok daha hızla azalacağını, ama bununla birlikte, sermayenin hızla büyümesinin ücretli emek için en elverişli koşul olduğunu ifade etmektedir[58]

56 Engels, F. İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu, s. 29.
57 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 52-53.
58 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 54-55.

Buraya kadar Marx'ın ücret konusunda yaptığı açıklamaların basit, sade ve berrak bir nitelik taşıdığı görülmüştür. Bunun gibi düşünürün asgari ücret konusundaki görüşleri de oldukça basit, yalın ve açık bir nitelik taşımaktadır. Gerçekten de Marx, yukarıda belirtildiği üzere, imalatçının üretim maliyetini ve buna göre ürünlerin fiyatını hesaplarken iş aletlerinin aşınma ve yıpranmasını da hesaba alacağını, örneğin bir makine kendisine 1000 marka mal olmuş ve 10 yılın sonunda bütünüyle yıpranmış olacaksa on yılın sonunda iyice eskimiş olan makinesinin yerine bir yenisini koyabilmek için ürettiği metaların fiyatına 100 mark ekleyeceğini ifade etmektedir. Marx, bunun gibi işçilerin yıpranmasının da tıpkı makinenin yıpranması gibi hesaba alınacağını, kapitalist için basit emek gücünün maliyetinin, işçinin varoluş ve üreme giderlerinin toplamı olduğunu, bu varoluş ve üreme giderlerinin fiyatının ücreti oluşturduğunu, bu şekilde belirlenmiş ücrete *asgari ücret* denileceğini ifade etmektedir. Düşünür, söz konusu asgari ücretin metaların fiyatının genel olarak üretim maliyeti tarafından belirlenmesi gibi tek tek bireyler için değil ancak "insan" (species) için geçerli olduğunu, tek tek işçilerin, işçilerin milyonlarcasının var olabilmek ve kendilerini üretebilmek için yeterli ücret alamayacağını, ancak tüm işçi sınıfının ücretinin kendi dalgalanmaları içerisinde bu asgaride eşitleneceğini belirtmektedir.[59]

Marx, işçinin aldığı gündelik ücretin, onun makinesinin, bedeninin sahibine getirdiği kâr olduğunu, makinenin yıpranmasının yerini doldurmak için gerekli olan tutarın veya bununla özdeş olan yaşlı, yıpranmış işçilerin yerine yenisini koymak için gerekli olan tutarın da bunun içinde olduğunu, örneğin, pazar günü tatilinin kaldırılmasının işçi için tam bir kayıp olacağının asgari ücrette içkin olduğunu, bu durumda işçinin ücretini çok daha güç koşullar altında kazanmasının gerekir olduğunu, işte pazar tatiline karşı kükreyen iyi yürekli! kapitalistlerin istediklerinin de bu olduğunu belirtmektedir.[60]

Marx, her ne kadar asgari ücretin ortalama olarak en vazgeçilmez geçim araçlarının fiyatı ile belirlense de çeşitli unsurlar nedeniyle farklılaşabileceğini savlamaktadır. Bu bağlamda yazar, ilk olarak "asgari" kavramının çeşitli ülkelerde başka anlamlara gelebileceğini, örneğin

59 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 36.
60 K. Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 66.

İrlanda'da büyük önem verilen patatese başka ülkelerde böyle bir değer verilmeyebileceğini ifade etmektedir. Marx, ikinci olarak sorunun yalnızca az önce bahsedilen hususlardan oluşmadığını, söz konusu kavramın bizzat tarihsel bir harekete sahip olduğunu ve en düşük mutlak düzeye doğru giderek alçalacağını ifade etmektedir. Yazar bu konuda "brendi" (konyak) örneğini de vererek, bunun önce damıtılmış sudan, sonra tahıldan daha sonra da snaps'tan[61] yapıldığını ifade etmektedir.[62]

Marx, asgari ücretin gerçek en düşük düzeyine inişini sağlayan çeşitli faktörlerin bulunduğunu da savlamaktadır. Düşünür bunlardan ilkini; üretimde makine kullanımında genel gelişme, işbölümü, yerel engellerden kurtulmuş olan ve hareket edebilen işçilerin kendi aralarındaki rekabetin oluşturduğunu belirtmektedir. Marx, ikinci olarak, vergi ve devlet harcamalarının artmasının da asgari ücreti en düşük noktaya doğru taşıyacağını ifade etmektedir. Filozof, bir verginin kaldırılmasının işçiye hiçbir yarar sağlamayacağını, ancak, her yeni verginin işçi için asgari ücret henüz olanaklı olan son ifadesine varmamış olduğu sürece zararlı olduğunu ve bunun burjuva ticaretine ket vuran ve onu güçleştiren her şey için de geçerli olduğunu ifade etmektedir. Yazar, vergilerin artmasının, küçük köylü, küçük burjuva ve zanaatçıların yıkımı olacağını belirtmektedir. Marx, kurtuluş savaşı sonrası durumun da bu konuda bir başka örneği oluşturduğunu, bu durumda, ürünlerin ucuzlamasını ve yerine konacak ürünlerin üretiminin hızla artışını sağlayan sanayinin ilerlemesinin asgari ücreti en düşük noktaya taşıyacağını belirtmektedir. Marx, üçüncü olarak, asgari ücretin farklı ülkelerde eşitlenme eğilimini taşıyacağını ifade etmektedir. Filozof, dördüncü olarak, ücret bir kez düştü mü ardından yeniden yükselse de hiçbir zaman daha önceki düzeyine çıkamayacağını belirtmektedir. Yazar, bir ülkenin gelişmesi sırasında ücretlerde ikili bir düşüş olacağını, bunlardan ilkinin, genel zenginliğe oranla göreli olarak, ikincisinin ise işçinin "mübadele" (değişim) yoluyla aldığı meta miktarının her gün azalmasından dolayı mutlak olduğunu belirtmektedir. Marx, son olarak, geniş-ölçekli sanayinin gelişmesiyle zamanın giderek metaların değerinin ölçüsü, böylelikle ücretin de ölçüsü haline geleceğini, aynı zamanda emek-metasının üretiminin her

61 Patatesten yapılan bir içki.
62 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 66.

gün daha ucuz hale geleceğini ve uygarlığın gelişmesi süresince, giderek her gün daha az çalışma süresine mal olacağını ifade etmektedir. Yazar, köylünün boş zamanı olduğunu, henüz ek olarak bir şey kazanabileceğini, ama "imalathane" (manüfaktür) değil, büyük sanayinin bu ataerkil durumu ortadan kaldıracağını, işçinin yaşamının, varoluşunun her anının, böylelikle giderek daha fazla bir pazarlık konusu olacağını savlamaktadır.[63]

Marx, kârların asgarisini belirleyecek bir kanunun bulunmadığını, onların düşüşlerindeki son sınırın ne olacağını saptayamayacağımızı zira ücretlerin asgarisini saptayabileceğimiz halde azamisini saptayamayacağımızı ancak emek-gücünün sınırları belirli olduğunda kârların azamisinin ücretlerin fiziksel asgarisine tekabül edeceğini ve ücretleri belli olduğunda kârların azamisinin işgücünün fiziksel gücünün dayanabileceği sınıra kadar uzatılmasına karşılık geleceğini ve ücretler belirli olduğunda kârların azamisinin, işgününün, işçinin fiziksel gücünün dayanabileceği sınıra kadar uzatılmasına tekabül edeceğini ifade etmektedir. Marx, kârın azamisinin, ücretin fiziksel asgarisi ve işgücünün fiziksel azamisi ile sınırlı olduğunu, azami karar oranının bu iki sınırı arasında, değişebilen sınırsız bir ıskala yer alacağını, kâr oranının fiili ölçüsünün, sermaye ile emek arasındaki kesintisiz savaşım tarafından belirleneceğini, kapitalistin durmadan ücretleri fiziksel asgariye düşürmeye ve işgününü fiziksel azamiye çıkarmaya çabalayacağını, oysa işçinin sürekli olarak karşıt yönde bir baskı yapacağını, böylece sorunun, savaşım veren tarafların karşılıklı güçler dengesine indirgeneceğini ifade etmektedir.[64]

Marx, "çağcıl" (modern) sanayinin gelişmesinin, dengeyi her geçen gün biraz daha işçinin aleyhine, buna karşın, kapitalistin lehine değiştirmek zorunda olduğunu ve bundan dolayı kapitalist üretimin genel eğiliminin, ücretlerin ortalama düzeyini yükseltmek değil, düşürmek ya da emek değerini az çok en alt sınırına indirmek olduğunu göstermeye yeteceğini, ancak bu düzende şeylerin eğilimi böyledir diye işçi sınıfının sermayenin gasplarına karşı direnişten ve durumlarını geçici olarak iyileştirmek için ortaya çıkan fırsatları en iyi biçimde değerlendirme girişimlerinden vazgeçmemesi gerektiğini belirtmekte-

63 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 66-67.
64 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 138.

dir. Yazar, eğer işçi sınıfı aksi bir tutum takınırsa, ezilmiş, artık hiçbir umudu kalmamış, ömür boyu açlık çeken yaratıklar yığınından başka bir şey olmamak durumuna düşeceğini savunmaktadır. Düşünür, işçilerin, ücret düzeyini koruyabilmek için giriştikleri mücadelenin tüm ücretlilik dizgesine ayrılmazcasına bağlı olduğunu, her 100 durumdan 99'unda ücretleri yükseltme yolundaki çabalarının belirli emek değerini koruma yolundaki çabalarından ibaret olduğunu ve kendi fiyatları konusunda kapitalistle tartışmak zorunluluğunun, kendilerini meta olarak satmak zorunda oluşlarının doğasında bulunduğunu vurgulamaktadır. Yazar, eğer işçi sınıfı sermaye ile olan günlük çatışmasında gerileyecek olsaydı, daha büyük çapta şu ya da bu harekete girişme olanağından kendi kendisini bütünüyle yoksun bırakacağını ifade etmektedir.[65]

Marx, ücret oranında genel bir yükselmenin genel kâr oranında bir düşüşe yol açacağını, ancak genel anlamda meta fiyatlarını etkilemeyeceğini, kapitalist üretimin genel eğiliminin, ücretlerin ortalama düzeyini yükseltmek değil, düşürmek yönünde olduğunu, sendikaların, sermayenin saldırılarına karşı direniş merkezleri olarak yararlı iş göreceklerini, güçlerini pek yerinde olmayan bir biçimde kullandıkları zaman kısmen hedeflerini gözden kaçıracaklarını, bununla eşanlı olarak mevcut düzeni değiştirmeye çalışacakları ve örgütlü güçlerini, işçi sınıfının kesin kurtuluşu, bir başka deyişle, ücretlilik dizgesinin kesin olarak kaldırılması için bir araç olarak kullanmaya çalışacakları yerde, düzenin sonuçlarına karşı gerilla savaşı ile yetindikleri anda da hedeflerini büsbütün yitireceklerini savlamaktadır.[66]

III- MARKSİZM'İN KAPİTALİST DÜZENDEKİ ÜCRET KONUSUNDAKİ GÖRÜŞÜNÜN İRDELENMESİ

Marksizm'in özellikle bilimsel sosyalizmin ana kurucusu Marx'ın kapitalist düzende işçiye verilen ücretin doğal olarak sefalet ücreti olduğu hakkındaki savı **önemli ölçüde** doğrudur. Bu doğruluktaki en önemli pay, Marx'ın, kapitalizmin kurucu iktisatçılarının görüşlerini analiz ederek sonuç çıkarmasıdır. Nitekim liberal veya kapitalist iktisadın kurucusu olan Adam Smith ile söz konusu iktisadı zirveye taşı-

65 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 141.
66 Marx, Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar, s. 142.

yan David Ricardo kapitalist bir düzende ücretin en az, örtük bir deyişle, sefalet ücreti olması yönünde eğilim taşıdığını savlamaktadırlar. Şimdi bu yazarların görüşlerini sırasıyla incelemek yerinde olacaktır.

Adam Smith, kapitalist düzende ortalama emek ücretlerinin, çoğunlukla her yerde çıkar uyuşmazlığı içerisinde bulunan iki taraf arasında yapılan bir sözleşmeye dayanacağını, işçilerin elden geldiğince çok almak isteyeceklerini, patronların ise elden geldiğince az vermek isteyeceklerini, bunlardan birincisinin emek ücretlerini artırmak, ikincilerin ise bunu indirmek için kendi aralarında birleşmeye yatkın olduklarını, ancak patron ile işçi arasındaki uyuşmazlıkta hangisinin üstün çıkıp koşullarını ötekine ister istemez kabul ettireceğini önceden kestirebilmenin güç olmadığını, zira patronların sayıca az olduğu için aralarında çok kolaylıkla birleşebilmelerinin olanaklı olduğunu, ayrıca, yasaların patronların bir araya gelebilmesine izin verdiğini veya en azından onların birleşmelerini yasak etmediğini, buna karşın işçilerin birleşmesini yasak ettiğini belirtmektedir. Daha açık bir deyişle Smith, 18. yüzyıl Birleşik Krallığında işçinin ücretini indirmeye karşın bir yasama işlemi, kısacası bir kanun bulunmamasına karşın, emeğin bedelini yükseltmek isteyen kişilere karşı uygulanmak üzere pek çok sayıda kanunun bulunduğunu, öte yandan patron ile işçi arasındaki çatışmalarda patronların çok daha uzun boylu dayanabileceği, somut bir deyişle, bir toprak sahibi, bir çiftçi, bir sanayici ya da tacirin tek bir işçi tutmasa bile önceden edinmiş olduğu mal mevcuduyla genel olarak bir veya iki yıl yaşayabilir olmasına karşın, işçilerin çoğunun bir hafta işsiz kalamayacağını, bir ay işsiz geçinebilenin pek az, bütün bir yıl işsiz yaşayabilenin ise olanaksız gibi olduğunu, eninde sonunda işçi için patron ne kadar gerekli ise patron için de işçinin o derece gerekli olduğunu, ancak bu gereğin patron açısından o kadar acil veya ivedi olmadığını belirtmektedir.[67]

Smith, işçilerle olan savaşımlarında patronlar genel olarak üstün konumda bulunsa da hatırı sayılır belirli bir süre için hatta en solda sıfır bir emek çeşidinde bile ortalama ücretlerin daha aşağıya inemeyeceği bir eşiğin bulunduğunu, bir insanın hep işi ile ömür sürmesinin, bir başka deyişle, ücretinin hiç değilse geçimine yetmesi gerektiğini,

67 A. Smith, Milletlerin Zenginliği, (Özgün ismi The Wealth of Nations'dan çeviren; Haldun Derin), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006, s. 72.

hatta çoğu durumlarda ücretin bundan biraz daha fazla olması gerektiğini, aksi takdirde işçinin eş ve çocuklarına bakmasının olanaksız olacağını, söz konusu eşikten daha az ücret olan işçilerin soyu ve sopunun birinci kuşaktan öteye geçemeyeceğini belirtmektedir.[68]

Smith, ücretle geçinen kimselere karşı olan talebin her ülkenin geliri ve mal mevcudunun çoğalması ile mutlaka artacağını, bunlar olmadan artmasının olanaklı olmadığını, gelirin ve mal mevcudunun artmasının ulusal zenginliğin artması anlamını taşıyacağını, emek ücretlerinin yükselmesine meydan veren hususun, ulusal zenginliğin belirli bir zamandaki büyüklüğünün değil, sürekli artışı olduğunu, bunun sonucu olarak emek ücretlerinin en zengin ülkelerde değil, en çok gelişme gösteren veya en çabuk zenginleşmekte olan ülkelerde en yüksek olduğunu ifade etmektedir.[69]

Smith, ücret ödemek için ülke halkının geliri ve mal mevcudunun, kısacası ulusal zenginliğinin azaldığı bir ülkede tüm işkollarında her yıl hizmetçilere ve işçilere karşı olan talebin bir önceki yıldan az olacağını, daha yüksek sınıflarda yetişmiş olanlardan çoğunun, kendi mesleklerinde iş bulamayacaklarından bunu memnuniyetle en aşağı tabakalarda arayacaklarını belirtmektedir. Filozof, en aşağı sınıfın, kendi işçilerinden başka, bir de bütün öteki tabakalardan akın edenlerle dolup taşacağı için bu sınıftaki iş rekabetinin yoğun bir şekilde artacağını, böylelikle ücretlerin, işçinin en düşkün, en yoksul yaşayış seviyesine ineceğini, birçok insanın bu çetin koşullar içinde bile iş bulamayacaklarını, ya açlıktan ölecek duruma gelecek veya dilenerek veya kötülüklerin en dehşetlisini yapmaya sürüklenerek geçim yolu arayacaklarını savlamaktadır. Yazar, yokluk, açlık ve ölümün çok geçmeden bu sınıf içerisinde hüküm süreceğini, oradan yukarı tabakalara doğru yayılacağını, bu durumun, ta ki halk sayısı ülkede ötekilerini yok eden bela veya musibetten kurtulup arta kalabilen gelir ve mal mevcuduyla kolayca beslenebilecek kadar azalacağı noktaya kadar süreceğini ifade etmektedir.[70]

Smith, hiç bir yerde emek fiyatının tam olarak kestirilemeyeceğini, çünkü çoğu kez, aynı yerde aynı çeşit emek için yalnızca işçilerin de-

68 Smith, s. 75.
69 Smith, s. 75-76.
70 Smith, s. 79-80.

ğişik yeteneklerine göre değil, patronun yumuşaklığı veya sertliğine göre de türlü bedeller ödeneceğini, ücretlerin kanunla düzene konulmadığı yerde, belirleme savında bulunabileceğimiz ücretin en alışılmış olan ücret olduğunu, çoğunlukla yeltenmiş olmakla birlikte, kanunun ücretleri hiçbir zaman elverişli biçimde yoluna koyamadığının tecrübe ile görülmüş olduğunu ifade etmektedir.[71]

Smith, emeğin bolca ödüllendirilmesinin, artan zenginliğin bir sonucu olduğu gibi nüfus artışının da nedeni olduğunu, bu yüzden sızlanmanın, halktaki en büyük gönencin kaçınılmaz sonucu ve nedeninden yakınmak olduğunu, büyük halk topluluğunu oluşturan yoksul işçilerin durumunun, gerçekte, topluluğun zenginlik bakımından dört başı mamur iken değil, fazla servet edinmek üzere ilerlemekte bulunduğu gelişir halde en mutlu ve rahat olduğunu, duraklayan durumda hallerinin sıkıntı içinde, geriye giden durumda ise sefil olduğunu belirtmektedir. Yazar, gelişen durumun, gerçekte, toplumun çeşitli tabakalarının hepsi için yüz güldürten gürbüzlük durumu olduğunu, yerinde sayışın bezginlik, gerileyişin ise bitkinlik olduğunu savlamaktadır.[72]

Smith, emek fiyatlarındaki değişmelerin, yiyecek içecek fiyatlarındaki değişimlere her zaman uymadığı gibi çoğunlukla bunun tersinin geçerli olduğunu, ancak buna bakarak, yiyecek içecek fiyatının emek fiyatı üzerinde etkisinin olmadığını sanmamamız gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, emeğin para olarak ödenen karşılığının, ister istemez iki koşula göre, daha somut bir deyişle, emeğe karşı olan talep ile yaşam için gerekli ve elverişli maddelerin fiyatına göre düzenleneceğini, işçiye verilmesi gerekli ve elverişli maddelere göre miktarını; artar, duraklar ya da azalır oluşuna yahut artan, yerinde sayan veya azalan bir nüfusa ihtiyaç göstermesine göre, emeğe karşı olan talebin belirleyeceğini, emeğin para ile ödenen bedelinin de bu miktarı satın almak için ne gerekiyorsa onunla belli olacağını, demek ki yiyecek içecek fiyatının düşük olduğu yerde, emeğin para ile belirtilen fiyatının bazen yüksek olmakla birlikte, talep aynı kaldıkça yiyecek içecek fiyatı yüksek ise emek fiyatının daha yüksek olacağını belirtmektedir. Düşünür, emeğe karşı talebin, ansızın ortaya çıkan olağanüstü bolluk yıllarında

71 Smith, s. 85.
72 Smith, s. 89.

artıp, birdenbire çıkagelen olağanüstü darlık yıllarında azaldığı için emeğin para ile belirtilen karşılığının bazen bunların birinde yükselip ötekinde alçalacağını da ifade etmektedir.[73]

Kapitalist ekonomik düzenin bir başka fikir babası David Ricardo da kapitalist düzende ücret konusunda Marx ile benzer görüşleri savunmaktadır.[74] Ricardo, emeğin satın alınan ve satılan, miktarı azalan ya da artan bütün diğer eşya gibi bir doğal fiyata, bir de piyasa fiyatına sahip olduğunu, emeğin doğal fiyatının, emekçilerin soylarını bir artma ya da azalma olmaksızın korumaları ve sürdürmeleri için gerekli olan fiyat olduğunu belirtmektedir.[75]

Ricardo, emekçilerin sayısını koruyabilmek için gereken güç ile emekçinin kendisini ve ailesini geçindirebilme gücünün, onun ücret olarak aldığı paranın miktarına değil, o parayla satın alabileceği besin, zorunlu tüketim maddesi ve alıştığı rahatlık düzeyini karşılayabilecek eşya miktarına bağlı olduğunu, bu yüzden emeğin doğal fiyatının, emekçinin kendisini ve ailesini geçindirmesi için gereken besin, ihtiyaç maddesi ve keyif eşyası fiyatı tarafından belirleneceğini, besin ve temel ihtiyaç maddelerinin fiyatı yükselirse emeğin doğal fiyatının da yükseleceğini, düşerse emeğin doğal fiyatının da düşeceğini ifade etmektedir.[76]

Ricardo, emeğin piyasa fiyatının ona gerçekte ödenen fiyat olduğunu ve arzın talebe oranını düzenleyen doğal işleyişle belirleneceğini, emeğin kıt olduğunda pahalı, bol olduğunda ise ucuz olacağını savunmaktadır. Düşünür, emeğin piyasa fiyatının, doğal fiyatından ne kadar saparsa sapsın diğer mallarda olduğu gibi onun da doğal fiyatla buluşma eğilimi içinde olduğunu belirtmektedir.[77]

---

73 Smith, s. 94.

74 David Ricardo ile Karl Marx'ın kapitalist düzende ücret konusunda benzer görüşlere sahip olmasını son derece olağan olarak karşılamak gerekmektedir. Zira Marx "değer" kavramını, İngiliz klasik ekonomisti Ricardo gibi emekle açıklamıştır. Bundan da öte her iki düşünür değeri emekle açıklarken tam ve mükemmel rekabet halini dikkate almışlar, tekel ve tekelle karışık rekabet halini incelememişlerdir. Bkz. Zarakolu, A. Temel Ekonomi Sistemleri Bilgisi, S Yayınları, Ankara 1978, s. 60.

75 D. Ricardo, Siyasal İktisadın ve Vergilendirmenin İlkeleri, (Orijinali, On The Principles of Political Economy and Taxation'dan çeviren Barış Zeren), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2008, s. 67.

76 Ricardo, s. 67.

77 Ricardo, s. 68.

Ricardo, emeğin piyasa fiyatının doğal fiyatı aştığında emekçinin yaşam koşullarının zenginleşeceğini ve bu durumun emekçiyi mutlu edeceğini, zira emekçinin ne de olsa artık daha büyük oranda tüketim maddesine ve keyif eşyasına, dolayısıyla daha sağlıklı ve büyük bir aile yetiştirme gücüne sahip olacağını, bununla birlikte, yüksek ücretlerin itkisiyle, nüfus çoğaldığında emekçi sayısının artmasıyla ücretin yine doğal fiyatına döneceğini, hatta bazen bir tepki olarak onun da altına düşeceğini savlamaktadır.[78]

Ricardo, emeğin piyasa fiyatının doğal fiyatının altına düştüğü durumlarda emekçinin yaşam koşullarının sefalet derecesine varabileceğini, daha açıkçası, alışkanlıkların vazgeçilmez kıldığı bütün o keyif eşyasının yoksullaşan emekçinin yaşamından çıkıp gideceğini, işte bu sıkıntılarla birlikte emekçilerin sayısı azalınca ve emeğe olan talep yükselince emeğin piyasa fiyatının doğal fiyat seviyesine yükseleceğini ve emekçinin de ücretlerin doğal düzeyiyle edinilebilecek mütevazı tüketim mallarına sahip olabileceğini ifade etmektedir.[79]

Ricardo, toplumdaki her iyileşmenin, bir başka deyişle, toplumun sermayesindeki her artışın, emeğin piyasa fiyatının yükselmesini de beraberinde getireceğini, ancak söz konusu yükselişin kalıcılığının emeğin doğal fiyatının da yükselip yükselmediğine bağlı olarak değişeceğini, bu durumun da yine ücretin harcandığı temel tüketim maddelerinin doğal fiyatında bir yükselme olup olmadığına bağlı olduğunu belirtmektedir.[80]

---

78 Ricardo, s. 68.

79 Ricardo, s. 68. Aslında Ricardo'nun buraya kadar anlattıkları hususlardan Marx büyük oranda etkilenmiştir. Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere Marx, Ricardo gibi denge ve tam rekabet halinde bir malın değerinin, o malın üretimi için harcanan emek miktarı, diğer deyişle, iş süresiyle ölçüleceğini, emeğin, işçinin maddi ve manevi işgücünden ibaret olup herhangi bir maldan farksız olduğunu belirtmektedir. Marx, kapitalist ekonomi düzeninde işçinin emeğini çalışma gücünü devam ettirmeye yeter bir fiyatla satacağını, bir başka deyişle, işçiye kendisi ve ailesinin yaşamasını sağlamaya yeterli bir ücret verileceğini, ancak işçinin ücretine eşit kıymeti meydana getirecek zamandan daha uzun çalıştırılacağını belirtmektedir. Marx, örneğin, işçinin en az geçimini karşılayan kıymeti altı saatlik çalışma ile sağlıyorsa sermayedarın kendisini on saat çalıştıracağını, elde edilen malların piyasada on saatlik emeğe paralel bir fiyatla satılacağından, dört saatlik emeği karşılayan kıymetin patrona kalan artık değeri oluşturacağını belirtmektedir. Marx, yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere, sermayedarın, çalışma süresini uzatmak, işin verimini artırıcı, en az geçim haddini düşürücü önlemler almak suretiyle işçiye ödenen ücretle işçinin yarattığı kıymet arasındaki farkı, kısacası artık değeri artırmaya çalışacağını belirtmektedir. Bkz. Zarakolu, s. 60.

80 Ricardo, s. 70.

Ricardo, bereketli toprakların bol olduğu, ancak halkının bilgisizliği, tembelliği veya yabanilikleri yüzünden kıtlığın ve açlığın bütün kötülüklerine maruz kaldıkları yerler ile nüfusun geçim araçları üzerinde baskı oluşturduğu ülkelere önerilecek çarenin, çok önceden kurulmuş ülkelere önerilen sağaltımlardan farklı olması gerektiğini, zira köklü geçmişi olan ülkelerin ham madde arzının azalmasından dolayı kalabalık nüfusun getirdiği kötülüklerden mustarip olduğunu, birinci durumda kötülüğün, kötü hükümetten, mülkiyetin güvence altına alınmamasından ve toplumun her kesiminde eğitim eksikliğinden kaynaklandığını, bu insanların mutluluğu yakalamaları için yalnızca daha iyi yönetilmeye ve eğitilmeye gereksinimlerinin bulunduğunu, çünkü sermaye artışının kaçınılmaz olarak nüfus artışının ötesine geçeceğini, zira bu durumda nüfustaki hiçbir artışın fazla büyük olamayacağını, çünkü üretici güçlerin artışının her zaman ondan daha büyük olacağını belirtmektedir. Yazar, öbür durumda ise nüfusun, geçim için ayrılmış ödeneklerden daha hızlı arttığını, çalışkanlığın artırılmasına yönelik çabaların nüfus artış oranında bir azalmayla el ele gitmiyorsa yalnızca olumsuz koşulların büyümesine yol açtığını, zira üretimin, nüfusla baş edemeyeceğini vurgulamaktadır.[81]

Ricardo, insanlığı düşünenlerin, bütün ülkelerdeki emekçi sınıfların bir beğeni ve keyif düzenine sahip olmasından ve söz konusu sınıfların bu düzeyi tutturma yolundaki her çabalarının eldeki tüm yasal süreçlerle teşvik edilmesinden başka bir şey istemeyeceklerini, nüfusun aşırı kalabalıklaşması karşısında bundan daha iyi bir güvence olamayacağını ifade etmektedir. Yazar, emekçi sınıfların en az beklentiye sahip olduğu, en ucuz besinlerle yetindiği ülkelerde, halkın en büyük talihsizliklere ve sefalete açık biçimde yaşayacağı, yıkımdan kaçabileceği yerin olmadığını, güvencenin daha kıt kanaat geçineceği bir düzeye çekilmesinde de aranamayacağını, çünkü insanlar zaten dibe vurmuş olduklarından daha aşağı düzeye düşemeyeceklerini, geçimlerinin başat maddelerinden yoksun kaldıklarında, belki yerine başka bir kaç şey bulup idare edebileceklerini, ancak yoksunluğun, açlığın tüm kötülüklerini de yanına almış, hazırda beklemekte olduğunu savunmaktadır.[82]

81 Ricardo, s. 72.
82 Ricardo, s. 73.

Ricardo, "rantı" (getirimi) yükselten nedenlerin aynılarının, daha açık bir deyişle, belirli emek miktarıyla aynı ek besini sağlamanın giderek güçleşmesinin ücretleri de yükselteceğini, bu yüzden de paranın değeri değişmez kabul edildiğinde zenginlik ve nüfus arttıkça hem rantın hem de ücretin yükselme eğiliminde olacağını belirtmektedir.[83]

Buraya kadar ücret konusunda ileri sürdüğü düşünceler bakımından Ricardo, Marx açısından temel esin kaynağını oluştursa da Marx'tan farklı olarak bu konuda doğabilecek sorunların çözümü açısından liberal iktisat dizgesinin doğasına uygun çözüm önerileri sunmaktadır. Ricardo, diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi ücretlerin de piyasanın adil ve serbest rekabetine bırakılması gerektiğini ve asla yasamanın müdahaleleriyle denetlenmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda Ricardo, her derdin çaresini de içereceğini, yoksul yasalarının kapsamını "aşama aşama" (tedricen) daraltarak yoksula bağımsız olmanın değerini anlatarak, geçiminde düzenli ya da rastlantısal olarak gelecek sadakalara değil, kendi bileğine güvenmesi gerektiğini, bunların erdemli kişilerce tercih edilmemesi gereken boş beklentiler olduğunu ona öğreterek, adım adım daha sağlam ve sağlıklı bir duruma varabileceğimizi ifade etmektedir.[84]

Bu kısma son verirken önemli bir hususa temas etmek uygun olacaktır. Marksistler kapitalist düzende ücret konusunu irdelerken büyük ölçüde olay ve olgulardan hareket etmişlerdir.[85] Gerçekten de Marksizm'in temel kurucusu Marx, XIX. yüzyıl batı Avrupa ülkelerinde uygulanan vahşi kapitalizmden yola çıkarak işçilerin ücretleri bakımından yaşadığı sefaleti gözlemlemiş, Marx'ın kurucu ortağı Engels ise İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu adlı eseriyle söz konusu ücret sefaletini somut bir şekilde göstermiştir. İşte Marx ve Engels'in bu gözlemleri büyük iktisatçı Buret tarafından da doğrulanmaktadır. Gerçekten de Buret XIX. yüzyıl batı Avrupa ülkelerinde işçilerin yaşadığı sefaleti şu şekilde gözler önüne sermektedir:

"… Emek satıcısı olan işçi nüfus, ister istemez ürününün en küçük bölümünde indirgenmiştir… meta-emek kuramı, kılık değiştirmiş bir

83 Ricardo, s. 74.
84 Fazla bilgi için bkz. Ricardo, s. 78-80.
85 Zaten Marksistlerin gözlemlerinin büyük bir isabet payı taşımasının temel nedenini, onların olgu ve olaylardan hareket etmesi oluşturur.

kölelik kuramından başka bir şey midir? Öyleyse emekte bir değişim değerinden başka bir şey görmemek neden? Büyük atölyeler, erkek emeğinden daha ucuza mal olan kadın ve çocuk emeğini yeğleyerek satın alırlar. Emekçi, onu çalıştıran kimsenin karşısında hiç de özgür bir satıcı konumunda değildir… kapitalist, emeği kullanmakta her zaman özgür ve işçi de her zaman onu satmak zorundadır. Eğer her an satılmamışsa, emeğin değeri tamamen yok olmuştur. Emek gerçek (metaların) tersine, ne birikime hatta ne de artırıma (tasarrufa) elverişlidir. Emek, yaşamdır ve eğer yaşam her gün besinlerle değişilmezse, sıkıntıya düşer ve çok geçmeden yok olur. İnsan yaşamının bir meta olması için, demek ki köleliği kabul etmek gerekir.

Demek ki eğer emek bir meta ise en uğur özelliklerle bezenmiş bir metadır. Ama hatta ekonomi politik ilkelerine göre bile meta değildir, çünkü özgür bir alışverişin sonucu değildir. Güncel iktisadi rejim, emeğin hem fiyatını hem de ödüllendirilmesini düşürür, işçiyi yetkinleştirip insanı alçaltır. Sanayi bir savaş ve ticaret bir kumar durumuna gelmiştir.

Sınai savaş, başarıyla yürütülmek için, aynı noktaya yığabileceği ve geniş ölçüde kırıp geçirebileceği kalabalık ordular ister. Ve bu ordunun erleri kendilerine dayatılan yorgunluklara, bağlılık ya da ödev duygusu ile değil ama sert açlık zorunluluğundan kurtulmak için katlanırlar. Üstleri için ne sevgi, ne de iç yükümü duyarlar, üstler, astlarına hiçbir iyilikçilik duygusu ile bağlanmazlar; onlara insan olarak değil ama sadece en olanaklı olan en azı harcayarak en çoğu getirecek üretim aletleri olarak bakarlar. Gitgide daha sıkışık bir duruma gelen bu emekçi nüfusların, her zaman çalıştırılma güvenceleri bile yoktur; onları çağırmış olan sanayi, onları ancak kendilerine gereksinme duyduğu zaman yaşatır ve onlardan vazgeçebildiği an, en küçük bir kaygı duymaksızın onları yüzüstü bırakır ve… reformdan geçirilmiş işçiler, kendilerine ödenmek istenen fiyat karşılığı, kişiliklerini ve güçlerini sunmak zorundadırlar. Onlara verilen iş ne kadar uzun, ne kadar güç ve ne kadar can sıkıcı ise, ücretleri o kadar düşüktür; aralarında günde on altı saat sürekli çalışma ile ölmeme hakkını zar zor satan alanlar görülür."[86]

[86] Bkz. E. Buret, De la misere des classes laborieuses en Angleterre et en France 1. Cilt, Paris 1840'den, (sayfa numaraları ihmal edilmiştir) nak., Marx, 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe, s. 102-103.

IV- MARKSİZMİN KAPİTALİST DÜZENİN ÜCRET KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLERİNİN TÜRK HUKUKUNA YANSIMASI

Bu kısımda kapitalist düzenin ücrete yaklaşımı hakkındaki Marksistler tarafından ileri sürülen görüşlerin Türk hukukunda geçerli olup olmadığını test edici bir örnek verilecektir. Bu örneği asgari ücret oluşturacaktır.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere Marksistler, kapitalist bir düzende, emek-gücünün değerinin zorunlu geçim araçlarının değerine ineceği, ayrıca, emek-gücünün ortalama fiyatının kural olarak o geçim araçlarının asgarisine düşeceği esasının benimsendiği görüşünü ileri sürmektedirler. Marksistler, bu iki olgunun, işçiler üzerinde hükmünü yerine getireceğini, "öz devingen" (otomatik) bir makinenin dayanılmaz gücüyle onları dişlileri arasında ezeceğini belirtmişlerdir.[87] Bunların dışında Marksistler, kapitalist bir düzende, işi olmayan birçok kişinin dünyanın gözleri önünde sokağa atılıp açlıktan ölmek veya yok olmak yerine iyi günlerin geleceği umuduyla razı olacağı hiçten biraz daha fazla bir şey olan ücrete asgari ücret denileceğini, ortalama ücretlerin ise ortalama koşullarda, özellikle kendi aralarında rekabet etmek için ne işçilerin ne kapitalistlerin bir nedeni bulunduğu zaman, tam talep edilen mal kadar üretim yapmak için gereken sayıda işçi var olduğu zaman oluşan ücrete denileceğini, ortalama ücretin asgari ücretin biraz üstünde olacağını, asgarinin üzerine ne kadar çıkılacağının, ortalama gereksinimlere ve işçilerin uygarlık derecesine bağlı olduğunu ifade etmişlerdir.[88]

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Marksistler kapitalist bir düzende ücret, özellikle asgari ücretin bir sefalet ücreti olduğunu ve ancak işçinin açlıktan ölmemesine yetecek miktarda olduğu esasının benimsendiği görüşünü savunmuşlardır. Marksistlerin kapitalist düzen hakkında yaptıkları bu yargı Türkiye'de uygulanan asgari ücret bakımından önemli ölçüde geçerlilik payı taşımaktadır. Konuyu irdelemeye geçmeden önce Türkiye'deki asgari ücretin hukuksal dayanağı üzerinde durmak faydalı olacaktır.

---

87 Bkz. Engels, İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu, s. 37.
88 Bkz. Engels, İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu, s. 126-127.

Asgari ücretin yasal dayanağını Anayasa oluşturmaktadır. Daha somut bir deyişle, Anayasanın 2. maddesi[89] ile 49. maddesinin 2. fıkrasında[90] asgari ücretin dolaylı dayanakları,[91] 55. maddesinde ise dolaysız dayanağı düzenlemiştir. Anayasanın 55. maddesinde; ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı, asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumunun[92] da göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir.

Asgari ücretin saptanması yöntemi ise İş Kanununda düzenlenmiştir. Gerçekten de 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanununun 39. maddesinin 1. fıkrasında; iş sözleşmesi ile çalışan ve bu kanunun

89 Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerinden birisinin "sosyal devlet" ilkesi olduğu belirtilmiştir.

90 Anayasanın 49. maddesinin 2. fıkrasında; Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemek için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir.

91 Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerinden birisinin "sosyal devlet" ilkesi olduğunun belirtilmesi ile 49. maddesinin 2. fıkrasında; Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemek için gerekli tedbirleri alacağının belirtilmesinden asgari ücret bakımından birtakım sonuçlar çıkarmak olanaklıdır. İleride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere sosyal devlet, herkesin asgari olarak medeni bir yaşam sürmesi için ekonomik ve sosyal hayata müdahale eden bir devlettir. Devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahale araçlarından birisini asgari ücret oluşturacağına göre söz konusu ücretin çalışanların uygar bir yaşam sürmesine yetmesi gerektiği açıktır. Yine saptanan asgari ücretten bir kısım çalışanların yararlandırılıp bir kısmının yararlandırılmaması da sosyal devlet ilkesine aykırı düşer. Zira sosyal devlet herkesin uygar bir yaşam sürmesine yetecek ölçüde ücret almasını gerektirir. Anayasanın 49. maddesinin 2. fıkrasında; Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemek için gerekli tedbirleri alacağının belirtilmesinden ise Devletin sürgit bir şekilde asgari ücretin artırılması yönünde bir tutum takınması gerektiği sonucu çıkartılabilir. Zira ancak yeterli ölçüde yüksek ücret ile çalışanların hayat seviyesini yükseltmesi, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları koruması ve çalışmayı desteklemesi olanaklı olur.

92 Asgari ücretin saptanmasında çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumunun birlikte dikkate alınması şeklinde eşanlı iki ölçütün belirlenmesi, söz konusu iki ölçüt "birbirini dışlayacağı" (mutually exclusive) için az sonra görüleceği açık bir çelişki oluşturur. Ayrıca bu durum asgari ücretin doğasına da aykırılık oluşturur. Zira asgari ücret özü gereği çalışanların uygar bir yaşam sürmelerine yetecek ölçüde olması gerektiğinden onun sefalet ücreti olmaması gerekir. Asgari ücretin saptanmasında, ülkenin ekonomik durumunun dikkate alınması demek, söz konusu ücretin işçi ve ailesinin medeni bir şekilde geçinmesini sağlayıcı nitelikte olmasını sağlayıcı bir düzeneğin oluşturulamaması anlamını taşır.

kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığıyla ücretlerin asgari sınırlarının en geç iki yılda bir belirleneceği, bu maddenin 4. fıkrasında ise Komisyonun toplanma ve çalışma şekli ile asgari ücretlerin tespiti sırasında uygulanacak esasların Maliye Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının birlikte hazırlayacakları yönetmelikte belirtileceği ifade edilmiştir.

Asgari ücret konusunun düzenlendiği bir başka metin, Asgari Ücret Yönetmeliği'dir.[93] Yönetmeliğin "Ücretin Belirlenmesi" başlıklı 6. maddesinde, Asgari Ücret Tespit Komisyonunun, asgari ücreti bütün işkollarını kapsayacak şekilde belirleyeceği, ücretin, bir günlük olarak belirlenmesinin esas olduğu, aylık, haftalık, saat başına, parça başına veya yapılan işin tutarına göre ücret ödenen durumlarda gerekli ayarlamaların buna göre yapılacağı ifade edilmiş, "Ücretin Belirlenmesindeki Esaslar" başlıklı 7. maddesinde ise ücretin en geç iki yılda bir olmak üzere belirleneceği, Komisyonun, ücretin belirlenmesinde; ülkenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durumu, ücretliler geçinme indekslerini, bu indeksler yoksa geçinme indekslerini, fiilen ödenmekte olan ücretlerin genel durumunu ve geçim şartlarını göz önünde bulunduracağı ifade edilmiştir.

Asgari Ücret Yönetmeliğinin 7. maddesinde yer alan bu hüküm, asgari ücretin sefalet ücreti olmasını engelleyici bir nitelik taşımamaktadır. Zira maddede yer alan "geçim şartları" ibaresi ölçüt denilmesini güçleştirecek ölçüde muğlak ve belirsiz bir nitelik taşımaktadır. Öte yandan, asgari ücret saptanırken dikkate alınması gereken hususlar arasında da çelişki bulunmaktadır. Zira bir yanda fiilen ödenmekte olan ücretlerin genel durumunun, diğer yandan geçinme indekslerinin dikkate alınması kendi arasında bir çelişki oluşturur. Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere işveren veya patron, asgari ücretin süjesini oluşturan işçiye ödediği fiili ücret onun açlıktan ölmeyeceği bir ücret niteliği taşımakta, işçinin geçinme indeksi hiçbir şekilde dikkate alınmamaktadır.

Nitekim Asgari Ücret Yönetmeliğinin asgari ücretin sefalet ücreti olmasını engelleyici bir düzenek oluşturmadığını yürürlükteki asgari

93 Bkz. 1.8.2004 tarih ve 25540 sayılı Resmi Gazete.

ücrete bakarak söyleyebilmek olanaklıdır. Gerçekten de Asgari Ücret Tespit Komisyonunun 30.12.2015 tarih ve 2015/1 sayılı kararıyla; milli seviyede tek bir asgari ücret belirlenmiş, işçilerin bir günlük normal çalışma karşılığı asgari ücretlerinin; 01/01/2016-31/12/2016 tarihleri arasında brüt 54,9 (elli dört dokuz) Türk Lirası olarak tespitine karar verilmiştir. Net miktarı yaklaşık 1300 TL olan aylık bu asgari ücret kamuoyuna işçiler açısından tam bir zafer olarak sunulsa da az sonra anlatılacağı üzere gerçekte bir sefalet ücreti niteliğini taşımaktadır. Bu bağlamda daha önceki asgari ücret miktarı kararlarına karşı muhalefet şerhi yazan[94] işçi temsilcilerinin 2016 yılı başından itibaren uygulanan

[94] Örneğin 2014 yılı başından itibaren uygulanacak olan asgari ücret kararına karşı işçi temsilcilerinin yazdığı muhalefet şerhinde muhteşem saptamalar yapılmıştır. Bu şerhte; asgari ücretin çalışanların düşük ücrete karşı korunmasına ve emek sömürüsünü önlemeye yönelik önemli ve etkin bir sosyal politika aracı olduğu, insan temel hak ve özgürlüklerinin tanımlandığı tüm uluslararası sözleşmelerde, herkesin kendisi ve ailesi için "insan onuruna yaraşır" adil ve elverişli bir ücrete hakkı olduğunun kabul edildiği, işçi ve ailesinin günün ekonomik ve sosyal koşullarına göre insanca yaşamasını mümkün kılacak, insanlık onuruyla bağdaşacak bir ücret elde etmesinin yapılacak çalışmaların temelini oluşturması gerektiği, ücretin, gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam düzeyi sağlaması gerektiği ifade edilmiştir. İşçi temsilcileri asgari ücretin saptanmasında; Anayasada yer alan "geçim şartları" yaklaşımının dikkate alınması; işçinin ailesi ile birlikte günün ekonomik ve sosyal koşullarına göre insanca yaşamasını mümkün kılacak insanlık onuruyla bağdaşacak bir tutarın esas olması, işçinin ve ailesinin harcama kalıbının esas alınması ve hesaplamalarda Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerinin kullanılması, bilimsel verilerle hesaplanan net tutarın işçinin eline geçmesinin sağlanması, sanayi/tarım veya bölge, yaş, cinsiyet ayrımı yapılmadan asgari ücretin ulusal düzeyde tek tutar olması, işçilerin arasında nitelik, kıdem, işin mahiyeti gibi ekonomik amaçlı değerlendirmelerin tümünden bağımsız olarak ele alınması, ekonomik ölçülerin ötesinde sosyal ve "insan onuruna yaraşır" bir ücret olarak kabul edilmesi, işçinin satın alma gücünün ileriye dönük olarak korunabilmesi için gerekli bir iyileştirmenin ayrıca TÜİK tarafından bilimsel olarak belirlenecek tutara ilave edilmesi, belirleme yapılırken en düşük devlet memuru maaşının dikkate alınması, gelir dağılımında adaleti sağlayan yönelik olarak ayrıca refahtan pay içermesinin dikkate alınması durumunda saptanacak asgari ücretin yeterli ve insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi" sağlayacağı ifade edilmiştir. İşçi temsilcileri 2014 yılı asgari ücret saptanırken "yaş ayrımı yapılmaması"nın olumlu karşılandığı ve böylelikle asgari ücret felsefesine uygun düzenleme yapıldığı, eğitimde olması gereken çocukların çalışmak durumunda olmasının yol açtığı ruhsal, bedensel ve sosyal etkilerin giderilmesi açısından önem taşıyan bu kararın, Türkiye'nin çocuk işçilikle mücadelesinde, uluslararası alanda oluşan haksız algıyı da gidereceği ifade edilmiştir. İşçi temsilcilerinin muhalefet şerhinde, ayrıca, asgari ücretin, bilimsel, objektif yöntemler ve güvenilir verilerle saptanan taban ücret olduğu, pazarlık ücretinin olmadığı, asgari ücretin belirlenmesinde, diğer ücret çeşitlerinin aksine işçinin emeği ile birlikte insan olma kimliğinin ön planda olduğu, Anayasanın, asgari ücretin tespit edilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir hususu "çalışanların geçim

asgari ücrete bir şerh yazmamaları oldukça gariptir. 2016 yılı başından itibaren uygulanacak olan asgari ücret kararına karşı yalnızca işveren temsilcileri muhalefet şerhi yazmışlardır.

2016 yılı asgari ücretin tespitine ilişkin bu karara karşı işveren tarafından yazılan muhalefet şerhinde şu hususlara yer verilmiştir:

"Asgari ücret, bilindiği gibi ödenmesi zorunlu olan en az ücrettir. Asgari ücretin belirlenmesini düzenleyen Asgari Ücret Yönetmeliği uyarınca, asgari ücret, pazarlık ücreti değildir. Asgari ücretin belirlenmesi sırasında, Komisyonumuz, bu çerçevede bir karar alınması için çalışmış, işçilerin geçim şartları ve 2016 yılı enflasyon hedefi gibi

şartları" olarak belirlediği, çalışanların aileleri ile birlikte insana yakışır bir yaşam düzeyi sağlamak için yapılması gereken harcama tutarının TÜRK-İş tarafından her ay hesaplandığı ve kamuoyuna açıklandığı ifade edilmiştir. İşçi temsilcilerinin muhalefet şerhinde devamla, geçim koşullarını hesaplanması için TÜİK'e görev verdiği, devletin resmi kurumunun Kasım 2013 tarihi itibarıyla tek işçi için hesapladığı tutarın net 1.205,10 lira olduğu, yapılan bu hesaplamada "çalışanın ailesi"nin dikkate alınmadığı, işçi kesiminin, öncelikle TÜİK tarafından belirlenen net tutarın temel alınmasını, sonradan öngörülen 2014 yılı enflasyon hedefi ile refah payı ilavesi gerektiğini, sonuç itibarıyla, bu yöntemle belirlenecek asgari ücretin önemli adım ve başlangıç olacağını Komisyonda ifade ve talep ettiğini, ancak devletin resmi kurumu TÜİK tarafından belirlenen tutarın bile Komisyonda görev yapan işveren-devlet kesimi temsilcileri tarafından pazarlık konusu yapıldığı ve asgari ücretin daha düşük belirlenerek oyçokluğuyla kabul ve ilan edildiği belirtilmiştir. İşçi temsilcilerinin muhalefet şerhinde yine asgari ücret belirlenirken "çalışanların" değil "işverenlerin" durumunun dikkate alındığı ve onların taleplerinin belirleyici olduğu, ülkenin ve işletmelerin rekabet şartlarının düşük ücret politikasıyla sağlamak ve sürdürmek anlayışının egemen kılındığı, Anayasanın "Ücrette Adalet Sağlanması" başlıklı 55. maddesinde, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için devletin gerekli tedbirleri alması gereğinin düzenlendiği, devletin çalışanlar arasında ayrımcılık yapmaması, eşitliği sağlaması gereğinin düzenlendiği, ancak asgari ücret ile en düşük kamu çalışanı maaşı arasında farkın kapanması bir yana giderek açıldığı, Komisyonda Maliye Bakanlığından gelen bilgiye göre 2014 yılı Ocak ayında en düşük bürüt memur maaşının 2.084,73 lira olduğu, Komisyonun işveren-devlet kesimi temsilcilerince belirlenen asgari ücrette bu durumunda da dikkate alınmadığı, toplumda adalet duygusunun zedelenmesine zemin oluşturulduğu, Komisyon çalışmalarında kamu temsilcileri tarafından yıllık program, ekonomik göstergeler temel alınarak ifade edilen ülkenin ekonomik durumuyla ilgili olumlu gelişmelerin, işçilerin günlük yaşantısına ve gelirine yansıtılmadığı, bu yaklaşımın gelir eşitsizliğini ve adaletsizliğini daha da büyüttüğü, devletin sosyal koruma görevi iktisaden zayıf olan işçiden yan kullanmadığını, belirlen bu asgari ücretin ülkede uygulanmakta olan ekonomik ve sosyal politikaların önemli bir göstergesi, siyasal iktidarın ve işverenlerin çalışanlara yaklaşımının bir yansıması olduğu saptanan asgari ücrete gerek miktar gerekse belirleme yöntemi açısından muhalif kaldıklarını ifade etmişlerdir. Bkz. 31.12.2013 tarih ve 28868 sayılı 3. Mükerrer Resmi Gazete.

faktörleri değerlendirmiştir. İşte bu çerçevede hareket eden Komisyonumuz; işçinin günlük asgari ücreti; 01/01/2016-31/12/2016 tarihleri arasında uygulanmak üzere 54,9 (ellidört dokuz) Türk Lirası olarak belirlemiştir. Asgari Ücret Yönetmeliği'nin 11 inci maddesi gereğince, Asgari Ücret tespit Komisyonu'nca belirlenen asgari ücret, Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihi izleyen ayın ilk gününden itibaren yürürlüğe girecektir. 2016 yılı tüketici enflasyonu yüzde 8 düzeyinde iken, asgari ücretin yüzde 30 oranında artırılması ve artıştan kaynaklanacak yükün büyük kısmının işletmelerin üzerine bırakılması birçok alandaki ekonomik dengeyi olumsuz yönde etkileyecektir. Ülkemiz ekonomisinde işsizliğin arttığı, enflasyonun yükselme eğilimi gösterdiği, ihracatın gerilediği, işletmelerin uluslararası alanda rekabetçiliğin ve faaliyet kârlarının giderek zayıfladığı, yerli ve yabancı yatırımların yetersiz olduğu bir dönem yaşanmakta iken, asgari ücretin tespitine ilişkin olarak Anayasa'nın 55. maddesinde yer alan hususlar dikkate alınmadan belirlenen asgari ücretin işverene maliyetindeki artış, işletmeleri çok zor koşullara sürükleyecektir. Asgari ücret tüm ücretlerin temelini oluşturduğundan, söz konusu aşırı artış en yüksek ücretler dâhil bütün ücret kademelerini yukarı itecek ve işgücü maliyetlerini iç ve dış piyasalarda yabancı firmalarla rekabet edilemez seviyelere çıkarmanın yanı sıra, çalışma barışını ve toplu iş sözleşmesi düzenini de olumsuz etkileyecektir. Bu yönde belirlenen asgari ücret yeni istihdam yaratılmasını da güçleştireceği gibi, yalnız işveren ve işletmeleri değil, kayıtlı istihdamda son yıllarda yakalanan başarıyı ve orta vadede çalışanları da olumsuz etkileyecek mahiyettedir. Komisyon kararı; belirtilen olumsuz etkilerin dışında ayrıca, ülkemiz ihracatını olumsuz etkileyecek, istihdam kayıplarına neden olacak ve işsizliği artıracak, kayıt dışılığı büyütecek, maliyet artışı yüzünden enflasyonu yükseltecektir. Yukarıda belirtilen gerekçeler çerçevesinde Komisyon kararına muhalif kaldık."[95]

2016 yılından başından itibaren uygulanan asgari ücrete işveren temsilcilerinin yazmış olduğu "muhalefet şerhi" gerçekleri yansıtmamaktadır. Zira söz konusu şerhte asgari ücretin yüksekliğinin! işletmeleri çok zor durumda bırakacağı şeklinde yanlış bir saptama

95 Bkz. 31.12.2015 tarih ve 29579 sayılı R.G.

yapıldığı[96] gibi saptanmış olan asgari ücretle, bırakınız işçilerin geçim şartları, onların açlık sınırı bile dikkate almamıştır. Gerçekten de TÜRK-İŞ tarafından yapılan hesaplamalara göre örneğin Ocak 2016 tarihi itibarıyla dört kişilik bir ailenin açlık sınırı 1.447 TL, yoksulluk sınırı 4.714 TL, bir kişinin geçim maliyeti ise 1.782 TL'dir.[97]

Türkiye'de asgari ücretin açlık sınırının altında saptanması, Marksistlerin öngördüğünden daha vahşi bir kapitalist düzenin ülkede geçerli olduğunu somut bir şekilde ortaya koymaktadır. Gerçekten de yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere Marx, Adam Smith'in düşüncelerine katılarak kapitalist bir düzende asgari ücretin işçinin varoluş ve üreme giderlerinden oluşacağı ifade edilmiştir. Türkiye'de saptanmış olan asgari ücretin, dört kişilik bir aileye sahip olan asgari ücretlinin soyunu sürdürmesine yeterli değildir.[98] Asgari ücretlinin ailesinde birkaç kişinin çalışması sayesinde açlık sınırının kolaylıkla aşılabileceği savlanabilir. Kanımızca bu sav son derece isabetsizdir. Zira ülkede her isteyenin asgari ücretli bir iş bulabilmesi olanaklı olmadığı gibi her ailede, herkesin çalışabilmesi de olanaklı değildir. Zaten Türkiye'de işçi ailelerinin çoğunda yalnızca baba asgari ücret gelirine sahip bulunmakta, ailenin diğer fertlerinin herhangi bir geliri bulunmamaktadır.

Yine yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere işçinin kapitaliste duyduğu gereksinim kadar acil olmasa da kapitalist işçiye gereksinim duyar. Zaten kapitalist bir düzende asgari ücretin işçinin varoluş ve üreme giderlerinin fiyatına göre "belirlenmesinin amacı" (ratio legis), kapitalistin işçiye gösterdiği merhamet değil,[99] işçi çocukların-

---

96 Zira saptanan asgari ücret yüksek olmadığı gibi az sonra belirtileceği üzere dört kişilik bir ailenin açlık sınırı altında da bulunmaktadır.

97 Bkz. (www.turkis.org.tr, Erişim Tarihi, 10.3.2016).

98 Türkiye'de işçi veya çocuklarının açlıktan ölmediği, dolayısıyla işçinin soyunu sürdürmesinin olanaklı olduğu savlanabilir. Kanımızca bu sav iki açıdan isabetsizdir. Bir kere ülkede gittikçe kaybolmaya başlasa da hala güçlü bir sosyal dayanışma bulunmaktadır. Bu dayanışma açlıktan doğrudan ölümleri büyük ölçüde engelleyebilmektedir. İkinci olarak ülkede açlıktan doğrudan ölüm olayları bulunmasa da açlığa bağlı dolaylı yönlerden ölüm olaylarıyla karşılaşılmaktadır. Zira binlerce, belki de yüzbinlerce işçi veya çocuğu yeterli gıda alamaması, bir bakıma gizli açlık içerisinde bulunması yüzünden ölümcül hastalıklara kolaylıkla yakalanarak erkenden mezara gitmektedir.

99 Nitekim Engels'in isabetli olarak belirttiği üzere, burjuvazinin çalıştırsa iyi olacağını düşündüğü fazla işçinin bulunduğu durumlarda, burjuvazinin artık işçilerin açlıktan ölmesini tercih edeceğini, çünkü onun işçilere, emeklerinin ürününü kâr

dan kendi işyerlerinde çalışacak kişilerin yetiştirilmesi arzusudur. Ülkede asgari ücretin açlık sınırının altında saptanması, kapitalistin ileride gereksinim duyacağı işçilerin yetişmesine önemli ölçüde darbe vuracağı için kapitalist dizgenin mantığına aykırılık bulunmaktadır.[100]

---

ederek satamayacaksa kesinlikle iş vermeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Engels, İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu, s. 126.

100 Türkiye'de asgari ücretin açlık sınırının altında saptanarak kapitalist dizgenin mantığına aykırı hareket edilmesinde bizzat kapitalistlerin önemli payı! bulunmaktadır. Gerçekten de Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu "TİSK", asgari ücret konusunda yapmış olduğu önerilerle, örtük bir şekilde, söz konusu ücretin, yalnızca birisi asgari ücret geliri elde eden dört kişilik ailenin açlık sınırı altında saptanmasını istemektedir. Daha açık bir deyişle TİSK, asgari ücretin saptanmasında; yatırımların, istihdamın ve üretimin artırılması, işsizlik artışının önlenmesi, enflasyonla mücadele, ekonominin rekabet gücünün geliştirilmesi gibi temelde sosyal refahın gerçek kaynaklarını oluşturan amaçlar ve genel olarak ekonomik faktörlerin mutlaka dikkate alınması gerektiğini, geriye dönük endeksleme ya da bu sonuca götüren yöntemlerin terk edilmesini ve ileriye dönük enflasyon hedeflerinin dikkate alınmasını, ayrıca, enflasyonun asgari ücreti tespit açısından tek belirleyici faktör olmaktan çıkartılmasını, bu amaçlarla asgari ücreti düzenleyen mevzuatta gerekli esnekliği sağlamak için değişikliğin yapılmasını, asgari ücretin bölgesel olarak farklılaştırılmasını, Kalkınmada Öncelikli İllerde yatırımları ve istihdamı teşvik için daha düşük brüt asgari ücret seviyelerinin uygulanmasını, ancak ücret kesintilerinin diğer bölgelere göre daha düşük tutulmasını, asgari ücretin tek işçi esas alınarak belirlenmesini, aile faktörü, milli gelirden pay, enflasyon farkı gibi ölçütlere dayalı ilavelerin kabul edilmemesini, toplu iş sözleşmeleri gereğince yapılan yan ödemeleri ücret kabul etmeyen mevcut uygulamanın yarattığı haksız rekabetin önlenmesi için toplu iş sözleşmesi uygulayan işyerlerinde yasal asgari ücretin uygulanmamasına ve asgari ücretin toplu pazarlıkla belirlenmesine olanak veren mevzuat değişikliğinin yapılmasını ya da Asgari Ücret Tespit Komisyonunun asgari ücretin tespitinde toplu iş sözleşmesi uygulayan ve uygulamayan iş yerleri için farklılaştırma yapmasını ve asgari ücretlerin üzerinden en az bir yıl geçmeden yenilenmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu öneriler hakkında bkz. Gökdere, A. Asgari Ücretin Türk Ekonomisine Etkileri, AÜHFY No: 517, Ankara 1997, s. 97-98. Görüldüğü üzere TİSK'in önerilerinden, dolaylı bir şekilde, asgari ücretin alta düşebileceği noktaya, hatta açlık sınırının altına kadar düşürülmesi görüşünün savunulduğu sonucunu çıkartabilmek olanaklıdır. TİSK'in bu önerileri hiçbir şekilde kabul edilemez. Gerçekten de asgari ücret konusunda işçi temsilcilerinin geçmişte ifade ettikleri gibi çalışanların ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesine yönelik önemli uygulamalardan birisini oluşturan asgari ücretin belirlenmesi çalışmalarında etkin bir sosyal politika aracı olarak çalışanların düşük ücretlere karşı korunması ve çağcıl bir toplumda yaşayan işçinin, ailesi ile birlikte olağan gereksinimlerini karşılayan düzeyde asgari ücretin belirlenmesi ve söz konusu ücretin tespitinde bazı somut ölçütlerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu ölçütleri, asgari ücretin belirlenirken işçinin ailesiyle birlikte dikkate alınması, belirlenen tutarın işçinin eline net geçecek biçimde düzenlenmesi, işçinin satın alma gücünün ileriye dönük olarak korunabilmesi için gerekli bir iyileştirmenin ayrıca ilave edilmesi ve belirlenen asgari ücretin âdil bir gelir dağılımını sağlamaya yönelik olması ve refahtan pay içermesi oluşturmaktadır. Bkz. Gökdere, s. 97.

Türkiye'de asgari ücretin açlık sınırının altında saptanması yüzünden işveren kesimi, eski kölelik düzeninde efendinin sahip olduğu konumdan daha iyi bir duruma gelmiştir. Zira yeni düzende işveren yatırdığı sermayeden fedakârlık etmeksizin gerekli gördüğü anda çalıştırdığı kişileri işten çıkarabilmekte ve köle emeğinden çok daha ucuza işini yaptırabilmektedir.[101] Marksistlerin bu görüşünün haklılığı, liberalizmin kuramsal kurucusu Adam Smith tarafından da teslim edilmektedir. Gerçekten de Smith, bir kölenin, efendisinin sırtından, özgür hizmetkârın ise aşınıp yıpranmasının kendi hesabına olduğunun söylendiğini, ne var ki özgür hizmetkârın aşınıp yıpranmasının kendi kesesi olduğu kadar efendisinin de sırtına olduğunu, gezginci ustalara ve her türden hizmetkârlara ödenen ücretlerin bu usta ve hizmetkârların kendi aralarında birbirleriyle toplumun gereksinebileceği artan, azalan ya da durağan talebe göre temelli sürüp gitmesini olanaklı kılacak ölçüde olması gerektiğini, gerçi, özgür bir hizmetçinin yıpranıp tükenmesi yine efendisinin kesesinden olsa da bunun bir köleninkinden daha ucuza mal olacağını, kölenin yıpranıp tükenmesini giderip onarmaya dönük ödeneklerin genelde ihmalci bir efendi veya da özensiz bir kâhya tarafından yönetileceğini belirtmektedir. Yazar, bundan ötürü özgür insanların yaptığı işin eninde sonunda, kölelerin yaptığından ucuza geldiğini, bütün çağlarda ve tüm milletlerdeki deneyimlerin bunu açıkça gösterdiğini ifade etmektedir.[102]

Türkiye'de asgari ücretin sefalet ücreti, bir başka deyişle, açlık sınırı altında saptanmasından daha vahim bir durumu ise kimi işverenlerin bu ücretin altında bile işçi çalıştırmalarıdır. Gerçekten de ülkede yaygın bir şekilde kayıt-dışı istihdam olgusuyla karşılaşılmaktadır. Gerçekten de 2015 yılı sonu itibarıyla kayıt dışı istihdam 8.937. 000 kişiye ulaşmış, söz konusu istihdamın oranı ise %33,6 olarak saptanmıştır. Bu oranı sektörler itibarıyla dağıtmak gerekirse tarım sektöründe kayıt dışı istihdam %81,2, tarım dışı sektörlerde ise %21,2 olarak gerçekleşmiştir.[103] Kayıt dışı bir şekilde işçi çalıştıran işverenlerin elemanlarına resmi olarak saptanmış asgari ücreti vermeyeceği açıktır.[104] Zira bu

101 Krş. Engels, İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu, s. 128.
102 Smith, s. 88-89.
103 M. Tağ, 2015 Yılı İstihdam Değerlendirmesi, Kalkınma Bakanlığı, Aralık 2015 Dönemi, Ankara 2015, s. 4. (www.kalkinma.gov.tr, Erişim Tarihi, 10.3.2016).
104 Nitekim Aslan tarafından 2013 yılı sonu itibarıyla yapılan bir çalışmada, tam za-

tür bir istihdamın tercih edilmesindeki temel ereği, işverenlerin resmi olarak saptanmış asgari ücreti yüksek bulmaları! ve prim ile diğer yükümlüklerden kurtulma çabası oluşturmuştur.

Türkiye'de asgari ücretin açlık sınırı altında saptanmasından daha vahim bir başka durumu ise çoğu asgari ücretlilerin sekiz saat yerine on, on iki saat çalıştırılmasıdır. Gerçekten de asgari ücretlinin beş gün ve günde sekiz saat olmak üzere haftada 40 saat çalıştırılması ve ilave çalışma süreleri için fazla mesai ücretinin ödenmesi gerekirken bazı işveren veya kapitalistler, işçiyi fazla mesai ücreti ödemeden bu sürelerden daha fazla olarak çalıştırmaktadır. Bu bağlamda Türk iş yaşamında kimi yerlerde asgari ücretlinin haftada 40 saatten daha fazla, kimi zaman 60 saate kadar çalıştırılması yönünde bir geleneğin doğduğunu söyleyebilmek olanaklıdır.[105] Bu geleneğin doğmasında, kamunun denetim eksikliği, hatta yokluğunun en büyük rolü oynadığını savlamak olanaklıdır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere aynen Marksistlerin vurguladıkları; kapitalist bir düzende asgari ücretin sefalet ücreti olduğu, işçinin yalnız bir işveren tarafından değil, ayrıksı durumlar tarafından tüm işverenler tarafından iliklerine kadar sömürüldüğü, kısacası, işçinin tüm işverenler tarafından bir "mal" (meta) olarak kullanıldığı ve devletin de bu duruma seyirci kaldığı savlarının neredeyse tümü doğruluk ve gerçeklik taşımaktadır.

V. KAPİTALİST DÜZENİN ASGARİ ÜCRET KONUSUNDAKİ TUTUMUNU ETKİNSİZLEŞTİRİCİ ÖNLEMLER

Sosyal hukuk devletinin görevlerinden birisini, iktisadi bakım-

---

manlı olarak kayıt dışı çalışan 2,4 milyon kişinin %68'i asgari ücret ve altında ücret kazanmaktadır. Bkz. G. Aslan, Türkiye'de Asgari Ücretle Çalışanlar: Gerçek Sayıları, Demografi ve İstihdam Bilgileri, 22 Aralık 2015 (http://kanalfinans.com, Erişim Tarihi, 3.10.2016).

105 Daha da vahim bir başka gelenek, işverenin banka hesabına yatırdığı asgari ücretin bir kısmını geri almasıdır. Gerçekten de 2013 yılı sonu itibarıyla Aslan tarafından yapılan çalışmada, kayıtlı-sigortalı olarak tam zamanlı çalışanların %7'si, rakamsal olarak yaklaşık 1 milyon kişi (918.000) asgari ücretten daha az kazanmaktadır. Bir başka deyişle, yaklaşık 1 milyon çalışan gerçekte daha düşük ücret aldığı halde asgari ücret üzerinden sigortalı gösterilmektedir. Bu durum ise tam zamanlı çalışanın yasa gereği ücretini asgari ücret düzeyinden gösteren işverenin, çalışanının banka hesabına yatırdığı ücretin bir kısmını elden geri alması anlamını taşımaktadır.

dan güçsüz olan sınıfları korumak oluşturur. İşte söz konusu sınıfları korumak bakımından en önemli araçlardan birisini "asgari ücret" oluşturmaktadır. Bu bağlamda söz konusu ücret, işçi ve ailesinin insan haysiyetine uygun bir yaşam sürebilmesine yetecek miktarda saptanması, sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereğini oluşturmaktadır. Bu konu üzerinde ayrıntılı açıklamalara girişilmeden önce asgari ücretin saptanması yöntemleri üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

Çağcıl uluslar, asgari ücretin saptanmasında çeşitli yöntemler kullanmaktadırlar. Bu yöntemleri; serbest ve kişisel bağıt yolu, toplu pazarlık yolu, sanayi komiteleri yolu, hakem kurulları yolu ve ulusal asgari ücretler yolu olarak saptamak olanaklıdır.[106] Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Türk mevzuatı asgari ücretin ulusal düzeyde saptanmasını öngörmekte ve bu şekilde saptanan asgari ücret genellikle düz işçilere uygulanmaktadır. Ülkede zaman zaman asgari ücretin bölgeler arasında farklı düzeyde veya toplu görüşme veya bireysel iş sözleşmeleriyle saptanması doğrultusunda öneriler yapıldığını da belirtmek gerekir.

Kanımızca bu önerilerin hiç birisine itibar etmeyerek asgari ücretin mevcut durumda olduğu gibi ulusal seviyede saptanması uygulanması yöntemine devam edilmesi gerekir. Söz konusu diğer önerilerin kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır. Zira bahsedilen öneriler, asgari ücretin daha yüksek bir şekilde saptanması için değil daha da düşük olarak belirlenmesi için yapılmaktadır. Zaten mevcut durumda ulusal düzeyde adeta bir sefalet ücreti olarak saptanmış bulunan asgari ücretin daha da düşürülmesini istemek bırakınız sosyal hukuk devleti ilkesini, insanlık duygularıyla bile bağdaşmaz.

Öte yandan, asgari ücretin bireysel sözleşmelerle özgür! bir şekilde saptanması gerektiği savı da bütünüyle tutarsızdır. Gerçekten de vahşi kapitalist bir rejimin uygulandığı ve niteliksiz işçi cenneti özelliğine sahip Türkiye'de işçinin özgür iradesinden bahsedebilmek olanaksızdır. Nitekim Marksistler haklı olarak, kapitalistler ile işçilerin sahip oldukları şeyler arasındaki farklılıkların; özgür mübadele yoluyla söz konusu iki sınıf arasında işçi bakımından zorlayıcı bir ilişki doğurduğu görüşünü savunmaktadırlar. Nitekim Marx, bir mübadele

106 Bu yöntemler hakkında fazla bilgi için bkz. Talas, C. Sosyal Ekonomi, Dördüncü Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, s. 62-65.

ilişkisinde kapitalistin, önde çalımla yürüdüğünü, emek-gücü sahibinin onun emekçisi olarak peşi sıra onu izlediğini, kapitalistin önemli insan pozunda, sırıtkan, iş bilir; emekçinin ise sıkılgan, çekingen, kendi derisini pazara götüren ve yüzülmekten başka umudu olmayan bir kimse gibi olduğunu belirterek işçi bakımından zorlayıcı bir ilişki doğduğunu ima etmekte,[107] Engels ise iş sözleşmesinin, taraflar arasında özgürce yapılmış sayıldığını, ancak bu özgürlüğün, taraflar arasındaki eşitliğin, yasa tarafından *kâğıt üzerinde* kurulmasına dayandığını, iki tarafın gerçek iktisadi durumuyla veya sınıflar arasındaki ayrılığın taraflardan birisine verdiği gücün, bu güçlü tarafın öbürü üzerindeki baskısıyla hukukun ilgilenmediğini ve iş sözleşmesi süresi boyunca, biri ya da öbürü açıkça vazgeçmedikçe, iki tarafın da aynı haklardan yararlanıyor sayıldığını ifade etmektedir. Bundan da öte Engels, iktisadi koşulların, işçiyi sözüm ona hak eşitliğinin son kırıntılarından da vazgeçmeye zorlaması durumunun bile hukukun umurunda olmadığını ifade ederek[108] mübadelede, işçi bakımından oluşan zorlayıcı ilişkiye vurgu yapmaktadır. Görüldüğü üzere vahşi bir neo-liberal düzenin uygulandığı Türkiye'de asgari ücretin bireysel iş sözleşmeleriyle düzenlenmesi durumunda mevut durumda açlık sınırının altında bulunan asgari ücret, salt işçinin karın tokluğuna dönüştürülecektir. Zira ülkede mesleksiz veya niteliksiz işgücü yaygın olduğu için boğaz tokluğuna yetecek ücreti kabul edebilecek binlerce emekçi bulunabilecektir. Böyle bir duruma, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesi engel teşkil etmektedir. Bu saptamadan sonra asgari ücretin içeriğine yönelik önerilerde bulunulması uygun olacaktır.

- Türkiye'de asgari ücret yerinde bir şekilde ulusal düzeyde saptanmasına karşın belirlenen miktar yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere tam anlamıyla bir sefalet ücreti niteliğini taşımaktadır. Saptanan bu asgari ücret, genellikle düz işçilere uygulanıyor olsa da söz konusu işçilerin sayıları ülkede oldukça fazla

---

107 K. Marx, Kapital Birinci Cilt, [Orijinali, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Band 1, 1867). İngilizcesinden (Capital, A Critical Analysis of Capitalist Production, volume 1, Lawrance and Wishart, London, 1971) Türkçeye çeviren, Alaattin Bilgi], Sekizinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2007, s. 179.

108 Engels, F. Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, [Orijinali, Der Ursprung der Familie des Privateigentums und des Staats, 1884) Fransızcasından (L'origine de la famille, de la propriété et de l'état, Editions Sociales, Paris 1969) Türkçeye çeviren Kenan Somer], Sol Yayınları, Ankara 2005, s. 86.

olduğundan[109] milyonlarca insan sefalet ücretlerine razı olmak durumunda kalmaktadır.[110] Kanımızca bu tutum kabul edilemez. Zira günümüz devleti, XIX. yüzyıl Batı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi kişilerin salt güvenliğini sağlayan jandarma devlet değildir, bu devlet Anayasanın 2. maddesinde belirtildiği üzere sosyal bir devlettir. Sosyal devlet, herkesin insan haysiyeti ve onuruna uygun bir şekilde yaşayabilmesi için ekonomik, sosyal ve kültürel yaşama planlı bir şekilde müdahale eden bir devlettir.[111] İnsan haysiyeti ve onuruna uygun bir şekilde[112] asgari ücretin belirlenmesi sosyal devlet ilkesinin bir gereğini oluşturmaktadır.

- Asgari ücret sürgit bir şekilde yüksek olarak saptanmalıdır. Gerçekten de asgari ücret, toplumun ekonomik, sosyal ve kültürel yaşantısında derin etkiler doğurmaktadır. Bu bağlamda verimlilik artışı ile birlikte asgari ücretin yüksek olarak saptanmasının, ekonomik gelişmeye, gelirin adil paylaşımına, hatta istihdam düzeyine olumlu etkiler sağladığı unutulmamalıdır.[113]

- Asgari ücretin vergi dışı bırakılması gerekli olduğu gibi normal ücret ve maaşların da asgari ücrete kadar olan kısmının da vergi dışı bırakılması gerekmektedir. Yıllardır asgari ücretin vergi dışı bırakılması yönünde çabalara rağmen Maliye Bakanlığı devletin vergi gelirlerinde azalmaya yol açacağı kaygısıyla böyle bir talebi desteklememektedir. Hâlbuki Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye

---

109 2013 yılı sonu itibarıyla Aslan tarafından yapılan çalışmada ülkede toplam tam zamanlı olarak ücretli çalışanların %34'ü (5,1 milyon kişi) asgari ücret ve altında ücret alarak çalışmaktadır. 4 kişilik bir aile temelinde hesap yapılırsa asgari ücretin Türkiye'de yaklaşık 20 milyon kişiyi ilgilendirdiği söylenebilir.

110 Krş. Talas, s. 65.

111 Sosyal devlet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, E. Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1988, s. 103-114.

112 Türkiye'de asgari ücretin bu kadar düşük hesaplanmasında rol oynayan en büyük etmen "ekonominin gerekleri" şeklinde ileri sürülen bir gerekçedir. Kanımızca bu gerekçe tam anlamıyla bir "yanılsama" (illüzyon) oluşturmaktadır. Gerçekten de Talas'ın belirttiği üzere, yoksulluktan doğan verim yetersizliğini gidermenin ilk yolu, yeterli bir ücretin işçiye sağlanmasıdır. Emeğin gerçek değerinden az ücret alan işçinin verimi, ister istemez ücretiyle orantılı bir duruma düşmesi kaçınılmaz bir sonuç oluşturmakta, diğer yandan bir sanayiin sömürüye varan bir düzeyde ücret ödemesi, öteki sanayilerde ödenen ücretleri de etkileyerek rekabet oluşturmakta ve ücreti en düşük düzeye doğru çekmektedir. Bkz. Talas, s. 61. Bu görüşten anlaşılacağı üzere asgari ücretin yüksek bir şekilde saptanması ekonomideki verimi kaçınılmaz bir biçimde olumlu yönde etkiler.

113 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Talas, s. 70-75.

Cumhuriyetinin niteliklerinden birisi olarak sosyal devlet ilkesi belirtilmiştir. Sosyal devlet, az önce belirtildiği üzere yurttaşlarının asgari bir gelir seviyesine kavuşması için ekonomik, sosyal ve kültürel yaşama müdahale eden bir devlettir. Asgari ücret adından da anlaşılacağı üzere yurttaşların "asgari" (en az) bir seviyede yaşaması için gerekli olan bir ücret olduğuna göre bu ücretten vergi alınması sosyal devlet ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.[114]

- Türkiye'de mevcut uygulamada asgari ücret hesaplanırken yalnızca işçinin kendisi dikkate alınmaktadır. Böyle bir uygulama asgari ücretin tanımına aykırılık oluşturmaktadır. Gerçekten de günümüzde asgari, bir başka deyişle en az ücret, uygar ve çağcıl bir toplumda yaşayan orta bir işçinin olağan gereksinimlerini karşılayan, bir başka deyişle, *işçiye ailesi ile birlikte* yaşadığı toplumda kabul olunabilen bir yaşam düzeyi sağlayan ücrettir.[115] Görüldüğü üzere asgari ücretin tanımı gereği söz konusu ücret saptanırken işçinin ailesi ile birlikte dikkate alınması bir zorunluluk göstermektedir.[116]
- Türkiye'de asgari ücretin içeriği nesnel ölçütler çerçevesinde saptanmamakta, genellikle işveren kesimlerinin ileri sürdükleri "eko-

114 Krş. Gökdere, s. 93-94.
115 Talas, s. 60.
116 Gerçi bu konuda çağcıl ülkeler arasında bir uzlaşı bulunmamaktadır. Kimi ülkelerde mevzuat, asgari ücretleri saptamakla yükümlü olan makamlara öncülük etmektedir. Örneğin Avustralya'nın Quesenberg eyaletinde geçerli yasa, bir işçinin asgari ücretinin kendi mesleğindeki işçilerin normal yaşama koşullarını göz önünde tutarak sıkıntı yaratmayacak bir yaşama düzeyi sağlayacak yeterlikte olmasını öngörmektedir. Güney Avustralya'daki mevzuat, asgari ücretin normal ve makul gereksinimleri karşılaması gerektiğini belirtmiş, Batı Avustralya'da ise asgari ücretin aile yükümlülükleri de göz önünde bulundurularak orta derecede bir işçiye, memnunluk verici bir orta konfor sağlaması gerektiği ifade edilmiştir. İşte mevzuatta yer alan bu tanımlar yüzünden üzerinde bir aile yükü bulunan erkekle hiç kimseye bakmak zorunda olmayan bir kadının gereksinimlerinin hesaplanmasında güçlüklerle karşılaşılmıştır. Bununla birlikte ülkelerin saptadığı asgari ücretin sonuçlarını üç kategori altında toplamak olanaklıdır. Bunları; işçinin kıt kanaat geçinmesi, sağlığını sürdürmesi ile doğal bir yaşam sürmesi ve işçinin belirli bir konfor düzeyini sağlaması şeklinde üçe ayırmak olanaklıdır. Bkz. Talas, s. 68. Kanımızca bu güçlüklerin altından kalkabilmek için işçi evli olsun veya olmasın işçi evli ve iki çocuğu olduğu varsayılarak bulunan asgari ücretin işçinin kendisinin, eşinin ve iki çocuğunun sağlığını sürdürmesini ve doğal bir yaşam sürmesini sağlayıcı nitelikte olması esas alınmalıdır. Asgari ücret saptanırken aile unsurunun dikkate alınması gerektiği hakkında Türk işçi temsilcilerinin doyurucu hukuksal gerekçeleri için bkz. Gökdere, s. 108-109.

> nominin gerekleri" şeklindeki muğlak ve aldatıcı gerekçeye dayalı olarak düşük bir şekilde saptanmaktadır. Bu tutumun kabul edilmesine olanak yoktur. Bu bağlamda asgari ücretin saptanmasında bir takım nesnel ölçütler çerçevesinde hareket edilmesi gerekir. Gerçekten de asgari ücretin miktarının saptanmasında geçerli bir takım nesnel ölçütler bulunmaktadır. Bu ölçütleri; işçinin öncelikle yalnız başına ve daha sonra iki çocuklu[117] ailesi ile birlikte göz önünde bulundurulabilen miktarın ilavesiyle bulunan geçim ücreti, çeşitli sanayi dallarında ödenen ücretler ve sanayici veya işverenin ödeme gücü ölçütleri oluşturmaktadır.[118]

Bunlardan işçinin ailesi birlikte gereksinimleri veya geçim ücreti ölçütünde öncelikle bir geçim ücretine ulaşmak için işçi ve ailesinin gereksinimlerinin neler olduğunun saptanmasıyla işe başlanılır. Yine bu ölçüt çerçevesinde, asgari ücretlerin zaman içerisinde oluştuğu ve geliştiği gerçeği ve yer etkeni dikkate alınır. Gerçekten de özellikle durgunluk ve bunalım dönemlerinde asgari ücretlerin düzeyleri önemli dalgalanmalara uğramaktadır. Burada genel ölçüyü; en az sosyal gereksinimler anlayışının, insanlık haysiyeti ve onuruna bağlanabilmesi, bir ailenin yoksulluktan ötürü aynı sosyal grubun ailelerinden derin bir şekilde farklı yaşamaya ve toplumda yerleşmiş durumların dışında kalmaya zorlanmaması oluşturur. Bu bağlamda asgari ücretlerin işçi ve ailesinin yaşadıkları ortamdaki gereksinimlerine ulaşılarak saptanmaya çalışılması gerekmektedir.[119]

Az önce belirtildiği üzere asgari ücretin miktarının hesaplanmasında ikinci ölçütü, sanayide fiilen ödenmekte olan ücretlerin dikkate alınması usulü oluşturur. Bu usulde asgari ücret, işçilerine en az ücret veren sanayinin ölçüsüne göre değil, doğal olarak işleyen ve yalnızca sadece sermaye çıkarlarını temel almayan çeşitli sanayiin nitelikli olmayan işçilerine sağladıkları ücrete göre hesap edilir. Bu ölçüyle asgari ücretin saptanması durumunda bu ücretin o sanayiin bütün işçilerine ödenir ve ayrıca kalite ve uzmanlık derecelerine göre de bir "sıra düzen" (hiyerarşi) kurulur. Zira asgari ücretlerden amaç, ücretler arasında bir tekdüzeliğin sağlanması değildir. Bir başka deyişle, bu usul-

---

117 Kamu görevlilerine çocuk yardımında bulunurken azami iki çocuk dikkate alındığına göre işçiler açısından da bu sınırdan ayrılmanın bir gereği yoktur.

118 Krş. Talas, s. 66.

119 Krş. Talas, s. 66-67.

de işçilerin farklı uzmanlık dereceleri göz önünde bulundurularak asgari ücretin üstünde ücret düzeyleri kurulabilir. Ancak bu usulde, hiçbir zaman, saptanan asgari ücretin altında ödeme yapılması esası benimsenmemektedir. Hatta bir sanayicinin ödeme gücü yetersiz olsa bile asgari ücret düzeyinden özveride bulunulması kabul olunamaz. Çünkü işçisine doğal bir yaşam düzeyi sağlayamayan bir sanayinin yaşama hakkına sahip olduğu savı geçerli değildir. Asgari ücret kutsal olup ona hiçbir şekilde dokunulmaması gerekir.[120]

Yine az önce belirtildiği üzere asgari ücretin hesaplanmasında esas alınan üçüncü ölçütü, sanayiin ödeme gücünün hesaplanması oluşturur. Bu ölçüde işletmenin gücü iki bakımdan düşünülür. Bunların ilkinde, ülke sanayisinin tümü göz önünde tutulmak suretiyle düz işçinin asgari ücreti saptanmakta, ikincisinde ise her sanayi kolunun hatta işletmenin ödeme gücü ayrı ayrı göz önünde bulundurularak yine düz bir işçinin en az ücreti belirlenir. Sanayi komitelerinin gelişmiş olduğu ülkelerde bu ikinci yol tercih edilmekte ve o sanayiye ait tüm işletmelerin aynı ücreti ödemeleri sağlanmaktadır. Eğer çeşitli işletmelerin ödedikleri asgari ücretler arasında bir fark yaratılırsa bunun birçok sakıncaları da ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir deyişle, asgari ücretler arasında farkın bulunması durumunda, bir kısım işletmeler piyasada daha elverişli bir duruma gelmekte ve söz konusu farklılıktan ötürü bir sosyal adaletsizlik doğmaktadır. Bu durum özellikle tam istihdamın sağlandığı toplumlarda işçilerin durmadan yer değiştirmelerine yol açmaktadır.[121] Görüldüğü üzere bu üç nesnel ölçütten geçim ücreti ölçütü esas alınmakta, sanayide fiilen ödenmekte olan ücretler ile sanayiin ödeme gücü ölçütleri ancak ilk ölçütün üzerine bir ilave yapılması gerektiği zaman dikkate alınmaktadır. Bu son iki ölçüt, geçim ücreti ölçütünü hiçbir zaman aşağı çekememektedir.

- Asgari ücretin içeriğinin saptanmasında iki aşamalı bir sürecin izlenmesi gerekmektedir. Gerçekten de çağcıl ülkeler asgari ücretin hesaplanmasında uygulamada iki aşamalı bir süreç izlemektedirler. Bu süreçlerin ilkinde, işçiye gerekli tüm eşyayı içeren bir bütçe hazırlanmakta ve daha sonra bu bütçenin tutarı cari fiyat üzerinden hesaplanmaktır. Gerçi bütçenin içeriğine nelerin oluş-

120 Talas, s. 69.
121 Talas, s. 69.

turacağı ülkeler arasında tartışmalı bir noktayı oluştursa da çoğu ülke anketlerin sonuçlarına göre ortaya belirli bir sayıda aile tarafından fiilen tüketilen eşyayı dikkate almışlardır. İkinci aşamada ise söz konusu bütçeden elde edilen sonuçlar, kimi durumlarda, sanayicilerin ödeme olanaklarından yüksek bir asgari ücretin saptanmasını önlemek ereğiyle düzeltici önlem olarak kullanılması sağlanmaktadır.[122] Ancak bu düzeltici önlemin kullanılması gerekçesine sığınılarak çeşitli defalar belirtildiği üzere asgari ücretin miktarının işçi ve ailesinin sağlığını sürdürmesi ve doğal bir yaşam sürmesinin altında olmasına izin verilmemelidir.

- Asgari ücretin yüksek miktarda saptanması gerektiği gibi onun işçiye olan toplam maliyetinin düşürülmesine özen gösterilmesi gerekir. Gerçekten de Türkiye'de net asgari ücret bir sefalet ücreti niteliğini taşısa da işçiye toplam maliyeti yüksek bir seviyede bulunmaktadır. Nitekim 1.1.2016-31.12.2016 tarihleri arasında ulusal seviyede tek bir asgari ücret belirlenmiş, işçiler için aylık net asgari ücret 1,300.99 TL[123] (işverene maliyeti 1,935.23 TL olmuş),[124] olarak saptanmıştır. Brüt asgari ücretten işçiden yaklaşık 346 TL kesinti öngörülerek net asgari ücretin sefalet ücreti olması perçinlenmiştir. Aynı durum kapıcılar için asgari ücret (1,399.95 TL) net asgari ücret[125] (işverene 1,935.23 TL'ye mal olmuştur[126]) bakımından da

122 Talas, s. 68.

123 Net asgari ücret ise şu şekilde hesap edilmektedir. Asgari ücret brüt olarak 1,647.00 TL, bundan işçinin 230.58 TL olmak üzere %14 SGK primi, 16.47 TL olmak üzere %1 İşsizlik Sigortası Fonu, 86.46 TL olmak üzere %15 gelir vergisi, 12.50 TL olmak üzere %07,59 Damga Vergisi ödemesi esası benimsenmiştir. Net ele geçen asgari ücrete 123,53 TL asgari geçim indirimi ilave edilerek işçinin eline geçen para 1,424.54 TL olarak saptanmıştır.

124 Bu maliyet şu şekilde hesap edilmektedir. Asgari ücret brüt olarak 1,647.00 TL olarak saptanmış, bundan 255,29 Türk Lirası olmak üzere işveren payı olarak %15,5 SGK priminin ödenmesi, 32.94 Türk Lirası olmak üzere %2 işveren işsizlik sigorta fonunun yatırılması öngörülmüştür.

125 Kapıcıların brüt asgari ücreti 1,647.00 TL, bundan kapıcının 230.58 TL olmak üzere %14 SGK primi, 16.47 TL olmak üzere %1 İşsizlik Sigortası Fonu olmak üzere toplam 247.05 TL kesinti öngörülmüş, net asgari ücreti 1,399.95 TL olarak saptanmıştır.

126 Bu maliyet şu şekilde hesap edilmektedir. Asgari ücret brüt olarak 1,647.00 TL olarak saptanmış, bundan 255,29 Türk Lirası olmak üzere işveren payı olarak %15,5 SGK priminin ödenmesi, 32.94 Türk Lirası olmak üzere %2 işveren işsizlik sigorta fonunun yatırılması öngörülmüştür.

söz konusu olmuştur.[127] Asgari ücretin işçiye olan maliyetinin düşürülmesi için ondan vergi alınmaması ve işçinin payına düşen SGK primi, İşsizlik Sigortası Fonu ve Damga Vergisi ödemesinin devlet tarafından üstlenilmesi gerekmektedir.

- Son olarak[128] asgari ücretin hesaplanmasında geçmişte yapılan 16 yaş esas alınarak asgari ücretin farklılaştırması usulüne dönülmemesi gerekir. 19 Nisan 2014 tarih ve 28977 sayılı Resmi Gazete ile Asgari Ücret Yönetmeliğinde değişiklik yapılıncaya kadar 16 yaş esas alınarak asgari ücretin farklılaştırılması yoluna gidilmekteydi. Aslında 16 yaş esas alınarak asgari ücretin farklılaştırılması yoluna gidilmesi hukuka aykırıydı. Zira asgari ücretin dayanağını oluşturan İş Kanununun 39. maddesinde böyle bir ayrıma cevaz verilmediği için yönetmelikle yapılan bu düzenleme kanuna aykırıydı. Öte yandan, 16 yaşın altındaki işçiler için farklı bir asgari ücret belirlenmesi de bütünüyle hukuka aykırılık taşımaktaydı. Zira bu durum yasak olan çocuk istihdamının teşvik edilmesi anlamını gelmekteydi. Daha açık bir deyişle, evrensel ve ulusal düzenlemeler[129] çerçevesinde 15 yaşını bitirmemiş bir çocuğun istihdam edilmesi hukuka aykırıdır. Bu bağlamda, çalışma yaşı, en az 16 yaşından başlatılarak tekdüze bir asgari ücretin saptanması yerinde olacaktır.

SONUÇ

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Marksist kuram, kapitalist veya liberal kuramdan daha canlı ve ikna edici bir şekilde kapitalist düzende ücrete nasıl yaklaşıldığını ortaya koymaktadır.[130] Bu bağlamda Marksistlerin kapitalist bir düzende ücretin düş-

127 Bu ücretin ve maliyetin nasıl hesaplandığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. (www.csgb.gov.tr, Erişim Tarihi, 15.8.2016).

128 Ancak önem açısından son değil!

129 Örneğin 4857 sayılı İş Kanununun 71. maddesine göre 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu ifade edilmiştir.

130 Marksist kuramın bir başka faydasını da hukukun ne olduğunu daha iyi anlayabilmemiz oluşturmaktadır. Gerçekten kuram, hukukun mucizevî bir şekilde hukuk kitaplarında yer almadığı gibi toplumun değer yargılarını da yansıtmadığı anlayışını benimsemiş, suç ve suçlu hakkındaki kabullerimizi ve suç konusundaki ilgiyi toplumda ekonomik, ideolojik ve statü çıkarları için hukuki destek arayan grupların faaliyetinin oluşturacağı esasını benimsemiştir. Marksist kuram, hukuki destek için kimi zaman sadece bir kaç grubun kimi zaman ise birçok grubun yarış-

me eğilimine gireceği ve asgari ücretin yalnızca işçinin ve soyunun sürmesine yeteceği ile iş kazaları ve meslek hastalıklarının suç veya ağır bir suç olarak kabul edilmeyeceği temel savları da göz ardı edilemez. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde biraz daha durulması faydalı olacaktır.

Marksist kuram, kapitalist koşullar altında sanayicinin büyük "artı-değer"ler elde ederek gittikçe zenginleşeceğini ve bunun sonucunda sermeye birikimi, üretimin makineleşmesi ve kadınlarla çocukların çalıştırılmasının gösterdiği gibi gittikçe daha fazla sömürülen bir işçi sınıfının ortaya çıkacağını belirtmiştir.[131]

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere Marksistler kapitalist bir düzende işveren veya kapitalist sınıfın ücreti düşürme yönünde bir eğilim taşıyacaklarını ve asgari ücretin işçi sınıfının çalışan ve çocuklarının, hayvanlar gibi yalnızca fizyolojik gereksinimi bulunduğu varsayımıyla saptanacağını savlamaktadırlar. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Marx, kapitalist düzende işçinin ücreti gibi mübadele edilenin fiyatının da emeğin kendisiyle orantılı olmadığını, işçinin aldığı ücretin onun yalnızca yaşamını ve çalışmasını sürdürmesini sağlayacağını iade etmektedir. Düşünür, piyasada kapitalistin karşısında doğrudan doğruya emeği değil, işçiyi bulacağını, işçinin kendi kendisini, bir başka deyişle, emek gücünü satacağını, onun emeği mevcut olduğu anda, bu emeğin ona ait olmaktan çıkacağını belirtmiştir. Kısacası Marx, ücretin fiyatını arz ve talep arasındaki ilişkinin bir sonucu olarak belirleneceğini öngören kapitalist düşünceye karşı şiddetli bir eleştiri yöneltmiştir.[132] Aslında bu sav ilk defa liberal düşünürler[133] tarafından ortaya atıldığı ve bir gözleme dayandığı için neredeyse bütünüyle doğrudur ve Türkiye açısından da geçerli bir nitelik taşımaktadır. Kimileri bu sava Marksistlerin anladığı anlamda

---

tığını, bir hukuki savaşımda üzerinde çekişmeye girilen konunun, açık ve araçsal veya daha büyük çatışmanın sembolü niteliğinde olabileceğini, hukukun inişli çıkışlı bir eğilim göstermesinin, çıkar gruplarının inişli çıkışlı eğilimini yansıtacağını ve bu süreçten doğan hukukun geçici ve üzerinde müzakere edilebilecek türden olduğu esasını benimsemiştir. Krş. Sheley, s. 52. Marksist kuramın öngörüleri doğrultusunda Türkiye'de asgari ücret konusundaki kuralların hukuksal savaşım sonucu işveren kesiminin koydurttuğu sonucuna varmak olanaklıdır.

131 F. Dagognet, Büyük Filozoflar ve Felsefeleri (Çeviren Zeynep Durukal), 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2013, s. 117.

132 Dagognet, s. 117.

133 Örneğin, Adam Smith.

ülkede bir sınıf anlayışının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz edebilir. Bu itirazın haksızlığına aşağıda temas edilecektir.

Türkiye'de XIX. yüzyıl Batı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi açık bir sınıf karşıtlığı ve bilinci bulunmadığı için aslında sınıf kavramının kullanılmasına da gerek yoktur. Zira yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere "sınıf" kavramından bahsedilebilmesi için öznel bir unsurun, daha somut bir deyişle, "bilinç" unsurunun bulunmasına gerek vardır. Hâlbuki ülkede işçi kesiminin önemli bir kesiminin sınıf bilincine sahip olduğunu savlamak olanaksızdır. Öte yandan Türk toplumunun yapısı da sınıf bilincinin doğumuna engel oluşturmaktadır. Zira ülkede yarı feodal bir düzen[134] egemen bulunmakta, keskin sınıf karşıtlığı[135] ve bilincine yol açacak şekilde burjuvazi ile proletarya şeklinde yalnızca iki temel sınıf bulunmamaktadır.[136]

134 Örneğin ağalık.

135 Ülkede sınıf karşıtlığının oluşmasına bir başka engelini, sanayiin yeterince gelişmemiş olması oluşturmaktadır. Gerçekten de Zarakolu'nun belirttiği üzere ekonomileri büyük ölçüde tarıma dayalı olan bir ülkede, tarım sektöründe az çok piyasaya kapalı aile ekonomilerinin egemen olması, sanayi ve hizmet sektöründe çok sayıda işçi çalıştıran çağcıl işletmelerin gelişmemiş olması, sanayileşmiş ülkelerde başkalarını istihdam edecek sermayeye sahip olan burjuva sınıfı ile emeklerini satmaktan başka geçim olanağı bulunmayan "işçi sınıfı" (proletarya) arasında görülen iktisadi farklılaşma ve sınıf mücadelesinin ortaya çıkmasını önlemektedir. Bkz. Zarakolu, s. 42. Aslında Türkiye'de keskin nitelikte bir sınıf karşıtlığı olsa bile Marksistlerin savunduğu görüş olan işçi sınıfının ayaklanarak iktidarı ele geçirmesi ve kapitalist ücret dizgesini ortadan kaldırması olgusu benimsenebilecek bir tutum değildir. Zira böyle bir ihtilal durumunda tarihte çok sayıda örneği görüldüğü gibi özgürlüklere ağır bir pranga vurulmuş olacak ve insanlık büyük acı ve kahırlar yaşamış olacaktır. Öte yandan Garofalo'nun isabetli olarak belirttiği üzere kapitalist sınıf aleyhine yapılacak bir ayaklanma, zalimler kadar mazlumları, en nefret edilen zenginler kadar zavallı yoksulları da ezecektir. Bkz. B.R. Garofalo, Criminologia Suç, Suçlu ve Ceza (Çeviren Muhittin Göklü), Nurgök Matbaası, İstanbul 1957, s. 153.

136 Ancak bu açıklamalardan Marksistlerin sınıf kuramının değersiz olduğu ve Türkiye açısından geçersiz olduğu sonucu çıkartılamamalıdır. Gerçekten de Kapani'nin belirttiği üzere Marksist sınıf kuramının günümüzde değerlendirilmesi yapılırken dogmatik yargılardan ve genellemelerden kaçınmak gerekmektedir. Daha açık bir deyişle, ne bazı Ortodoks Marksistlerin yaptığı gibi bu kuramın XIX. yüzyıldan bu yana evrensel değerinden hiçbir şey kaybetmediği ve çağcıl kapitalist toplum modellerine de aynen uygulanabileceği ileri sürülebilir ne de kimi eleştiricilerin savladıkları gibi Marksist görüşün artık geçerliliğini bütünüyle yitirdiği söylenebilir. Gerçekten de çağımızda ekonomik olarak gelişmiş endüstri toplumlarında sınıf kutuplaşmasının gerçekleşmediği, aksine sosyal farklılaşmanın azaldığı inkâr edilmez bir olgu olsa da bu durumdan sınıf farklılaşmasının tümüyle silindiği ve çatışmanın ortadan kalktığı sonucunu çıkartmak doğru değildir. Bir başka deyişle, sınıf çatışması ortadan kalkmamış, sadece eski şiddetini kaybederek yumuşa-

Bu açıklamalar çerçevesinde Türkiye'de "işçi sınıfı" kavramı yerine "işçi tabakası/işçi kesimi" kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı ortadadır.[137]

Türkiye'de asgari ücrete karşı günümüzde takınılan bu tutumu benimsemeye olanak bulunmamaktadır. Zira asgari ücret konusunda sürdürülen mevcut uygulama Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "sosyal devlet" ilkesine açıkça aykırıdır. Ayrıca bu durum, başka anayasal ilkelere de aykırılık oluşturmaktadır. Daha açık bir deyişle, asgari ücretin sefalet ücreti olması, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ile sosyal devletin bireyi özgürleştirme görevini düzenleyen Anayasanın 5. maddesindeki; devletin kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ile onun maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak ödevine, 17. maddesindeki "kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına",[138] yine Anayasanın 17. mad-

---

mış olup sosyal barometrenin ibresi "fırtına" (devrim) çizgisinden uzaklaşmıştır. Ancak sanayileşme yoluna yeni girmiş toplumlarda çatışma keskinliğini devam ettirmektedir. Öte yandan, emekçi kitlelerin örgütlenerek siyasal ağırlıklarını ortaya koydukları ve iktidarın belirli bir sınıf veya sosyal grubun tekelinde olmaktan çıktığı Batı ülkelerinin çoğunda egemen sınıf kavramı da artık eskimiştir. Buna karşın, feodal yapı kalıntıları taşıyan, sanayileşmemiş ve siyasal bilinçlenmeye ulaşmamış toplumlarda egemen sınıfların varlığını inkâr etmek olanaksızdır. Kapani, s. 83. Bu bağlamda Türkiye'de de "sınıf" kavramına altlanamasa da egemen grup veya kesimlerin bulunduğu açık bir gerçekliktir.

137 Her ne kadar ülkede "işçi sınıfı" kavramının kullanılması doğru olmasa da "işveren sınıfı", "burjuva sınıfı" gibi kavramların kullanılması isabetlidir. Zira işveren kesimi "sınıf" kavramına altlanabilecek nitelikte kendi çıkarlarını korumak için bir bilince ve iradeye sahip bulunmakta ve çıkarlarının savaşımını vermektedir. Nitekim ülkede asgari ücret de işveren kesiminin bilinç ve mücadelesi doğrultusunda en alt bir seviyede saptanmaktadır. Hatta çeşitli defalar belirtildiği üzere Türkiye'de asgari ücret açlık sınırının altında saptandığı için kapitalist dizgeden daha vahşi ve acımasız bir dizge ile karşılaşılmaktadır.

138 Özgür insan, bugünü ve yarınını güvenlikte gören insan anlamını taşır. Çalıştığı işyerinde sefalet ücreti niteliğinde asgari ücret alan bir işçinin maddi ve manevi varlığını geliştirme olanaklarından söz edilemez. Gerçekten de sefalet ücreti alınması, işçinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını kullanmasını engellemektedir. Bu nedenle, işçileri tehdit eden ve geleceğe güven duygusundan yoksun bırakan sefalet ücretine karşı önlem alınması sosyal devletin bir ödevini oluşturmaktadır. Aslında sosyal devlet, ekonomik ve toplumsal ilişkileri belirli bir yönde biçimlendirmek, güçsüzleri korumak amacıyla sürekli önlem alan bir devlet olduğundan sosyal devlete "önlemler devleti" de denilir. Sosyal devletin

desinde belirtilen yaşama hakkı ile 56. maddesinde belirtilen beden bütünlüğü ve sağlık hakkına, 50. maddesinde belirtilen kişinin yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun bir işte çalıştırılma hakkı ile dinlenme hakkına[139] açıkça aykırılık oluşturur.[140]

Asgari ücretin sefalet ücreti olmasına karşı gösterilen bu lakayt tavır, sosyal hukukun da inkârı anlamını taşımaktadır. Gerçekten de sosyal hukuk kuralları, genel olarak alışılmış uygulamalara ve geleneklere ters düşmekte, ekonomik yönden güçlü olan işverenler çıkarına aykırı, buna karşın, işçiler lehine hükümler içermektedir. Bu yüzden sosyal hukuk kuralları, uygulamada, açık ve örtük bir biçimde güçlü bir direnişle karşılaşmaktadır. Bu direnişe yenik düşülürse söz konusu kurallar edimsel olamama, daha açık bir deyişle, uygulanma şansı bulunmayan sözcükler yığını olmak tehlikesi ile karşılaşırlar. Bu tehlikeyi önlemek ve sosyal hukuk kurallarına edimsel olma şansı tanıyabilmek için çağcıl ülkeler çeşitli önlemler bulmuşlardır. Bu önlemleri, yasa yapma tekniğinde yasal boşlukları en aza indirebilmek, tersine bir deyişle, en üst açıklığı sağlayabilmek için çaba göstermek, iş yerlerinin denetimini güçlü ve etkili kılmak ve sosyal hukuk kuralları ile birlikte bunlara aykırı davrananlar için cezai, idari ve hukuki yaptırımlar öngörmek ve herkesin insan haysiyet ve onuruna uygun bir ücret almasını sağlamak şeklinde saptamak olanaklıdır.[141]

Öte yandan, insanlar arası ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının büyük bir kısmı ceza yaptırımları ile desteklenmiş bulunmaktadır. Eşit insanlar arasındaki ilişkilerde düzenleyici kuralları ceza yaptırımları ile destekleme gereksinimi, işçi işveren gibi tarafları arasında ekonomik güç dengesi bulunmayan ve üstelik "bağımlılık" özelliği taşıyan ilişkilerde daha güçlü bir şekilde kendisini hissettirmektedir.[142]

---

almak zorunda olduğu önlemler arasında kuşkusuz asgari ücrete ilişkin olanlar da bulunmaktadır. Krş. S. Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985, s. 18.

139 Asgari ücret sefalet ücreti olduğu için bu ücreti alan kişi ek veya ikinci bir iş bulmak durumunda kalacak, böylelikle Anayasanın kendisine tanımış olduğu dinlenme hakkını kullanamayacaktır.

140 Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için bkz. Süzek, s. 16-29.

141 Krş. H. Bıyıklı, Sosyal Ceza Hukuku İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Gazi Üniversitesi Yayın No.: 15, Ankara, 1983, s. 31-32.

142 Bıyıklı, s. 33.

Bu anlatılanlar çerçevesinde asgari ücretin, insan haysiyetine uygun bir ücret olmasının ceza yaptırımları ile gerekli bir şekilde desteklenmemiş olması Türkiye'de sosyal hukukun neredeyse hiç olmadığının somut bir göstergesini oluşturmaktadır.

Türkiye'de asgari ücretin sefalet ücreti niteliğinde olmasının altında yatan temel neden, kanımızca, asgari ücretin yüksek seviyede belirlenmesinin aşırı mali yük getirdiği şeklinde özellikle işveren kesiminin ileri sürdüğü haksız ve isabetsiz gerekçedir. Asgari ücret yüksek bir seviyede belirlendiği takdirde birçok işyerinin kapanması gerekeceği, maliyetleri yükselteceği, bunun ise tüketiciye zarar vereceği, üretilen malların dış piyasada rekabet gücünü azaltacağı şeklinde işverenler tarafından ileri sürülen gerekçelere itibar edilemez. Gerçekten de Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak herkesin insan haysiyetine uygun bir yaşam sürmesi ereği veya Anayasa tarafından güvence altına alınan insan can ve sağlığının korunması söz konusu olduğundan hiçbir mali neden sefalet ücreti verilmesinin özrünü oluşturamaz. Üretimin ne pahasına olursa olsun sürdürülmesinin bedeli kişilerin sefalet ücreti niteliğinde asgari ücret almaları olmamalıdır. O halde, mutlaka, asgari ücret insan haysiyetine uygun bir ücret olmasının sağlanması gerekmektedir.[143]

Çalışmamızı bitirirken, Marksistlerin kapitalist düzende işçi ücretlerinin sefalet ve en alt seviyeye düşeceği şeklindeki görüşlerinin doğru olmadığı, özellikle büyük şirketlerde yöneticilik yapan kimselerin (örneğin CEO'lar) ücretlerinin çok yüksek olduğu savını irdelemek uygun olacaktır. Gerçekten de özellikle güçlü kapitalist ülkelerde görülen teknik gelişmeler, çalışan sınıfın maddi koşullarında bir iyileştirme sağlamış ve bu durum onların sınıfı bilincini belirli bir ölçüde etkilemiştir. Ancak bu durum çalışan kesimin çok az bir kısmında görülmekte ve bu ülkelerde görülen makineleşme ve "özdevinim" (automation), oralarda çalışan işçi sınıfı için güçlü olumsuz etkiler doğurmuştur. Nitekim gelişmiş kapitalist ülkelerde sosyal yapının ve işçi sınıfının statüsünün değişmesi, "işçiler aristokrasisi" (workers aristocracy) olarak adlandırılan kesim tarafından oynanan rol ve karakter sorununu ortaya çıkarmıştır. Lenin, işçiler aristokrasisini ta-

143 Krş. Süzek, s. 65-66.

nımlarken iki unsura büyük önem vermiştir. Lenin bu aristokrasiyi ilk planda somut bir şekilde analiz etmiş ve onların tarihsel bağlamda sosyo-ekonomik statülerini incelemiştir. Lenin'in bakış açısına göre işçi aristokratları imtiyazlı, iyi ücret ödenen ve sıklıkça çalışan sınıfın en iyi nitelikli tabakasını oluşturmaktadır. Bu durum özellikle XIX. yüzyıl ile XX. yüzyılın başlarında kendisi imtiyazlı konumda bulunan ülkeler örneğin en büyük sömürgeci ülke Birleşik Krallık bakımından oldukça geçerlidir. Çalışan sınıfın aristokratlarının gerçek maddi koşullarının proletaryanın ezici çoğunluğunun yaşam koşullarından farklı olması yüzünden, söz konusu aristokratlar, burjuva ideolojisinin işçi sınıfının ve işçi sınıfı hareketlerinin içerisine yayılması bakımından bir "giriş kapısı" (platform) oluşturmuşlardır. Bundan da öte söz konusu aristokratlar "fırsatçı" (opportunistic) sosyal partilerin ve sendikaların başkanlığını da yürütmüşlerdir. İşçi aristokratlarının başkanlık yürütmeleri şeklindeki bu ikinci yönü, Lenin tarafından işçi sınıfı aristokrasisinin, burjuva ideolojisinin işçi sınıfı hareketlerine sızmasının bağıntısı olarak vurgulanmıştır.[144]

Çağdaş kapitalizmin somut tarihsel çözümlemesi, işçi sınıfı aristokrasinin doğumuna yol açan sosyo-ekonomik koşulların esaslı bir şekilde değiştiğini göstermektedir. Gerçekten de gelişmiş kapitalist ülkelerin çoğunda işçi sınıfı aristokratları hem sayısal olarak hem de önem açısından bir düşüş eğilimine girmiştir. Bu aristokratlar imtiyazlı konumlarını ve daha iyi yaşam koşullarını sınıf savaşımı sonucu kazanmak yerine kapitalistlerle yaptığı anlaşma sonucu kazanmışlardır. Bu yüzden kararlı bir sınıf savaşımı sonucu yüksek ücret elde eden işçiler, işçi sınıfı aristokrasisine ait değildir.[145]

Çağcıl kapitalizmde, bir yandan, tekelleşme ve emperyalizmin devlet tekeli karakteri, diğer yandan, makineleşme ve özdevinimin etkisi yüzünden çalışan kesimin önemli bir kısmı proletaryadan farklı bir kimlik kazanamamıştır. Daha açık bir deyişle, çalışan kesimin önemli bir kısmı, üretici olmayan hizmet kesiminde iş bulduğu için proletaryanın sayısı hızla çoğalmaktadır. Bu durum kısmen "hizmet çalışanları" (employees) olarak adlandırılan kesim için de geçerli bu-

144 Mbengo, s. 35-36.
145 Mbengo, s. 36.

lunmaktadır. Mühendis, teknisyen, satış görevlisi, bilgisayarcı, değişik hizmetlerde çalışanlar gibi bu kategoriye mensup kimseler emek güçlerini kapitaliste satmaktadırlar. Bu kimselerin çalışma saatleri de "çalışma" (work) ve "artı" (surplus) emek olarak bölümlenebilmekte, işleri "üretken" (productive) bir nitelik taşımakta ve kapitalist için bir kâr kaynağı oluşturmaktadır. Kural olarak onların gelirleri de işçilerin gelirinden daha fazla olmamaktadır.[146]

Kapitalist ülkelerde endüstri proletaryası tanımına girmeyen işçi sınıfının çekirdek bir kadrosunu oluşturan kesim proletarya olmasa da çalışanların ezici çoğunluk bir kısmı "proletarya" tanımına girmektedir. Bu çekirdek kesim kapitalistlerin fabrika ve tekellerinde üst düzeyde çalışmakta veya burjuva devletin siyasi ve askeri siyasi işlevlerinde hizmet görmektedirler. Bu kesimin doğal olarak "proletarya" olarak kabul edilemeyeceği ortadadır. Yapılan bu açıklamalardan, belirli bir sınıfın "sosyal rolü"nün çalışanın nesnel sosyo-ekonomik statüsüne bağlı olması yanında statüsünün ve sonucundan doğan sosyal görevinin bilincine bağlı olduğu da açıkça anlaşılmaktadır.[147]

Türkiye hızla kapitalistleşme yolunda olduğu için burjuvanın şirket veya fabrikalarında yönetici özellikle üst düzey yönetici olarak çalışan çok az sayıda kesimin yüksek ücret aldığı doğrudur. Ancak bu kesim "proletarya" değil "burjuva" niteliğinde olduğundan, Marksistlerin kapitalist düzende işçinin aldığı ücretin sefalet ücreti olduğu savının doğruluğuna halel gelmez. Üstelik bu kişilerin sayısı neredeyse bir elin parmaklarının toplamını da geçmemektedir. Türkiye'de asgari ücretin bu kadar düşük olmasının siyasal bir boyutu da bulunmaktadır. Gerçekten de yukarıda yapılan açıklamaların satır aralarından kolaylıkla okunabileceği üzere katıksız liberal veya kapitalist düzen "ahlaksız" (sans éthique) bir rejimdir. Böyle bir rejimde herkesin insan haysiyetine uygun asgari bir ücret alabilmesi olanaksız değilse bile oldukça güçtür. Çünkü böyle bir durum kapitalist dizgenin işleyiş mantığına aykırılık oluşturur. Ülkede de özellikle 1980'li yıllardan itibaren uygulanan neo-liberal veya kapitalist politikalar sonucu asgari ücret tam anlamıyla bir sefalet ücretine dönüşmüştür. Bu bağlamda neo-li-

146 Mbengo, s. 40-41.
147 Mbengo, s. 41.

beral veya kapitalist politikalardan bir an önce vazgeçilerek[148] sosyal devlet ilkesi doğrultusunda sosyal haklar[149] tanıyan yeni politikalara geçilmeli, daha somut bir deyişle, sosyal piyasa ekonomisi ve devletin ekonomi ve çalışma yaşamına etkin bir şekilde "karışımı" (müdaha-

148 Aslında kapitalist düzen yaşamın gerçekleri ile bağdaşmadığı için ölmüştür. Sanayi devrimi koşullarında yaşanmış olan acı deneyler, klasik liberalizmin temelinde yatan varsayımları bütünüyle çürüterek söz konusu öğretinin savunmuş olduğu temel ilkelerin gerçek yaşam ile bağdaşmadığı ve kendiliğinden işlediği varsayılan yasaların ekonomiyi en iyi bir biçimde düzenlemediğini ortaya çıkarmıştır. Daha somut bir deyişle, sanayi devriminin yarattığı çalışma koşullarında işçi sınıfı boğaz tokluğuna çalıştırılarak adeta kırılmıştır. Bu dönemde işçiye verilen ücretin düşüklüğü olağanüstü boyutlara ulaşmış, yeterli beslenememe nedeniyle o güne kadar bilinmeyen birçok hastalık ortaya çıkmıştır. Yine bunun gibi devlete bir yapmama borcu yükleyen klasik hak ve özgürlüklerin kişilerin mutluluğunu ve gerçek anlamda özgürlüğünü sağlamaya yetmediği, işçilerin ödediği ağır bedel sonucu anlaşılmıştır. Gerçekten de liberal-bireyci öğretinin tanımış olduğu hak ve özgürlükler, kişiyi içerisinde yaşadığı toplum ve maddi koşullardan soyutlayarak ele almaları nedeniyle bütünüyle kuramsal bir nitelik taşımış, içerikten yoksun olarak adeta boş bir kalıba dönüşmüşlerdir. Bu gerçekler ışığında klasik liberalizmin kaçınılmaz bir biçimde sona erdiği ortadadır. Krş. Süzek, s. 9, 12-13. Klasik liberalizmin günümüzdeki uzantısını neo veya yeni liberalizm oluşturduğuna göre bunun da ölmüş olduğu açıktır.

149 Aslında sosyal devlet ilkesi ve bu ilke doğrultusunda kişilere sosyal haklar tanınması çağcıl yaşamın bir zorunluluğudur. Gerçekten de Süzek'in belirttiği üzere, kişilerin kendilerine tanınan haklardan tam ve eşit olarak yararlanmalarını sağlamak amacıyla devletin edilgen rolünü bırakarak, ekonomik ve sosyal yaşama karışması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu zorunluluk, XIX. yüzyılın ortalarında başlayan ve günümüze kadar giderek hızlanan bir biçimde insan hakları kavramının içeriğinde ve sosyal yönde bir gelişmeye yol açmış, başlangıçta işçiyi korumaya ilişkin ilk yasalar ve iş mevzuatının oluşumuyla başlayan bu evrim giderek herkese "sosyal haklar" tanınmasını amaçlayan bir ideale dönüşmüştür. Gerçekten de insan hakları bildirgelerinde ve anayasalarda klasik hak ve özgürlükler listesine sosyal hakların eklenmesine tanık olunmuş, devlet ise o güne değin üzerine almadığı yeni görevler yüklenmiştir. Devlet artık toplumdaki sosyal ve ekonomik olaylar karşısında tarafsız kalmamış, sosyal haklar, devlet tarafından yerine getirilmesi gerekli ödevler yaratarak onu olumlu bir edim ve davranışta bulunmaya zorlamıştır. Bunun sonucunda devlet, klasik hak ve özgürlüklerden farklı olarak bir yapma borcu altına girmiş, yurttaşları yoksulluk ve güvensizlik duygusundan kurtarmak için ekonomik ve sosyal yaşamı düzenlemiş, onlara insanca yaşama koşulları sağlamak amacıyla gerekli önlemleri almış, böylelikle kişiler toplumun üyesi olarak devlete karşı isteme hakları elde etmişlerdir. Bu bağlamda sosyal devlet, hukuk devleti ilkesinin korumuş olduğu hak ve özgürlükleri yadsımamıştır. Tam aksine, klasik hak ve özgürlüklerin devletin müdahalesi olmadığı takdirde kuramsal kaldığı gerçeği karşısında, bunları daha etkili hale getirmeyi ve herkesin yararlanmasını sağlayacak koşulları oluşturmayı amaçlamıştır. Sosyal devlet dizgesinde, sosyal haklar, klasik hak ve özgürlüklerin yerine geçmek için değil, onları tamamlamak, birlikte, olumlu bir senteze ulaşmak için öngörülmüştür. Fazla bilgi için bkz. Süzek, s. 13-14.

lesi) esası benimsenmelidir. Aksi takdirde Türk yurttaşlarının sefalet niteliğinde bir asgari ücret alması yüzünden insan onur ve haysiyetine uygun bir yaşam sürmesi[150] ham bir hayal olmaktan öteye geçemeyecektir. Sefalet ücreti niteliği taşıyan ve yaklaşık 20 milyon kişiyi etkileyen asgari ücretin miktarına ve düşük miktardaki asgari ücret yoluyla milyonlarca kişinin sömürülmesine karşı savaşım vermek bir insanlık borcudur.

Kaynakça

Aslan G., Türkiye'de Asgari Ücretle Çalışanlar: Gerçek Sayıları, Demografi ve İstihdam Bilgileri, 22 Aralık 2015 (http://kanalfinans.com, Erişim Tarihi, 3.10.2016).

Bıyıklı H., Sosyal Ceza Hukuku İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Gazi Üniversitesi Yayın No: 15, Ankara 1983.

Dagognet F., Büyük Filozoflar ve Felsefeleri (Çeviren Zeynep Durukal), 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2013.

Engels F., İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu (Orijinali, Die Lage der arbeitenden Klasse in England, 1845) İngilizcesinden (The Condition of The Working-Class in England, Marx-Engels, Collected Works, vol.4, Progress Publishers, Moscow, 1975, s. 295-596) Türkçe'ye çeviren Yurdakul Fincancı, İkinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2010, s. 144-145.

Engels F., Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, [Orijinali, Der Ursprung der Familie des Privateigentums und des Staats, 1884) Fransızcasından (L'origine de la famille, de la propriété et de l'état, Editions Sociales, Paris 1969) Türkçeye çeviren Kenan Somer], Sol Yayınları, Ankara 2005.

Garofalo B.R., Criminologia Suç, Suçlu ve Ceza (Çeviren Muhittin Göklü), Nurgök Matbaası, İstanbul 1957.

Gökdere A., Asgari Ücretin Türk Ekonomisine Etkileri, AÜHFY No: 517, Ankara 1997.

Kapani M., Politika Bilimine Giriş. Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, AÜHF Yayınları No: 431, Ankara 1978.

Lenin, V.İ. Ne Yapmalı [Orijinali, Çto Delat? 1902). İngilizcesinden (What Is To Be Done? Burning Questions of Our Movement, Progress Publishers, Moscow, 1970) Türkçeye çeviren Muzaffer Erdost], Sekizinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2010.

150 Devletin asgari ücretin insan yaşamına uygun bir ücret olarak saptanması bağlamında atması gereken somut adımlar bulunmaktadır. Asgari ücretin kişinin insan haysiyetine uygun bir yaşam sürmesine yetmesi için de bir norm konularak söz konusu ücretin evli ve iki çocuklu bir işçi ailesine göre hesaplanacağı esası benimsenmeli ve bunun hiçbir şekilde açlık sınırının altında olmayacağı esası benimsenmelidir.

Marx K., 1844 El Yazmaları Ekonomi Politik ve Felsefe [Orijinali, Zur Kritik der Nationalökonomie mit einem Sclisskapitel über die hegelsche Philosophie, 1844) Fransızcasından (Manuscrits de 1844-Economie politique et philosophie, Editions Sociales, Paris 1962) Türkçeye çeviren], Kenan Somer, Üçüncü Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2005.

Marx K., Kapital Birinci Cilt [Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Band 1, 1867). İngilizce'sinden (Capital, A Critical Analysis of Capitalist Production, volume 1, Lawrance and Wishart, London, 1971) Türkçeye çeviren], Alaattin Bilgi, Sekizinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2007.

Marx K., Kapital Ekonomi Politiğin Eleştirisi Üçüncü Cilt, [Karl Marx'ın Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, band 3 (1867-1883) (1894) adlı yapıtını, İngilizcesinden (Capital, A Critical of Political Economy, vol 3, Progress Publishers, Moscow 1974) Türkçeye çeviren Alaattin Bilgi], Beşinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2006.

Marx K., Ücretli Emek ve Sermaye, Ücret Fiyat ve Kar (Orijinali, Lohnarbeit und Capital, 1849, Value Price and Profit, 1898). Fransızcasından (Travail salairé et capital-Salaire prix et profit, Editions Sociales, Paris 1969) Türkçe'ye çeviren Sevim Belli, Sekizinci Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2008.

Marx K., Louis Bonaparten'in 18 Brumaire'i (Orijinali, Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, 1852) Fransızcasından (Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte Editions Sociales, Paris 1969) Türkçe'ye çeviren, Kenan Somer, Üçüncü Baskı, Sol Yayınları, Ankara 2002.

Marx K., ve Engels F. Seçme Yazışmalar 1 1844-1869, [Karl Marx ve Friedrich Engels'in yazışmalarından derlenen Selected Correspondence, Moscow 1975 adlı yapıtın 1844-1869 yıllarını kapsayan ilk bölümünü İngilizcesinden Türkçeye çeviren Yurdakul Fincancı] Sol Yayınları, Ankara 1995.

Marx K., ve Engels, F. Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri [Orijinali, Manifest der Kommunistischen Partei, 1848). İngilizcesinden (Manifesto of the Communist Party, 1888) Türkçeye çeviren; Muzaffer Erdost], Sol Yayınları, Altıncı Baskı, Ankara 2005.

Mbengo F., Marxist Theories of Class and Class Struggle, Utafiti Journal of the Art and Social Science, Vol III, No.1, 1978, s. 9-44.

Özbudun E., Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1988.

Parsons Talcott, Social Classes and Class Conflict in the Light of Recent Sociological Theory in Sociological Perspectives, Editörler Kenneth Thompson and Jeremy Tunstall, The Open University, Penguin Books, 1971.

Ricardo D., Siyasal İktisadın ve Vergilendirmenin İlkeleri, (Orijinali, On The Principles of Political Economy and Taxation'dan çeviren Barış Zeren), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2008.

Sheley F., J. Social Classes and Conflict, in Sociological Perspectives, Editörler Kenneth Thompson and Jeremy Tunstall, Penguin Books, Baltimore-Maryland 1971.

Sheley F., J. Crime, Law, and Social Conflict in Criminology: A Contemporary Handbook, Editör, Joseph F. Sheley, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, California 1995.

Smith A., Milletlerin Zenginliği (Özgün ismi The Wealth of Nations'dan çeviren; Haldun Derin), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.

Süzek S., İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985.

Tağ M., 2015 Yılı İstihdam Değerlendirmesi, Kalkınma Bakanlığı, Aralık 2015 Dönemi, Ankara 2015, s. 4. (www.kalkinma.gov.tr, Erişim Tarihi, 10.3.2016).

Talas C., Sosyal Ekonomi, Dördüncü Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.

Zarakolu A., Temel Ekonomi Sistemleri Bilgisi, S Yayınları, Ankara 1978.

KÜRESEL DÜNYA'DA VE TÜRKİYE'DE ÇOCUK İŞÇİLİĞİ: ULUSLARARASI VE ULUSAL YASAL DÜZENLEMELER VE AMPİRİK GÖSTERGELER

CHILD LABOUR IN TURKEY AND GLOBAL WORLD: INTERNATIONAL AND NATIONAL LEGISLATIONS AND EMPIRICAL INDICATORS

Yavuz YAYLA*

Özet: Özellikle uluslararası ekonomik ilişkilerin çok geliştiği küresel bir Dünya'da kalkınma yolundaki bir ülke için gelecek nesile yani çocuklara yapılacak toplumsal-kültürel-ekonomik yatırımlar çok önemlidir. Oysa çocuk işçiliği toplumların dokusuna zarar verebilir ve güçsüzleştirebilir, hatta ekonomik büyüme ve yoksulluğun azaltılması için gerekli insan sermayesini yok edebilir.[1] Bu nedenle ekonomik ve her türlü sömürüye tabi kalan, ağır çalışma koşullarına itilen ve hatta sadece oyun oynaması gereken çocukların sadece çalışma sürecine itilmesi çocukların ruhsal ve fiziksel olarak gelişmesini engellemekte ve söz konusu toplumun geleceği büyük bir tehlike altına girmektedir.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), 2002 yılında 12 Haziran gününü "Çocuk İşçiliği ile Mücadele Günü" olarak kabul etmiştir. Dünya üzerinde tehlikeli ve kötü işlerde çalışan milyonlarca "saflığın ve kusursuzluğun simgesi olan"[2] çocuğun durumlarına dikkat çekmek üzere her yıl 12 Haziran'da, önceden belirlenen farklı bir temayla çocuk işçiliğinin ve sömürüsünün önlenmesi amacıyla toplumsal duyarlılığı geliştirmeye yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Çocuk işçiliği ve çocuk haklarına yönelik bu duyarlılık Dünya genelinde 12 Haziran ve ülkemiz özelinde 23 Nisan Çocuk Haftası ile sınırlı kalmakta, yılın geri kalan günlerinde çalışan çocuklar yine gündem dışına itilmektedir.

Biz bu çalışmada Dünya'da ve Türkiye'de çocuk istihdamına ve çocuk işçiliğine yönelik uluslararası ve ulusal yasal düzenlemelere genel hatlarıyla değindikten sonra konuyla ilgili ampirik verileri ortaya koymaya çalışacağız. Bu bağlamda da öncelikle tehlikeli ve sömürüye dayalı çocuk işçiliğine derhal son verilerek, çocukların oyun ve ücretsiz eğitim haklarına kavuşturularak bilgi ve yeteneklerinin geliştirip toplumsal yaşama özgüvenleri gelişmiş bireyler olarak katılmaları gerektiği vurgulanacaktır.

* Dr., Ondokuz Mayıs Üniversitesi İİBF İktisat Bölümü

1 ILO, Marking Progress Against Child Labour: Global Estimates and Trends 2000-2012, Geneva, 2013, s. 12.

2 Rona Serozan, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 304.

Anahtar Kelimeler: Küreselleşme, Çocuk İşçiliği

Abstract: In a global world where international economic relations have been developed vastly, it is very important for a country on the course of development to invest in future generations, namely children. Since the child labour may damage the structure of the societies and cause them to weaken, even destruct the human capital that is very crucial for the economic growth and reduction in poverty.[3] Therefore, children who are subject to economic and all kinds of exploitation, forced to work under heavy conditions instead of playing games are prevented from physical and physiological growth and the future of such society is in danger.

International Labour Organisation (ILO) declared 12th of June as the World Day against Child Labour in 2002. In order to draw attention on millions of children "as the symbol of the purity and perfection" [4] working under dangerous and bad conditions in the world, 12th of June of every year is the day for the works with different theme to raise public awareness on the prevention of child labour and exploitation. This sensitivity on child labour and the rights of children is limited with 12th of June in the world and 23rd of April the Children Week in our country; so the rest of the year, working children are again out of the agenda.

In this study, following the consideration of the international and national legislations on child labour and the employment of children in the world and Turkey in general, we will try to indicate the empirical data on the matter. In this context, it will be emphasized that the dangerous and exploitive child labour should be terminated immediately and the children should have their playing and free education rights to develop their knowledge and talents in order to participate into the social life as individuals with self-confidence.

Keywords: Globalisation, Child Labour

I. ÇOCUK VE ÇOCUK İŞÇİLİĞİ İLE İLGİLİ DÜNYA VE TÜRKİYE'DEKİ DÜZENLEMELER

Serozan'a göre "çocukların korunmasından söz açılınca, ilk akla gelen, çocukların **işgücünün sömürülmesi olur."**[5] **Çocuklar küçük yetişkinler değildir; tehlikeli çalışma çocukların temel biyolojik yapıları gereği kabul edilemez. Çünkü çocuklar fiziksel ve zihinsel olarak** ve kültürel algılamalar ve sosyal yapılardan bağımsız olarak farklıdır.[6] Tartışmalı ve duygusal bir konu olan çocuk işçiliği

3 ILO, Marking Progress, s. 12.
4 Serozan, a.g.e., s. 304.
5 Serozan, a.g.e., s. 304.
6 ILO, World Report on Child Labour 2015: Paving the way to decent work for yo-

aynı zamanda basit çözümleri aşan karmaşık ve zorlu bir alandır ve bu nedenle çocuğun yüksek yararını ve Çocuk Haklar Sözleşmesi'nde belirlenen şekilde çocuk insan haklarına bağlılığı gözeterek özenli ve kapsamlı yaklaşımlar rehberliğinde ele alınmalıdır.[7] Bu kısımda çocuk, çocuk çalışması ve çocuk işçiliğine ilişkin olarak uluslararası örgütler ve Türkiye'deki *en temel* yasal düzenlemeler ve tanımlar üzerinde duracağız.

A) Uluslararası Düzenlemeler

1. Birleşmiş Milletler – ILO Düzenlemeleri

Çocuk hakları ve çocuk emeğinin sömürülmesi ve çocuk işçiliği ile mücadele dünyanın gündemine özellikle 1990'lı yıllarda girmiştir.[8] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair **Sözleşmesi**'ne göre[9] "çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır." (madde 1)"[10] denilerek onsekiz yaşına kadar her insan çocuk olarak ele alınmıştır. Sözleşmenin 36. maddesine göre taraf devletler genel olarak her türlü sömürüye karşı çocukların korunması yükümlülüğünü getirmiştir: "esenliğine herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı çocuğu korurlar." Sözleşmenin 32. maddesi ise konumuzla bağlantılı olarak taraf devletlere uyması gereken daha özel yükümlülük getirmiştir: "Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler." (madde 32/1). Fakat maddenin devamında madde 1'de vurgulanan "onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır" cümlesi çocuk işçiliği konusunda farklı yaş hadlerinin ve çalışma sürelerinin belirlenebileceğini taraf devletlere tanımaktadır. Madde 32/2'ye göre:

---

ung people, Geneva, 2015, s. 80 ve IPEC, Children in Hazardous Work: What We Know, What We Need to Know, Geneva, 2011, s. 11.

7 UNICEF, The State of The World's Children, Oxford University Press, New York, 1997, s. 6.

8 Zeki Avşar ve Eren Öğütoğulları, "Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği ile Mücadele Stratejileri", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Ankara, 2012 / 1, s. 37.

9 http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23b.html

10 http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23b.html

"Taraf Devletler, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri gözönünde tutularak, Taraf Devletler özellikle şu önlemleri alırlar: a-) İşe kabul için *bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler*; b-) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar ve c-) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler." (madde 32/2)

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 1919 yılındaki toplantısında çocuk işçiliğine yönelik ilk sözleşme olan 5 Sayılı En Az Çalışma Yaşı (Endüstri) Sözleşmesi[11]'ni kabul etmiştir. Sözleşmenin 2. maddesi 14 yaşından küçük çocukların her türlü endüstriyel işlerde istihdamını ve çalışmalarını yasaklamıştır.

UNICEF tarafından onsekiz yaşını doldurmamış her insanın çocuk sayılması ve bu nedenle her türlü sömürüden korunması gerekliliği çocuk emeği ve/veya çocuk işçi konusunda farklı toplumsal ve kültürel toplumlar için farklı asgari yaş hadleri belirlenebileceği kuralı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün sözleşmelerine de yansımıştır. Örneğin Ülkemizde 21.06.1998 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 06 06.1973 tarihli ve 138 Sayılı ILO Asgari Yaş Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre, "her üye, çocuk işçiliğini etkin bir şekilde ortadan kaldırmayı ve istihdama ve çalışmaya kabul için asgari yaşın giderek gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak tanıyacak bir düzeye yükseltilmesini sağlayan ulusal bir politika takip etmeyi kabul"[12] ederken sözleşmenin 2. maddesinin 3.fıkrası "asgari yaş sınırı, zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın, altında ve her halükarda 15 yaşın altında olmayacaktır." düzenlemesiyle getirilen esneklik Sözleşmenin 2. maddenin 3. fıkrasına, 1. ve 4. fıkralar ile yaş hadlerinde daha geniş esneklikler getirilmiştir. Şöyle ki, 2. maddenin 4. fıkrasına göre "Ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan, her üye bu maddenin 3'üncü fıkrası hükümlerini dikkate almaksızın varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari yaşı başlangıçta 14 olarak belirleyebilir." 2. mad-

11 http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0:::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,en,C005,/Document

12 ÇSGB, Türkiye Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri, Ankara, 2014, s. 227.

denin 1. fıkrasının atıf yaptığı ve "Yetkili makam gerektiğinde, varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerine danıştıktan sonra özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı sınırlı istihdam ve çalışma kategorilerini bu sözleşmenin uygulama alanı dışında tutabilir." şeklinde düzenlenen 4. madde ile "Yetkili makam, varsa ilgili işçi ve işveren örgütlerine danıştıktan sonra, Sözleşmenin 2. maddesinin öngördüğü çalışma ya da istihdam yasaklarına sanatsal faaliyetlere katılma gibi amaçlar için münferit çalışma izinleri vermek suretiyle istisnalar getirebilir." biçimde yazılan 8.madde böylece en başta belirlenen 15 yaş sınırına daha aşağı yönde esneklik sağlanabileceğini öngörmektedir.

Ülkemizde 27.06.2001 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 17.06.1999 tarihli ve 182 Sayılı ILO En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi'nin 2. maddesi "Sözleşmenin amaçları bakımından 'çocuk' terimi 18 yaşın altındaki herkese uygulanır."[13] şeklindedir. Sözleşmenin amaçları bakımından "en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği"nin söz konusu olduğu faaliyet alanları ise şu şekildedir: "çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işi kapsar."[14]

Çocuk işçiliğinin uluslararası düzeyde de yakından takip edilmesi gereken bir konu olarak gören ILO, 1991 yılından itibaren bu konu ile ilgili olarak çalışmalara başlamış ve 1992 yılında "Çocuk İşçiliğinin Sona Erdirilmesi Uluslararası Programı (IPEC)"nı başlatmıştır. Türkiye'nin de ilk imzacılarından olduğu IPEC iki farklı hedef belirlemiştir; uzun vadeli asıl hedefi çocuk işçiliğine son vermek, kısa ve

13 ÇSGB, a.g.e., s. 300.
14 ÇSGB, a.g.e., s. 300.

orta vadeli hedefi ise çocukların korunması, çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin önlenmesidir.[15] IPEC ayrıca çocuk işçiliği konusunda uluslararası arenada çocuk işçiliği konusunda duyarlılığı arttırmak için 2007 yılında "Dünya Çapında Hareket" başlatmıştır. Bu hareket "İşveren ve işçi örgütleri, yerel, ulusal ve küresel düzeyde eylemleri stratejik düzeyde bütünleştirmek için yapılarını daha iyi kullanmaya uğraşarak sivil toplumla daha etkin ittifaklara girerler. Özel olarak Sivil Toplum Örgütleri taban örgütlenmesi düzeyinde çalışma yeterliği göstererek çocukların kendilerinin daha dinç ve etkili dünya çapında bir çocuk işçiliği karşıtlığının aracı ve basit yararlanıcısı olmanın ötesine geçmesini sağlar."[16]

2. Avrupa Birliği Düzenlemeleri

Avrupa Birliği'nin 09.12.1989 tarihinde kabul ettiği Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı[17]'nın 20. maddesi asgari çalışma yaşının zorunlu eğitimi bitirme yaşının altında ve her halde 15 yaşın altında olamayacağını ve madde 22'de 18 yaşından küçükler için gece çalışmasının yasaklanmasına ve çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına yer verilmiştir.

Nice Zirvesi'nde 07.12.2000 tarihinde imzalanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 32. maddesi ise "Çocuk işçi çalıştırmanın yasaklanması ve çalışan gençlerin korunması" üst başlığı ile çocuk işçi çalıştırılmasını ve gençlerin ekonomik sömürüye uğraması yasaklamıştır.

Avrupa Birliği'nin 22.06.1994 tarih ve 94/33/EEC sayılı Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin Konsey Direktifi[18] genç insan, çocuk ve ergen olmak üzere üçlü bir ayrım yapmıştır. Direktifin 3.maddesinde "genç insan" 18 yaşından küçük herhangi bir kişiyi, "çocuk" 15 yaşından küçük herhangi bir genç kişiyi veya ulusal mevzuata göre halen tam gün zorunlu öğretime tabi olan kişiyi ve "ergen" 18 yaşından küçük en az 15 yaşındaki, ulusal mevzuata göre tam gün öğretime tabi olmayan

---

15 http://www.ilo.org/ipec/programme/lang--en/index.htm

16 IPEC, The Worldwide Movement Against Child Labour: Progress Made and Future Action, Geneva, 2007, s. 94.

17 http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf

18 ÇSGB, Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, Ankara, 2014, s. 137.

herhangi bir genç kişiyi ifade etmektedir. Direktif madde 3'de yaptığı bu tanımlamalar çerçevesinde, gençlerin maruz kaldığı tehlikeli iş yasakları (madde 7) ve çalışma zamanlarını (madde 8) belirlemiştir.

B) Türkiye'deki Düzenlemeler[19]

Türkiye Cumhuriyeti'nin 1923 yılında kuruluşundan bu yana çocukların sömürüden korunması her zaman ulusal gündemin ön planında olmuştur.[20] Ülkemizde çocuk istihdamı ve çocuk işçiliği konusunda çıkarılan en temel yasal düzenlemeler aşağıda ele alınmaktadır.

1982 Anayasası'na göre "Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır." (madde 41) ve "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar." (madde 50) düzenlemeleriyle çocuk istihdamı ve sömürüsü engellenerek anayasal güvence sağlanmıştır.

1590 sayı ve 06.05.1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu[21]'nun 173. maddesine göre "On iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat "müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı memnudur." ve "On iki yaş ile on altı arasında bulunan kız ve erkek çocuklar günde azami sekiz saatten fazla çalıştırılamaz."

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndan sonra çıkan İş Kanunu ile asgari yaş on beşe çıkarılmıştır. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesinin 4. fıkrasında genç işçi "onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış" kişiler olarak tanımlanmıştır. Ayrıca 06.04.2004 tarihli Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'de ise 4857 sayılı İş Kanunu ile benzer şekilde genç işçi "15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi" ve çocuk işçi "14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişiyi" (madde 4) ifade etmektedir.

---

19 Çocuk işçiliği ile ilgili olarak daha kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Hande Bahar Aykaç, "Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği", *TBB Dergisi*, Ankara, 2016, sayı. 116, s. 335-386 ve Fevzi Demir, "Çalışma Hayatında Çocukların Korunması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel S. 2010, s. 547-577.

20 ILO, The End of Child Labour: Within reach, Geneva, 2006, s.12.

21 http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf

II. ÇOCUK İŞÇİLİĞİNİN NEDENLERİ

Çocuk işçiliğinin hem arz hem de talep yönlü faktörlerin birleşiminden oluşmaktadır. Biz burada çocuk hakları ve çocuk işçiliği konusunda uluslararası kurumlar olan ILO ve UNICEF'in çalışmalarından yola çıkarak açıklamalarda bulunacağız.

A) Arz Yönünden

ILO'ya göre, **yoksulluk** kesinlikle çocukları çalışmaya zorlayan büyük tek güçtür[22] ve bir çocuğun çalışması ile elde ettiği gelirin kendi yaşamını sürdürmesi veya hane halkı için çok önemli olduğu düşünülmektedir ve HIV/AIDS salgınının özellikle Afrika'da yarattığı trajik etkileri bu sorunu daha da büyütmüştür.[23] 182 Sayılı ILO Sözleşmesi de bu noktayı şu şekilde vurgulamıştır: "[Bu Sözleşme] Çocuk işçiliğinin büyük ölçüde yoksulluktan kaynaklandığını ve uzun vadeli çözümünün sosyal gelişmeye ve özellikle yoksulluğun azaltılmasına ve evrensel eğitime imkân tanıyan sürekli ekonomik büyümede yattığını kabul."[24] Oysa UNICEF'e göre bu bir mittir. Çünkü bu mite göre yoksulluk ortadan kaldırılmadan çocuk işçiliği ortadan kaldırılamaz. Bu durum toplumun en yoksul kesimleri için doğrudur; toplumun en dezavantajlı iş kolları emek ihtiyaçlarının büyük bölümünü çocuklardan karşılamaktadır. Bu tespitten çıkarılan sonuç ise, çocuk işçiliği ve yoksulluk ayrılmaz bir bütündür ve bu nedenle doğru (gerçekçi) olmayan çocuk işçiliğine bir an önce son verilmesi çağrısı yapılmaktadır. Bu savunu bize, dünyadaki yoksulluk sona erdirilinceye kadar katlanılamaz bir durum olan çocuk işçiliğine tahammül etmemiz gerektiğini söylemektedir.[25] Üstelik tehlikeli işlerde çalıştırılan bu çocuklar işveren veya ailelere bir fayda sağlasa da, gerçekte, vasıfsız ve düşük ücretli işlerde çalışan çocuklar bir tuzağa sıkışarak büyüyüp yetişken haline geleceğinden çocuk işçiliği yoksulluğu kalıcılaştırabilir.[26]

---

22 Nilgün Tunçcan'a göre de "Yoksulluk çocuk istihdamına yol açan en önemli faktörü teşkil etmektedir...yoksulluk artışı çocuk emeği kullanımını arttırmaktadır." Bkz. Nilgün Tunçcan, "Çocuk İşçiliği: Nedenleri, Boyutları ve Küreselleşen Dünyadaki Konumu", http://www.journals.istanbul.edu.tr/iusskd/article/view/1023013409, erişim tarihi: 2.3.2016.

23 ILO, Eliminating the worst forms of child labour, Geneva, 2002, s. 23.

24 ÇSGB, ILO Sözleşmeleri, s. 299.

25 UNICEF, The State of The World's Children, Oxford University Press, New York, 1997, s. 20.

26 UNICEF, a.g.e., s. 20.

Popüler algılamalar ve yerel gelenek ve görenekler (iyi niyetli bile olsa) çocuk işçiliğinde önemli bir rol oynamaktadır.[27] Örneğin:

- işin (çalışmanın) çocuğun karakterinin oluşumu ve becerilerinin gelişiminde yararlı olduğu düşünülmektedir;

- geleneksel olarak, çocuklardan ebeveynlerin izinden giderek belli bir ticareti erken yaşta öğrenmeleri ve deneyim kazanmaları beklenmektedir;

- gelenekler, fakir aileleri sosyal gereklilikler veya dini etkinlikler için ağır borç batağına iterken, *aileler borçlarını ödemek için çocuklarının çalışmalarına güvenmektedirler.* Çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerinden biri olarak kabul edilen *prangalı emek* olgusu fakir ailelerin bu tür baskılara karşı korunaksızlığı nedeniyle hala büyük ölçüde yaygındır;

- yaygın görüşe göre *kız çocukları erkeklere göre eğitime daha az ihtiyaç duymaktadır.* Bu olgunun pratikteki yansıması ise kız çocuklarının okuldan erken yaşta alınmalarına ve ev içi işlerde çalışmalarına, ulusal istihdama katılmalarına veya sex işçisi olarak satılmalarına neden olmaktadır;

Çocuk işçiliği o kadar derinden yerel gelenek ve alışkanlıklara yerleşmiş olabilir ki ne ebeveynler ne de çocuklar bu durumun çocukların çıkarlarına aykırı ve yasadışı olduğunu fark edebilirler.

Büyük ailelerin çocuklarının küçük ailelere göre bir işte çalışması daha yüksektir çünkü açıkça **ailenin geliri büyük aileyi desteklemek için oldukça yetersizdir**.

138 Sayılı ILO Asgari Yaş Sözleşmesi tarafından da çocuk emeğinin kullanımında ülkenin ekonomisi yanında eğitim olanakları yeterince gelişmemiş ülkeler ifadesi[28] **e**ğitimin **mevcudiyeti ve kalitesinin** en önemli faktörlerden birisi olduğunu belirtmektedir. Örneğin[29]:

- pek çok topluluk yeterli okul olanaklarına sahip değildir;

- hatta okullarda verilen eğitim bulunsa bile çocuklar tarafından genellikle algılanmamaktadır. Birçok aile için eğitim kolayca ulaşılabilecek

27 ILO, a.g.e., s. 24.
28 ÇSGB, a.g.e., s. 227.
29 ILO, a.g.e., s. 26.

bir olgu değildir. Hatta aileler eğitim bedava bile olsa çocukların çalışması ile okula gitmesi arasındaki fırsat maliyetini karşılaştırmaktadırlar.

- geleneksel görüşlere egemen olan görüşe göre kızları eğitimine yatırım yapmaktansa işe göndererek yetişkin yaşamına hazırlamak daha iyidir;

- yukarıdaki faktörlerin bir sonucu olarak, çocuklar büyük kitleler halinde vasıfsız işgücü piyasasına erkenden girmek zorunda kalmaktadır. Bu çocuklar çoğunlukla tahsilsizdirler ve yaşamları boyunca da böyle kalırlar ve onların temel eğitim altyapı eksiklikleri onları yetişkinliklerindeki iyi bir çalışma hayatı için becerilerini geliştirmeye ve olanaklarını arttırmaya çabalarlar.

B) Talep Yönünden

ILO'ya göre, ailelerin kendisi başat etmendir. Çok sayıda çocuk, ailenin geçinmek için bağımlı olduğu aile işletmelerinde ücretsiz çalıştırılır (çiftlikler, kayıt dışı atölyeler, vb.). Pek çok ulusal yasa ve düzenleme ile 138 sayılı Sözleşme gibi uluslararası ölçütler bu gibi istisnalara izin verir. Ancak, aile işletmelerinde bile çocuklar ciddi sağlık ve güvenlik risklerine açıktır.[30] Bu savın ardında çocuk işçiliğinin daha çok azgelişmiş ülkelerde olduğu yatmaktadır. Oysa UNICEF'e göre, çalışan çocukların büyük çoğunluğu gelişmekte olan ülkelerde yer almasına rağmen, çocuklar rutin olarak tüm ülkelerde çalışmaktadır. Sanayileşmiş ülkelerde çok az insan okuldan önce bir ya da iki saat gazete dağıtımı yapan çocukların istihdamına çocuk işçiliğinin bir sömürü biçimi olarak bakmaktadır. Bu gerçekliğe rağmen bu iş için çocuğa normal erişkinlere oranla çok daha az ücret ödenmektedir. Genellikle böyle bir iş çocuğun ilgi alanına göre 'gerçek dünyanın' iş ve ticaret deneyimini kazanması için teşvik edilmektedir.[31]

Çocuk işçilerin yetişkinlerle kıyaslanmasında en yaygın açıklamalar düşük maliyet ve (küçük parmaklar gibi) eşsiz yetilerdir. Endüstrinin tamamının yaşayabilirliğinin çocuk işçiliğine bağlı olduğu ileri sürülür. Bu savın sonucu olarak küreselleşme ve dünya piyasalarında belli mallarda artan rekabetin sonucunda çocuk işçiliği olgusunun ar-

30 ILO, a.g.e., s. 26.
31 UNICEF, a.g.e., s. 18.

tacağı ve kötüleşeceği korkusu yayılmaktadır. Aynı zamanda, bu sava göre, küreselleşme çocukları daha büyük bir sömürülme riskine açık duruma getirmektedir çünkü işverenleri dünya piyasalarında rekabet üstünlüğü elde etmeye uğraşmaktadır.[32] UNICEF'de bu olguya ihracat sektörleri açısından bakmakta ve şu tespiti yapmaktadır: "en çok sömürülen çocuk işçiler ihracata dayalı sanayi sektöründe sektörde rekabet üstünlüğü sağlamak için çalıştırılmaktadırlar.[33]

Bu nedenle çocuk istihdamının başlıca nedeninin ekonomik etkinlikle bir ilişkisi yok gibi gözükmektedir. Çocuklar yetişkinlerden daha kolay yönetilir, kendi haklarını daha az bilir, daha az sorun çıkartır ve daha esnektirler – ve sonuçta harcanabilirler. Bazı işverenler için istendiğinde kiralanıp gerektiğinde kovulabilir geçici işçi deposudurlar. Çalıştırılmaları yasa dışı olduğunda çocuklar ve aileleri, bu söz konusu gelirin yitirmek korkusuyla yetkililere şikayette bulunmaktan kaçınırlar. Dahası, kimi işverenler çocuklara iş ve gelir sağladıkları için kendilerinin iyilik yaptıklarının varsayılması gerektiğini ileri sürer. Bu nedenle bazı durumlarda çocuk işçiliğinin yasa dışı ilan edilmesi çocukların yetişkinler için öngörülen iş yasalarının sağladığı korumalardan yararlanması üzerinde olumsuz etkiler gösterir. Bu göstermektedir ki tek başına yasaklama yetersizdir. Diğer önlemlerle desteklenmeyen ve basitçe çocuk işçiliğini yasaklayan yaklaşımlar başarılı olamamaktadır.[34] ILO'nun çocuk işçiliğini tek başına yasaklamanın yetersizliğine vurgusuna ek olarak UNICEF tarafından çocuk işçiliği sorununu çözmek için tüketiciler ve hükümetler tarafından yapılacak 'boykot' ve 'ticari yaptırımlar'ın da yetersiz olduğunu söylemektedir. Bu mite göre, çocuk işçiliği konusunda ki eylemleri yön veren ivme Batı toplumları tarafından yaratılmaktadır ve gelişmekte olan ülkelerdeki insanlar, sivil toplum kuruluşları, medya ve hükümet çocuk işçiliği sorunu yok saymakta veya göz yummaktadırlar. Gerçekte, ulusal ve uluslararası aktivistler ve örgütler titizlikle yıllardır gelişmekte olan ülkelerde, çocuk işçiliği ihlallerini açığa çıkarmaya, yerel ve ulusal programların geliştirilmesine ve kendi ülkelerinde ve Batı'da tüketici bilincinin yaygınlaştırılması için uluslararası kampanyalar yapmaktadırlar. Örneğin ILO'nun Çocuk İşçiliğinin Ortadan Kaldırılmasına

32 ILO, a.g.e., s. 27.
33 UNICEF, a.g.e., s. 21.
34 ILO, a.g.e., s. 27.

İlişkin Uluslararası Program'ı ve UNICEF'in çocukların durumlarına ilişkin yaptığı çalışmalar[35] henüz beklenen sonucu vermemiştir. Ayrıca Uluslararası taahhüt ve baskılar kuşkusuz çok önemlidir. Fakat ticari yaptırımlar sadece çocuk işçilerin küçük bir yüzdesini oluşturan ihracat sanayini etkilemektedir. Ve yaptırımlar uzun vadeli sonuçlarıyla kör araçlardır ve çocuklara yardımdan daha çok zarar verebileceği için etkileri önceden öngörülemez.[36]

III. ULUSLARARASI VE ULUSAL AMPİRİK GÖSTERGELER

Küreselleşmenin ilk ve en doğrudan etkisi işgücü ve çalışma koşulları üzerindedir.[37] Bu bölümde "küresel istikrar ve yükselen yaşam standartlarının kaynağı olarak adil bir küreselleşmeyi gerçekleştirmek"[38] hedefini belirleyen ILO adaletsiz küreselleşmenin çocuk işçiliğinin uluslararası arenada yükselmesini sağladığını ve bunun sonucunda da çocuk işçiliğine eşi benzeri görülmemiş önem verilmesini gerekli kıldığını[39] savunmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere ILO'nun çocuk işçiliği konusunda IPEC ile başlattığı Dünya Çapında Hareket'in uluslararası boyutta nasıl bir gelişim gösterdiği verilerle gösterilmeye çalışılacaktır. Ayrıca Türkiye'de TÜİK-ILO ve IPEC işbirliği çerçevesinde yapılan çalışmaların Türkiye'de çocuk işçiliği konusunda nasıl bir gelişim gösterdiği yine verilerle incelenecektir.

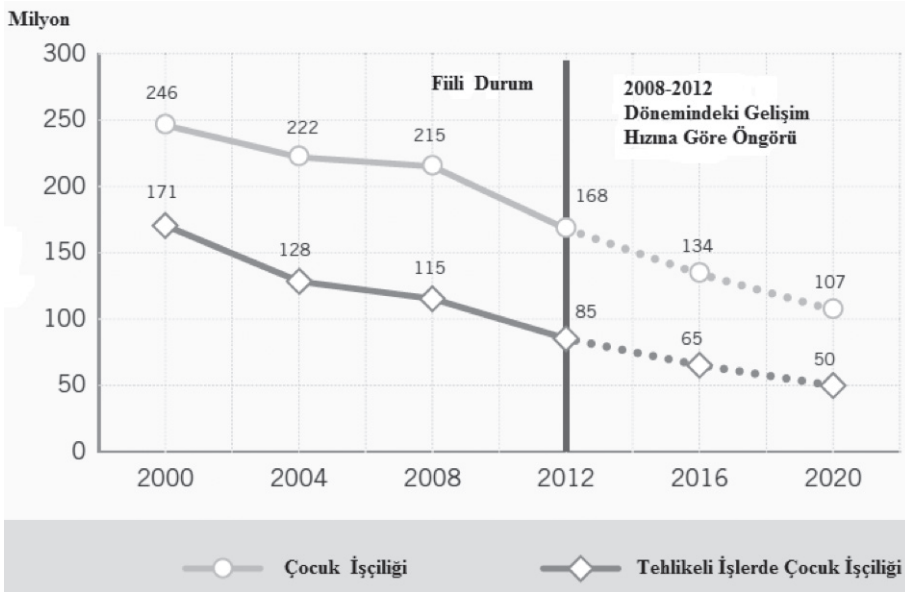
A) Uluslararası Göstergeler

ILO'nun 2013 yılında yaptığı çalışmaya göre (Grafik 1) küresel düzeyde çocuk işçi sayısı 2000 yılında 246 milyon iken azalma eğilimine girerek 2012 yılında 168 milyona düşmüştür. 2008-2012 dönemindeki gelişim hızına göre yapılan öngörü hesaplamasına göre ise 2020 yılında çocuk işçi sayısı 107 milyona düşecektir. UNICEF'e göre, bir insan olarak her çocuğun sahip olduğu haklarına bir ihanet ve uygarlığımıza karşı bir suç olan tehlikeli çocuk işçiliğinde[40] çalışan çocukların sayısı ise 2000

35 UNICEF, a.g.e., s. 21.
36 UNICEF, a.g.e., s. 23.
37 Meryem Koray, "Sosyal Politikanın Anlamı ve İşlevini Tartışmak", Çalışma ve Toplum, 2007, s. 4, sf. 19.
38 ILO, a.g.e., s.47.
39 ILO, a.g.e., s.67.
40 UNICEF, a.g.e., s. 18.

yılında 171 milyon, 2012'de 85 milyon olarak gerçekleşirken, öngörü çalışmasına göre 2020'de 50 milyona düşeceği tahmin edilmektedir.

Grafik 1. 2000-2012 Yılları Arasında Fiili Tehlikeli İşlerde Çalışan Çocuk İşçi ve Bütün Çocuk İşçilerin Sayısı, 2008-2012 Dönemindeki Gelişim Hızına Göre Öngörüler



Kaynak: ILO, Marking Progress Against Child Labour: Global Estimates and Trends 2000-2012, Geneva, 2013, s. 13.

Tablo 1'den de görüldüğü gibi, Dünya genelinde çocuk işçi sayısı 2008 yılından 2012 yılına kadarki dönemde 215 milyondan 168 milyona düşerek 47 milyon azalmıştır. Tehlikeli işlerde çalışan çocuklar ise 2008 yılından 2012 yılına kadar 30 milyon azalarak 85 milyona düşmüştür. 2008-2009 krizine rağmen ailelerin çocuk işçiliğine yönelmemeleri iki etkenle açıklanabilir.[41] İlki, gelişmekte olan ülkeler krizden kaçmış değildi ama daha düşük büyüme patikalarına rağmen genellikle krizin etkilerini telafi etmede daha hızlı davranmışlardır. İkincisi büyük çocuklar için, olasıdır ki, kriz sonrasındaki yavaş ekonomik büyüme 15-17 yaş grubunu da kapsayan işgücü talebini azaltmıştır.

41 ILO, Marking Progress, s. 4.

Tablo 1. 2000-2012 Döneminde Çocuk İstihdamı, Çocuk İşçiliği ve Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği, 5-17 Yaş Grubu

		İstihdam Edilen Çocuk		Çocuk İşçi		Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği	
		('000)	%	('000)	%	('000)	%
Dünya	2000	351,900	23.0	245,500	16.0	170,500	11.1
	2004	322,729	20.6	222,294	14.2	128,381	8.2
	2008	305,669	19.3	215,209	13.6	115,314	7.3
	2012	**264,427**	**16.7**	**167,956**	**10.6**	**85,344**	**5.4**

Kaynak: ILO, Marking Progress Against Child Labour, s. 3.

Çocuk işçiliğin gelişimine bölgeler bazında baktığımızda (Tablo 2) ilk olarak göze Asya ve Pasifik bölgesinin çocuk istihdamında 175 milyonla diğer bölgelerin önünde olduğunu göstermektedir. Ama Tablo 2'yi daha yakından incelediğimizde Sahra Altı Afrika'nın çocuk istihdamı konusunda Asya ve Pasifik bölgesine göre daha az çocuk istihdam etmesine rağmen çocuk nüfusu içerisindeki çocuk işçi sayısının oranı 2008 yılında % 25, 2012 yılında ise % 21,4 ile çocuk haklarını daha çok görmezden gelen bölge olarak ortaya çıkmaktadır. Sahra Attı Afrika'da tehlikeli işlerde çalışan çocukların çocuk nüfusuna olan oranı ise 2008 yılında % 15,1 iken 2012 yılında % 10.4olarak gerçekleşmiştir. ILO'nun belirttiği üzere, Sahra Altı Afrika'da çocuk işçiliğinde diğer bölgelerden farklı olarak yaşanan bu düşüş, çocuk nüfusunda gözlenen artıştan kaynaklanmaktadır ve bunun anlamı bu düşüşün demografik faktörlerden daha çok rastlantısal faktörlere bağlı olduğudur.[42]

Tablo 2. Bölgelere Göre Çocuk İstihdamı, Çocuk İşçiliği ve Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği, 5-17 Yaş Grubu, 2008 ve 2012

Bölgeler		Çocuk Nüfusu	Çocuk İstihdamı		Çocuk İşçi		Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği	
		('000)	('000)	%	('000)	%	('000)	%
Asya ve Pasifik	2008	853,895	174,460	20.4	113,607	13.3	48,164	5.6
	2012	**835,334**	**129,358**	**15.5**	**77,723**	**9.3**	**33,860**	**4.1**
Latin Amerika ve Karayipler	2008	141,043	18,851	13.4	14,125	10.0	9,436	6.7
	2012	**142,693**	**17,853**	**12.5**	**12,505**	**8.8**	**9,638**	**6.8**
Sahra Altı Afrika	2008	257,108	84,229	32.8	65,064	25.3	38,736	15.1
	2012	**275,397**	**83,570**	**30.3**	**59,031**	**21.4**	**28,767**	**10.4**

Kaynak: ILO, Marking Progress Against Child Labour, s. 13.

42 ILO, Marking Progress, s. 5.

Cinsiyete göre çocuk işçiliği konusundaki verilere göre (Tablo 3) küresel düzeyde 2012 yılında 5-17 yaş arası 99.8 milyon erkek çocuk, 68 milyon kız çocuk çocuk işçi olarak çalışmaktadır. Tablo 3'den de görüldüğü üzere her iki cinsiyet için de çocuk işçiliği azalma eğilimi göstermiştir. Fakat bu rakamlar çocuk işçiliğine kız çocukların erkek çocuklara göre katılımını göz ardı edebilmektedir; çünkü bu rakamlar kız çocukların ev işlerine katılımını ve özellikle tehlikeli işlerde çalışmalarını yansıtmamaktadır ki bu durum küresel tahminlere yansımayan çocuk işçiliğinin önemli bir boyutudur.[43]

Tablo 3. Cinsiyete Göre Çocuk İstihdamı, Çocuk İşçiliği ve Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği, 5-17 Yaş Grubu, 2000 ve 2012

Cinsiyet		İstihdam Edilen Çocuklar		Çocuk İşçiliği		Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği	
		('000)	%	('000)	%	('000)	%
Erkek Çocuklar	2000	184,200	23.4	132,200	16.8	95,700	12.2
	2004	171,150	21.3	119,575	14.9	74,414	9.3
	2008	175,777	21.4	127,761	15.6	74,019	9.0
	2012	**148,327**	**18.1**	**99,766**	**12.2**	**55,048**	**6.7**
Kız Çocuklar	2000	167,700	22.5	113,300	15.2	74,800	10.0
	2004	151,579	19.9	102,720	13.5	53,966	7.1
	2008	129,892	16.9	87,508	11.4	41,296	5.4
	2012	**116,100**	**15.2**	**68,190**	**8.9**	**30,296**	**4.0**

Kaynak: ILO, Marking Progress Against Child Labour, s. 6.

Yaş grubuna göre bakıldığında (Tablo 4) 2012 yılı için en savunmasız kesimi oluşturan 5-11 yaş grubundaki çocuklar çocuk işçiliğinde en büyük paya sahiptir: 73 milyon ve toplam çocuk işçilerin % 44'dü. 15-17 yaş grubunda ise yıllar arasında dalgalanmalar görülmektedir: 2004 yılında her üç kategoride de keskin bir düşüş gösterirken 2008 yılında tekrar yükselişe geçmiştir. ILO'ya göre[44], bu dalgalanmalar ergen çocuklar ve ekonominin devresel evrimi arasındaki yakın bağlantıyı akla getirmektedir ve 15-17 yaş arası 47,5 milyon çocuk işçinin varlığı önemli bir ekonomik politikanın gerekliliğini dayatmaktadır. UNICEF'de benzer şekilde tehlikeli çocuk işçiliği ve yoksulluk arasındaki ilişkiyi vurgulayarak, yoksulluğun farklı ekonomik politikalarla

43 ILO, Marking Progress, s. 5.
44 ILO, Marking, s. 6.

önlenmesi gerektiğini öne sürmekte fakat tehlikeli çocuk işçiliğinin, çeşitli ekonomik uygulamalarla yoksulluğun azaltılmasından bağımsız olarak ortadan kaldırılmasının altını çizmekte[45] ve çocuk işçiliğinin sonlandırılmasının yoksulluğun ortadan kaldırılmasına bağlı olmadığını ve olmaması gerektiğini savunmaktadır.[46]

Tablo 4. Yaş Grubuna Göre Çocuk İstihdamı, Çocuk İşçiliği ve Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği, 2000-2012

Yaş Grubu		İstihdam Edilen Çocuklar		Çocuk İşçi		Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği	
		('000)	%	('000)	%	('000)	%
5-11 yaş	**2012**	**73,072**	**8.5**	**73,072**	**8.5**	**18,499**	**2.2**
12-14 yaş	**2012**	**70,994**	**19.6**	**47,381**	**13.1**	**19,342**	**5.3**
5-14 yaş	2000	211,000	17.6	186,300	15.5	111,300	9.3
	2004	196,047	16.2	170,383	14.1	76,470	6.3
	2008	176,452	14.5	152,850	12.6	52,895	4.3
	2012	**144,066**	**11.8**	**120,453**	**9.9**	**37,841**	**3.1**
15-17 yaş	2000	140,900	42.4	59,200	17.8	59,200	17.8
	2004	126,682	35.2	51,911	14.4	51,911	14.4
	2008	129,217	35.0	62,419	16.9	62,419	16.9
	2012	**120,362**	**33.0**	**47,503**	**13.0**	**47,503**	**13.0**

Kaynak: ILO, Marking Progress Against Child Labour, s. 6.

Tablo 5 bize ulusal gelire göre 5-17 yaş grubundaki çocuk işçilerin 2012 yılı için verilerini göstermektedir. Tablo bize şaşırtıcı olamayacak şekilde çocuk işçiliğinin bütün çocuk nüfusu içerisindeki % 22.5'lik oranla fakir ülkelerde daha yüksek olduğunu göstermektedir. Orta gelirli ülkeler 93,6 milyonla çocuk işçiliğine ev sahipliği yapmaktadır. ILO[47]'ya göre, çocuk işçiliği yoksul hanelerde çok daha yaygın olmasına rağmen bu hanelerle sınırlı değildir ve hatta çoğu gelişmekte olan ülkelerde daha yüksek gelir dilimindeki hanelerden gelen çocuk işçi sayısı oldukça yüksektir. Gelir ve yoksulluk çocuk işçiliğinin önemli bir belirleyenleri olsa da aileleri çocuklarını çalışmaya göndermeleri için bir sebep değildir. Ülkenin ve ailenin gelir düzeyini yükseltmeye yönelik bir eylem önemli bir hedeftir fakat bu eylem yeterli değildir ve tek başına çocuk işçiliğini ortadan kaldırmaz.

45 UNICEF, The State of The World's Children, 1997, s. 20.
46 UNICEF, a.g.e., s. 21.
47 ILO, Marking Progress, s. 7.

Tablo 5. Ulusal Gelire Göre Çocuk İşçi Dağılımı, 5-17 Yaş Grubu, 2012

Ulusal Gelir Kategorileri	Toplam Çocuk Sayısı	Çocuk İşçiliği	
	('000)	('000)	%
Düşük Gelirli	330,257	74,394	22.5
Alt Orta Gelirli	902,174	81,306	9.0
Üst Orta Gelirli	197,977	12,256	6.2

Kaynak: ILO, Marking Progress Against Child Labour, s. 7.

Çocuk işçiliğinin sektörel dağılımını veren Tablo 6'ya baktığımızda %60 ile en büyük orana tarım sektörü sahiptir. Tarım sektöründe çocuk işçiliği öncelikle küçük aile çiftliklerinde yoğundur fakat aynı zamanda hayvancılık, balıkçılık ve su ürünleri faaliyetlerine kadar uzanmaktadır. Tarım sektörü, ölümle sonuçlanan iş kazaları açısından üç sektörden biri olmasının yanında ölümcül olmayan kazaların ve meslek hastalıklarının çokça görüldüğü sektör olarak farklı bir yerde yer almaktadır.[48]

Tablo 6. Çocuk İşçiliğinin Sektörel Dağılımı, 5-17 Yaş Grubu, 2008-2012

Sektörler	2008		2012	
	('000)	%	('000)	%
Tarım	129,161	60.0	98,422	58.6
Sanayi	15,068	7.0	12,092	7.2
Hizmetler	55,109	25.6	54,250	32.3

Kaynak: ILO, Marking Progress Against Child Labour, s. 7.

Tablo 7'den de görüldüğü üzere, çocuk işçiliği 2000 yılından bu yana önemli ölçüde bir düşüş gösterse de halen önemli bir sorun olarak devam etmektedir. 2012 yılında 5-17 yaş arası grupta çocuk işçiliği 168 milyondur ve çalışan çocukların % 11'ini oluşturmaktadır. Çocukların sağlık, güvenlik ve ahlaki gelişimlerini doğrudan etkileyen tehlikeli işlerde çalışan çocukların sayısı ise 85 milyonla tüm çocuk işçilerin yarısından fazlasını oluşturmaktadır.

48 ILO, a.g.e., s. 23.

Tablo 7. Cinsiyet, Yaş ve Bölgelere Göre Çocuk İstihdamı, Çocuk İşçiliği ve Tehlikeli İşlerde Çocuk İşçiliği, 2012.

Cinsiyet, Yaş ve Bölgeler	Toplam Çocuk	İstihdam Edilen Çocuklar		Çocuk İşçi		Tehlikeli İşlerdeki Çocuk İşçiliği	
	('000)	('000)	%	('000)	%	('000)	%
Dünya (5-17 yaş)	**1,585,566**	**264,427**	**16.7**	**167,956**	**10.6**	**85,344**	**5.4**
Erkek Çocuklar	819,877	148,327	18.1	99,766	12.2	55,048	6.7
Kız Çocuklar	765,690	116,100	15.2	68,190	8.9	30,296	4.0
5-11 yaş	858,925	73,072	8.5	73,072	8.5	18,499	2.2
12-14 yaş	362,146	70,994	19.6	47,381	13.1	19,342	5.3
5-14 yaş	1,221,071	144,066	11.8	120,453	9.9	37,841	3.1
15-17 yaş	364,495	120,362	33.0	47,503	13.0	47,503	13.0
Asya ve Pasifik	835,334	129,358	15.5	77,723	9.3	33,860	4.1
Latin Amerika ve Karayipler	142,693	17,843	12.5	12,505	8.8	9,638	6.8
Sahra Altı Afrika	275,397	83,570	30.3	59,031	21.4	28,767	10.4
MENA Ülkeleri	110,411	13,307	12.1	9,244	8.4	5,224	4.7

Kaynak: ILO, Marking Progress Against Child Labour, s. 15.

B) Türkiye Ekonomisinde Çocuk İşçiliğine İlişkin Göstergeler

Türkiye'nin önemli temel sorunlarıyla ilişkili olarak çocuk işçiliği de çok boyutlu bir sorundur; yoksulluk, eğitim sisteminin beklentilere yanıt verememesi, işverenlerin ucuz işgücünü tercih etmeleri, çocukların erken yaşlarda çalışmaya başlamalarında önemli etkenlerdir.[49]

Ülkemizde IPEC programı kapsamında ILO ile Türkiye İstatistik Kurumu arasında imzalanan projenin bir gereği olarak çocuk işgücü anketinin birincisi Ekim 1994 yılında, ikincisi Ekim 1999'da, üçüncüsü 2006 (Ekim-Kasım-Aralık) yılında ve sonuncusu 2012 (Ekim-Kasım-Aralık) yılında gerçekleştirilmiştir. Biz burada sadece son iki yılın verilerine değineceğiz.

[49] Özcan Karabulut, Türkiye'de Çalışan Çocuklar, TÜRK-İŞ Çalışan Çocuklar Bürosu, İstanbul, 1996, s. 3.

Tablo 8. Çocuk Nüfus, Cinsiyet, Yerleşim Yeri Göstergeleri (6-17 Yaş Grubu), 2006-2012

Göstergeler	2006 (Ekim-Kasım-Aralık)		2012 (Ekim-Kasım-Aralık)	
	(Bin Kişi)	(%)	(Bin Kişi)	(%)
6-17 Yaş Grubu Nüfus	15.025	-	15.247	-
İstihdam (6-17 Yaş)	890	100	893	100
Yaş Grubu				
6-14 Yaş	285	32	292	32,7
15-17 Yaş	605	68	601	67,3
Cinsiyet				
Erkek	601	67,5	614	68,8
Kadın	289	32,5	279	31,2
Yerleşim Yeri				
Kent	490	55,1	400	44,8
Kır	400	44,9	493	55,2

Kaynak: http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13659

Tablo 8'e göre, ekonomik faaliyette çalışan 6-17 yaş grubundaki çocukların 2006 yılı için istihdam oranı % 5,9 olarak gerçekleşmiş ve bu oran 2012 yılında da aynı düzeyde kalırken, istihdam edilen çocuk sayısında 3 bin kişilik artış gerçekleşmiştir. Çocukların istihdam oranı, 6-14 yaş grubunda % 2.6 düzeyinde gerçekleşirken, 15-17 yaş grubunda %15.6 düzeyinde oluşmuştur. Türkiye genelinde 6-17 yaş grubunda istihdam edilen çocukların oranı 2006 ve 2012 yılı için yaşadıkları yerler sırasıyla şu şekilde gerçekleşmiştir: % 55.1 ve % 44.8'i kentsel; % 44.9 ve % 55.2'si kırsal kesimde olup, bunların sırasıyla % 67.5 ve % 68.8'i erkek çocuklar; % 32.5 ve % 31.2'si ise kız çocuklarıdır.

Tablo 9. Çocuk İşgücünün Sektör Bazında Dağılımı (6-17 Yaş Grubu), 2006-2012

Göstergeler	2006 (Ekim-Kasım-Aralık)		2012 (Ekim-Kasım-Aralık)	
	(Bin Kişi)	(%)	(Bin Kişi)	(%)
Sektör				
Tarım	326	36,6	399	44,7
Sanayi	275	30,9	217	24,3
Hizmet	289	32,5	277	31,0

Kaynak: http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13659

Sektör bazında baktığımızda ise 2006 ve 2012 yılları için sırasıyla tarım sektörü % 36.6 ve % 44.7, sanayi sektörü % 30.9 ve % 24.3 ve son olarak hizmetler sektörü % 32.5 ve % 31.0 düzeyinde gerçekleşmiştir. Verileri gözönüne aldığımızda tarımda çocuk işçiliği çok sert bir yükseliş gösterirken sanayi ve hizmetler sektöründe düşüş gözlenmektedir. DİSK-AR'a göre "Tarımda çalışan çocuklar açısından asıl acı olanı ise tarımdaki istihdam artışının % 66'sının ve ücretsiz aile işçilerindeki artışın % 90'ının 6-14 yaş arası çocuklar olmasıdır. Toplamda da çocuk işçiliğinin artmasına neden olan 6-14 yaş çocuk işçilerin sayısındaki artıştır.[50]

Tablo 10. Çocuk İşgücünün İşteki Durumuna Göre Dağılımı (6-17 Yaş Grubu), 2006-2012

Göstergeler	2006 (Ekim-Kasım-Aralık)		2012 (Ekim-Kasım-Aralık)	
	(Bin Kişi)	(%)	(Bin Kişi)	(%)
İşteki Durum				
Ücretli veya Yevmiyeli	505	56,7	470	52,6
Kendi Hesabına	24	2,7	10	1,1
Ücretsiz Aile İşçisi	362	40,7	413	46,2

Kaynak: http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13659

Ücretsiz aile işçisi olarak çalışan çocukların oranı ise 2006 yılında % 40,7 olarak gerçekleşirken 2012 yılında artarak % 46,2 düzeyine yükselmiştir.

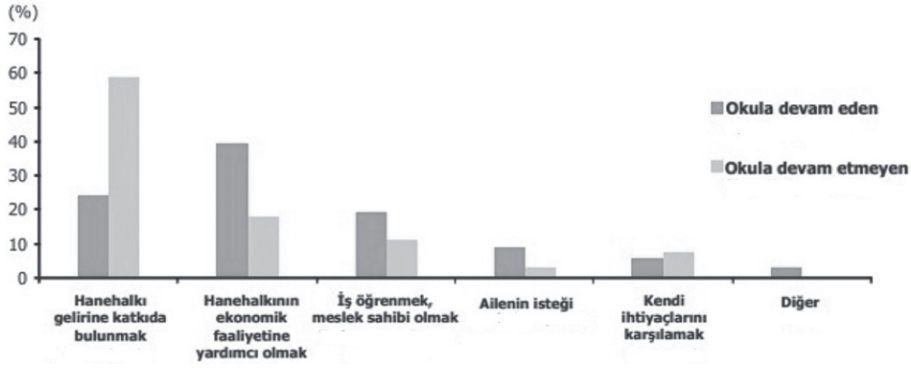
TÜİK'e göre 6-17 yaş grubundaki 7 milyon 503 bin çocuktan ev işlerinde ailesine yardımcı olduğunu ifade edenlerin **çocukların oranı** % 49,2'dir ve bunun 4 milyon 261 binini yani % 56,8'ini kız çocukları oluşturmaktadır. Ekonomik faaliyet tanımının dışında kalan ev işleri, hane halkı fertlerinin kendi evlerinde gerçekleştirdiği faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, hane halkı fertleri ve çocukları tarafından ücretsiz olarak gerçekleştirilen ev işleri kapsamaktadır: hane halkı için alışveriş yapma, yemek pişirme, çamaşır yıkama, ütü yapma, küçük kardeşlere veya hanede bulunan hasta fertlere bakma, evi temizleme, hanede bulunan eşyaları onarma vb. faaliyetler bu kapsamda değerlendiril-

50 DİSK-AR, "Türkiye'de Çocuk İşçiliği Gerçeği Raporu", 2016.

mektedir. DİSK-AR'a göre, ev işlerinde kız çocuklarının % 56,8'lik bir orana sahip olması ev işleri içerisinde yer alan çocuk, yaşlı ve hasta bakım hizmetlerinin genellikle kadınlar tarafından yapılması ve bu tür işlerinde kadınları çalışma hayatı dışında tutan işler olduğu bilinmektedir.[51]

Çalışma nedenine göre okula devam eden ve etmeyen çocuklar bakımından ise (Grafik 2) öncelikle belirtilmelidir ki "Türkiye'de çalışan çocukların, çalışma nedenlerinin başında yoksulluk gelmektedir."[52] 6-17 yaş grubundaki çalışan çocuklar içerisinde okula devam eden çocuklar için %39,3'ü hane halkının ekonomik faaliyetine yardımcı olmak yüzde 24'ü hane halkı gelirine katkıda bulunmak için çalışmaktadır. Okula devam etmeyen çocuklarda ise hane halkı gelirine katkıda bulunmak için çalışanların oranı % 58,7 seviyesindedir. Okula devam etmeyen ve hane halkının ekonomik faaliyetine yardımcı olmak için çalışan çocukların oranı ise % 18,1'dir. Toplamda çocukların yarısından çoğu ekonomik nedenlerle çalışmaktadır.[53]

Grafik 2. Çalışma Nedenine G**öre** Okula Devam Eden ve Etmeyen **Ç**ocuklar, 2012.



Kaynak: TÜİK, Çalışan Çocuklar, Ankara, 2012, s. 21.

51 DİSK-AR, a.g.m.
52 DİSK-AR, a.g.m.
53 DİSK-AR, a.g.m.

SONUÇ

UNICEF tarafından da vurgulandığı üzere teknoloji ve bilginin mevcut olduğu ve kolayca paylaşılabildiği ve son çeyrek yüzyılda kişi başına düşen gelirin üç katına çıktığı bir dünyada en fazla mağdur olan çocuklarda dâhil olmak üzere tüm çocukların haklarını yerine getirmemenin hiçbir mazereti olamaz.[54]

Çocuk istihdamı, çocuk işçiliği ve tehlikeli çocuk işçiliğiyle ilgili Dünya ve Türkiye'deki sayısal veriler uzun dönemde bu konuda büyük yollar alındığını gösterse de bu sorun halen varlığını devam ettirmektedir. Bunun başat nedeni ekonomi piyasanın ekonomik aktörlerin talepleri doğrultusunda ve benimsenen liberal ekonomi politikaları gereği esnekleştirilmesi ve bir kurala bağlı olarak çalışmasının terk edilmesidir.

Uluslararası arenada ve Türkiye özelinde yapılan esnek yasal düzenlemeler bizce özelikle 'ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş ülkeler' söz konusu olduğunda işçi örgütleri karşısında çok güçlü olan işveren örgütlerinin taleplerinin kabul edilmesini sağlayarak ucuz ve korunmasız emek olarak çocuk işçiliğinin önünü açmaktadır. Uluslararası örgütler tarafından belirlenen "18 yaşın altındaki herkes çocuktur" tanımı çerçevesinde daha aşağı yaştaki çocukların (15 ve 14 yaş ve daha küçük çocukların) çalışmasının önünü açan ulusal esnek yasal düzenlemeler yeniden gözden geçirilmelidir. Bu aynı zamanda Dünya'da ve Türkiye'de çocuk işçiliğinin sayısal büyüklüğü göz önüne alındığında IPEC'in kısa ve uzun dönem ayrımının kaldırılarak uzun dönem hedefin öncelikli hayata geçirilmesini dayatmaktadır, çocuk işçiliği ile mücadele aşamalar zinciri içerisinde düşünülmemelidir.

Çocukların hangi sebeple olursa olsun işçi olarak çalıştırılmaları, onların en doğal hakları olan oyun haklarının ve eğitim haklarının ellerinden alınmalarına neden olmaktadır. Bu nedenle çocukların çalışmalarına neden olan bütün toplumsal-ekonomik ortam yeniden sosyal devlet anlayışı temelinde kamusal olarak yapılandırılmalı ve tüm çocuklar ücretsiz eğitim, sağlık, beslenme ve benzeri en temel haklarına kavuşturulmalıdır.

---

54 UNICEF, The State of The World's Children, s. 12-13.

Kaynakça

4857 sayılı İş Kanunu, http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf , erişim tarihi: 3.3.2016.

Avşar Zeki ve Eren Öğütoğulları, "Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği ile Mücadele Stratejileri", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Ankara, 2012.

Aykaç Hande Bahar, "Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği", *TBB Dergisi*, Ankara, 2016.

ÇSGB (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı), Türkiye Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri, Ankara, 2014.

ÇSGB, Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, Ankara, 2014

Demir Fevzi, "Çalışma Hayatında Çocukların Korunması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel S. 2010

DİSK-AR, "Türkiye'de Çocuk İşçiliği Gerçeği Raporu",

http://www.disk.org.tr/2015/04/disk-ar-turkiyede-cocuk-isciligi-gercegi-raporu-2015/, erişim tarihi: 5.2.2016.

ILO, Minimum Age (Industry) Convention, 1919 (No. 5),

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0:::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,en,C005,/Document

ILO, Eliminating the worst forms of child labour, Geneva, 2002.

ILO, The End of Child Labour: Within reach, Geneva, 2006.

ILO, Marking Progress Against Child Labour: Global Estimates and Trends 2000-2012, Geneva, 2013.

ILO, World Report on Child Labour 2015: Paving the way to decent work for young people, Geneva, 2015.

IPEC, Children in Hazardous Work: What We Know, What We Need to Know, Geneva, 2011.

IPEC, The Worldwide Movement Against Child Labour: Progress Made and Future Action, Geneva, 2007

Karabulut Özcan, Türkiye'de Çalışan Çocuklar, TÜRK-İŞ Çalışan Çocuklar Bürosu, İstanbul, 1996.

Koray Meryem, "Sosyal Politikanın Anlamı ve İşlevini Tartışmak", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007.

Serozan Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

TÜİK, Çocuk İşgücü Anketi Sonuçları, Ankara, 2012.

TÜİK, Çocuk İşgücü Anketi Sonuçları, 2012,

http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13659, erişim tarihi: 10.4.2016.

TÜİK, Çocuk İşgücü Anketi Sonuçları, 2006,

www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=482, erişim tarihi: 10.4.2016.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf

UNICEF, The State of The World's Children, Oxford University Press, New York, 1997.

UNICEF (1989), "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme",

http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23b.html, erişim tarihi: 10.5.2016.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜCE MAHKEMESİ

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

Can YAVUZ*

Özet: Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi sadece somut norm denetimi yapan bir anayasa mahkemesi değil aynı zamanda yargı teşkilatı içinde en yüksek kademede bulunan temyiz mercidir. Bu sebepten ötürü, dokuz hâkimin verdiği kararlar hem insanların hayatlarını hem de Amerikan demokrasisini doğrudan etkilemektedir.

Anahtar Kelimeler: Amerikan Hukuku, Anayasa Hukuku, Anayasa Mahkemesi, Önemli Kararlar

Abstract: Supreme Court of the United States is not only a constitutional courtthat conducts concrete judicial review but also the highest court of appeal in the justice system. For this reason, judgments of nine judges directly affect both people's life and American democracy.

Keywords: American Law, Constitutional Law, Constitutional Court, Landmark Decisions

GİRİŞ

Çalışmanın birinci bölümünde Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Yüce Mahkemesinin kısa tarihçesine, çalışanlarına ve hâkimlerine değinilecek ayrıca mahkemenin görevi, yetkileri ve işleyişi incelenecektir. İkinci bölümde anayasaya uygunluk denetimi, hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı, ifade özgürlüğü ve ırk ayrımcılığı gibi, mahkemenin önemli konularda verdiği dört tarihi karardan kısaca bahsedilecektir.

* Avukat, İstanbul Barosu

BİRİNCİ BÖLÜM

ABD Yüce Mahkemesi

1.1. Mahkemenin Kısa Tarihçesi

1789'da kurulan ABD Yüce Mahkemesi resmi olarak ilk kez 2 Şubat 1790'da New York'ta toplanmıştır. Mahkeme ilk kararını 3 Ağustos 1791 tarihinde *West v. Barnes* davasında almıştır.[1]

Mahkeme ilk kurulduğu yıllarda "*enerjisi, itibarı ve ağırlığı*" olmayan bir kurum olarak görülmüştür. Hatta mahkemenin ilk on yılında atanan ilk on iki hâkimden beşi farklı görevler almak için mahkemedeki görevlerinden istifa etmiştir. İstifa eden beş kişiye yeniden hâkim veya baş hâkim olması için teklif götürülmüş fakat öneriler reddedilmiştir.[2] Bu durum kısa süre içerisinde radikal bir şekilde değişmiştir. *Marbury v. Madison* davasında verilen: "*Yasanın ne olduğunu belirlemek, açıkça yargı organının yetkisi ve görevi içindedir*" kararıyla birlikte mahkemenin sistem içerisinde konumu ve prestiji ciddi ölçüde artmıştır.[3] Bu durum Alexis De Tocqueville tarafından: "*Hiçbir halk, Amerikalılar kadar büyük bir yargı kuvveti oluşturmadı. Görevlerinin kapsamı, siyasi etkisi, Birlik'in barışı ve bizzat varoluşu yedi* [şimdi dokuz] *federal yargıcın bilgeliğine bağlıdır*" şeklinde dile getirilmiştir.[4]

Mahkeme, önemine rağmen, 146 yıl boyunca kendine ait bir binada çalışmadı ve toplantılar için farklı yerleşkeler kullandı. 1932 yılında yapımına başlanan inşaat 1935 yılında sona erdi ve mahkeme kendisine ait bir binaya kavuştu. ABD Yüce Mahkemesi günümüzde Washington D.C.'de bulunan binasında görev yapmaktadır.[5]

---

1 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi1, erişim 18.03.2016, ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/about/institution.aspx, erişim 18.03.2016

2 John Rutledge Güney Carolina baş hâkimi olmak için, John Jay ise New York valisi olmak amacıyla görevini bırakmıştır. Robert S. Barker, "Şerefim Üzerine Yemin Ederim", Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, Nisan 2005, s. 14, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

3 A. E. Dick Howard, "'Hukukun Ne Olduğunu Belirlemek' Anayasa Uygunluğunu Belirleyen Hakem Olarak Yüksek Mahkeme"Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, Nisan 2005, s. 6, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016, Robert S. Barker, "Şerefim Üzerine Yemin Ederim", s. 14

4 Mahkeme o tarihte yedi üyeden oluşmaktaydı fakat günümüzde hâkim sayısı dokuzdur. Alexis De Tocqueville, Amerika'da Demokrasi, İletişim Yayıncılık, 1. Baskı, 2016, s. 163

5 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/abo-

1.2. Mahkeme Çalışanları

ABD Yüce Mahkemesinde hâkimlerin görevlerini yerine getirmesine yardımcı olan birçok personel yer almaktadır. Mahkemede hâkimlerden sonra en kritik görevi üstlenmiş görevliler raportörlerdir. Raportörler, ABD'nin en iyi hukuk okullarından birkaç yıl önce mezun olmuş, genellikle Federal Temyiz Mahkemelerinde bir yıl staj yapmış, en iyi ve parlak hukukçular arasından seçilir. Raportörler mahkemeye yapılan başvurular ve onların kabul edilebilirliği hakkında rapor hazırlarlar. Bu yüzden, raportörler mahkemenin işleyişinde ciddi bir önem taşımaktadır. Raportörler bir yıl boyunca staj (görev) yaparlar ve her hâkimin dört raportörü vardır.[6] Şimdiye kadar mahkemede görev yapmış altı hâkim mahkemede daha önce raportör olarak çalışmıştır.[7]

Mahkemenin önemli bir çalışanı kâtiptir. Kâtipler mahkeme için belge toplarlar, onları (hâkimler tarafından) incelemeye hazır hale getirirler ayrıca hâkimlerin karar verirken kullanacakları belgeleri hazırlarlar. Bunun yanı sıra, dava tarafları, avukatlar, kamuoyu ve mahkeme arasındaki irtibatı sağlamak kâtiplerin bir başka fonksiyonudur.[8]

İdari işler memuru mahkeme binasının güvenliğini, çalışmasını ve bakımını sağlar. Ayrıca, törenlerde yargıçlara nezaret eder. Mahkeme hukuki görüşlerini yayımlamak için karar yayın memuru istihdam etmektedir. Karar yayın memuru, mahkemenin kararlarını, hukuki görüşlerini ve benzeri dokümanlarını kitap olarak yayımlar ve internete yükler. Mahkemenin medya ve halk ile olan iletişimini sağlamak için enformasyon memuru (sözcü) istihdam edilmiştir. Sözcü, mahkemenin emir ve kararlarını açıklar, medyada doğru şekilde yer almasını sağlar ayrıca mahkemenin tarihi ve görevleri hakkında halkı bilgilendirir.[9]

---

ut/courtbuilding.aspx, erişim 17.06.2016

6 Mark C. Miller, "Law Clerks and Their Influence at the US Supreme Court: Comments on Recent Works by Peppers and Ward", Law & Social Inquiry,Volume 39, Issue 3, Summer 2014, s. 741–744, http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32761.pdf, erişim 24.03.2016, Thomas E. Barker, "A Primer on Supreme Court Procedures", s. 481;http://supremecourthistory.org/htcw_lawclerks.html, erişim 24.03.2016

7 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq_justices.aspx#faqjustice19, erişim 22.03.2016

8 William K. Suter; Pamela Talkin; Frank Wegner;Kathleen Landin Arberg, "Kapalı Kapılar Ardında Çalışma", Demokrasi ile İlgili Meseleler,ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, Nisan 2005, s. 35, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

9 William K. Suter; Pamela Talkin; Frank Wegner; Kathleen Landin Arberg, "Kapalı Kapılar Ardında Çalışma", s. 36-38

1.3. Mahkemenin Hâkimleri

1.3.1. Hâkim sayısı

Mahkeme kurulduğunda yargıç sayısı altı olarak belirlenmişti. 1801 yılında sayı beşe indirilmiş; 1807'de yedi, 1837'de dokuz, 1863'te on kişiye çıkarılmıştır. 1866'da yedi üyeye indirilen mahkeme; 1869 yılında dokuz üyeye çıkarılmıştır. Mahkeme günümüzde halen dokuz hâkim ile görev yapmaktadır.[10]

ABD'nin 32. Başkan'ı Franklin D. Roosevelt 1937 yılında mahkemenin üye sayısını arttırmaya çalışmış fakat sonuç elde edememiştir. "Büyük Durgunluk" (Great Depression) döneminde ABD ekonomisi ciddi sıkıntı içindeydi. Ekonomiyi canlandırmak için Başkan Roosevelt "Yeni Düzen" (New Deal) planını uygulamaya koydu. Fakat plan çerçevesinde (1933-1936 yıllarında) çıkarılan birçok kanun ABD Yüce Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulundu.[11] 1936 yılında yapılan seçimde Roosevelt Kongrenin iki kanadında önemli bir çoğunluk sağladı. Başkan Roosevelt, çıkardığı yasaları Anayasa'ya aykırı bulan ABD Yüce Mahkemesinin kompozisyonunu lehine çevirebilmek için mahkemeye altı hâkimi atamasına imkân verecek bir yasa tasarısı hazırladı. Fakat hem halk hem de Kongre, Başkan'ın planına tepki gösterdi. Bu durum halkın ve Kongrenin önemli bir bölümünün Roosevelt'in ekonomik planına destek vermesine karşın, mahkemenin bağımsızlığına güncel politikalardan daha fazla önem verildiğini gösteren ti-

---

10 Murat Sevinç,"ABD Yüce Mahkemesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* Cilt 51, Sayı 1-4, 1996, s. 393, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/51/1/25_murat_sevinc.pdf, erişim 19.03.2016.

11 Anayasaya aykırı bulunan kanunlar ve ilgili davalar şu şekildedir: "Act of 1933-tarımla ilgili yasa; U. S. v. Butler (1936), ve Rickert Rice Mills v. Fountenot (1936), Economy Act of 1933 (bir bendi)- Lynch v. U. S. (1934), National Industrial Recovery Act (bölüm üç)- Schecter Poultry Co. v. U. S. (1935), National Industrial Recovery Act (birinci bölümden bir hüküm)- Panama Refining Co. v. Ryan (1935), Home Owners Loan Act of 1933 (1934 değişikliği)- Hopkins Savings Assn. v. Cleary (1935), Railroad Retirement Act- Railroad Retirement Board v. Alton R. Co. (1935), Bituminous Coal Conservation Act- Carter v. Carter Coal Co. (1936), Frazier-Lemke Act of 1934 (çiftçilerin iflasıyla ilgili yasa)- Louisville Bank v. Radford (1935)." Çıkarılmış yasaların çoğunluğu kanun tekniği bakımından oldukça zayıftır. Fatih Öztürk, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini,İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2011, İstanbul, s. 39, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/, erişim 22.03.2016

pik bir örnektir.[12] Sonuç olarak, mahkeme 1869 yılından beri biri baş hâkim olmak üzere dokuz üye ile görevini yerine getirmektedir. Baş hâkim "eşitler arasında birinci" unvanına sahip olsa da her hâkim gibi bir oy hakkına sahiptir.[13]

1.3.2. Hâkimlerin atanmaları

Bir kişinin ABD Yüce Mahkemesine hâkim olarak atanabilmesi için ABD Başkan'ı tarafından aday gösterilmesi ve adayın Senatonun çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerekir.[14] Böylece, hem yasama hem de yürütme erkinin mahkemenin kompozisyonunun oluşmasında etkisi olur.[15]

ABD Yüce Mahkemesinde bir üyelik boşalınca Başkan boşluğu doldurmak için bir kişiyi aday gösterir. Mahkemenin birçok kararı son derece çekişmeli bir şekilde, beş üyeye karşı dört üyenin oyuyla alındığından ve hâkimler ömür boyu görev yapabildiğinden ötürü, gösterilecek adayın belirlenmesi son derece önemli bir süreçtir. Bu yüzden, Başkan potansiyel adaylar hakkında önceden bilgi toplar ve belirlediği aday adayları ile görüşür. Aday gösterilecek kişiye ilişkin yaş, eğitim, meslek veya vatandaşlığa ilişkin bir kısıtlama yoktur.[16]

---

12 Robert S. Barker, "Şerefim Üzerine Yemin Ederim", s. 17, Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 1. Baskı, 2003, s 12

13 David Schultz, Encyclopedia of the Supreme Court,Infobase Publishing, 2005, s. 74, https://books.google.com.tr/books/about/The_Encyclopedia_of_the_Supreme_Court.html?id=I_f6Oo9H3YsC&redir_esc=y, erişim 19.03.2016

14 Anayasayı hazırlayanlardan Alexander Hamilton atama sürecinde hem Senato hem de Başkan'ın rol almasını şu şekilde açıklamıştır: "Senato ile Başkan arasında atamalara ilişkin maddede belirtilen ilişki ile ilgili olarak bazıları bunun Başkan'ın Senato üzerinde aşırı bir nüfuz kullanmasına yol açacağını ileri sürerken başkaları da bunun tam tersi bir durumun ortaya çıkacağı görüşünü savunmuştur. Bu, her ikisinin de doğru olmadığını gösteren güçlü bir kanıttır." Aktaran, Robert S. Barker, "Şerefim Üzerine Yemin Ederim", s. 15

15 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi1, erişim 18.03.2016

16 Örneğin, mahkemede görev yapmış altı hâkim ABD dışında doğmuştur.İlginç bir bilgi olarak, 1889-1910 yılları arasında mahkemede görev yapmış hâkim David J. Brewer 1837 yılında İzmir'de doğmuştur. ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi1, erişim 19.03.2016, ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq_justices.aspx#faqjustice8, erişim 19.03.2016

Gösterilecek adayın etiği, hukukçu vasfı, dünya görüşü, eğitimi, cinsiyeti, dini inancı ve etnik geçmişi son derece önemlidir. Mahkemede son otuz yılda görev yapmış hâkimlerin önemli bir bölümü Federal Temyiz Mahkemelerinde hâkim olarak görev yapmış tecrübeli hukukçulardır.[17]

ABD çok kültürlü bir toplum olduğundan, hâkimlerin etnik, dini ve benzeri özellikleri atanmalarında önemli bir rol oynar. Etnik geçmiş açısından bakıldığında, mahkemede şimdiye kadar görev yapmış hâkimlerden sadece iki tanesi, Thurgood Marshall ve halen görevde olan Clarence Thomas, Afro-Amerikalı'dır. Halen görevde olan Sonia Sotomayor ise kendisini Latin (Hispanik) kökenli olarak tanımlayan tek hâkim olmuştur.[18] 1789'da kurulan mahkemede şimdiye kadar sadece dört kadın hâkim yer almıştır. Mahkemede hâlihazırda görev alan üç hâkim kadındır.[19]

Hâkimlerin profesyonel geçmişine bakıldığında, kariyerlerinin farklı dönemlerinde değişik meslekleri icra etmiş oldukları görülmektedir. 1789-2010 yılları arasında görev yapmış hâkimlerin (kariyerlerinin bir bölümünde): % 94,6'sının özel sektörde avukat, % 44,1'inin kamu sektöründe avukat, % 64'ü hâkim, % 50,5'i parlamenter, % 27'si kamu yöneticisi ve % 35,1'i ise asker olarak görev yapmıştır.[20]

Kuruluşundan beri mahkemede görev yapması için 161 kişi aday gösterilmiştir. Aday gösterilen on iki kişi Senato tarafından reddedilmiş, on iki kişinin adaylığı ise (Başkan tarafından aday gösterildikten sonra) geri çekilmiştir. Adaylığı kabul edilen 124 kişiden yedisi mahkemede görev yapmayı reddetmiştir.[21] Mahkemede şimdiye kadar 112

---

17 Susan Navarro Smelcer, Supreme Court Justices: Demographic Characteristics, Professional Experience, and Legal Education, 1789-2010, Nisan 2010, s. 1-2, 6, 17, https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40802.pdf, erişim 19.03.2016

18 Susan Navarro Smelcer, Supreme Court Justices: Demographic Characteristics, Professional Experience, and Legal Education, 1789-2010, s. 6-7

19 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx, erişim 19.03.2016

20 Susan Navarro Smelcer, Supreme Court Justices: Demographic Characteristics, Professional Experience, and Legal Education, 1789-2010, s. 12

21 ABD Senatosu resmi internet sitesi, http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm#official, erişim 20.03.2016

farklı hâkim görev yapmıştır. Bunlardan 17'si baş hâkim unvanına sahiptir.[22]

Başkanlar genellikle kendi dünya görüşlerine yakın kişileri aday gösterirler.[23] Bu konuda kantarın topuzunu kaçıran başkanların tipik bir örneği George W. Bush'dur. Yargıç Sandra Day O'Connor emekli olacağını açıkladıktan sonra yerinin doldurması için bir aday arayışına girildi. Başkan Bush 7 Ekim 2005'te Harriet Miers'i aday olarak gösterdi. Daha önce hâkim olarak hukukçu tecrübesi olmayan, ayrıca Başkan Bush'un arkadaşı ve avukatı olduğu iddia edilen bir kişinin aday gösterilmesi, Bush'un kendi partisi de dâhil, çok büyük bir kesimden ciddi bir tepki gördü. Tepkiler üzerine Miers'in adaylığı geri çekildi.[24]

Atanan hâkimler verdikleri kararlarla aday gösterildikleri Başkan'ları bazen "hayal kırıklığına" uğratmışlardır. Örneğin, Başkan Dwight Eisenhower yaptığı en büyük hatanın: ABD Yüce Mahkemesi 14. Baş hâkimi Earl Warren'ı aday olarak göstermek olduğunu belirtmiştir.[25] Abraham Lincoln'ün başına gelen olay oldukça ilginçtir. Başkan Lincoln, Hazine Bakanı Salmon P. Chase'i ABD Yüce Mahkemesi Baş hâkimi olması için aday gösterir ve Chase atanır. Lincoln'ün Chase'i atamasının arkasında tek bir gaye vardır. İç Savaş'ın finanse edilmesini sağlayacak yasanın hazırlanmasında eski Hazine Bakanı Chase rol almıştır. Lincoln, yasa mahkeme önüne geldiğinde Chase'in yasa lehine oy vereceğinden emindir. Fakat Başkan'ın planı tutmaz ve Chase yapımında rol aldığı yasanın anayasaya aykırı olduğu yönünde oy kullanmakla kalmaz aynı zamanda yasayı anayasaya aykırı bulan

---

22 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx, erişim 20.03.2016

23 Mehmet Emin Akgül, "Yargısal Bağımsızlık: Amerika Birleşik Devletleri Örneği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2008, 14-3, s. 126-127, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/2008C.14S.3/113-146.pdf, erişim 19.03.2016

24 BBC, "US top court nominee steps down", 27.10.2005, http://news.bbc.co.uk/2/hi/4382370.stm, erişim 24.03.2016, NBC, "Miers withdraws Supreme Court nomination", 27.10.2005, http://www.nbcnews.com/id/9837151/ns/us_news-the_changing_court/t/miers-withdraws-supreme-court-nomination/#.VvPKuKLSUk, erişim 24.03.2016

25 S. Purdum Todd, "Presidents, Picking Justices, Can Have Backfires", The New York Times, 05.06.2005, http://www.nytimes.com/2005/07/05/politics/politicsspecial1/presidents-picking-justices-can-have-backfires.html, erişim 19.03.2016

mahkeme kararını da kaleme alır.[26] ABD Yüce Mahkemesinin 16. Başkanı William Rehnquist'e göre, yaşanan olay değişik erklerin aynı hukuki durumu farklı yorumlayabileceğini gösteren klasik bir örnektir.[27] Bir başka örnek ise Başkan Richard Nixon ile alakalıdır. Nixon'ın taraf olduğu *United States v. Nixon* davasında, Başkan Nixon tarafından aday gösterilip atanan dört hâkimden üçü onun aleyhine oy verirken diğer hâkim davadan çekilmiştir.[28]

1.3.3. Hâkimlerin teminatı ve bağımsızlığı

Yargıçlar "iyi hal" gösterdikleri takdirde istedikleri sürece görevde kalabilirler. Bu durum 19. yüzyıldan beri oldukça tartışmalı bir konudur. Diğer bir deyişle, yargıçların görev süresinin kısıtlanması birçok kez gündeme gelmiş olmasına rağmen böyle bir değişiklik yapılmamıştır.[29] Bir başka hâkimlik teminatı ise hâkimlerin maaşlarına ilişkindir. Hâkimlerin görevleri süresince maaşları azaltılamaz.[30] Bu düzenlemeler hâkimlik teminatı olarak yargı erkinin; yasama ve yürütme organından bağımsız olmasını sağlamaya yöneliktir.[31]

---

26 S. Purdum Todd, "Presidents, Picking Justices, Can Have Backfires", http://www.abrahamlincolnsclassroom.org/abraham-lincolns-contemporaries/abraham-lincoln-and-salmon-p-chase/, erişim 19.03.2016

27 ABD Yüce Mahkemesi'nin 16. Başkanı William Rehnquist'e göre Başkanların mahkemeyi kendi ideolojisine yakın hâkimlerle doldurması [mahkemenin] tabiatı gereği zordur. Yeni atanan bir hâkim kendisini aday gösteren Başkan'a bir süre bağlılık hissedebilir. Ama bu bağ ABD'deki kurumların baskısıyla zamanla gevşer. Michigan Üniversitesi Hukuk Okulu öğretim üyesi Richard D. Friedman'a göre, mahkemenin dinamiği alınan kararlar üzerinde son derece etkilidir. Friedman, hâkimlerin birbirleriyle ve raportörlerle sıkça mütalâada bulunduklarını belirtmiştir. S. Purdum Todd, "Presidents, Picking Justices, Can Have Backfires"

28 Robert S. Barker, "Şerefim Üzerine Yemin Ederim", s. 17

29 John Paul Jones, "Yüksek Mahkeme Benzersiz Bir Kurum",Demokrasi ile İlgili Meseleler,ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, Nisan 2005, s. 13, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

30 2016 yılı itibariyle ABD Yüce Mahkemesi Başkanı yıllık 260 700, mahkeme üyeleri ise 249 300 Amerikan Doları maaş almaktadır. http://www.uscourts.gov/judges-judgeships/judicial-compensation, erişim 19.03.2016. ABD Anayasası 3. maddesinin 1. Bölümü şu şekildedir: "Yüksek Mahkeme ve alt mahkeme yargıçları, iyi halleri sürdüğü sürece görevde kalır ve görevde bulundukları sürece hizmetleri karşılığında belli zamanlarda, azaltılamayacak bir maaş alacaklardır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 30, http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf, erişim 20.03.2016

31 Hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusu, ABD Anayasası'nın şerhi niteliğinde olan The Federalist'in 78 numaralı sayısında tartışılmıştır. http://landmarkcases.org/en/Page/280/The_Power_of_the_Judicial_Branch_The_Federa-

Hâkimlerim görevden alınmasının tek yolu "impeachment[32]"dır. Bu yönteme şimdiye kadar sadece bir kez (1796 ila 1811 yılları arasında mahkemede görev yapan hâkim Samuel Chase hakkında) başvurulmuştur. 1805 yılında başlatılan süreçte Temsilciler Meclisi, Yargıç Chase'in görevden alınmasını onaylamış fakat Senatonun yargıcı aklaması sebebiyle süreç sonuçlanamamıştır.[33]

Hâkimler ortalama olarak elli dört yaşında aday gösterilir ve yetmiş yaşında görevden ayrılırlar.[34] Şimdiye kadar mahkemede görev almış en yaşlı üye doksan yaşında emekli olan Yargıç Oliver Wendell Holmes Jr.'dır. Görevde en uzun süre kalmış hâkim, 1939 yılından 1975 senesine kadar tam otuz altı yıl boyunca mahkemede çalışmış olan William O. Douglas'dır. Bir yıl on sekiz gün görev alan hâkim John Rutledge mahkemede en kısa süre çalışan hâkim olarak kayda geçmiştir. Hâkimlerin ortalama görev süresi ise on altı yıl olarak gerçekleşmiştir. Otuz iki yaşında atanan Joseph Story mahkemenin en genç hâkimi olmuştur. Atanan en yaşlı hâkim ise atmış sekiz yaşında yemin etmiş olan Harlan F. Stone'dur.[35]

1.3.4. Hâlihazırda görev yapan hâkimler

Bu makale kaleme alındığı sırada mahkemenin vefat eden eski hâkimlerinden Antonin Scalia'nın yerinin doldurulamamış olması sebebiyle mahkemede sekiz hâkim bulunmaktadır. Aşağıdaki tabloda mahkemede hali hazırda görev yapan hâkimlerin isimleri, doğum ve göreve başlama tarihleri ayrıca hangi başkan tarafından atandıkları gösterilmektedir.

---

list_Number_78_and_the_AntiFederalist_78, erişim 25.03.2016

32 Temsilciler Meclisi tarafından soruşturma açılması ve Senato'da yargılanma.

33 O tarihte Temsilciler Meclisi'nin çoğunluğu Jefferson yanlısıydı. ABD Yüce Mahkemesi ise daha çok "Federalist" görüşteydi. Temsilciler Meclisi federal görüşlü yargıya boyun eğdirmek için Yargıç Samuel Chase hakkında soruşturma başlattı. Jefferson taraftarları Senato'da da çoğunluğu oluşturmaktaydı. Fakat Senato'da yeterli sayıda Jefferson yanlısı görevden alınma yönünde oy vermeyince Yargıç Chase aklandı. Robert S. Barker, "Şerefim Üzerine Yemin Ederim", s. 17, ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi5, erişim 17.03.2016

34 http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-age-at-nomination erişim 24.03.2016,http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-departure-age, erişim 24.03.2016

35 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq_justices.aspx#faqjustice1, erişim 18.03.2016

Tablo 1 – Mahkemede Görev Yapan Hâkimler, Hâkimleri Atayan Başkanlar, Hâkimlerin Doğum ve Göreve Başlama Tarihleri[36]

Adı	Atayan Başkan	Göreve Başlama Tarihi	Doğum Tarihi
Anthony M. Kennedy	Reagan	18 Şubat 1988	23 Temmuz 1936
Clarence Thomas	Bush G. H. W.	23 Ekim 1991	23 Ekim 1991
Ruth Bader Ginsburg	Clinton	10 Ağustos 1993	15 Mart 1933
Stephen G. Breyer	Clinton	3 Ağustos 1994	15 Ağustos 1938
John G. Roberts Jr.	George W. Bush	29 Eylül 2005	27 Ocak 1955
Samuel Anthony Alito Jr.	George W. Bush	31 Ocak 2006	1 Nisan 1950
Sonia Sotomayor	Obama	8 Ağustos 2009	25 Haziran 1954
Elena Kagan	Obama	7 Ağustos 2010	28 Nisan 1960

Görevdeki hâkimlerin hepsi Amerikalıdır ve genellikle Yale, Harvard gibi "Ivy League" hukuk okulları mezunudur. Ayrıca, birçok hâkim mahkemeye atanmadan önce hukuk okullarında öğretim üyesi ve yüksek mahkeme (Federal Temyiz Mahkemesi) hâkimi olarak çalışmıştır. Görevdeki hâkimlerin üç tanesi kadın beş tanesi ise erkektir.[37] Hâkimlere ilişkin sıkça tartışılan bir konu ise yaşlarıdır. Hali hazırda mahkemede görev yapan hâkimlerden en yaşlısı seksen üç en genci ise elli beş yaşındadır. Görevdeki hâkimlerin ortalama yaşı ise atmış sekiz buçuktur.[38]

1.4. Mahkemenin Görev ve Yetkileri

ABD'deki yargı erkinin görev ve yetkilerinin genel çerçevesi Ana-

36 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx, erişim 17.03.2016

37 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx, 17.03.2016

38 Rakamlar Mart 2016 itibariyle günceldir.

yasa ile çizilmiştir.[39] Aşağıdaki tabloda ise ABD Yüce Mahkemesinin görev ve yetki alanı gösterilmiştir.

Tablo 2 – ABD Yüce Mahkemesinin Görev ve Yetki Alanı[40]

İlk Derece Mahkemesi Olarak Görevleri	Temyiz Mahkemesi Olarak Görevleri
İki veya daha fazla eyalet arasındaki uyuşmazlıklara bakar (münhasır yetki)	Federal Temyiz Mahkemelerinin kararlarını inceleyebilir
Farklı eyaletlerin sakinleri arasındaki davalara bakar	Eyalet Yüksek Mahkemelerinin federal yasayla ilgili kararlarını inceleyebilir
Federal hükümet ile eyaletler arasındaki davalara bakar	Üç yargıçlı Federal Bölge Mahkemesi kararlarını inceleyebilir
Yabancı diplomatların, diplomatik elçilerin, konsolosların ve konsolos yardımcılarının taraf olduğu davalara bakar	Belirli alanlarda uzmanlaşmış İtiraz Mahkemelerinin kararlarını inceleyebilir

ABD Yüce Mahkemesi'nin iki veya daha fazla eyalet arasındaki davalara ilişkin münhasır yargı yetkisi vardır. Mahkemenin farklı eyalet sakinleri arasındaki, federal hükümetle eyaletler arasındaki davalarda ayrıca diplomatlara ilişkin davalardaki yetkisi münhasır de-

39 ABD Anayasası'nın 3. maddesinin 2. bölümü şu şekildedir: "Yargı organının yetkisi, bu Anayasa'dan doğan tüm hukuksal ve adli davaları, Birleşik Devletler yasalarından, bunlardan alınan yetki ile yapılmış veya yapılacak antlaşmalardan ortaya çıkacak, yasalar ve emsaller kapsamına giren bütün davaları; büyükelçileri, diğer diplomatik görevlileri ve konsolosları ilgilendiren bütün davaları; bütün deniz hukuku ve deniz davalarını; Birleşik Devletlerin taraf olacağı anlaşmazlıkları; iki veya daha fazla eyalet arasındaki anlaşmazlıkları; [bir Eyalet ile başka eyalete mensup vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıkları]; aynı eyaletten olup da değişik eyaletlerden toprak bağışları iddiasında bulunan vatandaşlar arasında ve bir eyalet veya o eyalet vatandaşları ile yabancı devletler, [vatandaşları veya yabancı uyruklu olanları] arasındaki anlaşmazlıkları kapsamına alacaktır. Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'nin olacaktır. Daha önce sayılan bütün diğer davalarda, Kongre'nin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fiil bakımından, Yüksek Mahkeme temyiz yetkisine sahip olacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 31

40 United States Code, Title 28, Part 4, Chapter 81, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-81, erişim 21.03.2016, Rules of the Supreme Court of the United States, https://www.law.cornell.edu/rules/supct, erişim 21.03.2016, Mehmet Emin Akgül, "Yargısal Bağımsızlık: Amerika Birleşik Devletleri Örneği", s. 119-120

ğildir. Diğer bir deyişle, bu davalara başka mahkemeler de bakabilir. ABD Yüce Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı dava sayısı iş yüküne kıyasla oldukça azdır.[41]

ABD Yüce Mahkemesi yargı hiyerarşisinde en üst derecede olan mahkemedir ve en yüksek temyiz mercidir. Mahkemenin en önemli görevlerinden birisi: Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Mahkemenin yaptığı denetim, Avrupa'daki anayasa mahkemelerinin aksine, somut norm denetimidir.[42] Diğer bir deyişle, ABD Yüce Mahkemesi hem en yüksek temyiz mercii (Danıştay, Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay) hem de somut norm denetimi yapan anayasa mahkemesi görevini üstlenmiştir.[43]

ABD Yüce Mahkemesinin kritik bir görevi somut norm denetimi yapmaktır. Bu görev birçok ülkede ciddi tartışmalara sebep olabilmektedir. Şüphesiz ABD'de de mahkemenin verdiği kararlar zaman zaman siyaset ile hukuk arasında çekişmelere yol açmıştır. Fakat her iki kurum oldukça uzun bir süredir ve fazla gerilime yol açmadan bu ilişkiyi sürdürebilmiştir. Bu durumun altında yatan neden ABD'nin demokrasi kültürüdür.[44]

ABD Yüce Mahkemesi 1789-1953 yılları arasında Kongrenin yasalaştırdığı 76 federal kanunu ihmal etmiştir (anayasaya aykırı bulmuştur). Mahkeme 1953-1998 döneminde de 76 federal kanunu anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkemenin eyalet yasaları konusunda daha aktif olduğu gözükmektedir. 1789-1889 seneleri arasında 79 yasayı ihmal eden mahkeme, 1889-1989 yıllarında 794 eyalet yasasını ihmal etmiştir. Mahkemenin eyalet yasaları konusunda daha aktif bir tavır takınmasının sebebi, eyaletlerin federalizmi aşma çabasıdır.[45]

Mahkemenin anayasaya aykırılık saptadığı davalar yapılan anayasa değişiklikleri ile beş kez etkisiz kılınmıştır. Bunlardan ilki, mah-

---

41 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 479-480

42 Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 16-17, Baker, Thomas E., "A Primer on Supreme Court Procedures", s. 476

43 John Paul Jones, "Yüksek Mahkeme Benzersiz Bir Kurum", s. 9

44 John Paul Jones, "Yüksek Mahkeme Benzersiz Bir Kurum", s. 13. Mahkemenin verdiği bazı kararlar tartışmalara yol açmaktadır. Fakat en tartışmalı kararların bile önemli sayıda insan tarafından desteklenmektedir. Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 476

45 Fatih Öztürk, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini, s. 24

kemenin 1793 yılında verdiği *Chisholm v. Georgia* kararını[46] etkisiz kılmak için 1795 yılında yapılan 11. Değişiklik'tir.[47] Mahkemenin 1857 yılında karara bağladığı *Dred Scott v. Sandford*[48] davası, 1868 yılında yapılan 14. Değişiklik[49] ile hükümsüz kılınmıştır. Mahkemenin 1895

---

46 Mahkeme ilgili davada bir eyalet veya başka ülke vatandaşının, bir başka ABD eyaletine karşı açabileceği davaları kısıtlayan bir karar almıştır. Chisholm v. Georgia,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/2/419, erişim 20.03.2016

47 11. Değişiklik şu şekildedir: Birleşik Devletlerin yargı yetkisi, Birleşik Devletler eyaletlerinden birine karşı diğer bir eyalet vatandaşları, ya da yabancı bir devlet vatandaşı veya yabancı uyruğu olanlar tarafından açılmış ya da devam etmekte olan herhangi bir hukuk veya hakkaniyet davasını kapsayan biçimde yorumlanmayacaktır. Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 38

48 Mahkeme ilgili davada Afro-Amerikalıların, ister özgür olsun ister köle, federal mahkemelere başvuramayacağı kararlaştırmıştır. Dred Scott v. Sandford, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393, erişim 20.03.2016

49 14. Değişiklik şu şekildedir:
"Bölüm 1
Birleşik Devletlerde doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes, Birleşik Devletler'in ve ikamet etmekte oldukları eyaletin vatandaşıdır. Hiç bir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağışıklıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak ve hiç bir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır.
Bölüm 2
Temsilciler Meclisi üyelikleri, eyaletler arasında [vergi alınmayan Kızılderililer dışında], her eyaletin sayılan tüm nüfus oranına göre paylaştırılacaktır. Ancak bir eyalette ikamet eden 21 yaşında ve Birleşik Devletleri vatandaşı olan erkekler, ayaklanmaya katılma veya başka bir suç dışında, Başkan ve Başkan Yardımcısını seçecek olan seçicileri, Kongre üyelerini, bir eyaletin yürütme ve yargı organı yetkililerini, ya da o eyaletin yasama meclisi üyelerini belirlemek için yapılacak bir seçimde oy kullanma hakkından mahrum edilir ya da bu hak kısıtlanırsa, bu eyaletin temsilcilerine esas olan sayı, bu erkeklerin sayısının bu eyalette 21 yaşındaki tüm erkek sayısı oranına göre azaltılacaktır.
Bölüm 3
Kongre üyesi, Birleşik Devletleri memuru, veya eyalet yasama meclisi üyesi, eyalet yürütme, ya da yargı organı memuru olarak Birleşik Devletlere karşı başkaldırma ya da ayaklanmaya katılan; ya da Birleşik Devletler düşmanlarına yardım ve kolaylık sağlayan bir kimse, Kongre'de Senato ya da Temsilciler Meclisi üyesi, ya da Başkan ve Başkan Yardımcısı seçimlerinde seçici olamayacak, Birleşik Devletler 'de ya da herhangi bir eyalette sivil ya da askeri hiçbir görev alamayacaktır. Ancak Kongre, her iki mecliste üçte iki çoğunlukla alınacak kararla böyle bir ehliyetsizliği kaldırabilir.
Bölüm 4
Başkaldırı veya ayaklanmaları bastırmadaki hizmetler karşılığı verilen aylık ve ikramiyeleri ödemek için yapılan borçlar dâhil, Birleşik Devletlerin yasal şekilde yüklenmiş olduğu kamu borçlarının geçerliliğinden şüphe edilmeyecektir. Ancak, ne Birleşik Devletler ve ne de herhangi bir eyalet, Birleşik Devletler'e karşı

senesinde hükme bağladığı *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*[50] kararı 1913 yılında yapılan 16. Değişiklik[51] ile etkisiz kılınmıştır.[52] 1875 yılında karara bağlanan *Minor v. Happersett*[53] davası, Kongrenin 1920 yılında onayladığı 19. Değişiklik[54] ile geçersiz kılınmıştır. Son olarak, 1970 yılında verilen *Oregon v. Mitchell*[55] kararı, 1971 yılında yapılan 26. Değişiklik[56] ile hükümsüz bırakılmıştır. Mahkeme kararlarının anayasa değişikliği yoluyla sadece beş kez etkisiz kılınmasının bir sebebi, ABD Anayasası'nın değiştirilmesi oldukça güç (sert anayasa) bir anayasa olmasıdır.

1.5. Mahkemenin İşleyişi

1.5.1. Başvuru

ABD Yüce Mahkemesine yapılacak başvuruların yazılı olarak ve belirli bir formatta yapılması zorunludur.[57] Davacı veya temyiz eden

---

bir başkaldırma ya da ayaklanmaya yardım için yapılmış bir borç ya da taahhüdü veya bir kölenin kaybı ya da azat edilmesi nedeniyle bir tazminat isteğini üstlenmeyecek veya ödemeyecektir; bu tür bütün borç, taahhüt ve tazminat istekleri yasadışı ve hükümsüz kabul edilecektir.
Bölüm 5
Kongre, uygun yasalarla bu madde hükümlerini uygulatma yetkisine sahip olacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 40

50 Mahkeme federal gelir kanununun, Wilson–Gorman Tariff Act, anayasaya aykırı olduğunu hükmetmiştir. Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/157/429, erişim 20.03.2016

51 16. Değişiklik şu şekildedir: "Kongre, eyaletler arasında bir paylaştırma yapmaksızın ve herhangi bir nüfus sayımını ya da hesaplamayı dikkate almaksızın, hangi kaynaktan sağlanırsa sağlansın, bütün gelirlere vergi koyma ve toplama yetkisine sahip olacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 40

52 John Paul Jones, "Yüksek Mahkeme Benzersiz Bir Kurum", s. 13

53 Minor v. Happersett,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/88/162, 20.03.2016

54 19. Değişiklik şu şekildedir: "Birleşik Devletler vatandaşlarının oy kullanma hakkı, Birleşik Devletler veya herhangi bir eyalet tarafından cinsiyet nedeniyle reddedilmeyecek veya kısıtlanmayacaktır. Kongre, uygun yasa ile, bu maddeyi uygulatma yetkisine sahip olacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 41

55 Oregon v. Mitchell,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/400/112, erişim 20.03.2016

56 26. Değişiklik şu şekildedir: "Onsekiz ya da daha büyük yaşlardaki Birleşik Devletler vatandaşlarının oy kullanma hakları, Birleşik Devletler ya da herhangi bir eyalette, yaş nedeniyle reddedilmeyecek ya da kısıtlanmayacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 45

57 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız, Rules of the Supreme Court of the United States, Part 7, Practice and Procedure, https://www.law.cornell.edu/rules/

tarafından yapılan başvurular "ücretli başvuru" ve "in forma pauperis" olarak ikiye ayrılabilir. Normalde başvuru ücreti 300 Amerikan Doları iken, "in forma pauperis" yöntemiyle başvuru yapıldığında herhangi bir başvuru ücreti ödenmesine gerek yoktur. Fakat, bu şekilde başvuru yapabilmek için başvuranın ücret ödeme kabiliyetine sahip olmadığını kanıtlanması gereklidir.[58] Bu yöntemin en bilinen örneği *Gideon v. Wainwright* davasında yaşanmıştır. Clarence Earl Gideon hakkında ağır suç (felony) işlediği iddiasıyla kovuşturma başlatılır. Avukat tutmaya maddi durumu elvermeyen Gideon, mahkemeden kendisine avukat atamasını talep eder. Florida kanunlarına göre yalnızca idam ile suçlananların avukat tarafından ücretsiz olarak temsil edilme hakkı vardır. Yerel mahkeme Gideon'un talebini reddeder. Bunun üzerine, Gideon savunmasını kendi başına yapar ve suçlu bulunur. Gideon hücresinden ABD Yüce Mahkemesine mektup yazarak (hukuki deyimle "in forma pauperis" ile) başvurur. Gideon'un hem başvurusu hem de (avukat ile temsil edilme) talebi (adil yargılanma hakkı ihlal edildiğinden) kabul edilir.[59] Mahkemeye genellikle ücretli başvurunun iki katı kadar "in forma pauperis" başvurusu yapılır.[60]

Çok nadir de olsa bir Federal Temyiz Mahkemesi, ABD Yüce Mahkemesine hukuki bir sorun hakkında bağlayıcı bir karar vermesi için başvurur ve bu durum "certification" (bekletici sorun) olarak adlandırılır. ABD Yüce Mahkemesi sadece sorulan soruyu yanıtlayabilir, davayı esastan karara bağlayabilir veya hiç bir şey yapmaz. Bu yönteme uygulamada neredeyse hiç rastlanmamaktadır.[61]

---

supct, erişim 20.03.2016, ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/casehand/courtspecchart02162010.aspx, erişim 21.03.2016, http://www.supremecourt.gov/casehand/guidetofilingpaidcases2014.pdf, erişim 21.03.2016, Office of the Clerck Supreme Court of the United States, Guide For Prospective Indigent Petitioners For Writs of Certiorari, Kasım 2014, http://www.supremecourt.gov/casehand/guideforifpcases2014.pdf, erişim 21.03.2016

58 Rules of the Supreme Court of the United States, Part 7, Practice and Procedure, Rule 33, 39, https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_39, 20.03.2016

59 Gideon v. Wainwright,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/372/335, erişim 18.03.2016

60 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 483, Murat Sevinç, "ABD Yüce Mahkemesi", s. 394, http://supremecourthistory.org/htcw_clerkofthecourtmarshall.html, erişim 24.03.2016

61 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 480, Rules of the Supreme Court of the United States, Part 4, Rule 19,https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_19, erişim 22.03.2016

ABD Yüce Mahkemesi genellikle alt mahkemelerin sonuçlandırdığı davalara son temyiz mercii olarak bakar. Fakat, mahkeme kamuoyu için kritik önem taşıyan davalarda hızla karar verilmesi için alt mahkemenin kararını beklemeden davayı devralabilir. Başkan Nixon'ın taraf olduğu *United States v. Nixon* davası duruma örnek teşkil etmektedir.[62]

1.5.2. Kabul edilebilirlik incelemesi

ABD Yüce Mahkemesine (ve ABD'deki diğer tüm mahkemelere) başvurabilmek için ortada somut bir dava veya uyuşmazlık olması gereklidir.[63] İhtilafın (varsayımsal bir durumun aksine) gerçek taraflarının olması, somut ve belli bir önem taşıması (de minimis olmayan), hukuki bir sonucu içermesi, ayrıca tam ve etkin şekilde hukuki bir hükümle çözülmeye elverişli olması gereklidir. Bu yaklaşıma göre, mahkemeler sadece uyuşmazlık çözen diğer bir deyişle olgunlaşmamış, soyut ve siyasi kararlar vermeyen bir kurum haline gelmekte, hukuk ile siyaset birbirinden ayrılmaktadır.[64]

Mahkemede dava açacak kişi hak kaybına uğramış kişi olmalıdır (Standing Kuralı). Bu kurala göre, dava açabilmek için ortada bir zarar

---

62 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 480;http://supremecourthistory.org/htcw_casesthecourthears.html, erişim 24.03.2016

63 ABD Anayasası'nın 3. maddesinin 2. bölümü şu şekildedir: "Yargı organının yetkisi, bu Anayasa'dan doğan tüm hukuksal ve adli davaları, Birleşik Devletler yasalarından, bunlardan alınan yetki ile yapılmış veya yapılacak antlaşmalardan ortaya çıkacak, yasalar ve emsaller kapsamına giren bütün davaları; büyükelçileri, diğer diplomatik görevlileri ve konsolosları ilgilendiren bütün davaları; bütün deniz hukuku ve deniz davalarını; Birleşik Devletlerin taraf olacağı anlaşmazlıkları; iki veya daha fazla eyalet arasındaki anlaşmazlıkları; [bir Eyalet ile başka eyalete mensup vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıkları]; aynı eyaletten olup da değişik eyaletlerden toprak bağışları iddiasında bulunan vatandaşlar arasında ve bir eyalet veya o eyalet vatandaşları ile yabancı devletler, [vatandaşları veya yabancı uyruklu olanları] arasındaki anlaşmazlıkları kapsamına alacaktır. Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'nin olacaktır. Daha önce sayılan bütün diğer davalarda, Kongre'nin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fiil bakımından, Yüksek Mahkeme temyiz yetkisine sahip olacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 31. Bahsi geçen maddede zikredilen "uyuşmazlık veya dava"nın kapsamının ne olabileceği Muskrat v. United States davasında tartışılmıştır.Muskrat v. United Stateshttps://supreme.justia.com/cases/federal/us/219/346/case.html, erişim 22.03.2016

64 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures", s. 477, Fatih Öztürk, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini, s. 50-52

olmalı veya yakın gelecekte bir zarar gerçekleşecek olmalıdır. Ayrıca, illiyet bağı bulunmalı (zarar davacıdan kaynaklanmalı) ve mahkemenin vereceği kararla zarar giderilebilmelidir.[65] Bahsedilenler haricinde üç ihtiyati şart daha vardır. Bu şartlar: "Üçüncü kişinin dava açamaması, zararın çoğunluğu eşit şekilde etkilemesi ve davalının belirtilen yasayla çıkarlarının etkilenecek olmasıdır."[66]

ABD Yüce Mahkemesi ancak ortaya çıkmış ihtilaflara bakabilmektedir. Diğer bir deyişle, mahkemede doğmamış veya yeteri kadar olgunlaşmamış çekişmeler hakkında dava açılamaz (Ripeness Kuralı). Fakat, zarar tehdidinin olduğu durumlarda ortada somut bir sorun olduğu kabul edilmektedir. Bir başka şart ise ihtilaflı olan konunun mahkeme önüne geldiğinde halen devam ediyor olmasıdır (Mootness Kuralı). "Ripeness Kuralı" uyuşmazlıkların zamanından önce mahkemeye getirilmesine engel olurken, "Mootnes Kuralı" da ihtilafın mahkemeye geç gelmesine mani olmaktadır.[67] Son şart ise "Politik Soru"dur (Political Question). Bu kurala göre, tamamıyla yasama veya yürütme erkinin görev alanına giren konular ABD Yüce Mahkemesi önüne dava olarak getirilemez.[68] Mahkemeye getirilecek davaların anayasaya aykırılık iddiası taşıması gereklidir ve bu savın sağlam bir dayanağı olmalıdır.[69] Önemle değinmek gerekir ki, yukarıda bahsi geçenler genel ilkelerdir ve bu ilkelerin istisnaları mevcuttur. Bunun yanı sıra, görevde olan hâkimlerin yukarıdaki ilkelere bakış açıları, mahkemenin kapılarının açılmasına veya kapanmasına sebep olabilir.

ABD Yüce Mahkemesi karar vereceği davaların önemli bir bölümünü kendisi seçmektedir. Mahkemenin incelemek zorunda olduğu uyuşmazlıklar vardır fakat bunlar mahkeme iş yükünün çok az bir kısmını oluşturur. Mahkeme ilk kurulduğunda kendisine yapılan tüm temyiz başvurularını incelemek zorundaydı. Bu durum zamanla ciddi bir iş yüküne sebep oldu ve mahkeme işin içinden çıkamaz oldu. Bu yüzden "Judiciary Act"te (Adliye Yasası) 1891, 1925 ve 1988 yıllarında

65 Fatih Öztürk, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini,s. 53-58, Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures", s. 476

66 Fatih Öztürk, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini,s. 59

67 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 477, Fatih Öztürk, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini, s. 59-62

68 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 477

69 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 481-482, Murat Sevinç, "ABD Yüce Mahkemesi", s. 394

yapılan değişikliklerle, ABD Yüce Mahkemesinin bakmak zorunda olduğu dava sayısı (türü) azaltılmıştır. Değişikliklerden sonra mahkeme bakacağı davalar konusunda ciddi bir takdir yetkisine sahip olmuştur.[70]

Mahkemeye yapılan başvurular hâkimlerin incelemesinden geçmektedir. "Judiciary Act" ABD'yi on üç farklı bölgeye ayırmıştır ve her bölgeden bir hâkim sorumludur. Başvuru hangi bölgeden geliyorsa, o bölgeyle sorumlu olan hâkimin incelemesinden geçer.[71] Acil başvurular da ilgili hâkimin görevi kapsamındadır. Eğer hâkim başvurunun incelemeye değer olduğunu düşünürse başvuru (yapılan oylama sonucu) kabul edilebilir.[72] Başvurunun kabul edilebilirliği (genelde) dört kriter taşımasına bağlıdır. Kriterler şu şekildedir:

1- Başvurunun en az dört hâkim tarafından incelenmeye değer bulunacağına, yani "temyiz müzekkeresi[73]" (a writ of certiorari) yazılacağına dair "makul olasılık" (reasonable probability) olması,

2- Mahkemenin çoğunluğunun (alt mahkeme tarafından) verilen kararın esasının hatalı olduğunu kararlaştıracağına dair kayda değer bir beklenti olması,

3- Başvuru kabul edilmezse telafisi olanaksız bir zararın meydana gelecek olması,

4- Çekişen hukuki menfaatlerin yakın olduğu bir davada, başvuru

---

70 Peter J. Messitte, "Temyiz Müekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi", Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1,Nisan 2005, s. 18-19, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

71 Hâkimlerin görev bölgeleri, hâkimlerin değişmesiyle farklılık göstermektedir. Hâkimler kendi aralarında yaptıkları mütalaa sonucunda görev dağılımını yaparlar. Başvuru yapılan hâkim müsait değilse en kıdemli hâkimden başlayarak (en kıdemli üye mahkeme başkanıdır, daha sonra görev süresine bakılarak kıdem belirlenir) başvuru bir sonraki hâkime yollanır. The Supreme Court of the United States, A Reporter's Guide to Applications Pending Before The Supreme Court of the United States,s. 13, http://www.supremecourt.gov/publicinfo/reportersguide.pdf, erişim 17.03.2016, Susan Navarro Smelcer, Supreme Court Justices: Demographic Characteristics, Professional Experience, and Legal Education, 1789-2010, Nisan 2010, s. 15-16

72 The Supreme Court of the United States, A Reporter's Guide to Applications Pending Before The Supreme Court of the United States, s. 2

73 Temyiz müzekkeresi, ABD Yüce Mahkemesinin alt mahkemeye belirli bir davaya ilişkin dosyayı onaylama veya incelmek için verdiği talimatıdır. Peter J. Messitte, "Temyiz Müekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi", s. 18

yapılan hâkimin, davalı ve davacının aynı zamanda kamunun haklarını dengelemeyi uygun bulması.[74]

Mahkemeye gönderilen başvurular öncelikle ilgili hâkimin kâtibine yollanır. Hâkim başvurunun değerlendirmesini kendi başına yapabilir (reddedebilir) veya başvuruyu tüm hâkimlere yönlendirebilir. İdam cezası hakkındaki başvurular genellikle tüm üyeler tarafından değerlendirilmektedir.[75] Başvurunun kabul edilebilirlik değerlendirmesi dosya üzerinden yapılır.[76]

"Dört Kuralı" (Rule of Four) gereği bir başvurunun kabul edilmesi (temyiz müzekkeresi yazılması) için en az dört hâkimin oyu gereklidir.[77] Yürütmenin durdurulması (örneğin sanığın idamla yargılandığı davada sürecin durdurulması) gibi kararların verilmesi için ise beş hâkimin oyu gereklidir.[78]

Mahkeme genellikle kamuoyunun önemli bir bölümünü veya hükümetin çıkarlarını ilgilendiren kritik davalara bakmayı tercih etmektedir. Ayrıca, alt mahkemelerin anayasayı veya federal hukuku değişik şekilde yorumlamalarının sebep olduğu hukuki uyuşmazlıkları da

---

74 The Supreme Court of the United States, A Reporter's Guide to Applications Pending Before The Supreme Court of the United States, s. 2-3

75 Eğer bir hâkim başvuruyu reddederse, teorik olarak, başvuran talebini diğer hâkimlere yollayabilir. Mahkeme üyelerinin çoğunluğu başvuruyu reddedene kadar, başvuran talebini hâkimlere yollamaya devam edebilir. Bu durumun önüne geçilmesi için, tekrar yapılan başvurular genellikle tüm mahkeme üyelerince değerlendirilmektedir. The Supreme Court of the United States, A Reporter's Guide to Applications Pending Before The Supreme Court of the United States, s. 3-4

76 Başvurular genellike kâtipler tarafından özetlenir. Özetlerde davanın delilleri, alt mahkeme kararları, tarafların iddiaları ve raportörlerin başvuru hakkındaki görüşleri vardır. Hâkimler bu bilgi notları üzerinden değerlendirme yapar ve başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar verir. Peter J. Messitte, "Temyiz Müekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi", s. 20. Kabul edilebilirlik değerlendirmesi için hâkimlerin mahkemede toplantı yapmasına gerek yoktur. Süreç telefon veya kâtipler aracılığı ile de yürütülebilir. The Supreme Court of the United States, A Reporter's Guide to Applications Pending Before The Supreme Court of the United States, s. 3

77 "Dört Kuralı" bir kuraldan çok uzun zamandır süregelen bir gelenektir. Çünkü konu hakkında hiçbir hukuki düzenleme yoktur. Peter J. Messitte, "Temyiz Müekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi", s. 20, Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 483

78 The Supreme Court of the United States, A Reporter's Guide to Applications Pending Before The Supreme Court of the United States, s. 3

tercih etmektedir. Bu tür davaların kabul edilmesi sebebi yeknesak bir uygulama sağlamaktır.[79]

Mahkemeye yıllık 7000-8000 başvuru yapılmaktadır. Bu başvurulardan yaklaşık seksen tanesi duruşmalı olarak incelenmektedir.[80] Sonuç olarak, sıklıkla dile getirilen: "*Bu davayı ABD Yüce Mahkemesine kadar götüreceğim*" söylemi teorik açıdan mümkün olsa dahi oldukça küçük bir ihtimaldir.[81]

1.5.3. Duruşmalar

Mahkemenin idari işler memuru geleneksel olan ve "*Oyez! Oyez! Oyez*" şeklinde başlayan duyuru ile duruşmayı başlatır.[82] Duruşmalarda baş hâkime "Mister", diğer hâkimlere ise "Your Honor" veya hâkim ve ismi ile (örneğin: "Hâkim Ginsburg") şeklinde hitap edilir.[83] Mahkeme önce davacı daha sonra davalıya argümanlarını sözlü olarak sunması için otuzar dakika süre verir. Avukatlar bu sürenin hepsini kullanmak zorunda değildir. Hatta, kısa ve öz savunmaların daha etkili olduğunu gösteren birçok örnek vardır.[84] Avukatlardan son derece kısa ve net açıklamalar yapmaları beklenir. Bu durumun önemli bir sebebi taraflara verilen sürenin son derece hızlı bir şekilde geçmesidir. Hâkimler taraflara verilen süre içinde avukatlara soru sorabilirler. Avukatlardan, daha önce hâkimler tarafından okunmuş özetin tekrarlanması yerine davayı kazanmalarını sağlayacak hukuki tezleri vurgulaması beklenir.[85]

---

79 Peter J. Messitte, "Temyiz Müekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi", s. 20, Rules of the Supreme Court of the United States, Part 3, Rule 11, https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_11, 21.03.2016, Office of the Clerck Supreme Court of the United States, Guide For Prospective Indigent Petitioners For Writs of Certiorari, s. 1

80 1950 yılında mahkemeye yapılan başvuru sayısı 1195, 1975 yılında ise 3940 olarak gerçekleşmiştir. ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi1, erişim 18.03.2016, The Supreme Court of the United States, A Reporter's Guide to Applications Pending Before The Supreme Court of the United States, s. 15

81 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures", s. 483

82 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/about/procedures.aspx, erişim 21.03.2016

83 The Supreme Court of the United States, Guide For Counsel In Cases to be Argued Before the Supreme Court of the United States, s. 5, http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/guideforcounsel.pdf, erişim 21.03.2016

84 The Supreme Court of the United States, Guide For Counsel In Cases to be Argued Before the Supreme Court of the United States, s. 7-8

85 The Supreme Court of the United States, Guide For Counsel In Cases to be Argued

Avukatların duruşma öncesinde sıkı bir hazırlık yapması gereklidir. Avukatlar müvekkillerinin işlerini, davanın özünü, kendi davası ile ilgili diğer ABD Yüce Mahkemesi kararlarını ve dava dilekçesinin hepsinin tüm ayrıntılarını bilmeli ve hâkimlerin olası sorularına hazırlanmış olmalıdır.[86] Diğer bir deyişle, mahkemenin duruşmalarına avukat olarak katılmak oldukça çetin bir vazifedir. Bir görüşe göre, ABD Yüce Mahkemesi önünde yapılan sözlü savunma avukatlığın zirvesidir.[87] Duruşmaların deşifre metni duruşma gününde mahkemenin internet sitesinde yayımlanır.[88]

1.5.4. Mahkemenin kararları

Mahkeme genellikle duruşma yapmadan karar vermektedir. Diğer bir deyişle, mahkeme seri inceleme ile karar verebilir. Mahkeme seri incelemeye (çoğunlukla) alt mahkemenin kararını kesinlikle hukuka aykırı bulduğu durumlarda başvurur. Böyle bir durumda dilekçe sunulması ve duruşma yapılması gibi zaman kaybına sebep olabilecek usuller atlanır ve genellikle alt mahkemenin kararı bozulur.[89]

Karar verilmeden "conference" adı verilen hâkimler toplantısında, hâkimler davayı mütalaa ederler. Ayrıca, bu toplantıda hangi davalara bakılacağı da (a writ of certiorari yazılacağı) tartışılır ve oylanabilir. Bu toplantılar bazen hâkimleri verecekleri oyları tekrar düşünmeye sevk edebilir. Bu toplantıya sadece hâkimler katılmaktadır.[90]

Mahkemenin karar yeter sayısı altıdır, diğer bir deyişle mahkeme en az altı hâkim ile karar verebilmektedir.[91] Fakat mahkeme kararlarını, uç istisnalar haricinde, tüm hâkimlerin katılımıyla verir.[92] Mah-

---

86 Before the Supreme Court of the United States, s. 5-6
The Supreme Court of the United States, Guide For Counsel In Cases to be Argued

87 Before the Supreme Court of the United States, s. 5-11
William K. Suter; Pamela Talkin; Frank Wegner;Kathleen Landin Arberg, "Kapalı Kapılar Ardında Çalışma", s. 36

88 The Supreme Court of the United States, Guide For Counsel In Cases to be Argued Before the Supreme Court of the United States, s. 3

89 Peter J. Messitte, "Temyiz Müekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi", s. 22

90 Thomas E.Baker,"A Primer on Supreme Court Procedures",s.484; http://supremecourthistory.org/htcw_justiceconference.html, erişim 24.03.2016

91 ABD Yüce Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi1, erişim 18.03.2016

92 Hâkimlerin oyları eşit olarak dağılırsa, davaya davalı kazanmış olur. Thomas E.

keme kararını yazması için bir hâkim görev alır. Kararı yazacak üye, kararı veren çoğunluğun en kıdemli hâkimi tarafından seçilir. Baş hâkim her koşulda en kıdemli üye olarak görüldüğünden dolayı, eğer çoğunluktaysa kararı yazacak üyeyi o seçer veya kararı kendisi yazar.[93] Mahkeme kararına farklı gerekçeden dolayı katılan hâkimler "ayrı görüş" (concurring opinion) yazabilirler. Karara muhalif olan üyeler ise "karşı oy" (dissenting opinion) gerekçelerini kaleme alabilirler. Hâkim Brennan'ın belirttiği üzere, bazen karşı oylar ciddi etki yapmakta ve gelecekte mahkemenin görüşü haline dönüşebilmektedir.[94] Duruşma yapıldıktan sonra mahkeme istediği zaman karar verecektir. Mahkeme kararları kamuoyuna yazılı ve elektronik şekilde açıklanır.[95]

Bir hâkim görev süresi boyunca ortalama olarak 1800'e yakın davanın incelemesine katılır ve 167 kez mahkemenin kararını yazar. Ayrıca, 50 "ayrı görüş" ve 114 karşı görüş yazar.[96]

ABD Yüce Mahkemesi, somut norm denetimi yaparken bir kanunu Anayasa'ya aykırı bulursa o kanunu "iptal etmez". Anayasaya aykırılık teşkil eden kanun "ihmal" edilir. Diğer bir deyişle, Anayasaya aykırı olan kanun yürürlükte kalmaya devam eder fakat uygulanmaz. Mahkeme sonraki bir davada görüşünü değiştirebilir ve daha önce "ihmal" edilen kanun tekrar uygulanmaya başlanabilir. Bu duruma "stare decisis" (emsal karara bağlılık ilkesi) gereğince sıkça rastlanmaz.[97]

Federal bir devlet olan ABD'de, ABD Yüce Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasında karmaşık bir ilişki vardır. Bu bağlantıya hak ve özgürlükler çerçevesinde bakıldığında ortaya çıkan sonuç şu şekildedir: ABD Yüce Mahkemesi verdiği kararla hak ve özgürlükle ilgi-

---

Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures",s. 483

93 David Schultz, Encyclopedia of the Supreme Court, s. 74

94 Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 16; http://supremecourthistory.org/htcw_opinions.html, erişim 24.03.2016

95 The Supreme Court of the United States, Guide For Counsel In Cases to be Argued Before the Supreme Court of the United States, s. 14

96 http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-case-participations, erişim 21.03.2016, http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-opinions-of-the-court, erişim 21.03.2016, http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-dissenting-opinions, erişim 21.03.2016

97 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Yedinci Baskı, Temmuz 2015, s. 449

li asgari standardı belirler. Eyalet mahkemeleri bu minimum ölçüye uymakla yükümlüdür ve bunu daha aşağıya çekemez. Fakat eyalet mahkemeleri verecekleri kararlarla (ABD Yüce Mahkemesi tarafından belirlenmiş olan) asgari standardı yukarı çekebilirler. Bu durumun sebebi federalizm ve "Üstünlük İlkesi"dir (Supremacy Clause).[98]

İKİNCİ BÖLÜM
Mahkemenin Önemli Kararları

Bu bölümde ABD Yüce Mahkemesinin dört önemli kararına kısaca değinilecektir. İlgili kararlar anayasaya uygunluk denetimi, hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı, ifade özgürlüğü ve ırk ayrımcılığı gibi özel önem taşıyan konulara ilişkindir.

2.1.*Marbury v. Madison* (5 U.S. 137 [1803])

2.1.1. Davanın Geri Planı

1800 yılında yapılan seçimleri Cumhuriyetçi aday Thomas Jefferson kazanır.[99] Seçimin galibi Jefferson göreve 4 Mart 1801 tarihinde başlayacaktır.[100] Yeni Başkan'ın görevine başlamasına kısa bir süre kala Federalistler'in (Başkan Jefferson'un karşı görüşünü oluşturan politik grup) çoğunlukta olduğu Kongre'ye Adliye Yasası (Judiciary Act of 1801) Taslağı getirilir. Taslağa göre, sistem içerisinde kritik önem taşıyacak yeni Federal Temyiz Mahkemeleri açılacaktır.[101] Yasa taslağı Federalistler ile Jeffersoncu Cumhuriyetçiler arasında ciddi tartışmalara sebep olur. Federalistler kurulan yeni mahkemelerin ve sayısı artan hâkimliklerin federal hükümeti, hasım eyalet hükümetlere karşı korumak için gerekli olduğunu ileri sürerler. Jeffersoncu Cumhuriyetçiler ise, taslağın eyalet hükümetlerini zayıflatma ayrıca Federalistler'in yargıyı ele geçirme teşebbüsü olarak nitelerler. Federalist Başkan John Adams taslağı 13 Şubat 1801'de, görevi süresinin sona ermesine (ve

98 Thomas E. Baker, "A Primer on Supreme Court Procedures", s. 482

99 ABD Federal Hükümeti resmi arşivleri, http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/votes/1789_1821.html#1800, erişim 25.03.2016

100 Joel B. Grossman, "The 200th Anniversary of Marbury v. Madison: The Reasons We Should Still Care About the Decision, and The Lingering Questions It Left Behind", 24.02.2003, http://writ.news.findlaw.com/commentary/20030224_grossman.html, erişim 25.03.2016

101 Taslağın yasalaşmış hali için bakınız, http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_03_txt.html, erişim 25.03.2016

Federalistler'in Kongre'de çoğunluğu kaybetmesine) üç hafta kala imzalar. Kanun'un (Judiciary Act of 1801) yürürlüğe girmesiyle hepsi Federalist olan on altı yeni hâkim yeni kurulan mahkemelere alelacele şekilde atanır.[102]

27 Şubat 1801'de, Jefferson'un göreve başlamasına günler kala, Federalistler'in halen çoğunlukta Kongre yeni bir kanunu (District of Columbia Organic Act of 1801) daha onaylar.[103] Bu kanunla Colombia Bölgesi'ndeki mahkemelere kırk iki yeni sulh hâkimi atanacaktır. Görevdeki Başkan John Adams görev süresinin son gününün gece yarısına kadar atamalarla ilgili imzaları tamamlar. Atama kararlarının önemli bir bölümü, bu işi yapmakla görevli Devlet Sekreteri John Marshall tarafından teslim edilir.[104] Gerek atama yöntemi gerekse atanan kişilerin Federalist olması sebebiyle, atanan hâkimler "gece yarısı hâkimleri" olarak adlandırılır.[105] Tüm bunlar yaşanırken görevdeki Başkan John Adams, Devlet Sekreteri John Marshall'ı ABD Yüce Mahkemesi Baş hâkimi olarak atar.[106]

Hâkimlerin atanma süreci Başkan'ın atanma emirlerini imzalamasıyla ve mühürlemeyle sona ermez. Bu emirlerin Devlet Sekreteri tarafından teslim edilmesi gereklidir. Eski Başkan John Adams döneminde atamaları imzalanan ve mühürlenen kişilerin atanma emirlerinin bir kısmı teslim edilmemiştir. Emirleri teslim etmeyen kişi ise dönemin Devlet Sekreteri ve Başkan Jefferson'un göreve başlamasıyla ABD Yüce Mahkemesi Baş hâkimi olarak görev yapacak olan John Marshall'dır.[107]

Yeni Başkan Jefferson göreve başlar ve ilk iş olarak henüz gönderilmemiş atanma yazılarının yollanmaması için (bu işle sorumlu, yeni)

---

102 http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_03.html, erişim 25.03.2016, Joel B. Grossman, "The 200th Anniversary of Marbury v. Madison: The Reasons We Should Still Care About the Decision, and The Lingering Questions It Left Behind"

103 Yasaya ulaşmak için, http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=002/ llsl002.db&recNum=140, erişim 25.03.2016

104 "Önemli Kararlar",Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, s. 29-30

105 http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar20.html, erişim 25.03.2016, Joel B. Grossman, "The 200th Anniversary of Marbury v. Madison: The Reasons We Should Still Care About the Decision, and The Lingering Questions It Left Behind"

106 http://supremecourthistory.org/timeline_marshall.html, erişim 25.03.2016

107 http://supremecourthistory.org/timeline_court_marshall.html, erişim 26.03.2016

Devlet Sekreteri James Madison'a talimat verir. Atama emri imzalanmış fakat yollanmamış olan kişilerden birisi William Marbury'dir.[108]

2.1.2. Mahkemenin Kararı

Marbury konunun çözülmesi için doğrudan ABD Yüce Mahkemesi'ne başvurur (Marbury'e göre bu konu mahkemenin ilk derece mahkemesi olarak bakacağı bir uyuşmazlıktır). Davacı Marbury açtığı davada hasım olarak Devlet Sekreteri James Madison'ı gösterir. Marbury, ABD Yüce Mahkemesi'nden James Madison'a "yüksek mahkeme emri" (writ of mandamus) göndererek atanma emrinin kendisine yollanmasını talep eder.[109] Mahkeme huzurundaki hukuki uyuşmazlıkta üç soruyu ön plana çıkarır:

1- Marbury'nin memuriyetinin onaylanmasını, atama yazısının tebliğini isteme hakkı (right to the commission) var mıdır?

Mahkeme davacının böyle bir hakkı olduğuna karar vermiştir. Marbury'nin atama işlemi, Başkan'ın atama emrini imzalaması ve Devlet Sekreteri'nin mühürlemesi ile geçerli bir hal almıştır. Bu sebepten ötürü Marbury'nin, atanmış bir hâkimin, atama emrinin gönderilmesini talep etme hakkı vardır.[110]

2- Eğer Marbury'nin böyle bir hakkı varsa ve bu hak ihlal edildiyse, ülkenin kanunları ona bir kanun yolu (çare) sunar mı?

Mahkemenin bu soruya cevabı da pozitif olmuştur. Mahkemeye göre, kişisel hak ve özgürlüklerin özünü, hakkı ihlal edilen kişinin hukuka başvurabilmesi oluşturmaktadır. Davacı Marbury hukuka uygun şekilde atanmıştır fakat atama emri tebliğ edilmemektedir. Bu durum onun haklarının ihlal edilmesi anlamına gelir. Bu sebepten ötürü, yukarıdaki sorunun cevabı olumludur.[111]

---

108 Marbury v. Madison,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137, erişim 26.03.2016, Joel B. Grossman, "The 200th Anniversary of Marbury v. Madison: The Reasons We Should Still Care About the Decision, and The Lingering Questions It Left Behind"

109 Marbury v. Madison,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137, erişim 26.03.2016, Joel B. Grossman, "The 200th Anniversary of Marbury v. Madison: The Reasons We Should Still Care About the Decision, and The Lingering Questions It Left Behind"

110 Marbury v. Madison

111 Marbury v. Madison

3- Davacının başvurabileceği bir kanun yolu (çare) varsa, bu yol bu mahkeme midir? ABD Yüce Mahkemesi ilk derece mahkemesi (*original jurisdiction*) sıfatıyla "yüksek mahkeme emri" (writ of mandamus) gönderebilir mi?

Davacı Marbury doğrudan ABD Yüce Mahkemesine başvurup, atanma emrinin gönderilmesi için mahkemeden Devlet Sekreteri James Madison'a "yüksek mahkeme emri" (writ of mandamus) göndermesini talep etmiştir.[112] Davacının talebinin hukuki dayanağı Adliye Yasası'nın (*Judiciary Act)* 13. bölümüdür. Yasanın ilgili bölümüne göre, ABD Yüce Mahkemesinin "yüksek mahkeme emri" (writ of mandamus) gönderme yetkisi vardır.[113]

ABD Anayasası'nın 3. maddesinin 2. bölümüne göre: "*Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'nin olacaktır. Daha önce sayılan bütün diğer davalarda, Kongre'nin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fiil bakımından, Yüksek Mahkeme temyiz yetkisine sahip olacaktır.*"[114] Anayasa'nın 3. maddesinin 2.

---

112 Marbury v. Madison

113 1789 Adliye Yasası 13. Bölümü'nün ilgili kısmı şu şekildedir: "The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.", http://academic.regis.edu/jriley/400section_13_of_1789_judiciary_act.htm, erişim 26.03.2016

114 Düzenlemenin konu ile ilgili kısmı şu şekildedir: "Yargı organının yetkisi, bu Anayasa'dan doğan tüm hukuksal ve adli davaları, Birleşik Devletler yasalarından, bunlardan alınan yetki ile yapılmış veya yapılacak antlaşmalardan ortaya çıkacak, yasalar ve emsaller kapsamına giren bütün davaları; büyükelçileri, diğer diplomatik görevlileri ve konsolosları ilgilendiren bütün davaları; bütün deniz hukuku ve deniz davalarını; Birleşik Devletlerin taraf olacağı anlaşmazlıkları; iki veya daha fazla eyalet arasındaki anlaşmazlıkları; [bir Eyalet ile başka eyalete mensup vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıkları]; aynı eyaletten olup da değişik eyaletlerden toprak bağışları iddiasında bulunan vatandaşlar arasında ve bir eyalet veya o eyalet vatandaşları ile yabancı devletler, [vatandaşları veya yabancı uyruklu olanları] arasındaki anlaşmazlıkları kapsamına alacaktır. Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'nin olacaktır. Daha önce sayılan bütün diğer davalarda, Kongre'nin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fiil bakımından, Yüksek Mahkeme temyiz yetkisine sahip olacaktır. "Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 31

b*ölümünün ikinci paragrafına göre, Kongre* ABD Yüce Mahkemesinin yalnızca temyiz mahkemesi olarak bakacağı davalarda "*kurallar koyabilir ve istisnalar getirebilir.*" Diğer bir deyişle, Anayasa'ya göre Kongrenin ABD Yüce Mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalara ilişkin kural koyma ve istisna getirme yetkisi yoktur. Bu yüzden, Adliye Yasası'nın (*Judiciary Act)* 13. Bölümü, ABD Anayasası'nın 3. maddesinin 2. bölümünün ikinci paragrafına aykırıdır. Bu sebepten ötürü, Marbury'nin atama emrinin yerine getirilmesi için "yüksek mahkeme emri" (writ of mandamus) gönderilmesi talebi reddedilmiştir.[115]

1803 yılında kararlaştırılan *Marbury v. Madison* davasına göre, ABD Yüce Mahkemesi anayasaya uygunluk denetimi yapabilecektir ve bu tarihte bir ilktir. Bu yüzden, *Marbury v. Madison* davası hem mahkemenin hem de anayasa hukukunun en önemli davalarından birisi olarak görülebilir. Bu sebeplerden ötürü, mahkeme kararının gerekçesinin önemli kısımları alıntılanmıştır.

"...Yasama organının yetkileri tanımlanmış ve sınırlandırılmıştır. Ve bu sınırlar konusunda hata yapılamasın veya bu sınırlar unutulmasın diye anayasa yazılmıştır. Eğer bu sınırlar, bunlarla sınırlandırılması istenen organlar tarafından her zaman aşılabilecekse, iktidarın sınırlandırılmış olması ve sınırlandırılmanın yazılı olarak yapılmış olması ne işe yarar? Eğer sınırlar kendileri üzerine konulmuş kişileri sınırlandıramıyorsa ve eğer yasaklanmış işlemler ile izin verilmiş işlemler aynı bağlayıcılıktaysa, sınırlı yetkili hükümet ile sınırsız yetkili hükümet arasında ayırım yıkılır. Şu kendisine itiraz edilemeyecek derecede apaçık bir önermedir ki, ya anayasa kendisine aykırı olan her yasama işleminden üstündür; ya da, yasama organı anayasayı adi bir kanunla değiştirebilir.

Şu iki şık arasında ortalama bir yol yoktur: Anayasa ya olağan kanun yapma yoluyla değiştirilemeyen üstün, yüce bir kanundur, ya da yasama organının istediği zaman değiştirebileceği, alelâde yasama işlemleriyle aynı seviyede bulunan, diğer kanunlar gibi bir kanundur.

Bu şıklardan birincisi doğruysa, anayasaya aykırı olan bir yasama işlemi kanun değildir; yok eğer ikinci şık doğruysa, o zaman yazılı anayasalar, doğası gereği sınırlandırılamaz nitelikte olan bir iktidarı sınırlandırmak için halk tarafından yapılan saçma teşebbüslerdir.

115 Marbury v. Madison

Şüphesiz ki, yazılı bir anayasa yapan kişilerin hepsi, yaptıkları bu anayasayı, milletin temel ve üstün kanunu olarak tasarlamışlardır. Bundan dolayıdır ki, böyle bir devlet sisteminde ilke, anayasaya aykırı olan yasama işleminin geçersiz olmasıdır.

...Eğer anayasaya aykırı olan bir yasama işlemi geçersiz ise, geçersiz olmasına rağmen, mahkemeleri bağlayacak, mahkemeleri onu uygulamaya zorlayacak mıdır? Veya başka bir ifadeyle, böyle bir yasama işlemi, bir kanun olmamasına rağmen, kanun kadar etkili bir kural mı teşkil eder? Bunu kabul etmek, teoride kabul edilen şeyi pratikte tersine çevirmek anlamına gelecek ve daha ilk bakışta üzerinde ısrar edilmesi çok güç olan büyük bir saçmalık olarak görünecektir. Bununla birlikte bu daha dikkatlice incelenecektir.

Hukukun ne olduğunu söylemek muhakkak ki yargı organının görev ve yetkisidir. Bir hukuk kuralını belli olaylara uygulayan kişiler, kaçınılmaz olarak, o kuralın anlamını açıklamak ve onu yorumlamak zorundadırlar. Eğer iki kanun birbiriyle çatışıyorsa, mahkemeler, bunlardan hangisinin uygulanacağına karar verirler.

O halde, eğer bir kanun Anayasaya aykırıysa, belli bir olayda hem kanun, hem de Anayasa, belli bir olaya hem kanun, hem de Anayasa uygulanabiliyorsa, mahkeme, ya Anayasayı görmezden gelerek kanuna göre; ya da kanunu görmezden gelerek Anayasaya göre karar vermek zorundadır. Mahkeme, olayın çatışan kurallardan hangisiyle düzenlendiğini tespit etmek durumundadır. Yargılama görevinin gerçek özü de budur.

*Eğer mahkemeler Anayasayı dikkate almak zorundaysalar ve e*ğer Anayasa, yasama organının diğer olağan işlemlerinden üstünse, anayasanın ve kanunun birlikte uygulanabileceği bir dava, yasama organının bu gibi olağan işlemlerine göre değil, Anayasaya göre karara bağlanmalıdır.

Anayasanın mahkemelerde üstün bir kanun olarak kabul edilmesi gerektiği ilkesine karşı çıkanlar, mahkemelerin Anayasaya gözlerini kapatmaları ve sadece kanunu görmeleri gerektiğini savunurlar."[116]

---

116 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 451-452

2.2. *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397 [1989])

2.2.1. Davanın Geri Planı

1984 yılında, Dallas'ta Cumhuriyetçi Parti'nin Ulusal Konvansiyonu[117] yapılmaktadır. Bu konvansiyon sırasında, "Revolutionary Communist Youth Brigade" Grubu siyasi protestolar yapmıştır. Yapılan gösterilerin (*Republican War Chest Tour'un)* amacı, Cumhuriyetçi Parti'nin Başkan aday adayı Ronald Reagan'ı ve merkezi Dallas'ta bulunan bazı şirketleri protesto etmektir. Göstericiler bazı şirketlerin duvarlarını (nükleer bir savaşın sonuçlarını dramatize edecek şekilde) spreylerle boyamış ve saksılardaki çiçekleri devirmişlerdir. Göstericilerden Gregory Lee Johnson bu şiddet olaylarına karışmamıştır. Protestolar sırasında bir gösterici bir binanın önünde bulunan ABD bayrağını sökmüş ve davalı Gregory Lee Johnson'a vermiştir.[118]

Gösteriler Dallas Belediye Binası önünde sonlanmıştır. Johnson burada elindeki bayrağı yakmaya başlamıştır. Bayrak yanarken göstericiler: "*Amerika, kırmızı, beyaz, mavi size tükürüyoruz*" şeklinde bağırmışlardır. Olay sırasında fiziken yaralanan veya yaralanma tehlikesi geçiren olmamıştır. Olaya şahit olmuş bazı kişiler, bayrağın yakılması sebebiyle ciddi ölçüde rencide olduklarını belirtmişlerdir.[119]

Yaklaşık yüz gösterici arasından yalnızca Gregory Lee Johnson cezalandırılmıştır. Johnson saygı duyulan bir nesneye hakaret etmekten, Teksas Ceza Kanunu uyarınca bir yıl hapis ve iki bin Amerikan Doları para cezasına çarptırılmıştır. Dallas Beşinci Bölge Temyiz Mahkemesi cezayı onamış, bir üst mahkeme olan Teksas Ceza Temyiz Mahkemesi ise kararı bozmuştur. Dava son olarak ABD Yüce Mahkemesi önüne gelmiştir.[120]

---

117 Cumhuriyetçi Parti'nin 1984 yılındaki Başkanlık seçimlerinde göstereceği adayın belirlenmesi için yapılan seçim.

118 Johnson v. Texas,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397, erişim 26.03.2016; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 256

119 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 256

120 "Organize edilmiş gösteri, konuşmalar, sloganlar ve dağıtılan bildirilere bakıldığında temyiz edenin eylemi herkes tarafından, temyiz edenin vermek istediği mesaj şeklinde anlaşılmıştır. Temyiz edenin cezalandırıldığı eylem açık bir şekilde Birinci Değişiklik tarafından tasarlanan bir 'konuşma'dır.",Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 256-257

2.2.2. Mahkemenin Kararı

ABD Yüce Mahkemesi, öncelikle Johnson'ın bayrak yakmasının Birinci Değişiklik'ten[121] yararlanıp yararlanamayacağını anlamak için, eylemin bir ifadeye yönelik olup olmadığına karar verecektir. Mahkemeye göre, bir davranış "*kapsamı bakımından iletişim öğeleri ile doldurulu*yorsa" bu korumadan yararlanabilir.[122] Bir davranışın iletişim öğesi içerip içermediğine anlamak için: "*Verilmesi amaçlanmış, belirli bir mesajın varlığı ve bu mesajın* görenler tarafından algılanma olasılığının olup olmadığı" incelenmelidir.[123] Ayrıca, olayın hangi şartlar altında gerçekleştiği de önemlidir. Davalı Johnson duruşmada bayrağı yakma sebebini şu şekilde açıklamıştır: "*Amerikan bayrağı Ronald Reagan'ın Başkanlık için yeniden aday olduğu dönemde yakılmı*ştır. Ve siz katılırsınız ya da *katılmazsınız o dönemde o eylemden daha etkili sembolik bir ifade tarzı olamazdı. O çok makul uygun bir duruştu. Biz vatanperverliğe değil, yeni bir vatanperverliğe sahiptik.*"[124] Bu sebeplerden ötürü, mahkemeye göre Johnson'ın davranışı "*kapsamı bakımından iletişim öğeleri ile yeterince doludur.*"[125]

Teksas eyaletine göre, Johnson bayrağı yakarak asayişi bozmuştur. Mahkemeye göre ise, Johnson'ın yaptığı eylem asayişi veya barışı ihlal eden bir olaya sebep olmamıştır. Teksas eyaleti, göstericiler Dallas Belediye Binası'na ulaşmadan oluşan kargaşalar hakkında hiçbir cezai bir işlem gerçekleştirmemiştir. Ayrıca, Johnson'ın bayrağı yakmasından dolayı barışı bozan bir eylemin gerçekleştiğini kanıtlayamamıştır. Texas eyaletinin ortaya koyduğu tek delil, bayrağın yakılmasından rahatsız olan kişilerin ifadelerdir. Mahkeme asayişi bozma olasılığı sebebiyle

---

121 "Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyete neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 36

122 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 258

123 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 258

124 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 259

125 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 259

ifade özgürlüğünün kısıtlanamayacağını belirtmiştir.[126] Kaldı ki, Teksas eyaleti asayişi bozan eylemler hakkında da ayrı bir yasaya sahiptir ve bu yasa uygulanmamıştır. Mahkeme, Federal Hükümet'in politikalarına yönelik memnuniyetsizliğin ifade edilmesinin belirli bir şahsa yöneltilmiş bir hakaret olarak algılanamayacağını da belirtmiştir.[127]

İncelenecek diğer bir konu: Bayrağın ulusal birlik ve yurttaşlığın sembolü olmasından dolayı, devletin bayrak yakan Johnson'ı cezalandırmasını korumakta bir yararı olup olmadığıdır. Johnson bayrağın fiziksel bütünlüğüne zarar verdiğinden dolayı cezalandırılmamıştır. Johnson'ın cezalandırılma sebebi, herhangi bir ifadeyi açıklaması da değildir. Davalı, ülkenin politikalarından memnun olmadığını belirten ifadeleri sebebiyle cezalandırılmıştır.[128]

Devlet'in iddiasına göre, bayrak kesin olarak ulusal birlik ve vatandaşlığın sembolüdür. Bu iddiaya göre: "*...eğer bir kişinin bayrakla ilgili yapmış olduğu eylem, ya bayrağın ilişkilendirildiği ulusal birlik ve yurttaşlık ya da bu ulusal birliğin gerçekte mevcut olduğu fikri üzerinde şüphe doğuruyorsa, bu eylemin yaydığı mesaj zararlıdır; dolayısıyla da yasaklanabilir.*"[129]

ABD Yüce Mahkemesi birçok kararında hükümetin bir düşünceyi toplumun ondan hoşlanmaması ve çirkin görmesinden dolayı yasaklayamayacağını karara bağlamıştır (*Hustler Magazine, Inc v. Falwell*; *City Council of Los Angeles v. Taxpeyers for Vincent*). Yukarıdaki durum bay-

---

126 "Bundan dolayı devletin pozisyonu, izleyicilerin asayişi bozma olasılığı olan belirli bir ifadeyi ciddî bir suç olarak algıladığı bir iddiadır ki bu temele dayanarak bu ifadeler yasaklanabilsin. Bizim içtihatlarımız böyle bir varsayımı onaylamaz. Tam aksine, bizim içtihatlarımız şu ilkeyi tanımaktadır: "Bizim hükümet sistemimizde ifade özgürlüğünün fonksiyonu, onun tartışmayı davet etmesidir". Gerçekten de ifadeler, eğer huzursuzluğa sebep olacak şartları doğuruyorsa, şartlarına uygun olarak memnuniyetsizlik yaratıyorsa veya insanların öfke ve kızgınlık duygularını tahrik ediyorsa ifade özgürlüğünün yüksek amacına en iyi hizmet etmiş olabilir. Gerçekten de aşağıdaki her iki sonuca varmak da çok garip olacaktır: 'Eğer konuşmacıların düşünceleri suçu yaratacaksa, bu sonuç ona bağlı olarak anayasal koruma sebebidir' ve devlet, mesnetsiz varsayımlara dayanan belirli hoşa gitmeyen düşüncelerin, bu düşüncelerin hoşa gitmemelerinin şiddeti provoke etmesi durumunda, ifadesini kısıtlayabilir.", Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 260-261

127 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 261

128 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 262

129 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 263

rak için de geçerlidir ve *Street v. New York* kararıyla bu görüş ortaya konmuştur. Mahkemeye göre, hükümet bireyleri bayrağa saygı göstermeye zorlayamaz.[130]

Mahkemeye göre: "*...bir kişinin açıkladığı düşüncenin açıklanış biçimine bağlı olmaksızın, bir devlet, sadece ifadenin içerdiği mesaja katılmadığından dolayı o ifadeyi yasaklayamaz.... Hükümetin bazı sembollerin yalnızca sınırlı bir mesaj kümesini ifade edebileceğini kural altına alabileceğinin kabulü, ayırt edilebilir ve savunulabilir sınırları olmayan bir alana girmek olacaktır*".[131]

Mahkemeye göre, tanınmayan bir kişinin bayrağı yakması toplumun bayrağa karşı olan yönelimini değiştirmeyecektir. Bu durum şu şekilde açıklanmıştır:

"Bayrağın özel rolünü korumanın yolu, bu konularda farklı hissedenleri cezalandırmak değildir (olmamalıdır). Bu yol, onları yanlış fikirde olduklarına ikna edebilmektir. Cesaretli, kendine güvenen, halka dayalı hükümet mekanizmaları yolu ile uygulamaya konan özgür ve korkusuz aklın gücüne güven duyan insanlar için, ifade özgürlüğünden kaynaklanan açık ve mevcut hiçbir tehlike yoktur. Bunun istisnası, korkulan kötülüğün gerçekleşmesinin, kapsamlı bir tartışma yapılması fırsatı oluşmadan hemen meydana gelmesi ihtimalidir. Yanlışlık ve sefaletlikleri tartışma yoluyla ortaya çıkarma ve kötülüğü eğitim süreci ile önlemek için yeterli zaman varsa, uygulanacak çare, kamu gücünü kullanarak sükûneti sağlamak değil, daha fazla konuşmaktır.

Özellikle, üzerinde durulan, bayrağımızın kendisi olduğu zaman, kişilerin bayrak yakana karşı cevabı, bayrağın bizatihi kendisinin ikna edici gücünü kullanmakla olmalıdır. Bizler bir bayrağın yakılmasına, kişinin kendisine ait olan başka bir bayrağı sallamasından daha uygun bir cevap, bir bayrak yakıcının vermek istediği mesajı başarısız kılmak adına, o bayrağı selâmlamaktan daha güzel bir yol, yanan bayrağın kalıntılarını göm-

---

130 Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 263

131 "Bu teoriye göre hükümet sadece devlet bayrağının yakılmasını mı yasaklayabilecektir? Başkanlık mührünün kopyalarını da mı? Anayasa'nın da mı? Bu şıkları Birinci Değişiklik ışığında değerlendirirken, bu özellikli korumadan/statüden yararlanmayı hak edecek kadar özel olan sembolleri nasıl belirleyeceğiz? Bunu yapmaya çalışırken, kişisel politik tercihlerimize danışmak zorunda kalacağız ve tam da Federal Anayasa'nın bizi men ettiği şekilde, vatandaşları bu tercihlerimize uymaya zorlayacağız." Johnson v. Texas; Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 264-265

mekten (bir izleyenin olayda yaptığı gibi) daha güzel bir bayrak onurunu koruma usulü olabileceğini tahayyül etmiyoruz. Biz bayrağa kötü muameleyi cezalandırmakla, onu kutsamış olmayız, sadece, bu kutsal amblemin temsil ettiği hürriyet mesajını zayıflatmış oluruz".

Johnson bayrağı yakarak asayişi tehlikeye atmamıştır. Bu yüzden, Johnson asayişi bozması sebebiyle cezalandırılamaz. Devletin bayrağı koruma yararı (yükümlülüğü) Johnson'ın cezalandırılmasını meşrulaştırmaz. Bu sebeplerden ötürü, Texas Ceza Temyiz Mahkemesi hükmü (beraat kararı) onaylanmıştır.[132]

2.3. *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 [1954])

2.3.1. Davanın Geri Planı

19. yüzyılın sonuna doğru ABD'nin güney eyaletleri ırk ayrımcılığı içeren yasaları kanunlaştırdı. "Jim Crow Yasaları" olarak adlandırılan düzenlemelere göre, devlet okulları, trenler, kütüphaneler, restoranlar ve oteller gibi hayatın birçok alanında ırk ayrımcılığı yapılacaktı. Federal mahkemeler ise yasal boşlukları ve teknik ayrıntıları gerekçe göstererek yasaları anayasaya aykırı bulmadılar.[133] ABD Yüce Mahkemesi de aynı yönteme başvurdu. Mahkeme 1857 yılında, *Dred Scott v. Sandford* davasında Afro-Amerikalıların, ister özgür olsun ister köle, federal mahkemelere başvuramayacağı kararlaştırdı.[134]

Mahkemenin önüne 1896 yılında bir başka dava geldi. *Plessy v. Ferguson* davasında olaylar şu şekilde gerçekleşmiştir: Louisiana kanunlarına göre, yolcu taşıyan demiryolu şirketleri beyazlara ve siyahlara ayrı yer sunmaktadır. Yasaya göre, yolcular yalnızca kendi ırklarına ayrılan bölümlerde seyahat edecek, aksi takdirde yolcuya ceza kesilecek veya tutuklanacaktır. Yolcunun ait olmadığı bölümde seyahat etmesi sebebiyle, demiryolu şirketleri yolcuyu taşımayabilecek ve bundan dolayı sorumlu tutulamayacaktır.[135]

---

132 Johnson v. Texas, Zühtü Arslan, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s 267

133 George Clark, Nihayet Özgürüz: A.B.D. Sivil Haklar Hareketi, ABD Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Bilgi Programları Dairesi, Ekim 2010, s. 21, http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/freeatlast_turkish_all.pdf, erişim 28.03.2016

134 Dred Scott v. Sandford

135 Plessy v. Ferguson, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537, erişim 28.03.2016

Beyaz tenli, Kafkas ve Afro-Amerikan kökenli Homer Adolph Plessy, East Louisiana Demiryolu Şirketi ile New Orleans'tan Covington'a gitmek için bilet alır. Plessy trene biner ve beyaz yolcular için ayrılmış bölüme geçer. Bunun üzerine, kondüktör Plessy'ye beyazlar için olmayan bölüme geçmesini söyler, aksi takdirde onu trenden atacağını ve tutuklanacağını belirtir. Talimata uymaması üzerine Plessy, bir polis memurunun yardımıyla, vagondan zorla çıkarılır ve tutuklanır.[136]

Yukarıdaki olay Anayasa'nın 13.[137] ve özellikle 14. Değişiklik'lerine[138] ayrıca "Eşit Koruma İlkesine" (Equal Protection Clause) aykırı olduğu iddiasıyla 1896 yılında ABD Yüce Mahkemesinin önüne gelir. Mahkeme yediye karşı bir oy ile aldığı kararda, beyazlar ve siyahlar için ayrılan tesisler eşit olduğu sürece 14. Değişiklik'i ihlal etmediği belirtir. Mahkemeye göre bu ayrım, farklı ırklara alçaltıcı bir damga vurmaz. Bu yüzden ilgili kanun Anayasa'ya uygundur.[139] Yedi hâkimin oyuyla alınan karara sadece Yargıç Harlan katılmaz ve karşı oy yazısında: *"Anayasa'nın bakış açısıyla, hukukun gözünde, bu ülkede üstün, baskın bir yurttaş sınıfı yoktur. Burada kast sınıfı yoktur. Anayasamız farklı renkler karşısında renk körüdür, ve vatandaşları arasında sınıflaşmayı tanımaz, hoş görmez. Sivil haklar açısından tüm yurttaşlar hukuk önünde eşittir"* gerekçesiyle karara karşı çıkar.[140]

Bu karar "ayrı fakat eşit" (separate but equal) ilkesi olarak adlandırılır. "Ayrı fakat eşit" ilkesi hayatta farklı ama eşit olmayan devlet

---

136 Plessy v. Ferguson

137 "Birleşik Devletler'de veya Birleşik Devletler yetkisi altındaki yerlerde, hak ederek mahkûm edilmiş kişinin cezası karşılığı olma dışında, kölelik veya zorla çalıştırılma uygulanmayacaktır.
Kongre, uygun yasalarla bu maddeyi uygulatma yetkisine sahip olacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, s. 39

138 Değişiklik'in ilgili bölümü şu şekildedir: "Birleşik Devletlerde doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes, Birleşik Devletler'in ve ikamet etmekte oldukları eyaletin vatandaşıdır. Hiç bir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağışıklıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak, ve hiç bir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır.", Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı,s. 39

139 Plessy v. Ferguson

140 Plessy v. Ferguson

okulları ve tesisler şeklinde yansıma bulur. Eşitsizlik elbette Afro-Amerikalar aleyhine gerçekleşmektedir.[141]

2.3.2. Mahkemenin Kararı

Plessy v. Ferguson davasının üzerinden yaklaşık atmış yıl geçmiş, dünya değişmiş ama "ayrı fakat eşit" ilkesi uygulamada kalmıştır. 1954 yılında ilgili kararın ve uygulamanın anayasaya uygunluğunu test etmek için yeni bir fırsat doğmuştur. ABD Yüce Mahkemesinin önüne gelen *Brown v. Board of Education* davası aslında beş farklı eyalette açılmış davaların birleştirilmiş halidir. İlgili davaların hepsi "ayrı fakat eşit" ilkesinin eğitim alanındaki uygulamasının Anayasa'nın 14. Değişiklik'ine ve "eşit koruma ilkesine" aykırılığı hakkındadır.[142]

Mahkemeye göre, uyuşmazlık çoğunlukla 14. Değişiklik çevresinde toplanmaktadır. Geçmişe bakıldığında, İç Savaş sonrası ABD Anayasası'nda "Değişiklik"ler yapılmıştır ve bunlar hakkında farklı görüşler vardır. Bir tarafta ABD'de doğmuş veya Amerikan vatandaşı olmuş herkes arasında hukuki ayrımın kaldırılmasını isteyen görüş, diğer yanda ise Değişiklik'lerin hem metnine hem de ruhuna muhalif olan ve onların en az etkiye sahip olmasını isteyen bir grup vardır.[143]

Brown v. Board of Education davasında uyuşmazlık konusu beyazlar ve siyahlar için olan farklı okulların somut unsurlarının (okul binaları, müfredat veya öğretmenlerin maaşları) eşit olup olmadığı değil, ırk ayrımcılığının eğitim üzerindeki etkisidir. Mahkeme soruna 1868 yılındaki veya *Plessy v. Ferguson* davası kararlaştırıldığı zamanki (1896 yılı) bakış açısıyla değil; eğitim alanındaki gelişmeler, bunun hayattaki yeri ve toplum üzerindeki yansımasını dikkate alarak yaklaşacaktır.[144]

Mahkeme öncelikle eğitimin önemi ve onun demokratik toplum üzerindeki mühim etkisine değinmiştir. Daha sonra hukuki uyuş-

---

141 George Clark, Nihayet Özgürüz: A.B.D. Sivil Haklar Hareketi, s. 21

142 İlgili davalar: Brown v. Board of Education (Kansas), Briggs v. Elliot (South Carolina), Bulah v. Gebhart and Belton v. Gebhart (Delaware), Davis v. County School Board of Prince Edward County (Virginia), Bolling v. Sharpe'dır (District of Columbia). http://www.civilrights.org/education/brown/?referrer=https://www.google.com.tr/, erişim 29.03.2016, Brown v. Board of Education, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483, erişim 29.03.2016

143 Brown v. Board of Education

144 Brown v. Board of Education

mazlığı ortaya koymuştur: Devlet okullarının sadece ırk ayrımı sebebiyle ayrılması, fiziksel tesisler ve diğer somut faktörler eşit olsa bile, azınlık gruplara ait çocukları eşit eğitim şartlarından yoksun bırakır mı? Mahkeme bu soruya olumlu cevap vermiştir.[145]

Mahkemeye göre, aynı yaşta ve vasıftaki çocukları sadece ırkından dolayı ayırmak, onların toplumdaki statüsünün aşağılanmasına sebep olur ve bu durum onların gönül ve beyinlerini telafisi olasılıksız şekilde etkiler. Devlet okullarında siyah ve beyaz çocukların ayrılmasının siyah çocuklar üzerinde zararlı bir etkisi vardır. Bu etki bir hukuk müeyyidesi olarak uygulandığında büyümekte ve genellikle siyahların aşağılanmasının simgesi olarak yorumlanmaktadır. Bu sebepten ötürü, hukuki bir yaptırım olarak ırk ayrımı siyah çocukların zihinsel ve eğitimsel gelişimini geciktirmekte ve onları ırk ayrımı olmayan eğitim sisteminden elde edeceği yararlardan mahrum bırakmaktadır.[146]

Mahkemeye göre, "ayrı fakat eşit" doktrininin yaygın eğitimde yeri yoktur. "Ayrı eğitim tesisleri" doğası gereği eşit değildir. Bu uygulama 14. Değişiklikle hüküm altında alınmış (kanun önünde) "eşit koruma" ilkesine ve "due process of the law[147]"a aykırıdır.[148]

2.4. *United States v. Nixon* (418 U.S. 683 [1974])

2.4.1. Davanın Geri Planı

Beş kişi, 1972 yılındaki genel seçimlerden beş ay önce (17 Haziran 1972 tarihinde) Demokrat Parti Merkezi'nin Washington D.C.'deki Watergate Binası'na dinleme cihazı yerleştirilmeye çalışırken yakalanır. Yakalanan kişilerden James W. McCord, Jr.'ın olaydan iki yıl önce Federal Bureau of Investigation'dan (FBI) emekli olduğu anlaşılır.[149] 11 Kasım'da yapılan seçimi hâlihazırda Başkan olan, Cumhuriyetçi

145 Brown v. Board of Education
146 Brown v. Board of Education
147 Due Process of the Law hakkında daha fazla bilgi için bakınız, Kerem Altıparmak, " 'Due Process of Law' Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1996, Cilt 45, Sayı 1-4, s. 219-250, http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php, erişim 29.03.2016
148 Brown v. Board of Education
149 Alfred E. Lewis, "5 Held in Plot to Bug Democrats' Office Here", The Washington Post, 18.06.1972, http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2002/05/31/AR2005111001227.html, erişim 30.03.2016

Başkan adayı Richard Nixon açık bir farkla kazanır.[150] Medyada çıkan haberlere göre, hırsızlık eyleminin uzunca bir geçmişinin olduğu, Başkan Nixon'ın tekrar seçilmesi için gerçekleştirildiği ve faaliyetlerden Başkan Nixon'ın haberdar olduğu ortaya çıkar.[151]

1973 yazına gelindiğinde "Watergate Hırsızlığı" Özel Savcı Archibald Cox ve Sam Ervin'in liderlik ettiği Senato Watergate Komitesi tarafından yürütülen iki resmi soruşturmanın gündemindedir ve bir skandal olarak nitelenmektedir. Nixon'ın Oval Ofis'te yaptığı görüşmeleri ve telefon konuşmalarını kaydeden gizli bir kayıt sisteminin olduğunun ortaya çıkması skandalı farklı bir boyuta taşır. Watergate Skandalı'nı araştıran Özel Savcı ve Senato Komitesi, Başkan'dan hukuka aykırı olan kayıtları ve bazı belgeleri kendilerine vermesini talep eder. Başkan, talebi "yürütme organının imtiyaz"ını (executive privilege) sebep göstererek reddeder. Gizli bir pazarlıktan sonra Beyaz Saray gizlice kaydedilmiş kayıtların yazılı özetlerini vermeyi kabul eder. Watergate Senato Komitesi teklifi kabul ederken, Özel Savcı Archibald Cox reddeder. Bunun üzerine Başkan Nixon, Başsavcı Richardson'a, Özel Savcı Archibald Cox'u kovmasını emreder. Başsavcı Richarson talimatı yerine getirmez ve istifa eder. Boşalan pozisyona getirilen yeni Başsavcı Robert Bork, Özel Savcı Archibald Cox'u görevden alır. Yaşananlar kamuoyu tarafından "The Saturday Night Massacre" (Cumartesi Gecesi Katliamı) olarak adlandırılır[152]

Yeni atanan Özel Savcı Leon Jawroski ve Watergate Senato Komitesi Nixon'ın gizlice kaydettiği kayıtların tümünü istemeye devam eder. Tüm bunlar yaşanırken Nixon'ın kamuoyu desteği düşmüştür ve

---

150 ABD Federal Hükümeti resmi arşivleri, http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/scores.html#1972, erişim 30.03.2016

151 Carl Bernstein, Bob Woodward, "FBI Finds Nixon Aides Sabotaged Democrats", The Washington Post, 10.10.1972, http://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/101072-1.htm, erişim 30.03.2016, The Washington Post, "The Watergate Story Part 1 The Post Investigates" ,http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/watergate/part1.html, erişim 30.03.2016

152 The Washington Post, "The Watergate Story Part 2 The Governmental Acts",http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/watergate/part2.html, erişim 31.03.2016, The Washington Post, "Nixon Forces Firing of Cox; Richardson, Ruckelshaus Quit: President Abolishes Prosecutor's Office; FBI Seals Records", 21.10.1973, http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2002/06/03/AR2005112200799.html, erişim 31.03.2016

Temsilciler Meclisi Nixon'ı görevden almak için "impeachment"a başvurmayı düşünmektedir. Kayıtların tamamının ve ilgili diğer belgelerin gönderilmesi bir uyuşmazlık olarak Colombia Bölge Mahkemesi önüne geldiğinde, mahkeme Nixon aleyhinde karar verir. Nixon'ın avukatları kararı temyiz eder ve uyuşmazlık ABD Yüce Mahkemesi önüne gelir.[153]

2.4.2. Mahkemenin Kararı

ABD Yüce Mahkemesi'ne gelen dava birkaç hukuki uyuşmazlığı içermektedir. Nixon'ın avukatları öncelikle görevsizlik (justiciability) iddiasında bulunurlar. Bu sava göre, yargı organı uyuşmazlık hakkında görevli değildir çünkü istenen belgeler yürütme organı içerisinde ve ona ait (intra-branch) bir konuya ilişkindir. Bu sebepten ötürü, mahkemeler diğer erklerin görev alanına giren bir konuya müdahale etmemelidir.[154]

Mahkemeye göre, ceza yargılamasının doğası gereği delil aranmaktadır. Hukuka göre Başsavcı'ya özel görevler ve yetkiler verilmiştir ayrıca Başsavcı bazı özel durumlarda ABD'yi temsil etmekle yetkilidir. Başsavcı bu görevi yerine getirmek için, ABD adına, özel bir savcıya kendine mahsus bir yetki ve görev vermiştir. Diğer bir deyişle, düzenlemeler Özel Savcı'ya açık bir yetki vermiştir. Buna göre, Özel Savcı kendi özel görevine ilişkin delil ararken yürütmenin bağışıklığına karşı koyma gücüne sahiptir. Bu düzenlemeler olduğu sürece yürütme organı da onlarla bağlıdır. Ayrıca, Özel Savcı ABD Başkan'ının yetkilendirmesi ile Başsavcı tarafından görevlendirilmiştir.[155]

Mahkemeye göre huzurdaki dava hukuki bir uyuşmazlığı içermektedir. Uyuşmazlığın çözülmesi ise çetin anayasal soruların aydınlatılmasına bağlıdır. Ayrıca, sorun federal ceza soruşturması kapsamında ortaya çıktığından Anayasa'nın üçüncü maddesi kapsamındadır. Son olarak, Özel Savcı ilgili belgeleri başka yollardan elde edememekte-

153 The Washington Post, "The Watergate Story Part 3 Nixon Resings", http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/watergate/part3.html, erişim 31.03.2016

154 United States v. Nixon,https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/case.html, erişim 31.03.2016

155 United States v. Nixon

dir ve delillerin değerlendirilmesi için, ilgili şartlar altında, daha fazla beklenmemelidir. Bu sebeplerden ötürü, mahkeme görevsizlik iddiasını reddetmiştir.[156]

Mahkemenin incelediği ikinci iddia ise yürütmenin imtiyazıdır (executive privilage). Nixon'ın avukatlarına göre talep edilen belgeler Başkan ile yakın danışmanları arasındaki gizli konuşmaları içermektedir ve bu konuşmaların paylaşılması kamu yararı ile bağdaşmaz. Bu görüşe göre, kuvvetler ayrılığı ilkesince bu konuşmalar yalnızca yürütme erkini ilgilendirmekte ve yargı organının görev ve yetkisinin dışında kalmaktadır. Anayasa hukukuna göre Başkan'ın imtiyazı mutlaktır ve mahkemenin müzekkeresine üstün gelmektedir.[157]

Mahkemeye göre, *Marbury v. Madison* kararı ve Anayasa gereğince hukukun ne olduğunu söylemek mahkemelerin görevidir. Mahkeme, Başkan'ın imtiyazını askeri, diplomatik veya hassas ulusal güvenlik sırlarına ilişkin konularda ileri sürülme ihtimali olduğunu ve huzurdaki uyuşmazlığın bunlardan herhangi birine uymadığını belirtmiştir. Genel ve muğlak bir kamu yararı iddiası sebebiyle mutlak ve şartsız bir imtiyazın kabul edilmesi, üç eşit erkten biri olan yargı erkinin Anayasa'da belirtilmiş görevlerini (bu davada ceza yargılaması yapmayı) yerine getirmekten alıkoyacaktır. Başkan'a mutlak bir imtiyaz vermek hukukun üstünlüğü ve güçler ayrılığı ile bağdaşmaz. Sonuç olarak, Başkan Nixon'ın temyiz başvurusu reddedilmiştir. Başkan mahkemenin müzekkeresine uymalı ve istenen belgeleri göndermelidir.[158]

Kaynakça

Akgül Mehmet Emin, "Yargısal Bağımsızlık: Amerika Birleşik Devletleri Örneği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2008, 14-3, s. 113-146, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/2008C.14S.3/113-146.pdf, erişim 19.03.2016

Altıparmak Kerem, "'Due Process of Law' Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996*, Cilt 45, Sayı 1-4, s. 219-250, http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php, erişim 29.03.2016

156 United States v. Nixon
157 United States v. Nixon
158 United States v. Nixon

Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletler Anayasası Açıklamalı, http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf, erişim 20.03.2016

ABD Mahkemesi resmi internet sitesi, http://www.supremecourt.gov/, 31.03.2016

Arslan Zühtü, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 1. Baskı, 2003

Baker Thomas E., "A Primer on Supreme Court Procedures",Preview of of United States Supreme Court Cases, American Bar Association, 8. Sayı, 2004, s. 475-485, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_scprimer.authcheckdam.pdf, erişim 21.03.2016

Barker Robert S., "Şerefim Üzerine Yemin Ederim", Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, s. 14-17, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

BBC, "US top court nominee steps down", 27.10.2005, http://news.bbc.co.uk/2/hi/4382370.stm, erişim 24.03.2016

Bernstein Carl; Woodward, Bob, "FBI Finds Nixon Aides Sabotaged Democrats", The Washington Post, 10.10.1972, http://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/101072-1.htm, erişim 30.03.2016

Brown v. Board of Education, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483, erişim 29.03.2016

C. Miller Mark, "Law Clerks and Their Influence at the US Supreme Court: Comments on Recent Works by Peppers and Ward", Law & Social Inquiry, Volume 39, Issue 3, pages 741–757, Summer 2014, http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32761.pdf, erişim 24.03.2016

Chisholm v. Georgia,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/2/419, erişim 20.03.2016

Clack, George, Nihayet Özgürüz: A.B.D. Sivil Haklar Hareketi,ABD Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Bilgi Programları Dairesi, Ekim 2010, http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/freeatlast_turkish_all.pdf, erişim 28.03.2016

Dred Scott v. Sandford,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393, erişim 20.03.2016

Gideon v. Wainwright,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/372/335, erişim 18.03.2016

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Yedinci Baskı, Temmuz 2015

Grossman Joel B., "The 200th Anniversary of Marbury v. Madison: The Reasons We Should Still Care About the Decision, and The Lingering Questions It Left Behind", 24.02.2003, http://writ.news.findlaw.com/commentary/20030224_grossman.html, erişim 25.03.2016

Howard A. E. Dick, "'Hukukun Ne Olduğunu Belirlemek' Anayasa Uygunluğunu Belirleyen Hakem Olarak Yüksek Mahkeme"Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, Nisan 2005, s. 5-8, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

Johnson v. Texas,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397, erişim 26.03.2016

Jones John Paul, "Yüksek Mahkeme Benzersiz Bir Kurum",Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, s. 9-13, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

K. Suter William, Talkin, Pamela; Wegner, Frank;Arberg, Kathleen Landin, "Kapalı Kapılar Ardında Çalışma", Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, Nisan 2005, s. 35-38, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

Lewis E. Alfred, "5 Held in Plot to Bug Democrats' Office Here", The Washington Post, 18.06.1972, http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2002/05/31/AR2005111001227.html, erişim 30.03.2016

Marbury v. Madison,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137, erişim 26.03.2016

Messitte Peter J., "Temyiz Müekkeresi: Hangi Davalara Bakılacağına Karar Verilmesi", Demokrasi ile İlgili Meseleler,ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, s. 18-22, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

Minor v. Happersett,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/88/162, 20.03.2016

Muskrat v. United Stateshttps://supreme.justia.com/cases/federal/us/219/346/case.html, erişim 22.03.2016

NBC, "Miers withdraws Supreme Court nomination", 27.10.2005, http://www.nbcnews.com/id/9837151/ns/us_news-the_changing_court/t/miers-withdraws-supreme-court-nomination/#.VvP-KuKLSUk, erişim 24.03.2016

Office of the Clerck Supreme Court of the United States, Guide For Prospective Indigent Petitioners For Writs of Certiorari, Kasım 2014, http://www.supremecourt.gov/casehand/guideforifpcases2014.pdf, erişim 21.03.2016

Oregon v. Mitchell,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/400/112, erişim 20.03.2016

"Önemli Kararlar", Demokrasi ile İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, s. 29-32, http://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf, erişim 20.03.2016

Öztürk Fatih, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2011, İstanbul, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/, erişim 22.03.2016

Plessy v. Ferguson, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537, erişim 28.03.2016

Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.,https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/157/429, erişim 20.03.2016

Schultz David, Encyclopedia of the Supreme Court,Infobase Publishing, 2005, https://books.google.com.tr/books/about/The_Encyclopedia_of_the_Supreme_Court.html?id=I_f6Oo9H3YsC&redir_esc=y, erişim 19.03.2016

Sevinç Murat, "ABD Yüce Mahkemesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1-4, 1996, s. 391-407, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/51/1/25_murat_sevinc.pdf, erişim 19.03.2016

Smelcer Susan Navarro, Supreme Court Justices: Demographic Characteristics, Professional Experience, and Legal Education, 1789-2010, Nisan 2010, https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40802.pdf, erişim 19.03.2016

The Supreme Court of the United States, A Reporter's Guide to Applications Pending Before The Supreme Court of the United States, http://www.supremecourt.gov/publicinfo/reportersguide.pdf, erişim 17.03.2016

The Supreme Court of the United States, Guide For Counsel In Cases to be Argued Before the Supreme Court of the United States, http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/guideforcounsel.pdf, erişim 21.03.2016

Tocqueville Alexis De, Amerika'da Demokrasi, İletişim Yayıncılık, 1. Baskı, 2016

Todd S. Purdum, "Presidents, Picking Justices, Can Have Backfires", The New York Times, 05.06.2005, http://www.nytimes.com/2005/07/05/politics/politicsspecial1/presidents-picking-justices-can-have-backfires.html, erişim 19.03.2016

The Washington Post, "Nixon Forces Firing of Cox; Richardson, Ruckelshaus Quit: President Abolishes Prosecutor's Office; FBI Seals Records", 21.10.1973, http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2002/06/03/AR2005112200799.html, erişim 31.03.2016

The Washington Post, "The Watergate Story Part 1 The Post Investigates", http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/watergate/part1.html, erişim 30.03.2016

The Washington Post, "The Watergate Story Part 2 The Governmental Acts",http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/watergate/part2.html, erişim 31.03.2016

The Washington Post, "The Watergate Story Part 3 Nixon Resings", http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/watergate/part3.html, erişim 31.03.2016

United States v. Nixon,https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/case.html, erişim 31.03.2016

Diğer Kaynaklar

http://www.abrahamlincolnsclassroom.org/abraham-lincolns-contemporaries/abraham-lincoln-and-salmon-p-chase/, erişim 19.03.2016

http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-age-at-nomination erişim 24.03.2016

http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-departure-age, erişim 24.03.2016

http://www.uscourts.gov/judges-judgeships/judicial-compensation, erişim 19.03.2016

http://landmarkcases.org/en/Page/280/The_Power_of_the_Judicial_Branch_The_Federalist_Number_78_and_the_AntiFederalist_78, erişim 25.03.2016

https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-81, erişim 21.03.2016

https://www.law.cornell.edu/rules/supct, erişim 21.03.2016

https://www.law.cornell.edu/rules/supct, erişim 20.03.2016

http://www.supremecourt.gov/casehand/guidetofilingpaidcases2014.pdf, erişim 21.03.2016

https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_39, 20.03.2016

http://supremecourthistory.org/htcw_clerkofthecourtmarshall.html, erişim 24.03.2016

https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_19, erişim 22.03.2016

http://supremecourthistory.org/htcw_casesthecourthears.html, erişim 24.03.2016

https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_11, 21.03.2016

http://supremecourthistory.org/htcw_justiceconference.html, erişim 24.03.2016

http://supremecourthistory.org/htcw_opinions.html, erişim 24.03.2016

http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-case-participations, erişim 21.03.2016,

http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-opinions-of-the-court, erişim 21.03.2016,

http://supreme-court-justices.insidegov.com/#guide-dissenting-opinions, erişim 21.03.2016

http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_03_txt.html, erişim 25.03.2016

http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=002/llsl002.db&recNum=140, erişim 25.03.2016

http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar20.html, erişim 25.03.2016

http://supremecourthistory.org/timeline_marshall.html, erişim 25.03.2016

http://supremecourthistory.org/timeline_court_marshall.html, erişim 26.03.2016

http://academic.regis.edu/jriley/400section_13_of_1789_judiciary_act.htm, erişim 26.03.2016

http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/votes/1789_1821.html#1800, erişim 25.03.2016

http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm#official, erişim 20.03.2016

http://www.civilrights.org/education/brown/?referrer=https://www.google.com.tr/, erişim 29.03.2016

TEMSİLİ DEMOKRASİNİN KRİZİ VE ALTERNATİF POLİTİK MODEL ARAYIŞI OLARAK "5 YILDIZ HAREKETİ"

THE CRISIS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND THE "5 STAR MOVEMENT" AS AN ALTERNATIVE POLITICAL MODEL SEARCH

Fatih KESKİN*

Özet: Politika bilimi ve politik iletişim çalışmalarında uzun zamandır parlamenter temsili demokrasinin krizinden bahsedilmektedir. Güncel kriz modern demokrasilerde kararların hesap verilebilirliği, demokratik kurumların güvenirliliği, hukuk devleti, politik katılım, insan ve yurttaş haklarıyla medyanın özgürlüğü konularında yaşanan aşınmalarla ilgilidir. Bu krizin demokrasiyi, "toplumu daha iyi düzenleyen unsurlar" olmaktan çıkaracağı (Haug, 1996: 149) ve "batılı toplumlarda demokrasinin çöküşüne" (Badiou/Rancière, 2013) yol açacağı endişesi dillendirilmektedir. Buna karşılık yeni toplumsal hareketler benzeri alternatif politik model arayışları da demokrasi tartışmalarına olumlu itici güç sağlamakta, doğrudan demokrasi uygulamalarını yaygınlaştırmaktadır. Bunlardan biri de klasik parti yapılarından vazgeçen, politik zümrelerle mücadele eden, kamusal irade oluşturmayı internet üzerinden gerçekleştiren "5 Yıldız Hareketi"dir. İtalya'da son dönemde gerçekleştirilen seçimlerden galibiyetle ayrılan bu politik hareket, politikanın ve seçim kampanya sürecinin yeniden ele alınmasına yol açmakta, farklı bir politik dönemin başlangıcı sayılmaktadır. Bununla birlikte "yukarıdakilere" karşı belirli stereotipler kullanan "popülist" böyle bir hareketin kalıcılığı ve model olabilme niteliği belirsizliğini korumaktadır.

Anahtar Sözcükler: Demokrasinin Krizi, "5 Yıldız Hareketi", İnternet, Doğrudan Demokrasi, Alternatif Politik Hareket

Abstract: At the political science and political communication studies, the crisis in the parliamentary representative democracy been mentioned for a long time. The current crisis is about the erosion in some issues like the accountability of the decisions in modern democracies, the credibility of democratic institutions, state of law, political participation, freedom of press, human and citizen rights. The apprehension is stated that this crisis will stop democracy being "the factor that organize the society" (Haug, 1996: 149) and cause "the collapse of democracy in Western societies" (Badiou/Rancière, 2010). Conversely of that, searching alternative political models, like new social movements, provide a driving force to democratic debates and generalize the practice of direct democracy. One of them is the "5 Star Movement" which gives up the classic party structure, struggles with the political community and constitutes the public decision on the internet. This political movement, which wins the recent elections in Italy, leads to reconsider

* Doç. Dr.

the policy and process of the election campaign, and is considered as the beginning of a different political era. However, the permanence and the quality to be a model remain uncertain of such a "populist" movement, which uses certain stereotypes against "executives".

Keywords: The Crisis of Democracy, "5 Star Movements", Internet, Direct Democracy, Alternative Political Movement

GİRİŞ

Temsili demokrasinin kriziyle ilgili bugünlerde sıkça dillendirilen ve medyada da tartışılan tez politik bilimsel perspektif açısından yeni değildir. Tarihsel şekilleniminde demokrasinin krizsel eğiliminin demokrasi üzerine yürütülen tartışmalara içsel olduğunun altı çizilmektedir. "Demokrasi asla uzun sürmez. Yakında aşınır, bitap düşer ve intihar eder. İntihar etmeyen hiçbir demokrasi varolmadı".[1] Ancak özellikle 1960'lı yıllardan itibaren devamlı olarak liberal demokrasinin kriz durumu saptanmıştır[2]. Claus Offe (1972) kapitalist demokrasilerin yapısal sorunlarına, Jürgen Habermas (1973) ise geç kapitalizmde meşruiyet krizine eğilmiş, buna karşılık Samuel P. Huntington, Joji Watanuki ve Michel Crozier (1975) demokrasilerin yönetilemezliği üzerinde durmuşlardır.[3] Geçmişte çeşitli unsurları saptanmış olan demokrasi-

1 John Adams'dan aktaran Markus Linden/Winfried Thaa, "Krise und Repräsentation", Krise und Reform politischer Repräsentation, Nomos, Baden-Baden, 2011, s. 11.

2 Crawford B. Macpherson, Nachruf auf die liberale Demokratie, Frankfurt am Main, 1977/1983.

3 1970'li yıllarda modern demokrasilerin kriziyle ilgili "yönetilemezlik" ve "geç kapitalizm" tezleri ileri sürülmüştür. Her iki düşünce okulu da devletin aşırı yüklenmesine vurgu yapmıştır. Buna karşılık sağ düşünürler krizden talep fazlalığını, sendikaların gücünü ve demokratik katılımın aşırı genişlemesini sorumlu tutarken, sol düşünürler kapitalizmin çelişkilerini gerekçe olarak göstermişlerdir. Yönetilemezlik teorisyenlerinin bakış açısına göre sendikaların gücünü üç unsur belirlemektedir. Birincisi sabit fiyatlar ve düşük işsizlik sendikalar olmadan erişilememektedir. Sendikalar aynı zamanda işçi ücretleri ve enflasyon rakamların düşüklüğünü de sağlamaktadır. İkincisi, büyük şirketler dışında sadece sendikaların kendi özgün politik karar alma gücü bulunmaktadır. Ve bunlar yalnızca diğer çıkar grupları gibi politik kararlara etki etmemekte aynı zamanda kendileri karar vermektedir. Nihayetinde devletin elinde sendikaların işbirliğini zorunlu olarak sağlayacak araçlar bulunmamaktadır. Böyle bir bakış açısında sendikalar "karşıt hükümet" olarak adlandırılmaktaydı. Birçok geleneksel düşünür açısından yüksek fiyatlandırma rakamları sendikal gücün bir sonucuydu. Dolayısıyla hükümetlerin sendikalara bağımlılığı sıkça dile getirilmekteydi. Diğer taraftan devletin aşırı yüklenmesi aynı zamanda devlete yönelik taleplerle bu taleplerin karşılanabilmesi arasındaki yanlış anlamadan da kaynaklanmaktaydı (Samuel P.

nin krizine yönelik bilimsel ilgi 1990'lardan itibaren yeniden canlanmış ve çeşitli kavramlar (örn. postdemokrasi) ya da yurttaşların politik kurumlara ve politikacılara yönelik güven kaybı[4] gibi farklı gelişmeler aracılığıyla betimlenmeye çalışılmıştır. Günümüzde kriz sorunsalı bir yanda geniş bir literatürün diğer yanda Jacques Rancière'den Slavoj Žižek'e, Chantal Mouffe'dan Axel Honneth'e kadar çok sayıda düşünürün ilgi alanını oluşturmuştur.

Bu yaygınlık demokrasinin uzun süredir olumsuz gelişmelerle betimlendiğini göstermektedir.[5] Modern demokrasiler açısından bunun anlamı kararların hesap verilebilirliği ve demokratik kurumların sorumluluğu, hukuk devleti, politik katılım, insan ve yurttaş hakları ya da medyanın özgürlüğü konularında belirli bir aşınma sürecinin yaşanmakta olduğudur. Dahası ekonomik ve finans krizlerinin demokrasiyi güçsüzleştirdiği ve demokrasinin yeni bir krizine yol açtığı ifade

---

Huntington/Joji Watanuki/Michel Crozier, The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission, New York University Press, New York, 1975). Yönetilemezlik teorisyenleri bu yanlış anlamaya iki gerekçe sunmuşlardır. Birincisi devamlı devlet desteği ve yatırımı talebi, ikincisi ise partilerin seçmen oylarını elde edebilmek için tutamayacakları vaatlerde bulunmalarıydı. Buna karşılık neo-marksistlerin çıkış noktası yönetilemezlik teorisyenlerinden bütünüyle farklıdır. Politik katılımın aşırılığı, çıkar grupların gücü ya da seçmenlerin talep fazlalığı değil, tersine devletin aşırı yüklenmesinden geç kapitalizmdeki sermayeyle emek karşıtlığı ve sermaye birikiminin güvence altına alınması için sürekli politik müdahalelerin yapılması sorumlu tutulmuştur (Claus Offe, Strukturprobleme des kapitalistischen Staates, Aufsätze zur Politischen Soziologie. Mit einem neuen Vor- und Nachwort von Claus Offe, campus bibliothek, 1972/2006). Nitekim bu teorisyenler kapitalizmin bir ekonomik kriz sonucunda ortadan kaldırılamayacağını, batılı demokrasilerin savaş sonrası yıllarda ekonomik krizlerin bir parçası olarak sınıf çatışmasını yumuşatabildiğini saptamışlardır (Jürgen Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973). Bu nedenle kriz göstergelerini ağırlıklı politik alanda aramaya başlamışlardır. Devamında aynı teorisyenler birleştirici en önemli unsur olarak sosyal-refah devletinin yok oluşu dışında ikinci unsura dikkat çekmişlerdir. Buna göre meşruluk krizi yalnızca Keynezyen refah devletinin ortadan kaldırılmasıyla değil aynı zamanda bütünleştirici ikinci gücün yani aracı olarak partilerin güç yitimini göstermişlerdir. Az sayıda rekabet eden, sınıflar arası ilişkiler kurmaya çalışan kitle partilerine dayalı parti sisteminin sonunun gelmesi krizin gerekçeleri arasında kabul edilmiştir.

4 Susan J. Pharr/Robert D. Putnam/ Russell J. Dalton, "Trouble in the Advanced Democracies? A Quarter Century of Declining Confidence", Journal of Democracy, 2000, Cilt: 11, Sayı: 2, s. 7.

5 Alex Demirović, "Multiple Krise, autoritäre Demokratie und radikaldemokratische Erneuerung", Prokla, Verlag Westfälisches Dampfboot, 2013, Cilt: 171/ 43, Sayı: 2, 2013, s. 193.

edilmektedir.[6] Nihayetinde bu krizin demokrasiyi, toplumu daha iyi düzenleyen unsurlar"[7] olmaktan çıkartacağına ve hatta "batılı toplumlarda demokrasinin çöküşüne"[8] neden olabilecek gelişmelere yol açabileceğine dair karamsar perspektifler dillendirilmiştir.

Günümüzün kriz dinamikleri ve gerekçeleri demokrasinin tarihsel coskusunu yitirmesine, küreselleşme karşısında zamana ayak uyduramamasına bağlanmaktadır. Bu ilişkilendirme kapitalizmin temelindeki buyruğa yani çıkarın ve faydanın maksimize edilmesinin önündeki her tür demokratik ve toplumsal kazanımların yapısökümüne uğratılması savını doğurmaktadır.

Kapitalizmin ve devlet sisteminin neoliberal dönüşüm koşulları altında bu politik biçim yeniden düzenlenmektedir. Demokratik kurumların ve süreçlerin etkili temelleri sorunlaştırılmaktadır. Politikanın daha güçlü bir şekilde ekonomik kısıtlayıcıların dayatmasına bağımlı hale geldiği gerçeği "demokratik kendi geleceğini belirleme" ya da "halk egemenliği" gibi kavramların günümüzde gerçekten bir dereceye kadar çağdışı olarak algılatmaktadır. Ancak bu kısıtlayıcı durumlar doğal yasalar değildir, tersine politik stratejilerin bir sonucudur. "Küreselleşme" denilen süreç özünde 19. yüzyıl ama özellikle de 20 yüzyıl boyunca mücadele edilerek elde edilen demokratik kazanımlara karşı bir saldırıdır. Buna olmadığında liberal kapitalizmin sınırlayıcı anlamında bile gerçek demokrasinin neredeyse işlemeyeceği seçme hakkının genelleştirilmesi, yürütmenin parlamenter denetimi ve bazı toplumsal güvencelerin yaptırımı dâhildir. Neoliberal projenin bir dizi demokratik rahatsız edici unsuru ortadan kaldırdığı politik-ekonomik sistem inşa etme hedefine ulaşıldı. 1989 sonrasında yeni bir demokratik çağı başlangıcı olarak kutlanan birçok açıdan tersi çıkmıştır. Neoliberal anaysalcılığın küresel sistemi yerleşik hale gelmiştir; yani ulus devletin kurumsallaşmış demokratik denetiminden fiilen uzaklaştırılan özellikle özel mülkiyeti, yatırım özgürlüğünü ve

---

6 Michael Brie, Schöne neue Demokratie-Elemente totaler Herrschaft. Texte 39 der Rosa-Luxemburg-Stiftung, dietz-berlin, 2007. Colin Crouch, Postdemokratie, Edition Suhrkamp, 2008.

7 Wolfgang F. Haug, Philosophieren mit Brecht und Gramsci, Argument, Berlin, Hamburg, 1996, s.149.

8 Alain Badiou / Jacques Rancière, Politik der Wahrheit, 2. Auflage, Wien/Berlin, 2013, s. 2, 4.

pazarın açılımını güvence altına almadır… Neoliberal dönüştürülmüş kapitalizm devletin uluslararasılaştırılması ve politikanın özelleştirilmesi kitlesel eğilimiyle tanımlanmaktadır. [9]

Bu savın kökeni, ilk kez Fransız Devrimi'nin sol kanadı tarafından ifade edilen ve sonraki yıllarda derinleştirilen politik demokrasinin toplumdan ayrıldığı ve bunun sonucunda sermaye sahiplerinin kendi özgül çıkarlarını genel yararmış gibi sundukları savına dayandırılmıştır. [10]

Ne yazık ki demokrasi, insanların içtenlikle kendi meselesi olarak deneyimledikleri, kendilerini politik sürecin öznesi olarak kavradıkları bir biçimde yerleşmemiştir. Halkın kendisiyle özdeş, olgunluğunun bir ifadesi ve kişisel çıkarın genelin çıkarıyla bütünleşmesi olarak değil (...) diğerleri arasında bir sistem olarak kabul edilmiştir.[11]

Kapitalist toplumsal biçim ve onun üretim ilişkileri liberal demokrasinin temelini ve sınırını oluştururken, kapitalizmle demokrasi arasındaki çelişkiler zaman içerisinde giderilememekte ve demokrasinin krizine yol açmaktadır.[12] Geç kapitalizm teorisyenlerinin de vurguladıkları üzere, kriz ekonomik düzlemde bir biçimde kontrol altına alınabilmektedir ancak bütün yük politik alana yığılmaktadır.[13] Bu yığılmanın parlamenter demokrasi açısından anlamı ise demokratik ulus devlette politik aktörlerin süregelmekte olan güven kaybına yurttaşların politik eylemlerdeki etkisizliğinin eşlik etmesidir.[14]

Bununla birlikte aynı kriz sürecinde parlamenter kurumların istikrarı ve yurttaş katılımının artması gibi olumlu gelişmeler de yaşanmaktadır. Bu gelişmeler parlamenter demokrasinin aşınmasına yönelik eleştirel söylemlere karşı eğilimleri ifade etmekte, demokrasi istencine vurgu yapmaktadır. Yeni toplumsal hareketler ve bazı par-

---

9 Joachim Hirsch, "Das Ende der liberalen Demokratie", linksnetz, 2005, s. 1.

10 Demirović, 2013, s. 198.

11 Theodor W. Adorno, "Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit", Gesammelte Schriften, Bd 10. 2, Frankfurt/M., 1977, s. 559.

12 Bettina Lösch, "Die neoliberale Hegemonie als Gefahr für die Demokratie", Kritik des Neoliberalismus, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007, s.174.

13 Jürgen Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973, s. 58, 59.

14 Michael Hardt/Antonio Negri, War and Democracy in the Age of Empire, Penguin Books, 2005.

tiler demokrasi tartışmalarında çok büyük itici güç olmuşlardır. Birçoğu geleneksel olmayan ve alışılmadık, bir o derecede beklenmedik ama düzenli katılım biçimleri önermiş; yurttaş insiyatifleri, sol veya feminist gruplar, sendikalar ya da toplumsal hareketler geniş sivil toplumsal altyapıda destek bulmuşlardır. Bu protestolar ve örgütsel biçimler, eleştirel söyleme uzun zamandır eşlik eden iyimser demokrasi söylemini desteklemektedir ve düzeltmektedir.[15] Bu da demokratik kurumların kendi içinden hareketle sürekli yenilenebilir bir güce sahip olduğunu hatırlatmaktadır. Dolayısıyla bu çalışma parlamenter demokrasinin kriz teşhisinin yeniden tartışıldığı bir ortamda İtalya'da başlayan "5 Yıldız Hareketi"ni ele almayı, bu Hareketi incelemeyi, demokrasi kavrayışını ve yeni politika yapma biçimlerini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Konuya ilişkin uluslararası literatür oldukça sınırlıdır. Türkiye'de de bu konu üzerinde herhangi bir bilimsel çalışma yapılmamış, yalnızca bazı gazete ve haber portalları gelişmelere ilgi göstermiştir. Buna karşılık özellikle batı medyası ve entelektüel çevrelerce bu Hareket politikada "yeni yaşam kaynağı" olarak sunulmuştur. Özellikle politik partilerin öneminin giderek azaldığı, yurttaşların doğrudan aracısız olarak politik hayata katıldığı, sürekli bir liderliğin olmadığı yeni bir politik model arayışının simgesi olan bu Hareket aynı zamanda yaygın medyayı atlayarak internet üzerinden çoğalan bir politika anlayışının ilk temsilcisi kabul edilmektedir. Bu çerçevede çalışmada önce krizin politik alandaki göstergelerine eğilinmekte, ardından İtalya'daki 2013 parlamento seçimleri ve 2016 yerel seçimlerinde büyük başarı elde eden Harekete yoğunlaşılmaktadır. Bu Hareketin politik felsefesinin, demokrasi anlayışının kriz teşhisine yanıt sağlayabilme potansiyeli üzerinde durulmaktadır.

KRİZİN POLİTİK DÜZLEMDEKİ GÖSTERGELERİ

Modern demokrasilerde uzun zamandır bahsedilen ve artık neredeyse olağanlık kazanan kriz, politik düzlemde seçimlere katılımda durağanlık ve gerileme, partilere ve derneklere üyeliklerin azalması olarak yansımaktadır. Bir süredir ve sesli bir biçimde yönetenlerle yönetilenler arasındaki artan mesafe ve politik seçkinlerin sorunları çözebileceğine dair azalan umutlar vurgulanmaktadır. Yalnızca poli-

15 Demirović, 2013, s. 200.

tik aktörlere yönelik değil, ekonomik politik temel düzenin bütününe karşı bir güven bunalımından bahsedilmektedir.[16] Bu güncel bunalım politik seçkinlerin yönetsel beceri eksikliğinden çok neoliberal kapitalizmdeki iktidar uygulamalarının dönüştürücü etkileri temelinde incelenmelidir.[17] Nitekim Wendy Brown liberal demokrasinin kriz eğiliminden bahsederken neoliberal dönüşüm politikalarının sonuçlarına karşı uyarılarda bulunmuş ve "liberal demokrasi politik yönetişimselliğe teslim edilemez ve hayatta kalamaz" çünkü liberal demokrasinin kurumlarının ve süreçlerinin ekonomik verimlilik ölçütleri gözetilerek yürütülemeyeceğinin altını çizmiştir.[18]

Aynı zamanda ekonominin ve toplumun neoliberal dönüşümü sonucunda toplumsal eşitsizlik küresel ve ulusal ölçüde anlamlı bir artış göstermiştir. Böylelikle politik sistemin karakteri temelinden değişikliğe uğramıştır. Beraberinde egemen durumlara karşı alternatifler devamlı bir şekilde gözden düşürülmektedir. Egemen toplumsal yapıların ve eğilimlerin statükosunu değiştirilemez olarak açıklayan ve politik şekillendirme olanaklarını artık algılamayan bir "tek yönlü düşünce" kabul ettirilmiştir. Toplumun en küçük dallarının içerisine sızan ideolojik nüfuzun altında neoliberal projenin hayati başarısı yatmaktadır.[19]

Bu gerekçeler Colin Crouch'u "postdemokrasi" kavrayışına; görünüşte partilerin, seçimlerin, parlamenter süreçlerin ve kamusal tartışmalarıyla parlamenter demokrasinin bütün kurumlarıyla işlediği ancak politik sahnelemenin gölgesi altında gerçek politikanın kapalı kapılar arkasında yapıldığı saptamasına götürmüştür.[20] Crouch'a göre demokrasi gerçeğiyle uyuşmayan neoliberal dönüşüm politikaları demokrasinin artık yalnızca görüntüden ibaret olduğunu ortaya çıkarmıştır. Buna gerekçe olarak ise temel demokratik kurumların ve süreçlerin biçimsel olarak varlığını korumakla birlikte fiilen demok-

16 Bertelsmann Stiftung, Vertrauen in Deutschland. Eine qualitative Wertestudie der Bertelsmann Stiftung. Task Force »Perspektive 2020 – Deutschland nach der Krise, Gütersloh, 2009, s.3.

17 Alex Demirović/Julia Dück/Florian Becker/Pauline Bader, VielfachKrise, VSA Verlag, Hamburg, 2011, s.21-23.

18 Wendy Brown, Critical Essays on Knowledge and Politics, Paperback, eBook, 2005, s. 46.

19 Hirsch, 2005, s. 2.

20 Colin Crouch, Postdemokratie, Edition Suhrkamp, 2008.

ratik karar alma açısından büyük anlam kayıplarının yaşanmasını göstermiştir.[21] Böyle bir ortamda yurttaşların büyük çoğunluğu pasifize edilmiş, onlara sessiz ve hatta apatik roller yüklenilmiştir. Kısaca yurttaşlık medya aracılığıyla giderilen politik ilginin yönlendirdiği ve etkinliğini yitirmiş bir kitleye dönüşmüştür. Gerçek politika ise özellikle ekonominin çıkarlarını temsil eden seçilmiş hükümet ve seçkinlerce kapalı kapılar arkasında yapılmaktadır.[22] Crouch'u (Jacques Rancière'yi ve Sheldon S. Wolin'i) "postdemokrasi" kavramına götüren kriz politik düzlemde katılım, temsil, etkin hükümet eylemleri boyutlarında ele alınmaktadır.

a. Katılım

Demokrasi gerçekte nasıl anlaşılmalıdır sorusuna 20. yüzyılın en önemli demokrasi teorisyenlerinden biri olan Robert Dahl, "kamusal çekişme ve katılım hakkı"[23] yanıtını vermiştir. Poliarşi olarak adlandırdığı demokrasinin gerçek halinin iki yapıcı boyutundan bahseden Dahl bunları politik mevkilerle güç/iktidar için açık rekabet ve aynı zamanda politik katılımı mümkün kılacak yeterli açıklık olarak ortaya koymuştur. Bu unsurun ayırt ediciliği farklı demokrasi teorilerini özgürce politik katılımın varoluşsal anlamı konusunda uzlaşıya götürmüştür. Genellikle tartışılan demokratik katılımın çerçevesi ve biçimleri olmuş, yelpaze Joseph A. Schumpeter'den (1950) radikal demokratik tasarımlara kadar uzamıştır. Birincisi yani dar yorumlamada politik katılım, yurttaşlara seçimler aracılığıyla yüklenen denetleme ve yaptırım gücünü oluşturmaktadır. İkincisi ve geniş yorumlamada ise aynı kavram, eşitlik düşüncesinden hareket eden ve devlete ait alan dışında potansiyel olarak bütün toplumu içerecek şekilde irade ve karar alma süreçlerinin her aşamasında kapsamlı ve yoğun katılımı öngörmektedir.[24]

Modern demokrasilerde katılım, demokratik anayasal sistemlerin, genel olarak yönetim biçimine verilen destek ve gücün/iktidarın yö-

21 Crouch, 2008, s. 10
22 Crouch, 2008, s. 11-12.
23 Robert A Dahl, Polyarchy: Participation and Opposition, New Haven, 1971, s. 5.
24 Manfred G. Schmidt, Demokratietheorien. Eine Einführung, Springer Verlag, 2010, s. 236.

neticiler tarafından uygulanması şeklindeki biribiriyle bağlantılı iki meşruluk kaynağından birini oluşturmaktadır. Bu meşruluk kaynağı demokrasinin eşitlik prensibiyle ilişkilendirilmiş, başta ekonomik kaynakların paylaşımı olmak üzere toplumsal türdeşliğin katılım koşullarını olumlu etkileyeceği varsayılmıştır. Buna göre doğru kararlar ancak bu kararlardan etkilenenlerin politik içeriklere etki edebilmelerinin sağlanmasıyla mümkün hale gelmektedir. Politik katılım eksikliğinin ise kabulü zorlaştırabileceği, yanlış kararlara ve nihayetinde de protestolara ve direnişe yol açabileceğinin altı çizilmiştir.

İnkar edilemeyen önemine rağmen yurttaşların politikayla ilişkileri konusundaki şüpheler politik katılımı sorunsallaştırmaktadır. Bunda doğal olarak yöneticilere karşı duyulan güven kaybı, partilerin azalan örgütleme gücü ve seçimlere katılım oranlarının geriye gidişi kadar demokratik anayasal toplumların yönetmenin güncel ve gelecekteki meydan okumalarına karşılık verip veremeyeceği konusundaki endişelerin rolü vardır. Bu çerçeveden bakıldığında politik krizin katılımsal boyutu politik eşitlik prensibindeki aşınma üzerinden kurulmuştur. Özellikle gelişmiş ya da gelişmekte olan toplumlarda son yıllarda büyümekte olan toplumsal-ekonomik eşitsizliğin politik eşitsizliğe doğru evrimleşmekte olduğu, bunun da seçimlerde ve politik katılım taleplerinde belirgin etkilere neden olduğu vurgulanmıştır. Son yıllarda batılı demokrasilerdeki seçimlerde alt sınıfların katılım oranlarında dikkat çekici bir azalma yaşanırken, üst ve varlıklı sınıflardaki artış toplumsal-ekonomik ayrıma ve yurttaşlar arasındaki bilişsel kaynakların eşitsizliğine bağlanmış, politik eşitsizliğin büyümesinin politik eşitlikle ilgili temel demokratik prensibi zedelediğinin altı çizilmiştir. Demokrasiyi değerler ölçütünde değil, pazar modeli ölçütünde yapılandırmaya çalışan; kişisel yararın ve bireysel faydanın en üst seviyeye çıkarılmasını talep eden neoliberalizmin bu eşitsizliği güdülediği vurgulanmıştır. "Olgusalın normatif gücü şimdiki zaman, normatifin olgusal gücü geçmiş zamandır".[25] Oysa toplumsal-ekonomik eşitsizlik azaldıkça demokrasinin kalitesi yükselirken, bu yükseliş farklı toplumsal-ekonomik çıkarları temsil eden politik partilerin alternatif programlar üretebilmesini de kolaylaştırmaktadır. Alterna-

[25] Franz Neumann, "Demokratietheorien-Modelle zur Herrschaft des Volkes", Handbuch Politische Theorien und Ideologien, Bd. 1, 2. Aufl. Opladen, 1998, s. 65.

tif programların sunulamaması, büyük partilerin küresel ekonomi ve neoliberal rekabetçi politikalar karşısında farklı seçenekler üretememesi her türden katılımı olumsuz etkilemektedir.[26]

Neoliberalizmin "girişimci özne" vurgusu kamusal politikalara ilgi duyan ve bu ilgisini eyleme döken "yurttaş" kimliğini silikleştirirken, bu amaçla yönetmenin yeni biçimlerinin de gelişimini sağlamıştır.

Bütünsel olarak söz konusu olan sivil toplumun ve devletin genişleyen ekonomikleştirilmesidir. Devlet ancak etkilenebilir hizmet ajansı olarak görünmekte ve liberal demokrasinin temeli sayılan "devletle" "toplum" arasındaki karşıtlık düzeltilmekte. Geleneksel politik teoride sivil toplum kavramı göreceli olarak bağımsız toplumsal öz örgütlenmeler alanıyla ilişkiliydi. Günümüzde bu ayrım ve onunla birlikte "yurttaş" figürü kaybolmakta. Bu da toplumsal öznelliğin karakteristiğindeki büyük değişimle bağlantılıdır. Kendini başarıyla öne sürebilen, özerk hisseden ve kolektif güvencelerden vazgeçen özne olarak girişimciler örnek şahsiyet haline gelmekte. Pazar davranışı aileden okullara ve üniversitelere kadar bütün yaşam alanlarının içine sızmakta. "Kendinin girişimcisi" olarak birey, yalnızca kendi emeğinin değerlendirilmesinde değil, toplumsal ilişkilerde temel figür kabul edilmekte. Böylelikle postfordist öznellik koşulları ve onunla bağlantılı olarak yeni ideolojik meşruluk stratejileri aracılığıyla karakterize edilen disipline etme ve denetleme gerekliliğine doğru kesin geçişle birlikte "zorlamayla" "uzlaşının" birleşimi olan "yönetmenin" yeni bir biçimi gelişmektedir. Fordizmle karşılaştırıldığında "disiplin"den *kendini disipline etme* ve *denetleme toplumuna* doğru bir geçiş eğilimi tespit edilebilir. Toplumsal uzlaşı ve biraradalık artık yalnızca bürokratik disiplin, bağlılık, ahlaki değerlendirme ve baskıcı tehdit aracılığıyla değil, tersine "girişimci" bireylerin egemen pazar ve rekabet mekanizmaları çerçevesinde ürettikleri kendini gerçekleştirme ve kendini şekillendirme çağrısıyla gerçekleştirilmektedir.[27]

Doğal olarak politik katılım sorunsalı demokrasi kavramının dikkate değer farklı yorumlarını türetmiştir. Dolayısıyla artık daha sık

---

26 Wolfgang Merkel, Demokratie und Krise, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2015, s. 475-479.

27 Hirsch, 2005, s. 2-3.

bir şekilde politik bilimciler bir politik sistemin demokratik niteliğini "girdilerle" yani halkın katkıda bulunma ve karar alma haklarının etkili varlığıyla değil, tersine onun "çıktılarına" bakarak ölçmektedir. Ancak bu perspektifsel değişim girdi olarak katılımdan çok, çıktılar yani politik süreçlerin sonuçlarının makul kabul edilebilir olması bağlamında demokrasiyi ele alınmasına yol açmaktadır.

b. Temsil

Temsilin klasik tanımını yapmış olan Ernst Fraenkel bu kavramı, "Anayasaya uygun tayin edilmiş egemenlik işlevinin yasal olarak yetkilendirilmiş uygulaması, halkın adına ancak onun bağlayıcı vekaleti olmadan eylemde bulunan bir devletin organları ya da otoritesini doğrudan veya dolaylı yollarla halktan alan ve halkın genel çıkarına hizmet etme ve bu şekilde gerçek iradesini yerine getirme iddiasında bulunan diğer kamu görevlileri" olarak betimlemiştir.[28] Temsil ancak bireysel çıkarlar birleştirilebildiğinde ve grup çıkarlarının temsili vekaleti mümkün olduğunda olanaklı hale gelmektedir. Temsil prensibi bu nedenle çıkarları savunabilecek ve temsil edenlerle temsil edilenler arasında iletişim ağı kurabilecek bir dizi kurumun varlığını gerekli kılmaktadır. Bu demokratik anlayış milletvekilliği, temsiliyet ve sorumluluk temeline dayandırılmıştır. Politik ve toplumsal temsilin birbiriyle yakından ilgili olduğundan hareketle de toplumsal bütünleştirme, üye tabanını temsil etme sorumluluklarıyla politik partilere de bu bağlamda özel bir anlam yüklemiştir. Bu kavrayışta demokratik ikilemin politik rekabetin eylem zorunluluğu altındaki politik aktörlerin çıkarlara dayalı ekonomik-rasyonel, kısa vadeli hesaplarıyla, demokratik anayasal toplumların eylem temellerinin uzun vadeli güvence koşullarının uyuşmazlığından kaynaklandığı ifade edilmiştir.[29]

Söz konusu bu ikilem yani ekonominin ve toplumun varoluşunu uzun vadeli güvence altına alma kuralının kısa vadeli yarar beklentisini sınırlandırmasının neden olduğu demokratik politikanın etik temellerine dayandırılmaktadır. İlginç olan bu ikilemin parti rekabetinden kaynaklanan bir ironiyi barındırmasıdır. Buna göre iktidarda-

28 Aktaran Paul Kevenhörster, Politikwissenschaft Band 1: Entscheidungen und Strukturen der Politik, UTB, Leske+Budrich, 1997, s. 405.

29 Kevenhörster, 1997, s. 411.

ki partiler yalnızca devlet hizmetlerine yönelik toplumsal beklentileri yükseltmekle kalmazlar aynı zamanda geniş kapsamlı çözüm önerileri sunabilme iddiasıyla politik alanda da egemenlik kurarlar. Ancak bu uğraşı politikanın hakikati ve yaşamsal olanı dillendirme, geleceği şekillendirme görevini aksatması tehlikesine yol açmaktadır. Dahası "meslekten politikacı" anlayışını yaygınlaştırmakta, politika için değil ama politika sayesinde yaşayan bir politik sınıf inşa edilmektedir.[30]

Bununla bağlantılı olarak farklı bir "politik sınıf", yani parti sınırı dışında kariyer, konum ve ayrıcalıklar güvencesini birleştirme menfaatini gösteren meslekten politikacılar kategorisi yani bir tür "var olan gerçek demokrasinin adlar dizini" (Tudyka) oluşmaktadır. Parti kariyerleri meslekte bireysel yükseliş olarak planlanmakta, önemli sayıda kamusal görev parti himayesi altında bulunmakta ve "sıkı ilkesel oportünizm" (Luhmann) bireysel başarının koşulu haline gelmektedir... Başarı ölçütü olarak esnek biçimde uyumluluk ve "ideolojiden bağımsızlık" arttıkça politikacıların "kısıtlayıcı olayları" kabul etmeleri kolaylaşmaktadır. Bürokratik karar alma mekanizmalarının baskınlığı ve ulusal devlet kadar uluslararası düzlemde müzakere sisteminin belirsizliği nedeniyle partilerin görevi politika yapmaktan çok tersine onu satmaktır.[31]

Temsil krizi küresel neoliberal süreçlerin de etkisiyle partilerin politik irade oluşturma ve çıkarları temsil etme özelliklerinin kaybolmasına, politik karar almanın uluslar ve ulusüstü kuruluşların etkisi altına girmesine işaret etmektedir. Böylelikle parlamentolar ve fraksiyonlar müzakereci kararların alındığı mekanlar olmaktan çıkmakta, milletvekillerinin temsil ettikleri kesimin somut yaşamsal koşullarıyla bağları ortadan kalkmaktadır.

Devletin dönüşümüyle birlikte özellikle parti sisteminin yapısı büyük ölçüde değişmiştir. Geniş serpilmiş toplumsal çıkarları birleştirmeye ve politik karar alma süreçlerinde geçerli kılmaya çalışan Fordizm'in karakteristik "halk partiler" sistemi geçmişte kalmıştır. Partiler, birincil önceliği politik kararları ilgililere aktarma olan, toplumsal çıkarları eklemleyen ve çıkarlara aracılık eden medyatik eylemsel araçlara dönüşmüştür. Neoliberal ideolojinin kendini kabul

30 Max Weber, Sosyoloji Yazıları, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006.
31 Hirsch, 2005, s. 4.

ettirmesi ve parti sisteminin dönüşümü özel medya endüstrisinin ilerlemesiyle ve yeni enformasyon ve iletişim tekniklerinin sözünü dinletmesiyle bağlantılı bir kamusalın yapısal değişimidir. Ticari hesaplar yaygınlaştırılan içerikleri, dünya ve toplumsal tasarımları giderek daha çok belirlemekte ve içerisine sızmaktadır. Enformasyon aktarımı ve iletişim tekelci denetimli pazarın dinamiğine bağlı hale gelmektedir. Politik enformasyon bu nedenle "enfotainment" olma eğilimi göstermektedir. Politik ve ticari reklamlar birbirine yaklaşmakta (...) Maddesel entegrasyonun sınırlandırılan hareket özgürlüğü ve toplumun büyüyen parçalanması nedeniyle partiler için özgül toplumsal gruplara ve toplumsal-kültürel çevreye dayanmak giderek zorlaşmaktadır. Partilerin kendilerince hızlandırılan bir "bireyselleşme" süreci başlamaktadır. Sonucunda sadık seçmenler ufak parçalara ayrılmakta, üyelikler küçülmekte, parti politikasına bağlılık gerilemekte ve seçim yönelimleri dalgalanmaktadır. Partilerin politik davranışı oyların taktiksel azamileştirilmesince yönlendirilmektedir. İnandırma gücü ve rekabet yeteneği özellikle medyatiklik ve propaganda tekniği becerisiyle ilişkilenmiştir. Bir anlamda sürmekte olan durumu ideolojik olarak sağlamlaştıran kültür endüstrisi yapısının bir parçası haline gelmekteler. Bu sayede parti tabanının etkin katılımı anlamını yitirmekte ve yerine getirildiği müddetçe daha çok rahatsız edici bir unsur karakteri haline gelmekte. Medya donanımlı mekanizmalar, devlet finansına bağımlı hale gelen ya da büyük bağışlara yol açan muazzam para miktarını yutmaktadır.[32]

Böylelikle Hanna F. Pitkin'in "başkaları adına konuşmak" ve "onları temsil etmek" şeklinde ele aldığı politik etkinliğin anlaşılmasında önemli iki unsur günümüzde sorunlu hale gelmiştir. Pitkin'in güçlü bir şekilde vurguladığı "Modernlikte neredeyse herkes temsilciler tarafından yönetilmek istemekte (…); her politik grup ya da her politik hedef temsilci talep etmekte; her hükümet temsil etme iddiasında"[33] argümanı geçerliliğini yitirmektedir. Hardt ve Negri de en son eserlerinde "göreceli demokrasi"den bahsetmekte ve sert bir biçimde temsil prensibine saldırmaktadırlar. "Bugün temsilin modern mitosuna inansak ve halkın temsilini halk egemenliğinin bir aracı olarak kabul

32 Hirsch, 2005, s. 4-5.
33 Hanna F. Pitkin, The Concept of Representation, University of California Press, 1967, s.2.

etsek bile, bu süre içerisinde imkânlarının radikal bir biçimde birleştirildiğini kendimize itiraf etmemiz gerekir".[34]

Tersine birçok insanın politikadan ve politikacılardan hayal kırıklığına uğradığı görülmektedir. Dahası partiler dışında temsil iddiasındaki sendikalar gibi örgütlerin de gücü ve üyelikleri azalmaktadır.

Bu ideolojik ve politik gelişmenin önemli bir gerekçesi postfordist dönüşümle bağlantılı olarak toplumsal yapılardaki değişimdir. Sosyolojik dil kullanımında rahatlıkla "bireyselleşme" olarak tanımlanan toplumsal parçalanma, toplumsal-kültürel çevrenin ve çıkar bloklarının erozyonuna yol açmıştır. Fordist dönemin merkezindeki kurumsallaşmış sınıfsal uzlaşımın toplumsal işbirliğinin yapısal biçimleri, işbirliğine dayanan ortak yönetime hazır oldukları sürece devlet bürokrasisini, şirketleri, personelin bir kısmını ve bazen sendikaları da bağlayan, işletme ve sektörel düzlemde merkezsizleşmiş ve bölünmüş korporatizmle ikame edilmektedir. Burada artık söz konusu olan toplumu kapsayıcı ve hafifletilmiş toplumsal düzenleme değil, tersine ağırlıklı uluslararası rekabette konumsal politikalardır. Taleplerin toplumsal risklerinin özelleştirilmesi aracılığıyla politik mekanizmaların yükü hafifletilmektedir (...) Böylelikle sendikalar ayrıca güçsüzleştirilmektedir. Politik kurumlar sisteminde toplumsal sorunların ve anlaşmazlıkların ifade edilmesi ve işlenmesi azaldıkça gündelik rekabet, saldırı ve şiddet daha anlamlı hale gelmekte. Özgürlük ve refah tasarımları bir bakıma özelleştirilmekte ve pazarın olanak ve algılama ufkuna kısaltılmaktadır (...) Kolektif toplumsal biçimlendirme yerine özel rekabetçi davranışlar geçmektedir.[35]

c. Etkin Yönetsel Eylemler

Temsili demokrasilerde etkin yönetsel eylemler geniş anlamda liberal demokrasinin geleneksel kurumlarının (yasama, yürütme vb.) varlığını ve işleyişini, dar anlamda ise politik kurumların ve süreçlerin somut bir problem ve sınırlı zaman karşısında uygun çözüm yolları geliştirebilme yeteneğini kapsamaktadır.[36] Dolayısıyla iyi ve etkin

---

34 Michael Hardt/Antonio Negri, Demokratie!: Wofür wir kämpfen, Campus Verlag, 2013, s. 36.

35 Hirsch, 2005, s. 5.

36 Karl-Rudolf Korte/ Manuel Fröhlich, Politik und Regieren in Deutschland, Pader-

yönetim, kurumların yasal konumlanmalar ve sorumluluklarını yerine getirebilme kadar iktidar düzleminde verimliliğin ve uygulanabilirliğin artırılmasıdır. Burada verimlilik ulaşılan hedeflerle ulaşılmak istenen durum arasındaki ilişkiye yani etkililiğe; uygulanabilirlik ise amaç-araç ilişkisine, eylemlerin ekonomik elverişliğine vurgu yapmaktadır. Demokratik hukuk devletinde bunun anlamı hükümetlerin kendiliğinden politik kararları alabilme gücü, anayasal görevlerini yerine getirebilme işlevi, alınan kararların sorumluluğunu halk ve parlamento karşısında üstlenebilmedir. Hükümetler parlamento karşısında sorumlu olmakla birlikte diğer yanda parlamento ve dolayısıyla toplumsal irade oluşumundan da bağımsız politik karar alma gücüne sahip olunmasıdır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, halkın bu organlar aracılığıyla devlet gücünün uygulanmasında fiili etkide bulunduğu, bu organların eylemlerinin halkın iradesine dayanması ve ona karşı sorumlu olması gerektiği üzerinde durulmakta ve "Halkla devlet gücü arasındaki bu hesap verilebilirlik ilişkisi özellikle parlamento seçimleri, onun tarafından kararlaştırılmış yasaların icra gücünün temel ölçüt olması, hükümetin politikasına parlamento aracılığıyla etki ve hükümete karşı idarenin ilkesel talimat bağlılığı aracılığıyla sağlanabilir" denilmektedir.[37]

Neoliberalizmle birlikte etkin yönetsel eylemlerin sağlanabilmesi konusunda baskı artmıştır. Baskının birinci adımı, yönetsel kararları hızlandırmak amacıyla uzmanlığın yaygınlaştırılması olmuş, demokrasinin "uzman erkine" dönüşümü üzerinde durulmuştur. Böylelikle neoliberalizmin "değerlerden ve ideolojilerden arınmış" kadroların yaygınlaşması gerektiği yönündeki argümanı hayata geçirilmiş, politik karar alma süreçlerinde hızlanma temelli bir dönüşümün daha çok özgürlüğe, kişisel sorumluluğa ve verimlilik çabasının artırılmasına katkıda bulunacağı iddia edilmiştir.[38] İkinci olarak ise formaliteler, alt komisyonların çalışma prensipleri, sonu açık müzakereler, farklı görüşlere gösterilen hoşgörünün sınırsızlığı yavaşlığa yol açtığından ve politik karar alma süreçlerini olumsuz etkilediğinden par-

---

born, 2006, s. 339.

37 "BVerfGE 83, 60 [71 f]; 93, 37, [66]", www.servat.unibe.ch/dfr/bv083060.html. Verfassungsrecht (Erişim: 21.8.2016).

38 Gary S. Schaal/ Claudia Ritzi, Neoliberalismus und Postdemokratie. Bausteine einer kritischen Gesellschaftstheorie, Hamburg, Leipzig, 2012, s. 9-10.

lamentonun "hızlandırılması" önerilmiştir. Buna göre karar almayı hızlandırmak amacıyla bu süreci yavaşlatan parlamentonun politik olarak sınırlandırılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Politikayla toplumsal çevre arasında zamansal desenkronizasyonuna yol açtığı ifade edilen parlamentonun gücü ve yetkisi yürütme lehine sınırlandırılmıştır.

Bir başka sorunsal postdemokrasi tezinin de ileri sürdüğü üzere küresel neoliberalizmle birlikte demokrasinin katılım, temsil ve karar alma süreçlerinin biçimsel olarak varlığını sürdürmesiyle birlikte, etkili toplumsal kararların büyük oranda demokratik kurumların dışında alınmasıdır. Karar alma arenaları düzenlenmiş pazarlara, küresel şirketlere, uluslararası bankalara, finans lobilerine ve ulusüstü örgütlerle rejimelere kaymıştır.

Politika büyük ölçüde rekabetçi devletin konumsal optimizasyon dayatmasına bağımlıdır ve güçlü bir şekilde uluslararası örgütlerle müzakereci sistemler alanına kaymıştır. Kapsayıcı özelleştirme süreçleri ve uluslararası şirketlerin artan bağımsızlığı, demokratik olarak denetlenmeyen hükümet dışı organizasyonların da dâhil olduğu devlete ait olmayan aktörlerin etkisini artırmaktadır. Parlamenter yasama ve karar alma süreçleri yerine neredeyse hiçbir şekilde iç yüzü bilinmeyen ve denetlenemeyen resmi-özel müzakereci sistemler geliştirilmiştir. Zararsızlaştırıcı kavramları seven politika bilimi bunu "müzakereci devlet" olarak betimlemiştir. Böylelikle –partiler ve parlamento gibi- ulusal demokratik mekanizmalar önceden alınmış kararları tasdik etme ve bunlardan etkilenen ilgililere kabul ettirme ve meşrulaştırma araçları halini almıştır. Özellikle politik karar alma süreçlerinin ululslararası düzleme kaydırılması demokratiksizleştirmenin bir aracıdır.[39]

Bu kayma demokrasinin merkezi meşruluk kaynaklarından birinin kaybına neden olacak şekilde yurttaşların genel yararı için en iyi çözümün ne olabileceğine dair demokratik müzakereyi de ortadan kaldırmaktadır.[40] Devamında demokratik karar alma özgül mekanını yitirmekte ve politik sorumluluklar belirsizleşmektedir. Yurttaşlar

39 Hirsch, 2005, s. 5-6.

40 Wolfgang Merkel, "Gibt es eine Krise der Demokratie? Mythen, Fakten und Herausforderungen", WZB Mitteilungen, Cilt: 139, 2013, s. 7.

açısından kimin hangi politik karardan sorumlu olduğu ve hangi düzlemde kararların alındığı tanımlanamamaktadır. Böylelikle liberal demokasi açısından merkezi unsur olan iktidarın parlamento tarafından denetlenmesi kaldırılmaktadır.[41]

5 YILDIZ HAREKETİ- ALTERNATİF POLİTİK MODEL?

"The Civic Culture" (1963) başlıklı çalışmalarında Gabriel Almond ve Sidney Verba ABD, İngiltere, Meksiko ve Almanya dışında İtalya'yı da ele almış, ülkenin politik kültürünü endüstriyel kuzeyle tarımsal güney arasındaki karakteristik oluşturduğunu saptamışlardır[42]. Coğrafik bu ayrım sonraki yıllarda ideolojik tespitle yani katolik inancıyla komünizm arasındaki gerginlikle ve nihayetinde de İtalyan toplumunun demokratik kurumlardan hoşnutsuzluğu, devlet ve politik seçkinlere yönelik güvensizlik ve mesafeyle tamamlanmıştır.[43] 5 Yıldız Hareketi'nin başarısı bu politik kültüre[44] olduğu kadar, literatürde "politikverdrossenheit" (political apathy) olarak bilinen yurttaşların politik yorgunluğuna, politik eylemlere ve kurumlara ilgisizliğine[45] de dayandırılmaktadır. Popüler komedyen Beppe Grillo[46] tarafından 2009 yılında kurulan, resmi olarak parti kabul edilen ancak kendisini İtalyanca "Movimento" yani hareket olarak tanımlayan 5 Yıldız Hareketi, bugüne kadar protest bir hareketin resmi seçimlerde elde ettiği en büyük oy oranına ulaşmış, 2013 parlamento seçimlerinden üçüncü büyük politik güç olarak çıkarken, 2016 yerel seçimlerde Roma ve Torino'nun belediyelerini elde etmiştir. Köklü parti geleneğine sahip Kıta Avrupası'ndaki yerleşik düzen partilerinden farklı olarak Hare-

41 Lösch, 2007, s. 189.

42 Gabriel Almond/ Sidney Verba, The Civic Culture – Political Attitudes and Democracy in Five Nations, Princeton, 1963.

43 Mario Caciagli, "Alte Sitten im neuen Gewand: Die politische Kultur Italiens", Länderbericht Italien, Bonn, 2012, s. 55-74.

44 Roberto Biorcio, "The reasons for the success and transformations of the 5 Star Movement", Contemporary Italian Politics, Cilt: 6, Sayı: 1, 2014, s. 37-53.

45 Giuliano Santoro, Un Grillo qualunque. Il Movimento 5 Stelle e il populismo digitale nella crisi dei partiti italiani, RX Castelvecchi, 2012.

46 Grillo'nun köklü tiyatro geçmişine 1970'lerde ve 1980'lerde televizyon komedyenliği de eklenmiştir. Ancak oldukça sevilen sanatçı İtalya'yı o dönemde yöneten Bettino Craxi ve yozlaşmış sosyalistleri "incittiği" gerekçesiyle kamu televizyonu RAI'de uzaklaştırılmıştır. Daima politik tiyatroyla uğraşan ve skandalları dillendiren Grillo 2005 yılından bu yana kendi blogunu yönetmekte ve finansla ekonomi dünyasına ilişkin yorumlara yer vermektedir.

ket özgün temaların karışımıyla ayırt edilebilmekte, bu sayede geleneksel sağ-sol şemasından uzaklaşabilmektedir. Çevre politikaları ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi yönündeki argümanlar Hareketi sol-ekolojik seçmenler açısından çekici kılarken; buna karşılık politik zümrelerle mücadele, Euro'nun konumuna yönelik kaygı, denetlenemeyen göçmenlik sorunu ve hatta şirket vergilerinde indirim talebi sağ seçmeni etkilemektedir. Hareket klasik parti yapısından vazgeçerken parti içi irade oluşumu da internet üzerinden gerçekleşmektedir. Bu temel demokratik yapıya rağmen son sözü söyleme hakkı daima Grillo'nun kendisinde olduğundan parti otoriter yönetime sahip olmakla eleştirilmiştir. Buna rağmen Hareketin sıradan yurttaşlarca taşınan yenileştirici kimliği kısa vadede gelişim göstermiş, farklı toplumsal tabakaların omuz vererek yükselmesine yol açmıştır.

a. Sahne-Blog-Hareket

İtalyan devlet televizyonundan kovulmasından sonra kamusal mekanlarda, tiyatrolarda ve spor arenalarında komedyen ve mizahçı olarak sahneye çıkan Grillo, buralarda ekonomik skandallar ve güncel politik gelişmelerle ilgili eleştirel mizah yapmıştır. Sahne aldığı kentin ya da bölgenin özgün sorunları üzerinde çalışan Grillo, bunları gösterilerinde sürekli kullanmıştır. Bordignon ve Ceccarini'nin[47] de vurguladıkları üzere Grillo, yurttaşlarla ilişki kurma bağlamında internetin önemini o dönemde ilk fark eden politik aktörlerdendir. Egemen politik sınıfa karşı eleştirilerini arttıran Grillo aynı tarihte (2005) geçmişte uzak durduğu medyadan takipçileri, destekçileri ve hayranlarıyla daha iyi iletişim kurabilmek amacıyla yararlanmaya başlamış, internet pazarlamacısı Gianroberto Casaleggio'le birlikte *www.beppegrillo.it* blogunu kurmuştur. Bu blog aynı yıl dünyadaki en önemli on blogtan biri haline gelmiştir.

İnternet ve blog yalnızca gösterileri için ücretsiz reklam ya da her daim ve potansiyel olarak her yerde hazır bulunan bir forum olma özelliği taşımamış aynı zamanda devlet televizyonu gibi yaygın medyanın sansür ve baskı korkusu olmadan kamusal meselelerle ilgili düşüncelerini açıklama ve eğilimini ortaya koyma fırsatını da sunmuş-

47 Fabio Bordignon / Luigi Ceccarini, "Five Stars and a Cricket: Beppe Grillo Shakes Italian Politics", South European Society and Politics, Cilt: 18, Sayı: 4, 2013.

tur.[48] Bloğu bir süre sonra yerel toplantılar izlemiştir. "Bloğumu takip edenleri, tartışmak, kendilerini örgütlemek ve birbirleriyle şahsen tanışmak için birlikte nasıl buluşturabileceğimi düşündüm ve MeetUp kullanmaya karar verdim".[49] Böylelikle yalnızca web temelli tartışma ve eylem platformundan coğrafi olarak yaygın örgütlenmeye geçilmiştir. Yerel grupların oluşumunda, "internet aracılığıyla gerçek yaşamda buluşmayı örgütleyebilmek için" Grillo *meetup.com* internet platformunu kullanmıştır.[50] Bu gruplar önceleri blogda yayınlanan içerikleri yaygınlaştırmada kullanılırken, sonraları daha özerk hareket etmeye ve özellikle toplantıları yayınlayarak yerel politikacıları denetlemek amacıyla politik eylemler gerçekleştirmeye başlamışlardır.

Bu süreçte hem gösterileri hem de online etkinlikleri giderek daha politik bir karakter kazanmış, ilk olarak 2007 yılında "V-Day"[51] organizasyonuyla deneysel politik mobilizasyon çabasına girişilmiştir. Bu etkinliğin üç talebi bulunmaktaydı: birincisi, geçmişte suçu kanıtlanmış parlamento üyelerinin görevden uzaklaştırılmaları; ikincisi, geçerli seçim sisteminin değiştirilmesi, üçüncüsü de parlamento üyeliğini iki dönemle kısıtlama ve aynı zamanda seçimli iki görevi yapma hakkının kaldırılmasıdır.[52] Medyada neredeyse hiç haber olmamasına rağmen mobilizasyon çağrısı başarıya ulaşmış ve ülke çapında 300.000 imza toplanmıştır. İlkinin başarısı üzerine medyanın ve gazetecilerin kamusal finansmanı aleyhinde 2008'de ikincisi organize edilmiştir. Bunu 2013'te basın özgürlüğü ve Andiamo Oltre[53] temalı iki organizasyon daha izlemiştir.

Nihayet 2009 yılına gelindiğinde bir ikili olarak hareket eden Gril-

48 Eric Turner, "The 5 Star Movement and its discontents: A tale of blogging, comedy, electoral success and tensions", Interface: a journal for and about social movements, Cilt:5, Sayı: 2, 2013.

49 Beppe Grillo, "MeetUp, online im Internet", http://www.beppegrillo.it /meetup, 2005.

50 Bastian Brandau, Fünf Sterne gegen Berlusconi. Das Movimento 5 Stelle und sein Weg in die italienische Politik, ibidem-Verlag, Stuttgart, 2013, s. 51.

51 V-day İtalyanca Vaffanculo'nun kısaltılmışıdır. Birebir çevrildiğinde "cehenneme kadar yolunuz var" anlamına geliyor. Ancak argo bir kelime olarak kullanıldığında en yumuşak şekilde yerleşik politik zümrenin görevlerinden ayrılma talebini dillendirmektedir.

52 Brandau, 2013, s. 181.

53 Andiamo Oltre, "bu çabanın üstüne koyalım", "birlikte üstesinden gelelim" anlamına gelmekte ve başarılı 2013 seçim yılından sonra ulusal düzeyde de benzer heyecanla çalışma niyetinin sürdürülmesini ifade etmektedir.

lo ve Casaleggio, "Beppe Grillo'nun Arkadaşları" adlı birçok yerel topluluğu ulusal düzeyde bir merkezde toplayabilmek amacıyla "5 Yıldız Hareketi"ni kurmaya karar vermişlerdir. "Geçmişi temiz ve herhangi bir politik partiye üye olmamış her İtalyan yurttaşın" katılabileceği bu Hareket, seçimlere girebilmek için anayasal olarak parti kabul edilmişse de, bu tanım kurucuları tarafından daima reddedilmiştir. "Partiler ölmüştür. Ben yeni bir parti, aracı yapı yaratmak istemedim; ancak programı olan bir Harekete hayat vermek istedim".[54]

Hareket aracılığıyla aktivistlerin ve üyelerin düzenli mobilizasyonu hedeflenmiş, Grillo'nun retoriği temelinde çevreye "biz" duygusu yaratılmak istenmiştir. Klasik sağ-sol dışında diğer partilerden farklı olarak Hareket kendini "ideoloji üstü" biçiminde konumlandırmıştır.[55] Ara seçimlerdeki sınırlı başarısına rağmen Hareketin ciddi bir aktör olarak algılanması 2012 seçimleriyle birlikte gerçekleşmiştir. Önce 170.000 nüfuslu Parma'nın belediyesi kazanılmış, ardından Sicilya'daki bölgesel seçimlerde %15 oy oranı elde edilmiştir. Bunun üzerine Grillo "Tsunami Turu" olarak betimlediği 2013 parlamento seçimlerine yönelik kampanyasını hazırlamıştır. 80 şehirde, çoğunlukla tanınmayan ve herhangi bir politik geçmişi olmayan genç parlamento adaylarıyla birlikte sahneye çıkmış, politik sınıfa karşı şiddetli eleştirilerini ve beklentilerini gündeme getirmiştir. Grillo'nun karizmatik önderliği ve internetin irade oluşumundaki etkin kullanımıyla birleştiğinde Hareket güçlenerek genişlemiş, nihayetinde 2016 seçimlerinde Roma ve Torino'daki belediyeleri elde edilmiştir.

b. Hareketin Merkezi Temaları ve Örgütle (n) me

"Hareketin amacı birliksel ve politik bağlar dışında, yönetsel ve temsili organların aracılığına gereksinim duymadan fikirlerin etkili, verimli ve demokratik değiş tokuşunu sağlamaktır".[56]

Hareketin merkezi temaları resmi sembollerinde yer aldığı üzere *ambiente*, *acqua*, *sviluppo*, *connettività*, *trasporti*; yani çevre, (kamusal) su temini, gelişim, ağ ve iletişim politikalarıyla ulaşım şeklindedir. Birta-

54 "Beppe Grillo und das Programm der 5 Sterne Bewegung in Italien", www.dragaonordestino.net/.../Beppo-Grillo-5-Stern-Programme

55 Michael Braun, Die 5-Sterne-Bewegung, Friedrich Ebert Stiftung, 2016, s. 3.

56 "Marketing Informationen&Trends", mitinstitut.at/movimento-5-stelle-5-sterne-in-italien, 17.8. 2016.

kım dönüşümler sonucunda ise eğitim, sağlık, enformasyon, ulaşım, devlet ve yurttaşlık, enerji ve ekonomi halini almıştır. Bu başlıkların bazıları somut taleplerle içeriksel olarak zenginleştirilirken, bazıları ise daha belirsiz formülasyonlar olarak kalmıştır.[57] Temaların yer aldığı program katılımcının kabul edebileceği ya da reddebileceği ancak uzlaşı arayışına kapalı bir şekilde hazırlanmıştır.

Grillo'ya göre "5 Yıldız Hareketi"nin en önemli hedefi, "(…) Zafer ya da iktidar değil, tersine vicdanın uyanışı, demokratik katılım (galip geleceğiz ve muhtemelen yöneteceğiz ancak bu bir son anlamına gelmemekte, tersine, daha yarısındayız)".[58] Bu hedefe ulaşmak için Hareket gelecekteki politika tarzını yurttaş odaklı, internet üzerinden katılımcı demokrasiyle betimlemiştir.

"İtalyan devletinin bugünkü organizasyonu aşırı boyutlarda bürokratik, masraflı ve verimsizdir. Seçimlerde yurttaşlar milletvekillerini değil de tersinde yalnızca partileri seçebildiklerinden, parlamento artık yurttaşların doğrudan temsilcisi değildir. Anayasa askıya alınmıştır. Partilerin iradesi halkın iradesini bastırmış, partiler halkın denetiminden ve değerlendirmelerinden kaçınmaktadır".[59]

Çoğulcu enformasyonun demokrasinin ve bireysel varoluşun temeli olduğunu vurgulayan program, enformasyonun az sayıda aktörlerce denetiminin ve düzenlenmesinin antidemokratik uygulamalara yol açabileceği uyarısında bulunmuştur. Bu nedenle iyi enforme edilmiş yurttaşın ancak doğru seçimlerde bulunabileceği ve kararlarda rol oynabileceği ifade edilmiştir.

Haketin güçlü vurgularla dile getirdiği ve özellikle sol ve yeşiller tarafından desteklenen çevre ve doğal enerji teması, İtalya'da son yıllarda etkisini artıran küreselleşmeye yönelik eleştirileri barındırmaktadır. Benzer tezleri ileri süren birçok partiden ve hareketten farklı olarak Hareketin bu temalara ilişkin talepleri daha "iyi bir dünya" için değil, tersine daha "iyi bir İtalya" içindir.

---

57 Markus K. Grimm, "Der Movimento 5 Stelle", Politische Studien, 450, Cilt: 64, 2013, s. 42-43.

58 Aktaran Larissa Seelbach, Das Demokratieverständnis der Fünf-Sterne-Bewegung in Italien. Selected Student Paper 51, Aachen University, IPW, 2015, s. 35.

59 "Beppe Grillo und das Programm der 5 Sterne Bewegung", www.dragaonordestino.net .

Yukarıdaki temalar daha çok sol-yeşiller görüngesine seslenirken Hareketin göçmenlerin denetimli kabulü, şirket vergilerinin azaltılması ama özellikle de politik sınıfa ilişkin argümanları sağ seçmeni de kapsamaktadır. Kurulduğu günden itibaren Hareketin ana teması egemen parti-politik sistemin, meslekten politikacıların ve ayrıcalıklarının reddi olmuştur. İtalyan politikacıların cömertce finanse edilmesinin bırakılması ve partilerin ortadan kaldırılması üzerinde durulmuştur. Birçok ayrıcalıklara son verilmesi ve görev sürelerinin sınırlandırılması çağrılarında bulunulmuş, seçim kampanyalarında ve politikada şeffaflık talebi dile getirilmiştir.

Yozlaşmış, kişisel çıkara hizmet eden, yurttaşlara mesafeli politikacı "zümresine" karşı argümanlar ve sendikalar başta olmak üzere çıkar gruplarına yönelik eleştiriler Hareketin seçmen tabanını genişletmiştir. Meslekten politikacılar düzenine ve politik alanda medyayı da kapsayan "yerleşik güçlere" karşı meydan okumalar Hareketin doğrudan demokrasi çağrılarına yol açmış, online-oylama ve yeni yurttaş katılım yöntemleri gündeme getirilmiştir.

Kurulduğundan bu yana Hareketin kalbini *www.beppegrillo.it* sitesi oluşturmuştur. Blogla bağlantılı internet kullanımı da katılım olanaklarını genişletmiş, düzen partilerinin ihmal ettikleri temaların gündeme taşınmasına aracılık etmiştir. Bu sayede Hareket genç, politikaya mesafeli bir nesli yeniden politikaya çekebilmiş ve saf protestoyu bir işbirliği biçimine dönüştürebilmiştir. Nitekim en son seçimlerde bu sayede ilgi sürekli ayakta tutulmuş, kamuoyunun dikkati özellikle gençliğin sorunlarına çekilemiştir.[60] Bununla birlikte kamusal mekanlarda düzenlenen büyük politik toplantılar da Hareketin örgütsel yapısında önemli rol üstlenmiştir. Bloğun örgütlediği yerel düzlemdeki Meet Up-Grupları platformu ise üyelerine kendilerini organize edebilme olanağını verirken, katı hiyerarşik yapılanmanın aşılmasını kolaylaştırmıştır. Bu tarz toplantılar Grillo'nun bloğunda ileri sürdüğü tezlerin yerel düzlemde yaygınlaştırılmasını, ilgili yurttaşları bulundukları yerde bilgilendirmesini ve projelere aktarılmasını sağlamıştır.

Grillo doğrudan, aracılık mekanizmalarının olmadığı demokrasi anlayışını Hareketin örgütlenmesinde de uygulamaya çalışmış, "her-

60 Grimm, 2013, s. 43.

kes eşit sayılmakta" görüşünü sıkça ifade etmiştir. "5 Yıldız Hareketi" temsili demokrasilerde alışılagelmiş olan hiçbir resmi başkanlığı ya da parti liderliğini, parti yönetiminin hiyerarşik düzlemlerini, ulusal ya da bölgesel örgütlenmeleri, parti kongrelerini vb. kabul etmemiştir. Hiyerarşik ve resmi olmayan bir örgütsel düzensizliğe özenilmiş, başkasının alanına zarar vermediği sürece herkesin toplumsal ve politik alanda etkin olabilmesinin koşulları yaratışmak istenmiştir.[61]

c. Hareketin Demokrasi Kavrayışı

4 Mayıs 2014 tarihinde Grillo, geçmişte politik partiler için öngördüğü saptamayı İtalya için de kullanmış ve cumhuriyetin öldüğünü duyurmuştur. Cumhuriyetin öldüğü ve yurttaşların temsilcisiz kaldığı ifadesini, parlamentonun ve kurumlarının yozlaşmış politikacılardan arındırılması gerektiğini savunusu izlemiştir.[62]

Başlangıçta Hareket, İtalya'nın hazin şöhreti olarak bilinen sürekli politik krizler sonucunda kurulmuştu. Grillo'nun düşüncesine göre ülke politikacıları geçmiş yıllarda her şeyi mahvetmiş ve İtalya'nın borçlar altında ezilmesine neden olmuşlardı. "Bu politik sınıfla yeter artık" ve "Hepsini evlerine geri gönderiyoruz" gibi bilinen sloganlar derin sistem değişimi talebini ifade etmekteydi. *Hareketin* en kötü düşmanı ise geçmişte olduğu gibi günümüzde de yurttaşların gereksinimlerini görmezden gelen ve bunun yerine politikayı muazzam bir biçimde kendi çıkarına kullanan geleneksel partilerdi. 5 Yıldız Hareketinin resmi kuruluşunda düzen partilerinin ölümü ilan edildi ve politikanın yurttaşların yararına olacak onurlu ve bağımsız kişileri kapsaması gereği üzerinde duruldu. Açık dost-düşman şeması temelde hükümetle işbirliğini olanaksız kılıyordu (…) Partileri sonunda cumhuriyetin kendisi izledi.[63]

Grillo bu eleştirisini temsili liberal demokrasilerde seçmenin politik zümreye olan güvensizliğine, parlamentodaki milletvekillerinin temsiliyet rollerini yerine getirememelerine ve bugüne kadarki doğru-

61 "Marketing Informationen&Trends", mitinstitut.at/movimento-5-stelle-5-sterne-in-italien, 17.8. 2016.

62 Anna Müller, "Von der Boykott-Partei zum Kooperationspartner?", FRP Working Paper 03, Regensburg, 2015.

63 Müller, 2015, s. 1-2.

dan demokrasi pratiklerinin yetersiz katılım olanaklarına dayandırmıştır. Politikanın bir meslek değil onur meselesi olması gerektiği ve kişilerin ancak "res publica"ya hizmet edebileceğinin altı çizilmiştir. Bu dayanaklar ilk V-Day etkinliği sonuç bildirgesine de yansımıştır. Buna göre; 1. Hukuksal olarak yargılanmış yurttaşlar gelecekte parlamento seçimlerinde aday olmamalıdır. 2. Milletvekilleri ancak iki yasama dönemi boyunca seçilmelidir. 3. Seçmenler adayları yalnızca partiler aracılığıyla değil, doğrudan kendileri seçebilmelidir.[64]

Grillo'nun bu teşhisi geleneksel olarak İtalyan politik kültüründe egemen olan ve Euro-Kriziyle yeniden canlanan "güvensizlik" temasıyla da uyumluydu.[65] Buna karşılık Hareket Avrupa demokrasi tarihine, Atina demokrasisine ve Fransız Devrimi'ne dayanan alternatif bir demokrasi kavrayışı geliştirmiştir.

5 Yıldız kuruluşundan itibaren parlamentonun desteklediği hükümetin de dahil olduğu geleneksel temsili organların bulunmadığı taban demokrasisini talep etmiştir. 5 Yıldız Hareketi'nin kurucularından ve starejisti Roberto Casaleggio Hareketin nihayetinde partilerin, parlamentonun ve milletvekillerinin bulunmayacağı doğrudan demokrasi özlemi duyduğunu açıklamıştır. Hareketin ideolojisinde yalnızca İtalyan halkı egemen ve dolayısıyla politik karar alma gücünün yasal tek sahibidir. Temsili demokrasinin her tür biçimi, her aracı organ ve dolayısıyla her hükümet bu mantığa göre bayağıdır.[66]

Grillo, birçok toplantıda ve röportajda kendisine Perikles'in Atina demokrasisini örnek aldığını belirtmiştir. Bu çerçevede toplulukculuk övülmüş, politik meselelerin çözümüyle ilgili ortak değerlerin geliştirildiği özgür ve eşit yurttaşların etkin paylaşımı savunulmuştur. Egemenlik gücünün eşit haklara sahip ve birbirleri karşısından da eşit kabul edilen yurttaşların eylemlerindeki özgürlükte yattığının altı çizilmiştir.

Devamında Grillo ve arkadaşları Fransız Devrimiyle ilgili düşün-

64 "Marketing Informationen&Trends", mitinstitut.at/movimento-5-stelle-5-sterne-in-italien, 17.8. 2016.

65 Stefan Köppl, Das politische System Italiens. Eine Einführung, Wiesbaden, 2007, s. 32. Ilvo Diamanti, "The 5 Star Movement: a political laboratory", Contemporary Italian Politics, Cilt:6, Sayı: 1, 2014, s.7.

66 Müller, 2015, s. 2.

celer üretmiş ve iki ülke arasındaki benzerliğe dikkat çekmiştir.[67] Devrimin etkilerinin İtalya'ya ulaşmasıyla birlikte Risorgimento hareketinin lideri Giuseppe Mazzini'nin beklentilerine uygun bir biçimde "eşit haklara sahip ve tüm yurttaşların katılımının zorunlu" olduğu bir anlayışın İtalya'da yeşerdiğinin; özgürlük, eşitlik ve kardeşlik (dolayısıyla adalet) gibi devrimsel temaların günümüz batılı demokrasilerin temel değerleri olmaya devam ettiğinin altı çizilmiştir.

Avrupa demokrasi tarihinin önemli unsurları olan Atina demokrasisi ve Fransız Devrimi dışında Grillo, meşruluk temelini güçlendirmek amacıyla İtalya'nın politik kültüründen de esinlenmiş, ülkenin ortak politik hafızasını kullanmıştır. Bu doğrultuda 1990'lardaki Mani Pulite süreçleri (temiz eller) ve Tangentopoli skandalı (yasadışı parti finansmanı) devamlı bir şekilde gündemde tutulmuştur. Bu gündem V-Day organizasyonlarıyla desteklenmiş, politik seçkinlerin yozlaşmasına ve suç işleme niyetlerine karşılık basın özgürlüğünün öneminin altı çizilmiştir.

Nihayetinde Hareketin demokrasi kavrayışını Casaleggio'nun yalnızca İtalya için değil, dünya için öngörüsünü ifade ettiği konsept video şekillendirmiştir. 2008 yılında yayınlanan videoda Casaleggio iletişim yapılarının, bilgi üretimini ve kullanımını, insanların örgütlenmesini ve mobilize halini gelecekte nasıl şekillendireceği üzerinde durmuştur. Bu bağlamda internetin yurttaşların politik görüşü üzerindeki etkisine değinmiş, internetin iletişimi, bilgiyi ve örgütlenmeyi birleştirilerek "kolektif bilgiye (…) yeni türden politikaya" yol açacağına işaret etmiştir.[68]

Hareketin demokrasi kavrayışının temelini oluşturan demokrasi tarihi, politik kültürel geçmişle ilişkilendirme ve Casaleggio'nun internet üzerinden yeni politika tasavvuru özünde iki argüman ileri sürmüştür. Bunlardan birincisi yetkin yurttaş ve onun yeniden politikanın merkezi olma özelliğinin elde edilmesidir. İkincisi ise yurttaşların, internet üzerinden özgürce müzakereye dayalı kanaat ve bilgi değiş tokuşunun sağlanmasıdır.

---

67 Beppe Grillo/Gianroberto Casaleggio/Dario Fo, 5 Sterne. Über Demokratie, Italien und die Zukunft Europas, Stuttgart, 2013, s. 19, 97.

68 Aktaran Seelbach, 2015, s. 62.

DEĞERLENDİRME

Batılı demokrasilerin krizinden çok aşınmasına işaret eden ve meydan okumaların krize dönüşüp dönüşmeyeceğine eylemde bulunan aktörlerin karar vereceğini iddia eden Merkel[69] gibi düşünürlerin tersine süregelmekte olan kapsayıcı bir krizden söz edilmektedir. Offe'nin belirttiği gibi "sistemsel yapıların sorunsallaştırıldığı"[70] bir süreç yaşanmaktadır. Politik seçkinlerin ve yerleşik kurumların kendi içlerinde yaşadıkları güç kaybı ve güven bunalımı nedeniyle bu krize yanıt verebilme potansiyelleri ise sınırlıdır.

Bir örnek model olarak "5 Yıldız Hareketi"nin parlamenter demokrasinin krizine seçenek oluşturup oluşturmadığı ya da politikadaki bunalımdan yararlanarak yükselişe geçip geçmediği tartışmalıdır. Etkileyici başarısına ve demokratik söylemlerine rağmen Hareketin açık bir konumlanmaya sahip olmaması eleştirilmelidir. Nitekim entelektüel ve ahlaki reformu gerçekleştirebilme, farklı toplumsal kesimleri birleştirebilme, kolektif iradeyi temsil edebilme yeteneği entelektüel çevrelerce sorgulanmaktadır. Sol ve Marksistler açısından teşvik edici kabul edilebilecek ilerici söylemlerine rağmen bazı araştırmacılar Hareketin sağ popülist partilerle benzerliğine dikkat çekmektedir. Bu benzerliğin örgütsel boyutunu Grillo'nun liderlik anlayışı, popülizmi kullanma biçimi ve güçlü yönetim anlayışı temsil etmektedir. Tematik olarak ise başta milliyetçilik, göçmenlik politikası, şirketlerin vergilendirilmesi olmak üzere sağ popülist partilerin argümanlarının kullanılması gösterilmektedir.[71]

Hareketin taban destekli, doğrudan demokrasi kavrayışına rağmen parti içi örgütlenme ve karar alma süreçleri Grillo'nun merkezi yönetim anlayışınca biçimlendirilmektedir. Gevşek örgütlenmeye karşılık parti içinde Grillo'nun etrafında küçük ancak güçlü bir denetleme/gözetleme birimi kurulmuştur. Bu birim temalar ve personelle ilgili gerektiğinde tabanın taleplerini görmezden gelen kararlar alabilmektedir. İtalyan partileri arasında parti içi demokrasi fazla yaygın ol-

69 Merkel, 2015, s. 492-473.
70 Offe, 1972/2006, s. 198.
71 Stefano Fella/Carlo Ruzza, "Populism and the Fall of Centre-Right in Italy", Journal of Contemporary European Studies, Cilt: 21, Sayı: 1, 2013. Piergiorgio Corbetta, "Conclusioni: un web-populismo dal destino incerto", Il partito di Grillo, Bologna: Mulino, 2013.

madığından Hareket de bu kültürü benimsemiş görünmektedir. Parti olmadığını, benzer çıkarları paylaşanların birlikteliği ve etkinliklerin üssü olduğunu ifade eden Harekette Grillo'nun baskın konumu hiçbir şekilde eleştiriye açık değildir. Gösterinin unsurlarını ve sanatçı kişiliğini kolaylıkla politikaya aktaran Grillo popülist tarzıyla politikayı basitleştirilmiş mübalağayla, abartarak, açık dost-düşman şemasını kullanarak ve tüm İtalyanlar'ın "gerçek" çıkarlarını temsil ettiğini ileri sürerek yürütmektedir.

Buna rağmen bir bütün olarak toplumsal hareketlerin demokrasi tartışmalarında olumlu itici güç olduğu; temsil, katılım ve farklı türden yönetim konularında uygulanabilir alternatifler sunduğu belirtilmelidir. Buna göre doğrudan demokrasi, taban demokrasisi, süreyle sınırlanmış ve devredilebilir vekillik, görev ve vekâletin ayrımı, seçim listelerinin çeşitlenmesi ya da kaldırılması, üyelerin daha güçlü katılımı gibi krizin politik düzlemdeki göstergelerine yanıt olabilecek öneriler ve uygulamalar geliştirilmiştir. Bu nedenle parlamenter demokrasinin krizine dair söylemin yaygınlığına ve etkisine karşılık karşıt eğilimlerin yani demokrasinin kendi içinden geliştirdiği yaratıcı iradeye ve alternatif inisyatiflere dair incelemelerin artması gereğine inanılmaktadır. Bu bağlamda geleneksel olmayan katılım biçimlerine, sol ve feminist gruplara, sendikal örgütlenemelere yeniden yönelmek yararlı sonuçlar doğurabilir. Dahası son yıllarda bazı politik partiler de bu argümanlardan esinlenmekte ve programlarına uyarlamaktadırlar. Dolayısıyla bu tür protesto ve örgütlenme biçimlerinin taleplerinin ve önerilerinin iyimser demokrasi söyleminin geliştirilmesine katkıda bulunabileceği kabul edilebilir görünmektedir. Peki bu katkı nasıl sağlanabilir?

Belki kamusalla özel, politikayla ekonomi arasındaki ilişkiler yeniden düzenlenebilir. Neoliberal politikanın en uç noktasına sürüklediği pazar biçimli toplumsallaşma tarzı geniş kesimlerce geri kazanılabilir, toplumsal ve dayanışmacı bir anlayışla değiştirilebilir. Neoliberalizmin bireyselci rekabet anlayışına evrensel haklar ve kolektif gereksinimlerle karşılık verilebilir. Ancak böyle bir dönüşüm yalnızca toplumsal güç ilişkilerinin değişimini değil, aynı zamanda alışılagelen davranış, tüketim ve değer kalıplarının terk edilmesini de öngörmelidir. Böylesine bir toplumsal değişimi yerleşik kurumların yalnızca iktidara odaklanan stratejileriyle gerçekleştirmek güç olduğundan toplumsal inisyatiflerin ve yeni fikirlerin kullanımına gereksinim duyulacaktır

Kaynakça

Adorno Theodor W., "Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit", Gesammelte Schriften, Bd 10. 2, Frankfurt/M., 1977.

Almond Gabriel/Verba Sidney, The Civic Culture – Political Attitudes and Democracy in Five Nations, Princeton, 1963.

Badiou Alain/ Rancière Jacques, Politik der Wahrheit, 2. Auflage, Wien / Berlin, 2013.

"Beppe Grillo und das Programm der 5 Sterne Bewegung in Italien", www.dragaonordestino.net/.../Beppo-Grillo-5-Stern-Programme (Erişim: 12.8.2016).

Bertelsmann Stiftung, Vertrauen in Deutschland. Eine qualitative Wertestudie der Bertelsmann Stiftung. Task Force »Perspektive 2020 – Deutschland nach der Krise« vom 27.12.2009, Gütersloh, 2009.

Biorcio Roberto, "The reasons for the success and transformations of the 5 Star Movement", Contemporary Italian Politics, Cilt:6, Sayı: 1, 2014, s. 37-53.

Bordignon Fabio/Ceccarini Luigi, "Five Stars and a Cricket: Beppe Grillo Shakes Italian Politics", South European Society and Politics, Cilt: 18, Sayı: 4, 2013, s. 427-449.

Brandau Bastian, Fünf Sterne gegen Berlusconi. Das Movimento 5 Stelle und sein Weg in die italienische Politik, ibidem-Verlag, Stuttgart, 2013.

Braun Michael, Die 5-Sterne-Bewegung, Friedrich Ebert Stiftung, 2016.

Brie Michael, Schöne neue Demokratie-Elemente totaler Herrschaft. Texte 39 der Rosa-Luxemburg-Stiftung, dietz-berlin, 2007.

Brown Wendy, Critical Essays on Knowledge and Politics, Paperback, eBook | ISBN: 9.781.400.826.872, 2005.

Brown Wendy, "We Are All Democrats Now", Democracy in What State, Columbia University Press, Columbia, 2011, s. 44-57.

"BVerfGE 83, 60 [71 f]; 93, 37, [66]", www.servat.unibe.ch/dfr/bv083060.html.Verfassungsrecht (Erişim: 21.8.2016).

Caciagli Mario, "Alte Sitten im neuen Gewand: Die politische Kultur Italiens", Länderbericht Italien, Bonn, 2012, s. 55-74.

Corbetta Piergiorgio, "Conclusioni: un web-populismo dal destino incerto", Il partito di Grillo, Bologna: Mulino, 2013, s. 197-214.

Crouch Colin, Postdemokratie, Edition Suhrkamp, 2008.

Dahl Robert A., Polyarchy: Participation and Opposition, New Haven, 1971.

Demirović Alex/Dück Julia/Becker Florian/Bader Pauline, VielfachKrise, VSA Verlag, Hamburg, 2011.

Demirović Alex, "Multiple Krise, autoritäre Demokratie und radikaldemokratische Erneuerung", PROKLA, Verlag Westfälisches Dampfboot, Cilt: 171/ 43, Sayı: 2, 2013, s. 193 – 215.

Diamanti Ilvo, "The 5 Star Movement: a political laboratory", Contemporary Italian Politics, Cilt:6, Sayı: 1, 2014, s. 4-15.

Fella Stefano/Ruzza Carlo, "Populism and the Fall of Centre-Right in Italy", Journal of Contemporary European Studies, Cilt: 21, Sayı: 1, 2013, s. 38-52.

Fisahn Andreas, "Plurale Kommunikation und Demokratie", Medien – Macht – Demokratie. Neue Perspektiven, Karl Dietz Verlag, Berlin, 2009, s.70-91.

Fraenkel Ernst, Deutschland und die westlichen Demokratien, Frankfurt/M, 1991.

Grillo Beppe, "MeetUp, online im Internet", http://www.beppegrillo.it /meetup, 2005 (Erişim: 11.8.2016).

Grillo Beppe/Casaleggio Gianroberto/Fo Dario, 5 Sterne. Über Demokratie, Italien und die Zukunft Europas, Stuttgart, 2013.

Grimm Markus K., "Der Movimento 5 Stelle", Politische Studien, 450, Cilt: 64, 2013, s. 38-47.

Habermas Jürgen, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973.

Hardt Michael/Negri Antonio, War and Democracy in the Age of Empire, Penguin Books, 2005.

Hardt Michael/Negri Antonio, Demokratie!: Wofür wir kämpfen, Campus Verlag, 2013.

Haug Wolfgang F., Philosophieren mit Brecht und Gramsci, Argument, Berlin, Hamburg, 1996.

Huntington Samuel P./ Watanuki Joji/Crozier Michel, The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission, New York University Press, New York, 1975.

Hirsch Joachim, "Das Ende der liberalen Demokratie", linksnetz. www.links-netz.de/K_texte/K_hirsch_postdemokratie.html, 2005 (Erişim: 12.8.2016).

Kevenhörster Paul, Politikwissenschaft Band 1: Entscheidungen und Strukturen der Politik, UTB, Leske+Budrich, 1997.

Korte, Karl-Rudolf /Fröhlich Manuel, Politik und Regieren in Deutschland, Paderborn, 2006.

Köppl Stefan, Das politische System Italiens. Eine Einführung, Wiesbaden, 2007.

Linden Markus/Thaa Winfried, "Krise und Repräsentation", Krise und Reform politischer Repräsentation, Nomos, Baden-Baden, 2011, s. 11-41.

Lösch Bettina, "Die neoliberale Hegemonie als Gefahr für die Demokratie", Kritik des Neoliberalismus, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007, s.135-219.

Macpherson Crawford B., Nachruf auf die liberale Demokratie, Frankfurt am Main, 1977/1983.

"Marketing Informationen&Trends", mitinstitut.at/movimento-5-stelle-5-sterne-initalien, 17.8. 2016 (Erişim: 27.8.2016).

Merkel Wolfgang, "Gibt es eine Krise der Demokratie? Mythen, Fakten und Herausforderungen", WZB Mitteilungen, Cilt: 139, 2013, s. 6-9.

Merkel Wolfgang, Demokratie und Krise, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2015.

Müller Anna, "Von der Boykott-Partei zum Kooperationspartner?", FRP Working Paper 03, Regensburg, 2015.

Neumann Franz, "Demokratietheorien-Modelle zur Herrschaft des Volkes", Handbuch Politische Theorien und Ideologien, Bd. 1, 2. Aufl. Opladen, 1998, s. 1-79.

Offe Claus, Strukturprobleme des kapitalistischen Staates, Aufsätze zur Politischen Soziologie. Mit einem neuen Vor- und Nachwort von Claus Offe, campus bibliothek, 1972/2006.

Pharr Susan J./Putnam Robert D./ Dalton Russell J., "Trouble in the Advanced Democracies? A Quarter Century of Declining Confidence", Journal of Democracy, Cilt: 11, Sayı:2, 2000, s. 5-25.

Pitkin Hanna F., The Concept of Representation, University of California Press, 1967.

Santoro Giuliano, Un Grillo qualunque. Il Movimento 5 Stelle e il populismo digitale nella crisi dei partiti italiani, RX Castelvecchi, 2012.

Schaal Gary S./Ritzi Claudia, Neoliberalismus und Postdemokratie. Bausteine einer kritischen Gesellschaftstheorie, Hamburg, Leipzig, 2012.

Schmidt Manfred G., Demokratietheorien. Eine Einführung, Springer Verlag, 2010.

Seelbach Larissa, Das Demokratieverständnis der Fünf-Sterne-Bewegung in Italien. Selected Student Paper 51, Aachen University, IPW, 2015.

Turner Eric, "The 5 Star Movement and its discontents: A tale of blogging, comedy, electoral success and tensions", Interface: a journal for and about social movements, Cilt:5, Sayı: 2, 2013, s. 178-212.

Weber Max, Sosyoloji Yazıları, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006.

YARGI KARARLARI, KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULU KARARLARI VE İLGİLİ MEVZUAT PERSPEKTİFİNDE İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)

PSYCHOLOGICAL HARASSMENT IN WORKPLACE (MOBBİNG) WITHIN JUDICIAL DECISIONS, DECISIONS OF THE COUNCIL OF ETHICS FOR PUBLIC SERVICES AND PERSPECTIVE OF RELEVANT LEGISLATION

Murat ALTUN*
Ahmet SAYER**
Abdulkadir BARUTÇU***

Özet: İşyerinde psikolojik taciz (mobbing), son yıllarda sıkça tartışılan konulardan biri haline gelmiştir. Hem özel sektörde hem kamu sektöründe önemli bir sorun olan psikolojik taciz, işyerinde meslektaşlar veya üst kademedekiler tarafından, sistematik ve tekrarlayan tarzda bireylere uygulanan psikolojik terör olarak kabul edilmektedir. Hukuk sistemimize psikolojik taciz, 6098 sayılı Borçlar Kanunuyla ilk kez açık bir şekilde yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ülkemizde psikolojik taciz konusundaki ilk yargı kararı 20.12.2006 tarihinde verilmiştir.

Özel sektör çalışanlarının psikolojik taciz davalarını adli yargıda açacakları konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kamu görevlileri aleyhine açılacak psikolojik taciz davalarının yargı yerinin belirlenmesinde hizmet kusuru - kişisel kusur ayrımı önem kazanmaktadır.

Bu makalede öncelikle işyerinde psikolojik taciz olgusunun kavramsal çerçevesi ele alınmış ve Türk hukuk mevzuatındaki yeri incelenmiştir. Daha sonra konuyla ilgili yargı kararları ile Kamu Görevlileri Etik Kurulunun vermiş olduğu kararlara genişçe yer verilmiş ve bu çerçevede değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşyerinde Psikolojik Taciz, Mobbing, Yargı Kararları, Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kararları

Abstract: Psychological harassment in workplace (Mobbing) has been recently one of the highly disputed issues. Mobbing, crucial problem both in private and public sector, is considered as psychological terror by colleagues or superiors to indivudals in a

* Sayıştay Uzman Denetçisi
** Sayıştay Baş Denetçisi
*** Sayıştay Baş Denetçisi

sistematic and repeated manner. Mobbing was firstly and clearly granted a legal regulation by Turkish Code of Obligations No. 6098 in Turkish legal system. In our country, the first judgment on psychological harassment was given on 20.12.2006.

There is no doubt that private sector employees file a law suit on psychological harassment in judiciary. As for public officials, in order to determine the place of juristiction, it is important to determine if the case is related to a service failure or a personal defect.

In this article, firstly conceptual structure of mobbing fact is discussed and the place of mobbing in Turkish legislation is examined. Afterwards, related judicial decisions and decisions of the Council of Ethics For Public Services are given in wide coverage and evaluations are made in this framework.

Keywords: Psychological Harassment in Workplace, Mobbing, Judicial Decisions, Decisions of The Council of Ethics For Public Services

GİRİŞ

İş yaşamında ilk kez 1980'li yılların başında kullanılan mobbing kavramı, "hücum etmek, aşırı şiddetle ilişkili ve yasaya uygun olmayan kabalık" gibi anlamlara gelen "mob" sözcüğünden gelmektedir. Ülkemizde de İngilizcedeki haliyle kullanılan mobbing kavramı ile yıldırma, işyerinde psikolojik taciz, psikolojik terör, işyerinde zorbalık, işyeri tacizi kavramları çoğu zaman aynı manada kullanılmaktadır. Türk Dil Kurumu, mobbing kavramının karşılığı olarak "bezdiri" kavramını benimseyerek, "İş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme" şeklinde bir tanım yapmıştır. Çalışmamızda, kişinin ruhsal bütünlüğünü tehdit eden saldırılar içermesi ve söz konusu olgunun vahametini daha iyi ortaya koyması nedeniyle işyerinde psikolojik taciz kavramı tercih edilmiştir.

Psikolojik taciz, çalışma hayatını ve barışını tehdit eden en büyük sorunlardan biridir. Psikolojik taciz uygulamaya yatkın ve istekli bazı kimseler işyerlerinde hâkimiyet kurarak ya da hâkimiyetlerini güçlendirerek tatmin olurken; bazı çalışanlar bu güç altında ezilmekte ve intiharla da sonuçlanabilen birçok psikolojik sorunlara maruz kalmaktadırlar. Böyle bir durum hem işyerinde verimliliği düşürüp kaynak israfına yol açmakta hem de psikolojik tacize maruz kalanların ailesine ve çevresine yansıyarak toplumu da olumsuz etkileyen bir hal almak-

tadır. Bu nedenle, psikolojik taciz, mücadele edilmesi gereken bir şiddet türü olarak birçok ülkede yasal düzenlemelere konu olmaktadır.

Ülkemiz hukuk sistemindeki yasal düzenlemelerde, psikolojik taciz olgusuyla ilgili birçok hüküm yer almaktadır. Ancak söz konusu hükümlerin tamamına yakınında psikolojik tacizden dolaylı olarak bahsedildiği görülmüştür. 2011 yılında yasalaşan 6098 sayılı Borçlar Kanunu'yla psikolojik tacizin ilk kez açık bir şekilde yasal düzenlemeye kavuşması bu alanda atılmış önemli bir adım olmuştur.

Psikolojik tacizle ilgili son dönemde artan bilinçle birlikte psikolojik taciz mağdurları, yargı organlarında dava açmaya başlamışlardır. Psikolojik tacizle ilgili ilk yargı kararı Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 20.12.2006 gün ve E: 2006/19, K: 2006/625 sayılı kararıdır. Konuyla ilgili yargı kararlarının ortaya çıkmaya başlaması bir takım belirsizlikleri de beraberinde getirmiştir. Özel sektör çalışanlarının psikolojik taciz davalarını adli yargıda açacakları konusunda bir tereddüt bulunmazken, kamu görevlileri aleyhine açılacak davaların idari yargıda mı adli yargıda mı açılacağı konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Kamu görevlilerinin, kamu kurumlarında yaptığı psikolojik tacizin hizmet kusuru mu kişisel kusur mu olduğu yönünde yargı kararlarına yansıyan farklı görüşler bulunmaktadır. Tam bu noktada hizmet kusuru – kişisel kusur farkının ortaya konulması önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle işyerinde psikolojik taciz olgusunun kavramsal çerçevesi teorik olarak ele alınacak ve hukuk sistemimizdeki yeri incelenecektir. Daha sonra konuyla ilgili yargı kararları ile Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun vermiş olduğu kararlara yer verilerek bu çerçevede değerlendirmeler yapılacaktır.

1. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ

1.1.Kavramsal Çerçeve

İşyerinde mobbing kavramı ilk olarak Alman endüstri psikologu Heinz Leymann tarafından kullanılmıştır. Leymann, mobbingi psikolojik terör olarak adlandırmıştır. Leymann'a göre mobbing, iş hayatında, bir veya birden fazla kişi tarafından bir kişi üzerine sistematik olarak uygulanan düşmanca tavırlardır. Mobbinge maruz kalan kişi, çaresiz ve savunmasız bir pozisyonda bırakılmaktadır. Bu uzun dönemli düşmanca davranışlar mağdur üzerinde büyük çapta zihinsel, ruhsal ve sosyal acılara neden olmaktadır (Leymann, 2013).

Psikolojik taciz, "Çalışma yaşamının var oluşundan bu yana yaşanan, ancak insan doğasının gereğinden ötürü açığa çıkarmaktan kaçınılan, adeta bilinmezden gelinen karmaşık, çok boyutlu ve çok disiplinli bir konu olup bireylere üstleri, eşit düzeydeki çalışanlar veya astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlardır." (Tınaz, 2006: 13).

"İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" konulu Başbakanlık genelgesinde psikolojik tacizin, kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıktığı ifade edilmiştir (19.03.2011 tarihli Resmi Gazete).

Genel bir sorun olarak dikkat çeken psikolojik taciz ile ilgili yapılan araştırmalarda psikolojik tacizin birçok çalışanı etkilediği ortaya konulmuştur. Örneğin İsveç'te 1990 yılında yapılan bir araştırmada 4,5 milyon çalışanın psikolojik tacize maruz kaldığı (Tigrel ve Kokalan, 2009: 718), Amerika'da 2010 yılında yapılan bir araştırmada ise çalışanların %9'unun yakın bir zamanda, %26'sının geçmişte psikolojik tacize maruz kaldığı, %15'inin ise psikolojik tacize tanık olduğu belirtilmiştir (WBI, 2013). İşyerinde psikolojik tacizin sadece çalışanları değil tüm toplumu ve hatta ülke ekonomilerini de olumsuz biçimde etkilediği yapılan çalışmalarla ortaya konulmuştur.[1]

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de psikolojik taciz vakaları artış göstermektedir.[2] Özellikle eğitim ve sağlık alanında çalışanların daha fazla psikolojik tacize maruz kaldıkları ifade edilmektedir.[3]

---

1 İşyerlerinde psikolojik tacizin orta ve uzun vadede topluma ve ekonomiye zarar verdiği yapılan çeşitli araştırmalarda ortaya konmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün 2000 yılının Ekim ayında yayımladığı rapora göre, Almanya'da her yıl psikolojik sağlık problemleri nedeniyle alınan izinler 2,2 milyon dolar maliyete neden olmaktadır. Almanya'da yapılan bir araştırmaya göre, 1,5 milyon çalışan işyerinde psikolojik tacize maruz kalmaktadır. İşyerinde yaşanan psikolojik taciz ekonomik bakımdan yaklaşık olarak 13 milyar Euro zarara sebebiyet olmaktadır. Birleşik Krallık Sağlık ve Güvenlik Bakanlığı'nın yayınladığı bir rapora göre işyerinde psikolojik taciz gibi işyeri sorunlarının neden olduğu iş stresinin ülke ekonomisine yıllık maliyeti yaklaşık 4 milyar sterlindir (**ÇSGB, 2013: 21).**

2 Psikolojik tacizin önlenmesi başlıklı Başbakanlık genelgesinin yayımlanmasının ardından kurulan Alo 170 mobbing şikâyet ve ihbar hattına 19 Mart 2013 itibariyle toplam 5.890 başvuru yapıldığı, bu başvuruların yüzde 67'sinin özel sektörden, yüzde 33'ünün de kamudan olduğu, başvuranların %42'sinin kadın %58'inin erkek olduğu belirtilmiştir (http://www.memurlar.net/haber/352367 E.T: 07.05.2014).

3 Mobbing ile Mücadele Derneği Başkanı Hüseyin Gün, bugüne kadar 42 bin mob-

Psikolojik taciz kavramı ile karıştırılan "işyerinde yaşanan örgütsel çatışma", "şiddet" ve "kaba davranış" ayrımına kısaca değinmek gerekmektedir. Psikolojik taciz, bu davranışlardan birçok noktada ayrılmaktadır. Psikolojik tacizde, ısrarla tekrarlanan ve sürekli devam eden davranışlar söz konusudur. Bu nedenle sıradan bağımsız çatışma davranışları psikolojik taciz oluşturmaz. İşyerinde çatışma, iki veya daha fazla kişi ya da grup arasındaki çeşitli sebeplerden doğan anlaşmazlıkları ifade etmekte, kişiliği hedef almamakta, esasen işin yapılış şekli üzerindeki fikir ayrılıklarına odaklanmaktadır. İşyerinde psikolojik tacizde ise anlaşmazlığın görünümü ahlak dışı ya da kişiliğe yönelik haksız ve olumsuz davranışlar şeklinde ortaya çıkmakta, bu davranışlar süreklilik göstermekte ve sonuçları mağdur açısından ağır olmaktadır. İşyerinde psikolojik taciz genel anlamda şiddetin bir türüdür. Şiddetten söz edildiğinde, genellikle ilk akla gelen fiziksel müdahale ve somut iz bırakan fiili şiddettir. Oysaki psikolojik taciz, sadece fiziksel özellikte olmayıp, ekonomik, siyasal ve psikolojik niteliklerde de olabilmektedir. İşyerinde kabalık kavramı, işyerinde psikolojik tacizden daha genel bir davranış biçimini ifade etmektedir. İşyerinde kabalık, işyerinde çalışanların birbirleriyle iletişiminde ve davranışlarında asgari saygı kurallarına dikkat etmemelerini ifade etmektedir. Kaba davranışlar kişiyi rahatsız etmekle birlikte, sonuçta psikolojik tacizin yarattığı etkilere neden olmamaktadır (Çukur, 2012: 37, ÇSGB, 2013: 12-13).

1.2. Psikolojik Taciz Türleri

Psikolojik taciz, dikey ve yatay olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir.

a) Dikey Psikolojik Taciz

— Üst konumda bulunanlar, sahip oldukları kurumsal güçten yaralanarak daha alt kademede çalışanlara psikolojik taciz yapabilmektedir.[4]

---

bing şikâyeti aldıklarını, en fazla şikâyetin sağlık sektöründe olduğunu, ikinci sırada eğitim sektörünün üniversiteye kadar olan bölümünün, üçüncü sırada akademisyenlerin, dördüncü sırada finans sektörünün ve beşinci sırada üniformalı meslekler denilen asker ve polisin geldiğini ifade etmiştir (Kaynak:http://www.dunya.com/en-fazla-mobbing-sikayeti-bu-sektorde-185448h.htm, E.T: 10.04.2013).

4 Psikolojik taciz vakalarının en sık görüleni, üstlerden astlara doğru yapılanıdır. Literatürde yer alan araştırmalarda; tacizcilerin ağırlıklı olarak amir pozisyonunda yer aldığı görüşü öne çıkmaktadır. İstanbul'da faaliyet gösteren bilişim sektö-

— Nadir görülen bir durum olmakla beraber çalışanların yöneticiyi kabullenememesi, eski yöneticiye duyulan bağlılık, kıskançlık gibi nedenlerle yöneticisine psikolojik taciz uyguladığı vakalar da görülmektedir.

b) Yatay Psikolojik Taciz: Benzer görevlerde ve benzer olanaklara sahip çalışanların çekememezlik, rekabet, çıkar çatışması, kişisel hoşnutsuzluklar gibi nedenlerle birbirlerine uyguladıkları psikolojik taciz türüdür. (TBMM, 2011: 10).

1.3.Psikolojik Taciz Davranışlarının Özellikleri

İşyerinde psikolojik tacizin varlığından bahsedebilmek için öncelikle bu davranışların bir işyerinde gerçekleşmiş olması, ayrıca bu tür davranışların haftada bir ya da ayda birkaç defa olacak şekilde sık sık meydana gelmesi gerekir. Psikolojik tacizde, saldırgan davranışları kasıtlı, sürekli ve sistemli bir şekilde olmakta ve mağdura zarar verecek şekilde gerçekleşmektedir. Hedefteki kişinin işyerinden uzaklaşmasını sağlayacak davranış tarzları benimsenmektedir. Bunların yanında işyerinde yaşanan olumsuz bir davranışın psikolojik taciz olarak değerlendirilebilmesi için en az 3 ay boyunca[5] mağdur olan kişi ya da kişilere uygulanması gerekmektedir Psikolojik taciz davranışları genel olarak iş ahlakının önemsenmediği kurumlarda görülmektedir. Ahlaki değerlere önem verilen kurumlarda psikolojik tacizin ortaya çıkmasına zemin hazırlayan bir ortam bulunmamaktadır. (Tiyek, 2013: 97 -100).

Psikolojik taciz eylemlerinin yaşandığı işyerleri çok belirgin ortak özelliklere sahiptir. Örneğin iletişim bozuktur, iyi işlemez. Bilgi akışı yavaştır. Yönetime yakın olan küçük bir azınlık dışındakilere bazen hiç bilgi verilmez. Bunun sonucunda işyerinde dedikodu ve söylentiler yayılır. Politikalar ve önemli kararlar, kapalı kapılar ardında belirlenir. Katılım ya hiç yoktur ya da yeterli değildir. Yönetim görevleri,

---

ründeki iki özel firmanın 300 kişiden oluşan çalışanları ile 2008 yılında yapılan çalışmada, psikolojik taciz vakalarının %70,3'ünün üstlerden astlara doğru, %2,7'sinin ise astlardan üstlere doğru olduğu ortaya konulmuştur (Arsan, 2008:98).

5 Psikolojik tacizin süresi ile ilgili olarak farklı zaman dilimleri ortaya atılmıştır. Örneğin Leymann'a göre bu davranışların haftada en az bir kere gerçekleşmesi ve en az 6 ay boyunca sürmesi gerekmektedir. TBMM raporunda ise, en kısa sürenin 6 ay, genelde ortalama sürenin 15 ay, sürecin kalıcı ağır etkilerinin ortaya çıktığı dönemin ise 29-46 ay olduğu belirtilmiştir.

basiretsiz kişilerce yapılır. Sorumluluklar, dengeli paylaştırılmaz. Pek çok görevin, tek bir kişide toplandığı olur. Kurallar çok sık değişir ve kişilere göre uygulanır. Çatışmalar, görmezden gelinir ve çözümünde herhangi bir çaba gösterilmez. Ayrımcılık, dışlama, tehdit ve gözdağı gibi uygulamalarla, işyerinde güvensiz bir sosyal ortam oluşturulur (Yücetürk, 2012: 42).

1.4. Psikolojik Taciz Davranışlarının Sınıflandırılması

Psikolojik taciz sürecinde sergilenen davranışları sınıflandırarak incelemek, psikolojik tacizin daha kolay tespit edilmesi ve diğer olgulardan ayırt edebilmek açısından önem taşımaktadır. Leymann, psikolojik taciz davranışlarını, mağdur üzerindeki etkileri açısından beş grupta incelemiştir (Leymann, 2013, **Çukur, 2012: 41–42,** Yaman, 2009: 970).

1. Mağdurun iletişim olanaklarına yönelik davranışlar: Yönetimin mağdurun iletişim kanallarını kapatması, mağdur konuşurken sözünün kesilmesi, görevle ilgili konularda sözlü tacizler ve tehditler yapılması vb.

2. Mağdurun sosyal bağlantı olanaklarına yönelik davranışlar: İş arkadaşlarının mağdurla konuşmaması, yönetim tarafından mağdurla konuşulmasına izin verilmemesi, herkesten uzak bir ortamda çalışmak zorunda bırakılması vb.

3. Mağdurun kişisel onuruna yönelik davranışlar: Dedikodusunun yapılması, konuşmasının, yürümesinin, etnik kimliğinin vb. diğer hususların alay konusu edilmesi.

4. Mağdurun mesleki konumuna yönelik davranışlar: Mağdura iş verilmemesi, anlamsız işlerin verilmesi vb.

5. Mağdurun fiziksel sağlığına yönelik davranışlar: Mağdura tehlikeli veya zararlı işler verilmesi, fiziksel veya cinsel saldırıda bulunulması vb.

Leymann, bu beş grupta 45 farklı davranış kalıbı tanımlamıştır. Her psikolojik taciz olgusunda bu davranışların hepsinin bulunması şart değildir. Her bir psikolojik taciz vakası farklı süreç ve özelliklere sahip olabilir. Bazısında bu davranışlardan biri bulunabilirken bazılarında birden fazlası bulunabilir (Tınaz, 2006: 18, Tigrel ve Kokalan, 2009: 718–719).

2007 yılında Bandırma ilçesinde sağlık ve eğitim sektöründe faaliyet gösteren kamu ve özel kurum çalışanları ile yapılan alan araştırması sonuçlarına göre; en fazla karşılaşılan psikolojik taciz davranışı, %33,62 ile "yapılan işlerin sürekli eleştirilmesi", %33 ile "sözün sürekli olarak kesilmesi" ve %31 ile "üstlerine kendini gösterme olanaklarının kısıtlanması" olduğu tespit edilmiştir. Çalışanların en fazla karşılaştıkları olumsuz davranışlar başkalarının yanında küçük düşürülme, alay edilme, sürekli eleştirilme vd. itibara yönelik saldırılardır. Bunu kendini gösterme ve iletişime yönelik saldırılar ve yaşam kalitesi ve mesleğe yönelik saldırılar takip etmektedir (Palaz vd, 2008: 50).

Akademik camiadaki psikolojik taciz davranışlarıyla ilgili olarak 2009 yılında ülkemizdeki üç devlet iki özel üniversitesinden toplam 103 akademisyenle yapılan araştırma sonucuna göre, psikolojik taciz mağdurları en fazla "dedikodu yapılması, görmezden gelinmesi, önemsiz görevler verilmesi, işle ilgili önemli bilgilerin saklanması, gayretlerin küçümsenmesi, fikrinin çalınması, kendisi yokken toplantı yapılması, sürekli kontrol altında tutulması, sözlü tacize maruz kalınması" gibi davranışlarına maruz bırakılmışlardır (Tigrel ve Kokalan, 2009: 722).

2. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE PSİKOLOJİK TACİZ

Başta Anayasa olmak üzere, Ceza Kanunu, İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Medeni Kanun ve Devlet Memurları Kanunu gibi yasal düzenlemelerde psikolojik taciz ile ilişkilendirilebilecek birçok hükme yer verilmiştir. Ancak psikolojik taciz ifadesine, ilk olarak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde açıkça yer verilmiştir. Bunun yanında, bazı Kanun çalışmalarında psikolojik taciz tanımına yer verildiği de görülmektedir.[6]

Bu yasal düzenlemelerin yanında ikincil mevzuatta da psikolojik tacizi önlemeye yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te psikolojik tacizi önleyici ilkeler yer almaktadır. Ayrıca

[6] İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında, taciz, psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış olarak tanımlanmıştır. Taslakta, psikolojik taciz unsurlarından olan ayrı tutma, işyerinde yıldırma, mağdurlaştırma ve nefret söylemi gibi tanımlara da yer verilmiştir.

Başbakanlık tarafından "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" başlıklı bir genelge yayımlanmıştır. Son dönemde bazı kamu kurumları da personeline yönelik etik ilkelerle ilgili yaptıkları düzenlemelerde psikolojik taciz kavramına yer vermektedirler.[7]

2.1. Anayasa

Anayasanın başlangıç kısmında, her Türk vatandaşının Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ifade edilmiştir.

Anayasanın 10'uncu maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.", 17'inci maddesinin birinci bendinde, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.", üçüncü bendinde "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." hükümleri yer almaktadır. Anayasanın bu hükümlerinde yer verilen "eziyet" kavramının salt fiziksel değil, manevi eziyeti de kapsadığı açıktır. Bu şekli ile Anayasa, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını temel haklar arasında saymakla ve kimseye eziyet yapılamayacağını anayasal düzeyde düzenlenmekle psikolojik taciz uygulamasını engelleyici ve yasaklayıcı yaklaşımını ortaya koymaktadır (Altay, 2013: 10).

Ayrıca Anayasanın "Çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49'uncu maddesindeki "Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." hükmü, çalışma barışı önündeki en büyük engellerden biri olan psikolojik tacizi önlemeye yönelik tedbirlerin alınması görevini Devlet kurumlarına yüklemektedir.

---

7 Örneğin 17.12.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Sayıştay Denetçilerinin Mesleki Etik Kurallarına İlişkin Usul ve Esasların 15. maddesinde "Denetçilere yönelik özlük haklarını kısıtlayıcı, kariyerlerine zarar verici mesleki tacizde ve çalışma yaşamı kalitesini düşüren psikolojik tacizde (mobbing) bulunmaz ve bunun oluşmasını önleyici gerekli tedbirleri alır" hükmüne yer verilmiştir.

2.2. Türk Ceza Kanunu

Amacı kişi hak ve hürriyetlerini korumak ve suç işlenmesini önlemek olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "İşkence" başlıklı 94'üncü maddesinde, "Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." ve "Eziyet" başlıklı 96'ıncı maddesinde, "Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." hükmü yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda anılan bu hükümlerin dışında, psikolojik taciz aracı olarak kullanılan ve ceza öngörülen davranışlara 106'ıncı maddedeki "tehdit", 107'inci maddedeki "şantaj", 115'inci maddedeki "inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme", 117'inci maddedeki "iş ve çalışma hürriyetinin ihlali", 118'inci maddedeki "sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi", 122'inci maddedeki "ayrımcılık", 123'üncü maddedeki "kişilerin huzur ve sükûnunu bozma", 125'inci maddedeki "hakaret" suçları örnek olarak verilebilir.

2.3. İş Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu

2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'nda psikolojik taciz kavramına doğrudan yer verilmemiştir. Kanunun "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5'inci maddesine göre, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. "İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlıklı 24'üncü maddesinde, işverenin, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi ve davranışlarda bulunması, işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunması, gözdağı vermesi, işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunması, haklı nedenle derhal fesih sebebi sayılmıştır. Yani işveren tarafından işçinin kişilik değerlerine bir saldırı söz konusu olduğunda işçinin derhal fesih hakkı doğmaktadır (Sevimli, 2013: 142).

İşverenler, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde maliyetleri azaltmak, işçiyi istifaya zorlayarak kıdem tazminatı ödenmesi ve işe iade davası açılması riskinden kurtulmak için bazen kasıtlı olarak psikolojik tacizi uygulamaktadırlar. İşçi, psikolojik tacizin ağırlığına bağlı olarak İş Kanununun 24'üncü maddesine dayanarak iş sözleşmesini

bildirimsiz fesih yoluyla sona erdirebilir ve koşulları sağlıyorsa kıdem tazminatını alabilir (Yıldız ve Kılkış, 2010: 87).

30.6.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda, iş kazası, işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen özre uğratan olay olarak tanımlanmıştır. Psikolojik taciz kişinin ruhsal bütünlüğünü tehdit eden bir olgu olduğundan, psikolojik taciz sonucunda çalışanın ruh sağlığının bozulmasını iş kazası olarak değerlendirmek mümkündür.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22'inci maddesi, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işverene, "İş sağlığı ve güvenliği kurulu" oluşturma yükümlülüğü getirmiştir. İşyerinde gerçekleşen psikolojik taciz, işçinin ruhsal veya fiziksel sağlığını bozacak nitelikte ciddi ve yakın bir tehlike oluşturuyorsa, işçi, bu Kurula başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilecektir. Kurul işçiyi haklı bulursa işçi, gerekli tedbirler alınana kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir.

2.4. Borçlar Kanunu

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "İşçinin kişiliğinin korunması" başlıklı 417'inci maddesinde, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir." hükmü yer almaktadır.[8]

[8] Madde gerekçesinde, işverenin işçinin kişiliğini koruma, kişiliğine saygı göster-

Bu hüküm karşısında, işverenin işçiyi koruma borcunun işçinin tüm kişilik değerlerinin korunmasını içerdiği tartışmasız hale gelmiş bulunmaktadır. Psikolojik tacize karşı işçinin korunması gereğinin kanun düzeyinde açıkça zikredilmesini bu alanda geç de olsa önemli bir adım olarak değerlendirmek gerekir. Bu düzenleme, özellikle işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı dışındaki kişilik değerlerine saldırı halinde tazminata hükmedilmesi bağlamında kolaylaştırıcı bir etkiyi beraberinde getirecektir (Sevimli, 2013: 113–114).

2.5. Medeni Kanun

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2'inci maddesinde, "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." hükmü yer almaktadır.

Kanunun 24'üncü maddesine göre hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Ayrıca 25'inci maddeye göre, kişilik hakkı zedelenen davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Ayrıca Kanunun 25'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki hüküm uyarınca kişilik hakkı hukuka aykırı biçimde ihlal edilen kişinin maddi tazminat davası açma hakkı da bulunmaktadır.

2.6. Devlet Memurları Kanunu

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7'inci maddesinde devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapmayacakları, 10'uncu maddesinde amirlerin, maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde davranacakları hüküm altına alınmıştır. Kanunun, disiplin cezalarının sayıldığı 125'inci maddesinde, iş arkadaşlarına ve maiyetindeki personele kötü muamelede bulunmanın ve iş arkadaş-

---

me, sağlığını gözetme ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü getirildiği, böylece işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanmasının amaçlandığı, işçinin onur ve saygı gösterilmek dâhil bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğünün düzenlendiği, cinsel tacizin yanında işyerinde psikolojik tacizin de kişilik değerlerini ihlal eden sebepler kategorisinde olduğu belirtilmiştir.

larına söz veya hareketle sataşmanın "kınama cezası" ile cezalandırılacağı, amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmanın, görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmanın, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmanın, amirine, maiyetindekilere ve iş arkadaşlarına hakarette bulunmanın veya bunları tehdit etmenin "kademe ilerlemesinin durdurulması cezası" ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

2.7. "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" Konulu Genelge

Başbakanlık tarafından yayımlanan "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" başlıklı 2011/2 sayılı genelgede, psikolojik tacizin tanımı yapılarak kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde gerçekleşen psikolojik tacizin, çalışanların itibarını ve onurunu zedelediği, verimliliği azalttığı ve sağlığını kaybetmesine neden olarak çalışma hayatını olumsuz etkilediği, psikolojik tacizin önlenmesinin gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemli olduğu belirtilmiştir. Genelgede çalışanların psikolojik tacizden korunması amacıyla toplu iş sözleşmelerine psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulması, Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanması, psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu kurulması ve denetim elemanlarının, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandırmaları gibi bir takım tedbirlere yer verilmiştir (19.03.2011 tarihli Resmi Gazete).

3. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZLE İLGİLİ YARGI KARARLARI[9]

3.1. Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 20.12.2006 gün ve E: 2006/19, K: 2006/625 sayılı kararı

İşveren tarafından davacıdan 1,5 yıl boyunca 5 defa yazılı savunma istenildiği, disiplin cezalarının verilmesine neden olan ve davacı-

9 Yargı kararları kazancı hukuk portalından alınmıştır.

nın kusuru bulunduğu iddia edilen olayların bir kısmında davacının sorumluluğunun olmadığı, bir kısmında ise izinli olduğu dönemlerde yapılması gereken işlerin yerine getirilmemesinden ya da aksamasından sorumlu tutulduğu görülmüştür. Davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırarak "sen bu işi beceremiyorsun" gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür.

Bu davranışlar işçiyi yıldırmaya, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık beyanıyla doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir. Toplanan delillerden davacıya üstleri tarafından kötü muamele yapılıp aşağılanarak psikolojik taciz uygulandığı kanaatine varılarak manevi tazminata hükmedilmiştir.

Mahkemenin bahse konu kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.05.2008 gün ve E: 2007/9154, K: 2008/13307 sayılı kararıyla onanmıştır.

3.2 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 27.12.2013 gün ve E: 2013/693, K: 2013/30811 sayılı kararı

Davalı işyeri çalışanlarından ***Ş.Ç.Ü›nün*** davacıya sinirli tavırlar gösterip elinde bulunan kâğıtları ve zarfı davacının masasına ve üzerine fırlattığı, davacının bireysel pazarlama yetkilisi olarak çalıştığı sırada cari hesaplar yetkilisi olan G.B.Ç'nin davacının yerine görevlendirildiği, davacının bu görev değişikliği nedeniyle mağdur olduğu düşüncesine kapıldığı ve hastalandığı, davacının bankacılık işlemleri konusunda kurallara uygun hareket etmek istemesi nedeniyle amirleri ile sorunlar yaşadığı, uyarı, itham ve kırıcı üsluplarla baskılara maruz kaldığı, sorun çıkaran, uyumsuz, sevilmeyen ve kavgacı biri olarak suçlandığı, süreç içinde davacıya yönelik bu ve benzeri olumsuz davranışların tekrarlandığı, bir başka personelin yapması gereken işlerin sık sık davacıya verildiği, cumartesi günleri mesai yaptırıldığı, işyerinde düzenli bir çalışma şeklinin olmadığı, davacıyla aynı pozis-

yonda olan diğer çalışanlara anahtar ve şifreler verildiği halde davacıya verilmediği, davacının stresli çalışma ortamında bulunmanın da etkisiyle sindirim sistemi rahatsızlığı çektiği, banka şubesinin yapılan iç denetimde düşük performans gösterdiğinin belirlendiği, davacının işyeri içindeki diğer çalışanlardan soyutlandığı, son dört ay içinde yirmişer günlük sağlık raporları aldığı, son bir yıl içinde peş peşe disiplin soruşturmaları geçirerek kendisinden savunmalar istendiği, şube içi elektronik posta ile yapılan yazışmalarda "densiz" denilmek suretiyle hakarete maruz kaldığı, yapılan yazışmalarda nezaket sınırlarının aşıldığı, davacının yaşamış olduğu olumsuzlukları işyerindeki amirine ilettiği halde sorunlara çözüm getirilmediği ve kendisinde kusur bulunduğu, yaşanılan olumsuzluklar sonunda anksiyete bozukluğu çektiği ve sağlık sorunlarıyla uğraştığı, bu hususların mobbing teşkil ettiği tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek olmadığı, kişilik haklarına yönelik haksızlığın yeterli olduğu, ayrıca mobbing iddialarında şüpheden uzak kesin deliller aranmayacağı; davacı işçinin, kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguların ileri sürmesinin yeterli olduğu, işyerinde mobbing gerçekleşmediğini ispat külfetinin davalıya düştüğü; tanık beyanları, sağlık raporları, bilirkişi raporu, kamera kayıtları ve diğer tüm deliller değerlendirildiğinde mobbing iddiasının yeterli delillerle ispat edildiği gözetilmeden ilk derece mahkemesinin "davacıya sistematik ve sürekli psikolojik baskı uygulandığını gösterir kuvvetli deliller bulunmadığı, kişilik hakları veya sağlığının sistematik ve ağır bir saldırıya uğradığı yönünün kuşkudan uzak delillerle yeterince ortaya konulmadığı kanaatiyle davanın reddine" verdiği karar bozmayı gerektirmiştir.

3.3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.09.2013 gün ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararı

Belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan avukatın işveren tarafından psikolojik tacize (mobbing) uğradığından bahisle maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin davanın İstanbul 4.İş Mahkemesi'nce reddedilmesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararı bozması ve yerel mahkemece red kararında direnilmesi üzerine konu Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu kararı özetle şöyledir:

Bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hal alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır.

Çalışanların maruz kaldıkları psikolojik taciz, hizmet sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre, psikolojik taciz eylemi, işverenin işçiyi koruma (gözetme) ve eşit davranma borçlarına aykırılık oluşturmaktadır. Bunun yanında, psikolojik taciz aynı zamanda, işçinin kişilik haklarına da müdahale niteliği taşıması dolayısıyla, buna ilişkin hukuki yolların da kullanılması gündeme gelebilir.

6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlıklı 417 ve devamı maddelerine yer verilmiştir. Bu maddenin getirdiği yenilik, psikolojik taciz terimine açıkça yer vermiş olması ve işçinin kişiliğinin korunmasını yoruma yer vermeyecek biçimde özel olarak düzenlemesidir. Buna göre; "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir"

Somut olaya gelince; 56 yaşında evli bir kadın olan davacının, 14 yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından Adana iline atamasının yapılarak, akabinde Kahramanmaraş, Gaziantep ve Mardin illerinde kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Davalı işveren, yapılan görevlendirmenin olağan bir uygulama olduğu ve diğer benzer durumda çalışanlara da uygulandığı yönünde bir savunma getirmediği gibi, davacının risk tasfiye ekibi içinde tek avukat olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bankanın diğer avukatlarının aynı dönemde benzer şekilde görevlendirildikleri ileri sürülmüş ise de bu husus kanıtlanmış değildir. Davacının iş sözleşmesinin feshi öncesinde 9 aylık sürede gerçekleşen görevlendirmelerin hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı da somut biçimde ortaya konulmamıştır.

Görüldüğü üzere, davalı avukatın maruz kaldığı bu durum, psikolojik taciz mahiyetinde olup, bu yolla davacı avukatın istifa ya da emekliliği tercih etmesi sağlanarak, işyerinden ayrılması amaçlanmaktadır.

Davacı işçi, davalı işverenden maruz kaldığı psikolojik taciz nedeniyle, hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, işe devam etmek suretiyle diğer yasal haklarını kullanma konusunda seçimlik hakka sahiptir (Örneğin; eldeki maddi ve manevi tazminat davası açması gibi).

Şu durumda, psikolojik taciz olgusunun somut olayda gerçekleştiğinin kabulü ile davacı yararına uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.

3.4. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 12.12.2011 gün ve E:2010/11459, K: 2011/13283 sayılı kararı

Bir devlet üniversitesinde öğretim üyesi olarak görev yapan davacı, aynı fakültede dekan ve bölüm başkanı olan davalıların görevlerini yaparken yetkilerini kötüye kullandıklarını, kendisine baskı uyguladıklarını, dilekçelerini işleme koymadıklarını, kendisine devamlı uyarı yazıları göndererek soruşturma baskısı altında tuttuklarını, bazı derslerini elinden aldıklarını, aşırı iş verdiklerini belirterek uğradığı zararın ödetilmesini istemiştir. İlk derece mahkemesi, yapılan yargılama sonunda; manevi tazminat isteminin koşulları oluşmadığına hükmetmiştir.

Temyiz istemini inceleyen 4. Hukuk Dairesi, "Sorun, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken, kişilerin zarar görmesi halinde, zarar görenin kamu görevlisinin şahsına karşı açtığı davada, kamu görevlisinin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun araştırılmasına gerek olup olmadığı ve netice

itibariyle davanın esastan mı yoksa husumetten mi reddine veya kabulüne karar verileceği ve bu konuda yorum yolu ile sonuca ulaşmanın ve uygulama yapmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir.

Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir.

Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.

Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabileceğinden Anayasa'nın 129/5 ve 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi gereğince kamu görevlisi olan davalıya husumet yöneltilemez." gerekçesiyle Mahkeme kararını bozmuştur.

3.5. Danıştay 8. Dairesi'nin16.04.2012gün ve E: 2008/10606, K: 2012/1736 sayılı kararı

Öğretim üyesi olan davacıya verilen üç ayrı disiplin cezasının yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine, bu işlemler ve anılan göreve yargı kararı ile atandığı 17.9.2001 tarihinden bu yana kendisine karşı yürütülen taciz (mobbing), bıktırma ve yıldırmaya yönelik eylem ve işlemler nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; İl İnsan Hakları Kurulunca yapılan inceleme sonucu düzenlenen rapor, yargı kararları ve davacı hakkında tesis edilen işlemlerin incelenmesinden, davacının haksız bir takım uygulamalara maruz kaldığı ve bu uygulamaların manevi yapısını olumsuz olarak etkileyecek ağırlıkta bulunduğu anlaşıldığından, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle üzüntü ve sıkıntı yaşayan davacının zararının tazmini gerektiği gerekçesiyle Erzurum 2. İdare Mahkemesi,

18.6.2008 gün ve E:2007/1642, K:2008/688 sayılı kararı ile beş bin TL tazminata hükmetmiştir.

Söz konusu kararın temyiz istemi sonucunda Danıştay 8. Dairesince kararın dayandığı gerekçenin usul ve yasaya uygun olduğu, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından bahisle İdare Mahkemesince verilen karar onanmıştır.

3.6. Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Yukarda yer verilen yargı kararları ve psikolojik tacizle ilgili diğer yargı kararlarının[10] incelenmesi sonucunda aşağıdaki tespitlerde bulunulmuştur.

- İlk derece mahkemelerinin psikolojik taciz konusunda henüz yeterli/gerekli hassasiyeti göster(e)medikleri, incelenen 8 üst derece mahkeme kararının (7'si Yargıtay kararı, 1'i Danıştay kararı) 6'sında psikolojik taciz nedenlerinin varlığı gözetilmeden karar verildiği gerekçesiyle ilk derece mahkeme kararlarının bozulduğu görülmüştür.
- Yargı kararlarına konu olan psikolojik taciz davranışlarından bazıları şunlardır: Psikolojik taciz mağdurunun çok kısa sürede çok fazla yer değiştirmek suretiyle görevlendirilmesi, uyarı, itham ve kırıcı üsluplarla baskılara maruz bırakılması, amir tarafından "sorun çıkaran, uyumsuz, sevilmeyen ve kavgacı biri" olarak suçlanması, bir başka personelin yapması gereken işleri sık sık mağdura verilmesi, aynı pozisyonda olan diğer çalışanlara anahtar ve şifreler verildiği halde mağdura verilmemesi, işyeri içindeki diğer çalışanlardan soyutlanması, peş peşe disiplin soruşturmaları açılarak savunma istenmesi ve disiplin cezaları verilmesi, izinli olduğu dönemlerde yapılması gereken işlerin yerine getirilmemesinden ya da aksamasından sorumlu tutulması, amirleri tarafından yüksek sesle çağrılarak sözlü saldırılara ve hakaretlere maruz bırakılması, kişilik haklarının çiğnenmesi, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmesi vd.

---

10 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2.11.2011 tarih ve E. 2011/9-590, K. 2011/677 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1.4.2011 gün ve E. 2009/8046, K. 2011/9717 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 4.11.2010 gün ve E. 2008/37500, K. 2010/31544 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.3.2010 gün ve E. 2010/10905, K. 2010/7511sayılı kararı.

- Psikolojik baskı iddiasının tanık beyanları, sağlık raporları, bilirkişi raporu, kamera kayıtları ve diğer tüm delillerle ispat edilmesi mağdurun haklılığını ispatı açısından çok önem taşımaktadır.
- Bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hal alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.
- Davacının psikolojik baskı süreci sonucu istifaya zorlanması, işçiye iş akdini haklı nedenle feshetme hakkı vermektedir.
- Özel sektör çalışanları açısından psikolojik tacizle ilgili davaların adli mahkemelerde açılması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmazken, psikolojik taciz iddiasıyla kamu görevlisi aleyhine açılacak davanın adli yargıda mı idari yargıda mı görüleceği konusunda netlik bulunmamaktadır. Son yıllarda özellikle Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, kamu görevlilerinin "kişisel kusuru" nedeniyle adli yargıda açılan davaları Anayasa'nın 129 ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13'üncü maddesini gerekçe göstererek husumetten reddettiği ve bu davaların idari yargıda açılması gerektiği yolunda karar verdiği görülmektedir.

Kamu görevlisinin diğer kamu görevlisine karşı yaptığı psikolojik taciz nedeniyle kamu görevlisi aleyhine açılacak davaların hangi yargı yerinde görüleceğinin netleştirilmesi için hizmet (görev) kusuru-kişisel kusur kavramları üzerinde durulması gerekmektedir.

Öğretide kabul gören tanımıyla, hizmet kusuru, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde, örgütlenmesinde, yapısında, personelinde yahut işleyişinde gereken emir ve talimatın verilmemesi, gözetim ve denetimin yapılmaması, hizmete ayrılan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken önlemlerin alınmaması, geç veya zamansız davranılması vb. şeklinde gerçekleşen birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik ve eksikliklerdir (Berberoğlu, 2010). Hizmet kusurunun gerçekleşmesi için, idari faaliyetin yürütülmesinde kamu görevlisinin kusurunun bulunup bulunmaması önemli değildir. Önemli olan, idari faaliyetin yürütülmesindeki bir aksaklık veya bozukluktan dolayı kişilerin zarar görmüş olmalarıdır. Hizmet kusurunun tespiti

idari yargı mercilerince yapılmakta ve hizmet kusurunun bulunması durumunda idarenin sorumluluğuna karar verilmektedir (Söyler, 2010: 563).

Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zarar, kamu görevlisinin görevinde kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılamıyor, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı biçimde doğuyor ise, personel bakımından "görev kusuru" olarak tanımlanan bu kusurun, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan "hizmet kusuru" kapsamında idare hukuku esaslarına tabi olduğu, gerek öğretide gerekse yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilecek; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, ilgili yasa kurallarının gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edebilecektir.[11]

Kamu görevlisinin kişisel kusurundan söz edilebilmek için görevi içerisinde kusurlu bir davranışının olması gerekir. Ayrıca bu kusurlu davranış, kamu görevlisinin yaptığı görevden ayrılabilmelidir. Doktrinde ve mahkeme kararlarında genel olarak, kamu görevlisinin yargı kararlarını uygulamaması, kamu görevlisinin yetkisini kullanırken, kişilere karşı siyasal, kişisel veya başka nedenlerle kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında zarar verici bir şekilde davranması, suç oluşturan davranışları[12] veya ağır kusur gerektiren fiiller işlemesi durumlarında kişisel kusurlu olduğu kabul edilmektedir. Borçlar Kanunu çerçevesinde kamu görevlisinin görev içerisinde kişisel kusurunun kabul edilmesi, beraberinde kusurlu bulunan kamu görevlisinin neden olduğu zarardan dolayı doğrudan sorumlu tutul-

11 Uyuşmazlık Mahkemesi, 5.6.2006 gün, E: 2006/26, K: 2006/75 sayılı kararı, 7.10.2006 tarihli Resmi Gazete.

12 Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 16.06.2003 gün, E:2003/31, K:2003/37 sayılı kararında, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, Anayasanın 129. maddesinin dışında kaldığı, dolayısıyla doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağının bulunduğu belirtilmiştir. Olayda, şahsi kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu görevlisi aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümleri çer*çevesinde görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır." ifadelerin*e yer verilmiştir (Turhan, 2013: 113).

masını, bu sorumluluktan doğan davaların da adli yargı mercilerinde görülmesini zorunlu kılmaktadır (Söyler, 2010: 565).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.01.2013 gün ve E: 2012/4-729, K: 2013/163 sayılı kararıyla kişisel kusur nedeniyle kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılması neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Söz konusu Kararda "Kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava idareye yöneltilmelidir. Ayrıca kişilerin uğradığı zararla, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13'üncü maddesindeki ibaresinde ifadesini bulmaktadır. Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur." ifadelerine yer verildiği görülmüştür.[13]

Hukuk Genel Kurulu'nun bu konuda önceki içtihatlarından[14] döndüğünü ifade etmek yerinde olacaktır. Örneğin Hukuk Genel Kurulu, 17.10.2007 gün ve E. 2007/4–640, K. 2007/725 sayılı kararında, "yanlış tedaviye" ilişkin olarak açılan tazminat davasında "kişisel kusura dayanıldığından işin esasının incelenmesi" gerektiğine karar vermiş-

13 "Memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumak" saikiyle alınan bu kararın kamu görevlilerini kalın bir zırh arkasına aldığını ifade etmek gerekmektedir. Kamu görevlilerine sağlanan bu güvence nedeniyle kamu görevlileri her nasıl olsa doğrudan sorumlu tutulamayacakları ve rücu mekanizması da sağlıklı işlemediği için, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kişileri zarara uğratmamak için gerekli özen ve dikkati göstermeyebileceklerini söylemek mümkündür (Söyler, 2010: 565).

14 Örnek olarak Hukuk Genel Kurulu'nun 15.11.2000 gün ve E:2001/4-1650, K:2000/1690 sayılı, 26.09.2001 gün ve E: 2001/4-595, K:2001/643 sayılı, 31.10.2007 gün ve E:2007/4-800, K:2007/797 sayılı ilamlarına bakılabilir.

tir. Kararda, "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, Anayasanın 129/5 maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunduğu; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesi karşısında öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılması" gerektiği ifade edilmiştir.

Sonuç olarak bu açıklamalar ve bahse konu yargı içtihatlarından hareketle psikolojik taciz nedeniyle kamu görevlisi aleyhine açılacak davalarla ilgili üç durumdan bahsetmek mümkündür:

a. Kamu görevlisinin yaptığı psikolojik taciz davranışları, geçici görevlendirme, naklen atama, mağdura sürekli disiplin soruşturması açma ve disiplin cezası verme, mağdurun görev yerini değiştirme, iş vermeme ya da çok ağır işler verme gibi görevle bir şekilde bağlantı kurulabilen bir işlem ise bu tür işlemleri hizmet kusuru kabul etmek gerekecektir. Psikolojik taciz mağduru kamu görevlisi bu tür işlemlerin iptali için İdari yargıda iptal davası açabilecektir. Ayrıca psikolojik taciz nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle yine idari yargıda tam yargı davası açabilecektir(Turhan, 2013:109). Bu tür davranışlardan doğan zararlara karşı adli yargıda da dava açmak mümkündür. Ancak bu davaların Yargıtay tarafından bozulma ihtimali çok yüksektir.

b. Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen psikolojik taciz davranışlarının, hem hizmet kusurunu hem de kişisel kusuru barındırması durumunda davanın bu kamu görevlisi aleyhine idari yargıda açılması gerekmektedir.

c. Kamu görevlisinin psikolojik taciz davranışları mağdurun sözünü kesme, iş arkadaşlarıyla konuşmasına izin vermeme, milliyetiyle veya diğer hususlarıyla alay etme, dedikodusunu yapma gibi yapılan görevle bir bağlantısı bulunmayan davranışlar olarak gerçekleştiriliyorsa, idareye atfı ve izafesi mümkün olmayan ve görevin gerekleri ile bağdaşmayan, hizmetten ayrılabilir nitelikte kusurlar (Turhan, 2013:118)olarak değerlendirmek gerekecektir. Ayrıca kamu görevlisi psikolojik taciz kapsamında tehdit, şantaj, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali vb. eylemleri yapıyorsa, bu tür eylemler suç biçimine dönüşerek

idari olma niteliğini yitiren eylemlerdir ve kamu görevlisinin kişisel kusurunu oluşturmaktadır.

4. PSİKOLOJİK TACİZLE İLGİLİ KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULU KARARLARI

4.1. Kamu Görevlileri Etik Kurulu

Kamu Görevlileri Etik Kurulu, 5176 sayılı Kanunla 2004 yılında Başbakanlık bünyesinde kurulmuştur. Kurulun üç temel görevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki kamu görevlilerinin uymaları gereken etik davranış ilkelerini belirlemektir. Diğeri etik davranış ilkelerinin ihlal edildiği iddiasıyla kamu görevlileri hakkında yapılan başvurular üzerine veya re'sen gerekli incelemeyi yaparak karara bağlamaktır. Sonuncusu ise kamuda etik kültürünü yerleştirmek üzere çalışmalar yapmak veya yaptırmak ve bu konuda yapılacak çalışmalara destek olmaktır.

Kurul, en az genel müdür veya eşiti seviyesindeki kamu görevlileri hakkındaki başvuruları incelemekte ve karara bağlamaktadır. Diğer kamu görevlilerinin, etik davranış ilkelerine aykırı davranışları iddiasıyla yapılacak başvurular ise ilgili kurumların yetkili disiplin kurullarında incelenmektedir. 5176 sayılı Kanun, hangi unvanların genel müdür eşiti ve üstü sayılacağını belirleme yetkisini Kurul'a vermiştir. Kurul tarafından belirlenen kamu görevlilerine, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ekindeki listede yer verilmiştir. Kurul tarafından belirlenen kamu görevlileri, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ekindeki listede yer almaktadır. TBMM ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Devlet Denetleme Kurulu üyeleri, müsteşarlar, müsteşar yardımcıları, genel müdürler, teftiş kurulu başkanları, valiler, kaymakamlar, belediye başkanları, büyükelçiler, düzenleyici ve denetleyici kurul başkan ve üyeleri vd. kamu görevlileri Kurul'un inceleme alanında bulunmaktadır.

Kamu görevlileri hakkındaki inceleme ve araştırma, Yönetmelik'teki etik davranış ilkelerinin ihlâl edilip edilmediği çerçevesinde yürütülmekte ve en geç üç ay içerisinde sonuçlandırılmaktadır. Kurulun resen inceleme yetkisi de bulunmaktadır. Kararlara karşı idari yargı yolu açıktır. Kurul kararları başvurana, hakkında inceleme yapılan

kamu görevlisine, kamu görevlisinin ilgili olduğu kuruma ve Başbakanlık makamına gönderilmektedir.

Kurul kararlarının yaptırımına kısaca değinmek gerekmektedir. 5176 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, etik ihlal kararlarının Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurulmasını düzenleyen bir hüküm[15] yer almaktaydı. Anayasa Mahkemesi, bu hükmü, Anayasa'nın hukuk devletini düzenleyen 2'inci maddesi ile "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17'inci maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, idari yargı denetimine açık olan bu eylemlerin yargısal kesinlik kazanmadan Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurulmasını kamu görevlisinin herkese teşhiri anlamına geleceğini belirtmiştir (Anayasa Mahkemesi, 2010).

Aslında Kurul kararlarının yaptırımı, kamuoyu baskısı ve kınanma gibi manevi bir yaptırımdır. Bu manevi yaptırımın en önemli boyutunu, Kurul kararlarının yayımlanması suretiyle kamuoyu denetiminin sağlanması oluşturmaktadır. Etik dışı davranışlara, toplumsal tepkiyle yaklaşıldıkça bu tür davranışların görülme payının ve yine bu tür davranışların doğal karşılanıyor olmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır (Köprü, 2007: 114) Çoğu zaman yasal boşluklar nedeniyle yaptırım uygulanamayan kişiler için en caydırıcı unsurlardan biri kamusal tepkilerdir (Altun ve Kuluçlu, 2005: 48). Bu açıdan, Kurul kararlarının kamuoyu ile paylaşılması önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı, Kurul kararlarını sadece gizli bir hale getirmekle kalmamış, aynı zamanda tamamen yaptırımsız hale getirmiştir.

Bunun üzerine Kurul tarafından alınan 2011/14 sayılı İlke Kararı ile kurum ve kuruluşlarda etik davranış ilkelerine saygılı bir kurum kültürü oluşturmak, etik bilincini arttırmak, etik ihlallerin önlenmesini temin etmek ve ilgililerin bilgilenmesini temin amacıyla; Kurulun verdiği etik ihlal kararları ile uygun gördüğü diğer kararların, isim, açık unvan ve yer belirtilmeksizin Kurulun resmi internet sitesinde

15 "Kurul, başvuruya konu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin, etik davranış ilkelerine aykırı işlem veya eylemi olduğunu tespit etmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, bu durumu Başbakanlık, Kurul kararı olarak Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurur. Ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde Kurul, yargı kararını yerine getirir ve Resmi Gazetede yayımlatır."

yayımlanmasına karar verilmiştir. Kurul'un aldığı bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçesinde üzerinde ısrarla durduğu "teşhir" konusunun sakıncalarını da giderecek bir yaklaşımı barındırmakta olup mevcut mevzuat çerçevesinde ihlal kararlarının, kişi isimleri ve yer adları gizlenerek Kurul'un resmi internet sayfasında yayımlanması en makul yol gözükmektedir (Aydın ve Barutçu, 2015:171).

Kurul'un 2015 yılında alınan 9 adet kararı resmi internet sitesinde yer almakta olup daha önceki yıllarda alınan kararlara yer verilmemiştir. Oysa Kurul'un 10 yıllık faaliyet raporuna göre 2005-2015 yıllarında etik ihlal kararı verilen 71 adet kararı bulunmaktadır (Kurul Faaliyet Raporları).

4.2. Kurul Kararları

Psikolojik taciz konusunda Kurula son yıllarda yapılan başvurularda ciddi bir artış olduğu görülmektedir. 2005–2010 yılları arasında ortalama olarak her yıl 9 başvuru yapılmışken 2011–2012 yıllarında ortalama 39 başvuru, 2013 yılında ise 51 başvuru yapılmıştır. 2005-2014 yıllarında psikolojik taciz ile ilgili toplam 225 başvuru yapılmıştır (Kurul Faaliyet Raporları). Kurul'un psikolojik tacizle ilgili on bir adet kararı bulunmaktadır. Bu on bir karardan sekizi Belediye Başkanları hakkındadır. Bu kararların tamamına yakınında, Belediye Başkanının memur kökenli Belediye Başkan yardımcısına yaptığı psikolojik taciz davranışları yer almaktadır.[16]

Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te doğrudan psikolojik tacizle ilgili bir düzenleme bulunmamakla birlikte; Yönetmeliğin 9, 10 ve 11. maddeleri[17]

---

16 Belediye Başkanları, memur kökenli Belediye Başkan Yardımcısını görevden almak istediğinde veya görevden alıp da Başkan Yardımcısı görevine mahkeme kararı ile geri döndüğünde, Belediye Başkanlarının Başkan yardımcılarına psikolojik taciz uyguladıkları görülmüştür.

17 "Dürüstlük ve tarafsızlık" başlıklı 9. madde: Kamu görevlileri, görevlerini yerine getirirken ve hizmetlerden yararlandırmada dil, din, felsefi inanç, siyasi düşünce, ırk, cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayrım yapamazlar, insan hak ve özgürlüklerine aykırı veya kısıtlayıcı muamelede ve fırsat eşitliğini engelleyici davranış ve uygulamalarda bulunamazlar. Kamu görevlileri, takdir yetkilerini, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, her türlü keyfilikten uzak, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak kullanırlar."
"Saygınlık ve güven" başlıklı 10. madde: "Yönetici ve denetleyici konumunda bulunan kamu görevlileri, keyfi davranışlarda, baskı, hakaret ve tehdit edici uygulamalarda bulunamaz."

psikolojik tacizi önleyici nitelikte hükümler içermektedir (Altun vd. 2014: 44).

Kurul'un psikolojik taciz konusunda verdiği ilk karar bir Büyükşehir Belediye Başkanı hakkındadır. Kurulun 25.09.2009 gün ve 2009/37 sayılı kararında; 29 Mart 2009 tarihinde yapılan mahalli idareler seçiminde Belediye Başkan adayı olmak için görevinden istifa eden Genel Sekreter Yardımcısı'nın, aday olamayınca seçim öncesinde tekrar eski görevine dönme talebini içeren dilekçesinin işleme konulmadığı, bunun üzerine yeni bir dilekçe verdiği, bu dilekçesine Belediye Başkanı tarafından verilen cevapta, "Yüksek Seçim Kurulu'nun seçim sonuçlarını ilanını takip eden bir ay içinde yeniden başvurması halinde durumuna uygun bir göreve atanmasının 657 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda yapılacağının" bildirildiği, bu işleme karşı İdare Mahkemesinde açtığı davada yürütmenin durdurulmasına karar verildiği, bu karar üzerine önceki görevine başlatıldığı, seçimler için istifa edip de aday gösterilmeyen Daire Başkanlarının görevlerine hemen başlatılmalarına rağmen genel sekreterin görevine hemen başlatılmayarak farklı bir muameleye tâbi tutulduğu, göreve başladıktan bir gün sonra Belediye Başkanının sözlü talimatıyla çalışma odasını boşaltmasının söylendiği, "bu konuda yazılı talimat olması gerektiğini" ifade ederek odasını boşaltmadığı, bu nedenle hakkında tutanak tutulduğu, Belediye Başkanı tarafından uyarma cezası verildiği, daha sonra kendisine giriş katta Belediye Polikliniğinin yanındaki bir odanın verildiği ve diğer Genel Sekreter Yardımcılarından farklı olarak hizmet aracı ve şoför tahsisinin de kaldırıldığı" tespit edilerek Büyükşehir Belediye Başkanının Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 9'uncu maddesinde belirtilen hükümlere açıkça aykırı davrandığına karar verilmiştir (16.01.2010 tarihli Resmi Gazete).

Psikolojik tacizle ilgili Kurul'un 19.01.2012 gün ve 2012/2 sayılı bir başka kararında, Belediye Başkanının, Belediye Başkan Yardımcısına, Belediye hizmet binası dışında ve Belediye biriminin bulunmadığı beton santralinde makamı, statüsü ve hizmet gereklerine uygun olmayan bir oda vermesi, Belediyenin internet sitesinde yer alan e-mail rehberinde ismine ve iletişim bilgilerine yer vermemesi, sistematik olarak

"Nezaket ve saygı" başlıklı 11. madde: "Kamu görevlileri, üstleri, meslektaşları, astları diğer personel ile hizmetten yararlananlara karşı nazik ve saygılı davranırlar."

kişi üzerinde ayrımcılık, aşağılama, dışlama, yıpratma ve bezdirme amacı güden davranışlar olarak değerlendirilmiştir

Kurul'un bazı kararlarında psikolojik taciz vurgusunun daha güçlü olduğu görülmektedir. Örneğin 26.05.2011 gün ve 2011/35 sayılı Kurul kararında, "Bir işlemde psikolojik taciz olabilmesi için; üstleri, astları, meslektaşları, diğer kamu görevlileri ve hizmetten yararlananlara karşı sürekli ve sistematik olarak, aşağılama, küçümseme, yıpratma, bezdirme, hakkında dedikodu yayma, dışlama, kişiliğini ve saygınlığını zedeleme, kötü muameleye tabi tutma, ***özel hayatına müdahale***, yıldırma ve benzeri unsurlardan birinin veya birkaçının yer alması yeterlidir." ifadelerine yer verilmiştir. Aynı kararda, Kurum Başkanı A'nın Strateji Geliştirme Birimini ilgilendiren bir konuyla ilgili altı ili kapsayan ve on yedi gün süreli göreve İnsan Kaynakları Daire Başkanı B'yi gönderdiği, İnsan Kaynakları Daire Başkanının sağlık raporunda belirtilen bel rahatsızlığı nedeniyle seyahate elverişli olmadığı teşhisine rağmen, raporun bitimi ile birlikte görevlendirmeyi yenilediği, bu konuların yerinde incelenmesi için mutlaka üst yöneticilerin görevlendirmesinin gerekmemesine rağmen ısrarla B'yi görevlendirdiği, A'nın bu davranışlarıyla takdir yetkisini kurumsal işbölümüne ve temel fonksiyonlarındaki ilkelere uygun olarak kullanmadığı ve İnsan Kaynakları Daire Başkanı B'ye psikolojik yıldırma ve baskı niteliğinde işlem yaptığı tespit edilmiştir.

Kurul'un 23.03.2015 gün ve 2015/29 sayılı Kararı psikolojik taciz ile ilgili yayımlanan son karardır. Bir Belediye Başkanı'nın personele karşı "belirli bir kasıtla" hareket ettiği vurgusu yapılan söz konusu Karar'da "Belediye Başkanı….'un göreve geldiği günden birkaç gün sonra inşaat teknikeri R.Y.'nin **görev yerini değiştirmesi, bu görev yeri değişikliklerinin çok kısa sürelerde olması ve süreklilik arz etmesi, koridora masa konulmak suretiyle çalıştırılmasının memuriyet konumu ve saygınlığına uygun olmaması: …..'in ilk görev yeri değişikliğinin ise Belediye'ye verdiği dilekçeyle aynı gün olması ve sonrasında da bu görevlendirmelerin kısa süre aralıklarla devam etmesi; ….'in savunmasında sağlık problemi nedeni ile hastanede bulunduğunu belgelemesine rağmen disiplin cezası uygulanması, Belediye Başkanının adı geçen personele karşı belirli bir kasıtla hareket ettiğini göstermesi nedeniyle…" etik davranış ilkelerine aykırı davranıldığına hükmolunmuştur.**

Kurul'a yapılan başvurulardaki psikolojik tacizle ilgili bazı iddiaların Kurul tarafından yerinde görülmediği durumlar da bulunmaktadır. Örneğin 17.02.2012 gün ve 2012/16 sayılı kararda, Daire Başkanı K'ya psikolojik taciz uygulandığı iddiası ile ilgili olarak; yapılan inceleme sonucunda anılan kişinin bazı yurtdışı görevlere gönderildiği, diğer daire başkanları ile aynı oda, araç, gereç ve benzeri fiziki imkânlardan yararlandırıldığı anlaşıldığından, adı geçen kişi hakkında, keyfi davranış uygulandığını gösteren somut verilerin bulunmaması nedeniyle Kurum Başkanı hakkında etik davranış ilkelerine aykırılık yönünden işlem tesisine yer olmadığına karar verilmiştir (Haberand, 2014).

4.3. Kurul Kararlarının Değerlendirilmesi

Psikolojik tacizle ilgili Kurul'un verdiği kararlardan hareketle psikolojik taciz mağdurlarına aşağıdaki davranışların uygulandığı görülmüştür:

- Kamu görevlisinin statüsüne uygun olmayan ve tefrişatı bulunmayan bir ortamda çalışmaya mecbur bırakılması. Ayrıca toplu taşım araçları ile ulaşım imkânı olmayan şantiye vb. yerlerde görevlendirilmesi.
- Kurum teşkilat şemasından, internet sitesinden ve telefon rehberinden isminin ve unvanın silinmesi şeklindeki "kişiyi yok sayma" davranışları.
- Diğer birim başkanlarına müdürlükler bağlanırken psikolojik taciz uygulanan birim başkanına hiçbir müdürlük bağlanmaması ve herhangi bir görev verilmemesi; diğer birim amirlerinden farklı olarak makam odası, sekreter, makam aracı vb. olanaklardan mahrum bırakılmak şeklinde kendini gösteren ayrımcılık.
- Bulunduğu kadroya uygun olmayan işler verilmesi, kısa süre içerisinde birçok faklı görevlendirme yapılması, yazdığı dilekçelere cevap verilmemesi, görmesi gereken kurum içi yazışmaların kendisinden gizlenmesi.
- Kamu görevlisine uydurma bahanelerle soruşturma açılarak disiplin cezası verilmesi.

5176 sayılı Kanun, Kurulun inceleme alanını üst düzey kamu görevlileri ile sınırlandırmıştır. Bu durum Kurul'un, psikolojik tacizle mücadelede çok dar bir alanda görev yapmasına neden olmaktadır.

Böyle olmakla birlikte personeline psikolojik taciz uygulayan üst düzey kamu görevlilerinin şikâyet edilebileceği bağımsız bir idari organ olması açısından Kurul'un bu anlamda bir boşluğu doldurduğunu da ifade etmek gerekmektedir.

Ayrıca 2005–2014 yıllarında Kurulca incelemeye alınan başvuruların % 42'sinin başvuru konusunun yargıya intikal etmesi nedeniyle incelemesi durdurulmuştur (Kurul Faaliyet Raporları). Savcılığına intikal eden ya da idare mahkemelerinde görüşülen konular yargıya intikal ettiği gerekçesiyle Kurul tarafından usul yönünden reddedilmekte, inceleme başlatılmış ise başlatılan inceleme durdurularak konu hakkında karar verilmemektedir. Oysa Kurul'un bir Kaymakam hakkında iddia edilen konularda idare mahkemesince soruşturmaya gerek yok kararının onanması nedeni ile durdurulan inceleme hakkında başvurucu tarafından 14.İdare Mahkemesinde dava açılmıştır. Mahkemece verilen 09.02.2015 tarihli ve E:2013/1556, K:2015/163 sayılı iptal kararında; Bölge İdare Mahkemesi Kararının yargısal nitelikte bir karar olmaması ve uyuşmazlığın yargı merciince karara bağlandığından söz edilmesine olanak bulunmadığı gerekçesi ile 5176 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Etik Kurulu'nun "incelememe" yönünde aldığı Karar iptal edilmiştir. Konu hakkında Kurul tarafından inceleme yapılarak 2005/100 sayılı Karar ile Kaymakam'ın etik davranış ilkelerine aykırı davrandığına karar verilmiştir. Dolayısıyla Kurul tarafından incelemeye alınan başvuruların yarısından çoğunda[18] etik davranış ilkelerine aykırı davranıldığı yönünde karar verildiği dikkate alındığında Kurul'un yargıya intikal etmesi durumunu 14. İdare Mahkemesi Kararı doğrultusunda yorumlayarak başvuruları inceleyerek karara bağlaması gerekmektedir.

Kurul kararları, yapısı ve içeriği itibariyle tespit kararı niteliğindedir. Kurul kararlarının bir yaptırımının bulunmayışı, Kurul'un psikolojik tacizle mücadelede etkili bir aktör olmasını engellemektedir. Hatta bazı durumlarda, hakkında Kurul tarafından "personeline psikolojik taciz yaptığına" karar verilen bazı kamu görevlilerinin, Kurul kararından sonra personeline uyguladığı psikolojik tacizin şiddetini daha da artırdığı mağdurlar tarafından ifade edilmiştir.

---

18 Kurul Faaliyet Raporuna göre 2005–2014 arasında Kurulca incelemeye alınan başvuruların % 57,2'i hakkında etik davranış ilkelerine aykırı davranıldığı kararı verilmiştir.

SONUÇ

Çalışanların işyeri ortamında diğer çalışanlar tarafından kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması ve yıldırılması şeklinde ortaya çıkan psikolojik taciz vakalarının sadece mağdurlara değil aynı zamanda, işyerine, ailesine, topluma ve ülke ekonomisine çok ciddi olumsuz etkileri bulunmaktadır.

İşyerinde psikolojik tacizle mücadelede mağdurlara, işverenlere, üst amirlere, devlete, topluma ve sendikalara önemli görevler düşmektedir. Psikolojik tacizle mücadelede en önemli husus, soruna ilişkin farkındalığın, mağdurun kendisi tarafından olduğu kadar; işveren, iş arkadaşları ve nihayet tüm toplum tarafından aynı önemde sağlanmış olmasıdır. Konuyla ilgili herkes, işyerinde psikolojik tacizi durdurmak için bir şeyler yapmalı ve mücadele etmelidir. Ancak bir şeyle mücadele etmek için, önce onun ne olduğunu öğrenmek gerekir. Bireyin, bilinmezin ve çaresizliğin karşısında duyduğu korku ve endişeyle kendi içinde, tek başına mücadele edebilmesi çok güçtür. Yaşanılan olgu ve sürecin adının konması, önlemlerin alınması, bilgilendirilmenin sağlanması ve işyerinde psikolojik tacizle ilgili farkındalığın artırılması psikolojik tacizle mücadelesinin ilk adımlarını oluşturacaktır (Tınaz, 2006: 27).

İşyerinde psikolojik tacize karşı başvuru yapılabilecek birçok idari/adli merci bulunmaktadır. Psikolojik taciz yapanın üst amirleri, denetim ve disiplin kurulları, İş sağlığı ve güvenliği kurulu, sendikalar, yargı organları, Kamu Görevlileri Etik Kurulu ve Kamu Denetçiliği Kurumu ilk akla gelen mercilerdir. Ancak bu kadar başvuru mekanizmasına ve psikolojik tacize doğrudan veya dolaylı olarak değinen birçok yasal düzenleme bulunmasına rağmen ülkemizde halen psikolojik tacizle yeterince mücadele edildiğini söylemek mümkün değildir. Psikolojik taciz yapanlara karşı etkili yaptırım mekanizmalarının bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir.

Psikolojik tacizin mutlaka etkili bir yaptırımı olmalıdır. Saldırgan olayın üstünün örtülmeyeceğini, kurbanın durumun bilincinde olup tepki verebileceğini ve şikâyet ettiği takdirde yaptığının cezasız kalmayacağını bilmelidir (Tanoğlu, 2006: 109).

Ülkemizde işçiler açısından ilk defa Borçlar Kanununda psikolojik taciz kavramına yer verilmiştir. Bu işçiler açısından geç de olsa atılmış önemli bir adımdır. Kamu görevlileri açısından bu boşluğun halen de-

vam ettiğini ifade etmek yerinde olacaktır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda psikolojik tacizin tanımına yer verilerek, personeline psikolojik taciz uygulayan kamu görevlisinin olayın oluş niteliğine göre aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması ile cezalandırılmasına yönelik bir hükmün eklenmesi psikolojik tacizle mücadelede önemli bir adım olacaktır.

Psikolojik taciz mağduru kamu görevlisinin uğradığı zarar karşı nedeniyle açtığı davaların adli yargıda mı idari yargıda mı görüleceği konusunda yaşanan belirsizlik, kamu görevlileri açısından dezavantaj oluşturan bir diğer durumu oluşturmaktadır. Yargı yeri seçiminde yapılan yanlışlık davaların husumetten reddedilmesine neden olmakta, bu da yargı sürecini daha da uzatmaktadır. Böyle bir durumda psikolojik taciz mağduru kamu görevlisinin, mağduriyetinin daha da artması kaçınılmaz olacaktır.

Üst düzey kamu görevlileri ile ilgili etikle ilgili yapılan başvuruları incelemekle ve sonuçlandırmakla görevli Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na son dönemde psikolojik taciz ile ilgili yapılan başvurularda önemli oranda bir artış olmuştur. Ancak Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te psikolojik tacizi doğrudan düzenleyen bir hükmün bulunmaması önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Kurul'un inceleme kapsamının genişletilmesini ve kamu görevlileri hakkında Kurul'un vermiş olduğu kararların etkili bir yaptırıma kavuşmasını sağlayacak yasal değişiklik yapılması kaçınılmaz gözükmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde gerçekleşen psikolojik taciz davranışlarına olumsuz işyeri kültürünün de önemli oranda katkısı bulunmaktadır. İşyerlerindeki olumsuz işyeri kültürün sona erdirilmesi için işyerinde etik kültürün hâkim kılınması gerekmektedir.

Kurumlarda etik kültürün geliştirilmesi, psikolojik tacizle ilgili farkındalığın artırılması ve mücadele edilmesinde etik eğitimlerin önemli bir yeri bulunmaktadır. Bu noktada Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na önemli görevler düşmektedir. 5176 sayılı Kanunda "kamu kurum ve kuruluşlarında etik kültürünü yerleştirmek üzere çalışmalar yapmak" görevi Kurula verilmiştir. Kamu görevlilerine verilecek etik eğitimlerinde özellikle psikolojik taciz konusu üzerinde durulması psikolojik tacizle mücadeleye katkı sağlayacaktır.

Kaynakça

Altay Ali, (Altay, 2013), İdari Yargı Kararlarını Hiç Uygulamamak, Muvazaalı Uygulamak ya da İdari Yargı Kararlarını Etkisizleştirmek Görevi Kötüye Kullanmak Suçunu Değil, "Eziyet-İşkence" Suçunu Oluşturur, http://www.ankarabarosu.org.tr/dosyalar/yie/eziyet.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2015)

Altun Murat ve Kuluçlu Erdal (Altun ve Kuluçlu, 2005), Doktrin ve Mevzuat Işığında Kamuoyu Denetimine Genel Bir Bakış, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 56.

Altun Murat, Sayer Ahmet ve Barutçu Abdulkadir, (Altun vd. 2014), Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kararları Işığında Kamuda Görülen Etik Dışı Davranışlar ve Yolsuzluklar, *Sayıştay Dergisi,* Sayı 91.

Anayasa Mahkemesi'nin 04.02.2010 tarih ve E: 2007/98, K: 2010/33 sayılı kararı.

Arsan Tendü, (Arsan, 2008), İşyerinde Psikolojik Taciz Olgusu (Tacizcilerin Kişilik Özellikleri Üzerine Bir Çalışma), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,

Aydın Yılmaz ve Barutçu Abdulkadir, (Aydın ve Barutçu, 2015), Etik Dışı Davranışları Önleme Mekanizması Olarak Yaptırımlar ve Kamu Görevlileri Etik Kurul Kararlarının Yayımlanması, *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,* Cilt:15, Yıl:15, http://sbedergi.ibu. edu.tr/index.php/ sbedergi/article/view/1080, (Erişim Tarihi 18.03.2016)

Berberoğlu İbrahim, (Berberoğlu, 2010) Genel Hatlarıyla Devletin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin İlkeler başlıklı tebliğ, http://www.anayasa.gov.tr/InsanHaklari/Sunumlar, (Erişim Tarihi 13.05.2014)

ÇSGB (2013), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP %20 Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing (Erişim Tarihi:12.05.2014)

Çukur Cengiz, (Çukur, 2012), İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Çimento İşveren Dergisi,Cilt 26, Sayı 2. (http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale3.pd, Erişim Tarihi: 16.08.2015)

Kamu Görevlileri Etik Kurulu Faaliyet Raporları, www.etik.gov.tr.

Köprü Burcu, (Köprü, 2007), Türk Kamu Yönetiminde Etik Değerlerden Sapma ve Yönetsel Yozlaşma, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi, Ankara.

Leymann Heinz, (Leymann, 2013) "The Definition of mobbing at workplace", http://www. leymann.se/English/frame.html (Erişim Tarihi 15.05.2013)

Palaz Serap, Özkan Sultan, Sarı Necla, Göze Fehim, Şahin Nurdan ve Akkurt Ömrüye, (Palaz vd., 2008), İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Davranışları Üzerine Bir Araştırma; Bandırma Örneği", İş, Güç; Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt 10, Sayı 4.

Sevimli K.Ahmet, (Sevimli, 2013), Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağılığı ve Güvenliği Kanunu Işığında İşçinin Kişiliği, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 36.

Söyler Yasin, (Söyler, 2010), Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt XIV, Sayı 2.

Tanoğlu Şükriye Çağrı, (Tanoğlu, 2006), İşletmelerde Yıldırmanın (Mobbing) Değerlendirilmesi ve Bir Yükseköğrenim Kurumunda Uygulama, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu (2011), İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu.

Tınaz Pınar, (Tınaz, 2006), İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 11.

Tigrel Elvin ve Kokalan Özgür, (Tigrel ve Kokalan, 2009), AcademicMobbing in Turkey, http://www.waset.org/journals/ijhss/v4/v4-10-93.pdf, International Journal of Human and Social Sciences 4:10. (Erişim Tarihi 14.04.2013)

Tiyek Ramazan, (Tiyek, 2013), Yıldırma ve İş Ahlakı: Belediye Çalışanlarına Yönelik Bir Araştırma, İş Ahlakı Dergisi, Cilt 5, Sayı 9.

Turhan Mine Kasapoğlu, (Turhan, 2013) Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları, *TBB Dergisi*, Sayı Mart-Nisan 2013.

WBI, (2013), Workplace Bullying Institute, (http://www.workplacebullying.org/wbi-research/ 2010-wbi-national-survey/(Erişim Tarihi: 21.11.2013)

Yaman Erkan, (Yaman, 2009), Psikoşiddet (Mobbing) ölçeği: Geçerlik ve güvenirlik çalışması. Kuram ve Uygulamada Eğitim Bilimleri/EducationalSciences: Theory&Practice, Sayı Bahar 2009.

Yıldız Selver ve Kılkış İlknur, (Yıldız ve Kılkış, 2010) Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış, Çalışma İlişkileri Dergisi, 2010, Cilt 1, Sayı 1.

Yücetürk E. Elif, (Yücetürk, 2012), İşyerlerindeki Yıldırma Eylemlerini Önlenmede Sendikaların Rolü: Nitel Bir Araştırma, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 35.

http://haberand.com/dosya/2012-16.pdf (Erişim Tarihi: 22.05.2014).