

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2408

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

- Hakemli Makaleler
 - Söyleşiler
 - Kararlar
 - İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler
 - Kitaplar, Dergiler
 - Adli Tıp
 - Çevre

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.barobirlik.org.tr



UBAP ile

- ▶ Bilgilerinizi anında güncelleyebilir,
- ▶ Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilir,
- ▶ CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilir,
- ▶ Sosyal yardım başvurunuzu yapabilir,
- ▶ Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilir,
- ▶ "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilir,
- ▶ TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

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

Yayın Kurulu / Board of Editors

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

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Haluk Günöğür,
Türkiye-AB Derneği Bşk.
Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.
Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.

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

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

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

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

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

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Özdemir Özok Sokağı No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Mustafa Horuş - Türkiye Barolar Birliği

Basım Yeri / Printed by

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
- Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**
Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.
Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.
Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.
Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (“”) içine alınmalı, sadece eser adı İTALİK verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Yazar Adı, “Makale Adı”, Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.
Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırri”, AÜHF Dergisi, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası “yayin@barobirlik.org.tr” adresine gönderilmelidir.
Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları’na uygun olmaması durumunda reddedilir.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
- Yazıların “hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına “*olur*” verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.
Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçe’dir.
- Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
- Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 Kemal GÖZLER/ Gürsel KAPLAN

Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dâhil Midir? / Are Deputy Ministers Included In The Ministerial Hierarchy?

25 Sesim SOYER GÜLEÇ

Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler / Arrest and Judicial Control in Turkey in the Light of the Decisions Of European Court of Human Rights

75 Behiye EKER KAZANCI

AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması / Restrict of Right to Liberty and Security with Arrest and Detantion within the Framework of the Judgment Echr and Convention

105 Güneş YILMAZ

İzale-İ Şuyu Davası ile Miras Ortaklığının Sona Ermesi Halinde Karşılaşılan KDV Yüğü / In the Event of Terminate the Community of Inheritance with the Case Of Partition of a Partnership Encountered the Burden of Vat

123 Aysel Ceren MUTLU

Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Vergilendirme Yetkisinin Hukuksal Perspektifi / Legal Perspective of Taxation Authority Yesterday, Today and Tomorrow

155 Elif CENKERİ

Meskenlerden Elde Edilen Kira Gelirlerinin Vergilendirilmesi / Rent of Dwellings Taxation

165 Candan ALBAYRAK

Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi / The Effects of Globalizations and Economic Crisis to Labour Law

203 İştar URHANOĞLU CENGİZ

4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler / According to the Labour Law No. 4857 Labor Contract Capacity for the Children and Young Adults

231 Emin KOÇ

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul / Proposed Administrative Procedure for Administrative Fines Regulated in the Protection of Competition Act No. 4054

283 İpek ÖZBEK SÖNMEZ

Kent Planlama ve Adalet İlişkisinin Değişen İçeriği / The Changing Content of Urban Planning and Justice Relation

MAKALELER / ARTICLES

301 Hüsamettin UĞUR

Türkiye'nin Yolsuzlukla Mücadele Enstrümanları / The Instruments of Fighting Against Corruption of Turkey

345 Erkan ŞENSES

Ceza Muhakemesinde "Beraat" Hükmü Verilen Haller / Circumstances Which Require Acquittal Decision in Criminal Procedure

363 Aydın Alber YÜCE

Sermaye Piyasasında Manipülasyon / Manipulation in Capital Marketing

389 Ş. Berfin IŞIK YILMAZ

Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü/ The Obligation of Informing The Physician of Medical Intervention

411 İlker Hasan DUMAN

Yükleniciden Cebri İcra Yoluyla Bağımsız Bölüm Kazanan Kişinin İyi Niyetinin Korunması / The Obligation of Informing The Physician of Medical Intervention

417 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

427 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

439 AİHM Türkiye Raporu

501 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION

527 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

başkan'dan

başkandan / from the president

Sevgili Meslektaşlarım,

7-8 Mayıs 2011 tarihlerinde Adana'da yapılan Türkiye Barolar Birliği'nin 31. Olağan Genel Kurulu'nun açılışında yaptığım konuşmada; *'Yönetim olarak hedefimiz güçlü bir Barolar Birliği değil, güçlü barolardır. Zira inanıyoruz ki barolar güçlü olursa, Barolar Birliği de güçlü olur. Bu düşüncede olduğumuz için geride kalan süre içerisinde barolarımıza kaynak yarattık, kaynak aktardık. Donanım, tefriş, araç, taşınmaz alımı gibi konularda destek olduk. Bu desteğimiz önümüzdeki süreçte de artarak devam edecektir. Bundan emin olabilirsiniz'* demiştim.

O günden bugüne geçen süre içerisinde yüksek güvenilirlikli, akıllı, iki adet çipli, manyetik şeritli, yedi kopya korumalı, hologramlı özellikleri olan yeni avukatlık kimlik kartlarını kullanarak Petrol Ofisi'nden akaryakıt alan meslektaşlarımıza pompada %3 indirim sağlanmış, barolarımıza dağıtılmak üzere 2011 yılında Petrol Ofisi'nden KDV dahil 179.928,59 TL komisyon alınmış, alınan bu komisyonun 13.365,41 TL.sı vergi mevzuatı gereği sadece iktisadi işletmeleri olan barolarımıza 22.06.2011 tarihinde aktarılmıştır. İktisadi işletmesi olmayan barolarımızın payına düşen tutar, iktisadi işletmelerini kurduklarında kendilerine aktarılacaktır.

Aktarılan bu tutardan en fazla pay alan barolar; Ankara (1.638,91 TL), Manisa (1.045,24 TL), Konya (888,44 TL), İstanbul (716,49), Adana (669,32), İzmir (517,18 TL.), Edirne (429,58), Kocaeli (327,14 TL) barolarıdır.

Barolara 31.12.2011 tarihi itibariyle aktarılması gereken bakiye tutar 166.563,18 TL.dır. Bundan baroların paylarına düşen miktarın aktarılacağı tarih 31.03.2012'dir.

Barolara dağıtım yapılan 22.06.2011 tarihi itibariyle avukatlara pompada sağlanan %3 oranındaki indirimin parasal karşılığı 40.096,23 TL. olup 31.12.2011 tarihi itibariyle bu tutar 499.689,54 TL'dir.

Yine 2011 yılı içerisinde Türkiye Barolar Birliği tarafından üretilen 10881 adet elektronik imza alt kök sertifikasının satışından elde edilen gelirden barolarımızın payına düşen tutar 326,430,00 TL'dir. Bu tutarın 152.700,00 TL.lık kısmı fatura düzenleme tarihleri itibariyle iktisadi işletmesi olan barolarımıza dağıtılmıştır. Bu dağıtımdan en fazla pay alan barolar; İstanbul (54.630,00 TL), Ankara (44.400,00 TL), İzmir (37.500,00 TL), Konya (9.600,00 TL), Denizli (6.390,00), Samsun (3.990,00), Trabzon (2.970,00 TL) barolarıdır.

Barolara 31.12.2011 tarihi itibariyle aktarılması gerek bakiye tutar 173.730, 00 TL'dir. Bundan baroların paylarına düşen miktarın dağıtılacağı tarih 31.03.2012'dir.

Yukarıda verilen bilgilerden de anlaşılacağı üzere, Türkiye Barolar Birliği yönetimi olarak 31.Olağan Genel Kurul'da verdiğimiz "*Güçlü Barolar*" sözünün arkasında durduk. Diğer bir deyişle barolarımıza hizmet ettik, bu amaçla kaynak yarattık, kaynak aktardık ve bunları yapmaya devam ediyoruz.

Peki! Bunların hepsi nasıl gerçekleşti? Hangi işin, hangi hizmetin gerçekten değerli ve gerekli olduğunu bildiğimiz ve onun üzerinde yoğunlaştığımız için gerçekleşti. Ama çok daha önemlisi hayal ettiğimiz için gerçekleşti.

Sevgili Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na aday olduğum zaman, gerek kendimi tanıtmak, gerekse seçildiğim takdirde birlikte görev yapacağım arkadaşlarımla beraber yapmayı hedeflediklerimizi anlatmak için hazırladığım seçim broşüründe; '*İnsan hayal eden bir varlıktır. Diğer canlılardan farklı olarak sahip olduğu akıl, insanın hayal etme özelliğinin en önemli araçlarından birisidir. Gerçekte hayal etmek, insanın kendi dışına çıkması, çevrede dolaşması, kendi sınırlarını aşması, kendisini yeniden yaratması demektir. Hayal etmek, bilmek ve yapmak, bunların hepsi geleneksel fiiller-*

dir. Kuşkusuz her bilen yapmaz, yapamaz. Ama her yapan, hayal ettiği, fikir sahibi olduğu, bildiği ve biriktirdiği için yapar. Daha da güzelleştirmek için yaptıklarının içerisine duygularını, estetik duyarlıklarını katar. Onun için hayaller fikirleri, fikirler ise eylemleri başlatır. Yapmak, yani işlevsellik; hayallere, bilgiye, duyguya, hevese, heyecana, birikime ve deneyime gereksinim duyduğu kadar, iradeye, adına proje denilen somut fikirlere, pozitif hedeflere ve zamana gereksinim duyar. İnsana, mesleğe ve topluma özgü sorunlarda önemli olan işin eylemsel yönüdür. Tasarımlar, eylemli olarak yapıp ettiklerimizin dürtüsü olan tasavvuru, tasavvur ise görgü, bilgi ve deneyim sahibi bir insanın içinde yaşayabileceği bir geleceği hayal etmeyi kapsar. Hedefler, bir tasarım ve deneyim rehberliğinde bir şekilde gerçekleştireceğimiz tercihler ve görevlerdir' diye yazmış ve hedeflenen hayalleri 72 madde halinde sunmuştum.

Bugün gerçekleşenler, benim yola çıkarken hayal ve hedef ettiklerim ile benden önce yola çıkan yönetim kurulu üyesi arkadaşlarımla hayal ve hedeflediklerinin örtüşmesi sonucu gerçekleşmiştir.

Sevgili Meslektaşlarım,

Fransız bilim insanı *Blaise Pascal* en önemli eseri olan '*Düşünceler*' isimli kitabında '*Her şeye hayal gücü karar verir: güzelliği, adaleti ve dünyadaki en güzel şey olan mutluluğu o üretir*' diye yazıyor. Hayal gücü, insan için gerçekten son derece güçlü bir motivasyondur. O kadar güçlü bir motivasyondur ki, insanı gerçeğe götürebileceği gibi yalana da götürebilir. Ve hatta insanı kandırıp büsbütün yoldan da çıkarabilir. Onun için hayal gücünün iyi ve doğru yönde kullanılması gerekir.

Yönetim görevine talip olduğumuzda '*Güçlü Barolar*' hedefi bizlerin hayalidir. Yönetim olarak bizi tam da *Blaise Pascal*'ın ifade ettiği gibi güzelliğe, adalete, mutluluğa, iyiye ve doğruya götüreceği olan bir hayaldir. Bu bağlamda bugüne kadar yarattığımız ve barolarımıza aktardığımız gelirler, kaynaklar, verdiğimiz hizmet araçları, yaptığımız donanım destekleri, tefriş yardımları, kazandırdığımız avukat evleri/ sosyal tesisler başlangıçta birer hayaldir. Bu hayaller bugün çok büyük ölçüde gerçeğe dönüştü. Yani hayallerimiz bizi kandırıp yoldan çıkarmadı; hayallerimiz bizi yalana değil, gerçeğe götürdü; hayallerimiz bize yanlış değil, doğruyu yaptırdı.

Seçildiğimiz günden bugüne laf üretmedik, hizmet ürettik; şov yapmadık, iş yaptık; elimizi masaya vurarak kırıp dökmedik, kırık dökük olanları topladık, onardık ve hatta yeniden yaptık. Dün olduğu gibi bugün de, yönetim olarak sahip olduğumuz iyi, güzel, doğru, ayakları yere basan hayallerimiz doğrultusunda iş yapmaya, hizmet üretmeye devam ediyoruz.

Bütün bunları yaparken hiç kimseden alkış, övgü, teşekkür beklemedik. Zira görevimizi, işimizi yaptık. *'Yükseklere doğru yapılan mücadeleye bir insanın yüreğini doldurmaya yeterlidir'* diyor Albert Camus. Bizim yükseklere doğru yaptığımız mücadele, sadece ve sadece barolarımıza, meslektaşlarımıza daha iyi hizmet edebilmek içindir. Bu da yüreğimizi doldurmak için fazlasıyla yeterlidir.

Saygılarımla

Av. V.Ahsen Coşar

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

BAKAN YARDIMCILARI BAKANLIK HİYERARŞİSİNE DÂHİL MİDİR? ARE DEPUTY MINISTERS INCLUDED IN THE MINISTERIAL HIERARCHY?

Kemal GÖZLER*

Gürsel KAPLAN**

Özet: 3 Haziran 2011 tarih ve 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 3046 sayılı Kanuna eklenen 21/A maddesiyle hukukumuzda şimdiye kadar görülmemiş “bakan yardımcısı” adı altında yepyeni bir makam ihdas edilmiştir. Bu makam, idarî teşkilatımıza hâkim olan hiyerarşi ilkesi açısından gelecekte ciddi birtakım hukuksal sorunlara yol açabilir. Zira bakan yardımcılarının hukuksal statüsü belirsizdir ve özellikle bakan yardımcılarının bakanlık hiyerarşisine dâhil olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler : Bakan yardımcısı, bakanlık müşavirleri, kamu görevlisi, idari hiyerarşi, yetki devri.

Abstract : The post of “deputy minister” has been introduced in the Turkish legal system by Article 21/A of the Law No 3046, which was inserted by Decree-Law No 643, dated 3 June 2011. This new post may create serious problems in the future with regard to the principle of hierarchy governing the Turkish administrative system since the legal status of the deputy ministers are vague and especially the issue of whether the deputy ministers are included in the ministerial hierarchy is controversial.

Keywords : Deputy minister, advisers to the minister, civil servant, administrative hierarchy, delegation of power.

6 Nisan 2011 tarih ve 6223 sayılı Yetki Kanununa¹ dayanılarak çıkarılan 3 Haziran 2011 tarih ve 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 3046 sayılı Kanun’a eklenen 21/A maddesiyle hukukumuzda

* Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi (kgozler@hotmail.com).

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi (gurselkaplan@mynet.com).

¹ 1. Resmi Gazete, Tarih: 3 Mayıs 2011, Sayı: 27923. Anayasa Mahkemesi, 27 Ekim 2011 tarih ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı kararı ile bu Kanunun iptali istemini reddetmiştir. Yüksek Mahkemenin KHK’lerin hukuki rejimi konusunda önceki içtihadından belli ölçüde uzaklaşmasıyla dikkat çeken bu karar, eşit sayıda red ve kabul oyu ile verilmiş olmakla da hayli ilginçtir. Karar için bkz.: Resmi Gazete, Tarih: 15 Aralık 2011, Sayı: 28143.

şimdiye kadar görülmemiş² “bakan yardımcıları” adı altında yepyeni bir kurum ihdas edilmiştir.

Anılan KHK ile 3046 sayılı Kanuna eklenen 21/A maddesi şöyledir:

“Bakana (Millî Savunma Bakanı dâhil) bağlı olarak Bakana ve Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesinde Bakana yardımcı olmak üzere Bakan Yardımcısı atanabilir. Bakan Yardımcıları bu görevlerin yerine getirilmesinden Bakana karşı sorumludur.

Bakan Yardımcıları Hükümetin görev süresiyle sınırlı olarak görev yapar; Hükümetin görevi sona erdiğinde, Bakan Yardımcılarının görevi de sona erer. Bakan Yardımcıları gerektiğinde Hükümetin görev süresi dolmadan da görevden alınabilir.

Bakan Yardımcılarına en yüksek Devlet memuruna mali haklar kapsamında yapılan ödemelerin yüzde yüzellisi oranında aynı usul ve esaslar çerçevesinde aylık ücret ödenir”.

Bu düzenlemelerde anayasamıza aykırı bir yön yoktur. Zira anayasamızda bakanlar ve bakanlıklar geçmekte, ama bakan altındaki kamu görevlilerinin kimler olacağı sayılmamaktadır. Dolayısıyla bir bakanlıktaki bakanın altında yer alan kamu görevlilerinin kanunla belirlenebilir.

Bununla birlikte, bakan yardımcılığına ilişkin getirilen bu yeni hüküm (3046 sayılı Kanun, madde 21/A) idarî teşkilatımıza hâkim olan hiyerarşi ilkesi açısından gelecekte ciddi birtakım hukuksal sorunlara yol açacak gibi görünmektedirler. Zira yukarıda yer verilen düzenlemede bakan yardımcılığı kurumunun hukukî konumu, özellikle ba-

² 2. 1924 Anayasası döneminde 5 Şubat 1937 tarih ve 3115 sayılı Kanun (Resmî Gazete, 13 Şubat 1937, Sayı 3533) ile getirilip 29 Kasım 1937 tarih 3271 sayılı Kanun (Resmî Gazete, 1 Kanunuevvel 1937, Sayı 3773) ile uygulamadan kaldırılan “siyasi müsteşarlık kurumu burada anılabilir. Ama “siyasi müsteşarların şimdiki bakan yardımcılarından farklı olarak “meclis azası arasından seçilmesi öngörülüyordu. Dolayısıyla şimdiki “bakan yardımcılarından farklıydı. Bu konuda bkz.: Mustafa Turan, “Cumhuriyet Döneminde İki Deneme: Siyasi Müsteşarlıklar Ve Müstakil Grup”, A.K.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt I, Sayı 2 (Mayıs 1999) (<http://w3.gazi.edu.tr/web/mturan/word/ikideneme.doc>).

kan yardımcılarının bakanlık hiyerarşisine dâhil olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Biz bu tartışmaya geçmeden önce şu bilgileri verelim:

Bakan yardımcılığı bir "*istisnâî memuriyet*"tir³. Bakan yardımcıları, hükümetin görev süresince görevde kalırlar (3046 s. K., m.21/A, f.2). Atanmaları için kanunda öngörülmüş bir öğrenim, kıdem, liyakat vs. bir şart yoktur. 657 sayılı Devlet memurları Kanununun 60'ncı maddesi uyarınca, adı geçen Kanunun 48'inci maddesinde belirtilen devlet memuru olmak için gereken genel koşulları taşıyan herkes bakan yardımcısı olarak atanabilir. Keza bakan yardımcıları her zaman görevden alınabilirler.

Bakan yardımcısı istisnâî memur olsa da, bakan gibi siyasî bir kişi değil, "*memur*"dur. Keza milletvekilleri de bakan yardımcısı olarak atanamaz. Anayasamızın milletvekilliği bağdaşmazlığını düzenleyen 82'nci maddesi buna engeldir.

3046 sayılı Kanun'un 21/A maddesinin ilk fıkrasından anlaşılacağı üzere bakan yardımcısı sayısı her bakanlıkta birdir. Yani bir bakanın, bir bakan yardımcısı vardır.

Şimdi bakan yardımcılarının hukukî statüsü konusundaki tartışmaya geri dönelim:

Bakan yardımcılarının hukukî statüsü konusunda daha şimdiden iki farklı görüş ortaya çıkmış bulunmaktadır: Prof. Dr. Metin Günay tarafından savunulan birinci görüşe göre, bakan yardımcısı sadece "*bir tür bakan danışmanı*"dır⁴. Bu makalenin yazarları tarafından savunulan ikinci görüşe göre ise, bakan yardımcısı danışman değil, bakanlık hiyerarşisine dâhil, bakanın altında, müsteşarın ise üstünde yer alan bir kamu görevlisidir⁵.

Şimdi bu iki görüşü biraz daha yakında görelim:

³ 3. 657 sayılı Kanun, m.59 (3 Haziran 2011 tarih ve 643 sayılı KHK ile değişik hâli).

⁴ 4. Metin Günay, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, 2011, s. 397.

⁵ 5. Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Kitabevi, 11. Baskı, 2011, s. 148.

I. BİRİNCİ GÖRÜŞ: BAKAN YARDIMCISI BİR TÜR BAKAN DANIŞMANIDIR

Metin Günday'a göre,

*"3046 sayılı Kanunun bakanlıklardaki hiyerarşik kademeleri düzenleyen 15 inci maddesinde de, bakan yardımcılığına bakanlık hiyerarşik kademeleri arasında yer verilmemiştir. Ayrıca, Bakanın yetkilerinden bir kısmını bakan yardımcısına devretmesi de mümkün değildir. Bu durumda, bakan yardımcılarının bir tür bakan danışmanı olarak görev yapacakları söylenebilir"*⁶.

Görüldüğü gibi Metin Günday'ın görüşü iki argümana dayanmaktadır. Şimdi her iki argümanı ayrıca verip, bu argümanların bir eleştirisini yapalım:

1. Bakan Yardımcılığına Bakanlık Hiyerarşisi Kademeleri Arasında Yer Verilmediği Argümanı

Metin Günday'a göre,

*"3046 sayılı Kanunun bakanlıklardaki hiyerarşik kademeleri düzenleyen 15 inci maddesinde de, bakan yardımcılığına bakanlık hiyerarşisi kademeleri arasında yer verilmemiştir"*⁷.

Dolayısıyla, hocamız Metin Günday'a göre bakan yardımcılarının hiyerarşik bir yetki kullanması mümkün değildir. O halde bakan yardımcılarının olsa olsa *"bir tür bakan danışmanı olarak görev yapacakları söylenebilir"*⁸. Hocamızın bu argümanına ek olarak, bakan yardımcılığı ile ilgili yasal düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden sonra çeşitli bakanlıkların yeniden yapılandırılması ile ilgili olarak gerçekleştirilen düzenlemelerde⁹ bakanlığın teşkilât şemasında bakan yardımcılığı kurumuna yer verilmemiş olmasını da söyleyebiliriz.

Ancak biz bu argümanda isabet olduğunu düşünmüyoruz. Başka bir ifadeyle, 3046 sayılı Kanun'un bakanlıklardaki hiyerarşik kademe-

⁶ 6. Günday, a.g.e., s. 397.

⁷ 7. Günday, a.g.e., s. 397.

⁸ 8. Günday, a.g.e., s. 397.

⁹ 9. 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında KHK, 645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında KHK, 663 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında KHK.

leri ve bakanlık birimlerini sayan 15'inci maddesinden böyle bir sonuç çıkarılabileceğini düşünmüyoruz. Zira, bakan yardımcılığı kurumu, anılan Kanun'un 15'inci maddesiyle değil, 21/A maddesiyle getirilmiştir. Eğer bir ihtimal 15'inci madde ile 21/A maddesi arasında bir çatışma var ise, bu çatışma *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunu ilga eder) ilkesi uyarınca 21/A maddesi esas alınarak çözümlenir; zira bu madde 3 Haziran 2011 tarihli olup, 15'nci maddeye göre sonraki tarihli kanundur. Adı geçen Kanun'un 21/A maddesine göre ise, gerekçesini aşağıda ayrıca açıklayacağımız gibi, bakan yardımcıları bakanlık hiyerarşisine dâhildirler.

2. Bakanın Bakan Yardımcısına Yetki Devredemeyeceği Argümanı

Profesör Günday'ın, bakan yardımcısının bir tür bakan danışmanı olduğu yolundaki görüşünü desteklemek için ileri sürdüğü ikinci argüman ise, *"bakanın yetkilerinden bir kısmını"* *"bakan yardımcısına devretmesi"* nin mümkün olmadığı noktasında toplanmaktadır¹⁰.

Kanımızca bu argüman da isabetli değildir. Zira 3046 sayılı Kanunun *"yetki devri"* başlıklı 38'nci maddesi,

"Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir"

demektedir. Dolayısıyla bu maddede Bakanın bakan yardımcısına doğru yetki devri yapmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. Tersine, bakan yardımcısı, bakanın *"astı"* olduğuna göre, bakanın bakan yardımcısına yetki devretmesi anılan maddeye tamamıyla uygundur. Üstelik, 3046 sayılı Kanununun 21/A maddesinde, bakan yardımcılarının *"Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesinde Bakana yardımcı olmak üzere"* görevlendirilecekleri ve *"bu görevlerin yerine getirilmesinden bakana karşı sorumlu"* olmaları öngörüldüğüne göre, bakanın bir kısım yetkilerini bakan yardımcısına devredememesi için hiçbir sebep yoktur. Başka bir ifadeyle, bakan yardımcılarının idari görev ve yetkilerle donatılmala-

¹⁰ 10. Günday, a.g.e., s. 397.

rının önünde anayasal ve yasal herhangi bir engel bulunmamaktadır. Halen böyle bir görev ve yetkiyle donatılmamış olmaları, gelecekte de donatıl(a)mayacakları anlamına gelmez. Tersini düşünmek, kendisine verilen görevler ve bunların yerine getirilmesinden dolayı bakana karşı sorumlu tutulması yolundaki yasal düzenlemeleri anlamsız ve değersiz kılar. Çünkü görev ve sorumluluk varsa, yetki de vardır yahut olmalıdır. Yetki olmadan görev yahut sorumluluk düşünülemez. Yetkinin refakat etmediği bir görev ve sorumluluk kamu hukukuna yabancıdır. Hatta bakan yetkilerinden bir kısmını bakan yardımcısına devretmez ise, bakan yardımcılarının bakana nasıl ve hangi yetkilerini kullanarak, hangi işlemleri yaparak yardımcı olabilecekleri de merak konusudur.

Görüldüğü gibi kanımızca bakan yardımcılarının “*bir tür bakan danışmanı*” olduğu yolundaki görüş lehine ileri sürülen iki argüman da çökmektedir. O halde bakan yardımcılarının “*bir tür bakan danışmanı*” olduklarını söyletecek ortada bir pozitif hukuk verisi yoktur. O halde bakan yardımcısı, bakanlık hiyerarşisine dâhil olabilir.

II. İKİNCİ GÖRÜŞ: BAKAN YARDIMCISI BAKANLIK HİYERARŞİSİNE DÂHİLDİR

Bizim tarafımızdan İdare Hukuku Dersleri isimli kitabımızın Ağustos 2011’de yayınlanan 11’nci baskısında (s.148)¹¹ savunulan görüşe göre, bakan yardımcısı da bakanlık hiyerarşisine dâhildir. Zira bize göre, 3046 sayılı Kanununun 3 Haziran 2011 tarih ve 643 sayılı KHK ile eklenen 21/A maddesinin ilk fıkrasında yer alan “*Bakana ve Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesinde Bakana yardımcı olmak üzere*” ifadesinden bakan yardımcılarının idarî bir yetki kullanamayacakları, sadece danışmanlık yapacakları sonucu çıkarılamaz. Bakanın ne yetkisi varsa, bu yetkilerinin kullanılmasında bakan yardımcısı bakana yardımcı olabilecek, bakan yetkilerinden bazılarını yetki ve imza devri yoluyla bakan yardımcısına devredebilecektir. Haliyle yetki devri yoluyla devredilmeyecek yetkiler (örneğin bakanlar kurulu toplantılarına katılmak yetkisi) bakan yardımcılara devredilemez. Keza bakan yardımcısı bakan yerine parlamento çalışmalarına katılamaz; bakan

¹¹ 11. Gözler/Kaplan, a.g.e., s. 148.

yerine oy kullanamaz. Bakan yardımcısı bakana vekâlet edemez; çünkü Anayasamıza göre “açık olan bakanlıklarla izinli veya özürlü olan bir bakana (bakan yardımcısı değil), *diğer bir bakan* geçici olarak vekillik eder” (m.112/2).

Bakan yardımcısının istisnâî memur statüsünde olması haliyle, bunların bakanlık hiyerarşisine dâhil olmasına bir engel teşkil etmez. Çünkü 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 61’nci maddesinde, “60 ıncı madde gereğince istisnai memurluklara atanmalar hakkında bu Kanunun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi dışında kalan bütün hükümleri uygulanır” denilmektedir. Bu düzenlemeden açıkça anlaşılacağı üzere, istisnai memuriyete atanmalar da kural olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabidir. Bunların söz konusu Kanun’a tabi olmamaları ise *atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi* konusundaki hükümlerle sınırlıdır. Daha açık bir ifadeyle istisnailik, dışarıdan atama yapabilmeye ve Kanunda öngörülen ilerleme sisteminin dışına çıkılarak daha yüksek derecelerden maaş verilebilmesindedir ki, bakan yardımcılarının bu nitelikte memuriyetten sayılmalarının temel sebebi de esasen budur. Dolayısıyla, bu düzenlemelere göre, bakan yardımcılarını da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi birer memurdurlar. O halde, bakanlık hiyerarşisine dâhildirler.

Bakan yardımcılarının 2451 sayılı Kanun’a göre *müşterek kararname* ile atanmalarının öngörülmüş olması da, danışmandan ziyade idare hukuku anlamında kamu görevlisi yahut memur sayılmaları gerektiğine ilişkin önemli bir göstergedir. Zira anılan Kanun’a göre yapılan atamalar arasında *danışman* şeklinde bir görevlendirme yoktur ve bugüne kadar uygulaması da olmamıştır. Tersinden söyleyecek olursak, bu Kanun’a göre yapılan atamalar -birçoğu istisnai memuriyete ilişkin olsa da- ancak ve yalnızca asli ve sürekli bir kamusal görevi yürütmek ve gerçekleştirmek üzere yapılmaktadır. Dolayısıyla, eğer bakan yardımcısı alelade bir tür danışmandan ibaret olsaydı atanması ve görevden alınması için de *müşterek kararname* ye gerek olmazdı; bütün bunların doğrudan ve yalnızca ilgili bakanın kendi tasarrufuyla gerçekleştirilmesi gerekirdi. Nitekim hukukumuzda “*danışman*”larla ilgili genel eğilim de bu yöndedir¹².

¹² 12. Örneğin bkz.: 10 Temmuz 2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Hak-

Bakan yardımcısı bakanlık hiyerarşisine dâhil olduğuna göre, bu hiyerarşideki sırasını da belirlemek gerekir. Hiyerarşide, bakan yardımcısı, bakanın altında, müsteşarın ise üstünde bulunur. Çünkü 3046 sayılı Kanunun 21/A maddesinde açıkça “Bakan Yardımcıları bu görevlerin yerine getirilmesinden *Bakana karşı* sorumludur” denmektedir. Bundan şu sonuç çıkar ki, bakan yardımcısı, müsteşara karşı değil; bakana karşı sorumludur; dolayısıyla bakan yardımcısı müsteşarın üstünde bulunur. Bakan yardımcısı, idarî hiyerarşide müsteşarın üstünde ise, müsteşar üzerinde, hiyerarşi yetkisine sahiptir. Bakan yardımcısının müsteşar ve daha alt görevliler üzerinde hiyerarşi yetkisine sahip olması için, bu yetkinin kendisine ayrıca ve açıkça kanunla verilmesine gerek yoktur. Zira hiyerarşi yetkisi genel bir yetkidir; üst makam hiyerarşi yetkisine bihakkın sahiptir; bu yetkinin kendisine ayrıca ve açıkça verilmesine gerek yoktur¹³.

Şüphesiz bakan yardımcısının müsteşar üzerinde hiyerarşi yetkisine sahip olması, kanunla müsteşara ayrıca ve açıkça verilmiş bir yetkinin, onun yerine, ona kaim olarak bakan yardımcısı tarafından kullanılabilceği anlamına gelmez. Ama müsteşarın kullanacağı bu yetki konusunda bakan yardımcısı hiyerarşi yetkisi kapsamında yetkilere sahiptir; örneğin, bakan yardımcısı bu müsteşara bu konuda emir ve talimat verebilir.

Bununla birlikte, uygulamada bakan yardımcısı ile müsteşarlar arasında yetki ve görev dağılımında problem yaşanabilir. Zira bakan ile müsteşar arasında başka bir kademenin olmadığı bir sistemi esas alan 3046 sayılı Kanun’da müsteşarın statüsüne ve görev ve yetkilerine ilişkin hükümlerde hiçbir değişiklik yapılmaksızın sadece bir maddeyle sisteme “*bakan yardımcıları*” ilave edilmiştir. Bu değişiklik ile birlikte bakan yardımcısı ile müsteşar arasındaki ilişki de kanunla hükme bağlansaydı daha isabetli olurdu.

kında Kanunu, m. 20; 17 Ağustos 1983 tarih ve 2879 tarihli Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilâtı Kanunu, m. 4; 19 Ekim 1984 tarih ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilâtı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, m. 21; 1 Aralık 2011 tarih ve 6253 sayılı TBMM İdari Teşkilâtı Kanunu, m. 24.

¹³ 12. Bu konuda bkz.: Gözler/Kaplan, a.g.e., s. 112.

Örneğin yürürlükteki düzenlemeye göre, müsteşar, “bakanlık teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar”. “Müsteşar... bakana karşı sorumludur” (3046 s. K., m.22). Dolayısıyla kendisine emir ve talimat vermeye kalkan bakan yardımcısına karşı müsteşar, kendisinin bakan yardımcısına karşı değil, doğrudan doğruya bakan karşı sorumlu olduğunu söyleyebilir. 22’nci maddenin bu hükmünde değişiklik yapılarak “müsteşar, bakana ve bakan yardımcısına karşı sorumludur” densesydi daha iyi olurdu. Kanımızca m.21/A (bakan yardımcıları bakana karşı sorumludur) ile m.22 (müsteşar bakana karşı sorumludur) hükmü arasında bir çelişki çıkarsa bu çelişki *lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunu ilga eder) ilkesi uyarınca sonraki hüküm olan m.21/A lehine çözümlenmelidir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bakan yardımcılığını ihdas eden 643 sayılı KHK’den sonra çıkan 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın Teşkilât ve Görevleri Hakkında KHK’de, 645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında KHK’de ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında KHK’de müsteşar, açıkça “Bakandan sonra gelen en üst düzey kamu görevlisi” olarak nitelendirilmiştir.

Bu arada belirtelim ki, söz konusu düzenlemede eleştirilecek başka yanlar da vardır: 3046 sayılı Kanununun 22’nci maddesinde müsteşar zaten “bakanın yardımcısı” (“Müsteşar, bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup...”) olarak tanımlanmıştır ve bu düzenleme hâlâ yürürlüktedir. Diğer bir ifadeyle Türkiye’de zaten bir “bakan yardımcısı” vardır ve o da müsteşardır. Bu hükmü ilga etmeden bir de “müsteşar”dan başka bir “bakan yardımcısı” görevi ihdas etmek çelişkilidir. Şu an Türkiye’de iki tür bakan yardımcısı vardır: “Bakan yardımcısı” (m.21/A) ve “müsteşar” (m.22).

Kanımızca, müsteşar ile bakan arasına “bakan yardımcısı” diye bir mevki koymak yerine, ihtiyaç duyuluyorsa, müsteşarın hukukî statüsünde değişiklik yapılarak, müsteşar, bir istisnâ memur haline getirilebilir; müsteşarın bakan ile göreve gelip gitmesi ve her zaman görevden alınabileceği öngörülebilirdi. Böyle bir düzenleme kanımızca daha tutarlı bir çözüm olurdu.

KANUN YAZIMINDAKİ ÖZENSİZLİK ÜZERİNE GÖZLEMLER

Son olarak, ele aldığımız konuyla doğrudan ilintili olmamakla birlikte, son zamanlarda yürürlüğe konulan yasal düzenlemelerde hat safhada bir özensizlik göze çarpmaktadır. Bu özensizliğe birkaç örnek vermek isteriz:

Örnek 1.- 3046 sayılı Kanununun 643 sayılı KHK ile değişik “başbakan yardımcıları”na ilişkin 4’üncü maddesinde şöyle denmektedir:

“Başbakana yardım etmek ve Bakanlar Kurulunda eşgüdüm sağlamak üzere Hükümetin oluşumu ve genel siyasetinin yürütülmesinin gerektirdiği sayıda bakan, Başbakan Yardımcısı olarak görevlendirilebilir. Ayrıca Başbakana yardım etmek ve Başbakan tarafından verilecek görevleri yerine getirmek, Bakanlar Kurulunda koordinasyonu sağlamak, özel önem ve öncelik taşıyan konularda tecrübe ve bilgilerinden istifade edilmek amacıyla Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakan Yardımcısı unvanıyla görev yapmak ve sayısı beşi geçmemek üzere bakan görevlendirilebilir. Başbakan Yardımcısı unvanıyla görev yapmak üzere görevlendirilen bakanların danışma ve büro hizmetlerini yürütecek personele ait kadrolar Başbakanlık kadro cetvelinde gösterilir.”.

Görülebileceği üzere, başbakan yardımcılığı kurumu da hukuksal belirsizlikle maluldür. Gerçekten, dikkat edilirse, bu düzenlemede de birbiriyle uyumsuz ve çelişkili hükümler bulunmaktadır. Zira maddenin 643 sayılı KHK ile değişik ikinci paragrafında başbakan yardımcıları en fazla beş ile sınırlı tutulmuş iken, maddenin önceki halinden muhafaza edilen ilk paragrafında ise “gerektirdiği sayıda”dan söz edilmektedir. Ayrıca maddenin ikinci paragrafında, başbakan yardımcılarının hangi amaçla ve ne şekilde görevlendirileceği ayrıntılı bir şekilde ve ihtiyaca cevap verecek ölçüde düzenlenmiş olduğu halde maddenin ilk paragrafında da yetersiz ama paralel mahiyetteki hükümlere yer verilmiş olması, sanki görevlendirme usulü ve statüleri bakımından birbirinden farklı iki ayrı başbakan yardımcılığı kurumu varmış izlenimi uyandırmaktadır. Oysa işin aslı böyle değildir. Maddenin ilk paragrafı, 3046 sayılı Kanun’un başbakan yardımcılığına ilişkin dü-

zenlemesidir. İkinci paragraf ise bu 643 sayılı KHK ile getirilmiştir. 643 sayılı KHK ile getirilen bu düzenlemeden önce maddenin ikinci paragrafında “devlet bakanları” ile ilgili düzenleme yer almakta iken 643 sayılı KHK ile “devlet bakanı” görevlendirilmesi yolundaki yasal düzenleme yürürlükten kaldırılarak onun yerine başbakan yardımcılığına ilişkin yukarıdaki düzenleme getirildiği halde, başbakan yardımcılığına ilişkin olarak önceki yasal düzenlemelerden kalan hükümler de korunduğu için böyle bir hukuki garabet ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Örnek 2.- Nihayet bir diğer “garip” durum da 3056 sayılı Kanun’un 23’üncü maddesinde yer alan düzenlemedir. Buna göre,

“Başbakanlıkta ve Devlet bakanlıklarında özel ve öncelik taşıyan konularda, Başbakan veya Devlet bakanlarına yardımcı olmak üzere en çok seksenbeş Başbakanlık Müşaviri görevlendirilebilir. (Ek cümle: 29/6/2011-KHK-644/37 md.) Bu kadroya atananların varsa emeklilik veya yaşlılık aylıkları kesilmez.”.

Görüleceği üzere, düzenlemede hâlâ devlet bakanlarından söz edilmektedir. Oysa 3046 sayılı Kanununun 643 sayılı KHK ile değişik 4’üncü maddesinin yeni halinde devlet bakanlarının yerini artık başbakan yardımcıları almış bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, “devlet bakanı” şeklinde bir statü artık hukukumuzda yoktur. Buna rağmen adeta devlet bakanlarının varlığı devam ediyormuş gibi maddedeki düzenleme korunmuştur. Üstelik 643 sayılı KHK’den sonra çıkarılan KHK’ler ile dahi aynı yanlış sürdürülmüştür.

Ele aldığımız hukuksal sorunla ilgili bütün bu yasal düzenlemeler, en hafif tabiriyle, ülkemizde mevzuat düzenleme konusunun hangi seviyelere kadar gerilere gittiğini göstermektedir.

Örnek 3.- 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev” başlıklı 3’üncü maddesinde şöyle denilmektedir:

“Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır”.

Aynı düzenleme, 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 55’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır:

“Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”.

Bu düzenlemelere göre “idarî işlemler”in, kişinin “vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi”ne “yahut kişinin ölümü”ne yol açabilmesi mümkündür. Ancak biz bunun nasıl olabileceğini anlayamıyoruz. Nasıl olacak da bir idarî işlem bir kişinin “vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi”ne yol açacaktır? Nasıl olacak da bir idarî işlem bir “kişinin ölümü”ne yol açacaktır? Bu hükmü yazanların “idarî işlem”in ne olduğu bilmedikleri ortaya çıkmaktadır.

12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3’üncü maddesinde ve keza 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 55’nci maddesinde,

“her türlü idari ... işlemler..in yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi... yahut kişinin ölümü...”.

ifadesi geçmektedir. Kişinin “vücut bütünlüğünün tamamen yitirilmesi” ile “kişinin ölümü” kanun koyucuya göre farklı şeylerdir. Demek ki, bu hükmü yazanlara göre, bir insanın “ölmeden” “vücut bütünlüğünü tamamıyla yitirmesi” mümkündür. Galiba bu hükmü yazanlar vücut olmadan yaşayan insanların olduğunu fark etmiş ve onlara yönelik hüküm sevk etmiştir¹⁴.

¹⁴ Bu yöndeki eleştirilerimiz için bkz.: Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, “İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (Yeni HMK m.3 ve Yeni TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, Terazi, Yıl 6, Sayı 63, Kasım 2011, s.36-71.

Yukarıdaki iki örnek, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu gibi ülkenin en temel kanunlarını en ehliyetsiz kişilerin hazırlayıp kabul ettiğini gösteren üzücü örneklerdir.

Örnek 4.- 10 Aralık 2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda ve 3 Aralık 2010 tarih ve 6085 sayılı yeni Sayıştay Kanununda başta "genel idare", "merkezî idare", "kamu idareleri" terimleri olmak üzere bazı idare hukuku terimleri yanlış bir şekilde kullanılmaktadır. Bu konuda bir inceleme ve eleştiri makalesi için yakında *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*'nde yayımlanacak olan makalemize bakılabilir¹⁵.

Bu örnekler bize kanun ve kanun hükmünde kararname metinlerini hazırlayan kişilerin ehliyetsiz kişiler olduğunu düşündürmektedir. Eğer bu kişiler, ehliyetsiz değillerse, "komşu kızına mektup yazma"¹⁶ rahatlığıyla kanun ve kanun hükmünde kararname yazmaktadırlar. Her iki ihtimal de, hukuk kültürümüz açısından fevkalade üzücüdür.

KAYNAKLAR

Çal, Sedat, "İdare Hukukunda Bilimsel Yaklaşım Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2011, Sayı 92.

Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Kitabevi, 11. Baskı, 2011.

¹⁵ Kemal Gözler, "5018 Ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine (5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve 6085 Sayılı Yeni Sayıştay Kanununda Kullanılan 'Genel Yönetim', 'Merkezî Yönetim', 'Kamu İdareleri' Terimleri Hakkında Bir Eleştiri)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2011, Cilt 60, Sayı 4, (Yayımlanacak).

¹⁶ Bu ifade Sedat Çal'ın not ettiği gibi "Özal iktidarı döneminde 'yasaların özensizce hazırlanması nedeniyle hukuksal yönden ciddi sorunlar içerdiği' iddialarına işaretlerle, dönemin siyasal muhalefetince yöneltilen yoğun eleştiriler bağlamında dile getirilmekteydi" (Sedat Çal, "İdare Hukukunda Bilimsel Yaklaşım Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2011, Sayı 92, s.222).

Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, “İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (Yeni HMK m.3 ve Yeni TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, *Terazi*, Yıl 6, Sayı 63, Kasım 201.

Gözler, Kemal, “5018 Ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine (5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve 6085 Sayılı Yeni Sayıştay Kanununda Kullanılan ‘Genel Yönetim’, ‘Merkezî Yönetim’, ‘Kamu İdareleri’ Terimleri Hakkında Bir Eleştiri)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2011, Cilt 60, Sayı 4, (Yayınlanacak).

Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, 2011.

Turan, Mustafa, “Cumhuriyet Döneminde İki Deneme: Siyasi Müsteşarlıklar ve Müstakil Grup”, *A.K.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt I, Sayı 2 (Mayıs 1999) (<http://w3.gazi.edu.tr/web/mturan/word/ikideneme.doc>).

TUTUKLAMAYA İLİŞKİN TEMEL SORUNLAR VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN GÜNCEL KARARLARI ÇERÇEVESİNDE ADLİ KONTROL KONUSUNDA BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

ARREST AND JUDICIAL CONTROL IN TURKEY IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Sesim SOYER GÜLEÇ*

Özet: Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109 ve devamı maddelerinde, oranlılık ilkesinin bir yansıması olarak, adli kontrol koruma tedbirine yer verilmiştir. Adli kontrol, tutuklamaya göre kişi özgürlüğünü daha az kısıtlamakta ve sanık tutuklanmadan muhakemenin yapılabilmesini sağlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özgürlükler sınırlanırken gereken özenin gösterilmesine önem vermekte, bu çerçevede tutuklama tedbirine ancak zorunlu hallerde, son çare olarak başvurulması ve öncelikle daha az sınırlayıcı seçenekler üzerinde durulması gerektiğini vurgulamaktadır. Tutuklama yerine geçen seçeneklerin mahkeme tarafından değerlendirilmemiş olması, AİHM nezdinde AİHS m. 5/3 kapsamında ele alınmakta ve Sözleşmenin ihlali sayılmaktadır. Bu çalışmada, tutuklama ile ilişkili olarak adli kontrol koruma tedbiri, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı çerçevesinde incelenmiş, özellikle tedbirin tanımı, kapsamı, uygulanma koşulları, tedbire dâhil olan yükümlülükler, uygulamadan ve kanundan kaynaklanan temel sorunlar, içtihatlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Adli Kontrol, Tutuklama, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, İnsan Hakları, Ceza Muhakemesi, Koruma Tedbirleri

Abstract: The judicial control, which is included in the 109th and the following related articles of Turkish Criminal Procedure Code, is a reflection of the proportionality principle, because the judicial control puts less limitation on the personal freedom compared with the detention. As emphasized in decisions of the European Court of Human Rights, it is important to use due diligence while restricting freedom. In this context, detention should be referred as a last measure in cases of necessity. In this study the measure of the

¹ Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

detention and judicial control in Turkey, the concepts of detention and liberty and security of person is examined. Especially, the definition, content, conditions for the implementation, liabilities, basic problems in practice and the legal problems of the judicial control in Turkish Criminal Procedure Law are analyzed, according to the precedents. In addition, decisions of ECHR are also considered relating to aforementioned topics.

Keywords: Judicial Control, Arrest, Detention, Right to Liberty and Security, Human Rights, Criminal Procedure

I. Giriş

Kişi özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil eden tutuklama koruma tedbiri ile ilgili olarak geçmişten beri ülkemizde özellikle uygulamadan kaynaklanan önemli sorunlar bulunmaktadır. Tutukluluk kararları hususunda ölçülülük/oranlilik ilkesi noktasında yaşanan sıkıntılar, çoğu zaman adli kontrol uygulamasındaki problemlerin de kaynağını oluşturmaktadır. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi tarafından yayımlanan 10 Ağustos 2010 tarihli tutuklama raporu¹, tutuklama konusunda uygulamadan kaynaklanan sıkıntıları geniş bir perspektifle yansıtmaktadır. Raporda yer alan temel tespitler, adli kontrol uygulamasındaki aksaklıkları da ortaya koyar niteliktedir. Bu çalışmanın amacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği konusundaki tutumunu da dikkate alarak, uygulamadaki temel sorunları aktarmak ve CMK'nın konuya yaklaşımı hakkında değerlendirme ve önerilerde bulunmaktır.

Bilindiği gibi, tüm koruma tedbirleri kişi hak ve özgürlüklerini belli ölçüde sınırlandırır. Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, kişi hak ve özgürlüklerine yönelecek sınırlamanın oranlilik ilkesine uygun olması gerekir. Oranlilik ilkesinin sonucu olarak, temel hak ve özgürlüklere daha az bir müdahale içeren bir tedbirle aynı amaca ulaşılabilecek ise bu tedbirle yetinilmeli ve daha ağır bir tedbiri uygulamaktan kaçınılmalıdır. Failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bir denge kurulması, ceza muhakemesinde oranlilik ilkesinin bir gereğidir². CMK'nın 109 vd. maddelerinde, oran-

¹ <http://www.scribd.com/doc/36812727/Tutuklama-Raporu>

² Graf, "StPO § 116 Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls", in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, Rn 1. Bu ilke, AIHM'nin birçok kararına da konu olmaktadır. Örneğin, Aşıcı vd. -Türkiye Davasında (Başvuru no:17561/04) AIHM,

lılık ilkesinin bir yansıması olarak³, tutuklama yerine geçebilecek adli kontrol koruma tedbirine yer verilmiştir. Adli kontrol, tutuklamaya göre kişi özgürlüğünü daha az kısıtladığı ve sanık tutuklanmaksızın muhakemenin yapılabilmesini sağladığı için, CMK'da bu tedbire yer verilmesi son derece isabetli olmuştur. Böylelikle adli kontrol, ilgiliyi bütünüyle özgürlüğünden yoksun bırakmaksızın denetim altında tutmaya olanak sağlamasının yanı sıra, hâkimin tutuklama ile serbest bırakma arasında bir seçim yapmaya zorlanmaması amacına da hizmet eder⁴.

Adli kontrolün amacı, tutuklama koruma tedbirinin amacı ile paralellik göstermekte olup, *“şüpheli veya sanığın kaçmasını ve delilleri karartmasını önleyerek muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini sağlamak ve muhakeme sonunda verilecek kararın infazını mümkün kılmak”*tır. Adli kontrol, şartları gerçekleştiğinde, tutuklamaya alternatif olarak sunulan bir tedbir olması özelliği ile tutuklamaya ancak istisnai hallerde başvurulması kuralının işlerlik kazanmasına katkıda bulunmaktadır⁵. Böylece adli kontrol, *“hem soruşturma, hem de kovuşturma evrele-*

Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararının gerekçelerinde AİHS'nin 11. maddesine atıfta bulunduğunu ve göstericilerin eyleme katılmalarının ve basın açıklaması yapmalarının demokratik bir eylemi teşkil ettiğini belirttiğini gözlemlemektedir. Dava koşulları ışığında, AİHM, güvenlik güçlerinin müdahalelerinin ve başvuranlar hakkında ceza davası açılmasının orantısız tedbirler olduğu kanaatindedir. Söz konusu tedbirler, AİHS'nin 11. maddesinin ikinci paragrafı uyarınca kamu düzeninin korunmasında gerekli tedbirleri oluşturmamaktadır (Ayrıca, Karatepe ve diğerleri-Türkiye, Başvuru Numaraları: 33112/04, 36110/04, 40190/04, 41469/04 ve 41471/04, 7 Nisan 2009 ve Serkan Yılmaz ve diğerleri-Türkiye, Başvuru No: 25499/04, 13 Ekim 2009).

³ Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Ekim 2010, No. 64.1; Koca Mahmut, Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının *“Adli Kontrol”* Tedbirinin Değerlendirilmesi, DEÜHFD, C. 5, 2003/2, 112 vd; 116 vd. Oranlilik ilkesi konusunda ayrıca bkz. Oğurlu Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s. 21.

⁴ Özbek, Veli Özer/Soyer, Sesim, CMK m. 109-115, in: CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005, s. 373; YILMAZ Zekeriya, Adli Kontrol, Ankara Barosu Dergisi, S. 2006/1, Y. 64, s. 35; İNCİ Z. Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 20; KAHRAMAN Mehmet, Koruma Tedbiri Olarak Adli Kontrol, (Yüksek Lisans Tezi), <http://www.belgeler.com/blg/16cb/koruma-tedbiri-olarak-adli-kontrol-judicial-supervision-as-a-means-of-custodial-precaution>, AÜSBE, Erzincan 2007, s. 9; ÖZEN Murat, Adli Kontrol, Adalet Dergisi, Y. 100, S. 32, Eylül 2008, s. 184-185.

⁵ ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM M. Ruhan/SIRMA Özge/SAYGILAR Yasemin/ ALAN/ Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi

rinde, tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, işlediği iddia olunan bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde ve hükmün infazında hazır bulunmasını ya da katılanın zarar ve masraflarının veya muhakeme giderlerinin onun tarafından karşılanmasını sağlamak amacıyla, belirli yükümlülükler altına alınarak adli makam ve mercilerin denetimi ve kontrolü altına sokulması” şeklinde tanımlanmaktadır⁶. Bu nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda adli kontrol kurumunun hem özgürlükçü, hem de kamu düzenini koruyucu özelliği bulunduğu söylenebilir⁷.

II. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve CMUK Tasarılarında Adli Kontrol

1412 Sayılı CMUK m. 104’te tutuklamanın haksızlığa sebep olabilecek olması durumunda başka bir yargılama önlemi ile amaca ulaşılabilecek ise tutuklamaya karar verilemeyeceği şeklinde bir hüküm yer almakla birlikte, tutuklama yerine uygulanabilecek tedbirlere kanunda yer verilmemişti. CMUK m. 117’de düzenlenen teminatla salıverme ise bağımsız bir koruma tedbiri olarak değil, tutuklama kararından sonra verilen ve tedbirin infazını geri bırakan bir kurum olarak yer almaktaydı. Öte yandan, yurt dışına çıkarmama tedbiri, tutuklama yerine uygulanabilecek bir tedbir olarak Pasaport Kanunu’nda düzenlenmekteydi. Hemen belirtelim ki, 3842 Sayılı Kanunla CMUK’ta bazı değişiklikler yapılmıştı. CMUK m. 104’ü değiştiren 4. maddenin gerekçesinde de, tutuklamanın ancak zorunlu hallerde başvurulabilen bir koruma tedbiri olduğu, yargılamanın tutuksuz yapılmasının asıl olduğu, bu sebeple yapılan değişiklikle, geniş yorumla müsait bazı hallerin tutuklama sebepleri arasından çıkartıldığı, basit suçlarda, tutuklamaya engel olacak bazı hükümlere yer verildiği, tutuklamanın isnat edi-

Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2010, s. 440. CMK’daki düzenleniş biçimi itibariyle adli kontrol bazı durumlarda tutuklamaya seçenек bir koruma tedbiri iken, bazı durumlarda ise, tutuklamadan tamamen bağımsız bir tedbirdir. İleride de belirtileceği gibi, adli kontrol, CMK m. 109/2 ve 109/7’deki durumlar dışında tutuklamaya seçenек bir tedbirdir.

⁶ HACIOĞLU Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenек Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, Y. 2005, Erzincan 2005, s. 171.

⁷ ŞENTUNA M. Tarık, Teori ve Uygulama Işığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama ve Adli Kontrol, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 123; ÖZEN, s. 167.

len suçla orantılı olması gerektiği, bu itibarla, teminatla salıverme veya yurt dışına çıkma yasağı gibi, daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşılabilecekse tutuklama yoluna gidilmemesi gerektiği önemle vurgulanmıştır. Hükümet gerekçesinde de, bunun insan haklarına saygının bir gereği olduğu dile getirilmiştir. 3842 Sayılı Kanun'da, her ne kadar oranlılık ilkesi vurgulanmışsa da, az önce belirttiğimiz gibi, tutuklama yerine geçecek tedbirler düzenlenmediğinden, yalnızca yurt dışına çıkma yasağı ve kefaletle salıverme önlemlerine başvurulabiliyordu. 3842 Sayılı Kanun değişikliği ile Avrupa Konseyi'nin 1965 tarihli tavsiye kararının ve bu kararda öneri olarak sunulan, *"ikametgâhta gözetleme, hâkim izni olmadan belli yerleri terk edememe, belli makamlar önüne düzenli olarak çıkma, pasaport ve diğer kimlik belgelerinin geri alınması, teminat isteme..."* gibi tedbirlerin kanunlaştırılarak uygulanması amaçlanmışsa da, adli kontrol tedbirlerine Kanunda yer verilmemiştir. Ceza İnfaz Kanununda bazı müesseseler yer almakta ise de alt yapıları bulunmadığından bunlar uygulanamamıştır.

Daha önce, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in başkanlığını yaptığı komisyon tarafından hazırlanan CMUK tasarısında ise, sanık ve şüpheli hakları çerçevesinde birtakım yeni düzenlemeler yapılmış, bu düzenlemelerde adli kontrol kurumuna da yer verilmişti. Bu Tasarıda, şüphelinin, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, tutuklanmak yerine, sulh ceza hâkimi tarafından adli kontrol altına alınabileceği ve bu kişiye bir veya birden fazla kısıtlama getirilebileceği düzenlemişti. Söz konusu tasarıda bu kısıtlamalar, *"hâkimin belirleyeceği alanın sınırları dışına çıkmamak, saptanan yerleşim yeri veya konuttan ancak hâkimin belirleyeceği neden ve koşullarla ayrılabilme, hâkim tarafından belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek, belirlenen sınırlar dışına her çıkışta cumhuriyet savcısı veya hâkime haber vermek, hâkim tarafından belirlenen servis veya mercilere belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak, hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarını veya gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam hususlarındaki kontrol tedbirlerine uymak, cumhuriyet savcılığı kalemine veya kolluğa kimliğini teslim etmek, her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanmamak ve gerektiğinde kaleme araç kullanma ehliyetini vermek, cumhuriyet savcısında belirtilen ve sulh ceza hâkimince onaylanan emre göre bazı kişileri kabul veya onları ziyaret etmekten, onlarla her ne surette olursa olsun ilişki kurmaktan kaçınmak, özellikle uyuşturucu maddeden arınmak amacıyla hastanede yatmak dâhil, tıbbi özen,*

tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek, şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak miktarı bir defada veya birden fazla taksitle bölünerek hâkim tarafından belirlenecek kefalet miktarını yatırmak, suç, mesleki ve sosyal nitelikteki uğraşlar nedeniyle veya bunların vesilesiyle işlendiğinde veya yeni bir suç işlenmesinden kuşku duyulduğunda, bu uğraşları yapmamak, karşılığı bloke edilmişler dışında çek keşide etmemek ve gerektiğinde kullanılması yasaklanan çek karnelerini kaleme vermek, silah buldurmamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları kaleme teslim etmek, cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı, suç mağdurunu, aynı veya şahsi güvenceye veya kefaletle bağlamak, aile yükümlülüklerini yerine getirdiğine ve adli kararlar üzerine ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek” şeklinde yer almaktaydı⁸. Tasarının 108. maddesinde 16 bent halinde öngörülen bu yükümlülükler, kaynak Fransız Ceza Usul Kanunu’nun 137-143. maddelerinde düzenlenen ve az önce yukarıda açıklanan “adli denetim” kurumunun aynısıydı⁹. Ancak bu Tasarıda, yükümlülüklerden hangilerine, hangi tutuklama nedeninin karşılığı olarak karar verileceği belirtilmemiştir. Çünkü Tasarı, her ne kadar adli kontrol altına almayı sanığın tutuklanması yerine geçen tedbirler olarak öngörmüşse de, bu kurumu tutuklama kararının infazını geri bıraktıran bir kurum olarak değil, başlı başına tutuklama yerine karar verilebilecek bağımsız bir kurum olarak düzenlemektedir. Ancak, sayılan yükümlülüklerden hangisine ya da hangilerine ka-

⁸ DÖNMEZER Sulhi, Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, s.20 vd. Tasarıda yer almasına rağmen Kanun metnine dahil edilmeyen yükümlülükler: “Cumhuriyet savcılığı kalemine veya kolluğa kimliği belirten bir belgeyi, özellikle nüfus cüzdanı veya pasaportu, kimliğini belirtmeyi sağlayacak nitelikte bir makbuz karşılığında teslim etmek, Cumhuriyet savcısınca belirtilen ve sulh ceza hakimince onaylanan emre göre bazı kişileri kabul ve onları ziyaret etmekten, onlarla her ne suretle olursa olsun ilişki kurmaktan kaçınmak, suç, mesleki veya sosyal nitelikte uğraşlar nedeniyle veya bunlar vesilesiyle işlendiğinde veya yeni bir suçun işlenmesinden kuşku duyulduğunda bu uğraşları yapmamak ve karşılığı bloke edilmişler dışında, çek keşide edememek ve gerektiğinde kullanılması yasaklanmış çek defterlerini aldığı bankalara geri vermek”tir. Tutuklama yerine geçecek bu önlemlerle ilgili olarak ayrıca, TUNÇ Mehmet, “Adli Denetim, Tutuklamayı Önleyici ve Giderici Tedbirler”, Adalet Dergisi, Y. 92, S. 6, Ankara, 2001, s. 146 vd.

⁹ Bkz. MERLE Roger/VITU André, Traité de Droit Criminel, Tome II, Procédure pénale, Troisième édition, Paris 1979, no. 1184 vd; STEFANI Gaston/LEVASSEUR Georges/BOULOC Bernard, Procédure pénale, Treizième édition, Paris 1987, no. 560; LARGUIER Jean, Procédure Pénale, 15. Édition, Paris 1995, s. 116. Ayrıca bkz. ÇOLAK Haluk, Fransız Hukukunda Adli Kontrol, Adalet Dergisi, Y. 93. S. 10, Ocak 2002, s. 7 vd.

rar verileceği belirlenirken, yine Tasarı'nın 115. maddesinde belirtilen tutuklama nedenlerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Buna göre, sanık hangi nedenle tutuklanacaksa, bu sebebi ortadan kaldırması muhtemel bir veya birkaç adli kontrol yükümüne tabi tutulması gerekiyordu. Örneğin, memur olan bir sanığın memuriyetine ilişkin bir suçundan dolayı görevi başında bulunması delilleri karartma tehlikesi doğuracaksa, memur sanık tutuklanmaksızın, 108. maddenin 12. bendinde belirtilen "*işten el çektirme*" tedbirine karar verilebileceği düzenlenmiş, böylece tutuklama sebeplerinin öngörülen bu yükümlülüklerle ortadan kaldırılması amaçlanmıştı. Tasarı'ya göre, sanığın adli kontrol altına alınabilmesi için, tutuklamanın koşullarının olay bakımından gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu durumda, sanık hakkında kuvvetli suç işleme şüphesi ve tutuklama sebeplerinden birinin gerçekleşeceğini gösteren somut olguların bulunması zorunlu idi. Tasarı'nın 111. maddesinde, adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen sanık hakkında yetkili merciin hemen tutuklama müzakeresi kesebileceği şeklinde bir hüküm yer alıyordu. Tasarı'nın 115. maddesinde düzenlenen tutuklama nedenlerinden birisi de, sanığın adli kontrol altına alma kararı ile öngörülen yükümlerden bilerek kaçmasıydı (m.115/1, b. 9).

2002 tarihli CMUK Tasarısı'nda adli kontrol (m. 112), tutuklama kararı verilebilecek bütün suçlarda tutuklamaya seçenек bir tedbir olarak yer almaktayken, CMK'da yalnızca üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilecek bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hükümle, adli kontrolün uygulama alanını daraltılmıştır. Öte yandan, 2002 CMUK Hükümet Tasarısında, hâkimin belirleyeceği çevrenin sınırları dışına çıkmamak, saptanan yerleşim yeri veya konuttan ancak hâkimin belirleyeceği neden ve koşullarla ayrılabilmek, hâkim tarafından belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek, belirlenen sınırlar dışına her çıkışta C. savcısına veya hâkime haber vermek tedbirlerine yer verilmişti. Bu Tasarıda, yurt dışına çıkarmama, adli kontrol kapsamında yer alan yükümlülüklerden biri değildi¹⁰. Bununla birlikte Tasarıda on altı ayrı yükümlülük yer aldığı halde, CMK'da bunlar dokuza indirilmiştir.

¹⁰ ÖZBEK/SOYER, CMK İzmir Şerhi, s. 373-375.

CMUK Tasarısında koruma tedbirlerinin düzenlendiği dördüncü kısmın üçüncü bölümünde adli kontrol, tutuklamadan önceki bölümde düzenlenmiştir. Bu durum tutuklamadan önce adli kontrole gidileceği izlenimini vermesi yönünden genellikle olumlu karşılanmıştır¹¹. Buna karşılık, 5271 Sayılı Kanunda adli kontrol, tutuklamaya ilişkin hükümlerden sonra düzenlenmiş bulunmaktadır.

III. Karşılaştırmalı Hukukta Adli Kontrole İlişkin Düzenlemeler

Avrupa Konseyi, 09.04.1965 tarihli kararında tutuklama konusunda tavsiyelerde bulunurken, bu tedbire alternatif olarak başvurulabilecek tedbirleri de saymıştır: *“Sanığın ikametgâhında gözetlenmesi, hâkim izni olmadan belli bir yeri terk edememesi, belli makamlar önüne düzenli olarak çıkması, sanığa ait pasaport ve diğer kimlik belgelerinin geri alınması, sanıktan teminat istenmesi gibi...”* Ancak Türkiye, bu tavsiye kararına uymak üzere 3842 sayılı Kanunla değişiklik yapmışsa da, bu değişiklikte adli kontrol tedbirine ilişkin bir hüküm yer almamıştır.

Adli kontrole ilişkin tedbirler, Avrupa Konseyi'ne üye çeşitli ülkelerde uygulanmaktadır. Bu tedbirler, ikamet yerinden uzaklaşmama sözü verme, soruşturmayı engellememe sözü verme, ikamet yasağı (sanığın belli bir yerde ikamet edememesi ve hâkimin izni olmadıkça oraya gidememesi), ikamet mecburiyeti (mahkeme izni olmaksızın sanığın ikamet ettiği yerden ayrılamaması (burada mahkemenin sanıktan, zorunlu kontrol için bulunacağı yerleri ve saatleri bildirmesini istemesi mümkündür), adli polise başvurma yükümlülüğü (sanığın işi ve oturduğu yer dikkate alınarak, mahkemenin önceden belirlenen polis merkezine sanığın başvuracağı gün ve saatleri belirlemesi), ev hapsi (sanığın kendi evinden uzaklaşmaması (ancak mahkemenin bu tedbir çerçevesinde, sanığın geçimini sağlamak üzere çalışması ve gün içinde asgari ihtiyaçlarını gidermesi için bir süre uzaklaşma izni verebilmesi mümkündür), kimlik ve seyahat belgelerini teslim etme, yurtdışına çıkma yasağı, belirli şahıslarla görüşme yasağı... olarak sayılabilir.

Fransa'da 17 Temmuz 1970 tarihli kanunla getirilen bu kurumun kişi haklarının korunmasını sağlamasının yanında, sanığı birtakım yükümlülüklerle tabi tutarak onun denetim altına alınması bakımından sosyal bir

¹¹ Örneğin, TUNÇ, s. 138.

koruma fonksiyonuna da sahip olduğu kabul edilmektedir. Fransa'da söz konusu tedbirin uygulanması için sanığın işlemiş olduğu suçun hapis cezasını gerektirmesi ve hâkim kararı gerekir. Bu karar üzerine, sanığın yanında öngörülen (Fransız Ceza Usul Kanunu m. 138) yükümlülüklerden bir veya birden fazlasına tabi tutulması mümkündür. Ancak her halde bu kararın ölçülülük ilkesi gereğince gerekli ve orantılı olması gerekir. Sanığa yüklenen bu yükümlülükler, gerektiğinde her zaman değiştirilebilir. Bu yükümlülüklere yenileri eklenebileceği gibi, bunların tamamının ya da bir kısmının kaldırılmasına da karar verilebilir. Öte yandan, tedbirlerin bünyelerine uygun düştüğü ölçüde tüzel kişilere de uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin, teminat/garanti vermek, çek keşide etmekten yasaklılık, mesleki yasaklılıklar gibi... Sanık hâkim tarafından hükmedilen yükümlülüğün ya da tedbirin yerine getirilmesinden bilerek kaçınacak olursa, tutuklama emri çıkartılabilir. Sorgu hâkimi, her zaman adli kontrol uygulamasının kaldırılmasına karar verebilir¹².

Adli kontrol kapsamındaki yükümlülükler, Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 138. maddesinde yer almaktadır. Bu yükümlülükler yapma şeklinde olumlu bir davranış olabileceği gibi, yapmama şeklinde olumsuz bir davranış da olabilir. Buna göre¹³:

- 1) Belirli bir bölgeden ayrılmamak, örneğin, vatandaşı olduğu ülkeyi terk edememek.
- 2) İkametgâhından ya da hâkim tarafından belirlenecek belli bir yerden ayrılmamak.
- 3) Belirli yerlere gidememe, ya da sadece hâkimce belirlenecek yerlere gidebilmek.
- 4) Belirlenen yerlerden her ayrılıştta derhal hâkime haber vermek.
- 5) Düzenli olarak hâkim tarafından belirlenen servis yahut mercilere başvurmak.
- 6) Hâkim tarafından belirlenen merci veya kişilerin çağrılarına veya gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam hususlarındaki kontrol tedbirlerine uymak.

¹² MERLE/VITU, no. 1183 vd; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, no. 559; LARGUIER, s. 115. Adli kontrol tedbirinde yer alan yükümlülüklerin koşullu tecil rejimini çağrıştırdığı yönünde bkz. ÇOLAK, s. 8.

¹³ LARGUIER, s. 116; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, no. 560; MERLE/VITU, no. 1184 vd.

- 7) Tüm kimliklerini yetkili mercilere teslim etmek.
- 8) Belirli taşıt araçlarının kullanmamak, sürücü belgesini geri vermek (yalnızca mesleki uğraşı bakımından gerektiği zaman).
- 9) Bazı kimselerle görüşmemek, bu kişileri kabul ya da ziyaret edememek.
- 10) Belirli bir tedavi ya da bakıma zorunlu olarak tabi tutulmak.
- 11) Teminat/kefalet yatırmak (nakit ya da çekle).
- 12) Belirli mesleki ya da sosyal aktiviteleri gerçekleştirmemek.
- 13) Belirli türden çek keşide edememek.
- 14) Silah bulunduramamak.
- 15) Mağdurun zararını karşılamak üzere garanti vermek.
- 16) Ailevi yükümlülükleri gereği düzenli olarak nafaka ödeyeceğine dair güvence vermek.

Alman Ceza Usul Kanunu (StPO) §112/1’de tutuklamada oranlılık ilkesi¹⁴, §116’da ise tutuklama yerine geçebilecek koruma tedbirleri düzenlenmiştir¹⁵. Hâkim, kaçma şüphesi gerekçesiyle verdiği tutuklama kararının infazını:

- 1) Belli zamanlarda hâkime, kovuşturma organına veya bunlar tarafından belirlenecek idari makamlara başvurma,
- 2) İkametgâhın ancak belirli kişinin izni ve gözetimi altında çıkabilme,
- 3) İkametgâhını yahut kaldığı yeri ya da belirli bir bölgeyi hâkim veya kovuşturma organının izni olmadan terk edememe,
- 4) Sanık veya bir başkası tarafından uygun bir teminat yatırılması suretiyle geri bırakabilir. Böylelikle Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre, tutuklama ile elde edilecek amaca ulaşabilme olanağı olduğu takdirde anılan tedbirlere başvurulabilmektedir.

¹⁴ Roxin, §30, 184 vd; VOLK, §10,12; Beulke, §11, 216; Amelung/Bemmann/Grünwald/Hassemer/Krauss/Lüderssen/Naucke/Rudolphi/Schubarth/Welp, Die Untersuchungshaft, Gestezenwurf mit Begründung, Heidelberg 1983, §2, s. 49.

¹⁵ Bkz. Olg Hamm, Beschluß vom 19. 7. 1965- 2 HEs 21/65, NJW 1965, 1729; Olg Celle, Beschluß vom 24.9.1965-4 Ws 370/65. Ayrıca, Roxin, §30, 194 vd; Beulke, §11, 228; Amelung/Bemmann/Grünwald/Hassemer/Krauss/Lüderssen/Naucke/Rudolphi/Schubarth/Welp, §8, s. 73-77.

Daha hafif tedbirlerin delilleri karartma tehlikesini önemli ölçüde azaltması kuvvetle muhtemel ise hâkimin delilleri karartma tehlikesi nedeniyle hükmedilmiş bulunan kararın infazını da geri bırakabilmesi mümkündür (§116/2). Bu çerçevede, sanığın diğer sanıklarla, tanık ve bilirkişilerle ilişki kurma yasağı söz konusudur. Hâkim, sanığın öngörülen yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, kendisine usulüne uygun olarak gönderilen davetiyenin varlığına rağmen, geçerli bir özrü bulunmaksızın hazır bulunmaması ya da tutuklamayı gerektiren yeni koşulların ortaya çıkması hallerinde tutuklama kararı verir. Belirtmek gerekir ki, §116'da sayılan tedbirler, yalnızca kaçma şüphesinin varlığı durumunda değil, tüm tutuklama sebeplerinin varlığı halinde ve aynı zamanda kovuşturma evresinde özgürlüğün kısıtlanması hallerinde geçerlidir. Ayrıca katalogda sayılanların dışında başkaca tedbirlere de hâkim tarafından hükmedilebilir. Örneğin, kimlik kartının yetkili makamlara teslimi (bu tedbir, pasaport teslimi şeklinde, gerek vatandaş, gerekse yabancılar hakkında da uygulanabilir), sosyal içerikli yükümlülüklerin öngörülmesi gibi¹⁶.

Öte yandan, *Jugendgerichtsgesetz*¹⁷ (JGG) §72/1'de yer verilen hükümler, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §116'yı karşılamaktadır. JGG §72/1, tutuklamada oranlılık ilkesini açıkça vurgulamakta, tutuklamanın "*son çare*" olma özelliğini ve "*ikincilliğini*" ortaya koymaktadır. Bu hükümler doğrultusunda çocuklar bakımından özel tedbirlerin uygulanabilmesi söz konusudur. Kanunda, 16 yaşını doldurmamış küçükler bakımından, kaçma şüphesinden dolayı tutuklamanın icrası ancak yargılama devam ederken kaçması, yetkililerce kaçarken yakalanması veya oturduğu yerin yahut ikametgâhının belli olmaması hallerine mahsus olmak üzere sınırlandırılmıştır. Bu durumlarda yargılamanın ivedilikle icra edilmesi şarttır. Bu hükümlerle kanun koyucu, ceza politikasının bir gereği olarak tutuklamanın icrasını daraltmayı hedeflemektedir¹⁸.

¹⁶ GRAF, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, Rn. 2; DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, *Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls, Gesamtes Strafrecht*, 2. Auflage, 2011, Rn. 1-3; PFEIFFER, *StPO §116, Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls Strafprozeßordnung*, 5. Auflage 2005, Rn 1-10.

¹⁷ Alman Çocuk Mahkemeleri Kanunu.

¹⁸ GRAF, *Karlsruher Kommentar zur StPO*, Rn. 1.

İtalyan ceza muhakemesi hukukunda ise tutuklama yerine uygulanabilecek çeşitli tedbirler, yurt dışına çıkma yasağı, adli polise başvurma yükümlülüğü, ikamet yasağı, ikamet mecburiyeti ve ev hapsi şeklinde öngörülmüştür (m. 280 vd).

Avusturya ceza muhakemesi hukukunda da tutuklamanın amacına ulaşılabilecek alternatif tedbirlere yer verilmiştir (m. 180/5). Bu tedbirler, kaçmama sözü verme, belirli bir yerden hâkimin izni olmaksızın uzaklaşmama, belirli bir yerde ikamet etme, belli bir yer ya da kişiden kaçınma, alkol almama, çalışma, belli mercilere başvurma, seyahat belgelerini ya da ehliyeti geçici olarak teslim etme, teminat verme, gözetim yardımcısı kabul etme gibi yükümlülüklerdir.

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda önce tutuklama kararı verilip, daha sonra daha hafif bir tedbir uygulanarak tutuklamanın infazının ertelenmesi sistemi tercih edilirken, İtalya, Fransa ve Avusturya'da tutuklama kararı yerine tedbir kararı verilmesi şeklinde bir sistem benimsenmektedir¹⁹.

IV. Adli Kontrolün Şartları ve Adli Kontrole İlişkin Yükümlülüklerin Kapsamı-AİHM Kararları ve Uygulamadaki Problemler Üzerine Değerlendirmeler

1) Adli Kontrolün Şartları:

a) Tutuklama Şartlarının Gerçekleşmiş Olması

Tutuklama şartları gerçekleşmedikçe adli kontrole başvurulamaz. Adli kontrol uygulanabilmesi için, tutuklama sebeplerinin bulunması (CMK md. 109/1) ve adli kontrol uygulanarak, tutuklama koruma tedbiri ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılabilme imkânının bulunması (CMK md. 101/1) gerekir²⁰. Bu itibarla CMK m. 100'de bahsedilen kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular da tutuklama sebepleri içerisinde değerlendirilmelidir²¹.

¹⁹ ÖZBEK/SOYER, CMK İzmir Şerhi, s. 377-378; CENTEL/ZAFER, s. 368.

²⁰ FEYZİOĞLU Metin, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler, <http://www.law.ankara.edu.tr/yazicidostu.php?yad=1340>, Erişim Tarihi: 15.06.2005, s. 1 vd.

²¹ FEYZİOĞLU 1 vd. Bu konuda ayrıca GRAF, Karlsruhe Kommentar zur StPO, Rn. 3'e bakılabilir. Tutuklama kararı verilebilen her durumda ve bu arada delilleri karartma tehlikesi söz konusu olduğunda, adli kontrole karar verilebilmesinin

AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği ve tutuklamanın yasal koşullarının gerçekleşmediğini tespit eden önemli kararlar bulunmaktadır. Örneğin, 13 Temmuz 2010 tarihli Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye davasında (*Başvuru no. 6909/08, 12792/08 ve 28960/08*) başvuran, tutukluluğunun yeterli yasal dayanağı bulunmadığını ifade etmiştir. AİHM, aynı mağduriyeti *Abdolkhani ve Karimnia* (no. 30471/08) kararında incelediğini hatırlatmış, söz konusu davada başvuranların Kırklareli Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezi'ne konulmasının özgürlükten yoksun bırakma teşkil ettiğini tespit etmiş ve sınırdışı amacıyla tutukluluk kararı verme, tutukluluk süresini uzatma ve bu tür bir tutukluluk için süre konulmasına ilişkin usulü belirleyen açık yasal hükümler bulunmaması nedeniyle, başvuranların maruz kaldığı özgürlükten yoksun bırakmanın AİHS'nin 5. maddesinin amaçları bağlamında "yasal" olmadığına karar vermiştir²².

b) Suçun Üst Sınırının Üç Yıl Veya Daha Az Hapis Cezasının Gerektirmesi

CMK, adli kontrolün uygulanabilmesi için, soruşturma veya kovuşturmanın konusunu teşkil eden suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırının üç yıl veya daha az olmasını öngörmüştür (md. 109/1). Bu durumda, kural olarak, üst sınırın üç yıldan fazla olduğu hallerde hâkimin adli kontrol hükümlerini uygulayabilmesi mümkün değildir²³. Ancak adli kontrolün tutuklamaya tam bir alternatif oluşturma-

yerinde olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 440.

²² Benzer kararlara örnek olarak, Charahili K. (13.04.2010-46605-07) ve ayrıca D.B.-Türkiye Davası (Başvuru no: 33526/08-13 Temmuz 2010) verilebilir.

²³ Yargıtay'ın bir kararına göre, "...Tutuklama istemine konu suçun cezasının üst sınırının üç yıldan fazla olması nedeniyle adli kontrol kararı yasaya aykırıdır... Adli kontrol kurumunu düzenleyen 5271 Sayılı CMK'nun 109. maddesinin 1. fıkrasının "100 maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir" hükmü ile 4. fıkrasındaki "şüphelinin, üçüncü fıkranın (a) ve (f) bentlerinde yazılı yükümlülüklere tabi tutulması bakımından, birinci fıkrada belirtilen süre sınırı dikkate alınmaz" hükmü karşısında, tutuklama istemine konu suçun cezasının üst sınırının üç yıldan fazla olması nedeniyle, anılan adli kontrol kararı yasaya aykırı olup, itirazın bu nedenle kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetlidir... Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığının 14.05.2008 gün ve 2008/1042 değişik iş sayılı kararının CMK.nun 309. maddesi uyarınca bozulmasına...05.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi". Y. 11. CD, E. 2008/13063, K. 2009/6948, T. 5.6.2009, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 20.09.2011.

sı amaçlanıyorsa, bu hüküm eleştirilebilir²⁴. Belirtelim ki, 5271 Sayılı CMK'nın 109. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali talep edilmişse de Anayasa Mahkemesi bu ibarenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın red-dine oybirliğiyle karar vermiştir²⁵.

CMK'nın 109. maddesine 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'la eklenen 7. fıkarda ise kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında birinci fıkradaki süre koşulu aranmaksızın adli kontrole ilişkin hükümlerin uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu durumda da elbette adli kontrolün uygulanabilmesi için tutuklama şartlarının bulunması gerekir. Bu hüküm, üç yıllık süre sınırına bağlı olmaksızın, tutuklamanın mümkün olduğu tüm suçlar bakımından uygulanabilir²⁶. Yine, 25.5.2005 tarihli ve 5353 Sayılı Kanunla 109. maddeye eklenen 4. fıkraya göre de, şüphelinin (a) ve (f) bentlerinde belirtilen yükümlülüklerle tabi tutulması bakımından birinci fıkradaki süre sınırı dikkate alınmayacaktır.

Önemli bir husus, CMK m. 109/2'ye göre, tutuklama yasağı olan hallerde dahi adli kontrol tedbirinin uygulanmasının mümkün olmasıdır²⁷. CMK m. 112'de ise, adli kontrol tedbiri kapsamında tabi olunan yükümlülüklerin bilerek yerine getirilmemesi halinde hükmedilecek hapis cezasının süresine bakılmaksızın tutuklama kararının verilebi-

²⁴ FEYZİOĞLU 1 vd; ÖZBEK/SOYER, s. 378; ÖZBEK V. Özer/KANBUR Nihat/DOĞAN Koray/BACAĞIZ Pınar/TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 291. Aynı yönde bkz, ÖZGÜVEN Duygu, Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Adli Kontrol, TBBD, Y. 22, S. 81, Ankara Mart-Nisan 2009, s. 318; BİNİCİ Hüsamettin, Tutuklamaya Alternatif Olarak Adli Kontrol Kurumu, Adalet Dergisi S. 29, Eylül 2007, s. 234; KARAKURT Ahu, Adli Kontrol Koruma Tedbiri, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_374.htm, Erişim Tarihi: 01.09.2011, s. 11.

²⁵ AYM, E. 2008/70, K. 2010/21, T. 28.1.2010, RG. 28 Nisan 2010, S. 27565. Nitekim 2002 Tasarısında üç yıllık sınıra yer verilmiş değildi.

²⁶ Bu konuda bkz. ÖZBEK V. Özer/DOĞAN Koray, Ceza Muhakemesi Kanununda 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, CHD, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 234. Bununla birlikte, bu düzenlemenin yargılamanın uzaması durumunda kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasının devam etmesi sakıncasını doğurabileceği yönünde bkz. ÖZGÜVEN, s. 328.

²⁷ Çocuk Koruma Kanununda yer alan tutuklama yasağını içeren 21. madde hükmünün mutlak olduğu ve yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda ilgilinin tutuklanmasına imkân bulunmayacağı yönünde bkz. BİNİCİ, s. 241.

leceği öngörülmektedir. Bu iki hükmün çelişkili olduğu söylenebilir²⁸. Çünkü kanunda hapis cezasının üst sınırına göre bazı suçlar bakımından önce tutuklamanın haksızlığa neden olacağını kabul edilirken, 112. madde ile bu suçlar bakımından tutuklama kararı verilebilmesini mümkün hale getirilmiştir. Adli kontrolün tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale içermesi, bu eleştiriyi bir ölçüde bertaraf edebilir görünse de, bu yönüyle hüküm tartışma yaratmaya açıktır. Buna karşılık 112. maddede *“hükmedilebilecek hapis cezasının sınırı ne olursa olsun”* denildiğinden, sadece adli para cezasını gerektiren bir suç sebebiyle adli kontrol hükümleri uygulanmış ve sanık/şüpheli belirlenen yükümlülüğü isteyerek yerine getirmemişse, kişi hakkında tutuklama kararı verilemeyecektir. Bu zorunluluk, 112. maddede, yükümlülüğe uymama sebebiyle tutuklama kararı verilebilmesi için, verilebilecek cezanın hapis cezası olmasının şart koşulmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda, kanunda bu konuya ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmadığından 110. maddenin 2. fıkrası uyarınca işlem yapılabilir. Buna göre; *“Hâkim, Cumhuriyet savcısının istemiyle, adli kontrol uygulamasında şüpheliyi bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyabilir; kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir veya şüpheliyi bunlardan bazalarına uymaktan geçici olarak muaf tutabilir.”* Ancak şüphelinin bu hüküm uyarınca değiştirilen yükümlülüklerle de uymaması durumunda yapılabilecek başka bir şey kalmamaktadır²⁹.

c) Oranlılık İlkesinin Gerçekleşmiş Olması Koşulu

Adli kontrole karar verme konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. CMK m. 109’da yer alan tutuklama yerine adli kontrol uygulanmasına karar verilebileceği şeklindeki ifadeden, tüm koruma tedbirlerinde olması gerektiği gibi, adli kontrole de oranlılık ilkesine

²⁸ ÖZBEK/SOYER, CMK İzmir Şerhi, s. 386. Aynı yönde, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 292, 297. Böylece hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlar için öngörülen tutuklama yasağının etkisiz hale getirildiği hususunda, CENTEL/ZAFER, s. 371. Yapılacak bir değişiklik ile adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında tutuklama yasağı öngörülen haller dışında, yetkili yargı merciince tutuklama kararının verilebileceği yönündeki görüş için bkz. ÖZEN, s. 181-182.

²⁹ DARENDE Yeliz, Yeni CMK’da Adli Kontrol ve Tutuklama, http://www.turk-hukuk sitesi.com/makale_176.htm, Erişim Tarihi: 9.9.2011, s. 4.

uyulmak suretiyle hükmedilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla koruma tedbirine başvurularak elde edilmesi beklenen yarar ile şüpheli ya da sanık açısından ortaya çıkacak zarar karşılaştırılarak, koruma tedbiri uygulanmasına gerek olup olmadığı tespit edilmedi. Koruma tedbirinin uygulanmasının gerekli olduğu sonucuna varıldığı takdirde de, hangi koruma tedbirinin en yararlı ve orantılı olacağına karar verilmelidir³⁰. Dolayısıyla adli kontrolün uygulanmasının gerçekten gerekli olup olmadığı, hâkim tarafından araştırıldıktan sonra, adli kontrol kararı verilmesi gerekli görülürse, yükümlülüklerden hangisinin amaca uygun ve yararlı olacağı tespit edilmelidir³¹.

Ne yazık ki, uygulamada tutuklamaya bir koruma tedbiri ya da önlem değil, adeta bir "ceza" gibi başvurulmaktadır³². Özellikle tutuklamada oranlılık ilkesine ilişkin özensiz değerlendirmeler, adli kontrol uygulamalarına da doğrudan doğruya olumsuz bir şekilde yansımaktadır. Oysa ki, Barolar Birliği'nin 2010 tarihli tutuklama raporunda da belirtildiği gibi³³, tutuklama nedenleri ve tutuklamaya ilişkin usul hükümleri CMK'da, oldukça açık ve ayrıntılı biçimde gösterilmiştir. Kanunda belirtilen tutuklama nedenlerinin geniş ve özensiz biçimde yorumlanması ile tutuklama kararının ve tutukluluğun devamı kararlarının kolayca verilmesi ve uzayıp giden tutukluluk süreleri³⁴, peşinen verilmiş bir ceza gibi sonuç doğurmaktadır. Bu durum, kamu vicdanında tepki uyandırmakta; yargı düzenine güven ve saygı duygularını inciten noktalara varabilmektedir. Tüm bu sebeplerle istisna olması gereken tutukluluk, neredeyse kural haline gelmiş görünmektedir.

³⁰ HAKYEMEZ Yusuf, Şevki, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Doğum Günü Armağanı, C. 2, Beta, İstanbul 2001, s. 1311. vd.

³¹ KARAKURT, s. 4.

³² Bu yönde bkz. TEZCAN Durmuş/ERDEM M. Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı Ankara 2010, s. 176. Benzer yönde ayrıca, ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 428.

³³ Bkz. <http://www.scribd.com/doc/36812727/Tutuklama-Raporu>.

³⁴ "...Yasanın 104. maddesinin 3. fıkrasında Yargıtay'ın tutukluluğun devam edip etmeyeceği yönündeki kararının, yalnızca tutuklama sebeplerinin kalkmasına veya ilk derece mahkemesi aşamasında tutuklulukta geçecek azami sürenin dolması şartına bağlanmaması, kanunlarda belirtilen tutukluluk süreleri dolmaları hakkında adli kontrole ilişkin hükümlerin uygulanabileceğine (109/7) ve adli kontrole ilişkin hükmün, kovuşturmanın her aşamasında, bu bağlamda Yargıtay tarafından tatbik edilebileceğine (110/3) ilişkin hükümler de temyiz incelemesi aşamasındaki sürelerin de Yasanın 102. maddesinde belirtilen azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında nazara alınması gerektiğini ortaya koymaktadır..." .YCGK, E. 2011/3-49, K. 2011/28.

AIHM de çeşitli güncel kararlarında bu problemi vurgulamaktadır. Örneğin, 26 Ocak 2010 tarihli Abdo/Türkiye davasında (Başvuru no: 17681/04) AIHM, esas hâkimlerinin yeterli gerekçe sunmayan birbirine benzer ifadelerle ilgili şahsın tutukluluk halinin devamına karar verdiklerini gözlemlemiştir. Ayrıca, AIHM'nin yerleşik içtihadında (bkz. *Bulgaristan aleyhine Assenov ve diğerleri davası*, 28 Ekim 1998, prg. 154, *Derleme 1998-VIII, Türkiye aleyhine Mansur davası*, 8 Haziran 1995, prg. 52, seri A n° 319-B, *Türkiye aleyhine Ali Hıdır Polat davası*, n° 61446/00, prg. 26, 5 Nisan 2005, ve *Baltacı*, ilgili bölüm, prg. 48), kullanılan formüllerde dile getirilen unsurların, suçluluğun ciddi belirtilelerinin var olduğu ve var olmaya devam ettiği şeklinde değerlendirilse de, bu kadar uzun bir süre başvuranın tutuklu kalmaya devam etmesini tek başına haklı gösteremeyeceği sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak, başvuranın uzun tutukluluk süresini dikkate alan AIHM, mevcut davada AIHS'nin 5. maddesinin 3. paragrafının ihlal edildiğini kabul etmiştir. Yine örneğin, Demir ve İpek/Türkiye davasında (Başvuru no. 42138/07 ve 42143/07) hükümet, özellikle davanın karmaşıklığı, suçların ciddiyeti, sanık sayısı ve organize suçların da dahil olduğu davalarda delillerin toplanmasında karşılaşılan zorluklar göz önüne alındığında, başvuranların tutuklu yargılanma ve aleyhlerinde başlatılan cezai takibat sürelerinin makul olduğunu ileri sürmüş ise de, AIHM tutukluluğun ve ceza yargılamasının uzun sürdüğü davalarda sıklıkla AIHS'nin 5/3 ve 6/1 maddelerinin ihlal edildiğinin tespit edildiğini hatırlatarak, (bkz., örneğin, *Dereci/Türkiye*, no. 77845/01, 41. paragraf, 24 Mayıs 2005; *Tacıroğlu/Türkiye*, no. 25324/02, 24. paragraf, 2 Şubat 2006; *Çarkçı/Türkiye*, no. 7940/05, 21. paragraf, 26 Haziran 2007; *Hasan Döner/Türkiye*, no. 53546/99, 54. paragraf, 20 Kasım 2007; *Uysal ve Osal/Türkiye*, no. 1206/03, 33. paragraf, 13 Aralık 2007; *Can ve Gümüş/Türkiye*, no. 16777/06 ve 2090/07, 21. paragraf, 31 Mart 2009) Hükümet'in mevcut davalarda farklı sonuçlara varması için ikna edici delillerin ya da iddiaların öne sürülmediği sonucuna ulaşmış ve olayda AIHS'nin 5/3 ve 6/1 maddelerinin ihlal edildiğini bildirmiştir³⁵. Bununla birlik-

³⁵ Hükümetin benzer argümanlarla savunma yaptığı, ancak AIHM'nin aynı sonuca vardığı başka olaylar için ayrıca bkz. Ercan Kartal/Türkiye Davası, Başvuru No:41810/06 Ve 20871/07; Fetullah Akpolat /Türkiye Davası, Başvuru No: 22077/03; Sevim vd./Türkiye Davası: Başvuru No: 7540/07, 7859/07 ve 11979/07; Yeşilmen vd./Türkiye Davası: Başvuru No: 41481/05; Yeşilyurt/Türkiye Davası: Başvuru no. 15649/05)

te sayıca çok olmasa da AİHM'nin farklı sonuca vardığı kararları da mevcuttur³⁶.

“*Adli kontrol*”, tutuklamada oranlılık ilkesinin bir gereği olarak³⁷, hâkimi tutuklama ile serbest bırakma arasında bir seçime zorlamamak amacıyla getirilmiş çok yerinde bir müessesedir. Hâkim, ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmak suretiyle tutuklamadan önce, adli kontrol hükümlerini değerlendirmek zorundadır. Yapılacak bu değerlendirme neticesinde adli kontrol hükümlerinin uygulanması ile amaca ulaşılabilecek ise hangi gerekçe ile olursa olsun (kamu vicdanı, halkın adalet hislerinin tatmini, olası cezaya mahsuben peşin ceza, ibret, suçun yeniden işlenmesinin önlenmesi vs...) tutuklamada ısrar edilemez. Bu durum masumiyet karinesiyle de, oranlılık ilkesiyle de bağdaşmaz ve gerek ceza muhakemesi, gerekse insan hakları ilkelere tümüyle aykırıdır³⁸. İlgilinin bütünüyle özgürlüğünden yoksun

³⁶ 20 Mayıs 2010 tarihli Aytimur/Türkiye davasında (Başvuru no: 20259/06) genel yaklaşımının aksine AİHM, bu tutukluluk süresinin iç hukuka uygun gerçekleştiğine ve AİHS'nin 5/3 maddesinde öngörülen tutukluluk süresi sınırlarını aşmadığına itibar etmektedir (Bkz. Brogan vd.-Birleşik Krallık, 29 Kasım 1988). Özellikle Nusaybin Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yasadışı silahlı bir örgütün mensubu olmakla itham edilen başvuran hakkında ihzar müzakeresi çıkarıldığını göz önünde bulunduran AİHM yapılan bu işlemin «*gerekli*» olup olmadığı hususuna olumlu karşılık vermektedir (Daş-Türkiye no: 74411/01, 8 Kasım 2005) AİHM, (Bkz. Caner Canöz-Türkiye no: 28480/02, 5 Aralık 2006). AİHM başvuranın tutukluluk süresinin uzunluğunun yaklaşık dokuz ay olduğunu gözlemlemektedir. Bu süre boyunca iç hukuktaki mahkemeler başvuranın tutukluluk halini incelemiş ve özellikle işlenen suçun niteliğini ve kanıtların durumunu göz önünde bulundurarak tutukluluğun devamına karar vermiştir. Mevcut koşullarda AİHM, söz konusu tutukluluk süresinin uzunluğunun AİHS'nin 5/3 maddesi hükümlerine karşı bir ihlali oluşturmadığı kanısına varmaktadır. Benzer yönde Feti Ateş ve Diğerleri/Türkiye davasında (Başvuru no. 34759/04, 28588/05, 1016/06 ve 19280/06) AİHM, başvuranın itham edildiği suçun niteliği göz önüne alındığında, tutuklu bulunduğu sürenin makul olduğunu gözlemlemektedir. Ayrıca, başvuranın tutuklu yargılandığı sürenin yetkili makamların gerekli özeni göstermemesine atfedilebileceğini gösteren herhangi bir belge sunmamış ya da iddia öne sürmemiş olduğunu belirlemektedir (bkz. Kılıçöz/Türkiye, no. 26662/05, 14 Eylül 2010). Sonuç olarak, söz konusu şikayetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve AİHS'nin 35. maddesinin 3. ve 4. paragrafları uyarınca reddedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

³⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 428.

³⁸ Aynı yönde, TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 177. Ayrıca ülkemizde yaygın olarak yapıldığı gibi, yalnızca suçun ağırlığına dayalı olarak tutuklama kararı verilmesi AİHS'e aykırıdır. SÜRÜCÜ Sinan A., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye'de Tutuklama, Ankara 2010, s. 107. Bu yönde AİHM'in Mamedova/Rusya (1.6.2006) Eken/Türkiye (8.8.2006) kararları örnek olmuştur. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 178.

kalmadan denetim altına alınarak muhakemenin yapılmasına hizmet etmesi sebebiyle adli kontrole uygulamada işlerlik kazandırılması temel hak ve özgürlüklere önem veren çağdaş bir ceza muhakemesi sisteminin gereğidir.

Vurgulamaya çalıştığımız gibi, AİHM özgürlükler sınırlanırken gereken özenin gösterilmesine önem vermektedir³⁹. Bu çerçevede tutuklama tedbirine, zorunlu hallerde ve son çare olarak başvurulması ve öncelikle daha az sınırlayıcı seçenekler üzerinde durulmasının gerekliliğini vurgulamaktadır. Ayrıca tutuklama yerine geçen seçeneklerin (kefalet, zorunlu ikamet, ev hapsi, polis denetimi, pasaporta el koyma, teminatla salıverme yurt dışına çıkma yasağı vb.) değerlendirilmemiş olmasını, AİHS (m. 5/3) kapsamında ele almakta ve ihlal kararları vermektedir. Örneğin, Pantea/Romanya kararında (No: 33343/96, prg. 180), tutuklama kararı veren ulusal makam, başvurunun muhakemeden kaçındığını ve serbest kalmasının kamu düzeni için bir tehlike oluşturacağını belirtmiştir. Ancak üst mahkeme, başvurunun muhakemeden kaçmadığını, ulusal makamın bütün çağrılarına geldiğini ve koridorda bekletildiğini tespit ederek, olayda risk koşulu gerçekleşmediğinden, bu tutuklamanın iç hukuka aykırı olduğunu söylemiştir. İnsan Hakları Mahkemesi de iç hukuka aykırı olan bu tutuklamanın, Sözleşmeyi (m. 5/1) ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu anlayışa rağmen uygulamada bu hususa gereken önem ve-

³⁹ Hemen belirtelim ki, AİHM'e göre, örneğin, şartla salıverilen kişinin belli aralıklarla düzenli aralıklarla bilgi verme yükümlülüğü, yabancıların belirli bir bölgeye girmesinin yasaklanması, gece dışarı çıkma yasağı gibi işlemler, özgürlükten yoksun kılma sayılmaz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 178-180. Özgürlük olmadan güvenlik söz konusu olamayacağı gibi, güvenliğin bulunmadığı durumlarda özgürlüğün varlığından bahsedilebilmesi de mümkün değildir. Bu konuda ayrıca, DI FABIO Udo, Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, 421. TRÖNDLE Herbert, Freiheit, Sicherheit und Recht, Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, NJW 2007, s. 199. bunun göz önünde bulundurulmasının bir sonucu olarak AİHS m. 5 her iki kavramı da bir arada koruma altına almaktadır. SCHÄDLER, Karlsruhe Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, Rn 2. Kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili AİHS m. 5 konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. TEZCAN Durmuş /ERDEM M. Ruhan/SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s. 278 vd; KARAOSMANOĞLU Fatih, İnsan Hakları, Ankara 2011, s. 239 vd; VALERIUŞ, EMRK Art. 5, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, 15.04.2011, Edition: 10, Rn 1; SCHÄDLER, Rn 2. Kişi özgürlüğünün sınırlanması konusunda AİHM tarafından kabul edilen kriterler konusunda bkz. MEYER-LADEWIG Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage 2011, Rn 6-11.

rilmemektedir. Örneğin, adli kontrol kapsamında olmasa da, CMK m. 246' da düzenlenen "güvence belgesi" bir seçenek uygulama olanağı olarak ele alınabilir: Madde, firari sanıkları hâkim karşısına çıkarabilmenin bir yolu olarak düzenlenmiştir. Ancak tutuksuz yargılamanın esas olması ve suçsuzluk karinesi ilkeleri göz önüne alındığında olumlu bir uygulama seçeneği sunan maddenin uygulaması da yok denecek düzeydedir. AİHS m. 5/3'te, salıverilmenin ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabileceği ifade edilerek, güvenceye dayalı tahliye kabul edilmiştir. Sözleşmede sadece maddi teminat değil, duruşmada hazır bulunmayı sağlayabilecek her türlü teminat kabul edilmektedir. AİHM'e göre, teminat bağlanarak kişinin yargılamada hazır bulunması temin edilebilecekse, AİHS m. 5/3 gereği kişinin serbest bırakılması gerekmektedir. Bu konuda AİHM'nin önemli kararları yol gösterici olmalıdır⁴⁰.

Yakın zamanda, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin Prof. Dr. Mehmet Haberal'ın tutukluluk halinin devamına ilişkin olarak verdiği karar dikkat çekicidir. Kararda, kanun hükümlerini açıkça zorlamak suretiyle tutuklama kararları verilmesinin CMK'ya aykırı olduğu ve "ağır kusur oluşturduğu" saptanmış ve bunun yargıçlar aleyhine tazminat istemine konu olabileceğinin altı çizilmiştir. Bu tespite dayalı olarak yargıçların manevi tazminata mahkûm edildiği kararda ayrıca, tutukluluğa ilişkin kararın "soyut ifadeler içerdiği", delilleri karartma ve kaçma şüphesinin bulunduğu söylenilmesine rağmen, "ölüm riski taşıması sebebiyle" Haberal'ın delilleri karartma ve kaçma şüphesinden söz edilemeyeceği de önemle vurgulanmıştır⁴¹.

⁴⁰ Mamedova/Rusya, AİHM 1. Daire, 1.6.2006, 7064/05; Bonnechaux/İsviçre Avrupa Konseyi, 27.6.1980, 8224/78; Punzelt/Çek Cumhuriyeti, AİHM 3. Daire, 25.04.2000, 31315/96; Iwanczuk/Polonya, AİHM 4. Daire, 15.11.2001, 25196/94; Jablonski/Polonya, AİHM 4. Daire, 21.12.2000, 33492/96. Kararlar konusunda daha geniş bilgi için bkz. CENGİZ Serkan/DEMİRAG Fahrettin/ERGÜL Teoman/McBRIDE Jeremy//TEZCAN Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara, Kasım 2008, s. 48 vd. Bu konuda ayrıca, EGMR (Große Kammer), Urteil vom 3. 10. 2006 - 543/03 (McKay/Vereinigtes Königreich), (AİHM Büyük Daire-McKay/Birleşik Krallık Kararı), NJW, Heft 51, 2007, 3699.

⁴¹ <http://www.gazete5.com/haber/mehmet-haberal-ergenekon-hakimlerinden-tazminat-kazandi-15-haziran-201-22849.htm>, Erişim Tarihi: 9.9.2011.

2010 yılında yayımlanan tutuklama raporunda aktarılan sayısal verilere göre⁴², evrensel ölçütlerin ve 2005 yılında getirilen CMK düzenlemesinin ardından beklentilerin aksine, Türkiye’de cezaevlerindeki tutuklu sayısı, hükümlülere göre giderek artmıştır. Üstelik bu tutuklamaların birçoğunun haksız tutuklama olduğu tespit edilmiştir. İç hukukumuzda tutuklamanın hukuki koşulları ve temel prensipleri uluslararası hukuk kuralları ile uyumlu olmasına rağmen, tutuklamaya ilişkin uygulamalar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyumsuzdur. Hâlbuki haksız ve gereksiz olarak tutuklanmış kişilerin, bu nedenle uğradıkları maddi ve manevi zararların devletçe giderilmesi Anayasa’nın bir gereğidir (AY m. 19/son ve m. 129). Bu konuda asıl sorun uygulamadan kaynaklanmaktadır. Özellikle katalog suçlar yönünden tutuklamanın seçimlik değil, zorunlu olduğu anlayışı ve uygulaması egemendir⁴³. Bu nedenle, yerleşik uygulama alışkanlığından ötürü katalog suçların düzenlemeden çıkartılması ve ölçülülük prensibine uygun olarak öncelikle adli kontrole ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunların yeterli olmayacağına düşünülmesi durumlarda, tutuklama zorunluluğu gerektiren nedenlerin varlığı ya da devam ettiğine ilişkin gerekçelerin açıklanması zorunlu kılınmalıdır (Rapor m. 5). Uygulamada CMK m. 100/1’de düzenlenen “ölçülülük” konusundaki emredici hükme, adli kontrole ilişkin CMK m. 109’daki yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına karşın tutuklama yerine adli kontrol kararı verildiğine nadiren rastlanmaktadır. Çoğunlukla adli kontrol koşullarının bulunmasına karşın, şüphelinin tutuklanmasına karar verilmekte ve tutuklamanın adli kontrole dönüştürülmesi istemleri de aynı şekilde reddedilmektedir. Ayrıca adli kontrol uygulaması da sorunludur. Bu kararın uygulanması için, tutuklama nedenlerinin ve diğer yasal koşulların varlığı gerekirken, uygulamada yersiz verilen adli kontrol kararlarıyla da kişiler mağdur edilmektedir⁴⁴.

Başka bir sorun, tutuklama kararlarında “*mevcut delil durumu, sanığın kaçma ihtimalinin nazara alınarak tutuklanması*” türünden, tutuk-

⁴² Bkz. Rapor m. 4. Bkz. <http://www.scribd.com/doc/36812727/Tutuklama-Raporu>.

⁴³ Burada belirtelim ki, AİHM, zorunlu tutuklama nedenlerini kabul etmemektedir. SÜRÜCÜ, s. 111.

⁴⁴ Bkz. Rapor m. 6. Bkz. <http://www.scribd.com/doc/36812727/Tutuklama-Raporu>.

lama gerekçesi dahi sayılamayacak şablon anlatımlarla yetinilmesi⁴⁵ ve yasal gereklilik bulunmasına rağmen “adli kontrolün yetersiz kaldığını gösterecek hukuki ve fiili nedenlere” yer verilmemesidir (Rapor m. 7). Hâlbuki bu sözleşmeye göre de bir zorunluluk olup AİHM uygulaması da bu yöndedir⁴⁶. Tutukluluğun devamına ilişkin kararlar, tutukla-

⁴⁵ AİHM, gerekçelerin yetersiz ve içerikten yoksun olmasını Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasına aykırı bulmaktadır. Zira bu tür gerekçelerle tutuklanan kimseleri tutuklama işlemine itirazda bulunma hakları zedelenmiş olacak ve nedensiz yere tutulduklarından kişi özgürlüğü ihlal edilecektir. Labita/İtalya ve Altın/Türkiye kararlarında da gerekçelerin yetersizliği sebebine dayanarak Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. SÜRÜCÜ, s. 114. 8.8.2006 tarihli Eken/Türkiye kararında da tutuklama kararında yeterli gerekçenin bulunmaması hukuka aykırı bulunmuştur. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 177. Benzer içerikte bir başka olay Gedik -Türkiye davasıdır (Başvuru No:22478/06 ve 37667/08). Başvuran, ulusal mahkemeleri, tutukluluk halinin devamı için “atılı eylemlerin niteliği ve ciddiyeti ve kanıtların durumu gibi” klişeleşmiş gerekçeleri temel almakla suçlamıştır. Hükümet, başvuran, Bülent Gedik’in maruz kaldığı tutukluluk süresinin, bilhassa şüphelisi olduğu suçun niteliği, çarptırılan cezaların ciddiyeti, olası ciddi suçları işleme tehlikesine oranla uzun olmadığını savunmuş, ayrıca firar riski, adalete engel olma tehlikesi ve kamu düzeninin korunması gerekliliğinin başvuranın tutukluluk halinin devamını haklı kılmak için yeterli unsurlar olduğunu belirtmiştir. Buna rağmen AİHM, bu olayda da başvuranın tutukluluk süresinin AİHS’nin 5/3 maddesini ihlal ettiği kanaatine varmıştır (Bu yöndeki ihlal kararları ile ilgili ayrıca bkz. Kaçmaz/Türkiye Davası, Başvuru no:43648/05). Yine benzer bir olayda varılan sonuç farklı değildir: AİHM, adli makamlar tarafından benimsenen diğer gerekçelerin, özgürlükten yoksun bırakmayı haklı göstermeye yetip yetmediğini belirlemelidir. Bu gerekçeler “uygun” ve “yeterli” olduğu takdirde, AİHM, bunun üzerine yetkili ulusal makamların “yargılamanın devamına özel bir ihtimam gösterip göstermediğini” araştırmalıdır (Bkz. Mansur-Türkiye, 8 Haziran 1995, Ali Hıdır Polat-Türkiye kararı, no: 61446/00 ve Tüm-Türkiye no: 11855/04, 17 Haziran 2008). Tokmak/Türkiye olayında AİHM tarafından dava dosyasında yer alan hususlardan Devlet Güvenlik Mahkemesi ve sonrasında Ağır ceza mahkemesince benzer gerekçelerle ve işlenen suçun niteliği, kanıtların durumu ve başvuranın tutukluluk süresi ve firar riski gibi neredeyse birbirinin aynı basmakalıp ifadelerle serbest bırakılma taleplerini reddederek tutukluluk halinin devamına karar verildiği tespit edilmiştir. AİHM’nin nezdinde «delillerin durumu» ifadesi ile suçluluğun ciddi emarelerinin var olduğu ve var olmaya devam ettiği şeklinde değerlendirilse de başvuranın bu kadar uzun bir süre tutuklu kalmaya devam etmesini tek başına haklı göstermemektedir. (Bkz. sözü edilen *Ali Hıdır Polat, Baltacı-Türkiye*, no: 495/02, 18 Temmuz 2006 ve *Doğan Yalçın-Türkiye* kararı no: 15041/03, 19 Şubat 2008). Bu koşullar çerçevesinde, başvuranın tutukluluk süresinin uzunluğu göz önünde bulundurulduğunda AİHM, AİHS’nin 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

⁴⁶ 5 Ocak 2010 tarihli Abdülkerim Kaya/Türkiye davasında (Başvuru no: 28069/07), tutukluluk sürecinin başlangıcından itibaren, “atılı suçların niteliği”, “kanıtların durumu” ve “dosyanın içeriği” gibi nerdeyse her zaman benzer gerekçeleri temel alan adli makamların, başvuranın serbest bırakılmasına ilişkin yinelenen taleplerini her seferinde reddettiği ve başvuranın tutukluluk halinin devamına hükmettiği belirlenmiştir. AİHM, 1 Şubat 2000 tarihinden itibaren, başvuran tutuklu bulunduğu-

ma sebeplerinin devam edip etmediği çoğu kez esaslı bir denetimden geçirilmediğinden adli kontrol talepleri reddedilmekte⁴⁷ ve çoğu zaman önceki tutuklama kararının otomatik tekrarı niteliğinde kararlar verilmektedir (Tutuklama nedeni olabilecek risklerin geçerliliğinin her aşamada irdelenmesi gerektiği yönünde Lettelier/Fransa⁴⁸; Mamedova/Rusya⁴⁹ geçmişte örnek teşkil ettiği gibi, bu konuda daha güncel kararlar da mevcuttur. Örneğin, AIHM'nin Adıyaman ve Erman/Türkiye kararında hükümet, başvuranların suç işlediklerinden şüphelenmek için makul gerekçelerin mevcut olması nedeniyle tutuklandıklarını ve tutukluluklarının ilgili mevzuat gereklerine uygun olarak yetkili makam tarafından belirli aralıklarla ve gereken titizlik gösterilerek incelendiğini iddia etmiş, başvuranların itham edildikleri suçların ciddi nitelikte olduğunu ve tutuklu yargılanmalarına devam edilmesinin

nu ve işbu kararın kabul edildiği tarihte, halihazırda dokuz yıl on aydan fazla bir süre geçtiğini tespit etmektedir. AIHM, benzer davaları incelediğini ve müteaddit defalar AIHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştığını hatırlatmaktadır (*Dereci-Türkiye*, başvuru no: 77845/01, 24 Mayıs 2005 ve *Taciroğlu-Türkiye*, başvuru no: 25324/02, 2 Şubat 2006). Söz konusu davada makamların karşılaştıkları güçlükleri kabul eden AIHM, yine de, yerleşik içtihadı ışığında, mevcut davada aynı sonuca ulaşmıştır. Dolayısıyla, AIHS'nin 5/3 maddesi ihlal edilmiştir. Yine 23 Kasım 2010 tarihli Akalın/Türkiye davasında (*Başvuru no. 23480/06*) esasa ilişkin olarak Hükümet, başvuranın tutukluluğunun, suçu işlemiş olduğuna dair makul şüphelere dayandığını ve tutukluluğun yetkili makam tarafından, yürürlükteki mevzuatın gerekleri çerçevesinde belli aralıklarla özel bir titizlikle gözden geçirildiğini savunmuştur. Başvuranın üzerine atılı suçun ciddi nitelikte olduğuna ve tutuklu bulunmasının suçun önlenmesi ve kamu düzeninin korunması açısından zorunlu olduğuna işaret etmişlerdir. AIHM, bu davadakiyle karşılaştırılabilecek, uzun tutukluluk sürelerini ortaya çıkaran davalarda sıklıkla AIHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir (bkz. örneğin *Tutar-Türkiye*, no. 11798/03; *Ca-hit Demirel*, no. 18623/03). Tarafına sunulan tüm delilleri inceleyen AIHM, somut davada farklı bir sonuca ulaşmasını sağlayacak ikna edici hiçbir tespit ve delilin Hükümet tarafından sunulmadığı kanaatindedir. Konu ile ilgili içtihadını dikkate alarak somut davada başvuranın tutukluluk süresinin haddinden fazla olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle, AIHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. 7 Aralık 2010 tarihli Alp ve diğerleri/Türkiye davasında da AIHM aynı hususu yinelemiş ve benzer bir sonuca ulaşmıştır (*Başvuru no. 34396/05, 8753/06, 37432/06, 37435/06, 2873/07, 24664/07 ve 44938/08; Aynı yönde; Orman ve Diğerleri: Başvuru no. 9462/05, 20369/05, 32652/05, 33193/05, 43845/05, 5295/06 ve 48090/08*)

⁴⁷ Türkiye'de işlediği suçtan tutuklu yabancıların yabancı ülkede işlediği ve iadeye engel olmayan suç nedeniyle iadesi amacıyla evrakların yetiştirilmesi için tutuklanması ve adli kontrol altında tutulması talebinde bulunduğu halde istem dışına çıkılarak iade ile ilgili inceleme yapıp talebin reddine karar verilmesi doğrudur. Y. 6. CD, E. 2006/8782, K. 2007/8971, www.kararara.com/yargitay/yrgtyk12764.htm, Erişim Tarihi: 24.05.2011.

⁴⁸ Başvuru No: 12369/86, 26.6.1991.

⁴⁹ Başvuru No: 7064/05, 1.6.2006.

suçun önlenmesi ve kamu düzeninin korunması için gerekli olduğunu ileri sürmüş ise de, AİHM başvuruların AİHS'in 5/1 (a) maddesi bağlamında suçlu bulunmalarını müteakiben tutuklandıkları sürenin toplam süreden çıkarılması ardından göz önüne alınması gereken sürenin, 38372/06 No'lu başvuruda on yıl üç aydan ve 24572/08 No'lu başvuruda yedi yıl altı aydan fazla olduğunu kaydetmiş ve tutuklu yargılanmalarına halen devam edildiğini göz önünde bulundurarak (bkz. Solmaz/Türkiye, no. 27561/02), mukayese edilebilir uzunlukta tutuklu yargılanma sürelerinin ortaya konulduğu davalarda sıklıkla AİHS'in 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (bkz. örneğin, *Tutar/Türkiye*, no. 11798/03, 20. paragraf, 10 Ekim 2006, ve *Cahit Demirel/Türkiye*, no. 18623/03, 28. paragraf, 7 Temmuz 2009). Sunulan tüm delilleri inceleyen AİHM, Hükümet'in kendisini mevcut davada farklı bir sonuca varmaya ikna edecek deliller ortaya koymadığı ya da iddialar ileri sürmediği kanaati dile getirmiştir. Konuya ilişkin içtihadını göz önüne alan AİHM, mevcut davada başvuruların tutuklu yargılanma sürelerinin aşırı olduğu ve AİHS'in 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵⁰.

Anayasa (m. 141/3) ve CMK, tutuklama kararları dâhil tüm hâkim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını hüküm altına almıştır. AİHM, gerekçesiz karar verilmesini, kanun yolunda savunma hakkının kısıtlanmasına yol açılması nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmaktadır. Geçmiş yıllarda verilen *Salov/Ukrayna* (65518/01, 6.9.2005) ve *Bonnechaux/İsviçre* (8224/78, 5.12.1979) kararları bu yöndedir. Yine tutuklamada "kaçma, saklanma, delilleri karartma, ilgililere baskı..." gibi olasılıklara soyut düzeyde itibar edilemeyeceğini ve bu olasılıkları somut ve fiili olarak destekleyen koşulların mutlaka varlığı gerektiğine ilişkin Yağcı ve Sargın/Türkiye kararı da burada sayılabilir. Bu kararında AİHM, "Birleşik Komünist Partisi'ni kurmak için Türkiye'ye kendi istekleri ile dönen ve haklarında cezai takibat yapılacağını bilmeleri mümkün olmayan başvuruçular hakkında hangi nedenle kaçma şüphesinin olduğu ulusal yargı makamları tarafından gösterilmemiş ve sadece haklarında kaçma şüphesinden bahsedilmiş olmasından bahisle, hiçbir nedene dayanmayan yeter-siz gerekçenin AİHS m. 5/3'e uygun olmadığına" hükmetmiştir⁵¹.

⁵⁰ 2. Daire, Başvuru No: (Başvuru no. 38372/06 ve 24572/08), 26 Ekim 2010.

⁵¹ Başvuru No: 16419/90 ve 16426/90, 8.6.1995.

Emredici yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına karşın ülkemizde tutuklama gerekçeleri genellikle şablon anlatımlardan ibaret olup, gerekçeler yetersiz kalmaktadır. Sözleşmeye göre de bir zorunluluk teşkil etmesine rağmen adli kontrolün neden yeterli olamayacağına da belirtilmemesi önemli bir eksikliktir. Gerçekten kanımızca da iç hukuka aykırı olarak yerleşen bu uygulamalar nedeniyle AİHM tarafından Türkiye aleyhine ihlal kararları verilmeye devam edilmesi kaçınılmaz gibi görünmektedir⁵². Açıklandığı üzere AİHM, Türkiye aleyhine verdiği birçok güncel kararında bu soruna önemle işaret etmektedir.

Bundan başka AİHM, isnat edilen suç ile kaçma şüphesi arasında bir bağlantı olduğunu kabul etmekle beraber, kaçma şüphesinin tek başına isnat edilen suçun ağırlığına dayandırılmayacağını da çeşitli kararlarında ortaya koymaktadır. AİHM kaçma şüphesini değerlendirirken, sanığın karakteri, ahlaki yapısı, malvarlığı, yargılandığı devlet ile bağları ve uluslararası bağlantılarının göz önünde bulundurulması gerektiğini bildirmektedir. Bu kriterlere göre, tutuklamayı destekleyen somut bir durum söz konusu değilse, tutuklama Sözleşmeye aykırı olacaktır⁵³.

Özel yetkili mahkemelerin, tutuklama önlemine böylesine kolay ve sık başvurularına ilişkin olumsuz örnekler, genel görevli mahkemelerdeki uygulamayı da olumsuz etkilemekte ve bu mahkemeler de alternatif arayışına girmeksizin tutuklama yoluna gitmektedirler. Hâkimlerin bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında, yalnızca yasama ve yürütmeye karşı değil, aynı zamanda yargılama organına, basına (medyaya) ve kamuoyu baskısına karşı da güvence altına alınmıştır. Basının bu sorumluluğu, suçsuzluk karinesi açısından son derece önemliken⁵⁴, tutuklama konusunda bu sınırlamalara uygulamada çoğu zaman uyulmamakta, yapılan yayınlarla, tutuklamanın bir tedbir olarak uygulanması değil, peşin cezalandırma olarak uygulanması teşvik ve destek görmektedir. Tutuklama kararları alkışlanırken, tahliye kararları ya da alternatif bir tedbire hükmedilmesi çoğu zaman en ağır biçimde eleştirilmekte ve bu yolla yargı kararları adeta yönlendirilmeye çalışılmaktadır (Rapor m. 14 ve 15).

⁵² Aynı yönde, SÜRÜCÜ, s. 107.

⁵³ Mansur/Türkiye, Tomasi/Fransa, Muller/Fransa, Iljikov/Bulgaristan kararlarının ayrıntıları için bkz. SÜRÜCÜ, s. 109.

⁵⁴ Bu konuda bkz. KARAOSMANOĞLU, s. 252.

Soruşturma aşamasında CMK m. 103'te savcıya tanınan re'sen serbest bırakma yetkisinin, uygulamaya pratiklik kazandırması olanaklıyken, savcılar bu türden bir yetki kullanımını kişisel bir risk olarak görmekte ve bunun yerine öncelikle, sulh ceza hâkiminden adli kontrol için istemde bulunmaktadır. Aynı maddeye göre şüpheli ve müdafii de bu istemde bulunabilmektedirler⁵⁵.

2) Adli Kontrole İlişkin Yükümlülüklerin Kapsamı

CMK m. 109/3'te adli kontrole tabi olan kişiye düşen yükümlülükler sayma yoluyla belirtildiğinden, kanunilik ilkesi gereğince sayılardan başka yükümlülükler hükmedilemez⁵⁶. Tutuklama nedeninin niteliğine göre, şüpheli ya da sanığın bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulması söz konusu olabilir. Adli kontrol kapsamındaki yükümlülüklerin belirlenmesinde de ölçülülük ilkesine uyulması gerekir. Bunun bir sonucu olarak, adli kontrol tedbirinin uygulanması sırasında kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülüklerin tamamen ya da kısmen kaldırılabilmesi, değiştirilebilmesi ya da şüpheli veya sanığın bunlara uymaktan geçici olarak muaf tutulabileceği öngörülmüştür (m. 110/2-3).

CMK m. 109/3'e göre adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

⁵⁵ Tahliye talebinde bulunma, sanığa bir hak olarak verilmiştir. Bu hak, sanığı tahliye nedenlerini kanıtlamak zorunda bırakma şeklinde anlaşılabilir. AİHM de tutuklanın tahliye nedenlerini kanıtlamak zorunda bırakılmasını m. 5/1'e aykırı görmektedir (Bkz. İljikov/Bulgaristan, Başvuru No, 33977/96, 26.7.2001).

⁵⁶ Zamanla teknolojik gelişmelere paralel olarak yeni tedbir veya yükümlülüklerin Kanuna eklenmek koşulu ile uygulanabilmesi mümkündür. KOCA, s. 133; ÖZBEK/SOYER, CMK İzmir Şerhi, s. 380; KARAKURT, s. 5. Tedbirler kataloğunun bu kadar ayrıntılı olarak belirtilmesinin yerinde olmadığı, bunun hâkimin teknolojik gelişmelere bağlı olarak yeni tedbirlere hükmetmesini engelleyeceği ve amaca uygun diğer tedbirleri alma hususunda hâkime takdir hakkı tanıyan bir düzenlemenin daha yerinde olacağı konusunda, CENTEL Nur, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, DEÜ Yayını, İzmir 2001, s. 514. Sınırlı sayımın adli kontrolün kısır kalmasına yol açacağı yönündeki görüş için bkz. ÖZKURT Mehmet, Koruma Tedbiri ve Adli Kontrol Kavramı, <http://www.ozkurt.av.tr/en/?p=214>, Erişim Tarihi, 26.05.2011, s. 3. Yükümlülüklerin sınırının katı bir şekilde çizilmesinin kimi durumlarda tutuklama yerine adli kontrole hükmedilmesini güçleştireceği yönünde bkz. AYDIN Murat, Adli Kontrol Tutuklamaya Ne Kadar Alternatif?, HHD, Y. 3, S. 4, s. 31; ÖZGÜVEN, s. 332.

a) Yurtdışına çıkamamak: Yurt dışına çıkamama yükümlülüğü, ülke sınırları dışına çıkamamayı ifade eder⁵⁷. Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kuralları Yönetmeliği'nin⁵⁸ 21. maddesinin 1 ila 8. fıkralarında açıklandığı üzere, bu yükümlülüğe dair karar; Cumhuriyet başsavcılığınca şube müdürlüğü veya büroya, aynı zamanda derhal kolluğa gönderilir. Şüpheli veya sanığa, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemesine iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet başsavcılığınca evrak mahkemeye gönderilerek, yükümlülüğün devam edip etmeyeceği konusunda karar istenir. Mahkemenin vereceği karara göre Cumhuriyet başsavcılığınca işlem yapılır. Şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanarak kolluğa gönderilir. Denetleme planına uyulmadığının; kolluk tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde, şüpheli veya sanık denetleme planına uyması yönünde uyarılır. Uyarıya rağmen denetleme planına uyulmaması halinde, kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Bu durumda beşinci fıkrada belirtilen işlemler yapılır. Yükümlülük kaldırıldığında durum Cumhuriyet başsavcılığınca kolluğa iletilerek evrakın iadesi istenir ve mahkemeye gönderilir. Ayrıca durum şube müdürlüğü veya büroya

⁵⁷ Bu tedbir demokratik bir toplumdaki ölçütlere uygun olmak ve yetkili merci tarafından karar verilme koşulu ile AİHS'e aykırı olmadığı gibi (AİHS 4 No'lu Protokol m. 2), Anayasamızda da seyahat özgürlüğünün (m. 23/3) ve vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğünün (m. 23/5) ceza soruşturması ve kovuşturması sebebiyle kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi E. 1963/130 K. 1963/100 Sayılı Kararında, (bkz. AYMKD Y. 1999, S.1, s. 248) Pasaport Kanunu m. 22'nin Anayasa'ya uygun olduğunu kabul etmiştir. Bu uygulama muhakeme hukuku esaslarına uygun olmalıdır. Bu karar ve eleştirisi için bkz. KAYA Cemil, "Yurt Dışına Çıkma Özgürlüğünün Engellenmesi", KHUKA Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Ocak 2005, s. 47. Bu itibarla, tutuklama ile bağlantılı olarak başvuru adli kontrol çerçevesinde sanığın yurt dışına çıkmasına sınır getirilebilir. Ciancimino/İtalya kararı (27.5.1991) serbest dolaşım özgürlüğüne hangi gerekçelerle sınırlama getirilebileceği konusunda fikir vermektedir. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 370-371.

⁵⁸ RG. 18.4.2007-26497.

bildirilerek kayıt kapatılır. Yurt dışına çıkmama yükümlülüğü, CMK ile adli kontrol kurumu içerisinde düzenlenmiş⁵⁹ ve 5353 Sayılı Kanunla 109. maddeye eklenen 4. fıkra ile yükümlülüğün uygulanması bakımından üç yıllık süre sınırı da ortadan kaldırılmıştır⁶⁰.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak: Yönetmeliğin 22. maddesinin 1 ila 7. fıkraları arasında düzenlenen bu yükümlülük, şüpheli veya sanığın kararda belirlenen yerlere, belirtilen aralıklarla düzenli olarak başvurmasını ifade eder. Şüpheli veya sanığa, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanarak kararda belirlenen yere gönderilir. Şüpheli veya sanığın kararda belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde başvurmaması hâlinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler, Yönetmeliğin 22. maddesinin 5 ve devamı fıkralarında belirtilmiştir.

⁵⁹ “Kısa süreli hapis cezası seçenек yaptırma çevrilirken cezanın bir katından anlaşılması gerekenin cezanın kendisi olduğu, kanunda ifade edilen belirli yer kavramının yurt dışına çıkış yasağını kapsamadığı, bu yasağın adli kontrol sistemi içinde yer aldığı gözetilmedir”. Y. 9. CD, E. 2010/6651; K. 2010/11103 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 9.9.2011. Mülga CMUK’ta yurt dışına çıkarmama koruma tedbiri bulunmamakta, Buna karşın Mülga 4422 Sayılı Kanunun 9. maddesinde ve Mülga Bankalar Kanunu m. 24/3-b bendinde yurt dışına çıkma yasağına yer verilmekteydi. Yürürlükteki 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda da bu tedbirin uygulanması kabul edilmiştir. Pasaport Kanununda yurt dışına çıkmaları mahkemece yasaklananlara pasaport verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Vergi borcu olanlara pasaport verilmeyeceğine ilişkin düzenleme 4.6.2008’de 5766 Sayılı Kanunla kaldırılmıştır. 2010 Anayasa değişikliği ile vergi borcu olanların yurt dışına kaçmalarının kolaylaştırıldığı ileri sürülmektedir. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 64.6.

⁶⁰ Bununla birlikte, adli kontrol içinde düzenlenmesi nedeniyle yurt dışına çıkma yasağına karar verilebilmesi ancak CMK m. 100’deki kuvvetli olgular ve bir tutuklama nedeninin bulunmasına bağlıdır. Önemle belirtilmelidir ki, tedavisinin yurt dışında sürdürülmesi, sağlığı veya hayatı açısından zorunlu olan bir sanık hakkında yurt dışına çıkma yasağı verilmesi ya da verilmiş olan yasağın kaldırılmaması oranlılık ilkesine aykırı olacaktır. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 64.6.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak: Yönetmeliğin 23. maddesinin 1 ila 7. fıkraları arasında düzenlenen bu yükümlülük, şüpheli veya sanığın şube müdürlüğü ya da büro veya bir başka kişi veya mercie, kararda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde çağrılmasını ve bu kişiye veya mercie gerektiğinde çalıştığı iş veya meslek uğraşı hakkında ya da devam etmekte olduğu eğitim hakkında bilgi vermesini ve bu konuda denetlenmesini ifade eder. Şüpheli veya sanığa, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanarak ilgili merci veya kişilere gönderilir. Şüpheli veya sanığın kararda belirlenen merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymaması hâlinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler, Yönetmeliğin, 23. maddesinin 5 ve devamı maddelerinde belirtilmiştir.

d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek: Yönetmeliğin 24. maddesinin 1 ila 8. fıkraları arasında yer alan bu yükümlülük, şüpheli veya sanığın her türlü taşıtı veya bazılarını kararda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kullanamamasını ve kararda öngörülmüş ise sürücü belgesinin makbuz karşılığında alınmasını ifade eder. Şüpheli veya sanığa, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Kararda sürücü belgesinin tesliminin öngörülmesi halinde, sürücü belgesinin aynı süre içinde şube müdürlüğü veya büroya teslimi istenir. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde, denetim

görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanarak kolluğa ve meslek kuruluşuna gönderilir. Kararda sürücü belgesinin teslimine karar verilmiş ise teslim alınan sürücü belgesi veya makbuz, ilgilinin dosyasında saklanır. Şüpheli veya sanığın kararda belirtilen taşıtları kullanmasının kolluk veya meslek kuruluşu tarafından tespit edilmesi halinde durum, şube müdürlüğü veya büroya iletilir. Hâkim veya Cumhuriyet savcısının şüpheli veya sanığın mesleki uğraşı ile ilgili araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verdiği durumlar saklı kalmak üzere, denetleme planına uyulmadığının kolluk veya meslek kuruluşu tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler, Yönetmeliğin, 24. maddesinin 7. ve 8. fıkralarında belirtilmiştir.

e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek: Yönetmeliğin 25. maddesinin 1 ile 8. fıkraları arasında düzenlenen bu yükümlülükte, şüpheli veya sanığa, sağlık kuruluşuna sevk edilmesi için on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Şüpheli veya sanığın süresinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hâlinde, sağlık kurumuna sevk yazısı yazılarak beş gün içinde bu kuruma başvurması istenir. Ayrıca, sağlık kurumuna şüpheli veya sanığın; kuruma başvurduğu tarih, uygulanacak tedavi programı ile tedavinin tamamlandığı tarihin bildirilmesi konusunda yazı yazılır. Sağlık kurumu tarafından hazırlanan tedavi programının, şube müdürlüğü veya büroya iletilmesinden sonra denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanır. Şüpheli veya sanığın sağlık kurumunca belirlenen tedavi programına uymaması hâlinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler, Yönetmeliğin, 25. maddesinin 5 ile 8. fıkralarında belirtilmiştir.

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cum-

huriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak: Yönetmeliğin 26. maddesinin 1 ila 7. fıkralarında düzenlenen güvence yükümlülüğü, şüpheli veya sanığın parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve taksitle ödeme süreleri hâkimce belirlenecek bir güvence miktarının yatırılmasını ifade eder. Şüpheli veya sanığa, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanır. Şüphelinin veya sanığın güvence yükümlülüğü karşılığında adli kontrol altına alınmasına karar verilmesi hâlinde; şube müdürlüğü veya büro tarafından şüpheli veya sanığa on gün içinde güvence miktarının tamamını, taksitli ise ilk taksitini maliye veznesine yatırması için bildirim yapılır. Şüpheli veya sanık, belirlenen güvenceyi maliye veznesine yatırdıktan sonra beş gün içinde makbuzu şube müdürlüğü veya büroya ibraz eder ve şube müdürlüğü veya büro, makbuzu mahkemeye gönderilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına iletir. Güvence miktarının veya taksitlerin tamamının ödenmesinden sonra defterdeki kaydını kapatarak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Güvence yükümlülüğüne dair karar, tutukluymken verilmesi ve şüpheli veya sanığın serbest bırakılmasının güvence miktarının tamamının veya ilk taksitinin yatırılması koşuluna bağlanması hâlinde; güvence miktarının tamamı veya ilk taksiti maliye veznesine şüpheli veya sanık adına yatırılıp makbuz Cumhuriyet başsavcılığına ibraz edilir. Güvence miktarının tamamının yatırılması durumunda evrak, şube müdürlüğü veya büroya gönderilmez. Ancak güvence miktarının taksitle bağlanması ve ilk taksitinin yatırılması hâlinde evrak, şube müdürlüğü veya büroya gönderilerek (a) bendi gereğince işlem yapılır. Denetleme planına uyulmadığının tespit edilmesi hâlinde, şüpheli veya sanık denetleme planına uyması yönünde uyarılır. Uyarıya rağmen denetleme planına uyulmaması halinde, kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Yükümlülük kaldırıldığında kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletmek üzere Cum-

huriyet başvurusuna gönderilir. Güvencenin geri verilmesinde veya hazineye irat kaydedilmesinde, 5271 sayılı Kanun'un 115 inci maddesi hükümlerine göre işlem yapılır⁶¹.

1412 Sayılı CMUK'ta yer verilmiş olan teminatla salıverme kurumuna bazı benzerlikler gösteren⁶² güvence yatırma kurumu, henüz tutuklama kararı verilmeden adli kontrol kapsamında tutuklamaya alternatif olarak uygulanabilecek bir tedbir niteliğinde olması ile özellik göstermektedir⁶³. 5353 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle güvence yatırma bakımından da üç yıllık süre sınırı ortadan kaldırılmıştır. 109/3-h'ye göre, güvence "para" olacaktır. Yükümlünün, miktarı ve taksitle ödeme süreleri hâkim tarafından belirlenen bir güvence miktarını yatırması gerekmektedir. CMK m. 113 gereğince şüpheli veya sanık tarafından gösterilecek güvence, şüpheli veya sanığın bütün

⁶¹ CMK m. 115/1'e göre hükümlü, hükmün infazına yönelik yükümlülüklerini yerine getirmişse güvence kendisine geri verilir.

⁶² 5271 Sayılı CMK'da yer almayan, Mülga Kanundaki teminatla salıverme, delillerin karartılması şüphesi olan durumlarda uygulanmıyordu. CMUK'da ise kaçma veya delilleri karartma şüphesi olan her durumda güvence kurumunun uygulanabilmesi mümkün kılınmış olmakla birlikte, bu düzenleme eleştirilmektedir. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 64.3. Adli kontrol ile bağlantılı güvence (109/2-f ve g), kanundaki teminatla salıvermeden birçok yönden farklıdır. Güvencenin amacı, şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde hükmün infazında hazır bulunmasını ve kanunda gösterilen ödemeleri yapmasını sağlamaktır. M. 114'teki önceden ödeme de aynı amaca yöneliktir. Buna göre hakim, mahkeme veya savcı, şüpheli veya sanığın rızasıyla güvenceden mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısmı istedikleri takdirde mağdura veya nafaka alacaklılarına verebilir. Önceki Kanundaki düzenlemelerle karşılaştırmalar için bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 64.3-64.6. 1412 Sayılı Kanun'un sisteminde güvence gösterilmesinin tutuklanmasına karar verilen sanık hakkında bu kararın infazından vazgeçilmesini sağlayan bir kurum olmasına karşılık, 5271 Sayılı Kanunda adli kontrol çerçevesinde tutuklanmanın alternatifi olarak düzenlenmiştir. CENTEL/ZAFER, s. 371.

⁶³ "...Sanığın 21.01.2008 tarihli duruşmada hazır bulunmamasına dayanak olarak geçerli bir mazeret bildirdiği anlaşılmakla güvence parasının CMK'nın 113 ve 115. maddeleri gereğince iadesi yerine ara karar ile hazineye irad kaydedilmesi...Kanuna aykırı, sanık N... K... müdafii, sanık M... E... ile katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına, 09.12.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi". Y. 9. CD, E. 2009/1815, K. 2010/12493, <http://www.kararara.com/yargitay/yrty2010/yrtyk9942.htm>, Erişim Tarihi: 9.9.2011. Benzer şekilde, "...Kefalet parasının sanığa CMK'nun 115. maddesi uyarınca iadesi yerine karar kesinleştikten sonra iadesine karar verilmesi... Kanuna aykırıdır... Kanuna aykırı, katılan vekili ile sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına, 30.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi" Y. 9. CD, E. 2007/3341, K. 2007/7740, T. 30.10.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 9.9.2011.

usul işlemlerinde, hükmün infazında veya altına alınabileceği diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunmasını sağlayacak ve bir kısım masrafların, zararların, nafaka borçlarının, kamusal giderlerin, para cezalarının karşılığını oluşturacaktır (113/1-b). Şüphelinin güvence bedelini yatırmaması halinde 112. madde uygulanacaktır.

g) Silah bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek: Yönetmeliğin 27. maddesinin 1 ila 8. fıkralarında düzenlenen bu yükümlülük, şüpheli veya sanığın mahkeme veya hâkim kararı ile silah taşımasının veya bulundurmasının yasaklanması ile gerektiğinde sahip olduğu diğer silahlarının Cumhuriyet başsavcılığına bağlı adli emanet memurluğuna teslimini ifade eder⁶⁴. Şüpheli veya sanığa, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Kararda silahların tesliminin öngörülmesi halinde, silahların aynı süre içinde şube müdürlüğü veya büroya teslimi istenir. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanarak şüpheli veya sanık, kolluk ile kararda silahların adli emanete teslimine karar verilmiş ise adli emanet memurluğuna bildirilir. Kararda silahların teslimine karar verilmiş ise şüpheli veya sanığın, sahip olduğu silah listesi kolluktan ve teslim ettiği silahların listesi adli emanet memurluğundan istenir. Şüpheli veya sanığın silah bulundurduğunun veya taşıdığıнын tespit edilmesi halinde, kolluk tarafından şube müdürlüğü veya büroya iletilir. Şube müdürlüğü veya büroca, kolluk tarafından gönderilen şüpheli veya sanığa ait silah listesi ile adli emanet memurluğundan gönderilen yazının karşılaştırılması sonucu bütün silahların teslim edilmediğinin anlaşılması dâhil denetleme planına uyulmadığının kolluk tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde durumun ne

⁶⁴ Bu tedbire ancak sanık ya da şüphelinin, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunması yönünde kuvvetli şüphe olması halinde başvurulması gerektiği yönünde, TUNÇ Mehmet, "Adli Denetim, Tutuklamayı Önleyici ve Giderici Tedbirler", Adalet Dergisi, Y. 92, S. 6, Ankara, 2001, s. 149.

olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler, Yönetmeliğin, 27. maddesinin 7. ve 8. fıkralarında yer almaktadır.

h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı ve kişisel güvenceye bağlamak: Yönetmeliğin 28. maddesinin 1 ila 8. fıkralarında düzenlenen bu yükümlülük, mahkemece miktarı ve ödeme süresi belirlenecek paranın suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlanmasını ifade eder. Şüpheli veya sanığa, taşınmaz malların tapu bilgileri, taşınır mallara ait kayıtlar ile bankada bulunan nakdî varlıklarına ilişkin bilgileri vermesi için on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanır. Güvencenin nakdî olması hâlinde paranın çekilmesi, aynı olması hâlinde bunun satılması veya devredilmesi hâlinde bilgi verilmesi için ilgili kurum ve kuruluşa yazı yazılır. Güvencenin kişisel olması hâlinde, güvence veren kişinin ikinci fıkraya göre şube müdürlüğü veya büroya gelmesi için bildirim yapılır. İlgilinin on gün içinde gelmesi ve aynı veya nakdi güvence göstermesi suretiyle mağdurun haklarını teminat altına alması halinde, beşinci fıkrada belirtilen işlemler yapılır. Güvence veren kişinin haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Denetleme planına uyulmadığının ilgili kurum ve kuruluş tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler, Yönetmeliğin, 28. maddesinin 7. ve 8. fıkralarında düzenlenmiştir.

i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek: Yönetmeliğin 29. maddesinin 1 ila 6.

maddelerinde yer verilen ve 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerine göre aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek yükümlülüğü, şüpheli veya sanığın aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermesini ifade eder. Şüpheli veya sanığa aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceği kararına ilişkin yazılı taahhütte bulunmak üzere on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanarak, mağdura ve kolluğa bildirilir. Denetleme planına uyulmadığının ilgili veya kolluk tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler, Yönetmeliğin, 29. maddesinin 5 ve devamı fıkralarında belirtilmiştir.

Adli kontrol kapsamında öngörülen birçok yükümlülüğün (m. 109/3-d-e-f-g-h-i) adli kontrol ile ilgisiz oldukları yönünde eleştiriler mevcuttur⁶⁵. Yine pek çok yükümlülüğün suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi bakımından olumlu oldukları söylenebilirse de (m. 109/3-h ve i)⁶⁶, suçun peşin kabulü anlamına geldiği ve suçsuzluk karinesiyle bağdaşmadığı (109/3-e, g, h, ve i bentlerinde yer alan yükümlülükler) ifade edilmektedir⁶⁷. Gerçekten, adli kontrol içerisinde yer alan bazı

⁶⁵ ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 384.

⁶⁶ ÖZBEK/SOYER, s. 382; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 295.

⁶⁷ ÜNVER/HAKERİ, s. 385. Güvence gösterilmesi kurumuyla bağdaşan tek amaç, sanığın muhakeme işlemlerinde hazır bulunmasını sağlama amacı olabilir. Güvence nafaka borçlarının yerine getirilmesini sağlama amacını da taşımakta, bu yönü ile özel hukuk uyuşmazlıklarına yönelik bir kapsamı da bulunmaktadır. Ancak bu yönünün ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri kavramıyla

tedbirlerin, tutuklama ile ulaşılabilecek amaca nasıl hizmet edecekleri belirsizdir. Örneğin, kişinin sürücü belgesine geçici olarak el konulması (CMK md. 109/3-d) onun kaçmasını (CMK md. 100/2-a) veya delil araçlarını karartmasını ya da kişiler üzerinde baskı uygulamasını (CMK md. 100/2-b) engellemeye elverişli değildir. Bu itibarla, CMK md. 109/3'te yer alan ve tutuklama sebeplerine bağlı olarak uygulanması öngörüldüğü halde, tutuklama tedbiriyle ulaşılmak istenen amaçlarla ilgisi bulunmayan tedbirler (CMK md. 109/3-d, e, g ve i) başka bir başlık altında düzenlenebilir⁶⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 109/3-d, g ve h'de yer verilen ve aynı zamanda 2002 Tasarısında da yer almakta olan yükümlülükler koruma tedbiri olma özelliğinden çok, önleme tedbiri niteliği taşımaktadırlar⁶⁹.

Ayrıca 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda da CMK'da yer alanlara ek birtakım tedbirler⁷⁰ öngörülmüş bulunmaktadır (ÇKK m. 20). Bu hükme göre; "(1) Suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma evrelerinde adli kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109 uncu maddesinde sayılanlar ile aşağıdaki tedbirlerden bir ya da birkaçına karar verilebilir:

- a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.
- b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek.
- c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak.

(2) Ancak bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir".

Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak yükümlülüğü, mahkeme kararında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde suça sürüklenen çocuğun belirlenen çevre dışına çıkmasının yasaklanmasını ifade eder.

Çocuğun kanuni temsilcisine, on gün içinde şube müdürlüğü veya

çeliştiği ve özel hukuk ilişkilerinin ceza hukuku alanına taşınmasına sebebiyet vereceği doktrinde ifade edilmektedir. CENTEL/ZAFER, s. 369, 373.

⁶⁸ FEYZİOĞLU, s. 1 vd; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 293.

⁶⁹ ÖZBEK/SOYER, s. 382.

⁷⁰ Çocuk Koruma Kanunu'nda CMK'nın aksine "yükümlülük"ten değil, "tedbir"den söz edilerek terim birliği sağlanmadığı hususunda bkz. CENTEL/ZAFER, s. 371.

büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Çocuk ile çocuğun kanuni temsilcisinin haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Çocuğun kanuni temsilcisi veya çocuğun süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanır. Çocuğun mahkeme kararında belirtilen, çevre dışına çıkıp çıkmadığının denetimi, şube müdürlüğü veya büro tarafından her zaman yapılır. Şube müdürlüğü veya büronun, çocuğun ailesi veya sosyal çevresi ile iş birliği yapmasının gerekli olduğu durumlarda her aşamada özel hayatın gizliliğine saygı gösterilir. Yükümlülüğün denetimi; ulaşım güçlüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde, ilgili kurum ve kuruluşlar ile koluğa yazı yazılmak suretiyle yerine getirilir (Yönetmelik m. 30).

Denetleme planına uyulmaması halinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler, Yönetmeliğin, 30. maddesinin 7. ve 8. fıkralarında yer almaktadır.

Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek yükümlülüğü, mahkeme kararında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde suça sürüklenen çocuğun belirlenen bazı yerlere gidememesi veya ancak bazı yerlere gidebilmesini ifade eder.

Çocuğun kanuni temsilcisine, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Çocuğun kanuni temsilcisi ile çocuğun haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Çocuğun kanuni temsilcisi veya çocuğun süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanarak belirlenen yerlere bildirilir. Çocuğun mahkeme kararında belirtilen, belirlenen bazı yerlere gidememesinin veya ancak bazı yerlere gidebilmesinin denetimi, şube müdürlüğü veya büro tarafından her zaman yapılır. Şube müdürlüğü veya büronun, çocuğun ailesi veya sosyal çevresi ile iş birliği yapmasının gerekli olduğu durumlarda her aşamada özel hayatın gizliliğine

saygı gösterilir. Yükümlülüğün denetimi; ulaşım güçlüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde, ilgili kurum ve kuruluşlar ile kolluğa yazı yazılmak suretiyle yerine getirilir (Yönetmelik m. 31). Denetleme planına uyulmaması halinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler Yönetmeliğin 31. maddesinin 7. ve 8. fıkralarında belirtilmiştir.

Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmama yükümlülüğü, mahkeme kararında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde suça sürüklenen çocuğun belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamasını ifade eder.

Çocuğun kanuni temsilcisine, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır. Çocuğun kanuni temsilcisi ile çocuğun haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Çocuğun kanuni temsilcisi veya çocuğun süresinde başvurması halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanarak mahkeme kararında belirtilen kişi ve kuruluşlara bildirilir. Çocuğun mahkeme kararında belirtilen, belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamasının denetimi, şube müdürlüğü veya büro tarafından her zaman yapılır. Şube müdürlüğü veya büronun, çocuğun ailesi veya sosyal çevresi ile iş birliği yapmasının gerekli olduğu durumlarda her aşamada özel hayatın gizliliğine saygı gösterilir. Yükümlülüğün denetimi; ulaşım güçlüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde, ilgili kurum ve kuruluşlar ile kolluğa yazı yazılmak suretiyle yerine getirilir (Yönetmelik m. 32). Denetleme planına uyulmadığının, belirlenen kişi ve kuruluş tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde durumun ne olacağı ve bundan sonra gerçekleştirilecek işlemler Yönetmeliğin 32. maddesinin 7. ve 8. fıkralarında belirtilmiştir.

ÇKK m. 20'den anlaşıldığı üzere, bu kanunda sayılan yükümlülüklerin yanı sıra, CMK'da belirtilen adli kontrol yükümlülükleri de çocuklar bakımından uygulanabilmektedir. Hâkimin bunlardan bir veya birkaçına hükmedebilmesi mümkündür⁷¹.

⁷¹ "Çocuk Koruma Kanununun 42. maddesine göre bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ceza Muhakemesi Yasası hükümleri uygulanır hükmü nazara alındığında suça

V. Adli Kontrole Karar Verilmesi, Tedbirin İzlenmesi, Sanığın Yokluğunda Adli Kontrole Karar Verilip Verilemeyeceği Sorunu

CMK m. 110'a göre adli kontrol kararı, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir⁷². Soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin zorunlu savcılık yaptığı hallerde bu tedbire talep olmaksızın da re'sen karar verebileceği ifade edilmektedir⁷³. CMK m. 110/1'de soruşturma evresinde şüphelinin adli kontrol altına alınabilmesi için savcının isteminin aranması koşulu bulunmaktadır. Bu noktada savcıdan gelen tutuklama yönündeki istemin adli kontrolü de kapsayacağı ifade edilmektedir⁷⁴. Kovuşturma evresinde adli kontrole, gerekli görüldüğünde mahkeme tarafından karar verilir. Mahkeme bu tedbire C. savcısının, sanığın, müdafinin talebi üzerine veya re'sen karar verebilir. Kovuşturma evresinde ise, adli kontrole, olaya bakan mahkeme resen veya istem üzerine karar verir. Mahkeme, doğrudan doğruya adli kontrol uygulanmasına karar verebileceği gibi, tutuklu olan sanığın adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasına da karar verebilir. Kovuşturma evresi, *istinafi* da içerdiğinden, BAM de adli kontrol kararı verebilir⁷⁵.

Sulh ceza hâkiminin, CMK m. 163'te öngörülen istisna dışında soruşturma evresinde kendiliğinden tutuklama kararı vermesi mümkün olmadığı gibi, adli kontrol kararı vermesi de mümkün değildir. C. savcısı, tutuklama isteminde bulunmuş olsa bile, sulh ceza hâkimi, adli kontrol kararı verebilir⁷⁶.

Sanığın yokluğunda adli kontrole karar verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. CMK'da, sanığın yokluğunda tutuklama ancak istisnai hallerde

sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına çocuk hakimi tarafından karar verileceği belirtildiği halde adli kontrol ve tutuklama kararına hangi mercin karar vereceği belirtilmediğinden anılan madde gereği çocuk hakkında tutuklama kararını Sulh Hakiminin vermesi gerekir..." Y. 3. CD, E. 2007/4265, K. 2007/3641, T. 19.04.2007, YKD, Ağustos 2007, s. 1584. ÇKK'nda öngörülen yükümlülüklerin yetişkinler bakımından da uygulanabileceği yönünde bkz. ÖZGÜVEN, s. 333.

⁷² CMK m. 110/1'de soruşturma evresinin her aşamasında adli kontrolün uygulanabilmesi mümkün kılınmışken, 110/3'de de aynı esas kovuşturma evresine yönelik olarak kabul edilmiştir.

⁷³ CENTEL/ZAFER, s. 370.

⁷⁴ KARAKURT, s. 3.

⁷⁵ Buna karşılık, temyiz mahkemesi olan Yargıtay'ın adli kontrol kararı veremeyeceği yönünde bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 447.

⁷⁶ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 444.

mümkündür. Öte yandan CMK m. 101'e göre, tutuklama kararı verilmeden önce şüpheli ya da sanığın savunması alınmalıdır. Ancak adli kontrole ilişkin düzenlemelerde sanığa böyle bir imkân tanınmış değildir. Bu durumda, şüpheli veya sanığın yokluğunda ve savunması alınmadan adli kontrol kararı verilebileceği sonucuna ulaşılabilirse de, bunun sanık hakları yönünden sakıncalı olduğu da ileri sürülebilir⁷⁷. Ancak bu durumda da sınırlı bir uygulama alanına sahip olan adli kontrolün uygulama alanı, karardan önce sanığın savunması alınarak daha da daraltılmış olacaktır. Bu noktada, adli kontrol kararının, tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale gerektiren ve itirazı mümkün olan bir karar olduğu düşünülebilir⁷⁸. Bununla birlikte, AİHM'in tutuklamaya itiraz hususundaki içtihadı, genel olarak, koruma tedbirlerinde itiraz kurumunun işleyişi bakımından dikkate alınmaya değerdir. AİHM birçok kararında Türkiye'de tutuklu yargılamaya itiraz imkânlarını incelemiş ve Hükümetin, atıfta bulunduğu hukuk yolunun sanıklar için gerçek anlamda çekişmeli bir usul sunduğunu kanıtlayamadığına karar vermiştir. Bu durum, itiraz yolunun işleyişi bakımından da sıkıntılarının bulunduğunu göstermektedir⁷⁹. Buna rağmen, CMK m. 110'a göre, adli kontrol kararı verilebilmesi için C. savcısının istemi ve mahkemenin kararı yeterli olduğundan, şüpheli veya sanığın yokluğunda adli kontrol kararı verilebilmesine engel bir durum bulunmamaktadır⁸⁰.

5402 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu m. 12 ve 13'e göre, adli kontrole tabi tutulan şüpheli veya sanığın yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü'nce denetlenecektir⁸¹. Şube müdürlüklerinde yer alacak personelin kimlerden oluşacağı ve

⁷⁷ Bkz. KOCA, s. 139. Benzer görüşte, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 296; Özgüven, s. 340.

⁷⁸ Coşkun Neslihan, Adli Kontrol, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yeni CMK Dosyası, S. 3, Nisan 2005, s. 89.

⁷⁹ Kararlar için bkz. aşağıda başlık VIII altında yapılan açıklamalar.

⁸⁰ Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, s. 235.

⁸¹ Mahkemelerce 2006 yılında 6.980 şüpheli veya sanık hakkında, adli kontrol kararı verilmiş olup, karar sayısı 2007 yılının ilk dokuz ayında % 44 artarak 10.043'e yükselmiştir. Adli kontrol altına alınan şüpheli veya sanıklardan, 2.600 ünün infazı başarı ile tamamlanmış ve bu kişilerin ceza infaz kurumuna alınmadan yani tutuklanmadan yargılamaları sonuçlanmıştır. KAMER V. Kadri, Koruma Tedbirlerinden Adli Kontrol, http://www.cte-seslenis.adalet.gov.tr/arsiv/2007/68_kasim2007/makale/vkadri_kamer.htm, Erişim Tarihi, 26.5.2011, s. 2.

nitelikleri aynı kanununun 10. maddesinde belirtilmiş bulunmaktadır⁸². Kanunda ayrıca salıverilme sonrası kişilerin durumu ile adli kontrol altına alınan kişilerin durumu düzenlenmiş, adli kontrol çerçevesinde öngörülen yükümlülüklerin nasıl uygulanacağı hususu ise Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kuralları Yönetmeliği'nde (m. 19 vd.) belirtilmiştir⁸³. Bu hükümler ceza adaleti sisteminin etkinliğinin sağlanması bakımından önemlidir⁸⁴.

VI. Tedbirin Kaldırılması ve Tedbirlere Uymamanın Sonucu

Kanunda adli kontrol tedbirinin uygulanması sırasında, adli kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülüklerin tamamen ya da kısmen kaldırılabilirliği, değiştirilebilirliği ya da şüpheli veya sanığın bunlara uymaktan geçici olarak muaf tutulabileceği öngörülmüştür (m. 110/2).

CMK m. 111'e göre adli kontrol kararının kaldırılabilmesi mümkündür. Bunun için şüpheli veya sanığın istemde bulunmuş olması gerekir. Bu koşul yerine getirildiği takdirde C. savcısının görüşü alındıktan sonra hâkim veya mahkeme tarafından 110/2'ye göre karar verilecektir. Bu itibarla adli kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülüklerin tamamen ya da kısmen kaldırılabilirliği, değiştirilebilirliği ya da şüpheli veya sanığın bunlara uymaktan geçici olarak muaf tutulabileceği anlaşılmaktadır. Bu kararın beş gün içinde verilmesi gerekir.

⁸² Madde 10 - (1) Adalet komisyonunun bulunduğu yerdeki Cumhuriyet başsavcılığına bağlı olarak bir şube müdürlüğü kurulur. İş durumu ve coğrafi konum göz önüne alınarak Genel Müdürlüğün önerisi ve Bakanlık onayı ile şube müdürlüğü bulunmayan ilçelerde de denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerini yürütmek üzere şube müdürlüğüne bağlı büro kurulabilir.

(2) Şube müdürlükleri ve koruma kurullarının yetki alanı adalet komisyonunun, büroların yetki alanı buldukları ilçenin yargı çevreleri ile sınırlıdır.

(3) Şube müdürlüklerinde bir şube müdürü, bürolarda bir şef, yeterli sayıda psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog, öğretmen, benzeri alanlarda eğitim alan personel ile bu alanda özel hizmet içi eğitim almış diğer unvanlardaki personel ve yönetim hizmetlerini yürütecek görevliler bulunur.

(4) Şube müdürlüğüne, denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetleri için infaz ve koruma memuru atanması veya görevlendirilmesinde bu hizmetlere yönelik en az iki ay süreli hizmet içi eğitimi başarı ile tamamlamış olmaları koşulu aranır. Şube müdürlüğünden ceza infaz kurumlarına veya adliyelere, ceza infaz kurumlarından veya adliyelerden şube müdürlüğüne atama veya görevlendirmeye ilişkin adalet komisyonu kararları, ilgisine göre Genel Müdürlük veya Personel Genel Müdürlüğüne gönderilerek alınacak Bakanlık onayı ile tamamlanır.

⁸³ Ayrıntılar için bkz. ŞENTUNA s. 136. vd. 5402 Sayılı Kanunun 5, 11 ve 14. maddeleri 19.12.2006'de yürürlüğe giren 5560 Sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır.

⁸⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 64.2.

Tedbirlere uyulmamasının sonucu, CMK m. 112’de düzenlenmiştir⁸⁵. Buna göre, adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında hükmedilebilecek hapis cezasının süresine bakılmaksızın yetkili yargı merciinin hemen tutuklama kararı verebilmesi mümkündür. Böylece tutuklama yasağı öngörülen hallerde alınmış olan adli kontrol kararlarına isteyerek uyulmaması halinde de şüpheli veya sanığın tutuklanması mümkün olmaktadır. Ancak bu durum adli kontrolden beklenen yararın gerçekleşmesi açısından faydalı görülse de⁸⁶, eleştirilebileceğini de burada tekrar hatırlatmak gerekir⁸⁷. Belirtelim ki, adli kontrol tedbirinin gereklerine şüpheli veya sanık tarafından uyulmaması, otomatik olarak tutuklama kararı verilmesi sonucuna yol açmamalıdır. Sulh ceza hâkimi veya olaya bakan mahkeme, tutuklama açısından gerekli koşulların mevcut olup olmadığını değerlendirmelidir. Öte yandan her ne kadar adli kontrol için şüpheli veya sanığın savunmasının alınacağı açıkça öngörülmüş değil ise de; şüpheli veya sanık tarafından yükümlülüklerin ihlal edilmesi nedeniyle adli kontrol kararının kaldırılarak tutuklama kararı verilebilmesi için, CMK m. 100 ve devamında tutuklama kararı verilmesi için aranan gerekliliklere uyulmalıdır. Bu yönden, şüpheli veya sanığın savunmasının alınması ve bir müdafî yardımından yararlanma olanağının temin edilmesi, adil yargılama ilkeleri bakımından önem arz eder⁸⁸.

VII. Adli Kontrolün Sona Ermesi ve Mahsup

Adli kontrol koruma tedbirinin uygulanması bakımından kanunda herhangi bir sınır söz konusu değildir. Gerçekten tutuklama süreli olduğu halde, adli kontrol için bir süre öngörülmemiştir. Ancak tüm koruma tedbirleri gibi, adli kontrol de geçici nitelikte olduğundan, tedbirin uygulamasını gerektiren koşullar ortadan kalktığı ya da muhakeme hükmüyle sona erdiği takdirde, adli kontrole de son verilmesi gerekir⁸⁹.

⁸⁵ Burada “tedbir” yerine 109/3. ve 110. maddelerde olduğu gibi “yükümlülük”ten söz edilmesinin Kanunda terim birliğinin sağlanması açısından daha yerinde olacağını söylemek mümkündür. ÖZBEK/SOYER, s. 386.

⁸⁶ Öztürk/Erdem, s. 555; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 446. Aynı yönde, Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, 233.

⁸⁷ Bkz. yukarıda başlık IV, 1-b (ÖZBEK/SOYER, s. 386).

⁸⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 446-447.

⁸⁹ Bu bakımdan, kanunda açıkça beraat, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı

Ayrıca, CMK m. 109/6'da, adli kontrol altında geçen sürenin, muhakeme sonucunda hükmedilen cezadan indirilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bunun sebebi, adli kontrol kapsamında öngörülen yükümlülüklerin, kural olarak kişi özgürlüğüne müdahale oluşturmamasıdır⁹⁰. Ancak 109/3'ün (e) bendinde "özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek" şeklinde düzenlenmiş olan adli kontrol tedbirinde, bu hükmün istisnaen uygulanmayacağı, yani bu sürenin cezadan indirileceği de maddenin devamında belirtilmiştir (109/6, C. 2)

VIII. Adli Kontrol Kararına Karşı Başvurulacak Kanun Yolu

Adli kontrole ilişkin kararlara karşı itiraz kanun yolu açıktır (111/2)⁹¹.

Soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından verilmiş olan kararlar ile kovuşturma evresinde mahkemece verilen adli kontrol kararlarına karşı itiraz edilebilmesi mümkündür. İtiraz kanun yolu, CMK m. 267 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir⁹². Görüldüğü gibi, gerek so-

kararlarının adli kontrolü sona erdireceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta ise de böyle bir durumda sanığın serbest bırakılması gerekir. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 445.

⁹⁰ ÖZBEK/SOYER, s. 383. Aynı yönde, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 297.

⁹¹ "...anılan Kanun'un 111/2. maddesindeki "Adli kontrole ilişkin kararlara itiraz edilebilir." şeklindeki düzenlemeler karşısında, Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesince ilk defa şüpheli hakkında tahliye ve adli kontrole ilişkin karar verildiği cihetle, Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan 18.4.2008 tarihli itiraz üzerine bir karar verilmesi gerektiği dikkate alınmaksızın, yazılı şekildeki gerekçeyle itirazın reddine karar verilmesinde isabet görülemediğinden bahisle 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi gereğince bozulması lüzumu, Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 26.5.2008 gün ve 29640 sayılı Kanun Yararına Bozma talebine atfen C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye ihbar ve dava evrakı birlikte tevdi kılınmakla..." Y. 5. CD, E. 2008/9466, K. 2008/7622, T. 16.7.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim Tarihi: 20.09.2011.

⁹² "Kasten yaralama suçundan sanık M...B...nin yargılanması sonucunda adli kontrol tedbirinin uygulanmasına dair Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 9.5.2006 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenmeklesanık hakkında 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununun 20. maddesi gereğince verilen tedbir kararının, aynı Kanunun 14. maddesi uyarınca itiraza tabi olup, 5271 Sayılı CMK'nın 264. maddesi hükmü dikkate alınarak sanık müdafinin yasal süre içerisinde verdiği temyiz dilekçesi itiraz niteliğinde kabul edilip bu hususta merciince karar verilmek üzere dosyanın incelenmesizin mahalline iadesine oybirliği ile ..." Y. 2. CD, E. 2008/1572, K. 2008/7202, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

ruşturma, gerekse kovuşturma evresinde verilmiş olan adli kontrol kararlarına karşı itiraz yolu açıktır. C. savcısı tutuklama yerine adli kontrol kararı verildiği için itiraz yoluna gidebileceği gibi, adli kontrol isteminde bulunmuş olup da, bu istemin sulh ceza hâkimi veya olaya bakan mahkeme tarafından reddi kararına karşı da itiraz yoluna gidebilir. Şüpheli veya sanık da, adli kontrol kararına itiraz edebilir. Bununla birlikte şüpheli veya sanık, hukuksal yararı olmadığı için, adli kontrol yerine tutuklama kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle itirazda bulunamaz⁹³.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, koruma tedbirlerine itiraz müessesesinin işleyişini AİHM kararları doğrultusunda sorgulamak gerekir. AİHM birçok kararında Türkiye’de tutuklu yargılamaya itiraz imkânlarını incelemiş ve Hükümetin, atıfta bulunduğu hukuk yolunun sanıklar için gerçek anlamda çekişmeli bir usul sunduğunu kanıtlayamadığına ve AİHS’nin 5/4 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Örneğin, *Akalın/Türkiye (23480/06)*; *Koştı vd/Türkiye*; *Şayık vd/Türkiye (1966/07, 9965/07, 35245/07, 35250/07, 36561/07, 36591/07 ve 40928/07)*. 7 Aralık 2010 tarihli *Alp ve diğerleri/Türkiye* davasında da AİHM aynı hususu yinelemiş ve benzer bir sonuca ulaşmıştır (*Başvuru no. 34396/05, 8753/06, 37432/06, 37435/06, 2873/07, 24664/07 ve 44938/08*). *Erhan Dinc/Türkiye Davası (Başvuru No: 28551/06)* da burada örnek olarak verilebilir. Davada, tutukluluk haline karşı yapılan itirazı değerlendiren adli bir mercinin, özellikle çekişmeli yargı sürecinde taraflar arasında silahların eşitliği ilkesini de gözeten bir duruşmanın gerçekleşmesini sağlayacak hukuki güvenceleri sağlaması gerektiği içtihatlar ışığında vurgulanmıştır (Bkz. *Sanchez-Reisse-İsviçre*, 21 Ekim 1986, *Toth-Avusturya* 12 Aralık 1991, *Kampanis-Yunanistan* 13 Temmuz 1995, *Schöps-Almanya no:25116/94*). AİHM bunun yanı sıra yeni CMK’nın 271. maddesinin teoride bir hükümlünün temsilcisine veya sanık avukatına itiraz hakkının incelendiği sırada adli bir mercii tarafından dinlenme olanağını tanıdığını not etmektedir. Bununla birlikte, olası muhtemel bir duruşma talebi ise sanıklar ve/veya temsilcileri tarafından dile getirilse dahi hukuki yetkilinin inisiyatifine bırakılmaktadır. Mevcut başvuruda, başvuranın serbest bırakılma talebinin dosya üzerinden incelendiğini hatırlatan AİHM, görevinin bu davaya özgü

⁹³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 446.

koşulları incelemekle sınırlı olduğunu ve daha önceki başvurularda varmış olduğu sonuçların dışına çıkılmasını gerektirecek herhangi bir gerekçenin yer almadığını ifade ederek, başvuranın tutukluluk halinin yasallığına ilişkin yaptığı itiraz sürecinde AİHS'nin 5/4 maddesi gereğince hakkaniyete uygun yargılamanın gereğinin yerine getirilmediği sonucuna varmaktadır⁹⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki, adli kontrol kapsamında yer verilen yükümlülükler de, ilgilinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturmakta ise de CMK m. 141' de adli kontrol kararına hukuka aykırı olarak başvurulması durumunda ilgiliye tazminat ödeneceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa hukuka aykırı olarak başvuru bir adli kontrol sonucunda ortaya çıkan zararın tazmininin de mümkün kılınması gerekir⁹⁵.

SONUÇ

Tutuklama ve adli kontrol uygulamasında yaşanan büyük sorunların yasal düzenlemelerden çok uygulamadan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Anayasa, AİHS ve CMK'ya gerçek anlamda uygun olarak verilecek kararlarla, yaşanmakta olan sorunlar tümüyle ortadan kalkmasa da, azaltılabilir.

Kanunda, hakkında tutuklama kararı verilmiş olan şüphelinin veya C. savcısının istemi üzerine tutuklamanın adli kontrol tedbirine dönüştürülmesine olanak sağlanmış olmasına karşın, savcılarının bu olanağı yeterince kullanmamaları bir eksikliktir. Özellikle basın ve yayın araçlarının desteğiyle tutuklamanın bir tedbir değil, peşin cezalandırma olarak uygulanmasının teşvik ve destek görmekte olması, tutuklama dışında verilen tedbir ve tahliye kararlarının ağır eleştirilerle karşılaşması, masumiyet karinesi ve yargı bağımsızlığı ilkeleri çerçevesinde son derece üzücüdür. Ayrıca teftiş endişeleri ile tutuklayan değil, serbest bırakan yargıcın sorun yaşayacağı algısının güçlenmeye başlaması düşündürücüdür. Bu noktada, koruma tedbirlerine aykırılık halinde tazminatı düzenleyen hükümlerin genişletilmesi ve bu hükümlere işlerlik kazandırılması zorunludur.

⁹⁴ Aynı yönde, ayrıca bkz. Erkan İnan -Türkiye Davası (Başvuru No:13176/05); Sevim vd./Türkiye Davası (Başvuru No: 7540/07, 7859/07 ve 11979/07).

⁹⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 446.

Tutuklamanın katalog suçlar yönünden dahi daima son çare olduğu gözden uzak tutulmamalı, otomatik tutuklama kararlarından kaçınılmalı, öncelikle adli kontrol hükümlerinin uygulanması ya da tutuksuz yargılanması yönünde inceleme yapılmalıdır. AİHM kararlarında olduğu gibi tutuklu, tahliye nedenlerini kanıtlamak zorunda bırakılmamalıdır. Her durumda kararın gerekçesi açık, net ve sağlam bir biçimde ortaya konulmalı, muğlâk ifadelerden kaçınılmalıdır. Eğer tüm bu değerlendirmelere rağmen tutuklamada zorunluluk bulunuyorsa, adli kontrolün neden yetersiz kaldığı hususunda da aynı şekilde net bir açıklama yapılmalıdır.

Adli kontrolden beklenen faydanın, hukuk uygulamasının düzeltilmesinin yanı sıra, sosyal ve ekonomik koşullarla altyapı ve donanım eksikliklerinin düzeltilmesi ile de artacağını unutmamak gerekir. Adli konularda eğitilmiş, uzman bir kolluk teşkilatının adli hizmetlerin aksamsızın yerine getirilmesi bakımından önemli olduğu bir gerçektir. Adli kolluk teşkilatının yerleştirilerek sisteme kazandırılması haksız tutuklamaların da önlenmesi açısından faydalı görünmektedir. Ayrıca CMK m. 250 ile yetkilendirilmiş ağır ceza mahkemelerinin tutuklama konusundaki uygulamalarıyla ağır insan hakkı ihlallerine yol açmaları tüm Türkiye’deki yargılama makamlarını kişi hak ve özgürlükleri açısından “olumsuz örnek” olarak etkilemektedir. Bu anlayışın en kısa zamanda terk edilmesi, bir hem yasal bir zorunluluk, hem de Türkiye’nin uluslararası alandaki itibarının temini bakımından bir gerekliliktir.

KAYNAKLAR

Aydın Murat, “Adli Kontrol Tutuklamaya Ne Kadar Alternatif?”, HHD, Y. 3, S. 4, s. 31.

Amelung/Bemmann/Grünwald/Hassemer/Krauss/Lüderssen/Naucke/Rudolphi/Schubarth/Welp, Die Untersuchungshaft, Gesetzentwurf mit Begründung, Heidelberg 1983.

Beulke Werner, Strafprozessrecht, Heidelberg 2008.

Binici Hüsamettin, “Tutuklamaya Alternatif Olarak Adli Kontrol Kurumu”, Adalet Dergisi S. 29, Eylül 2007, s. 234.

- Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman/Mcbride Jeremy/ Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara, Kasım 2008.
- Centel Nur, “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım*”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsel’e Armağan, DEÜ Yayını, İzmir 2001, s. 514.
- Centel Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005.
- Coşkun Neslihan, “*Adli Kontrol*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yeni CMK Dosyası, S. 3, Nisan 2005, s. 89.
- Çolak Haluk, “*Fransız Hukukunda Adli Kontrol*”, Adalet Dergisi, Y. 93. S. 10, Ocak 2002, s. 7 vd.
- Darende Yeliz, “*Yeni CMK’da Adli Kontrol ve Tutuklama*”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_176.htm, Erişim Tarihi: 9.9.2011, s. 4.
- Di Fabio Udo, Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, 421.
- Dölling/Duttge/Rössner, Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls, Gesamtes Strafrecht, 2. Auflage, 2011.
- Dönmezer Sulhi, “*Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri*”, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, s. 20 vd.
- Feyzioğlu Metin, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler*”, <http://www.law.ankara.edu.tr/yazi-cidostu.php?yad=1340>, Erişim Tarihi: 15.06.2005, s. 1 vd.
- Graf, “*StPO § 116 Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls*”, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008.
- Hacıoğlu Caner, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1-2, Y. 2005, Erzincan 2005, s.171.
- Hakyemez Yusuf, Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Doğum Günü Armağanı, C. 2, Beta, İstanbul 2001, s.1311. vd.

<http://www.scribd.com/doc/36812727/Tutuklama-Raporu>

İnci Z. Özen, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, 2. Baskı, Ankara 2011.

Kahraman Mehmet, *Koruma Tedbiri Olarak Adli Kontrol*, (Yüksek Lisans Tezi), <http://www.belgeler.com/blg/16cb/koruma-tedbiri-olarak-adli-kontrol-judicial-supervision-as-a-means-of-custodial-precaution>, AÜSBE, Erzincan 2007.

Kamer V. Kadri, *"Koruma Tedbirlerinden Adli Kontrol"*, http://www.cte-seslenis.adalet.gov.tr/arsiv/2007/68_kasim2007/makale/vkadri_kamer.htm, Erişim Tarihi: 26.5.2011, s. 2.

Karakurt Ahu, *"Adli Kontrol Koruma Tedbiri"*, http://www.turkhukuk-sitesi.com/makale_374.htm, Erişim Tarihi: 1.9.2011, s. 11.

Karaosmanoğlu Fatih, *İnsan Hakları*, Ankara 2011.

Kaya Cemil, *"Yurt Dışına Çıkma Özgürlüğünün Engellenmesi"*, KHUKA Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Ocak 2005, s.47.

Koca Mahmut, *"Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının "Adli Kontrol" Tedbirinin Değerlendirilmesi"*, DEÜHFD, C. 5, 2003/2, s. 112 vd.

Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul, Ekim 2010.

Larguier Jean, *Procédure Pénale*, 15. Édition, Paris 1995, s. 116.

Merle Roger/Vitu André, *Traité de Droit Criminel*, Tome II, Procédure pénale, Troisième édition, Paris 1979.

Meyer-Ladewig Jens, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. Auflage 2011, Rn 6-11.

Oğurlu Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara 2002.

Özbek Veli Özer, *CMK İzmir Şerhi*, Ankara 2005.

Özbek V. Özer/Doğan Koray, *"Ceza Muhakemesi Kanununda 5560 Sayılı*

- Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*", CHD, Y. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 234.
- Özbek V. Özer/Kanbur Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2011.
- Özen Murat, "Adli Kontrol", *Adalet Dergisi*, Y. 100, S. 32, Eylül 2008, s. 184-185.
- Özgüven Duygu, "Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Adli Kontrol", *TBBD*, Y. 22, S. 81, Ankara Mart-Nisan 2009, s. 318.
- Özkurt Mehmet, "Koruma Tedbiri ve Adli Kontrol Kavramı", <http://www.ozkurt.av.tr/en/?p=214>, Erişim Tarihi: 26.05.2011, s. 1 vd.
- Öztürk Bahri /Erdem M. Ruhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası, Ankara 2008.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin/ Alan/ Esra, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2010.
- Pfeiffer, *StPO § 116, Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls Strafprozeßordnung*, 5. Auflage 2005, Rn 1-10.
- Roxin Claus, *Strafverfahrensrecht*, München 1987.
- Schädler, *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Auflage 2008, Rn 2.
- Stefanı Gaston/Levasseur Georges/Bouloc Bernard, *Procédure pénale*, Treizième édition, Paris 1987, no. 560.
- Sürücü Sinan A., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye'de Tutuklama*, Ankara 2010.
- Şahin Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2007.
- Şentuna M. Tarık, *Teori ve Uygulama Işığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama ve Adli Kontrol*, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2004.

- Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı Ankara 2010.
- Tröndle Herbert, Freiheit, Sicherheit und Recht, Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, NJW 2007, s. 199.
- Tunç Mehmet, "Adli Denetim, Tutuklamayı Önleyici ve Giderici Tedbirler", Adalet Dergisi, Y. 92, S. 6, Ankara, 2001, s. 149.
- Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2011.
- Valerius, EMRK Art. 5, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, 15.04.2011, Edition: 10, Rn 1.
- Volk Klaus, Strafprozessrecht, München 1999.
- Yılmaz Zekeriya, "Adli Kontrol", Ankara Barosu Dergisi, S. 2006/1, Y. 64, s. 35.

AIHS ve AIHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE YAKALAMA VE TUTUKLAMA KORUMA TEDBİRİ İLE KİŞİ GÜVENLİĞİ VE HÜRRİYETİNİN SINIRLANDIRILMASI

RESTRICT OF RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY WITH ARREST AND DETANTION WITHIN THE FRAMEWORK OF THE JUDGMENT ECHR AND CONVENTION

Behiye EKER KAZANCI*

Özet: AIHM kişi özgürlüğü ve güvenliğinin düzenlendiği AIHS m. 5' in uygulanabilmesi için gerekli kuralları belirlemektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği ancak 5. m.de belirtilen istisnalar çerçevesinde sınırlanabilir. Bu çerçevede özellikle yakalama ve tutuklama büyük önem arz etmektedir. Bu koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında sözleşmenin ihlal edilmemesi için AIHM'nin özellikle bu konuda Türkiye hakkında vermiş olduğu kararların iyi değerlendirilmesi gerekir.

Anahtar kelimeler: Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, AIHS m. 5, makul süre, yakalama, tutuklama, gözaltına alma

Abstract: ECHR set out principles to article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms which formulate to right to liberty and security. Liberty and security could determine only with in terms of exceptions in Art 5. In this context especially arrest and detention to be critically important. During to apply this legal measures, must be assessment of judgment of ECHR especially as regards for Turkey to keep away from breaking of covention.

Keywords: Right to liberty and security, ECHR Art. 5, reasonable time, arrest, detention,.

GİRİŞ

Türkiye'de meydana geldiği iddia edilen insan hakları ihlallerine ilişkin olarak, ülkemizin 1990 yılında Avrupa İnsan Hakları Divanının zorunlu yargı yetkisini tanımış olması sebebiyle, AIHM.'e yapılan başvurular sonucu Türkiye hakkında çok sayıda dava açılmış ve açılmak-

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

tadır. Bu davaların büyük bir kısmının konusunu yaşama hakkı, işken- ce ve kötü muameleye uğramama hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğünün ihlali oluşturmaktadır. Açılan davalar sonucu verilen kararlar, çoklukla Türkiye'nin aleyhine olarak, ihlalin olduğuna dair kararlardır. Bu davaların çok az bir kısmı düşme veya kabul edilmezlik kararı ile bir kısmı da dostane çözümle yani tarafların anlaşması suretiyle sonuçlanmıştır²

İnsan haklarına dayanan demokratik devlet kavramının sadece ül- kelerin iç sorunu olmaktan, herhangi bir ülkenin sadece kendi içinde uyguladığı bir siyasal rejim türü olmaktan çıkarıp Avrupa ülkelerinin ortak hukuksal mal varlığı niteliğine dönüştüren bu sözleşme bu yönü ile diğer uluslar arası belgelerden farklıdır; bir anlamda Avrupa'nın ortak anayasasıdır (anayasal belgesidir)³.

AİHS ve Eki Protokollerde öngörülüp, Avrupa Komisyonu ve AİHM içtihatlarıyla bu güne kadar geliştirilip anlam kazandırılan in- san hakları ile ilgili olarak ister Avrupa Konseyi üyesi diğer devlet- lerden devlet başvurusu şeklinde gelsin, isterse de bireylerden kişisel başvuru şeklinde gelsin insan hakları iddialarının iç hukuk yoluyla çözümediği gerekçesiyle, uluslar arası bir denetime tabi tutulmasının kabul edilmesi, bir ülkenin insan haklarına saygı konusunda ne denli duyarlı olduğunu ortaya koyan somut bir örnektir⁴.

AİHS uluslararası belgelerden gerek amacı, gerek içeriği, gerek konusu ile farklı bir niteliğe sahiptir, sözleşme ülkelerin iç hukuku düzenlerinde doğrudan uygulanırlığa sahip olan mahkemeler önünde doğrudan ile sürülebilecek bir kurallar bütünüdür⁵.

² AİHM verilerine göre 1959-2010 yılları arasında Türkiye aleyhine toplam 2573 adet başvuru yapılmış ve bunların 2245 adedinde ihlal tespit edilmiştir. Bu ihlallerden 516 sının ise kişi güvenliği ve hürriyetini düzenleyen 5. maddenin ihlal edildiği- ne dairdir. Bkz. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056BF32A/0/Tableau_de_violations_19592010_ENG.pdf.

³ Batum, Süheyl Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları 1996, s. 13. Reisoğlu, Safa, Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, İstanbul 2001, s. 164 vd; Döner, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003, s. 40.

⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 68 vd; Alman hukukuyla ilgili olarak benzer yönde bkz. Greger, Anette, Herausforderung Sicherungsverwahrung- Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR(M. Gegen Deutschland) umgehen kann-, NStZ 2010, s. 677.

⁵ Batum, s. 22; Gölcüklü, A. Feyyaz/Gözübüyük, A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi Ve Uygulaması, 3. Bası Ankara 2002, s. 11 vd.; Ergül, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2003, s. 8 vd.

AİHS'nin 1. maddesinde yüksek sözleşmeciler tarafı kendi yargı yetkileri içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar⁶.

Anayasanın 12. maddesinde *“Herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir”* denilmek sureti ile sözleşmenin 1. maddesinin paralel bir düzenleme getirilmiştir.

A. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI AÇISINDAN KORUMA TEDBİRLERİ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireyin bedeni hareket serbestliğinden alıkonulamaması, istediği gibi hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olması demektir⁷. Yine belirtmek gerekir ki, bilindiği gibi kanunlarda ve uluslararası sözleşmelerde gösterilen şartlar gerçekleşmeden yakalama, gözaltına alma, tutuklama ya da buna benzer bir uygulama yapılabilmesi mümkün değildir⁸.

AİHS m. 5 bir karene olarak *“herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı olduğunu”* ifade etmiştir. Özgürlük ve güvenlik hakkının aynı madde içinde düzenlenmiş olması, özgürlük ve hak kavramlarının tek bir gerçeğin iki yönü olmasından, bu ifadenin bir bütün olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır⁹. Kişi özgürlüğü; fizik ya da beden özgürlüğü, başka bir ifadeyle hareket, yer değiştirebilme serbestisini ifade etmektedir. Güvenlik ise özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması anlamındadır¹⁰. Bu itibarla belirtmek gerekir ki, güvenlik kavramının kendine özgü bir anlamı bulunmamaktadır. Özgürlük kavramıyla bağlantılı olarak anlaşılma-

⁶ Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları I, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 17, Ankara 1995, s. 345 vd.

⁷ Schädler, MRK Artikel 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, Rn. 2; Meyer-Ladewig, Jens, EMRK Artikel 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit, Europaeische Menschenrechtskonvention 3. Auflage 2011, Rn. 1. Ayrıca bkz. Kuzu, Burhan, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma, Aral Armağanı, Kocaeli 2001, s. 183 vd.

⁸ Bu şartlara uyulmadan yapılan yakalama, gözaltına alma, adli kontrol veya tutuklama bu insan hakkının ihlal edildiği anlamına gelir. Bkz. Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s.541 vd.

⁹ Di Fabio, Udo, Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, s. 421 vd.

¹⁰ Gölcüklü/Gözübüyük, s.178-179. Ayrıca bkz. Macovei, Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitabı, 2003, s. 6.

lıdır¹¹. Zira 2. cümleden ve müdahale koşullarına yer veren izleyen fıkralardan AİHS m. 5' in yalnızca yakalama ve tutuklamaya karşı düzenlendiğini, başka bir ifadeyle yalnızca hareket özgürlüğünü garanti altına aldığını anlıyoruz¹².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlük ve güvenlik hakkının önemini pek çok davada vurgulamıştır¹³.

Özgürlük hakkı AİHS m. 5/1 (a) ve (f) bentlerindeki istisnalar çerçevesinde sınırlanabilir. Ancak özgürlük ve güvenliğe karşı yapılacak müdahalelerin iç hukukta öngörülen düzenlemelere uygun olması başka bir ifadeyle müdahalenin yasal olması zorunludur¹⁴.

Aynı şekilde AİHS ile paralel düzenleme getiren Anayasa' ya göre de temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.

Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasında sayılan istisnalar şunlardır:

- a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi¹⁵;
- b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

¹¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 278.

¹² Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, yakalanan tutuklanan kişiye yönelik davranışlar (yakalama sırasında zor kullanma gibi) kişi özgürlüğü çerçevesinde değil, işkence yasağı bağlamında ele alınmalıdır (Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 169).

¹³ Örneğin, 25 Mayıs 1998 tarihli Kurt/Türkiye kararı, (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

¹⁴ Şahbaz, İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Barolar Birliği Dergisi, Yıl 18, Sayı 58, Mayıs Haziran 2005, s.165.

¹⁵ Bu çerçevede belirtelim ki, hapis cezası nedeniyle özgürlüğün sınırlandırılması ancak mahkeme tarafından verilen bir karara dayanarak mümkündür. Bu yüzden idari bir karara dayanarak işlenen suç nedeniyle kişi özgürlüğü ortadan kaldırılamaz. Aynı zamanda bu bentteki düzenleme mahkum edilen kimsenin temyiz aşamasına kadar tutuklu bulundurulmasını meşru kılmaktadır. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 170; Kabahatler Kanununda düzenlenen eylemler de suç değil kabahat olduğu için, bu eylemler bakımından da özgürlüğün kısıtlanması yoluna gidilemez. Bkz. Soyaslan, Doğan, Yakalama, Uğru Alacakaptan' a Armağan, C. 1, İstanbul 2008, s. 663; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, No. 63.3

- c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;
- d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;
- e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;
- f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması.

Kişi özgürlüğüne müdahale, gözaltına alma, tutuklama, muhafaza altında tutma hallerinde olduğu gibi, kural olarak kilit altında tutmak olarak anlaşılır. Ancak Mahkeme, bir adanın belli bir bölümünde zorunlu ikamete tabi tutulmasını da bu çerçevede değerlendirmektedir.¹⁶ Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, AİHS m. 5/1' de öngörülmüş bulunan suç işleme şüphesi, suçun işlenmesinin önlenmesi veya kaçmayı önleme dışında kalan bir amaçla yakalama ve tutuklama yoluna gidilmesi mümkün değildir¹⁷.

Bunun yanında AİHM örneğin emniyet müdürlüğünde ya da yabancı kabul ve barınma merkezinde muhafaza edilen mülteciler

¹⁶ Bkz 06.11.1980 tarihli Guzzardi/İtalya kararı (Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Cilt 1, 2. Bası, Ankara 2003, s.372) . Ayrıca Doğru, Osman, Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu, Türkiye Barolar Birliğince 26-27 Eylül 2003 Tarihlerinde Yapılan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, TBB. İHAUM. Yayını, Aralık 2004, s. 187.

¹⁷ Bu gerekçeyle CMUK m. 104'de bulunan 6 aydan daha az hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda toplumda infial uyandırdığı gerekçesiyle tutuklama kararı verilebilmesinin Sözleşmeye aykırı olduğu ve kaldırılması gerektiği yolunda eleştiriler bulunmaktadır. Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 283.

bakımından, bu kişilerin buralarda tutulması, şahıslara idari merciler tarafından uygulanan kısıtlamalar nedeniyle iç hukuktaki sınıflandırmanın ne şekilde olduğuna bakmaksızın, “özgürlükten mahrum bırakma” olarak nitelendirilebileceğine hükmetmiştir. 5. maddede bireyin özgürlüğüne devlet tarafından keyfi müdahale edilmesine karşı korunmasını güvence altına almaktadır. Hangi durumlarda devlet bu konuda izin verildiği de maddede açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede m.5/1-f de belirtilen istisna, devletin yabancıların özgürlüğünü göçmen kontrolü kapsamında denetim altında tutmasına izin vermektedir. Ancak bir şahsın sözkonusu bendin ikinci kısmı uyarınca özgürlüğünden mahrum bırakılması, ancak sınırdışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması halinde haklı olacaktır. Ancak sözkonusu işlemler gerekli titizlik gösterilmeden yapılıyorsa tutukluluk 5/1 maddesinin (f) bendine göre izin verilebilir olmaktadır. Bu bağlamda AİHM başvuruların tutukluluğunun iç hukukta yasal dayanağının olup olmadığına bakmaktadır. Hükümet tarafından ileri sürülen hükümler geçerli seyahat belgesi olmayan ve sınırdışı edilmeyen yabancıların İçişleri Bakanlığı tarafından tayin edilen yerlerde kalmaları zorunluluğunu içermektedir. Dolayısıyla bir özgürlükten yoksun kılma değildir. Bu hükümler tutukluluğun yeterli yasal dayanağını oluşturamamaktadır. Dolayısı ile ulusal mevzuat kişileri keyfi tutuklamalara karşı koruyamamaktadır. Bu nedenle de m. 5/1 ihlal edilmiştir¹⁸.

Sözleşmenin 5. maddesi, ilk fıkrasında hangi durumlarda kişi hürriyeti ve güvenliğinin sınırlanabileceğini düzenledikten sonra diğer fıkralarında özgürlüğü kısıtlanan kişinin keyfi uygulamalara karşı sahip olduğu hakları düzenlenmiştir.

Bu çerçevede belirtelim ki, özellikle kamu düzeninin korunması için kovuşturulup cezalandırılmasını sağlama zorunluluğu nedeniyle kişi özgürlüğünün kısıtlanabilmesi mümkündür. Ancak özellikle ifade edelim ki, kişi özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin koşulların önceden yasayla açıkça gösterilmesi ve keyfiliğe karşı korumanın sağlanması gerekmektedir¹⁹.

¹⁸ Bkz. 22.09.2009 tarihli Abdolkhanı ve Karimnia/Türkiye Kararı.

¹⁹ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2010, s. 168.

2. fıkraya göre maddenin 1. fıkrasında istisna edilen haller nedeniyle yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilmelidir (AİHS. md.5/2).

Yine 3. fıkrada ise işlediği suç nedeniyle 5.maddenin 1. fıkrasının c.bendinde öngörülen koşullara dayanarak yakalanan veya tutulan herkesin, hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılması gerekliliği vurgulanmıştır²⁰. Sözleşmeye göre, kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır ve salıverme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata da bağlanabilecektir (AİHS. md.5/3).

Sözleşmenin 5.maddesinin 4. fıkrasına göre, yakalanma veya tutuklanma suretiyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesini ve kanuna uygun görülmemesi halinde serbest bırakılmasını sağlaması için bir mahkemeye başvurma hakkında sahiptir.

Sözleşmenin 5.maddesinin hükümlerine aykırı olarak bir tutuklama veya gözaltına alınma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.

B. MAKUL ŞÜPHE VE ÖZGÜRLÜĞÜN SINIRLANMASININ HUKUKA UYGUNLUĞUNUN KOŞULLARI

Kişi özgürlüğünün 5. maddede öngörülen istisnalar çerçevesinde sınırlanabilmesi için, kendisine suç isnat edilen kişinin bu suçu işlediğini gösteren, en azından, makul şüphenin bulunması sözleşmeye göre zorunluluk arz etmektedir. Makul şüphenin ne olduğu sözleşmede düzenlenmemiştir. AİHM bunu içtihatları ile belirleme yoluna gitmektedir.

²⁰ Konuyla ilgili olarak AİHM'nin bir çok kararı bulunmaktadır. Bkz. 11.07.2000 tarihli Dikme/Türkiye kararı; Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 29.11.1988 tarihli karar (bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=178>); 14.11.2000 tarihli Taş/Türkiye kararı; 20.10.2005 tarihli Tunç/Türkiye kararı; 18.12.1996 tarihli Aksoy/Türkiye (bkz. www.İnhak-bb.adalet.gov.tr).

AİHM içtihatlarına göre, şüphenin “makul” sayılabilmesi için, kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda tarafsız bir gözlemciyi inandırabilecek, fiile ait kanıt, belge ya da herhangi bir belgenin bulunması zorunludur²¹. Makul şüphenin bulunduğuna dair, Mahkemeyi ikna edebilecek bilgi ve olaylar göstermelidir²². Bu itibarla duygu, içgüdü, varsayım ya da önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle kişi özgürlüğünün sınırlanması mümkün değildir²³. Ancak derhal belirtelim ki, şüphenin, kamu davası açmayı gerektirecek bir yoğunluğa ulaşmış olması gerekmemektedir²⁴.

Ancak bir kimsenin suç işlediğinden şüphe duymak için maddi bulgular yoksa kişi özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Bu çerçevede genel olarak önleyici nitelikli yakalama yapılabilmesi mümkün değildir. Bir kimse ancak belirli bir suç işleyeceğine dair somut bir şüphe varsa ve daha sonra hakkında cezai işlem yapmak amacıyla özgürlüğünden mahrum bırakılabilir. Bu itibarla genel olarak tehlikeli olarak görülen kimselerin özgürlüğünün sınırlanması sözleşmeye aykırı olacaktır²⁵.

Makul şüphenin aranacağı konusu CMK’da, gözaltı için “Kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı” tutuklama için “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular” şeklinde ifade edilmiştir²⁶.

²¹ Schaedler, EMRK Artikel 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit, in: Karlsruher Kommentar, 6. Auflage 2008, Rn. 10. Konuyla ilgili mahkeme kararları için Bkz. 6.04.200 tarihli Labita/İtalya kararı; 22.10.1987 tarihli Erdagöz/Türkiye kararı(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

²² Meyer-Ladewig, Rn. 11.

²³ Özdek, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Birinci Baskı, Mart 2004, s.186; Macovei, s.29. Bu çerçevede belirtelim ki yalnızca bilgi almak için yakalama sözleşmeye uygun değildir. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.173.

²⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.284. AİHM, Hüseyin/Devrim Berktaş kararında başvuranın yakalanması ve gözaltına alınmasına ilişkin delilleri değerlendirmiş ve dosyada inandırıcı delillerin mevcut olduğu sonucunun çıkarılmasının mümkün olmadığı, yakalama müzekkeresi dışında ilgiliye karşı oluşan şüphelerin dayanağı olan diğer bulgular sunulmadığı ve bu nedenle AİHS’nin 5/1-(c) bendinin aradığı asgari koşulların oluşmadığı sonucuna vararak ve Sözleşme’nin ihlal edilmesine karar vermiştir. Bkz. 01.03.2001 tarihli Hüseyin/Devrim Berktaş/Türkiye kararı (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

²⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 173. Yazarlara göre daha önce bir devlet yöneticisine karşı eylem yapan bir şahsın aynı yönetici diye yakalanıp karakolda tutulması Anayasa’ya, TCK’ya CMK’ya, AİHS’ne ve İHEB’e aykırıdır.

²⁶ Bkz, Öztürk/Ertem, Ceza Muhakemesi, s. 538 vd.; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Ertem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, F. Yasemin/Alan, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2009, s. 387;

Ayrıca anayasanın 19. maddesinde “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan” demek sureti ile kişi hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için makul şüpheden de öte kuvvetli şüphenin bulunması aranmaktadır²⁷.

Sözleşme, yakalama tedbirine başvurulabilmesini, yetkili merciler önüne çıkarılmak amacı ve suç işlenmesini önleme veya şüphelinin suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu bulunan haller ile sınırlamıştır (AİHS. md.5/1-c). Ancak Mahkeme bu şartları geniş yorumlamakta ve kişinin yargı sürecine müdahale riskini ve kamu düzenini muhafaza etme ihtiyacını da AİHS. md. 5/1-c kapsamında kişi özgürlüğünü sınırlama sebebi olarak kabul etmektedir²⁸.

Bunun yanında AİHM, 30.08.1990 tarihinde verdiği Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık kararında²⁹ “şikayetçilerin sırf IRA’ ya mensup teröristler oldukları kuşkusuyla yakalanmış ve tutuklanmış olmalarının, yeterli bilgi ve olayların yokluğunda bir suç işlemiş olma kuşkusunun makul bir gereksinimi oluşturmayacağı”nı belirtmiş ve böylelikle makul neden kavramından ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirmiştir³⁰.

Özbek ve diğerleri, s. 276 vd. Aynı şekilde Alman Ceza Muhakemesi hukukunda da tutuklama yapılabilmesi için “dringende Tatverdacht” yani kuvvetli şüphe aramaktadır. Bkz. Graf, STPO § 112 Voraussetzungen der Untersuchungshaft; Haftgründe, in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, Rn. 6; Pfeiffer, Gerd, § 112 Voraussetzungen der Untersuchungshaft; Haftgründe, in: Strafprozeßordnung, 5. Auflage, 2005, Rn. 2; König, 1.Dringender Tatverdacht(§ 112 Abs.1 S.1 StPO), in: Widmaier, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 1. Auflage 2006, rn. 2; Beulke, Werner, Strafprozessrecht, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2008, Rn. 210; Volk, Klaus, Strafprozessrecht, München 1999, s. 46 vd.; Amelung, Knut/Bemmann, Günter/Grünwald, Gerald/Hassemer, Winfried/Krauss, Detlef/Lüderssen, Klaus/Naucke, Wolfgang/Rudolphi, Hans-Joachim/Schubarth, Martin/Welp, Jürgen, Die Untersuchungshaft, Heidelberg 1983, s. 60 vd.

²⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, no.63.3; Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, s. 221; İnci, Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Ceza Muhakemesinde Tutuklama, Ankara 2008, s. 77 vd.; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 361.

²⁸ Bkz. Macovei, s.33; Kaçma tehlikesi nedeniyle yakalama ve tutuklamada, Mahkeme’ye göre, kaçma tehlikesinin varlığı, yalnızca hükmedilmesi muhtemel cezanın ağırlığı ile değil, kaçma tehlikesinin varlığını teyit eden veya bu tehlikenin tutuklanmayı haklı gösterecek kadar büyük olup olmadığını gösteren başka unsurlar temelinde de incelenmesi gerekir. Bkz. 20.10.2005 tarihli Karagöz/Türkiye kararı; 17.03.1997 tarihli Muller/Fransa kararı, 26.06.1991 tarihli Letellier/Fransa kararı (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

²⁹ Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 21.

³⁰ Mahmutoğlu, Fatih Selami, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku,

Kişi özgürlüğünün sınırlanabildiği hallerde aranan ön şart “*hukuka uygunluk koşulu*” olarak da bilinen, işlemin yasada belirlenen yollara uygun olması şartıdır³¹. Hukuka uygunluk şartı, hem usul kurallarına hem de esasa ilişkin kurallara uygunluk olarak anlaşılmalıdır³². Ancak derhal ifade etmek gerekir ki, burada aranan sadece kanuna uygunluk değildir. Olması gereken hukuka uygun olma, başka bir ifadeyle haklı değildir³³.

Mahkeme burada sözü edilen hukuka uygun olma şartını keyfi olmama olarak algılamaktadır. Kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılması işlemlerinin örneğin hakim ve savcı kararı olmaması nedeniyle, hukuka uygun olmadığı, keyfi olduğu için sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmiştir³⁴. Aynı şekilde Kurt/Türkiye kararında sözleşmenin bu şekilde hüküm sevketmesinin kişilerin keyfi uygulamalardan korunmasını sağlamak amacını taşıdığını da ayrıca belirtmiştir³⁵.

Kunter Armağanı, İstanbul 1998, s. 163.

31 Bu çerçevede Anayasal olarak da aranan bu derecede sıkı koşullar belirtmiş olduğumuz bu hak ve özgürlüklerin, meşru olan ceza yargılaması amacıyla sınırlandırılabilmesine izin verilmekle birlikte, yine de güvence altına alınmaya çalışılmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Yurtcan, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, İstanbul 2005, s. 214. bu çerçevede bu hak ve hürriyetlere yönelik sınırlama ancak Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır. Yasal sınırlama ancak ilgili maddede o hürriyet için öngörülmuş olan sınırlama nedenlerine dayanabilir. Bkz. Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 103.

32 Macovei., s.9; ayrıca bkz. Dörr, Dieter, EGMR: EMRK: Recht auf Freiheit – Keine Strafe ohne Gesetz, JuS 2010, s. 1121 vd. Bu çerçevede belirtilmelidir ki, kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının AİHS' e uygun olması için somut bir suç isnad edilmesine bağlı olduğu belirtilmelidir. Somut bir suç isnad edilmeden genel olarak yapılacak hürriyeti kısıtlama sözleşmeye aykırı olacaktır. Bkz Müller, Verena Michaela, Die Verfassungsmaessigkeit des § 66 b Abs. 3 StGB im Licht der Entscheidung des EGMR vom 17.12.2009, EuR 2011, s. 428. Ayrıca bkz. Esser, Robert/Gaede, Karsten/Tsambikakis, Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010- Teil I, NStZ 2011, s. 80; Kreuzer, Arthur, Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, ZRP 2011, s. 9.

33 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, no. 63.1 vd.

34 Bkz. 13.11.2003 tarihli Elçi ve Diğerleri/Türkiye kararı (www.inhak-bb.adalet.gov.tr).

35 25.5.1998 Kurt/Türkiye kararı (www.inhak-bb.adalet.gov.tr), bu çerçevede AİHM Öcalan/Türkiye kararında yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin kanunda öngörülen prosedüre uygun olduğundan bahisle m. 5/1' in ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bkz. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, s. 19.

Devlet gerek maddi ve gerekse muhakeme hukukuna ilişkin hükümlere uygun hareket etmekle yükümlüdür³⁶. Bunun sağlanabilmesi için kişilerin özgürlüklerinden yoksun kılınması için gereken koşulların kanunla açık olarak belirlenmiş ve uygulamanın öngörülebilir olması zorunludur. Bu çerçevede AİHM ulusal kanunda öngörülen koşullara uyulmamış olmasına başka bir inceleme yapmaya gerek görmeden sözleşmenin ihlali olarak kabul etmektedir³⁷.

C. KAYDA GEÇMEYEN GÖZALTILAR NEDENİYLE 5. MADDENİN İHLALİ

AİHS yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kişi özgürlüğü ve güvenliği anlamında çok önemli bazı haklar ve korumalar getirmiştir. Bu çerçevede sözleşme tarafından bu hakların korunabilmesi için de bir takım kayıtların tutulması ispat açısından zorunluluk taşımaktadır. Zira kolluk tarafından yapılan bir gözaltı işlemine rağmen, bu işlemin hangi tarihte kim tarafından ne şekilde gerçekleştirildiğine dair kayıt tutulmamış olması halinde ya da kayıt tutulmakla birlikte bu kayıtlarda eksiklikler bulunması halinde sözleşme ile sağlanmış bulunan bu haklardan yararlanma imkânı da bulunmayacaktır³⁸.

AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği kararların önemli bir kısmı, Mahkeme'nin, gözaltında ölüm, gözaltında kaybolma ve gözaltında işkence ve kötü muameleye ilişkin şikâyetler sonucu verdiği kararlardır³⁹. Mahkeme, birçok başvuruda, Hükümetin bu kişilerin gözaltına

³⁶ CMK' da yakalama ve gözaltına alma ilgili hukuku koşulların ayrıntıları için bkz. Yokuş- Seviük, Handan, 5271 Sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, HPD S. 3, Nisan 2005, s. 63-70; Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhkemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, SÜHFD C. 14, S. 1(2006), s. 137 vd., Uygulamada yapılan yanlışlıklara yönelik eleştiriler için bkz. Şen, Ersan, İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama, THD Şubat 2009, S. 30, s. 23.

³⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 169. yazarlar uygulamada CMK'da yer alan bazı basit kuralların bile gözardı edilebilmesinin şaşırtıcı olduğunu ifade etmektedir. CMK m. 91/3'te yer alan süre uzatmayla ilgili kuralın aslında her defasında birer gün olmak üzere toplam üç gün uzatılabileceğine dair kuralın bir kerede 3 gün uzatma şeklinde uygulanmasının izahının bulunmadığı haklı olarak belirtilmiştir.

³⁸ Doğru, Osman, Kişi Özgürlüğü İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Beşinci Maddesinin İnsan Hakları Tarafından Yorumu, Türkiye Barolar Birliğince 26-27 Eylül 2003 Tarihlerinde Yapılan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı İsimli Sempozyumda Yapılan Konuşmadan, TBB.İHAUM.Yayıncı, Aralık 2004, s.191.

³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Önok, Rifat Murat, Uluslar arası Boyutuyla

alınmadıklarını iddia ettiği durumlarda bunu ispat için sunduğu gözaltı kayıtlarını inandırıcı ve güvenilir bulmamış ve tanık beyanlarına itibar ederek gözaltına alma işlemini gerçekleşmiş saymış⁴⁰, Sözleşmenin 5. maddesinin bir bütün olarak ihlal edildiğine karar vermiştir.

Gözaltına alma işlemlerinin denetlenmesi CMK' nın 92 maddesinde Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendirileceği Cumhuriyet Savcısının nezarethaneleri, ifade alma odalarını, gözaltında bulunan kişilerin durumlarını, gözaltına alınanın neden ve sürelerini, gözaltına alma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetleyeceğini belirterek gözaltına alınanın sıkı bir şekilde denetlenmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Mahkeme kararlarına göre gözaltı kayıtları, gözaltı tarihini, saati ve yerini, gözaltına alınan kişinin açık kimlik bilgilerini, gözaltına alma sebeplerini, gözaltına alma kararı veren yetkilinin kimlik ve görev bilgilerini, gözaltından çıkış zamanını ve nedenini ve bunun gibi birtakım bilgileri doğru bir şekilde içermelidir⁴¹.

D. HAKKINDAKİ İSNADI ÖĞRENME HAKKI

Sözleşmenin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, kişi özgürlüğü kısıtlanan, başka bir ifadeyle yakalanan, tutulan (gözaltına alınan veya tutuklanan) kişiye, bazı haklar tanınmıştır. Bu haklardan bir tanesi, özgürlüğü kısıtlanan kişiye bu işleme maruz tutulmasının nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilmesi zorunluluğudur⁴². AİHM'e göre gerek maddi olaylar gerek bunlara ilişkin hukuki nitelendirmeler hakkında derhal ayrıntılı bir bilgilendirme yapılmalıdır⁴³.

İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 222 vd.

⁴⁰ Özdek, s.183.

⁴¹ Bu konuda verilmiş kararlardan bazıları 25 Mayıs 1998 tarihli *Kurt/Türkiye* kararı; 13.6.2000 tarihli *Timurtaş/Türkiye* kararı; 8.7.1999 tarihli *Çakıcı/Türkiye* kararı; 27.02.2001 tarihli *Çiçek/Türkiye* kararı; 31.05.2001 tarihli *Akdeniz ve Diğerleri/Türkiye* kararı; 17.07.2001 tarihli *İrfanBilgin/Türkiye* kararı; 18.6.2002 tarihli *Orhan/Türkiye* kararı (bkz.:<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

⁴² Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 287; Öztürk ve diğerleri, s. 392; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, s. 157; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 64.

⁴³ Ünver/Hakeri, s. 217.

CMK m. 90/4' te "kolluk yakalandığı sırada kaçmasını kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir" şeklinde bir düzenleme getirmiş ve böylelikle Sözleşmede öngörülen yükümlülüğü yerine getirmiştir⁴⁴.

Sözleşme böyle bir hüküm getirmekle, maddi bir hatayı önlemekten çok, özellikle maddenin 4. fıkrasında yer alan itiraz hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamayı amaçlamaktadır⁴⁵. Çünkü kişi ancak kendisine bu yönde bilgi verirse kollukta veya savcılıkta ifade verirken ve hâkim önüne çıkarıldığında kendini savunma hakkını kullanabilecektir. Bu nedenle kişiye verilecek bilginin, kendisinin hangi fiil nedeniyle suçlandığını ve bu fiilin hukuki niteliğinin ne olduğunu içermesi zorunludur⁴⁶. Kişiye verilen bilgideki eksiklikler hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder⁴⁷.

Bildirim mutlakla yakalama anında yapılması gerekli ve zorunlu değildir. AİHM, şüpheliye yakalanmasına ilişkin uygun bilginin, yakalandığı günün akşamı veya yakalandıktan iki gün sonra bildirilmesini yeterli görmektedir⁴⁸. Kısaca bildirim en kısa sürede yapılması gerekmektedir⁴⁹.

Ancak Mahkeme, bilginin açıkça verilmiş olmasını aramamaktadır. Somut isnat ve yakalama ile durumlar göz önünde bulundurulduğunda, o kişinin niçin yakalandığı ortaya çıkıyorsa, açıkça bilgilendirme yapılması beklenmemektedir⁵⁰. Ancak doktrinde de haklı olarak

⁴⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, No. 28.8.

⁴⁵ Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, A.Ü.S.B.F.D., Cilt 49, Haziran - Aralık 1994, Sayı 3-4, s.209 .

⁴⁶ Şahin, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.172 - 175; Eisenberg, Ulrich, *Beweisrecht der StPO*, 7. Auflage, 2011, Rn. 743; Deckers, Rüdiger, *Verteidigung in Haftsachen*, NJW1994, s. 2264; Beulke, Rn. 119; Volk, s. 31 vd.

⁴⁷ Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, D.E.Ü.H.F. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 101

⁴⁸ Bkz.: 21.12.2000 tarihli Eğmez/Kıbrıs kararı; 05.04.2001 tarihli H.B/İsviçre kararı. (bkz.:<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

⁴⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 181; Şentuna, Mustafa Tarık, *Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, Ankara 2007, s. 69.

⁵⁰ Kühne, Hans- Heiner, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tutuklama Konusundaki Yargısı*, 2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme,(Çev: Şimşek, Oğuz Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin Yayınları, 2004, s.162; Ayrıca bkz: Mahkemenin 10.04.2001 tarih-

belirtildiği üzere ulusal hukukumuzda böyle bir yorum geçerli değildir. AİHS asgari standartları belirlemektedir. Ulusal hukukumuzda yakalanan ve tutuklanan kişiye hakkındaki isnadın bildirilmesi konusunda açık hükümler mevcuttur. Bunlara uyulmak zorundadır⁵¹.

Madde de geçen “İlgilinin anladığı bir dilde” deyimini, hem konuşulan dili hem de durumun fiili ve hukuki açıdan izah edilmesini ifade eder⁵². Yani teknik bir anlatımdan çok, kişinin başına ne geldiğini onun anlayacağı dille anlatmak önemlidir⁵³. Yaş ve akli durum dikkate alınarak anlatım, gerektiğinde veli, vasi veya vekile yapılmalıdır. Yine, gerektiğinde anlatım dili körler alfabesi, dilsiz alfabesi de olabilecektir⁵⁴.

E. HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI VE UZUN GÖZALTI SÜRELERİ

İşlediği suç nedeniyle m. 5/1c’de öngörülen koşullara dayanarak yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır (AİHS. m.5/3 – birinci cümle)..

Hâkim önüne çıkarılma hakkı CMK m.91/ 6’da gözaltına alınan kişinin bırakılmaması halinde gözaltı sürelerinin sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılması gerektiğini belirterek düzenlemiştir.

Sözleşmeye göre kamu makamları, gözaltında tutmakta oldukları bir kişiyi ya salıverecekler veya kendisini hâkim önüne çıkaracaklar ve hâkim tarafından tutulmasının devam etmesine (tutuklanmasına) karar verilmesini isteyeceklerdir⁵⁵. Bu hüküm, gözaltına alan idari makamlara serbest bırakmadıkları kişiyi derhal hâkim önüne çıkarma yükümlülüğü yüklemektedir⁵⁶.

li Tanlı/Türkiye kararı, 05.04.2001 tarihli H.B/İsviçre kararı (<http://www.inhakbb.adalet.gov.tr;http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

51 Tezcan/Ertem/Sancakdar/Önok, s. 181.

52 Şahin, s. 207.

53 Mahkemenin 8.2.2005 tarihli Bordovsky/Rusya kararı. Meyer/Ladewig, Rn. 59 vd.

54 Güler, Hüseyin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Mevzuatı, Adalet Dergisi, yıl 1996, sayı 20, Eylül 2004, s.178.

55 Valerius, BeckOK EMRK Art 5, in Beck’scher Online-Kommentar StPO, 2011, Rn. 8.

56 Doğru, Kişi Özgürlüğü İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Beşinci Maddesinin İnsan Hakları Tarafından Yorumu, s.247.

Anayasa m. 19/3' de "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararı ile tutuklanabilir" ve CMK m. 101/1' de "soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine Sulh Ceza Hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine veya resen mahkemece karar verilir" şeklinde bu husus düzenlenmiştir.

CMK' da AİHS'e paralel olarak tutuklama konusunda hakim dışında kimseye yetki vermemiştir. Gecikmesinde sakınca bulunması halinde Cumhuriyet savcısının ve kolluğun yakalama yetkisi olmasına rağmen tutuklama konusunda böyle bir istisna kabul edilmemiştir.

Burada yakalanan kişinin yakalama anından itibaren, hâkim önüne çıkmadan, en fazla ne kadar süreyle idari makamlar tarafından tutulabileceği konusu önem kazanmaktadır. Sözleşme, belli bir süre belirtmemiş "hemen" demekle yetinmiştir⁵⁷. Hemen kavramının ne anlama geleceğini Mahkeme, içtihatları ile belirlemiştir⁵⁸. İçtihatlarında mahkeme olağan hallerde gözaltında tutma süresini azami 4 günle sınırlamış ve bu sürenin üzerindeki tutmaları Sözleşmenin ihlali olarak yorumlamıştır⁵⁹. Mahkemeye göre bu süreyi aşan gözaltında tutma durumlarında, gözaltında işkence ve kötü muamele yapılması ve bunun izlerinin kaybolması riski yüksektir. Aynı zamanda bu durum baskı unsuru oluşturarak itiraf almaya da sebep olabilecektir⁶⁰. Bununla birlikte Mahkeme, "hemen" kavramının yorumlanmasında fazla esnek davranmamış ve 4 gün 6 saatlik gözaltı süresini de Sözleşmeye aykırı bulmuştur⁶¹. Mahkeme olağanüstü durumlarda 4 günden fazla

⁵⁷ Şentuna, s. 75.

⁵⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, No. 63.10.

⁵⁹ Bu yönde kararlar için bkz.: 22.05.1984 tarihli Dejong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda kararı (7, 11,16 günlük süreler); 22.05.1984 tarihli Duinhof ve Duijff/Hollanda kararı (11 ve 12 günlük süreler); 22.05.1984 tarihli Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda kararı (3 ve 5 günlük süreler) (Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkeme İçtihatları, s.307-321).

⁶⁰ 11.07.2000 tarihli Dikme/Türkiye kararı (bkz.:<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>). (Ayrıca bkz. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, s. 26).

⁶¹ 29.11.1988 tarihli Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı (bkz: <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=178>) . Ayrıntılı açıklama için bkz. Öztürk ve diğerleri, s. 396 vd.

süren gözaltının da, Sözleşme'ye uygun düşebileceğini belirtmiştir⁶². Ancak 6 gün, 14 gün, 16 ve 23 günlük gözaltı sürelerini Sözleşme'nin ihlali olarak yorumlamıştır⁶³.

Yine Mahkeme, 2005 yılı öncesindeki olaylara ilişkin olarak, terör suçlarının soruşturulmasına ilişkin olsa bile 12 ve 14 günlük gözaltı sürelerinin çok uzun olduğunu belirterek AİHS m. 5/3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁴.

Bu çerçevede 2009 tarihinde vermiş olduğu yeni tarihli bir kararda üç gün dokuz saat olan gözaltı süresi ilk bakışta 5/3 maddenin gerekleri ile uyumlu olsa da hususi gerekçeler nedeniyle hakim önüne gecikmiş olarak çıkarıldığı ve bu nedenle de AİHS m. 5' in ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Zira başvuruların yakalandıkları sırada reşit olmadıkları hususunun hiç dikkate alınmaması ve bu duruma rağmen gözaltı süresinin 2 gün daha uzatılmasını sözleşmeye aykırı bulmuştur. Bu gözaltı süreleri terör kapsamında olsa dahi gözaltında üç günden fazla tutulmalarını haklı çıkarmaya yeterli kanıt sunulamadığı belirtilmiştir. Aynı davada etkili iç hukuk yollarının mevcut olmaması nedeniyle AİHS m. 5/4' ün de ihlal edildiği tespit edilmiştir⁶⁵.

Hakim önüne çıkarma otomatik olarak gerçekleşmelidir, yakalanan kişinin önceden bu yönde bir talepte bulunması gerekmez⁶⁶.

CMK m. 91/1' de gözaltı süreleri "*yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz*" ve m. 91/3' te "*Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her*

⁶² 14.11.2000 tarihli Taş/Türkiye kararı (bkz:<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

⁶³ 20.10.2005 tarihli Fatma Tunç/Türkiye kararı; 20.10.2005 tarihli Mehmet Mübarek Küçük/Türkiye kararı; 18.12.1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı; 17.07.2003 tarihli Nuray Şen/Türkiye kararı; 23.10.1998 tarihli Demir ve Diğerleri/Türkiye kararı (bkz:<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

⁶⁴ 26.11.1997 tarihli Sakık ve Diğerleri/Türkiye kararı (bkz: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>). Ayrıca bkz. Valerius, BeckOK EMRK Art. 5, Rn. 1. Hetzer, Wolfgang, Terrorabwehr im Rechtsstaat, ZRP 2005, s. 133.

⁶⁵ 03.02.2009 tarihli İpek ve Diğerleri/Türkiye kararı (bkz: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

⁶⁶ Kühne, s 163.

defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir” ve m.91/ 6’ da “gözüne alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir” şeklinde düzenlenmek suretiyle AİHS’ e uygun hale getirilmiştir⁶⁷. Hakim karar vermeden önce yakalanan kişiyi dinleyeceği için AİHS’ nin getirmiş olduğu güvence de karşılanmış olacaktır⁶⁸.

F. MAKUL SÜRE İÇİNDE ÖZGÜRLÜĞÜN SAĞLANMASI HAKKI VE UZUN TUTUKLULUK SÜRELERİ

AİHS m. 5/3 gözüne alındıktan sonra hâkim karşısına çıkarılan ve tutuklanmasına karar verilen kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya ve serbest bırakılmayı istemeye hakkı olduğunu öngörmektedir⁶⁹.

Mahkeme tutukluluk süresini, kişinin gözüne alındığı andan başlayan, yargılama tutuklu olarak neticelenmiş ise karar tarihinde, yargılama sürerken kişi serbest bırakılmışsa salıverme tarihinde sona eren bir süreç olarak kabul etmektedir. Bunun yanında istinaf ve temyizde geçen süre tutuklulukta geçen süreye dâhil edilmemiştir⁷⁰. İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünden sonra tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu durumda Sözleşmenin 5/3. değil, 5/1-a hükmünün uygulanacağını kabul edilmektedir⁷¹.

AİHS’ nin böyle bir düzenleme getirmesinin amacı bir tedbir olan tutuklamanın öne alınmış bir ceza gibi kötüye kullanılması yönündeki uygulamayı düzeltmektir. Bu itibarla her olay için geçerli soyut bir süre saptanmamıştır⁷². Önüne gelen her olayda mahkeme somut olayın özelliklerini inceleyerek makul sürenin aşıp aşılmadığını tespit etmektedir.

⁶⁷ Şahin, s. 214.

⁶⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 174.

⁶⁹ Turhan, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM.) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001, s. 92.

⁷⁰ Doğru, Kişi Özgürlüğü İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin Beşinci Maddesinin İnsan Hakları Tarafından Yorumu, s.270.

⁷¹ Şahbaz, İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Barolar Birliği Dergisi, Yıl18, Sayı 58, Mayıs Haziran 2005, s.182.

⁷² Gölcüklü, Feyyaz, Yargılama Makamları Önünde Makul Süre” İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs-Eylül 1991, C. 1, S. 2-3, s. 2; Ayrıca bkz. Turhan, Makul Tutukluluk Süresi, s. 77; Centel/Zafer, s. 350.

Mahkeme, tutukluluk süresinin makul olup olmadığını incelerken, kişinin tutulmasında kamu yararının varlığı ve tutuklu hakkındaki sorgulama veya yargılamanın makul olandan daha az hızla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini araştırmaktadır⁷³. Mahkemeye göre ulusal mahkemelerin somut olayda masumiyet karinesini de gözönünde bulundurarak kişi özgürlüğünün sınırlanmasını meşru kılan tüm koşulları araştırıp incelemeleri ve bunun gerekçesini de kararlarında açıkça göstermeleri gerekir⁷⁴. Tek başına suç işleme şüphesi tutuklama için zorunlu koşul olsa da bir aşamadan sonra tutuklamaya tek başına gerekçe oluşturmayacaktır. Tutuklamanın devamına karar verirken bu tedbirin hala gerekli olduğuna dair gerekçeler gösterilmelidir⁷⁵.

Mahkeme tutuklama kararının inandırıcı gerekçeyi içermesi gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede tutuklama kararında “*dosya münderecatı*”, “*müsnet suçun ağırlığı*”, “*delil durumu*” gibi genel ifadeler içermesi ve yeterli şekilde gerekçelendirilmemesini hukuka aykırı bulmuştur⁷⁶. Aynı şekilde kanundaki ifadelerin tekrarı da tutuklama kararını gerekçelendirmediği için sözleşmeye aykırı olacaktır⁷⁷.

Bu çerçevede belirtelim ki, CMK m. 34 uyarınca ulusal hukukumuzda hakim ve mahkemelerin her türlü kararı, gerekçeli olarak yazılmalıdır⁷⁸. Aynı şekilde CMK m. 230’ da tutuklama kararının gerekçesinde nelerin bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Aynı şekilde hakim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu Anaya-

⁷³ Doğru, s.271. Bu çerçevede 8 aylık tutukluluk süresinin uzun bir süre olarak kabul edilmeyerek tazminata hükmedilmemesi gerektiğine karar verilmiştir. Bkz. Holch Verena, OLG Bremen: Kein Schadenersatz für Taeter, die erst Jahre nach der Tat durch (neue) Ermittlungsmethoden überprüft werden, in: FD-StrafR 2011, s. 316420.

⁷⁴ Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 235.

⁷⁵ 17.06.2008 tarihli Tüm/Türkiye kararına göre yapılan yargılamada Türk yargı yerinin tutuklulukta geçen zamanı başvuran lehine dikkate aldıklarını gösteren hiçbir unsur bulunmadığı, dosya içeriği, toplanan delillere göre, suçun işleniş tarihlerine ve tutukluluk durumuna göre gibi tutukluluk halini uzatan kararlar her defasında gelişi güzel basma kalıp gerekçelerle tekrarlanmıştır. Özellikle delil durumu gibi bir gerekçeye dayanarak sürekli tutukluluk halini uzatan kararlar haklı değildir. Bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>.

⁷⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 63.14.

⁷⁷ Bkz. 08.08.2006 tarihli Hüseyin Esen/Türkiye kararı. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 177; Şentuna, s. 83; Feyzioğlu, Metin, Tutuklamaya Dair Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler, Ali Naim İnan Armağanı, Ankara 2009, s. 1189.

⁷⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 63.7

sa m.141/3' te de belirtilmiştir. Yine CMK m. 101/2' de Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde bulunması halinde gerekçe göstermek zorunda olduğu düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere iç hukukumuzda tutuklama kararlarının gerekçeli olması gerektiği yönünde çok sıkı kurallar bulunmaktadır⁷⁹.

Mahkeme ulusal makamların öncelikli görevinin, sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmamasını garanti altına almak olduğunu belirtmektedir.

Tutuklanan kişi bakımından yeterli suç şüphesinin mevcudiyetinin devamı, tutukluluğun devamının geçerliliği için olmazsa olmaz (sine qua non) koşuldur, fakat şüphenin mevcudiyeti, belirli bir sürenin geçmesinden sonra tutuklamanın devamı için yeterli sebep teşkil etmez. Adli makamlar tarafından özgürlüğün kısıtlanmasının devamı için ortaya konulan sebeplerin geçerli sebepler olması, yeterli ve yerinde gerekçeler içermesi gerekir⁸⁰.

Tutukluluk süresinin makul olup olmadığının tespitinde Mahkeme ayrıca şu hususları da göz önünde bulundurmaktadır:

- İç hukukta tutukluluğunun, yargılama sonunda verilecek cezadan mahsup edilemediği,
- Tutuklu kişinin maddi, ahlaki ve diğer açılardan durumu,
- Sanığın soruşturma ve yargılamanın gecikmesine veya hızına katkıda bulunup bulunmadığı,

⁷⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Öztürk ve diğerleri, s. 412; Şahin, s. 225; Özbek ve diğerleri, s. 277.

⁸⁰ Kühne, 167; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 289. Bu yönde kararlar için bkz: 06.04.2000 tarihli Labita/İtalya kararı; 11.07.2000 tarihli Trzaska/Polonya kararı; 26.10.2000 tarihli Kudla/Polonya kararı, (<http://aihm.anadolu.edu.tr/>). Karagöz/Türkiye başvurusunda Mahkeme, tutuklu sanık Gönül Karagöz'ün 4 yıl 4 aydan fazla tutuklu olarak kaldığını, bu süre zarfında İstanbul DGM'nin "suçun niteliği, kanıtların durumu ve tutukluluk süresi" gibi benzer kalıp ifadeler kullanılarak başvuranın tutukluluk süresini uzattığını, bir defasında uzatma gerekçeleri arasında dava hakkında karar verileceği hususunun da bulunduğunu belirtmiş, mahkemenin tutukluluğun uzaması konusundaki kararının gerekçelerinin bu kadar uzun bir tutukluluk süresinin haklı olduğunu ispatlamadığına bu sebeple sözleşmenin 5/3 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Aynı yönde kararlar için bkz: 08.06.1995 tarihli Mansur/Türkiye kararı; 28.01.2003 tarihli Demirel/Türkiye kararı (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

- Sanığın kefaletle salıverilme talebi veya duruşmadan varestede tutulmak için başka teminatlar önerip önermediği⁸¹,
- Olayın soruşturulmasında yaşanan güçlükler, vakıaların karmaşıklığı, tanıkların veya şeriklerin sayısı, yurt dışından delil elde etme ihtiyacı⁸²,
- Yargısal makamların, sanığın salıverilme taleplerini incelerken ve yargılamayı tamamlarken gösterdikleri tavırlar.

CMK m. 102' de tutuklulukta geçecek süre "Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez" şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere tutuklamaya üst sınır getirilmek suretiyle makul sürenin aşılması önlenmeye çalışılmıştır.

Ancak sunu da belirtmek gerekir ki; ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda iki yıllık normal tutukluluk süresine ilave olarak üç yıllık bir süre öngörmüştür. Ancak CMK. 250/1-c maddesinde belirtilen suçlarda tutukluluk süresi CMK. 252/2 maddesi gereği iki kat uygulanacağından CMK. 250. madde ile yetkili ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda tutuklama süresi azami on yıl olacaktır. Bu süre de göz önünde bulundurulduğunda ağır cezalı suçlarda toplam beş yıl ve CMK. 250/1-c maddesinde belirtilen suçlarda on yıl boyunca, bir kimsenin, hakkında mahkumiyet kararı verilmeden tutuklu sıfatıyla özgürlüğünün sınırlanması, "tutuklamanın cezalandırma boyutuna ulaşmaması" ilkesine ve AİHS.'de düzenlenen "Makul Sürede Yargılanma" ilkesine aykırı olacaktır.

Bu çerçevede yapılan yargılama neticesinde kişinin beraat etmesi veya hakkında takipsizlik kararı verilmesi halinde, tutukluluğu devam ettirme bakımından bir gerekçe de kalmayacaktır. Mahkeme

⁸¹ Mahkeme 08.02.2000 tarihli Caballero / Birleşik Krallık kararında güvence teklifinin sistematik reddinin 5/3. maddenin ihlali olduğunu belirtmiştir.

⁸² Her ne kadar olayın soruşturulmasında güçlükler bulunsa da mahkeme vermiş olduğu 2010 tarihli bir kararda 5 yıl 3 ay, 6 yıl 10 ay, 8 yıl 9 ay gibi tutukluluk sürelerinin sözleşmeye aykırı olduğuna ve bu nedenle de AİHS m. 5/3' ün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz. 05.01.2010 tarihli Sevim vd/Türkiye kararı.

bu durumlarda serbest bırakmanın asgari ölçüde olması gerektiğini belirtmiştir. Bu serbest bırakılma süresinin 12 saati aştığı durumlarda sözleşmeye aykırılık olduğunu belirtmektedir⁸³.

G. ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLANAN KİŞİNİN MAHKEMEYE BAŞVURMA HAKKI

AİHS m. 5/4 uyarınca devlete eliyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, bu kısıtlamanın kanuna uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesini ve kanuna uygun görülmemesi halinde serbest bırakılmasının sağlanması için bir mahkemeye başvurma hakkında sahiptir⁸⁴.

Habeas Corpus İlkesi olarak adlandırılan bu güvence, Sözleşme'nin 5/3 maddesinde yer alan hâkim önüne çıkarma güvencesinden farklıdır⁸⁵. Yalnızca madde 5/1-(c) anlamında yakalama, gözaltı ve tutuklamanın değil 5. maddenin 1. fıkrasının (a), (b), (d), (e) ve (f) bentlerinde sayılan ve burada sayılmamakla birlikte kamu makamlarınca kişi özgürlüğünü sınırlayan tüm hallerde hukukilik denetimi yapılması imkânını içeren bir güvencedir⁸⁶.

Maddede düzenlenen hak, dört unsur içermektedir:

- 1- Tutulmanın hukukilik denetiminin bir "*mahkeme*" tarafından yapılması,
- 2- Hukukilik denetiminin "*makul aralıklarla*" yapılması,
- 3- Denetimin "*hukukilik*" konusunda yapılması,
- 4- Denetimin "*kısa süre içinde*" yapılması⁸⁷.

İç hukukta bu anlamda düzenlenen hukuksal koruma, sanık için

⁸³ 05.02.2008 tarihli Değerli ve diğerleri/Türkiye kararında Mahkeme, serbest bırakma emrinin tebliğ edilmesinden 18 saat 50 dakika ile 23 saat 35 dakika arasında değişen sürelerde serbest bırakılmanın AİHS m. 5'in ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>.

⁸⁴ Valerius, BeckOK EMRK Art 5, Rn. 10.

⁸⁵ Habeas Corpus, Latince "*kişinin huzura çıkmasına izin ver*" anlamındadır. Alıkonulan kimsenin derhal serbest bırakılmasını veya mahkemeye alıkoymanın geçerli nedenlerini göstermeyi emretmektedir. Bkz. Centel/Zafer, s. 157.

⁸⁶ Schaedler, Karlsruhe Kommentar zur StPO, Rn. 24.

⁸⁷ Doğru, Kişi Özgürlüğü İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Beşinci Maddesinin İnsan Hakları Tarafından Yorumu, s. 283.

ulaşılabilir ve etkili olmak zorundadır. Bu özellik olmadan sadece başvuru imkânının bulunması yeterli değildir.

CMK, hukukilik denetimini, m. 91/4' de yakalama, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı Sulh Ceza Hâkimine başvurulabileceğini, m. 104/1'de soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanığın salıverilmelerini isteyebileceklerini belirtilerek düzenlemiştir.

Tutukluluğa yapılan itirazı inceleyecek olan mahkemenin üyeleri bağımsız ve tarafsız olmalıdırlar. Bu nedenle savcı karşısında gerçekleşen bir denetim mekanizması yargısal karaktere sahip değildir⁸⁸. Ayrıca yapılacak incelemenin, yargısal karakter taşıması ve silahların eşitliği ilkesine uyulması gerekir⁸⁹.

İç hukukta, salıverme talebinin yapıldığı mahkeme kararlarına karşı üst mahkemeye itiraz hakkı tanınmış ise, üst mahkeme denetiminin de kural olarak 4. maddenin şartlarını taşıması gerekir.

Madde hükmünde gerekli görülen denetim, sadece şekli bir denetim değildir; aynı zamanda tutuklamanın suç şüphesinin yerindeliğini ve tutuklama ile gerçekleştirilmek istenen amacın meşruluğunu da kapsmalıdır⁹⁰.

Bu çerçevede Mahkeme vermiş olduğu 2010 tarihli yeni bir kararında Türk mevzuatını inceleme fırsatı bulmuştur. Buna göre CMK m.

⁸⁸ Kühne, 170.

⁸⁹ Silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak, tutukluluğa itiraz eden sanığın veya vekilinin, savcılığın tutukluluğun devamı konusundaki görüşlerine ve argümanlarına karşı koymasının sağlanması için soruşturma dosyasını inceleyebilmeleri gerekir. Bkz. Erdem, Mustafa Ruhan AİHM. Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, D.E.Ü.H.F.D., Cilt 6, Sayı 1, İzmir 2004, s. 69.

⁹⁰ Kühne, 177. Mahkeme, Türkiye aleyhine yapılan birçok başvuruda gözaltı süresinin uzunluğuna ilişkin olarak Sözleşmenin 5/3 maddesinin ihlalin tespit ettikten sonra bu süre içerisinde özgürlüğün sağlanması için etkili bir iç hukuk yoluna başvurma imkânı verilmediğini belirterek 5/4. maddesinin de ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir (bkz: 20.06.2002 tarihli İğdeli/Türkiye kararı; 10.10.2002 tarihli Gündoğan/Türkiye kararı, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>). Öcalan başvurusunda Mahkeme savcılığın gözaltının iç hukukta öngörüldüğü sınırlar içerisinde uzatılmasına dair verdiği karara karşı mahkemeye başvurma hakkının teoride kaldığını pratikte uygulama imkânının olmadığını belirterek Sözleşmenin 5/4 maddesi hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir. (bkz. 12.03.2003 tarihli Öcalan/Türkiye kararı, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>).

271' de düzenlenen itiraz talebinin incelendiği sırada adli makamlar tarafından müdafî veya vekilin dinlenmesine imkan veren hükmü olumlu bulmuştur. Ancak bununla birlikte AİHM itiraz davasının genelde duruşmasız yürütüldüğünü ve tutuklu veya vekilinin kesin talebi olsa dahi bir duruşma yapılmasının mahkemenin takdirine bırakıldığını gözlemlemektedir. Ayrıca AİHM mevcut dava bakımından yapmış olduğu değerlendirmede daha önce tutukluluk bakımından itiraz yolunun AİHS m. 5/4' ün gereksinimlerini karşılamadığı yönündeki hükümden farklı bir sonuca varmak için yeterli kanaatin oluşmadığını ve bu nedenle sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır⁹¹.

Madde hükmünde belirtilen "kısa süre içinde" karar verilmesi deyimindeki süre sınırlaması ne "derhal" ya da "hemen" anlamına gelecek kadar dar ve ne de "makul" kavramı kadar geniş anlaşılacak bir süredir. Amaç, uygulanan özgürlük sınırlaması tedbirini keyfilikten kurtarmak, kanuna aykırı kısıtlamanın kısa sürede son bulmasını sağlamaktır⁹².

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da tutuklamanın hukuka uygunluğunun denetimi açısından önem taşıyan soruşturma evrakının sanık ve/veya müdafî tarafından incelenmesine imkan tanınmasının önemidir⁹³. Müdafîye özellikle kapsamlı soruşturmalarda yüzlerce sayfadan oluşan soruşturma dosyasını yeterince inceleme olanağı tanımadan tutuklamaya itirazdan istenen sonuç da alınamayacaktır⁹⁴. AİHS'nin getirdiği denetimin gereklerinden bir tanesi de silahların eşitliği ilkesine uygun davranılmasıdır⁹⁵.

H. TAZMİNAT HAKKININ İHLALİ

Sözleşme'nin 5. maddesinin hükümlerine aykırı olarak bir tutuklama veya gözaltına alınma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır (AİHS. md.5/5)⁹⁶.

⁹¹ Bkz. 05.01.1010 tarihli Sevim ve diğerleri/Türkiye kararı.

⁹² Güler, Hüseyin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Mevzuatı, Adalet Dergisi, Yıl 96, Sayı 20, Eylül 2004, s.185.

⁹³ Beulke, Rn. 126.

⁹⁴ Erdem, s. 67 vd.

⁹⁵ Bkz. 09.07.2009 tarihli Mooren/Almanya kararı. Bkz. EuGRZ, 2009, Heft 21-23, s. 566-580.

⁹⁶ Centel/Zafer, s. 160.

Maddedeki tazmin yükümlülüğü, sadece Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline ilişkin olarak uğranılan zararları kapsamakta olup, Sözleşme'nin genel hüküm niteliğindeki 41. maddesinden (hakkaniyete uygun tatminden) tamamen bağımsızdır⁹⁷.

Buradaki tazminat talebi, iç hukukta, ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebildiği halde, Sözleşme'nin 41. maddesindeki "*hakkaniyete uygun tatmin*" imkanı, sözleşmenin ihlali halinde AİHM önünde talep edilebilmektedir.

CMK' nın "*Koruma Tedbirleri Nedeni İle Tazminat*" başlıklı 141 vd. maddelerinde haksız olarak uygulanan kişi hürriyetini bağlayıcı nitelikte koruma tedbiri nedeni ile haksızlığa uğrayan kişilerin tazminat isteme hakkı olduğu ve hangi şartlarda ne şekilde isteneceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Mahkeme, Türkiye'ye karşı yapılan başvuruların bir kısmında, aynı zamanda Sözleşme'nin bu maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir. *Sakık ve diğerleri* başvurusunda, başvuruların haksız gözaltı nedeniyle uğradıkları zararın iç hukukta tazmini imkânının olmadığına dair iddialarına Hükümet, 466 sayılı Kanun ile yasadışı yakalanan veya tutuklananların zararlarını tazmin etme imkânlarının olduğu karşılığını vermiş, ancak Mahkeme, 466 sayılı Kanunun 1. maddesinde tazminat ödenmesinin, uygulanan yakalama veya tutuklama işleminin "*yasadışı olması*" şartını taşıdığını, oysa başvuruçuların maruz kaldıkları gözaltı süresinin Sözleşme'ye aykırı olmasına rağmen iç hukukta "*yasaya uygun*" olduğunu, dolayısıyla 5. maddenin 5. fıkrası anlamında bir tazminat hakkının etkili bir biçimde kullanılması imkânının yeterli düzeyde mevcut olmadığına karar vermiştir⁹⁸. Mahkemenin bu yöndeki kararlarının da dikkate alınması suretiyle gerçekleştirilen kanun değişiklikleri çerçevesinde gözaltı kararına itiraz hakkı düzenlenmiş ve gözaltı süreleri de AİHM içtihatları ile uyumlu hale getirilmiştir. Dolayısıyla bu kararda yer verilen eleştiriler Türkiye açısından karşılanmış bulunmaktadır.

⁹⁷ Schaedler, *Karlsruher Kommentar*, Rn. 27.

⁹⁸ 26.11.1997 tarihli *Sakık ve Diğerleri/Türkiye* kararı (<http://www.inhakbb.adalet.gov.tr>; <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>). Aynı yönde yeni tarihli bir karar da bulunmaktadır. Bkz. *İpek ve Diğerleri/Türkiye*, 03.02.2009 tarihli karar.

SONUÇ

AİHM kararları ile hayat bulan insan hakları açısından iç hukuk düzenlemelerimizin yetersizliğinden ziyade uygulamada görülen yanlışlar nedeni ile ülkemizin AİHS' de düzenlenen insan haklarını ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır.

Dolayısıyla belirtmek gerekir ki, insan haklarının ve bu haklara bağlı olarak kişi hak ve özgürlüklerinin neler olduğunun tespiti yetmemektedir. Gerçek anlamda insan hakları ile hak ve özgürlüklerin varlığından bahsedebilmek için bunların kullanılmalari amacıyla gerekli araçların sağlanması ve nasıl korunacaklarının belirlenmesi gerekir.

İnsan haklarının kullanılması için gerekli araçların sağlanabilmesi, hakların sınırlarının daraltılmasına yol açacak düzenlemelere mecbur olmadıkça başvurulmaması, hak ve özgürlüklerin kullanılmasında hiçbir ayrımcılığın yapılmaması hak ve özgürlüklerden yararlanılırken gerekli tüm kolaylığın sağlanması gerekir, bunlardan hukuki düzenlemeler ile mümkün olacaktır. Ayrıca hak ve özgürlüklerin engellendiğini düşünen kişilerin bu engellemelere karşı hakkını en etkin ve sade şekilde aramasını sağlamak için yasal düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir. Bu durum hukuk devletinin vazgeçilmez unsuru olan hak arama özgürlüğünün bir gereğidir. Hak arama özgürlüğünün olmadığı veya aşırı sınırlandırıldığı durumda hukuk devletinin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

Gözaltı ve tutukluluk sürelerinin makul bir seviyede olması ve kanunla belirlenmiş olan sürelerin durumun gerektirdiği sınırlar içerisinde uygulanması da ihlal iddialarının ve AİHM önünde tazminata mahkum olmanın da önünü kesecektir.

Gözaltı ve tutukluluk süreleri azami süreler olup, gözaltına alınan veya tutuklu bulunan kişilerin işlemlerinin en kısa sürede bitirilmesi esastır. Özgürlüğü gözaltına alma koruma tedbiri ile sınırlanan kişi Cumhuriyet savcısı tarafından bırakılmazsa en kısa sürede, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkeme huzuruna çıkarılmalı, tutuklu kişinin ise hakkındaki soruşturma ve kovuşturma makul süre içerisinde bitirilerek özgürlüğü konusunda karar verilmelidir.

Ülkemizin hukuki düzenlemelerinde insan hakları ile hak ve özgürlüklerin korunması açısından çok büyük bir eksiklik bulunmamaktadır. İnsan haklarının korunmasının asıl önemli olduğu husus korumanın devletin tüm kurum ve kuruluşları tarafından özüm senerek yerine getirilmesi ve bu yöndeki hukuki düzenlemelere uyarak kişilerin insan onuruna sahip olduklarını ve saygı göstermeye değer olduğunu unutmuyarak hareket etmeleri ile mümkün olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları I, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 17, Ankara 1995.
- Amelung, Knut/Bemann, Günter/Grünwald, Gerald/Hassemer, Winfried/Krauss, Detlef/Lüderssen, Klaus/Naucke, Wolfgang/Rudolphi, Hans-Joachim/Schubarth, Martin/Welp, Jürgen, Die Untersuchungshaft, Heidelberg 1983.
- Batum, Süheyl Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları 1996.
- Beulke, Werner, Strafprozessrecht, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2008.
- Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010.
- Deckers, Rüdiger, Verteidigung in Haftsachen, NJW 1994, s. 2264;
- Demirbaş, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, D.E.Ü.H.F. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1996.
- Di Fabio, Udo, Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, s. 421 vd.
- Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayımı, Cilt 1, 2. Bası, Ankara 2003.

- Doğru, Osman, Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu, Türkiye Barolar Birliğince 26-27 Eylül 2003 Tarihlerinde Yapılan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, TBB. İHAUM. Yayını, Aralık 2004, s. 187.
- Döner, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara 2003.
- Dörr, Dieter, EGMR: EMRK: Recht auf Freiheit - Keine Strafe ohne Gesetz, JuS 2010, s. 1121 vd.
- Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011.
- Erdem, Mustafa Ruhan AİHM. Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, D.E.Ü.H.F.D., Cilt 6, Sayı 1, İzmir 2004, s. 69.
- Ergül, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2003.
- Esser, Robert/Gaede, Karsten/Tsambikakis, Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010- Teil I, NStZ 2011.
- Feyzioğlu, Metin, Tutuklamaya Dair Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler, Ali Naim İnan Armağanı, Ankara 2009, s. 1189.
- Gölcüklü, A. Feyyaz/Gözübüyük, A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi Ve Uygulaması, 3. Bası Ankara 2002.
- Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, A.Ü.S.B.F.D., Cilt 49, Haziran - Aralık 1994, Sayı 3-4, s.209 .
- Gölcüklü, Feyyaz, Yargılama makamları Önünde Makul Süre" İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs-Eylül 1991, C. 1, S. 2-3, s. 2.
- Graf, STPO § 112 Voraussetzungen der Untersuchungshaft; Haftgründe, in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008.
- Greger, Anette, Herausforderung Sicherungsverwahrung- Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR(M. Gegen Deutschland) umgehen kann-, NStZ 2010, s. 677.

- Güler, Hüseyin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Mevzuatı, Adalet Dergisi, yıl 1996, sayı 20, Eylül 2004, s.178.
- Güler, Hüseyin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Mevzuatı, Adalet Dergisi, Yıl 96, Sayı 20, Eylül 2004, s.185.
- Hetzer, Wolfgang, Terrorabwehr im Rechtsstaat, ZRP 2005, s. 133.
- Holch Verena, OLG Bremen: Kein Schadenersatz für Taeter, die erst Jahre nach der Tat durch (neue) Ermittlungsmethoden überprüft werden, in: FD-StrafR 2011, s. 316420.
- İnci, Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Ceza Muhakemesinde Tutuklama, Ankara 2008
- König, 1.Dringender Tatverdacht (§ 112 Abs.1 S.1 StPO), in: Widmaier, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 1. Auflage 2006.
- Kreuzer, Arthur, Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, ZRP 2011, s. 9 vd.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010.
- Kuzu, Burhan, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma, Aral Armağanı, Kocaeli 2001, s. 183 vd.
- Künhe, Hans- Heiner, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tutuklama Konusundaki Yargısı, 2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme,(Çev: Şimşek, Oğuz Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin Yayınları, 2004, s.162.
- Macovei, Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitabı, 2003.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, Kunter Armağanı, İstanbul 1998, s. 163 vd.
- Meyer-Ladewig, Jens, EMRK Artikel 5 Recht auf Freiheit und Sicher-

- heit, Europaeische Menschenrechtskonvention 3. Auflage 2011.
- Müller, Verena Michaela, Die Verfassungsmaessigkeit des § 66 b Abs. 3 StGB im Licht der Entscheidung des EGMR vom 17.12.2009, EuR 2011, s. 428.
- Önok, Rifat Murat, Uluslar arası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011. (Özbek ve diğerleri)
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005.
- Özdek, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Birinci Baskı, Mart 2004.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, F. Yasemin/Alan, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2009.(Öztürk ve diğerleri)
- Pfeiffer, Gerd, § 112 Voraussetzungen der Untersuchungshaft; Haftgründe, in: Strafprozessordnung, 5. Auflage, 2005.
- Reisoğlu, Safa, Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, İstanbul 2001.
- Schädler, MRK Artikel 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008.
- Soyaslan, Doğan, Yakalama, Uğur Alacakaptan' a Armağan, C. 1, İstanbul 2008, s. 663.
- Şahbaz, İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Barolar Birliği Dergisi, Yıl 18, Sayı 58, Mayıs Haziran 2005, s.165.
- Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007.
- Şahin, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

- Şen, Ersan, İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama, THD Şubat 2009, S. 30.
- Şentuna, Mustafa Tarık, Teori ve Uygulama Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol, Ankara 2007.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancaktar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2010.
- Turhan, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM.) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001, s. 92.
- Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011.
- Valerius, BeckOK EMRK Art 5, in Beck'scher Online-Kommentar StPO, 2011.
- Volk, Klaus, Strafprozessrecht, München 1999.
- Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, SÜHFD C. 14, S. 1(2006), s. 137 vd.
- Yokuş- Sevük, Handan, 5271 Sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, HPD S. 3, Nisan 2005.
- Yurtcan, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, İstanbul 2005.

İZALE-İ ŞUYU DAVASI İLE MİRAS ORTAKLIĞININ SONA ERMESİ HALİNDE KARŞILAŞILAN KDV YÜKÜ

IN THE EVENT OF TERMINATE THE COMMUNITY OF INHERITANCE WITH THE CASE OF PARTITION OF A PARTNERSHIP ENCOUNTERED THE BURDEN OF VAT

Güneş YILMAZ*

Özet : Elbirliği ile mülkiyetin geçerli olduğu miras ortaklığını sona erdirmek için ortak veya ortaklar tarafından diğer ortaklara karşı açılan izale-i şuyu davası neticesinde terekeye dahil mal ve hakların satışına karar verilmesi halinde, söz konusu satış bedelleri ortaklara payları oranında bölüştürülmektedir. Bu durumda Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1/3-d maddesine göre, miras ortakları söz konusu bedeller üzerinden KDV ödemekle yükümlü olmaktadır. Oysa ki, miras ortaklığının, ortakların aralarında anlaşarak sona erdirilmesi ile mirasçılarının bireysel mülkiyetine geçmiş olan menkul ve gayrimenkul mal ve hakların elden çıkarılması halinde, söz konusu KDV yükümlülüğü doğmamaktadır.

Anahtar Sözcükler: İzale-i Şuyu Davası, Katma Değer Vergisi, Veraset ve İntikal Vergisi

Abstract : In order to terminate the community of inheritance that there is estate in coparcenary (estate in coparcenary has been valid), after conclusion of a case of partition that has been filed by partner/partners against other partners for dissolution of a partnership, if, a decision for selling the goods and rights acquired by inheritance has been made, the stated price values are distributed to the partners in accordance with their shares. In this case, according to 1/3-d article of the Law on Added Value Tax, heritage heirs legally obliged to pay Added Value Tax in the involved amounts. However, by terminating the community of inheritance with an agreement among partners, in case of disposing the movable and immovable properties and rights that have been changed to individual ownership, Added Value Tax liability does not apply.

Key Words: Case of Partition, Value Added Tax, Inheritance and Transfer Tax

* Yrd.Doç. Dr., Trakya Üniversitesi Keşan Yusuf Çapraz Uygulamalı Bilimler Yüksekokulu, Gümrük İşletme Bölümü, Müdür Yardımcısı

I. Giriş

Miras ortaklığı paylı mülkiyet türlerinden elbirliği ile mülkiyet içinde yer almaktadır ki, söz konusu ortaklık, mirasçılar arasında miras bırakanın ölümü olayının gerçekleşmesiyle birlikte, kendiliğinden doğmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ölüm olayıyla birlikte miras bırakanın mal varlığı mirasçıya ya da birden fazla mirasçılara geçmektedir. Elbirliğiyle mülkiyet sahibi olan miras ortak veya ortaklarına miras olarak kalan menkul ve gayrimenkul mal ve hakları, söz konusu ortaklar ivazsız (karşılıksız) olarak iktisap etmektedirler ve dolayısıyla söz konusu ivazsız iktisaplar Veraset ve İntikal Vergisi'nin (VİV) konusuna girmektedir. Dolayısıyla miras ortakları Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'ndan kaynaklanan (VİVK) beyanname verme ve vergi ödeme gibi şekli ve maddi yükümlülükleri yerine getirmek zorundadırlar.

Miras ortaklığının özelliği ise, ortaklıkta bölünmüş paylar bulunmamakla birlikte, ortakların eşya üzerinde hep birlikte sahip oldukları tek ve bölünmemiş bir mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu miras ortaklığının dayandığı elbirliği ile mülkiyet sona ermeden, yani ortaklar bireysel mülkiyete sahip olmadan ortaklar, söz konusu mal ve haklarda dilediği tasarrufta bulunamamaktadırlar. Bu açıdan elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğu miras ortaklığının ortadan kaldırılması, başka bir ifadeyle miras ortaklığının giderilmesi gerekmektedir. Sözü geçen ortadan kaldırma işlemi, iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Bunlardan ilki, ortakların terekeye dahil mal ve hakları anlaşarak yani rızaen paylaşmalarıdır. Bu durumda artık ortaklık malvarlığından söz edilememekte, ortakların bireysel mülkiyetine geçmiş mal ve haklardan söz edilmektedir ki, artık herkes kendi mal ve hakları üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilme hakkını elde etmektedir. Bu aşamadan itibaren miras ortaklarının kendi aralarında anlaşarak yani rızaen terekedeki mal ve hakları bölüşmeleri ile bireysel mülkiyetlerine geçmiş mal ve hakları elden çıkarmaları halinde gelir ve katma değer vergisi açısından karşılaşacakları bir yükümlülükleri söz konusu olmamaktadır.

Miras ortaklığını ortadan kaldıran ikinci şekil ise, miras ortaklarının anlaşamamaları halinde, Türk Medenî Kanunu (TMK) gereğince sulh mahkemesine müracaat ederek, miras ortaklığının sona erdirilmesini talep edebilmeleridir. Öğretide bu şekilde ortaklığın giderilmesi

için açılan davaya “izale- şuyyu” adı verilmektedir. Bu aşamada mahkeme, TMK’ya göre ya terekeye dahil mal ve hakların “aynen” bölüşülmesine ya da “satılarak” bedellerinin paylaşılmasına karar vermektedir. Genel olarak, uygulamada davanın satışla nihayete erdirildiği görülmektedir. Söz konusu satış işlemi de, Türk Medeni Kanunu’nun 699/3. maddesi gereğince “açık arttırma yoluyla” yapılmaktadır. Yine bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu (md.571), İcra ve İflas Kanunu’na (İİK) atıfta bulunmaktadır.

İzale-i şuyyu davasında mahkemenin satış kararı vermesi ile terekeye dahil mal ve hakların açık arttırma yolu ile yani müzayede ile satılmaları halinde elde edilen bedeller ortaklara payları oranında paylaştırılmaktadır. İşte bu aşamada Katma Değer Vergisi Kanunu’nun (KDVK) 1/3-d madde hükmünde ifadesini bulan “müzayede mahallerinde yapılan satışlar KDV’nin konusuna içindedir” ibaresi devreye girmektedir. Zira bu noktada izale-i şuyyu davası neticesinde gerçekleştirilen satış işleminin müzayede mahallinde yapılan satış olarak kabul edilip edilemeyeceğinin açıklanmasında fayda görülmüştür. Tüm yasal, idarî ve yargısal düzenlemeler irdelendiğinde, Yargıtay’ın kararlarında da belirtildiği üzere, KDVK uygulaması açısından, açık arttırma ile satışın yapıldığı her yer müzayede mahalli olarak kabul edilip; verginin alınması için satış nerede yapılırsa yapılsın “açık arttırma ile yapılmasının” yeterli olduğu ve KDVK açısından vergilendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca söz konusu satış işlemi, müzayede türlerinden cebri müzayede şeklinde gerçekleşmekte olup, cebri müzayede de, hem menkul hem de gayrimenkullerde teslim veya tescile gerek olmaksızın, müzayedenin yapıldığı ve kesinleştiği tarihte KDV doğmaktadır.

II. Mülkiyet Kavramı ve Miras Ortaklığının Hukukî Mahiyeti

Mülkiyet, hak sahibine, hakkına konu olan eşya üzerinde, kanun çerçevesinde dilediği gibi tasarruf etmek yetkisini vermektedir (TMK. m. 683). Bir şeye malik olan kimse, kanunî sınırlar içinde, o şeyi arzu ettiği şekilde kullanabilir; semerelerinden faydalanabilir; o şey üzerinde hukukî tasarruflarda bulunabilir, mülkiyetini devredebilir veya sadece sınırlı bir aynî hakla kayıtlayabilir, örneğin rehnedebilir; veya bir şahsî hak (örneğin kira hakkı) dolayısıyla mülkünün kullanılmasını

üçüncü şahıslara bırakabilir. Bu bağlamda, eşya üzerindeki mülkiyet hakkı bir veya birden çok kimseye ait olabilir. Bu takdirde, birinci halde, tek başına, ikinci halde ise ortak mülkiyetten söz edilmesi gerekir. Ortak mülkiyet de, maliklerin karşılıklı hak ve ilişkilerine göre, paylı (müşterek) mülkiyet –elbirliği ile (iştirak halinde) mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır². Birden fazla kimse, bir mala hisseleri oranında malik olup da, bu hisseleri bilfiil taksim edilmemiş bulunursa buna “paylı (müşterek) mülkiyet” denilmektedir (MK. md. 688 ve d. md.). Paylı mülkiyette önemli olan husus, hissedarların kendi hisselerine müstakil olarak malik olması yani bu hisse üzerinde müstakil olarak kanunun çizdiği sınırlar dairesinde dilediği tasarrufta bulunabilmesidir (MK. mad. 688/3). Buna karşılık, birden fazla kimsenin bir malın tamamına sahip olmaları halinde ise “elbirliği ile (iştirak halinde) mülkiyet” mevcut demektir. Bu çeşit mülkiyetin özelliği, hissedarlar malın tamamına malik olduklarından, iştirak (ortaklık) devam ettiği müddetçe taksim ve hisselerde tasarruf edilememesidir³. Diğer bir ifadeyle, elbirliği ile mülkiyette bölünmüş paylar olmayıp, ortakların eşya üzerinde hep birlikte sahip oldukları tek ve bölünmemiş bir mülkiyet hakkı bulunmaktadır⁴. Elbirliği ile mülkiyet konusunda verilebilecek tipik örnek “miras ortaklığıdır”. Birlikte mirasçılığın bulunduğu bu gibi bir durumda, mirasçılar arasında miras bırakanın ölümü olayının gerçekleşmesiyle birlikte kendiliğinden doğan bir “miras ortaklığı” meydana gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, ölüm olayıyla birlikte miras bırakanın malvarlığı (ki buna tereke⁵ adı verilmektedir) mirasçıya ya da birden fazla mirasçılara geçmektedir. Mirasçılar arasındaki ortaklıktan kastedilen, birlikte mirasçılar arasında tereke üzerinde kurulan hukuksal bir ilişkinin varlığıdır. Bu hukuksal ilişki, “elbirliğiyle ortaklığı” doğurmaktadır ki, bu ortaklık özellikli bir durum olup⁶, terekede

² Safa Reisoğlu, Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, Altıncı Bası, Ankara:1980, s.12.

³ Erol Cansel ve Ali Naim İnan, “Aynı Hak Kaoramu, Taksimi ve Eşya Hukuku’nun Konusu”, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse12541850.pdf, s.357.

⁴ Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İkinci Kitap:Mülkiyet, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara:1973, s.54.

⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre “tereki” Arapça kökenli olup, kelime anlamı itibariyle “miras” anlamına gelmektedir (<http://tdkterim.gov.tr/bts/>.)

⁶ Elbirliği ortaklığı özellikli bir durum olduğu için, yasanın öngörmediği bir elbirliği ortaklığından söz edilemez. Elbirliği ortaklığı, kaynağını bir olay (ölüm) ya da ortakların irade açıklamasının (adı ortaklık) oluşturduğu çok taraflı bir hukuksal ilişki ya da işlem sonucunda doğan bir ortaklıktır. Bu ortaklık, doğumu anından itibaren kazanılan hak ve durumlar üzerinde gerçekleşir (Nuri Erişkin, “Birlikte

bulunan mallar üzerindeki hak sahipliği açısından “*elbirliği mülkiyeti*” olarak ortaya çıkmaktadır⁷. Miras hukukunda elbirliği ortaklığı, mirasçılardan her birinin diğerleriyle birlikte kendilerine miras yoluyla intikal eden varlık ve değerler topluluğu üzerinde “*elbirliğiyle hak sahibi*” konumunda olduğuna, yani “*elbirliğiyle hak sahipliğine*” işaret eder⁸ ki, bu durum, yani mirasçılar arasındaki elbirliği ortaklığı ancak TMK’nın 703. maddesinde sayılan sebeplerle sona erer. Söz konusu sona erme sebepleri “*malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesi*” olarak belirtilmiştir.

III. Miras Ortaklığını Sona Erdiren Dava: İzale-i Şuyu (Ortaklığın Giderilmesi) ve Hukukî Mahiyeti

Çalışma konunuz açısından önem arz eden husus, TMK’da da belirtildiği üzere, elbirliği ortaklığı halinde mülkiyetin “*topluluğun dağılmasıyla*”, başka bir ifadeyle “*ortaklığın sona ermesiyle*” ortadan kalkması konusudur. Öğretide ortaklığın sona erdirilmesi için açılan davaya “*izale-i şuyu (ortaklığın giderilmesi)*” adı verilmektedir⁹. Ortaklığın giderilmesi (izale-i şuyu) davası, elbirliği ortaklığı halindeki mülkiyete (veya paylı mülkiyete) konu menkul veya gayrimenkuller ile haklarda, ortaklar (veya paydaşlar) arasında yürürlükte olan tapulu mülkiyet ilişkisini sona erdirip, ‘bireysel mülkiyete’ geçişi sağlayan iki taraflı (axio dubless), taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır¹⁰. Genel olarak izale-i şuyu, yani ortaklığın giderilmesi davası

Mirasçılardan Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, httpdergiler.ankara.edu.tr/dergiler/382812561.pdf, s.123; Jale G. Akipek, s.45.).

⁷ Nuri Erişkin, s.122-123.

⁸ Nuri Erişkin, s.124.

⁹ Her ne kadar öğretide, ortak (elbirliği veya paylı) mülkiyetin sona erdirilmesi için açılan “*izale-i şuyu davası*” ile ortak malın nasıl bölüştürüleceğine yönelik olan “*taksim (paylaşma) davası*” arasında bir ayırım yapıyorsa da, uygulamada genellikle böyle bir ayırım yapılmadan davaya izale-i şuyu davası denilmektedir (Ejder Yılmaz ve H.Ümit Yılmaz, Hukuk Rehberi, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara:2006, s.2390.)

¹⁰ Dava yetkisi, elbirliği mülkiyetinde ortağa (paylı mülkiyette paydaşa) aittir. Ortaklardan (ya da paydaşlardan) biri yalnız başına dava açabileceği gibi, birden fazla ortak (ya da paydaş) da dava açabilir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E.2003/6-253, K.2003/270,T.02.04.2003 Kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E.2003/6-731, K.2003/742 Kararı (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)) İzale-i şuyu davasına konu teşkil eden malın değerine bakılmaksızın (HUMK m.8) dava, Sulh Hukuk Mahkemesinde açılmaktadır. İzale- i şuyu davasının konusunun taşınır veya taşınmaz olması da bir değişiklik yaratmaz; zira HUMK 8/II-2 açıkça “*taşınır ve taşınmaz mal ve haktan*” söz etmektedir (Bkz. Ejder Yılmaz ve

büyük özelliğı olan davalardandır ki, bu davada herhangi bir şeyin kendisini veya satılarak bedelini paylaşarak ortaklığın giderilmesi amaçlanmaktadır¹¹.

İzale-i şuyu davası, TMK'da belirtildiğı üzere sulh hukuk mahkemesinde açılmaktadır ki, dava açıldıktan sonra mahkeme, mal veya hakların öncelikle aynen bölüştürülmenin mümkün olup olmadığını araştırır. Aynen bölünme mümkün ise, o şekilde bölünme yapar, aynen bölünmeye olanak yoksa satışa karar verir ve satış bedeli payları oranında paydaşlara dağıtılır¹². Bunun yasal dayanağını teşkil eden TMK'nun 642. maddesi, 'her mirasçı, terekedeki belirli malların "aynen", olanak yoksa "satış yoluyla" paylaşılmasına karar verilmesini sulh mahkemesinden isteyebilir' ifadesine yer vererek konuya açıklık getirmektedir.

IV. İzale-i Şuyu Davası Neticesinde Verilen Satış Kararı ile Doğan KDV Yüğü

Miras ortaklığını sona erdirmek için ortak veya ortaklar tarafından diğer ortaklara karşı açılan ve özellikleri yukarıda ayrıntılarıyla açıklanan izale-i şuyu davası neticesinde, elbirliğiyle mülkiyetin tipik örneğı olan miras ortaklarının karşılaşıcağı vergisel yükler ile, böyle bir dava açılmaksızın miras ortaklarının, ortaklık konusu terekeye dahil mal ve hakları anlaşarak paylaşmaları, diğer bir ifadeyle anlaşarak bireysel mülkiyete çevirmeleri neticesinde karşılaşıcağı vergisel yükler arasında farklılık doğmaktadır. Çalışmamızda söz konusu farklılığın sınırlarını KDV ile çizmiş bulunmaktayız.

Elbirliğiyle mülkiyet sahibi olan miras ortaklarına miras olarak kalan menkul ve gayrimenkul mal ve hakları, söz konusu ortaklar ivazsız (karşılıksız) olarak iktisap etmektedirler ve dolayısıyla söz

H.Ümit Yılmaz, s.2390.)

¹¹ Ejder Yılmaz ve H.Ümit Yılmaz, s.2387.)

¹² Bu haliyle dava iki safhadan oluşur. İlki ortaklar (paydaşlar) arasındaki hukuki ilişkinin aynen bölme ve satım kararı ile son verilmesi yolu ile paylaşılması safhasıdır. Aynen bölünme mümkün ise, bölünen parçaların paydaşlara tahsisi yapılır. Bu durumda dava konusu olan taşınmaza, yapılan ifraza göre yeni tapu oluşturulur. Aynen bölünme mümkün olmadığı takdirde satış kararı verilir. Hükümün kesinleşmesi ile satış memurundan infazı istenir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2003/6-253, K.2003/270,T.02.04.2003 Kararı).

konusu ivazsız iktisaplar VİV'in konusuna girmektedir. VİVK'nın 1. maddesi verginin konusunu, Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şahıslara ait mallar ile Türkiye'de bulunan malların veraset tarihiyle veya her hangi bir suretle olursa olsun ivazsız bir tarzda bir şahıstan diğer şahsa intikali olarak belirlemiştir. Burada VİV'i ödeme yükümlülüğü ivazsız olarak iktisap eden miras ortaklarıdır (VİVK. md.5). Burada vergiyi doğuran olay 'ölüm' olduğundan¹³, ölümün vukuu bulması ile mirasçılar, Kanunda belirtilen müddetler içinde beyanname vermek (VİV md. 9) zorundadırlar. VİVK, ivazsız intikaller için 2.730 TL'lik bir istisna tutarı belirlediğinden¹⁴, mirasçılar bu tutara kadar olan ve kendilerine ivazsız olarak intikal etmiş olan mal ve haklar için vergi ödemeyeceklerdir. Üstelik miras yoluyla intikal eden mallara ilişkin olarak uygulanacak vergi oranları 2011 yılı için 170.000 TL'ye kadar %1 olup, söz konusu tutar ve oranlar da kademeli olarak artmaktadır¹⁵. Ayrıca miras ortaklarının yukarıda izah edildiği üzere, miras kalan mal ve haklardan ötürü Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'na bağlı şekli ve maddi yükümlülükleri dışında, 492 sayılı Harçlar Kanunu'na göre terekenin mühürlenmesi için ödeyecekleri harç tutarını ödeme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bunlara ilave olarak miras ortakları yine terekedeki gayrimenkullerin bireysel mülkiyete çevrilmesi neticesinde, Harçlar Kanunu'nun "Tapu ve Kadastro Harçları" kısmında yer alan 58/d. maddesinde belirtildiği üzere tapu ve kadastro harcı ödemekle de yükümlüdürler¹⁶. Bu yükümlülükleri

¹³ Aynı yönde Danıştay kararı için bkz. Danıştay Yedinci Dairesi'nin K.1998/4184, E.1997/3175, T.26.11.1998 Kararı (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>.)

¹⁴ 42 seri no.lu Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Genel Tebliği, S.27800(6.mükerrer) ve T.29.12.2010 Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁵ 42 seri no.lu VİV Genel Tebliği ile belirlenen tutar ve oranlar aşağıdaki gibidir:

Matrah	Veraset yoluyla intikaller için verginin oranı (%)
İlk 170.000TL için	1
Sonra gelen 370.000 TL için	3
Sonra gelen 800.000 TL için	5
Sonra gelen 1.600.000 TL için	7
Matrahın 2.940.000 TL'yi aşan bölümü için	10

¹⁶ Harçlar Kanunu'nun 58/d . maddesinde, "miras sebebiyle çıplak mülkiyetin mirasçı adına tescilinde, çıplak mülkiyete sahip olanlar" tapu ve kadastro harcı ödemekle yükümlüdür.

yerine getirdikten sonra miras ortaklığı, ortakların anlaşması ile son bulup mal ve haklar artık bireysel mülkiyete konu teşkil etmektedir. Artık elbirliğiyle mülkiyete konu mal ve haklar olmayıp, veraset yoluyla intikal etmiş ve bireysel mülkiyete geçmiş olan mal ve haklar mevcuttur. Bu aşmadan sonra veraset yoluyla mirasçılara intikal etmiş olan mal ve haklar üzerinde, söz konusu bireysel mülkiyet sahipleri diledikleri tasarrufta bulunabilme hakkına sahiptirler. Şayet bu şekilde anlaşarak, yani rızaen paylaştırılmış bireysel mülkiyete dahil mal ve hakları, malikler elden çıkarırlar ise, GVK açısından vergilendirilmesi gereken bir gelirden söz etmek mümkün olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu veraset yoluyla iktisap edilmiş menkul ve gayrimenkul mal ve hakların satışı, Gelir Vergisine tabi bir kazanç doğurmamaktadır. Söz konusu elden çıkarma işlemi neticesinde elde edilen kazanç, GVK'da ifadesini bulan yedi gelir grubuna dahil kazançlardan değildir¹⁷. Bu yönde çok sayıda Danıştay kararı bulunmaktadır. Öyle ki pek çok Danıştay kararında veraset yoluyla intikal eden arsa üzerine bira inşa edilmesi suretiyle satılmasının dahi GVK açısından vergilendirmeyi gerektiren bir kazanç olmadığı belirtilmektedir¹⁸.

Oysa ki, miras ortakları miras ortaklığına dahil mal ve hakları paylaşma konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, yukarıda belirtildiği üzere, TMK ortaklara mahkemeye başvurma imkanı sunmaktadır. Ortaklar tarafından açılan izale-i şuyu davası neticesinde, mahkeme öncelikle mal ve hakların aynen paylaştırılması mümkün ise, ortakların payları oranında aynı olarak paylaşırma yoluna gidecektir. Şayet bu şekilde paylaşırma mümkün değil ise, TMK'nın 642. maddesinde belirtildiği üzere, satış yoluyla elde edilen bedelin paylaşılmasına karar verecektir. İşte bu noktada, miras ortakları, rızaen paylaştırılmış bir

Harçlar Kanununa ekli 4 sayılı listede yayımlandığı üzere, terekeye dahil taşınmaz malların ve atanmış mirasçılar arasında aynen veya ifrazen yapılacak taksiminde kayıtlı değer üzerinden binde 19,8 oranında tapu ve kadastro harcı alınmaktadır.

¹⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Mehmet Maç ve Tarık Jamali, Veraset, Hibe ve Ölüm-Kısım IV (Mirasçılardan Kendilerine Ait Vergi Yükümlülükleri), BDO Yayınları, s.28.

¹⁸ Danıştay Üçüncü Dairesi'nin K.2001/584, E.1999/3352, T.20.02.2001 Kararı, Yine Danıştay Üçüncü Dairesi'nin bir kararında da "veraseten intikal eden arsanın üzerine mirasçılardan biri tarafından bina inşası suretiyle değerlendirilmesinin arzi kazanç olarak sayılmayacağı" belirtilmektedir (K.1992/3391, E.1991/4, T.17/11/1992).

terekeden farklı olarak bir vergi yükü ile karşı karşıya kalacaklardır. Söz konusu verginin kaynağını KDVK (madde 1/3-d) oluşturmaktadır. Bu konuda 08.08.2011 tarihinde yayımlanmış KDV Sirkülerinde de aynı yönde açıklamalara yer verilmiştir¹⁹. Söz konusu sirkülerde verilen örnekte “*İzale-i şuyu talebi için açılan davada, mahkemenin kararına göre yapılacak bu satış işlemi, KDV Kanununun 1/3-d maddesi uyarınca KDV ye tabidir.*” ifadesine yer verilmek suretiyle bu konudaki ihtilaflara açıklık getirilmek gereği duyulmuştur. Kısaca, izale-i şuyu davası neticesinde, terekeye dahil mal ve hakların satışı yoluyla elde edilen bedel üzerinden miras ortaklarının KDV ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır.

V. İzale-i Şuyu Davası Neticesinde Gerçekleşen Satışın KDVK Bağlamında Değerlendirilmesi

Miras ortaklığını giderecek izale-i şuyu davası neticesinde satışına karar verilen terekeye dahil mal ve hakların bedelleri üzerinden KDV hesaplanmasını zorunlu kılan KDVK'nın 1/3-d madde hükmünü konumuz bağlamında değerlendirmekte yarar görmekteyiz. Zira izale-i şuyu davası neticesinde gerçekleşen satış işlemi KDVK bağlamında “*müzayede mahallinde yapılan*” satış olarak mütalaa edilmek suretiyle vergilendirilmektedir. Diğer bir ifadeyle, miras ortaklarının, ortaklığı sona erdirme konusunda anlaşmalarını ve bu anlaşmazlığı gidermek üzere mahkemeye müracaat etmeleri neticesinde yapılan satış işlemi, KDVK bağlamında müzayede mahallinde yapılan bir satış olarak kabul edilmekte ve bu doğrultuda vergilendirilmektedir.

Bu açıdan konunun tespitini kolaylaştırmak için ilk olarak “*müzayede*” kavramını açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Arapça kökenli olan müzayede kelimesi “*arttırma, açık arttırma*” anlamına gelmektedir²⁰. Arttırma, açık arttırma denildiğinde ilk akla gelen kavram ise “*ihale*” olmaktadır. Yine Arapça kökenli olan ihale de, “*arttırma veya eksiltme biçimiyle yapılan ve en uygun fiyatı teklif edene (en çok arttıran veya*

¹⁹ Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 60 Seri no.lu KDV Sirküleri, 08.08.2011 tarih ve KDVK-60/2011-1 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁰ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B22EF05A79F75456518CA>; <http://www.adalet.gov.tr/hukuksozlugu.htm#m>; Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s 891.

eksiltene) işin/malın verildiği bir sözleşme" olarak tanımlanmaktadır²¹. Buradan da müzayedenin ihale yöntemlerinden birisini oluşturmaktadır olduğu ortaya çıkmaktadır.

KDVK ilgili maddesinde müzayede mahallerinde yapılan satışların KDV'nin konusuna girdiğini açıkça belirtmiş ancak müzayede mahalli kavramını tanımlamamış ve açıklamamıştır. Bu açıdan vergi kanunlarında da bir tanımlamaya gidilmemiştir. Oysa ki, izale-i şüyu davası ile terekeye dahil mal ve hakların satışı işleminin, KDVK bağlamında müzayede mahallinde yapılan satış, daha genel anlamı ile ihale yöntemiyle satış mı olduğu konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Müzayede mahalli kavramı ile ilgili yasal düzenlemenin 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun muhtelif maddelerinde yer aldığını görmekteyiz²². İlgili Kanun bağlamında müzayede mahalli, belediyelerce açık arttırma suretiyle satışların yapıldığı veya bu tip satışların yapılması için özel kişilerce açılmasına izin verilen yerler olarak tanımlanabilmektedir²³. İdare organı, eksikliği ve karışıklığı gidermek maksadıyla tebliğ bazında açıklamalar yapmak zorunda kalmıştır ki, özellikle 1 seri no.lu KDVK Genel Tebliği'nde²⁴ "müzayede yapılan yerin münhasıran müzayede yapımına tahsis edilmiş olup olmamasının durumu değiştirmeyeceği" açıklaması ile, uygulamada yaşanmakta olan kavram kargaşasına açıklık getirmiştir. Yine 15 seri no.lu KDVK Genel Tebliğinde²⁵, "icra, izale-i şüyu, ipoteğin paraya çevrilmesi, tasfiye gibi nedenlerle müzayede mahallerinde yapılan açık arttırma, pazarlık ve diğer şekillerdeki satışların KDV'ye tabi olduğu" açıklaması yapılmıştır. Kısaca söz konusu Tebliğde, ihale veya icra şeklinde satışların yapıldığı yerler müzayede mahal-

²¹ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B22EF05A79F75456518CA>; <http://www.adalet.gov.tr/hukuksozlugu.htm#m>, Ejder Yılmaz, s.522.; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul: Beta Yayın Dağıtım A.Ş., Ekim 1996, s.212.

²² Bkz 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/15, 15/64 ve 17. Maddelerine (25874 sayı ve 13.07.2005 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1525.html>))

²³ Akın Akbulut ve Okan Netek, "Müzayede Mahallinde Yapılan Satışlar, Online Müzayedeler ve Online Müzayedeler Aracılığıyla Yapılan Satışların KDV Karşısındaki Durumu (II)", Vergi Dünyası, Sayı: 316, Aralık 2007, s.28

²⁴ 1 seri no.lu Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Tebliği, 18591 sayı ve 30.11.1984 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. (<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028>.)

²⁵ 15 seri no.lu KDVK Genel Tebliği, 18818 sayı ve 21.07.1985 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. (<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028>.)

li olarak değerlendirilmektedir. İdare konuya bu şekilde yaklaşırken, yargı organları da farklı yorumlamalara gitmiştir. Müzayede mahalli kavramının tanımlanması konusunda, Danıştay ve Yargıtay arasında kesin bir fikir birliğinin olmadığını, muhtelif kararlarında görmekteyiz. Bu konuda Yargıtay'ın, KDV uygulaması açısından "*açık arttırma ile satışın yapıldığı yerin müzayede mahalli olduğu*" ve yine verginin alınması için satışın nerede yapılırsa yapılsın "*açık arttırma ile yapılmasının*" yeterli olduğu şeklinde, 1 seri no.lu KDVK Genel Tebliği ile de paralel kararlarına rastlanmaktadır²⁶. Danıştay ise muhtelif kararlarında ihale suretiyle satışları, müzayede mahallinde satış olarak değerlendirmiş²⁷, diğer bazılarında da bu şekilde değerlendirmemiştir²⁸. Yine Yargıtay'a paralel mahiyette kararlarına da rastlanmaktadır²⁹.

Tüm bu yasal, idarî ve yargısal düzenlemelerden yola çıkarak, Yargıtay'ın kararlarında da belirtildiği üzere, KDVK uygulaması açısından, açık arttırma ile satışın yapıldığı her yer müzayede mahalli olarak kabul edilip; verginin alınması için satış nerede yapılırsa yapılsın "*açık arttırma ile yapılmasının*" yeterli olduğu ve KDVK açısından vergilendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak yerinde olacaktır kanısındayız.

²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2006/12-759, K. 2006/760, 29.11.2006 Tarihli Kararı; Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin E. 2003/21326, K. 2003/24901, 16.12.2003 Tarihli Kararı; Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin E. 1995/8461, K. 1995/8818, 14.06.1995 Tarihli Kararı; Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin E.1993/1731, K.1993/5281, 15.03.1993 Tarihli Kararı (<http://www.kazanci.com.tr/>); Şükrü Kızılot, Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Cilt I, Ankara: 1998,, s.80; Nuri Değer, Açıklamalı ve Uygulamalı Katma Değer Vergisi Kanunu, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, Temmuz 2007, s. 106.

²⁷ Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2000/5815, K.2002/1576, 16.04.2002 Tarihli Kararı; Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2000/5694, K.2002/3463, 05.11.2002 Tarihli Kararı, Danıştay Onbirinci Dairesi'nin E1997/3969, K.1998/3147, 05.10.1998 Tarihli Kararı.; Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin E.1997/503, K.1998/552, 12.02.1998 Tarihli Kararı; Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2000/5815, K.2002/1576, 16.04.2002 Tarihli Kararı ; Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin E.1997/503, K.1998/552, 12.02.1998 Tarihli Kararı (<http://www.kazanci.com.tr/>).

²⁸ Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin E.1997/503, K.1998/552, 12.02.1998 Tarihli Kararı (<http://www.kazanci.com.tr/>); Danıştay Yedinci Dairesi'nin E. 2000/5694, K. 2002/3464, *Vergi Sorunları*, Sayı: 179, Ağustos 2003, s.236-237; Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2003/501, K.2003/4809, 19.11.2003 Tarihli Kararı (<http://www.mevbank.com/mevbank/doc/dvframe3.asp?docid=48537&lcode=down&count=0&minpar=0&maxpar=0&mode=1&src=m%FCzayede+mahalleri&srct=1>).

²⁹ Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2001/2028, K.2002/2747, 18.06.2002 Tarihli Kararı (<http://www.mevbank.com/mevbank/doc/dvframe3.asp?docid=41306&lcode=down&count=0&minpar=0&maxpar=0&mode=1&src=m%FCzayede+mahalleri&srct=1>).

Bu tespitın ardından izale-i şuyu davasında, mahkeme tarafından terekeye dahil mal ve hakların satışına dair verilen karar neticesinde yapılacak satış işlemi de bu bağlamda ihale yöntemlerinden birisi olan arttırma suretiyle satış şeklinde gerçekleştirilecektir. Zira bunun yasal dayanağını Türk Medeni Kanunu'nun 699/3. maddesinde görmekteyiz. Madde hükmünde yapılan "bölme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa, **açık arttırmayla satışa hükmolunur**" açıklaması nedeni ile izale-i şuyu (ortaklığın giderilmesi) amacıyla yapılan satışlarda, müzayede (açık arttırma) ile satış yönetiminin uygulanacağı açıkça ortaya çıkmaktadır. Ayrıca izale-i şuyu konusunda, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 570. maddesi de izale-i şuyu için satış işlemi müzayede ile yapılacağını açıkça belirtmektedir³⁰. Yine HUMK (md.571), 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na (İİK) atıfta bulunmaktadır. İİK'da kural olarak "*satışta müzayede (açık arttırma)*" yönetiminin kabul edildiği tespit edilmektedir (İİK md.114 vd.,123 vd.)³¹. İzale-i Şuyu için açık arttırma yani müzayede ile yapılacak satış işleminin İİK kurallarına göre yapılacağı açık olduğuna göre, söz konusu açık arttırma (müzayede) suretiyle satış, müzayede türlerinden "*cebri müzayede*" şeklinde gerçekleşmektedir. Cebri müzayede olarak kabul edilmesinin önemi ise, KDV açısından verginin doğduğu zamanın tespitinde ortaya çıkmaktadır. Konumuz açısından bakıldığında, terekeye dahil gayrimenkul ve menkul mallarda KDV'nin doğmasına neden olan teslim işlemi, mülkiyet intikalidir. Zira cebri müzayede, gerek gayrimenkullerde, gerekse menkullerde mülkiyet, ihalenin hukuken kesinleşmesi ile karşı tarafa geçmektedir ve ayrıca tapu siciline tescil gerekmemektedir. Diğer bir ifadeyle, menkul ve gayrimen-

³⁰ HUMK'un ikinci kısmının başlığı "*izale-i şuyu*" olarak düzenlenmiştir. Bu kısmın altında yer alan 569. maddesinde, izale-i şuyu hakkında anlaşmazlık olması halinde sulh hakimine tarafların başvuracakları belirtildikten sonra, 570. Maddesinde de izale-i şuyu için satış yapmak üzere hakimın 571. Maddesinde belirtilen "*müzayede ile satış*" şeklini uygulamak üzere bir memur tayin edeceğini belirtmektedir. Nihayet 571. Maddesi ise, "*müzayede ile satış*" başlığı ile beşinci faslın altın yer almakta ve müzayedenin de icra kanununa göre yapılacağı ifade edilmektedir.

³¹ Alper Bulur, "*İcra ve İflas Hukuku'nda "Fesat Karıştırma" ve "Malın Esaslı Niteliğinde Hata"ya Dayanan İhalenin Feshi Nedenleri*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa.1-2, y.2007, s.47.

kullere ilişkin cebri müzayedede teslimine gerek olmaksızın mülkiyet ihalenin kesinlik kazanması ile hukuken intikal etmektedir. Kısacası, teslim veya tescile gerek olmaksızın, vergiyi doğuran olay müzayedenin yapıldığı ve kesinleştiği tarihte meydana gelmektedir³². Bu anlamda KDV ödeme yükümlülüğü de bu müzayedenin kesinleştiği tarihte doğmaktadır.

Tüm bunlara ilave olarak, miras ortakları, izale-i şuyu davasının özelliği gereği hem davalı hem de davacı konumunda olduklarından ve verilen karardan her iki taraf da yararlandığından, ortakların tümü dava giderlerinden ve bu meyanda avukatlık parasından da sorumlu olmaktadır³³.

Oysaki miras ortakları, rızaen terekedeki menkul ve gayrimenkul malları paylaşma yoluna gitmeleri halinde, söz konusu KDV yükümlülüğü ve yanı sıra yargılama giderleri gibi diğer yükümlülüklerle karşı karşıya kalmayacaklardır.

VI. Sonuç

Elbirliğiyle mülkiyet sahibi olan miras ortaklarına miras olarak kalan menkul ve gayrimenkul mal ve hakları, söz konusu ortaklar ivazsız (karşılıksız) olarak iktisap etmektedirler ve dolayısıyla söz konusu ivazsız iktisaplar VİV'in konusuna girmektedir. Burada VİVK'ya göre ölüm olayının vukuu bulması ile mirasçılar, ivazsız olarak iktisap ettikleri terekeye dahil mal ve haklar için vergi ödeme yükümlülüğü altına girerler, bunun öncesinde de Kanunda belirtilen müddetler içinde beyanname vermek zorundadırlar. Ayrıca miras ortaklarının Harçlar Kanunu'na göre terekenin mühürlenmesi için belli bir harç tutarını ödeme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bütün bu aşamaların ardından miras ortaklığına dahil mal ve haklar veraset yoluyla miras ortaklığına intikal etmiş olmaktadır. Elbirliği

³² Bu konuda aynı yönde karar için bkz. Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.1986/962, K.1988/962, 05.04.1988 Tarihli Kararı (<http://www.kazanci.com.tr/>) ; Danıştay Onbirinci Dairesi'nin E.1996/718, K.1996/1984, 16.05.1996 Tarihli Kararı (<http://www.mevbank.com/mevbank/doc/dvframe3.asp?docid=10558&lcode=down&count=0&minpar=0&maxpar=0&mode1=1&src=m%FCzayed+mahalleri&srct=1>); Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.1990/2307, K. 1993/4547, 08.11.1993 Tarihli Kararı (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>).

³³ Ejder Yılmaz ve H.Ümit Yılmaz, s.2384.

ile mülkiyete sahip olan mirasçılar, tereke üzerinde bireysel olarak diledikleri tasarrufta bulunamazlar. Bulunabilmeleri için miras ortaklığın ortadan kaldırılması ve söz konusu mal ve hakların bireysel mülkiyete geçirilmesi gerekmektedir. Miras ortakları yani mirasçılar aralarında anlaşılır ise, paylaşma rızaen gerçekleşmiş olur ve her bir ortağa payı oranında paylaşım işlemi gerçekleşir. Bu durumda miras ortaklarının terekedeki gayrimenkullerin bireysel mülkiyete çevrilmesi neticesinde, Harçlar Kanunu'nun "*Tapu ve Kadastro Harçları*" kısmında yer alan 58/d. maddesinde belirtildiği üzere "*tapu ve kadastro harcı*" ödeme yükümlülükleri bulunmaktadır. Rızaen paylaşılmış terekedeki mal ve haklar bireysel mülkiyete geçirildikten sonra, artık bireysel mülkiyet sahipleri mal ve hakları üzerinde diledikleri tasarrufta bulunabilme hakkını da elde etmiş olmaktadır. Şayet malikler bireysel mülkiyetlerindeki mal ve hakları elden çıkarırlar ise, GVK açısından vergilendirilmesi gereken bir gelirden söz etmek mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu veraset yoluyla iktisap edilmiş menkul ve gayrimenkul mal ve hakların satışı, gelir vergisine tabi bir kazanç doğurmamaktadır. Bu yönde çok sayıda Danıştay kararı da bulunmaktadır.

Oysaki miras ortakları miras ortaklığına dahil mal ve hakları paylaşma konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, TMK ortaklara Sulh Mahkemesi'ne başvurma imkanı sunmaktadır. Ortaklar tarafından açılan izale-i şuyu davası neticesinde, mahkeme öncelikle mal ve hakların aynen paylaşılması mümkün ise, ortakların payları oranında aynı olarak paylaşım yoluna gidecektir. Şayet bu şekilde paylaşım mümkün değil ise, TMK'nın 642. maddesinde belirtildiği üzere, satış yoluyla paylaşılmasına karar verecektir. Mahkemenin verdiği satış kararı da TMK gereğince "*açık arttırma*" yöntemi ile yapılmaktadır. Ayrıca izale-i şuyu konusunda, HUMK'un 570. maddesi de izale-i şuyu için satış işleminin müzayede ile yapılacağını açıkça belirtmektedir. Yine HUMK'un 571. maddesi, İİK atıfta bulunmaktadır. İİK'da da kural olarak "*satışta müzayede (açık arttırma)*" yönetiminin kabul edildiği tespit edilmektedir (İİK md.114 vd.,123 vd.). İzale-i Şuyu için açık arttırma yani müzayede ile yapılacak satış işleminin İİK kurallarına göre yapılacağı açık olduğuna göre, söz konusu açık arttırma (müzayede) suretiyle satış, müzayede türlerinden "*cebri müzayede*"

şeklinde gerçekleşmektedir. Cebri müzayede olarak kabul edilmesinin önemi ise, KDV açısından verginin doğduğu zamanın tespitinde ortaya çıkmaktadır. Konumuz açısından bakıldığında, terekeye dahil gayrimenkul ve menkul mallarda KDV'nin doğmasına neden olan teslim işlemi, mülkiyet intikalidir. Zira cebri müzayedede, gerek gayrimenkullerde, gerekse menkullerde mülkiyet, ihalenin hukuken kesinleşmesi ile karşı tarafa geçmektedir ve ayrıca tapu siciline tescil gerekmemektedir. Diğer bir ifadeyle, menkul ve gayrimenkullere ilişkin cebri müzayedede teslim gerek olmaksızın mülkiyet ihalenin kesinlik kazanması ile hukuken intikal etmektedir. Kısacası, teslim veya tescile gerek olmaksızın, vergiyi doğuran olay müzayedenin yapıldığı ve kesinleştiği tarihte meydana gelmektedir³⁴. Bu anlamda KDV ödeme yükümlülüğü de bu müzayedenin kesinleştiği tarihte doğmaktadır. Bu açıklamalara istinaden miras ortakları, KDVK'nun 1/3-d maddesinde ifadesini bulan "*müzayede mahallinde yapılan satışlar KDV'nin konusu içindedir*" ibaresine istinaden, sulh mahkemesinin satış kararı neticesinde elde ettikleri bedeller üzerinden KDV ödeme yükümlülüğü altına girmektedirler.

Her ne kadar KDVK "*müzayede mahallinde yapılan satış*" ifadesine yer vermiş olsa da, müzayede mahalli kavramını açıklama ya da tanımlama yoluna da gitmemiştir. Diğer yasal ve idari düzenlemeler ve yargı kararları dikkate alındığında, Yargıtay'ın kararlarına paralel olarak, KDVK uygulaması açısından, açık arttırma ile satışın yapıldığı her yer müzayede mahalli olarak kabul edilip; verginin alınması için satış nerede yapılırsa yapılsın "*açık arttırma ile yapılmasının*" yeterli olduğu ve KDVK açısından vergilendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmamız mümkün olmaktadır. Dolayısıyla izale-i şuyu davası neticesinde gerçekleştirilen satış, müzayede mahallinde yapılan satış olarak mütalaa edilebilmektedir ve bu açıdan da KDV'nin konusuna girmektedir.

³⁴ Bu konuda aynı yönde karar için bkz. Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.1986/962, K.1988/962, 05.04.1988 Tarihli Kararı (<http://www.kazanci.com.tr/>) ; Danıştay Onbirinci Dairesi'nin E.1996/718, K.1996/1984, 16.05.1996 Tarihli Kararı (<http://www.mevbank.com/mevbank/doc/dvframe3.asp?docid=10558&lcode=down&count=0&minpar=0&maxpar=0&mode1=1&src=m%FCzayede+mahalleri&srct=1>); Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.1990/2307, K. 1993/4547, 08.11.1993 Tarihli Kararı (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>).

KAYNAKLAR

- Akbulut, Akın ve Okan Netek. "Müzayede Mahallinde Yapılan Satışlar, Online Müzayedeler ve Online Müzayedeler Aracılığıyla Yapılan Satışların KDV Karşısındaki Durumu (II)", *Vergi Dünyası*, Sayı: 316, Aralık 2007.
- Akipek, Jale G. Akipek. *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)*, İkinci Kitap:Mülkiyet, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara:1973.
- Bulur, Alper. "İcra ve İflas Hukuku'nda "Fesat Karıştırma" ve "Malın Esaslı Niteliklerinde Hata"ya Dayanan İhalenin Feshi Nedenleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XI, Sa.1-2, y.2007.
- Cansel,Erol Cansel ve Ali Naim İnan. "Aynı Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukuku'nun Konusu", acikarsiv.ankara.edu.tr/browse12541850.pdf.
- Danıştay Yedinci Dairesi'nin K.1998/4184, E.1997/3175, T.26.11.1998 Kararı; Danıştay Üçüncü Dairesi'nin K.2001/584, E.1999/3352, T.20.02.2001 Kararı; Danıştay Üçüncü Dairesi'nin K.1992/3391, E.1991/4,T.17.11.1992 Kararı; Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2003/501,K.2003/4809,19.11.2003 Tarihli Kararı; Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.1990/2307, K. 1993/4547, 08.11.1993 Tarihli Kararı (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>); Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2000/5815, K.2002/1576, 16.04.2002 Tarihli Kararı; Danıştay Onbirinci Dairesi'nin E1997/3969, K.1998/3147, 05.10.1998 Tarihli Kararı.; Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin E.1997/503, K.1998/552, 12.02.1998 Tarihli Kararı; Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2000/5815, K.2002/1576, 16.04.2002 Tarihli Kararı ; Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.1986/962, K.1988/962, 05.04.1988 Tarihli Kararı (<http://www.kazanci.com.tr/>); Danıştay Yedinci Dairesi'nin E.2001/2028, K.2002/2747, 18.06.2002 Tarihli Kararı; Danıştay Onbirinci Dairesi'nin E.1996/718, K.1996/1984, 16.05.1996 Tarihli Kararı (<http://www.mevbank.com/mevbank/doc/dvframe3.asp?docid=41306&lcode=down&count=0&minpar=0&maxpar=0&mode1=1&src=m%FCzayede+mahalli&srct=1>); Danıştay Yedinci Dairesi'nin E. 2000/5694, K. 2002/3464 Kararı, *Vergi Sorunları*, Sayı: 179, Ağustos 2003, s.236-237.

Değer, Nuri. Açılmalı ve Uygulamalı Katma Değer Vergisi Kanunu, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, emmuz 2007.

Erişkin, Nuri. "Birlikte Mirasçıların Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", [httpdergiler.ankara.edu.tr/dergiler/382812561.pdf](http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/382812561.pdf).

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 60 Seri no.lu KDV Sirküleri, 08.08.2011 Tarih ve KDVK-60/2011-1 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Kızılot, Şükrü. Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Cilt I, Ankara: 1998.

Maç, Mehmet ve Tarık Jamali. Veraset, Hibe ve Ölüm- Kısım IV (Mirasçıların Kendilerine Ait Vergi Yükümlülükleri), BDO Yayınları.

Reisoğlu, Safa. Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, Altıncı Bası, Ankara:1980.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2003/6-253, K.2003/270, T.02.04. 2003 Kararı; (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2006/12-759, K. 2006/760, 29.11.2006 Tarihli Kararı; Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin E. 2003/21326, K. 2003/24901, 16.12.2003 Tarihli Kararı; Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin E. 1995/8461, K. 1995/8818, 14.06.1995 Tarihli Kararı; Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi'nin E.1993/1731, K.1993/5281, 15.03.1993 Tarihli Kararı (<http://www.kazanci.com.tr/>).

Yavuz, Cevdet. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul: Beta Yayın Dağıtım A.Ş., Ekim 1996.

Yılmaz, Ejder. Hukuk Sözlüğü, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

Yılmaz, Ejder ve H.Ümit Yılmaz. Hukuk Rehberi, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara:2006.

<http://www.adalet.gov.tr/hukuksozlugu.htm#m;>

1 seri no.lu Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Tebliği, 18591 sayı ve 30.11.1984 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. (<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028>.)

15 seri no.lu KDVK Genel Tebliği, 18818 sayı ve 21.07.1985 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

(<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028>.)

42 seri no.lu Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Genel Tebliği, 27800(6. mükerrer) Sayı ve T.29.12.2010 Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

1580 sayılı Belediye Kanunu’nu, 25874 sayı ve 13.07.2005 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1525.html>).

DÜNÜ BUGÜNÜ VE YARINIYLA VERGİLENDİRME YETKİSİNİN HUKUKSAL PERSPEKTİFİ

LEGAL PERSPECTIVE OF TAXATION AUTHORITY YESTERDAY TODAY AND TOMORROW

Aysel Ceren MUTLU*

Özet: Vergi denildiği zaman akla söz konusu vergiyi mükellefler tarafından istenmese bile tahsil edebilecek kudrete sahip bir otorite gelmektedir. Çok da sempatik olmayan bu ifadenin vergi hukuku tamlamasıyla birlikte daha tahammül edilebilir hal almasından dolayı vergilendirme konusunda sahip olunan hakları ve yükümlülükleri anlamının önemli role sahip olduğu inancıyla, bu çalışma kapsamında vergilendirme yetkisinin hukuk devleti ile ilişkisi geniş bir çerçevede değerlendirilmeye çalışıldı. Zira vergi hukuku, hukuk devleti kavramının sınırlarının belirlenmesi açısından en elverişli hukuk dalıdır.

Mahiyeti itibarıyla kuralcı olması gereken hukuk devleti, vergi hukuku kapsamında birey ile devlet arasındaki ilişkileri sistematize ederek belirli bir takım kurallara bağlar. Kamu yararının mümkün kıldığı oranda mevcut olması gereken esneme payı ise kimi zaman Bakanlar Kurulu'na yetki tanınarak kimi zamanda şeklen genellik ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil eden ancak özünde başka Anayasal ilkelere riayet eden muafiyetler ve istisnalar ile sağlanır. Halkın seçtikleri tarafından meydana getirilen kurallar bütünü esasen halkın kurallarıdır. Dolayısıyla “*temsilsiz vergi olmaz*” ilkesi vergi hukukunun bel kemiğidir. Çünkü bu sayede kanunilik sağlanmakta, hukuki güvenlik ilkesi yerini bulmaktadır. Hukuk devleti olmanın oldukça dışında seyreden keyfiyetler uygulamasının önüne kanunilik ilkesi ile geçilmektedir. Halkın kanun yapması için yetki verdiği kişiler gerçek anlamda temel hak ve özgürlüklere ne kadar uygun, mali güce ne kadar riayet eden kural ve kurumlar geliştirilirse ve hukukun üstünlüğünü kabul ederek yetkisini kanunlardan, Anayasa'dan aldığı bilincinin ne kadar yerleştiği bir idare teşekkül ederse hukuk devleti olmak yolunda o kadar ilerlenmiş olunur.

Vergi hukukunun kaynağının, ilk insan topluluklarının taş tabletlerinde dahi konuyla ilgili yazıların bulunduğunu belirterek oldukça eskilere dayandığı söylenmelidir. Zamanla daha adil bir vergi uygulaması için mücadelelerin verilmesi dolayısıyla vergilendirme yetkisinin tarihsel süreçte yaşadığı değişimi anlamak esas itibarıyla anlatımın önemli hareket noktalarından birisidir. Çalışmanın devamında kavramın unsurlarını daha iyi ortaya koymak adına hukuk devleti tanımına yer verilecek ve daha sonra hukuk devleti ilkesinin alt başlıklarını oluşturan yasal idare ilkesi, mali güç ilkesi, genellik ve eşitlik ilkeleri, temel hak ve özgürlükler açısından sınırlandırmalar ve hukuki güvenlik ilkesi açıklanacaktır.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi. (Bu çalışma Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN'ün danışmanlığında hazırlanmıştır).

Anahtar Kelimeler: Vergilendirme Yetkisi, Hukuk Devleti İlkesi, Kanunilik İlkesi, Mali Güç İlkesi, Genellik ve Eşitlik İlkeleri, Hukuki Güvenlik İlkesi

Abstract : The term i.e. “*tax*” represents an authority that has the power to be able to charge the tax even though the taxpayers do not want. It was tried to assess in a general framework the relationship of taxation authority with the state of law within the scope of this study believing that it has an important role in understanding the rights and obligations in taxation since this no so much sympathetic expression has started to be tolerated more with the definition of tax law. As a matter of fact, the tax law is the most available discipline of law in terms of determining the boundaries of the concept of state of law.

State of law that must be ruling in nature systemizes and sets a set of rules for the relationships between the individuals and the state within the scope of tax law. To the extent allowed by the public interest, the share of flexibility that should be present is ensured sometimes with the power vested to the Council of Ministers and sometimes with the exemptions and exceptions that are in contradiction with the principles of generality and equality in shape, but that comply with the Constitutional principles in essence. Entire set of rules created by those elected by the public are actually the rules of public. Therefore, the principle of “*no tax without representation*” is the backbone of tax law. Because the legality is ensured and the principle of legal security is established in this way. The principle of legality prevents arbitrary practices that are quite beyond being a state of law. The more the people authorized by the public to pass laws generate the rules and institutions that comply with the fundamental rights and freedoms and that observe the financial power and the more they recognize the superiority of law and establish an administrative institution where the awareness of taking the laws and the Constitution as basis for exercising the power, the more path is covered on the way to become a state of law.

It should be noted that the source of tax law goes to quite past times by stating that there are scripts on the stone tablets of the first human communities concerning this issue. Understanding the change experienced in the historical process of taxation authority because of the fights to implement a fairer tax system over time is essentially one of the most important pillars of this study. In the subsequent part of the study, the definition of state of law will be provided in order to better establish the factors of the concept, and then, the principle of legal administration, principle of financial power, principles of generality and equality, limitations in terms of fundamental rights and freedoms and principle of legal security that constitute the sub-headings of the principle of state of law will be explained.

Key Words: Taxation Authority, Principle of State of Law, Principle of Legality, Principle of Financial Power, Principles of Generality and Equality, Principle of Legal Security.

I. GİRİŞ

Vergilendirme yetkisi, “devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü”¹ olarak tanımlanabilir. Devlet egemenliğine bağlı vergileme yetkisi kavramı çağlar boyunca birçok defa evrim geçirmiştir. Geçtiğimiz yüzyıllarda katı olan egemenlik algısı günümüzde hem kavramsal planda hem de yürürlükteki mevzuat açısından yumuşatılmak gayesiyle çeşitli kuralarla sınırlandırılmıştır.² Vergilendirmeye hukuksal bir perspektiften baktığımızda yapılabilecek yorumlar devlet rejimleriyle büyük paralellik arz etmektedir. Evrensel bazda önemi haiz temel bir ilke olan hukuk devleti ilkesini göz önünde bulundurduğumuzda anayasal ilkelere riayet eden bir vergi uygulamasının ne kadar gerekli olduğunu bir polis devletindeki sınırsız-mutlak vergi uygulamasının yarattığı sonuçları dikkate alarak daha iyi anlayabilmemiz mümkündür.

Vergi egemenliğinin, coğrafi açıdan yabancılarla vatandaşların nasıl vergilendirileceği hususunu; içerik olarak da vergi kanunu çıkarma ve vergi idaresini kurma yetkilerini inceleyen iki yönü vardır.³

Konuya Mesnevi ışığında açıklık kazandırıldığında, Mevlana'nın adalet ve adaletsizlik kavramlarını kullanırken genelde devlet yöneticilerini muhatap aldığı ve onların iktidarını sınırlandırmayı amaçladığı göz önüne alınarak, bu kavramların günümüzde hukuk devleti ile polis devletine denk geldiğinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴

Düşünsel planda, temel hak ve özgürlüklerin vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasının birincil sebebi olduğunu söylerken gerek anayasalarda gerekse uluslararası metinlerde bu konuya dair yer alan hükümlere de işaret etmek gerekir. Çünkü bu yetki devlete sadece vergi hakkı tanımaz aynı zamanda yükümlülükler de yükler.⁵ Tarihi gelişim başlığı altında geçmiş yüzyıllardaki gerek vergi uygulamalarından gerekse yasal metinlerden bahsedilmesinin vergilendirme yetkisinin hukuk devleti ilkesi ile ilişkisinin anlaşılmasında yardımcı olacağına inanıyorum.

¹ Öncel Mualla/ Kumrulu Ahmet / Çağan Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2009, s. 33

² Uluatam Özhan/ Methibay Yaşar, Vergi Hukuku, Ankara 2001, s. 17

³ Zorlu Salahaddin, Vergi Hukuku, 1981 Ankara, s. 65

⁴ Ergül Ergin, Mevlana Perspektifinden Hukuk Devleti İlkesi, Güncel Hukuk Dergisi, Mart 2011/3-87

⁵ Gümüş Erhan, Vergilendirme Yetkisi ve Vergilendirme ile İlgili Hükümet Tasarıfları, Vergi Dünyası Dergisi, S.290, Ekim 2005, s.125

II. TARİHİ GELİŞİM

İlk insan topluluklarından bu yana vergi adı altında olmasa da sınırlı bir şekilde mevcut olan vergi uygulamaları zamanla çeşitlenmiş ve geliştirilmiştir. İlk büyük devletlerin vergilendirme yönündeki faaliyetlerinin izleri halen görülmektedir.⁶ Otoritelerin elindeki, vatandaşın yaşayışına en kolay etki eden yetkilerden biri olan vergilendirme yetkisinin, belirli kurallar dahilinde kullanılması ve çerçevesinin çizilmesi için tarih boyunca büyük mücadeleler verilmiştir.⁷

İlk uygarlıkların oluştuğu dönemde verginin tek savunmasının devlet egemenliği olduğunu, henüz hukuki bir temellendirmeden uzak olduğunu söylemek yanlış olmaz. Pek çok kaynakta da verginin hukuki açıklık kazandığı ilk dönemin Roma İmparatorluğu olduğu belirtilmektedir. Ancak çok gelişmiş bir vergi sistemi olan Roma İmparatorluğu'nun çöküşüyle vergileme alanında keyfi uygulamalar azami oranda artmıştır.

Tarihteki ilk büyük demokrasi mücadeleleri vergilendirme yetkisine karşı gerçekleşmiştir ve bu mücadelelerin önemli bir sonucu devletin söz konusu egemenliğinin yasal düzenlemelerle sınırlandırılması olmuştur. Tüm dünya demokrasileri açısından şekillendirici rol oynayan 1215 yılında ilan edilen Magna Carta Libertatum kralın vergilendirme hakkına bir sınır çekmek adına verilen tepkilerin en önemli cevabıdır ve mükellef hakları ve hukukunun başlangıcıdır⁸. Özgürlükleri belirlemekten çok toplum güçleri arasında bir denge kuran bu fermanı önemli kılan hususlar ilk kez böyle bir sınırlamanın meydana gelmesi ve temsilsiz vergi olmaz ilkesine ilk adımın atılmasıdır. Ancak Magna Carta Libertatum'un fiiliyatta etkin olamamasından dolayı 1628 tarihli Haklar Dilekçesi (Petition Of Rights) ve 1689 tarihli Haklar Kanunu (Bill Of Rights) devam eden mücadeleler sonucu ulaşılan önemli belgelerdir.

Batı'da demokratikleşme kapsamında vatandaşlık hukuku gelişirken, vergilendirme yetkisi de objektif kıstaslara bağlanarak sosyal bir içerik kazandırılmıştır.⁹

⁶ Uluatam/Methibay, s.18.

⁷ Akyazan Ahmet Emrah, Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'deki gelişimi, TBB Dergisi, 2009, S.80, s.1.

⁸ Erol Ahmet, Vergi İncelemesi Sırasında Mükellef Hakları-1, Yaklaşım Dergisi, Mart 2010, S.207, s.17.

⁹ Akyazan, s.2.

İngiltere’de baş gösteren vergilendirme yetkisine karşı tepkiler diğer ülkelerdeki mücadelelere de öncülük etmiştir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri’nin bağımsızlık mücadelesinin ağır vergilendirme şartlarına ve vergi yasalarına (Stamp Act) karşılık geliştiğini hatırlamakta yarar var. İngiltere’de yaşanan bu gelişimle Fransa’daki olaylar paralellik arz etmiş ve 1789 ihtilali sonucunda kralın vergilendirme alanındaki pek çok yetkisi ve çeşitli imtiyazlar kaldırılmıştır. Aynı yıl ilan edilen İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi de vergi ile ilgili bazı maddeler getirmiştir.¹⁰ Bu metinlerdeki vergilendirme yetkisi aleyhindeki sınırlamalar modern Anayasalara, oradan da uluslararası metinlere geçmiştir ve buna paralel olarak vergi mükelleflerinin haklarını genişleten düzenlemeler ortaya çıkmıştır.¹¹

Osmanlı Devleti’ne baktığımızda 1809 yılında ilk anayasal metin olarak da anılan Sened-i İttifak’ın imzalandığını görürüz. Sened-i İttifak kamu hukukunda hukuk devleti kurulması yönünde atılmış bir adımdır. Uygulanamamıştır ancak adil vergilendirmenin hayatiyeti için temel kamu hukuku ilkelerinin gerçekleşmesi gerekliliğinden yola çıkarsak gelişimin mihenk taşlarından olduğunu söyleyebiliriz. Yazının içeriği ile bağlantılı olarak özellikle Sened-i İttifak’ın yedinci şartını sizlere aktarmakta yarar görüyorum¹²:

Yedinci şart: *“Fakirlerin ve genel olarak tüm halkın korunması esas olduğundan, ayan ve hanedan, himayeleri altında bulunan yerlerin asayişini sağlamakta ve fakirlerin ve halkın vergilendirilmesinde aşırılığa gitmeme hususunda gerekli özeni göstereceklerdir; vergilemeye ilişkin olarak hanedan arasındaki görüşmelerle ulaşılan kararlara göre uygulamaya devam olunacaktır”.*

Padişahın hem siyasi otoriteyi temsil etmesi hem de dini lider olması nedeniyle vergilendirme yetkisinin çok geniş olduğu¹³ Osmanlı İmparatorluğu’nda Tanzimat Dönemi’nde her alanda hissedilen batılılaşma, vergilendirme alanında da batılı modellerin örnek alınması şeklinde tezahür etmiştir. Tanzimat döneminde tanınan hakların belki

¹⁰ Uluatam/Methibay, s. 22-23.

¹¹ Özgenç Selçuk, Mükellef Hakları Bildirgesinin Hukuki Niteliği, Vergi Dünyası Dergisi, Ocak 2007, S.305, s.184.

¹² Uluatam/ Methibay, s.24.

¹³ Akyazan, s. 2.

de en dikkat çekici özelliği halkın direnmesiyle, mücadeleler sonucu elde edilmemiş olmasıdır. Buna rağmen Tanzimat Dönemi devletin hukukun üstünlüğünü kabul etmesi açısından önemlidir.

Yukarıda zikredilen önemli belgelerde yer alan vergilendirme hakkının kullanılmasıyla ilgili maddeler mali güç ilkesini, kanunilik ilkesini, temsilsiz vergi olmaz prensibini kısacası vergilendirme yetkisinin anayasal sınırlamalarını anlatan hüviyete sahiptir. Bu maddelere örnek vermemiz gerekirse:

Magna Carta (1215) 4. : *“Krallığımızda halkın rızası olmaksızın hiçbir vergi konulmayacak ve para yardımı toplanmayacaktır; meğer ki bunlar fidye, en büyük oğlumuzun şövalyeliği, en büyük kızımızın çeyizi için olsun. Bu hallerde de para yardımı bir defaya mahsus ve uygun miktarda yapılacaktır. Londra Şehrinden istenecek para yardımlarında da aynı esas geçerlidir.”*

Petition Of Rights (Haklar Dilekçesi) (1627) : *“ Milletvekilleri, bundan böyle, parlamentonun rızası olmadan, hiç kimseye ödünç, vergi ve benzeri mükellefiyetler yüklenmemesi hususunu Majestelerinden niyaz ederler.”*

Bill Of Rights (Haklar Kanunu) (1689) : *“ Parlametonun izni olmadan ya da bu izni aşan süreler için, emsal gösterilerek Kraliyet ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla halktan para toplanması memnudur.”*

İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi (1789) : *“Madde 13: Kamu gücünün sürdürülmesi ve idare giderleri için ortak bir vergi belirlenmesi zorunludur. Bu vergi tüm yurttaşlar güçleriyle orantılı olarak dağıtılmalıdır. Madde 14: Bütün yurttaşların bizzat ya da temsilcileri aracılığıyla, ortak verginin gerekliliğini saptamak, buna özgürce rıza göstermek, kullanımını izlemek, miktarını, tahakkuk biçimini ve süresini belirlemek hakları vardır.”*

1839 Gülhane Hattı: *“... Ahali-i memalikten (ülke halkından) her ferdin emlak ve kudretine göre bir vergi-i münasip tayin olunarak kimseden ziyade şey alınmaması...”*

1856 tarihindeki Islahat Fermanı ile müslim ve gayrimüslimler arasındaki vergi farklılıklarına son verilmiştir.

1876 Meşrutiyet Anayasası ile verginin kanuna dayalı olması ilkesi gelmiştir¹⁴:

¹⁴ Feridun Server, Anayasal ve Siyasal Belgeler, İstanbul 1962, s. 13-32.

Madde 25 : *“Bir kanuna müstenit olmadıkça vergi ve rüsumat namı ile nam-ı aherle hiç kimseden bir akçe alınmaz.”*

Tarihimizde ilk Anayasa olarak kabul edilen Kanun-i Esasi (1876), vergilendirme konusunda vergilerin kanuniliği gibi oldukça önemli bir takım ilkelere yer vermiş ancak idareye yetki devrini içeren herhangi bir hükme yer vermemiştir. Dolayısıyla her ne kadar bu yetkinin yasamaya ait olduğu belirtilmiş olsa da, idareye Anayasa’ya aykırılık oluşturacak şekilde yetki tanınmasının önüne geçilememiştir.¹⁵

Ekonomisi iyice kötüye giden Osmanlı Devleti altından kalkamadığı dış borçları nedeniyle bağımsız bir devlet olmanın en önemli göstergelerinden olan vergileme hakkını Duyun-u Umumiye İdaresi’nin kurulmasıyla kaybetmiştir. 1908 tarihindeki İkinci Meşrutiyet diğer kurumlarda olduğu gibi vergi sistemini yaşatmaya yetmemiştir. Kurtuluş Savaşı’nın nihayetinde vergilendirme yetkisi konusundaki söz hakkının sahibi artık yeni kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi olmuştur ama dönemin şartları nedeniyle 1921 Anayasası’nda vergilendirmeye ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte çıkarılan ilk kanun devlet bütçesinin toparlanması konusunda hasıl olan aciliyattan dolayı bir vergi kanunudur.¹⁶ Meclis, 1922’de yayınladığı tebliğ ile vergilendirmeye ilgili tüm yetkinin mecliste olduğunu ve Duyun-u Umumiye İdaresi ile İstanbul hükümeti arasındaki tüm anlaşmaların geçersiz olduğunu belirtmiştir.¹⁷

1924 Anayasası’na gelindiğinde 85. madde ile *“vergilerin kanuna dayalı olması”* ilkesine yer verildiğini görüyoruz:

Madde 85 : *“Vergiler ancak kanunla salınır ve alınır. Devletçe, illerin özel idarelerince ve belediyelerce alına gelmekte olan resimler ve yüklemeler, kanunları yapıncaya kadar alınabilir.”*

Ancak bu dönemde denetim merciinin olmayışı, Anayasa’nın yer verdiği ilkelerin uygulanmasını engellemiştir.

63. maddesinde *“vergilendirmede genellik”*, *“mali güce göre vergilendirme”* ve *“vergilerin kanuniliği”* ilkelerini barındıran¹⁸ 1961 Anayasası

¹⁵ Üstün Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007, s.191.

¹⁶ Uluatam / Methibay, s. 27.

¹⁷ Çağan Nami, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982.

¹⁸ Akyazan, s.7.

ile getirilen Anayasa Mahkemesi vergileri amaç açısından, kamu yararına ve kamu işleri için alınma ve karşılıksız alınma açısından birtakım kriterlere bağlayarak belirlilik ilkesine de hizmet etmiştir.¹⁹ Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların ve mahkemece yapılan denetimlerin sınırlı olması veya genel ilkelere gitmekten ziyade Anayasa'daki özel kurullarla hüküm kurulması nedenlerinden ötürü sosyal hukuk devleti olma kriterine bu dönemde fazla değinilmemiştir.²⁰

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası'nın ilgili maddeleri üzerinde ilerleyen başlıklar altında durulacaktır.

Vergilendirme yetkisi, tarihi mücadeleler sonucunda vergi hukukunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu yetkinin hukuka uygun olarak kullanılması büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla vergilendirme yetkisi kullanılırken anayasal ilkelere uyulmalıdır. Anayasamızın 73. maddesinde somutlaşmış ifadelerinin yer aldığı bu ilkelere çalışma kapsamında hukuk devleti ilkesi üzerinde duracağız. Vergilendirme yetkisinin hukuk devleti ilkesi doğrultusunda uygulanması, hukuk devleti ilkesinin alt ilkeleri de vurgulanmak suretiyle şu şekilde incelenebilir:

III. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hepimiz biliyoruz ki Anayasamızın ikinci maddesi uyarınca "*Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir HUKUK devletidir.*" Bir hukuk devletinden bahsederken konunun çok geniş bir alana sirayet etmesinden dolayı tüm unsurları bütünüyle ortaya koymak mümkün değildir. Ancak şunu belirtmeliyiz ki söz konusu ilke, devletin egemenliğine dayanarak müdahale ettiği temel hak ve özgürlüklerin korunması, bireylerin hukuki güvenlik içerisinde yaşaması vb. pek çok konunun önemine binaen vergilendirme yetkisinin dış hatlarını belirlemektedir. Dolayısıyla vergi hukuku da, sosyal bir hukuk devleti olmanın gereklerine hizmet etmelidir.²¹

¹⁹ Uluatam / Methibay, s. 28.

²⁰ Gerek Şahnaz/ Aydın Ali Rıza, Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Ankara 2005, s. 215.

²¹ Kaneti Selim, Vergi Hukuku, İstanbul 1989, s. 29.

Vergilendirmenin hukuka uygun olmayan delillerin baz alınarak yapılması hukuk devleti ilkesinin her alanda hukuka uygun olmayı gerekli kılmasından dolayı mümkün değildir.²² Nitekim bir Anayasa Mahkemesi kararında hukuk devleti şöyle tanımlanmaktadır:²³ *“Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaşıldığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.”*

Adalet kavramının subjektif nitelik taşımasından dolayı hukuk devleti ifadesinin de herkesçe farklı algılanabileceğini düşünürsek; ekonomik, sosyal, ahlaki vb. açılardan yetersiz kalan vergi şekil ve tekniklerinin önüne geçmeyi amaçlayan vergileme ilkeleri²⁴ değişken nitelik taşıyor olsa da, konuyu daha spesifik alanda somutlaştırarak anlamamıza yardımcı olacaktır. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin tezahürüne hizmet ilkelerden ilk olarak genellik ve eşitlik ilkelerine değinilecektir:

A. GENELLİK VE EŞİTLİK İLKELERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

Anayasamızın 10'uncu maddesine göre *“herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşittir (f.1); kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür (f.2) hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz (f.3); devlet organları ve idare bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar (f.4)”*. Dolayısıyla bir vergi uygulamasının genel nitelikte olması zorunludur. Bunun sağlanabilmesi için kimi zaman

²² Şentürk Akın Gencer/ Alpaslan Mustafa, Hukuka Aykırı Delille Vergi: Kanuna Aykırı Olarak Elde Edilmiş Bulgular Delil Olarak Kabul Edilemez. Bu Deliller Vergi Tarhiyatında Veri Olarak Kullanılamaz, Vergi Sorunları Dergisi, Ocak 2009, S.244, s. 149.

²³ Özçelik Selçuk, “Anayasamızın Dayandığı Temel İlkeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; Ernst Hirsch'e Armağan, Yıl 1979, S.1-4, s.25.

²⁴ Genç Yıldray / Yaşar Recep, Vergilemede Adalet ve Etkinlik İlişkisi , Vergi Dünyası Dergisi , Ekim 2009 , S.338, s. 34.

gelir kimi zaman servet kimi zaman ise harcamalar üzerinden vergi alınmaktadır. Geleneksel ilkeler olan genellik ve eşitlik ilkeleri gereği toplumda bulunan herkes kural olarak vergi mükellefidir. Aksi takdirde temel hak ve özgürlükler gibi önemi haiz bir konuda standart olmayan uygulamalar hukuk devleti özelliğinin yitirilmesi anlamına gelecektir.

İnsan olma onurunun temelinde yer alan düşünce herkesin eşit onura sahip olduğudur. Gösterilmesi gereken saygı ve kendini geliştirme konusunda eşit olan bireyler, eşitlik iddialarını insan olmanın verdiği değerle savunmaktadırlar. Etnik köken, cinsiyet gibi farklılıklar bizim insan olarak sahip olduğumuz birincil ve evrensel kimliğimizin önüne geçemez.²⁵

Eşitlikle bağlantılı olarak kaynaklarda ikili bir ayrım bulunmaktadır: Yatay eşitlik eşit durumda olanlara eşit uygulama yapılmasını anlatır ve hukuk devletine işaret eder; dikey eşitlik ise farklı durumda olanlara farklılıkları oranında değişik uygulama yapılmasını anlatır ve sosyal devlet ilkesine karşılık gelir.

Örneğin, kanunilik ilkesine ne derece uygun olduğu tartışmalı olan, devletin vergilendirme yetkisinin pazarlık konusu yapıldığı, vergi adaletinin zedelendiği bir uygulama meydana getirdiği söylenen²⁶ ve idarenin takdir hakkını haiz olduğu²⁷ uzlaşma kurumunun, bu kurumdan yararlanmayanlar açısından daha fazla vergi yükünün doğmasına ve verginin zamanında ödenmemesi gibi yola başvurulacak olmasına zemin hazırlayarak vergilendirmede mali güç ve eşitlik ilkelerine de aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.²⁸ Bir diğer örnekte, 6111 sayılı Kanun kapsamında yargılamanın her aşamasında, farklı hukuki statülere farklı yapılandırmalarda bulunulmasının; hukuk devleti, eşitlik, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerinin bir gereği olduğu ve aykırılık oluşturmadığı belirtilmiştir.²⁹

²⁵ Gürbüz Ahmet, Toplumsal Sorunların Çözümünün Biricik Kriteri Evrensel Hukuk Değerleri ve ilkeleri, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2010/4.

²⁶ Yılmaz Elif, Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, 2009, S. 1-2.

²⁷ Üstün, s. 257.

²⁸ Çelik Miraç, Vergi Hukukundaki Uzlaşma Kurumunun Hukuki Niteliği ve Kurumun Anayasa'da Yer Alan Bazı Vergi Hukuku İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi, A. Ü. H. F. Öğrencilerinin Fakülteye Armağanı, s. 539.

²⁹ Şentürk Gencer Akın, Vergi Borçlarının Yapılandırılmasında, Yargılamanın Bu-

İdeal olana varabilmek adına mevcut durumun iyi anlaşılması gerekir koşulundan³⁰ hareketle ülkemizde neler olup bitiyor, Anayasa Mahkemesi ya da Danıştay nasıl kararlar veriyor bilinmesinin önemli olduğu kanaatindeyim. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararı daha örnek olarak sunmamız gerekirse; V.U.K.'nın 359. maddesinin a bendinde yer alan "...hüküm tarihinde..." ifadesini, aynı tarihte aynı olayın işlenmesi durumunda dahi salt hüküm tarihlerinin farklı olması nedeniyle eşit olmayan hatta son derece adaletsiz ve hukuka aykırı bir ceza uygulamasına yol açabileceği nedeniyle iptal etmiştir.³¹

30 Yılmaz Kazım, Vergi Sistemimiz Hakkında Bir Değerlendirme, Vergici ve Muhabeciyale Diyalog, Nisan 2002, S.168, s.63.

31 Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 07.06.1999 t. 1999/10 E. 1999/22 K. Numaralı kararı, S.36, C.1, s.491 : "...Başvuru kararında, itiraz konusu düzenleme ile hukuka uygun ve adaletli bir sonuç elde etme olanağı bulunmadığı, aynı tarihte aynı suçu işleyenler hakkında hüküm tarihinin değişik olması halinde farklı ceza uygulanması sonucunun doğduğu, bunun haklı bir nedene dayanmadığı, maddi ceza hukukuna göre eyleme, suç tarihinde yürürlükte olan yasanın uygulanması gerektiği, hüküm tarihinin önceden bilinmemesi nedeniyle hürriyeti bağlayıcı cezanın çevrileceği para cezasının suçun işlendiği tarihte belli olamayacağı, ekonomik gelişmeler ve enflasyon nedeniyle hüküm tarihindeki asgari ücretin genellikle suç tarihine göre daha yüksek olduğu, bunun ceza hukukunda suçlu için lehe olan kuralın uygulanacağı ilkesiyle de bağdaşmadığı ileri sürülerek "hüküm tarihinde" sözcüklerinin Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür...İtiraz konusu kural, para cezasının belirlenmesine ilişkin olduğundan bunun suç ve cezadaki yasallık ilkesi gereği objektiflik ve genellik esaslarına göre kesin ve açık bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Ceza davalarında davanın sonuçlanma tarihi, davanın özelliğine ve yargılama sürecine bağlı olarak değişkendir. Dava konusu yasa kuralı, cezaı hüküm tarihindeki asgari ücrete bağlı kılmak suretiyle aynı tarihte işlenen suçlara farklı para cezasının verilmesine neden olabilecektir. İtiraz konusu sözcükler nedeniyle hakkında ne zaman hüküm verileceğini ve o tarihte asgari ücretin ne olacağını bilmesi olanaksız olan kişinin, ne kadar ceza alacağını bilmesi de mümkün değildir... 'Yasa önünde eşitlik ilkesi' hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabılır. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz. Aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı tarihte 213 sayılı Yasa'nın değişik 359. maddesinin (a) bendine aykırı eylemde bulunmaları durumunda, davalar-dan birinin uzamasına ve asgari ücretin değişmesine bağlı olarak itiraz konusu sözcükler nedeniyle farklı para cezasına hükmedilebilmesi, Anayasa'nın 10. maddesindeki 'kanun önünde eşitlik' ilkesine aykırıdır. Anayasa'nın 2. maddesinde

Şüphesiz bu ilkelerin hayata geçirilmesi büyük oranda yasama faaliyetleriyle ilgilidir. Anayasa Mahkemesi ise bir aykırılık gördüğünde söz konusu hükmü iptal edecektir. Dolayısıyla yasama eylemi önemli olmakla birlikte tek başına asla yeterli değildir. İlâveten doktrindeki bir görüşe göre eğer sosyal amaçlı bir vergi uygulaması getirilmesi amaçlanmışsa Anayasa Mahkemesi'nin iptali sonucu daha büyük mağduriyetler meydana gelebilecektir. Bu durumda genellik ve eşitlik ilkelerine aykırılık devam eden yasama süreci içerisinde giderilmeli, iptal kararı verilmemelidir.³² Sonuçta esas yönünden Anayasa'ya aykırılık, bir kanun veya kanun hükmünün Anayasa'da mevcut hükümlere aykırılık anlamını taşıyor³³ olsa da bu belirleme tek yönlü bir bakış açısıyla gerçekleştirilmemelidir.

Sosyal devlet ilkesinin çelişen hedefleri arasındaki önceliği belirlemek takdirine sahip yasakoyucu³⁴; sosyal, ekonomik, kültürel vs. pek çok nedenle eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler getirdiğinde, başka anayasal kriterleri (ihracatı teşvik, çiftçiyi koruma, ...) korumaya çalıştığı için ve bunun haklı neden (kamu yararı, kamu hizmeti) teşkil etmesinden dolayı iptal kararı verilemeyecektir.³⁵ Örneğin, muafiyet ve istisnalar görünüşte genellik ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturuyorsa da bunlar da temelde ekonomik, sosyal vb. gerekçelerle, kanuni koşul ve kapsam dahilinde yani objektif gerekçelerle getirilerek, Anayasa'nın diğer ilkelerine hizmet edip aykırılık oluşturmamaktadır.³⁶ Bununla birlikte yasal zeminin dışında, uygulamada meydana gelen denetim aksaklıkları, vergi hataları gibi durumlar yüzünden eşitlik prensibi zarar görmektedir.³⁷

tanımlanan "hukuk devleti" her türlü eylem ve işlemlerinde Anayasa, yasa ve hukukun temel ilkeleriyle kendini bağlı sayan Devlettir. Anayasa'nın 11. maddesine göre de kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Bu durumda kural Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine de aykırıdır. Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırı olan itiraz konusu sözcüklerin iptali gerekir..."

³² Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 43.

³³ Balcı Tamer, Vergi Davalarında Anayasa'ya Aykırılık Savı Ve Vergi Kanunlarının Yargısal Denetimi, Vergi Sorunları Dergisi, S.190, Temmuz 2004, s. 31.

³⁴ Tekbaş Abdullah, Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi, Ankara 2009, s. 254.

³⁵ Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 41.

³⁶ Üstün Ümit Süleyman, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler, C.11, S.1, s. 257.

³⁷ Tavşancı Aykut, Vergilendirme Yetkisinin Anayasal Sınırları ve 1982 Anayasası, Vergi Sorunları Dergisi, S.203, Ağustos 2005, s. 138.

Sosyal devlette vergi adaletini sağlayabilmenin önemli bir aracı olan mali güce vergilendirme ilkesinin³⁸ vergilendirme yetkisi ile bağlantısının çalışma kapsamındaki açıklaması şu şekildedir:

B. MALİ GÜÇ İLKESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

Vergi tanımlarından da anlaşılacağı üzere kamu giderlerini karşılamak için yine kamu idaresinin gücüne dayanılarak tahsil gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla bu tahsil işleminin temelinde bir takım kural ve ilkeler bulunmalıdır. Bu kurallardan biri de özel kişilerde iktisadi güçle eşdeğer bir anlam taşıyan³⁹ vergilendirmede mali güç ilkesidir. Bu ilke anayasamızın vergi ödevi başlıklı 73. maddesinin birinci fıkrasında açıkça yer almaktadır.

Gelir ve servet düzeyleri birbirinden farklı olan mükelleflerin vergilendirmeler sırasında kişisel ve ekonomik durumları gözetilmeli, mali gücü çok olandan daha çok vergi alınmalıdır. Vergilendirmede gelirin niteliğine dikkat çekerek mali güç ilkesiyle olan ilişkiyi açıklayan Anayasa Mahkemesi 15.10.2009 tarihli 2006/95 E. 2009/144 K. numaralı kararı ile 5479 sayılı Kanun'la GVK'nun 103. maddesinde yer alan vergi tarife yapısında yer alan değişikliğin ücret geliri dışında kalan diğer altı gelir unsurunu elde eden mükelleflerin vergi yükünü olumlu, ancak tarife yapısına göre orta ve üst dilimde yer alan ücret gelirlerini olumsuz şekilde etkilemesinden dolayı Anayasa'nın 2., 73. ve 55. maddelerine işaret ederek aykırılığın kaynağı olan ifadeyi sadece 'ücret gelirleri' yönünden iptal etmiştir. Böylelikle mali güç ve adaletli bir ücret elde etme ilkesi bir arada değerlendirilmiştir. Bununla birlikte ücret geliri elde edenlerin mali gücü ile gelirin niteliği ve kişisel durum arasında bağlantı kurulması, vergi oranları belirlenirken ücret geliri elde eden yükümlülerin salt emeğe dayalı olarak gelir elde etmeleri hasebiyle ekonomik ve kişisel durumlarının göz önünde bulundurulması gerekliliğine de dikkat çekilmiştir.⁴⁰ Ancak ülkemizde fiilen mevcut olan ikili vergilendirme sistemi, sermaye gelirlerinden ücretlere göre daha hafif vergi alınmasını öngörmektedir.⁴¹ Yine Ana-

³⁸ Üstün, C.11, S.1, s. 260.

³⁹ Kaneti, s. 33.

⁴⁰ Tan Mustafa, Vergilendirmede Eşitliğin Mali Güç İlkesi Çerçevesinde Okunması ve AYM Karar Örneği, Vergi Sorunları Dergisi, S.264; Eylül 2010.

⁴¹ Batrel Ömer Faruk, Yaklaşım Dergisi, Türkiye'de Ücretlerin Vergilendirilmesi Üzerine Bir Değerlendirme, Yaklaşım Dergisi, S.208, Nisan 2010.

yasa Mahkemesi mali güç ilkesi ile ilişkili başka bir kararında “*hayat standardı esası*”nı 73. ve 2. maddeye aykırı bularak iptal etmiştir.⁴²

Sporculara yapılan ödemelerle ilgili uygulamalar da anayasal kıstasların anlaşılması noktasında önemli bir misal teşkil etmektedir. Spor kulüpleri tarafından yapılan ödemelerin ücret olarak nitelendirilebilmesi, GVK. m. 2.’de yer alan gelirin unsurlarından ücrete karşılık gelmesi tipiklik ilişkisinin varlığına işaret etmektedir. Buradan yola çıkarak artan oranlı vergi tarifesi uygulanması gerekir diye düşünülürken 2003 yılında tek oranlı (%15) vergi uygulaması kabul edilerek nispi olarak genellik ilkesi karşılınsa da eşitlik ilkesine ters düşülmüştür. Bununla birlikte 5766 sayılı Kanun’la 2008’den itibaren tek oranlı vergilemeden de vazgeçilerek yapılan sporun lig usulüne tabi olup olmamasına göre değişen oranlarla ifade edilen yeni tarifenin mali güç ilkesini gözetmemesinden dolayı eşitlik ilkesine de aykırı olduğu kabul edilmektedir.⁴³

⁴² Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 12.11.199 t. 1991/7 E. 1991/43 K. numaralı kararı, S.27, C.2, s.654 : “... Vergi yükümlüsünün mali gücüne göre vergilendirilebilmesi için, gerçek gelirin saptanması gerekir. Hayat standardı esasının temel nedeni, gerçek gelirin bulunmasına yardımcı yöntem olmasıdır. Bu yönetime göre saptanan tutarın gerçek gelire (mali güce) olabildiğince yaklaştırılabilmesi için yükümlünün belli bir gelir tutarının karinesi sayılan “yaşam düzeyi”ni başka gelirlerle sağladığını kanıtlanmasına olanak vermesi gerekir. Oysa dava konusu kural vergilendirilmiş ya da vergi dışı bırakılmış birçok geliri açıklama nedeni olarak kabul etmemektedir. Bu nedenle yükümlünün kendisine, eşine ve çocuklarına ilişkin vergilendirilmiş gelirin yalnız hayat standardı ek gösterge tutarının açıklanmasında kullanılması, temel göstergelerin açıklanmasında kullanılamaması ve yine yükümlünün kendisine ait emekli, dul ve yetim aylıklarının temel gösterge tutarının açıklanmasında kullanılabilmesi, eşine ve çocuklarına ilişkin bu gelirlerin temel göstergelerin açıklanmasında kullanılmaması, vergiye tâbi olmayan bu gelirlerin dolayı olarak yeniden vergilendirilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Açıklama ve kanıtlanma olanağına tam olarak yer vermeyen bu kural “mali güce göre vergi ödeme” ilkesine aykırı düşmektedir. Fıkranın bu durumuyla, Anayasa’nın 73. maddesinde belirtilen mali güce göre vergilendirme amacına ulaşılması mümkün değildir. Öte yandan, bir kısım gelirleri açıklama nedeni olarak kabul edip aynı nitelikteki diğer gelirleri açıklama nedeni saymamak “vergide adalet” ilkesine de ters düşer. Gerçekten, iptali istenen fıkra, yükümlünün emekli, maluliyet, dul ya da yetim aylığı dışında hiçbir gelirinin temel gösterge tutarından düşülmesine olanak vermemekte, ayrıca eşine, çocuklarına ya da bakmakla yükümlü olduğu kişilere ilişkin çeşitli gelirlerin gerek temel gerekse ek gösterge tutarlarından düşünülmesini engellemektedir. Açıklama olanağına tümüyle değil, kısmen yer veren bu biçimdeki “*hayat standardı esası*” Anayasa’nın 73. maddesine de aykırıdır...”

⁴³ Budak Tamer, Zonguldak Karaelmas Üniversitesi, Anayasal Vergileme İlkeleri: Sporcu Ücretlerinin Vergilendirilmesi, Vergi Dünyası Dergisi, S. 346, Haziran 2010.

Gelir, servet ve harcamaların mali gücü saptamak adına ölçüt olduğu kabul edilerek; artan oranlı vergi tarifelerinden, en az geçim indiriminden, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine oranla daha hafif vergilendirilmesi düşüncesinden yararlanılarak, gerektiğinde muafiyet ve istisnalara yer verilerek Anayasa'mızın 71. maddesindeki mali güç ilkesi hayata geçirilmeye çalışılmaktadır.⁴⁴

Damga vergisinin mali güç ilkesi ile ilişkisinin değerlendirildiği bir yazıda; damga vergisinde mükellefiyetle ilgili olarak, hukuki işlem dolayısıyla bir hususu ispat ya da belli etme durumu yoksa damga vergisinden söz etmenin mümkün olmayacağı, dolayısıyla damga vergisinde mükellefiyetle mali güç arasında herhangi bir bağ kurulmadığı belirtilmiş; mali gücü göz ardı eden damga vergisinin, doğal olarak vergilemede adalet ve eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturacağı ifade edilmiştir.⁴⁵

Yalnızca dar anlamdaki vergiler için geçerli olan mali güç ilkesi adaletli bir vergi için gerekli olmakla birlikte mükellef davranışları üzerinde de etkili olarak vergilerin tahsil edilmesi oranı artırıp toplumsal refaha katkı sağlayacaktır. Zira bahsettiğimiz tüm ilkelerin aslında ortak hedefi hukuk sınırları içinde kalkınmayı sağlamaktır.

Pek çok mahkeme kararında diğer ilkelerde olduğu gibi değinilen, özü insan olma onuruna kadar uzanan mali güç ilkesi kadar önemli ve hukukun üstünlüğünün idarece kabulü anlamına gelen bir diğer ilke olan yasal idare ilkesine ilişkin ise şu şekilde değerlendirmeler yapılabılır:

C. VERGİLENDİRME YETKİSİ VE YASAL İDARE İLKESİ

Verginin hukuki yönünü ifade eden kanunilik ilkesini⁴⁶ hukuk devleti kapsamında mütalaa edersek günümüz demokratik ülkelerinde kuvvetler ayrılığı prensibi gereğince vergilendirme konusundaki yetkinin yasama organına ait olduğunu yani kanun çıkarılarak kullanılması gerektiğini ifade etmek gerekir.⁴⁷ Bağlı yetkiyle donatıl-

⁴⁴ Üstün, C.11, S.1, s. 260.

⁴⁵ Yüce Mehmet, Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi Çerçevesinden Damga Vergisine Bakış, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2009, S.252, s. 142.

⁴⁶ Sönmez Nezihe, Vergi Hukuku, 1970 İzmir, s. 10.

⁴⁷ Yürekli Sabahattin, Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi, Gazi Üniversite-

mış, tüm eylem ve işlemleri kanunda belirlenmiş olan idareye tüm olasılıkların önceden kestirilememesi nedeniyle giderek daha geniş yetkiler verilmekteyse de, idare takdir yetkisini kullanırken hukukun genel ilkelerini, Anayasa ve kanunlarının özünü ve ruhunu, yargı içtihatlarını ve idari gelenekleri dikkate almalıdır.⁴⁸ Bununla birlikte, esasen kast edilen durum, idarenin takdir yetkisinde kısıtlamaya gitmek değil, idarenin bu yetkisini hukuk sınırları dahilinde kullanırken kamu menfaatlerini gözetmesi ve dolayısıyla takdir yetkisinin uygulamadaki hayli geniş olarak kapladığı alanı hukuka uygun kılarak hukuk devleti ilkesine riayet eden vergi uygulamalarının vücuda getirilebilmesidir.⁴⁹

Vergilerin yasallığı ilkesi bünyesinde, vergilerin genel düzenleyici işlemlerle konulmasını ve bireysel vergi tarh ve tahsil işlemlerinin vergi yasalarına (Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlemlerine, Anayasaya, Danıştay içtihadı birleştirme kararlarına, uluslararası vergi anlaşmalarına) uygun yapılmasını barındırır. Çağdaş sistemlerde erkler ayrılığının iyice yumuşaması ihtiyacıyla yetkileri artan yürütme organı, bu yetkilerini yasa aracılığıyla da olsa Anayasa'dan almaktadır. Yasal idare ilkesi, vergi hukuku alanında, " *vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*" şeklindeki anayasa hükmü sayesinde daha sağlam bir güvenceye sahip olmuştur⁵⁰. 73. maddeye bakıldığında, Bakanlar Kurulu'nun kendisine tanınan yetkiyi nasıl kullanacağı açık olamamakla birlikte bu konuda görüş birliğine de varılmış değildir. Benim de katıldığım doktrindeki bir görüşe göre söz konusu yetkiyi Bakanlar Kurulu'na tanınan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisiyle karıştırmamak gerekir.⁵¹ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise yürütme organına getirilen bu istisna, olağanüstü zamanlarda kanun hükmünde kararname ile vergi yükümlülüğü getirebilme yetkisidir.⁵²

si Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 1997, C.1- S.2, s. 282.

⁴⁸ Gerçek Adnan, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2006, s. 13.

⁴⁹ Üstün, s. 23.

⁵⁰ Öncel/ Kumrul/ Çağan, s. 39.

⁵¹ Yürekli, s. 288.

⁵² Bayraklı H. Hüseyin / Odabaş Hakkı, Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.2 - S.1, Temmuz 2000.

Temel olan özgürlüklerdir; sınırlamalar ise istisnai nitelik taşır ve bu yüzden kanunlarda açıkça belirtilmesi zorunludur. Örneğin, ticari ya da mesleki faaliyet nedeniyle vergi mükellefi olmadığı için Gelir Vergisi Kanunu (G.V.K.) m. 94/1'de sayılmayan⁵³ aile hekimlerine getirilen tevkifat sorumluluğunda GVK. m. 94'ün son fıkrasıyla Maliye Bakanlığı'na verilen yetkiye istinaden, aile hekimlerinin, aile hekimliği hizmetlerinin verilmesiyle ilgili olarak yaptıkları bazı ödemelerden, maddede belirtilen oranlarda tevkifat yapmasının uygun bulunması, aile hekimlerinin GVK.m.94'te yer alan tevkifat yapması gereken mükellefler arasında yer almamasından ve Maliye Bakanlığı'nun 275 sayılı genel tebliğine istinaden tevkifat kapsamına alınmasından dolayı verginin yasallığı ilkesine aykırıdır.⁵⁴ Nitekim vergilendirme işleminin de bir idari işlem olmasından dolayı kanunilik ilkesine riayetsizlik, işlemi sebep yönünden de hukuka aykırı kılacaktır. Çünkü hukuki sebebin kaynağı, kanun hükmüdür.⁵⁵

Anayasa Mahkemesi 18.07.1994 tarihli 1994/46 esas 1994/57 karar numaralı kararı ile; 213 s. Vergi Usul Kanunu (V.U.K.)'nun 11. m.'ne 3418 s. Yasanın 30. maddesiyle eklenen fıkranın⁵⁶ Anayasa'nın 6., 7., 8., 11., 38., 73., ve 124. maddelerine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla ilgili olarak, vergilerin daha çabuk ödenmesi için ticaret borsalarının vergi sorumlusu yapılmasının kanunkoyucunun takdir yetkisinde olduğunu ve burada da sorumluluk ihdas edenin yasakoyucu olduğunu, yürütmeye bırakılan düzenleme alanının vergilendirme ile ilgili temel kurallar olmayıp sorumluluğunun uygulanmasına yönelik teknik ayrıntılar olduğunu belirtmiştir. Bakanlığa verilen bu yetkinin mali mü-

⁵³ Şahin Tayfun, Aile Hekimlerinin Stopaj Yükümlülüğünün Verginin Yasallığı İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi, Yaklaşım Dergisi, S.216, Aralık 2010, s. 52.

⁵⁴ Dikmen M. Burçin, Aile Hekimlerine Getirilen Tevkifat Sorumluluğunun Anayasal Hükümler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Vergi Dünyası Dergisi, S.354, Şubat 2011.

⁵⁵ Kızılot Şükrü, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Ankara 2004, s. 39.

⁵⁶ V.U.K. m. 111 (Ek : 24/3/1988 - 3418/30 md.): "Maliye ve Gümrük Bakanlığı ziraat ürünlerin (işlenmiş olanlar dahil) alım ve satımına aracılık eden kuruluşlar ile Ticaret Borsalarını bu mahsullerin satın alınması sırasında yapılacak vergi tevkifatından müteselsilen sorumlu tutmaya, söz konusu ürünlerin satışı dolayısıyla yapılacak vergi tevkifatının hangi safhada yapılacağını her bir ürün için ayrı ayrı belirlemeye yetkilidir. Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından belirlenen safhadan önceki safhalarda tevkif yoluyla alınan vergiler iade edilmez ve süresinde ilgili vergi dairesine yatırılır.

kellefiyet tesis etmeyip sınırlı ve vergi idaresinin uygulayacağı ikincil nitelikte bir düzenleme alanı oluşturduğu yönünde gerekçeler ilave ederek karşı oylara rağmen hükmü iptal etmemiştir.⁵⁷

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında öğrencilerden alınacak harçlara ilişkin esasların Yüksek Öğretim Kurulu'nca tespit edileceği ve bu harçların bir öğrenci fonunda toplanacağı şeklindeki düzenlemeyi; yukarı ve aşağı sınırları ile ölçü ve esasları kanunla belli edilmek şartıyla vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nispet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapma yetkisinin Bakanlar Kurulu'na ait olmasından dolayı Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.⁵⁸

Mezkûr ilke 1982 Anayasası'nın 8. maddesinde *"Yürütme yetkisi ve görevi, cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."* ; 123. maddesinde *"İdare, kuruluş ve göreviyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir"* şeklinde pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. Vergilendirmede belirlilik ve eşitlik ilkeleri açısından bir ön koşul niteliğini taşıyan yasal idare ilkesi kamu hukukunda en çok, kanuni düzenlemelerin fazlalığı nedeniyle vergi hukukunda önem arz eder.⁵⁹ Hukuk devleti ilkesinin kendisini tam olarak ifade edebilmesi için hukukun üstünlüğünü kabul etmiş (yetkinin kaynağının bir kanun hükmü olduğu bilinci yerleşmiş), yargısal denetime tabi ve yargı kararlarını derhal yerine getiren bir idarenin varlığı şarttır. Adaletin tecellisi ancak bu şartlar altında mümkündür.⁶⁰

Çalışmanın başlangıcından bu yana zikredilen ilkelerin hiçbiri birbirinden bağımsız değildir. Nitekim idarenin keyfi davranışlarına engel teşkil eden yasal idare ilkesinde olduğu gibi şimdi açıklanmaya çalışılacak hukuki güvenlik ilkesi de keyfiyete engel teşkil ederek bireylerin idare karşısındaki durumunu güvence altına almaya çalışmaktadır:

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 18.07.1994 t. 1994/46 E. 1994/57 K., S. 31, C.1, Ankara 1996, s. 369-383.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 11, 12, 13, 14 ve 15 Şubat 1975 t. 1973/37 E. 1975/22 K. , S. 13, Ankara 1976, s.150.

⁵⁹ Çağan, s. 146.

⁶⁰ İkinçioğulları Füzuran, "Hukuk Devleti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1 - S:1, 1997.

D. VERGİLENDİRME YETKİSİ VE HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ

Kanunların mevcut olduğunu görmek o devletin bir hukuk devleti olduğu anlamına gelmez. Şüphesiz kanunlar da adalete ve hakkaniyete aykırı olabilir. Bu kapsamda hukukun üstünlüğünün kanunların üstünlüğünden daha kapsamlı ve koruyucu olduğu belirtilmiş ve kanunların, yönetilenlerin hukuki güvenliğini sağlamasının önemine işaret edilmiştir.⁶¹

Yukarıda sıklıkla ifade edildiği üzere vergilendirme yetkisinin temel hak ve özgürlükler gibi önemi haiz meselelerle olan yakın ilişkisinden dolayı bireylerin devletin müdahalelerinden önceden haberdar olması gerekir ki bireylerde geleceğe dair planlarını buna göre yapabilsin, kararlarını buna göre verebilsin. İnsanlar sürekli şüphe içinde hareket ettikleri takdirde orada hukuki güvenliğin mevcut olduğunu söylemek pek mümkün olmaz. Herhangi bir sorumluluk ihdas edildiğinde de bunun mükellefin hukuksal durumunu etkilemesinden dolayı söz konusu hallere ilişkin idarenin takdir yetkisini en alt seviyede buldurmaya çalışmak hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.⁶²

Yükümlülerin vergilendirme yetkisinin kullanıcılarına ilişkin duygu, düşünce ve kanaatleri verginin algılanışını etkilemesinden dolayı gerek siyasi otoritenin gerekse vergi dairelerinin yükümlülere şeffaflık, hesap verebilirlik, saydamlık, vatandaş ve mükellef odaklılık gibi ilkeler dahilinde güven vermesi gerekir. Bu ilkeler sistemin anlaşılır, sade olması ve vergilemede adaletin sağlanması için gerekli⁶³ olduğu gibi olumlu yönde geliştirilen vergi algılaması sonucu vergi kaçakçılığı vb. fiiliyatta meydana gelen anayasal bir vergilendirmeyi engelleyen durumların önüne geçilmesi açısından da etkilidir. Vergi ilişkisinin borçlu tarafı (pasif sujesinin) olan mükellefin çağın gelişimiyle uygunluk arz etmesi gereken haklarının devlet tarafından korunması, vergi alan organlar tarafından bu haklara özen gösterilmesi ve mükellefin hukuk alanına hukuk dışı yollarla müdahale edenlere ağır yaptırımlar getirilmesi gerekir.⁶⁴

⁶¹ Taylar Yıldırım, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Vergi Dünyası Dergisi, Mart 2007, s. 307.

⁶² Üstün, s. 274.

⁶³ Günay Fehmi, Yükümlülerin Vergi Algısı Nasıl İyileştirilebilir?, Vergi Sorunları Dergisi, Şubat 2009, S.245, s.94.

⁶⁴ Erol Ahmet, Vergi İncelemesi Sırasında Mükellef Hakları-1, Yaklaşım Dergisi, Mart 2010, S.207, s.17.

Keyfilik nitelendirmesi ile ters orantılı seyreden ve temelinde hukuk devleti ilkesi bulunan hukuki güvenlik ilkesi, vergilendirmenin belirliliğini, vergi hukukunda kıyas yasağını ve vergi yasalarının geriye yürümezliği ilkesini içermektedir. Bu arada sistematik açıdan başlıklarıda bulunuluyorsa da biraz önce de belirtildiği gibi bu ilkelerin birbirlerinden bağımsız olmadıklarını, Anayasa'ya aykırı bir normun aynı anda birden çok ilkeyi ihlal edebileceğini; bazı ilkeler arasındaki ilişkininse oldukça zayıf olduğunu belirtmek gerekir.⁶⁵

Anayasa Mahkemesi bir kararında⁶⁶; 5766 s. Kanunun geçici birinci fıkrasını, kanunların geriye yürümezliği, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine kısacası hukuk devleti ilkesine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir.

Mükelleflerin güvence altında olması izaha çalışılıyorken elbette ki kanunların zaman bakımından uygulanacakları anın da iyi tespit edilmesi, kanunların açık ve anlaşılır olması, dolayısıyla sebepsiz yere mükellefin mağdur edilmemesi gerekliliğinden yola çıkarak, hukuki güvenlik ilkesinin alt unsurları olan vergi yasalarının geriye yürümezliği ve belirlilik ilkelerinin vergilendirme yetkisi kapsamındaki incelemelerinin çalışma kapsamındaki değerlendirmesi şu şekildedir:

⁶⁵ Tekbaş, s. 253.

⁶⁶ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3391&content=vergilendirme_yetkisi, Anayasa Mahkemesi Kararı, 2009/39 E. 2011/68 K. Numaralı, 28.4.2011 t. , R.G. Tarih-Sayı: 15.10.2011-28085: "...kanun hükümlerinin geriye yürütülmesine yol açıldığı, hukuk devletin hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkeleriyle suç ve cezaların yasallığıyla paralellik gösteren vergilerin yasallığı ilkesinin ihlal edildiği, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 5766 sayılı Kanunla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da genel olarak şirket ortakları ve kanuni temsilcilerin, kamu borcu nedeni ile sorumluluklarını arttıran, genişleten ve müteselsil sorumluluk esasını getiren düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un geçici 1. maddesi ile Kanunla getirilen hükümlerin Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları hakkında da uygulanması öngörülmüştür... İtiraz konusu geçici 1. maddeyle 5766 sayılı Kanun'la 6183 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve eklenen hükümlerin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte henüz tahsil edilmemiş, ancak daha önceki bir dönemde doğmuş ve ödenmesi gereken hale gelmiş kamu alacaklarına da uygulanması öngörülmek suretiyle Kanun hükümleri geriye yürütülmüş olmaktadır. Buna göre, amme alacağının sorumluluğunun tespitinde alacağı doğuran olayın gerçekleştiği zaman değil, Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla borcun halen tahsil edilmemiş olması esas alınmıştır... 5766 sayılı Kanun'da esas olarak bir kamu alacağı ile ilgili bireylerin sorumluluklarını arttıran ve müteselsil sorumluluk getiren düzenlemelerin, Kanunun geçici 1. maddesi ile yürürlük tarihi itibarıyla tahsil edilmemiş alacaklara da uygulanması hukuk kurallarının geriye yürütülmesi anlamına gelmekte ve Anayasada yer alan hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır..."

1. Vergilendirme yetkisi ve vergi yasalarının geriye yürümezliği ilkesi:

Kişilerin kendilerini hukuken güvende hissedebilmeleri, geleceğe yönelik planlar yapabilmeleri, ticari hayatta istikrarın sağlanabilmesi, devlete olan güvenin varlığını koruması gibi ciddi sonuçları olan ve kanuniliğin devamı olma özelliğine sahip bu ilke doktrinde gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek geriye yürüme, yürürlüğe giren yasanın eski kanun döneminde tüm sonuçlarıyla meydana gelip tamamlanmış hukuki ilişki ve olaylara uygulanması iken; gerçek olmayan geriye yürüme yeni kanunun eski kanun döneminde meydana gelmeye başlayan ve halen devam eden, tüm sonuçlarıyla meydana gelmemiş ve yükümlüler açısından henüz kazanılmış hak olarak nitelendirilmeyen hukuki ilişki ve olaylara uygulanmasıdır.⁶⁷ Anayasamızda böyle bir ilke açıkça yer almamakla birlikte denilmektedir ki gerçek geriye yürüme geçerli değildir, gerçek olmayan geriye yürüme ise geçerlidir. Bu kural bağlamında Anayasa Mahkemesi, geriye yürütülen vergi yasalarını hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük açısından yargısal denetime tabi tutabilir.

Vergi hukukunda geriye yürümezlik ilkesi sadece vergi yasaları yönünden ve yürütmenin işlemleri açısından geçerlidir.⁶⁸ İlaveten doktrinde, ihtiyaca aykırı olarak yapılan işlemlerin geri alınması halinde kazanılmış hakların zarar göreceği olması ve bireylerin beklentilerinin dışına çıkılacak olması dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşacağı gerekçesiyle, bu işlemlerin kaldırılmaları ya da düzeltilmeleri önerilmiştir.⁶⁹

Örneğin, Anayasa Mahkemesi, Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 69. maddesi kapsamında mükelleflerin 31.12.2005 tarihi itibarıyla sahip oldukları yatırım indirimi uygulama hakkını 3 yıl süre sınırlayan düzenlemeyi 2006/95 Esas ve 2009/144 sayılı kararı ile iptal etmiştir. Bu durumun, yatırımın yapıldığı zamandaki mevzuata göre süresiz olan yatırım indirimi hakkının sonradan yapılan bir yasa ile 3 yıl süre ile sınırlandırılmasının geriye dönük bir düzenleme olduğu belirtilmiş ve geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının «hukuki istikrar»

⁶⁷ Taylar, s. 200.

⁶⁸ Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 49.

⁶⁹ Üstün, s. 238.

ve "hukuki güvenlik" ilkeleri gözetilmeden kısıtlanmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı dolayısıyla anayasaya aykırı bulunarak iptal edileceği ifade edilmiştir.⁷⁰

Federal Alman Anayasa Mahkemesi gerçek geriye yürümeyi geçersiz saymakla beraber bu konuda yer verdiği istisnalardan bazıları şunlardır.⁷¹

- Bireylerin söz konusu yasa değişikliğine, basında sıklıkla bahsedilmesi vb. nedenlerle ihtimal verebilmeleri,
- Yeni düzenleme gelmeden önce konuya ilişkin açıklığın bulunmaması ve suiistimallere açık hukuki belirsizliğin mevcut olması,
- Yürürlükteki hükmün Anayasa'ya aykırılığının çok bariz olması gibi nedenlerle gerçek geriye yürümenin da hukuka uygun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Bu ilkenin çok katı bir uygulamasının olduğunu söylemek doğru olmaz. Kamu yararı, mali haklarda iyileştirme vb. saiklerle yükümlüler arasında eşitsizliğe yol açmayarak gerçekleştirilen geriye yürüme, hukuki güvenlik ilkesine riayetsizlik teşkil etmeyecektir.⁷²

Her ne kadar vergi yasalarının geriye yürümemesi gerekli olsa da tek başına yeterli olmayıp; söz konusu kanun hükmünün aynı zamanda mutlaka açık, anlaşılır, sade olması gerekir ki bireyler belirlilik sayesinde bir öngörüye sahip olabilsin, kanunilik ilkesi ile yetinilmeyip meşruluğa da yer verilebilsin. Bu kapsamda vergilendirme yetkisinin belirlilik ilkesi ile ilişkisinin hukuki güvenlik ilkesi temel alınarak yapılan incelemesi şu şekildedir:

2. Vergilendirme yetkisi ve belirlilik ilkesi:

Geleneksel vergilendirme ilkelerinden olan belirlilik ilkesi gereğince bireylerin ne zaman, nasıl ve ne kadar vergilendirileceğini bilmeleri ve vergi yasalarının açık ve anlaşılır olması zorunludur. Belir-

⁷⁰ Diliçikık Ata, Anayasa Mahkemesi Kararı Sonrasında Yatırım İndirimi Uygulaması ve 6009 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, Vergi Dünyası Dergisi, S.349, Eylül 2010.

⁷¹ B. Verf GE 13, 261/272/; 429/439/;19, 187/196 f; 22, 330/347; 23, 12/32; 24, 220/229; 30, 250/267; 30, 272/385/ (Bruno Schmidt Bleibtreu-Fraz Klein, Steuerrecht unter Verfassungskontrolle, 2. Erweiterte Auflage, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1972, s. 80-85).

⁷² Tekbaş, s. 274.

lilik ilkesi, kanunda yer alması gereken unsurlara ilişkin olduğundan, bu unsurlardaki herhangi bir eksiklik kanuniliğe zarar vermekle birlikte belirlilik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Yorum ile amaçlanan kanundaki gayeyi anlayabilmek olduğundan bu noktada sınırın aşılması konusunda daha titiz davranılmalı⁷³ ve kanuniliğe zarar verecek derecede yoruma ihtiyaç duyan muğlak ifadelere yer verilmemelidir.

Birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olan kanunilik ve belirlilik ilkelere bu kapsamdaki ortak paydaları olan kıyas yasağı, kanunların Anayasa'ya uygunluğuyla değil bireysel vergilendirme işlemlerinin yargısal denetimi kapsamında mütalaa edilmektedir.⁷⁴ İlke ışığında idarenin vergiyi doğuran olayları kıyasa varacak şekilde geniş bir biçimde yorumlayıp yeni mükellefiyetler tesis edemeyeceğini belirtmemiz gerekir.⁷⁵

Anayasa Mahkemesi bir kararında⁷⁶ 4605 sayılı kanunla Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu'na vergileri çok yüksek oranda arttırabilme yetkisi tanınmasının, mükelleflerin vergi yükünün her an böyle bir tehlikeyle karşı karşıya kalmasının hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin yürütmeye bir yetki verilirken bu yetkinin aşırıya kaçmaması ve mükellefin durumunu belirsizleştirmemesi hususlarını ölçüt aldığını görmekteyiz.

Mükelleflerin sahip olduğu, devletin yükümlülüklerine karşılık gelen haklar anayasal zeminde ifade edildiğinde; verginin belirgin, öngörülebilir ve denetlenebilir olması ön plana çıkmaktadır.⁷⁷ Bunlardan belirlilik ilkesi, mükelleflerin hukuki güvenliğini korurken diğer taraftan vergi idaresinde istikrarı sağlamaktadır.⁷⁸ Örneğin, küreselleşen dünyada devletlerin kendi egemenliklerini korumak adına ihtiyaç duydukları ortak dili meydana getirerek ortak vergi hukuku standar-

⁷³ Şenyüz Doğan, Vergi Hukukunda Yorum Normları ve Ekonomik Yaklaşım, Vergi Hukuku, İstanbul Barosu Dergisi, Mart 2008, s. 17.

⁷⁴ Taylar, s. 307.

⁷⁵ Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 46.

⁷⁶ <http://www.anayasa.gov.tr>, Ay. M. 16.01.2003 Gün ve E.2001/36, K.2003/3, E.T.: 01 Kasım 2011.

⁷⁷ Güneş Gülsen/ Şirin Z. Ertunç, Vergi Ödevlisinin Hakları, Vergi Sorunları Dergisi, Şubat 2005, S.197, s. 137.

⁷⁸ Tavşancı, s. 135.

dının geliştirilmesini sağlayan insan haklarının, kaynağı ve koruyucusu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin⁷⁹ bir ifadesine göre vergilendirmeye mülkiyet hakkına müdahale etmek bu vergilendirmenin ulaşılabilir ve öngörülebilir yani aleni olması halinde meşru görülebilir. Üstün kamu yararı söz konusu olmadıkça ve uluslar arası genel hukuk ilkelerine riayet edilmedikçe kimse mallarını kullanmaktan mahrum edilemez.⁸⁰ Başka bir örnekte de, esnaf muaflığından yararlanmak için belediyelerden belge alınmasının zorunlu kılınması ancak bu belgenin nasıl alınacağı konusunda açıklığın bulunmamasının belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.⁸¹

Bireylerin insan gibi yaşamasının gereği olarak doğumundan ölüme kadar sahip olduğu ve devlet tarafından da korunmasının mecbur olduğu temel hak ve özgürlüklerin bir kısıtlamaya tabi tutulması da kendi doğası gereğidir. Ancak bu noktada, sınırlamaların yasama organı tarafından kanunla, belli sebeplere dayanılarak, ölçülü, çekirdek alana dokunmadan ve Anayasa'ya uygun yapılması şeklindeki kriterlere riayet edilmesi⁸²; vergilendirme yetkisinin, temel hak ve özgürlüklere müdahale edebilmeye oldukça müsait bir alan oluşturması nedeniyle önem arz etmektedir. Bu bağlamda son olarak vergilendirme yetkisinin temel hak ve özgürlüklerle ilişkisine şu şekilde değinilebilir:

E. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ

Hukuk devleti kavramı devletin egemenliğinin temel hak ve özgürlükler lehine sınırlandırılması adına meydana gelmiş ve zamanla demokrasiyle gelişmiştir.⁸³ Hukuk devleti denildiği zaman akla da ilk olarak insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması zorunluluğu gelir. Zira önemli olan, bu hak ve özgürlüklerin varlıklarının uygulamalarda görülebilmesi, bireylerin güvende olduklarına dair inancın her zaman mevcut kılınmasıdır.

⁷⁹ Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006, s. 7.

⁸⁰ Soydan Billur Yaltı, Mülkiyet Hakkı Versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı, Vergi Dünyası Dergisi, Temmuz 2000, S.227, s. 103.

⁸¹ Güneş Gülsen, (2000a) a.g.m., s.263.

⁸² <http://www.anayasa.gen.tr/temelhaklar.htm>, Erişim Tarihi: 02 Kasım 2011.

⁸³ Çağan, s. 144.

Temel hak ve özgürlüklerin vergi yasaları ile de olsa sınırlandırılması ölçüsüz ve aşırı boyutlara ulaştığı takdirde, bu hak ve özgürlükler kullanılamaz bir hale gelebilir. Gerçekten günümüzde devlet vergilendirme yetkisini kamu hizmetlerini finansa etmenin dışındaki kültürel, sosyal amaçlarla ya da farklı ekonomik gayelerle de kullanabilmektedir. Dolayısıyla etkisini her alanda hissettiren vergi uygulamalarının insan yaşantısına bu kadar müdahil olması daha titiz davranılmasını gerektirmektedir.

Anayasa'mızda yer alan temel hak ve özgürlüklerden zorla çalıştırma yasağı (m.18), kişi özgürlüğü ve güvenliği (m.19), özel hayatın gizliliği (m.20), yerleşme ve seyahat özgürlüğü (m.23), din ve vicdan özgürlüğü (m.24), mülkiyet ve miras hakkı (m.35), ailenin korunması (m.41), çalışma ve sözleşme özgürlüğü ve çalışma hakkı ve ödevi (m.48-49), ücrette adaletin sağlanması (m.55), konut hakkı (m.57) vergilendirmeye karşı duyarlı olanlar arasında sayılmıştır.⁸⁴

Devletin egemenliğinin en çok hissedildiği alanın vergilendirme yetkisi olduğunu düşünerek bu yetkinin sınırlandırılması gerekliliğinden bahsederken aklımıza "Acaba her sınırlama mubahtır demek doğru mudur?" şeklinde bir soru gelmektedir. Şüphesiz yazımda temelinde yer alan vatandaşın insanca yaşama hakkının en önemli ilke olduğunu gözetirsek bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Çünkü küreselleşen dünyadaki bu hareketlenmelerden en çok ekonominin etkilenmesinden dolayı devletlerin uluslar arası ve uluslar üstü alanda bu yetkisi sınırlanmakta ve yukarıda sınırlama olarak bahsedilen kriterlerin aksine devletin aleyhine ve dolayısıyla vatandaşın zararına bir tablo oluşturmaktadır. Zira denilmektedir ki vergilemede adalet, verimlilik, etkinlik gibi klasik ilkeler küreselleşme ile etkisizleşmekte ve diğer ülkelerdeki vergi sistemlerinin etkisiyle onların ekonomilerinden bağımsız bir vergi uygulaması imkanı azalmaktadır Diğer taraftan ekonomik bir birleşme olan Avrupa Birliği, ülkelerin kredi ihtiyacını karşılayan IMF ve DB ülke ekonomilerinin yönlendirilmesinde oldukça etkin rol oynamakta ve dolayısıyla egemenlik kavramını irdelememize neden olmaktadır.⁸⁵ Ancak bu demek değildir ki örneğin

⁸⁴ <http://www.akcaoglu.com/2007/02/27/vergilendirme-yetkisinin-temel-hak-ve-ozgurluklerle-iliskisi/> Erişim Tarihi: 19 Ekim 2011.

⁸⁵ Aydın Murat/ İsmail Şiriner, Vergi Dünyası Dergisi, "Küreselleşme Kısacasında Maliye Politikası: Küreselleşme ve Vergilendirme Yetkisi", S.290, Ekim 2005, s. 101.

katma değer vergisinin muhatabının vergi ödeme gücüne sahip olup olmadığından önceden kestirilememesi⁸⁶ dolayısıyla adalet duygularını tatmin edecek bir vergilendirmeye ilgili de Avrupa Birliği direktifleri dikkate alınmasın.⁸⁷ Nitekim Avrupa Birliği'ne tam üyelik yolunda meydana gelen ve özellikle dolaylı vergiler üzerinde gerçekleştirilen düzenlemelerin mali egemenliği sınırlandırmadığı ifade edilmektedir.⁸⁸ Hepsinden ziyade devletler önemli mücadeleler sonucunda tarihi, kültürel, ekonomik ve dini merhalelerle şekillendirip kazandığı vergilendirme yetkisine, dahil olduğu ekonomik bütünleşme içerisinde müdahale edilmesi konusunda son derece hassastırlar.⁸⁹ Bununla birlikte, bugün dünyanın en güçlü ekonomilerinden olan Japonya bile küreselleşme ve diğer ekonomik sorunlar nedeniyle vergi reformu ihtiyacıyla karşı karşıyadır.⁹⁰

Anayasamızda mevcut ilkeleri tekrar gözden geçirdiğimizde Avrupa Birliği'ne tam üyeliğimiz halinde; egemenliğin hiçbir organa devredilemeyeceğini içeren 6. maddede, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde olduğunu belirten 7. maddede, yürütmenin yetkilerini anlatan 8. maddede, yargı erkinden bahseden 9. maddede ve kanunilik ilkesini içeren 73. maddede, söz konusu noktalarda artık Topluluk kural ve kurumlarının etkinliğini sağlayabilmek adına değişiklik yapılması gereği hasıl olacaktır.⁹¹ Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerimizin güvencesi dediğimiz Anayasa'mızda bu kadar önemli değişikliklere mahal verilmesiyle ilgili ilkeler bazında yapabileceğim ilk yorum, yapılacak çalışmalarda farklı pek çok dengeyi iyi gözeterek hukuksal bakış açısını ve ülke menfaatlerini birincil amaç edinmeyi önerecektir.

⁸⁶ Akdoğan Abdurrahman, Kamu Maliyesi, Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2006.

⁸⁷ Aydın Selda, Avrupa Birliği Yakınlaştırma Sürecinde Katma Değer Vergisi Oran Yapısının Gelir Etkisi ve Adalet Açısından Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi, S.244, Ocak 2009.

⁸⁸ Saraçoğlu Fatih, Vergilendirme Yetkisi ve Türkiye- Avrupa Birliği İlişkileri, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi C.5 - S.3, Kış 2003.

⁸⁹ Çağan Nami, Avrupa Topluluğu Vergi Politikasının Hukuki Çerçevesi, Ankara 1988, s. 5.

⁹⁰ Kovancılar Birol, Japon Vergi Reformlarının Kısa Bir Tarihi, Vergi Dünyası Dergisi, Mart 2007, S. 307, s. 190.

⁹¹ Fantorini Stefano / Üzeltürk Hakan, Avrupa Birliği'nin Vergilendirme Politikası ve Türkiye'nin Uyumu, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul 2001, s.67-68.

SONUÇ

Vergilendirme yetkisinin hukuk devleti ilkesi ile ilişkisini ortaya koyarken Anayasa'mıza yazdığımız hukuk devleti olma özelliğini ne kadar taşıdığımızı düşünmemiz gerekir. Adil bir vergilendirmenin çekirdeğini oluşturan devlet ile mükellef arasındaki ilişkilerde devlet elbette ki egemenliğini kullanan taraftır ancak bu hiçbir zaman hukuka aykırılıkları haklı kılmayacaktır.

Vergilendirme yetkisinin temel hak ve özgürlüklerle olan yakın bağlantısının konuya daha titiz davranmayı gerektirdiğini söylemiş-tik. Bu bağlamda söz konusu titizlik uygulamalar zincirinin her anında mevcut olmalı ki belirli noktalardaki hatalar ileriki aşamalarda daha kötü sonuçlara, nihayetinde adaletsiz bir vergilendirmeye neden olmasın. Bir yasama düşünelim mükerrer maddeler ve dağınık ifadeler ile mükelleflerin kafasını karıştıran, bir de idare düşünelim yasama-dan da etkin bir halde vergilendirmeler de bulunabilen. Bir de yargı düşünelim hiçbir ilke gözetilmeden yazılan kanunlara göre karar vermesi gereken... Dolayısıyla yolun en başında nelerden vergi alınması gerektiği iyi belirlenmeli, sistemli, açık ve anlaşılır olarak kanunlarımızda yer edinmeli, mükellefin hukuki güvenlik içerisinde olmasına zeval vermeden tahsil edilebilmelidir.

Adaletin hassas altın terazisi arızalı olduğu müddetçe altın değerindeki uygulamalara tanıklık etmek mümkün değildir. Bu nedenle önce adalet kavramını sindirip içselleştirmeli daha sonra vakıf olduklarımızı kanun, kurum ve kurallarımıza nakşetmeli ve en sonunda farkındalıklarımızı uygulama sahasında da göstermeliyiz. Bunlar içindir ki, hukuk devleti denildiği zaman ne anlamamız gerektiği, mükellef odaklı bir uygulamanın geliştirilmesi, bugünkü vergi sistemimizin eksikliklerini gidererek yarına insan haklarının özellikle anılan savunucusu bir ülke olarak başlanabilmesi için önemlidir.

Yazının başlangıcından buraya kadar çeşitli ilkelerden, kanun maddelerinden bahsettik. Ancak belki de belirtmemiz gereken en önemli mevzuu çağdaş hukukun da bir hedefi olan "*etkin hukuki korumadır*". Bu etkinlik kişiye sahibi olduğu hakkın bizzat teslim edilmesi ile mümkündür. Sadece kanun yapmak ya da mahkeme kurmak yetmez. Bunlar gerekli tedbirler olmakla birlikte yeterli tedbirler değildir. Hukuki barışın sağlanması için lazım gelen hakkın teslimi,

bu uğurda mücadelelerin verilmesi, bu hakların kullanılmak istenmesi ve kullanılması şeklindeki bir durumun tezahürü ile mümkündür. Evet, insan olarak hepimiz çok değerliyiz ancak kendisini ve yaşadığı toplumu düşünmeyen, hak talep etmeyen ve bu haklar için mücadele etmeyen bireyin, birileri tarafından haklarının muhtel edildiğini iddia etmesi de mantıki çelişki meydana getirir.

KAYNAKLAR

- AKDOĞAN Abdurrahman: Kamu Maliyesi, Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2006.
- AYDIN Murat/ İSMAİL Şiriner : “Küreselleşme Kıskaçında Maliye Politikası: Küreselleşme ve Vergilendirme Yetkisi”, Vergi Dünyası Dergisi, S.290, Ekim 2005.
- AYDIN Selda: Avrupa Birliği Yakınlaştırma Sürecinde Katma Değer Vergisi Oran Yapısının Gelir Etkisi ve Adalet Açısından Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi, S.244, Ocak 2009.
- EROL Ahmet: Vergi İncelemesi Sırasında Mükellef Hakları1, Yaklaşım Dergisi, Mart 2010, S.207.
- YALTI SOYDAN Billur, Mülkiyet Hakkı Versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları
- ZORLU Salahaddin: Vergi Hukuku, Ankara 1981.
- AKYAZAN Ahmet Emrah: Vergilendirme Yetkisinin Türkiye’deki gelişimi, TBB Dergisi, 2009, S.80, s.1
- BALCI Tamer: Vergi Davalarında Anayasa’ya Aykırılık Savı Ve Vergi Kanunlarının Yargısal Denetimi, Vergi Sorunları Dergisi, S.190, Temmuz 2004.
- BATIREL Ömer Faruk: Yaklaşım Dergisi, Türkiye’de Ücretlerin Vergi-

İndirilmesi Üzerine Bir Değerlendirme, Yaklaşım Dergisi, S.208, Nisan 2010.

BAYRAKLI H. Hüseyin / ODABAŞ Hakkı: Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.2 - S.1, Temmuz 2000.

BUDAK Tamer: Anayasal Vergileme İlkeleri: Sporcu Ücretlerinin Vergilendirilmesi, Vergi Dünyası Dergisi, S. 346, Haziran 2010.

ÇAĞAN Nami: Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982.

ÇAĞAN NamiÇ Avrupa Topluluğu Vergi Politikasının Hukuki Çerçevesi, Ankara 1988.

ÇELİK Miraç: Vergi Hukukundaki Uzlaşma Kurumunun Hukuki Niteliği ve Kurumun Anayasa'da Yer Alan Bazı Vergi Hukuku İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi, A. Ü. H. F. Öğrencilerinin Fakülteye Armağanı.

DİKMEN M. Burçin Aile Hekimlerine Getirilen Tevkifat Sorumluluğunun Anayasal Hükümler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Vergi Dünyası Dergisi, S.354, Şubat 2011.

DİLÇİKİK Ata Anayasa Mahkemesi Kararı Sonrasında Yatırım İndirimi Uygulaması ve 6009 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, Vergi Dünyası Dergisi, S.349, Eylül 2010.

ERGÜL Ergin: Mevlana Perspektifinden Hukuk Devleti İlkesi, Güncel Hukuk Dergisi, Mart 2011/387.

EROL Ahmet Vergi İncelemesi Sırasında Mükellef Hakları1, Yaklaşım Dergisi, Mart 2010, S.207.

FERİDUN Server: Anayasal ve Siyasal Belgeler, İstanbul 1962.

GENÇ Yıldray / YAŞAR Recep: Vergilemede Adalet ve Etkinlik İlişkisi, Vergi Dünyası Dergisi, Ekim 2009, S. 338.

GERÇEK Adnan Türk Vergi Hukukunda İdarenin Yetkisi, Ankara 2006.

GEREK Şahnaz/ AYDIN Ali Rıza: Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Ankara 2005.

- GÜMÜŞ Erhan Vergilendirme Yetkisi ve ile İlgili Hükümet Tasarrufları, Vergi Dünyası Dergisi, S.290, Ekim 2005.
- GÜNAY Fehmi: Yükümlülerin Vergi Algısı Nasıl İyileştirilebilir?, Vergi Sorunları Dergisi, Şubat 2009, S. 245.
- GÜNEŞ Gülsen/ ŞİRİN Z. Ertunç: Vergi Ödevlisinin Hakları, Vergi Sorunları Dergisi, Şubat 2005, S.197.
- GÜRBÜZ Ahmet Toplumsal Sorunların Çözümünün Biricik Kriteri Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkeleri, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2010/4.
- <http://www.akcaoglu.com/> Erişim Tarihi: 19 Ekim 2011.
- <http://www.anayasa.gov.tr/> Erişim Tarihi: 02 Kasım 2011.
- İKİNCİOĞULLARI Füzuran: "Hukuk Devleti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1 - S:1, 1997.
- KANETİ Selim Vergi Hukuku, İstanbul 1989.
- KIZILOTLU Şükrü Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Ankara 2004.
- KOVANCILAR Birol: Japon Vergi Reformlarının Kısa Bir Tarihi, Vergi Dünyası Dergisi, Mart 2007, S. 307.
- Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı, Vergi Dünyası Dergisi, Temmuz 2000, S. 227.
- ÖNCEL Mualla/ KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami: Vergi Hukuku, Ankara 2009.
- ÖZÇELİK Selçuk, "Anayasamızın Dayandığı Temel İlkeler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; Ernst Hirsch'e Armağan, Yıl 1979, S.14.
- ÖZGENÇ Selçuk: Mükellef Hakları Bildirgesinin Hukuki Niteliği, Vergi Dünyası Dergisi, Ocak 2007, S. 305.
- SARAÇOĞLU Fatih: Vergilendirme Yetkisi ve TürkiyeAvrupa Birliği İlişkileri, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi C.5 S.3, Kış 2003.
- SÖNMEZ Nezihe: Vergi Hukuku, İzmir 1970.

- ŞAHİN Tayfun: Aile Hekimlerinin Stopaj Yükümlülüğünün Verginin Yasallığı İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi, *Yaklaşım Dergisi*, S.216, Aralık 2010.
- ŞENTÜRK Akın Gencer Vergi Borçlarının Yapılandırılmasında, Yargı-lamanın Bulunduğu Aşamalara Göre Farklı Uygulama Yapılması, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, S.88, Nisan 2011.
- ŞENTÜRK Akın Gencer/ ALPASLAN Mustafa Hukuka Aykırı Delille Vergi: Kanuna Aykırı Olarak Elde Edilmiş Bulgular Delil Olarak Kabul Edilemez. Bu Deliller Vergi Tarhiyatında Veri Olarak Kullanılmaz, *Vergi Sorunları Dergisi*, Ocak 2009, S. 244.
- ŞENYÜZ Doğan Vergi Hukukunda Yorum Normları ve Ekonomik Yaklaşım, *Vergi Hukuku, İstanbul Barosu Dergisi*, Mart 2008.
- TAN Mustafa Vergilendirmede Eşitliğin Mali Güç İlkesi Çerçevesinde Okunması ve AYM Karar Örneği, *Vergi Sorunları Dergisi*, S.264, Eylül 2010.
- TAVŞANCI Aykut: Vergilendirme Yetkisinin Anayasal Sınırları ve 1982 Anayasası, *Vergi Sorunları Dergisi*, S.203, Ağustos 2005.
- TAYLAR Yıldırım Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, *Vergi Dünyası Dergisi*, Mart 2007, S.307.
- TEKBAŞ Abdullah: Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi, Ankara 2009.
- ULUATAM Özhan/ METHİBAY Yaşar: Vergi Hukuku, Ankara 2001.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman: Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman: Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1.
- YALTI Billur Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006.
- YILMAZ Elif: Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, 2009, S. 12.

YILMAZ Kazım Vergi Sistemimiz Hakkında Bir Değerlendirme, Vergi ve Muhasebeciyle Diyalog, Nisan 2002, S.168.

YÜCE Mehmet Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi Çerçevesinden Damga Vergisine Bakış, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2009, S. 252.

YÜREKLİ Sabahattin Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 1997, C.1S.2.

MESKENLERDEN ELDE EDİLEN KİRA GELİRLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ

RENT OF DWELLINGS TAXATION

Elif CENKERİ*

Özet : Çalışmada meskenlerden elde edilen kira gelirlerinin vergilendirilmesi açısından gerçek gider ve götürü gider usulleri, gerçek gider usulünde indirilecek giderleri takiben, konut istisnasına ilişkin Gelir Vergisi Kanunu'nun ilgili madde hükmü, bahse konu istisnadan yararlanma şartları ve beyanname verilmemesinin hukuki sonuçları irdelenmektedir. Ayrıca, ilgili çalışmada kira gelirlerinin vergilendirilmesinde uygulamada karşılaşılan bazı sorunlar değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Gerçek Gider Usulü, İndirilecek Giderler, Götürü Gider Usulü, Konut İstisnası.

Abstract : In this study; in terms of taxation of dwellings rents, the procedures of the actual and flat expenses following the deductible expenses, relevant article provision of the Income Tax Act related to the housing exemption, the provisions of benefit related to this subject and the legal consequences of not filing the statements are considered. Also, problems faced during tax practices of rental income will be discussed.

Key words: Real Expense Procedure, Deductible Expenses, Flat Expense Procedure, Housing Exemption.

I-GİRİŞ

Ülkemizde son zamanlarda gayrimenkul sermaye iratları ayrıntılı olarak vergi incelemelerine konu olduğundan, olası bir vergi incelemesiyle muhatap olunmaması açısından elde edilen gayrimenkul sermaye iratlarının doğru olarak tespiti giderek önem arz etmektedir. Bu itibarla, kira geliri elde edenlerin, verecekleri beyannamelerde konuya ilişkin hesaplamaları doğru yapmalarının yanı sıra beyannamelerini süresi içerisinde vermeleri gerekmektedir.

* Araş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı ecenkeri@istanbul.edu.tr.

II- VERGİYE TABİ KİRA GELİRLERİ

Gayrimenkullerin mesken olarak kira verilmesinden elde edilen kira gelirlerinin vergilendirilmesinde; mükellefler gerçek gider ya da götürü gider usulleri arasında tercih yapabilmektedirler. Diğer bir anlatımla, GVK¹ mükelleflere vergiye tabi kira gelirlerinin belirlenmesinde, tercihlerine göre uygulayabilecekleri gerçek ve götürü gider usullerini sunmakta; mükelleflerin ise seçtikleri yöntemi beyanname bazında kullanmaları icap etmektedir.

A- GERÇEK GİDER USULÜ

Mükelleflerin gayrimenkul² sermaye iratlarının tespitinde gerçek usulü seçmeleri bağlamında kısıtlama bulunmamaktadır.³ Gerçek gider usulünde; gayrimenkullerin kiralananmasından elde edilen⁴ gayrisafi hâsıllardan, belgeye dayalı gerçek giderlerin düşülmesi ile elde edilen gayrimenkul sermaye iradı hesaplanmaktadır.⁵ Bu itibarla, mükelleflerin elde ettikleri kira gelirlerinin vergilendirilmesinde gerçek gider usulünü tercih etmeleri durumunda; safi iradın belirlenmesi açısından indirilecek giderler GVK'nın 74'üncü maddesinde hüküm altına alınmaktadır.

¹ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, Kabul Tarihi: 31/12/1960; Resmi Gazete Sayısı/Tarihi: 10700 - 6/1/1961.

² Gayrimenkul; sözcük anlamıyla "taşınmaz mal" anlamı taşımakla beraber; vergi hukuku bağlamında gayrimenkuller; tüm taşınmazlar ile ilgili taşınmazların mütemmim cüzleri, teferruatları, tesisat ve makineler, gemiler ve diğer taşıtlar ile maddi olmayan hakları kapsamaktadır. Bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 400; Yusuf Kıldıç, "Gelir Vergisi Kanunu'nda Yer Alan Gayrimenkul Kavramı ve Gayrimenkul Sermaye İratlarının Vergilendirilmesi ile İlgili Özellikli Durumlar", Vergi Dünyası, Sayı: 332, Nisan 2009, s. 179.

³ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, *Türk Vergi Sistemi Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 81.

⁴ Gayrimenkul sermaye iratlarında elde etme "tahsil esası"na bağlanmaktadır. GVK'nu uyarınca tahsil; nakdi ve aynı bir şekilde elde edilmiş değerleri içermektedir. Aynı tahsilatın söz konusu olması durumunda; GVK'nın 72'nci maddesine göre; "Aynı olarak tahsil edilen kiralalar, Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre emsal bedeli ile paraya çevrilir". Ayrıca, ilgili madde hükmü uyarınca; geçmiş yıllara ait tahsil edilen kiralalar, tahsil edildiği yılın iradı olarak değerlendirilirken; gelecek yıllara ait olup peşin olarak tahsil edilen kiralalar ise ait oldukları yılların hâsılatı sayılmaktadır.

Döviz karşılığı tahsil edilen kira bedelleri açısından ise; ilgili tutarın TL'ye çevrilmesinde kiranın ödendiği tarihteki borsa rayici ile borsa rayicinin bulunmaması durumunda ise; Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen kur üzerinden hesaplamalar yapılmalıdır. Bkz. Bumin Doğrusöz, "Kira Gelirlerinin Vergilendirilmesinde Bazı Sorunlar", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 121, Ocak 2003, s. 40.

⁵ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, *a.g.e.*, s. 81.

İlgili madde hükmü uyarınca; *“safı iradın bulunması için, 21’inci maddeye göre istisna edilen gayrisafı hâsılata isabet edenler hariç olmak üzere gayrisafı hâsılattan”* bazı giderlerin indirilebilmesi mümkün olmaktadır. Diğer bir anlatımla, uygulama açısından kiraya verilen konutun konut istisnasından yararlanması durumunda, öncelikle bahse konu istisna tutarının gayrisafı hâsılattan düşülmesini takiben kanunda düzenlenen giderlerin indirilmesi gerekmektedir.

Burada bir hususa değinmek gerekmektedir. Vergi mükellefleri gerçek giderlerine ilişkin belgeleri verecekleri beyannamelere eklemeyecek olsalar da, söz konusu belgeleri vergi dairesinin talebi üzerine ibraz etmeleri gerekmekte olduğundan, bahse konu belgelerin zamanışımı süresi boyunca muhafazası gerekmektedir.⁶

B- GÖTÜRÜ GİDER USULÜ

Götürü gider usulünde; elde edilen gayrisafı hâsılattan indirilecek götürü gider oranı, ilgili yılın gayrisafı hâsılattının %25’idir. GVK’nın 74’üncü maddesi uyarınca; *“mükellefler (hakları kiraya verenler hariç)”*⁷ *dedikleri takdirde yukarıda yazılı giderlere karşılık olmak üzere hâsılatlarından %25’ini götürü olarak indirebilir”*.

İlgili madde hükmünde dikkati çeken; vergiye tabi gelirin tespitinde götürü gider usulünü seçen vergi mükelleflerinin iki yıl geçmediği sürece bahse konu yöntemi uygulamaktan dönemeyecekleridir. Uygulamada önem arz eden diğer bir husus ise; mükelleflerin tercihleri uyarınca giderlerinin tespitinde kullanacakları usulün mükellef bazında beyan edilen tüm kira gelirleri açısından bütünlük arz etmesidir.

III- GAYRİSAFİ HASILATTAN İNDİRİLECEK GİDERLER

GVK uyarınca; gerçek gider usulü uygulamasında; gayrisafı hâsılattan iradın sağlanması ve idamesi için yapılan indirim kabul edilen giderlerin indirilmesi neticesinde safı hâsılata ulaşılmaktadır.⁸ Bu bağlamda, GVK’nın konuya ilişkin maddesinde safı hâsılattın belir-

⁶ A.e., s. 83.

⁷ Madde hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere; götürü gider yönteminden haklarını kiraya verenlerin yararlanamayacağı düzenlenmektedir. Bu itibarla, bahse konu yöntem; haklar dışındaki gayrimenkuller açısından uygulanabilmektedir.

⁸ Bkz. 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 71.

lenmesinde indirilecek giderler sıralanmaktadır. Bahse konu giderlerin, elde edilen gayrisafi hâsılatın indirilebilmesi açısından; yapılan giderlerin belgelendirilmesi ve kiraya veren kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması icap etmektedir. Diğer bir anlatımla, ilgili giderlerin kira sözleşmesi ile kiracıya yansıtılması ya da kiracı tarafından yapılması durumunda, giderlerin safi iradın tespiti açısından kiraya veren kişi tarafından indirilmesi mümkün olmamaktadır.⁹ Söz konusu madde hükmü uyarınca indirilecek giderler;

- Kiraya veren tarafından ödenen aydınlatma, ısıtma, su ve asansör giderleri;¹⁰
- Kiraya verilen malların idaresi için yapılan ve gayrimenkulün ehemmiyeti ile mütenasip olan idare giderleri;¹¹
- Kiraya verilen mal ve haklara ilişkin sigorta giderleri;
- Kiraya verilen mal ve haklar dolayısıyla yapılan ve bunlara sarf olunan borçların faizleri ile konut olarak kiraya verilen bir adet gayrimenkulün iktisap yılından itibaren beş yıl süre ile iktisap bedelinin¹² % 5'i;¹³
- Kiraya verilen mal ve haklar için ödenen vergi, resim, harç ve şerefiyelerle kiraya verenler tarafından ödenmiş olmak şartıyla belediyelere ödenen harcamalara iştirak payları;
- Kiraya verilen mal ve haklar için ayrılan amortismanlar;¹⁴

⁹ Bumin Doğrusöz, "Kira Geliri Sahiplerinin Dikkate Alabileceği Harcamaları", *Referans Gazetesi*, 29.10.2009.

¹⁰ Kira sözleşmesinde taraflar arasında ilgili giderlerin kiraya verence ödenmesinin kararlaştırıldığı bir durumda elde edilen gayrisafi hâsılatın indirilebilmesi mümkün olmaktadır. Bkz. Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, a.g.e., s. 84.

¹¹ Bahse konu giderlerin gayrisafi hâsılatın indirimi; gerçek gider usulünü seçenler tarafından kiraya verilen gayrimenkulün önemine uygun ve orantılı olarak mümkün olmaktadır. Bkz. a.e., s. 84.

¹² İktisap bedeli; meskenin bir inşaat şirketinden alınması durumunda; ilgili şirket tarafından fatura edilen tutar ile tapu harçları toplamıdır. Bkz. Bumin Doğrusöz, "Kira Gelirlerinin Vergilendirilmesinde Bazı Sorunlar", s. 39.

¹³ Mükellef tarafından kiraya verilen konutların birden fazla olması durumunda; söz konusu indirim mükellef tarafından seçilen sadece bir konut açısından uygulanabileceği ve diğer konutlar indirimden yararlanamayacaktır. Ayrıca, indirime tabi konuttan elde edilen hâsılatın yetersizliği ya da ilgili konuta ilişkin giderlerin fazlalığı sebebiyle indirilemeyen kısım gider fazlalığı olarak dikkate alınmayacaktır. Bkz. Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, a.g.e., s. 86.

¹⁴ Yapılacak hesaplamalarda amortismanına tabi değer bilinmekte ise maliyet bedeli,

- Kiraya verenin yaptığı onarım giderleri; (Emlakın iktisadi değerini artıracak surette tevsi, tadili veya bunlara ilaveler yapılması için ihtiyar olunan giderler onarım gideri sayılmaz);
- Kiraya verilen mal ve haklara ait bakım ve idame giderleri;¹⁵
- Kiraladıkları mal ve hakları kiraya verenlerin ödedikleri kiralar ve diğer gerçek giderler;
- Sahibi buldukları konutları kiraya verenlerin kira ile oturdukları konutun kira bedeli;¹⁶

bilinmiyor ise binalar için vergi değeri üzerinden amortisman ayrılacaktır. Bkz. a.e., s. 84.

¹⁵ Bakım ve onarım gideri olarak; kırılan, aşınan ve eskiyen kısımların tamirine ilişkin ve gayrimenkulün değer ve ömrünü arttırıcı nitelikte giderler dikkate alınmaktadır. Burada dikkat edilecek husus; VUK'nun 272 nci maddesi bağlamında; emlakın iktisadi değerini arttıracak şekilde genişletilmesi, değiştirilmesi veya ilaveler yapılması amacıyla yapılan giderlerin, onarım giderleri kapsamında değerlendirilmemesidir. Böylesi giderlerin yapılması durumunda, yapılan giderleri elde edilen malsıltattan indirmek yerine söz konusu giderlerin tutarlarının gayrimenkulün hâsilyet bedeline eklenmek suretiyle amortisman tabi tutulması icap etmektedir.

¹⁶ Konutlarını kiraya verenlerin, kiralamak suretiyle oturdukları konutun bulunması durumunda; bahse konu kişilerin elde ettikleri kira gelirlerini, ödedikleri kirayı aldıkları kiradan indirmek suretiyle vergi dairesine beyan etmeleri gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; yapılacak indirimin mükelleflerin kiraya verdikleri muhtelif yerlerin mevcudiyeti durumunda; elde ettikleri toplam geliri üzerinden değil ancak, mesken olarak kiraya verdikleri yerlerden elde ettikleri kira gelirlerinden indirilebilecek olmalarıdır. Bu itibarla, uygulama açısından kiracının sıfatı yerine kiralanan yerin kullanım şekli önem arz etmektedir. Bkz. Bumin Doğrusöz, "Kira Gelirlerinden Ödenen Kiranın İndirilmesi", Referans Gazetesi, 14.06.2007.

Ayrıca, eşlerin kendi dairelerini kiralamak suretiyle başka yerde kirada oturmaları durumunda; ilgili yerler açısından ödenen kira bedelleri, ikamet edilen meskenin kira sözleşmesi adına yapılan eşin kira gelirinden gider olarak indirilebilir. Ancak, ikamet edilen meskenin kira sözleşmesinin iki eşin adına yapıldığı durumlarda ise; her bir eş açısından ödenen kira bedelinin yarısı gider olarak indirilebilir. Bkz. Bumin Doğrusöz, "Kira Gelirlerinin Vergilendirilmesinde Bazı Sorunlar", s. 39.

Ayrıca, Danıştay'ın görüşü doğrultusunda; yurtdışında kira ödeyenlerin Türkiye'den kira geliri elde etmeleri durumunda, kira gelirlerinin saptanmasında gerçek gider usulünü seçmeleri halinde yurtdışında ödedikleri kirayı Türkiye'de elde ettikleri konut kirasından indirebileceklerdir. Bkz. Şükrü Kızılot, "Kira Gelirlerinin Beyanında İnce Noktalar", Hürriyet, 4.3.2009; Danıştay 3'üncü Dairesi E: 1986/1207 K: 1986/1964 T: 9/10/1986; Danıştay 3'üncü Dairesi E: 1986/1208 K:1986/1965 T:9/10/1986. Bkz. Bumin Doğrusöz, "Kira Gelirlerinden Ödenen Kiranın İndirilmesi", Referans Gazetesi, 14.06.2007. Ancak, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın konuya ilişkin görüşü aksi yöndedir. Bkz. Bumin Doğrusöz, "Kira Gelirlerinden Ödenen Kiranın İndirilmesi", Referans Gazetesi, 14.06.2007.

- Kiraya verilen mal ve haklarla ilgili olarak sözleşmeye kanuna veya ilama istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlardır.¹⁷

Konuya ilişkin olarak belirtilmesi gereken; mükelleflerin kira gelirlerinin belirlenmesinde hükmün uygulanması açısından para cezaları ve vergi cezalarını hâsılatlarından gider olarak indiremeyecekleridir.

Yukarıda da belirtildiği üzere; kira gelirlerinin saptanmasında gerçek gider usulünü seçen mükelleflerin kiraya verdikleri gayrimenkullere ilişkin gider veya harcamalara ait belgeleri beyannamelerine ekleyerek vergi dairelerine vermeleri gerekmeseyse de, ilgili belgelerin zamanaşımı süresi itibarıyla muhafazası ve talep edildiği durumda ibrazı gerekmektedir. Ayrıca, gerçek gider usulünü seçen vergi mükellefleri, istisna ve giderleri elde ettikleri hâsılattan indirmeleri neticesinde tespit ettikleri vergiye tabi kazançlarından, özel sigorta, bireysel emeklilik primleri¹⁸ ve mükellefin kendisi, eşi ve çocukları için yaptığı eğitim ve sağlık harcamaları¹⁹ gibi GVK'nın 89'uncu maddesinde hüküm altına alınan diğer harcamaları²⁰ da indirebilmektedirler.

¹⁷ Ödenen tazminatların ödeyen kişinin şahsi kusurundan doğması halinde gider olarak indirilmeleri söz konusu olamamaktadır. Bkz. Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, a.g.e., s. 86.

¹⁸ GVK'nın 89'uncu maddesinin 1 numaralı fıkrası uyarınca; *"beyan edilen gelirin % 10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta primleri için, beyan edilen gelirin % 5'ini) ve asgarî ücretin yıllık tutarını aşmamak şartıyla, mükellefin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta primleri ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları (sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması, prim ve katkı tutarlarının gelirin elde edildiği yılda ödenmiş olması ve ücret geliri elde edenlerin ücretlerinin safi tutarının hesaplanması sırasında ayrıca indirilmemiş bulunması şartıyla, eşlerin veya çocukların ayrı beyanname vermeleri halinde, bunlara ait prim ve katkı payları kendi gelirlerinden indirilir)"*.

¹⁹ İndirilecek giderlere ilişkin madde hükmünün ikinci fıkrası uyarınca; *"beyan edilen gelirin % 10'unu aşmaması, Türkiye'de yapılması ve gelir veya kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunan gerçek veya tüzel kişilerden alınacak belgelerle tevsik edilmesi şartıyla, mükellefin kendisi, eşi ve küçük çocuklarına ilişkin olarak yapılan eğitim ve sağlık harcamaları (mükerrer 121 inci madde çerçevesinde eğitim ve sağlık harcamaları nedeniyle vergi indiriminden yararlanan ücretliler, aynı harcamalarını bu hükümden yararlanarak matrahlarından indiremezler)"*.

Bahse konu katkı payları, sigortanın merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta şirketine yapılmış olması, primlerin gelirin elde edildiği yılda ödenmiş olması, mükellefin ücret gelirinin mevcudiyeti durumunda, ücret matrahının belirlenmesinde dikkate alınmamış olması, eşlerin ya da çocukların ayrıca beyanname verdikleri durumlarda ilgili beyannamelerde gösterilmemiş olması icap etmektedir. Bkz. Bumin Doğrusöz, *"Kira Gelirlerinin Vergilendirilmesinde Bazı Sorunlar"*, s. 40.

²⁰ Çalışmada konunun bütünlüğünü bozmamak açısından ilgili madde hükmüne değinilmekle beraber, *"diğer harcamalara"* ayrıntılı olarak yer verilmemektedir.

IV- KONUT İSTİSNASI

Gelir Vergisi Kanunu'nda hüküm altına alınan konut istisnası; şahıslara tanınan istisna olması sebebiyle; mükellefin birden fazla konut gelirinun bulunması durumunda bahse konu istisna elde edilen toplam kira gelirlerine uygulanmaktadır. Ayrıca, konut istisnasının kişilere tanınmış olmasının diğeri bir sonucu ise; iştirak halinde mülkiyette maliklerin istisnadan payları oranında değil, tam olarak istifade etmeleridir.²¹ Bunun yanı sıra, istisnanın mükellefin şahsına tanınması; söz konusu istisnanın, aile reisi, eş ve çocukların elde ettikleri gayrimenkul sermaye iratlarına ayrı ayrı uygulanmasını gerektirmektedir.²²

Mesken olarak kiraya verilen gayrimenkullere ilişkin istisnanın düzenlendiği GVK'nun 21. maddesi uyarınca; binaların mesken olarak kiraya verilmesinden bir takvim yılı içinde elde edilen hâsılatın 2011 yılı için 2.800 TL²³ istisna tutarı düşüldükten sonra kalan tutarın mevcudiyeti durumunda beyanname verilecektir. Diğeri bir ifadeyle, belirtilen tutar aşılmıyor ise ilgili dönem açısından beyanname verilmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak, istisna haddi üzerinde hâsılat elde edilip, elde edilen hasılatın beyan edilmemesi veya eksik beyan edilmesi halinde ilgili istisnadan yararlanılamaz.

Ayrıca, istisnadan yararlanılması açısından; kiraya verilen gayrimenkullün kiracı tarafından mesken olarak kullanılması, diğeri bir anlatımla konut olarak kiraya verilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, kiraya verilen gayrimenkulün kat mülkiyeti esasları ya da yönetim planı uyarınca konut olarak dikkate alınsa dahi, kiracının ilgili yeri işyeri olarak kullanması durumunda konut istisnasından yararlanılması söz konusu olmamaktadır. İstisnadan yararlanmanın ikinci şartı ise; kira gelirini beyan eden ve kira geliri elde eden adına beyanda bulunan mükellefin, gerçek usulde vergiye tabi, gelirlerini yıllık beyannamelerle beyan eden ticari, zirai ve serbest meslek kazancının olmamasıdır. Bu itibarla, serbest meslek erbabı kişiler ya da bahse konu kişilerin veli ya da vasi sıfatıyla küçük veya kısıtlı mükellefler namına beyanname vermeleri durumunda söz konusu istisnanın uygulanması mümkün değildir.²⁴

²¹ Bumin Doğrusöz, "Kira Gelirlerinde İstisna", *Referans Gazetesi*, 11.3.2010.

²² Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, a.g.e., s. 87.

²³ Bkz. GVK 278 No'lu Tebliğ.

²⁴ Bumin Doğrusöz, "Kira Gelirlerinde İstisna", *Referans Gazetesi*, 11.3.2010.

Ayrıca, GVK'nın 21'inci maddesinin ikinci bendi uyarınca; yukarıda da belirtildiği üzere, bahse konu istisnadan yararlanabilmek için kira gelirinun tam ve doğru bir şekilde beyan edilmiş olması gerekmektedir. Bu itibarla, kira gelirinun eksik beyan edilmesi durumunda, ikmalen veya resen yapılacak tarhiyatta istisnadan istifade edilmiş olunması durumunda, istisnanın sağladığı vergi avantajı da cezalı tarhiyatta dikkate alınacaktır. Bunun yanı sıra, kira gelirinun beyan dışı kaldığı bir durumda resen yapılacak vergi tarhiyatlarında istisna tutarı dikkate alınmayacaktır.²⁵

Konut istisnasının uygulanmasında önem arz eden husus; gerçek gider usulünü tercih eden ve konut istisnasından istifade eden bir mükellefin, gerçek giderlerinin tamamını gider olarak indiremeyecek olmasıdır. Bu bağlamda, mükellefin gerçek giderlerinin istisnaya isabet eden kısmı indirilememektedir. Gerçek gider usulünün seçilmesi halinde;

"İndirilecek Gider= (Vergiye Tabi Hâsılat²⁶×Toplam Gider)/Toplam Hâsılat"²⁷ şeklinde formüle edilebilir.

V- BEYANNAME VERİLMEMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

GVK'nun 92'nci maddesi uyarınca; bir takvim yılına ait beyannamelerin izleyen yılın Mart ayının başından yirmi beşinci günü akşamına kadar mükelleflerin bağlı oldukları vergi dairelerine verilmeleri gerekmektedir. Beyanname verme süresinin son günü resmi tatil gününe rastlar ise, tatilden sonraki ilk iş gününün tatil saatine kadar beyanname verilebilecektir. Ayrıca, beyanname adi posta ile ya da özel dağıtım şirketleri aracılığıyla gönderilir ise beyanname vergi dairesine ulaştığı tarih itibarıyla, taahhütlü olarak gönderilmiş ise de zarfın üzerinde yer alan postaya verilmiş tarihinde verilmiş sayılacaktır.

Takvim yılı içerisinde yurt dışına çıkanlar, ülkeyi terk etme tarihinden önceki 15 gün içinde beyannamelerini vermek zorundadırlar. Ölüm durumunda ise; mirasçılar tarafından beyanname ölüm tarihin-

²⁵ A.e.

²⁶ Formüldeki "*vergiye tabi hasılat*"; toplam hasılatın mesken kira geliri istisnasının indirilmesi neticesinde kalan tutardır.

²⁷ Yusuf Kıldış, "*Konut Kira Gelirlerinin Vergilendirilmesi ve Beyanı ile İlgili Özellikli Durumlar*", E-Yaklaşım Dergisi, Mart 2009, Sayı: 195, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20090314104.htm.

den itibaren dört ay içinde verilmeli ve beyannamede hesaplanan verginin birinci taksidi Mart ayının sonuna kadar, ikinci taksidi ise Temmuz ayının sonuna kadar ödenmelidir.

Vergi beyannamelerinin süresinde verilmemesi durumunda I. derece usulsüzlük suçu işlenmiş olur.²⁸ Bunun yanı sıra usulsüzlük re'sen takdir gerektirmekte ise ceza iki kat olarak kesilir. Eğer mükellef süresinde vermediği beyannamesini VUK'nun 371'nci maddesi kapsamında pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanmak suretiyle verecek olur ise vergi ziyai cezasına tabi olmaksızın usulsüzlük cezasına tabi olacaktır. Ancak, mükellef pişmanlık ve ıslah müessesesinden yararlanmak suretiyle beyannamesini vermez ise, ayrıca vergi ziyai cezası kesilecektir ve vergi ziyai ve usulsüzlük cezasından ağır olanıyla muhattap olacaktır.

VI- SONUÇ

Çalışmada da belirtildiği üzere; kira geliri elde edenlerin, beyannamelerinde hesaplamaları doğru olarak yapmaları ve beyannamelerini vaktinde vermeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, mesken olarak kiralanan gayrimenkullerden elde edilen kira gelirlerinin vergilendirilmesinde; elde edilen gayrisafi hâsılatın öncelikle konut istisnası tutarı indirildikten sonra; mükellefler bahse konu gelirlerinden indirecekleri giderler açısından gerçek gider ya da götürü gider usulünü tercih edebilmektedirler.

Mükellefin götürü gider usulünü seçmesi durumunda; konut istisnasından yararlanabilmek için gerekli şartları taşıması halinde, söz konusu tutarı hâsılatından indirmesini takiben herhangi belgeye bağlı olmaksızın kalan tutarın %25'ini götürü gider olarak indirebilmektedir. Burada dikkat edilecek husus; götürü gider usulünü uygulayan mükellefin iki yıl üst üste bahse konu yöntemi uygulamasının gerekmesidir.

Mükellefin gerçek gider usulünü seçmesi durumunda ise; öncelikle elde ettiği hâsılatın konut istisnası tutarı indirilecek ve daha sonra ise mükellefin gerçek giderlerinin istisnaya isabet eden kısmı düşülmek suretiyle, geriye kalan giderlerin de ilgili tutardan indirilmesi ile gelir vergisi matrahı belirlenmektedir.

²⁸ Bkz. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 352.

KAYNAKLAR

- Doğrusöz, Bumin; “Kira Gelirlerinin Vergilendirilmesinde Bazı Sorunlar”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 121, Ocak 2003.
- Doğrusöz, Bumin; “Kira Geliri Sahiplerinin Dikkate Alabileceği Harcamaları”, *Referans Gazetesi*, 29.10.2009.
- Doğrusöz, Bumin; “Kira Gelirlerinde İstisna”, *Referans Gazetesi*, 11.3.2010.
- Doğrusöz, Bumin; “Kira Gelirlerinden Ödenen Kiranın İndirilmesi”, *Referans Gazetesi*, 14.06.2007.
- Kıldış, Yusuf; “Gelir Vergisi Kanunu’nda Yer Alan Gayrimenkul Kavramı ve Gayrimenkul Sermaye İratlarının Vergilendirilmesi ile İlgili Özellikli Durumlar”, *Vergi Dünyası*, Sayı: 332, Nisan 2009.
- Kıldış, Yusuf; “Konut Kira Gelirlerinin Vergilendirilmesi ve Beyanı ile İlgili Özellikli Durumlar”, *E-Yaklaşım Dergisi*, Mart 2009, Sayı: 195, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20090314104.htm.
- Kızılot, Şükrü; “Kira Gelirlerinin Beyanında İnce Noktalar”, *Hürriyet*, 4.3.2009.
- Şenyüz, Doğan; YÜCE, Mehmet; GERÇEK, Adnan; *Türk Vergi Sistemi Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.
- Yılmaz, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

KÜRESELLEŞME VE EKONOMİK KRİZİN İŞ HUKUKUNA ETKİSİ

THE EFFECTS OF GLOBALIZATIONS AND ECONOMIC CRISIS TO LABOUR LAW

Candan ALBAYRAK*

Özet : Bu çalışmada küreselleşme ve ekonomik krizin işveren ile işçiler üzerindeki etkisi incelenmiştir. Birinci bölümde küreselleşme ve ekonomik kriz kavramları ile bu kavramlar arasındaki ilişki açıklanmıştır. İkinci bölümde küreselleşme ve ekonomik krizin yarattığı çalışma koşulları üzerinde durulmuştur. Son bölümde ise küreselleşme ve ekonomik krizin yarattığı çalışma koşullarının emek piyasası ile çalışma ilişkilerine etkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Küreselleşme, Ekonomik Kriz, Çalışma Koşulları, Emek Piyasası, Sosyal Haklar, Esneklik, İş Güvencesi

Abstract : In this study effects of globalization and economic crisis on the employee and employer have examined.

In the first part, concept of globalization and economic crisis and also relationship between these concepts have been explained. In the second part, the effects of globalization and economic crisis on working conditions have been explained. In the final part, globalization and economic crisis caused by working conditions, working relationships with its impact on the labour market have been examined.

Key Words: Globalization, Economic Crisis, Working Conditions, Labour Market, Social Rights, Flexibility, Job Security

GİRİŞ

Küreselleşme ile birlikte birçok sektör, küresel rekabet sürecine girmiş; bu durum ise birtakım gereksinimleri ortaya çıkarmıştır. Küreselleşmenin getirdiği en önemli kavram esnekliktir. İş ilişkilerinin esnekleşmesi; işçi ve işyeri kavramının, çalışma sürelerinin, ücretlerin esnekleşmesi sonucunu doğurmuştur. İşverenler rekabet piyasasından geri kalmamak için iş ilişkilerinde esneklik yoluna gitmişler; işçiler de işsiz kalmamak için çalışma sürelerinde, ücretlerde meydana gelen esnekliğe rıza göstermişlerdir.

* Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı), Araştırma Görevlisi.

Bu çalışmada ilk olarak küreselleşme ile ekonomik kriz kavramları ve bu iki kavram arasındaki ilişki anlatılmıştır. Daha sonra küreselleşme ve ekonomik krizin yarattığı çalışma koşulları üzerinde durulmuştur. Son olarak ise küreselleşme ve ekonomik krizin yarattığı çalışma koşullarının emek piyasası ile çalışma ilişkilerine etkisi incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda; küreselleşmenin yarattığı küresel rekabet ortamının, sosyal hakların varlığını tehlikeye düşürdüğü, iş ilişkilerinin esnekleşmesi ihtiyacını doğurduğu ve atipik çalışma modellerinin artması nedeniyle iş güvencesini ortadan kaldırdığı saptanmıştır. Gelişmekte olan ülkelerde ve dolayısıyla ülkemizde küreselleşme ve ekonomik kriz sonucu, işsizlik ve eşitsizlik artmış, yoksulluk yaygınlaşmış, ücret dengesi bozulmuş, çalışma koşulları kötüleşmiş ve sendikalar güç kaybetmeye başlamıştır. Birçok işçi geçimini sağlayabilmek için sigortasız çalışmaya başlamış ve bu durum kayıt dışı istihdamın artmasına yol açmıştır. Bununla birlikte kendini bilgi düzeyinde iyi yetiştirmiş kişiler, ülke dışında yeni iş imkanları aramaya başlamışlar; bunun sonucunda da beyin göçünde artış meydana gelmiştir. Dolayısıyla küreselleşme ve ekonomik kriz, işveren ile işçiler üzerinde oldukça ağır sonuçlar yaratmıştır. Küreselleşmenin, olumlu etkileri de olmakla birlikte, en temel insan hakkı olan sosyal hakları tehlikeye düşürmesi olumsuz etkilerinin ağır bastığını göstermektedir.

1. KÜRESELLEŞME VE EKONOMİK KRİZ KAVRAMLARI

1.1. Küreselleşme Kavramı

Ülkemizde birçok yatırımda (fabrikalar, işletmeler vs.) yabancı sermayenin payı bulunmaktadır. Örneğin, ülkemizde kullanılan birçok ürünün kendisi, hammaddesi veya bazı parçaları yabancı ülkelere ithal edilmekte; Türk şirketleri de birçok yabancı ülkede yatırım yapmaktadır. Bununla birlikte birçok Türk malı ürün de yabancı ülkelere ihraç edilmektedir.² Bu açıdan düşünüldüğünde küreselleşme, doğrudan yabancı yatırım yapan çokuluslu girişimlerin³ faaliyetleri ve

² Kemal Gözler, "Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul Eylül 2008, Yıl: 6, S. 69, s. 3021.

³ "Çokuluslu girişim, iki yada daha fazla ülkede üretim veya dağıtım etkinlikleri gösteren

ulusal sınırların ötesinde değer yaratmak amacıyla iş ağlarının ortaya çıkması olarak tanımlanabilir.⁴

Küreselleşme değişik anlamlar içermektedir ve bu nedenle küreselleşmeye ilişkin birçok tanımın yapıldığı görülmektedir. Küreselleşme dar anlamda uluslararası ekonomik mübadelenin, geniş anlamda ise uluslararası her türlü etkileşimin artması olarak algılanmakta ve kullanıldığı alana göre (üretim, ticaret, yönetim, göç, iletişim, kültür, uluslararası ilişkiler vb.) artan bağımlılığın bir ifadesi olmaktadır.⁵

Küreselleşme ulusal ekonomiler ve ekonomik birimler arasındaki ilişkilerin yoğunlaşması olarak da tanımlanabilmektedir;⁶ ancak küreselleşme, sadece mal veya sermaye dolaşımının dünya çapında gerçekleşmesini değil, aynı zamanda dünyadaki tüm insanların karşılıklı bağımlı hale gelmesini de ifade etmektedir. Dolayısıyla küreselleşme, sadece ekonomik değil, aynı zamanda kültürel, teknolojik ve yönetsel bakımdan da bütünleşme sürecidir.⁷

Küreselleşme; AB' de istihdam kaybı, işsizliğin yayılması, şirketlerin küçülerek büyümeleri, dış ülkelere yatırım, Amerikan yatırım sermayesinin dışa kaçışı şeklinde kendini göstermektedir.⁸

Günümüzde küreselleşme; özellikle ulus-devletlerin işlevlerini yok etmeye yönelik, gelişmiş ülkelerin az gelişmiş ülkeler üzerinde sömürsünün yeni adı olarak ifade edilmektedir.⁹ Böylece bütün dünyayı içine alacak serbest ticaret ortamı yaratılmak istenmektedir. Dolayısıyla serbestleşen ve genişleyen uluslararası ticaret küreselleşme olgusunun temel iktisadi dinamiğini oluşturmaktadır.¹⁰

*girişim olarak tanımlanmaktadır". Ayrıntılı bilgi için bkz. Alan Rugman, *Globalleşmenin Sonu*, Yaylacılık Matbaası, İstanbul 2004, s. 22-23.*

⁴ Rugman, s. 22-23.

⁵ Kamil Necdet Ar, *Küreselleşme Sürecinde Türkiye'de Ücretlerin Gelişimi*, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2007, s. 24.

⁶ Anıl Çeçen, "Küreselleşmenin Getirdiği Hukuk Karmaşası", *Cumhuriyet ve Küreselleşme*, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 2002, s. 146.

⁷ Hasan Ejder Temiz, *Küreselleşmenin Sosyal Boyutları ve Türkiye Açısından Etkileri*, İzmir 2004, s. 5; Erol Manisalı, *Türkiye ve Küreselleşme*, Derin Yayınları, 6. Basım, İstanbul 2006, s. 4-5.

⁸ Nusret Ekin, "Türkiye'de İşsizlik: İş Aramayan İşsizler-Kırsal Yoksullar-Kentsel Kayıtdışı Yapay İstihdamdakiler-Açık İşsizler", *İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş Yayını, Ankara 2003, C. 7, S. 2, s. 117.

⁹ Faruk Kocacık, "Küreselleşme ve Sosyal Güvenlik", *Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sivas Aralık 2001 C. 25, S. 2, s. 193; Manisalı, s. 3.

¹⁰ Nilgün Tunçcan Ongan, *Ekonomik Krizin Emek Piyasalarına Etkileri*, Net Basım ve

O halde küreselleşme, yapılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere, en genel ifadeyle ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel değerlerin ulusal sınırlar dışına çıkarak uluslararası bir alana yayılması ve ülkeler arasında sürekli bir etkileşimin olması şeklinde ifade edilebilir.

1.2. Ekonomik Kriz Kavramı

Ekonomik yapıya ilişkin herhangi bir olumsuzluk, ekonomik kriz olarak tanımlanmaktadır.¹¹ Küresel kriz ise, bölgesel nitelikli ve gelişmekte olan ülkelerde yaşanan liberal ekonomi krizlerinden farklıdır.¹² Küresel kriz; küresel yönü itibarıyla merkez ülkeden çevre ekonomilere ya da gelişmiş ekonomilerden gelişmemiş ekonomilere, derinliği açısından ise; bazı ülkeleri iflase sürükleyebilecek boyutlarda bir kriz olarak ifade edilmektedir.¹³

1.3. Küreselleşme ve Ekonomik Kriz Arasındaki İlişki

Küreselleşmeyle birlikte artan küresel rekabet sürecinde yaşanan ekonomik krizler, serbest çalışanlar ve özel sektörlerde bağımlı çalışanlar üzerinde oldukça ağır sonuçlar doğurmuştur. Ekonomik kriz dönemlerinde birçok işletme küresel rekabet sürecine ayak uyduramamış, ayakta kalabilmek için maliyetleri azaltma ve karı yükseltme yoluna gitmiş, bunun sonucunda ise düşük ücretli ya da kaçak işçi çalıştırılmış ve birçok işçi sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakılmıştır. Küreselleşme sürecinde artan küresel rekabet birçok işyerinde zorunlu olarak çalışma ilişkilerinde esnekleşme ihtiyacını doğurmuş; ancak tüm çabalara rağmen rekabet ortamına uyum sağlayamayan işletmeler tasfiye aşamasına girmişlerdir. Bu süreçte birçok kuruluş kapanmış ve bu kuruluşlarda çalışan işçiler işsiz kalmış; bu durum ise işsizliğin artmasına, yoksulluğun yaygınlaşmasına ve sınıflar arasındaki uçurumun artmasına yol açmıştır. Bankaların tasfiye edilmesi bu durumun en somut örneğidir.

Yayıncılık, İstanbul, No: 16/2005, s. 50-51.

¹¹ Ongan, s. 15.

¹² M. Okan Taşar, "Devlet Ekonomi İlişkisi Ekseninde Küresel Kriz ve Türkiye", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2009, C. 10, S. 3, s. 74.

¹³ Taşar, s. 77.

2. KÜRESELLEŞME VE EKONOMİK KRİZİN YARATTIĞI ÇALIŞMA KOŞULLARI

2.1. Sosyal Hakların Yok Olması

1982 Anayasamızın 65. maddesine göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözетerek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”. Dolayısıyla bu madde ile sosyal devlet anlayışı benimsenmiş ve bu doğrultuda vatandaşlara sosyal haklar tanınmıştır.

Anayasamızın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti, ... sosyal bir hukuk Devletidir. Sosyal devlet, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürebilmelerini sağlayan sosyal hakları uygulamaya koyarak, herkesin siyasal yaşama aktif bir biçimde katılmasına katkıda bulunması şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴

Sosyal haklar ise, ekonomik bakımdan zayıf ve güçsüz olanların kendi yaşamlarını sağlamak ve güçlendirmek için hukuk tarafından korunma haklarına sahip olmaları şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁵ Dolayısıyla sosyal devletin amacı, herkese insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi sağlamaksa ve eğer bir devlet kendini sosyal devlet olarak tanımlıyorsa çalışma hakkı (m. 49), adil ücret hakkı (m. 55), sosyal güvenlik hakkı (m. 60, m. 61), konut hakkı (m. 57), sağlık hakkı (m. 56), eğitim hakkı (m. 42) gibi anayasamızda belirtilen sosyal hakları vatandaşlarına sağlamalıdır.

Her ne kadar anayasamızda sosyal haklar yer alsada ve devlet vatandaşlarına sosyal hakları sağlamakla yükümlü olsa da sosyal haklar, küreselleşmenin sonuçlarından olumsuz etkilenen haklar grubu olduğundan ve ekonominin küreselleşmesi işsizlik, yoksulluk, eşitsizlik ve insan hakları ihlallerine yol açtığından sosyal hakların varlığının tehlikeye düştüğünü söylemek yerinde olacaktır. Nitekim özellikle ekonomik kriz dönemlerinde birçok işletme ayakta kalabilmek ve maliyetleri en aza indirmek için asgari ücretle hatta asgari ücretin altında sigortasız işçi çalıştırma yoluna gitmektedir. İşsiz kalma korkusuyla

¹⁴ Nihat Bulut, “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?”, AÜHFD, Ankara 2003, C. 52, S. 2, s. 180.

¹⁵ Zehra Gönül Balkır, *Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Kocaeli 2009, s. 90.

bu duruma boyun eğen işçiler de sosyal güvenlik hakkından mahrum kalmaktadır. Devletin mali kaynaklarının yetersizliği nedeniyle zayıf ve güçsüz durumda olanlar korunamamakta, sosyal haklardan yararlanamamaktadırlar. Dolayısıyla küreselleşmenin yarattığı ekonomik kriz işsizlik problemini arttırmakta, yoksulluğu yaygınlaştırmakta ve çalışmadığı için sosyal güvenlik hakkından, sağlık hakkından yararlanamayan zayıf ve güçsüz durumda olan vatandaşlar temel insan hakkı olan sosyal haklardan yararlanamamaktadırlar.

2.2. İş İlişkilerinin Esnekleşmesi

Küreselleşmenin çalışma hayatına getirdiği en önemli kavram esnekliktir. İşletmeler, küreselleşme ile birlikte artan küresel rekabete uyum sağlayabilmek ve ayakta kalabilmek için iş ilişkilerinde esneklik yoluna gitmektedirler. Bu bağlamda elektronik ticaret uygulamaları sonucunda ortaya çıkan yeni mesleklerde ve sektörlerde yeni istihdam alanları açılarak, hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerin ekonomilerine olumlu katkılar sağlanmaktadır.¹⁶

Esneklik; değişen pazar koşullarına ve ekonomideki dalgalanmalara daha kolay uyum sağlanması için, sermayeyi örgütlü işçi hareketlerinin kısıtlamalarından ve endüstriyel kurallardan kurtarmanın bir yolu olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Esneklik en genel ifadeyle, istihdamın¹⁸ arttırılması ve yeni iş imkanlarının oluşturulmasıdır. Esneklik, kavram olarak kuralsızlaştırma ile eş anlamlı değildir ve işçi ile işveren ilişkilerinin tamamen kuraldan arındırılması olarak düşünülmemelidir;¹⁹ ancak esneklik belirsizlik taşıyan bir kavram ol-

¹⁶ Orhan Koçak, "Elektronik Ticaret ve İstihdama Etkisi", *Sosyal Siyaset Konferansları, Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş'a Armağan*, 50. Kitap, İstanbul 2005, s. 456.

¹⁷ Aytül Çolak, "Esneklik ve Esnekliğe Eleştirel Bir Yaklaşım", *Çalışma Yaşamında Dönüşümler Örgütsel Bakış*, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 341.

¹⁸ "İstihdam, insanların çalıştırılmaları için işe kabul edilmeleridir". (Naci Önsal, *İstihdam, Kamu-İş Kamusal İşverenleri Sendikası Yayını*, Ankara 1993, s. 43); Diğer bir ifadeyle, "istihdam, hizmette kullanma; çalışma ve gelir sağlama kararında olan kişilerin, hizmetlerinden yararlanılmak üzere çalıştırılmalarıdır". (Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2002, s. 579).

¹⁹ Münir Ekonomi, "Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği", *Çalışma Hayatında Esneklik*, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, İzmir 1994, s. 60; Gülsevil Alpagut, "AB'de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler", *TİSK İşveren Dergisi Özel Eki*, Ankara Eylül 2006, s. 6; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Beta Basım, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 19; Esneklik, kuralsızlık anlamında değildir; değişen şartlara uyum anlamındadır. (Çolak, s. 341).

ması nedeni ile işçi ve işverenler tarafından farklı yorumlanabilmektedir.²⁰ Bu bağlamda işverenler işletmeyi korumak amacıyla işçileri değişen ekonomik ve teknolojik şartlara göre değişken şekilde çalıştırmayı hedeflerken; işçiler, çalışma koşulları ve biçimlerinin kendilerine daha çok serbest zaman kalmasını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesini arzu etmektedirler.²¹ İş hukukunun esnekleştirilmesi ise, tarafların toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri gibi hukuksal vasıtalarla çalışma şartlarını ihtiyaçlara göre değişik şekillerde belirleyebilme imkanı sağlayan bir sistemin kurulmasını ifade etmektedir.²² Esneklik kavramının belirsizlik taşıması ve geniş kapsamlı olması duruma ve kişiye göre farklı yorumlanmasına yol açmaktadır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; iş hukukunda esnekleşmenin karşılıklı çıkarları uzlaştırıcı olması gerektiğinden, işletme çıkarları gözetilirken işçinin; sağlık, güvenlik ve kişiliği de ihmal edilmemelidir. Bu nedenle iş hukukunda esneklik bir yandan işletmelerin üretim kapasitesine, piyasa ve rekabet şartlarına uyumunu sağlamak, diğer yandan işçilerin sosyal ihtiyaçlarına daha fazla cevap vermek üzere, katı yasa kurallarının yumuşatılarak tarafları daha çok serbest bırakan bir çalışma sisteminin benimsenmesini ifade etmektedir.²³

Esnekliğin iş ilişkilerine yansımaları çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar aşağıda ayrı olarak incelenmiştir.

2.2.1. İş İşçi ve İşyeri Esnekliği

Küreselleşmeyle birlikte çalışma hayatımıza giren esneklik kavramı; iş, işçi ve işyeri kavramlarının yeniden tanımlanmasını gerekli kılmıştır. Çünkü esnek çalışma modellerinde işin yapıldığı yer değişebilmekte ve işçi aynı günde farklı saatlerde birden fazla işyerinde çalışabilmektedir. İş ve işçi esnekliği; nakil, tayin, kısa süreli çalışma, kısmi çalışma, geçici işçi, mevsimlik işçi, belirli süreli iş sözleşmesi ile

²⁰ Arif Yavuz, *Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1995, s. 7.

²¹ Cevdet İlhan Günay, "Çalışma Sürelerinde Esneklik", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2004, C. 7, S. 3, s. 4.

²² Ekonomi, s. 60.

²³ A. Can Tuncay, *İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı 5-6-7 Ekim 2000 İstanbul*, s. 154; Günay, s. 4.

çalışma gibi örneklerle açıklanmaktadır. İşyeri esnekliği ile kastedilen ise; işyerinin bölünmesi, küçülmesi, bağımsız birimlere ve alt işveren olarak alt başlıklara ayrılmasıdır.²⁴ Bu durumda bir işyerinin tüm faaliyetleri hem aynı işyerinde hem de aynı işçilerce yerine getirilememekte; iş, işçi ve işyeri esnekliği söz konusu olmaktadır. Esnek çalışma modellerinin uygulanması özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işsizliği azaltacak bir çözüm yolu olarak düşünülmüştür.

2.2.2. Çalışma Sürelerinin Esnekliği

Çalışma sürelerinin esnekliği, çalışanların belirli bir saatte işe gelmesi ve belirli bir saatte işten ayrılması yerine tespit edilen bir zaman dilimi içinde istediği saatte işe gelmesi ve istediği saatte işten ayrılması anlamına gelmektedir. Çalışanların tümünün işletmede bulunmasının zorunlu olduğu zaman ise asıl zaman olarak adlandırılmaktadır. Çalışanlar asıl zamanın başlamasından sonra işe gelememekte ve bitişinden önce işten ayrılamamaktadırlar.²⁵ Dolayısıyla çalışma sürelerinin esnekliği, taraflara çalışma sürelerini serbestçe belirleme olanağı veren çalışma biçimi anlamına gelmektedir.

Çalışma saatlerinin azaltılması, tam istihdamı sağlamada veya istihdam seviyesini yükseltmede yarar sağlayacağı gibi, daha fazla dinlenme zamanı elde eden çalışanın, kültür ve sağlık düzeyinin yükselmesine, sonuç olarak da çalışanın veriminin artmasına olanak sağlamaktadır.²⁶ Bununla birlikte çalışmaya ihtiyacı olan kişi aynı günde fakat farklı zamanlarda farklı işlerde çalışabilme olanağına da sahip olmaktadır.

Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi ile işletmelerin piyasadaki değişikliklere uyum sağlayarak rekabet gücünü koruması ve böylece piyasadaki devamlılığının sağlanabilmesi hedeflenmektedir. Çalışma sürelerinde esneklik sadece işletme yararına olmamakta aynı zamanda işçiye de zamanını dilediği şekilde düzenleme olanağı tanımaktadır.

²⁴ Pelin Sönmez, "Küreselleşme Avrupa Birliği ve İstihdam: Çalışma İlişkilerinde Yaşanan Dönüşüm", *Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Ankara Bahar 2006, C. 5, No: 3, s. 187.

²⁵ Özlem Çakır, "Yeni Çalışma Biçimleri ve İşe İlişkin Tutumlar", *Çalışma Yaşamında Dönüşümler, Örgütsel Bakış*, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 110.

²⁶ Önsal, s. 16.

2.2.3. Ücret Esnekliği

Ücret esnekliği, işletmelerin ücret yapısını ve düzeyini değişen işgücü piyasasına ve karmaşık piyasa ekonomisi şartlarına göre uyarlayabilme serbestisi şeklinde ifade edilmektedir.²⁷ İş hukukunda ücret esnekliği; işverenlerin, işçilerin verimlilik, çalışkanlık, liyakat, performans, yaratıcılık, beceriklilik vb. subjektif unsurlar dikkate alınarak ödüllendirilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi unsurlar dikkate alındığında işçi ücretlerinde meydana gelen farklılık, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmemektedir.

Günümüzde küresel rekabetin artması ve işgücü piyasasında meydana gelen değişim, ücretlere doğrudan yansımaktadır. Küreselleşme işçi ücretlerini olumsuz yönde etkilemekte, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde maliyetleri düşürmek zorunda kalan işveren, işçileri hak ettiği ücretin çok altında çalıştırabilmekte işçi de işsiz kalmamak için bu durumu kabullenmektedir. Dolayısıyla ücretler genel ekonomik koşullara göre farklılık gösterebilmektedir. Ücret esnekliği, ekonomik kriz dönemlerinde işsizliğin azaltılmasında önemli rol oynamaktadır. Çünkü işletme ekonomik yönden güçlü değilse kriz dönemlerinde işçi ücretlerinin düşürülmesi hem işletmenin sürekliliğini sağlayacak hem de işçilerin işsiz kalmasını önleyecektir.

2.2.4. Emek Piyasalarının Esnekliği

Emek piyasalarının yani işgücünün esnek kullanımı konusunda dışsal esneklik ve içsel esneklik kavramları gündeme gelmektedir.²⁸ Dışsal esneklik, sayısal esneklik uygulamaları ile ilişkilendirilmektedir. Örneğin, işçilerin işe giriş çıkışlarındaki katı kurallar yumuşatılmakta, işletmenin ihtiyacına göre, süreç içinde işçilerin sayısının değiştirilmesine imkan tanınmaktadır. Kısmi süreli çalışma, geçici iş ilişkisi, evde çalışma, tele çalışma gibi atipik çalışma modelleri bu amaca yöneliktir.²⁹ İçsel esneklikte ise işgücünün daha fonksiyonel kullanımı

²⁷ DPT, "VIII. 5 Yıllık Kalkınma Planı", İşgücü Piyasası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2001, s.11.

²⁸ Ali Güzel, "İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 209; Ongan, s. 113.

²⁹ Emin Zeytinoğlu, "İş Hukukunda Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Çeşitli Yansımaları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul Güz

söz konusu olmaktadır.³⁰ Kayan iş süresi, yoğun çalışma haftası gibi kavramlar içsel esnekliğe örnek gösterilebilir.³¹ “İşin esnekliği” ya da “katılım süreçlerinin genişletilmesi” olarak da ifade edilen içsel esneklik uygulamalarında, işgücünün daha işlevsel kullanımı hedeflenmektedir.³² Böylece çalışanların mümkün olduğu kadar işgücü piyasasında kalması sağlanmış olmaktadır. Esnek çalışma işsizliği azaltmada önemli bir rol oynamaktadır.

2.3. İş Güvencesinin Ortadan Kalkması

İş hukukunda esnekleşme birçok alanda işçilerin daha az güvence- li koşullarla çalışmaları sonucuna yol açmaktadır. Düzenli ve korumalı bir işi olan işçiler getirilen yeni esneklik hükümleri ile önceden elde ettikleri birçok haktan vazgeçmek zorunda kalmaktadırlar. Esneklik çoğu zaman daha güvencesiz bir iş anlamına gelmekte; esneklik uygulamaları çalışanlar üzerinde olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Bu duruma çare olarak yeni bir uygulama olan esnek-güvence (güvenceli esneklik) kavramı ortaya çıkmıştır. Kavram, bir yandan iş yaşamında esnekleşmeyi benimserken, öte yandan işçilere iş güvencesi de tanınmasını benimsemekte; esneklik ve iş güvencesinin bir arada yürütülmesini hedeflemektedir.³³

Güvenceli esneklik, işçinin işsiz kalmasını engellemeye çalışmakla beraber, bu sonuca ulaşmak için işçi-işveren-devlet üçgeninin bir arada çalışmasını gerektirmektedir. Burada işçinin, çalıştığı işyerinden çıkarılabilmesi daha kolaylaştırılmakta ise de, yüksek işsizlik sigortası yardımları ve yeni iş bulmayı kolaylaştıran aktif işgücü piyasası, bu sakıncayı bertaraf etmektedir.³⁴

Sosyal barışın korunması ve iş hukuku kurallarının gerçek anlamda uygulanabilmesi için, iş güvencesine kesinlikle gerek vardır. Aksi halde, iş hukuku ve sosyal hukuk normları işlerliğini yitirecektir. Tür-

2006/2, Yıl: 5, S. 10, s. 193.

³⁰ Güzel, s. 209.

³¹ Zeytinoğlu, s. 194.

³² Nilgün Tunçcan Ongan, “Esneklik Yaklaşımının İstihdam Hacmi Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, İstanbul 2004/3, s. 124.

³³ Ercan Güven/Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2004, s. 20.

³⁴ Zeytinoğlu, s. 194.

kiye gibi, ağır ekonomik krizlerin yaşandığı ve kayıt dışı istihdamın yüksek olduğu bir ülkede işçiyi feshe karşı koruma önlemleri bu açıdan daha da büyük önem taşımaktadır. Çünkü; ancak kendisini güvencede hisseden işçi, işvereninden çalışmasını ilgili çalışma ve sosyal güvenlik kurumlarına bildirmesini talep edebilir. Bu nedenle, iş güvencesi sisteminin istihdamın kayıt altına alınmasında olumlu etkisi söz konusudur.³⁵

2.3.1. Atipik Çalışma Modellerinin Yaygınlaşması

Günümüzde küreselleşmeyle ve çalışma ilişkilerinin esnekleşmesiyle birlikte atipik iş sözleşmesi türleri (evde çalışma, tele çalışma, çağrı üzerine çalışma, iş paylaşımı, geçici iş ilişkisi, belirli süreli çalışma, mevsimlik çalışma, kısmi süreli çalışma, alt işveren uygulamaları gibi) ortaya çıkmıştır. Atipik iş sözleşmeleri, esas ve şekil bakımından özel kurallara tabi olan, ya iş sözleşmesinin süresinin sınırlandırılması ya da iş süresinin esnekleştirilmesi ya da istihdamın esnekleştirilmesi gibi tekniklerle farklılaşan iş sözleşmeleridir.³⁶ Dolayısıyla klasik çalışma modeli olan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile her gün belirli saatte işverene ait işyerine gelen ve belirli saatte işyerinden ayrılan, haftalık çalışma süresini tamamlayarak hafta tatiline, yıllık ücretli izne hak kazanan işçi modeli yerine; işin niteliğine göre belirli süreli iş sözleşmesiyle belirli bir süre çalışan, çalışacağı zamanı kendi belirleyen, yarım gün ya da haftanın belirli günleri çalışan, sadece kendisine ihtiyaç duyulduğu zaman işveren tarafından çağrılarak çağrı üzerine çalışan, başka işyerlerinde geçici iş ilişkisiyle çalışan ya da kendi evinde çalışan işçi modelleri ortaya çıkmıştır.

Atipik iş sözleşmelerinin artışına sebep olan nedenler, işverenlerin üretim ihtiyaçlarını karşılamak için daha esnek olmak istemeleridir.³⁷

³⁵ Savaş Taşkent, "Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", *İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması*, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 64.

³⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara 2011, s. 420.

³⁷ Toker Dereli, "Teknolojik Değişmeler, Çalışma İlişkileri ve Yeni İstihdam Türleri", *Çalışma Yaşamında Dönüşümler Örgütsel Bakış*, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 8.

Bunun sonucunda işyeri kavramı; bazen yaşanan ev, bazen başka bir şirket veya çalışanın kendi bürosu haline gelmiştir. Bu durum alt işveren uygulamasını yaygınlaştırmıştır.

Günümüzde önemli bir değişim “belirsiz süreli” iş sözleşmesinden “belirli süreli”, “dönemsel” ya da “geçici” nitelikte iş sözleşmelerine doğru bir eğilimin ortaya çıkışıdır. Diğer bir ifadeyle, küreselleşme süreciyle ortaya çıkan yeni eğilim, tam gün çalışan, belirlenmiş ücret ve yan ödemeleri olan, yani belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işgücünü azaltmak ve bu yolla sabit işgücünü düşürmek biçiminde kendini göstermektedir.³⁸ Oysa İş Kanununda asıl olan çalışma biçimi, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle tam gün çalışma esasına dayalı çalışma biçimidir. Çünkü işçilerin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmaları gerekmektedir. Küreselleşmeyle birlikte ortaya çıkan esnek çalışma modellerinden biri olan belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi iş güvencesinden yararlanamayacak ve sözleşmesi haksız olarak feshedildiğinde sadece hak kazandığı tazminatları talep edebilecek ve işe iade isteminde bulunamayacaktır.

3. KÜRESELLEŞME VE EKONOMİK KRİZİN YARATTIĞI ÇALIŞMA KOŞULLARININ EMEK PİYASASI İLE ÇALIŞMA İLİŞKİLERİNE ETKİSİ

3.1. Küreselleşme ve Ekonomik Krizin Emek Piyasasına Etkisi

3.1.1. Kısmi Süreli Çalışma Modelinin Uygulanması

Küreselleşmeyle artan küresel rekabete uyum sağlamaya çalışan işletmeler, kısmi süreli iş sözleşmesiyle işçi çalıştırma yoluna gitmişler ve günümüzde kısmi süreli çalışma modeli artış göstermiştir. ILO'nun raporuna göre, gelişmiş ülkelerde çalışan her yedi kişiden biri kısmi süreli olarak çalışmaktadır.³⁹ Kısmi süreli çalışma, ekonomik kriz dönemlerinde en çok uygulanan çalışma modelidir.

³⁸ Temiz, s. 179.

³⁹ Öner Eyrenci, “İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku”, *Münir Ekonomi* 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s. 227-228.

4857 sayılı İş Kanunu'ndaki kısmi süreli çalışmaya ilişkin hükümler, Avrupa Birliğinin 97/81 sayılı Kısmi Süreli Çalışma Yönergesi ve 175 sayılı ILO sözleşmesine uygun olarak düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesine göre, "*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir*". İş kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6. maddesine göre de, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan kişinin üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışma olarak kabul edilmektedir. Yani, yasal haftalık 45 saatlik tam süre çalışılan bir işyerinde haftalık 30 saatin altında yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma sayılmaktadır.

3.1.2. İşsizliğin Artması Yoksulluğun Yaygınlaşması ve Sendikaların Güç Kaybetmesi

İşsizlik, çalışma isteğinde olan kişinin asgari olarak geçimini sağlayacak gelir kaynağından, kendi iradesi dışında, yoksun kalmasıdır. Bir başka ifadeyle işsizlik, toplumda bireylerin belirli bir dönemde piyasa cari ücret düzeyinde çalışmaya hazır olmasına rağmen iş bulamaması anlamına gelmektedir.⁴⁰

Günümüzde, istihdam ve işsizlik hem ekonomik hem de sosyal sonuçları ile gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde önemli bir sosyal sorundur.⁴¹ Küreselleşme süreci ile birlikte bu sorun daha da artarak yaygınlaşmıştır. Geniş istihdam kabul eden sanayi üretimi güç kaybetmiş, bunun yerine daha çok teknolojiye dayalı üretim gelişmiş ve bu gelişme ile işgücüne duyulan talep azalmıştır.⁴² Özellikle gelişmekte

⁴⁰ Ayhan Görmüş, "*Küreselleşme Sürecinde Başlıca İşgücü Piyasası Reformları*", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2009, C. 10, S. 3, s. 183.

⁴¹ Temiz, s. 118; Küreselleşmenin olumsuz sonuçlarından olan işsizlik beraberinde sosyal sorunlarla birlikte psikolojik sorunları da getirmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu Kümbül Güler, "*İşsizlik ve Yarattığı Psiko-Sosyal Sorunların Öğrenilmiş Çaresizlik Bağlamında İncelenmesi*", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, C. 55, S. 1, s. 391; Recep Kapar, "*Aktif İşgücü Piyasaları*", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, C. 55, S. 1, s. 342.

⁴² Aşkın Keser, "*Yeni Ekonomi Çerçevesinde Çalışma Hayatında Yaşanan Dönüşümler*", *Çalışma Yaşamında Dönüşümler Örgütsel Bakış*, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 188.

olan ülkelerde küreselleşme süreci; kayıt dışı istihdamda artış, çalışma koşullarının kötüleşmesi, ücret dengesinin bozulması, yüksek işsizlik ve yoksulluğun yaygınlaşması ile kendini göstermiştir.⁴³

Küreselleşme süreciyle birlikte yaşanan gelir dağılımı eşitsizliğinin artışı, ülke içindeki gelir eşitsizliğinden çok, ülkeler arasındaki gelir eşitsizliğinden kaynaklanmaktadır.⁴⁴ Yoksulluk ise bir toplumun veya topluluğun üretmiş olduğu toplumsal değerlerin azlığı veya çokluğu ile değil, o değerlerin topluluğu oluşturan bireyler arasında adaletsiz dağılımı halinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁵ Yoksulluğun en önemli nedenlerinden biri işsizliktir. Çünkü işsizliğin artmasına bağlı olarak yoksulluk yaygınlaşmaktadır. Ekonomik kriz dönemlerinde ilk gözden çıkarılan işçiler kadın işçilerdir. Toplumun kadına biçtiği rol ve cinsiyet ayrımcılığı kadınların işe alınırken en son tercih edilmesine, işten çıkarılırken ise ilk gözden çıkarılan işçiler olmasına neden olmaktadır. Bu nedenle yoksulluk en fazla kadınları etkilemektedir.

Sendikalar emeğin, sermaye karşısında haklarını koruyabileceği yasal yapılanmalardır. Sendikalar üyelerinin gerçek ücretlerinin en yüksek düzeyde olması için çalışır. Sendikaların olmadığı bir durumda, işçiler ile işverenler arasında pazarlık söz konusu değildir. İşverenler bu durumda ücret ve çalışma koşullarını tek başlarına belirlemektedirler. İşçiler de bu şartları kabul ederse çalışmaya devam etmekte, kabul etmezler ise işten ayrılmaktadırlar.⁴⁶

Sendikal haklar, ülkelerde yasalarla güvence altına alınmıştır. Ancak sendikal hareketler, tüm dünyada güç kaybetmeye başlamıştır. Nitekim, ülkemizde sendikalaşmalarında yasal bir engel bulunmayan, ancak uygulamada sendikal örgütlenme dışında bırakılan kapsam dışı personel sendikalaşma üzerinde olumsuz etki yapmaktadır. Bunun dışında, günün ya da haftanın sadece belirli saatlerinde işyerine gelip çalışanlar veya tele çalışma, evde çalışma gibi esnek çalışma biçimleriyle çalışanlar işyerine hiç uğramadan çalıştıkları için ve bu işçilerde,

⁴³ Temiz, s. 125.

⁴⁴ Temiz, s. 126.

⁴⁵ Temiz, s. 138.

⁴⁶ M. Kemal Biçerli, *Çalışma Ekonomisi*, Beta Basım, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 7.

tam süreli çalışan işçilerdeki gibi işçi bilinci oluşmadığı için bu işçilerin sendikalaşma oranları düşük olmaktadır.⁴⁷ Bu gibi nedenlerin sonucu olarak, sendikalar hızla üye kaybetmekte ve sendikalaşma oranı düşmektedir.⁴⁸ Türk sendikacılığının da, küreselleşme sürecinde yaşanan değişime uyum sağlayamadığı için, çalışma hayatındaki güç ve etkinlik alanlarını kaybetmeye başladığı görülmektedir.

Küreselleşme sürecinde uluslararası ilişkilerin gelişmesi, rekabet ve bağımlılığın artması, ulus-devlet yapısının zayıflaması uluslar üstü yapıları ön plana çıkarmış; bu süreçten sermaye güç kazanmış, sendikalar ise güç kaybına uğramıştır.⁴⁹ Dolayısıyla sermayenin küresel hareketliliğinin artması sendikaları zayıflatan nedenler arasındadır. Bu bağlamda uluslararası sermayeyi ülkelerine çekmek isteyen ulus devletler, sendikal hakların kısıtlanması, ücretlerin düşürülmesi, çalışma koşulları konusunda şirketlere hoşgörü gösterilmesi gibi tavırlarla dış yatırım için cazip bir konum elde etmeye çalışmaktadırlar.⁵⁰

Ülkemizde kayıt dışı sektörün tercih edilmesi ve üretimin küçük işyerlerinde gerçekleştirilmesi sendikal hareketin faaliyet alanını daraltmaktadır.⁵¹ Bunun neticesinde de ülkemizde işsizlik artmakta, yoksulluk yaygınlaşmakta ve sendikalar güç kaybetmektedirler. Bu durumda işsizlik problemine çözüm olacak etkili yöntemlerden biri, işsizlerin kendi işlerini kurmaya teşvik edilmesidir. Bu amaç doğrultusunda ilde İŞKUR yardımıyla kendi işini kurmak isteyenlere danışmanlık hizmeti verilmesi ve girişimcilik eğitimlerinin etkin bir şekilde düzenlenmesi yararlı olabilecektir.⁵²

⁴⁷ Adnan Mahiroğulları, "Küreselleşmenin Türk Çalışma Hayatına Etkileri", *Sosyal Siyaset Konferansları*, Prof. Dr. Turan Yazgan'a Armağan Özel Sayısı 49. Kitap, İstanbul 2005, s. 393-395.

⁴⁸ Ar, s. 187.

⁴⁹ Sayım Yorgun, "Küreselleşme Sürecinde Türk Sendikacılığında Yeni Yönelişler ve Alternatif Öneriler", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, İstanbul 2005/3, s. 138.

⁵⁰ Gülşen Sarıgerşil, "Küreselleşme ve Çokuluslu İşletmelerin Çalışma İlişkilerine Etkileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, İzmir 2004, C. 6, S. 1, s. 153-154.

⁵¹ Yorgun, s. 146.

⁵² Zehra Gönül Balkır, "İşsizliğe Alternatif Bir Çözüm Önerisi Olarak Girişimcilik Ve Girişimcilik Eğitimi", *T. Ulusal Girişimcilik Sempozyumu ve Benim de Bir Fikrim Var İş Fikri Yarışması*, 25 Mayıs 2007, Arıkan Basım, Kocaeli 2007, s. 17 ve s. 23.

3.1.3. Zorunlu Emek Hareketliliği

Göç, bireyin yerleşmek amacı ile bulunduğu yerden bir başka yere gidişi olarak tanımlanabilir. Beyin göçü ise, iyi eğitim görmüş, kalifiye ve yetenekli işgücünün yetiştiği az gelişmiş ya da gelişmekte olan bir ülkeden gelişmiş bir ülkeye gidişidir. Göç, geçici yer değiştirmek amacı ile olabileceği gibi gidilen yerde sürekli yaşamak amacı ile de yapılabilmektedir. Göçün ekonomik, sosyal, siyasal birçok nedeni olabilir. Nitekim, ülkemizde yaşanan son ekonomik krizler ve bu krizlerle hızla artan işsizlik ve yoksulluk belli niteliklere sahip, iyi eğitim görmüş, yetenekli işgücünü yurt dışına göçe zorlamıştır.⁵³ Küreselleşmeyle artan küresel rekabet süreci, iş gücü maliyetini düşürmüş ve emeğinin karşılığını alamayan bireyler gelişmiş ülkelere göç etmişlerdir. Dolayısıyla küreselleşmenin nitelikli iş gücünü azalttığı bir gerçektir. Küresel rekabete ayak uydurabilmek, uluslararası alanda söz sahibi olabilmek için ekonomik imkanlar kadar belli nitelikte bilgi ve birikime sahip iş gücüne de ihtiyaç vardır.

3.1.4. Kayıt Dışı İstihdamın Artması

Kayıt dışı ekonomi; resmi kayıtlara girmeyen, kanuni belgelerle belgelendirilmeyen, yetkili kamu organlarınca normal kurallar çerçevesinde kontrol edilemeyen ve milli gelir hesaplamalarında dikkate alınmayan ekonomik işlem ve faaliyetlerin tamamıdır.⁵⁴ Kayıt dışı ekonomi, hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde küreselleşme sürecine bağlı olarak artan bir sorun haline gelmiştir.⁵⁵

Ülkemize giren kaçak işçiler, kayıt dışı istihdamı artıran önemli bir unsurdur. Çünkü yabancı işçiler çoğu zaman turist vizesiyle gelmekte, ancak süreyi önemsemeyerek çalışma yaşamına girmektedir.⁵⁶ Hatta bazen ülkeye gayri resmi yollarla girmektedirler; oturma, konaklama ve çalışma izinleri bulunmadığı halde o ülkede yaşayan ve çalışan bi-

⁵³ Şenay Gökbayrak, "Uluslararası Göç ve Kalkınma Tartışmaları: Beyin Göçü Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 63-3, s. 72-73, <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/63/3/5-Gokbayrak-Senay.pdf> (erişim: 18.11.2011).

⁵⁴ Mustafa Ali Sarılı, "Türkiye'de Kayıt Dışı Ekonominin Boyutları, Nedenleri, Etkileri ve Alınması Gereken Tedbirler", *Bankacılar Dergisi*, İstanbul Haziran 2002, S. 41, Yıl: 13, s. 32.

⁵⁵ Temiz, s. 178.; Kutal, s. 34.

⁵⁶ Gülten Kazgan, "1990 Sonrası Yıllarda Türkiye'de Krizler ve Yarattığı Sonuçlar (İşçiler ve Sosyal Önlemler Açısından Bir İrdeleme)", *Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 38.

reyler olmaktadır.⁵⁷ Dolayısıyla yabancı kaçak işçiler, gittikleri ülkelerin ekonomilerini olumsuz yönde etkilemektedirler ve bu durum istihdam, ücret, sosyal güvenlik, sendikacılık, endüstri gibi alanlarda kendini göstermektedir.⁵⁸

Ekonomik kriz dönemleri de, kayıt dışılığı etkileyen önemli bir unsurdur. Çoğu kişi, gelirsizlik ya da düşük gelir nedeniyle kayıt dışı istihdama razı olmaktadır. Ek iş talebi olanlar, nitelikleri itibariyle işgücü piyasasına dahil olamayan kadınlar, çocuklar üretken istihdam alanlarının yetersiz olması veya konumlarının zorlaması nedeniyle büyük ölçüde kayıt dışı piyasada şanslarını aramaktadırlar. Örneğin atipik çalışma modellerinden biri olan evde çalışma modelinde evde çalışanlar genellikle kadınlar olmakta ve bu durum daha çok fason üretim aşamasında tekstil sektöründe görülmektedir. Bu kişiler ücretlerini parça başına almakta, ücret, ücretli tatil, hastalık yardımı, sosyal güvenlik gibi haklardan yeterince yararlanamamaktadırlar. Bu durum da kayıt dışı istihdamın artmasına yol açmaktadır.⁵⁹ Oysa krizin toplumsal maliyetini, kadın ve çocuk emeği üzerine yığacak yaklaşımlara izin vermemek gerekir.⁶⁰

Ekonomik kriz dönemlerini aşabilmenin önemli koşullarından biri kayıt dışı ekonominin kayıt altına alınması zorunluluğudur. Vergi⁶¹ ve sigorta gelirlerinde azalmaya, işletmeler arasında rekabet koşullarında eşitsizliğe, çalışanlar açısından kötü çalışma koşullarına ve sosyal güvenceden yoksunluğa neden olan kayıt dışı ile mücadeleden bu dönemde vazgeçilmemelidir.⁶²

⁵⁷ Özlem İşığıçok, "Küresel Gerçeklerle Türkiye'de Yabancı Kaçak İşçi Sorunu: Boyutları ve Sonuçları", *Sosyal Siyaset Konferansları*, Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş'a Armağan, 50. Kitap, İstanbul 2005, s. 437.

⁵⁸ İşığıçok, s. 446.

⁵⁹ Tuncay Güloğlu/Adem Korkmaz/Murat Kıp, "Türkiye'de Kayıt Dışı İstihdam Gerçeğine Bir Bakış", *Sosyal Siyaset Konferansları*, 45. Kitap, İstanbul 2003, s. 77.

⁶⁰ Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, *Ekonomik Krize Karşı Önlemler Raporu*, Ankara 2008, s. 4.

⁶¹ Kayıt dışı ekonomi vergi gelirlerinde azalmaya neden olmaktadır. Çünkü bazı ekonomik faaliyetlerin kayıt dışında kalması, vergilerin eksik ödenmesine ya da hiç ödenmemesine neden olmakta bu durum ise devletin vergi gelirlerinin azalmasına yol açmaktadır. Devletin vergi gelirlerinin azalması sonucunda bütçe açıkları ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise borçlanma ya da para basma yoluyla karşılanmaktadır. Bütçe açıklarının borçlanma yoluyla karşılanması halinde faiz oranları yükselmekte dolayısıyla özel sektörün yatırım maliyetleri artmakta yatırımları azalmaktadır. Yatırımların azalması sonucunda ise işsizlik artmakta ve işsizler kayıt dışı ekonomide çalışmaya razı olmaktadır. (Sarılı, s. 43).

⁶² Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, s. 4.

3.2. Küreselleşme ve Ekonomik Krizin Çalışma İlişkilerine Etkisi

3.2.1. Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İşveren Üzerindeki Etkisi

3.2.1.1. Geçici İşçi Verme Yoluna Başvurma

Ekonomik kriz dönemlerinde işverenler, işçileri işten çıkarmak yerine bir başka işverene geçici olarak verme yoluna gidebilmektedirler.

Geçici iş ilişkisi İş Kanunu m. 7'de düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 7/1'e göre, "İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiyi talimat verme hakkına sahip olup, işçiyi sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür". Dolayısıyla söz konusu maddeye göre, işçinin yazılı rızasını almak şartıyla geçici iş ilişkisi kurulabilmektedir. Geçici iş ilişkisinde işçinin kendi işvereni ile yapmış olduğu iş sözleşmesi devam etmekte, geçici olarak yanında çalıştığı işveren ile yeni bir iş sözleşmesi yapmamaktadır. Burada asıl işveren, işçiden işin görülmesini talep hakkını, geçici bir süre işçiyi geçici olarak verdiği işverene devretmektedir. Geçici iş ilişkisine özellikle ekonomik kriz dönemlerinde sıkça rastlanmakta, işverenler bu durumu fırsat olarak değerlendirmektedir.

3.2.1.2. Geçerli Nedenle İşçi Çıkarma

Ekonomik kriz dönemlerinde, krizi bir fırsat olarak gören ve çalışanlarının iş sözleşmelerini sona erdirme konusunda ekonomik krizi kullanmaya çalışan kötü niyetli işveren davranışları söz konusu olabilmektedir.

Ekonomik kriz dönemlerinde dahi, iş hukukunun temel ilkesi göz önüne alınarak değerlendirildiğinde, feshin son çare olması ilkesinin işlerlik kazanması gerekmektedir. Bununla birlikte genel anlamda bir ekonomik krizin işten çıkartma konusunda geçerli bir sebep oluştura-

mayacağını da unutmamak gerekir. Çünkü söz konusu krizin, işletmeyi de etkilemiş olması ve işletmede işten çıkartmalarında içinde yer aldığı bir dizi önlemin alınmasının kaçınılmaz olduğunun kanıtlanması gerekmektedir.⁶³ Aksi halde işletmenin ekonomik krizden etkilendiği yargı tarafından inandırıcı bulunmayan bir fesih, aşağıdaki Yargıtay kararında olduğu gibi işe iade ile sonuçlanabilir.⁶⁴

“Davalı şirket verimlilik sağlamak, ekonomik krizden kurtulmak amacıyla davacının işine son verildiğini ileri sürmekte ise de, böyle bir durumda diğer bir şirketi kendi bünyesine dahil etmesi ve şirkete 298 personel alması ve bazı personele bağlı olduğu K. grubu bünyesinde iş verilmesi olguları değerlendirildiğine fesihle ileri sürülen gerekçelerin inandırıcı ve geçerli olmadığı açıktır.

Geçerli nedenle fesih yoluna gidilirken feshin en son çare olarak düşünülmesi gerekir. Bu nedenle geçerli neden kuralına uygun yorum yapılırken fesihle kaçınma davasının olup olmadığının araştırılması şarttır. Yeni personel alımı yapan bir başka şirketle birleşen şirketin fesih için gösterdiği gerekçelerin inandırıcı olmadığı açıktır. Bu nedenlerle mahkeme kararının bozulmasına ve 4857 sayılı Kanun’un 20/3. maddesi gereğince aşağıdaki şekilde hüküm kurulması uygun bulunmuştur”.

Bununla birlikte, işletmede işçi çıkartmanın kaçınılmaz bir hal aldığı somut bir şekilde kanıtlanması halinde feshin geçerli olacağına ilişkin Yargıtay kararı da mevcuttur.⁶⁵

“4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini

⁶³ Feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde işverenin fesihle kaçınmak için; işyerindeki fazla mesailerin kaldırılması, yıllık ücretli izinlerin kullanılması, çalışma saatlerinin düşürülmesi, ücretlerin düşürülmesinin ve ücretsiz izin uygulamasının işçilere teklif edilmesi, emekliliği gelenlere emeklilik önerisinin yapılması gibi uygulamalara gitmesi örnek olarak verilebilir. (Murat Özveri, “Ekonomik Kriz 4857 Sayılı İş Yasası ve Yargı Kararları”, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Korunma, I. Sempozyum-2009, s. 38, 50)

⁶⁴ Yarg. 9. HD. 02.02.2005 T., 2005/574 E., 2005/2876 K. (Hüseyin İrfan Fırat, “Ekonomik Krizin İş Sözleşmelerine Etkisi”, http://www.alomaliye.com/2008/huseyin_firat_ekonomik.htm (erişim tarihi 07.12.2011).

⁶⁵ Yarg. 9. HD. 16.04.2007 T., 2007/7965 E., 2007/10625 K. (Hüseyin İrfan Fırat, “Ekonomik Krizin İş Sözleşmelerine Etkisi”, http://www.alomaliye.com/2008/huseyin_firat_ekonomik.htm (erişim tarihi 07.12.2011).

etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir.

Dosya içeriğine ve keşif sonrası alınan bilirkişi raporuna göre, Ekim 2005 ayında özellikle davalı işyerinin bulunduğu bölgede kuş gribi vakası yaşandığı, davalı işletmenin hizmet verdiği beyaz et sektöründe bu olay sonrası, üretimi yapılan yumurta ve civcivde itlaf çalışmaları yaşandığı, bu kriz sonrası işverenin hayvan kesiminde % 25, hayvan ağırlığında % 30 civarlarında azalma olduğu, buna paralel olarak üretilen malların fiyatlarında da önemli ölçüde azalmalar olduğu, işverenin ekonomik olarak etkilendiği, işverenin bu kriz sonrası öncelikle ücretsiz izin uygulamasına geçtiği, ancak ekonomik krizin devam etmesi nedeni ile istihdam edilen işçilerden % 10'una tekabül eden oranda işçi çıkarma yoluna gittiği anlaşılmaktadır. Kuş gribi sonrası, üretimde, fiyatlarda ve satışlarda azalma, işletmeyi ve işyerini etkileyen objektif nedenlerdir. Bu objektif nedenler sonunda feshin zorunlu hale geldiği sabittir. Krizin etkileri alınan bilirkişi raporu ile belirlenmiştir. İş sözleşmesinin feshi, işletmeden ve işyerinden kaynaklanan geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır”.

Yukarıdaki Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere, ekonomik kriz tek başına fesih için geçerli neden sayılmamakta, işletmenin ekonomik krizden etkilenmesi aranmakta ve işletmeden işçi çıkartmanın kaçınılmaz bir hal aldığı somut bir şekilde kanıtlanması halinde feshin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmektedir.

3.2.1.3. Toplu İşçi Çıkarma

Ekonomik kriz dönemlerinde işverenler tarafından en çok başvuru yollardan biri de toplu işçi çıkarma olaylarıdır.

İş Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen toplu işçi çıkarma kavramı; “Kanunda belirtilen sayı ve oranlarda işçilerin bir ay içinde, aynı veya farklı tarihlerde süreli fesih yolu ile işlerine son verilmesi” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁶ 98/59/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi anlamında ise

⁶⁶ Erol Akı, “4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçilerin Topluca İşten Çıkarılması”, *Mercek Dergisi*, Mess Yayınları, İstanbul Ekim 2005, S. 40, Yıl: 10, s. 97.

toplu işçi çıkarma; işçiden kaynaklanan bir nedene dayanmaksızın, işverence bir ya da birkaç nedene dayalı olarak belli sayıda işçinin belli bir zaman dilimi içerisinde işten çıkarılması olarak tanımlanmaktadır.⁶⁷

İşverenin, İş Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca toplu işçi çıkarma yoluna gidebilmesi için işçi çıkarmayı gerektiren bir durumun, bir olgunun ortaya çıkması gerekir. 29. madde'de "*Ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu...*" denilerek toplu işçi çıkarma nedenleri belirtilmiştir. Kanun'daki bu ifade, öğretide 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 13. maddesine uygun bulunduğu gibi, "*ekonomik, teknolojik, yapısal*" sebepler yanında, "*işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu*" ibarelerine yer verilmesi eleştirilmiştir. Çünkü bu ibarelerin, kavrama olabildiğince soyut bir anlam ve dolayısıyla işverene, yargı denetimini güçleştirecek yetkiler tanıdığı ileri sürülmüştür. Fakat 29. maddede "*işletme, işyeri ve işin gerekleri*" ibarelerine yer verilmesi ile, İş Kanunu m. 18/1'e uyum sağlanmak istenmiştir.⁶⁸ 18. maddeye göre, bildirimli fesihle bulunan işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak zorundadır.

Görüldüğü üzere toplu işçi çıkarma nedenleri oldukça geniş ele alınmıştır. Ancak bu ve benzeri nedenlere girmeyen bir nedenle toplu işçi çıkartmak yasaya aykırı olacaktır. Örneğin; sendikal faaliyetler, toplu iş sözleşmesi ile kabul edilen ücret zamlarının işçilik maliyetlerini yükseltmiş olması, işçilerin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlere dayalı fesihler, 29. maddede öngörülen sayıda olsa bile, toplu işçi çıkarma sayılmayacaktır.

Kanun'da sayılan toplu işçi çıkarma nedenlerine uymayan bir durumun sözleşme yolu ile eklenmesi suretiyle toplu işçi çıkarmanın kanunda sayılı bulunan nedenlerini daha da genişletmek mümkün değildir. Zira Kanun'un 29. maddesi 100. madde ile cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. İş Kanun'u madde 100'e göre; 29. maddedeki hükümlere aykırı olarak işçi çıkararak işveren veya işveren vekiline işten çıkardığı

⁶⁷ Gülsevil Alpagut, "*Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması*", *İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması*, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 109-110.

⁶⁸ Öner Eyrenci, "*Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar*", *A. Can Tuncay'a Armağan*, Legal Yayınevi, İstanbul Mayıs 2005, s. 553.

her işçi için iki yüz milyon lira para cezası verilir. Bu şekilde düzenlenmiş olması maddenin emredici nitelikte olduğunu göstermektedir. Yani aksine anlaşma yapılması da geçerli olmayacaktır.⁶⁹

Yukarıdaki olgulardan biriyle karşılaşan işveren mutlaka işçi çıkartmak durumunda kalmayabilir. Dolayısıyla, işverenin fesih yoluna gitmeden önce, işçilerin onayıyla çalışma sürelerini kısaltmak, fazla saatlerde çalışmalarını kaldırmak, yıllık ücretli izinleri öne almak veya işçilere ücretsiz izin teklifinde bulunmak, ücretlerde genel bir indirim önerisinde bulunmak, işçiye başka bir iş vermek gibi seçenekleri gözden geçirmeli, şayet bunların uygulanması olanaksız ise, işçileri işten çıkarmalıdır.⁷⁰

4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesine göre, "İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir.

İşyerinde çalışan işçi sayısı:

- a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin,
- b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin,
- c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin işine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır".

İş Kanunu m. 29'da sözü edilen toplu işçi sayısına, sadece o işyerinin hukuken işçileri sayılan kişiler yani, belirli süreli, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar hatta çağrı üzerinde çalışanlar da dahildir; yoksa ödünç alınan yani geçici iş ilişkisiyle alınan işçi yahut işçi niteliği taşımayan personelin bu sayıya katılması mümkün değildir.⁷¹ Bu sayıya, İş Kanunu m. 15'de düzenlenen deneme süresi içinde iş sözleşmeleri sona erdirilen işçiler de dahil edilmezler.

⁶⁹ Akı, s. 98.

⁷⁰ Eyrenci, s. 554.

⁷¹ Ercan Akyigit, *İş Kanunu Şerhi*, C. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 1225.

Ayrıca, toplu işçi çıkarılan işyerinde işten çıkarma, işveren tarafından olmalı ve iş sözleşmesinin haklı feshi dışındaki yollarla yani İş Kanunu m. 17 uyarınca ya süreli fesih ya da peşin parayla fesih biçiminde gerçekleşmelidir. Dolayısıyla, tarafların anlaşmasıyla veya işçi tarafından yapılan fesihle ya da işveren tarafından haklı nedenle fesihle sözleşmenin sona ermesi halinde toplu işçi çıkarmadan söz edilemez.⁷²

İş Kanunu m. 29'da AB Hukuku ile uyum sağlanması açısından 98/59/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi esas alınmıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, İş Kanunu m. 100'de; *"Bu Kanununun 29'uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak işçi çıkaran işveren veya işveren vekiline işten çıkardığı her işçi için iki yüz milyon lira para cezası verilir."* denilmektedir. Dolayısıyla bu tür bir usule aykırılığın hukuki yaptırımını da söz konusudur. Fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracaktır. (İş K. m. 29/VI).

3.2.2. Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İşçi Üzerindeki Etkisi

3.2.2.1. Kısa Çalışma Ödeneğinden Yararlanma

Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği daha önceden İş Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenmekteydi; ancak 15.5.2008 tarihli ve 5763 sayılı kanunla (m. 37), İş Kanunu'nun 65. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na ek 2. madde eklenmiştir. 13.2.2011 tarihinde 6111 sayılı kanunun 73. maddesi ile de 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 2. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre; 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 2. maddesinde belirtildiği üzere, *"Genel ekonomik⁷³, sektörel⁷⁴ veya bölgesel kriz⁷⁵*

⁷² Murat Şen, *"Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık"*, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ankara Mayıs 2005, C. 19, S. 4, s. 49.

⁷³ Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m. 3'te yapılan tanıma göre; genel ekonomik kriz, *"Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları"* ifade etmektedir.

⁷⁴ Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m. 3'te yapılan tanıma göre; sektörel kriz, *"Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumları"* ifade etmektedir.

⁷⁵ Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m. 3'te yapılan tanıma göre; bölgesel kriz, *"Ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya"*

ile zorlayıcı sebeplerle⁷⁶ işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir” (f.1).

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik’te;⁷⁷ kısa çalışmanın tanımı yapılmıştır. Yönetmelikte yapılan tanıma göre; kısa çalışma, “Üç ayı geçmemek üzere; işyerinde uygulanan çalışma süresinin, işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını” ifade etmektedir (m. 3/ç).

“Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların da görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir” (4447 sayılı kanun, ek m. 2/II).

“Kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir” (4447 sayılı kanun, ek m. 2/III). İşsizlik Sigortası Kanunu’nun 50. maddesini kısa çalışmaya uyarlayacak olursak, kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki son üç yıl içinde en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödenmiş olmalı ve kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki son 120 gün içinde sürekli olarak çalışılmış olmalıdır. Dolayısıyla kısa çalışma ödeneği, kısa çalışma uygulaması yapan işyerindeki işçilere koşulsuz olarak verilen bir ödenek değildir.

bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde etkilenip sarsıldığı durumlarda” ifade etmektedir.

⁷⁶ Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m. 3’te yapılan tanıma göre; zorlayıcı sebep, “İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenleri” ifade etmektedir.

⁷⁷ RG 30.4.2011, S. 27920.

Kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki son 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışma koşulu çok katı yorumlanmamaktadır. Nitekim, Türkiye İş Kurumunca yayımlanan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Uygulanmasına İlişkin 3 No.lu Tebliğ'de,⁷⁸ "hizmet akdinin sona erdiği tarihten önceki son 120 gün içinde, hizmet akdi devam etmekle birlikte, hastalık, ücretsiz izin, disiplin cezası, gözaltına alınma, hükümlülükle sonuçlanmayan tutukluluk hali, kısmi istihdam ile grev, lokaot, genel hayatı etkileyen olaylar, ekonomik kriz, doğal afetler nedeniyle işyerinde faaliyetin durdurulması veya işe ara verilmesi halinde prim yatırılmayan süreler için Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK) kayıtları esas alınır ve 120 günün hesabında prim yatırılmayan bu süreler kesinti sayılmaz" hükmü yer almaktadır (m. 2).

"Günlük kısa çalışma ödeneği; sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, 4857 sayılı Kanunun 39 uncu maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemez. Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 5510 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür. Kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür" (4447 sayılı Kanun, ek m. 2/IV).

"Zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma yapılması halinde, kısa çalışma ödeneği ödemeleri 4857 sayılı Kanununun 24 üncü maddesinin (III) numaralı bendinde ve aynı Kanununun 40 ıncı maddesinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar" (4447 sayılı Kanun, ek m. 2/V). Yani işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde, 4857 sayılı İş Kanununun 40. maddesinde belirtildiği üzere, 24 ve 25. maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışamayan ve çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenecektir. Dolayısıyla kısa çalışma ödeneği ödemeleri de bu bir haftalık süreden sonra başlayacaktır.

İşçilere kısa çalışma yaptırılması işverence çalışma koşullarında geçici bir süre esaslı değişiklik yapılması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü, işçi bu dönemde normal çalışma süresinin altında çalışmak ya

⁷⁸ RG. T. 30.01.2002, S. 24656.

da çalışmamak ve o oranda düşük ücret almak ya da hiç ücret almamak durumunda kalmaktadır. Daha önceden 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen kısa çalışma ilişkisi, yapılan değişiklikle işsizlik sigortası kanununda düzenlenmiş ve işçilerin kısa çalışma nedeniyle uğrayacakları gelir kayıplarının belirli koşullarda işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği verilerek bir ölçüde giderilmesi öngörülmüştür.⁷⁹

Kısa çalışma ödeneği yukarıda da vurgulandığı üzere, işsizlik sigortasından ödenecek işsizlik ödeneğinden başka bir şey değildir.

Kısa çalışma, feshin son çare olması ilkesinin en önemli uygulamalarından biridir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde kriz yönetiminde önemli bir yere sahiptir. Bu çerçevede işverenin, feshe gitmeden önce işletmesinin içinde bulunduğu sıkıntıyı işçilere kısa çalışma yaptırarak aşmayı denemesi, ancak bu da sorunu çözmüyorsa son çare olarak feshe başvurması gerekir.⁸⁰

Görüldüğü üzere, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği müessesesi hem işvereni hem de işçiyi, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel krizin darbelerinden kısmen de olsa korumaya çalışan bir yaklaşım olarak gündeme gelmektedir.

3.2.2.2. İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma

İşsizlik sigortası; bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, kendi istek ve kusuru dışında işini kaybedenlere, uğradıkları gelir kayıplarını kısmen ve geçici bir süre karşılayarak bu durumun az da olsa telafi edilmesi amacını güden, kendilerinin ve aile fertlerinin zor duruma düşmelerini önleyen, primlerle desteklenen, Devlet tarafından kurulan zorunlu bir sigorta koludur.⁸¹

⁷⁹ Süleyman Başterzi, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri", AÜHFD, Ankara 2005, C. 54, Ş. 3, s. 64.

⁸⁰ Başterzi, s. 64; Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Abdurrahman Benli, "4447 Sayılı Kanuna Göre İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları", Sosyal Siyaset Konferansları, Prof. Dr. Turan Yazgan'a Armağan Özel Sayısı, 49. Kitap, İstanbul 2005, s. 303-316.

⁸¹ Mehmet Uçum, "İşsizlik Sigortasının Yasal Çerçevesi ve Olası Uygulama Sorunları", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2002, C. 76, S. 1, s. 113 vd.; Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal Yayıncılık, 2. Basi, İstanbul 2009, s. 418.

İşsizlik sigortası yardımlarından⁸² olan işsizlik ödeneği, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 47/h'ye göre, "sigortalı işsizlere bu kanunda belirtilen süre ve miktarda yapılan parasal ödemeyi" ifade etmektedir.

İşsizlik ödeneği almak için; sigortalı olarak çalışan kişinin, işten çıkarılmadan yani iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 120 gün içinde sürekli çalışması ve prim ödemesi ayrıca iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 51'e göre, sigortalı olarak çalışan işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması için iş sözleşmesinin bu maddede belirtilen nedenlerden biriyle sona ermiş olması gerekmektedir. Son olarak sigortalının, işverenden alacağı işten ayrılma bildirgesi ile Türkiye İş Kurumu'na iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi izleyen 30 gün içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduğunu bildirmesi gerekmektedir.

Sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlanması için, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 51. maddesinde sayılan, iş sözleşmesinin sona erme nedenleri şunlardır:

- iş sözleşmesinin, işveren tarafından bildirim sürelerine uyularak yani bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmiş olması,⁸³
- İş sözleşmesinin, sigortalı olarak çalışan işçi tarafından haklı nedenle feshedilmiş olması,
- iş sözleşmesinin, süresi belli olsun veya olmasın süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında bir nedenle işveren tarafından feshedilmiş olması,
- iş sözleşmesinin belirli süreli olması halinde, bu sürenin bitimi nedeniyle işsiz kalınması,

⁸² 4447 sayılı Kanun m. 48'e göre, sigortalı işsizlere Türkiye İş Kurumu tarafından yapılacak ödemeler ve hizmetler; işsizlik ödeneği, 5510 sayılı Kanun gereği ödenecek sigorta primleri, yeni iş bulma, meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi olarak dört madde halinde sayılmıştır.

⁸³ Bildirim sürelerine ait ücretin işveren tarafından peşin ödenerek iş sözleşmesinin sona erdirilmiş olması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Tuncay/Ekmekçi, s. 431.

- işyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedenleriyle sigortalının işten çıkarılmış olması,
- iş sözleşmesinin özelleştirme nedeniyle sona ermiş olmasıdır.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 50'ye göre, "Hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışmış olanlardan, son üç yıl içinde;

- a) 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 180 gün,
- b) 900 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 240 gün,
- c) 1080 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 300 gün süre ile işsizlik ödeneği verilir".

Ülkemizde yaşanan küresel ekonomik kriz nedeniyle birçok işçi işini kaybetmiştir. Ne yazık ki, ekonomik krizi bahane eden kötü niyetli işveren davranışlarına bu dönemlerde sıkça rastlamak mümkündür. Ekonomik kriz tek başına iş sözleşmesini sona erdirmek için geçerli bir neden olmamaktadır. Ekonomik kriz nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için işyerinin veya işletmenin ekonomik krizden önemli derecede etkilenmesi ve işverenin işçi çıkarmaktan başka bir çaresi olmadığını somut bir şekilde kanıtlanması gerekmektedir. İşte bu dönemlerde çeşitli nedenlerle işini kaybeden sigortalı işsizlere uğradıkları gelir kayıplarını kısmen ve geçici bir süre karşılayarak bu durumun bir nebze olsun hafifletilmesi amacıyla verilen işsizlik ödeneği, sigortalı olarak çalışıp işsiz kalanlar için önemli bir güvence olmaktadır.

3.2.2.3. Ücret Garanti Fonundan Yararlanma

Ücret garanti fonu, daha önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 33. maddesinde "işverenin ödeme aczine düşmesi" başlığı altında düzenlenmekteydi; ancak 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile İş Kanununun 33. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve ücret garanti fonuna ilişkin düzenleme, 5763 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na ek 1. madde eklenmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir.

4447 sayılı Kanun'un "işverenin ödeme aczine düşmesi" başlıklı ek 1. maddesine göre; "Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur. Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır. Bu ödemeler 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 78 inci maddesi (5510 sayılı Kanununun 82. maddesi) uyarınca belirlenen kazanç üst sınırını aşamaz.

Ücret Garanti Fonu, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin yıllık toplamının yüzde biridir. Ücret Garanti Fonunun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir".

O halde, ücret garanti fonundan yararlanmak için 4447 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine göre, sigortalı sayılan kişileri iş sözleşmesine dayanarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü haller maddede belirtilen nedenlerle sınırlıdır ve ancak maddede belirtilen nedenlerden biri söz konusu olduğunda ücret garanti fonundan yararlanılacaktır. Ayrıca maddede belirtilen nedenlerden biri mevcut olduğunda işçi, ödenmeyen işçi alacağı için Kuruma başvuruda bulanacaktır.⁸⁴

Ücret garanti fonunun oluşturulması ve uygulanmasına ilişkin esasları düzenleyen Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği, 28.6.2009 tarihli ve 27272 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş; bu yönetmeliğin 11. maddesi, İş Kanunu'nun 33. maddesine dayanılarak çıkarılan, ücret garanti fonunun oluşum ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen 18.10.2004 tarihli ve 25617 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği'ni yürürlükten kaldırmıştır. Ancak, yeni yönetmeliğin geçici 1. maddesine göre; "10/6/2003 ve 26/5/2008 tarihleri arasında aciz vesikası, iflas ve konkorda-

⁸⁴ Kuruma başvuru ile ilgili bkz., Tuncay/Ekmekçi, s. 456.

to kararları ile işverenin aciz hale düşmesine bağlı olarak işverenden ücret alacağı bulunan işçiler 18/10/2004 tarihli ve 25617 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği hükümlerinden yararlanırlar”.

2004 tarihli eski yönetmeliğe göre (m. 2), yönetmelik hükümleri sadece İş Kanunu kapsamına giren işçi ve işverenler hakkında uygulanıyordu. Yeni düzenlemeye göre ise, ücret garanti fonuna ilişkin düzenlemeden, 4447 sayılı Kanun’a tabi ve iş sözleşmesiyle çalışan tüm sigortalılar, Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu’na tabi olarak çalışan işçiler de yararlanabilecektir. Dolayısıyla yapılan değişiklik isabetli olmuştur.⁸⁵

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işverenin ödeme güçlüğüne düşmesi sonucu işçi ücretlerinin tamamı veya bir kısmı ödenememektedir. Bu durumlarda işçilerin ödenmeyen üç aylık ücretlerinin ödenebilmesi için ücret garanti fonu oluşturulmuştur. Dolayısıyla ücret garanti fonu, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarına ilişkin de olsa, işçi için önemli bir güvence oluşturmaktadır.

3.2.3. İşçinin Rızasını Gerektiren Haller

3.2.3.1. Ücret İndirimi Yapılması

İş kanununun 62. maddesine göre, “Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz”.

Bununla birlikte işçi ile işverenin anlaşması koşulu ile ücret indirim söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla İş Kanunu’nun 62. maddesi, iş sözleşmesi ile çalışma süresinin azaltılması yolunda yapılacak bir kararlaştırmayı engellememektedir. Ancak, bir işyerinde örneğin 45 saatlik çalışma süresi uygulanırken işveren bu süreyi işçinin rızası olmadan daha aşağı indirirse, buna bağlı olarak işçi ücretinde herhangi bir indirim yapamayacaktır.⁸⁶

⁸⁵ Ücret garanti fonu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay/Ekmekçi, s. 454-456.

⁸⁶ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Basım, 24. Bası, İstanbul 2011, s. 159.

İş Kanunu'muzla düzenlenmiş olan "*çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi*" başlıklı 22. maddesi gereğince, işverenler iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak isterse, bu değişikliği ancak işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Yazılı bildirim şekline uyulmazsa ve değişiklik işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmezse, bu değişiklik işçiyi bağlamayacaktır.

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işverenler ücrette indirim yoluna gitmektedirler. Ücret indirimi ise, İş Kanunu m. 22 anlamında esaslı bir değişiklik olduğu için işverenin bu değişikliği işçiye yazılı olarak bildirmesi ve işçinin yazılı rızasını alması gerekmektedir. Dolayısıyla 22. maddede öngörülen usulde yapılmayan değişiklikler işçiyi bağlamayacağından işveren ücret indirimi yapamayacaktır. Eğer işveren tarafından tek taraflı bir kararla ücret indirimi yapılırsa işçi iş sözleşmesini İş Kanunu m. 24/II gereğince haklı nedenle feshedebilecektir. Fakat ne yazık ki, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde sıkça rastlanılan ve işveren tarafından tek taraflı bir kararla uygulanan ücret indirimine işçi boyun eğmekte ve işini kaybetme korkusuyla sesini çıkarmamaktadır. Kanunla korunan işçi uygulamada korunmamaktadır.

3.2.3.2. Ücretsiz İzin Uygulaması

İş kanunu m. 56/VI'ya göre, "*yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır...*" Yine, İş Kanunu m. 74/V'e göre, "*İsteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir...*" Son olarak İş Kanununun "*yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller*" başlıklı 55. maddesinin (j) fıkrasında "*İşveren tarafından verilen diğer izinler...*" sayılmıştır. Burada sözü edilen izinler, işverenin kendi takdiri ile işçiye verdiği ücretli ve ücretsiz izinlerdir.

Yukarıda sayılan maddeler dışında İş Kanunu'nda ücretsiz izin ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte,

özellikle ekonomik kriz dönemlerinde sıkça başvurulmuş ücretsiz izin uygulaması, İş Kanunu m. 22 anlamında çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olduğu için, işveren tarafından işçiye yazılı olarak bildirilmeli ve işçi tarafından da yazılı olarak altı işgünü içinde kabul edilmelidir. Aksi halde işveren ücretsiz izin uygulaması yoluna gidemeyecektir.

Ücretsiz izin döneminde iş sözleşmesi askıya alınmış olacağından işçi iş görme borcunu işveren de ücret ödeme borcunu yerine getiremeyecektir. Bu nedenle işçi bu dönemde ücret alamayacağından ve m. 22 anlamında esaslı bir değişiklik söz konusu olduğundan, ücretsiz izni işçinin kendisinin talep etmesi veya işveren tarafından önerilen ücretsiz izne işçinin açıkça rıza göstermesi durumunda (m. 22 anlamında), ücretsiz iznin uygulanması mümkün olacaktır. Fakat ne yazık ki, ekonomik kriz dönemlerinde işlerini kaybetme kaygısı taşıyan işçilerin işverenden gelen bu öneriyi genellikle kabul ettikleri görülmektedir.

SONUÇ

Küreselleşme ile birlikte ülkeler arasındaki sınırlar aşılmış; ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel değerler konusunda ülkeler birbirleriyle sürekli bir etkileşim içine girmişlerdir. Küreselleşmeyle birlikte artan küresel rekabete uyum sağlama zorunluluğu da, çalışma hayatımızda birtakım değişiklikleri kaçınılmaz kılmıştır. Bu bağlamda küreselleşmenin çalışma hayatımıza getirdiği en büyük değişiklik esneklik kavramı olmuştur. Çalışma hayatımıza getirilen esneklik kavramı ile çalışma biçimlerinin esnekleştirilerek işsizliğin azaltılması amaçlanmış ancak küresel rekabete ayak uyduramayan işletmeler piyasadan çekilince amaçlananın aksine artan işsizlik ile karşılaşmıştır. Durum böyle olsa da özellikle ekonomik kriz dönemlerinde çalışma biçimlerinin esnekleştirilmesi işsizliğin azaltılması bakımından önemlidir. Çünkü böylece çalışanların mümkün olduğu kadar işgücü piyasasında kalması sağlanmış olmaktadır.

Küreselleşmenin yarattığı tam rekabet ortamı, sosyal haklar ve ekonomik özgürlüklerle ters orantılıdır. Çünkü küreselleşme sonucu, sosyal haklar ve iş güvenliği zayıflamıştır. İşletmeler küresel rekabet ortamına ayak uydurabilmek için en yüksek kar, en düşük maliyet

amacı gütmekte ve bu durum işverenleri ucuz işgücü kullanma hatta sosyal güvenceden yoksun kaçak işçi kullanma yoluna itmektedir. Küreselleşme, işçileri temel insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakmakta ve insan haklarıyla ters orantılı olarak varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla sosyal haklar, küreselleşmenin sonuçlarından olumsuz etkilenen haklar grubudur. Küreselleşme ve ekonomik krizin bir arada olduğu bir ortamda da ekonominin ağır kayıplara uğraması kaçınılmaz olmaktadır. Çünkü ekonominin küreselleşmesi işsizlik, yoksulluk, eşitsizlik ve insan hakları ihlallerine yol açmaktadır. Öyle ki, ekonomisi zayıf ve dışa bağımlı ülkelerde işsizlik artarken ve yoksulluk yaygınlaşırken; sürekli büyüyen bir zenginliğin olduğu ülkeler büyük balık, ekonomisi zayıf ülkeler ise küçük balık şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Ülkemizde dönem dönem yaşanan krizler sonucunda, kuruluşlar kapanmış; bu durum ise işsizliğin artmasına, yoksulluğun yaygınlaşmasına, sendikaların güç kaybetmesine ve kayıt dışı istihdamın artmasına yol açmıştır. Oysa krizler yaşanmadan bunların etkilerini azaltacak önlemlerin zamanında alınması büyük önem taşımaktadır. Uluslararası rekabette yer alabilmenin, olası krizlerde kuruluşların ve istihdamın devamlılığını sağlayabilmenin temel şartlarından biri, çalışma hayatına ve bu bağlamda çalışma ilişkilerine esneklik getirmektir; ancak bu esnekliğin güvenceli esneklik olması gerekmektedir. Ekonomik kriz tek başına fesih için geçerli bir neden olmamakla birlikte kötü niyetli işverenler bu durumu fırsat olarak görebilmektedir. Dolayısıyla bu dönemlerde çeşitli nedenlerle işsiz kalan sigortalı işçiler belirli koşulların varlığı halinde ancak geçici bir süre kısa çalışma ödeneği, işsizlik ödeneği ve belirli nedenlerle işverenin ödeme gücüne düşmesi halinde ücret garanti fonundan yararlanabilmektedirler. Böyle dönemlerde işçi ve işverenler karşılıklı anlaşarak ve gerektiğinde kısa çalışma, ücret indirimi, ücretsiz izin gibi uygulamalara giderek kriz dönemini atlarmaya çalışmalı ancak son çare olarak işveren tarafından fesih yoluna gidilmelidir.

KAYNAKLAR

- Akı, Erol, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçilerin Topluca İşten Çıkarılması", *Mercek Dergisi*, Mess Yayınları, İstanbul Ekim 2005, S. 40, Yıl: 10, s. 96-101.
- Akyiğit, Ercan, *İş Kanunu Şerhi*, C. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- Alp, Mustafa, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Alpagut, Gülsevil, "AB'de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler", *TİSK İşveren Dergisi Özel Eki*, Ankara Eylül 2006, s. 3-27.
- Alpagut, Gülsevil, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", *İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 79-138.
- Ar, Kamil Necdet, *Küreselleşme Sürecinde Türkiye'de Ücretlerin Gelişimi, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını*, Ankara 2007.
- Balkır, Zehra Gönül, "İşsizliğe Alternatif Bir Çözüm Önerisi Olarak Girişimcilik ve Girişimcilik Eğitimi", *T. Ulusal Girişimcilik Sempozyumu ve Benim de Bir Fikrim Var İş Fikri Yarışması*, 25 Mayıs 2007, Arıkan Basım, Kocaeli 2007, s. 13-24.
- Balkır, Zehra Gönül, *Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Kocaeli 2009.
- Başterzi, Süleyman, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri", *AÜHFD*, Ankara 2005, C. 54, S. 3, s. 53-94.
- Benli, Abdurrahman, "4447 Sayılı Kanuna Göre İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları", *Sosyal Siyaset Konferansları*, Prof. Dr. Turan Yazgan'a Armağan Özel Sayısı, 49. Kitap, İstanbul 2005, s. 303-316.
- Biçerli, M. Kemal, *Çalışma Ekonomisi*, Beta Basım, 3. Bası, İstanbul 2005.
- Bulut, Nihat, "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", *AÜHFD*, Ankara 2003, C. 52, S. 2, s. 173-197.

- Çakır, Özlem, “Yeni Çalışma Biçimleri ve İşe İlişkin Tutumlar”, *Çalışma Yaşamında Dönüşümler, Örgütsel Bakış*, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 106-123.
- Çeçen, Anıl, “Küreselleşmenin Getirdiği Hukuk Karmaşası”, *Cumhuriyet ve Küreselleşme*, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 2002, s. 143-162.
- Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Basım, 24. Bası, İstanbul 2011.
- Çolak, Aytül, “Esneklik ve Esnekliğe Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Çalışma Yaşamında Dönüşümler, Örgütsel Bakış*, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 339-365.
- Dereli, Toker, “Teknolojik Değişmeler, Çalışma İlişkileri ve Yeni İstihdam Türleri”, *Çalışma Yaşamında Dönüşümler, Örgütsel Bakış*, Nobel Yayın Dağıtım 2. Baskı, Ankara 2005, s. 3-11.
- Dpt, “VIII. 5 Yıllık Kalkınma Planı”, *İşgücü Piyasası Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara 2001.
- Ekin, Nusret, “Türkiye’de İşsizlik: İş Aramayan İşsizler- Kırsal Yoksullar-Kentsel Kayıtdışı Yapay İstihdamdakiler-Açık İşsizler”, *İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, Kamu-İş Yayını, Ankara 2003, C. 7, S. 2, s. 115-134.
- Ekonomi, Münir, “Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği”, *Çalışma Hayatında Esneklik*, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, İzmir 1994, s. 55-79.
- Eyrenci, Öner, “İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku”, *Münir Ekonomi* 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s. 227-242.
- Eyrenci, Öner, “Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, *A. Can Tuncay’a Armağan*, Legal Yayınevi, İstanbul Mayıs 2005, s. 549-569.
- Fırat, Hüseyin İrfan, “Ekonomik Krizin İş Sözleşmelerine Etkisi”, http://www.alomaliye.com/2008/huseyin_firat_ekonomik.htm (erişim tarihi 07.12.2011).
- Gökbayrak, Şenay, “Uluslararası Göç ve Kalkınma Tartışmaları: Beyin Göçü Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 63-3, s. 65-82, <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/63/3/5-Gokbayrak-Senay.pdf> (erişim tarihi: 18.11.2011).

- Görmüş, Ayhan, "Küreselleşme Sürecinde Başlıca İşgücü Piyasası Reformları", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2009, C. 10, S. 3, s. 177-200.
- Gözler, Kemal, "Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul Eylül 2008, Yıl: 6, S. 69, s. 3021-3030.
- Güler Kümbül, Burcu, "İşsizlik ve Yarattığı Psiko-Sosyal Sorunların Öğrenilmiş Çaresizlik Bağlamında İncelenmesi", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, C. 55, S. 1, s. 373-394.
- Güloğlu, Tuncay/Korkmaz, Adem /Kip, Murat, "Türkiye'de Kayıt Dışı İstihdam Gerçeğine Bir Bakış", *Sosyal Siyaset Konferansları*, 45. Kitap, İstanbul 2003.
- Günay, Cevdet İlhan, "Çalışma Sürelerinde Esneklik", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2004, C. 7, S. 3, s. 1-17.
- Güven, Ercan/Aydın, Ufuk, *Bireysel İş Hukuku*, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2004.
- Güzel, Ali, "İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 203-221.
- İşığışok, Özlem, "Küresel Gerçeklerle Türkiye'de Yabancı Kaçak İşçi Sorunu: Boyutları ve Sonuçları", *Sosyal Siyaset Konferansları*, Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş'a Armağan, 50. Kitap, İstanbul 2005, s. 435-453.
- Kapar, Recep, "Aktif İşgücü Piyasaları", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, C. 55, S. 1, s. 341-371.
- Kazgan, Gülten, "1990 Sonrası Yıllarda Türkiye'de Krizler ve Yarattığı Sonuçlar (İşçiler ve Sosyal Önlemler Açısından Bir İrdeleme)", *Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 19-40.
- Keser, Aşkın, "Yeni Ekonomi Çerçevesinde Çalışma Hayatında Yaşanan Dönüşümler", *Çalışma Yaşamında Dönüşümler Örgütsel Bakış*, Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 179-195.

- Kocacık, Faruk, *"Küreselleşme ve Sosyal Güvenlik"*, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sivas Aralık 2001, C. 25, S. 2, s. 193-199.
- Koçak, Orhan, *"Elektronik Ticaret ve İstihdama Etkisi"*, Sosyal Siyaset Konferansları, Prof. Dr. Nezat Yalçıntaş'a Armağan, 50. Kitap, İstanbul 2005, s. 455-478.
- Manisalı, Erol, *Türkiye ve Küreselleşme*, Derin Yayınları, 6. Basım, İstanbul 2006.
- Mahiroğulları, Adnan, *"Küreselleşmenin Türk Çalışma Hayatına Etkileri"*, Sosyal Siyaset Konferansları, Prof. Dr. Turan Yazgan'a Armağan Özel Sayısı 49. Kitap, İstanbul 2005, s. 379-403.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara 2011.
- Ongan Tunçcan, Nilgün, *"Esneklik Yaklaşımının İstihdam Hacmi Açısından Değerlendirilmesi"*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, İstanbul 2004/3, s. 123-142.
- Ongan Tunçcan, Nilgün, *Ekonomik Krizin Emek Piyasalarına Etkileri*, Net Basım ve Yayıncılık, İstanbul, No: 16/2005.
- Önsal, Naci, *İstihdam*, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 1993.
- Özveri, Murat, *"Ekonomik Kriz 4857 Sayılı İş Yasası ve Yargı Kararları"*, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Korunma, I. Sempozyum-2009, s. 33-68.
- Rugman, Alan, *Globalleşmenin Sonu*, Yayıncılık Matbaası, İstanbul 2004.
- Sarıgerşil, Gülşen, *"Küreselleşme ve Çokuluslu İşletmelerin Çalışma İlişkilerine Etkileri"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, İzmir 2004, C. 6, S. 1, s. 147-157.
- Sarılı, Mustafa Ali, *"Türkiye'de Kayıt Dışı Ekonominin Boyutları, Nedenleri, Etkileri ve Alınması Gereken Tedbirler"*, Bankacılar Dergisi, İstanbul Haziran 2002, S. 41, Yıl: 13, s. 32-50.
- Sönmez, Pelin, *"Küreselleşme Avrupa Birliği ve İstihdam: Çalışma İlişkilerinde Yaşanan Dönüşüm"*, Avrupa Çalışmaları Dergisi, Ankara Bahar 2006, C. 5, No: 3, s. 177-198.

- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Basım, 7. Bası, İstanbul 2011.
- Şen, Murat, "Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara Mayıs 2005, C. 19, S. 4, s. 45-72.
- Taşar, M. Okan, "Devlet Ekonomi İlişkisi Ekseninde Küresel Kriz ve Türkiye", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2009, C. 10, S. 3, s. 73-102.
- Taşkent, Savaş, "Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", *İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 63-76.
- Temiz, Hasan Ejder, *Küreselleşmenin Sosyal Boyutları ve Türkiye Açısından Etkileri*, İzmir 2004.
- Tuncay, A. Can, *İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı 5-6-7 Ekim 2000 İstanbul 2002*.
- Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer, *Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, Legal Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2009.
- Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, *Ekonomik Krize Karşı Önlemler Raporu*, Ankara 2008.
- Uçum, Mehmet, "İşsizlik Sigortasının Yasal Çerçevesi ve Olası Uygulama Sorunları", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2002, C. 76, S. 1.
- Yavuz, Arif, *Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1995.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2002.
- Yorgun, Sayım, "Küreselleşme Sürecinde Türk Sendikacılığında Yeni Yönelişler Alternatif Öneriler", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, İstanbul 2005/3, s. 137-162.
- Zeytinoğlu, Emin, "İş Hukukunda Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Çeşitli Yansımaları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, İstanbul Güz 2006/2, Yıl: 5, S. 10, s. 191-202.

4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE ÇOCUK VE GENÇLERİN İŞ SÖZLEŞMESİ EHLİYETLERİNİN SINIRLANDIRILMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

ACCORDING TO THE LABOUR LAW NO.4857 LABOR CONTRACT CAPACITY FOR THE CHILDREN AND YOUNG ADULTS

İştar URHANOĞLU CENGİZ*

Özet : Türk iş hukukunda çocuk ve gençlerin iş sözleşmesi ehliyetine, sosyal ve siyasal amaçlarla bazı sınırlamalar getirilmiştir. Söz konusu sınırlamalarla her ne kadar çocuk işgücünün korunması ve çalışma düzeninin sağlanması amaçlanıyor olsa da, bunlar aynı zamanda iş sözleşmesi ehliyetini sınırlandıran düzenlemelerdir. 4857 sayılı İş Kanununa göre; onsekiz yaşından küçükler “çocuk” ve “genç işçiler” olarak iki kategoriye ayrılmaktadır. Kanunda yer alan ifadelerle göre; “genç işçi”, on beş yaşını tamamlamış, on sekiz yaşını bitirmemiş kişiler için; “çocuk” ifadesi ise on beş yaşından küçükler için kullanılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: çocuk işçi, genç işçi, çocuk işçilerin korunması, genç işçilerin korunması, çocuklara ve gençlere ilişkin çalışma yasağı

Abstract : Several limitations have been stipulated in the Turkish labour law for the labour contract capability due to social and political reasons. Although it is aimed to protect the child labour and maintain the labour order through such limitations, these in fact, restrict the capability for the execution of labour contracts. According to the Labour Law no.4857, those below eighteen years of age are categorised into two as “child” and “young labour”. Pursuant to the terms defined in the Law, “young labour” refers to those at the age of fifteen but already completed eighteen years of age while the expression “child” refers to those below fifteen years of age.

Key Words: child workers, young workers, protection of child workers, protection of young workers, prohibition of work by children and young peoples

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Küçüklerin sözleşme ehliyeti, sosyal ve siyasal amaçlarla sınırlandırılmıştır. Sözleşme ehliyetinin iş hukukundaki görünümü iş sözleşmesi ehliyetidir ve küçüklerin iş sözleşmesi ehliyeti de benzer amaçlarla sınırlandırılmıştır. Söz konusu düzenlemeler ile öncelikle çocuk işgücünün korunması ve çalışma düzeninin sağlanması amaçlanmıştır. Ancak bu düzenlemeler aynı zamanda hak ehliyetini sınırlandıran düzenlemelerdir.

Bu bağlamda çocuk ve genç işçilere ilişkin kuralların bir kısmı sözleşme ehliyetinin (hak ehliyetinin) sınırlandırılmasına yönelik kural- lar (24 Nisan 1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu¹ m.173/ I, m.176, 4857 sayılı İş Kanunu m.71/ I, m.72, m.85) olarak kabul edilirken; diğer bir kısmı ise, ehliyetle ilişkin olmayıp, iş düzenine ilişkin koruyucu hükümler içeren kuralar olarak (1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m.173/II, m.174, 4857 sayılı İş Kanunu² m.73/I) kabul edilebilir.³

Çocuk ve genç işçiler tabi oldukları mevzuata göre; İş Kanunu kapsamındaki ve İş Kanunu kapsamı dışındaki çocuk ve genç işçiler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadırlar. İş Kanunu kapsamı dışındaki çocuk ve genç işçiler; İş Kanunu m. 4 ile İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılan veya çalıştıkları iş, İş Kanununun kapsamında olmakla beraber işin niteliği gereği özel düzenlemelere bağlı tutulan çocuk ve gençlerdir. İş Kanunu m. 4 ile İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan çocuk ve genç işçiler kural olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu) nu ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu'na tabidirler. Özel düzenlemelere tabi olan çocuk ve genç işçiler ise; deniz taşıma işlerinde çalışan (İş Kanunu m. 4/I, a), profesyonel sporcu olan (İş Kanunu m. 4/I, g), kültürel, sanatsal ve reklam faaliyetlerinde çalışan çocuk ve genç işçilerdir.⁴

¹ RG 06.05.1930, Sayı:1489.

² RG 10.06.2003, Sayı:25134.

³ Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.424-425.

⁴ Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kadriye Bakırcı, "Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık", Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, Yayına Hazırlayan: Berrin Ceylan-Ataman, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2007, A.Ü.S.B.F. Yayın no: 595.

Çalışmamızda çocuk ve gençlerin iş sözleşmesi ehliyeti, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işler bakımından değerlendirilmiştir.

I. ÇOCUK VE GENÇ İŞÇİ KAVRAMLARI

4857 sayılı İş Kanunu'nun, 94/33/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi⁵ göz önünde bulundurularak düzenlenen ve "Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı" başlıklı 71. maddesi uyarınca; on sekiz yaşından küçükler⁶ "çocuk" ve "genç işçiler" olarak iki kategoriye ayrılmaktadır.⁷ Kanun'da yer alan ifadelere göre (m.71/III, m. 73/I ve m.85/I, m. 87); "genç işçi", on beş yaşını tamamlamış, on sekiz yaşını bitirmemiş kişiler için, "çocuk" ifadesi ise on beş yaşından küçükler için kullanılmaktadır. "Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"⁸ m. 4 hükmünde de; "genç işçi", 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi; "çocuk" ise, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi

⁵ Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0033:en:HTML>), 17.07.2011.

⁶ Sözkonusu düzenleme 1475 sayılı İş Kanununun düzenlemesinden farklıdır. Zira 1475 sayılı İş Kanununun "Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı" kenar başlıklı 67. maddesine göre; (Değişik: 29/7/1983-2869/15 md.) "15 yaşından aşağı çocukların çalıştırılmaları yasaktır (f.I). Ancak, çocukların sağlık ve gelişmelerine, okul veya mesleki eğitim ve mesleğe yöneltme programlarına devamlarına yahut öğrenimden faydalanma kabiliyetlerine zarar vermeyecek nitelikteki hafif işlerde 13 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılmaları mümkündür (f.II)."

⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.426; Adnan Tuğ/Ulaş Baysal, "İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt II, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2011, s.1870-1871; Roger Blanpain, *European Labour Law, Kluwer Law International, Eleventh revised edition, 2008*,s.467; Kadriye Bakırcı, "Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık", Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, Yayına Hazırlayan: Berrin Ceylan-Ataman, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2007, A.Ü.S.B.F. Yayın no: 595, s.102; Bu nedenle öğretici tarafından 1475 sayılı Kanun yürürlükte iken yapılmış olan çocuk işçi ve genç işçi tanımları 4857 sayılı İş Kanunu bakımından Türk Hukukuna uymamaktadır (Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.425-426 ; Tankut Centel, *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*, İstanbul 1982, s.33vd.; Selim Gündüz, "Türkiye'de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:22, Sayı:1-2-3, Şubat-Mayıs-Ağustos 2009, s.2-3; ayrıca bkz. Levent Akın, "Working Condition of The Child Worker in Turkish Labour Law, Employee Responsibilities and Rights", Journal, Springer USA-Netherlands, 2009, Volume 21, number 1, s.53-67).

⁸ RG 06.04.2004, Sayı: 25425.

olarak tanımlanmıştır. Böylece 14 yaşını bitiren bir çocuğunun çocuk işçi sayılabilmesi için ayrıca ilköğretimini de tamamlamış olması gerekmektedir.⁹

Türk Medeni Kanunu¹⁰'na göre de; 15 yaşını doldurmamayanların küçük kabul edilip kendi fiilleriyle hak edinip borç altına giremeyecekleri, kural olarak kısıtlı olmayan ve temyiz kudreti bulunup 18 yaşını dolduranların tam fiil ehliyetine sahip olacağı ancak bu iki yaş dilimi arasında küçüğün evlenmesi durumunda veya kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınması durumunda hak ve yükümlülük edinebileceği kabul edilmiştir (TMK m.12).¹¹

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün İstihdamda Asgarî Yaşla İlgili 138 Sayılı Sözleşmesi¹²'nde ise 15 yaşın altında çalışanlar çocuk, 15-18 yaş arasındakiler genç olarak tanımlanırken; Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 182 Sayılı Acil Önlemler Sözleşmesi¹³'nde ise 18 yaşın altındakiler çocuk olarak tanımlanmıştır. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda çocuk ve genç ifadelerine yaş açısından bir ayırım getirilmemiştir.

⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.426; Gündüz, a.g.e., s.3; Bakırcı, Ayrımcılık, s.102; Bakırcı, Kadriye, Uluslararası Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.81-85; Çocuk işçilerin çalıştırılabilecekleri hafif işler Yönetmelik Ek-1'de; genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler Ek-2'de; her iki grubun çalıştırılmayacakları işler ise Ek-3'de sayılmaktadır; İş Kanunu kapsamı dışında olan ve özel düzenlemelere de tabi olmayan işlerde uygulama alanı bulan 1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre; 16 yaşından küçük işçiler çocuk işçi sayılmakta, 16 yaşından büyük olanlar yetişkin kabul edilmektedir (Bakırcı, Ayrımcılık, s.102; Bakırcı, 2004, s.81-85). Umumi Hıfzısıhha Kanununun ilgili düzenlemesi çocuk ve genç işçilerle ilgili Türkiye'nin taraf olduğu tüm uluslararası sözleşmelere ve Avrupa Birliği normlarına aykırıdır (Bakırcı, Ayrımcılık, s.102; Bakırcı, 2004, s.81-85).
¹⁰ RG 08.12.2001, Sayı:24607.

¹¹ Ali Tandoğan, Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s.4-5.

¹² ILO Kabul Tarihi:6 Haziran 1973, Kanun Tarih ve Sayısı:23 Ocak 1998 /4334, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı:27 Ocak 1998/23243, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı:5 Mayıs 1998/98-11184 Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı:21 Haziran 1998/23379 (http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_138.html), 17.07.2011.

¹³ ILO Kabul Tarihi:17 Haziran 1999, Kanun Tarih ve Sayısı:25 Ocak 2001/4623, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı:3 Şubat 2001/24307, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı:18 Mayıs 2001/2528, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı:27 Haziran 2001/24445 (http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_182.html), 17.07.2011.

94/33/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde ise; 18 yaşın altındaki kişiler "genç" (art.3,(a)), 15 yaşın altındakiler "çocuk" (art.3,(b)), 15 yaşında olup 18 yaşından küçük olanlar da "ergen" (art.3,(c)) olarak tanımlanmıştır¹⁴.

II. ÇOCUK VE GENÇLERİN İŞ SÖZLEŞMESİ EHLİYETİ

1. Genel Olarak Ehliyet Kavramı

Çocuk ve gençlerin iş sözleşmesi ehliyeti konusu incelenirken öncelikle ehliyet kavramı üzerinde durulması gerekmektedir. Türk hukukunda kişiler hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere iki önemli ehliyete sahiptirler. Hak ehliyeti, kişinin haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarını ifade ederken; fiil ehliyeti kişinin sahip olduğu hakları bizzat kullanabilme iktidarını ifade eder.¹⁵

Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesine göre; her insanın hak ehliyeti vardır.¹⁶ Zira hak ehliyeti yaş, fikri ve bedeni gelişme, hukuki

¹⁴ Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0033:en:HTML>), 17.07.2011; Blanpain, a.g.e., s.469; Fransız Hukukunda; 16 yaşından küçüklerin çalıştırılmaları yasaktır (Code du Travail, art. L.4153-1). İstisnaları aynı maddenin devamında belirtilmiştir. 18 yaşından küçük çalışanlar ve 18 yaşından küçük olup okula alternatif eğitim veya ders kapsamında uygulama amacıyla işyerinde bulunan stajyerler "genç işçi" olarak tanımlanmıştır (Code du Travail, art. L.3161-1); Alman Hukukunda ise; 15 ile 18 yaş arasındakiler "genç", 15 yaşın altındakiler ise "çocuk" olarak tanımlanmaktadır (Susan Mayne/ Susan Malyon, Employment Law in Europe, Butterworths, London, Dublin and Edinburgh 2001, s.459). Alman Hukukunda Çalışan Gençlerin Korunmasına Dair 1976 tarihli Yasa, gençleri çocuk ve genç işçiler olarak ikiye ayırmış ve bunların çalışma sürelerinin azami miktarlarını belirlemiştir. Bu Yasa anlamında "çocuk", henüz 15 yaşını doldurmamış olan kişiyi, "genç" ise, 15 yaşında olan ancak 18 yaşını doldurmamış kimseyi ifade eder. Bununla birlikte tam zamanlı bir zorunlu eğitime tabi olan "gençler" hakkında da "çocuklar" için geçerli olan hükümler uygulama alanı bulacaktır (md.2). Yani 15 yaşını doldurmakla birlikte zorunlu eğitime tabi olan genç işçiler de koruma bakımından çocuk işçilerle tutulacaktır (Muhittin Astarlı, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.115, dn.250).

¹⁵ Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı, Birinci Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2009, s.267; Mollamahmutoglu/Astarlı, a.g.e., s.422; Aydın Zevkliler, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ekim 1995, s.189; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 7. Bası. Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s.39.

¹⁶ Mollamahmutoglu/Astarlı, a.g.e., s.424; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, a.g.e., s.273-274; A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E.Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Eylül 2011, s.70; Öztan, a.g.e., s.39; Zevkliler, a.g.e., s.189.

muamelelere katılıp katılamama gibi hususlar göz önünde tutulmaksızın herkese tanınan bir ehliyettir.¹⁷ Ancak hukuk düzeni insanlar arasındaki fiili ve tabii farklılıklardan ileri gelen eşitsizliğe paralel olarak, onların hak ehliyeti bakımından eşit olduklarına ilişkin ilkeye bazı istisnalar getirebilir. Söz konusu istisnalar yaş, cinsiyet, tabii farklılıklar, evlilik birliğinin korunmasına yönelik farklılıklar, şeref ve haysiyet, sağlık, yabancılaşma gibi durumlarda söz konusu olabilir. Bu bağlamda yaş unsuru da, Türk hukukunda hak ehliyetinin sınırlandırılmasında etkili bir husustur.¹⁸

Kural olarak, hakların kazanılabilmesi için kişinin herhangi bir davranışına gerek olmayan hallerde, yaşın da bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bazı hallerde kanun koyucu yaş unsuruna büyük bir ağırlık vermiş; bazı haklara sahip olabilmek için kişinin belli bir yaşa gelmesini aramıştır.¹⁹ Yaş şartına bağlı olan hukuki eşitsizlikleri öngören kurallar, kişilerin doğaları gereği kendilerinde mevcut olan eşitsizliği ortadan kaldırmak için öngörülmüştür.²⁰

Fiil ehliyeti ise, bir kimsenin kendi fiil ve hareketleriyle, kendi isteği ile hak kazanması, bu hakları değiştirmesi veya ortadan kaldırması, borç altına girmesi, onları değiştirmesi veya ortadan kaldırması, yani kendi fiilleriyle hak kazanabilmesi ve borç altına girebilmesidir.²¹ Bu bağlamda iyi ile kötüyü birbirinden ayırt etme gücüne sahip (TMK. m.13), ergin (TMK. m.11) ve kısıtlı olmayan her kişinin fiil ehliyeti vardır (TMK. m.10). Hukuki işlem ehliyeti de fiil ehliyetinin kapsamında yer almaktadır ve genel olarak iş sözleşmesi ehliyeti de bu kapsamda değerlendirilir.

¹⁷ Mollamahmutoglu/Astarlı, a.g.e., s.424; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, a.g.e., s.273-274; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, a.g.e., s.70; Öztan, a.g.e., s.39; Zevkliler, a.g.e., s.189.

¹⁸ Mollamahmutoglu/Astarlı, a.g.e., s.424; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, a.g.e., s.273-274; H. Kemal Elbir, İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul 1987, s.65; aksi yöndeki görüş için bkz. Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.2040; Ercan Akyiğit, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s.16vd.; Ercan Akyiğit, Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ile İlgili Yargıtay Kararı Üzerine, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1991, s.10vd.; Öztan, a.g.e., s.44vd.; Zevkliler, a.g.e., s.191-192.

¹⁹ Öztan, a.g.e., s.46; Zevkliler, a.g.e., s.193.

²⁰ Öztan, a.g.e., s.47.

²¹ Zevkliler, a.g.e., s.197; Öztan, a.g.e., s.51.

Fiil ehliyeti ile hak ehliyeti arasındaki sınırı kesin olarak çizmek mümkün değildir. Zira fiil ehliyetinin sınırlanması çoğu zaman hak ehliyetinin sınırlanması sonucunu da yaratır.²² Ancak yine de bu iki kavram birbirlerinden farklıdır ve özellikle belirtmek gerekir ki fiil ehliyetine sahip herkes hak ehliyetine de sahiptir ancak hak ehliyetine sahip herkesin fiil ehliyetine de sahip olduğu söylenemez.²³

2. İş Sözleşmesi Ehliyeti

Genel kurallara göre; iyi ile kötüyü birbirinden ayırt etme gücüne sahip (TMK. m.13), ergin (TMK. m.11) ve kısıtlı olmayan her kişinin fiil ehliyeti vardır (TMK. m.10). Bu durumda kural olarak, tam ehliyetli; yani ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı bulunmayanlar, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi, geçerli bir iş sözleşmesi yapabilirler. Bu bağlamda, yukarıda da belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesi ehliyetinin, genel olarak hukuki işlem ehliyetinden farklı bir yanı bulunmamaktadır.²⁴

Bir sözleşmenin ve doğal olarak iş sözleşmesinin hukuken geçerli olabilmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını ihtiva etmesi gerekir. Ayrıca sözleşmenin tarafları, sözleşme yapabilmeye ehliyetine sahip olmalıdırlar. Burada bahsedilen ehliyet, genel olarak sözleşme yapabilmeye ehliyetidir. İş sözleşmesi yapma ehliyeti de, Medeni Kanun²⁵'de yer alan hak ehliyeti ve fiil ehliyeti ayrımına uygun olarak açıklanabilir.²⁶

Şu halde fiil ehliyetine sahip gerçek kişiler kendi aralarında hukuken geçerli bir iş sözleşmesi yapabilirler.

3. Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyeti

Ayırt etme gücü bulunan küçükler fiil ehliyetleri olmadığından (TMK m.14) kural olarak geçerli bir iş sözleşmesi yapamazlar.²⁷ Bunları

²² Öztan, a.g.e., s.52.

²³ Öztan, a.g.e., s.60-61.

²⁴ Mollamahmutoğlu/ Astarlı, a.g.e., s.424-425; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s.70; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Ekim 2011, İstanbul, s.119.

²⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG 08.12.2001, Sayı: 24607.

²⁶ Çelik, a.g.e., s.119.

²⁷ Ayırt etme gücü bulunmayan küçükler, zaten TMK m13' te aranan iyi ile kötüyü birbirinden ayırt etme şartı gerçekleşmediği için sözleşme ehliyetine ve bu bağ-

temsilen, kanuni temsilcileri iş sözleşmesi yapabilirler (TMK m.343, 448, 462). Bununla birlikte kanuni temsilcilerinin rızası varsa kendileri de iş sözleşmesi yapabilirler ve yaptıkları iş sözleşmesi geçerli olur (TMK m.16/ I, 343, 451).²⁸ Ayırt etme gücü bulunan küçüğün yaptığı iş sözleşmesi, yasal temsilcisinin icazet vereceği ana kadar hukuken bir eksik sözleşme olup icazet ile birlikte tamamlanır ve baştan itibaren hüküm doğurur. Küçük, ana ve babasının rızası ile aile dışında yaşıyorsa (TMK m.339/ IV) veya ana ve babasının veya vesayet makamının izni ile bir meslek veya sanatla uğraşıyorsa (TMK m.359, 453) bunların ayrıca rızasına (izin veya icazetine) gerek kalmaksızın geçerli bir iş sözleşmesi yapabilir.²⁹ Zira Yargıtay, ayırt etme gücü bulunmakla birlikte ergin olmayan küçüğe çalışmasının karşılığı olarak aylık ücretleri ile izin ücretinin ödenemeyeceğine hükmeden alt mahkeme kararını, velisinin izniyle çalışmaya başlaması nedeniyle TMK. md. 359 uyarınca bozmuştur.³⁰

Çocuk ve gençlerin iş sözleşmesi ehliyetine ilişkin özel kurallar, başta İş Kanunu olmak üzere diğer mevzuatta bulunmaktadır. Bu kuralların ortak niteliği, küçüklerin medeni hakları kullanma ehliyetini sınırlamanın ötesinde medeni haklardan yararlanma ehliyetini yani hak ehliyetini sınırlayıcı olmalarıdır.

Hukuk düzeni, olumlu mahiyette, yani kimi sùjeleri koruma amacıyla hak ehliyetine de sınırlamalar getirebilir ve bu bağlamda iş sözleşmesi ehliyeti bakımından getirilen sınırlamalar hak ehliyetine yönelik sınırlamaları ifade etmektedir.³¹

Mevzuatta yer alan küçüklere ilişkin sınırlayıcı kurallar, asgari çalışma yaşının altındaki küçüklerin iş sözleşmesi ehliyetinin hiç bulunmadığı³²; bu yaş ve onun üzerindeki küçüklerin ise sadece yasağa

lamda iş sözleşmesi yapma ehliyetine hiçbir şekilde sahip olamazlar..
²⁸ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, a.g.e., s.70-71; Tufan Ögüz, "Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar", SİCİL, Mart 2008, Sayı 9, s.24.
²⁹ Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, Ocak 2008, İstanbul, s.79-80; Münir Ekonomi, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, s.90-91; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, Cilt I, 3. Bası, İzmir 1998, s.149; Çelik, a.g.e., s.119.
³⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 12.02.2002, Esas No: 2001/17321, Karar No: 2002/2667.
³¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.424-425.
³² Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.429.

konu işlerde iş sözleşmesi yapma hakkından mahrum olduklarıdır. Böylece kanun koyucu, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün doğal sonucu olarak herkesin sahip olduğu iş sözleşmesi yapma hakkından küçükleri yoksun bırakmıştır. Bu durum çocuk ve genç işgücünün gerçek anlamda korunabilmesi için çok istisnai olarak hak ehliyeti sınırlandırılmasıdır.³³

4. Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetinin Sınırlandırılması

A. Genel Olarak

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 32. maddesinde genel anlamda hükümler ihdas edilerek; *"1. Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler. 2. Taraf Devletler, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde 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; c) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler."* denilmiş ve çocukların korunması temin edilmeye çalışılmıştır.

Avrupa Birliği'nin adı geçen yönergesinde çocukların çalışma ortamlarının iyileştirilmesi, çalışma ve işe kabulde asgari standartlara uyulması ve küçüklerin sömürüye karşı, fiziksel-ahlaki-sosyal ve sağlık gelişimlerini olumsuz etkileyecek çalışmalardan korunması benimsenmiştir. İstisnai durumlarda gençlerin ev işleri ve aile işletmelerinin zararlı ve tehlikeli olmayacak işlerinde çalışmalarının kapsam dışı bırakılabileceği kabul edilmiş, çocukların ise asgari 14 yaşında olup iş deneyimi kazanmaya yönelik bir programda veya kültürel faaliyetlerde kapsam dışı tutulabilecekleri öngörülmüştür. Kültürel, artistik, sportif ve reklam faaliyetlerini içeren işlerde bazı şartlar altında çocukların çalışma yasağı kapsamı dışında tutulabilecekleri ayrıca öngörülmüştür.

³³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.429.

Türk hukukunda, başta Anayasa olmak üzere, çocuk ve gençlerin asgari çalışma yaşı, işin niteliği ve buna göre çalıştırılma şartları, çalışma süreleri, öğrenim imkânlarının oluşturulması ile sağlık ve güvenlikleriyle ilgili detaylı düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasanın “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlığını taşıyan 50. maddesine göre; “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz (f.I). Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar (f.II). ...”. Söz konusu hüküm ile herkesin yaşına uygun işlerde çalıştırılması ve küçüklerin çalışma şartları bakımından özel olarak korunması öngörülmüştür.

Çocuk ve genç işçilere yönelik olarak getirilmiş olan kısıtlayıcı hükümlerin en temel amacı onların fiziki, psikolojik ve sosyo-kültürel durumlarının bu işlere uymaması; çalıştırılmaları durumunda ise telafisi veya tedavisi mümkün olmayacak zararların doğabilmesi ihtimalidir.

Bu gerekçelerle gerek 4857 sayılı İş Kanununda gerek ona istinaden çıkarılan “Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği”³⁴ ile “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te çocuk ve gençlerin korunmasıyla ilgili olarak detaylı düzenlemeler yer almaktadır ve özellikle iş sağlığı ve güvenliği açısından korunmaları hususuna ağırlık verilmektedir.³⁵

İş Kanunu m. 71/Y’e göre; “On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.”. Görüldüğü üzere madde hükmünde çalışma yaşına ilişkin genel kural belirtilmiş ve sonrasında kuralın istisnası düzenlenmiştir.³⁶ Buna göre, İş Kanunu açısından en az çalışma/çalıştırma yaşı kural olarak 15 yaştır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde, m. 71’de belirtilen sürelerle çalıştırılmaları mümkündür.³⁷

³⁴ RG 16.06.2004, Sayı: 25494.

³⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.425vd.

³⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.425-426; Akyiğit, Şerh, s.2033.

³⁷ Çelik, a.g.e. s.119-120; Kadriye Bakırcı, Uluslararası Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2004, Beta Yayınları, s.235, 243vd.; Gaye Burcu Seratlı, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun

İş Kanunu m. 71 hükmüne dayanılarak çıkarılmış bulunan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin³⁸ “İş Sözleşmesi ve Belge Yükümlülüğü” başlıklı 12. maddesinin (c) bendine göre ise; “İşveren;, Çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisi ile yazılı iş sözleşmesi yapmak zorundadır.”. İşveren, genel hükümlere göre belirli şartlar altında mümkün görülse de, iş mevzuatı bakımından doğrudan çocuğun veya genç işçinin taraf olduğu bir iş sözleşmesi yapamaz. Söz konusu sözleşmenin yazılı olarak yapılması bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir ve bu hükme aykırı olarak yapılan iş sözleşmeleri batıldır.³⁹

İş Kanunu m. 71/I ile getirilen genel asgari çalışma yaşı yanında kanun koyucunun kimi işler için belirli bir yaşın doldurulmuş olması koşulunu aradığı da görülmektedir.⁴⁰ Örneğin; m. 72’ye göre; maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya sualtında çalışılacak işlerde 18 yaşını doldurmamış erkeklerin (ve her yaştaki kadınların) çalıştırılması yasaktır; m. 85’e göre; 16 yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar; m. 85/II’ ye göre; 16 yaşını doldurmakla birlikte 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabileceği ağır ve tehlikeli işler hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilecektir.

İş Kanunu m. 73/I’de ise; “Sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmuş çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır.” hükmü ile iş düzeninin ve bu bağlamda çocuk ve genç işgücünün korunması amaçlanmıştır.

İş Kanunu’nda çocuk ve gençlerin çalışacakları işyerinin işvereniyle ilgili bazı kriter ve sınırlamalar getirilmiş ve 18 yaşından küçüklerin çalıştırılabilmesi için 87. maddesinde rapor alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu maddeye göre 14 – 18 yaş arası çocuk ve gençlerin uygun sağlık kuruluşlarından işin nitelik ve şartlarına uygunlukları yönünde rapor alınması ve her altı ayda bir bu raporun yenilenmesi öngörülmüştür. Genel bir sınırlama ya da koruma olarak “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” m. 5’ de “Çocuğun

Kalma Tazminatı, Ankara 2003, s.1160vd.; Mustafa Kılıçoğlu, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s.516vd.; Ögüz, a.g.m., s.23-26.

³⁸ RG 06.04.2004, Sayı:25425.

³⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.426.

⁴⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.428-429; Akyiğit, Şerh, s.2037-2039.

ve genç işçinin ise yerleştirilmesinde ve çalışması süresince güvenliği, sağlığı, bedensel, zihinsel, ahlaki ve psikososyal gelişimi, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuk ve genç işçiler, okula devam edenlerin okula devamları ile okuldaki başarılarına engel olmayacak, meslek seçimi için yapılacak hazırlıklara ya da yetkili makamlar tarafından yeterliliği kabul edilen mesleki eğitime katılmasına engel olmayacak işlerde çalıştırılabilirler. İşverenler çocuk ve genç işçilerin tecrübe eksikliği, mevcut veya muhtemel riskler konularında bilgisizlik veya tamamen gelişmiş olmamalarına bağlı olarak gelişmelerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokabilecek herhangi bir riske karşı korumalarını temin edeceklerdir.” denilmektedir.

B. Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler

Kanun koyucu, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün doğal sonucu olan, iş sözleşmesi yapma hakkından küçükleri yoksun bırakmış ve böylece onların hak ehliyetlerini sınırlandırmıştır.⁴¹

a. Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı

İş Kanununun m. 72' ye göre; *“Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.”* Kanun koyucu iş sağlığı ve güvenliği açısından risk taşıyan işlerde çocuk ve gençlerin çalıştırılmasını yasaklamıştır.

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 1' de ise; *“Bu Yönetmeliğin amacı, çocuk ve genç işçilerin sağlık ve güvenliklerini, fiziksel, zihinsel, ahlaki ve sosyal gelişmelerini veya öğrenimlerini tehlikeye atmadan çalışma şekillerinin esaslarını belirlemek ve ekonomik istismarlarını önlemektir.”* şeklinde amaç açıklanmış; sonra 5. maddenin son fıkrasında eklere atıfta bulunularak *“Çocuk işçilerin çalışmasına izin verilen hafif işler, genç işçilerin çalışmasına izin verilen işler ve 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler belirtilmiştir.”* denilmektedir. Bu eklere göz attığımızda da *“Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işler”* de çocuk ve gençlerin çalıştırılmayacakla-

⁴¹ Mollamahmutoglu/Astarlı, a.g.e., s.429;

rını görmekteyiz. Burada dikkat edilmesi gereken husus, İş Kanunu ve buna istinaden hazırlanan yönetmelikte yer altı ve sualtındaki işler için sınırlama getirilmiş olup, gerek bu yönetmelik ve gerekse Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde yasaklanmış işler haricindeki yerüstü işlerinde 15 yaşını doldurmuş gençler çalıştırılabilecektir.⁴²

b. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı

İş Kanunu kapsamındaki çocuk ve genç işçiler için ağır ve tehlikeli işlerde çalışma yaş sınırı kural olarak 18, belirli hallerde 16 iken (4857 sayılı İş Kanunu m. 85), Borçlar Kanununa tabi olanlar için Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 179 uyarınca, 16 yaşından itibaren hiçbir koşul aranmaksızın her türlü ağır ve tehlikeli işte çalıştırılabilirler.⁴³

İş Kanunu'nun "Ağır ve Tehlikeli İşler" başlıklı 85. maddesine göre; "Onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ile çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz."

Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir."

5763 sayılı Kanun⁴⁴ ile 85. maddenin birinci fıkrasında yer alan "çocuklar" ibaresinden sonra gelmek üzere "... ile çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler..." ibaresi eklenmiştir.

⁴² Umumi Hıfzısıhha Kanunu m.173/I' e göre; "On iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı memnurdur.(f.I) On iki yaş ile on altı arasında bulunan kız ve erkek çocuklar günde azami sekiz saatten fazla çalıştırılmaz (f.II)". Yasakla güdülen amaç dikkate alındığında sanayi ve maden işleri dışında kalan işlerde de on iki yaşından küçüklerin çalıştırılmaması gerekir (Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.425). Buna karşılık Umumi Hıfzısıhha Kanunu m.173/I' in bu hükmü, 1983'de yapılan değişiklikle 1475 sayılı İş Kanunu md.67'nin asgari çalışma yaşını belirleyen bir düzenleme haline gelmesiyle birlikte, maden işlerinde asgari çalışma yaşını düzenleyici etkisini kaybetmiştir (Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.425; Tankut Centel, "Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye", Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s.188). Bu husus, 4857 sayılı İş Kanunu m.71 bakımından da sözkonusudur (Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.425; Tankut Centel, "Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye", Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s.188).

⁴³ Bakırcı, Ayrımcılık, s.108; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, a.g.e., s.73; Savaş Taşkent, Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler, İstanbul 2005, s.215.

⁴⁴ RG 26.05.2008, Sayı: 26887 (yürürlük tarihi 01.01.2009).

İş Kanununun 86. maddesinde ise; "Ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin işe girişinde veya işin devamı süresince en az yılda bir, bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı oldukları işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimleri tarafından verilmiş muayene raporları olmadıkça, bu gibilerin işe alınmaları veya işte çalıştırılmaları yasaktır. Sosyal Sigortalar Kurumu işe ilk giriş muayenesini yapmaktan kaçınmaz.

İşyeri hekimi tarafından verilen rapora itiraz halinde, işçi en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu hastanesi sağlık kurulunca muayeneye tabi tutulur, verilen rapor kesindir.

Yetkili memurlar isteyince, bu raporları işveren kendilerine göstermek zorundadır.

Bu raporlar damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır." yönündeki düzenleme getirilmiştir.

İş Kanunu'na istinaden çıkarılan ve İş Kanunu kapsamındaki işyerleri için uygulama alanı bulan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin 4. maddesinde, Kanunun 16 yaşını doldurma sınırı tekrarlanmış ve " ... 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırmayacağı" işler belirtilerek; Arama ve Sondaj İşleri, Metalurji Sanayii ile İlgili İşler, Taş ve Toprak Sanayii ile İlgili İşler, Metal ve Metalden Mamul Eşya Sanayii ile İlgili İşler, Ağaç ve Bunlardan Mamul Eşya Sanayii ile İlgili İşler, Yapı İşleri, Kimya Sanayi ile İlgili İşler, İplik, Dokuma Ve Giyim Sanayi ile İlgili İşler, Kağıt ve Selüloz Sanayii ile İlgili İşler, Gıda ve İçki Sanayii ile İlgili İşler, Enerji Üretimi, Nakli ve Dağıtım ile İlgili İşler, Nakliye Benzeri İşler, Tarım ve Hayvancılık İşleri, Ardiye ve Antrepoculuk, Çeşitli İşler başlıkları altındaki alt dallarda kodlamalar da yapılarak çocuk ve gençlerin çalıştırılmayacakları ağır ve tehlikeli işler sayılmıştır. Bu yönetmeliğin 4. maddesinde belirtilen sınırlamalardan sonra ağır ve tehlikeli işlerle ilgili istisnalara da yer verilerek; "Ancak; İhtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu konudaki işi meslek edinmiş 16 yaşını doldurmuş genç işçiler ise, sağlığı, güvenliği ve ahlâkının tam olarak güvenceye alınması şartıyla ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilir. İlgili Bakanlıklarca yeterliliği kabul edilen kursları bitirip, o işi meslek edinmiş olan kadınlar ile 16 yaşını doldurmuş genç işçiler belirtilen

işlerde çalıştırılabilecekleri” öngörülmüştür. İlgili Yönetmelik 16 yaşını doldurmuş gençlerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilmelerini, ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirmiş olup olmamalarına bağlı olarak ikili bir düzenlemeye tabi tutmuştur⁴⁵.

Aynı yönetmeliğin 5. maddesinde ise Kanun’a paralel olarak “Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler (kadınlar dâhil) ile 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunlu” kılınmıştır.

Öte yandan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te de bir anlamda bazı tekrarlar yapılmış olup, 4. maddesinde tanımlar başlığı altında “Hafif iş: Yapısı ve niteliği itibarıyla ve yerine getirilmesi sırasındaki özel koşullara göre;

a) Çocukların gelişmelerine veya sağlık ve güvenliklerine zararlı etki ihtimali olmayan,

b) Okula devamını, mesleki eğitimini veya yetkili merciler tarafından onaylanmış eğitim programına katılımını ve bu tür faaliyetlerden yararlanmasını engellemeyen işleri” ifade edeceği vurgulanarak, çocuk işçilerin ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler sayılmıştır.

III. ÇOCUK VE GENÇLERİN İŞ SÖZLEŞMESİ EHLİYETİNE YÖNELİK SINIRLAMALARA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Çocuk ve gençlerin çalışma yaşamında korunmalarına yönelik olmak üzere uluslararası sözleşmeler de dâhil olmak üzere birçok yasal düzenlemede yaptırım hükümleri bulunmaktadır. İşverenlerin özellikle iyiniyet kuralları, kişilik hakları ve iş sözleşmesinden doğan koruma ve gözetme borcu bağlamında genel kurallar çerçevesinde, çalıştırdıkları tüm işçilerine karşı yerine getirmeleri gereken yükümlülükler mevcut olduğu gibi, özel olarak çocuk ve gençlerle gerek iş sözleşmesinin yapılması aşamasında gerekse sözleşme yapıldıktan sonra bazı yükümlülükleri de mevcuttur.

⁴⁵ Bakırcı, Ayrımcılık, s.109.

1. Hukuki Yaptırımlar

Bir sözleşmenin, tarafların istediği hukuki hüküm ve sonuçları meydana getirmediği bütün hallere, bir üst kavram olarak, geçersizlik (hükümsüzlük) adı verilir.⁴⁶ Geçersizlik (hükümsüzlük) müeyyidesi, geçersizlik sebeplerinin ağırlığına göre; çeşitli türlere ayrılır. Başlıca geçersizlik türleri; eksiklik, butlan ve iptaldir.⁴⁷

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 20/I' e göre (6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 27)⁴⁸; içeriği imkansız ya da hukuka veya ahlaka aykırı olan sözleşme batıldır. Aynı şekilde fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimşenin yaptığı sözleşmenin yaptırımı da butlandır.⁴⁹ Butlan, geçerliliği için gerekli koşulları taşımayan hukuki bir işlemi, geçmişe etkili bir şekilde hükümsüz kılan yaptırımdır.⁵⁰ Butlan, iş sözleşmesinin kamu düzenini veya genel çıkarı ya da genel ahlaki korumaya yönelik bir kanun hükmünün emrettiği hususa aykırılık nedeniyle sözkonusu olur.⁵¹ Batıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuç da doğuramaz. Bu nedenle butlan zamanla ortadan kalkmaz, tarafların icazet veya teyidi ile veya edimlerin ifası ile sıhhat kazanmaz. Butlan sebebi ileride ortadan kalksa bile sonuç değişmez.⁵²

Butlan yaptırımı Borçlar Kanununda, kamu yararı gerekçesiyle düzenlenmiştir. Bu nedenle hâkim re'sen dikkate almak zorundadır. Ayrıca geçersizlik sadece taraflar arasında değil, menfaati olan herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilir.⁵³

⁴⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ocak 2008, İstanbul, s.299; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s.126; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Harzırlanmış, Genişletilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Temmuz 2011, Ankara, s.84-85.

⁴⁷ Eren, a.g.e., s.299; Kılıçoğlu, a.g.e., s.84-85.

⁴⁸ "B.K. md.27. maddesi eski 20. maddedeki yaptırım için "butlan" yerine "kesin hükümsüzlük" kavramını kullanmıştır." (Kılıçoğlu, a.g.e., s.85).

⁴⁹ Eren, a.g.e., s.300.

⁵⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.492.; Akyiğit, Hükümsüzlük, s.5; Çelik, a.g.e., s.128.

⁵¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.492; Bakırcı, 2004, s.422.

⁵² Eren, a.g.e., s.301; Sarper Süzek, İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, 5. Bası (Tıpkı Bası), İstanbul 2009, s.287.

⁵³ Eren, a.g.e., s.301; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.127; Kılıçoğlu, a.g.e., s.21; Bakırcı, 2004, s.422; Çelik, a.g.e., s.128; Kılıçoğlu, a.g.e., s.87.

Butlanla malul bir sözleşmeden edim yükümlülüğü doğmayacağı için, karşı taraf edimi talep ederse borçlu ona karşı geçersizliği ileri sürebilir.⁵⁴ Geçersizliği ileri sürmek, hukuksal niteliği itibariyle bir itirazdır.⁵⁵ Geçersiz bir sözleşmeye dayanarak edimini ifa eden borçlu, bu edim geçerli bir hukuksal nedene dayanmadığı için ya istihkak davasıyla veya sebepsiz zenginleşme davasıyla geri isteyebilir.⁵⁶ Ancak tam geçersizliğe ilişkin bu genel ilkelerin, sürekli bir sözleşme olan iş sözleşmesi için uygulanması sözkonusu değildir.⁵⁷

Butlan; kısmi butlan ve tam butlan olarak ikiye ayrılır. Kısmi butlan Borçlar Kanunu m. 20/II' de düzenlenmiştir. Sözleşmenin bir kısım hükümlerinin batıl olması, sözleşmenin tümünden geçersiz olmasını gerektirmez. Ancak batıl olan hükümler olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacağı kesinlikle kabul edilebileceği hallerde sözleşme tümüyle batıl olur (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 20/II) (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27).⁵⁸

İş sözleşmesinde de, sözleşmenin bazı hükümleri batıl ise, batıl sayılacak hükmün doğuracağı boşluk, geçersiz olan hükmün aykırılık oluşturduğu çocuklar ile gençlere ilişkin ilgili kanun hükmüyle doldurulacaktır yani söz konusu kanun hükmü, geçersiz olan hükmün yerine geçecektir. Çocuklar ve gençler ile ilgili böyle bir hüküm yoksa o zaman bu boşluk, sırasıyla toplu iş sözleşmesine, genel hükümlere veya işverenin işçiyi gözetme/koruma borcuna uygun bir davranışı ile doldurulacaktır.⁵⁹

⁵⁴ Eren, a.g.e., s.301; Bakırcı, 2004, s.422-423; M.Kemal Oğuzman, Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, 4. Bası, İstanbul 1987, s.46.

⁵⁵ Eren, a.g.e., s.302; Bakırcı, 2004, s.422-423; Oğuzman, a.g.e., s.46.

⁵⁶ Bakırcı, 2004, s.422-423; Oğuzman, a.g.e., s.46; Eren, a.g.e., s.302.

⁵⁷ Oğuzman, a.g.e., s.46; Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.137; Bakırcı, 2004, s.423.

⁵⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.492; Bakırcı, 2004, s.422, 426-427; Eren, a.g.e., s.303; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.130; Çelik, a.g.e., s.130-131; Süzek, İş Hukuku, s.289; Kılıçoğlu, a.g.e., s.86.

⁵⁹ Bakırcı, a.g.e., s.426-427; Centel, Çocuklar ile Gençler, s.198; Münir Ekonomi, İHU, İşK. m.14, No.24; Serkan Odaman, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s.272; İbrahim Aydın, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.135; Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s.185-186; Oğuzman, a.g.e., s.109vd.; Tunçomağ/Centel, a.g.e., s.89; Süzek, İş Hukuku, s.289.

İş sözleşmesi de, kuruluşunda geçerlilik koşullarından birini taşıyamıyorsa genel hükümlere göre yaptırımı butlandır.⁶⁰ İş sözleşmesinin sebebinin veya konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olması (818 sayılı Borçlar Kanunu m.19-20), şekle aykırılık, ehliyetsizlik ve muvazaa butlan nedenleridir.⁶¹

Çocuk ve genç işçilerle yapılan iş sözleşmeleri sayılan nedenlerden biriyle geçersiz sayıldığında iş sözleşmesinin yerine getirilip getirilmemiş olmasına göre ayırım yapılması yerinde olacaktır.⁶² Zira bir özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle iş sözleşmesi de, butlanı düzenleyen genel kurala tabidir (818 sayılı Borçlar Kanunu m.20). Fakat butlanın kurulduğu andan itibaren sözleşmenin geçersizliğine yol açması, iş sözleşmesinin ifa edilmiş veya ifa edilmekte olması halinde işçinin ifa ettiği işin karşılığını hangi hukuki nedene dayanarak ve hangi ölçüde talep edebileceği meselesinin çözüme kavuşturulmasını gerektirmektedir. İş sözleşmesinde butlanın geçmişe etkili değil de taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren, geleceğe yönelik etkili olması genellikle kabul gören bir çözümdür.⁶³ Kanımızca iş sözleşmesinin ifasına geçilmişse bu yönde bir çözüm kabul edilebilir.⁶⁴ Butlanın ileriye yönelik uygulanmasının anlamı iş sözleşmesinin butlana kadar

⁶⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.492; Çelik, a.g.e., s.128; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Bası, İstanbul 2005, s.117-118; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.136vd.; Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, Birinci Cilt, Ankara 1990, s.174vd., 206vd., 220vd., 233vd.

⁶¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.492; Akyiğit, a.g.e., s.11vd.; Çelik, a.g.e., s.130-131; Eren, a.g.e., s.267; Süzek, İş Hukuku, s.269.

⁶² Bakırcı, 2004, s.423.

⁶³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.493-494; Tunçomağ/Centel, a.g.e., s.88-89; Narmanlıoğlu, a.g.e., 191; Akyiğit, Hükümsüzlük, s.38; Bakırcı, 2004, s.423; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 4. Bası, Ankara 1978, s.62vd.; A. Murat Demircioğlu/Tankut Centel, İş Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s.98; E.Tuncay Senyenkapan, Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999, s.162-163; Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Baskı, İzmir 2009, s.98-99; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s.96-97; Süleyman Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007, s.59-60; Süzek, İş Hukuku, s.287; " ...Genel asgari çalışma yaşı dışındaki özel asgari yaşlara veya gece çalıştırma, ağır-tehlikeli işlerde, yer ve su altında çalıştırma yasaklarına aykırı sözleşmelerdeyse, ifaya geçilse bile kanımca akdi sadece bu işler için geçersiz sayıp (varsa) yasak olmayan başka işler için ayakta tutmakta yarar vardır...." (Akyiğit, Şerh,s.2039; Akyiğit, Hükümsüzlük, s.22vd.).

⁶⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.493-494; Akyiğit, Hükümsüzlük, s.38-39.

geçerli olduğu anlamına gelmez, butlanın tesiri bakımından böyle bir sonuç doğurur. İş sözleşmesi, sonradan verilecek olan icazet ile de geçerli hale getirilemez.

Çocuk ve genç işçiyle geçersiz bir iş sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen, çocuk ve genç işçi işyerinde henüz çalışmaya başlamamışsa, iş sözleşmesi baştan itibaren geçersiz sayılacak ve iş sözleşmesi hükümlerini doğurmayacaktır.⁶⁵

Bu çözümü butlan teorisine aykırı gören görüşler, sorunun iş ilişkisi kavramı ile çözülebileceğini belirtmişlerdir.⁶⁶ Buna göre; çocuklar ile gençlerin çalıştırılma şartlarına aykırılık oluşturan iş sözleşmesi yerine getirilmiş, yani çocuk veya genç işçi işverenin işinde çalışmaya başlamışsa; bu durumda, iş sözleşmesinin geçersiz olmasına rağmen, geçerli bir iş ilişkisi doğacaktır. Çünkü belirtilen durumda iş ilişkisi; çocuklar ile gençlerin çalıştırılma şartlarına aykırı ve dolayısıyla da geçersiz sayılan iş sözleşmesinin yerine, çocuğun veya genç işçinin, işverenin işyerine veya yaşam alanına katılmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu durumda; çocuk veya genç, hukuka aykırı biçimde çalıştırılmış olmasına rağmen, işçi sayılacak ve işçilere tanınan haklardan yararlanacaktır.

Yargıtay bu durumlarda sözleşmenin hükümsüz sayılması kuralının uygulanmasının, kanundaki güçsüz olan işçinin korunması amacına aykırı düştüğünü ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 255 sayılı tefsir kararındaki, batıl olan iş sözleşmesinin taraflardan biri bunu ileri sürünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işçi yararına hukuki sonuçlar doğuracağı görüşünün yerinde olduğunu kabul etmiştir.⁶⁷

Yargıtaya göre; durumlarda hükümsüzlük sadece geleceğe yönelik olarak etki doğuracak, geçmişe etkili olmayacaktır. Bu karar, iş ilişkisi - iş sözleşmesi ayırımına ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan, iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karşın iş ilişkisinden o ana kadar doğan hakların göz önünde tutulması gerektiği esasına uygundur.⁶⁸

⁶⁵ Bakırcı, 2004, s.423; Akyiğit, Şerh, s.2039; Tunçomağ/Centel, a.g.e., s.89.

⁶⁶ Tunçomağ/Centel, a.g.e., s.494; Tankut Centel, İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1994, s.121.

⁶⁷ Çelik, a.g.e., s.130-131.

⁶⁸ Çelik, a.g.e., s.130-131.

Ancak Yargıtay konuya ilişkin 1991 tarihli kararında⁶⁹; İş Kanununun 67. maddesindeki (4857 sayılı İş Kanunu m.71) kural uyarınca, 15 yaşından ve bazı koşullarla hafif işlerde 13 (4857 sayılı İş Kanununa göre 14) yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulamaz. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersiz ve görülen hizmetin İş Kanunu kapsamı dışında kalması kaçınılmaz olup olayda davanın 1975 yılından 13 yaşını doldurduğu 1979 yılına kadarki çalışmasının kıdem tazminatı hesabından göz önünde tutulması mümkün değildir şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Kanaatimizce iş sözleşmesinde butlanın geleceğe yönelik hüküm doğurması, küçüklerin çalıştırılması yasaklarına aykırılık, şekle aykırılık gibi kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal etmeyen hallerle sınırlıdır. Bu hallerde iş sözleşmesinin baştan hükümsüz sayılması, yasaklarla güdülen amaca aykırı düşer; sözleşme batıl olmakla birlikte, ona dayanarak çalışmış olan kişi daha da korumasız bırakılmış olur.⁷⁰ Yargıtay 1958 yılında vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında⁷¹ yaş küçüklüğü veya kadın olması nedeniyle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan bir işçinin yasağa karşı çalıştırılması halinde işçi sayılacağı ve işçi sigortaları kanunlarının tanıdığı haklardan yararlanacağını kabul etmiştir.

Diğer yandan bazı iş sözleşmeleri yerine getirilmeye başlanmış olsa bile, iş sözleşmesinin geçersiz sayılmasını gerektiren nedenler o kadar güçlüdür ki, burada iş sözleşmesinin geçerli bir iş sözleşmesi olarak kabulü ve bundan sözleşme hakları çıkarılması yürürlükteki temel düzen ile bağdaşmaz. Örneğin; konusu fuhuş, kaçakçılık veya adam öldürme olan bir iş sözleşmesi yapılması durumunda böyledir. İş sözleşmesinin konusunun, ceza kanunları ile suç olarak düzenlenmiş bir fiil oluşturması durumunda kamu düzenine aykırılık bulundu-

⁶⁹ Yargıtay HGK, Tarih: 03.04.1991, Esas No: 1991/9-107, Karar No: 1991/168; aksi yöndeki karar için bkz. Yargıtay 9. HD, Tarih: 28.06.2006, Esas No: 2005/39175, Karar No: 2006/1903.

⁷⁰ Mollamahmutoglu/Astarlı, a.g.e., s.495

⁷¹ Yargıtay İBK, Tarih: 18.06.1958, 20/9, RG. 30.09.1958, S.10020; aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 28.06.2006, Esas No: 2006/39175, Karar No:2006/19031; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 20.06.2001, Esas No: 2001/8243, Karar No:2001/10688; aksi yöndeki karar için bkz.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03.04.1991, Esas No: 1991/9-107, Karar No: 1991/168; kararın incelemesi için bkz. Akyiğit, Karar İncelemesi, s.10vd.

ğu tartışmasıdır. Sözleşmenin konusunda veya amacındaki kanuna, ahlaka aykırılığın ağır olduğu; yani kamu düzeni bakımından kesinlikle kabul edilemez bir aykırılığın sözkonusu olduğu hallerde butlan baştan itibaren iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracaktır.⁷² Bu durumlarda iş sözleşmesi yerine getirilmeye başlanmış olsa bile baştan itibaren geçersiz sayılır.⁷³

Butlana yol açan neden sonradan ortadan kalkmışsa, örneğin; yasağa rağmen çalıştırılan küçük bilahare erginlik yaşını doldurmuşsa veya iş için gereken yaşa ulaşmışsa artık butlandan bahsedemeyiz.⁷⁴

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, butlanın iş sözleşmesine etkisi konusunda yeni bir hükme yer vermektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 394. maddesinin son fıkrasına göre; *"Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur."* Kanun koyucu iş sözleşmesinde butlanın geçmişe etkili değil de taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren geleceğe yönelik etkili olması yönünde genel kabul gören görüşe uygun olarak ve İsviçre Borçlar Kanununun bu yöndeki 320. maddesini göz önünde bulundurarak yerinde bir düzenleme yapmıştır. Ancak Türk Borçlar Kanunu m. 394' ün gerekçesi çelişkili bir ifade içermektedir. Buna göre; *"... Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkırada da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır. Maddenin düzenlemesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320'nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan "iyiniyetle işgörme" koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir."*

⁷² Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.495; Tunçomağ/Centel, a.g.e., s.89-90; Akyiğit, Hükümsüzlük, s.39; Bakırcı, 2004, s.424; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.191-192; Süzek, İş Hukuku, s.288.

⁷³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.495; Bakırcı, 2004, s.423-424; Tunçomağ/Centel, a.g.e., s.89-90; Süzek, İş Hukuku, s.288; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.191-192.

⁷⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.496; Bakırcı, 2004, s.424; Akyiğit, Şerh, s.2039.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III' de açıkça "*işçinin işi iyiniyetle ifası*" hükmün uygulanması bakımından bir koşul olarak görülürken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 394/III'te bu ifadeye yer verilmemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III'te zikredilen iyiniyet, yalnızca işin görülmesindeki iyi niyettir; yoksa geçerli iş ilişkisinin mevcudiyeti için aranan iyiniyet değildir. Türk Borçlar Kanunu m.394' ün çelişkili gerekçesi dikkate alınmayıp, hükmün kaynak hükümde olduğu gibi yorumlanması gerekir. Bu durumda sözleşmenin geçersizliğini bilmekle birlikte iyiniyetle işini ifa eden işçi, geçersizlik ileri sürülünceye kadar iş sözleşmesi geçerliymişçesine iş ilişkisinden doğan işçilik haklarından yararlanmaya devam eder.⁷⁵

2. Cezai Yapıtlımlar

İdari para cezası, idare tarafından ve adli bir organın aracılığı olmadan verilen para cezası olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan da görüleceği gibi idari para cezalarını, adli para cezalarından ayıran en önemli unsur, bu cezaların yargı organı tarafından değil de, idare tarafından verilmiş olmasıdır.

Türk hukuk mevzuatında çocuk ve genç işçilere yönelik düzenlemelere aykırılık halinde uygulanacak cezai yapıtlımlar; gerek genel asgari çalışma yaşı ve gerekse özel asgari çalışma yaşı ile belli işlere yönelik çalıştırma yasağına aykırı olarak iş sözleşmesi yapılması gibi durumlarında sözkonusu olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "*İşin düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırılık*" kenar başlıklı 104. maddesinde; genel olarak asgari çalışma yaşı ve özel asgari çalışma yaşı ile belli işlere yönelik çalıştırma yasaklarına aykırı olarak iş sözleşmesi yapılması durumunda İş Kanunu bu aykırılıkta bulunan işveren (veya vekiline) idari para cezası uygulanabileceğini öngörmektedir.

İdari para cezalarının uygulanma esasları ise; 4857 sayılı İş Kanunu'nun "*İdari para cezalarının uygulanmasına ilişkin hususlar*" kenar başlıklı 108. maddesinde (Değişik: 5378-07.07.2005) düzenlenmiş-

⁷⁵ Mollamahmutoglu/Astarlı, a.g.e., s.496-497.

tir. Bu kanunda öngörülen idari nitelikteki para cezaları, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürünce verilir ve verilen idari para cezalarına dair kararlar ilgililere 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27. maddesi uyarınca, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesinde itiraz edilebilecektir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir.

Ayrıca İş Kanunu m. 79 uyarınca iş müfettişleri, bir işyerinde asgari çalışma yaşının altında olan çocukların çalıştığı veya çocuk veya gencin sağlık durumunun o işyerinde çalışmasına engel oluşturduğunu saptarsa bu işçileri çalışmaktan da alıkoyabilir.⁷⁶

SONUÇ

Türk Hukukunda kişiler hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere iki önemli ehliyete sahiptirler. Hak ehliyeti, kişinin haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarını ifade ederken; fiil ehliyeti kişinin sahip olduğu hakları bizzat kullanabilme iktidarını ifade eder.

Fiil ehliyetine sahip gerçek kişiler kendi aralarında hukuken geçerli bir iş sözleşmesi yapabilirler. Ayırt etme gücü bulunan küçükler fiil ehliyetleri olmadığından kural olarak geçerli bir iş sözleşmesi yapamazlar. Bunları temsilen kanuni temsilcileri iş sözleşmesi yapabilirler. Bununla birlikte kanuni temsilcilerinin rızası varsa kendileri de iş sözleşmesi yapabilirler ve yaptıkları iş sözleşmesi geçerli olur.

Çocuk ve gençlerin iş sözleşmesi ehliyetine ilişkin özel kurallar, başta İş Kanunu olmak üzere diğer mevzuatta bulunmaktadır. Bu kuralların ortak niteliği, küçüklerin medeni hakları kullanma ehliyetini sınırlamanın ötesinde medeni haklardan yararlanma ehliyetini yani hak ehliyetini sınırlayıcı olmalarıdır. Mevzuatta yer alan küçüklerle ilişkin sınırlayıcı kurallar, asgari çalışma yaşının altındaki küçüklerin iş sözleşmesi ehliyetinin hiç bulunmadığı; bu yaş ve onun üzerindeki

⁷⁶ Bakırcı, 2004, s.449.

küçüklerin ise sadece yasağa konu işlerde iş sözleşmesi yapma hakkından mahrum olduklarıdır. Bu durum çocuk ve genç işgücünün gerçek anlamda korunabilmesi için çok istisnai olarak hak ehliyetinin sınırlandırılmasıdır.

Çocuk ve genç işçi ile yapılan iş sözleşmesinde, sözleşmenin bazı hükümleri batıl ise, batıl sayılacak hükmün doğuracağı boşluk, geçersiz olan hükmün aykırılık oluşturduğu çocuklar ile gençlere ilişkin ilgili kanun hükmüyle doldurulacaktır yani söz konusu kanun hükmü, geçersiz olan hükmün yerine geçecektir. Çocuklar ve gençler ile ilgili böyle bir hüküm yoksa o zaman bu boşluk, sırasıyla toplu iş sözleşmesine, genel hükümlere veya işverenin işçiyi gözetme borcuna uygun bir davranışı ile doldurulacaktır.

Çocuk ve genç işçilerle yapılan iş sözleşmeleri geçersiz sayıldığında iş sözleşmesinin yerine getirilip getirilmemiş olmasına göre ayırım yapılması yerinde olacaktır. Kanımızca iş sözleşmesinin ifasına geçilmişse, butlanın geçmişe etkili değil de taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren geleceğe yönelik etkili olması kabul edilmelidir. Butlanın ileriye yönelik uygulanmasının anlamı iş sözleşmesinin butlana kadar geçerli olduğu anlamına gelmez, butlanın tesiri bakımından böyle bir sonuç doğurur ve iş sözleşmesi sonradan verilecek olan icazet ile geçerli hale getirilemez. Geçersiz bir iş sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen, işyerinde henüz çalışılmaya başlanmamışsa, iş sözleşmesi baştan itibaren geçersiz sayılacak ve iş sözleşmesi hükümlerini doğurmayacaktır.

Sözleşmenin konusunda veya amacındaki kanuna, ahlaka aykırılığın ağır olduğu; yani kamu düzeni bakımından kesinlikle kabul edilemez bir aykırılığın sözkonusu olduğu hallerde sözleşmenin ifasına geçilmiş olsa bile butlan baştan itibaren iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracaktır.

Genel olarak asgari çalışma yaşı ve özel asgari çalışma yaşı ile belli işlere yönelik çalıştırma yasaklarına aykırı olarak iş sözleşmesi yapılması durumunda İş Kanunu bu aykırılıkta bulunan işveren (veya vekiline) idari para cezası uygulanabileceğini öngörmektedir.

KAYNAKLAR

- Akın, Levent, "Working Condition of The Child Worker in Turkish Labour Law, Employee Responsibilities and Rights", Journal, Springer USA-Netherlands, 2009, Volume 21, number 1, s.53-67.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş 7. Baskı, Birinci Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř., İstanbul 2009.
- Aktay, A. Nizamettin/ Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E.Tuncay, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Eylül 2011.
- Akyiğit, Ercan, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu şerhi*, 2. Cilt, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008. (şerh)
- Akyiğit, Ercan, Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ile İlgili Yargıtay Kararı Üzerine, *Çimento İşveren Dergisi*, Eylül 1991, s.10-20. (Karar İncelemesi)
- Akyiğit, Ercan, *Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990. (Hükümsüzlük)
- Astarlı, Muhittin, *Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Aydınlı, İbrahim, *İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlölükleri ve Sonuçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- Bakırcı, Kadriye, "Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık", *Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları*, Yayına Hazırlayan: Berrin Ceylan-Ataman, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2007, A.Ü.S.B.F. Yayın no:595. (Ayrımcılık)
- Bakırcı, Kadriye, *Uluslararası Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2004. (2004)

- Başterzi, Süleyman, *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*, Ankara 2007.
- Blanpain, Roger, *European Labour Law*, Kluwer Law International, Eleventh revised edition, 2008.
- Centel, Tankut, "Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye", *Oğuzman'a Armağan*, Ankara, 1997, s. (Çocuk Hakları)
- Centel, Tankut, *İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1994. (İş Hukuku)
- Centel, Tankut, *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*, İstanbul, 1982. (Çocuklar ile Gençler)
- Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 24. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ekim 2011, İstanbul.
- Çenberci, Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, 4. Bası, Ankara 1978.
- Demir, Fevzi, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 5. Baskı, İzmir 2009.
- Demircioğlu, A. Murat/ Centel, Tankut, *İş Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2007.
- Ekonomi, Münir, *İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1984.
- Ekonomi, Münir, *İHU*, İşK. m.14, No.24. (İHU)
- Elbir, H. Kemal, *İş Hukuku*, 9. Bası, İstanbul 1987. (İş Hukuku)
- Engin, Murat, "Gençlerin İş Güvenliği", *Çimento İşveren Dergisi*, Eylül 1994, s.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ocak 2008, İstanbul.
- Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2006.
- Gündüz, Selim, "Türkiye'de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt:22, Sayı:1-2-3, Şubat-Mayıs-Ağustos 2009, s.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Yeni Borçlar

- Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Temmuz 2011, Ankara,
- Kılıçoğlu, Mustafa, *4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*, Ankara 2005.
- Kocaoğlu, Mehmet, "Çocuk ve Kadın İşçilerin 1475 sayılı İş Kanunu ile Korunması", *Türk Kamu-Sen*, Cilt 11, Haziran 1988, Sayı:4, s.
- Mayne, Susan/Malyon, Susan, *Employment Law in Europe*, Butterworths, London, Dublin and Edinburgh 2001.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri*, Cilt I, 3. Bası, İzmir 1998.
- Odaman, Serkan, *Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi*, İstanbul 2007.
- Oğuzman, M.Kemal, *Borçlar Hukuku Dersler*, Cilt I, 4. Bası, İstanbul 1987,
- Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul 2005.
- Öğüz, Tufan, "Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar", *SİCİL*, Mart 2008, Sayı 9,s.
- Öztan, Bilge, *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar*, 7. Bası. Turhan Kitabevi, Ankara 1997.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 17. Bası, İstanbul 2005.
- Reisoğlu, Seza, *Hizmet Akdi*, Ankara 1968.
- Senyen-Kaplan, E.Tuncay, *Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması*, Ankara 1999.
- Seratlı, Gaye Burcu, *İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Ankara 2003.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku*, 5. Bası (Tıpkı Bası), İstanbul 2009

Süzek, Sarper, *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara 1985.

Tandoğan, Ali, *Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

Taşkent, Savaş, *Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler*, İstanbul 2005.

Tuğ, Adnan/Baysal, Ulaş, "*İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması*", Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakltesi, Cilt II, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2011.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 5. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul Ocak 2008.

Uygur, Turgut, *Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, Birinci Cilt*, Ankara 1990.

Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk*, Savaş Yayınları, Ekim 1995.

**4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA
KANUN'DA DÜZENLENEN İDARİ PARA
CEZALARI İÇİN ÖNGÖRÜLEN İDARİ USUL**
PROPOSED ADMINISTRATIVE PROCEDURE
FOR ADMINISTRATIVE FINES REGULATED
IN THE PROTECTION OF COMPETITION ACT NO. 4054

Emin KOÇ*

Özet : Rekabet Kurumu rekabet alanında düzenleme denetleme ve yaptırım uygulama yetkileri ile donatılmış bağımsız idari otorite niteliğindedir. Kurum rekabet ihlali olması durumunda idari para cezası kararı almakta ve uygulamaktadır. Rekabet Kanunu'nda rekabet ihlallerinin tespitinde izlenecek idari usul süreci ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen idari süreç yargı benzeri bir nitelik taşımaktadır. Kanun'a göre idari usul süreci önaraştırma-soruşturma- sözlü savunma toplantısı ve nihai karardan oluşmaktadır. Bu çalışmada Rekabet Kurumu'nun tabi olduğu özel idari usul süreci ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet, Rekabet İhlali, İdari Yaptırım, Türk Rekabet Kurumu, İdari Usul

Abstract : Competition Authority which equipped with with regulation, control, and sanction competence in the field of competition is an independent administrative authority. The Authority takes decisions and implements administrative fines for violations of the competition. Administrative procedures process in competition violations is regulated in competition act in detail. Administrative process regulated in Act has semi-judicial character. According to act administrative procedures process consists of preliminary research, investigation, oral defense and final decision. In this study, special administrative procedures subjected Competition Authority is analysed in details.

Key Words : Competition, Competition Violation, Administrative Sanction, Turkish Competition Authority, Administrative Procedure

* Arş. Gör. Dokuz Eylül Üniversitesi, İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD, emin.koc@deu.edu.tr

1. REKABET KURUMU VE İDARİ İŞLEM YAPMA YETKİSİ

1.1. Rekabet Kurumu'nun İdari Para Cezası Kararlarında Ortaya Çıkan İki Özelliği: Ekonomik Kolluk Makamı ve Bağımsız İdari Otorite Kimliği

Rekabet düzeni, toplumsal hayatın hassas alanlarından birisidir. Söz konusu hassasiyet rekabet düzeninden beklenen faydaların gerçekleşmesi ile somutlaşmakta ve anlam kazanmaktadır¹. Bu alana ilişkin düzenleme, denetleme ve gerektiğinde söz konusu amaçlar doğrultusunda yaptırım uygulama yetkisi devletin görevleri arasındadır. 1982 Anayasası'nın 167. maddesine göre "*devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda füllü veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler*". Bu hüküm ile devletin "*piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı tedbirler alma*" ve "*tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme*" olmak üzere iki temel görevi düzenlenmiştir. Devlete verilen bu görevler ise başta 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) olmak üzere birçok yasal düzenlemede somutlaşmıştır. RKHK ile rekabet alanını düzenleme, denetleme ve bu alana ilişkin yaptırım uygulama yetki ve görevi Rekabet Kurumu'na verilmiştir².

Bu bağlamda Rekabet Kurumu, RKHK ile şekillenen ekonomik idari kolluk görevini yerine getiren ve kolluk görevinin doğal uzantısı olarak düzenleme ve yaptırım uygulama yetkisine sahip idari bir kurumdur. İdari kolluk, "*idari makamların kamu düzeninin sağlanması ama-*

¹ Söz konusu faydalar ise "*üretimde verimlilik*", "*kaynak dağılımında verimlilik*", "*teknolojik ilerleme*" olmak üzere iktisadi faydalar ; "*tüketicinin korunması*" , "*küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması*" olmak üzere sosyal faydalar ve siyasi faydalar olmak üzere üç grup halinde toplamak mümkündür. Bkz. Aslan Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2007, s. 4 vd; Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara 1994, s. 10 vd. (<http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/oik432/o432.pdf>, (22.01.11)); Sanlı Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s.8, (Ayrıca, www.rekabet.gov.tr/tez.html, (22.01.11)); Eğerci Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2005, s. 8, (Ayrıca, www.rekabet.gov.tr/tez.html, (22.01.11)).

² Bu görevler ise Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu tarafından yerine getirilmektedir. Rekabet Kurumu'nun görev ve yetkilerinden bahsedilirken özellikle başka bir organ belirtilmedikçe kastedilen Kurum'un karar organı olan Kurul'dur.

cıyla icrai kararlar alma ve bunların uygulanması için gerekli maddi işlemleri yapma ayrıcalığı" olarak tanımlanabilir³. Kamu düzeninin tanımlanması zor olsa da kamu düzeninin unsurlarından bu kavrama bir anlam verilmesi mümkündür. Kamu düzeninin klasik anlamda üç unsuru mevcuttur: güvenlik, esenlik, sağlık⁴. Ancak klasik unsurların yanında yeni unsurlardan da bahsedilmektedir⁵. Çünkü klasik unsurlar sınırlı sayıda değildir. Diğer yandan kamu düzeni gibi en geniş haliyle "topluma faydalı her şey" anlamına gelen bir kavramın sınırlı sayıda unsurunun bulunması mümkün değildir. Bu anlamda kamu düzeninin unsurlarından birisi de ekonomik yaşam ve ekonomik yapıdır. Ekonomik işleyişi de içine alan kamu düzeni kavramı daha özeldir "ekonomik kamu düzeni" olarak adlandırılmaktadır. Ekonomik kamu düzeni, rekabet düzeni, fırsat eşitliği, bireysel özgürlükler gibi birçok önemli unsurdan oluşmaktadır. Ekonomik yaşam kamu düzeninin bir parçası olarak kolluğun koruma alanına girmektedir⁶.

Rekabet Kurumu aynı zamanda rekabet düzeni gibi teknik bilgi ve uzmanlık isteyen; düzenleme, denetleme, araştırma, önerme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine başvurulmuş bir alanda faaliyette bulunan bir bağımsız idari otoritedir⁷. Bağımsız idari otorite

³ Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 711 vd.; Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2006, s.813 vd.; Günday Metin, İdare Hukuku, Ankara 2003, s.259.

⁴ Gözübüyük/Tan, C.I, s. 711; Günday, İdare Hukuku, s.261-263; Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 520-529.

⁵ Bkz. Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2006, s. 560 vd.

⁶ Akıncı Müslim, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", Rekabet Dergisi, S. 5, s. 3-16; Öztürk Ebru, Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 21-22; Aslan Zehredin/Berk Kahraman, Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev Yetkileri ile Yargısal Denetimi, İstanbul 2000, s.49.

⁷ Bağımsız idari otoriteler için bkz. Tan Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler", Perşembe Konferansları 4, Rekabet Kurumu Yayın No:55, s.3-32; Ulusoy Ali, Bağımsız İdari Kurumlar, Danıştay Dergisi, S.100, s. 3-16; Duran Lütfü, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", Amme İdaresi Dergisi, Mart 1997, C. 30, S.1, s.3-32; Duran Lütfü, "Türkiye'de Bağımsız İdarî Otoriteler" içinde ; Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. Kaboğlu İbrahim, İstanbul 1998, s. 24 vd.; Ulusoy Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003, s.1 vd.; Ulusoy Ali, "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", www.danistay.gov.tr, (22.01.11); Akıncı Müslüm, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul 1999; Gözler Kemal, İdare Hukuku, C.1, Bursa 2003, s.485-493; Atay Ender Ethem, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler: Rekabet Konseyi", Perşembe Konferansları 6, Rekabet Kurumu Yayın No:57, s. 51-106; Kaboğlu İbrahim Ö.(ed.), Bağımsız İdarî Otoriteler, Institut Français d'İstanbul, İstanbul 1998, s. 1vd.; Yıldırım Turan, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", www.

(BİO) olarak Rekabet Kurumu idari fonksiyonu yerine getirir ve organik ölçüte göre idare içerisinde⁸ yer alırlar⁹. Rekabet Kurumu kamu tüzel kişiliğine sahip bir idari birimdir¹⁰. Kamu tüzel kişiliğinin sonucu olarak Kurum¹¹ hak ve borçlara sahip bir idari birimdir¹². Kurum'un

- danistay.gov.tr, (22.01.11); Usta Murat, Bağımsız İdari Otorite Sistemi İçinde Rekabet Kurulu ve Rekabet Uygulamaları, Ankara 2007, s.19-74.;Tan Turgut, "Ekonomi-Regülasyon- ve Bağımsız İdari Otoriteler",www.danistay.gov.tr, (22.01.11); Tekinsoy M.Ayhan, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, S. 2, Ankara 2007, s. 119 - 134; Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 382; Günday, İdare Hukuku, s. 503-512; Atay, İdare Hukuku, s. 307 - 342.
- 8 Ancak BİO'ların idari yaptırım kararlarında izledikleri idari usul kuralları nedeniyle farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Usul (proses, yargılama) denilince sadece mahkemelerin akla geldiği ancak yargılamanın sadece yargı organlarına özgü olmadığı dolayısıyla idarenin de bu yöntemi uygulayacağı belirtilmekte ve bu bağlamda bağımsız idari otoritelerin "geniş anlamda yargı organı" olduğu ifade edilmektedir (Yılmaz Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s.85). Ancak yargı benzeri usullerin uygulanması idari yaptırımı uygulayan makamın idari otorite niteliğini ortadan kaldırmaz İdari birimlerin-özellikle Bağımsız idari otoritelerin-yarı yargısal (veya 'yargı benzeri') usuller uygulaması, söz konusu idari birimlerin yaptırımlarının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece yarı yargısal usuller ile yaptırım tesisi güvenceli bir sisteme oturtulmakta ve idari yaptırımlar olabildiğince ceza (hukuku) yaptırımlarının güvence sistemine yaklaştırılmaktadır. Diğer yandan RKHK'nun 55. maddesinde "Kurul'un nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idarî para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür" hükmü yer almış ve Kurul'un bir yargı merci olmadığını kesin olarak ifade edilmiştir. Ayrıca Kurul'un görevlerini sayan 27. maddesinde Kurul'un görevleri arasında "idarî para cezası vermek" sayılmıştır. Yine RKHK'nun mülga 18. maddesinde Kurul'ca verilen her türlü para cezasının idari nitelikte olduğu hüküm altına alınmıştır. Son olarak Anayasa'nın 138. maddesinde yargı organları sayılırken Rekabet Kurumu'ndan bahsedilmemiştir.
- 9 Ancak Kurum'un bir hukuka aykırılık iddiasını inceleme işlevi göz önüne alındığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında belirlenen ölçütlere göre "maddi anlamda yargı organı" kavramı içine girdiği de görülmektedir. Bkz. Gündüz Harun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamalarına Etkileri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2009, s.49.
- 10 Türkiye'de BİO'ların kamu tüzel kişiliği vardır. Kamu tüzel kişiliği Anayasamıza göre (m.123/3) kanunla veya kanunun verdiği yetkiyle kurulduğuna göre Türkiye'de BİO'lar yasama organının inisiyatifiyle kurulurlar. Yasama organı tarafından kurulmakla birlikte BİO'lar başta yasama organı olmak üzere yürütme ve yargı organlarından da ayrılırlar. BİO'lar kamu tüzel kişiliğine sahip olmalarının bir sonucu olarak kendilerine ait bir bütçeleri, düzenleme yetkileri vardır. Rekabet Kurumu'nun kamu tüzel kişiliği RKHK'nun 20. maddesinde açıkça belirtilmiştir: "... bu kanunun uygulamasını gözetmek ve kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğine haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir ".
- 11 "Rekabet Kurumu" ifadesi yer yer "Kurum" şeklinde kısaltılacaktır.
- 12 Kamu tüzel kişiliğine sahip olma BİO'ların mutlak bir özelliği değildir. Örneğin Fransız hukuk sisteminde BİO'ların kamu tüzel kişilikleri yoktur Bkz. Morange Jean, "Fransada Bağımsız İdari Otoriteler", (Çev. Cevdet ATAY) içinde; Bağımsız

sahip olduğu yetkileri kullanabilmesi için bağımsızlığı yine önemli bir özelliktir. Bu anlamda Kurum hem organik hem de işlevsel olarak bağımsızlığa sahiptir. Kurum'un bağımsızlığı RKHK'nın 20. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. İlgili düzenlemeye göre "Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihaî kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez" (m.20/3)¹³.

Kurum, ekonomik kolluk makamı ve bağımsız idari otorite kimliğinin gereklerini idari işlemler aracılığıyla yerine getirmektedir. Bu nedenle Kurum idari usullere uymak zorundadır.

1.2. İdari Para Cezalarının Hukuki Dayanağı: Rekabet Kurumu'nun İdari İşlem Yapma Yetkisi

Rekabet Kurumu kamu tüzel kişiliğine sahip idari bir otorite olarak bireysel ve düzenleyici idari işlemler yapma yetkisine sahiptir. Rekabet Kurumu'nun düzenleme yapma yetkisi Kurum'un regülasyon işlevinin sonucudur. Bu bağlamda BİO'lar düzenleme yetkilerini regülasyon işlevinin "düzenleme", "denetleme" ve "yönlendirme" olmak üzere üç boyutunda¹⁴ yerine getirmektedirler.

İdarenin düzenleme yetkisi idarenin üstlendiği görevleri yerine getirebilmesi için kaynağını anayasadan veya kanundan aldığı ve bunlara aykırı olmayan genel, soyut, kişilik dışı norm koyma yetkisidir¹⁵. İdarenin düzenleme yetkisi tali bir yetkidir, asli düzenleme yetkisi yasama organına aittir. İdare yasama organının çizdiği sınırlar içerisinde ve bu sınırlara aykırı olmamak şartıyla düzenleme yapma yetkisine sahiptir¹⁶. Rekabet Kurumu'nun düzenleme yapma yetkisi RKHK'dan doğan ve bu Kanun çerçevesinde kullanılan tali bir yetki niteliğindedir. Kurum'un düzenleme yetkisine sahip olduğu RKHK'nın ilk mad-

İdari Otoriteler, Ed. İbrahim KABOĞLU, İstanbul 1998, s. 8 vd. ; Atay, Rekabet Konseyi, s. 51-106.

¹³ Özellikle son cümle Anayasamızda mahkemeler için öngörülen "mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine benzemesi bakımından ilginçtir.

¹⁴ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 21 vd.

¹⁵ Bkz. Güneş Turan, "Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri", Ankara, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1965, s. 49-99; Tan Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, C. 3, s.203-216; Günday, İdare Hukuku, s.207; Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s. 398; Gözübüyük /Tan, C.I, s. 438.

¹⁶ Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 2004,s. 173.

desinde belirtilmiştir: *“Bu Kanun’un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır”* (RKHK, m.1). Yine ikinci maddede denetleme ve düzenleme yapma yetkisinin RKHK’nın kapsamı içerisinde olduğu belirtilmiştir: *“...rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer”* (RKHK, m.2).

RKHK’nun 27. maddesinin f bendi ile de *“Rekabet Kurumu’nun karar organı olan Rekabet Kurulu’na”*¹⁷ düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Madde *“...bu Kanun’un uygulanması ile ilgili olarak”* diyerek düzenleme yetkisinin sınırının RKHK olduğunu ve bu Kanun’a dayalı olarak düzenleme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Kanun’un 27. maddesinde Kurul’un¹⁸ düzenleme yetkisini *“...tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak...”* şeklinde kullanabileceği belirtilmiştir. Kurul temel olarak düzenleme yetkisini tebliğler ile kullanmaktadır¹⁹. Kurum’un bireysel idari işlemleri ise özellikle verdiği ara ve nihai kararlar ile somutlaşmaktadır. RKHK çerçevesinde Kurum’un bireysel idari işlemlerine ara karar niteliğindeki *“bilgi isteme ve yerinde inceleme kararları”* (m.14-15), *“önaraştırma ve soruşturma açılması kararları”* (m.40), *“geçici tedbir kararları”* (m.9/I), *“görüş bildirme kararları”* (m.9/III); nihai karar niteliğindeki *“önaraştırma veya soruşturma açılması talebinin reddi kararları”* (m.40), *“soruşturma sonunda ihlalin bulunmadığına ilişkin ret kararları”* (m.40), *“ihlale son verme kararları”* (m.9), *“menfi tespit kararları”* (m.8), *“muafiyet kararları”* (m.5), *“zımni red-zımni kabul kararları”* (m.10) ve nihayet önemli bir tür olan *“idari para cezaları”* (m.16-17) örnek olarak verilebilir²⁰.

¹⁷ Bağımsız idari otoritelerin bazıları sadece *“kurul”* olarak bazıları ise sadece *“kurum”* şeklinde örgütlenmişlerdir. Kurum, kamu tüzel kişiliğine sahip idari birimleri ifade ederken, kurul ise bu kamu tüzel kişiliğinin karar organını ifade etmektedir. (Bkz. Tan, Bağımsız İdari Otoriteler, www.danistay.gov.tr, (22.01.11); Gözübüyük/Tan, s.375; Ayaydın Aydın, *“Kurul mu, kurum mu?”*, <http://arsiv.sabah.com.tr/2005/11/18/yaz1356-30-125.html>, (22.01.11).

¹⁸ *“Rekabet Kurulu”* ifadesi yer yer *“Kurul”* şeklinde kısaltılacaktır.

¹⁹ *“Kurul, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasına sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir”* (RKHK, m.5); *“Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder”* (RKHK, m.7).

²⁰ Bu kararların incelenmesi için bkz. Eğerci, s. 157-226; Usta, s.165-182.

Kurum'un bireysel idari işlemleri arasında muhataplarında en etkili olan ve ciddi sonuçlar doğuran grup idari para cezalarıdır. Kurum'un yaptırım uygulama yetkisi, düzenlediği ve kontrol ettiği rekabet düzeninin korunması için bir gerekliliktir. Ancak bu şekilde özgülendiği idari düzeni koruyabilirler²¹. RKHK'da idari para cezaları 16. ve 17. maddelerde düzenlenmiştir. RKHK'nın 16. maddesi "İdari Para Cezası" başlığını taşıırken, 17. madde ise "Nispi İdari Para Cezası" başlığını taşımaktadır²². Bu bağlamda belirtmek gerekir ki para cezaları Kurum'un ekonomik kolluk ve bağımsız idari otorite kimliğinden kaynaklanan bir yetki niteliğindedir. İdari yaptırımlar da hukuki biçim olarak idari işlem niteliğindedir ve idari işlemin unsurlarını taşımak zorundadır. Biz de bu çalışmada esas olarak Kurum'un aldığı idari para cezası kararlarından uyması gereken usûl kurallarını incelemekteyiz.

2. REKABET İHLALLERİNDE ÖNGÖRÜLEN İDARİ USUL SÜRECİ

Usul, "izlenmesi gereken yol" anlamına gelir. İdare işlemler bakımından ise usul, "idarenin irade açıklarken izleyeceği yol" olarak tanımlanabilir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'na göre idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılık iddiasıyla iptal davası açılabilir. Kanun bu hükmü ile sadece şekil unsurundan bahsetmiş usul unsurundan bahsetmemiştir. Ancak usul unsuru şekil unsuru içinde, hatta ondan daha geniş uygulama alanına sahip bir unsur olarak değerlendirilmektedir²³.

²¹ Bkz. Pauliat Helene, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Uygulama Yetkileri", (Çev. Göçer Mahmut), in; Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. Kaboğlu İbrahim, İstanbul 1998, s. 145 vd.

²² Bkz. Korkmaz Olgu Hikmet, 4054 Sayılı Kanun'da Öngörülen İdari Para Cezaları ve Yargısal Korunma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2002; Koç Emin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen İdari Para Yaptırımları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008; Usta, s.146-151.

²³ *Günday*, şekil unsurunu anlam olarak ikiye ayırmaktadır. Yazara göre şekil ilk anlamı ile idari işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının maddi biçimini ifade eder. Diğer yandan şekil idari işlemin yapılmasında izlenen usulü ifade eder. Görüldüğü üzere yazar usul unsurunu şekil unsurunun bir görünümü olarak nitelendirmektedir (Günday, İdare Hukuku, s.132). *Özay* ise bu unsurun şekil- usul unsuru olarak alınması gerektiğini, hatta usulün şekilden önce gelen bir unsur olması gerektiğini - *haklı olarak*- belirtmektedir (Özay İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002, s.412).

İdari işlemlerin şekil/usul unsuruna sahip olması idarenin daha düzenli ve dikkatli davranmasını sağlar. Bu nedenle, bireylerin idare karşısında korunması için idarenin şekil/usul kurallarına riayet ederek daha dikkatli ve özenli hareket etmesi gerekir²⁴. Şekil/usul kurallarının idare hukukunda esas olarak bulunması bazı bakımlardan önemlidir. Öncelikle idari işlemin hangi makam tarafından nasıl yapıldığı idari işlemin şekil/usul unsuru ile anlaşılabilir. Yine idari işlemin ispatı ancak şekil/usul kuralları ile mümkündür²⁵. Diğer yandan idari usullerin geliştirilmesi ile idari işlem ve eylemlerde saydamlık, açıklık ve kolay anlaşılabilirlik, maddi sebeplerin ve hukuki gerekçelerin öğrenilme imkânı, bilgi edinme hakkı sağlanır²⁶. Bunlar ise hukuk devletini gerçek anlamda işler hale getirmesi bakımından önemli hususlardır²⁷. Ülkemiz bakımından genel bir usul kanunumuz yoktur. Ancak buna ilişkin çalışmalar²⁸ uluslararası hukuk ilkeleri²⁹ de dikkate alınarak yapılmak-

²⁴ Gözübüyük/Tan, s. 450.

²⁵ Kalabalık, s.121.

²⁶ Gözübüyük/Tan, s. 450 - 451.

²⁷ Danıştay da şekil/usul kurallarının kişilere güvence sağladığını vurgulamaktadır: "...İdari işlemlerde şekil, işlemin hukukten geçerlik kazanmasının önemli öğelerinden birisini oluşturmaktadır. O kadar ki, bir işlemin tesisinde, yasanın, düzenleyici tasarrufların veya yerleşmiş içtihatların öngördüğü koşullara uyulmamış olması o işlemi hükümsüz kılabilir veya iptaline neden olabilir. Özel hukukta, şekil serbestliği ve irade özgürlüğünün asıl olmasına karşılık idari işlemlerde yazılı şekil esastır. İdarenin işlemlerinde yazılı şekle bağlılık, idareleri daha dikkatli bir incelemeye, görüşüp tartışmaya ve bu suretle hukuka uygun bir karar tesisine götürür. İlgiler yönünden ise, şekle bağlılık idareye ve işleme güveni sağlar. Bir idari işlemin tesisinde hangi şekle uyulacağına Anayasa, yasa, tüzük veya yönetmelikle belirlenmiş olması durumunda, işlemin bu şekle uygun olarak tesis edilmesi idare yönünden zorunluluk taşır. Şeklin bu önemi ve işlemin hukuki geçerliliği üzerinde etkili bir öğe olması nedeniyledir ki 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2.maddesi, idari işlemlerin, yasa veya diğer düzenleyici tasarruflarla öngörülen şekle uyulmadan tesis edilmeleri halini bu işlemlerin iptalini gerektiren nedenlerden biri olarak saymış bulunmaktadır..." D. 5D. E:1988/2749, K:1988/2845,K.T: 22.11.1988, www.danistay.gov.tr, (22.01.11); "... İdari işlemlerin belli şekil ve usul kurallarına bağlı tutulmasının amacı yönetilenlere güvence sağlamaktır..." D. 10.D. E: 2001/2814, K: 2002/3262, K.T: 25.09.2002, www.danistay.gov.tr, (22.01.11).

²⁸ İdari Usul Kanununu hazırlığı çerçevesinde İdari usul kavramı ve farklı boyutları için ilgili sempozyum bildirilerine bakılabilir: "İdari Usul Kanunu Hazırlığı", Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998, s. 16 vd.

²⁹ İdari usule ilişkin genel ilkelerin belirlemesi bakımından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28.09. 1977 sayılı "Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması" başlıklı tavsiye kararını zikretmek gerekir. Söz konusu ilke kararında idari usule ilişkin beş temel ilkededen bahsedilmektedir. Buna göre idari işlemlerde "dinlenilme (savunma) hakkı", "bilgi alma hakkı", "hukuki yardım ve temsil", "idari işlemin gerekçeli olması" ve "başvuru yollarının belirtilmesi" ilkeleri temel ilkelerdir. Karar metni için bkz. "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", (Çev. Kuntbay İh-

tadır. RKHK'nun 16. ve 17. maddelerine göre Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu rekabet düzenini bozucu eylemler olduğu takdirde idari para cezası kararı almaktadır. Rekabet Kurulu'nun verdiği bu cezalar nihayetinde bir idari işlemdir ve idari işlemin şekil/usul kurallarına uygun olmak zorundadır. Aksi halde söz konusu idari işlemler şekil/usul unsuru açısından sakat olacaktır.

Mevzuatımızda idari usullere ilişkin ayrıntılı hükümler içeren kanunlara rastlamak mümkündür. Bu kanunlardan en tipîği Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dur³⁰. Danıştay da doktrine atıfla idari usulü tanımlamış ve RKHK'nun kendine has bir idari usule sahip olduğunu belirtmiştir: "...doktrinde idari usul; idarenin kamu gücünü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünü olarak, tanımlanmıştır. Bu bağlamda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da rekabet ihlalinin saptanabilmesi amacıyla bir idari usul öngörüldüğünden, Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlaline ilişkin bir karar alırken, konuyu Kanun'da öngörülen biçimde incelemek ve araştırmak zorunluluğu bulunmaktadır..."³¹.

RKHK ayrıntılı düzenlemeleri ile Kurul'un iradesini açıklarken izleyeceği yolu ve idari ihlallerin nasıl tespit edilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır. RKHK'nun usul hükümlerini dört başlık altında toplamak mümkündür: Önarastırma-Soruşturma-Sözlü Savunma

san), Amme İdaresi Dergisi, C.11, S.4, s. 3-11. Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Akıllıoğlu Tekin, Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz, Amme İdaresi Dergisi, C.14, S.3, s.37-56; Akıllıoğlu Tekin, İnsan Hakları ve Yönetim Hukukumuz, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>, (22.04.11).

Gözübüyük/Tan, s. 471 - 472.

³⁰ RKHK dışında ayrıntılı idari usul kurallarının bulunduğu Kanunlara Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu, Doğal Gaz Piyasası Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu örnek verilebilir.

³¹ D.10.D. E:2005/161, K:2005/2120, K.T:19.4.2005, www.kazanci.com, (22.01.11); D.10.D. E:2001/2814, K:2002/3262, K.T:25.09.2002, www.danistay.gov.tr, (22.01.11); "... yasanın devam eden maddelerinde bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik maddi hukuk kurallarının yanı sıra, bu kuralları uygulayacak olan Rekabet Kurumunun izleyeceği usuller ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu Yasa aynı zamanda özel bir idari usul yasasıdır..." D.10.D.E:2000/1111, K:2002/4362, K.T:14.11.2002, www.kazanci.com, (22.01.11).

Toplantısı-Nihai Karar³². Yılmaz, dört başlık altında toplanan bu usul evrelerini yargı organlarının izlediği iddia-tahkikat-savunma-hüküm aşamalarına benzetmektedir. Yazara göre “*bu sıralama, bir karar vermeye yönelmiş olan her davranışta bulunan rasyonel bir mantık sıralamasıdır. Çünkü bir karar oluşturmak için bir araya gelen birden çok kişi de, kararın oluşması yolunda karşılıklı görüşleri ileri sürerler, bunlar değerlendirmeye tâbi tutulurlar ve sonuçta bir karara varılır*”³³. RKHK’da öngörülen soruşturma usulü de bu mantıksal düzene paraleldir. İdari usul sürecinin nihai amacı “*idare hukuku anlamında hukuka aykırılığı*” tespit etmektir³⁴.

Bu usul yargısal usullere benzemektedir. Böylece yargılama hukukuna hâkim olan ve güvence sağlayan birçok temel ilke uyduğu ölçüde rekabet soruşturmalarında da esas alınmaktadır³⁵.

Şimdi ise RKHK’da öngörülen idari usulü yukarıda ifade ettiğimiz süreç paralelinde incelemeye çalışacağız.

2.1. Öneraştırma

2.1.1. Öneraştırma Öncesi İlk İncelemenin Yapılması

RKHK’da Rekabet Kurulu’nun karar alırken izleyeceği usul açıkça düzenlenmiştir. RKHK’daki sistematige göre Kurul öneraştırma yaparak soruşturma açılıp açılmayacağına karar vermektedir. Ancak Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği’nin³⁶ 55. maddesi öneraştırma içerisinde başka bir ön aşamanın var olduğunu göstermektedir. Öncelikle bu sonuca madde başlığından ulaşmamız mümkündür. Çünkü Yönetmeliğin 55. maddesi “*Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında İzleyeceği Usul*” başlığını taşımakta ve bu noktada “*ilk inceleme*” aşamasının varlığı ortaya çıkmaktadır. Rekabet Kurulu kararlarında da ilk incelemenin varlığından bahsedilmektedir. Örneğin

³² Sözlü savunma toplantısı zorunlu bir aşama değildir. Karar aşaması sözlü savunma toplantısı ve nihai karar toplantısından oluşur. Bu nedenle bazı yazarlar soruşturma sürecini öneraştırma- soruşturma ve karar safhası olarak üç aşamada incelemektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.837 vd.).

³³ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 85.

³⁴ Sayhan İsmet, “Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık”, Rekabet Dergisi, Ocak - Şubat - Mart 2004, s. 32-34.

³⁵ Budak Ali Cem, Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2003, s. 38.

³⁶ RG, S:23026, T:21.06.1997.

bir kararında raportörler tarafından tutulan ilk inceleme raporunun soruşturma evresinde esas alındığı belirtilmiştir³⁷. RKHK'da ise ilk inceleme aşaması açıkça öngörülmemiştir.

İlk incelemenin içeriği ise kısmen Yönetmelik maddesinde de belirtildiği üzere daha çok yapılan başvurunun Kurum'un çalışma konularının içinde ve RKHK kapsamında olup olmadığının tespiti yönündedir. Bu bakımdan ilk inceleme aşamasının görevli makamı tespit etmeyi amaçlayan bir inceleme niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Bunun dışında somut rekabet ihlalinin tespiti mümkün değildir. Bu nedenle ilk inceleme raporu esas alınarak rekabet ihlaline ilişkin tespit kararı alınması mümkün değildir³⁸. Eğer Kurum'a yapılan başvuru Kurul'un görev alanına giriyorsa Kurul bu aşamadan sonra önaraştırma ya da soruşturma aşamasına geçecektir. Danıştay, somut rekabet ihlali iddiası ile başvuru yapılması durumunda ilk inceleme ile başvurunun red edilmemesi gerektiğini, soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını ancak önaraştırma kararı ile tespit edilebileceğini ifade etmektedir³⁹. Eğer başvuru Kurum'un çalışma alanı ile ilgili değilse bu durumda bu husus başvuru sahiplerine bildirilecektir. Özellikle belirtmek gerekir ki bu aşamada somut rekabet ihlalinin var olup var olmadığı araştırılmamaktadır. İlk inceleme aşaması bu niteliği ile Kurul'un iş yükünü hafifletmek amacıyla getirilmiş bir aşama izlenimi vermektedir⁴⁰.

Kurul'a başvuru yapılması durumunda bu başvuru görev alanlarına göre uygun olan daireye intikal ettirilecektir. Yine Yönetmelik hükmü gereği başvuru doğrudan ilgili daireye de yapılabilir (Yön. Md.55). İlgili daire başkanlığı⁴¹ ise ilk inceleme için uzmanlardan arasından raportörler görevlendirecektir. Yönetmelik metninde raportörler ibaresi yer aldığına göre gerekirse birden fazla raportör de görevlendirilebilir. Başvuru olması durumunda ilgili daire başkanı incelemeyi yaptırmak zorundadır. Bu bakımdan bağlı yetkisi söz konusudur.

³⁷ RK,K.S: 01-07/62-19, K.T: 6. 2. 2001, www.rekabet.gov.tr/pdf/01-07-62-19.pdf, (22.01.11).

³⁸ D.10.D. E: 2007/8483, K:2009/4683, K.T:28.04.2009, www.kazancı.com, (22.01.11).

³⁹ D.13.D. E:2008/553, K:2008/7016, K.T:28.10.2008; D.10.D.E:2007/8483, K:2009/6652, K.T:15.06.2006, www.kazancı.com, (22.01.11).

⁴⁰ Korkmaz, s.136

⁴¹ Rekabet Kurumu mesleki dairelerinin (1-2-3 ve 4. daireler) görevleri sektörlerle göre belirlenmiştir. Dairelerin görev alanları için bkz. www.rekabet.gov.tr , (22.01.11).

Yönetmelik hükümlerini göz önüne alırsak RKHK'daki usul düzenlemeleri haricinde yönetmelik ile yeni bir idari usul aşamasının tesis edildiğini görmekteyiz. Öncelikle tartışılması gereken husus RKHK'daki açık düzenlemeler dışında yönetmelik ile yeni bir idari usul aşamasının düzenlenmesinin ne kadar doğru olduğudur. Anayasamızın 124. maddesine göre yönetmelikler kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını göstermek ve bunlara aykırı olmamak koşulu ile çıkarılabilirler. Bu bakımdan Yönetmeliğin söz konusu hükmünün RKHK'da düzenlenen önaraştırma ve soruşturma aşamalarının nasıl uygulandığını göstermekte olduğunu ve bu nedenle Anayasa'ya uygun olduğunu söyleyebiliriz. Ancak usul kurallarının başta hak arama hürriyeti olmak üzere birçok temel hak ve özgürlükle sıkı ilişki içerisinde olması nedeniyle ilgili aşamanın kanun ile düzenlenmesi kanımızca daha yerinde olurdu. Diğer yandan bu aşamanın bazı usul şartlarını taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Öncelikle bu aşamanın zorunlu bir aşama olup olmadığı belirsizdir. Yönetmelik maddesinin lafzı bu aşamanın zorunlu bir aşama olduğu izlenimini vermektedir: "*ilgili daire başkanlığı re'sen kendisine intikal eden başvurularla ilgili olarak meslek personeli uzmanlar arasından görevlendirilecek raportörlere ilk incelemeyi yaptırır(m.55/1)*". Kanımızca bu aşamanın başvuruların RKHK kapsamında ve Kurul'un görev alanında olup olmadığının tespitini ve bir an önce değerlendirilmesini sağladığı için zorunlu bir aşama olarak görülmemesi gerekir. Örneğin ilgili daire başkanlığına başvuru yapılması ve başvurunun ilgili daire başkanlığınca RKHK kapsamında ve Kurul'un görev alanında olduğunun tespit edilmesi durumunda ilk inceleme yaptırılması gerekmez. İlk inceleme aşaması, ilgili daire başkanlığınca tereddüt edilmesi halinde taktiren başvuru alan bir aşama olmalıdır.

İlk inceleme aşaması söz konusu olduğunda ilke incelemenin hangi süre içerisinde yapılacağı konusunda bir süre öngörülmemiştir⁴². Bu büyük bir eksikliktir. Çünkü idari kararların süreye bağlı olması kuralı idari usul ilkelerinin bir gereğidir. İlk inceleme en kısa zamanda tamamlanmalıdır. İlk inceleme içeriği bakımından da derinlikli bir araştırma gerektiren bir aşama değildir. Çünkü esas olan başvurunun RKHK kapsamında ve Kurul'un görev alanında olup olmadığının tespitidir. Bu ise kısa süre içerisinde tamamlanabilecek ve de tamamlanması gereken bir husustur.

⁴² Korkmaz, s. 137.

İlk inceleme sonucunda başvurunun RKHK kapsamında olmadığı anlaşılırsa bu durum önaraştırma ve soruşturma aşamasına geçilmemesi anlamına gelecektir⁴³. Soruşturma açmama kararı ise ancak Kurul tarafından verilebileceği için raportörün başvurunun RKHK kapsamında olmadığına dair kararı Kurul kararı ile teyit edilmelidir. Raportörün başvurunun RKHK kapsamında olmadığına dair kararı olmasına rağmen bu kararın Kurul kararına dayanmaması durumunda ise başvurunun zımnen red edildiği kabul edilmelidir.

2.1.2. Önaraştırmaya Başlanması

Kurul, resen veya kendisine intikal eden rekabet ihlaline ilişkin başvurular⁴⁴ üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verir (RKHK, m.40/1). Böylece Kurul'un her başvuruda RKHK'da öngörülen idari usulü izlemesi önlenmeye çalışılmıştır. Aksi halde Kurul altından kalkamayacağı bir yük ile karşılaşacaktır⁴⁵.

⁴³ "... Antalya merkez ilçe sınırları dâhilinde faaliyet gösteren ekmeğe üreticilerinin, Fırıncılar Odası'nca talep edilen fiyat artışının Antalya Esnaf ve Sanatkarları Odaları Birliği Fiyat Tespit Alt Komisyonu'nca kabul edilmemesi üzerine, 12.06.1997 tarihinde bakkal ve bayilere ekmeğe dağıtımını durdurmaları nedeniyle yapılan başvuru sonucunda; Antalya Fırıncılar Odası hakkında 4054 sayılı Kanun'a aykırı eylemde bulunmak iddiasıyla önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir...". RK, KS:40/245-1, KT:20.11.1997, RD, S.1, s 79; "...CINE 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş.'nin yeni kurduğu Maxi TV ve Super Sport TV 'ye yönelik ilanlarının Hürriyet Gazetesi'nde yayınlanmasının red edilmesi hakkında başvuru üzerine; şikâyet konusunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunmaması nedeniyle önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir...". RK, KS:40/257-13, KT:20.11.1997, RD, S. 1, s. 80. "... İthal çinko piyasasında hâkim durumda bulunan... tarafından ÇİNKUR'un devralınması sonucu ilgili piyasada tekel oluşturduğu iddiası üzerine; şikâyet konusu özelleştirme işleminin, birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesine ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nca çıkartılan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in yürürlük tarihi olan 04.11.1997 tarihinden önce gerçekleşmiş olduğunun anlaşılması nedeniyle, ilgili teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'a aykırı eylemde bulunmak iddiasıyla önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir...". RK, KS:41/264-14, KT:03.12.1997, Rekabet Dergisi, S. 1, s. 80.

⁴⁴ Tasarıda rekabet soruşturmalarının ancak Kanun'un 4. ve 6. maddeleri çerçevesinde yapılacağı hüküm altına alınmıştır (m.17). Böylece soruşturma kapsamına alınacak rekabet ihlallerine sınırlama getirilmektedir. Kanun tasarısı metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, (28.04.11).

⁴⁵ RKHK m.40 ve m.41 gerekçeleri. Bkz. www.rekabet.gov.tr, (22.01.11).

Önaraştırma aşaması soruşturmanın zorunlu bir aşaması değildir. Bu aşama, Kurul'un elinde soruşturma açmak için elinde yeterli delil olmadığı zaman başvuru bir aşama niteliğindedir⁴⁶. Önaraştırmaya başlamak için iddiaların ciddi ve yeterli olması gerekir. İddiaların yeterli ve ciddi olduğunu takdir etme yetkisi Kurul'a aittir. Bu durumda önaraştırma aşamasının soruşturma açılıp açılmayacağına tespiti için yapıldığını göz önüne alırsak, Kurul'un doğrudan soruşturma açabilmesi için "*ciddi ve yeterli delilin*" ötesinde bir kanaatinin oluşması beklenenecektir⁴⁷. Ancak bu, RKHK'nın lafzı dikkate alındığında yasal bir zorunluluktan öte temenniden ibarettir. Yoksa iddia edildiği⁴⁸ üzere RKHK'da basit şüphe - kuvvetli şüphe ayrımı yapılmamıştır.

RKHK'ya göre Kurul kendisine intikal eden bir başvuru olduğu takdirde zorunlu olarak ya soruşturma açılmasına ya da önaraştırma yapılmasına karar vermek durumundadır. Çünkü RKHK'nın lafzı "*karar verir*" ifadesi ile Kurul'a bu iki seçenek arasından birine göre hareket etme zorunluluğu yüklemektedir⁴⁹. Bu durum ise Kurul'un elinde yeterli delilin olmadığı her başvuruda önaraştırma yapmaya itecektir. Ancak Kurul'un elinde yeterli delil olmadığı durumda Kurul süresi içerisinde yanıt vermeyerek başvuruyu zimnen de reddedebilir. Bu husus RKHK'da "*Kurul'un, gerek başvuruları açıkça reddetmesi, 'gerekse süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması' durumlarında*" şeklinde ifade edilmiştir. Diğer yandan her durumda önaraştırma yapma zorunluluğunun olması, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere⁵⁰; Kurul'un ağır bir yükün altına sokulmasına ve kimi zaman boşa zaman ve mesai harcanmasına neden olacaktır⁵¹. Bu nedenle ideal

⁴⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 841.

⁴⁷ Bkz. Badur Emel/Ertem Burcu, Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulu, Rekabet Dergisi, S. 33, Ocak-Şubat-Mart 2008,s.33.

⁴⁸ Badur/Ertem, s.33. Kaldı ki önaraştırma için "*iddiaların yeterli ve ciddi*" olması arandığı dikkate alınrsa, önaraştırma için basit şüphenin gerekeceğini ifade etmek yerinde olmayacaktır.

⁴⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 422

⁵⁰ "*Kurula yapılan her türlü ihbar, şikayet ve başvuruyu Kurulun mutlaka değerlendirmeye alması, ihbar ve şikayetlerin ciddi bir şekilde ele alınması amaçlanmıştır. Ancak, her ihbar ve şikayetin bu Kanununun izleyen maddelerindeki usule tabi olması halinde Kurulun altından kalkılmaz bir yükün altına sokulmasına ve kimi zaman boş yere zaman ve mesai harcanmasına neden olacaktır*". (RKHK, m.40 gerekçesi), www.rekabet.gov.tr, (22.01.11).

⁵¹ Kurul'un başvuruyu red etmesi nihai karar niteliğindedir ve yargı denetimine tabidir. Kurul başvuru açıkça red etmesi durumunda bildirimden, zimnen red

düzenleme tıpkı RKHK'nın (ilk halinin) tasarısında olduğu gibi "karar verebilir" şeklinde olmalıdır.

Kurul önaraştırma için re'sen de hareket edebilir. Ancak belirtmek gerekir ki Kurul'un re'sen hareket etmesi durumunda önaraştırma safhasına ihtiyaç duyulmayacağı da düşünülebilir⁵². Çünkü bu durumda Kurul'un en azından önaraştırma ile elde edebileceği delillere sahip olduğu akla gelecektir. Kurul'un re'sen harekete geçmesi bakımından RKHK'da "re'sen araştırma"⁵³ ve "re'sen harekete geçme"⁵⁴ ilkeleri geçerlidir⁵⁵. Re'sen harekete geçme ilkesi Kurul'un soruşturma veya önaraştırma yapmak için kendiliğinden harekete geçmesini ifade eder⁵⁶.

Önaraştırmayı ilişkin RKHK'da geçen "kendisine intikal eden başvurular" ibaresini "şikâyet" ve "ihbar" olarak⁵⁷ anlamak gerekir⁵⁸. Zaten RKHK'nın 42. maddesinde geçen "kurulun, ihbar veya şikâyet başvurularında" ifadesi "başvuru" ile kastedilenin "ihbar" ve "şikâyet" olduğunu teyit edici niteliktedir⁵⁹. İhbar ile şikâyet arasındaki fark ise RKHK'nın

etmesi durumunda ise Kurul'a başvurudan itibaren 60 gün içinde idari yargıya başvurulabilir.

⁵² Badur/Ertem, s.36.

⁵³ Bkz. Akyılmaz Bahtiyar, "İdari Usul İlkeleri Işığında Rekabet Kurulunun Çalışma Usulü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 2, 2002, s.111-113; Çağlayan Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları Ve Uygulanması, Ankara 2004, s.40-45; Aslan Zehreddin, "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", www.istanbul.edu.tr/siyasal/dergi/sayi23-24/05.htm, (22.01.11).

⁵⁴ Bkz. Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.90; Yolcu İsmail Atalay, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Verilen Soruşturma prosedürünün Ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 14 vd.

⁵⁵ Bunun dışında İhlale Son verme"(m.9), "birleşme ve devralmaların kurula bildirilmemesi"(m.11) ,"sözlü savunma toplantısı" (m.46), hükümleri ile Kurul'a "açıkça" re'sen harekete geçme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca niteliği gereği "bilgi isteme" (m.14) ve "yerinde inceleme yetkisi"nin (m.15) kullanması durumunda da Kurul kendiliğinden harekete geçecektir.

⁵⁶ Danıştay da Kurul'un re'sen araştırma yetkisine dikkati çekmiştir: "... Rekabet Kurumu'nun herhangi bir ihbar ve şikâyet olmasa dahi re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmaya yetkili olduğu ve bu yetkinin Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçla çelişmediği tartışmasız olup, davacının Rekabet Kurumu'nun re'sen soruşturma açamayacağı ve açması halinde Yasanın amacını aşmış olacağı yolundaki usule ilişkin iddiası yerinde görülmemiştir..." D.10.D. E:2001/1405, K:2003/4903, K.T:09.12.2003, www.danistay.gov.tr, (22.01.11).

⁵⁷ Güven Pelin, Rekabet Hukuku, Ankara 2005, s. 477; Aslan, Rekabet Hukuku, s.443.

⁵⁸ Tasarıda soruşturma usulü ya Kurul tarafından resen ya da şikâyet üzerine başlamaktadır.

⁵⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s.443.

"meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikâyetinde bulunabilir" ifadesi ile ortaya çıkmaktadır (RKHK, m.9/II)⁶⁰. Fıkradan da anlaşılacağı üzere ihbar ile şikâyet arasındaki fark meşru menfaat ölçütünde ortaya çıkmaktadır⁶¹. Bu durumda menfaat koşulu aranmadan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmadan haberdar olan herkes ihbarda bulunabilecektir⁶². İhbar bakımından maddi ve şekli bir şart aranmamıştır. Kurul'un bir kararından anlaşıldığı üzere isimsiz ve imzasız ihbar dilekçeleri ile de önaraştırmaya başlanabilir⁶³.

Her ne kadar RKHK'nın bazı maddelerinde Bakanlığın bildirimde bulunacağı ifade edilse de⁶⁴, Bakanlık özel olarak belirtilmese dahi Kurum'un "ilişkili bakanlığı" olması nedeniyle her zaman başvuruda bulunabilir. Bakanlık kamu yararını temsil etmektedir⁶⁵. Bakanlığın kamu yararını temsil etmesi nedeniyle başvuruda bulunması halinde her zaman menfaatinin olduğu söylenebilir. Bu anlamda Bakanlığın başvurusunu teknik anlamda şikâyet olarak değerlendirmek mümkündür. Ancak Kurul'un soruşturma açma konusunda "bağlı yetkisi"nin olduğu gibi bir sonuç çıkarılamaz. RKHK'da geçen "karar verir" ifadesini yukarıda açıkladığımız nedenlerle "karar verebilir" olarak anlamak ve başvuruların değerlendirilmesi dâhil Kurul'un "takdir yetkisi" olduğu sonucuna varmak gerekir. Ayrıca rekabet alanı teknik bilgi ve uzmanlık isteyen bir alandır. Bu alan özgü karar verme yetkisi uzmanlık ilkesine göre oluşmuş hizmetsel bir kuruluş olan Rekabet Kurumu'na aittir. Bu nedenle kamu yararını temsil eden ilişkili bakanlığın başvuruda bu-

⁶⁰ Tasarıda ise şikâyetçi tanımlanmıştır: "Kuruma başvuru yapanlardan meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikâyetçi sayılır" (m.17).

⁶¹ Bkz. Topçuoğlu Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s.244-245, (Ayrıca, www.rekabet.gov.tr, (22.01.11)); İnan Nurkut, "Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi", Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayını, s. 51; Ünlü Hasan Hüseyin, Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hukuki Durumları, Ankara 2003, s. 18.

⁶² Topçuoğlu, s.284.

⁶³ Kurul, Yeni Günaydın gazetesi hakkında yapılan isimsiz ve imzasız ihbar dilekçesi ile inceleme başlatmıştır. RK, K.S:40/250-6, K.T:20.11.1997, www.rekabet.gov.tr/pdf/01-07-62-19.pdf, (22.01.11).

⁶⁴ "Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4,6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir". (RKHK m. 9).

⁶⁵ Akyılmaz, s. 124.

lunması Kurul'a soruşturma açma zorunluluğu yüklememelidir. Diğer yandan yine aynı şekilde adli mahkemelerin talep etmesi durumunda da Kurul'un soruşturma başlatmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Çünkü mahkemeler bakmakta oldukları davalarda eylemin rekabete aykırı olup olmadığının tespitini isteyebilirler⁶⁶.

RKHK'da ve de Yönetmelik'te önaraştırma kararının alınacağı ana ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Kararın re'sen alınması durumunda sorun yoktur. Ancak Kurul'a başvuru yapılması durumunda bu başvurunun ne kadar süre içerisinde değerlendirilip karar alınacağı belirsizdir. Kurul'a yapılan başvurunun bir idari başvuru olduğunu dikkate alırsak Kurul'un 60 gün içerisinde belirli bir yönde karar alması gerekir. Aksi halde İYUK m.10 gereği başvuruyu zımnen red etmiş sayılır⁶⁷. Kurul'un, ihbar ve şikâyet başvurularında ileri sürülen rekabet kurallarına aykırılık iddialarını ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar edene ve şikâyette bulunana ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başlandığı yazılı olarak bildirilir (RKHK, m.42/1). Bildirim için belirli bir süre öngörülmemiştir. Kurul önaraştırma kararını re'sen alırsa bu durumda önaraştırmaya başlandığını kimseye bildirmek zorunda değildir⁶⁸.

RKHK'da bildirim için hangi süre içerisinde yapılması gerektiği hususunda belirleme yoktur. Ancak maddenin ikinci fıkrasından dolayı olarak bu sürenin 60 gün olduğu sonucuna ulaşılabilir. Şöyle ki maddenin ikinci fıkrasına göre başvurular "*açıkça red*" edilebilir veya "*süresi içinde bildirimde bulun(ul)mayarak reddedilmiş*" sayılabilir. Madde metninde yer alan "*süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddedilmiş sayılır*" ifadesi zımni reddi çağrıştırmaktadır. Bu nedenle "*süresi içinde*" ibaresini 60 gün olarak anlamak gerekir. Yasa koyucu idare hukukunun zımni redde ilişkin süresini muhtemelen burada da uygulamayı öngörmektedir⁶⁹. Bazı durumlarda da Kurul'a başka makamlardan bildirim gelmesi söz konusu olabilir. Bu durumlarda başvuru dolaylı olarak yapılmaktadır. Örneğin Kurul, bir kararında Antalya Cumhuri-

⁶⁶ Eğerci, s. 119.

⁶⁷ "İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır" (İYUK,m.10).

⁶⁸ Badur/Ertem, s.36.

⁶⁹ Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s s.842-843.

yet Savcılığı'nın bir şikâyet dilekçesini görevsizlik kararı ile kendisine göndermesi ile harekete geçmiştir⁷⁰.

Önaraştırmanın reddi, nihai bir karar niteliğindedir. Bu kararlara karşı yargı yolu açıktır. Ancak ihbar başvurusunda bulunan kişinin Kurul'un red kararına karşı yapabileceği bir şey yoktur. Çünkü ancak doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen⁷¹ kişiler Kurul'un red kararına karşı yargı yoluna başvurabilir(RKHK, m.42/2)⁷². İhbar ile şikâyet arasındaki farkı göz önüne alırsak bu durumda sadece şikâyetçi konumunda olanların dava açma hakkı olduğunu söyleyebiliriz. Kanımızca RKHK'nın 42. maddesi olmasa dahi ancak doğrudan ya da dolaylı menfaati olan kişilerin dava açma hakkı olduğu sonucuna varmamız yine de mümkün olurdu. Çünkü *"idari işlemler hakkında... hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından"* iptal davası açılabilir (İYUK, m.29). Bu bakımdan İYUK'un bu hükmünden de ancak doğrudan veya dolaylı olarak menfaati olanların soruşturma başvurusunun reddi işlemine karşı dava açabileceği sonucuna ulaşabiliriz. İhbarcı konumunda olan kişinin daha sonraki gelişmeler nedeniyle menfaatinin ihlal olması durumunda da yargısal başvuru hakkı İYUK'un genel hükümleri nedeniyle doğacaktır⁷³.

2.1.3. Önaraştırmayı Yürütmekle Görevli Kişiler

Önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul başkanı, meslek personeli uzmanlarından raportör görevlendirecektir (RKHK, m.40/II-Yön., m.55/4). başkan bir veya birden fazla raportör görevlendirebilir. Maddenin üçüncü fıkrasında sadece raportörden bahsedilmesi -kelimenin tekil kullanımı- kanun koyucunun daha çok tek bir raportörü tercih ettiği izlenimini doğurmaktadır.

Hukuken önaraştırma kararının alınması ile raportör atanması arasında zamansal farklılık mümkün iken Kanun'un lafzından bu iki

⁷⁰ Korkmaz, s. 135.

⁷¹ "Belgeleyen" ifadesi "gösteren" olmalıdır". Çünkü belge yazılı delili ifade eder, menfaatin varlığı her zaman yazılı belge ile gösterilmeyebilir (Aslan, Rekabet Hukuku, s.843).

⁷² Topçuoğlu, s.284.

⁷³ Bkz. Badur/Ertem, s.32.

işlemin aynı anda yapıldığı izlenimi doğmaktadır. Rekabet Kurulu uzmanlarının hangi niteliklere sahip olacağı RKHK'da düzenlenmiştir. İlgili Kanun ve Yönetmelik'te uzman ve raportör ile aynı kişi kastedilmektedir⁷⁴. Kanun "*meslek personeli uzmanlardan bir ya da birkaçını raportör olarak görevlendirilir*" ifadesi ile uzmanın söz konusu faaliyet ile görevlendirildiğinde "*raportör*" sıfatına sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Danıştay kararına konu olan bir olayda davacı taraf, uzman ve raportörlerin farklı kişiler olduğu bu nedenle de Kurum uzmanları yerine raportörlerin incelemeye gelmesinin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Danıştay ise davacı tarafın iddialarını yerinde bulmamıştır: "*... Kurul başkanının, meslek personeli uzmanlarından bir ya da birkaçını raportör olarak görevlendireceği hükmü karşısında, inceleme yapmak üzere görevlendirilen kişinin raportör olarak görevlendirilmesi anılan kişinin uzman niteliğini değiştirmeyecektir...*"⁷⁵.

Raportörler önaraştırmada elde ettikleri bilgi ve delilleri Kurul'a sunacaklardır. Bu durumda raportörler bilgi ve delil elde etme yöntemleri üzerinde durmak gerekir. Önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörler Çalışma Yönetmeliği'nin 59. maddesine göre görevlerini yerine getirirken teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden bilgi isteyebilir, yerinde inceleme yapabilirler: "*önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörler (Rekabet Uzmanları) yapacakları önaraştırma ile ilgili olmak kaydıyla Kurul adına Kanun'un 14 ve 15 nci maddelerinde düzenlenen "bilgi isteme" ve "yerinde inceleme yapma" yetkilerini haizdirler*". Bu hüküm hem hukuki hem pratik gerekçelerle sakıncalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki idare hukukunda irade açıklamaya yetkili makamlar istisnai olarak belirlenmiştir. İrade açıklamaya yetkili makamlar anayasadan veya kanundan doğmaktadır⁷⁶. Bunun yanında irade açıklamaya yetkili olan makam bu yetkisini yine kanunla başka bir makama devredebilir. Ancak bu devrin bazı şartları vardır⁷⁷. Öncelikle yetki devri istisnaidir ve kanunla açıkça öngörülmesi durumunda söz konusu olur. Bu noktada raportörlerin kendiliğinden bilgi isteme ve ye-

⁷⁴ Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 59. maddesinde ise "*raportörler*" ibaresinin yanında özellikle parantez içinde "*rekabet uzmanları*" ifadesi yer almaktadır

⁷⁵ D.10.D. E: 2000/5592, K:2002/4506, K.T: 25.11.2002, www.danistay.gov.tr, (22.01.11).

⁷⁶ Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s. 291.

⁷⁷ Bkz. Gözübüyük/Tan, s.441; Günay, İdare Hukuku, s. 129; Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s.297.

rinden inceleme yetkilerini kullanabilmeleri için bu yetkilerin kanunla devredilmesi gerekir. RKHK'na baktığımız takdirde ise bu yetkilerin kullanımının (kullanma kararı alma yetkisinin) raportörlere bırakıldığını söylemek mümkün değildir. Bunun yanında bir an yukarıda bahsettiğimiz yönetmelik hükmü ile yetki devrinin söz konusu olduğunu varsaysak dahi yetkinin yönetmelik ile devredilmesi, yetkinin ancak kanun ile devredilebileceği ilkesine aykırı olacağı için kabul edilir bir sonuç olmayacaktır. Bu bakımdan raportörlerin kendiliğinden bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanmaları mümkün değildir. Eğer kullanılırsa işlem, yetki tecavüzü ile yetki unsuru açısından sakat olacaktır. Bu bakımdan yönetmelik düzenlemesi yerinde değildir.

Yönetmeliğin söz konusu hükmünü Kurul'un bilgi isteme ve yerinde inceleme yapma kararını alması bu kararın ise raportörler tarafından yerine getirilmesi olarak anlamak gerekir. Yani raportörler bu yetkilere ihtiyaç duyuyorsa Kurul'dan yetkilendirme kararı isteyecektir. Ancak bu durumda ise *Aslan*'ın belirttiği üzere önaraştırma süresinin 30 gün olduğunu göz önüne alırsak bu yetkilerin bu süre içerisinde kullanılması mümkün görünmemektedir⁷⁸. Bu noktada yazar uzmanların önaraştırmanın sıhhati için yetki almadan söz konusu yetkileri kullanabilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kanımızca yukarıda açıkladığımız nedenlerden dolayı bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Diğer yandan RKHK'nın 44. maddesine göre soruşturma sırasında oluşturulacak heyet RKHK'da öngörülen bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu burada açıkça sahip olunan yetkiyi kanun ile bir başka makama devretmektedir. Ancak kanun koyucu ilgili düzenlemede yetki devrini sadece soruşturma heyeti için öngörmüştür. Kanun koyucu bu devri önaraştırma aşamasında da öngörse idi bunu açıkça düzenleme yoluna giderdi. Bu nedenle önaraştırma safhasında raportörlerin kendiliklerinden bilgi isteme ve yerinden inceleme yetkilerini kullanmaları durumunda bilgi isteme ve yerinden inceleme yetkileri Kurul kararına dayanmış olmayacaktır ve işlem açıkladığımız nedenlerle sakat olacaktır. Bu durumda (Kurul kararına dayanmayan) bilgi istenmesine karşılık bilgi verilmemesi ve (Kurul kararına dayanmayan) yerinde incelemenin engellenmesi idari ihlalinden (RKHK, m. 16-17) bahsedilemez.

⁷⁸ *Aslan*, Rekabet Hukuku, s.843.

2.1.4. Öneraştırma Kararlarının Niteliği

Kurul'un öneraştırma kararları ara karar niteliğindedir. Tedbir kararları hariç ara kararlar aleyhine yargı yoluna gidilemez. Bu kararlara karşı ancak nihai kararlar birlikte yargı yoluna başvurulabilir⁷⁹. Ancak bu yönde bir belirleme olmasa dahi idari işlem teorisi açısından öneraştırma kararları hazırlık işlemi niteliğindedir ve icrai nitelik taşımaz. Bu nedenle de öneraştırma kararlarına karşı yargı yoluna gidilemez.

Bu kararlar Kurul üyelerinden en az üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınabilir (RKHK, m. 51/3). Kurul kararları kolektif işlem niteliğindedir. Bu nedenle Kurul öneraştırma kararı dâhil olmak üzere bütün kararlarında usulüne uygun olarak toplanıp karar vermelidir⁸⁰. Bu ise Kurul üyelerinin aynı anda ve aynı mekânda toplanıp kararı hep birlikte müzakere etmesi anlamına gelir. Bu nedenle elden imza ile alınacak olan kararlar hukuka aykırılık teşkil eder.

2.1.5. Öneraştırmanın Tamamlanması ve Kararların Değerlendirilmesi

Öneraştırma aşamasında görevli raportörler 30 gün⁸¹ içinde elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri⁸² ve konu hakkındaki görüşlerini Kurul'a yazılı olarak bildirir (RKHK, m. 40/3). Buna "öneraştırma raporu" denir (Yön m. 55/5). Raportör elde edeceği bilgi ve deliller ile Kurul'a soruşturma açılması veya açılmaması yönünde teklifte bulunacaktır.

Öneraştırma raporunun Kurul'a teslimi ile birlikte Kurul başkanı öneraştırma raporuna istinaden soruşturma açılmasına veya açılmamasına yönelik bir önerge hazırlayarak ya da ilgili daireye hazırlanarak konunun tekrar Kurul gündemine sunulmasını sağlar. Kurul 10

⁷⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s.460.

⁸⁰ Gözübüyük/Tan, s. 471.

⁸¹ Tasarıda "2 ay" olarak öngörülmektedir (m.17).

⁸² Bkz. Yılmaz Ejder, "Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler", www.rekabet.gov.tr/word/sempozyum/9Nisan2004 Kayseri/10Ejderyilmaz.doc , (22.01.11).

gün⁸³ içinde, elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verir (RKHK, m. 40). Soruşturma açılması veya açılmaması yönündeki kararlar münhasıran Rekabet Kurulu'na aittir⁸⁴.

Raportörler için öngörülen 30 günlük sürenin aşılması kararın iptalini gerektirmez⁸⁵. Çünkü bu süreler idareyi daha hızlı karar almaya sevk eden süreler niteliğindedir. Ancak önaraştırma aşamasının uzun olması durumunda ise hizmetin geç işlenmesi nedeniyle hizmet kusurunun var olduğu iddia edilebilir ve Kurul'un sorumluluğuna gidilebilir⁸⁶. Danıştay da önaraştırmanın tamamlanması gereken 30 ve Kurul'un karar vermesi gereken 10 günlük sürelerin aşılmasını idari işlemin iptaline neden olabilecek bir sakatlık olarak görmemektedir⁸⁷.

Önaraştırma, soruşturma açılıp açılmayacağına karar vermek amacıyla yapılmaktadır. Önaraştırma kararı ile ihlal tespit edilmesi mümkün değildir. Kurul, soruşturma yapılmasına gerek olmadığına karar verirse, bu karar nihai karar olup RKHK'un 51 inci maddesindeki nihai karar nisabı (başkan ya da ikinci başkan dâhil en az toplam 5 üyenin katılımı ve en az 4 üyenin aynı yönde oy kullanması) aranır (Yön., m. 55/7) Teşebbüsler hakkında soruşturma açmaya yer olmadığına dair karar, zımni red ile verilebilmekle birlikte; Kurul kararına dayanması durumunda bunun mutlaka önaraştırma kararı ile tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁸⁸. Çünkü soruşturmaya yer olmadığına dair karar ancak önaraştırma ile tespit edilebilir. Diğer yandan önaraştırma

⁸³ Tasarıda "15 gün" olarak düzenlenmektedir (m.17).

⁸⁴ D. 5.D. E:2005/1565, K:2005/4938, K.T:10.10.2005, www.kazancı.com.tr, (22.01.11).

⁸⁵ D.10.D. E:2001/1632, K:2003/4243, K.T:04.11.2003 (Eğerci, s. 120).

⁸⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 844.

⁸⁷ "...4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildireceği; 41. maddesinde ise, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takip eden 10 gün içinde Kurulun toplanacağı ve soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği öngörülmüş olmasına karşın, dava konusu olayda, önaraştırma kararı .. tarihinde alınmış, ancak raporlar Kurulca... tarihinde görevlendirilmiş, 30 günlük süre geçirildikten sonra... tarihinde rapor Kurula teslim edilmiş, anılan rapor 10 günlük süre geçirildikten sonra... tarihli toplantısında görüşülmüş ise de, dava konusu Rekabet Kurulu Kararına konu soruşturulan olayın niteliği ve önemi göz önüne alındığında, soruşturma sürecine hız kazandırmak, Kurulun işleri süratli karara bağlamasını sağlamak amacıyla getirilen ve iç uygulamaya yönelik bu durum dava konusu Kurul Kararını sakatlayan ve bu haliyle sonuca etki eden bir husus olarak görülmemiştir...". D.10.D. E:2001/1632, K:2003/4243, K.T:04.11.2003 (Eğerci, s.120).

⁸⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 844.

kararları neticesinde, idari ihlalin varlığına dayalı olarak idari para cezası verilmesi söz konusu değildir. Çünkü idari yaptırım gerektiren bir eylemin var olup olmadığı ancak yapılan soruşturma sonucunda belli olacaktır⁸⁹. Ancak Kurul ihlali tespit etmesi durumunda bu durumda RKHK'nın 9. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ihlale nasıl son verileceğine dair görüş bildirebilir. Ancak bu durumda ihlalin hâlihazırda devam etmesi gerekir, bitmiş olan ihlaller için ihlalin nasıl sona erdirileceğine dair görüş bildirilmesi mümkün değildir⁹⁰.

2.2. Soruşturma

2.2.1. Rekabet Kurulu'nun Soruşturmaya Başlaması

Kurul, kendisine intikal eden başvurular üzerine rekabet ihlalinin varlığını tespit etmek için, ya doğrudan ya da yukarıda açıkladığımız üzere önaraştırma raporu sonucu soruşturma açma kararı alabilir⁹¹. Kurul'un önaraştırma raporuna dayanması durumunda raportörlerce hazırlanan önaraştırma raporunun Kurul'a tesliminden itibaren en geç 10 gün içinde soruşturma kararı alması gerekir. Aksi halde Kurul soruşturma açılması başvurusunu zımnen red etmiş olacaktır.

RKHK'da değişiklik öngören kanun tasarısında⁹² Kurul'a belirli taahhütler karşılığında soruşturma açmama yetkisi verildiği görülmektedir. Öngörülen düzenlemeye göre yürütülmekte olan bir ön araştırma ya da soruşturmada Kanun'un 4 veya 6'ncı maddesi çerçevesinde rekabet ihlali gözlemlendiğinde teşebbüslerin rekabet ihlalinin ortadan kaldırılmasına yönelik taahhüt vermesi ve bu taahhütlerin Kurul tarafından kabul edilmesi durumunda soruşturma açmama veya açılan soruşturmanın sona erdirilmesi kararı verilebilecektir. Kurul, kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir unsurda değişiklik olması, ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ver-

⁸⁹ D.10.D. E:2001/2814, K:2002/3262, K.T:25.09.2002, www.danistay.gov.tr, (22.01.11).

⁹⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s.852.

⁹¹ Tasarıya göre; Kurul soruşturma raporunun tebliğinden önce, raportörlerin Kanun'un ihlal edilmediği yönündeki önerisi doğrultusunda, haklarında soruşturma yürütülenlerin ya da soruşturma konusu iddiaların tamamı veya bir kısmı bakımından soruşturmaya son verebilir (m.18). Böylece Kurul'un yükü hafifletilmeye çalışılmıştır.

⁹² Kanun tasarısının tam metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, (28.04.11).

dikleri taahhütlere aykırı davranışları, kararın yanlış-yanıltıcı veya eksik bilgiye göre verilmesi dayalı olarak verilmesi durumlarında soruşturma açabilecek veya soruşturmaya kaldığı yerden devam edebilecektir. Böylece rekabet ihlallerinde cezalandırıcı olmaktan daha çok önleyici bir yaptırım sisteminin benimsenmek istendiğini söyleyebiliriz. Diğer yandan detaylı usul süreçlerinden kaçınılarak rekabet ihlalleri daha kısa ve pratik şekilde sona erdirilecek ve de Kurul'un iş yükü azalacaktır.

Soruşturma açma kararları ara karar niteliğindedir. Bu kararlar RKHK'nın 51. maddesi gereği Kurul üyelerinden en az üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunu ile alınır. Soruşturma açma kararının bir ara karar olmasının bir diğer sonucu ise bu kararlara karşı yargı yolunun kapalı olmasıdır. Çünkü bu kararlar muhataplarında doğrudan hukuksal bir etki yaratmazlar. RKHK'nın 43 maddesinin son fıkrasında ise soruşturmaya başlama kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir. Kurul'un soruşturmaya başlama kararlarının kesin olması, söz konusu kararların yargısal anlamda kesin olması anlamına gelmez. Bu ifadeyi idari kesinlik olarak anlamak ve söz konusu işleme karşı idari itiraz mekanizmasının işletilmeyeceği şeklinde yorumlamak gerekir⁹³. Soruşturma açma kararları nihai kararlarla birlikte yargısal denetime tabi tutulabilir⁹⁴.

Bu noktada belirtmek gerekir ki özellikle inceleme ve araştırma usulünde bariz bir şekilde görüldüğü üzere kanun koyucu idari usul ve denetim aşamasını olabildiğince yargılama hukukuna benzetmeye çalışmaktadır⁹⁵. Çünkü daha çok yargılama hukukuna özgü olan ara karar- nihai karar ifadeleri Kurul'un kararları bakımından da kullanılmaktadır. Kanun koyucunun temel mantığını göz önüne alırsak yargısal denetim bakımından bu şekilde bir ayırım yapılması Anayasa'nın idarenin her türlü işleminin yargı denetimine tabi olacağı ilkesine de

⁹³ Krş. Badur/Ertem, s.37.

⁹⁴ *Aslan/Berk*, RKHK'da soruşturma açılması kararlarına karşı yargı yoluna gidilip gidilemeyeceğine ilişkin hüküm bulunmamasının tereddüt yaratacağını belirtmektedir (*Aslan/Berk*, s.135 vd). Ancak kanımızca tereddüt oluşacak bir durum yoktur. Burada RKHK ve İYUK hükümlerine göre değerlendirme yapmak gerekir. Soruşturma açma kararının muhatabı olan teşebbüs ve kişiler nihai kararlarla birlikte soruşturma açma kararına karşı yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları açısından denetime tabi tutulabilirler.

⁹⁵ Bkz. *Aslan*, Rekabet Hukuku, s. 929.

aykırı olmayacaktır. Çünkü buradaki temel amaç ara kararları yargı denetimi dışına bırakmak değildir. Diğer yandan Kurul'un soruşturma açma kararları hazırlık işlemi niteliğindedir. Bu kararlar ilgilileri üzerinde doğrudan hukuksal etki yaratmazlar. Hukuksal etki ancak soruşturma aşaması sonunda ortaya çıkan Kurul kararı ile ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle de soruşturma açma kararlarının iptal davasına konu olması mümkün değildir⁹⁶.

RKHK'nın 43. maddesine göre soruşturma açma kararı soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirilir. Bu bildirimde tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde⁹⁷ göndermeleri istenir⁹⁸. Söz konusu 30 günlük süre bildirim tarihinden itibaren başlayacaktır. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurul'un bu bildirim yazısı ile birlikte, *iddiaların*⁹⁹ türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir. Bu ise "*iddiayı açıklıkla bildirme*" ilkesinin bir gereğidir¹⁰⁰. Ancak bu gereklilik Kurul'a önaraştırma raporunu göndermek gibi bir yükümlülük getirmez¹⁰¹. Kurul bu durumda yeterli bilgileri haliyle önaraştırma raporundan elde edecektir. Bunun yanında ilgililerin önaraştırma raporunu RKHK'nın 44/II hükmü gereği "*kendileriyle ilgili delilleri talep etme hakkı*" çerçevesinde istemesi mümkündür¹⁰².

Kurul'un bu aşamada delil veya belge göndermesi mümkün değildir. Çünkü rekabet ihlaline ilişkin delil ancak soruşturma aşaması devam ederken veya sonunda tespit edilebilecektir. Buna yönelik hükümler ise RKHK'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir.

⁹⁶ Bkz. D. 10.D. E:2005/ 6715, K:2007/1416, K.T:06.03.2007, www.kazancı.com, (22.01.11).

⁹⁷ Tasarıda bu süre iki ay olarak öngörülmektedir (m.19).

⁹⁸ Daha ilk aşamada iken, henüz iddia ve olaylar dahi tam olarak belirlenmemiş iken yazılı savunma alınmasının pratikte bir faydasının olmayacağı ifade edilmektedir (Bkz. Güzel Oğuzkan, Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü: Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2006, s.205).

⁹⁹ İddia teriminin kullanılması yerindedir. Çünkü soruşturma açılması durumunda henüz herhangi bir tespit yapılmamıştır. Herhangi bir ihlalin varlığı ancak soruşturma sonucu ortaya çıkacaktır. Masumiyet karinesi idari soruşturmalar için de geçerlidir.

¹⁰⁰ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 96.

¹⁰¹ Bkz. Badur/Ertem, s.40.

¹⁰² Aksoylu Özge, Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdari Usuller, İstanbul 2006, s. 24.

2.2.2. Soruşturmayı Yürütmekle Görevli Kişiler

Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirler (RKHK, m. 43/1). RKHK'da geçen raportör veya raportörler ifadeleri soruşturmacıların birden fazla kişiden de oluşabileceğini ortaya koymaktadır. Soruşturmacılar birden fazla kişi olduğu takdirde çalışmalarını heyet halinde yürüteceklerdir. Ancak mutlak belirli bir sayı şartı yoktur¹⁰³. Belirlenen soruşturmacılar bir heyet halinde Kurul'u temsil edecektir. Soruşturma heyeti çalışmalarını ilgili daire başkanının gözetiminde yürütecektir.

İdari usul evresinde oluşturulacak heyet üyelerinin mevzuatımızda farklı terimler ile ifade edildiğini de belirtelim. Yönetmelik'te düzenlenen "ilk inceleme" ve RKHK'da düzenlenen "önaraştırma" aşamaları için "meslek personeli uzmanları arasından görevlendirilecek raportör" ifadesi kullanılırken, "soruşturma" aşaması için RKHK'da sadece "raportör veya raportörler" ifadeleri kullanılmaktadır. Kurum meslek personeli rekabet uzman ve uzman yardımcılarında oluşmaktadır. Bu nedenle ilk inceleme ve önaraştırma aşamalarının aksine soruşturma aşamasında uzman yardımcılarını da raportör olarak görev alabilir¹⁰⁴. Çünkü RKHK'a göre uzman yardımcılarını da meslek personeli sıfat ve yetkisini taşır (RKHK, m. 36).

Yine bir diğer farklılık ise, önaraştırma evresinde raportörler başkan tarafından atanırken bu yetki soruşturma evresinde Kurul'a verilmiştir¹⁰⁵. RKHK'da geçen "belirleme" ifadesini atama olarak anlamak gerekir (RKHK, m. 43). Bu hükümde ayrıca soruşturmanın raportör veya raportörler tarafından ilgili daire başkanının gözetiminde yürütüleceği vurgulanmıştır.

¹⁰³ *Aslan*, soruşturma heyetinin bilgi isteme ve yerinde inceleme gibi ara kararlar alma yetkisine sahip olduğunu, bu nedenle Kurul'un bu kararları alabilecek sayısal çoğunlukta olması gerektiğini ifade etmektedir (Aslan, Rekabet Hukuku, s. 427). Ancak soruşturma heyetine söz konusu yetkilerin verilmesi tipik bir yetki devridir. Yetki devrinde yetkiyi devreden makam için öngörülen usul kuralları yetkiyi devralan makam için geçerli değildir. Bu nedenle söz konusu görüşe katılmak mümkün değildir.

¹⁰⁴ Bkz. D.10.D. E:2001/1441, K:2003/4468, K.T:18.11.2003, www.kazancı.com, (22.01.11).

¹⁰⁵ Badur/Ertem, s.38.

Soruşturmayı yürütecek heyette önaraştırmaya katılmış heyet üyelerinin bulunmasında bir sakınca yoktur. Çünkü RKHK'nın metni soruşturma heyetinin üyeleri bakımından bir sınırlama veya özel bir belirleme yapmamıştır. Diğer yandan idari bir aşamada ön aşamaya katılan üyelerin daha sonraki bir aşamaya katılmalarında, idari süreci bilmeleri ve idari ihlali tespit etmeleri bakımından pratik faydaların olduğu dahi söylenebilir¹⁰⁶. Diğer yandan Kurul üyelerinin soruşturma heyetine katılmalarına dair hüküm 5388 sayılı Kanun ile 2005 yılında ortadan kaldırılmıştır.

2.2.3. Delillerin Toplanması

Soruşturma evresinde raportörlerden oluşturulan heyet, delil elde etmek isteyecektir¹⁰⁷. Raportörlerin bu faaliyeti bir ispat faaliyeti değil, bir tespit faaliyetidir. İspat sadece taraflara ait bir eylemdir¹⁰⁸. Kurul'un Heyet delilleri elde etmek amacıyla RKHK'nın 14'üncü maddesinde düzenlenen "*bilgi isteme*" ve 15'inci maddesinde düzenlenen "*yerinde inceleme*" yetkilerine sahiptir. RKHK gereği Kurul'a ait olan bu yetki soruşturma heyetine devredilmiştir. Soruşturma heyeti ancak soruşturma konusu bilgi ve belgeleri isteyebilecektir. Bunu takdir etme yetkisi ise soruşturma heyetine aittir¹⁰⁹.

Soruşturma sırasında heyetin bilgi isteme yetkisi 44. maddede öngörülen özel düzenlemeler nedeniyle 14. maddeden daha geniş niteliktedir. Şöyle ki 14. maddeye göre Kurul her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilmektedir. Ancak 44. maddeye göre soruşturma heyeti belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Bu bakımdan soruşturma sırasında heyetin bilgi isteyebileceği kurumlar bakımından sınırlama gelmemiştir. Diğer yandan 44. maddeye göre taraflardan da bilgi istenmesi söz konusudur¹¹⁰. Bilgi isteme yetkisi ge-

¹⁰⁶ Korkmaz, s.144.

¹⁰⁷ Delil kavramı için bkz. Uyanık Pelin, Rekabet Hukuku Açısından Delil, Ankara 2003, s. 13 vd.

¹⁰⁸ Konuralp Haluk, Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2007, s.12.

¹⁰⁹ Güzel, s.206.

¹¹⁰ Güven, s. 486.

reği soruşturma hayeti ilgililerden yazılı ve sözlü açıklama da isteyebilirler¹¹¹. İlgililer ise söz konusu kuruluşun yasal temsilcisi veya diğer çalışanları olabilir¹¹². İlgiliden rekabet ihlaline ilişkin bilgi alabileceğimiz herkesi anlamak gerekir.

Bunun yanında Kurul teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin bildirimleri ile de delil elde edebilmektedir¹¹³. Diğer yandan taraflar da kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurul'a sunabilirler. Rekabet araştırmalarında re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu ilke gereği Kurul delil toplayıp bu delilleri takdir edecektir. Soruşturma aşamasında Kurul'un elde ettiği delillerin Kurul'un kararına esas olması için bu kararların hukuka uygun yollarla elde edilmesi gerekir¹¹⁴. Delillerin idari yollardan elde edilme yöntemleri de hukuka uygun olmalıdır.

Bunun yanında teşebbüsler Kurul'un elde ettiği deliller karşısında kendini savunabilmelidir. Bu nedenle teşebbüsler *"dosyaya giriş hakkı"*¹¹⁵ kapsamında delilleri elde edebilmeli, delillere ulaşabilmelidirler¹¹⁶. Buna yönelik düzenleme gereği ise *"haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir"* (RKHK,m. 44/II)¹¹⁷.

Dosya, 2010/3 sayılı tebliğde *"soruşturma kapsamında elde edilen, oluşturulan ya da bir araya getirilen tüm bilgi ve belgeler"* olarak tanımlanmıştır (m.4). Dosyayı öğrenme hakkı sadece soruşturma evresinde sözlü savunma toplantısı talebine kadar kullanılabilir. Söz konusu hakkın RKHK gereği sözlü savunma toplantısı talep anına kadar kullanılabil-

¹¹¹ Eğerci, s. 130.

¹¹² Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 99.

¹¹³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 860, 861,868.

¹¹⁴ Güven, s. 489; Eğerci, s. 131.

¹¹⁵ RKHK tasarında Kanun'un 45 maddesi *"savunma ve dosyaya giriş hakkı"* olarak değiştirilmiştir (m.20). Böylece savunma hakkının daha etkin olarak kullanılması öngörülmektedir.

¹¹⁶ Ayrıntılar tebliğ ile düzenlenmiştir: *"Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ"* (Tebliğ No: 2010/3), 16.02.2010, RG, T: 18.04.2010, S: 27556, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/teblig/teblig79.pdf>, (25.03.11).

¹¹⁷ Tasarıda incelenecek belgeler bakımından *"kurum içi yazışmalar ve ticari sır niteliğini haiz belgeler istisna tutulmuştur* (m.20).

mesi yerinde değildir. Çünkü sözlü savunma toplantısı talebi ilk yazılı savunmada da yapılabilir. Bu durumda sözlü savunma toplanmasına kadar bu hakkın kullanılmaması savunma hakkını zedeler niteliktedir. Bu nedenle bu hakkın sözlü savunma “*talep anına*” kadar değil, sözlü savunma toplantısının “*yapılma anına*” kadar kullanılabilinmesi daha yerinde olacaktır¹¹⁸. Bu hakkın ilk inceleme veya önaraştırma evresinde kullanılması mümkün değildir. Talep hakkı taraflara aittir¹¹⁹. Bu bağlamda rekabeti ihlal ettiği iddia edilen teşebbüs ve teşebbüs birlikleri bu haktan faydalanabilir. Madde metninde istenebilecek deliller ve Kurul’un vereceği deliller bakımından açık bir ayırım yapılmamıştır. Ancak madde metninde “her türlü evrak ve ‘*mümkünse*’ elde edilmiş” delillere işaret edilmiştir. Bu nedenle Kurul soruşturma sürecini olumsuz etkileyebileceğini düşündüğü delilleri gerekçesini belirtmek koşulu ile taraflara vermeyebilir. Bunu takdir edecek olan Kurul’dur. Ancak Kurul’un her somut rekabet ihlalinde geçerli olmak üzere delillerin verilmemesine dair ilke kararı alması mümkün değildir¹²⁰. Kurul’un her somut olaya özel değerlendirmelerde bulunması gerekir.

Bu durumda Kurul kararı icrai bir işlem olacağı için idari yargı denetimine tabidir. Burada bir hatırlatma yapmak gerekirse RKHK’nın 43. maddesinde öngörülen Kurul işlemleri ile 44. maddede düzenlenenler arasında farklılıklar mevcuttur. RKHK’nın 43. maddesinde Kurul “*iddiaların türü ve niteliği*” bakımından bilgilendirme yapmakla yükümlü iken, 44. maddede ise “*evrak ve deliller*” bakımından bilgilendirme yükümlülüğü vardır.

Tarafların bu hakkı kullanamamasının yaptırımını ise yine aynı maddede düzenlenmiştir. Buna göre “*Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz*” (RKHK,m. 44/III). Bu hüküm nihai kararın yargısal denetiminde taraflar tanınan bir fırsattır¹²¹. Çünkü savunma hakkının tanınmaması asli bir usul sakatlığıdır. Bu noktada belirtelim ki soruşturma sonucu soruşturma

¹¹⁸ Badur/Ertem, s.39/Dipnot 77.

¹¹⁹ Taraf, haklarında soruşturma açılan ya da nihai inceleme başlatılan teşebbüs veya teşebbüs birliklerini, ifade eder (2010/3 Sayılı Tebliğ, m.4). Taraf kavramı rekabet hukukunda medeni usul hukukundan farklı anlamda kullanılmıştır. Medeni usul hukukunda taraf, bir uyuşmazlıktaki safları ifade eder. Bkz. Konuralp, s.13.

¹²⁰ D. 13.D. E:2006/891,K:2007/2812.KT:07.05.2007, www.kazanci.com, (22.01.11)

¹²¹ Budak, Deliller ve İspat, s. 42.

raporunun taraflara gönderilmesi ve tarafların savunma yapma olanağına sahip olmaları, soruşturma evresinde taraflara elde edilen belge ve delillerin gönderilmemesinin hukuki gerekçesi olamaz. Çünkü madde metni gereği “*tarafların bilgilendirilmesi*” ve “*savunma hakkı*” ayrı düzenlenmiştir. Ayrıca RKHK’da delillerin toplanma aşamasında “*tarafların bilgilendirilmesi*” ile soruşturma sonundaki “*tebligat ve cevap verme*” aşaması ayrı ayrı düzenlenmiştir. Savunma hakkına ilişkin söz konusu düzenleme hukuk devleti, isnadı öğrenme, silahların eşitliği, çelişme ilkesi gibi birçok evrensel hukuk ilkesi ile uyumludur.

2.2.4. Soruşturma Aşamasının Tamamlanması

RKHK’nın 43. maddesine göre soruşturma en geç 6 ay içinde tamamlanır¹²². Gerekli görüldüğü hallerde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından 6 aya kadar ek süre verilebilir¹²³. Sürelerin uzunluğu teşebbüslerin faaliyetlerini güvenli bir ticari ortamda yürütmesine zarar verici niteliktedir¹²⁴. Doktrinde 6 aylık sürecin başlangıcı konusunda farklı görüşler vardır. *Yılmaz*’a göre bu süre soruşturma raporunun hazırlanması için gerekli olan süredir. Bu nedenle süre savunmaların alınmasından itibaren başlar. Bu görüşün temel dayanağı eğer sözlü savunma toplantısı soruşturma süresinin sonuna doğru yapılırsa soruşturmanın tamamlanması için çok az sürenin kalacağı düşüncesidir¹²⁵. Ancak *Aslan*’a göre ise bu görüş ancak bir temenniden ibarettir. Çünkü RKHK’nın “*soruşturma 6 ay içinde tamamlanır*” ibaresi açıktır. Bu nedenle soruşturma süresi soruşturma heyetinin tespiti ile başlar¹²⁶. Öncelikle soruşturma süresinin Kurul’un soruşturma açma kararı ile başlayacağını tespit etmek gerekir. Kurul soruşturma açma kararı ile birlikte raportör veya raportörleri de belirleyeceği için (RKHK, m.43/1) pratikte soruşturma süresi de raportör veya raportörlerin tespiti ile başlayacaktır. Ancak Kurul’un soruşturma kararı alma anı ile raportör/ler atanma anında

¹²² Tasarıda bu süre 4 ay olarak öngörülmüştür (m.18). Böylece soruşturmaların daha kısa sürede sonuçlandırılması amaçlanmaktadır.

¹²³ Tasarıya göre 4 aylık süre Kurul kararı ile iki katına kadar uzatılabilir (m.18).

¹²⁴ Selçuk İltutluhan, 4054 Sayılı Kanun’un Soruşturma Sürecine İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulanış Şekli Hakkında Eleştiri ve Öneriler, Rekabet Dergisi, S.14, s.59.

¹²⁵ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 96.

¹²⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 858.

zaman farklılığı uygulamada farklı olduğu takdirde Kurul'un karar anını esas almak gerekir. Diğer yandan *Yılmaz*, tarafından yukarıda belirtilen eksiklik/zafiyet soruşturma süresinin 6 ay daha uzatılmasıyla giderilebilir. Soruşturma için ek 6 aylık süre verilmesi bu eksikliği giderici niteliktedir. Hem soruşturma kararı hem de soruşturma için ek 6 aylık süre verilmesi kararları ara karar niteliğinde oldukları için Kurul üyelerinden en az üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun kararı gerekir.

Kurul soruşturmayı 6 ayda tamamlamak zorundadır. Ancak Kurul'un soruşturmayı bu süre içerisinde bitirmemesi durumunda ne olacaktır? Öncelikle bu husus hizmetin geç işlemesi anlamına gelecek ve hizmetin geç işlemesi sebebine dayalı olarak idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir¹²⁷. Çünkü hizmetin olağan sayılayacak bir süre geç işlemesi durumunda idarenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹²⁸. Diğer yandan Kurul süre içerisinde yapılmayan soruşturma ile ceza tayinine giderse ne olacaktır? Sürenin aşılması başlı başına bir iptal sebebi midir? Bu süreler idareyi daha hızlı karar almaya sevk eden süreler olduğu için tek başına iptal sebebi olmamalıdır¹²⁹. Danıştay ise verdiği bir kararında 6 aylık soruşturma süresinin 4 gün geçmesini soruşturma raporunu hukuka aykırı kılacak, söz konusu olayda sonucu etkileyecek bir konu olarak görmemiştir¹³⁰.

Soruşturma süresinin sonunda bir rapor hazırlanır ve bu rapor tüm Kurul üyelerine ve ilgililere tebliğ edilir. Bu rapor sözlü savunma toplantısına kadar taraflar hakkında Kurul tarafından yapılan bütün iddia, tespit ve tarafların bu iddia ve tespitlere ilişkin savunmalarını kapsayan ve de sözlü savunma toplantısı yapılmadığı takdirde nihai karara esas olacak olan bir rapor niteliğindedir¹³¹. Soruşturma raporunun hem savunma makamına hem de şikâyetçi tarafa gönderilmesi

¹²⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s.428; Aslan Zehreddin, "Rekabet Kurulu Kararları ve Yargısal Denetimi", www.danistay.gov.tr, (22.01.11).

¹²⁸ Günay, s.334.

¹²⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s.428; Aslan/Berk, s.132. Ancak usul kurallarının kişiler bakımından güvence niteliği taşıdığından bahisle soruşturmanın süresinde yapılmamasının tek başına iptal sebebi olması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. Ulusoy, Rekabet Kurumu, www.rekabet.gov.tr, (22.01.11).

¹³⁰ D.10.D. E:2001/1629, K:2003/4241, K.T:04.11.2003 (Eğerci, s.120).

¹³¹ Selçuk, s. 69.

gerekir¹³². Tebliğ ile RKHK'yı ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30 gün içinde kurula göndermeleri bildirilir (RKHK,m. 45/II). İlgili maddede geçen "*Kanun'u ihlal ettiği belirlenenlere*" hükmü yerinde bir ifade değildir¹³³. Çünkü ihlalin tespiti soruşturma raporu ile değil ancak Kurul kararı ile mümkündür. Bu belki Kurul'a "*ihlal tespiti*" önerisi olarak yorumlanabilir

Uygulamada Kanun'u ihlal etmediği belirlenenlere de Kanun'u ihlal etmeme gerekçeleri bildirilmektedir. Böylece Kurul'un soruşturma heyetinin aksine karar verme ihtimaline karşı tarafların savunma yapması sağlanmış olmaktadır. Pratikte tarafların bu bildirimde "*soruşturma heyetinin görüşüne katılıyoruz*" şeklinde cevap verdiği ifade edilmektedir¹³⁴. Bu durumda da ihlalin olmadığına dair karar soruşturma sonunda Kurul tarafından nihai karar toplantısı ile alınmaktadır¹³⁵.

Tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenler 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir ve bu da tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara bildirilir. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap verebilirler. Tarafların haklı gerekçeler göstermesi halinde bu süreler bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabilir (RKHK, m. 45/II). Haklı gerekçeleri takdir etme yetkisi Kurul'a aittir¹³⁶. Görüldüğü üzere soruşturma süresi söz konusu bildirim ve savunma süreleri ile birlikte pratikte belirlenen (6 ay veya 1 bir yıl) süreden 2-3 ay daha uzun bir süreyi ifade etmektedir. Aksi durumda Kanun'un 45. maddesinde düzenlenen savunma sürelerinin işletilebilmesi mümkün değildir¹³⁷.

¹³² Bu aynı zamanda RKHK'nun 45. maddesinin öngördüğü bir zorunluluktur. Çünkü hem şikâyetçi tarafın hem de savunma makamının sözlü savunma toplantısı talep edebilmesi için soruşturma raporundan haberdar olması gerekir (Aslan, s.449).

¹³³ Badur/Ertem, s.41.

¹³⁴ Selçuk, s.60.

¹³⁵ *Selçuk*, bu durumda ihlal olmadığına dair tespitinin hemen sonrasında doğrudan nihai kararın alınması gerektiğini ifade etmektedir (Selçuk, s.73). Bu görüş usul ekonomisi açısından yerinde bir temenni olsa da Kanun'da öngörülen açık usulü süreler bakımından kabul edilebilir değildir.

¹³⁶ Güzel, s. 208.

¹³⁷ Selçuk, s.66. Benzer bir sıkıntı nihai kararın alınması bakımından da yaşanacaktır. Çünkü sözlü savunma toplantısının yapılmaması durumunda nihai karar soruşturma süresinin bitiminden itibaren 30 gün içinde yapılması gerekecek, bu durumda ise 45. maddede öngörülen savunma hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır (Selçuk, s.67)

Görüldüğü üzere savunma hakkı soruşturma aşamasının hem başında hem de sonunda özel olarak düzenlenmiştir. Özellikle soruşturma aşamasının sonunda düzenlenen savunma hakkı tıpkı yargılama hukukundaki birinci ve ikinci cevap dilekçelerine benzemektedir.

Soruşturma aşamasında hem idare için hem de ilgililer için süreler öngörülmüştür. İlgililerin RKHK' da belirtilen sürelere uymamalarının ne anlama geldiğini değerlendirmek gerekir. Örneğin soruşturma evresinin sonunda taraflara 30 günlük savunma süresi verilir. RKHK'ya göre tarafların bu 30 gün içinde verilmeyen savunmaları dikkate alınmaz (RKHK, m.43/3). Bir görüşe göre RKHK'nun taraflara ilişkin verdiği süreler "*hak düşürücü*" niteliktedir. Bu nedenle sürelerin geçmesi durumunda bu hakkın kullanılması mümkün değildir¹³⁸. Bir diğer görüşe göre ise bu süre geçse dahi taraflar her zaman elde ettikleri delilleri Kurul'a sunabileceklerdir. Taraflara tanınan bu sürenin amacı kişilere süre tanınmasına rağmen süreyi kullanmayan tarafın buna dayalı olarak Kurul kararlarının sakatlığını iddia edememesini sağlamaktadır. Böylece taraflar kendilerine hak tanınmadığını iddia ederek Kurul kararının iptalini isteyemeyecektir¹³⁹. Ayrıca bu yönde bir düzenleme ile savunma hakkı ileri sürülerek idari usul sürecinin uzaması önlenmek istenmektedir¹⁴⁰. Söz konusu düzenleme savunma hakkını sınırlayıcı nitelikte değildir. Çünkü taraflar 44. madde çerçevesinde kararı etkileyebilecek bilgi ve delili her zaman Kurul'a sunabilirler¹⁴¹. Böylece taraflara soruşturma safhasının sonuna kadar sınırsız bir savunma hakkı tanınmaktadır¹⁴². Ayrıca belirtmek gerekir ki sözlü savunma toplantısı talep edildiği takdirde de her türlü delilden yararlanmak mümkün olacağı için, bu hakkın kullanılması durumunda 44/3. madde işlevsiz hale gelecektir¹⁴³. Ancak dikkat etmek gerekir ki sözlü savunma hakkının kullanılmaması durumunda ilgili maddenin işlevi çok önemlidir.

¹³⁸ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 484.

¹³⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s.460; Aslan Yılmaz, "*Rekabet Kurulu'nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler*", Rekabet Dergisi, C. 1, S. 2, s. 21-22.

¹⁴⁰ Eğerci, s.133-134.

¹⁴¹ Tasarıya göre ise haklarından soruşturma yürütülenler, nihai kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili soruşturma kararının tebliğinden itibaren en geç sözlü savunma toplantısının sonuna kadar, bu toplantı yapılmazsa yazılı savunma sürelerinin bitimine kadar Kurul'a sunabilirler (m.20).

¹⁴² Budak, Deliller ve İspat, s. 41.

¹⁴³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 458.

Soruşturma safhası ihtimaller dâhilinde tarafların 3 kez savunma hakkını kullanması ile sona ermektedir. Soruşturma safhasının bitimiyle dosya tamamlanmış olur ve soruşturma heyetinin görevi sona erer. Artık dosya karar safhasında istemde bulunduğu takdirde sözlü savunma toplantısı da yapılarak karara bağlanacaktır.

2.3. Sözlü Savunma Toplantısı

RKHK'da düzenlenen idari usulün bir diğer evresi ise sözlü savunma toplantısıdır¹⁴⁴. Böylece Kurum'un yargı benzeri (veya yarı-yargısal)¹⁴⁵ bir usul geliştirmesi daha da somutlaşmaktadır. Sözlü savunma toplantısı savunma hakkının bir yansıması niteliğindedir¹⁴⁶ ve "dinlenme hakkını" idari usul aşamasında işler hale getirmektedir¹⁴⁷. Sözlü savunma toplantısı aslında karar aşamasının bir parçasıdır¹⁴⁸. Çünkü sözlü savunma toplantısı zorunlu değildir, tarafın veya Kurul'un resen istemine bağlıdır. Taraf veya Kurul tarafından istemde bulunulmadığı takdirde doğrudan karar toplantısına geçilir.

RKHK'ya göre sözlü savunma yapmak taraflara (= haklarında soruşturma ya da nihai inceleme yürütülenlere) tanınmış bir haktır. Buna göre taraflar bu hakkını iki şekilde kullanabilir. Taraflar ya cevap dilekçesinde ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini belirtirler. Bu iki hal savunma hakkının kullanılması bakımından yerinde ve yeterli olmakla birlikte, bunun

¹⁴⁴ İdari işlemlerde savunma alınması usulü bir şarttır. Bu şarta uyulmamasının yaptırımını ise iptal edilebilirliktir. Bu nedenle tarafların bu hakkı kullanmak istemeleri ve buna rağmen savunmalarının alınmaması asli bir usul sakatlığıdır ve iptal davasına konu olabilir.

¹⁴⁵ Bkz. Gözler, İdare Hukuku, s.323; Gözübüyük/Tan, s.452; Budak Ali Cem, "AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat", Perşembe Konferansları, Mayıs 2004, s. 138; Ulusoy Ali, "Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumunun Yeri", www.rekabet.gov.tr, (22.01.11).

¹⁴⁶ İdari yaptırımlar bakımından savunma hakkı için bkz. Karabulut Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008, s.39-48.

¹⁴⁷ Rekabet Kurulu ilk defa Aygaz A.Ş., Mogaz A.Ş.Ş ve İpragaz A.Ş.'nin talebi üzerine,; 17.11.1998 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapmaya karar vermiştir (RK, K.S:93/750-159, K.T: 26.11.1998, www.rekabet.gov.tr, (22.01.11)).Kurul ikinci olarak da Ege bölgesinde faaliyette bulunan çimento fabrikalarının RKHK'yı ihlal ettiği iddiasını incelerken sözlü savunma usulünü gerçekleştirmiştir (RK,K.S:99-30/276-166(a), K.T:17.06.1999, www.rekabet.gov.tr, (22.01.11)).

¹⁴⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 874.

dışında Kurul'un diğer bildirimlerinde de sözlü savunma talebinde bulunulabileceğinin hatırlatılması daha yerinde olurdu¹⁴⁹. Tarafın sözlü savunma talebinde bulunması durumunda Kurul'un bağlı yetkisi vardır.

Taraf olmayan ancak menfaati etkilenen kişilerin de hukuken korunan böyle bir hakları olmasa da sözlü savunma toplantısı talep edebileceği düşünülebilir. Çünkü RKHK'ya göre Kurul'un da kendiliğinden bu yetkisini kullanması mümkündür. Bu durumda Kurul'un tavrının menfaati etkilenen taraf olmayan üçüncü kişinin başvurusuyla şekilleneceği ve takdir hakkını kullanacağı düşünülebilir. Diğer bir ihtimalde ise Kurul kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verebilir (RKHK,m.46/1). Kurul'un tarafların istemde bulunması durumunda "*bağlı yetkisi*", kendiliğinden hareket etmesi durumunda "*takdir hakkı*" vardır¹⁵⁰.

Sözlü savunma toplantılarını Kurul başkanı veya Kurul başkanının toplantıya katılmadığı durumlarda Kurul ikinci başkanı yönetir. Toplantı, Kurul başkanı veya ikinci başkan ile en az dört Kurul üyesinin katılımı ile yapılır (RKHK,m.47/II). Toplantı açık yoklama ile başlar¹⁵¹. Toplantıya taraflardan hiçbiri katılmamış ise başkan toplantıyı sonlandırır (Tebliğ, m.15/2). Sözlü savunma toplantısında taraflar, şikâyetçiler ve varsa üçüncü kişiler dinlenir. Toplantıda başkan ve üyeler taraflara, şikâyetçiye, üçüncü kişiye ve diğer uzmanlara soru yöneltebilir. Bu katılımcı modeli güçlendiren bir husustur. Görüşmeler sonucu son söz taraflara verilir. Bu düzenleme ile de savunma hakkına verilen önem tekrar vurgulanmıştır. Toplantı düzeninden genel olarak başkan sorumludur. Toplantı ses ve görüntü cihazları ile kayıt altına alınır. Bu husus ise Kurul kararlarına karşı yargı yoluna gidilmesi durumunda idari işlemin oluşumundaki varsa hukuka aykırılıkların tespitini kolaylaştırıcı niteliktedir.

¹⁴⁹ Aksoylu, s.41.

¹⁵⁰ Sözlü savunma toplantısını düzenleyen ilgili maddede taraf istemi için "*yapılır*" ifadesi kullanılmışken, Kurul'un kendi istemi için ise "*karar verebilir*" ifadesi kullanılmıştır (m.46).

¹⁵¹ Yoklamanın ardından ilk olarak iddiaların ve dosyanın içeriğini kısaca özetlemek üzere soruşturma heyetine söz verilir. Soruşturma heyetinin sunumundan sonra sırayla varsa önce şikâyetçilere, üçüncü kişilere ve Bakanlığa, ardından da taraflara ad/unvan bakımından alfabetik sıraya göre söz hakkı verilir. Başkan, resen veya tarafların talebi üzerine bu sırayı değiştirebilir (Tebliğ, m. 15/3).

Sözlü savunma toplantısı ile Kurul soruşturmalarında katılımcı yöntem modeli benimsenmiştir¹⁵². Bu modelin tam olarak işler olabilmesi için teşebbüslerin savunmalarına olanak verilmesi, bu olanağı anlamlandıracak soruların sorulması, Kurul üyelerinin kanaatlerini açıklamaması ve de kanaat açıklama anlamına gelecek soruların sorulmaması gerekmektedir¹⁵³.

Sözlü savunma toplantısının yapılması belli bir süreye bağlanmıştır. Buna göre bu toplantı soruşturma safhasının bitiminden en az 30 gün en çok 60 gün¹⁵⁴ içinde yapılır. Sözlü Savunma Tebliği'ne göre soruşturma safhası haklarında soruşturma yürütülenlerin son yazılı savunma tarihinde ya da bu sürenin sonunda sona erer¹⁵⁵. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri sözlü savunma toplantısı gününden en az 30 gün önce taraflara gönderilir. RKHK'da geçen "*en az 30 gün içinde*" ifadesinin anlamına uygun olarak "*30 gün geçmedikçe*" olarak, "*yapılır*" ifadesinin ise "*başlanır*" olarak düzenlenmesi daha yerinde olur. Çünkü toplantı birden fazla oturumdan oluşabilir.

RKHK'nın 47. maddesinde sözlü savunma toplantısı ile ilgili diğer esaslar düzenlenmiştir. Buna göre sözlü savunma toplantıları açık olarak yapılır. Bu husus yargılamanın kamuya açık olması (aleniyet) ilkesine benzemektedir¹⁵⁶. Ancak aleniyet ilkesi bakımından toplantıları izlemek ve toplantılara katılmak arasında bir ayrım yapmak gerekir. Toplantılar kamuya açıklık gereği gizlilik kararı alınmadığı sürece herkes tarafından izlenebilir¹⁵⁷. Toplantıya katılmak fiili ile oturumlara katılarak görüş bildirmek, açıklamada bulunmak, delil ibraz etmek ve savunma yapmak kastedilmektedir¹⁵⁸. Oturumlara RKHK'yı ihlal ettiği iddia edilen taraflar veya bunların temsilcileri ile doğrudan ya da

¹⁵² Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 245.

¹⁵³ Akıllıoğlu, Rekabet Hukuku Uygulaması, s.13.

¹⁵⁴ Tasarıda sözlü savunma toplantısının yazılı savunma sürelerinin bitiminden itibaren en geç iki ay içinde yapılacağı düzenlenmektedir (m.21).

¹⁵⁵ Tebliğ'de Soruşturma safhası; "soruşturma kararının alınmasından, haklarında soruşturma yürütülenlerin son yazılı savunma tarihine ya da bu sürenin bitimine kadar geçen safha" olarak tanımlanmıştır (Tebliğ, m. 3).

¹⁵⁶ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.97.

¹⁵⁷ Sözlü savunma toplantısına dinleyici olarak katılmak isteyenlerin bu talepleri, toplantı saatinden makul bir süre önce toplantı mahallinde hazır bulunmaları koşuluyla, toplantı salonunun fiziki imkânları ölçüsünde ve salona geliş sırasına göre karşılanır (Tebliğ,m.8).

¹⁵⁸ Korkmaz, s.159.

dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da onların temsilcileri katılabilir (RKHK,m. 47/V). Oturuma katılabilecekler arasında “Kanun’u ihlal ettiği iddia edilen kişiler veya bunların temsilcileri” ve “doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da onların temsilcileri” şeklinde ayırım yapmak mümkündür. İkinci gruptaki kişiler Tebliğ gereğince “üçüncü kişi” sıfatına haiz kişilerdir.

RKHK’yi ihlal ettiği iddia edilen kişiler veya bunların temsilcileri doğrudan oturumlara katılabilirler. Katılma isteğinde bulunmak yeterlidir, ayrıca Kurul’un bu yönde karar almasına gerek yoktur. Ancak diğer kişiler bakımından ise menfaat şartının yerine getirilmesi gerekir. İlgililer menfaat şartını ortaya koyan bilgi ve belgeler ile Kurul’a başvurup menfaatlerini ispat ederlerse kendileri veya temsilcileri toplantılara katılabilirler. Menfaatin tespiti ise Kurul’un takdirine bırakılmıştır. Kurul’un tarafın menfaati olmadığı gerekçesi ile toplantıya kabul etmemesi idari davaya konu olabilecektir. Menfaat şartını yerine getirenlere de sözlü savunma toplantısı için davetiye gönderilir. Ancak bu durumda haliyle 30 gün şartına uyma zorunluluğu yoktur. Çünkü tarihi belirli olan bir sözlü savunma toplantısına toplantı öncesi menfaatin ispatlanması ile de katılıma mümkündür. Taraplardan biri toplantıya katılmazsa sözlü savunma toplantısı yapılır. Her iki taraf da katılmazsa veya sadece menfaati etkilenen üçüncü kişi katılırsa soruşturma bir hafta içinde dosya üzerinde inceleme yapılarak tamamlanır¹⁵⁹.

Bunun dışında toplantıya şikâyetçiler ve bilgisine ihtiyaç duyulan gerçek ve tüzel kişiler katılabilir. Şikâyetçiler, Kurul tarafından belirlenen sürede yazılı talepte buldukları takdirde toplantıya katılabilirler. Şikâyetçiler adına da toplantılara temsilcilerin katılması mümkündür. Bazen de Kurul soruşturma heyetinin talebi ya da kendiliğinden ilgili gördüğü veya bilgi alma ihtiyacı hissettiği üçüncü kişileri görüşlerini almak için toplantıya davet edebilir. Yine soruşturmanın bakanlığın talebi doğrultusunda başladığı durumlarda toplantıya katılımı konusunda Bakanlığa da bildirim yapılır.

Taraflar sözlü savunma toplantısına bizzat katılabilecekleri gibi, yetkili temsilcileri vasıtasıyla da katılabilirler. Temsilcinin avukat olma zorunluluğu yoktur. Ancak temsilcilerin avukat olması kişilerin

¹⁵⁹ Aslan, s.465.

savunma hakkını daha iyi kullanabilmesi ve hukuki güvenlik bakımından daha yerinde olacaktır¹⁶⁰. Rekabet alanının teknik ve uzmanlık gerektiren bir alan olduğunu da dikkate alırsak temsilcinin bu alanda uzman herhangi birinin de olabileceğini söylemek mümkündür. Tarafları toplantıda kimlerin temsil edeceğinin, bu kişilerin temsil yetkisini gösterir belgeler ile birlikte en geç toplantıdan yedi gün öncesine kadar Kurum'a bildirilmesi asıldır. Zorunlu hallerde Başkan, bu süre içinde bildirilmemiş temsilcilerin dinlenmesine de izin verebilir. Bu şekilde bildirilen temsilci sayısı, toplantı yerinin fiziki imkânları ve sürenin daha etkin kullanımı gibi gerekçelerle Başkanlık tarafından kısıtlanabilir (Tebliğ, m. 7).

Genel ahlakın ve ticari sırların korunması gerekçesi ile Kurul, sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verebilir (RKHK, m. 47/1). Ticari sırların korunması amacıyla gizlilik talebinde bulunan taraf ilgili kısımların neden ticari sır olduğunu ve yayınlanmasının ne gibi sakıncaları getirebileceğini ve de sunumun hangi kısımlarının gizli yapılması gerektiğini gerekçeli olarak açıklamalıdır. Gizlilik kararı doğrudan Kurul tarafından alınabileceği gibi, tarafların yazılı başvurusu ile de alınabilir. Tarafların gizlilik taleplerini en geç ispat vasıtalarının sunulmasına ilişkin sürenin sonuna kadar Kurul'a iletmeleri gerekmektedir. Bu süre geçirdikten sonra gizlilik talepleri kabul edilmez (Tebliğ, m. 9/3)¹⁶¹. Gizlilik talebinde bulunan taraflar, sözlü savunmalarında kullanacakları ispat vasıtalarının yanı sıra, yapacakları sunumun temel unsurlarını içeren bir taslağını, toplantıdan en geç yedi gün önce Kurula iletirler (Tebliğ, m. 9/4). Gizlilik talebi Kurul tarafından sözlü savunma toplantısı önce karara bağlanır. Kurul bu talebi kısmen ya da tamamen kabul edebilir. Kurul'un aldığı kararın gerekçesi nihai karar ile birlikte açıklanır (Tebliğ, m. 9/3). Gizlilik kararı alındığı takdirde ilgili taraf, soruşturma heyeti ve dosya ile ilgili görevli Kurum personeli dışında bütün kişiler salondan çıkarılır (Tebliğ, m. 10). Ayrıca RKHK'da Kurul üyelerinin görevden ayrılışları bile

¹⁶⁰ Aslan, Rekabet Kurulu Kararları, www.danistay.gov.tr, (22.01.11); Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 97.

¹⁶¹ "Gizlilik niteliğine sahip dokümanlar, açık ve görülebilir bir şekilde "gizlidir" ya da "ticari sır içermektedir" ifadeleri ile işaretlenir ve bu dokümanların gizlilik içeren bir nüshasıyla birlikte, yalnızca gizlilik içeren kısımlarının çıkarılmış ya da kapatılmış olduğu, gizlilik içermeyen bir nüshası da Kurula sunulur" (Tebliğ,m.9/4).

ticari sırları ifşa edemeyecekleri, kendilerinin veya başkalarının menfaatine kullanamayacakları düzenlenmiştir (RKHK, m. 25/5)¹⁶².

Sözlü savunma toplantıları en çok birbirini izleyen beş oturumda tamamlanır ve bir gün içinde yapılan çeşitli toplantılar bir oturum sayılır (RKHK, m. 47/III). Sözlü savunma toplantısından en geç 7 gün önce taraflar sözlü savunmada yararlanacakları ispat vasıtalarını Kurul'a bildirmekle yükümlüdürler. Taraflar süresi içinde bildirilmemiş ispat vasıtalarından yararlanamazlar (RKHK, m. 47/IV). Bu yönde bir süre öngörülerek savunma hakkı ileri sürülerek idari usul aşamasının uzaması önlenmeye çalışılmıştır¹⁶³. Kurul kararlarında söz konusu delillerden faydalanacaktır. Ancak kararlarında savunma hakkı tanımadığı delillere dayanması mümkün değildir.

Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nun ikinci babının sekizinci faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasitasından¹⁶⁴ yararlanabilirler. Bu nedenle HUMK bakımından delil niteliği taşıyan her şey rekabet soruşturmalarına da esas alınabilir. HUMK bakımından deliller ise keşif, senet, ikrar, yemin¹⁶⁵, kesin hüküm, şahit, bilirkişi olarak sıralanabilir. Somutlaştırmak gerekirse soruşturmalarda şirket defterleri, muhasebe kayıtları, el ilanları, mektuplar, tanıklar, bilgisayar kayıtları delil olarak kullanılabilir¹⁶⁶. RKHK'nun HUMK'a atfı ile açık ve kişi haklarını güvence altına alan yeni bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır¹⁶⁷. Bu hüküm ile medeni usul hukukunda kullanılan delil çeşitlerine atıf yapılmaktadır. RKHK'daki

¹⁶² Badur/Ertem, s.51.

¹⁶³ Eğerci, s.133-134.

¹⁶⁴ İspat vasıtası, "maddi vakıaların ispatında kullanılan her türlü delili" ifade eder (Sözlü Savunma Tebliği, m. 3).

¹⁶⁵ Kimsenin kendisi aleyhine ikrarda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesi rekabet soruşturmalarında da geçerlidir. Diğer yandan yeminin ancak hâkim tarafında icra edilmesi gerektiği kuralı gereğince de yemin delilinin rekabet soruşturmalarında kullanılması mümkün değildir (Budak, Deliller ve İspat, s.42).

¹⁶⁶ Güven, s. 485. Örneğin Kurul LPG - Adıyaman kararında ortak hareket eden tarafların el ilanlarını, bir otelde yapılan toplantıya ilişkin tutanakları delil olarak kabul etmiştir. Kurul'un yapmış olduğu ilk sözlü toplantıda, Adıyaman'da bulunan Yücelgaz Şirketi'nin, Likitgaz, Milangaz, Milgaz, Mogaz, Aygaz, Sihirgaz ve İpragaz aleyhine yaptığı başvuruda bu yedi firmanın aynı tarihte, aynı yerde yaptıkları fiyat indirimlerini halka duyurdıkları el ilanları delil olarak sunulmuş ve Kurul tarafından kabul edilmiştir. RK, K.S:93/750-159, K.T: 26.11.1998, www.rekabet.gov.tr/pdf/93-750-159.pdf, (22.01.11).

¹⁶⁷ Aslan/Berk, s. 130.

bu gönderme HUMK'taki delil sistemine değil sadece "uyduğu oranda, kıyasen" delil çeşitlerinedir. Çünkü HUMK'taki delil sisteminin benimsenmesi rekabet hukukunun kamusal yönüne zedeleyecektir. Rekabet hukuku bakımından Kurul RKHK'da belirtildiği üzere delilleri serbestçe tartışacaktır (RKHK,m.50)¹⁶⁸. Kurul bu değerlendirmesi ile rekabet ihlalinin varlığını tespit etmeye çalışacaktır. Bu tespit faaliyetinde ise Kurul'un hem iddia hem de karar makamı olduğu dikkate alınırsa verdiği kararı yine kendisi delillendirmesi gerekecektir¹⁶⁹. RKHK'da delil çeşitlerine yapılan toplu atfın sakıncası ise HUMK'ta bulunmayan delil çeşitlerinin esas alınamayacağı izlenimini doğurmasıdır. Ancak bu atfı herhangi bir kanun ile sınırlı saymamak ve her türlü ispat aracını esas almak gerekir¹⁷⁰. Tebliğ'de ispat vasıtalarından "tanık" özel olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre taraflar belirli konuların aydınlatılması için tanık dinletebilirler. Tanık gösteren taraf tanığın anlatacağı konuyu ve listesini 7 gün içinde Kurul'a sunar. Bildirim usulüne uygun olarak yapılmaz ise tanık dilenmesi mümkün değildir. Tanıkların toplantıda bulunması sorumluluğu taraflara aittir. Kurul tanıkların bir kısmı ile ikna olmuşsa diğerlerini dinlemeyebilir. Kurul tanıkları ayrı ayrı dinler. Tanıklar gerektiğinde yüzleştirilir (Tebliğ,m.12). Delil elde etmek amacıyla tanık dinlenmesi durumunda ise tanığa yemin verdirilmesi mümkün değildir¹⁷¹. Çünkü sözlü savunma toplantısı idari bir aşamadır ve yargılama faaliyetinde hâkim huzurunda verdirilen yeminin zorunlu olarak bu aşamada da teklif edilmesi mümkün değildir.

Yine "uzman görüşü" Tebliğ'de özel olarak düzenlenmiştir. Taraflar dosya konusuna ilişkin uzmanlardan görüş alabilir. Bu durumda Kurul talep üzerine veya kendiliğinden uzmanı toplantıda dinleyebilir.

Kurul, toplantı tarihini, yerini, saatini ve toplantıya katılmak isteyen şikâyetçiler ile üçüncü kişiler için başvuru süresini tespit eder ve bu karar Kurum internet sayfasında duyurulur(Tebliğ, m. 4/2).

¹⁶⁸ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.102; Konuralp, s.13.

¹⁶⁹ Bu gereklilikten dolayı Yılmaz'a göre - her ne kadar kavramın yargılama hukukundaki anlamı ile tam olarak örtüşmese de - rekabet soruşturmaları bakımından "isbat yükü"nü Kurul'a ait olduğu söylenebilir (Yılmaz Ejder, Rekabet Hukukunda İspat Yükü, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2006, s.73-74). Aksi görüş için bkz. Budak, Deliller ve İspat, s.45).

¹⁷⁰ Konuralp, s.13; Coşgun Hüseyin, ABD, AB ve Türk Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı olarak Fonksiyonları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2009, s.69.

¹⁷¹ Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.102.

2.4. Nihai Karar Toplantısı

Sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesiyle birlikte 15 gün içinde karar verilir (RKHK, m. 48/I). Sözlü savunma toplantısı birbirini izleyen oturumlardan oluşuyorsa son oturumun yapıldığı gün nihai kararın verilmesi gerekir. Sözlü savunma toplantısı yapılmasının taraflarca talep edilmediği ve Kurul'un da kendiliğinden sözlü savunma yapılmasına karar vermediği hallerde, nihai karar dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre, soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilir (RKHK, m. 48/II). Sözlü savunma yapılmasına karar verilmesine rağmen ilgili tarafların sözlü savunmaya gelmemesi halinde karar, belirlenmiş toplantı tarihinden sonraki bir hafta içinde dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre verilir (RKHK, m. 48/III). Karar sözlü savunma toplantısında verilmiş ise tefhim, farklı bir zamanda verilmiş ise tebliğ edilir¹⁷².

Karar safhasında bu tür sürelerin konulması karar aşamasına gelmiş uyuşmazlığın bir an önce karara bağlanmasını ve sürüncemede kalmamasını amaçlamaktadır¹⁷³. Bu nedenle niteliği gereği söz konusu süreler idareyi hızlı karar almaya sevk edici niteliktedir.

Kurul kararları gizli görüşme sonucu alınır ve alenen tefhim edilir (RKHK, m. 5). Sözlü savunma toplantısı için aleniyet ilkesi geçerli iken kararların alınmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Kararlarda hiçbir Kurul üyesinin oyu çekimsiz olamaz. Görüşmelere mazeretli olanlar dışında sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş olan üyelerin katılmaları zorunludur (RKHK, m. 49). Bu hüküm ile RKHK'nın sözlü savunma toplantısına verdiği önem ortaya çıkmakta ve Kurul kararlarının oluşmasında sözlü savunma toplantısının etkin olması amaçlanmaktadır. Görüşmeyi Kurul başkanı veya Kurul başkanının görüşmeye katılmadığı durumlarda ikinci başkan yönetir ve karara bağlanacak konuları belirler. Bu konular serbestçe tartışıldıktan sonra başkan oyları toplar ve en son kendi oyunu verir (RKHK, m. 50). Böylece Kurul üyelerinin başkanın oyundan etkilenmesi önlenmeye çalışılmıştır¹⁷⁴. Kurul, nihai kararlarında başkan ya da ikinci dâhil en az toplam beş

¹⁷² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 875.

¹⁷³ Aslan/Berk, s. 132.

¹⁷⁴ Badur/Ertem, s.49.

üyenin (Kurul başkanı veya ikinci başkan ile en az dört Kurul üyesi)¹⁷⁵ katılımı ile toplanır ve en az dört üyenin¹⁷⁶ aynı yönde oy kullanması ile karar verir (RKHK, m. 51/I). İlk toplantıda karar için gerekli oranın sağlanamadığı durumlarda, başkan ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlar. Ancak bunun mümkün olmaması halinde karar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. Bu durumda da toplantı oranı beşten az olamaz. İkinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılır (RKHK, m. 51/II). Maddenin düzenlenişinden karar toplantısının iki defa olabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak her toplantı farklı zamanlarda birden fazla görüşmeden olabilir. Örneğin ilk toplantı iki, ikinci toplantı üç günde tamamlanabilir.

Kurul üyelerinin soruşturmaya katılarak hem soruşturma aşamasında hem de karar aşamasında görev alması 2005 yapılan değişiklik¹⁷⁷ ile artık mümkün değildir. Böylece soruşturmaya katılan Kurul üyesinin önceden görüşünün belli olması nedeniyle karar aşamasında objektif ve tarafsız¹⁷⁸ olamayacağı eleştirisi¹⁷⁹ ortadan kalkmıştır¹⁸⁰.

¹⁷⁵ 2005 değişikliği öncesi 7 üyenin katılımı gerekmekteydi.

¹⁷⁶ 2005 değişikliği öncesi 6 üyenin oyu gerekmekteydi.

¹⁷⁷ RKHK'nın 43. maddesinin ilk fıkrasının eski ilk cümlesi şu şekildeydi: "Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurul, görevli raportör veya raportörler ile birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirler."

¹⁷⁸ Bu aynı zamanda Rekabet Kurulu kararlarının yargı benzeri olduğunu görüşünü savunan ve bu bağlamda AİHS'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma ilkesi bakımından denetlenebileceğini düşünen yazarlar tarafından adil yargılanma ilkesine aykırı bulunmaktaydı (Bkz. Akıllıoğlu Tekin, "Rekabet Hukuku Uygulamasında İnsan Hakları", Rekabet Haber Bülteni, S. 10, s. 11).

¹⁷⁹ Kanımızca eski düzenleme bakımından söz konusu eleştirinin haklılığı tartışmaya açıktır. Çünkü soruşturma aşamasına katılan Kurul üyesinin karar aşamasında tarafsız ve objektif olamayacağı iddiası kısmen kabul edilebilir. Ancak soruşturma ve karar aşaması en nihayetinde idari usul aşamasıdır. İdari usul aşamaları idarenin beklenen etkinliğin bir gereği olarak olabildiğince hızlı yerine getirilmelidir. Bu anlamda soruşturma aşamasına katılan üyenin nihai karar aşamasına katılmasında pratik faydaların olduğu bile söylenebilir. Diğer yandan nihai karar sadece soruşturma aşamasına katılan üyenin oyu ile alınmamaktadır. Soruşturma aşamasına katılan Kurul üyesinin karar aşamasında tarafsız ve objektif olamayacağı yorumu yine RKHK'da düzenlenen idari usul aşamasının yarı yargısal karakterinin bir sonucudur. Çünkü soruşturmaya katılan üyenin nihai karara katılması bir nevi yargılama hukukundaki ihsas-ı rey'e benzetilmektedir.

¹⁸⁰ Danıştay da soruşturmayı yürüten kişinin nihai karara da katılmasını "tarafsızlık ilkesi"ne aykırı bulmaktaydı: "... Soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun ve bu rapora karşı verilen savunmayla ilgili olarak hazırlanan ek yazılı görüşün oluşturulması aşamasında bulunmak, raporu ve ek görüşü imzalamak

Rekabet Kurulu kararlarında şu hususlar bulunur: “kararı veren kurul üyelerinin adları ve soyadları”, “inceleme ve araştırmayı yapanların adları ve soyadları”, “ tarafların¹⁸¹ ad ve unvanları ile ikametgâhları ve ayırıcı nitelikleri”, “ tarafların iddialarının özeti”, “inceleme ve tartışılan ekonomik ve hukuki konuların özeti”, “raportörün görüşü”, “ileri sürülen bütün delillerin ve savunmaların değerlendirilmesi”¹⁸², “gerekçe¹⁸³ ve kararın hukuki dayanağı”¹⁸⁴, “sonuç”, “varsa karşı oy yazıları” (RKHK, m. 52/I). Söz konusu hususlar her ne kadar madde gerekçesinde sadece nihai

suretiyle görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır. Sonuç olarak, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullandığı dava konusu Rekabet Kurulu Kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır...” D.10.D.E:2005/938, K:2005/3245, K.T: 30.09.2005; D.İDDGK.E:2006/1169, K:2008/1688, K.T:19.06.2008, D.10.D.E:2005/929, K:2005/4804, K.T:22.6.2005, www.kazanci.com, (22.01.11). Danıştay yine benzer bir şekilde soruşturmayı yürüten ve geçici tedbir öneren Kurul üyesinin de katıldığı toplantıda geçici tedbir talebinin değerlendirilerek tedbir kararı alınmasını tarafsızlık ilkesine aykırı bulmuştur. D.İDDGK,E:2004/2548,K:2005/2179, K.T:16.6.2005, www.kazanci.com, (22.01.11). Ancak Danıştay’ın farklı kararlarına da rastlamak mümkündür. Danıştay aksi yöndeki bir karara göre soruşturmaya katılan Kurul üyelerinin oy kullanmalarını kısıtlayan açık bir hüküm olmaması nedeniyle üyenin karar toplantısına katılmasında hukuka aykırılık yoktur.Bkz. D. 10.D.E:2001/4817, K:2003/4770, K.T:22.6.2005, www.kazanci.com, (22.01.11).

¹⁸¹ Buradaki taraflar ifadesi hem şikâyetçiyi hem de savunma tarafını ifade etmektedir (Aslan, Rekabet Hukuku, s. 893).

¹⁸² Burada söz konusu olan deliller sadece tarafların ileri sürdüğü delillerden ibaret değildir. Re’sen araştırma ilkesi gereği Kurul’un kendiliğinden elde ettiği deliller de bu kapsamdadır.

¹⁸³ RKHK’nın 54. maddesinde yer alan “Kurul kararlarında sürelerin gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren başlayacağı” hükmü de Rekabet Kurulu kararlarının gerekçeli olma zorunluluğunu teyit edici niteliktedir. Söz konusu hükümler ile Anayasa gereği zorunlu bulunan bir husus idari bir makam için de geçerli hale getirilmektedir.

¹⁸⁴ Rekabet Kurulu kararları ikiye ayrılmaktadır: ara kararlar ve nihai kararlar. RKHK’nın 52.maddesi ara karar- nihai karar ayrımı yapmadan bütün kararlar için gerekçe zorunluluğu getirmektedir. Ancak madde gerekçesinde ise bu maddenin sadece nihai kararlar için uygulanacağı belirtilmektedir. Madde gerekçesi ve madde arasında uyumsuzluk mevcuttur. Madde metninde dikkati çeken bir diğer husus ise “gerekçe” ve “hukuki dayanak” kavramlarının birlikte kullanılmasıdır. Aslında gerekçe ve hukuki dayanak kavramları arasında doğal bir bağ vardır. Çünkü hukuki dayanak bir idari karardaki daha çok soyut önermeye karşılık gelir. Yani idarenin hangi durumlarda karar alabileceğinin belirli olmasıdır. Bu noktada hukuki dayanak ile idari işlemin sebep unsuru arasında sıkı bir ilişki vardır. Gerekçe ise somut olayların hukuki dayanaklara uygunluğunun (=uyduğunun) tartışılmasıdır. Gerekçenin zorunlu olduğu idari işlemler bakımından gerekçenin eksikliği işlemi şekil unsuru açısından sakatlar.

kararlar için öngörülmüşse de Kurul'un ara- nihai bütün kararlarında bulunmalıdır. Bu nedenle ara kararda savunma ve raportör görüşü bulunmamasını hukuka uygun bulan Danıştay kararlarına katılmak mümkün değildir¹⁸⁵.

Rekabet Kurulu'nca verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan haklar¹⁸⁶ şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılmalıdır (RKHK,m.52/II)¹⁸⁷. Karar, Kurul başkanı veya onun görevlen-

¹⁸⁵ D. 10.D. E: 2001/4818, K:2003/4533, KT:19.11.2003, www.kazanci.com, (22.01.11). Kararda para cezası kararlarının da ara karar niteliğinde olduğu, bu nedenle 52. maddenin bu kararlar için geçerli olmadığı belirtilmesi ilginçtir.

¹⁸⁶ İdari işlemlerde olması gereken bir diğer yazılılık şartı ise idari işleme karşı muhatapların hangi yargısal yola, hangi süre içerisinde gidilebileceğinin belirtilmesidir. RKHK'nın 52. maddesinde kararlarda bulunması gereken hususlar arasında yargısal başvuru yeri ve yolu belirtilmemiştir. Ancak ileri sürülen bir görüşe göre kararda bulunması gereken hususlar arasında yargı yollarının gösterilmesi hususu "tanınan haklar" ifadesinin geniş yorumlanmasından çıkarılabilir. Çünkü fıkarda geçen "hak" kelimesinin geniş yorumlanmasından kararlarda başvurulacak yargısal yolların da bulunması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Uygulamada ise Kurul kararlarında yargısal başvuru yolunun gösterildiği görülmektedir (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayında oturum başkanı İsmail Hakkı KARAKELLE tarafından tebliğ tartışma bölümünde ifade edilen görüş, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt: 2, 2002, s.132). Ancak idari işlemlerde yargısal başvuru yollarının belirtilmesi zorunluluğu yapılan değişiklik ile anayasal bir zorunluluktur. Anayasanın 40. maddesine göre "Devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır". Maddede geçen "Devlet" ifadesi sadece merkezden yönetim idaresi olarak değil yerinden yönetim idareleri de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu nedenle bir tür yerinden yönetim idaresi olan Rekabet Kurumu kararlarında da yargısal yol ve yerin belirtilmesi anayasal bir gerekliliktir.

¹⁸⁷ RKHK'da her ne kadar sadece "karar" ifadesi kullanılmışsa da yazılılık şartı Kurul'un bütün faaliyetleri için geçerlidir. Bu bağlamda idari eylemler bakımından da idarenin faaliyetleri yazılı hale getirilmeli ve tutanak altına alınmalıdır. Bu durumda ulaşılmak istenen amaç yine aynıdır. İdarenin faaliyetlerinin yazılı olması, durumun belgelenmesi ve bu duruma dayalı olarak ileride yapılacak işlemler bakımından önemlidir. Örneğin RKHK'nın 15. maddesinde Kurul'un yerinde inceleme yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre Kurul, RKHK'nın kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir, belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. Bu madde çerçevesinde Rekabet Kurulu'nun faaliyetleri idari eylem niteliğindedir ve Kurul'un yerinde inceleme faaliyeti yazılı belge haline getirilmelidir. Çünkü bu gereklilik öncelikle olarak bu faaliyetin içeriğini öğrenme, bu faaliyete dayalı olarak yargı yoluna başvurma, idarenin teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin tutum ve davranışlarını öğrenmesi, bu tutum ve davranışlara dayalı olarak hem idari hem adli ihlalleri tespit etme bakımından önemlidir. Örneğin "Kurul kararı ile

direceği bir üye tarafından yazılır. Kararlar toplantıya katılan üyeler tarafından imzalanır¹⁸⁸. Karara muhalif kalan üyeler ayrı ayrı veya birlikte karşı oy yazısı yazabilir¹⁸⁹. Kararın aslı Kurul arşivinde saklanır. Birer nüshası imza karşılığında taraflara verilir. Bir nüshası da yayınlanmak üzere Rekabet Kurumu yayın işlerine gönderilir (RKHK,m.53/I). Kurul kararları tarafların ticari nitelikli sırlarını ifşa etmeyecek şekilde Kurum internet sayfasında yayınlanır (RKHK,m.53/II).

SONUÇ

Rekabet Kurumu toplumsal hayatın hassas alanlarından birisi olan rekabet düzenini kontrol, düzenleme, yönlendirme görevini yerine getirmek için kurulmuş, bu özellikleri ile bir yandan “ekonomik kolluk makamı” diğer yandan ise “bağımsız idari otorite” kimliğine sahip bir yerinden yönetim idaresidir. Rekabet Kurumu rekabet düzenini düzenleyici ve bireysel işlemler ile koruyacaktır. Kurum yönetmelikler ve tebliğler olmak üzere birçok düzenleyici işlemler yapmakla birlik-

yerinde inceleme hallerinde yanıltıcı veya yanlış bilgi verilmesi, hiç bilgi verilmemesi, eksik bilgi verilmesi” durumu idari para cezası gerektiren bir idari ihlal niteliğindedir. Bu durumda idari ihlalin tespiti, eylemin yazılı hale getirilmesine bağlıdır.

¹⁸⁸ İmza da esas olarak yazılılık kuralının bir gereğidir. Belgenin imzasız olması açıklanan iradeyi ve dolayısıyla idari işlemi şekil unsuru açısından sakatlar. İmzanın yetkisiz bir kişi tarafından atılması durumunda ise işlem yetki unsuru açısından sakat olurKurul kararları kolektif işlem niteliğindedir. Bu nedenle iradeler aynı anda açıklanmalı ve de imzalar aynı anda atılmalıdır. Iradeyi ortaya koyan imzanın sonradan eklenmesi veya iradenin daha sonra açıklanarak imzaya bağlanması işlemi usul açısından sakatlar.

¹⁸⁹ Danıştay kararlarda karşı oyların bulunma zorunluluğunu “kararın bütünlüğü” ölçütü ile açıklamaktadır: “Birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerinin, kurulu oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda oluştuğu göz önüne alındığında, kararın değerlendirilmesinde, çoğunluk oyları kadar, karşı görüşte olanların oylarının bilinmesi önemli olup, kararın bütünlüğü bakımından... Rekabet Kurulu kararlarında “varsa karşı oy yazılarının da bulunması gerekli görülmüştür”. Bu nedenle Kurul kararlarında karşı oy yazılarının bulunmaması asli bir şekil eksikliği olarak görülmekte iptal nedeni olarak ileri sürülmektedir D.10.D.E:2000/1220, K:2001/55, K.T:15.1.2001, www.kazanci.com, (22.01.11). Danıştay, karşı oy yazılarının daha sonra eklenerek ilgiliye tebliğ edilmesini de usul sakatlığı olarak görmektedir: “...Yasayla zorunlu görülen şekil kuralına uyulmamasının esası etkileyen bir noksanlık olduğu gerekçesiyle rekabet kurulunun ilgili kararının iptal edilerek ortadan kalktığı gözönüne alındığında, rekabet kurulunca verildiği tarih itibarıyla yürürlüğe girecek yeni bir karar verilmeden, iptal edilen kararın karşı oy gerekçeleri eklenerek kurul başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uygunluk görülmektedir...”. D.10.D. E:2004/2319, K:2005/47, K.T:24.05.2005; D.10.D.E:2002/3686, K: 2003/5292, K.T:23.12.2003, www.kazanci.com, (22.01.11).

te birçok da bireysel işlemler yapmaktadır. Bireysel işlemler arasında muhataplarında en çok etki doğuran grup ise “*idari para cezaları*”dır.

İdari para cezası kararları Kurum’un hukuki işlem yapma yetkisinin doğal uzantısıdır. İdari para cezaları da idari işlemler için öngörül-müş olan usul şartına uygun olmak zorundadır. İdari usul kurallarına ilişkin özel düzenlemeler haricinde genel bir kanun yoktur. Bu nedenle usul kurallarını genel usul kuralları ve ilgili mevzuatta belirlenen özel usul kuralları olarak ikiye ayırmak mümkündür. Rekabet ihlallerinde öngörülen para cezaları bakımından da genel usul kuralları geçerlidir. Bunun yanında RKHK rekabet ihlalleri bakımından özel usuli bir süreç öngörmüştür. Bu özelliği ile de mevzuatımızda özgün bir yeri vardır.

RKHK idari usul sürecini önaraştırma- soruşturma- sözlü savunma toplantısı ve nihai karar olmak üzere dört aşamalı olarak öngör-müştür. Söz konusu süreç idari usul sürecinin yargı benzeri (yarı-yar-gısal) karakterini de ortaya koymaktadır. RKHK’da ve yönetmelikte idari usul sürecinin aşamaları daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu süreç yargılama sürecindeki iddia-tahkikat-savunma-hüküm sü-reci ile paralellik arz eder. RKHK’da bu süreci ilişkin bazı eksiklikler mevcuttur.

RKHK’da düzenlenmeyen durumların yönetmelik ile düzenlen-mesi veya birbiriyle uyumsuz düzenlemelerin varlığı ortadan kaldı-rılmalıdır. Bu bağlamda yönetmelik ile düzenlenen ilk inceleme aş-amasının hukuki rejimi kanun ile daha açık hale getirilmelidir. Ayrıca soruşturma sürecinin yargı benzeri karakteri dikkate alınmalı ve yar-gılama hukuklarında benimsenen temel prensipler esas alınarak idari usul sürecinin kuralları belirlenmelidir. Örneğin Kurul’un soruşturma açması için gerekli olan bilgi ve delilin niteliği objektif olarak belirlen-melidir. İdari sürecin hedefi idare hukuku anlamında hukuka aykır-ırlığı tespit etmektir. Bu nedenle soruşturmalarda esas alınacak delil sistemi ve edinme yöntemleri tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmelidir.

RKHK’nın özel hukuk karakteri yanında kamu hukuku karakteri dikkate alınmalı dili ve terimleri kamu hukuku ve özellikle idare hukuku rejimine uygun olarak düzenlenmelidir. Örneğin Kurul’un hangi durumlarda takdir yetkisi hangi durumlarda bağlı yetkisi oldu-ğu açıklığa kavuşturulmalı, var olan çelişkiler de giderilmelidir. Yine

hukuki güvenlik açısından idari usul sürecinin farklı aşamalarında Kurul'un, tarafların ve de soruşturma sürecine katılan ilgili diğer kişilerin haklarına, yükümlülüklerine ve de faaliyetlerine ilişkin süreler tereddüde yol açmayacak şekilde belirlenmelidir. Söz konusu evrelerde süreye ilişkin birçok belirsizlik yer almaktadır. Bunların giderilmesi gerekmektedir.

Yine idari usul sürecinde faaliyette bulunan idari makamların ve personelin niteliği açıkça belirlenmeli, yetki ve sorumlulukları ortaya konmalıdır. Öneri ve soruşturma evrelerinde Kurum personelinin yetki ve görevleri belirlenmeli ve bu sürecin teknik gereksinimleri karşılanacak şekilde değişikliklere gidilmelidir. Bu bağlamda özellikle bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri rekabet ihlalinin belirlenmesi bakımından önemli iki kurumdur. Bu olanakların hangi evrede kimler tarafından kullanılacağı amaca uygun olarak özellikle Kanun'da düzenlenmelidir.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu Tekin, Rekabet Hukuku Uygulamasında İnsan Hakları, Rekabet Haber Bülteni, S. 10. (Metin içinde kısaltma "Rekabet Hukuku Uygulaması").
- Akıllıoğlu Tekin, Yönetimsel İşlemlerde Gereke İlkesi, AİD, C. 15, S. 2.
- Akıllıoğlu Tekin, Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz, Amme İdaresi Dergisi, C.14, S.3.
- Akıllıoğlu Tekin, İnsan Hakları ve Yönetim Hukukumuz, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>, (22.04.11).
- Akıncı Müslüm, Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, S.5.
- Akıncı Müslüm, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul 1999.(Metin içinde kısaltma "Bağımsız İdari Otoriteler").
- Aksoylu Özge, Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdari Usuller, İstanbul 2006.

Aslan Zehreddin, Rekabet Kurulu Kararları ve Yargısal Denetimi, www.danistay.gov.tr, (22.01.11). (Metin içinde kısaltma Rekabet Kurulu Kararları).

Aslan Zehredin/Berk Kahraman, Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev Yetkileri İle Yargısal Denetimi, İstanbul 2000.

Aslan Zehreddin, Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi, www.istanbul.edu.tr/siyasal/dergi/sayi23-24/05.htm, (22.01.11).

Aslan Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2007.

Aslan Yılmaz, Rekabet Kurulu'nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, C. 1, S. 2.(Metin içinde kısaltma "BİAK Kararı").

Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2006.

Atay Ender Ethem, Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler: Rekabet Konseyi, Perşembe Konferansları 6, Rekabet Kurumu Yayın No:57.

Akyılmaz Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında Rekabet Kurulunun Çalışma Usulü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 2, 2002.

Akyılmaz Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000.

Ayaydın Aydın, "Kurul mu, kurum mu?",

<http://arsiv.sabah.com.tr/2005/11/18/yaz1356-30-125.html>, (22.01.11).

Badur Emel/Ertem Burcu, Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulu, Rekabet Dergisi, S. 33, Ocak-Şubat-Mart 2008.

Budak Ali Cem, "AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat", Perşembe Konferansları, Mayıs 2004.

Budak Ali Cem, Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2003

(<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/etkinlikkitap/etkinlikkitap12.pdf>, 18.04.11). (Metin içinde kısaca "Deliller ve İspat")

- Coşgun Hüseyin , ABD, AB ve Türk Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı olarak Fonksiyonları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2009.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004.
- Duran Lütfü, Türkiye’de Bağımsız İdarî Otoriteler, AİD, Mart 1997, C. 30, S.1.
- Duran Lütfü, Türkiye’de Bağımsız İdarî Otoriteler, in; Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. Kaboğlu İbrahim, İstanbul 1998.
- Eğerci Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara 2005, (Ayrıca, www.rekabet.gov.tr/tez.html, (22.01.11)).
- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2006.
- Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2006.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2006.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C.1, Bursa 2003.
- Günday Metin, İdare Hukuku, Ankara 2003.
- Gündüz Harun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Rekabet Hukuku Uygulamalarına Etkileri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2009
- Güneş Turan, “*Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*”, Ankara, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1965.
- Güven Pelin, Rekabet Hukuku, Ankara 2005.
- Güzel Oğuzkan, Türk Rekabet Hukuku Uygukamasında Yargının Rolü: Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2006
- İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar, (Çev. Kuntbay İhsan), Amme İdaresi Dergisi, C.11, S.4

İnan Nurkut, *"Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi"*, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 1999.

Kaboğlu İbrahim Ö.(ed.), *Bağımsız İdarî Otoriteler*, İstanbul 1998.

Kalabalık Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul 2004.

Karabulut Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara 2008

Koç Emin, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen İdari Para Yaptırımları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008.

Konuralp Haluk, *Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V*, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2007.

Korkmaz Olgu Hikmet, *4054 s. Kanun'da Öngörülen İdari Para Cezaları ve Yargısal Korunma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2002.

Morange Jean, *"Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler"*, (Çev. Cevdet ATAY) in; *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ed. İbrahim KABOĞLU, İstanbul 1998.

Özay İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul 2002.

Öztürk Ebru, *Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması*, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

Pauliat Helene, *"Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Uygulama Yetkileri"*, (Çev. Göçer Mahmut) , in; *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ed. Kaboğlu İbrahim, İstanbul 1998.

Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara 1994, (<http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/oik432/o432.pdf>, (22.01.11)).

Sanlı Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:3, Ankara 2000. (Ayrıca, www.rekabet.gov.tr/tez.html, (22.01.11)).

Sayhan İsmet, "Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık", Rekabet Dergisi, Ocak - Şubat - Mart 2004.

Selçuk İlmütlühan, 4054 Sayılı Kanun'un Soruşturma Sürecine İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulanış Şekli Hakkında Eleştiri ve Öneriler, Rekabet Dergisi, S.14.

Tan Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, C. 3.

Tan Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler", Perşembe Konferansları 4, Rekabet Kurumu Yayın No:55.

Tan Turgut, "Ekonomi-Regülasyon- ve Bağımsız İdari Otoriteler", www.danistay.gov.tr, (22.01.11),

(Metin içinde kısaltma "Bağımsız İdari Otoriteler").

Tekinsoy M. Ayhan, Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, S. 2, Ankara 2007.

Topçuoğlu Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001.

Ulusoy Ali, Bağımsız İdarî Otoriteler, Ankara 2003.

Ulusoy Ali, Bağımsız İdari Kurumlar, Danıştay Dergisi, S.100.

Ulusoy Ali, Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, www.danistay.gov.tr, (22.01.11).

Ulusoy Ali, Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumunun Yeri, www.rekabet.gov.tr, (22.01.11).

Usta Murat, Bağımsız İdari Otorite Sistemi İçinde Rekabet Kurulu ve Rekebet Uygulamaları, Ankara 2007.

Ünlü Hasan Hüseyin, Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hukuki Durumları, Ankara 2003.

Yıldırım Turan, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", www.danistay.gov.tr, (22.01.11).

Yılmaz Ejder, *"Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları"*,
Perşembe Konferansları, Kasım 1999.

Yılmaz Ejder, *"Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler"*,

www.rekabet.gov.tr/word/sempozyum/9Nisan2004Kayseri/10Ejderyilmaz.doc, (22.01.11).

Yılmaz Ejder, Rekabet Hukukunda İspat Yükü, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2006, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/etkinlikkitap/etkinlikkitap17.pdf>, (18.04.11).

Yolcu İsmail Atalay, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi, Ankara 2003.

KENT PLANLAMA VE ADALET İLİŞKİSİNİN DEĞİŞEN İÇERİĞİ*

THE CHANGING CONTENT OF ÜRBAN PLANNING AND JUSTICE RELATION

İpek ÖZBEK SÖNMEZ**

Özet : Sosyal, politik, ekonomik ve coğrafik alanlarında adalet tartışmaları ve arayışları tarihsel süreç içerisinde antik döneme kadar uzanmaktadır. Ancak kent planlama ve adalet tartışmalarının yoğunlaşması sanayi devrimi ve hızlı kentleşme süreçleri ile ilişkilendirilebilir. Kentsel planlama, 19. yy.dan bu yana çeşitli dönemler itibarıyla, farklı kapsamlar ve yöntemler ile gerçekleştirilmiştir. Farklı kent planlama yaklaşımlarının farklı adalet endişeleri taşıdıkları görülmüştür. Örneğin; 19.yy kentinde sağlıklı kentsel yaşam koşullarını sağlamak; kentsel adaleti sağlamanın temel araçlarından biri olarak değerlendirilirken, ileri ki dönemlerde savunucu planlama yaklaşımları çerçevesinde azınlıkların ve dezavantajlı grupların kentsel sistem içerisindeki konumlarına ilişkin adalet tartışmaları yoğun biçimde gerçekleştirilmiştir. Adalet tartışmaları, hem kent planlama süreçleri, hem de kentsel analiz yaklaşımlarında yer almıştır. 20. yy.ın son çeyreğinde küreselleşme süreçleri ile birlikte adalet çok daha yoğun bir biçimde tartışılan bir konu haline gelmiştir. Neo-Liberal ekonomik politikaların etkisi ile kent planlama, kentsel pazarı yönlendiren en temel aktörlerden birisi haline gelmiştir. Böyle bir süreç içerisinde adalet kavramının yoğun bir biçimde tartışılmasının sebebi, sürecin her alanda adaletsizliği oluşturuyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu noktada devlet yönetimi yaklaşımlarından, yerel yönetim yaklaşımlarına ve kent planlama pratiğine uzanan alanlar da adaletin sağlanması için yeni yaklaşımlar ve yöntemler geliştirilmeye başlanmıştır. Yeni yaklaşımlar, demokrasi ve adaletin sağlanabilmesi gibi konular da toplumsal katılım süreçlerinin önemine vurgu yapmıştır; çünkü piyasa ve yarışma merkezli kent planlama sürecinde, demokrasi ve adaletin; bireysel ve toplumsal katılım ve direniş gibi süreçlerin aktif hale gelmesi ile gerçekleşebileceği sonucuna varılmıştır. Bugün, adalet kavramı ve kent planlama ilişkisi toplumsal haklardan; ekolojik endişelere uzanan çok geniş bir spektruma yayılmıştır. Bu bildiri de, tarihsel süreç içerisinde, farklı kentsel analiz yaklaşımlarında ve kent planlama süreçlerinde; adalet kavramının değerlendirilme biçimine ve adalet kavramının değişen içeriğine ilişkin, sistematik ve teorik bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır.

* Bu çalışma 14-16 Kasım 2011 tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştirilmiş olan "Herkes için Kent Herkes için Planlama" konulu Dünya Şehircilik Günü 7. Türkiye Şehircilik Kongresi'nde sunulan bildirinin yeniden düzenlenmiş halidir.

** Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, Mimarlık Fakültesi, Şehir ve Bölge Planlama Bölümü, İzmir e-posta:ipek.sonmez@deu.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Kent, Kentsel Adalet, Kent Hakkı, Planlama Yaklaşımları

Abstract : Social, political, economic, and geographic areas of discussions and the search for justice go back to the ancient period in the historical process. However, discussions on urban planning, and justice can be associated with intensification of the industrial revolution and the rapid urbanization process. Urban planning at various periods since the 19th century was held with different scopes and methodologies. Different approaches to urban planning were carried by different justice concerns. For example, in the 19th century to ensure healthy urban living conditions was evaluated as the basic means of providing urban justice, in the further periods within the framework of advocative planning approach the position of minorities and disadvantaged groups within the system of justice was evaluated extensively in the discussions. Discussions of justice have taken place in urban planning processes, as well as approaches to urban analysis. With the last quarter of 20th century globalization, processes of justice have become much more intensely discussed topic. With the Influence of neo-liberal economic policies, urban planning has become one of the main actors that direct the urban market. Such an intense discussion of the concept of justice is due to the fact that the process causes injustice in every field. At this point, new approaches and methods in order to sustain justice began to develop within the scope of the state management approaches, local governance and urban planning approaches. New approaches to issues such as democracy and justice highlighted the importance of social participation processes. Because it was concluded that within the market and competition-based urban planning process, democracy and justice could be provided only with public participation and resistance of individuals and the society. Today, the concept of justice and social rights in relation with urban planning and ecological concerns span a wide ranging spectrum. In this paper, it is intended to do a systematic and theoretical evaluation of the concept of justice, and its changing content within the historical process of different approaches to urban analysis and urban planning.

Key Words : City, Urban Justice, Right to the City, Planning Approaches

1.Giriş

Yapılı çevrenin inşa edilmeye başladığı antik dönemlerden günümüze değin, kentleşme süreci içerisinde ve kentlerin yönetiminde sistem arayışı var olmuştur. Çünkü işbölümü ve uzmanlaşmanın geliştiği topluluklarda, sınıfsal sistemin oluşması, ekonomik, toplumsal ve askeri bütünlüğün sağlanması için belirli bir düzenin kurulması

gerekli olmuştur. Dolayısıyla, antik dönemden itibaren kentler, düzen içerisinde gelişme göstermiş ve bu düzen esasen çeşitli hukuk kuralları ve adalet ilkeleri üzerinden gerçekleştirilmiştir. Lakin adaletin belirleyicileri, sürekli değişim içinde ki ekonomik ve siyasal düşünceler ile ilişkili olan felsefi ve siyasal yaklaşımlardır. Örneğin, “..... kapitalizm yandaşları, mülkiyeti; özgürlük ve demokrasinin kaynağı olarak ele alırlarken, toplumcu akımlar, hakçasına paylaşılmayan varsıllığın, özgürlüğün en büyük düşmanı olduğunu ileri sürmüşlerdir”¹. Ayrıca radikal olarak birbirinden farklı sosyo-ekolojik durumlar, neyin adil olduğu ya da olmadığı konusunda farklı yaklaşımlar içerirler. Bu nedenle, adalet duygusunun coğrafi ve tarihsel olarak oluşturulduğunu bilmek gereklidir².

Sosyal ve ekonomik tercihler ile siyasi düşünceler çerçevesinde, mekânı şekillendiren, kent planlama disiplini çerçevesinde ise tarihin farklı dönemlerinde, farklı yaklaşımlarla adil kentsel gelişme koşullarının sağlanması amacıyla, politikalar, stratejiler ve planlama kararları geliştirilmeye çalışılmıştır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, adil kent planlama sistemi ve buna bağlı olarak yasalar ve uygulamalar, değişen sosyo-ekonomik ve siyasi düşünceler çerçevesinde belirlenmiştir. Bu nedenle, bu çalışma da; farklı kent planlama yaklaşımları çerçevesinde kentte sağlanmaya çalışılan adaletin içeriği tartışılacaktır. Çünkü farklı dönemlerde, farklı planlama yaklaşımları çerçevesinde, kentsel adalete ilişkin olarak farklı anlayışlar benimsenmiştir. Bu tartışmalar çerçevesinde bu çalışmada, özellikle 20. yy’ın son çeyreğinde planlama pratiğindeki değişimlere neden sosyal, ekonomik ve politik koşullar kısaca tartışılarak, planlama yaklaşımlarındaki değişimleri yaratan koşullar ortaya konmaya çalışılacaktır. Ayrıca, söz konusu değişimler sonucunda yerel, ulusal ve evrensel ölçeklerde ortaya çıkan tepki mekanizmaları-toplumsal hareketler ve güçler değerlendirilecek ve son bölümde kentsel adalet sorununa, insan hakları çerçevesinden bakılması gerektiği vurgulanarak, “kent hakkı” arayışlarının kent planlama açısından önemi vurgulanacaktır.

¹ Dinç, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara,2007, .2,s.2

² Harvey, David, Justice Nature and the Geography of Difference, Blackwell, Oxford, 1996, s.6

2. Farklı Kent Planlama Yaklaşımları ve Adalet Arayışları

Erken modernite döneminde gerçekleştirilen kent planları, daha çok sanayi kentinin sorunlarını çözmeyi amaçlayan ve sanayi kentinin olumsuz yaşam koşullarına karşı tepkisel olarak oluşturulmuş planlardır. Bu dönemin ürünü olan planlar, kentsel adaletin sağlanmasından çok, toplumsal sorunların fiziki mekânın iyileştirilmesi yoluyla çözüleceği varsayımına dayalı olarak geliştirilmiştir. Dönemin ütopyik planlarında bu yaklaşım hissedilmiştir.

20. yy başlarında uygulamaya geçen klasik kent planlama yaklaşımı çerçevesinde ise kentlerin fiziki gelişimlerini düzenlemeyi amaç edinen ve hangi işlevin nerede yer seçeceğini belirleyen planlar hazırlanmıştır. Bu yaklaşım çerçevesinde geliştirilen planlar daha çok kentlerin gelecekteki büyüme biçimlerini tahmin eden, büyük ölçüde teknik planlardır. Bu çerçevede; arazinin kullanımında, sınırlandırılmasında ve bölümlendirilmesinde, alt yapının geliştirilmesine ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Söz konusu çalışmaların arazinin yapısını, mülkiyet haklarını ve arazilerin kullanım değerini etkilemesi nedeniyle yasalar ve yönetmelikler doğrultusunda adil dağıtım mekanizmalarının geliştirilmeye çalışıldığı belirtilebilir.

2. Dünya Savaşından sonra Keynesçi ekonomik düşüncesinin gelişmesi ile birlikte kent planlamada, geniş kapsamlı ve rasyonalist planlama yaklaşımı benimsenmiştir. Söz konusu yaklaşım çerçevesinde kamu yararının sağlanmasına ilişkin endişeler fark edilmiştir.

Kentsel planlamada farklı yönlerden gelen eleştirilere karşın, hala egemenliğini büyük ölçüde sürdüren kapsamlı akılcı planlama modelinin dayandığı etik kuram yararcı felsefenin temel yaklaşımını benimser. J.Bentham ve J.S. Mill tarafından temelleri atılan “*yararcılık*” felsefesine göre tek tek bireylerin ve toplumun toplam gönencinin en çoğa çıkarılması temel amaçtır. Buna göre, kapsamlı planlama yaklaşımı çerçevesinde tek bir kamu yararı vardır ve amaç bu yararı en çoğa çıkarmaktır³. Bu noktada geniş kapsamlı planlama anlayışının kentsel adalet açısından en önemli varsayımı, kent plancılarının kamu

³ Ersoy, Melih, Birlikçilik Kurumu ve Etik Sorunlar, 8. Kasım Dünya Şehircilik Günü 31. Kolokyumu, Planlama Meslek Alanı: Geçmişten Geleceğe, Bildiriler Kitabı, TMMOB Şehir Plancıları Odası yayını, Ankara, 2008, s.76

yararının gözeticileri oldukları inancıdır. Plancılar, piyasanın yarattığı karmaşayı düzenleme kaygısı taşırlar⁴. “*Kapsamlı planlama yaklaşımı pozitivist bir bakış açısıyla, toplumsal ilişkilerin ve mekânsal yapıların bilimsel araçlar ve teknikler kullanılarak analiz edilebileceğinin, bu çerçevede sorunların ve bunlara yönelik çözüm önerilerinin teknik bir süreç içinde belirlenebileceğinin iddiasındadır*”⁵.

Bu genel yaklaşım çerçevesinde, planlama kurumu yoluyla, plancıların mevcut sorunların çözümüne en iyi alternatifi bulma yetisine sahip olduğu var sayılır. Dolayısıyla, kentsel adaleti ve kamu yararını sağlayacak olan teknik araçlarını kullanacaklar plancı ve planlama kurumudur. Kentin planlanması ve yönetiminde Weberci Devlet merkezli bakış açısının hâkim olduğu bu anlayış çerçevesinde kentsel adaleti sağlayacak olan devlet yönetimidir. Bu nedenle devletin hâkim ideolojik, siyasal bakış açısı etrafında şekillenecek olan kentsel adalardan söz etmek mümkündür. Geniş kapsamlı planlama yaklaşımına en önemli eleştiri, hâkim ideolojik bakış açısıyla sınırlı kalınmasıdır. Özellikle, dışlanan kesimlere ve sınıfsal farklara ilişkin duyarsızlık, en önemli eleştiri konularıdır.

Geniş kapsamlı planlama anlayışının toplumun farklı kesimleri arasında adaletsizliğe yol açtığı ve toplumun bazı kesimlerini dışladığı yönündeki eleştiriler doğrultusunda savunucu planlama anlayışı gelişmiştir. Davidoff (1965) geniş kapsamlı planlama yaklaşımının devletin hâkim ideolojik bakış açısı çerçevesinde geliştirdiği planların bazı kesimleri dışladığını belirterek, toplumun tüm kesimlerinin sorunlarını içselleştirecek alternatif planların üretilmesini önerir. Gans (1969) ise dezavantajlıların koşullarının iyileştirilmesi konusunda plancıların sorumlulukları olduğunu gündeme getirir.

Böylelikle 1960’lı yılların sonlarına doğru planlamanın teknik boyutunun ötesine geçilerek, planlamanın siyasal tartışmalardan ve bakış açılarından bağımsız olarak gerçekleştirilemeyeceğinin farkına varılmıştır. 1960’ların sonlarında ve 1970’li yıllarda gerçekleştirilen planla-

⁴ Şengül, Tarık, ‘Planlama Paradigmalarının Dönüşümü Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme’, Kentsel Planlama Kuramları. M.Ersoy (ed.), İmge Kitabevi, Ankara, s:59-114, 2007, s.65

⁵ Şengül, s.65

ma çalışmalarında ise kent yoksullarının haklarını savunan planlama politikaları üzerinde çalışılmıştır. “Gans, Davidoff ve Reiner yerel çevrelerde artan sorunlara karşı siyasi ilgi karşısında planlama stratejilerinin oluşturulması ve uygulamada halkın katılımının önemini vurgulamışlardır”⁶. Planlama sürecine siyasal boyutun ve katılımın kazandırılmasının gündeme gelmesiyle planlama, kentsel adalet açısından güçsüz kesimlerin haklarını savunan bir içeriğe sahip olmuştur. “Davidoff ve Gans, planlamayı elit sınıfın egemen olduğu bir sistemden daha çok demokratik ve çoğulcu politikaları ortaya koyan bir araç olarak değerlendirmiştir”⁷.

“John Rawls tarafından geliştirilen sözleşmeci kuram ise, köklerini ahlak felsefesi ile Marksizm’den alan, ancak bazı yazarlarca da günümüzün egemen liberal görüşün temsilciliğini üstlenen sosyal demokrat yaklaşımın bir uzantısı olarak görülmektedir... Rawls, sosyal adaletin bir hak olarak tanınması gerektiğini vurgulamıştır.... Rawls’un ahlak kuramına göre hedef, herhangi bir nihai içsel “iyi”nin en çoğa çıkartılması değil, onun hakça bölüşülmesidir. Rawls’un önerdiği etik adalet kuramının bir etik planlama kuramının oluşturulmasına da katkıda bulunabileceği ileri sürülmektedir... Ayrıca Rawls, planlamada toplumun dezavantajlı kesimlerine yönelik projelerine öncelik verilmesini savunur”⁸.

Rawls’un geliştirdiği ilkeler Marxist planlama eleştirisi çerçevesinde değerlendirilebilir. 1970’lerden itibaren Marxist eleştiri çerçevesinde, kent mekânının kapitalist üretim süreçlerinin ürünü olduğu ve söz konusu süreçlerin yarattığı eşitsizliklerin üzerinde durulmuştur. Castells (1977), Marxist teoriye temellenen eleştirilerinde, gücün eşitsiz dağıtımının yapısal temellerini sorgulamıştır. Henri Lefebvre kente ilişkin saptamalarında mekân ilişkilerinin ve küresel mekân ekonomisinin inşası ve yeniden inşasının kapitalizmin 20. y.y. da varlığını sürdürebilmesinin temel aracı olduğunu belirtmiştir⁹. Ayrıca Lefebvre “kent hakkı” (right to the city) kavramını ortaya koymuştur¹⁰. Kapita-

⁶ Healey, Patsy, Collaborative Planning, Shaping Places in Fragmented Societies, UBC Press, Canada, 1997

⁷ Healey, s.27

⁸ Ersoy, s.78-79

⁹ Harvey, s245

¹⁰ Fainstein, Susan, Competitiveness, Cohesion, and Governance: Their Implications for Social Justice, International Journal of Urban and Regional Research Volume 25, p:884-888, 2001

list üretim sürecinin ürünü olduğu vurgulanan kent mekânının şekillendirilmesinde siyasi ve ekonomik süreçlere ilişkin müdahalenin önemine dikkat çekmiştir. Marxist eleştirel yaklaşımlar çerçevesinden adalet kavramına ilişkin Harvey (1973, 1996,2000) ile Sayer ve Storper (1997)'in önemli çalışmaları bulunmaktadır. Harvey (1973), "*Sosyal Adalet ve Kent*" adlı çalışmasında kent ve bölge planlamanın toplumsal olarak nasıl daha adil bir kent yaratabileceğini tartışmıştır. Ancak tartışmaların sonunda toplumsal olarak adil kentin, kapitalist ekonomik ve kentsel düzen ile mümkün olamayacağını; Marxist yeniden oluşumlara göre sadece devrimci çözümlerin mümkün olabileceğini belirtmiştir¹¹.

Marxist eleştirel yaklaşımlara göre kent plancılarının görevi toplumsal yeniden üretim sürecine katkıda bulunmaktır. Kentsel adalet sadece kültürel farklılıkların kutsanmasını içermez, aynı zamanda kapitalist süreçte üretilen soyut mekâna karşı somut mekânın özgürleştirilmesi için değişim değerinin ve mülkiyet ilişkilerinin sorgulanmasını içerir¹².

Özetle; Marxist eleştirel yaklaşımlar çerçevesinde, kent mekânının kapitalist üretim süreçlerinin ürünü olduğu ve sürecin yarattığı eşitsizliklere vurgu yapılmıştır. Bu çerçevede "*kent hakkı*" ve kentte sosyal adaletin sağlanması tartışmaları yapılmış, ayrıca kent mekânının şekillenmesinde ekonomik, toplumsal ve politik süreçlere müdahalenin önemine dikkat çekilmiş; kentteki değişim değerinin ve mülkiyet ilişkilerinin sorgulanmasının gerektiği belirtilmiştir. Kent planlama aracılığıyla toplumsal adaletin sağlanabileceği tartışılmıştır.

1970'lerde ise Keynesyen ve ithal ikameci stratejilerin krize girme- siyle neo-liberal ekonomi politikaları geliştirilmiş ve planlama stratejileri neo-liberal politikalar doğrultusunda eleştirilmiştir. Bireysel girişimcilğe ve özgürlüğe önem veren neo-liberal anlayış çerçevesinde kamu yararı merkezli anlayış eleştiriye uğramış; eleştiriler çerçevesinde geniş kapsamlı ve uzun vadeli planlamanın dinamik piyasa yapısına uygun olmadığı, piyasasının işleyişini kısıtladığı belirtilmiştir.

¹¹ Harloe, Micheal, Social Justice and the City: The New 'Liberal Formulation', International Journal of Urban and Regional Research, Volume 25, p:889-897, 2001

¹² Şengül,s.75

1980'li yıllardan sonra bu eğilimler çerçevesinde piyasa güçleri daha fazla baskın hale gelmiş, bu da sonuç olarak kentte adaletsizliklerin artışı ile sonuçlanmıştır.

Planlamaya sadece neo-liberal yaklaşımlar çerçevesinde değil, aynı zamanda Modernitenin eleştirisi çerçevesinde de eleştiriler gelmiştir. *"Kentsel düzeyde bu anlayış kendisini çok açık biçimde ortaya koymaktadır. Kentleri bir anlatı ya da senaryo etrafında uzun vadeli bir bakış açısıyla şekillendirmeyi hedefleyen planlama kurumunun kentin bir farklılıklar mozaiği olduğunu görmezlikten geldiği, bu nedenle de bu farklılıkları ve zenginliği ortadan kaldırdığı temel eleştiri konusudur"*¹³. Dolayısıyla, kentsel adalet açısından değerlendirdiğimiz de modernite eleştirisinin ana çerçevesinin rasyonalist planlama anlayışının farklılıklarını ve çeşitliliklerini göz ardı etmesi, dışlaması olduğunu belirtebiliriz. Ayrıca Jacobs'ın modernist kente yönelik eleştirilerinde de yer aldığı üzere, modern kentte katılımcılığa olanak tanıyan mekânların planlama yoluyla ortadan kaldırıldığı belirtilir¹⁴.

Söz konusu eleştiriler doğrultusunda, farklılıkları göz ardı etmeyen, toplumun tüm kesimlerinin görüşlerini kapsayan bir planlama yaklaşımının benimsenebileceği tartışılmıştır. Bu yaklaşım biçimi; *"İletişimsel Planlama"* (Communicative Planning) olarak tarif edilmektedir. Farklı grupların planlama sürecine katılarak, düşüncelerini, taleplerini dile getirmelerine, müzakere etmelerine olanak sağlayacak bu yaklaşımın hiçbir kesimi dışlamaması nedeniyle, toplumsal uzlaşma doğrultusunda kentsel adaletin sağlanabileceği varsayılır¹⁵. Ancak günümüz planlama pratiğinde deneyimlenenler piyasa güçlerinin de devreye girdiği koşullarda, farklı gruplar arasında uzlaşmayı sağlamanın kolaylıkla mümkün olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, iletişimsel planlama yaklaşımı ile kentsel adalete katkının oldukça sınırlı kaldığı, buna karşın piyasa güçlerinin hâkimiyetinin geçerli olduğu bir planlama anlayışının ağırlıklı olarak gündeme geldiğinden bahsedebiliriz.

¹³ Şengül, s.80

¹⁴ Şengül, s.81

¹⁵ Forester, John, *Planning in the Face of Power*, University of California Press, Berkeley, 1989; Healey, 1997

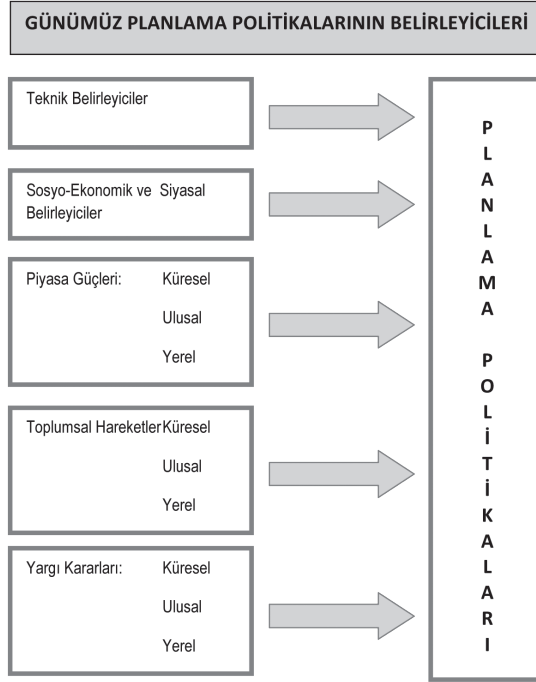
Tablo 1: Farklı Kent Planlama ve Eleştirel Yaklaşımlar Açısından Kentsel Adalet		
Kent Planlama Yaklaşımları ve Eleştirel Yaklaşımlar	Amaçları	Kentsel Adaletin Kapsamı
Erken Modernite Dönemi Kent Planlaması 19.yy sonu- 20 yy. başları	Kapitalist kentin sorunlarını fiziksel iyileştirmeler aracılığıyla çözmek, ya da alternatif kentler yaratmak	Fiziki mekânın iyileştirilmesi, alternatif kentler üretmek
Klasik Kent Planlaması 20.yy başları	Rahatlık, düzen, etkinlik, güzellik	Arazinin kullanımında, sınırlandırılmasında ve bölümlendirilmesinde adil bir düzen sağlamak.
Geniş Kapsamlı Kent Planlaması 1930 -	Toplumsal ilişkilerin ve mekansal sorunların teknik araçların kullanımı yoluyla çözülmesi. Kamu yararını sağlama.	Planlama kurumu yoluyla plancıların mevcut sorunların çözümüne, en iyi alternatifi bulma yetisine sahip olduğu var sayılır. Dolayısıyla, kentsel adaleti ve kamu yararını sağlayacak olan teknik araçlarını kullanacak olan plancıdır. Kentsel adalet devletin ideolojik ve siyasi görüşleri etrafında şekillenmektedir.
Savunucu Planlama Yaklaşımı Davidoff, 1965 Gans, 1969	Planlama yoluyla toplumun tüm kesimlerinin sorunlarını çözmeyi amaçlayan planlar üretmek	Kent planlama sürecine siyasal boyutun kazandırılmasının gündeme gelmesiyle, kentsel adalet açısından güçsüz kesimlerin haklarının savunulması çabası. Planlama elit sınıfın egemen olduğu bir sistemden daha çok demokratik ve çoğulcu politikaları ortaya koyan bir araç olarak değerlendirilmiştir.
Marxist Paradigmanın Planlama Eleştirisi Lefebvre, 1974 Castells, 1977, Harvey 1973	Planlamanın siyasal boyutunun önemi vurgulanmıştır.	Kentsel adalet sadece kültürel farklılıkların kutsanmasını içermez, aynı zamanda kapitalist süreçte üretilen soyut mekana karşı somut mekânın özgürleştirilmesi için değişim değerinin ve mülkiyet ilişkilerinin sorgulanmasını içerir. Kentsel adalet açısından planlama yoluyla çalışan sınıfın haklarının aranmaya başlanmıştır. <i>"Kent Hakkı ve "Sosyal Adalet"</i> için planlama yoluyla ekonomik, toplumsal ve politik süreçlere müdahaleye önem verilmiştir. Kent planlama süreci içerisinde kentsel adaletin sağlanabileceği tartışılmıştır.

Tablo 1: Farklı Kent Planlama ve Eleştirel Yaklaşımlar Açısından Kentsel Adalet		
Neo-Liberal Paradigma Çerçevesinde Planlama Eleştirisi 1980-	Uzun vadeli ve geniş kapsamlı planlamanın piyasasının dinamik sürecine zarar verdiği yönündeki eleştirilerdir.	Özgürlüğe ve bireysel girişimciliğe önem veren Neo-Liberal anlayış çerçevesinde piyasa yapısına uygun kısa vadeli planlama öngörülmüş ancak kentte pek çok alanda adaletsizlikler artmıştır.
Modernitenin Eleştirisi Jacobs, 1961	Kent planlamanın farklılıkları homojenleştirdiği yönündeki eleştiriler.	Kentteki farklılıkları planlama süreçlerinde gözetilmesini hedefler. Katılımı sağlayacak olan kamusal mekânlar yaratılmalıdır.
İletişimsel Planlama Healey,1993 Forrester 1989	Toplumun tüm kesimlerinin görüşlerini kapsayan planların hazırlanmasını amaçlar	Farklı grupların planlama sürecine katılarak düşüncelerini taleplerini belirtmesi, müzakere etmesi sonucunda kentsel adaletin sağlanabileceği varsayılır.

Kaynak: Şengül, 2007; Keleş 1990; Healey, 1997;Harvey, 1996; Harvey, 1973; Lefebvre, (1974)

3. Neo-Liberal Ortamda Planlamanın Kentsel Adalet Krizi

Farklı kent planlama yaklaşımlarının, tarihin farklı dönemlerinde, kentin fiziki mekânının sorunlarını çözmeye çabasının yanı sıra, toplumsal sorunların çözümüne ilişkin endişeleri de taşıdıkları görülmüştür. Çözüm arayışları ise belirli bir adalet sistemi içerisinde gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Ancak, günümüzde küresel ilişkilerin de devreye girmesi ile kentin sorunlarını adil bir sistem içerisinde çözebilmek çok daha zor hale gelmiştir. Çünkü fiziki mekân artık çok daha karmaşık bir, sosyal, ekonomik ve politik yapı ürünüdür. Kentin planlarının hazırlanması sürecinde, sosyal, ekonomik ve teknik belirleyicilerin yanı sıra küresel, ulusal, yerel piyasa güçleri baskı unsuru olarak devreye girmekte, piyasa güçlerinin baskılarına karşı; yerel, ulusal ya da küresel düzeyde örgütlü sosyal toplumsal hareketlerde baskı grubu oluşturmaktadır. Farklı gruplar arasında çatışmaların çözümü için ise çoğu zaman yargı kararlarının devreye girmesi ile çözüm bulunmaya çalışılmaktadır. Ulusal ve yerel mahkemelerce değerlendirilen olayların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemeleri gibi uluslararası mahkemeler seviyesine taşındığı bilinmektedir.



Piyasa mekanizması, ülkemizde de pek çok örnekte görüldüğü üzere kurumsal yapıların yeniden oluşturulmasıyla, yeni yasalar, yönetmelikler ve KHK'ler ile önceki dönemlerden daha baskın hale gelmiştir. Kapitalist üretim süreçleri ve piyasa merkezli büyüme ve gelişme hedefleri kentsel adalet açısından çok çeşitli sorun alanlarının oluşmasına neden olmuştur. 1970'lerin son döneminde, 1980 sonrasında küreselleşme süreci ve neo-liberal politikalar kentlerde pek çok sorun alanının oluşması ile sonuçlanmıştır. Söz konusu sorun alanlarının bazıları aşağıdaki yer aldığı biçimiyle sıralayabiliriz.

- Sanayinin yeni yer seçimleri sonucunda, özellikle Amerika ve Avrupa'da pek çok kent sanayisizleşme süreci yaşamış, ekonomik olarak gerileme ve çöküş sorunu meydana gelmiştir.
- Sanayisizleşme, aynı zamanda özelleştirmeler yoluyla da gerçekleşmiştir. 1980 sonrası özelleştirme politikaları sonucunda, özelleştirilen pek çok fabrikanın çalışanları işsizlik sorunu ile karşı karşıya kalmış, dolayısıyla kentsel yoksulluk sorunu 1980 sonrasında daha yoğun olarak hissedilir hale gelmiştir.

- Esnek üretim sistemleri sonucunda yarı zamanlı ve sosyal güvenceleri olmadan çalışan işçi sınıfı düşük ücretler ile güvencesiz ortamlarda çalışmak zorunda bırakılmış, bu doğrultuda kentlerde yaşayan yoksul kesimler, dezavantajlı gruplar haline gelmişlerdir.
- Üst ve orta gelir gruplarının gelirlerindeki artışa karşın, alt gelir gruplarının azalan gelirleri sınıfsal ayrımların kutuplaşma ile sonuçlanmasına neden olmuştur.
- Kentlerin önemli rant bölgelerinde yenileme ve kentsel dönüşüm projeleri sonucunda meydana gelen değer artışları sonucunda soylulaştırma süreçleri yaşanmış ve pek çok yoksul kesim yerinden edilme sorunu ile karşı karşıya kalmıştır.
- Özellikle Avrupa ve Amerika'da, etnik ve ırk ayrımcılığı, kentsel mekânda dışlanma ile sonuçlanmıştır.
- Piyasa mekanizması çerçevesinde büyük sermayeyi çekme yarışı içerisindeki yerel yönetimlerin, çoğu yerde toplumun yoksul ve güçsüz kesimlerine yeterli hizmetleri sağlamadığı, buna karşın büyük yatırımları çekme amacıyla kentin görünen yüzünü zenginleştirme ve güzelleştirme çabaları içerisinde girdiği görülmüştür.
- Böyle bir mekanizma korunması gereken doğal alanlar üzerinde de ciddi baskılar üretmiş, pek çok doğal alan planlama yoluyla yapılaşmaya açılarak, önemli rant kaynağı haline gelmiştir.

Süreç bir bütün olarak doğanın, tarihin, kültürlerin satıldığı bir ortam yaratmıştır. Böyle bir ortamda adalet, ya da önceki dönemlerin planlama anlayışlarında yer alan kamu yararı duyarlılığı eski önemini kaybetmiştir. Kentsel adalet, ya da kamu yararına ilişkin sorun alanları çoğu kez ancak yargı kararları ile çözülebilir hale gelmiştir. Söz konusu süreçler ülkemizde yoğun olarak yaşanırken, Dünyada kapitalist ekonomik sistemi benimseyen pek çok ülkede benzer sorunlar izlenmiştir.

Böyle bir ortamda ulusal ya da uluslar arası organizasyonlar yoluyla sosyal adalet arayışı başlamıştır. Farklı sorunlar, farklı grupları bir araya getirmiş ve her grup, karşı karşıya kaldığı sorun için adil çözüm çağrısında bulunmuştur. Bu sorunların pek çoğunun ortak yanı; kent mekânı, mekânın düzenlenmesi, doğal ve tarihsel çevreler ve kentliler ile ilgili olmasıdır. Söz konusu sorunlar karşısında adalet çağrısı yapan toplumsal hareketlerin bazılarını aşağıdaki gibi sınıflandırabiliriz. (Bkz. Tablo 2)

Tablo 2: Kentsel Adalet Çağrısında Bulunan Toplumsal Hareketler
Doğal çevreyi korumaya yönelik hareket eden gruplar
Soylulaştırma karşıtı hareketler
Yerinden edilme karşıtı hareketler
Etnik ve ırka dalı dışlanma karşıtı hareketler
Yoksulluk karşıtı hareketler
Yaşam alanlarındaki çevresel tehditlere karşı oluşan hareketler
Tarihsel çevrenin korunması amaçlı toplumsal hareketler
Feminist hareketler vd...

Tablo 3: Kentsel Planlamaya Yargı Kararları Çerçevesinden Bakmak (AİHM)	
Sorun Alanı	Adalet Arayışı
-Adalarda yapılaşma ve yerleşim sorunları -İmar planları ve komşu hakları -Avcılık ve balıkçılıkta kısıtlayıcılıklar	-AİHM ne göre toplumsal yaşam ve çevre sorunlarına ilişkin hak arayışları
- Planlama yoluyla dışlama, yerinden etme - Kamusal alandan dışlanan kesimler	-Yerinden edilenlerin hak arayışları
-Doğal alanların yapılaşması -Çevre Kirliliği -Denizlerin Kirliliği -Su kirliliği -Çöplüklerde yaşam -Ses ve Hava Kirliliği -Gürültü Kirliliği -Sanayi ve çevre kirliliği sorunu -Termik santraller -Nükleer santraller -Madencilik -Kentleşme yada yapılaşma yoluyla doğal bitki ve hayvan türlerinin yok edilmesi	-Kentsel ve çevresel kirlilik sorunları konusunda adalet arayışı -Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı arayışı
-Depremler -Sel felaketleri -Toprak kaymaları	-Doğal afetlerde devletin sorumluluğu konusunda hak arayışı
-Güvenlik sorunları	Güvenlik önlemleri nedeniyle devletin sorumluluğu

Ancak, günümüzde kentsel adalet, yalnızca toplumsal hareketler çerçevesinde aranmamaktadır. Kentsel adaletin sağlanması konusunda en etkili güç alanını yerel, ulusal ve uluslar arası düzeylerde alınan yargı kararları oluşturmaktadır. Bu kapsamda, bu çalışmada Güney Dinç'in, Avrupa İnsan Haklarına Sözleşmesine göre Çevre ve İnsan (2008) adlı yayınında söz konusu sorunlar ve hak arayışlarını sınıflandırarak örnek olaylar ile bir araya getirdiği çalışmasına yer verilmiştir. Dinç'in derlediği örnek olaylardan yola çıkarak sorunlar ve adalet arayışlarını şöyle sınıflandırabiliriz (Tablo 3).¹⁶

¹⁶ Dinç, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008 adlı yayından derlenmiştir.

Örnek Olay : Planlama Yoluyla Dışlama, İngiltere

Avrupa Konseyi'nin ve Avrupa Birliği'nin geliştirdiği öneri niteliğindeki pek çok kararında, üye ülkelerin topraklarında yaşayan Romanlara olumsuz ayrımcılık yapılmaması gerektiği belirtilmektedir. Sağlık, planlama, yerleşim, öğrenim gibi çeşitli yaşamsal etkinlik alanlarında, Romanların korunmalarını öngören kurallar yer almaktadır. ... Söz konusu ulusal ve uluslar arası yasaların konulmasının nedeni Avrupa ülkelerinde ki Romanların dışlanması, güç koşullar altında yaşamaları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, Romanların yaptıkları başvurulardır.

Örneğin; İngiltere'de Çevre Bakanlığı'nın 2000 yılı verilerine göre Roman'lara ait 13.134 adet karavan bulunmaktadır. Bunların 6.118'i yerel yönetimlerce belirlenen ve "Karavan Kentler" olarak anılan özel alanlara yerleştirilmiştir.

İngiltere'de 1960'lı yıllardan itibaren gezgin Romanların yaşam koşullarını, birlikte konaklama yerlerini, planlama ilkeleri içinde ele alan çok sayıda yasa çıkarılmıştır. Söz konusu yasal düzenlemeler ile Romanların belli yerlerde oluşturulan "Karavan Kentlerde" toplanması sağlanarak başka kasaba ve köylere entegre olmaları engellenmiştir. Bu koşullarda geleneksel yaşamlarını korumakla birlikte, belli bir işte çalışmak, çocuklarını okutmak, yaşlılarını dinlendirmek ve ailece sağlık olanaklarından yararlanmak isteyen Romanlar için dayanılmaz koşullar oluşmaya başlamıştır. Bu sorunların çözümü için Romanlar zaman zaman AİHM'ne başvurmuşlardır.

Örnek bir olayda, İngiltere'de artık yerleşik yaşama geçme hazırlığında olan bir Roman şahıs, Meadow Drove'un ilerisinde 0.16 hektar büyüklüğünde bir arsa satın alır ve ardından arsaya kendisine ait 3 karavanı getirir ve geçici yerleşme için başvuruda bulunur. Böylece, kendi mülkiyetindeki bir alana yerleşmiş olur, çocukları yerel okullara gider, yeni yaşam ortamına uyum sağlarlar. Daha sonra başka karavanlar da yasal ya da yasal olmayan şekillerde aynı semtte konaklamaya başlarlar. Ancak başvuru taşınmazın taşınmazın olduğu arsaya planlama kapsamında geçici konaklama izni verilmez. Daha sonra, başvuru 1989 yılından itibaren taşınmazına 3 karavan daha yerleştirmek için planlama izni verilmesini ister ancak meclis, başvuruları karavanların çoğalmasının plan kullanım kararlarına aykırılık taşıyacağı, tarım topraklarını azaltacağı, kırsal açık alanın görünümünü bozarak kalitesini düşüreceği gerekçeleriyle reddeder.

Şahıs 1992'de şikâyetlerini Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na taşır. Mahkeme, şahsın taşınmazını konut kurmak amacıyla aldığını, başka bir yerde konutu bulunmaması sebebiyle başvuruyu "konut" hakkına saygı gösterilmesi kapsamında

4. Kentin Gündemine Hak Temelini Yerleştirmek

Yukarıda, neo-liberal politikaların kentin planlanma sürecinde ve kentsel yaşama ilişkin yarattığı sorunlar ve bu sorunlar karşısında farklı grupların adalet çağrılarında bulunduğu ve adalet çağrılarının çoğu kez ancak yargı yoluyla çözüme ulaşabildiğini tartışılmıştır. Böylesi bir ortamda son dönemlerde kent planlama pratiğinin siyasi yaklaşımlar doğrultusunda ve ekonomik baskılar altında; kamu yararı, hakkaniyet, herkes için kaliteli yaşam hakkı gibi savunduğu değerlerin planlama gündemindeki yerinin giderek zayıfladığı, buna karşın kentsel projeler üretimi yoluyla küresel yarışta kent parçalarına değer kazandırmanın planlama gündeminin belirleyicisi olmaya başladığı görülmektedir.

Planlama pratiğinin içinde bulunduğu bu karmaşık yapı içerisinde çeşitli tepkiler ortaya konulmaktadır. Söz konusu tepkiler, toplumsal hareketler yoluyla parçalı bir yapı içerisinde sürece dahil olmakta ve 1970'lerde tartışmaya başlanan "*kent hakkı*" kavramı yeniden gündeme gelmektedir. Özellikle, Dünya Kent Forumu, Dünya Sosyal Forumu gibi ortamlarda tartışılan "*kent hakkı*" Brezilya'da anayasal hak olarak da kabul edilmiştir. Brezilya temsilcileri küresel forumlarda diğer ülkelerin de bu hakkı benimsemeleri için görüşmeler yapmaktadır. "*Kent hakkı*" konusunda çeşitli sivil toplum örgütleri de çalışmalar yapmaktadır. Amerika'da 2007 yılında bir araya gelen 30 organizasyonun "*insan haklarını*" kentselleştirmek için bir çerçeve oluşturduğunu belirtmiştir¹⁷. Çünkü söz konusu örgütlenmelerin mücadele içinde oldukları konuların pek çoğunun (konut, ulaşım, eğitim, kültür hakları vd...) kentler ile ilgili olduğunun farkına varılmış, bu nedenle bu konuların ortak bir biçimde tartışılması, çözüm için strateji kurulması gerektiği, ortak anlamda güç oluşturulmasına

değerlendirir.

Romanların yerleşik yaşama geçmeleri konusunda altı farklı örnek olayda AİHM'ne başvurulmuştur, ancak söz konusu başvurular da Romanların taşınmazları, planlama açısından karavanları ile yaşamaya uygun bulunmamıştır.

Söz konusu uygulamalar ve başvuruların sonuçları, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi önerilerinin, Avrupa Parlamentosu kararlarının, AGİT Ulusal Azınlıklar Yüksek Komiserliği ilke kararlarının, Romanların geleneksel yaşam alışkanlıklarını sürdürürken, kısmen yerleşik hayata geçmelerine izin vermediğini, diğer kentliler ile bütünleşmelerine olanak tanımadığını ve yalnızca Romanlar için tanımlanmış gettolarda yaşamak zorunda bırakıldıklarını göstermektedir.

¹⁷ Perera, Gihan, Claiming the Right to the City, www.righttothecity.org

ihtiyaç olduğu belirtilmiştir. Sözkonusu örgütler, yerel gücün ulusal gündemi ve bir gün küresel güneyi etkileyerek, evrensel adalet çağrısında bulunabileceğine işaret etmektedir.

Böylelikle, “*Kent hakkı*” tartışmalarında “*İnsan Hakları*” gündemine kentleşme çerçevesinden bakılmaya çalışılmaktadır. Tartışmalarda kent, bölge, ulus ve evrensel seviyelerde hak arayışlarının gündeme gelmesi gerektiği belirtilmektedir. Evrensel haklar tüm insanların minimum haklarının sağlanmasının ötesinde, bu hakların hükümetler tarafından da korunmasını öngörmektedir. Ancak Parnell ve Pieterse, kentsel evrensel hakların sağlanması konusu ile devletin rolünün yeniden tanımlanması gerektiğini ve neo-liberal kentsel yönetim alternatiflerinin açıkça ortaya konmasının gerektiğini vurgulamaktadırlar. Ayrıca demokratik hak arayışlarının, kentte sosyo-ekonomik hak arayışından daha etkili olacağını savunmaktadırlar. Kent hakkının sağlanması konusunda güçlü devlet kapasitelerinin yaratılması gerektiğini, kapsamlı planlar çerçevesinde yoksulların gereksinimlerini karşılayan ekonomik ve çevresel kurallar ile yoksulluğun sürdürülebilir olarak azaltılması gerektiğini belirtilmektedir¹⁸. Ayrıca, kent hakkının güçlü bir etik temelinin olması gerektiği; yerel, kent, kentsel bölge, ulusal ve uluslar arası seviyelerde eşitsizliği azaltacak stratejik hareketlerin her seviyede gerçekleştirilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir.

Parnell ve Pieterse (2010), insan haklarını savunan devleti geri çağırılmaktadır. Kentsel Neo-Liberalizmden hak temelli sıçrama ile devletin hizmetlerinin sunumunda ve desteğindeki rolünün yeniden tanımlanması gerektiğini, planlamanın önemini, kamu yararını gözeten planlamayı, kent ölçeğinde daha fazla yasal uygulama ve düzenleyici reformlara ihtiyaç olduğunu, alan temelli ve hane halkı temelli çalışmaların yoksullukla mücadelede fayda sağlamadığını vurgulamaktadırlar. Yeni reformlar ile kentler arasında gelirin yeniden dağıtımının sağlanabileceğini, çapraz sübvansiyonların gerçekleştirilebileceğini belirtirler.

¹⁸ Parnell, Susan, Pieterse, Edgar, The ‘Right to the City’: Institutional Imperatives of a Developmental State, International Journal of Urban and Regional Research, Volume 34, s:146-62, 2010

5. Sonuç

Yukarıda da bahsedildiği üzere artık Dünyada, ülkelerin ya da bölgelerin merkezinde olan yerleşmelerden değil, küresel merkezlere dönüşen kentsel bölgelerden söz edilmektedir. Yeni sosyo-ekonomik ağlar içerisindeki yerlerde kentsel politikaları belirleme aşamasında farklı güçlerden ve etkilerden söz etmek mümkündür. Söz konusu güçler, yerel ya da uluslar arası seviyelerde oluşabilmektedir. Dolayısıyla 20. yy'ın teknik beceriler çerçevesinde geliştirilen kent planlarının artık farklı güçlerden etkilenecek şekilde şekillenebildiği görülmektedir. Söz konusu güçler; piyasa güçleri, sivil toplum hareketleri ya da yargı kararları olarak süreç içerisinde devreye girmektedir. Böylesi parçalanmış bir ortamda, iletişimsel rasyonalite yaklaşımı doğrultusunda kentsel adaleti sağlamak pek mümkün olamamakta, çünkü farklı grupların uzlaşma sağlayacakları ortam kolaylıkla oluşmamaktadır. Bu nedenle günümüz planlama pratiğinde kentsel adaletin aktif katılım ile değil, daha çok direniş, tepki mekanizmaları ve yargı kararları doğrultusunda sağlanmaya çalışıldığını belirtilebiliriz.

Böyle bir ortamda, kent planlamanın hak ile temellendirilen alternatifi yeniden gündeme gelmelidir. Toplumsal hareketlerin pek çoğunun sorun alanının kent ile ilgili olması nedeniyle bir bütün olarak kentsel adalet tartışmalarının yapılması gereklidir. Bu tartışmalarda kentsel adaletin sağlanabilmesi için planlama kurumunun sosyal devlet anlayışı içerisinde yeniden canlandırılması sağlanabilir. Kentsel planlama, gerekli kamu hizmetlerini sağlamanın ötesine geçerek, planlama yoluyla ortaya çıkabilecek toplumsal adaletsizliklerin giderilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlü olmalıdır.

KAYNAKLAR

- Castells, Manuel. *The City and the Grassroots*, Arnold, Londra, 1977
- Davidoff, Paul, *Advocacy and Pluralism in Planning*, *Journal of the American Institute of Planning*, Vol:31, p:331-338, 1965
- Dinç, Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara,2007
- Dinç,Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Çevre ve İnsan*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008

- Ersoy, Melih, Bilirkişilik Kurumu ve Etik Sorunlar, 8.Kasım Dünya Şehircilik Günü 31. Kolokyumu, Planlama Meslek Alanı: Geçmişten Geleceğe, Bildiriler Kitabı, TMMOB Şehir Plancıları Odası yayını, Ankara, 2008
- Forester, John. *Planning in the Face of Power*, Berkeley, California: University of California Press, 1989
- Gans, Herbert, J., Planning for People, not Buildings, *Environment and Planning A*, Vol:1, p:33-46, 1969
- Harvey, David, *Social Justice and the City*, London, 1973
- Harvey, David, *Justice Nature and the Geography of Difference*, Blackwell, Oxford, 1996
- Harloe, Micheal, Social Justice and the City: The New 'Liberal Formulation', *International Journal of Urban and Regional Research*, Volume 25, p:889-897, 2001
- Healey, Patsy, *Collaborative Planning, Shaping Places in Fragmented Societies*, UBC Press, Canada, 1997
- Keleş, Ruşen, *Kentleşme Politikası*, İmge yayınları, Ankara, 1990
- Lefebvre, Henri, *The Survival of Capitalism*, London, 1974
- Forester, John, *Planning in the Face of Power*, University of California Press, Berkeley, 1989
- Fainstein, Susan, Competitiveness, Cohesion, and Governance: Their Implications for Social Justice, *International Journal of Urban and Regional Research* Volume 25, p:884-888, 2001
- Jacobs, Jane, (1961) *The Life and Death of Great American Cities*, Random House, New York
- Parnel, Susan, Pieterse, Edgar, The 'Right to the City': Institutional Imperatives of a Developmental State, *International Journal of Urban and Regional Research*, Volume 34, s:146-62, 2010
- Perera, Gihan, Claiming the Right to the City, www.righttothecity.org
- Sayer, Andrew. and Storper, Micheal, Ethics unbound: for a normative turn in social theory. *Environment and Planning D: Society and Space* 15.1, 1-18, 1997
- Şengül, Tarık, 'Planlama Paradigmalarının Dönüşümü Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme', *Kentsel Planlama Kuramları*. M.Ersoy (ed.), İmge Kitabevi, Ankara, s:59-114, 2007

TÜRKİYE’NİN YOLSUZLUKLA MÜCADELE ENSTRÜMANLARI

THE INSTRUMENTS OF FIGHTING
AGAINST CORRUPTION OF TURKEY

Hüsamettin UĞUR*

Özet: Devlet ve toplumu zafiyete uğratan, içten içe çürüten sosyal yaraların başında gelen yolsuzluk, hem kriminolojik hem de sosyolojik bir kavramdır. Bu nedenle yolsuzlukla, sadece ceza hukuku araçlarıyla mücadelede ederek başarıya ulaşılabilir. Bu alandaki mücadele, devlet işleyişinde saydamlık, işbirliği ve koordinasyon gerektirir. Ayrıca her aşaması kayıtlı ve disiplinli bir mali sistem, yaşama kültürü haline getirilecek etik değerler, uzman kadrolar eliyle yürütülen hızlı, tavizsiz ve caydırıcı bir ceza adalet sistemi, büyük önem taşımaktadır. Bir ülkede yolsuzluk ile yoksulluğun doğru orantılı olduğu ve yapılan veya göz yumulan her yolsuzluğun çocuklarımızın geleceğini çalmak olduğu gerçeği hususunda kamuoyu bilinçlendirilmelidir. Yolsuzluğun nedenleri her ülke ve topluma göre değişebildiğinden bir ülkede başarılı sonuç veren önlemler başka ülkede sonuç vermeyebilir. Her devlet, öncelikle toplumsal bir yara olan yolsuzluğun sebeplerini doğru teşhis etmeli, sonrasında tedavi edici enstrümanları kullanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yolsuzluk, Yolsuzlukla Mücadele, Uluslararası Sözleşme ve Örgütler, GREKO, Denetim, Ceza, Etik İlkeler.

Abstract: The corruption is the leading social trauma which debilitates the society and the State, as well as undermines them. For this reason, it is not possible to accomplish fighting against corruption just with means of criminal law. A struggle in this area requires transparency in statesmanship, collaboration and coordination. Besides a well-disciplined and registered financial system in every phase, culture of living with ethic values, a quick, uncompromising and deterrent criminal justice system implemented by specialized professionals are of great importance. Raising the awareness of public as to the fact that there is a correlation between corruption and poverty in a country and every case of corruption or condoned one makes our children’s life miserable. Since the causes of corruption depend on each society and country the favourable measures for a country might not give same successful results in

* Yargıtay Üyesi. Bu çalışma Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde 25 Haziran 2011 tarihinde düzenlenen Yolsuzlukla Mücadele Sempozyumunda yazar tarafından sunulan tebliğin genişletilip güncellenerek yayına hazırlanmış halidir.

another country. Each State, first of all, must properly identify the motivations of corruption which is a social trauma, and then should use remedial means.

Key words: Corruption, fight against corruption, International conventions and organizations, GREKO, supervision, punishment, ethic principles.

1. Yolsuzluğun Tanımı

Yolsuzluk, “*kamu görevlisinin maddi ve maddi olmayan çıkarlar için yetkisini kanuni düzenlemelere aykırı bir biçimde kullanmasıdır.*”¹ En yaygın ve basit tanımıyla Dünya Bankası tarafından “*kamu gücünün özel çıkarlar amacıyla kötüye kullanılması*” şeklinde ifade edilmiştir.

Kamu Yönetimi Sözlüğü’nde ise **Yolsuzluk** 1. Yolunda yapılmayan, kurala aykırı, uygunsuz, usulsüz iş ve davranışlar. 2. Hukuksal ve sosyolojik anlamda, kamusal görev, yetki ve kaynakların toplumsal düzenin temelini oluşturan hukuksal ve sosyal norm ve standartlara aykırı olarak özel çıkarlar için kullanılması olarak tanımlanmaktadır.²

Yolsuzluk şu şekilde de formüle edilmiştir:³ YOLSUZLUK = TEKELCİ YAPILAR + TEK BAŞINA KARAR ALMA YETKİSİ + HESAP VERMEME

Yozlaşma ve yolsuzluk olguları anlam olarak birbiri içine geçmiş olup, yozlaşma yolsuzluğa, yolsuzluk da yozlaşmaya neden olmakta ve birbirini tetikleyici etkileri bulunmaktadır.⁴

Türkiye’nin de imzalayıp taraf olduğu yolsuzluğa dair birçok uluslararası sözleşmede yolsuzluğun tanımı ve sonuçlarına yer veril-

¹ Berkman, Ümit, Azgelişmiş Ülkelerde Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Rüşvet, TODAİE Yayını, Ankara 1983, s. 16

² Bozkurt, Ömer; Ergun, Turgay; Sezen, Seriyе (Editör); Kamu Yönetimi Sözlüğü (Fransızca ve İngilizce Karşılıklarıyla), 2. Baskı, TODAİE, 2008, s. 264

³ Robert Klitgaard, Controlling Corruption, Berkeley: Univeristy of Califonia Press, 1988, (Aktaran, Yolsuzlukların Sebeplerinin, Sosyal ve Ekonomik Boyutlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu (10/9) Raporu, T.B.M.M., Dönem : 22, Yasama Yılı: 1, S. Sayısı: 266, s. 5)

⁴ Özsemerci, Kemal, Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Yozlaşmanın Kültürel Altyapısı, Danıştay Dergisi, Sayı 63 (<http://www.yolsuzluklamucadele.org/der58m1.pdf>).

miştir. Örneğin “Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi”nin⁵ 2. maddesinde açık bir şekilde “yolsuzluğun tanımı” yapılmıştır. Buna göre yolsuzluktan;

“Bu Sözleşme’nin amaçlarına uygun olarak “yolsuzluk” tabirinden, bir görevin olağan ifasına ya da haksız bir komisyondan veya hak edilmemiş bir yarardan veya böyle bir hak edilmemiş yarar vaadinden fayda sağlayanın, lazım gelen davranışına etki eden haksız bir komisyonun veya diğer hak edilmemiş bir yararın veya böyle bir yararlar ilgili vaadin doğrudan ya da dolaylı olarak talep edilmesi, sunulması, verilmesi ya da kabul edilmesi anlaşılır.”

“Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi”nin⁶ giriş kısmında ise “Yolsuzluğun, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları için bir tehdit oluşturduğunun, iyi yönetim, hakkaniyet ve sosyal adalet ilkelerini temelden yıktığının, rekabeti bozduğunun, iktisadi gelişmeyi kösteklediğinin ve demokratik kurumların istikrarını ve toplumun ahlaki temellerini tehlikeye attığının” altı çizilmiştir.

Bütün bu tanımlardan sonra denilebilir ki yolsuzluk; ister maddi-manevi çıkar karşılığında isterse herhangi bir duygunun tatmini (sadakət, intikam, gösteriş) amacıyla, karşılığında adli-idari yaptırım öngörülen suç ve kabahat veya idari soruşturma gerektiren disiplinsizce hareket ya da toplumda hoş görülmeyen, kınanan, etik dışı her türlü usulsüz haksız davranıştır.

Ancak yolsuzluk denilince daha çok “ekonomik kazanç sağlama” unsuruyla öne çıkan ve TCK’nda suç olarak düzenlenen zimmet, irtikap, rüşvet, görevi kötüye kullanma, güveni kötüye kullanma, ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma, suç gelirlerinin (karaparanın) aklanması, dolandırıcılık, hileli iflâs, sahtecilik (parada, kıymetli damgada, mühürde, resmi ve özel belgede sahtecilik) suçları ile Bankacılık Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mü-

⁵ Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Sözleşme, Strazburg’da 4 Kasım 1999 tarihinde yapılmış ve Türkiye tarafından 27.9.2001’de imzalanıp 17.4.2003 tarih ve 4852 sayılı Kanunla uygun bulunarak Bakanlar Kurulunun 28.5.2003 tarih ve 2003/5685 sayılı Kararı ile onaylanmıştır.

⁶ Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 27 Ocak 1999 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye tarafından 27 Eylül 2001 tarihinde Strazburg’da imzalanan Sözleşme 14.1.2004 tarih ve 5065 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur.

cadele Kanunu, Sigorta Murakabe Kanunu, Bireysel Emeklilik ve Yatırım Sistemi Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu gibi ... özel yasalarda düzenlenen suç ve kabahatler akla gelmektedir. Bu anlamda yolsuzluk teşkil eden eylemlerin tamamı olmasa da büyük kısmı aynı zamanda ekonomik (mali) suç olarak nitelendirilebilir.⁷

Doğrudan suç teşkil etmese de dolayısıyla ceza yaptırımına bağlanan veya suç sayılmayan yolsuzluk eylemleri;⁸ (rant kollama -*monopol, tarife, lisans, kota, teşvik, sosyal yardım kollama gibi-*, lobicilik, oy ticareti, kayırmacılık -*akraba kayırmacılığı {nepotizm}, eş-dost kayırmacılığı (kronizm,)* siyasal kayırmacılık (partizanlık/patronaj)⁹, hizmet kayırmacılığı-, Diğer (belirtilen hususlar dışında; kurumsal bilginin kötüye kullanılması, anayasa ihlalleri, politik faaliyetlerde harcanan paranın kaynağının gizli tutulması, ...hediye alma, politik bilgi sızdırma (*political espionage*), aşırı partizanlık (*zealotry*), siyasi kayırmacılığın bir türü olan gönül yapma (*suvasyon*) gibi eylemler..) kamuoyunun dikkatini ve tepkisini çeken siyasi ve sosyal yozlaşma örnekleridir.

Siyasal yozlaşma ile demokratik kurumlar zaman içerisinde işlevini kaybeder. “Çıkar ve Baskı Grupları Demokrasisi” (Plütokrazi) siyasal yozlaşmanın bir sonucudur. Siyasal yozlaşmanın hakim olduğu devlet düzeni monarşi, oligarşi veya demokrasi olabilir. Kısaca, tüm devlet yönetim sistemlerinde siyasal yozlaşma değişik boyutta ve türde mevcuttur. Siyasal yozlaşmanın hakim olduğu devlet düzenini “kleptokrasi” olarak adlandırmak mümkündür.”¹⁰

⁷ Geniş anlamda ekonomik suç, bir kişinin ya da toplumun herhangi bir iktisadi menfaatinin ihlâl edilmesi sonucunda oraya çıkan suçu ifade eden bir kavramdır. Ekonomik suç, belirli bir suç fiilini tanımlayan hukuki bir terim olmayıp, ortak bir özelliğe sahip birden çok suç tipinin oluşturduğu bir suç kategorisini ifade etmek üzere kullanılan kriminolojik bir terimdir. (Tiryaki Tercan, Gürsoy Türker, Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Sayıştay Dergisi, Sayı: 55, s. 54)

⁸ Aktan, Coşkun Can, Politik Yozlaşma ve Kleptokrasi, 1980-1990 Türkiye Deneyimi, Afa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1992

⁹ Ülkemizde “Arpalık” olarak adlandırılan sistemi, Patronaj uygulamasına bir örnek olarak gösterebiliriz. “Hizmitsiz Memuriyetlikler” olarak tanımlanabilecek olan arpalıklar siyasal iktidar mensuplarının, akrabalarına, yakınlarına ve partili kimselere dağıttığı makam ve mevkilerdir. (Aktan, Coşkun Can, (Ed.), Siyasal Ahlak ve Siyasal Yozlaşma, Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri, Hak-İş Yayınları, Ankara, 2001, s. 59

¹⁰ Aktan, Coşkun Can (Ed.), Siyasal Ahlak ve Siyasal Yozlaşma, s. 52, 53

Görüldüğü üzere, yolsuzluğa yüklene genel anlamlar çerçevesinde yolsuzluk kavramı, tek bir alanı kapsamaktan öte, disiplinler arası bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Konunun ekonomik boyutlarının yanında sosyolojik, hukuki, siyasi ve ahlaki boyutları da söz konusudur.¹¹ Kısaca yolsuzluk, suç teşkil eden eylemler yönüyle kriminolojik, genel ahlak ve etik kurallara aykırı davranışlar –ki buna yozlaşma da denilebilir- yönüyle de sosyolojik bir kavramdır. Bir ülkedeki yolsuzluk ile yoksulluk birbirine paralel olup birinin olduğu yerde diğeri de o oranda mevcuttur. Bu anlamda hangisinin sebep, hangisinin sonuç olduğunun önemi yoktur. Unutulmamalıdır ki yolsuzluk göreceli ve geçici olarak maddi bir kazanç sağlasa da insanı insan yapan (onur, şeref, itibar gibi) manevi değerleri kaybettirir. Bu açıdan önemle bilinmelidir ki yolsuzluk geleceği kurtarmak olmadığı gibi bilakis çocuklarımızın geleceğini çalmaktır.

2. Yolsuzlukla Mücadele

İnsan için asıl olan sağlığın korunması olmakla birlikte bütün tedbirlere rağmen vücudun hastalanması halinde nasıl ki cerrahi operasyon dahil her türlü yonteme başvurulmaktadır. Toplumun örgütlenmiş şekli olan devlet için de asıl olan bütün organların sağlıklı bir işleyiş içinde olmasıdır. Fakat bütün koruyucu tedbirlere karşın vücutta mikrop-virüs bulaşmış, bazı organlar hastalanıp görevini yapamaz hale gelmişse idari ve adli her türlü yonteme başvurulmalıdır. Aksi halde virüs bütün vücuda yayılır ve insan için kaçınılmaz olan son, toplum ve devletler için de gerçekleşir.¹²

Hemen belirtmelidir ki yolsuzlukla mücadele adına ne keşfedilmiş sihirli bir değnek, ne de sorunu çözen hazır bir reçete vardır. Sorun ne kadar karmaşık, derin ve kronik ise çözümü de o derece zor olacaktır. Sosyal bir patoloji olan yolsuzluğun sebepleri iyi analiz edilmelidir. Aksi halde yolsuzlukla mücadelede çözüm adına isabetsiz teşhis yarayı kangrene çevirmekten öte bir işe yaramayacaktır.

¹¹ Türkan, Neslihan, Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Yozlaşma, www.hukukibakis.com/detay.php?id=1572, E.T.: 25.12.2009

¹² Uğur, Hüsametin, 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununa Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2008, Sayı 76, s. 290

19.6.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan **Yolsuzlukların Sebeplerinin, Sosyal ve Ekonomik Boyutlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu (10/9) Raporunda**¹³ belirtildiği gibi hiçbir sorunun kendisini meydana getiren nedenler ortadan kaldırılmadıkça çözülemeyeceği açıktır. Nedenleri yok etmeye dayalı olmayan her çözüm hamlesi, beraberinde, yeni bir takım problemlerin üremesine ve sonu olmayan yeni çözüm önerilerine yol açar. “*Sorun kimyası*” olarak adlandırılan oldukça yeni bir sorun çözme yaklaşımı, madde kimyasında olduğu gibi, sorunların hangi elementlerden meydana geldiğine, aralarında ne tür yeni bileşmeler olduğuna ve bir sorunun bileşik mi yoksa temel element mi olduğuna nasıl karar verilebileceğine ilişkin konular üzerinde çalışır. Bu yaklaşıma göre nedenler, geriye doğru gidilerek süzgeçten geçirildikçe ana soruna ulaşılabilir.

Yolsuzluğun önlenmesinde personel mi, sistem mi daha etkilidir şeklinde iki önermeden birinin seçilmesini doğru bulmuyoruz. İkisinin de önceliği ve etkisi gözardı edilemez. Çünkü dünyanın en iyi sistemini de kursanız, bu sistemi işletecek çalıştıracak olan da, sistemi bozacak tıkayacak olan da personeldir. Personel ne kadar yetkin ve dürüst olursa olsun, ortada kamu yönetimi adına iyi bir sisteminiz yoksa personelin iyiliği bir noktaya kadardır. Her ikisi de olmazsa olmaz derecede önemli olup biri diğerine tercih edilemez.¹⁴

Yolsuzluk “*sorunu*” ile ilgili en yalın tespit M.S. 1020-1086 yılları arasında yaşamış olan Çinli reformist Wang An Shih tarafından formüle edilmiştir. Wang An Shih’e göre yolsuzluğun iki temel kaynağı mevcuttur: “*Kötü Kanun, Kötü İnsan*”¹⁵

Yolsuzluğun, yasaları göz ardı edilerek yapılmasına karşı denetimin, ortaya koyduğu sonuçları kanıtlara dayandırmak yani ulaştığı sonuçlar nesnel, tarafsız ve güvenilir olmalıdır. Yolsuzluğun kuralsız-

¹³ Meclis Araştırma Komisyonu (10/9) Raporu, T.B.M.M., Dönem : 22, Yasama Yılı: 1, S. Sayısı: 266, s. 30

¹⁴ Uğur, Hüsametin, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Ulusal ve Uluslararası Boyutta Yolsuzlukla Mücadele, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 40, 41

¹⁵ <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/eropa/unpan002665.pdf> (Aktaran, Meclis Araştırma Komisyonu (10/9) Raporu, T.B.M.M., Dönem : 22, Yasama Yılı: 1, S. Sayısı: 266, s. 30)

lığına karşı denetimin yasallığı, hususiyle de kanıtlara dayanma zorunluluğu denetimin hareket alanını sınırlamaktadır.¹⁶

Yolsuzlukla-suçla mücadelenin sadece polisiye tedbirler ve ceza hukuku araçlarıyla yapılarak başarıya ulaşılması mümkün değildir. Gelir dağılımında bozukluk, işsizlik, eğitimsizlik gibi ekonomik ve sosyal sorunlar çözülmedikçe, ahlaki (etik) değerler önemsenip özüm-senmedikçe, yolsuzluğun önlenmesi veya asgari düzeye çekilmesi mümkün olmayacaktır.

Ne yazık ki güçlü hukuksal düzenlemeler, yolsuzlukların azaltılması ya da kontrol altına alınması için yeterli olamamaktadır. Bunun birçok nedeni olmakla birlikte Türkiye'deki kurumsal yapılar, yolsuzlukların ortaya çıkartılmasında göreceli olarak başarılı; ancak yolsuzluğu üreten sistemin tasfiyesi konusunda yetersizdir. Bir diğer önemli neden, yolsuzlukla mücadele aktörleri arasındaki iletişim ve koordinasyon eksikliğidir.¹⁷

2.1. Yolsuzlukla Mücadelede Yasal Düzenlemeler

Türk mevzuatında, doğrudan veya dolaylı olarak yolsuzlukla mücadeleye ilişkin hükümler içeren yasalar bilinenden fazladır. Bu da göstermektedir ki sorun mevzuat yetersizliği değil, sürekli, etkili ve koordineli bir mücadelenin yokluğudur. Aşağıda sadece isimleriyle sıralanan bazı kanunlar da göstermektedir ki bu konuda yeterli mevzuat vardır ancak gerekli ve etkili bir şekilde uygulanamamaktadır.

Yolsuzlukla mücadeleye dair düzenlemeler içeren kanunları sıralamadan önce şunlar söylenebilir:

1. Bilindiği gibi temel ceza kanunları olarak adlandırılan bir çok temel yasa (TCK, CMK, Kabahatler Kanunu v.b.) 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş, böylece maddi ceza hukuku ve yargılama hukuku ile bunların uzantısı olan infaz ve adli sicil kanunlarında esaslı değişikliklerin ötesinde **“Yeni Ceza Adalet Sistemi”** diyebileceğimiz sistem değişikliğine gidilmiştir.

¹⁶ Figen Altuğ, Mali Denetim, Ezgi Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 3'den aktaran Kuluçlu, Erdal, Yönetimin Denetiminden Denetimin Yönetimine, Danıştay Dergisi, Ekim-Kasım 2006, Sayı 63

¹⁷ Tarhan, R.Bülent, Yolsuzlukla Mücadelenin Hukuksal Altyapısı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 83, Sayı: Mayıs- Haziran 2009/3, s. 1421-1423

"Yeni Ceza Adalet Sistemi" ifadesinden sadece 1 Haziran 2005 ve sonrasında yürürlüğe giren kanunlar ve yasa değişiklikleri anlaşılmamalıdır. Aslında Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde, adalet sistemimizin çok uzun süredir ihtiyaç duyduğu reform niteliğinde değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda sadece Anayasa'da 1987'den 2007 yılına kadar on iki kez değişiklik yapılmış, 6.2.2002-14.7.2004 tarihleri arasında uyum paketleri denilen ve 8 paketten oluşan; başta TCK ve CMUK olmak üzere bir çok özel yasada Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde yapılan kanun değişiklikleri gerçekleştirilmiştir. Bu uyum amaçlı değişiklikler içinde doğrudan veya dolaylı olarak yolsuzlukla mücadele niteliğinde hükümler de mevcuttur.¹⁸

2. Daha önceden aynı amaçla çıkarılan bir çok yasa olmakla birlikte özellikle 2000'li yıllarda müstakil olarak çıkarılan bir çok kanun vardır ki bunlardan bazıları doğrudan kamu yönetiminde saydamlığın sağlanması, kamu yönetimi ve harcamalarının kontrol ve denetimi ve yolsuzlukla mücadele amaçlıdır: Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Bilgi Edinme Kanunu, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması... Hakkında Kanun ve Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun gibi...
3. Yolsuzlukla mücadeleye dair uluslararası bazda çıkarılan ve ülkemiz adına imza koyarak taraf olduğumuz birçok Sözleşme, TBMM'nce birer Kanun'la uygun bulunarak, Anayasa'nın 90/5. maddesine göre iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş ve buna paralel olarak da iç hukukta gerekli değişiklikler yapılmıştır. Aşağıda iki örneği açıklanacak olan bu kanunlarla taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerimiz kapsamında özellikle yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi,

¹⁸ Bu kapsamda sadece Anayasa'da 1987'den 2007 yılına kadar on iki kez değişiklik yapılmış, 6.2.2002-14.7.2004 tarihleri arasında uyum paketleri denilen ve 8 paketten oluşan; başta 765 sayılı TCK ve 1412 sayılı CMUK'nun yanında bir çok özel yasada Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde yapılan kanun değişiklikleri gerçekleştirilmiştir. (Geniş bilgi için Bkz.: Altıntaş, Ömer Faruk; "Avrupa Birliği'ne Aday Ülke Olarak Türkiye'de AB Uyum Yasalarının İç Hukuka Etki ve Katkısı", (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/AB%20uyum%20yasalarının%20iç%20hukuka%20etkisi%20ve%20katkısı%2025%20Aralık%202008%20-%20OFA.pdf>. E.T.:1.3.2009)

suç gelirlerinin aklanması ve müsaderesi ile tüzel kişilerin sorumluluğu konularında değişiklikler yapılmıştır.

4. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu** örgütlü veya önem verilen suçlarla mücadele açısından bir çok yeni ve etkili imkanlar getirmiştir. Örneğin taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma (m. 128), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (m. 135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (m.139), teknik araçlarla izleme (m. 140) gibi...
5. Yolsuzlukla mücadele adına çıkarılması hep önerilen “*Yolsuzlukla Mücadele Kanunu Tasarısı*”,¹⁹ Adalet Komisyonu’ndan da geçerek 2004 yılında TBMM’ne sevk edilmişse de görüşülmeden geri çekilmiştir.
6. 26.6.2009 tarih ve 5918 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁰ tasarısında 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun’un 20. maddesine eklenen bir bent ile Başbakanlık Teftiş Kurulu’nun Yolsuzlukla Mücadele Koordinasyon Birimi olarak görevlendirilmesi amaçlanmış ise de madde, TBMM Genel Kurulu’nda görüşülürken verilen bir önerge ile Kanun metninden çıkarılmıştır.²¹

Ancak aynı yıl, Başbakanlıkça yayımlanan bir genelge (2009/19) ile “*Türkiye’de Saydamlığın Artırılması ve Kamuda Etkin Yönetimin Geliştirilmesi Komisyonu*” ve “*Türkiye’de Saydamlığın Artırılması ve Yolsuzlukla Mücadelenin Güçlendirilmesi Yürütme Kurulu*”na, görevlerinin yerine getirilmesinde sekretarya hizmeti vermek, şeffaflığın artırılması ve yolsuzlukla mücadelenin güçlendirilmesi konularında oluşturulacak çalışma grup-

¹⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss610m.htm>

²⁰ 09. 07. 2009 tarih ve 27283 sayılı Resmi Gazete

²¹ Önergenin gerekçesi: “*Yolsuzlukla mücadele çok sayıda kurum ve kuruluşun yoğun işbirliği ve koordinasyonunu gerektiren topyekûn bir mücadele alanıdır. Bu nedenle hiçbir kuruluşun tek başına başarı sağlaması mümkün değildir. Bu çevrede Başbakanlık Teftiş Kurulunun tek başına bu işten sorumlu tutulması yerine bu konuyla ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşlarının kendilerinin görev, yetki ve deneyimlerine yaraşır bir şekilde yolsuzlukla mücadelede katkıda bulunmalarını sağlamak ve kapsamlı bir yolsuzlukla mücadele strateji belgesinin tamamlanmasından sonra yolsuzlukla mücadele için ülkemiz açısından en uygun bir yapının kurulmasını temin etmek amaçlanmıştır.*” T.B.M.M. 23. Dönem 3. Yasama Yılı 110. Birleşim, www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20447&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=92, 29.6.2009

larına başkanlık yapmak veya yaptırmak, strateji geliştirerek komisyon ve kurula sunmak ve onaylanan strateji, plan, program ve raporların gereklerini yerine getirmek, bu konularda ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak üzere Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı görevlendirilmiş, ayrıca; Avrupa Birliği'nden sağlanan mali kaynakların kullanımıyla ilgili usulsüzlükler ve suiistimaller konusunda yapılacak inceleme ve soruşturmalarda Avrupa Sahtecilikle Mücadele Ofisi (OLAF) ile koordinasyonu sağlayacak muhatap kuruluş olarak Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı belirlenmiş ve Yolsuzlukla Mücadele Koordinasyon Birimi (AFCOS) olarak görev yapması uygun görülmüştür.²²

2.1.1. Yolsuzlukla Mücadelede 3628 sayılı Kanun ve Diğer Dair Bazı Yasalar

Adında “Yolsuzluklarla Mücadele” ifadesi geçen tek yasa olan 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı **Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu**'na ilişkin bazı açıklamalarda bulunduktan sonra²³ doğrudan veya dolaylı olarak yolsuzlukla mücadeleye dair düzenlemeler içeren diğer bazı Kanunları ise -ki listesini uzatmak mümkündür ve hakkında açıklamada bulunmak da bu çalışmanın hacmini ve amacını aşacaktır- belirtmekle yetineceğiz.

3628 sayılı Kanun genel gerekçesinde,²⁴ kamu görevlilerinin mal bildiriminde bulunmaları işlemlerine ve bununla ilgili müeyyidelere işlerlik kazandırmak, Cumhuriyet savcısına izin almadan takibat yetkisi vermek ve bu suretle rüşvet ve yolsuzluklarla daha etkin mücadele edebilmek için bu kanun teklifinin hazırlandığı, rüşvet ve yolsuzluk fiillerinin Devleti zaafiyete uğratan sosyal bir yara olduğu, bununla mücadele için getirilen 9.8.1983 tarih ve 2871 sayılı Kamu Görevlileri İle İlgili Mal Bildirimi Kanunu'nun uygulamada istenilen sonucu sağlayamadığı belirtilmiştir.

²² http://www.basbakanlik.gov.tr/genelge_pdf/2009/2009-0010-006-14306.pdf#page=1 E.T.: 3.5.2011

²³ 3628 sayılı Kanun hakkında geniş açıklamalar ve uygulanmasına dair yüksek mahkeme kararları için Bkz.: Uğur, Hüsamettin, *Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu*, Ulusal ve Uluslararası Boyutta Yolsuzlukla Mücadele, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

²⁴ TBBM Tutanak Dergisi, Dönem 18, 3. Yasama Yılı, 104. Birleşim, s. 61

Kanun'un amacı, rüşvet ve yolsuzluklarla mücadele cümlesinden olup Kanunda sayılanların mal bildiriminde bulunmalarını, bildirimlerin yenilenmesini, mal edilmelerin denetimiyle, haksız mal edinme veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunma halinde uygulanacak hükümleri, bu kanunda belirlenen suçlarla bazı suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve muhakeme usulünü düzenlemektir (m.1).

Kanun'un 4. maddesinde irtikap, rüşvet, zimmet... gibi suçların ortaya çıkarılması, ispatındaki güçlükler göz önüne alınarak haksız mal edinme tanımlanıp suç olarak düzenlenmiştir.

2. maddeye göre mal bildiriminde bulunması gerekenler, 6. maddede belirtilen süreler dışında görevlerine devam ettikleri sürece, sonu (0) ve (5) ile biten yıllarda ve en geç şubat ayı sonuna kadar mal bildirimlerini yenilemek durumundadırlar. Mal bildirimlerinin yenilenme süresinin 5 yıl olarak belirlenmesi (m. 7) en çok eleştirilen husus olduğu gibi ceza maddeleri içerisinde 7. madde hükmünün yerine getirilmemesi için bir yaptırım da öngörülmemiştir. Ancak bu husus disiplin soruşturmasına konu olabilecektir.²⁵

Mal bildirimlerinde gizlilik esastır. Bu konuda her türlü açıklama yapılması, bilgi verilmesi, içeriği hakkında yayında bulunulması yasaklanmıştır (m.9). Kanunun TBMM'nde görüşülmesinden bugüne kadar en çok eleştirilen ve değiştirilmesi teklif edilen maddesi bildirimlerin gizliliğini esas alan 9. maddesidir.

Ancak bu yasağa yasayla iki istisna getirilmiştir. Birincisi Kanununun 20. maddesi hükmüdür. Maddede bu kanuna göre takip, soruşturma ve kovuşturmalarda yetkili kişiler (müfettiş, muhakkik ve Cumhuriyet savcısı) ile Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü veya temsilcisi ve bu kanundaki diğer merciler tarafından, özel kanunlarında aksine bir hüküm bulunsa bile, istenen bilgileri gecikmeksizin makul sürede eksiksiz vermek zorunluluğu getirilmiş ve buna aykırı hareket etmek suç olarak düzenlenmiştir. İkinci

²⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin (B-b) bendine göre; eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemek, kınama cezasını, 125. maddenin (D-j) bendine göre; belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirir.

istisna ise Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na tanınmıştır. Kamu Görevlileri Etik Kurulu mal bildirimlerini gerektiğinde inceleme yetkisine sahiptir.

Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarına göre Kanun'un 13. maddenin 1. fıkrasındaki "*haksız mal edinme*" suçu ani suçtur ve suç tarihi de malın edinim tarihidir. Böyle olunca bu suçtan açılan davaların büyük çoğunluğunun zamanaşımına uğramakta ve sonuçta haksız edinilen malların müsaderesine de karar verilememekte, böylece suçlar yaptırımsız kalmakta ve Kanun uygulamada bekleneni verememektedir. Ayrıca kanunkoyucunun bu kadar önem vererek çıkardığı yasada, öngörülen cezalar için erteleme ve paraya çevirme yasağı getirilmişse de (m. 16) 5237 sayılı TCK'nun 5. maddesinin yürürlüğe girmesiyle 16 ve 20. maddelerdeki erteleme, paraya veya tedbirlerden birine çevirme ve ön ödeme yasağı zımnen ilga olunarak hükümsüz kalmıştır.²⁶ Çünkü 3257 sayılı TCK'nun genel hükümlerine göre, verilecek bir yıl veya daha az süreli hapis cezası şartlarının varlığı halinde seçenek yaptırımlara çevrilebilecek (50. md.), iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilmektedir (m. 51).

İrtikap, rüşvet, zimmet... gibi suçların ispatlanamadığı yerde devreye girmesi için 3628 sayılı Kanun çıkarılmasına rağmen, uygulamada haksız mal edinme suçundan açılan dava ve verilen mahkumiyet kararlarının rüşvet suçundan daha az olduğu görülmektedir.²⁷

5728 sayılı "*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" ile 170'den fazla kanunda değişiklik yapıldığı halde 3628 sayılı Kanunda gerekli uyum değişiklikleri yapılmamış, Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak mahkumiyetin kanuni sonucu kamu hizmetlerinden süreli ve süresiz yasaklanma cezası verilebilmesine, verilen cezaların

²⁶ Gbi. Bkz.: Uğur, Hüsametdin, a.g.e

²⁷ UYAP üzerinden yaptığımız araştırmaya göre (2006-2010 yıllarında) 3628 sayılı Kanuna muhalefetten açılan davalardan Yargıtay 7. Ceza Dairesine son 5 yılda sadece 175 dosya (2006'da 5, 2007'de 13, 2008'de 34, 2009'da 75 ve 2010'da 48 olmak üzere) temyiz incelemesi için gelmiştir. 175 dosyadan sadece 3 mahkumiyet kararı düzeltilerek veya doğrudan onanarak kesinleşmiş, 66 tanesi temyiz incelemesi için Yargıtay'da beklerken zamanaşımı süresi dolduğundan davalar düşürülmüş, 42'si de çeşitli sebeplerle bozulmuştur. Diğerleri de beraat veya zamanaşımı kararlarının onanması, temyizden reddi veya bazı noksanlıklar yönünden verilen tevdi (iade) kararlarıdır.

10. maddenin birinci fıkrası hariç tecil edilemeyeceğine, şahsi hürriyeti bağlayıcı olanların para veya tedbire çevrilemeyeceğine dair düzenlemeler, 5237 sayılı TCK'nun 5. maddesi uyarınca aynı Kanun'un genel hükümleri karşısında geçersiz hale gelmiş ve 2007 yılı başında Meclis'e sevk edilip içinde 3628 sayılı Kanun'a ilişkin önemli değişiklikler barındıran "*Siyasi Etik Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*"nin de yasalaşmaması sonucu yolsuzlukla mücadelede büyük umutlarla çıkarılan kanunun etkinliği ve uygulanabilirliği daha da azalmıştır.

3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinde sayılan suçlar veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (4483 sayılı Kanun) hükümleri uygulanmaz. 17. maddenin 2 ve 3. fıkralarında ise "*Her kuralın bir istisnası, her istisnanın bir müstesnası vardır*" ifadesini doğrular biçimde istisnanın istisnası düzenlenmiştir.

Buna göre müşteşar, vali ve kaymakamlar yönünden 3628 sayılı Kanun değil, 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre soruşturma yapılacaktır. Bu durumda hazırlık soruşturmasını, müşteşar ve valiler için Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı veya Başsavcı vekili, kaymakamlar hakkında ise il Cumhuriyet Başsavcısı veya başsavcı vekili yapacak, yargılama mercii de; müşteşar ve valiler için Yargıtay'ın ilgili dairesi, kaymakamlar için ise il ağır ceza mahkemesidir (4483 SK. m. 12, 13).

Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olup 3. fıkra kapsamına giren kimseler hakkında ilgili kanunlardaki özel soruşturma ve kovuşturma usulü saklı tutulduğundan, 1. fıkrada sayılan suçlar söz konusu olsa da 3628 sayılı Kanun'un 18 ve 19. maddelerine göre doğrudan soruşturma yapılamayacaktır. 17. maddedeki suçların sayısı ve önemi ile maddenin 2 ve 3. fıkrasıyla 4483 sayılı Kanun himayesinde bırakılarak doğrudan soruşturma dışında tutulan müşteşar, vali ve kaymakamlar ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi kamu görevlilerinin sayısı ve çeşitliliği²⁸ göz

²⁸ Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma usulüne tabi kimseler olarak; Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar, Milletvekilleri, Yüksek Mahkeme Başkanları ve Üyeleri ile Başsavcıları ve Başsavcı Vekilleri, Sayıştay Başkanı ve Üyeleri, Bölge Adliye Mahkemeleri Başkan ve Üyeleri ile Cumhuriyet Savcıları, Askeri Hakim ve Savcılar ve Yardımcıları ile Adli Müşavirler, Hakim ve Cumhuriyet Savcıları, Avukatlar, Noterler, Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve Rektörler ile Di-

önüne alındığında ülke olarak rüşvet ve yolsuzlukla mücadeledeki samimiyetimiz tartışılır hale gelmektedir.

Son yıllarda milletvekilleri için yasama dokunulmazlığının kaldırılması veya sınırlarının daraltılması konusu sıkça dile getirilmekte ise de, Türkiye'nin bir imtiyazlılar ülkesi olduğu; kamu görevi gören, kamu gücüne sahip hemen herkesin bir şekilde dokunulmazlık zırhına büründüğü görülmektedir.

Yolsuzlukla Mücadeleye Dair Diğer Bazı Kanunlar:

213 sayılı Vergi Usul Kanunu, 237 sayılı Taşıt Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 1156 sayılı Kanuna Mugayir Tahakkuk ve Tediye Muamematını İhbar Edenlere İkramiye İtasına Dair Kanun,²⁹ 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun,³⁰ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun,³¹ 3628 sayılı Mal Bildirimini-

-
- ğeri Görevliler ... sayılabilir.
- ²⁹ 1927 tarihli Kanununun 2 esaslı maddesi olup kısaca; Kanunen hak edilmeyen, ödenmemesi gereken bir masrafın Devletten haksız olarak alınması veya alınmasına (ödenmesine) karar verilmesi sonrasında bunu ihbar edenlere ihbarların sabit olması halinde geri alınacak veya ödenmeyecek olan meblağın yüzde yirmisine kadarının ihbarcıya ikramiye olarak verileceği hükmünü içermektedir. Uygulandığını hiç duymadığımız, vatandaşın da varlığından haberdar olduğunu sanmadığımız metruk (terkedilmiş, uygulanmayan) bir kanundur.
- ³⁰ Bu kanun kapsamına giren yerlerdeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde buldukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluştaki görev ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamayacakları, taahhüde giremeyecekleri, komisyonculuk ve temsilcilik yapamayacaklarını düzenlemekte, aykırı davranışlar için 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası öngörmesine rağmen uygulaması yok denilecek kadar azdır. 2531 SK.'un uygulamasındaki yetersizlik ve değişiklik önerileri için Bkz.: Meclis Araştırma Komisyonu (10/9) Raporu, T.B.M.M., Dönem : 22, Yasama Yılı: 1, S. Sayısı: 266, s. 132,133, (Cumhurbaşkanlığı, Yolsuzlukla Mücadeleye Yardımcı Olmak Maksudıyla Alınması Gerekli Tedbirlere İlişkin İnceleme Raporu, Ankara: Cumhurbaşkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu Başkanlığı Yayını, Haziran-1996, (Aktaran, Coşkun Can Aktan (Ed), Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri, Ankara: Hak-İş Yayınları, 2001)
- ³¹ "...kanuna; kamu görevlerinden ayrılanların yapamayacakları işler ile ilgili kanuna benzer bir nitelik kazandırılmak suretiyle seçilemeyen milletvekillerinin nüfuz ticareti yapmaları önlenmelidir. Kanunda sayılan kurum ve kuruluşlarda "ücret karşılığı iş takipçiliği, komisyonculuk, müşavirlik yapamazlar" hükmünde yer alan "ücret karşılığı" ibaresi

de Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (öncesinde 3182 ve 4389 sayılı Kanunlar), 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun (öncesinde 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine,... Dair K.), 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, (öncesinde 1918 ve 4926 sayılı K.lar) 6085 sayılı Sayıştay Kanunu (1967 tarih ve 832 sayılı Sayıştay K.'nu yürürlükten kaldırarak 19.12.2010'da yürürlüğe girmiştir).

2.2. Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadeleye Dair Uluslararası Sözleşmeler

TBMM'nce birer kanunla uygun bulunup, Bakanlar Kurulu'na da onaylanarak yürürlüğe konulan rüşvet ve yolsuzlukla mücadeleyle dair Uluslararası Sözleşmeler:³²

2.2.1. *OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi*. TBMM'nce 1.2.2000 tarih ve 4518 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 10.5.2000 tarih ve 24045 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, Bakanlar Kurulu'nun 9.3.2000 tarih ve 2000/385 sayılı Kararı ile onaylanmıştır.

2.2.2. *Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*. 30.1.2003 tarih ve 4800 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu'nun 26.2.3.2003 tarih ve 2003/5329 sayılı Kararı ile onaylanmış, 18.3.2003 tarih ve 25052 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

2,2,3. *Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi*. Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1999 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuri-

metinden çıkarılmalı ya da "ücretsiz veya ücret karşılığı" şeklinde değiştirilmelidir." (Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu İnceleme Raporu, Aktaran, Coşkun Can Aktan (Ed), Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri)

³² Anılan Sözleşmeler ve ceza hukuku alanında işbirliğine dair diğer bazı Sözleşmelere dair açıklayıcı bilgiler ile Sözleşmelerin tam metinleri için Bkz.: Uğur, Hüsametin, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Ulusal ve Uluslararası Boyutta Yolsuzlukla Mücadele, s. 72-87, 472-559

yeti adına 27 Eylül 2001 tarihinde Strazburg'da imzalanan Sözleşme, 17.4.2003 tarih ve 4852 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş (24.4.2003 tarih ve 25088 sayılı Resmi Gazete) ve Bakanlar Kurulu'nun 28.5.2003 tarih ve 2003/5685 sayılı Kararı ile onaylanmıştır. Sözleşme 17.6.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

2.2.4. *Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi*. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 27 Ocak 1999 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye tarafından 27 Eylül 2001 tarihinde Strazburg'da imzalanan Sözleşme 14.1.2004 tarih ve 5065 sayılı Kanunla uygun bulunmuş (20/01/2004 tarih ve 25352 sayılı Resmi Gazete) ve Bakanlar Kurulu'nun 5.2.2004 tarih ve 2004/6771 sayılı Kararı ile onaylanmıştır. Sözleşme 2.3.2004 tarih ve 25390 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

2.2.5. *Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşme*. TBMM'nce 16.6.2004 tarih ve 5191 sayılı Kanunla uygun bulunarak 22.6.2004 tarih ve 25500 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, Bakanlar Kurulu'nun 30.7.2004 tarih ve 2004/7712 sayılı kararı ile onaylanmıştır.

2.2.6. *Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*. 18.5.2006 tarih ve 5506 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş (24.5. 2006 tarih ve 26177 sayılı Resmi Gazete), Bakanlar Kurulu'nun 11.8.2006 tarih ve 2000/10885 sayılı Kararı ile onaylanmış, 2.10. 2006 tarih ve 26307 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

2.3. Yolsuzluklarla Mücadelede Uluslararası Örgütler

2.3.1. *Birleşmiş Milletler Uluslararası Suç Önleme Merkezi*. (United Nations Centre for International Crime Prevention -CICP), 1997 yılında kurulan "Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Birimi" bünyesinde faaliyet gösteren ve suça ilişkin kanunların ve adalet sisteminin yenilenmesi ve suçların önlenmesinden sorumlu birimdir. Merkez özellikle sınırışan organize suçlarla mücadele, yolsuzluk ve yasadışı insan ticareti konularına eğilmektedir.

2.3.2. *Avrupa Sahtecilikle Mücadele Ofisi (OLAF)*. Sahtecilikle daha etkin mücadele edebilmek için, Avrupa Komisyonu bünyesinde 28 Nisan 1999 tarihinde kurulan OLAF (European Anti-Fraud Office), Avrupa Birliğinin yürütme erki olan Avrupa Komisyonu içinde bağımsız

bir soruşturma birimi olarak görev yapmakta olup, Avrupa Birliği'nin teftiş kurulu niteliğindedir.

2.3.3. *Yolsuzluğa Karşı Avrupa Devletler Grubu (GRECO)*. 4 Mayıs 1998 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi toplantısında alınan (98) 7 sayılı Kararla kurulmuştur. Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin yanı sıra ABD de GRECO üyesidir. Üye sayısı her geçen gün artmakta olup, 2007 Şubatında Rusya'nın da katılımıyla 44 üyeye ulaşmıştır. Ülkemiz de, 1 Ocak 2004 tarihinden beri GRECO'ya üyedir.

Yolsuzlukla mücadele alanında esnek ve etkin bir denetim mekanizması olan GRECO'nun amacı; üye ülkelerin yolsuzlukla mücadele sistemlerinin güçlendirilmesi yönünde değerlendirmeye tabi tutarak, reformların uygulanmasına katkı sağlanmak ve üyelerinin yolsuzlukla mücadele sistemlerinin gözlenmesi ve bu yolda kapasitelerinin artırılmasına yardımcı olmaktır.³³

GREKO, Türkiye'nin yolsuzlukla mücadeleye ilişkin yasal düzenlemeler, denetleyici kurum ve kuruluşlar ile uygulamalarını yakından takip etmekte ve bugüne kadar üç aşamadan oluşan değerlendirmelerini birer rapor halinde sunmuştur. Bugüne kadar Türkiye hakkında 10 Mart 2006 tarihli "*Birinci ve İkinci Aşama Değerlendirme Ortak Raporu (Greco Eval I Rep (2005) 3E)*" ve buna ilişkin *Uyum Raporu, Üçüncü Aşama İncelemesi sonucunda 26 Mart 2010 tarihli "Türkiye'de Suç Haline Getirme (ETS 173 ve 191, GPC 2) Değerlendirme Raporu"* ile "*Parti Finansmanında Şeffaflık hakkında Türkiye Değerlendirme Raporu (Greco Eval III Rep (2009) 5E)*" ve son olarak 11 Haziran 2010 tarihli "*Birinci ve İkinci Aşama Ortak Değerlendirmesi Türkiye Ek Uyum Raporu (Greco RC-I/II (2008) 2E)*" hazırlanmıştır.³⁴

2.3.4. *Malî Eylem Görev Grubu (FATF)*. Temmuz 1989 tarihinde Paris'te bir araya gelen G-7 ülkelerinin (ABD, Japonya, Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya ve Kanada) devlet ve hükümet Başkanlarının, uyuşturucu üretimi, ticareti ve tüketimi ile bu suçlardan elde edilen

³³ Ergül, Ergin, Greco Bağlamında Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, www.uhdigm.adalet.gov.tr/greco/Makale1Grecoeergul.doc, E.T.:5.8.2009

³⁴ Anılan Raporların aslı GRECO'nun ana sayfasında bulunmakta (<http://www.coe.int/greco>) olup Türkçe tercümelemelerine ise Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün web sayfasından (<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>) ulaşılabilir.

gelirlerin aklanması ile etkili mücadele için acil ve etkili adımların atılması ihtiyacından hareketle, mali sorunların ele alınması ve bu faaliyetlerden elde edilen kara sermayenin aklanması ile mücadele edilmesine yönelik mevzuatların standardizasyonu ve üye ülkeler arasındaki sürekli bilgi değişim ve akışının tesisi amacıyla mali eylem grubunu (Financial Action Task Force – FATF) kurmayı kararlaştırmışlardır.³⁵

Gruba kurucu üyeler haricinde, Avrupa Topluluğu'na bağlı üyeler ve Türkiye (24 Eylül 1991) ile Avustralya, Avusturya, Finlandiya, Hong Kong, İzlanda, Yeni Zelanda, Norveç, Singapur, İsveç, İsviçre ve iki bölgesel örgüt (Avrupa Komisyonu ve Körfez İşbirliği Konseyi) de katılmıştır. Sekreteryaya hizmetleri Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından yerine getirilmektedir.

2.3.5. Egmont Grubu. ³⁶ 9 Haziran 1995 tarihinde Brüksel'de 24 ülke ve 8 uluslararası kuruluşun bir araya gelmesiyle oluşturulmuş olan ve adını toplantının yapıldığı saraydan alan Egmont Grubunun temel amacı, ülkelerin ulusal düzeydeki aklama ile mücadele sistemlerinin gelişmesine yardımcı olmak ve aklama ile ilgili uluslararası bilgi değişimlerin önündeki engelleri ortadan kaldırmaktır.

Egmont Grubu üyesi ülkeler arasındaki bilgi değişimleri ülkelerin mali istihbarat birimleri (Financial Intelligence Unit- FIU) aracılığı ile yapılmaktadır. Mali istihbarat birimi *“Suçtan elde edildiğinden şüphe duyulan gelirlere ve potansiyel terörün finansmanına veya karapara aklama ve terörün finansmanı ile mücadele amacıyla ulusal mevzuat ve düzenlemelerin gerektirdiği mali bilgilere ilişkin bildirimleri toplamak, analiz etmek ve ilgili makamlara sevk etmekle sorumlu merkezi ulusal birim”* olarak tanımlanmıştır.

Türkiye'nin mali istihbarat birimi, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) olup Haziran 1998'de üyeliğe kabul edilmiştir.

³⁵ Koçak, Muhsin, Kara Para- Aklanması- Aklama Suçu- Müsadere, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_831.htm E.T.: 7.6.2008, Aykın, Hasan, Karaparanın Aklanmasıyla Mücadele Konusundaki Temel Uluslararası Metinler ve Oluşumlar, Uluslararası Ekonomik Sorunlar, Sayı 25, Mayıs 2007, <http://www.mmd.org.tr/eserler> E.T.: 5.8.2009)

³⁶ Aykın, Hasan, a.g.m.

2.3.6. *Uluslararası Saydamlık Örgütü (Transparency International)*. 1993 yılında kurulmuş ve merkezi Berlin’de olup yolsuzlukla mücadele eden tek uluslararası sivil toplum örgütüdür. Örgüt, global anlamda bir koalisyon oluşturmak amacıyla sivil toplumu, iş dünyasını ve hükümetleri bir araya getirmektedir.

Yolsuzlukla mücadeleyi uzun soluklu bir yol kabul eden örgütün, doksana yakın ülkede ulusal bazda teşkilatı bulunmakta olup, bireysel olaylar yerine yolsuzlukla ilgili uzun dönemli kazançlara yönelik çalışmalar yapar. Her yıl “*Yolsuzluk Algılama Endeksi (CPI-Corruption Perception Index)* ve “*Rüşvet Ödeyen Ülkeler Endeksi*” yayımlar.

Örgüt’ün kullandığı Yolsuzluğu Algılama Endeksi, yolsuzluğu değil yolsuzluğun algılanmasını ölçmekte olup kamu gücünün özel çıkarlar için kötüye kullanımı, kamu işlemlerinin yürütülmesinde rüşvet alma, kamuya ait fonların zimmete geçirilmesi üzerine yoğunlaşmaktadır.

Uluslararası Saydamlık Örgütü’nün Türkiye temsilcisi 29 Mayıs 1996 tarihinde kurulan Toplumsal Saydamlık Hareketi Derneği’dir.³⁷

Örgütün 1995 yılından bu yana yaptığı “*Yolsuzluk Algılama Endeksi*” araştırmasının genel sonuçlarına göre Türkiye’nin durumu:^{38,39,40}

Yıl	Türkiye’nin Derecesi (10 üzerinden)	Endeksteki Ülke Sayısı	Türkiye’nin Sırası
1995	4.10	39	27
1996	3.54	54	33
1997	3.21	52	38
1998	3.4	85	54
1999	3.6	99	54
2000	3.8	90	50

³⁷ http://www.masak.gov.tr/Yolsuzluk/uluslararasi_mucadele.htm#vk

³⁸ 1995-2003 verileri: <http://www.saydamlık.org/algilamaendeksi.htm> 23.8.2008

³⁹ 2004-2008 verileri: <http://www.kamuetik.gov.tr/duyurular/yasamayargietigi/Sunum/6> 15.8.2009

⁴⁰ 2010 için: www.internetthaber.com/iste-milletlerin-yolsuzluk-siralamasi.htm 15.6.2011

Yıl	Türkiye'nin Derecesi (10 üzerinden)	Endeksteği Ülke Sayısı	Türkiye'nin Sırası
2001	3.6	91	54
2002	3.2	102	64
2003	3.1	133	77
2004	3.2	144	77
2005	3.5	158	65
2006	3.8	163	60
2007	4.1	180	64
2008	4.6	180	58
2009	4.4	180	61
2010	4.4	178	56

Tabloya bakıp Türkiye'nin "temiz ülkeler ligi"ndeki sırasını değerlendirirken, derecelendirmenin en temiz ülke için 10 üzerinden yapıldığı ve endeksteği ülke sayısının 39'dan başlayıp 180'lere çıktığı göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan bakıldığında 2000 yılından sonra Türkiye'nin gitgide üst sıralara tırmandığı görülmektedir. Ancak, ilk on ülke arasında olmamız gerektiği hedeflenirse bu tablonun ülkemize yakışmadığı ortadadır.

2.4. Uluslararası Hukukun İç Hukuka Etkisi

Anayasa'nın 90. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerinden biri de, Milletlerarası Andlaşmaları (bir kanunla) uygun bulmaktır. Bir kanunla uygun bulunan milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak Anayasa'nın 104. maddesine göre cumhurbaşkanının görevidir. Bakanlar kurulunca da imzalanan Andlaşmalar Resmi Gazete'de yayınlanmakla yürürlüğe girer.

Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğu gibi, kanundan farklı olarak bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz yönüyle kanunun üstündedir. Maddenin devamında ise bu andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup (örneğin İnsan Hakları Sözleşmesi) kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çatışması, çelişmesi halinde

milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı (üstün tutulacağı) hususu açıkça ifade edilmiştir.

2.4.1. Uluslararası Sözleşmeler Uyarınca İç Hukukta Yapılan Değişiklikler

Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerimiz ve bu yükümlülüklerimizi izleyip değerlendiren ve gerektiğinde tavsiyelerde bulunan uluslararası örgütlere karşı, (Avrupa Birliği- AB, Avrupa Konseyi-AK, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı-OECD, Mali Eylem Görev Gücü-FATF, Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu -GRECO gibi...) özellikle de son yıllarda iç hukukumuzda çok sayıda yasal değişiklik yapılmış ve yapılmaktadır. Bu kapsamda sadece 6.2.2002-14.7.2004 tarihleri arasında Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde 8 paketten oluşan kanun değişikliklerine yukarıda değinmiştik. Ayrıca *“Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi”* ve diğer Sözleşmeler gereği iç hukukumuzda yapılan değişikliklere en temel iki örnek 2.1.2003 tarih ve 4782 sayılı *“Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”* ile 26.6.2009 tarih ve 5918 sayılı *“Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”*⁴¹ olup bunlarla 765 ve 5237 sayılı TCK, 4208 sayılı Kanun, Devlet İhale Kanunu, Kabahatler Kanunu’nda önemli değişiklikler yapılmıştır.⁴²

⁴¹ 5918 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesine göre: *“Sınıraşan suçların giderek yaygınlaştığı günümüzde, uluslararası boyutta en fazla tartışılan konulardan birini de “yolsuzlukla mücadele” oluşturmaktadır. Gerek bireysel olarak gerek organize suç örgütleri aracılığıyla işlenen yolsuzluk eylemleri, çok çeşitli suç tiplerini bünyesinde barındırmakta; suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasından, rüşvet, özel ve kamu sektöründe yolsuzluk, tüzel kişilerin sorumluluğu gibi birbiriyle doğrudan ya da dolaylı bağlantılı muhtelif hukuki mülahazaları ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği (AB) ile tam üyelik müzakereleri ve Ülkemizin üyesi olduğu Avrupa Konseyi (AK) ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) gibi uluslararası kuruluşlar nezdinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin birbiriyle örtüştüğü gözlemlenmektedir. ... Bu bağlamdaki uluslararası yükümlülüklerimizi yerine getirmek amacıyla hazırlanan Tasarıyla Türk Ceza Kanununda, Ceza Muhakemesi Kanununda, Kabahatler Kanununda ... çeşitli değişiklikler yapılmaktadır.”*

⁴² Gbi. Bkz.: Uğur, Hüsametin, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Ulusal ve Uluslararası Boyutta Yolsuzlukla Mücadele, Adalet Yaynevi, Ankara 2010

2.4.2. Yolsuzluğa Karşı Avrupa Devletler Grubu (GREKO)'nun Türkiye'ye Tavsiyeleri

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bünyesinde kurulan ve yolsuzlukla mücadelede bir denetim mekanizması olan “**Yolsuzluğa Karşı Avrupa Devletler Grubu-GREKO**”, yukarıda değinilen yasal değişiklikleri yeterli görmemiştir. GRECO'nun Türkiye hakkındaki Üçüncü Aşama İncelemesi sonucu düzenlenen 26 Mart 2010 tarihli “Türkiye’de Suç Haline Getirme (ETS 173 ve 191, GPC 2) Değerlendirme Raporu” nun konuları: **1- Siyasi Partilerin Finansmanında şeffaflık, 2- Suç haline getirmedir.** Türkiye'nin taraf olduğu Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi ve Ek Protokolü ile Rehber İlkeler 2 (yolsuzluğun suç haline getirilmesi) kapsamında “*suç haline getirme*” konusunda (5918 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun da gözetilerek) yapılan değerlendirme sonucu Türkiye'ye bir dizi tavsiyelerde bulunmuştur.⁴³ Parti Finans-

⁴³ Raporun tamamı 29 sayfa olup, son kısımdaki tavsiyeler şunlardır:

- Rüşvet suçlarının kapsamlı, tutarlı ve açık tanımlarını sağlamak, ve (a) tarafların rüşvet üzerinde anlaşmaya varıp varmadıklarına bakılmaksızın rüşvet vaat, teklif ve talepleri, (b) görevi ihlal teşkil edip etmediğine ya da görevlinin yetki alanı kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın kamu görevlisinin görevi sırasında yerine getirdiği veya getirmediği eylemlerin tamamını belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde tespit etmek için mevcut ceza kanununu gözden geçirmeyi;
- Rüşvet suçlarının, aracılar yoluyla işlenen rüşvet vakaları ile yararın görevlinin kendisi için değil de üçüncü taraf için sağlanmasının amaçlandığı durumları net olarak kapsayacak şekilde anlamlandırılmasının sağlanmasını;
- Uluslararası ticari faaliyetler dahilinde olsun ya da olmasın bütün yabancı kamu görevlilerinin, yabancı kamu meclisleri üyelerinin, uluslararası kuruluş görevlilerinin, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerinin, uluslararası mahkeme hakimleri ve görevlilerinin rüşvet verme ve aynı kişilerden rüşvet almasının, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 5, 6, 9, 10 ve 11. maddelerine göre açık olarak cezalandırılmasının sağlanmasını;
- Uluslararası ticari faaliyetlerin kapsamı içinde ya da dışındaki, yabancı jüri ve hakemlere rüşvet verilmesi ve rüşvet alınmasının Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi Ek Protokolünün (ETS 191) 4 ve 6. maddelerine göre açık olarak cezalandırılmasını ve bu belgenin en kısa sürede imzalanıp onaylanmasını sağlamayı;
- Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 7 ve 8. maddelerine göre, özel sektör teşekküllerinde her görevde çalışan ya da bu teşekkülleri yöneten eden her kişiye uygulanabilir şekilde özel sektörde rüşvet almayı ve vermeyi cezalandırılmasını;
- Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin (ETS 173) 12. maddesine göre, nüfuz kullananın aldatıp aldatmamasına bakılmaksızın nüfuz ticaretinin cezalandırılmasını;
- “*etkin pişmanlık*” durumlarında kamu sektöründe rüşvet alma ve verme suçunu işleyenlere sağlanan cezadan otomatik olarak ve neredeyse tamamen muaf olma durumu-

manında Şeffaflık hakkında Türkiye Değerlendirme Raporu da aynı şekilde bir dizi tavsiye içermektedir.⁴⁴ Türk makamları 30 Eylül 2011 tarihine kadar tavsiyelerin uygulanışına ilişkin rapor vermeye davet edilmiştir. Aşağıda yeri geldikçe GRECO'nun Türkiye hakkındaki bazı tavsiyelerine yer verilecektir.

2.5. Yolsuzlukla Mücadelede Denetleyici Kurum ve Kuruluşlar

Yolsuzlukla mücadeleye ilişkin Kanun ve hükümlerin fazlalığı ve dağınıklığı için söylediğimizi yolsuzlukla mücadele eden kurumlar açısından da söyleyebiliriz ki; Türkiye'nin sorunu bu gibi kurumların sayıca yetersizliği değil, etkili ve koordineli bir mücadelenin yokluğudur.^{45, 46}

Ülkemizde yüzü aşkın denetim mekanizması ve kurumun varlığına, belediyeler ve KİT'lerdeki müfettişler hariç Türkiye'deki teftiş birimlerinde onbinlerce müfettiş, kontrolör, denetmen, hesap uzmanı ve diğer denetim elemanları görev yapmasına rağmen yolsuzlukların önüne geçilememesi, kamu yönetimindeki teftiş sisteminin etkisiz olduğunu göstermektedir.

nu analiz etmeyi ve buna göre gözden geçirmeyi, ve bu tür durumlarda rüşveti vereneye verdiği rüşvetini tazminini ortadan kaldırmayı (ii) kanunu uygulayan uygulayıcılar dahil herkese ön soruşturmanın başlamasından sonra "etkin pışmanlık"ın kullanılmasını durumlarında cezadan muaf tutulmanın uygulanmadığını açıklamayı; Vatandaş olmayanlar tarafından işlenen ancak, aynı zamanda, Türk vatandaşı olan Türk kamu görevlilerinin veya Türk meclisleri üyelerinin dahil olduğu yolsuzluk suçları fiillerinin kovuşturulmasının Adalet Bakanının talebi üzerine yapılabileceği (TCK 12. madde, 1. fıkra) şartının kaldırılmasını; ve (ii) yurt dışında yabancılar tarafından işlenen fakat, aynı zamanda, Türk vatandaşı olan uluslararası organizasyonların görevlilerini, uluslararası parlamenter meclisleri üyelerini ve uluslararası mahkemelerin hakimleri ve savcılarını içeren yolsuzluk suçları üzerinde yargı yetkisi tesis etmesini" (Raporun tamamı için Bkz.: www.uhdigm.adalet.gov.tr/suc_haline_getirme.doc E.T.:23.6.2010

⁴⁴ www.uhdigm.adalet.gov.tr/greco_siyasi_partiler.doc E.T.:23.6.2010

⁴⁵ "Bakın Türkiye'de tam 129 teftiş kurulu, yani denetim birim var. Ama bu yolsuzluklarla 129 kere daha iyi mücadele edildiğini göstermiyor. Denetimin 129 parçaya dağıldığını gösteriyor. Ne soruşturma gizliliği kalıyor, ne sonuç almada sürat, ne de görüş birliği sağlanabiliyor. Yönetimde ne kadar dağınıksak, denetimde de o kadar dağınığız." Yetkin, Murat, Yolsuzlukla Mücadele, Radikal, 12 Ağustos 2001

⁴⁶ "Ülkemizde 129 adet denetim birimi bulunmakta, denetim elemanlarının sayısı 13 bini bulmaktadır. Bu dağınıklık nedeniyle, denetim çalışmaları içe dönük ve birbirleriyle ilişkisiz olmakta, denetim birimleri arasındaki koordinasyon, diyalog ve işbirliği imkanları kullanılmamakta, ortak denetim standartları ve yaklaşımları sergilenememekte, denetim mesleğindeki gelişmeler yeterince takip edilememektedir. Bu da denetimde mükerrerlikler ve denetim dışı kalan alanlar doğurmaktadır, dolayısıyla denetimin etkinliği azalmaktadır." (Hisarcıklıoğlu, Rifat, Kamu Mali Yönetim Reformu Arenası, STEAM, 10.11. Temmuz 2002, s. 17, 18)

Avrupa Birliği'nin de yolsuzlukla mücadele konusunda Türkiye'den en önemli beklentisi, yolsuzlukla mücadelenin eksikliğinden ziyade, anılan denetim mekanizmaları arasında etkin koordinasyonun sağlanmasıdır.

2.5.1. Yasama Denetimi (Siyasal Denetim)

2.5.1.1. *Meclisin Bilgi Edinme ve Denetim Yolları.* Anayasa'nın 98. maddesine göre; "Türkiye Büyük Millet Meclisi soru, meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve meclis soruşturması yollarıyla denetleme yetkisini kullanır."

2.5.1.2. *Dilekçe Komisyonu.* 1.11.1984 tarih ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ve yetkili makamlara yazı ile başvurma haklarının kullanılma biçimini düzenlemektedir (m.1). TBMM'ndeki 16 komisyondan biri olan Dilekçe Komisyonu, başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verir.

2.5.1.3. *İnsan Hakları İnceleme Komisyonu.* 5.12.1990 tarih ve 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu'nun amacı Dünya'da ve ülkemizde insan haklarına saygı ve bu konudaki gelişmeleri izlemek suretiyle uygulamaların bu gelişmelere uyumunu sağlamak ve başvuruları incelemek üzere TBMM'nde bir İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu kurulmuştur.

2.5.1.4. *Meclisinin Sayıştay'ı Denetlemesi.* 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "Sayıştayın Denetlenmesi" başlıklı 69 ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun aynı başlıklı 79. maddesine göre "Sayıştay'ın denetlenmesi, her yıl Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı tarafından görevlendirilen ve gerekli mesleki niteliklere sahip denetim elemanlarından oluşan bir komisyon tarafından, hesaplar ve bunlara ilişkin belgeler esas alınarak yapılır."

2.5.2. İdari Denetim

2.5.2.1. *İç Denetim ve İç Kontrol.* 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu⁴⁷ ile devlet yönetiminde; hataları önlemek, risk ve zayıflıkları belirlemek, iyi uygulama örneklerini yaygınlaştırmak, yönetim sistemlerini geliştirmek, yönetime yardımcı olmak ve değer katmak; kişiler, birimler ve spesifik denetimler yerine sistem ve süreç odaklı ve de geleneksel teftiş yapılarının bıraktığı olumsuz denetim imajını silmek üzere, iç denetim Türk bürokrasisindeki yerini almıştır.

İç denetçilerin görevleri 64. maddede tek tek sayıldıktan sonra iç denetçinin, görevinde bağımsız olduğu ve asli görevi dışında hiçbir görev verilemeyeceği ve yaptırılmayacağı öngörülmüştür. Maddedeki “Denetim sırasında veya denetim sonuçlarına göre soruşturma açılmasını gerektirecek bir duruma rastlandığında, ilgili idarenin en üst amirine bildirmek” ifadesinden iç denetçilerin soruşturma yapma yetkilerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun çağdaş kamu yönetimi anlayışına geçmek yönünde bir kararlılık göstergesi olmakla birlikte özellikle de İç Denetim ve Koordinasyon Kurulu’nun mevcut yapısı haklı olarak eleştirilmiştir.⁴⁸

⁴⁷ 24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazete

⁴⁸ “Kanun’un iç denetime dair uygulamasının mali denetimle sınırlı, tek görevi harcama sonrası denetim olan bir iç denetim görüntüsü verdiği, iç denetimin, Avrupa Birliği adaylık sürecinde ‘mali kontrol’ başlığı altında ele alınıyor olmasının da bazı yanlışlara sebebiyet verdiği, Özellikle ilerleme raporlarının tercümelerinde de görülebileceği üzere, iç kontrol, iç mali kontrol ve iç denetim kavramlarında bir bulanıklık söz konusu olduğu, sürekli olarak iç denetimin *harcama sonrası - ex post* denetim boyutunun öne çıkarıldığı ve ‘yönetim’ denetimi boyutunun görmezden gelindiği, böyle olunca da iç denetime, sadece ve sadece *ön mali - ex ante kontrol*’ün mütemmim bir cüzü olarak misyon biçildiği,

Bakanlıklar düzeyinde denetim/teftiş sisteminin transformasyonunun ancak genel bir kanun olan 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş Görev ve Esasları Hk.da K.da değişiklik yapılması ile mümkünken, bu gerçekleştirilemediği, Bakanlıklardaki mevcut teftiş sistemine dokunulmadan, iç denetimin bakanlık teşkilatlarına, sadece 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile monte edilmeye çalışılmasının, iç denetimin sağlıklı bir temel üzerine yükselmesine mani olup bunun da bağımsız, tarafsız, etkili bir iç denetim hizmeti verilmesini zorlaştırdığı, İç denetimin bağımsız ve tarafsız bir faaliyet olabilmesinin kendi kaynaklarını kendisinin yönetmesiyle mümkünken, Türkiye örneğinde Bakanlık İç Denetimlerinin, bütçe yönüyle Bakanlık Özel Kalem Müdürlüğüne, idari iş ve işlemler boyutuyla da Müsteşarlık Bürosuna bağımlı halde olmasının vesayet doğurduğu,

Teşkilat kanunlarında yer almayan, bütçesiz, örgütsüz ve amirsiz iç denetçilerin, statü yönünden boşlukta sayıldığı ve bugünkü halleriyle Bakanlık Müfettişliği ile taşra denetim elemanlığı (vergi denetmeni, muhasebe denetmeni vb.) arasında bir

2.5.2.2. *Hiyerarşik Denetim ve Teftiş*. Tanzimattan beri Türkiye'de uygulanan ancak standartları oluşturulmamış ve geliştirilmemiş, daha ziyade "teamüller" ile yürütülen geleneksel "teftiş" sistemine yönelik bir çok eleştirel çalışma bulunmaktadır. Bunlardan birkaçına satırbaşlarıyla değinilecek olursa;⁴⁹

- Düzeltici ve yaratıcı bir görev olarak yürütülmesi gerekirken, daha çok suç arayıcı ve cezalandırıcı amaçlar için kullanılması,
- Yönetimi geliştirmedeki etkililiği son derece sınırlı olması ve denetimde personele rehberlik etme işlevinin gereği gibi gerçekleştirilememesi,
- Fonksiyonel bağımsızlığı sağlayacak meslekî güvencelere sahip olmaması,
- Kimi zaman kanaat zırhı altında sübjektif ve cezalandırıcı yaklaşımlar benimsenebilmesi,
- Daha çok düzenlilik denetimine yoğunlaşıp, faaliyet denetimini ihmal etmesi sonucu yolsuzluk üreten sistemin tasfiyesi konusunda yeterli katkı sağlayamaması,
- Genel kabul görmüş denetim standartları mevcut olmaması,
- Denetim raporlarının kamuoyuna açıklanmaması, ...gösterilebilir.

yerlerde oldukları,

İç Denetçilerin yolsuzluklarla, suiistimallerle mücadelede etkin bir rol üstlenip üstlenmeyecekleri ve 4483 sayılı Yasa kapsamında ön inceleme yapıp yapamayacakları hususları yasal çerçevede netliğe kavuşturulması gerektiği" (Gönülaçar, Şener, Türk Kamu Yönetiminde İç Denetim, http://icden.meb.gov.tr/digeryaziler/turk_kamu_yonetiminde_ic_denetim_2009.doc, E.T.: 1.9.2009)

⁴⁹ TODAİE, Merkezi Hükümet Teşkilâtı Araştırma Projesi Yönetim Kurulu Raporu (MEHTAP), Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 1966, s. 354, 356, <http://www.todaie.gov.tr/pdf/MEHTAP.PDF>, TODAİE, Kamu Yönetimi Araştırması Genel Raporu (KAYA), Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1991, s. 21-23, <http://www.todaie.gov.tr/pdf/KAYA.PDF>; TESEV, Kamu Denetim Sisteminin Yeniden Yapılandırılması Konusunda TESEV Görüş ve Önerileri, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı, İstanbul, 2004, s. 2 - 3, http://www.tesev.org.tr/etkinlik/tese_v_denetim_gorus_temmuz2004.doc; Dinçer, Ömer; Yılmaz, Cevdet; Değişimin Yönetimi İçin Yönetimde Değişim, Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma 1, T.C.Başbakanlık, Ankara, 2003, http://turkiye.basbakanlik.gov.tr/docs/basbakanlik/kanuntasarilari/kyyy/De_gisim_yonetimi_icin_yonetimde_degisim.doc (aktaran; Gönülaçar, Şener)

Ancak teftiş kurullarının yolsuzlukla mücadeledeki katkısının, özellikle büyük ve kompleks soruşturmalar yönünden uzmanlık ve bilgi birikiminin ne denli önemli olduğu ve Kıta Avrupası'nda zaten var olan teftiş (inspection) sisteminin, son yıllarda İngiltere gibi bazı anglo-sakson ülkelerinde de yükselen değer olup teftiş kurullarının tasfiyesi yerine çağdaş teftiş normları doğrultusunda güçlendirilmeleri ve mesleki güvencelerle donatılmaları gerektiği, Türkiye ve dünya pratiğinde yolsuzlukla mücadelenin asli aktörlerinden olan teftiş kurullarının kaldırılması halinde, yolsuzlukların ve usulsüzlüklerin eskisinden çok daha fazla artacağı savunulmaktadır.⁵⁰ Görüldüğü gibi teftiş kurulları savunulurken de çağdaş teftiş normları doğrultusunda güçlendirilmeleri ve mesleki güvencelerle donatılmaları gerektiği vurgulanarak en azından eleştirilerin haklı yönü kabul edilmektedir.

2.5.3. Dış Denetim

2.5.3.1. *Vesayet Denetimi.* İl, belediye ve köy kamu tüzelkişileri olan yerel yönetimlerin merkezi yönetim tarafından denetlenmesidir. Vesayet denetimi Anayasa'nın 127/5. maddesinde düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi bir iç denetim olan hiyerarşik denetimde aynı kurum içindeki üst tarafından astın denetlenmesi sözkonusu iken, bir dış denetim olan vesayet denetiminde iki ayrı kamu tüzel kişiliği olup, bunlardan biri denetlenen yerel yönetim, diğeri de denetleyen merkezi yönetimdir.

2.5.3.2. Uzman Kuruluşlarca Yapılan Denetim

2.5.3.2.1. *Sayıştay Denetimi.* 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 1. maddesine göre, "Bu Kanunun amacı; kamuda hesap verme sorumluluğu ve mali saydamlık esasları çerçevesinde, kamu idarelerinin ... Türkiye Büyük Millet Meclisi adına yapılacak denetimleri, sorumluların hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanmasını ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak ..tır"

Tanımlar maddesinde (m. 2) Sayıştay denetiminin, düzenlilik ve performans denetimini, düzenlilik denetiminin de mali denetim

⁵⁰ Tarhan, R.Bülent, Yolsuzluk Operasyonları ve Teftiş Kurulları, http://www.denetde.org.tr/makaleler/Yolsuzluk_ve_teftis_kurullari.html, E.T.: 25.2.2010

ve uygunluk denetimini ifade ettiği belirtilerek ayrıca mali denetim ile performans ve uygunluk denetiminin tanımı yapılmış, 3. maddede Sayıştay'ın işlevsel ve kurumsal bağımsızlığı vurgulanmıştır. Sayıştay'ın görevi ise anılan Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir.

2.5.3.2.2. Devlet Denetleme Kurulu. Anayasal (m.108) bir kurul olup, 1.4.1981 tarih ve 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun'un 1. maddesi uyarınca yönetimin hukuka uygun, düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacı ile kurulmuştur. Devlet Başkanlığına (Cumhurbaşkanına) bağlı Devlet Denetleme Kurulu'nun görevi 2. maddede gösterilmiştir.

2.5.3.2.3. Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu. 24.6.1983 tarih ve 72 sayılı Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Denetleme Kurulu, Başbakanlığa bağlı, tüzel kişiliğe sahip yüksek bir denetleme organı iken, Aralık 2010'da yürürlüğe giren 6085 sayılı Sayıştay Kanunu ile anılan KHK. yürürlükten kaldırılmış ve Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulunun personeli, araç, gereç ve her türlü taşınır ve taşınmaz malları ve bütçesi Sayıştay'a devredilmiştir (6085 SK. m.82/b, geçici 4).

2.5.3.2.4. Kamu Görevlileri Etik Kurulu. 25.5.2004 tarih ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ... Hakkında Kanun ile, kanunda yazılı görevleri yerine getirmek üzere Kamu Görevlileri Etik Kurulu kurulmuştur.

Kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uymaları gereken etik davranış ilkelerini hazırlayacağı yönetmeliklerle belirlemek, etik davranış ilkelerinin ihlâl edildiği iddiasıyla re'sen veya yapılacak başvurular üzerine gerekli inceleme ve araştırmayı yaparak sonucu ilgili makamlara bildirmek, kamuda etik kültürünü yerleştirmek üzere çalışmalar yapmak veya yaptırmak ve bu konuda yapılacak çalışmalara destek olmakla görevli ve yetkili kılınmıştır.

Ancak her konuda olduğu gibi burada da en önemli kurumlar Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Kanunun 1. maddesine göre "**Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri, Türk Silahlı Kuvvetleri ve yargı mensupları ve üniversiteler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz.**" Kanun kapsamı dışın-

da tutulan kurum ve kişilerin işledikleri suçlar nedeniyle özel soruşturma usulüne tabi kılınmaları bir nebze anlaşılacakla birlikte bunlar için ayrı etik ilkeler de ortaya konulmadan “**Etik Davranış İlkeleri**”nden muaf tutulmalarının “*rasyonel bir izahı yoktur.*” Bu yönüyle de yasa haklı olarak eleştirilmiştir.^{51, 52}

5176 sayılı Kanun’un 5/3. maddesinde Etik Kurulu’nun, bir kamu görevlisinin etik davranış ilkelerine aykırı işlem veya eylemi olduğunu tespit etmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, (ki yönetmeliğin 39. maddesine göre kararlar başkan ve üyeler tarafından imzalanmakla kesinleşir) buna ilişkin kararı Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyuracağını öngörmekteydi. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin, sözkonusu düzenlemeyi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve adalet ilkelerine dolayısıyla hukuk devletine ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına (Anayasa’nın 2. ve 17. maddelerine) aykırı

⁵¹ “Erklerden birisini dışarıda bırakan etik sistemi her an çökmeye mahkûmdur. Bu bağlamda, devlette etik ilkelerin hayata geçirilmesi üç erkin tabi olacağı etik davranış kurallarının erklerin kendi özellikleri göz önünde bulundurularak ayrı ayrı düzenlenmesini, yaptırımlara bağlanılarak, etkin uygulamayla hayata geçirilmesini gerekli kılmaktadır. Yasama ve yargı mensupları için de ivedilikle etik yasa ve kodlar yürürlüğe sokulmalıdır. “Avrupa Konseyi Kamu Görevlileri için Model Davranış Kuralları” ve uluslararası uygulamalar dikkate alındığında üniversitelerin ve silahlı kuvvetlerin de kapsama dâhil edilmesi gerektiği açıktır. Zira yasanın, üniversitelerin veya TSK’nın mevcut özergiliğini zedeleyici ve ortadan kaldıracı bir etkisi bulunmamaktadır. Yaptırım mekanizmaları kanunların uygulanmasını sağlayan etkili yollardır. 5176 sayılı Kanun etik ihlallerle ilgili yalnızca Resmi Gazete’de yayınlanma yaptırımını öngörmektedir. Ülkemiz şartları gözönüne alındığında böyle dar kapsamlı bir yaptırımın yönetmelikle düzenlenen etik standartların hayata geçirilmesinde etkili olamayacağı açıktır. Bazı ülkelerdeki uygulamaya bakıldığında kamu yönetiminde etikle ilgili kanunlarda disiplin cezalarının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Yasa değişikliği ile mevcut kanuna etkili yaptırım mekanizmalarının eklenmesi Türkiye’de etik standartların hayata geçirilmesi için gereklidir. OECD’nin 1998 senesinde yayınladığı “Kamu Görevlileri için Etik İlkelerle İlgili Tavsiye Kararı”nda da olduğu gibi etik dışı faaliyetlerin yaptırıma tabi tutulmasının yanında yüksek davranış standartlarının ödüllendirilmesi gerekir.

Kamu görevlilerinin imzalamakla yükümlü oldukları etik sözleşmesinin ihlali söz konusu olduğunda öngörülen yaptırım belli olmamaktadır. Bu sözleşmenin ihlalinin Kanun’da belirlenen yaptırıma tabi olacağı belirtilmesi kamu görevlilerine yükümlülüklerinin etkili ve kolay bir yoldan aktarılmasını sağlar.” (Yüksel, Cüneyt, Türk Kamu Yönetiminde Etik Mevzuatı Değerlendirmesi ve Çözüm Önerileri, <http://www.etik.gov.tr/BilgiBankasi/makaleler.htm> E.T.: 12.8.2009)

⁵² “Bu çerçevede “Yasama organı” ve “Yargı” için ayrı bir etik yapı olabilir. Ancak, “Yürütme”nin içinde olmasına rağmen TSK ve Üniversitelerin bu yapı dışında tutulmasının rasyonel bir izahı yoktur. Onlar için de ayrı bir etik düzenlemenin olması gerekir.” (Eryılmaz, Bilal, Idarecinin Sesi, Sayı 129, Eylül-Ekim 2008, s. 10)

bularak zaten yeterli görülmeyen etik ihlallerle ilgili Resmi Gazete'de yayınlanma yaptırımını iptal etmesi anılan yasayı iyice işlevsiz bırakmıştır.⁵³ Bunun üzerine Kurul, etik ihlal kararlarını kamu görevlilerine rehberlik etmek amacıyla, kişi ve kurum adlarını karartarak, resmi internet sayfasında yayınlama kararı almıştır.⁵⁴

GRECO'nun, üst düzey kamu görevlilerine karşı yapılan şikayetlerin düzgün şekilde soruşturulması için kamu idaresinde yeni etik kurallarının geliştirilmesini ve bunların uygulamaya konmasını sağlamak amacıyla uygun bütçe ve personel sağlanması yoluyla **Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na** daha fazla bağımsızlık sağlanması gerektiği yolundaki tavsiyesi üzerine 5176 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasına yönelik çalışmaların sürdürüldüğü anlaşılmaktadır.⁵⁵

2.5.4. Yargısal Denetim

Adli, idari ve askeri yargı bünyesinde bulunan ilk derece mahkemeler ile Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yapılan denetimdir. Türk yargı örgütünün adli, idari ve askeri yargı şeklindeki mevcut örgütlenmesi son yıllarda tartışma konusu olmakta ve yargı birliğine geçilmesi yönünde düşünceler daha sık biçimde ifade edilmektedir.

⁵³ Anayasa Mahkemesinin, 4.2.2010, 2007/98, 2010/33 sy. K., (18.05.2010 gün ve 27585 sayılı Resmi Gazete)

⁵⁴ www.etik.gov.tr/kurulkararlari , E.T.: 10.6.2011

⁵⁵ GRECO Raporunda, üst düzey kamu görevlilerine karşı yapılan şikayetlerin düzgün şekilde soruşturulması için kamu idaresinde yeni etik kurallarının geliştirilmesini ve bunların uygulamaya konmasını sağlamak amacıyla uygun bütçe ve personel sağlanması yoluyla Etik Kurula yeterli bağımsızlık sağlanmasını tavsiye ettiğini, Etik Kurulu sekreteryası personelinin artırıldığı halde, Kurulun hala Hükümete bağımlı olduğu ve etkin çalışmalar yapmasını ve üst düzey kamu görevlilerine karşı yapılan şikayetleri düzgün şekilde soruşturmasını sağlayacak uygun, düzenli bütçe sağlamak için tedbir alınmadığından, bu tavsiyenin amacının tamamen karşılanabilmesi için daha ileri çaba gerektiğini, Türk yetkililerin, 5176 Sayılı Kanunda değişiklik hazırlamak üzere Kurul içinde bir komisyon kurulduğunu ve görüş almak için çeşitli kuruluşlara -Etik Kurulunun bağımsızlığı, Kurulun kendi personelinin olması ve Kurulun kendi bütçesinin oluşturulmasının yanı sıra yetkisinin vakaları araştırmak üzere genişletilmesini (kanundan 4/4 maddesinin çıkarılması) amaçlayan- bir değişiklik taslağı metni gönderildiğini bildirdiği dikkate alındığında Etik Kurula daha fazla bağımsızlık sağlamayı amaçlayan kanun değişikliği dahil, başka tedbirler alınmaya başlanmış görüldüğü ancak, sürecin devam ettiğini ve tavsiyenin kısmen yerine getirildiğini belirtmiştir. (Greko'nun 11 Haziran 2010 tarihli "Birinci ve İkinci Aşama Ortak Değerlendirmesi Türkiye Ek Uyum Raporu)

2.5.5. Üst Kurulların (Bağımsız İdari Otoritelerin) Denetimi

Yetkili oldukları alanlarda denetim ve yaptırım yetkisine sahip “bağımsız idari otoriteler” “bağımsız düzenleyici kurumlar” veya “regülasyon kurumları” olarak adlandırılan üst kurullar; belirli sayıda kişiden oluşmuş karar organı bulunan, belirli bir alanda esas itibariyle düzenleme ve denetim yapmakla görevlendirilmiş ve yetkilerle donatılmış, mali ve idari özerkliğe sahip, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanan, yasalarla belirlenen ilkeler çerçevesinde hesap veren özel bir kanunla yetkilendirilmiş tüzel kişiliğe sahip kurumlardır.⁵⁶

Üst kurullar çeşitli yönlerden denetim altındadır. Kuruluş kanunlarına göre dış denetimleri “Sayıştay” tarafından yapılmakta, işlem ve kararlarının yargısal denetimi ise Danıştay tarafından yapılmaktadır.⁵⁷

2.5.6. Diğer Denetim Mekanizmaları

2.5.6.1. *Kamuoyu Denetimi.* 9.10.2003 tarih ve 4982 sayılı **Bilgi Edinme Hakkı Kanunu** ile demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olarak herkes bilgi edinme hakkı çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin olarak usulüne uygun dilekçe ile bilgi veya belge isteme hakkına sahiptir. Kanun kapsamında kurulan **Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu**, GREKO'nun tavsiyeleri üzerine 2009 yılından itibaren kendine özgü bütçesinin verildiği ve personel sayısının artırıldığı, böylece Kurulun -Başbakanlık içinde- daha yüksek derecede işlevsel bağımsızlığının güçlendirilmiştir. Kurul kararları, idare mahkemelerinin yargısal denetimine bağlıdır.

Medya (yazılı, sözlü, görüntülü, dijital basın yayın araçları), 4. kuvvet olarak adlandırılan medya meslek kurallarına uygun olarak doğru ve tarafsız bir şekilde kamuoyunu bilgilendirme ve kamuoyu oluşturma görevini yaptığı sürece önemli bir “denetim” aracıdır.

⁵⁶ Ünal, Targan, Finans Sektöründe Üst Kurulların Rolü ve Fonksiyonu, <http://www.iubam.org/FSUKR.pdf>, E.T.:11.7.2007

⁵⁷ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun ekli (III) sayılı cetvelinde “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar” olarak; 1) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, 2) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 3) Sermaye Piyasası Kurulu, 4) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, 5) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, 6) Kamu İhale Kurumu, 7) Rekabet Kurumu, 8) Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu yer verilmiştir.

Sivil Toplum Kuruluşları (STK) da kamuoyuna tercüman olma fonksiyonuna sahiptirler. Çoğulcu ve katılımcı demokrasi, sivil toplum rejimidir. vakıflar, dernekler, sendikalar, oda ve birlikler gibi meslek kuruluşları günümüzdeki sivil toplum kuruluşları olarak yasama, yürütme, yargı ve medyadan sonra “beşinci güç”, kamu ve özel sektörden sonra “üçüncü sektör” olarak tarif edilmektedir.

2.5.6.2. *Kamu Denetçiliği (Ombudsman Denetimi)*. İskandinav ülkeleri ve Anglo-Sakson kaynaklı olan bir sistemdir. 28.9.2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile kamu denetçiliğinin temelleri ülkemizde atılmışsa da anılan Kanunun tamamı Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve 2006/140 E., 2008/185 sayılı Kararı⁵⁸ ile Kamu Denetçiliğinin (Ombudsmanlık Kurumunun)⁵⁹ anayasal dayanağının bulunmaması gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bunun üzerine Anayasanın 74. maddesinde 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ayrıntıları kanunla düzenlenmek üzere TBMM Başkanlığına bağlı olarak Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur.⁶⁰

2.5.6.3. *Uluslararası Denetim*. Taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile diğer

⁵⁸ Anılan Karar 4.4.2009 tarih ve 27190 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olup, önemine binaen Kararın “Esasın İncelenmesi”ne ilişkin bölümüne kitabın sonunda yer verilmiştir.

⁵⁹ “Ombudsmanlık, Osmanlı’daki Ahilik/Kazaskerlik/kadılık kurumlarından esinlenerek tesis edilmiş bir kurumdur. Tarihimizde “Demirbaş Şarl” olarak tanınan İsveç Kralı 12. Karl, ülkesinde kendisinin yokluğunda baş gösteren yolsuzlukların önlenmesi için bizden bu kurumu almış ve 1713 yılında İsveç’te Ombudsmanlık Kurumu’nu kurmuştur.” (Ataman, Taykan, “İngiltere’de Ombudsman Kurumu”, Türk İdare dergisi, Eylül 1993, Sy. 400, nakleden; Fendoğlu, Hasan Tahsin, Dünyaya İhraç Ettiğimiz En Büyük Marka: İnsan Hakları Kurumu (Ombudsmanlık) <http://www.hukukibakis.com/detay.php?id=1535>, E.T.: 21.11.2010)

⁶⁰ Anayasanın 74. maddesinin konuyla ilgili hükümleri şu şekildedir: “Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

örgütlerin tavsiye ve görüşleri de -ki son yıllarda bir çok kanunun çıkarılması veya kanun değişikliğinde önemli etkileri inkâr edilemez- önemli bir denetim mekanizmasıdır.

2.6. Yolsuzlukla Mücadele İçin Yapılması Gerekenler

Görüldüğü gibi Türkiye'deki yolsuzluğun boyutları ile yolsuzlukla mücadele kapsamında Türkiye'nin kullandığı enstrümanlar (yasal düzenlemeler, ceza hukuku araçları, denetleyici kurum ve kuruluşlar, uluslararası işbirliği) gözetildiğinde, sorunun yolsuzlukla mücadele araç-gereçlerinin yetersizliğinden ziyade, bunların gerektiği gibi etkili, kararlı ve koordineli bir şekilde kullanılmaması olduğu görülmektedir.

Güçlü hukuksal düzenlemeler, yolsuzlukların azaltılması ya da kontrol altına alınması için yeterli olamamaktadır. Hatta *"bir şey haddini aşınca zıddına döner"* kuralı burada da doğrulanmakta, gereğinden fazla mevzuat bir noktadan sonra yolsuzluğa kapı açacak hale gelmektedir. **Jean Jacques Rousseau**, iyi yönetilen bir devletin az sayıda kanunla yetinmesi gerekliliği üzerinde sık sık ısrar ederek, kanun sayısının çokluğunu törelerin gerilemesinin işareti saymıştır. Ona göre *"Kanunları değerli ve saygıya layık kılan şey onların çok eski olmalarıdır. Halk, hergün değiştiğini gördüğü kanunları küçümser."*⁶¹ Asırlar öncesinden birçok bilge kişi de veciz ifadelerle bu konuya dikkat çekmiştir.⁶²

Şimdi yolsuzlukla mücadele adına yapılabilecekleri maddeler halinde sıralayabiliriz:

1- Gereğinden fazla olan kanunlara yenilerini eklemek yerine mevcut kanunlar güncellenip birbirini tamamlar hale getirilmeli, ille de yeni yasa çıkarılacaksa bir *"Yolsuzlukla Mücadele Kanunu"* çıkarılıp mevcut yasal dağınıklık bu Kanun'un çatısı altında toplanmalıdır.

⁶¹ Rousseau, Jean Jacques, *"İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı"*, Çev. Erdoğan Başar, Anadolu Yay. Ankara, 1968, s. 67

⁶² *"Bir devlette ne kadar çok kanun varsa devlet o kadar çok yozlaşmış demektir."* (Tacitus) *"Kanunların sayıca çok olduğu bir ortam, devletin kötü yönetildiğine işarettir. İyi yönetilen toplumlarda yazılı kurallara fazla gerek duyulmaz."* (Sokrates) *"Yasalar ve mevzuat ne kadar fazla olursa, hırsızlar ve soyguncuların sayısı da o kadar artacaktır."* (Lao-Tzu)

(www.canaktan.org/yeni-trendler/devlet-felsefe/ozlu-sozler.htm)

2- Milletvekilliği dokunulmazlığı için siyasi düşüncelerden bağımsız, belirli ve tarafsız kriterler oluşturulmalı,⁶³ amacını aşarak kamu görevlileri için dokunulmazlık zırhı haline gelen özel soruşturma usullerinden gereksiz olanlar kaldırılmalı, kalması gerekenler ise bir çatı altında toplanarak çerçevesi mümkün olduğu kadar daraltılmalıdır.

"...yargı bağımsızlığı ve yasama dokunulmazlığı ile ilgili karşılaştırmalı hukukta kabul edilen istisnalar dışında tüm özel soruşturma usulleri kaldırılmalı, bu konudaki tüm yetkiler C. savcılığına bırakılmalıdır. Bu yapılamadığı takdirde karmaşaya son vermek amacıyla 'Özel Soruşturma Usulleri Kanunu' adıyla ayrı bir yasal düzenleme yapılmalı, bu düzenlemede hangi kamu görevlilerinin hangi eylemlerinin bu usule tabi oldukları, koruma tedbirlerinin hangi aşamada ne suretle uygulanacağı ve soruşturma ve kovuşturma usulünün ne olacağı hususları açıklığa kavuşturulmalıdır. Veya diğer tüm özel soruşturma usulleri, 4483 sayılı Yasa ile uyumlu hale getirilmelidir.

*4483 sayılı Yasa'nın uygulanmasıyla ilgili olarak, ... doktrininde de eleştirildiği üzere, suç soruşturması konusunda bilgi ve deneyimi olmayan görevliler eliyle bu işin yapılması doğru olmadığı gibi çoğu kez bu aşamada delillerin karartılması tehlikesi de doğmaktadır. Bu bakımdan Anayasa'nın 129/son maddesinde izne tabi kılınan hususun 'kovuşturma' olması da dikkate alınarak, yapılacak kanun değişikliği ile ceza soruşturmasının C. savcısı tarafından yapılması ve gereken deliller toplandıktan sonra kovuşturma izni için idari mercie başvurulması yöntemi benimsenmelidir."*⁶⁴

3- Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığının Yolsuzlukla Mücadele Koordinasyon Birimi (AFCOS) olarak görevlendirilmesi kanaatimizce uluslararası kuruluşlara karşı olan yükümlülüğümüz nedeniyle günü kurtarmaya dönük bir çözümdür. Yapılması gereken, görev ve yetki-

⁶³ "GRECO Meclis üyelerinin dokunulmazlığı sistemini dokunulmazlıkların kaldırılması talepleri konusunda karar verirken uygulanacak belirli ve tarafsız kriterler oluşturacak ve dokunulmazlığa ilişkin kararların siyasi düşüncelerden bağımsız ve savcı tarafından gönderilen talebin esaslarına dayalı olmasını sağlayacak bir şekilde yeniden gözden geçirilmesini tavsiye etmiştir.

GRECO Uyum Raporunda Türk Parlamentosunun bu tavsiyeyi daha geniş bir anayasal reform çerçevesinde veya bağımsız olarak ele almasının beklendiğinin belirtildiğini hatırlar. Ancak, başka gelişme sağlanmamıştır ve Uyum Raporunda bu tavsiyenin yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır." (Greko'nun 11 Haziran 2010 tarihli "Birinci ve İkinci Aşama Ortak Değerlendirmesi Türkiye Ek Uyum Raporu)

⁶⁴ Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 802

sini Anayasa'dan alan, bir yandan yolsuzlukla mücadele eden bütün kurum ve kuruluşların çalışmalarını görüp gözetecek, eşgüdümü sağlamak için gerektiğinde müdahil olacak, öte yandan inceleme ve soruşturma yetkisine sahip idari ve mali özerkliğin ötesinde yargı bağımsızlığı ölçüsünde bağımsız bir koordinasyon kurulunun kurulmasıdır.⁶⁵

Bu konuda yetki karmaşasının önüne geçmek için de nasıl ki Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu ile (m.82/b, geçici 4) personel, araç, gereç, her türlü taşınır ve taşınmaz malları ve bütçesiyle Sayıştay'a devredilmiştir; aynı şekilde Anayasal (m.108) bir kurul olup, 2443 sayılı Kanun ile kurulan Devlet Denetleme Kurulu da kurulacak bağımsız koordinasyon kurulu ile birleştirilebilir. Aksi de mümkündür; mevcut Devlet Denetleme Kurulu anılan niteliklere sahip bağımsız koordinasyon kurulu haline getirilebilir. Bu konuda farklı düşünceler de mevcuttur.⁶⁶

4- Geleneksel teftişten iç denetime geçilmeli veya teftiş kurulları haklı eleştiriler ışığında çağdaş teftiş normları doğrultusunda güçlendirilmeli ve mesleki güvencelerle donatılmalıdır. "Yolsuzluğa Karşı Avrupa Devletler Grubu-GREKO", iç teftiş rejimleri (bakanlık, başbakanlık ve maliye bakanlığı) arasındaki potansiyel mükerrerlik riski, kimin yolsuzluk iddialarını araştıracağı konusundaki belirsizlikler (polis ve savcılar dahil) ve bakanlık teftiş kurullarının çalışmalarındaki potansiyel siyasi ve diğer etkiler gibi yolsuzluğu önleme tedbirlerinin etkinliğini ve vatandaşların kamu yönetimine olan güvenini azaltan

⁶⁵ Greko'nun Türkiye hakkındaki Ek Uyum Raporu'nda "yolsuzluğa karşı yeni stratejiler önermek ve yolsuzlukla mücadele ulusal stratejilerin uygulanmasını denetlemekten sorumlu olacak bir kurumun görevlendirilmesini tavsiye etmiştir. Böyle bir kurum, kamu yönetimini olduğu kadar sivil toplumu da temsil etmeli ve izleme fonksiyonunda bu kuruma belli ölçüde bağımsızlık verilmesi" gerektiği, bunun yerine "başkanlığı İçişleri Bakanının yaptığı ve kolluk kuvvetlerinin güçlü etkisi altında olan "Türkiye'de Şeffaflığın Güçlendirilmesi ve İyi Yönetimin Geliştirilmesi Bakanlar Komitesi"nin bu niteliğe sahip olmadığı, dolayısıyla Uyum Raporunda bu yöndeki tavsiyenin yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır.

⁶⁶ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda (m.66) düzenlenen İç Denetim Koordinasyon Kurulu'nun (İDKK) mevcut yapısıyla değil ancak "Siyasal organlardan bağımsız, temel hak ve özgürlüklerle ekonomik etkinliklerin duyarlı olduğu konularda ve alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme görevi yapan, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileri" olarak tanımlanan bir bağımsız idari otorite şeklinde kurumsallaşması halinde "Ulusal Denetim Komitesi" misyonunu yüklenilebileceği belirtilmektedir. Açar, Serkan, Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi, www.idare.gen.tr/agar-kamukurumları.htm E. T.: 23 Nisan 2008, (aktaran, Gönülaçar)

etkenlerden endişe duyduğunu, bu nedenle, teftiş kurulu sisteminin organizasyonu, rolü ve işlevinin, kamu idaresinin genel reformları ışığında, özellikle kolluk kuvvetleriyle olan ilişkisinde, açık sınırlama, hiyerarşi ve sorumluluk sağlamak amacıyla tekrar tanımlanması gerektiğini, Türkiye'nin teftiş kurullarını güçlendirmeyi amaçlayan bir dizi iyileştirici tedbir öngördüğünü ancak sorunun bu kurulların kapasitesinin güçlendirilmesi olmadığını, dolayısıyla tavsiyenin ancak kısmen yerine getirildiğini belirtmiştir.⁶⁷

5- Kamu yönetiminde daha fazla demokratikleşme ve saydamlık sağlanmalıdır. Devletçi ülkelerde daha fazla yozlaşma; devlet müdahalesinin daha az olduğu piyasa ekonomilerinde ise yozlaşmalar göreceli olarak daha azdır. Daha demokratik devletler, otokratik devletlere oranla daha az rüşvet ve yolsuzluk olayları ile karşı karşıya kalırlar. ...Rüşvet ve yolsuzlukları ortadan kaldırmanın en iyi ilacı demokrasiyi ve piyasa ekonomisini geliştirmektir. "*Liberal demokrasi*", yolsuzluğu ortadan kaldırmanın, daha doğrusu önemli ölçüde azaltmanın temel reçetesidir.⁶⁸

Merkezi New York'ta bulunan İyi Yönetim ve Demokrasi Merkezi'nin bulgularına göre demokratikleşme ile yolsuzluklar arasında doğrudan bağ vardır. Nitekim yolsuzluk algılama endekslerinin üst sıralarında yer alan ülkeler, karnelerinde demokrasi notu "*pekiyi*" olan ülkelerdir. Aslında iyi yönetim de, demokrasinin bir bileşenidir ve yönetsel anomali olarak niteleyebileceğimiz demokrasiden sapmaların artmasıyla doğru orantılı olarak yolsuzluklar da geometrik olarak artmaktadır. Çözüm, demokrasinin tüm kurum ve kurallarıyla işletilmesi; yani "*normalleşme*"dir.⁶⁹

6- İhbar müessesesi işler hale getirilmeli ve muhbirler korunmalıdır. Ülkemizde yaygın ve yanlış vatandaşlık bilinciyle bir yolsuzluğun, kuralsızlığın ilgililere haber verilmesi muhbirlik, ispiyonculuk

⁶⁷ GREKO, Türkiye Ek Uyum Raporu (Greco RC-I/II (2008) 2E)"

⁶⁸ Aktan, Coşkun Can, Yolsuzluklar Üzerine Bazı Gerçekler ve Yolsuzluklarla Mücadele Yolları, Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, Aralık 1998 (http://www.canaktan.org/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/toplam-ahlak/aktan-yolsuzluklar-uzerine.pdf)

⁶⁹ Tarhan, R. Bülent, Türkiye yolsuzluklar cenneti olmaktan kurtuluyor mu? <http://www.yolsuzluklamucadele.org/yayinlar/turkiyeyolsuzluklarcennetiolmaktan.htm>

olarak algılanmaktadır. Ayrıca güvenlik endişesiyle de kendisini ilgilendirmeyen ve doğrudan zarar görmediği bir konuda özellikle de gerçek isim ve adresiyle ihbarda bulunmaktan kaçınılmaktadır. Yapılan ihbarlarda genellikle isim-adres verilmediği veya doğru olmayan isim ve adreslerin verildiği bilinen bir gerçektir. Çok defa da ihbarlar telefon ve şimdilerde e-posta ile yapılmaktadır. İhbarın somut verilere dayanması halinde bir ihbar tutanağı düzenlenerek konu hakkında gerekli araştırma ve inceleme yapılmalıdır. Aksi durumda yetkili ve görevli kimselerin sorumluluğu doğabilir.

Hukukumuzda ihbar ve şikâyetlere dair hükümler çok dağınıktır. En genel düzenleme CMK'nun 158. maddesinde mevcuttur. İkinci bir düzenleme 3628 sayılı Kanun'un "*Suçun İhbarı*" başlıklı 18. maddesindedir. Buna paralel hükümlere, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin 4483 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin ihbar ve şikâyetleri düzenleyen 4. maddesinde rastlanmaktadır.

Bu düzenlemelerin hepsi ihbar ve şikâyetlerin nasıl, nereye yapılacağı ve bunun üzerine ilgililerin hareket tarzına dairdir. İhbarda bulunanın kimliğinin gizli tutulacağı dışında bir hüküm bulunmamaktadır.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun gibi özel yasalarda ise belirli eşyanın yakalanması halinde muhbir ve el koyanlara ikramiye ödeneceği düzenlenmektedir.

27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı **Tanık Koruma Kanunu** hukukumuzda önemli bir boşluğu doldurmakta birlikte, kapsamı Kanun'da gösterilen kişi ve suçlarla sınırlı olup yolsuzluk teşkil eden bir çok suç yönünden muhbir ve müştekileri korumamaktadır.

7- Kültürel altyapı kurumsallaşmalı, etik ilkeler özümsemelidir. Yolsuzluk olaylarının önüne set çekebilmek, iş başındaki görevlilerin ahlaki donanımlarının son derece yüksek olmasıyla mümkündür. İyi insanlara iyi yasalar ve iyi yasalara iyi insanlar destek olmadıkça yolsuzluklar olmaya devam edecektir. Ancak iyi kamu görevlileri olmasının yolu da eğitimden geçmektedir.⁷⁰

⁷⁰ Özsemerci, Kemal, Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Yozlaşmanın Kültürel Altyapısı, Danıştay Dergisi, Sayı: 63 (www.yolsuzluklamucadele.org/der58m1.pdf)

Kamu görevlilerini etik ilke ve standartlara uygun olarak davranmaya yöneltme konusunda iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Birincisi “*kurallar etiği*” yaklaşımıdır. Bu yaklaşımda, uyulması gereken etik kurallar yaptırımları ile birlikte belirlenmekte ve kurallara uymayanlara belirlenen yaptırımlar uygulanmaktadır. Böylece kamu görevlileri etik kurallara uymaya “*zorla*”nmaktadır. Kurallar etiği, tek başına kamu görevlilerini etik davranışlara yöneltmede yetersiz kalmaktadır. Örneğin uzun yıllardır hediye alma Devlet Memurları Kanunu’nda tamamen yasaklanmıştır, ancak memurlar bu zamana kadar hediye almaya devam etmişlerdir. İkinci yaklaşım, “*erdem etiği*” yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma göre, erdemli kamu görevlileri, dışsal kurallar ve denetimlerden ziyade, içsel güdülere bağlı olarak etik davranışa yönelecek, başka bir anlatımla, etik ilkelere “*gönüllü olarak*” ve “*içten gelerek*” uyaçaktır.⁷¹

Kısaca temiz toplum, temiz yönetim ve temiz siyasetin tesisi için her şeyden önce ortak etik değerler etrafında toplumsal işbirliği ve uzlaşmanın sağlanması gerektiği unutulmamalıdır.⁷²

Etik davranış ilkeleri yolsuzlukla mücadelede koruyucu hekimlik gibidir. Asıl amaç, yolsuzlukların meydana gelmesini önlemektir. Bunun için kamu personeli, içinde *dürüstlük, doğruluk, sorumluluk* olan koruyucu, etik ilkelerle aşılmalı, yolsuzluğun varlığı, nedenleri, boyutları ve yönelttiği tehdit hakkında da toplumsal bilinç oluşturulmalı, var olan bilinç artırılmalıdır.

Ancak kısa dönemde, ilkesiz, etik dışı davranışları kanıksamış, ahlâkı yok sayan, fırsatlar ve yeterli özendirici koşullar oluştuğunda, kişisel kazanç için her türlü durumu değerlendirebilecek yoldan çıkarıcı (ahlâksız) kamu görevlilerinin “*zorlama*” olmadan etik davranmalarını beklemek iyimserlik olacaktır.⁷³

⁷¹ Ateş, Hamza; Bağce, H. Emre; Şen, Mustafa Lütfi; Türkiye’de Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması-Tapu Hizmetleri ve Etik- Tapu Hizmetlerinde Etik Araştırması Araştırma Raporu, s. 88, (www.etik.gov.tr/duyurular/etikhaftasi2008_konf/akademikarastirmaraporlar/Tapu_Hizmetleri_ve_Etik.pdf E.T.: 30.8.2009)

⁷² Yılmaz, Abdullah; Kılavuz, Raci; Türk Kamu Bürokrasisinin İşlemsel Sorunları Üzerine Notlar, C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2002

⁷³ Steinberg, Sheldon S., David T. Austern (çev. Turgay Ergun) (1995), Hükümet, Ahlak ve Yöneticiler, TODAİE Yayınları, Ankara 1996, s. 79, 80 (aktaran; Ateş, Bağce, Şen, s. 88)

8- Devlet asli fonksiyonlarına çekilerek daha etkin olmalıdır. Yapılması gereken devletin siyasi ve ekonomik güç ve yetkilerine gem vurmaktır. Daha açık bir ifadeyle yapılması gereken devletin sınırlandırılması, yani küçültülmesidir. Devleti küçültmek demek, devleti güçsüzleştirmek anlamına gelmez aksine sınıflandırılmış ve kurallara bağlanmış devlet, daha etkin ve güçlü devlet demektir.⁷⁴

Böylece devlet gereksiz yüklerden arınıp, akçeli işlerden çekilerek; her sahada faaliyet göstermek yerine, hem sosyal güvenlik, adalet, eğitim, savunma gibi asli fonksiyonlarını daha en etkin ve verimli bir şekilde yerine getirecek, gerektiği yerde gerektiği kadar varlık gösterecek, hem de yolsuzluğa giden bir çok kapıyı kapatmış olacaktır. Bir başka ifadeyle devlet, gücünü “varlığımı” göstererek değil, “yokluğunu” hissettirmeden gösterecektir.

SONUÇ

Yolsuzlukla mücadele “insan” eksenlidir. Mücadele edenler de mücadele edilenler de insandır. İnsanın olduğu yerde ise binbir hesap, endişe ve düşünce sözkonusudur. Her şeyden önce bu iş günü kurtarmaya bakan, niteliksiz kalabalıkların “oy”una talip, 3-5 yılın ötesinde planlar yapmayan-yapamayan “politikacıların” “siyasetçilerin” işi değildir. Bu iş, icraatlarını bir sonraki seçimi düşünerek değil, gelecek nesilleri düşünerek yapan ve değerlendirilmesini tarihe, tarihçilere bırakan “devlet adamları”nın işidir ve hiç de kolay değildir. Çin atasözü “Bir yılı planlıyorsanız pirinç yetiştirin, yirmi yılı planlıyorsanız ağaç yetiştirin, yüzyılları planlıyorsanız insan yetiştirin” demektedir. Bize de yüzyılları planlayacak devlet adamları gereklidir.

Ancak yolsuzlukla mücadele sadece devlet adamlarının işi değildir. Devletin bütün organlarına, ünitelerine sirayet etmiş bu hastalıkla, “milli mücadele” şuuru içinde sürekli ve topyekün bir savaş verilmeli, bu savaşa katılmayan herkese “şüpheli” ile bakılmalıdır.

Bir ülkede ahlâk kodunu belirleyen üç temel kaynak vardır: İnanca dayalı dini ahlâk; tüzel kuvvete ve yaptırıma dayalı siyasi ahlâk;

⁷⁴ Aktan, Devlet Yönetiminde Ahlak Erozyonu ve Toplam Kalitesizlik, İdarecinin Sesi, Sayı 129, Eylül-Ekim 2008, s. 5

akıla, bilime ve bilince dayalı bilimsel (laik) ahlâk. Türkiye'deki ahlâk anlayışı, bu üç kaynaktan da bağımsız bir gelişme göstermiş, "işbitirici, köşe dönmece ahlâk" anlayışı hakim olmuştur.⁷⁵

Aslında yolsuzluğun kendisi de bir sonuçtur. Birey ve toplumsal hayattaki ilkesizliğin, yozlaşmanın, çürümenin sonucudur. Kural, etik, kanun tanımayan; "özgül ağırlığını" kaybetmiş, her şeyi "meta" olarak gören gayesiz insanlar ve bu insanları kamusal görev ve yetkilerle donatarak başına buyruk eden, "kamu vicdanını" yitirmiş, "kamu"su gitmiş "oy"u kalmış niteliksiz kalabalıkların bir sonucudur yolsuzluk. Öyle ya kimdir kamu görevlisi; birimizin kardeşi, anne babası, birimizin amcası, halası, dayısı, teyzesi, birimizin de kendisi değil midir?⁷⁶

Sonuç olarak yolsuzluk yapanlar ve suçlular da, bunlarla mücadele edenler de insandır. Hiçbir suç örgütünün, teşekkülün imkânları devletin imkânlarından fazla değildir. Suçluların suç işlemedeki irade ve kararlılığı kadar suçlularla mücadele edenlerin de bu kararlılığı ve iradeyi göstermeleri halinde her şey çok daha farklı olacaktır. Ancak sorun koyunları kurtlardan korumak kadar basit değil. Koyunları çobanlardan da korumak durumundayız. Tam da "Ayıkla pirincin taşını" durumu değil mi? Hayır, sorun daha vahim... Çünkü pirinç çuvalının içinde pirinç tanesinden çok taş varsa kim neyi ayıklayacak? "Körler memleketinde görmek bir hastalık sayılır"sa doktorlar körlüğe mi, "hastalığa" mı çare arayacak?

İşte bunun için "Biz nerede hata yaptık" diyerek ne kadar düşünecek azdır. Çünkü "hiçbirimiz masum değiliz." Koyunlarımızı kurtlardan korumak için tuttuğumuz çobanlar kurtlaşmış, et kokuşmasını diye kullandığımız tuz kokuşmuş vaziyettedir.

Kanuni Sultan Süleyman, aynı zamanda süt kardeşi olan Yahya Efendi'ye sorar:

- Bir devlet hangi halde çöker?

- Sultanım! Bir devlette zulüm yayılsa, haksızlık şayi olsa, işitenler de 'neme lazım' deyip uzaklaşsalar, sonra koyunları kurtlar değil de çobanlar yese, bilenler bunu söylemeyip sussa devlet çöker.

⁷⁵ Özsoylu, Ahmet Fazıl, Yeraltı Ekonomisi, Ankara, 1999, s.46

⁷⁶ Uğur, Hüsamettin, a.g.e., s. 39

KAYNAKLAR

I- Kitap ve Makaleler

- Ağar, Serkan, Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi, www.idare.gen.tr/agar-kamukurumlari.htm
- Aktan, Coşkun Can, Politik Yozlaşma ve Kleptokrasi, 1980-1990 Türkiye Deneyimi, Afa Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 1992
- Aktan, Coşkun Can, (Ed.), Siyasal Ahlak ve Siyasal Yozlaşma, Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri, Hak-İş Yayınları, Ankara, 2001
- Aktan, Coşkun Can, Yolsuzluklar Üzerine Bazı Gerçekler ve Yolsuzluklarla Mücadele Yolları, Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, Aralık 1998 (http://www.canaktan.org/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/toplam-ahlak/aktan-yolsuzluklar-uzerine.pdf)
- Aktan, Devlet Yönetiminde Ahlak Erozyonu ve Toplam Kalitesizlik, İdarecinin Sesi, Sayı 129, Eylül-Ekim 2008
- Altıntaş, Ömer Faruk, "Avrupa Birliği'ne Aday Ülke Olarak Türkiye'de AB Uyum Yasalarının İç Hukuka Etki ve Katkısı" (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/AB%20uyum%20yasalarının%20iç%20hukuka%20etkisi%20ve%20katkısı%2025%20Aralık%202008%20-%20OFA.pdf>)
- Ateş, Hamza; Bağce, H. Emre; Şen, Mustafa Lütfi; Türkiye'de Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması-Tapu Hizmetleri ve Etik- Tapu Hizmetlerinde Etik Araştırması Araştırma Raporu, (http://www.etik.gov.tr/duyurular/etik-haftasi_2008_konf/akademikarastirmaraporlar/Tapu_Hizmetleri_ve_Etik.pdf)
- Aykın, Hasan, Karaparanın Aklanmasıyla Mücadele Konusundaki Temel Uluslararası Metinler ve Oluşumlar, Uluslararası Ekonomik Sorunlar, Sayı 25, Mayıs 2007 (www.mmd.org.tr/eserler)
- Berkman, Ümit, Azgelişmiş Ülkelerde Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Rüşvet, TODAİE Yayını, Ankara, 1983
- Bozkurt, Ömer; Ergun, Turgay; Sezen, Seriyeye (Editör); Kamu Yönetimi Sözlüğü (Fransızca ve İngilizce Karşılıklarıyla), 2. Baskı, TODAİE, Ankara, 2008

Cebeci, Abdullah, Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi (<http://www.tim.org.tr/dosyalar/duyuru/YABANCI-KAMU-GOREVLINE-RUSVET-MAKALE.doc>)

Diñer, Ömer; Yılmaz, Cevdet; Değişimin Yönetimi İçin Yönetimde Değişim, Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma 1, T.C.Başbakanlık, Ankara, 2003

http://turkiye.basbakanlik.gov.tr/docs/basbakanlik/kanuntasarilari/kyyy/Degisim_yonetimi_icin_yonetimde_degisim.doc

Ergül, Greco Bağlamında Yolsuzlukla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, (www.uhdigm.adalet.gov.tr/greco/Makale1Grecoeergul.doc)

Eryılmaz, Bilal, İdarecinin Sesi, Sayı 129, Eylül-Ekim 2008

Figen Altuğ, Mali Denetim, Ezgi Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000

Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008

Gönülaçar, Şener, Türk Kamu Yönetiminde İç Denetim, http://icden.meb.gov.tr/digeryaziler/turk_kamu_yonetiminde_ic_denetim_2009.doc

Hisarcıklıoğlu, Rıfat, Kamu Mali Yönetim Reformu Arenası, STEAM, 10.11.Temmuz 2002

Koçak, Muhsin, Kara Para- Aklanması- Aklama Suçu- Müsadere, (www.turkhukuk sitesi.com/makale_831.htm)

Kuluçlu, Erdal, Yönetimin Denetiminden Denetimin Yönetimine, Danıştay Dergisi, Sayı 63, Ekim-Kasım 2006

Özsemerci, Kemal, Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Yozlaşmanın Kültürel Altyapısı, Danıştay Dergisi, Sayı 63 (<http://www.yolsuzluklamucadele.org/der58m1.pdf>).

Özsoylu, Ahmet Fazıl, Yeraltı Ekonomisi, 1999, Ankara

Robert Klitgaard, Controlling Corruption, Berkeley: Univeristy of California Press, 1988

- Rousseau, Jean Jacques, "İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı", (Çev. Erdoğan Başar) Anadolu Yay. Ankara, 1968
- Steinberg, Sheldon S., David T. Austern (çev. Turgay Ergun) (1995), Hükümet, Ahlak ve Yöneticiler, TODAİE Yayınları, Ankara 1996
- Tarhan, R.Bülent, Yolsuzlukla Mücadelenin Hukuksal Altyapısı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 83, Sayı: Mayıs- Haziran 2009/3
- Tarhan, R. Bülent, Türkiye yolsuzluklar cenneti olmaktan kurtuluyor mu? (<http://www.yolsuzluklamucadele.org/yayinlar/turkiye-yolsuzluklarcennetiolmaktan.htm>)
- Tarhan, R.Bülent, Yolsuzluk Operasyonları ve Teftiş Kurulları (http://www.denetde.org.tr/makaleler/Yolsuzluk_ve_teftis_kurullari.html)
- Tiryaki Tercan, Gürsoy Türker, Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Sayıştay Dergisi, Sayı: 55
- Türkan, Neslihan, Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluk ve Yozlaşma, www.hukukibakis.com/detay.php?id=1572
- Uğur, Hüsamettin, 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununa Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 76, Mayıs-Haziran 2008
- Uğur, Hüsamettin, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Ulusal ve Uluslararası Boyutta Yolsuzlukla Mücadele, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010
- Ünal, Targan, Finans Sektöründe Üst Kurulların Rolü ve Fonksiyonu, <http://www.iubam.org/FSUKR.pdf>
- Yetkin, Murat, Yolsuzlukla Mücadele, Radikal, 12.8.2001
- Yılmaz, Abdullah; Kılavuz, Raci; Türk Kamu Bürokrasisinin İşlemsel Sorunları Üzerine Notlar, C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2002
- Yüksel, Cüneyt, Türk Kamu Yönetiminde Etik Mevzuatı Değerlendirmesi ve Çözüm Önerileri, (www.etik.gov.tr/BilgiBankasi/makaleler.htm)

II- Raporlar

Yolsuzlukların Sebeplerinin, Sosyal ve Ekonomik Boyutlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan **Meclis Araştırma Komisyonu (10/9) Raporu**, T.B.M.M., Dönem : 22, Yasama Yılı: 1, S. Sayısı: 266

TODAİE, Merkezî Hükümet Teşkilâtı Araştırma Projesi Yönetim Kurulu Raporu (**MEHTAP**), Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 1966, s. 354, 356, <http://www.todaie.gov.tr/pdf/MEHTAP.PDF>,

TODAİE, Kamu Yönetimi Araştırması Genel Raporu (**KAYA**), Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1991 <http://www.todaie.gov.tr/pdf/KAYA.PDF>;

Cumhurbaşkanlığı, Yolsuzlukla Mücadeleye Yardımcı Olmak Maksudıyla Alınması Gerekli Tedbirlere İlişkin İnceleme Raporu, Cumhurbaşkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu Başkanlığı Yayını, Ankara, 1996

TESEV, Kamu Denetim Sisteminin Yeniden Yapılandırılması Konusunda **TESEV Görüş ve Önerileri**, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı, İstanbul, 2004 www.tesev.org.tr/etkinlik/tesev_denetim_gorus_temmuz2004.doc

III - İnternet

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/eropa/unpan002665.pdf>

www.tbmm.gov.tr

www.coe.int/greco

www.uhdigm.adalet.gov.tr

www.masak.gov.tr/Yolsuzluk/uluslararasi_mucadele.htm

www.saydamlik.org/algilamaendeksi.htm

www.etik.gov.tr

www.kamuetik.gov.tr

www.internetthaber.com/iste-milletlerin-yolsuzluk-siralamasi.htm

www.canaktan.org/yeni-trendler/devlet-felsefe/ozlu-sozler.htm

www.basbakanlik.gov.tr

CEZA MUHALEMESİNDE “BERAAT” HÜKMÜ VERİLEN HALLER CIRCUMSTANCES WHICH REQUIRE ACQUITTAL DECISION IN CRIMINAL PROCEDURE

Erkan ŞENSES*

Özet : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kurumların hukuki niteliklerinin değişmesi hüküm kavramının da içeriğini değiştirmiştir. Bu nedenle kanunkoyucu da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223 ncü maddesinde hüküm çeşitlerini ayrıntılı bir şekilde yer düzenlemiştir. Çalışmamızın konusu olan beraat hükmü de ayrıntılı şekilde düzenlenen hükümlerendir. Çalışmamızda 5271 Sayılı Kanun'da beraat hükmü verilen haller kanun sistematığı çerçevesinde anlatılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Beraat, Hüküm, Kast, Taksir, Meşru Savunma, İlgilinin Rızası, Kanunun Hükümünü Yerine Getirme, Hakkın Kullanılması.

Abstract: The purpose of criminal court is investigated of material facts and reach a fair judgement. Understanding criminal court procedure is reached by examining the verdict.

No. 5237 Turkish Criminal Code of the institutions changed and involved the modified legal qualifications. For this reason, the legislator re-arranged the details of the 223 article in the Law no. 5271. The subject matter of this article is acquittal decision which is one of the subjects regulated in detail by the Criminal Procedure Code. The article deal with in detail and in accordance with the systematic prescribed by the Law no. 5271 the circumstances which require acquittal decision.

Key words: Acquittal, Conviction, Intention, Negligence, Self Defense, Consent of the interested party, Implementation of law, Implementation of right.

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin araştırılması ve bu suretle adil bir hükme varılmasıdır. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ne kadar ve nasıl ulaşıldığı ise hükmün incelenmesi ile anlaşılır.

¹ Avukat, Batman Barosu

Ceza muhakemesinde delillerin ortaya konulması ve tartışılmasından sonra, "hükümden önce son söz hazır bulunan sanığa verilir" (CMK m. 216/3). Sanıktan son sözü sorulduktan sonra mahkeme, duruşmada ortaya konulup tartışılmış delillerden edineceği kanaate göre, yalnız iddianamede atılı suça ve bu suç şüphesi altında bulunan sanığa özgülenecek bir hüküm kurmak üzere müzakereye çekilir¹.

Mahkeme duruşmada ortaya konulup tartışılmış delilleri serbestçe takdir edecekse de², ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delilleri kullanabilecektir³.

Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hükmün verilmesi gerekmektedir. Bunun sebebi mahkemenin, artık maddi gerçeğe ulaşmak için yapacağı başka bir işin olmadığına kanaat getirmesidir⁴. Yargıtay bu nedenle "duruşmanın sona erdiği tefhim olunmadan hüküm kurulmasını" bozma nedeni saymaktadır⁵.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, hüküm çeşitleri olarak beraat, mahkûmiyet, davanın reddi, davanın düşmesi ve muhakemenin durması kararlarını saymıştır (CMUK m. 253). 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Duruşmanın sona ermesi ve hüküm" başlıklı m. 223/1 hükmünde ise hükmün; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı da, kanun yolu bakımından hüküm sayılmıştır (CMK m. 223/10). 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda sayılan durma kararı ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hüküm çeşitleri arasında sayılmamıştır.

¹ Bahri, Öztürk/Mustafa Ruhan, Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, s. 735: Yazar eserinde, sanığa son sözün verilmesinden, müzakere ile devam edip hükmün tefhimi ile sona eren evreye 'son karar devresi' demektedir. Ancak 5271 sayılı yasa kovuşturma evresini devrelere ayırmadığından bu tanımı çalışmamızda kullanmayı uygun görmemekteyiz.

² CMK m. 217/1- Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakim'in vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

³ CMK m. 217/2- Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.

⁴ Yener, Ünver/Hakan, Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 647.

⁵ Yarg. 6. CD, E. 2004/659, K. 2006/1440, T. 20.02.2006, (Kerim, Tosun/Çetin, Akkaya, 2006-2007-2008 İçtihatları ile Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, Ankara 2009, s. 576).

2. Beraat Kararı

a. Genel Olarak

Beraat, sözlük anlamı olarak “*aklanma*”⁶ anlamına gelen ve yapılan muhakeme sonunda fail hakkında cezaya hükmolunmaması sonucunu ortaya çıkaran karardır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2 hükmüne göre beraat kararı; 1) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, 2) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, 3) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, 4) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, 5) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde verilir.

Mahkeme beraat hükmünün gerekçesinde, yukarıda anılan hallerden hangisine dayandığını belirtmek zorundadır (CMK m. 230/2).

Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez⁷ (CMK m. 223/9). Beraat kararlarının durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarından daha lehe olduğu kuşku götürmezdir⁸. Derhal beraat kararı verilebilecek haller kanunda sayılmış olmasa bile oldukça sınırlı hallerdir. Örneğin iddianamede sanık olarak gösterilen kişinin sanık

⁶ <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=beraat&ayn=tam>, Erişim Tarihi:19.08.2010, Uygulamada ‘beraat’ sözcüğü yerine ‘aklanma’ sözcüğünün kullanılmasını Yargıtay bozma sebebi yapmaktadır.” ...ayrıca sanıkların beraati yerine aklanmalarına karar verilmesi suretiyle CYUY.nın 253. maddesine aykırı davranıldığından...”, YCGK, 31.03.1998, E. 1998/6-80, K. 1998/127, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 19.08.2010.

⁷ “işlediği suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olup, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olduğu ve 5237 sayılı Kanununun 32/1. maddesinden istifa edeceğinin bildirilmiş olması ve anılan fıkrada bu durumda olan kişiye ceza verilmeyeceğinin düzenlenmiş bulunması karşısında, akıl hastası olan şüpheli hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilemeyeceği, mahkemesince yapılacak yargılama sonucunda eylemin anılan madde kapsamında kaldığının anlaşılması halinde sanık hakkında ceza verilmeyip, güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerekeceği, aksi halde suçun sanık tarafından işlenmediğinin anlaşılması durumunda daha lehe olan beraat kararı verilmesi gerekeceği gözetilmeden...” Yarg. 9. CD, 18.10.2007, E. 2007/6751, K. 2007/7263, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 29.08.2010.

⁸ 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu 25.05.2005, (RG. 01.06.2005, 25832) m. 4/2-g hükmü, adli sicile kaydedilebilecek bilgileri sayarken ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık dolayısıyla verilen kararları da saymıştır. Beraat ise adli sicile kaydedilmeyecek bilgilerdendir.

olma sıfatı yoksa, fiil suç değilse veya suç olmaktan çıkarılmışsa sanığın savunması dahi alınmadan beraat kararı verilebilir. Ancak delillerin tartışılması söz konusu olursa bu durumda sanığın savunması alınmalıdır⁹.

b. Yüklenen Fiilin Kanunda Suç Olarak Tanımlanmamış Olması

Suçun oluştuğundan söz edilebilmesi için, birtakım unsurların varlığı gereklidir. Öğretide bir görüşe göre, suçun *yasallık, maddi, hukuka aykırılık* ve *kusurluluk* olmak üzere dört unsuru vardır¹⁰. Öğretide diğer bir görüşe göre, suçun *tipiklik, maddi unsurlar (hareket, netice, hareketle netice arasında nedensellik bağlantısı, fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurları), manevi unsurlar (kast ve taksir) ve hukuka aykırılık* olmak üzere dört unsuru vardır¹¹. Diğer bir görüş, suçun *tipiklik, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık* olmak üzere dört unsurdan oluştuğundan söz etmektedir¹². Diğer bir görüşe göre, suçun *tipiklik, hukuka aykırılık, kusurluluk* olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır¹³. Diğer bir görüşe göre ise, suçun *kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve kusurluluk (manevi unsur)* olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır¹⁴.

Unsuruları tanımlamak gerekirse, suç, *ceza normunun yasakladığı, tipe uygun, kasten veya taksirle gerçekleştirilen hukuka aykırı haksız bir harekettir*¹⁵. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı bir fiil suç olmaktan çıkar, hukuk düzenince korunan bir fiil haline gelir¹⁶.

Suçun unsurları ulusal ve ulusal-üstü mevzuatta da yer almaktadır. Anayasanın "*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*" kenar başlıklı m. 38/1 hükmü şöyledir: "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç*

⁹ Kubilay, Taşdemir/Ramazan, Özpeker, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt-I, Ankara 2007, s. 943.

¹⁰ Nur, Centel/Hamide, Zafer/, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 205.

¹¹ Mehmet Emin, Artuk/Ahmet, Gökçen/Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 384.

¹² Hakan, Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 106.

¹³ Bahri, Öztürk/Mustafa Ruhan, Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, s. 148, Veli Özer, Özbek/M. Nihat, Kanbur/Pınar, Bacaksız/Koray, Doğan/İlker, Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 197.

¹⁴ Timur, Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 195.

¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 378.

¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 384.

saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez". Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁷ m. 7 hükmüne göre de; hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Hiç kimseye suçu işlediği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 2/1 hükmüne göre; kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanun'da yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolünamaz. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de; kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

Yapılan bir fiil ancak, yasadaki bir suç tanımına uygunsa failin cezalandırılması mümkündür¹⁸. Aksi durumda yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmadığı gerekçesiyle fail hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2-a hükmü gereğince beraat kararı verilmesi gerekecektir.

Türk Ceza Kanunu m. 7/2 hükmüne göre, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Yürürlüğe giren kanunun, önceki kanunda suç olarak öngörülmüş bir fiili suç olmaktan çıkarması halinde önceki kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde bu kanun tarafından suç sayılan filleri işleyen kimse artık sorumlu tutulmayacaktır¹⁹. Buna göre sonradan çıkan kanun, fiili suç olmaktan çıkarıyorsa, sanık hakkında yüklenen suçun kanunda suç olarak tanımlanmamış olması gerekçesiyle beraat kararı verilecektir²⁰.

¹⁷ AİHS onay tarihi: 18.05.1954, (RG. 19.03.1954, 8662).

¹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 206.

¹⁹ Tuğrul, Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s. 107.

²⁰ Centel/Zafer, s. 706. Centel/Zafer/Çakmut,, s. 98. "20.12.2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5941 sayılı "Çek Kanunu" ile 3167 sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun" yürürlükten kaldırılmış ve çek defterini geri vermeme fiili suç olmaktan çıkarılmış olduğundan; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7. maddeleri de gözetilerek, sanığın beraatine karar verilmesinde zorunluluk bulunması", Yarg. 10. CD, 15.02.2010, E. 2007/25198, K. 2010/3105, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi:21.08.2010.

c. Yüklenen Suçun Sanık Tarafından İşlenmediğinin Sabit Olması

Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması da beraat kararı verilmesi gereken hallerden biridir. Örnek olarak suç işlendiği sırada suç mahallinde olmadığı savunmasını yapan sanığın bu durumu kanıtlaması durumunda sanık bu beraat halinden yararlanabilir²¹.

d. Yüklenen Suç Açısından Failin Kast veya Taksirinin Bulunmaması

Türk Ceza Kanunu m. 21/1 hükmü, suçun oluşmasını kastın varlığına bağlamıştır. Kastın da, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olduğunu belirtmiştir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde ise kişi olası kasttan sorumlu tutulabilecektir.

Türk Ceza Kanunu m. 22/1 hükmü taksirle işlenen fiillerin, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağını öngörmüştür. Taksir ise Türk Ceza Kanunu m. 22/2 hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülme-ye gerçekleştirilmesidir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir halinin bulunduğu kabul edilmiştir. Kanun, taksirle işlenen suçlardan dolayı verilecek cezaların failerin kusuruna göre belirleneceğini öngörmüştür (TCK m. 22/4).

²¹ "Kararın gerekçe bölümünde 'yoklama memuru olan sanıkların görgüye dayalı olarak gerçeğe ve mevzuata uygun şekilde gözlenen şeyleri tutanağa geçirmek suretiyle yoklama tutanaklarını düzenledikleri, tutanakların içerik yönünden sahte olmadıkları ve yoklama tutanaklarının yoklama yapılan işçilere imzalatılmasının da mevzuata aykırı olmadığının anlaşıldığı' belirtildiği halde, hüküm bölümünde 'sanıkların üzerlerine yüklenen sahtecilik suçunu işlemediklerinden beraatleri' yerine, 'sanıkların yüklenen suçu işlediklerine ilişkin mahkumiyetlerine yeterli kati deliller bulunmadığından beraatlerine' karar verilmesi suretiyle CMÜK. Nun 260/6 ve CMK.nun 223/2. maddesine aykırı davranılması ve hükmün karıştırılması", Yarg. 6. CD, 23.01.2006, E. 2004/6311, K. 2006/93, karar için bkz. Tosun/Akkaya, s. 574.

Türk Ceza Kanunu'nun 'Hata' başlıklı m. 30/1 hükmünde, "*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*" denilerek, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinmemesinin mazeret sebebi sayılmasının yolu açılmıştır. Bu yönüyle anılan hüküm, Türk Ceza Kanunu m. 4 hükmünde düzenlenen "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" hükmünün de bir istisnasını oluşturmaktadır. Suçun maddi unsurlarında hata kusuru tümüyle kaldırmaz; sadece kastı kaldırır²². Bu nedenle de sanık hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-d hükmünde, "*kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi*" halinde sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini düzenleyen hüküm uygulanmayacak, sanık hakkında beraat kararı verilecektir.

Neticeten, suçun manevi unsurlarından olan kast ve taksirin²³ eksikliğini beraat gerekçesi sayan kanun hükmü karşısında, sanığın atılı suç açısından kastı veya taksiri bulunmamakta ise veya taksir seviyesinde kusuru olsa bile suç yalnız kasten işlenebilen bir suç ise fail hakkında suçun manevi unsuru oluşmadığından beraat kararı verilecektir.

Öğretide ifade edilen bir örnekle²⁴, konunun daha iyi anlaşılacağı kanaatindeyiz: "*Kuyumcu Mevlüt, Hasan'ın getirdiği kolyeyi satın alır. Ancak kolyenin çalıntı olduğu anlaşılır. Mevlüt bu kolyenin çalıntı olduğunu bilseydi satın almayacaktı. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu (TCK m. 165)²⁵ sadece kasten işlenebilen bir suç olduğundan ve Mevlüt'ün özensiz davranarak çalıntı kolyeyi satın alması halinde taksirli hareket etmiş bulunduğundan artık bu suçtan cezalandırılması mümkün olmayacaktır*".

²² Veli Özer, Özbek, "*Türk Ceza Hukuku'nda Hata (m. 30)*", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008, Sayı: 7, s.86.

²³ Kast ve taksir konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 443 vd., Centel/Zafer/Çakmut, s. 379 vd., Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, kast için bkz. s. 237 vd., taksir için bkz. s. 452 vd., Timur, Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 341 vd., Öztürk/Erdem, s. 240 vd., Hakeri, s. 173 vd., Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 451 vd.

²⁴ Özbek, s. 87.

²⁵ TCK m. 165 - (1) Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

e. Yüklenen Suçun Sanık Tarafından İşlenmesine Rağmen, Olayda Bir Hukuka Uygunluk Nedeninin Bulunması

Suçun oluşabilmesi için, suç tanımında yer alan tüm unsurların sözkonusu fiilde varolması gerekir. Aksi durumda ise suç oluşmaz ve fiili gerçekleştirenin ceza sorumluluğuna gidilmez. Failin cezalandırılması ancak fail yönünden fiile ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamasına bağlıdır. Bunun sebebi ise hukuka uygunluk sebebinin suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak, fiile hukuk düzenince korunan bir nitelik sağlamasıdır.

Hukuka uygunluk nedenleri Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kısım İkinci Bölümü'nde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmiştir. Bazı nedenler fail hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3'de sayılan "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verilmesini sağlarken, fail hakkında beraat kararı verilmesini gerektiren haller ise şunlardır: Kanun'un hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m. 26).

aa. Kanunun Hükümünü Yerine Getirme

Türk Ceza Kanunu m. 24/1 hükmü kanunun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmeyeceğini öngörmüştür. Kanunun belirli kişilere belirli bir davranışta bulunmaları konusunda doğrudan yetki vermesine kanunun hükmünü yerine getirme denir²⁶. Örneğin İcra İflas

²⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 531; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 267: Yazarlara göre, Anayasa m. 90/son'a göre, temel hak ve özgürlüklerle ilgili usulüne uygun olarak kabul edilen bir uluslararası anlaşma ile iç hukuk düzenlemesi olarak bir kanun hükmü çatışyorsa önceliği uluslararası anlaşma hükmü aldığından dolayı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bağlayıcı bir uluslararası anlaşma hükmünün yerine getirilmesi TCK m. 24/1 anlamında kanun hükmünün yerine getirilmesi olarak kabul edilmelidir. Kanunun hükmünü yerine getirme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erem/Danışman/Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997, s. 555 vd., Demirbaş, s. 259, Mahmut, Koca/İlhan, Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 238 vd., Reşat, Koparan, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24-34. Maddeler)" *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı 2, Ekim 2006, s. 18-19, İsmail, Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2008, s. 166-167, Ersan, Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1*, İstanbul 2006, s. 66-67, İzzet, Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 343 vd., Fatih S., Mahmutoğlu, "5327 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, Nisan 2005, s. 45, Centel/Zafer/Çakmut, s. 293 vd.; Centel/Zafer'e göre, burada kullanılan 'kanun' deyimini, hukuk kuralı anlamını taşımakta ve sadece ceza hukuku kurallarıyla sınırlı bulun-

Kanunu²⁷na göre haciz işlemi yapan bir icra memurunun, bir suçu ihbar eden kişinin (TCK m. 279, 280), soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda şikayet hakkını kullanan şikayetçinin (TCK m. 73), Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90/1'e göre yakalama işlemi yapan bir kimsenin, savunmasını yapan bir müdafii (TCK m. 128, CMK m. 149 vd.) bu işlemleri usulüne uygun yapmış olmasından dolayı cezalandırılması söz konusu olamaz²⁸. Böyle bir durumda fail hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2-d hükmü gereği beraat kararı verilmesini gerektirir hal yaratır.

bb. Meşru Savunma

Türk Ceza Kanunu m. 25/1 hükmü meşru savunmayı tanımlamıştır²⁹. Buna göre, gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiiller, meşru savunmanın korumasından yararlanır³⁰. Tanımdan da anlaşıldığı üzere meşru savunmanın koşulları, ortada haksız bir saldırı bulunması ve bu saldırıya karşı savunma yapmanın zorunlu olmasıdır³¹. Saldırıya karşı yapılan savun-

mamaktadır. Ceza hukukuna ilişkin olmayan diğer yazılı hukuk kuralları da, bu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenin kapsamındadır; Hakeri, s. 225 vd.

²⁷ 09.06.1932 Gün ve 2004 sayılı Kanun (RG 19.06.1932, No. 2128).

²⁸ Öztürk/Erdem, 2008, s. 191.

²⁹ Kimi kaynaklarda 'meşru müdafaa', 'nefsi müdafaa' ve 'yasal savunma' kavramlarıyla açıklanmışsa da çalışmamızda kanunda yer verilen 'meşru savunma' deyimini kullanmayı uygun bulduk.

³⁰ Meşru savunma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 566 vd., Mehmet Emin, Artuk/Ahmet, Gökçen/Ahmet Caner, Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, Ankara 2009, s. 521 vd., Özgenç, s. 367 vd., Şen, s. 67 vd., Malkoç, s. 170 vd., Koparan, s. 21 vd., Koca/Üzülmez, s. 240 vd., Centel/Zafer/Çakmut, s. 300 vd., Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 279 vd., Öztürk/Erdem, s. 197 vd., Demirbaş, s. 266 vd., Hakeri, s. 229 vd., Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 534 vd, Mahmutoğlu, s. 47.

³¹ Centel/Zafer, s. 301, "Sanığın adam öldürme eylemi hakkında yapılan incelemede, olayın kendisine haber verilmesi ile koşarak olay yerine gelen sanığın maktulün "hepinizi öldüreceğim" diyerek annesi Satia'nın başına tabanca dayamış bir halde sürüklediğini ve yere çöktürdüğünü görmesi üzerine tabanca ile 1 el ateş ederek maktulü başından vurup öldürdüğünün delillerden anlaşılmasına, mahkemece de oluşun bu şekilde vuku bulunduğu kabul edilmesine göre, sanığın öldürme eylemini TCK. 49/2. maddesinde öngörülen yasal savunma şartları dahilinde işlediğine hükümlenerek "ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine" karar verilmesi gerekirken maktulün o ana kadar ateş etmemiş olmasının bundan sonra da ateş etmeyeceğinin garantisi sayılıp sanığın da bunu bilecek durumda olduğu varsayılarak bu oluş karşısında geçerli olmayan düşünce ile yazılı şekil-

manın da saldırı ile orantılı olması şartıyla, meşru savunma hali, fail hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2-d hükmü gereği beraat kararı verilmesini gerektirir hal yaratır³².

Yargıtay çeşitli kararlarında savunmanın orantılı olması kararını aramış ve orantısız savunmalarda meşru savunmadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir³³. Ancak Yargıtay bir kararında "silahsız da olsa saldırgan kişilikleri oldukları anlaşılan maktullerin yoğun saldırısı yasal savunma hakkı doğurur" diyerek, savunmanın orantılı olması şartıyla ilgili farklı bir karar vermiştir³⁴.

- de mahkumiyet hükmü tesisi...", Yarg. 1. CD. 13.02.2002, E.2001/4811, K.2002/500, www.kazanci.com (Erişim Tarihi:20.10.2010).
- 32 "Yasal savunma; bir kimsenin kendisine veya başkasına yöneltilen haksız bir saldırıyı uzaklaştırmak için gösterdiği zorunlu bir tepkidir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birini oluşturan yasal savunma, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, eylemi hukukun meşru saydığı bir fiil haline getirmektedir. Çünkü, hukuk düzeni hakkın ve haklının saldırıya uğramasına izin vermez", YCGK, 15.02.2000, 1-22/27, (Ali, Parlar/Muzaffer, Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara Şubat 2007, s. 258.)
- 33 "...Saldırıya uğrayan hak ile savunma arasında denge aranmalıdır. Kendisini bir sopa ile döven kimseyi tabancasını ateşleyerek öldüren failin davranışı arasında denge bulunmadığından söylenemez. Bu denge saldırı ve savunmada kullanılan araçlar bakımından aranmalıysa da, bunu araçların özdeşliği biçiminde anlamamak gerekir. Bu itibarla saldırganın kullandığından daha etkili bir aracı, saldırıyı önleyecek biçimde kullanmış olan failin, denge (nispet) koşuluna aykırı davrandığı söylenemez. O halde, yasal savunma; failin ağır ve haksız bir saldırıyı kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu tepkidir" YCGK. 06.02.1995, E. 1994/1-341, K. 1995/6; www.kazanci.com , (Erişim Tarihi:02.11.2010).
- 34 "Olay günü mesai sonu, arkadaşı Ramazan A. ile karşılaşan sanığın, adı geçen kişi ile Avcılar'da bulunan Seyisoğlu adı ile bilinen lokantaya gittiği, bir masaya oturup sipariş verdikleri, daha önce bu lokantaya gelmiş maktül ve arkadaşlarının bir başka masada oturdukları sırada, maktüllerden Kemal K.'nin ses sanatkârından mikrofonu alarak Kürtçe şarkı söylediği, şarkının bitiminden sonra bir ara Kemal K.'nin sanığın masasına giderek, sanığın hadise çıkmaması için maktüllerin masasında oturan Hüseyin C.'den, Kemal K.'yi almasını rica ettiği, müşterilerin de araya girip doğan tatsız havayı yatıştırmak istediği sırada, maktül Ali Haydar A.'nin bıçakla sanığın masasına yürüdüğü, diğer maktül Kemal K'nun da sandalye ile sanığa vurup, onu yere düşürdüğü, kalkmak isterken darbelerin devam etmesi sonucu silah ile ateş etmeye başladığı, önce sandalye ile vurmakta olan maktül Kemal'e, ateş edip kaçmak isterken, diğer maktülün de sandalye ile üzerine gelmekte olduğunu görünce ateş edip onu da öldürdüğü" kabul edilmiş; maktüller ve arkadaşlarının dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılan saldırgan kişilikleri, sanığın birden çok kişinin aynı anda bıçaklı ve sandalyeli saldırısına muhatap olması, uğradığı saldırının yoğunluğu karşısında hedef seçerek ateş ettiğinin kesinlikle belirlenememesi, ateş etmeye başlamasına rağmen maktüllerin saldırılarına devam ettiğini görünce ardı ardına ateş etmesinin doğal karşılanması gerektiği gözönünde tutulduğunda, sanığın yasal savunma şartları içinde hareket ettiği ve savunmada aşırılığa kaçmadığının kabulünde zorunluluk bulun...", Yargıtay 1. CD., 23.12.1992, 2807/2966, (Vural, Savaş/Sadık, Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1999, s. 946).

cc. Hakkın Kullanılması

Türk Ceza Kanunu m. 26/1 hükmü, hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceğini öngörmüştür. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için gereken koşullar bulunmaktadır. Bu koşullar, subjektif bir hakkın bulunması, bu hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilmesi ve hakkın hakkı doğuran nedenin belirttiği sınırlar içinde kullanılması yani hakkın kötüye kullanılması gerekir³⁵.

Hakkın kullanılmasının özel bir şekli olarak Türk Ceza Kanunu m. 218 ve 301'de '*eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklaması*'nın suç oluşturmayacağı belirtilmiştir. Türk Ceza Kanunu m. 218' de düzenlenen '*Ortak Hüküm*', Beşinci Bölümde yer alan '*Kamu Barışına Karşı Suçlar*' için geçerli bir hükümdür. Buna göre, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (TCK m. 213), suç işlemeye tahrik (TCK m. 214), suçu ve suçluyu övmeye (TCK m. 215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik (TCK m. 216) ve kanunlara uymamaya tahrik (TCK m. 217) gibi suç tipleri, yukarıda yer alan kanuni hüküm karşısında eğer fiil özellikleri itibarıyla suç oluyorsa bile eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamasının korunmasından yararlanır ve fail hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2-d hükmü gereği beraat kararı verilmesini gerektiren hal yaratır.

dd. İlgilinin Rızası

Türk Ceza Kanunu m. 26/2 hükmü, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyeceğini öngörmüştür. İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için ilgilinin rıza gösterme yeteneğinin bulunması, rızanın açıklanması ve rızanın konusunun elverişli olması gerekmektedir³⁶.

³⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 327, Öztürk/Erdem, 2008, s. 209-210; hakkın kullanılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 549 vd., Hakeri, s. 250 vd., Demirbaş, s. 290 vd., Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 291 vd., Koca/Üzülmez, s. 246 vd., Malkoç, s. 181 vd., Şen, s. 71 vd., Özgenç, s. 385 vd., Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2009, s. 559 vd., Koparan, s. 24-25, Mahmutoğlu, s. 53.

³⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 318; ilgilinin rızası konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, s. 74, Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 313 vd., Öztürk/Erdem, s. 217 vd., Demirbaş, s. 303 vd., Hakeri, s. 254 vd., Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007,

Rıza gösterme yeteneğinin bulunması, kişinin kendisi aleyhine suç işlenmesine rızayı açıklamaya yetkili olması demektir. Buna göre, kişi öncelikle rızaya dair hakkın sahibi olmalı ve rızayı açıklama yetkisi olmalıdır³⁷. Kanun 12 yaşından küçüklerin rıza gösterme yeteneğine sahip olmadıklarını, 18 yaşından büyüklerinse rıza gösterme yeteneğine sahip olduklarını kabul etmektedir. Ancak bazı durumlarda rıza gösterme yeteneğinin yaşı farklılık gösterebilmektedir. Örneğin Türk Ceza Kanunu m. 103/1 hükmü uyarınca 15 yaşından küçük çocuğun cinsel yönden istismarında rıza, fiili hukuka uygun hale getirmez.

Rıza açık veya örtülü bir biçimde açıklanmalıdır. Rızanın rızayı bozan nedenlerden etkilenmemiş olması gerekmektedir. Bunun dışında rızanın suç işlendikten sonra veya suçun işlendiği sırada açıklanması gerekir³⁸.

Bunun dışında ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, ilgilinin rıza gösterilen konu üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Bunun dışında rıza hangi konuda verilmişse, suçun da o konu hakkında işlenmesi gerekir. Örneğin, belirli bir malın sadece kullanılması için verilen rıza, faile o mala sahip olma veya o mal dışında bir malı kullanma yetkisi vermez³⁹.

aaa. Tıbbi Müdahalede İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni Türk Hukuku'nda özellikle '*Tıp Hukuku*' başlığı altında tartışılmaktadır. Konu Hasta Hakları Yönetmeliği⁴⁰'nde de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan Yönetmeliğe göre hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesi için hastanın rızası gereklidir. Hastanın rızası ise aydınlatılmış onamına bağlıdır⁴¹.

s. 584 vd., Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2009, s. 598 vd., , Özgenç, s. 392 vd., Mal-koç, s. 182, Koca/Üzülmez, s. 248 vd, Mahmutoğlu, s. 54.

³⁷ Hakeri, s. 255.

³⁸ Demirbaş, s. 305.

³⁹ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, İstanbul 1999, s. 74.

⁴⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği, (RG. 01.08.1998, No. 23420).

⁴¹ 'Aydınlatılmış onam, tanı ya da tedaviye yönelik girişimlerin hastalara uygulanabilmesi ya da hastaların bilimsel araştırmalara katılabilmeleri için bilgilendirilerek aydınlatılmalarını öngören ve bu aydınlatma doğrultusunda kendi iradeleri ile karar vermelerini gerektiren öğretiler', Aydınlatılmış onam konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Cenk, Kılıç/Tolga, Güven/Adnan, Ataç, Aydınlatılmış Onam Kavramı ve Ülkemiz Yasaları İle Tıp Uygulamalarındaki Yeri, Uluslararası Katı-

Her insan kendi yaşamına son vermek imkanına sahipse de, mağdurun isteği üzerine bir kimseyi öldüren kişinin fiili Türk hukukuna göre hukuka aykırıdır⁴². Zira ilgili rızanın konusu olan yaşam hakkı konusunda mutlak tasarruf yetkisine sahip değildir. Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada,⁴³ ölümcül bir hastalıktan ölmek üzere olan bir hasta, Savcılığa başvurarak gidecek dayanılmaz acıları ve insana yakışmayacak durumu yüzünden intihar etmek istediğini ancak kendi başına intihar edemediğini, kocasının kendisine yardım edebileceğini söyleyerek Savcılıktan kocasıyla ilgili kovuşturma yapılmayacağı taahhüdü istemiştir. Savcılığın ret yanıtı ile yaptığı itirazlardan da sonuç alamayan hasta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 nci maddesinde koruma altına alınan yaşam hakkına dayanarak, yaşayıp yaşamamayı seçmenin kişiye ait olduğunu ve ölme hakkının yaşama hakkının doğal bir sonucu olduğunu ve korunması gerektiğini ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyla ilgili verdiği kararda, Sözleşme'nin lafzi yorumunun, tam tersi bir hakkı, yani ölme hakkını verdiği şekilde yorumlanamayacağını, bu çerçevede de yaşama hakkının kişiye yaşamak yerine ölmeyi seçme anlamında bir irade özgürlüğü hakkı da tanımayacağını belirterek olayda bir insan hakkı ihlali olmadığını tespit etmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun '*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*' başlıklı m. 76 hükmüne göre; bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmama koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Bu maddeye aykırı bir şekilde örnek alan kamu görevlisi suç işlemiş olur. Bununla beraber aynı mad-

İmlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, Cilt 2, Bursa 2003, s. 844-849; aydınlatılmış onamın istisnaları hakkında bkz. Feridun, Yenisey, 'Tedavi Açısından İlgilinin Rızası' başlıklı tebliğ, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, s. 873 vd.

⁴² Yenisey, s. 869.

⁴³ Bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3024>, (Erişim Tarihi:06.12.2010), Başvuru No: 2346/02, Pretty/Birleşik Krallık.

denin ikinci fıkrası bir hukuka uygunluk sebebi getirerek, mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkraya hükmüne göre karar alınmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Buna göre mağdurun örnek almaya rıza göstermesi halinde fiil suç olmaktan çıkar ve faili hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2-d hükmü gereği beraat kararı verilmesini gerektirir hal yaratır.

bbb. Diğer Haller

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 119 uyarınca, hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle kişilerin üstü ve eşyasının aranabilecektir. Ancak Adli ve Önleme Araştırmaları Yönetmeliği⁴⁴ m. 8/1-f hükmünde geçen '*ilgilinin rızası*' halinde karar almaya gerek görülmeyen cümlesi Danıştay tarafından iptal edilmiştir⁴⁵. Ancak mağdur açısından, alınan rıza ile arama işleminin yapılması öğreti ve uygulamada karar alınmasını gerektirmeyen hallerden sayılmaktadır⁴⁶.

f. Yüklenen Suçun Sanık Tarafından İşlendiğinin Sabit Olmaması

Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması halinde sanığın Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2-b hükmü gereği beraat edeceğine yukarıda yer vermiştik. Kanunkoyucu Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/2-e hükmüyle yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halini de beraat kararı verilmesini gerektiren hallerden saymıştır.

Yapılan yargılama sonunda hakim, sanığın mahkumiyetine karar verebilmek için tam bir kanaat oluşturmak zorundadır. Ancak, somut olayda deliller ortaya konulup, duruşmada tartışılmasına rağmen hakimde bazı şüpheler kalabilir ve hakim olayın ispatı konusunda tam bir vicdani kanaate ulaşamayabilir⁴⁷. Böyle durumlarda hakimin mah-

⁴⁴ 01.06.2005 Tarih ve 25832 sayılı RG.

⁴⁵ Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 13.10.2007, E. 2005/6392, K. 2007/948.

⁴⁶ Konu için bkz. Ünver/Hakeri, s. 386.

⁴⁷ "Ceza yargılamasının amacı hiçbir kuşkuya yer bırakmaksızın maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan

kumiyet kararı için bir ihtimal ile yetinmesi kabul edilemeyeceğinden, yenilemeyen şüphenin sanık lehine yorumlanacak ve sanık hakkında mahkumiyet kararı verilemeyecektir⁴⁸.

Mahkeme, sanığın suçu işleyip işlemediği konusundaki kuşkusunu yenemezse, sanığı beraat ettirmelidir. Buna, şüpheden sanığın yararlanması ilkesi (in dubio pro reo) denir⁴⁹. Masumiyet karinesi de denilen bu ilkeye göre, bir suçlunun cezasız kalması bir masumun mahkûm olmasına tercih edilmeli ve suçluluğu hükmen sabit olunca ya kadar sanık masum sayılmalıdır⁵⁰. Yargıtay'a göre de bu ilke uyarınca şüphenin olduğu yerde mahkumiyet kararından söz edilemez⁵¹.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, klasikleşmiş formülde 'masum sayılır' denildiği halde Anayasada 'suçlu sayılmaz' denilmiş olması (Anayasa m. 38/4) isabetlidir. Böylece, hem henüz mahkum olmamış kişinin suçlu sayılmadığına göre cezalandırılmayacağı belirtilmiş, hem de sanık iken hakkında bazı güvenlik tedbirlerinin alınması ihtimali, masum sayılmadığına göre, kapatılmamış olmaktadır⁵². Ancak Anayasa'ya göre 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir' (Anayasa m. 90/5). Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/2 hükmünde yer alan 'hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır' hükmü Türk mevzuatında yerini almaktadır ve bu hüküm hakkında Anayasa'ya aykırılıktan Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacaktır.

veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır, yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır", YCGK, 19.04.1993, 6-79/108, (Öztürk, s. 600).

⁴⁸ Ali Kemal, Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 224.

⁴⁹ Centel/Zafer, s. 690, Pınar Memiş, "Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi In Dubio Pro Reo", Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007, s. 491.

⁵⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2009, s. 620.

⁵¹ "Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin hiçbir duraksamaya yer kalmaksızın ortaya çıkarılmasıdır. Ceza hukukunun evrensel ilkesi ise kuşkunun bulunduğu yerde mahkumiyet kararına yer verilemeyeceğidir. O halde, sanığın üzerine yüklenen suçlar, hiçbir kuşkuya yer verilmeksizin kanıtlanamadığından, sübuta ermediği kabul edilmelidir", YCGK, 11.04.1994, E. 1994/5-47, K. 1994/92, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 26.08.2010.

⁵² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2009, s. 29.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, İstanbul 1999.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008.
- Kılıç, Cenk/Güven, Tolga/Ataç, Adnan, Aydınlatılmış Onam Kavramı ve Ülkemiz Yasaları İle Tıp Uygulamalarındaki Yeri, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, Cilt 2, Bursa 2003.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- Koparan, Reşat, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24-34. Maddeler)" Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı 2, Ekim 2006.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, İstanbul 2009.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "5327 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri", Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005.

- Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008
- Memiş, Pınar, “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi In Dubio Pro Reo”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara Şubat 2007.
- Özbek, Veli Özer, “Türk Ceza Hukuku’nda Hata (m. 30)”, CHD Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008, Sayı: 7.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2010.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Gazi Şerhi, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008.
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1999.
- Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, İstanbul 2006.
- Taşdemir, Kubilay/Özpekir, Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt-I, Ankara 2007.
- Tosun, Kerim/Akkaya, Çetin, 2006-2007-2008 İçtihatları ile Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, Ankara 2009.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Yenisey, Feridun, ‘Tedavi Açısından İlgilinin Rızası’ başlıklı tebliğ, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008.

Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002.

<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=h%FCk%FCm&ayn=tam>.

<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=3024>.

<http://www.hukukturk.com>.

<http://www.kazanci.com>

SERMAYE PİYASASINDA MANİPÜLASYON

MANIPULATION IN CAPITAL MARKETING

Aydın Alber YÜCE*

Özet : Sermaye piyasalarında fiyatın oluşumunda piyasa değerlendirmeleri esas alınır. Menkul kıymet ihraç eden bir anonim ortaklığın mali durumu, gerçekleştirmeyi düşündüğü başka yatırımlar ve bunlara ilişkin girişimleri, halka arz edilecek menkul kıymetlerin niteliği gibi bilgiler kamuya açıklanır. Piyasaya açıklanan bu bilgiler malın değerinin fiyata yansımada temel araçtır. Yatırımcılar piyasaya açıklanan bu bilgilere göre yatırım kararlarını verirler. Bir başka deyişle bilgi fiyata yansımış olur, fiyat bilgiyi taşır. Fiyatın bilgiyi taşıyıcı bu niteliği dolayısı ile manipülatif faaliyetler özel bir önem arz eder. Zira fiyattaki olumlu ya da olumsuz bir değişiklik yatırımcıların kararlarını etkilemekte, onları belli bir menkul kıymete yatırım yapmaya yönlendirmekte ya da bir menkul kıymete yatırım yapmaktan alıkoymaktadır. Piyasadaki manipülatif etkinin ortadan kalkması sonrasında ise yatırımcılar zarara uğramakta ve manipülatörler haksız kazanç sağlamaktadırlar. Bu durum ise yatırımcıların piyasaya olan güvenini ve özellikle işlem güvenliğini sarsmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye piyasası, menkul kıymet, işleme dayalı manipülasyon, bilgiye dayalı manipülasyon, manipülatör.

Abstract: Marketing assessments are predicated on price formation in capital marketing. Manipulative activities hold special importance, due to the information carrying character of the securities prices.

Key words: Capital marketing, stocks and shares, securities, manipulation based on acts, manipulation based on information, manipulator.

GİRİŞ

I. MANİPÜLASYON VE SERMAYE PİYASASINA ETKİLERİ

Malın değerini belirleyen birçok etken vardır. Değer öze ilişkin bir kavramı ifade eder. Fiyat ise bu mala atfedilen öneme ve ihtiyaçlara paralel olarak bir mala ödenmesi genel olarak kabul edilen bedeli ifade eder. Bu yüzden değer ve fiyat farklı kavramlar oldukları için değer ve fiyat her

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

zaman örtüşmeyebilir. Mala olan talebin azalması, piyasaya mevcut maldan daha işlevsel bir malın sürülmesi, malın arzının talepten fazla artması, dönemsel olarak ihtiyaç duyulan bir malın söz konusu olduğu bir durumda malın kullanıldığı dönemin geçmiş olması gibi durumlarda malın fiyatı değerinin altında kesinleşebilir¹. Malın fiyatı değerinin altında olabilir ancak bahsettiğimiz durumların aksinin söz konusu olduğu zamanlarda fiyat, malın değerinin üzerinde de belirlenebilir.

Fiyatın malın değerinin ortaya konulması açısından gösterge niteliğini kazanması piyasanın türüne göre değişmektedir. Bir malın satımında taraflar birbirini tanıyor ve aynı zamanda bu malın satımı için malın özellikleri ya da miktarına göre fiyat üzerinde müzakere etme şansları buluyorlarsa malın fiyatı sonradan ortaya çıktığından ve aleniyet de gerçekleşmediğinden dolayı malın fiyatı gösterge niteliğini kazanamayacaktır. Bunun gibi bir malın fiyatı önceden ilan edilerek piyasaya sürülse de işletme sahibi kazanç sağlayabilmek için malının fiyatını rekabet hukuku kuralları çerçevesinde değiştirebileceğinden burada da sonuçta bir nihai fiyata ulaşılsa da fiyat malın değerinin bir göstergesi olamaz. Ancak alıcının ve satıcının birbirini tanımadığı, işlemin niteliği bakımından böyle bir zorunluluğun da bulunmadığı sermaye piyasası gibi piyasalarda ise fiyatın işlevi klasik piyasalardan farklıdır. Böyle piyasalarda alıcı ve satıcı karşı karşıya gelemmez ve dolayısı ile fiyatın tartışılması ya da malın niteliği, arz edilen miktarı gibi etkenlere göre fiyat değişmez. Bu tip piyasalarda fiyat gösterge niteliği taşır çünkü tek tip mal -menkul kıymetler gibi- tek tip koşullarla alınır ve satılır. Dolayısı ile alıcı ve satıcının direkt olarak temas kurabildiği klasik piyasalarda alım kararının verilmesi bakımından fiyatın önemi yerine malın niteliği ya da mala duyulan ihtiyaç yahut benzer malların durumu daha ön plandadır. Sermaye piyasası gibi piyasalarda ise fiyat yatırım kararlarının verilmesinde yönlendirici olmaktan ziyade belirleyicidir. Sermaye piyasalarında yatırım yapılacak malın değeri konusunda fiyat temel ölçüttür².

Sermaye piyasalarında fiyatın oluşumunda piyasa değerlendirmeleri esas alınır. Menkul kıymet ihraç eden bir anonim ortaklığın mali durumu, gerçekleştirmeyi düşündüğü başka yatırımlar ve bunlara iliş-

¹ Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon Ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008, s. 1.

² Manavgat, s. 2.

kin girişimleri, halka arz edilecek menkul kıymetlerin niteliği gibi bilgiler kamuya açıklanır. Piyasaya açıklanan bu bilgiler malın değerinin fiyata yansımada temel araçtır. Yatırımcılar piyasaya açıklanan bu bilgilere göre yatırım kararlarını verirler. Bir başka deyişle bilgi fiyata yansımış olur, fiyat bilgiyi taşır³.

Açıkladığımız fiyat-değer ilişkisinin oluşturduğu düzende ortaya çıkabilecek aksaklıklar ve müdahaleler yatırımcının yatırım kararının sakatlanmasına neden olacaktır. Menkul kıymet piyasalarında, değer, bilgi, fiyat yapısına gelebilecek en önemli müdahaleler, market abuse başlığı altında toplanan içerden öğrenenlerin ticareti ve manipülasyon niteliğini taşıyan işlemlerdir⁴.

Fiyat- değer ilişkisini bozan müdahalelerin türlerinden biri içerden öğrenenlerin ticaretidir. İşletmeyle ilgili ve henüz kamuya açıklanmamış bilgilere bazı kişilerin kendi konumları ya da yürüttükleri faaliyetler nedeniyle erişimleri daha kolay ve hızlı olabilir. Ancak, işletmelere ilişkin bu tür bilgilere sahip olan kişiler, zaman zaman bunları kendileri ya da üçüncü şahıslar lehine kullanarak aşırı kazançlar elde edebilirler. Elde edilen bilgilerin kötüye kullanılması ve adil olmayan kâr transferlerinin gerçekleşmesi ile içeriden öğrenenlerin ticareti (insider trading) gerçekleşmektedir⁵.

Menkul kıymetlerin değerinin fiyata yansımada engelleyen bir diğer faktör ise manipülasyondur. Kelime anlamı bakımından manipülasyon, *“oyun; entrika; hile; dalavere; hokkabazlık; piyasada yalan yanlış haberler yayarak ve faaliyette bulunarak piyasayı kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirme”* şeklinde tanımlanabilir⁶. Manipülasyon, sermaye piyasasında (menkul kıymet piyasalarında) işlem gören hisse senetlerine ilişkin olarak bilinçli şekilde yapay yollarla yatırımcıları yanlış yönlendirici bir izlenim uyandırma veya yanıltıcı bir piyasa oluşturmak amacıyla yapılan işlemler olarak ifade edilebilir. Manipülasyon, piyasada yüksek kazanç elde etmek amacıyla menkul kıymetlerin piyasa fiyatlarının yapay olarak yükseltilmesi, düşürülmesi veya belirli

³ Manavgat, s. 2.

⁴ Manavgat, s. 2.

⁵ Ayşe Nur Canbaloglu, *“Finans Sektöründe Kamunun Aydınlatılması Ve Türkiye Uygulaması”*, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 32.

⁶ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2003.

seviyede tutulmasına yönelik faaliyetleri içerir⁷. Manipülasyonu ifade etmek için; yapay işlemle pazarı etkilemek, akılcı veya hileli yollarla hisse senedi fiyatlarını kontrol etmek, yıkama satış yöntemi veya uydurma emirlerle menkul değerlerin fiyatlarının artmasına ya da düşmesine sebep olmak, borsada hile, alım-satım yaparak piyasanın daha canlı görünmesini sağlayarak fiyatları etkilemek gibi tabirler de kullanılmaktadır⁸.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesi manipülasyonu, *"yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapmak ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü olunan bilgileri açıklamamak"* olarak ifade etmektedir. Manipülasyon ile ilgili yapılan tüm değerlendirmelerin ortak noktası, manipülasyonun yatırımcının karar alma sürecine ilişkin dışarıdan yapılan bir etkiyi içeriyor olmasıdır. Diğer bir ifade ile manipülasyon doğal sürece yapılan etkiyi ifade eden bir sözcüktür⁹.

Manipülatif işlemler, sermaye piyasalarının dürüst ve düzenli bir şekilde işlemesini ve fiyatların serbest arz ve talep kurallarına göre oluşmasını engellediği ve böylece piyasaya olan güveni sarstığı için yatırımcıların piyasaya gelmeleri önünde ciddi bir engel olarak durmakta ve bu yüzden yasaklanmaktadır¹⁰. Bu tür işlemleri gerçekleştirmenin hukukî sonuçları yanında cezai sonuçları da vardır ve bu suç manipülasyon suçu olarak adlandırılmaktadır¹¹. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinde, diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmemek koşuluyla 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 5 bin günden 10 bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Ancak bu suçlardan dolayı kovuşturma yapılması, Sermaye Piyasası Kurulu

⁷ Serdar Karababa, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Ankara 2001, s. 170.

⁸ Ali Hakan Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara 2004, s. 77.

⁹ İbrahim Onur Baysal, *"Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu"*, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 24.

¹⁰ Cemal Küçüksözen, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması Türk Sermaye Piyasasının Bu Açından Değerlendirilmesi, Ankara 1999, s.178-179.

¹¹ Ayşe Sumer, Türk Sermaye Piyasası Hukuku Ve Seçilmiş Mevzuat, 3. Baskı, İstanbul 2002, s. 162.

tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlıdır (SerPK m. 49).

Yatırımcılar, işlem yaparken piyasadaki mevcut durumun, hisse senetlerine ilişkin gerçek durumu yansıttığını düşünmektedir. Çünkü menkul kıymet piyasalarında fiyat gösterge niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla menkul kıymetlere ilişkin değerlendirme ve analizlerde, var olan durum üzerinden hareket edilir. Ancak manipülatif uygulamalar gerçekleştiren manipülatörler, bu değerlendirme ve analizlerin isabet-siz olmasına neden olarak aşırı kazanç elde edebilmektedirler. Sermaye piyasası aracının fiyatının düşük olacağını bilen bir manipülatörün, söz konusu sermaye piyasası aracının fiyatını yukarı yönlü etkilemek suretiyle yüksek fiyattan satış gerçekleştirmesi bu duruma örnektir.¹² Çünkü manipülatörün temel amacı, diğer kimselerin aleyhine olacak görüşte fiyatı yaratarak, bir kayıptan kaçınmak veya kazanç sağlamaktır¹³.

Manipülasyon, bilgiye ve işleme dayalı olmak üzere iki kısımda incelenir. Bilgiye dayalı manipülasyon, kamuya yalan, yanlış, veya eksik bilgi akışı ya da açıklanması gerekirken bilginin açıklanmaması yüzünden, kamuyu aydınlatma sistemine olan güvenin bozulmasına yol açan ve bilginin fiyata yansımalarını engelleyen manipülasyon türüdür¹⁴. İşleme dayalı manipülasyon ise piyasanın doğal işleyiş görüntüsü içinde, ekonomik temeli olmayan, salt başkalarını yanıltma amacı taşıyan işlemler yapılarak fiyat oluşturulması ve kamunun fiyata olan güveninin kötüye kullanılması sonucunu doğuran manipülasyon türüdür. Menkul kıymetler ya da bunları ihraç eden ortaklıklar hakkında

¹² Rajesh K. Aggarwal/Guojun Wu, Stock Market Manipulation – Theory and Evidence, March 11, 2003, AFA 2004 San Diego Meetings, s. 6.

¹³ Melik Kamışlı, “İşlem Bazlı Manipülasyonun Finansal Oranlarla Belirlenmesi İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında İstatistiksel Sınıflandırma Analizleriyle Bir Uygulama”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi SBE, Eskişehir 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 6.

¹⁴ Sermaye piyasası araçlarının fiyatını etkileyen pek çok faktör bulunmaktadır. Yatırımcılar piyasadan edindikleri bu bilgileri değerlendirirler ve yatırım kararı verirler. Manipülatif hareketler sonucunda piyasadan edinilen bilgilerin güvenilirliği zarar görür ve yatırımcıların kararları etkilenir ve piyasanın doğal işleyişi bozulur. İşte bu noktada yatırımcıların tam ve doğru bilgiye ulaşmaları için hızlı ve doğru bilgilendirilmeleri gerekir. Yatırımcılar ne kadar hızlı ve doğru bilgilendirilirse manipülatif hareketleri başarı şansı o derecede azalacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Halil İbrahim Küçük, “Sermaye Piyasasında Manipülasyon Cezai ve Hukukî Sonuçları”, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, Isparta 2010 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 65 vd.

gerçek olmayan bilgilerin yayılması ya da sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını etkileyebilmek amacıyla yıkama satış gerçekleştirilmesi bilgiye ve işleme dayalı manipülasyona verilebilecek iki örnektir¹⁵. Her iki manipülasyon türünde de kamuyu aydınlatma sistemi bozulmaktadır. Sermaye piyasalarındaki fiyatın bilgiyi taşıma işlevi tamamen terk edilerek sadece fiyat oluşturma amacı taşıyan işlemler yapılmaktadır. Bunun sonucunda da üçüncü kişiler fiyatın bilginin ürünü olduğuna inanarak işlem yapmaktadır¹⁶.

İşleme dayalı manipülasyon, bilgiye dayalı manipülasyona göre daha zor tespit edilir. Çünkü işleme dayalı manipülatif fiiller çoğu kez yasal işlemler altında gerçekleştirilir.

II. MANİPÜLASYONUN TÜRLERİ

A. İŞLEME DAYALI MANİPÜLASYON, UNSURLARI VE TÜRLERİ

1. UNSURLARI

a. İşlem Yapmak

Piyasa fiyatı psikolojik etkenlere bağlı olarak değişebilir. Yatırımcıların sürü psikolojisi içinde, ekonomik değerlendirme yapmadan, başka yatırımcıların verdiği yatırım kararlarından etkilenerek işlem yaptığı ve bu yüzden fiyatların değişebildiği bir gerçektir. Bu yüzden işlem yapmak, işleme dayalı manipülasyonun en önemli unsurudur¹⁷.

İşleme dayalı manipülasyonda, menkul kıymetlerin alım-satım işlemleri sonucunda hisse senedi fiyatında değişimler olmaktadır. Bu türdeki manipülasyonda, alım-satım işlemleri ile piyasayı yanıltma amaçlı faaliyetler görülür. Örneğin bir manipülatör, hisse senedinin değerini etkileyebilecek menkul kıymet alım-satım işlemleri ile bir piyasa hareketi gerçekleştirebilir¹⁸.

İşleme dayalı manipülasyonda temel amaç, diğer yatırımcıları ger-

¹⁵ Aggarwal/Wu, s. 6.

¹⁶ Manavgat, s. 3.

¹⁷ Manavgat, s. 89.

¹⁸ Cemal Küçüksözen, "Finansal Bilgi Manipülasyonu Nedenleri, Yöntemleri, Amaçları, Teknikleri, Sonuçları Ve İMKB Şirketleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma", Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2004 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 33.

çek olmayan bir fiyat hareketi ile yanıltılmak olduğu için fiyat oluşturu-
 rucu işlem alım-satımla gerçekleştirilir¹⁹. 2499 sayılı Sermaye Piyasası
 Kanunu'nun 47. maddesinde de manipülasyon *“yapay olarak, sermaye
 piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı iz-
 lenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azalt-
 mak amacıyla alım ve satımını yapmak”* olarak tanımlanmıştır.

Alım-satım hareketlerinin dışında sözleşmesel bir hakkın kulla-
 nılması da manipülasyon amaçlı olabilir. Paya sahip olan kişinin pay
 fiyatlarını manipüle etmesi ve sonra paya ilişkin alım veya satım hak-
 kını kullanarak kazanç sağlaması mümkündür²⁰.

Halka açık fonların fiyatını artırmak ya da azaltmak kendiliğinden
 suç teşkil etmez. Eğer bir kimse sadece yatırım için büyük bir blok his-
 se senedi satın almaya çalışıyorsa veya çok sayıda hisse senedini elden
 çıkarmak istiyorsa piyasa fiyatının değişeceğini bilse dahi bu eylem
 manipülasyon olarak nitelendirilemez²¹. Aksinin kabulü serbest piya-
 sanın gerçekleşmesini engeller ve yatırımcıların özgürce karar verme-
 sine engel olur.

Sermaye piyasalarındaki bu yapay fiyat hareketleri başlıca üç şekil-
 de gerçekleştirilebilir²²: Yükselen bir piyasa olduğu veya bir piyasanın
 yükseleceği izlenimi oluşturularak fiyatların yükseleceği bir ortam ha-
 zırlamak; fiyatların düşüşe geçmesi için bazı işlemleri gerçekleştirerek
 düşük fiyattan hisse senetlerini toplamak; hisse senedinin gerçek de-
 ğerine ulaşmasını sağlayıcı işlemlerle fiyatı belirli bir düzeyde tutmak.

İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği'nin 24. maddesin-
 de yapay piyasa oluşturmak amacıyla gerçekleştirilen işlemler sayılmış-
 tır. Buna göre bir menkul kıymette tek başına veya başkaları ile birlikte,
 diğer piyasa aktörlerini o menkul kıymeti alıp satmaya yöneltmek mak-
 sadıyla bir dizi işlemle menkul kıymet için görünürde aktif bir piyasa
 olduğu izlenimi yaratmak ve menkul kıymetin fiyatında yapay olarak
 artış veya düşüşe neden olmak ve piyasayı yanıltmak maksadıyla bir
 menkul kıymette fiyatı desteklemek, sabitlemek veya stabilize etmek

¹⁹ Alım hareketleri satım hareketlerine göre daha kuvvetli bir izlenim oluşturur.
 Çünkü satım hareketlerinin nakit ihtiyacı gibi sebeplere dayanması da mümkündür.
 Ayrıntılı bilgi için bkz. Manavgat, s. 91.

²⁰ Manavgat, s. 92.

²¹ Doğan Kütükçü, Sermaye Piyasası Hukuku, Cilt II, İstanbul 2005, s. 465.

²² Karababa, s. 171.

üzere, dolaylı veya dolaysız olarak, bir veya daha fazla kişi ile anlaşarak bir dizi alım satım yapmak amacıyla gerçekleştirilen işlemlerin yapay piyasa oluşturmak amacıyla gerçekleştirildiği kabul edilmektedir.

İMKB Yönetmeliği'nin 23. maddesine göre yapay fiyat ve piyasa oluşturulmasında yasaklanan hallerin herhangi birinin var olduğunun tespiti halinde iki veya daha fazla borsa üyesinin başvurusu üzerine ya da re'sen, üye ve/veya menkul kıymet bazında bekleyen emirler ve/veya gerçekleşen işlemler belirli bir zaman dilimi içinde veya zaman dilimine bağlı olmaksızın iptal edilebilir.

b. Yanıltıcı İzlenim Yaratarak Başkalarını İşlem Yapmaya İkna Etmek

Borsada yapılan işlemlerin amacı, manipülatif hareketlerden etkilenen fiyatların gerçek bir arz ve talep dengesi sonunda oluştuğu izlenimini oluşturmaktır. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinde de "*aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak*" denilmek suretiyle bu unsur üzerine vurgu yapılmıştır²³.

Mülkiyette gerçek anlamda değişikliğe yol açmayan işlemler yanıltıcılık özelliğine sahiptir. Sermaye piyasalarında alıcı ve satıcı karşı karşıya gelmez ve işlem koşulları karşılıklı tartışılmaz. Bu durumda yatırımcı çoğu zaman yatırım kararını kamuya açıklanan bilgiler veya psikolojik etkenler yardımıyla vermektedir. Yatırımcının psikolojik durumunu etkileyebilecek ancak mülkiyette gerçek anlamda değişikliğe yol açmayan yanıltıcı işlemlerin amacı, o paylar üzerinde yoğun bir işlem yapıldığı zannını uyandırmak ya da söz konusu payın fiyatını sabit tutmak, artırmak ya da düşürmektir²⁴.

Manipülatif fiilin yanıltıcılığının tespitinde salt manipülatif işlemin varlığının tespiti yeterli değildir. Manipülasyon gerçekleştirmek amacıyla seri halinde işlemler gerçekleştirilmiş olsa da yapılan objektif değerlendirmeler sonunda fiilin yanıltıcılık özelliğinin olmadığı tespit edilirse sadece manipülatif bir işlem yapıldığı için tazminat sorumluluğu doğmayacaktır²⁵.

²³ Manavgat, s. 111.

²⁴ Manavgat, s. 111-112.

²⁵ Manavgat, s. 126.

Yatırımcının manipülatif fiillerden etkilenmiş fiyattan işlem yapması, ilgili menkul kıymete yatırım yapmak için ikna edilmiş olduğunun kabulü etmek için yeterlidir. Yatırımcının manipülatif hareket olmasa da yatırım kararı verecek olması fiilin manipülatif niteliğini etkilemez²⁶. Çünkü yatırımcı zaten manipülatif fiilden haberdar değildir.

c. Yapay Piyasa Oluşturmak

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinde "*yapay olarak ... aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak*" ifadelerine yer verilmiştir. Hüküm, işlem hacmi ve fiyatlar konusunda yanıltıcı bir izlenim oluşturma çabasını somutlaştırmıştır. Dolayısıyla fiyat hangi noktada oluşmuş olursa olsun, gerçek olmayan bir arz ve talebe bağlı olarak oluşturulmuşsa yapay fiyat vardır. Yine işlem hacmindeki ani değişiklikler de payın önceki durumu da dikkate alınarak yapay olarak nitelendirilebilir²⁷.

Herhangi bir yapay müdahale olmaksızın arz ve talebe göre oluşan fiyatla yapay fiyat arasındaki fark ve yapay işlem hacmi ile gerçek işlem hacmi arasındaki farkı kesin olarak belirlemek zordur. Bu yüzden manipülasyonla mücadele ederken, borsa sistemine zarar vermemek, yatırımcıların yatırım kararlarını olumsuz etkilememek ve işlem güvenliğini sağlamak için manipülasyon şüphesinin var olduğu durumlarda ihtiyatlı davranmak gerekir. Fiyat ve işlem hacmi üzerinde etkisi olan her işlemi manipülatif olarak nitelendirmek gerçekten yasal olan işlemlerin de manipülatif olarak değerlendirilmiş olmasına yol açabilir. Çünkü manipülatif işlemler gerçek ve yasal işlemler görüntüsü altında yapılır. Bu yüzden işlemi gerçekleştiren kişinin iradesi yani işlemdeki manevi unsur da dikkate alınmalıdır²⁸.

d. Manevi Unsur

İşleme dayalı manipülasyonun cezaî ve hukukî sorumluluklara yol açan sonuçları vardır. Bu sorumluluklara tabi olmak bakımından eylemin tespitinde manevi unsurun da dikkate alınması gerekir. Zira yukarıda açıkladığımız gibi manipülasyon konusu işlemlerin dış dünyaya

²⁶ Manavgat, s. 128.

²⁷ Manavgat, s. 102-103 ve 109.

²⁸ Manavgat, s. 103-106 ve 109.

yansımaları yasal sermaye piyasası işlemleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu yüzden yasal olan işlemler ile manipülatif işlemlerin birbirinden ayrılması bakımından manevi unsurun da üzerinde durulmalıdır. Manipülasyonun hukukî ve cezaî sonuçlarının ortaya çıkabilmesi için manipülatif işlem bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmelidir. Burada genel bir kastın varlığı yeterli olmaz çünkü tüm borsa işlemleri bir iradenin ürünüdür. Bu yüzden özel kast aranmalıdır. Dolayısı ile manipülatörün sadece borsa işlemi gerçekleştirme amacı değil aynı zamanda borsada manipülatif bir işlem gerçekleştirme amacı bulunmalıdır²⁹.

2. GÖRÜNÜRDE VE GERÇEK İŞLEMLER

a. Görünürde İşlemler

Görünürdeki işlemlerin ortak özelliği mülkiyette gerçek anlamda bir değişiklik meydana getirmeyen işlemler olmalarıdır. Bu işlemlerden "*wash sale-yıkama satış*" işlem türünde alıcı ve satıcının aynı kişiden oluştuğu, görünürde bir alım-satım işlemi olmakla beraber, gerçekte işleme konu menkul kıymetin mülkiyetinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Wash sale yönteminin fiyatları etkileyici yönü vardır ve bu da genel olarak sermaye piyasalarında yasaklanmış bir fiildir³⁰. Yıkama satışın en basit halinde, bu işlemi yapan şahıs iki farklı aracı kurumla çalışarak, önce birinin aracılığıyla satış emri verir, diğer aracı kuruluşa ise aynı miktarda alım emri verir. Sonuçta borsa kayıtlarına geçen işlem, sermaye piyasası aracının malikinde bir değişiklik meydana getirmediğinden yanıltıcı bir görüntü oluşturur. Satışı yapan şahıs ile alan şahısın borsa kayıtlarına göre aynı şahıs olarak gözükmesi şart değildir. Aynı amaç doğrultusunda hareket eden, aralarında, işveren-işçi, karı-koca gibi aynı menfaat doğrultusunda hareket ederek ortak hesaptan işlem yapan kişiler arasındaki işlemler de yıkama satış sayılır³¹.

Gerçekte var olmayan kişiler adına yapılan işlemler de görünürde işlemler kategorisinde değerlendirilir. "*Kurgulu emirler-matched orders*" türünde başka bir yatırımcı tarafından, yakın zaman, yakın miktarda, yakın fiyattan girilen, tek veya seri halinde emirlerle karşılanacağı bilinen ve bu suretle sisteme iletilen emirler vardır. Burada zaman ve

²⁹ Manavgat, s. 130 ve 133.

³⁰ Guolin Jiang/Paul G. Mahoney/Jianping Mei, Market Manipulation: A Comprehensive Study of Stock Pools, Forthcoming Journal of Financial Economics Papers, s. 20.

³¹ Manavgat, s. 141; Kütük, s. 81; Baysal, s. 82.

işleme konu miktarlar bakımından mutlak bir aynılığa gerek yoktur³². Sermaye piyasasındaki gerçekleşen kurgulu emirlerden habersiz yatırımcılar, gerçek olmayan arz ve talep sonucu oluşan fiyat doğrultusunda yatırım kararı vererek fiyatlar yükseltiliyorsa alım, indiriliyorsa satım yaparlar. Bunun sonucunda da manipülatör, etkilenen bu fiyatlardan duruma göre alım ya da satım yaparak haksız kazanç elde etmiş olur. Yıkama satış, işlem yapılan menkul kıymetin sahipliğinde gerçek bir değişikliğe yol açmazken; kurgulu emirler aynı zamanda alım ve satım emirlerinin verilmesiyle gerçekleştirilir³³.

b. Gerçek İşlemler

Gerçek işlem niteliğindeki işlemlerin yapılma amacı, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının gerçek olmayan bir arz ve talep sonucu oluştuğu izlenimini uyandırmaktır. Bu tür işlemlerden seans kapanış fiyatını belirleyen işlemler (*marking the close*) manipülatif faaliyetler içinde önemli bir yer tutar. Çünkü kapanış fiyatları sözleşmesel bir hakkın kullanılmasının kapanış fiyatına bağlandığı hallerde önemlidir. Ayrıca bir sonraki seansın açılış fiyatını belirleyen etkenlerden biri de kapanış fiyatı olduğu için seans kapanışında gerçekleştirilen işlemler önemlidir. Çünkü seans kapanış fiyatı yatırımcılar üzerinde psikolojik bir etkiye sahiptir. Çünkü kapanış fiyatı işlem yapılan menkul kıymete ilişkin kamuya açıklanan bilgilerden biridir ve gösterge niteliğindedir³⁴.

"*Marking the Close*" bir hisse senedinin kapanış fiyatını etkilemek amacıyla seansın son anlarında alım ya da satım emri vermek veya alım ya da satım yapmakla oluşan bir çeşit manipülatif faaliyettir. Seans kapanışındaki işlemler günün özetini sunmaktadır. Bu nedenle, son durum itibarıyla hisse senedinin hangi fiyat seviyesinde olduğunu görmek isteyen katılımcılar, kapanış fiyatına bakacaklardır. Medya ve borsa bültenleri de seansın seyrini ayrıntılı olarak sunmadığı için, piyasayı seans boyunca takip etmemiş olanlar piyasanın yönünü seansın kapanışındaki fiyat seviyesinde izlemektedirler. Bu nedenlerle seansın sonuna doğru arz, talep ve/veya fiyatı etkileyerek değerlendirme sonuçlarını, sonraki seans için piyasayla ilgili diğer kişilerin beklentilerini

³² Manavgat, s. 140-141.

³³ Kütük, s. 82; Baysal, s.82; Kern Alexander, Insider Dealing And Market Abuse, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 222, s. 38.

³⁴ Manavgat, s. 144.

ve alım satım kararlarını etkilemek manipülatif bir işlem olarak kabul edilmektedir³⁵. Marking the close zaman merkezli bir manipülatif faaliyetir ve seans kapanışında kapanış fiyatlarının etkilenmesiyle, bu fiyatı esas alarak işlem yapanların yanlış yönlendirilmesi amaçlanır³⁶.

Pay depolama işlemleri de manipülasyonun gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemlerdendir. Depolama işlemleri iki şekilde gerçekleştirilebilir. Birincisi "*warehousing*" yöntemi denilen ve bir aracı kurum veya yatırımcının, bir başkasına devretmek amacıyla pay satın almasıdır. Bu işlem pay sahipliğini gizlemeye yarar. Burada pay sahipliğini gizlemek isteyen taraf ekonomik ve hukukî risklerini üstlenerek geri alma taahhüdü verdiği payları bir başkasına devreder. İkinci depolama işlemi "*parking*" olarak adlandırılan işlemdir. Burada bir aracı kurum, sahip olduğu payların bir başka aracı kurumun veya müşterilerinin hesaplarına geçici olarak aktarmaktadır³⁷. Depolama yöntemleri bir halka arz sırasında uygulandığında bir yandan tüm paylar satılmadığı halde satılmış gibi gösterilerek halka arzın başarısızlığı gizlenir; diğer yandan halka arz sonrası piyasadaki pay sayısı sınırlandırılmış olacağı için artan talebe bağlı olarak fiyatlar yükselir³⁸.

İşleme dayalı manipülasyonda kullanılan yöntemlerden bir diğeri, daha yüksek ve daha düşük fiyatlardan art arda verilen emirlerle işlemler gerçekleştirmektir. Seri işlemler olarak adlandırılan bu yöntemde miktar bakımından küçük olmakla beraber fiyat bakımından birer basamak azaltarak veya yükselterek verilen emirlerle yapay bir fiyat oluşturulur³⁹.

Fiyatı sabitlemeye yönelik işlemlerde menkul kıymet piyasalarında buluna büyük miktarlarda payların, piyasa fiyatını belirli bir düzeyin altında tutmak (capping) amacıyla satışı veya belirli bir düzeyin üstünde tutmak (pegging) amacıyla alışı şeklinde gerçekleştirilen bu işlemlerin en önemli özelliği fiyatı belirli bir düzeyde tutma amaçlarıdır. Burada fiyatı düşürmek ya da yükseltmek için değil belirli bir düzeyde sabitlemek için işlem yapılır⁴⁰.

³⁵ Kamışlı, s. 17.

³⁶ Alexander, s. 38.

³⁷ Manavgat, s. 146; Kütük, s. 84; Kamışlı; 15-16.

³⁸ Manavgat, s. 147.

³⁹ Manavgat, s. 151.

⁴⁰ Manavgat, s. 153; Kamışlı, 19.

Pay sahipliğinde yoğunlaşma da sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını etkilemenin yollarından biridir. Piyasa fiyatını etkileyebilecek kadar paya sahip olduğunda fiyatları yükseltmek kolaylaşacaktır. Pay sahipliğinde yoğunlaşma, halka arz sonrası fiyatı kontrol etmek için de kullanılabilen bir yöntemdir. Halka arz sonrasında henüz fiyat istikrarının sağlanamadığı bir dönemde arzı kısıtlamak fiyatları yükseltici bir etki uyandırabilir. Özellikle halka arz sırasında yoğunlaşarak payları satın alan aracı kurumların halka arzın sonra erdiği andan itibaren payların piyasaya arzı konusunda üstün konumları vardır⁴¹.

Bir başka manipülatif işlem türü büyük emir bilgisine dayalı işlemlerdir. “Frontrunning” olarak da adlandırılan bu işlem türünde, bir piyasa aktörünün piyasaya etki edecek büyüklükteki alım-satım emri piyasaya iletilmeden önce işlem yapılarak olası fiyat etkisinden yararlanma hedeflenir. Bu işlemler aracı kuruluşlar veya yatırımcı hesapları üzerinde vekaleten işlem yapma yetkisine sahip kişi veya kurumlar tarafından gerçekleştirilebilir⁴².

Açığa satış işlemleri de manipülatif etki oluşturabilecek bir niteliğe sahiptir. Seri:V, No:65 numaralı Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliğ’in 24. maddesine göre açığa satış işlemi; sahip olunmayan sermaye piyasası araçlarının satılmasını ya da satışa ilişkin emrin verilmesini ifade eder. Ayrıca satışa ilişkin takas yükümlülüğünün ödünç alınan sermaye piyasası araçları ile yerine getirilmesi de açığa satış sayılır. Açığa satış belirttiğimiz gibi yasal bir işlem olmasına rağmen gerçekleştiği anda henüz paya sahip olunmamasından dolayı manipülatif etkilere sahip olabilir. Satış emrini verenin paylara sahip olmaması dolayısıyla ile verilen emir piyasada yanlış algılanabilir. Yukarıda bahsettiğimiz tebliğin 28. maddesi “Müşteri tarafından açığa satış emri olduğu yazılı olarak bildirilen emirlerin alınması veya aracı kurum tarafından 24 üncü maddenin üçüncü fıkrası kapsamında bir işlemin açığa satış olduğunun tespit edilmesi yahut aracı kurumun kendi hesabına açığa satış işlemi gerçekleştirecek olması durumunda, aracı kurum emri Borsaya iletirken emrin açığa satış emri olduğunu açıkça belirtir.” demektedir. Yani satış emri açığa satış niteliğini taşıyorsa bunun belirtilmesi zorunludur. Aksi takdirde piyasada

⁴¹ Manavgat, s. 154-155.

⁴² Manavgat, s. 158.

arzın niteliği ve kapsamı bakımından yanlış bir görünüm belirecektir⁴³. Ayrıca açığa satış işleminde; hisse senedi yatırımcıları, hisse senedi fiyatlarının gerçek değerinin üzerine çıktığını ve kısa zamanda tekrar düşeceğini varsayarak, elde olmayan hisse senetlerini satışa çıkardıkları için fiyatları yapay bir şekilde etkileyen manipülatörler tarafından sustimal edilirler. Ancak piyasadaki şişkinlik gerçek bir durumu yansitmaktan ziyade manipülatörlerin yaptığı alımların etkisiyle gerçekleşir. Manipülatörler, hisse senedinin önemli bir kısmını ele geçirdiklerinde, açığa satış yapanların pozisyonlarını düşük fiyattan alım yaparak kapatmaları mümkün olmayacağından, hisse senedinin fiyatını kontrol eden manipülatörler, açığa satanlara (short sellers) istedikleri fiyattan hisse senedi satarak onları köşeye sıkıştırmış olurlar⁴⁴.

B. BİLGİYE DAYALI MANİPÜLASYON

a. Finansal Bilgi Manipülasyonu Kavramı

Finansal bilgi, işletmelerin her türlü faaliyetlerinin sebep ve sonuçlarıyla ilgili bilgilerdir. Finansal bilgiler, hem şirket içi yatırım kararlarının alınmasında hem de şirket dışı yatırımcıların bu yatırımlara olabilecek katılımlarında önemlidir. Finansal bilgilerin doğruluğu şirketlerin alacakları kararların bu doğruluk ölçüsünde verimli olmasını sağlar ve manipülatif faaliyetleri engeller. Finansal bilgi manipülasyonunun gerçekleşmesi yatırımcıların şirketler hakkında doğru ve faydalı bilgileri elde etmesine engel olur ve böylelikle fonlar yanlış yatırımlara yönlendirilmiş olur⁴⁵. Ekonomide kaynakların etkin kullanılması esastır. Finansal bilgi manipülasyonu ise bunun karşısında büyük bir engeldir⁴⁶.

Menkul kıymetlerin alınıp satıldığı borsalarda işlem gören hisselerin ait oldukları şirkete ilişkin bilgiler yatırımcıların yatırım kararları vermeleri bakımından son derece önemlidir. Borsalar tabiri caiz ise uçan kuştan olumsuz etkilenen organizasyonlar oldukları için kamu ile paylaşılan finansal bilgilerin doğru, açık, yanlıtııcılıktan uzak olması gerekir⁴⁷.

⁴³ Manavgat, s. 164.

⁴⁴ Kamyşlı, s. 21.

⁴⁵ Gonca Canbulut, "Finansal Bilgi Manipülasyonu ve Örnek Bir Uygulama", Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 19-20.

⁴⁶ Küçüksozen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 39.

⁴⁷ Evik, s. 218.

Finansal bilgi manipülasyonu, bir işletme ile ilgili olan ancak gerçek durumu yansıtmayan bilgilerin manipülatörler tarafından kullanılarak yatırımcıların zarara uğratılması sonucunu doğuran faaliyetlerdir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesi bu durumu "*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamamak*" şeklinde açıklamıştır.

b. Finansal Bilgi Manipülasyonunun Başlıca Nedenleri

Şirketlerin zayıf yönetim yapıları finansal bilgi manipülasyonunun nedenlerinden biridir. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun, şirkette aynı zamanda üst düzey yönetici konumunda olmaları ya da üst düzey yönetimde bulunan büyük çoğunluğun aynı zamanda şirketin kurucusu olmaları finansal bilgi manipülasyonuna sebep olabilir⁴⁸. Çünkü bu durum profesyonellikten uzak bir yönetim anlayışını ifade eder. Yöneticilerin aynı zamanda sahip olmaları kimi durumda gerçeğe aykırı bilgilerin yayılmasına neden olabilir.

Yöneticilerin menfaatleri de bilgiye dayalı manipülasyonun sebeplerindedir. Çünkü yöneticiler her durumda kendi karlarını maksimize etmek isteyeceklerdir. Yöneticiler ticari itibarlarını korumak ve istikrarlı bir işletme görüntüsü vermek için manipülatif faaliyetler içinde olabilirler⁴⁹.

Şirketlerdeki iç denetim mekanizmalarının yetersizliği de finansal bilgi manipülasyonunun nedenlerinden biridir. Çünkü böyle bir iç denetimin yokluğu, piyasaya işletme ve faaliyetleri ile ilgili yayılan bilgilerde gerçeğe aykırılıkların ortaya çıkmasına sebep olabilir⁵⁰.

Şirketlerin muhasebe kayıtlarının tutmada kullandıkları yöntemler de finansal bilgi manipülasyonu için elverişli bir ortama sebep olabilir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Mali Kontrol Kanunu'nun 51. maddesinde "*kamu gelir ve giderleri tahakkuk ettirildikleri mali yılın hesaplarında gösterileceği*" belirtilmiştir. Bu tahakkuk esaslı muhasebedir. Tahakkuk esaslı muhasebe şirketin gelir ve giderinin gerçekleştirildiği yılda gösterilmesini gerektirir. Bu da yöneticilerin sahip oldukları muhasebe ka-

⁴⁸ Küçüksözen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 108.

⁴⁹ Canbulut, s. 23.

⁵⁰ Küçüksözen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 111.

yıtlarını tutmadaki esneklikle birlikte değerlendirildiğinde manipülatif faaliyetlerin yüksek olasılıkla gerçekleştirilebileceğini ortaya koyar.

Kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde şirketlerin periyodik olarak piyasayı bilgilendirmesi mümkündür. Finansal bilgi kullanıcıları olan mevcut ve potansiyel yatırımcılar bu bilgileri kullanarak yatırımlarını bu açıklanan finansal bilgilere göre yönlendirebilmektedirler. Ancak bu bilgilerin doğru ya da yanlış olduğu bilinmemektedir. Burada yatırımcılar adeta bu bilgileri piyasaya sunanların insafına kalmış olmaktadır. Dolayısı ile burada da manipülatif faaliyetlerin ne kadar olası olduğu tartışmalıdır⁵¹.

c. Finansal Bilgi Manipülasyonunun Amaçları

Finansal bilgi manipülasyonunun en önemli amacı hisse senedi fiyatlarını etkilemektir. Çünkü hisse senedi fiyatlarının değiştirilmesiyle kâr yüksek gösterilir ya da zarar düşük gösterilir⁵². Bu da şirketin istikrarlı bir ekonomik yapıya sahip olduğu izlenimini oluşturur. Yatırımcıların fonlarını bu noktalara aktarmak konusundaki kanılarını etkileyen en önemli sebeplerden biri de şirketlerin mali yapılarıdır.

Şirket yöneticilerinin menfaatleri de finansal bilgi manipülasyonunun arkasındaki gizli etken olabilir. Yöneticilerin alacakları ücret ya da primlerin kamuya açıklanacak kâra bağlanması durumunda, yöneticiler alacakları ücret ya da primin artması için kamuya açıkladıkları birtakım bilgilerde gerçek dışı unsurlara yer verebilirler⁵³.

Finansal bilgi manipülasyonunun bunlardan başka şirket performansının gelecekte daha iyi görünmesini sağlamak, kârı istikrarlı hale getirmek, Sermaye Piyasası Kurulu ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu gibi düzenleyici otoritelerin kışkırtıcıdan kurtulabilmek için kârlılığını düşük göstermek, halka açılmak ya da sermaye artırmak suretiyle fon sağlamak, içerden öğrenenlerin ticareti kapsamında henüz açıklanmamış bilgileri kamuya sağlayarak menfaat temin etmek, yöneticilerin görev yaptıkları şirketleri ele geçirmek amacıyla yaptıkları işlemlerin maliyetini düşürmek ve devlete karşı olan mali yükümlülüklerin tutarını azaltmak gibi amaçları vardır⁵⁴.

⁵¹ Canbulut, s. 25.

⁵² Canbulut, s. 25.

⁵³ Küçüksözen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 180.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için Küçüksözen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 172 vd.

d. Finansal Bilgi Manipülasyonunun Yöntemleri

Finansal bilgi manipülasyonu, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinde "*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü olunanı bilgileri açıklamamak*" olarak ifade edilmiştir. Dolayısı ile bilgiye dayalı manipülasyon fiilinin unsurları bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklanması gereken bir bilgiyi açıklamamaktır. Ayrıca finansal bilgi manipülasyonundan söz edebilmek için finansal bilgilerin yalan, yanlış, yanıltıcı veya mesnetsiz olması gerekir⁵⁵.

Finansal bilgi manipülasyonunu gerçekleştirmede kullanılan ilk yöntem kâr yönetimidir. Kâr Yönetimi; bir şirketin, iş performansı veya faaliyet sonucu ile ilgili farklı bir imaj yaratmak amacıyla, muhasebe sonuçlarının aktif bir şekilde manipüle edilmesidir⁵⁶. Bu yöntemden Amerikan Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (Securities and Exchange Commission) 1999 yılı raporunda da bahsedilmiştir. Buna göre kâr yönetimi, bir şirketin gerçek finansal performansını çarpıtarak istenen ekonomik sonucu elde etmek için değişik hileli yöntemlerin kullanılmasını kapsamaktadır⁵⁷.

Kârın istikrarlı hale getirilmesi, kâr yönetimi uygulama yöntemlerinden biri olup, istikrarlı bir kâr dağıtımını sağlayarak daha az riskli bir şirket izlenimi oluşturmak amacıyla başvurulan bir yöntemdir⁵⁸. Böylece kâr elde etme açısından çok başarılı olunan yılların kârları daha az kârlı geçen yıllara paylaştırılır ve istikrarlı bir şirket görüntüsü oluşturulmaya çalışılır. Kâr yönetimi, bir şirketin yıldan yıla yaşadığı ekonomik dalgalanmaların etkisini yumuşatmakla, kazanç bakımından zirveye ulaşılmış yıllara ait kârları daha az başarılı yıllara kaydırarak gerçekleştirilir⁵⁹.

Yaratıcı muhasebe uygulamaları da finansal bilgi manipülasyonu için elverişli şartları sağlayabilir. Muhasebe usulleri, yasal gereklilikler ve şirketlerin finansal durumlarına ilişkin sunumlardaki rekabet an-

⁵⁵ Evik, s. 220 ve 226.

⁵⁶ Küçüksözen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 50.

⁵⁷ SEC 1999 Annual Report, s. 84, www.sec.gov (Erişim Tarihi: 16 Aralık 2011)

⁵⁸ Küçüksözen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 67.

⁵⁹ Ronald M. Copeland, "Income Smoothing" Journal of Accounting Research, Vol. 6, Empirical Research in Accounting: Selected Studies 1968 (1968), s. 101.

layışını bağdaştırmaya çalışır. Bu noktada var olan esneklik, manipülasyon, yanlış tanıtma, ve aldatmanın gerçekleşmesi için fırsatlar sağlamaktadır⁶⁰. Yaratıcı muhasebe uygulamaları, kamuya açıklanacak bilgilere göre gelecek tepkilerin önceden kestirilerek ve finansal bilgi kullanıcılarının beklentileri de göz önünde bulundurularak finansal tablolarındaki görünümün değiştirilmesi esasına dayanır⁶¹. Başlıca bu üç tür yöntemden başka agresif muhasebe, büyük temizlik muhasebesi, aldatıcı finansal raporlama ve muhasebe hata ve usulsüzlükleri gibi yöntemler de vardır⁶².

A. MANİPÜLASYON SAYILMAYAN EYLEMLER

Sermaye piyasalarındaki fiyat-değer ilişkisini bozan ve manipülasyona benzemekle beraber; haksız ve hukuka aykırı surette, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını etkileyerek olası fiyat değişikliklerinden kazanç sağlama amacını taşıdığı söylenemeyecek bazı fiiller vardır ki bunların birçoğu hukuk düzenleri tarafından yasal olarak değerlendirilmekte ve herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamaktadır. Bu nitelikteki fiillerin başlıcaları; spekülasyon, ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının geri alınması, fiyat istikrar işlemleri, açığa satış, repo ve ters repodur.

Spekülasyon, kişisel öngörülere dayanarak fiyatında yükselme beklenen iktisadi varlığı satın alarak veya fiyatında düşme bekleneni satarak aradaki fiyat farklılıklarından kâr elde etme etkinliğidir. Manipülasyonda ise sermaye piyasası araçları üzerinde yanlış, yanıltıcı, aldatıcı bilgilerle veya piyasada aldatıcı işlemlerle menkul kıymetlerin fiyatlarını etkilemek söz konusudur. Dolayısı ile spekülasyon risklerini üstlenerek kazanç sağlama hedefiyle işlemler yapmaktan başka bir şey değildir⁶³.

Sermaye piyasası araçlarını ihraç edenlerin bu araçları geri almaları da manipülasyon olarak nitelendirilemez⁶⁴. Örneğin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 383. ve devamı maddelerinde bazı şartlarla şirketin kendi paylarını karşılıksız olarak iktisap edebileceği öngörülmüştür⁶⁵.

⁶⁰ Jameson, M. (1988) Practical Guide to Creative Accounting, London: Kogan Page, s. 7-8.

⁶¹ Küçüksözen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 79.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçüksözen, Finansal Bilgi Manipülasyonu, s. 91 vd.

⁶³ Kütük, s. 112.

⁶⁴ Kütük, s. 114.

⁶⁵ TTK m. 383/1: "Bir şirket, bedellerinin tamamı ödenmiş olmak şartıyla, kendi paylarını ivazsız iktisap edebilir."

Fiyat istikrar işlemleri de manipülasyon sayılmayı gerektiren durumların istisnasını oluşturur. Fiyat istikrar işlemleri, piyasada oluşan arz ve talep dışında bir mekanizmayla fiyat oluşumuna olanak tanıyan, piyasada oluşabilecek olumsuz etkilerin fiyata yansımalarını engelleyen işlemlerdir. Ancak bu işlemler, halka arz sonrasında arz ve talebin istikrar kazanmadığı, fiyat konusunda belirsizliklerin olduğu bir dönemde piyasayı düzenleme işlevi gördüğü, dolayısıyla hem ihraççıyı, hem de yatırımcıyı koruma amacı taşıdığı için yasal düzenlemelerle manipülasyondan doğan cezaî ve hukukî sorumluluğun kapsamı dışına çıkarılmışlardır⁶⁶.

Açığa satış da manipülasyon sayılmayan sermaye piyasası işlemlerindedir. Açığa satış işlemi sahip olunmayan sermaye piyasası araçlarının satılmasını ya da satışa ilişkin emrin verilmesini ifade eder.

Repo, menkul kıymetlerin geri alma taahhüdü ile satımı iken; ters repo menkul kıymetlerin geri satma taahhüdü ile alınmasıdır. Repo ve ters repo da manipülatif işlem değildir. Bu işlemler gelecekteki fiyat değişimlerinin tahmin edilmeye çalışılmasıyla yapılan spekülatif yatırımlardır⁶⁷.

III. MANİPÜLASYONDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Manipülatif fiiller, gerçekleştirildiğinde kendisini ika eden kişiye hukuken korunan bir hak sağlamayan ve hukuk düzenlerince kendisine hem hukukî hem de cezaî yaptırımların bağlandığı fiillerdir. Manipülasyon niteliği gereği hukuka uygun piyasa hareketleri aracılığı ile gerçekleştirildiğinden dolayı fark edilmesi zor birtakım işlemler silsilesidir. Sert ve taviz vermeyen bir yaklaşımla manipülasyonla mücadele edilmesi piyasadaki hukuka uygun diğer işlemlerin de iptal gibi yaptırımlarla karşı karşıya kalmasına sebep olur. Oysa sermaye piyasalarında yatırımcının ihtiyaç duyduğu şeylerin başında piyasaya duyacağı güven gelir. Bu bağlamda piyasada gerçekleşen manipülatif fiillere karşılık öngörülen cezaî yaptırımlar, malvarlığı hukuka aykırı

⁶⁶ Manavgat, s. 46-48.

⁶⁷ Kütük, s. 125.

bir şekilde eksiltelen kişilerin bu tür zararlarını karşılama bakımından yetersiz kalacaktır. Zira manipülasyon sonucu bir taraf kazanç sağlarken diğer taraf malvarlığında haksız bir kayba uğramaktadır. Manipülatör uzun sürebilecek yargılamalar sonunda cezalandırılrsa bile zarar görenin zararı özel hukuk hükümleri çerçevesinde tazmin edilmez ise manipülasyonla mücadele tam anlamıyla gerçekleşmemiş olur⁶⁸.

Türk Sermaye Piyasası Hukuku'nda manipülasyonu düzenleyen Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesi bir ceza hükmü de olsa manipülasyondan doğan hukukî taleplerin de temel dayanağını oluşturur. Manipülasyondan doğan sorumluluğun temeli hile hükümlerine dayanır. Çünkü manipülatif işlemleri yapanların fiyatları yükseltmek, azaltmak ya da aynı seviyede tutmak için gerçekleştirdikleri işlemler hileli nitelik taşırlar.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun aldatma başlıklı 36. maddesinde hile neticesinde akdedilen bir sözleşmenin akıbetinin ne olacağı düzenlenmiştir. Buna göre manipülatif işlemleri gerçekleştiren taraf, gerçekleştirdiği işlemler sonucunda bir sermaye piyasası aktörüyle menkul kıymet alım-satımı gibi bir işlem yapmışsa 36. maddenin ilk fıkrası uygulanacaktır⁶⁹. Bu fıkra taraflardan birinin diğerini aldatması sonucu sözleşme yapılması hali düzenlenmiştir. Ancak manipülasyonda asıl sorumluluk üçüncü kişinin hilesiyle sözleşme yapılması halinde doğar ki bu durumda aynı maddenin ikinci fıkrasının uygulanması gerekecektir⁷⁰. Görüldüğü üzere her iki durumda da hile ile sözleşmeyi akdeden taraf sözleşme ile bağlı olmamaktadır. Ancak üçüncü kişinin hilesi söz konusu ise hile ile iradesi sakatlanan tarafla sözleşme yapan kişinin hileyi bilmesi ya da bilebilecek durumda olması sözleşme ile bağlı olmamanın koşuludur⁷¹. Ancak Borçlar Kanunu genel nitelikte bir kanundur ve bu kanunun getirdiği ilkeler özellikli hukuk dallarının ihtiyaçlarını karşılayamayabilir. Bu sebeple burada hileye uğrayan tarafın sözleşme ile bağlı olmamasını,

⁶⁸ Manavgat, s. 175; Kütük, s. 150.

⁶⁹ m. 36/1: "Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir."

⁷⁰ m. 36/2: "Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir."

⁷¹ Safa Reisoglu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2011, s. 180-181; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Borçlar Hukuku, 17. Bası, Ankara 2011, s. 58; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi, 5. Bası, Konya 2011, s. 102.

piyasaya güven ilkesinin korunması bakımından sermaye piyasasının özelliklerini de dikkate alarak dar yorumlamak gerekir. Zaten manipülatif fiiller genellikle üçüncü kişinin hareketleri ile gerçekleştiği için sözleşme ile bağlı olmama durumu daha az olasılıkla rastlanabilecek bir durumdur⁷².

Hile hükümlerinin uygulanması bakımından gereken birinci şart aldatma fiilidir. Bu şartın varlığı manipülasyon açısından değerlendirildiğinde, menkul kıymetlerin fiyatlarını değiştirmek ya da sabit tutmak için gerçekleştirilecek herhangi bir fiil yeterlidir denilebilir. İkinci şart ise hileli fiil ile aldatma kastıdır⁷³. Aldatma fiili ile manipülatif fiilin etkisiyle kurulmuş sözleşme ilişkisi arasındaki uygun illiyet bağı hilenin varlığının üçüncü koşuludur⁷⁴.

B. TAZMİNAT DAVASI

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 39. maddesi "*aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz*" demektedir. Yani bir taraf manipülatif bir fiilin etkisiyle menkul kıymet alım-satımı yapmış olsa ve daha sonra manipülasyonu öğrendiği halde kurulmuş sözleşmesel ilişkinin devamına icazet vermiş olsa dahi uğradığı zararları talep edebilir. Bu zararlar, alınan bir menkul kıymetin fiyatının manipülatif hareketlerle yükseltilmesinden ya da satılan bir menkul kıymet için bu değerini manipülatif hareketlerle düşürülmesinden ileri gelebilir.

Hileden doğan zararın tazmininin hukukî dayanağını haksız fiil hükümleri oluşturur⁷⁵. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yüküm-*

⁷² Manavgat, s. 181.

⁷³ Manipülasyona bu niteliği atfetmek için yukarıda değindiğimiz manipülatif fiilin manevi unsurunun da değerlendirilmesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Manavgat, s. 182.

⁷⁴ Akıncı, s. 101; Reisoğlu, s. 123.

⁷⁵ Ancak sözleşmenin karşı tarafının hilesinde, zararın tazmininin sözleşme öncesi kusura dayalı olarak sözleşme hükümlerine göre gerçekleşmesi daha faydalı olabilir. Sözleşmenin diğer tarafının hilesinde de haksız fiil vardır ancak burada sözleşme öncesi sorumlulukla haksız fiile ilişkin sorumluluğun zarara uğrayana sağladığı haklar yarıdır. Bununla beraber sözleşme öncesi sorumluluğa dayanmak örneğin tazminat talebinin uğrayacağı zamanaşımı bakımından zarar görene daha kapsamlı bir hukukî koruma sağlayabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Manavgat, s. 182-183.

lüdür." demek suretiyle haksız fiil gerçekleştiğinde bu fiil neticesinde ortaya çıkan zararların tazmin sorumluluğunun koşullarını belirlemiştir. Bu sebeple haksız fiil niteliğindeki manipülatif filer gerçekleştiğinde ortaya çıkan hukukî sorumluluğu tayin bakımından aşağıdaki açıklamaları yapabiliriz.

1. TAZMİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

a. Hukuka Aykırılık

BK m. 49 "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" diyerek fiilin hukuka aykırı olmasını şart koşturmaktadır. Hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğunun en önemli unsurlarındandır⁷⁶. Bu anlamda manipülasyondan doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için manipülatif fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Bu bağlamda Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesine aykırılık fiilin hukuka aykırı kabul edilmesi için yeterlidir. Burada söz konusu maddenin cezaî yaptırımları ağırlıklı olarak içeren bir hüküm olmasının tazminat taleplerine dayanak olabilmek bakımından bir engel oluşturmadığını belirtmek gerekir⁷⁷.

b. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı haksız fiil sorumluluğunun zorunlu unsurlarından biridir. Ortaya çıkan zarar, haksız fiili meydana getiren davranışın uygun sonucu olmalıdır⁷⁸.

Ancak uygun illiyet bağı yaklaşımının özellikli durumları içeren manipülasyon fiillerine aynen uygulanması, her zaman yeterli sonuçların elde edilmesini temin etmez. Manipülasyonun kendine has birtakım şartları gözardı edilir ve uygun nedensellik bağı teorisi manipülasyon olaylarına da aynen uygulanırsa zarara uğrayanın manipülatif işlemler olmasaydı o yatırım kararını vermeyeceğini ispat etmesi gerekir. Bu sermaye piyasalarının özellikleriyle bağdaşmadığı gibi zarar göreni de gereksiz bir ispat yükü altına sokar. Zira borsa gibi menkul kıymetlerin alınıp satıldığı piyasalarda manipülatif fiiller gerçekleşme-se dahi işlem yapılabilir. Hatta manipülatif fiiller bilinse dahi yatırım kararı verilebilir. Bu durumda yatırımlar fiyata göre değil arz ve talebe

⁷⁶ Reisoğlu, s. 162; Akıntürk/Karaman, s. 88; Akıncı, s. 140.

⁷⁷ Manavgat, s. 184.

⁷⁸ Reisoğlu, s. 173; Akıntürk/Karaman, s. 91; Akıncı, s. 138.

göre şekillenecektir. Bu farklılık arz eden duruma getirilecek çözüm nedensellik bağının kabul edilmesi için sadece ve sadece borsada işlem yapmanın yeterli görülmesidir⁷⁹.

c. Zarar

BK m. 49 “...zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” diyerek tazmin yükümlülüğü altında olan kişinin zarar veren kişi olduğunu belirlemiştir. Manipülasyon söz konusu olduğundan bu kişi manipülatördür.

Haksız fiilin bir başka zorunlu unsuru zarardır. Zarar maddi veya manevi olabilir. Maddi zarar bir kimsenin malvarlığında rızası dışında gerçekleşen eksilmedir⁸⁰. Menkul kıymetlerin manipülatif faaliyetler sonrasında değerlerinin normalin dışında etkilere maruz kalmasıyla uğranılan zararlar maddi zararlardır. Bu zararların fiyattaki değişimle doğduğunu savunanlar olduğu gibi manipülatif etkinin kalkmasının ardından zararın doğduğu da savunulmaktadır⁸¹. Türk Hukuku bakımından manipülatif etkinin kalkmasını takiben fiyatın değişmesi sonucunda malvarlığında meydana gelen azalma ile doğduğunu kabul etmek yerinde olacaktır⁸².

2. TAZMİNAT TALEP EDİLEBİLECEK VE TAZMİNAT TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER

Manipülatif fiil neticesinde tazmin yükümlülüğü altında olan ilk grup, bu fiili gerçekleştiren kişiler yani manipülatörlerdir. Menkul kıymetin fiyatını arz ve talep dengesini yanıltıcı bir görünüme kavuşturmak suretiyle değiştiren ve değiştirenlere yardım edenler⁸³ fiili asıl işleyen kişilerdir. Borçlar Kanunu'nun 61. maddesine göre “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.” Dolayısı ile haksız fiili birlikte işleyenler doğan zarardan müteselsil mesuliyet esaslarına göre sorumlu olacak-

⁷⁹ Manavgat, s. 185, 194, 200.

⁸⁰ Akıntürk/Karaman, s. 90.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Manavgat, s. 210-215.

⁸² Manavgat, s. 216.

⁸³ Aracı kurumlar faaliyet alanları gereği menkul kıymet işlemlerinin gerçekleştirilmesine aracılık etmek durumunda oldukları için bunların manipülatif bir fiile ortak olmaları ihtimal dahilindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Manavgat, s. 225vd.

lardır⁸⁴. Burada manipülatör ve manipülatörün sermaye piyasası araçlarını alıp satmasında rol oynayan aracı kurum gibi kişilerin ortaya çıkan zararlardan müteselsilen sorumlu oldukları söylenebilir.

Tazminat talep edecek kişiler ise manipülatif fiil neticesinde işlem gerçekleştiren veya manipülatif etki altındaki piyasa durumunu göz önünde bulundurarak yatırım yapma kararından vazgeçenlerdir. Manipülatif etki altındaki piyasadan alım yapan ancak manipülatif etkinin ortadan kalkmasından sonra düşen fiyattan satım yapmak durumunda olan ve malvarlığı bu surette rızası dışında eksilmeye uğrayan kişi arasındaki farkın tazminini isteyebilir. Bunun gibi borsada işleme konu payları, borsanın durumunu da göz önünde bulundurarak almamak da bir yatırım kararı olacağı için manipülatif etki altındaki borsanın durumunu yatırım için elverişsiz gören ve belki de ekonomik bir avantajı kaçıran kişi de yatırım kararı etkilendiği için uğradığı zararın tazminini isteyebilir⁸⁵. Ancak sermaye piyasalarındaki işlem hacminin ve aktör sayısının çokluğunun bu hususta doğuracağı ispat güçlüğü de göz ardı edilmemelidir.

SONUÇ

Sermaye piyasasının anonim niteliği, diğer piyasalardaki fiyat ve değer ilişkisinin değerlendirilmesinden farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirir. Çünkü sermaye piyasalarında alıcı ve satıcı karşı karşıya gelmez. Alıcı alacağı menkul kıymetin durumuna ilişkin son derece sınırlı bilgiye sahiptir. Menkul kıymet yatırımcısı anonim piyasalarda yatırım kararı verirken menkul kıymetin değerini öncelikle göz önünde bulundurur. Fiyatın diğer piyasalardan farklı bir işleve sahip olması menkul kıymetlerin işlem gördüğü sermaye piyasalarındaki fiyat hareketlerini önemli kılar.

Sermaye piyasalarında fiyat hareketlerini etkileyen en istenmeyen durum manipülasyondur. Manipülasyon, menkul kıymetlerin fiyatlarının manipülatörler tarafından hileli davranışlarla belirli bir seviyenin üzerine çıkarılmak istenmesi, belirli bir seviyenin altına düşürülmek istenmesi ya da olduğu gibi sabitlenmek istenmesi dolayısı ile gerçekleştirilen faaliyetlere verilen addır. Manipülasyon sermaye pi-

⁸⁴ Reisoğlu, s. 204 vd.

⁸⁵ Manavgat, s. 220-221

yasalarında piyasaya duyulan güvenliği ve özellikle işlem güvenliğini sarstığı için hiç istenmeyen bir durumdur.

Türk hukukunda manipülasyon iki ana başlık altında incelenir. İşleme dayalı manipülasyon, yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapmak olarak değerlendirilirken; bilgiye dayalı manipülasyon ise sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü olunan bilgileri açıklamamak olarak belirlenmiştir.

İşleme ve bilgiye dayalı manipülasyonun çerçevesini çizen Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesi her ne kadar cezaî hüküm olsa da manipülasyonun ağır hukukî sonuçları da vardır. Esasen manipülasyonlar tam bir mücadele için her iki tür yaptırımların da caydırıcı olması gerekir. Bu noktada hukukî sorumluluğun çerçevesini tayinde söz konusu maddeden yararlanılmaktadır.

KAYNAKLAR

- Ali Hakan **Evik**, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Ankara 2004.
- Ayşe Nur **Canbaloglu**, *Finans Sektöründe Kamunun Aydınlatılması Ve Türkiye Uygulaması*, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Cemal **Küçüksozen**, *Finansal Bilgi Manipülasyonu Nedenleri, Yöntemleri, Amaçları, Teknikleri, Sonuçları Ve İMKB Şirketleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma*, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2004 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Cemal **Küçüksozen**, *Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması Türk Sermaye Piyasasının Bu Açından Değerlendirilmesi*, Ankara 1999.
- Çağlar **Manavgat**, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon Ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008.
- Doğan **Kütükçü**, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Cilt II, İstanbul 2005.
- Ejder **Yılmaz**, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2003.

- Gonca **Canbulut**, “*Finansal Bilgi Manipülasyonu ve Örnek Bir Uygulama*”, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Guolin **Jiang**/Paul G. **Mahoney**/Jianping **Mei**, *Market Manipulation: A Comprehensive Study of Stock Pools*, Forthcoming Journal of Financial Economics Papers.
- Halil İbrahim **Kütük**, “*Sermaye Piyasasında Manipülasyon Cezai ve Hukukî Sonuçları*”, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, Isparta 2010 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- İbrahim Onur **Baysal**, “*Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu*”, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Jameson**, M. (1988) *Practical Guide to Creative Accounting*, London: Kogan Page.
- Kern Alexander, Insider Dealing And Market Abuse, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 222.
- Melik **Kamışlı**, “*İşlem Bazlı Manipülasyonun Finansal Oranlarla Belirlenmesi İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında İstatistiksel Sınıflandırma Analizleriyle Bir Uygulama*”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi SBE, Eskişehir 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Rajesh K. **Aggarwal**/Guojun **Wu**, *Stock Market Manipulation – Theory and Evidence*, March 11, 2003, AFA 2004 San Diego Meetings.
- Ronald M. **Copeland**, “*Income Smoothing*” Journal of Accounting Research , Vol. 6, Empirical Research in Accounting: Selected Studies 1968 (1968).
- SEC 1999 Annual Report, s. 84, www.sec.gov (Erişim Tarihi: 16 Aralık 2011).
- Safa **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, İstanbul 2011.
- Serdar **Karababa**, *Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması*, Ankara 2001.
- Sumer**, *Türk Sermaye Piyasası Hukuku Ve Seçilmiş Mevzuat*, 3. Baskı, İstanbul 2002.
- Şahin **Akıncı**, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 5. Bası, Konya 2011.
- Turgut **Akıntürk**/Derya Ateş **Karaman**, *Borçlar Hukuku*, 17. Bası, Ankara 2011.

TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

THE OBLIGATION OF INFORMING THE PHYSICIAN OF MEDICAL INTERVENTION

Ş. Berfin IŞIK YILMAZ*

Özet : Tıbbi müdahale, kişinin sağlığını koruma amacını taşısa da özünde vücut bütünlüğüne yöneliktir. Bu eylemi, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi belirlemektedir. Aydınlatma, hekim için bir borç iken hasta için bir haktır. Hekimin her müdahalesi, hastanın aydınlatılmış rızası alınmadığı takdirde hukuka aykırı olacağından hastanın aydınlatılması, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun temel şartıdır.

Anahtar Sözcükler: Hastayı aydınlatma yükümlülüğü, kişilik hakları, tıp hukuku, aydınlatılmış onam.

Abstract : Medical intervention is intended to protect the health of people but for the physical integrity is based on an action. This is significant to determine legal relationship between physician and patient. Obligation to inform is an obligation of physician also a right of patient. So that medical lawfull attention based on patient's informed consent, physicians each attention is unlawfull without giving informed consent and fullfill the obligation to inform the patient.

Key Words: Obligation To Inform The Patient, Personality Rights, Medical Jurisprudence, Informed Consent

GİRİŞ

İnsanın salt insan olması dolayısıyla elde ettiği vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanamaz kişilik hakları vardır. Bu haklar başta Anayasa olmak üzere ulusal ve uluslararası belgelerle teminat altına alınmıştır. 1982 Anayasası¹ madde 17'ye göre; *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına*

* Avukat, Marmara Üni. Kamu Hukuku Yüksek Lisans Mezunu, berfinisik21@gmail.com

¹ 18.10.1982 Tarih ve 2709 sayılı T.C. Anayasası (Resmi Gazete Tarih: 09.11.2982, Sayı 17863).

sahiptir..." Türk Medeni Kanun² madde 23; "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz..." Yasalarca güvence altına alınan kişilik haklarımızın en önemlilerinden biri de insanın maddi ve manevi varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan Anayasa madde 56'da düzenlenen sağlık hakkıdır.

Dünya Sağlık Örgütü(WHO), sağlığı "sadece hastalıklardan ve mikroplardan korunma değil, bir bütün olarak fiziki, ruhi ve sosyal açıdan iyi olma hali" olarak açıklar³. Bu tanıma uygun olarak hukuk süjesi bireyin, haklarını kullanabilmesi, yükümlülüklerini yerine getirebilmesi ve toplumu oluşturabilmesi için sağlıklı olması gerekecektir. Bir diğer ifade ile birey, sağlığını tehdit eden faktörlerin etkisiz hale getirilmesi için vücut bütünlüğüne rızasıyla müdahalede bulunma hakkını hekime vermektedir.

Kişi, sahip olduğu haklar üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkına sahiptir. Ancak yaşam, sağlık, vücut tamlığına yönelik olan haklara karşı müdahaleler temelde yasak olmakla birlikte kanunlar, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkını ancak sınırlı bir biçimde kabul etmiştir⁴. Anayasa madde 17/2'ye göre; "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." Tıbbi müdahale kişinin vücut tamlığına yönelik bir eylem olsa bile belli şartların varlığı halinde kişilik haklarına saldırı sayılmaz ve ceza hukuku açısından yaptırıma tabi tutulmaz.

Çalışmamızda, tıbbi müdahale kavramı ve şartları; aydınlatmanın kavram ve kapsam olarak açıklanıp aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanakları, sınırı, tamamen ortadan kalktığı, daraldığı ve genişlediği haller; aydınlatma yükümlülüğünün kimde olduğu, aydınlatılacak kişi, zaman, tarz, şekil ve ispat hususlarında incelemelerde bulunulacak olup değerlendirmeler yapılacaktır.

² 22.11.2001 Tarih ve 4721 sy. Kanun ile (RG Tarih: 08.12.2001, S. 24607) kabul edilmiştir.

³ Sağlığın tanımı; Web: http://tr.wikipedia.org/wiki/Sa%C4%9F%C4%B1%C4%9F%C4%B1n_tan%C4%B1m%C4%B1 Erişim Tarihi 02.12.2009.

⁴ Yenerer Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, sayfa 19-138 ve devamı.

1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI ve ŞARTLARI

I. Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale, kişilik sahibi olan insanın sağlığını korumak ve devamını sağlamak gibi amaçlara dayalı olsa da özünde vücut bütünlüğünü amaçlamaktadır.⁵ Tanım olarak; *tıbbi müdahale*, kişilerin ruh ve beden sağlığına yönelik herhangi bir noksanlığı veya hastalığı teşhis, tedavi etmek; tedavinin mümkün olmadığı hallerde hastalığı hafifletmek, ilerlemesini ve kötüye gitmesini önlemek, acıları dindirmek, ortaya çıkmamış ama çıkması muhtemel hastalıkları önlemek ya da yasadan kaynaklı olarak nüfus planlaması amacıyla yapılan, kanunun yetkilendirdiği kimselerce tıp biliminin öngördüğü genel kural ve esaslar uyarınca gerçekleştirilen her türlü faaliyettir.⁶

II. Tıbbi Müdahalenin Şartları

Hekim hareketinin hukuka uygun sayılabilmesi için dört temel şart kabul edilmektedir. Bunlar;

A. Tıbbi Müdahalenin Kanunun Yetkili Kıldığı Kişilerce Yapılması

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi kanunda tanındığında hukuka uygun olacaktır. Bu yetkiye sahip olanlar; *hekim, dış hekimleri, ebeler, sağlık memurları, hastabakıcı hemşireler, sünnetçiler ve dış protez teknisyenleridir.*⁷ Ayrıca “Acil tıbbi yardım ve bakım ile sırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler.”⁸

B. Tıp Biliminin Verilerine Göre Gerekli ve Bu Verilere Uygun Tıbbi Müdahale

Hekim, uygulayacağı yöntemi seçerken serbest olmasının yanında tıp biliminin kabul görmüş yöntemlerden yararlanmalıdır. Tıbbi

⁵ Deryal, Yahya, “Tıbbi Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması”, Web: www.haksay.org/files/yahya02.doc .

⁶ Y. Çakmut, s. 24; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 89.

⁷ 11.04.1928 Tarih ve 1219 sy. Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 1, RG Tarih:14.4.1928, S 863.

⁸ Birtek, Fatih, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2007,Cilt 81,Sayı 5, s. 1999.

Deontoloji Nizamnamesi⁹ madde 13'te bu husus şöyle belirtilmiştir; "...*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır...*". Bir diğer ifade ile hekim tıp biliminin kabul ettiği ilke ve kurallara aykırı veya aldatıcı müdahalede bulunmamalıdır.

C. Kanunen Öngörölmüş Amaca Uygun Tıbbi Müdahale

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13/3'de; "...*teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın,...*" ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹⁰ madde 2/1'e göre nüfus planlaması amacıyla tıbbi müdahalede bulunulabilir. Tıbbi müdahale, teşhis, tedavi, hastalıktan korunmak, hastalığı hafifletmek veya acıyı dindirmek ya da nüfus planlaması amacıyla yapılabilir.

D. Aydınlatılmış Hastanın Rızası

Bir fiilin tıbbi müdahale olabilmesi için yukarıda sayılı üç şartın yanında, fiili hukuka uygun hale getirecek olan şey; hastanın o müdahale hakkında bilgilendirilmesini de ifade eden aydınlatılmış olmasını ve ilgiliden rıza alınarak fiilin gerçekleştirilmesi gerekecektir.¹¹ Rıza fiili hukuka uygun hale geçirecektir.¹²

2. AYDINLATMA

I. Aydınlatma Kavramı

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için yukarıda açıklanmış olan dört temel şartın gerçekleşmelidir. Müdahalenin hu-

⁹ 13.01.1960 tarih ve 4/12578 sy. Bakanlar Kurulu Kararı, 23.01.1953 tarih ve 6023 sy. Kanuna dayanılarak çıkartılmıştır. (RG Tarih:19.02.1960, S. 10436).

¹⁰ RG Tarih: 27.05.1983, S. 18059.

¹¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 6297/2541sy. kararına göre; "... Yalnız bu rızanın hukuka geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibarlardır ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değeri olan rızadır"

¹² 26.09.2004 Tarih ve 5237 sy. Türk Ceza Kanunu (RG Tarih: 12.10.2004, S. 25611) madde 26/2'ye göre; "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."

kuk düzenince kabul görmesi, hastanın o müdahaleye rıza vermesi ile mümkün olacaktır. Ancak rıza tek başına yeterli değildir. Bunun mutlak surette hukuken geçerli olabilmesi için hastanın ayrıntılı biçimde aydınlatılmış olması gerekmektedir¹³.

Aydınlatılmış terimi, sahip olma ya da bilgilenme anlamına gelmekte olup, kısaca yapılacak müdahale konusunda hastaya bilgi vermek ve hastanın neye onay verdiğinden haberdar olması şeklinde tanımlanabilir¹⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁵ madde 31’de de rıza alınırken hastanın aydınlatılması esası belirtilmiştir. *“Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır...”* Yine Hasta Hakları Yönetmeliği madde 7’de; *“Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir...”* denilmek suretiyle aydınlatılmanın hastaya tanınmış bir hak olduğu sonucuna varılmaktadır.

Hekimin hastayı aydınlatması hastanın neye gösterdiğini bilmesi açısından önemlidir; çünkü hekim ile hasta arasındaki ilişki iki temel unsura dayanmaktadır. Bunlardan birincisi hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisidir¹⁶. Hasta duyduğu acıların en doğru ve hızlı şekilde dindirilmesi ve iyileşmesi için kendi vücudu üzerinde müdahalede bulunması için hekime başvurmaktadır. Diğer bir ifade ile kendisini, hekime emanet etmektedir. Hekim ise kendisine verilen bu yetkiye mesleki bilgi ve becerisi katarak hastanın problemini çözmek için onun direkt vücudunu etkileyecek müdahalede bulunmaktadır¹⁷.

Hekim ile hasta arasındaki bir diğer unsur ise hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır.¹⁸ Hasta, hekim yardımından faydalanmak veya hastalığını akışına bırakma konusunda seçim hakkına sahiptir.

¹³ Çetin, Gürsel, *“Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”*, A’ dan Z’ ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.176.

¹⁴ Ersoy Nermin, *“Aydınlatılmış Onam”*, Çağdaş Tıp Etiği, Editörler: Ayşegül Demirkan Erdemir, Özhan Öncel, Şahin Aksoy, İstanbul 2003, s. 213.

¹⁵ RG Tarih: 01.08.1998, S 23420

¹⁶ Y. Çakmut, s. 224.

¹⁷ Y. Çakmut, s. 224; Polat, Oğuz, Klinik Adli Tıp, Tıbbi Uygulama Hataları, 3.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 223.

¹⁸ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Aydınlatma ve Rıza, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 105.

Hekimin hastayı aydınlatması hekimin ana ödevlerinden biridir¹⁹. Bu hekimin bizzat kendisi tarafından temsil edilemeyen kişisel edim yükümlülüğüdür²⁰. Bu ödev yerine getirilmeden alınan onam geçersiz sayılacak ve hatta hekimin cezai sorumluluğuna gidilebilecektir.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren şartlarından olan aydınlatma, hem hasta haklarından hem de hekimin yükümlülüklerindedir. Ancak kanaatimce en fazla ihlal edilen hasta haklarından bir tanesi aydınlatılmış onam alınmadan müdahalede bulunulmasıdır.

II. Aydınlatmanın Kapsamı

Hasta kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu için yapılacak müdahaleye rıza gösterebilmesi için durumu hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olması gerekmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan hastanın, hekim tarafından ne derecede bilgilendireceği aydınlatma kapsamının cevabıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 14/2 hükmüne göre, "...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır." Hekimlik Meslek Etiği Kuralları²¹ madde 26'ya göre; Hekim, hastasını

- Hastanın şimdiki sağlık durumu ve konulan tanı,
- Önerilen tedavi yönteminin türü²²
- Amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi,
- Amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği riskler²³,

¹⁹ Hakeri, s. 104.

²⁰ Hakeri, Hakan, "Tıp Hukukunun Temel Kavramları", Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 82.

²¹ Türk Tabipler Birliği 47. Büyük Kongresi'nde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. Yayın Tarihi: 01.02.1999.

²² Hekim, değişik tedavi yöntemlerini uygulama imkanı varsa, bunların şanslarını ve risklerini açıklamalı, karşılıklı değerlerini tartıp ortaya koymalıdır. İlaçla tedavi veya ameliyat yöntemlerinden hangisini uygulayacağını belirtmelidir (Hancı, Hamit, Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.73).

²³ Hastanın sağlığına ilişkin risklerinde aydınlatma kapsamında olması gerekmektedir. Örneğin konuya ilişkin Y13.HD 2008 / 10750 sy. kararına göre; "...işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon oluştursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususların kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir....davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu

- Verilen ilaçların kullanılışı ve olası aksi tesirleri,
- Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar,
- Verilen olası tedavi seçenekleri ve riskleri²⁴ konularında aydınlatır.

Bunların yanında aydınlatmanın kapsamına, hastalığın teşhisi için yapılacak girişimler, hastalığın olası sebepleri, tedavi seçenekleri²⁵, tedavinin şekli, süresi, hastalığın nasıl seyredeceği, müdahalenin amacı, anlamı, müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler gibi önemli hususlar konusunda hasta bilgilendirilmelidir.²⁶

Kanaatimizce *aydınlatma* kavramı, hastayı, hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri ile diğer tanı ve tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, zamanı, söz konusu işlemlerin sosyal ve ekonomik açıdan hasta üzerinde oluşturabilecek etkileri ve işlemin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmek ve bu kapsamlı bilgilendirmenin hasta tarafından yeterince anlaşıldığına dayanarak, sonunda hastanın serbest iradesiyle önerilen tanı ya da tedavi yönteminin yapılmasını bilinçli ve gönüllü olarak kabul etmesi şeklinde ifade edilebilir.

*yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz..."*denilmek suretiyle aydınlatmanın tam yapılmaması dolayısıyla kararı bozmuş ve bilirkişi incelemesi istemiştir.

Y13.HD 2008/10750 sy. kararında; "...*Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi...*"denilmek suretiyle hekimin hastasını tedavinin arz ettiği riskler konusunda da aydınlatması gerektiğine değinilmiştir.

²⁴ Y4.HD 1977/2541 sy. kararında; "...*Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir... O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanunu'nda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur...*" denilmek suretiyle seçilen tedavi yönteminin doğurması muhtemel riskli sonuç hakkında da hastanın aydınlatılması gerektiği vurgulanmıştır.

²⁵ Y10.HD 2003 / 4421 sy. Kararına göre; "...*Tedaviyi uygulayan doktorun, sigortalının geçirdiği kaza nedeniyle oluşan yaralanmasında, öngörülen yöntemlerden daha tehlikeli ve sonucundan emin olmadığı yonteme oranla riski daha az ve sonucundan emin olduğu yöntemi seçme olanağı bulunmakla birlikte, bu konuda hastanın aydınlatılması, hastanın kararı doğrultusunda tedaviyi sürdürme yükümlülüğü vardır...*",

²⁶ Hakeri, s. 139; Y. Çakmut Özlem, "Tıpta Aydınlatma ve Rıza", Roche Sağlık Hukuğu Günleri, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 10.

III. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yasal Dayanakları

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın aydınlatılmış ve sonucunda rıza alınmış olması gerekmektedir olup bu, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70'de yer alan; "... *Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar...*" hükmü içermekte olup rızanın alınması için hekimin hastayı aydınlatması gerektiği belirtilerek aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu madde 23²⁷ ve 24²⁸, Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15²⁹ de hukuki dayanak teşkil edecektir. Ayrıca İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi³⁰'nin 5. maddesine göre; "*sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.*" Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 14/2'e göre; "... *Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır...*" Aydınlatmanın hastanın rızası alınmadan önce işlemi hukuka uygun hale getirmesi için yapılmış yasal dayanaklardır.

²⁷ TMK m. 23: "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*"

²⁸ TMK m. 24: "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldıran kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

²⁹ HHY m. 15: "*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir. Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenebilir. Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.*"

³⁰ Bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*" ad ve 5013 Kanun numarası ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

IV. Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırı

Aydınlatma yükümlülüğü hastanın durumuna göre daralıp genişleyebileceği gibi ortadan kalkması da söz konusu olabilecek nitelikte olup hasta aydınlatılırken somut olayın özellikleri göz önüne alınacaktır. Bu da hastanın, ortalama ve makul düzeyde bir insan olduğu dikkate alınarak yapılacak aydınlatma şeklinde olacaktır.

Aydınlatmanın sınırı belirlenirken hastanın sosyal, ruhsal, kültürel yaşam düzeyi, içinde bulunduğu şartlara göre belirlenmelidir.³¹ Ancak teşhis ve tedavi bulguları, tedavinin başarı şansı, süresi, hatta seçilen tedavi dışındaki başka tedavi seçenekleri bunların neden uygulanmayacağı³², seçilen ve seçilmeyen yöntemler³³, olası tehlikeler ve riskler, müdahale sonucunda hastanın çekeceği acılar ve ağrılar tam olarak hastaya bildirilmelidir³⁴.

Y4.HD 1977/2541 s. kararında; "...Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliy-

³¹ Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 128 ; "hekim, hastanın kültürel, toplumsal ve psikik durumunu göz önünde tutarak bilgilendirme yapmalıdır"

³² Y10.HD 2003 / 4421 sy. kararı; "...Tedaviyi uygulayan doktorun, sigortalının geçirdiği kaza nedeniyle oluşan yaralanmasında, öngörülen yöntemlerden daha tehlikeli ve sonucundan emin olmadığı yönteme oranla riski daha az ve sonucundan emin olduğu yöntemi seçme olanağı bulunmakla birlikte, bu konuda hastanın aydınlatılması, hastanın kararı doğrultusunda tedaviyi sürdürme yükümlülüğü vardır"

³³ Uygulamada seçilen tedavi yönteminin dışında seçilmeyen yöntemlerin hastaya anlatılmasıyla pek karşılaşmamaktadır. Bu açıdan aydınlatmanın tam olarak yapıldığı kuşkuludur. Tabii ki bu kadar ayrıntılı aydınlatma, hastanın durumu göz önüne alınarak yapılmalıdır.

³⁴ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 26: "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir...."

di..." ifadeleri hekimi, hastanın zararlı sonuçla karşı karşıya kalma riskinin bildirilmemesi, aydınlatma ödevini ifa ettiğini ispat edememesi dolayısıyla sorumlu kılmıştır. Adı geçen kararda "...*Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir...*" denilerek risklerin hastaya tam olarak bildirilmesi gerekliliğine de değinilmiştir.

Y13.HD 2008/10750 s. kararında; "*Davacı, yüzündeki gülümseme çizgi ve kırışıklıkların giderilmesi için 1999 yılı Haziran ayında davalı kliniğe başvurduğunu, davalı doktor Hande tarafından yüzüne tam olarak ne olduğu bilinmeyen bir dolgu malzemesi enjekte edildiğini, yüzünde çeşitli reaksiyonlar oluştuğunu, davalı doktorun iyileştirme vaadi ile müdahalelerde bulunduğunu, her seferinde durumunun daha da kötüleştiğini, yüzünde kalıcı yumru kütleler, çöküntüler ve morluklar oluştuğunu, uzmanların bir daha iyileşme ve cerrahi müdahale ile dahi iyileşme şansı olmadığını bildirdiklerini, davalı doktorun özensiz ve kusurlu davranışları sonucu ortaya çıkan zarardan davalıların sorumlu olduklarını ileri sürerek çektiği elem ve ıstırapın...*" yapılan müdahale de kullanılacak maddelerin dahi hastaya bildirilmesi, hastanın bu maddenin kullanılmasına rıza gösterebilmesi için yeteri kadar aydınlatılmış olması gerekmektedir aksi takdirde kişinin müdahale sonucu -kararda olduğu gibi- çektiği acılardan haberdar olmayacağı dolayısıyla hekimi kusurundan sorumlu tutabilecektir.

V. Aydınlatmanın Ortadan Kalktığı Haller

Aydınlatma, bir yükümlülük olmasına karşın bazı hallerde ortadan kalmaktadır. Doğal afet, savaş anı ve toplu kazalara ile koma hali gibi durumlarda hekimin hastayı aydınlatma görevinden söz edilemeyecektir. Çünkü burada ivedilik söz konusu olmaktadır.³⁵

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm madde 8'e göre, "*acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir.*" hükmü ile örneğin hastaneye tek başına, bilinci kapalı olarak acil servisten giriş yapan ağır yaralı hastaya ilk müdahalenin yapılabilmesi için içinde bulunulan ivedilik hali nedeniyle onay alınmadan yapılan müdahale yukarıda yer verilen maddeye göre hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

³⁵ Hancı, s. 74.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 27'ye göre; "*Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.*" hükmü uyarınca hasta tedavisinin sonuçları hakkında bilgi edinmek istemiyorsa, bilgi verilmemelidir.³⁶

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 20'ye göre; "*...hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.*" hükmü hastaya bilgi verilmesini yasaklayabilmek hakkı tanımaktadır.

Öte yandan aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalktığı haller de söz konusu olabilir. Bu durum hastanın tutumu ya da sübjektif özelliklerinden kaynaklanmaktadır.³⁷ Hasta uygulanan tedavi sırasında yapılacak açıklamaları anlamayacak durumda ise, planlanan ve genel anestezi altında yapılan operasyonun seyri ve riskleri değiştiğinde aydınlatma söz konusu olamayacaktır.³⁸

Hastanın bilincinin açık olmadığı ve kanunu temsilcisine ulaşılma-yan hallerde veya bizzat müdahale sırasında aydınlatma gerekliliği ortaya çıkıyorsa hekim, makul bir hastanın bu müdahaleye aydınlatma sonucunda rıza göstereceğini kabul ediyorsa, aydınlatılmış rıza olmaksızın da hareket edebilir.³⁹

Hastanın hekim olması durumunda ya da aynı ameliyatın ikinci kez tekrarlanacağı hallerde ya da hekimin hastanın onamı bakımından gerekli olan bilgiye bir şekilde ulaşması konusunda kesin emin olduğu hallerde de aydınlatma ortadan kalkabilir.⁴⁰

Aydınlatmanın hasta açısından anlamı yitirdiği haller söz konusu ise örneğin, tedavi amacını yitiren artık acıların dindirilmesi için yapılan müdahalelerde kişinin ölümünün yaklaşmış olması durumunda o kişinin aydınlatılması artık amacını yitirecektir.⁴¹

³⁶ Hancı, s. 74.

³⁷ Y.Çakmut, Roche..., s. 15.

³⁸ Hancı, s. 78.

³⁹ Hakeri, s. 142.

⁴⁰ Hakeri, s. 145.

⁴¹ Özsunay, Ergun, "*Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları*", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 5. Sempozyumu, Ankara 1982, s. 45.

Bir diğer hal ise aydınlatmanın hastaya olumsuz etkide bulunması halinde aydınlatma ortadan kalkmasıdır. Burada göz önünde bulundurulması gereken husus; otonomi (kendi geleceğini belirleme hakkı)⁴² aydınlatmasının tedaviye zarar verme ihtimalidir. Eğer tedavi nedenleri bilgilendirmeyi engelliyor ise otonomi aydınlatması yapılmamalıdır.⁴³

Kanaatimizce hastanın bilgilendirilmesi halinde yaşamına ve sağlığına yönelik tehlikeler söz konusu olacak ise aydınlatma ortadan kalkmamalı, kapsamı daralmalıdır. Çünkü hastanın, durumu hakkında bilgi sahibi olması onun en tabii hasta hakkındandır. Hastayı olumsuz etkilemesi sebebiyle aydınlatmanın ortadan kalkmaması ancak kapsamının daralması daha uygun olacaktır.⁴⁴ Aydınlatma yüzünden uğranılacak zarar hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkının ihlaline nazaran daha fazla ise aydınlatma hasta yararına daha fazla sınırlandırılabilir.⁴⁵ Bunun için somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak hastanın ruhen zarar görme ihtimali dikkate alınıp aydınlatmanın ortadan kaldırılması ya da kapsamın daraltılmasına karar verilmelidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 19'a göre de "*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyri ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*" denilmek suretiyle aydınlatmanın tamamen ortadan kalkmayacağını sadece teşhisin saklanması suretiyle sınırlanabileceğini belirtmektedir.⁴⁶

VI. Aydınlatma Kapsamının Daraldığı Haller

Müdahalenin aciliyeti arttıkça hastayı aydınlatmanın kapsamı da daralacaktır. Aynı şekilde taşıdığı tehlikeler son derece küçük olan müdahalelere ilişkin aydınlatma çok dar tutulabileceği gibi tamamıyla da ihmal edilebilir. Hastanın açıkça arzu ettiği hallerde de aydınlatma-

⁴² Hakeri, Hakan, "*Aydınlatma (Bilgilendirme)*", Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, Yıl 1, S. 2, İstanbul 2006, s. 7.

⁴³ Hakeri, s. 146.

⁴⁴ Y. Çakmut, Roche..., s. 15.

⁴⁵ Hancı, s. 76.

⁴⁶ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14/2 de aynı doğrultuda düzenlemede bulunmuştur.

nın kapsamı daraltılabilir.⁴⁷ Ayrıca aydınlatma hakkından vazgeçmesi hallerinde hasta, aydınlatmayı da ortadan kaldırebilmektedir.

VII. Aydınlatma Kapsamının Genişlediği Haller

Müdahalenin aciliyetine ve taşıdığı risklere göre kapsamı da genişleyebilecektir. Riziko ne kadar ağır ise aydınlatma da o kadar yoğun olacaktır.⁴⁸

“Yargıtay’a intikal eden ve yüksek yaşam tehlikesinin bulunduğu söylenerek, kısa bir aydınlatma yapıldığı bir olayda, bilirkişi ameliyatın hayati tehlike arz etmediği yönünde rapor vermiştir. Bunun üzerine mahkeme aydınlatmanın yeterli olmadığına karar vermiştir.”⁴⁹

Tıp bilimi tarafından yeteri kadar tanınmamış tıbbi müdahalelere ilişkin aydınlatma kapsamı geniş olmalıdır. Buna ilişkin hastanın aydınlatmadan feragat etmesi kabul edilmemelidir.⁵⁰

Ayrıca hastanın birden fazla tedavi yöntemini seçme olanağı bulunduğu durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişletilmek zorundadır.⁵¹ Aydınlatma sonucu alınacak rızanın hukuka uygun olabilmesi için hastanın yeterli düzeyde bilgilendirilmiş olması gerekecektir. Bu da somut olayın özelliklerine göre hastanın sosyal, ekonomik, kültürel, ruhsal durumuna göre ya aydınlatma kapsamı genişleyecek ya daralacak ya da ortadan kalkacaktır.

VIII. Aydınlatma Yapmakla Yükümlü Olanlar

Hekim ile hasta arasındaki ilişki kural olarak güven unsuru, son derece önemli bir özellik olduğu vekâlet ilişkisidir. Hatta iş görme edimi ihtiva eden sözleşmeler içinde güven unsurunun en yoğun olduğu ilişki vekâlet sözleşmesidir.⁵² Söz konusu ilişki dolayısıyla hekimin

⁴⁷ Hancı, s. 76.

⁴⁸ Hakeri, s. 138.

⁴⁹ Hakeri, s. 139.

⁵⁰ Y. Çakmut, Roche...s. 15; Hancı, s. 79.

⁵¹ Sert, Gürkan, Hasta Hakları: Uluslar arası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 228-229.

⁵² Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı, Web: http://www.an-kahukuk.com/index.php?option=com_content&view=article&id=449:aydnlatma-yuekuemluesue&catid=68:organ-naklinde-hekimin-aydnlatma-yuekuemluelueue&Itemid=105, Erişim Tarihi: 04.12.2009.

hastayı aydınlatma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Zira hekimin aydınlatma yükümlülüğü özel hukuk ilişkisi bakımından güven unsurunu ön plana çıkarmaktadır.⁵³ Güven unsuru açısından ve hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinden kaynaklı olarak aydınlatma yükümlüsü, sözleşmenin tarafı olan *hekime* aittir.

Tedavi sözleşmesinin tarafı olan ve aydınlatma yükümlülüğü altında olan hekim, sadece aydınlatmanın yapılmasını diğer bir hekime bırakabilir. Ancak organ naklinde hastayı aydınlatacak organ nakli gerçekleştirecek hekimdir. Bu görevin başkasına devredilmesi kural olarak mümkün değildir. Nakil birden fazla hekim tarafından gerçekleştirilecek ise, bunlardan bir aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirebilir. Buna karşılık hasta farklı uzmanlar tarafından tedavi edildiği takdirde, her bir hekim kendi alanı ile ilgili olarak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir⁵⁴ veya bu görevin heyetin yöneticisi durumundaki -şef hekim- tarafından yapılması da yeterli sayılabilir.⁵⁵

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15; "*hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.*" Aydınlatmanın hekim dışında hastabakıcı, hemşire gibi diğer sağlık çalışanlarına bırakılmaması gerekir. Ancak hemşire kendi sorumluluk alanındaki tıbbi müdahaleler için aydınlatma yükümlülüğü altındadır. Örneğin; kan alımında işlemi ve varsa rizikoları hastaya anlatmalıdır.⁵⁶

IX. Aydınlatılacak Kişiler

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi hastadır. Hastanın da kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için karşılaşacağı müdahale hakkında direkt bilgi sahibi olması gereken kendisidir. Bu nedenle aydınlatılması gereken kişi bizzat *hasta* olacaktır.

Y4.HD 1977/2541 sy. kararında da; "*...Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrı durumlara hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar*

⁵³ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*", AÜHFD, Ankara 2003, C 52, S 3, s. 55.

⁵⁴ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuk, Seçkin Yayın, Ankara 2007, s. 129 vd.

⁵⁵ Hancı, s. 80.

⁵⁶ Hakeri, s. 135.

verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuruldan ayrılmamak gerekir, Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.” denilmek suretiyle aydınlatılacak kişinin hasta olduğu vurgulanmıştır.

Aydınlatılacak kişi için aslında hastanın aydınlatılması ve yakınlarının aydınlatılması gibi bir ayırım yapılabilir. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15'e göre; “...Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir.” Diğer bir ifadeyle aydınlatılacak kişi hastadır ancak hastanın ayırt etme güne sahip olup haklarını kullanabilmesi için ehil olması gerekmektedir. Eğer hasta bu özelliklere sahipse onun yerine yakınlarının örneğin; eşi, çocukları, anne veya babasının aydınlatılarak müdahaleye rıza göstermeleri bu rızayı geçerli hale getirmeyecektir.

Keza, hastalığın ağır ve ciddi olması hallerinde de hasta yerine yakınlarının aydınlatılması kural olarak doğru değildir. Çünkü hekim zaten hastanın ruhsal durumuna göre aydınlatmanın sınırı belirleyecektir. Hasta yerine yakınlarının aydınlatılması; ancak hastanın ayırt etme gücüne sahip olmadığı, küçük veya kısıtlı olması hallerde mümkün olacaktır.⁵⁷

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70 hükmüne göre; “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)⁵⁸ hastanın kanuni temsilcisine bilgi verilmesi zorunlu ve amaca da uygundur.

Kanaatimizce kanuni temsilcisi yok veya o an da rızası alınamıyorsa ya da ayırt etme gücü geçici olarak kaybedilmiş ve zorunluluk

⁵⁷ HHY m. 15.

⁵⁸ Madde 70- (Değişik madde: 23/01/2008-5728 sy. karar m. 38.).

hali söz konusu ise buna dayanarak aydınlatmadan makul ölçüde müdahalede bulunulabilir.⁵⁹

Organ naklinde aydınlatılacak kişi, hem organ veya doku alınacak kimse hem de bunların kendisine nakledileceği kimsedir. Çünkü organ nakli gerek organ veya doku vereni ve gerekse bunların nakledileceği kimseyi yakından ilgilendirmektedir. Bu sebeple organ veya doku naklinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü birden fazla kimse için söz konusudur. Hatta organ veya doku vericisi veya alıcısı ayırt etme güne sahip olmakla birlikte ergin değilse, kanunî temsilcilerinin de aydınlatılması gerekmektedir. Böyle bir halde hekimin aydınlatacağı ve dolayısıyla rızasını alacağı kişi sayısı daha da artmış olmaktadır.⁶⁰

Bu düzenlemelerin yanında Hasta Hakları Yönetmeliği madde 26; *“Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır.”* hükmü ile hastanın tıbbi müdahaleye iştirak etmesi hedeflenmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi madde 6/2 ve 3’de; *“...Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.*

Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır...” yer alan hükümler dikkate

⁵⁹ Hancı, s. 80.

⁶⁰ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun madde70:

Organ ve doku alacak hekimler:

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

c) Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;

d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;

e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;

f) Kan veya sıhri husumluk veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar.

alındığında hastanın küçük olması halinde dahi durumu göz önüne alınarak yinede aydınlatılması gerekmektedir çünkü *aydınlatma* en temel hasta haklarından biridir.

X. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma sonrası tıbbi müdahaleye maruz kalacak hastanın rızası alınarak işlem yapılacağından dolayı rızadan önce aydınlatma yapılmalıdır. Aydınlatmanın yapılacağı zaman iyi ayarlanarak hastanın baskı altında karar vermesi söz konusu olmamalıdır. Hasta vereceği onamdan her zaman geri dönebilme hakkına⁶¹ sahip olduğu için aydınlatma mutlaka müdahaleye girişilmeden önce yapılmalıdır.

Somut olayın özelliklerine göre hastaya karar vermesi için uygun zaman tanınmalıdır. Acil durum söz konusu değilse hastaya düşünmesi için makul süre verilmelidir. Normal durumlarda tam ameliyat masasında ayaküstü ciddiyetten uzak yapılacak aydınlatma kabul edilemez.

Ancak acil durumlara da hayati tehlikenin varlığı, ağır bir zarara uğramayı önlemek için derhal müdahale söz konusu olaksa ameliyattan hemen önce veya ameliyat masasında da aydınlatma yapılabilir.⁶²

XII. Aydınlatmanın Tarzı

Hekim hastaya ayrıntılı tıbbi bilgi vermek zorunda değildir. Aksine hastanın gelişme seviyesi, yaşı ve sağlık anlayışına uygun bir aydınlatma yapılmalıdır⁶³.

Hekim aydınlatmayı hastanın ana dilinde yapacaktır. Bu mümkün değilse tercüman yardımıyla hastanın dilinde aydınlatma yapılabilir. Müdahaleden önce hastanın dilini bilen kimse yoksa uluslar arası bir dil kullanılır. Hasta artık onu da bilmiyorsa hekim inisiyatifini kullanabilecektir.⁶⁴

⁶¹ HHY m. 24; "...Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayati veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır...".

⁶² Hakeri, s. 135 vd.; Hancı, s. 80; Çetin, s. 180.

⁶³ Hancı, s. 81.

⁶⁴ Gürsel, s. 180 vd.; Hancı, s. 81.

XII. Aydınlatmanın Şekli ve İspatı

Aydınlatmanın şekline ilişkin hukukumuzda genel geçerli bir hüküm bulunmamaktadır.⁶⁵ 2827 sy. Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun madde 5/4 de; “...Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları...” ve Organ ve Doku Nakli Kanunu⁶⁶ madde 6’ da; “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.” denilmek suretiyle aydınlatmanın şekline ilişkin düzenlemede bulunulmuştur.

Hekimin aydınlatma borcuna riayet etmediğini iddiasıyla açılan bir dava hekimin aksini ispatlaması çok güçtür. Nitekim Y13.HD 2008/10750 sy. kararına göre; “...Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi...” denilmek suretiyle hekimin aydınlatmayı ispat edememesi dolayısıyla sorumlu olacağı kararına varılmıştır.

Şekil açısından aydınlatılmış onam sözlü olabilir; ancak ispat yükünün hekimde olduğu unutulmamalıdır. Uygulamada karşılaşılabilecek sorunların önlenmesi için hekimin aydınlatmasını yazılı olarak ispat edebilmesi ve belgeleyebilmesi hukuki sorumluluğunu etkileyecektir.⁶⁷ Bu nedenle kanaatimizce hekimin hastayı aydınlatması sözlü olmalı ancak daha sonra ispat gücü açısından yazılı belgeye dökülmelidir.

Hasta, aydınlatmanın sonucunda, hekimin hiçbir zararlı sonuçtan dolayı sorumlu olmayacağına ve hekim hakkında dava açılmayacağını kayda almış olsa dahi bu şekildeki bir yazılı taahhüt, hastanın dava açma hakkını ortadan kaldırmayacaktır.⁶⁸

⁶⁵ Hakeri, s. 139.

⁶⁶ 29.05.1979 tarih ve 2238 sy. Organ ve Doku Nakli Kanunu, RG Tarih:03.06.1979, S 16655.

⁶⁷ HUMK m.228 ve 236 uyarında aydınlatma bir hukuki işlem olmadığı için her türlü delille ispat edilebilir.

⁶⁸ Gürsel, s. 178-179.

Hekimler tarafından çok yaygın olarak kullanılan formlar ancak ispat amacına hizmet edecektir.⁶⁹ Aydınlatmanın form ya da broşür yoluyla yapılması kabul edilmemelidir. Hastanın sözlü olarak aydınlatıldıktan sonra formun doldurulması söz konusu olabilir. Uygulamada pilot hastanelerde yapılan denemeler sonucunda hastanın formu okuduktan sonra olumsuz yönleri dikkate aldığı bu nedenle tedaviden vazgeçip hastaneden ayrıldığı görülmüştür. Ancak yine de sadece formla aydınlatmanın yapılması kabul edilemez bir uygulama olacaktır.⁷⁰

Müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için geçerli bir rızanın varlığı aranmaktadır. Hukuka uygunluk sebebinden yararlanacak olan hekim, hastaya uygulayacağı tedaviyi anlatmış, hasta razı olmuş ve işlemi yapmış olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Ancak kanaatimizce aydınlatmanın genel geçerli bir düzenleme ile şeklinin belirlenmemiş olması yerindedir. Çünkü hasta ile hekim arasındaki ilişki, niteliği itibarıyla güven unsurunu önemli ölçüde barındıran bir ilişkidir. Bu sebeple aydınlatmanın şeklinin özel olarak düzenlenmemesi ilişkinin mahiyetine uygun düşecektir.

SONUÇ

Kişilerin yaşamı, sağlığı, vücut tamlığı gibi kişilik hakları üzerinde yapılan her türlü müdahalenin hukuk düzenince geçerli olmamasına rağmen; bunun yasalarca öngörülmüş şartların varlığı halinde fiil, hukuka uygun hale gelecektir. Hukuka uygunluğu sağlayan unsurlar; tıbbi müdahalenin kanunun yetkilendirdiği kişi tarafından, tıp biliminin verilerine ve genel kurallarına uygun olarak yapılan, kanunun öngördüğü amaca yönelik olan ve müdahaleye maruz kalacak kişinin aydınlatılıp rızasının alınmasıyla gerçekleştirilecek her türlü tıbbi eylemdir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi, hekimin sorumlu olmaması için gerekli olan dört şarttan biri olan aydınlatma; müdaha-

⁶⁹ Hakeri, s. 141.

⁷⁰ Gürsel, s. 179.

leye maruz kalacak *hasta*'ya müdahalede bulunacak hekim tarafından hastanın sosyal, ruhsal, kültürel durumu göz önüne alınarak belirli sınırlar çerçevesinde hastalığın teşhisinden en ağır tıbbi müdahaleye kadar tam ve ayrıntılı olarak yapılan bilgilendirme. Tedavinin yöntemi, amacı, şekli, olası tehlikeler, ağrılar, riskler gibi her türlü açıklamanın hastaya müdahaleden önce sözlü olarak yapılması ve ispat açısından yazılı olarak belgelendirilmesi sonucu alınan rıza ile yapılacak müdahale hukuka uygun olacaktır. Hekimin tıbbî teşhis ve tedaviye geçmeden önce hastayı veya kanuni temsilcisini aydınlatması, tıbbi olduğu kadar hukuki bir ödev ve yükümlülüktür. Şartlarının varlığı halinde yapılan aydınlatma ile alınan rıza hem işlemi hukuka uygun hale getirecek hem de hekimin ceza hukuku açısından sorumlu olmasını engelleyecektir. Ancak tüm şartlarının varlığı söz konusu olsa dahi hekimin dikkatsiz ve özensiz işlemleri dolayısıyla sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır.

KAYNAKLAR

- BAYRAKTAR, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972.
- BAYRAKTAR, Köksal, "*Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı*", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu*, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı 1, İstanbul 2007.
- BAYRAKTAR, Köksal, "*Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu*", *II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- BİRTEK, Fatih, "*Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı*", *İstanbul Barosu Dergisi*, C 81, S 2007/5, İstanbul 2007.

- ÇETİN, Gürsel, *"Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi"*, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007
- ERDÖL, Cevdet, *"Organ Bağıışı ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları"*, Organ Bağıışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- ERSOY, Nermin, *"Aydınlatılmış Onam"*, *Çağdaş Tıp Etiği*, (Editörler: Ayşegül DEMİRHAN ERDEMİR, Özhan ÖNCEL, Şahin AKSOY), İstanbul 2003.
- HAKERİ, Hakan, *"Aydınlatma (Bilgilendirme)"*, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni*, Yıl 1, S. 2, İstanbul 2006.
- HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007 (Tıp Hukuku).
- HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku, Aydınlatma ve Rıza*, 2. Bası, Ankara 2009.
- HAKERİ, Hakan, *"Tıp Hukukunun Temel Kavramları"*, *Roche Sağlık Hukuku Günleri*, 1. Bası, İstanbul 2007.
- HANCI, İ. Hamit, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara 2006.
- NAMAL, Arın, *"Hasta Hakları ve Etik"*, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin, *"Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 52, S 3, Ankara 2003.
- ÖNAL, Gülsüm, *"Hasta Hakları ve Sağlık Sistemine Etkileri"*, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- ÖZSUNAY, Ergun, *"Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları"*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983
- POLAT, Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları*, Ankara 2005.

POLAT, Oğuz, *Klinik Adli Tıp*, Ankara 2007.

SERT, Gürkan, *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları*, İstanbul 2004.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, *"Tıpta Aydınlatma ve Rıza"*, Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1. Bası, İstanbul 2007.

Tüm Yargıtay Kararları www.hukukturk.com adresinde alınmış olup üye olunarak erişilmektedir.

YÜKLENİCİDEN CEBRİ İCRA YOLUYLA BAĞIMSIZ BÖLÜM KAZANAN KİŞİNİN İYİ NİYETİNİN KORUNMASI

**PROTECTION OF BONA-FIDES OF A PERSON
WHO ACQUIRES A REAL PROPERTY FROM
A BUILDING CONTRACTOR BY WAY OF GENERAL EXECUTION**

İlker Hasan DUMAN*

I. Kavram

Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Arsa sahibinin temel borcu, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek ve edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getiren yükleniciye, taahhüt ettiği arsa paylarını devretmektir. Yüklenicinin borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir: Bir iş görerek eseri meydana getirmek ve meydana getirilen eseri iş sahibine teslim etmek (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, binayı sözleşmeye, amacına ve fen ve sanat kurallarına uygun imal ederek arsa sahibine teslim etmek) yüklenicinin ana borcudur. Aslolan sözleşmenin kararlaştırıldığı biçimde eksiksiz yerine getirilmesidir. Aksi halde, sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Böyle bir durumda da bir taraf edimini yerine getirmiş kabul edilemez.

Yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına kütüklenmesini arsa sahibinden isteyebilir.

Yüklenicinin arsa payı karşılığı yaptığı inşaattan, henüz tapusunu üzerine almadığı ve payına düşecek dairelerden birini satması; bir hakkın, diğer bir ifade ile alacağın temlik niteliğindedir. Yüklenici sözleşmeden kaynaklanan haklarına (alacağına) dayanarak kendisine kalan dairelerin mülkiyetinin adına geçirilmesini arsa sahibinden isteyebilir veya söz konusu kişisel hakkını, BK. md. 162 vd. uyarınca üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını edinen kişi, bu hakkı

* Avukat, İstanbul Barosu

akidi olan yükleniciye veya -bazı koşullarda- arsa sahibine karşı ileri sürebilir, davanın yükleniciden başka arsa sahibine de yöneltilmesi gerekir. Bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; arsa sahibi, sözleşme gereğince, inşaatın başında veya devamında, yükleniciye sahip olduğu arsa paylarının mülkiyetini kısmen veya tamamen temlik edilebilir. Bu temlik avans niteliğindedir. Bu durum, gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz. Yüklenici; edimini sözleşme ve imar mevzuatına uygun olarak yerine getirdiği oranda kişisel hak elde edebilir ve elde ettiği bu kişisel hakkını da üçüncü kişilere devredebilir (BK. md. 163 vd.). Yüklencinin kişisel hakkı iki durumda aynî hakka dönüşür: Yüklencinin edimlerini tümüyle yerine getirmesi, veya, “tüme yakın” yerine getirmesi... Yani sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur biçimde bozulması durumu...

Temlik sözleşmesinin yazılı yapılması yeterli ve gereklidir (BK. md. 163). Yüklenici, kat irtifakı kurulduktan sonra, aynı daireyi bir başkasına satarsa, önceki alıcıya karşı, dairenin devir tarihindeki rayiç bedeli üzerinden sorumlu olacaktır.

Yüklencinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişinin hakları: A) Yüklencinin kişisel hakkını edinen üçüncü kişi bu hakkını, yüklenicinin ardılı (halefi) olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir. B) Gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur. C) Alacağın temlik biçiminde gerçekleşen böyle bir sözleşmeye dayalı olarak temlik alanın talepte bulunabilmesi için, öncelikle yüklenici tarafından kendisine temlik edilen hakkın arsa sahibi nezdinde gerçekleşmesi; başka bir anlatımla, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi; inşaatı bitirmesi veya eksik kalan kısmın paraya dönüştürülerek tamamlanacak kadar az bir boyutta olması gerekir. Aksi takdirde, temlik alan, temlik sözleşmesine dayalı olarak, o sözleşmenin tarafı durumunda bulunmayan arsa sahibinden herhangi bir istemde bulunamaz; sadece ve ancak, kendi akidi durumundaki yükleniciden tazminat isteyebilir. D) Üçüncü kişinin, arsa sahibini (borçluyu) ifaya zorlayabilmesi için öncelikle temlik işlemi ve işlemin sağlığını kanıtlanması gereklidir. Fakat temlik işlemi kanıtlanmış olursa da ifa talebinin muhatabı olan arsa sahibi ifaya derhal uymak zorunda değildir¹.

¹ 14. HD. 15.6.2010, 5177/7104; HGK,16.06.2010, 290/328; HGK. 23.5.2001, 422/434;

Üçüncü kişi, bağımsız bölümü, yükleniciden alacağın temlik yoluyla değil de, cebri icra yoluyla edinmişse, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi gerekçesiyle geriye etkili olarak sözleşmeyi bozan ve ardından tapu iptal ve tescil davası açan arsa sahibine karşı, iyiniyet savında bulunabilir mi? Onun bu savı karşısında, cebri icra yoluyla edildiği mülkiyet hakkının korunması sağlanabilir mi? İncelememizin konusu budur.

II. Kapsam

Genel olarak

Taşınmazın cebri icra yoluyla ihalesi anında, (temlik işlemleri yetkisi dışında) mülkiyet alıcıya geçer. Bu andan sonraki yarar ve zarar da alıcındır. Bu durumda alıcı malik sıfatı ile taşınmazı işgal eden şahsın tahliyesini isteyebileceği gibi, fuzuli şağil aleyhine ecrimisil istemiyle dava da açabilir. Ancak bu geçiş alıcıya taşınmaz üzerinde temlik tasarruf olanağını sağlamaz.

Cebri icra yoluyla paraya çevirme, her ne kadar Borçlar Yasası`nda satışın özel bir türü olarak nitelenmişse de, özel hukuk nitelikli bir sözleşme değildir. Bu tür artırma ve ihale, icra dairesinin kamusal yetkisine dayanılarak gerçekleştirilen bir cebri icra tasarrufu (kamusal bir işlem) dur.

İİK.nun 134/II, III. maddesi uyarınca, cebri icra ile satış normal bir satış değildir. Bu nedenle cebri icra satışlarının feshi de ancak cebri icra hukukuna göre ve şikayet yolu ile olur. Fesih için genel mahkemelerde dava açılmaz. İhalenin feshine ilişkin şikayet görevsiz genel mahkemede yapılırsa, genel mahkeme dosya üzerinden görevsizlik kararı verecektir.

Artırma şartnamesinde yasal bir taahhüdün bulunması veya artırmaya katılanlara karşı hile yapılmış olması durumları istisna olmak üzere zorunlu artırımlarda tekeffül gerekli değildir².

İcra dairesinde gerçekleştirilen cebri ihale sonucunda mülkiyet ihale anında alıcıya intikal eder. Bu noktada taşınmaz malikinin malik sıfatı sona erer. Taşınmazın eski, malikinin mülkiyetini gösteren tapu kaydı da yolsuz hale gelir. Bu nedenle tapu kaydına bakarak eski ma-

² HGK. 25.10.2000, 1280/1554.

² 13. HD. 18.2.1986, 6068/874.

likten mülkü satın alanın mülkiyeti kazandığı kabul edilemez (TMK. 705/II, 1023)³.

Borçluya ait taşınmazların üçüncü kişilere rızaen devir ve temlikinin önlenmesine yönelik ihtiyati tedbir kararı, söz konusu taşınmazların cebri icra ile satılmasını engellemez⁴.

Cebri icra yolu ile taşınmazı iktisap eden kimse, tescilden önce dahi ona malik olur⁵.

B. Özel olarak

Bir örnek olayda, yüklenici edimini yerine getirmediğinden arsa sahibi sözleşmeyi geriye etkili olarak bozmuştur veya bozmamakla birlikte bozma koşulları oluşmuştur.

Arsa sahibi sözleşme gereği bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmiş, yüklenicinin borçlarından dolayı alacaklı tarafından bu bağımsız bölümlere ait tapu kaydına haciz konulmuş, usulüne uygun biçimde başlatılıp sonuçlanan icrai satışın sonunda bu bağımsız bölümler ihaleye katılıp en yüksek öneride bulunan kişi tarafından alınmıştır. Bu süreçte veya sürecin tamamlanmasından sonra, arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bozulması ve yükleniciye ve onun tarafından da alacağın temlik yoluyla üçüncü kişilere temlik edilen tapu iptal ve tescil davası açmış ve kazanmışsa, ihaleyle yüklenicinin payını edinen kişi bundan etkilenir mi?

Yüklenciden bağımsız bölüm satın alan kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin olanaksız olması gerekir. Cebri icra yoluyla yüklenicinin bağımsız bölüm/lerini edinen üçüncü kişi, henüz inşaatına başlanmamış veya inşaat devam etmekte olan bir binadan bağımsız bölüm edinirken, yalnız ihale dosyasını ve tapu kaydını incelemekle yetinmemekte, cebri icraya konu taşınmazı da fiilen incelemekte, bunun sonucu olarak binanın projeye uygun olup olmadığını, kaçak olup olmadığını ve yüklenicinin edimini yerine getirip getirmediğini, yüklenicinin edimini yerine getirmediği takdirde inşaat sözleşmesinin arsa sahibi tarafından geriye

³ 1. HD. 21.1.2009, 11416/561.

⁴ 12. HD. 27.4.2004, 7667/10410.

⁵ HGK. 17.9.1980, 950/2130.

etkili olarak bozulacağını tahmin etmektedir, edebilecek durumdadır. İnşaatın sözleşmeye ve imar mevzuatına uygunluğunu incelemeyen, salt ihale dosyası ve tapu kaydını incelemekle yetinmek iyiniyet savında bulunmaya yeterli değildir. Dahası, o, bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Başka bir anlatımla, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Böyle olunca, TMK. md. 1023'ün koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olamayacaktır.

Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir, edimi ise binayı imal ve teslimdir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geriye etkili sonuç doğurur biçimde bozulmuşsa, Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve "haksız edinme kuralları" uyarınca tarafların aldıklarını karşılıklı olarak geri vermeleri gerekir. Bu nedenle, arsa sahibi ile yüklenici arasında bağitlanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geriye etkili olarak bozulmakla, yüklenicinin borcu nedeniyle cebri icra yoluyla pay kaydının edinme nedeni, hukuksal dayanaktan yoksun kalmıştır. Arsa sahibince yükleniciye geçirilen arsa payı kayıtlarının tescili yükleniciye aynı haklar sağlamaz. Çünkü, aynı haklar illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması, mülkiyet hakkının doğması için yeterli olmayıp; ayrıca geçerli bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü gereğince, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı, yasal kural olarak korunur ise de; aynı Yasa'nın 1024. maddesi hükmü gereğince, bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki nedenden yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Özetle, yükleniciye arsa sahibi tarafından devredilen bağımsız bölümlerin onun tarafından üçüncü kişilere tapudan devir edilmesi durumu ile bu taşınmazın cebri icra yoluyla edilmesi arasında sonuçları bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Cebri icra yoluyla ve açık arttırma suretiyle yapılan satışlar sonucu bir taşınmazın edinilmesi durumunda da TMK'nun 1023 ve 1024. maddesinde belirtilen "tescilin yolsuzluğuna ilişkin dava" açılabilir. Alıcının satışa konu taşınmaz mala ait tapu kaydının yolsuzluğunu bile bile ve kötü niyetle arttırmaya girerek satın aldığı ispatlandığı takdirde davanın kabulüne karar verilir.

Bilindiği üzere taşınmaz malın tescili, sebepli bir hukuki işleme dayanır. Haklı sebep olmaksızın yapılan tescil aynı bir sonuç doğurmaz. Bunun istisnası (ayrıcısı) iyiniyet sahibi üçüncü kişiler yönünden TMK'nun 1023. maddesi ile konulmuş kurala bağlanan durumdur. Bu maddede sözü edilen iyiniyet ise aynı Kanun'un 3. maddesinde deyimini bulan öznel (subjektif) iyiniyettir. Bu itibarla olayın özelliklerine göre kendisinden beklenen özeni sarfetmeyen kişi ediniminde iyiniyetli olarak kabul edilemez. Gerçekten TMK'nun 1023. maddesi satıcının ya da satıcıların değil, satın alan üçüncü kişinin iyiniyetini korumaktadır. Satıcının ya da satıcıların kötü niyetli olması, satın alan üçüncü kişinin iyiniyetinin yasal himaye (koruma) altında bulunmasını önlemez⁶.

Arsa sahibi, ihalenin feshini değil, TMK. md. 1023 ve 1024'de davanın yolsuz tescil nedeniyle tapu iptal ve tescil davası açacaktır.

III. Sonuç

Nasıl ki, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmemesine rağmen, sözleşme gereği, arsa sahibi tarafından tapuda devredilen bağımsız bölümleri tapuda resmi sözleşmeyle satın alan üçüncü kişilerin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak bozulmasından etkilenmeyecekleri öne sürülemezse, yükleniciye devredilen arsa paylarını cebri icra yoluyla edinen kişiler de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili bozulmasından olumsuz olarak etkileneceklerdir: Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini geriye etkili olarak bozduktan sonra açacağı ayrı bir dava ile veya o davanın içinde, cebri icra yoluyla yüklenicinin tapudaki arsa paylarının iptali için tapu iptal ve tescil davası açabilir. Bu durumda da, davanın dayanağı (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ilkeleri gözetilerek değerlendirilmesini gerektiren) Türk Medeni Kanunu'nun 1023 ve 1024. maddeleridir.

⁶ 1. HD. 5.3.1987, 18/1762.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.14.10.2010
E.2011/1-130
K. 2011/149

- “İddianame ve ekleri ile hazırlıktaki tutanaklar ve dosya içeriği okundu” biçimindeki soyut ifade hükme esas alınan ölü muayene ve otopsi tutanağının da okunduğu anlamına gelmez.
(5271 s. CYY m. 181, 209)

Sanık Seçim Ecevit Oral Yıldırım'ın, tasarlayarak öldürme suçundan 5237 sayılı TCY'nın 82/1-a, 62/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca müebbet, ruhsatsız silah taşıma suçundan da 6136 sayılı Yasanın 13/1 ve 5237 sayılı TCY'nın 62/1. maddesi uyarınca 10 ay hapis ve 375 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba, zoralıma ve tutukluluk halinin devamına; sanık Hatice Arslan'ın, tasarlayarak öldürme suçuna yardım etmekten 5237 sayılı TCY'nın 82/1-a-d, 39/2-a maddesi yollamasıyla 39/1, 62/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba ve tutukluluk halinin devamına ilişkin, Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 26.03.2009 gün ve 248-84 sayılı, öldürme suçu yönünden re'sen temyize tabi olan hüküm, sanıklar müdafileri

tarafından da temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 09.06.2010 gün ve 8639-4298 sayı ile;

“...Hükme esas alınan 21.10.2007 tarihli ölü muayene ve otopsi tutanağının sanıklara okunmaması ve diyetlerinin sorulmaması suretiyle, CMK'nın 209. maddelerine aykırı davranılması” isabetsizliğinden, diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur.

Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesince 14.10.2010 gün ve 234-257 sayı ile;

“Sanıkların mahkememizce savunmalarının alınmış olduğu 26.02.2008 günlü celsede, savunma öncesi; ‘iddianame ve eklerinin okunduğu, müsnet suçun izah olunduğu’ ve savunma alındıktan sonra da; ‘hazırlıktaki tutanaklar ile dosya içeriğinin ayrı ayrı okunduğu’nun anlaşılması karşısında, CMK 209/1. maddesinde belirtilen, delil niteliğindeki ‘ölü muayene ve otopsi tutanaklarının’ duruşmada okunması gerektiğine dair hükmün ihlalinin söz konusu olmadığı” şeklindeki gerekçe ile önceki hükümde direnilmiştir.

Öldürme suçu yönünden re’sen temyize tabi olan bu hükmün de sanıklar ve müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının “bozma” istemli, 04.05.2011 gün ve 99681 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık Seçim Ecevit Oral Yıldırım’ın tasarlayarak öldürme ve ruhsatsız silah taşıma, sanık Hatice Arslan’ın da tasarlayarak öldürme suçuna yardım etmekten cezalandırılmalarına karar verilen olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; duruşmada, “iddianame ve ekleri ile hazırlıktaki tutanaklar ve dosya içeriği okundu” ibaresinin, ölü muayene ve otopsi tutanaklarının da okunduğu anlamına gelip gelmeyeceği ve ölü muayene ve otopsi tutanaklarının duruşmada açıkça okunmamasının savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesine ilişkindir.

Ceza yargılamasının amacı maddi gere ulaşmaktır. Bu amaca ulaşılmasını olanaklı kılmak için de 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası delil serbestisi dolayısıyla da bu delillerin hakim vicdani kanaatıyla serbestçe takdir edileceği esasını benimsemiş, ancak duruşmanın ve delillerin doğrudan doğruyalığı ile duruşmaların sözlülüğü ilkelerinin zorunlu sonucu olarak da hakim kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilceği diğer bir anlatımla duruşmada okunmamış ve tartışılmamış belge ve delillerin hükme esas alınamayacağını belirtilmek suretiyle de bir bakıma bu ilkeye sınırlama getirmiştir.

Bu nedenle duruşma sırasında, kanıt aracı olan belge okunmalı, tarafların belge içeriği hakkında bilgi sahibi olmaları sağlanmalı ve söz konusu belgeye karşı bir diyecekleri olup olmadığı sorulmalıdır.

5271 sayılı CYY'nın 191. maddesi uyarınca duruşmanın başında sanığa, iddianame ya da iddianame yerine geçen belgelerin okunması gerekir. Ölü muayene ve otopsi tutanakları ise iddianame yerine geçen belgelerden olmayıp, aynı Yasanın 209. maddesi uyarınca duruşmada okunması zorunlu olan ve iddia ve savunmanın kanıtlanmasına yarayan belgelerdendir.

1412 sayılı CYUY'nın 217. maddesine benzer, ancak önceki düzenlemeye göre daha ayrıntılı biçimde ve iki fıkra halinde yeniden düzenlenen 5271 sayılı CYY'nın 209. maddesinin açık hükmü ile güncelliğini koruyan, Ceza Genel Kurulu ile Özel Dairelerin duraksamasız uygulamalarına göre; duruşmada hazır bulunan sanıklara, dosya içerisindeki diğer belgelerin yanında ölü muayene ve otopsi tutanaklarının da okunması ve okunan bu belgelere karşı savunma olanağının sağlanması zorunludur.

Nitekim Ceza Genel Kurulunun; *"Her ne kadar tutanağın birinci yaprağındaki ilk oturumda; 'iddianame ve ekleri okundu ve sanığın sorgusundan sonra, kayıtlar, ifadeler ve evrakın okunduğu, bunlara karşı sanıktan diyeceğinin sorulduğu' yazılı ise de, bu belirsiz ifadelerden, 242. maddede sayılan sübut delili varakaların okunduğu ve okumalara karşı sanığın bir itirazı olmadığını bildirdiği sonuç ve anlamını çıkarma olanağı bulunmamaktadır, sanığın savunmasına ilişkin olan 242 ve 250. madde hükümlerinin açık ve seçik bir biçimde uygulanması gerekir, uygulamadaki belirsizlik Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan savunmanın kısıtlanması sonucunu*

doğurur” şeklindeki 17.12.1976 gün ve 536-552 sayılı kararı ile bu doğrultudaki pek çok kararları karşısında;

Somut olayda, sanıklar ve müdafilerinin hazır buldukları duruşmada, “iddianame ve ekleri ile hazırlıktaki tutanaklar ve dosya içeriği okundu” biçimindeki, duruşma tutanaklarına yansıyan soyut ifadelerin, yerel mahkemece hükme esas alınan ölü muayene ve otopsi tutanağının da okunduğu anlamına gelmeyeceği açıktır.

Ölü muayene ve otopsi tutanaklarının duruşmada açıkça okunmamasının savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğu, bu halin ise, 1412 sayılı CYUY’nın, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 308/8. maddesinde sayılan mutlak bozma nedenlerindedir.

Bu itibarla; Özel Daire bozma kararı isabetli bulunduğundan, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan bir **Genel Kurul Üyesi ise**; “*duruşmada ‘iddianame ve ekleri ile hazırlıktaki tutanaklar ve dosya içeriği okundu’ ibaresinin, ölü muayene ve otopsi tutanaklarının da okunduğu anlamına geleceği*” görüşüyle karşıoy kullanmıştır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.10.2010 gün ve 234-257 sayılı direnme hükmünün **BOZULMASINA**,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **28.06.2011** günü yapılan müzakerede oy çokluğu ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T. 27.07.2009
E.2011/9-127
K. 2011/138
- “Bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak”, “bozma kararında tartışılması gereken hususları tartışmak”, “bozma kararı sonrasında yapılan araştırmaya, incelemeye, toplanan yeni kanıtlara dayanmak” ve “ilk kararda yer almayan ve daire denetiminden geçmemiş bulunan yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurmak”, suretiyle verilen hüküm yeni bir hüküm değildir.
- (5271 s. CYY. m. 326)

Davacının haksız tutuklanma sonucu uğramış olduğu zarar nedeniyle 30.000 Lira maddi ve 50.000 Lira manevi tazminatın, davalı hazineden tahsiline yönelik isteminin kısmen kabulü ile; 21,83 Lira maddi ve 10.020 Lira manevi tazminatın, dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine ve 900 Lira vekalet ücretinin davalı hazineden alınarak davacıya verilmesine ilişkin, Muş Ağır Ceza Mahkemesince verilen 05.05.2006 gün ve 134-153 sayılı hüküm, davalı hazine vekili tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesince 06.05.2009 gün ve 915-5433 sayılı ile;

“Davanın, beraat kararı verilmesinden itibaren 9 yıl 6 ay gibi uzunca bir süre geçtikten sonra açıldığı ve davacının bu süre içerisinde beraat kararından haberdar olmamasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği de gözetilerek, süresinde açılmayan davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi” isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 27.07.2009 gün ve 180-166 sayılı ile;

“Mahkememizin 05.05.2006 gün ve 2005/134 Esas, 2006/153 Karar sayılı kararının, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 06.05.2009 tarih ve 2008/915 Esas, 2009/5433 Karar nolu kararı ile ‘davanın beraat karar verilmesinden

itibaren 9 yıl 6 ay gibi uzunca bir süre geçtikten sonra açıldığı ve davanın bu süre içerisinde beraat kararından haberdar olmamasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği de gözetilerek süresinde açılmayan davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi' gerekçesi ile bozulmasına karar verilmiş ise de; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.03.2000 tarih ve 8/44-48 sayılı kararında dava açma süresinin 10 yıl olarak belirlendiği, davanın açıldığı tarihte bu kararda bir değişiklik olmadığı gibi, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin de bu yönde bir içtihat değişikliği bulunmadığı, 10 yıllık süre dolmadan açıldığı anlaşılacakla davanın kabulüne karar verildiği, davacı ile ilgili kararın içtihat değişikliği nedeniyle bozulduğu, içtihat değişikliğinin daha önceden açılan davalarda uygulanamayacağı, aksine düşüncenin bireylerdeki adalet duygusunu zedeleyeceği, bu nedenle mahkememizce daha önce verilen kararda bir isabetsizlik görülmediğinden CMK 326/3. maddesi gereğince Yargıtay Bozma İlamına direnilmesine" karar vermiştir.

Bu hükmün de davalı vekili ve davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 12.04.2011 gün ve 56492 sayılı "bozma" istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; tazminat istemine ilişkin davanın yasal süresinde açılıp açılmadığının belirlenmesine ilişkin ise de; Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca, öncelikle yerel mahkeme direnme hükmünün yeni hüküm olup olmadığı hususu ön sorun olarak ele alınıp değerlendirilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun süreklilik kazanmış uygulamalarına göre, şeklen ısrar kararı verilmiş olsa dahi;

- a) Bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak,

- b) Bozma kararında tartışılması gereken hususları tartışmak,
c) Bozma sonrasında yapılan araştırmaya, incelemeye, toplanan yeni kanıtlara dayanmak,
d) İlk kararda yer almayan ve daire denetiminden geçmemiş bulunan yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurmak,

Suretiyle verilen hüküm, özde direnme kararı olmayıp, bozma ya eylemli uyma sonucu verilen yeni bir hükümdür. Bu nitelikteki bir hükmün temyiz edilmesi halinde ise incelemenin Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından yapılması gerekir.

Direnme kararında; ilk hükümde yer almayan yeni ve değişik gerekçe ile, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına yer verilmiş olup, bu hususun Özel Dairece incelenmemiş olması karşısında, konunun ilk kez Ceza Genel Kurulunca incelenmesi olanaklı görülmediğinden, hükmün Özel Dairece incelenmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, direnme kararı olmayıp yeni hüküm niteliğindeki yerel mahkeme hükmünün, temyiz davasına bakmakla görevli olan Özel Dairece incelenmesi gerekeceğinden, dosyanın Yargıtay 9. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Muş Ağır Ceza Mahkemesince verilen 27.07.2009 gün ve 180-166 sayılı karar yeni hüküm niteliğinde olduğundan, dosyanın temyiz incelemesi için Yargıtay 9. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **21.06.2011** günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T. 24.11.2010
E.2011/4-128
K. 2011/135
- Süre ve istek koşullarına uygun bir temyiz davası yoksa ya da hüküm kendiliğinden temyiz incelenmesine tabi değilse, Yargıtayca incelenmesi olanaksızdır.
(5271 s.. CYY. m. 310, 305)

Sanık Mehmet Ali Altay'ın tehdit suçundan beraatına ilişkin, İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesince verilen 29.11.2007 gün ve 525-946 sayılı hükmün katılanlar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesince 26.04.2010 gün ve 10866-7147 sayı ile;

“...2-Tehdit suçundan kurulan hükme yönelik temyize gelince;

Anayasanın 141/3, 5271 sayılı CYY'nun 34/1, 230/1 ve 1412 sayılı CYUY'nun 308/7. maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının, sanıkları, mağdurları, Cumhuriyet Savcısını ve de herkesi inandıracak ve Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması, Yargıtay'ın gerekçelerde tutarlılık denetimini yapması ve bu açıdan gerekçelerde disiplin işlemini yerine getirmesi için kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların iddia savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması, belirsiz, kapalı ve duraksamalı söylemlerden kaçınılması, suçun yasal öğeleri ve kabul edilen olayların gösterilmesi gerekirken, bu ilkelere uyulmadan yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmadan sonra yeniden yargılama yapan İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesince 24.11.2010 gün ve 5840-1093 sayı ile ilk hükümde direnilerek, sanığın beraatına karar verilmiştir.

Re'sen temyize tabi olmayan hüküm, taraflar ve Cumhuriyet savcısınca da temyiz edilmemiş olup, yerel mahkemece, önceki temyize dayalı olarak Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderilen dosya; Yargıtay C. Başsavcılığının “taraflarca temyiz edilmemiş olan dosyanın incelenmeksizin mahalline iadesi” istekli 04.05.2011 gün ve 119905 sayılı tebliğnamesiyle, Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanık hakkında tehdit suçundan kurulan hükümle sınırlı olarak yapılmıştır.

Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; taraflarca temyiz edilmeyen yerel mahkeme direnme hükmünün, Ceza Genel Kurulunca incelenmesinin olanaklı olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinde;

Katılanlar vekilinin yüzüne karşı verilen 24.11.2010 günlü direnme kararının, sanığa 06.12.2010 tarihinde tebliğ edildiği, resen temyize tabi olmayan, taraflarca ve Cumhuriyet savcısınca da temyiz edilmeyen direnme hükmünün yerel mahkeme tarafından Ceza Genel Kuruluna gönderildiği anlaşılmaktadır.

Olağan yasa yollarından olan temyiz incelemesinin yapılabilmesi için, 1412 sayılı CYUY'nun, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 310. maddesinde açıklanan süre ve istek koşullarına uyularak açılmış bir temyiz davasının bulunması gerekir. Bu kuralın istisnası ise CYUY'nun 305/1. maddesinde öngörülen onbeş yıl ve daha yukarı özgürlüğü bağlayıcı cezalara ilişkin hükümlerin yasa gereği kendiliğinden temyize tabi oluşudur.

Süre ve istek koşullarına uygun bir temyiz davası yoksa ya da hüküm kendiliğinden temyiz incelemesine tâbi değilse, Yargıtayca incelenmesi olanaksızdır. Yerel mahkemelerin direnme kararlarının temyizen incelenmesi bakımından da aynı koşullar geçerlidir.

İncelenen dosyada, sanığın tehdit suçundan beraatına ilişkin direnme kararı, katılanlar vekilinin yüzüne karşı verilmiş ve yokluğunda karar verilen sanığa da usulüne uygun olarak tebliğ edilmiştir. Ancak direnme kararı taraflar ve Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmemiştir. Direnme hükmü yasa gereği kendiliğinden temyize tabi kararlardan olmadığı gibi, bu karar aleyhine açılmış bir temyiz davası da bulunmadığından, dosyanın incelenmeksizin iadesine karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1-Açılmış bir temyiz davası bulunmaması ve direnme hükmünün kendiliğinden temyize tâbi olmaması karşısında, dosyanın incelenmeksizin **MAHALİNE İADESİNE,**

2-Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına **TEVDİİNE, 21.06.2011** günü tebliğnamedeki isteme uygun olarak oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

15.04.2011 * Avukat, mesleki çalışmasından ötürü aleyhine
E. 2010/722 açılan dava layihasının bir örneğini barosuna
K.2011/235 verir, Baronun hukuki anlaşmazlıklardaki ara-
buluculuk teklifini kabul etmek zorundadır.

(TBB Meslek Kuralları m. 15)

Şikayetli avukat hakkında, aleyhine Şişli 2.İcra Müdürlüğünün 2006/22275 Esas sayılı dosyası ile daha önce takip konusu ve tahsil ettiği avukatlık ücretine ait mahkeme kararının, Yargıtay'dan karar düzeltme aşamasında bozulması nedeni ile geri alınması için icra takibi yapıldığı, itirazı üzerine İstanbul 14.Asliye Ticaret Mahkemesinde 2007/756 Esas sayısı ile kayıtlı itirazın iptali davası açıldığı, bu mahkemenin görevsizlik kararı üzerine de İstanbul 6.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/104 Esas sayısında kayıtlı itirazın iptali davası açıldığı, bu davalarda davacı vekili olan şikâyetçi avukatı Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesine göre barosuna bilgi vermediği için şikâyet ettiği halde, kendisinin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 15.maddesine göre aleyhine açılan davayı barosuna bildirme ve dava dilekçesinin bir örneğini baroya verme yükümlülüğünü yerine getirmedeği, iddiası ile yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda eylemde disiplin suçu bulunmayarak disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikâyetli avukat ve vekili savunmalarında, şikâyetli avukatın, şikâyetçi avukat ile ilgili olarak Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesine aykırı davrandığı iddiası ile İstanbul Barosuna sunduğu 17.01.2008 tarihli şikâyet dilekçesi ile Baro'nun hakkında açılan davayı da öğrenmiş olduğunu, bu dilekçenin aynı zamanda 15.madde kapsamında kendisi hakkında açılan davayı da bildirmek olarak da kabul edilmesi gerektiğini, şikâyetçi avukatın, hakkındaki disiplin kovuşturmasında ceza alması üzerine şikâyet ettiğini, bu durumun olayı kişiselleştirme olduğunu, şikâyet tarihi itibarıyla zaten ilgili davalar sonuçlanmış olduğu için arabuluculuk ihtimalinin de fiilen ve yasal olarak imkansız olduğunu bildirmişlerdir.

Avukatlık Yasasının 34.maddesinin göndermesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 15.maddesine göre "Mesleki çalışmasından ötürü aleyhine açılan dava layihasının bir örneğini avukat, barosuna verir. Baronun hukuki anlaşmazlıklardaki arabuluculuk tekliğini kabul etmek zorundadır."

Şikâyetli avukat hakkındaki Şişli 2.İcra Müdürlüğünün 2006/22275 Esas sayılı icra takibinin, daha önce şikâyetli avukat tarafından yapılan ve Mahkeme kararına bağlı avukatlık ücretine ilişkin icra takibinde, kararın Yargıtay'ca onanması üzerine tahsil edilmiş bulunan miktarın, karar düzeltme aşamasında kararın bozulması üzerine iadesi amacı ile yapıldığı, şikâyetli avukatın itirazı üzerine açılan İstanbul 6.Asliye Hukuk Mahkemesindeki davanın da icra takibindeki itirazın iptaline yönelik bulunduğu ihtilafsızdır. Bu niteliği ile açılan davaların şikâyetli avukatın "mesleki çalışmasından ötürü" açılmış bir dava olduğu görülmekte olup, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 15. maddesi kapsamında bulunduğu tartışmasızdır. Şikâyetli avukatın, şikâyetçi avukat hakkında Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesine göre başka bir avukata karşı açtığı davayı barosuna bildirme yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiası ile 17.01.2009 tarihli şikâyet dilekçesinin, aynı zamanda mesleki çalışmasından ötürü aleyhine açılan davayı bildirmek yükümlülüğünü yerine getirmek olarak değerlendirmek mümkün değildir. Dosyaya sunulan dilekçe örneğinde bu yönde bir ibare bulunmadığı gibi, maddeye göre sadece bilgi vermek değil, aleyhindeki dilekçenin bir örneğini de barosuna vermek gereği maddede açıkça belirtilmiştir. Şikâyet tarihi itibarıyla davaların sonuçlandığı ve arabuluculuk imkânının kalmadığı yönündeki savunmanın da, bu yü-

kümlülüğü yerine getirmemek için mazeret sayılması mümkün bulunmadığı gibi, maddenin getirdiği yükümlülüğün zaten şikâyet tarihine kadar yerine getirilmiş olması gerektiğine göre bu durumun maddenin uygulama alanını ortadan kaldırması da düşünülemez.

Baro'nun, 27/2.maddenin uygulamasında da olduğu gibi maddenin amacına uygun gereklilikleri yerine getirmediği, getirirler de sonuç alınamayacağı gibi mütalaalarla, geçerli hükümleri uygulaması da kabul edilemez.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde hukuksal isabet bulunmamış, "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak, başkaca incelemeyi gerektirir bir husus da bulunmadığından şikâyetli avukatın "uyarma" cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin 08.06.2010 gün ve 2009/D.816 Esas, 1020/310 Karar sayılı kararının KALDIRILMASINA şikâyetli Avukat Ö.M.B.'nin UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, katılanların oybirliği ile karar verildi.

- 15.04.2011** * **Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.**
- E. 2010/724**
- K.2011/236**
- * **Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.**
- * **Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**
- (Av.K. m. 34, 136/1; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)**

Şikâyetçi, 17.07.2008 tarihinde şikâyetli avukata miras meselesi ile ilgili işlemlerini takip etmesi için vekâletname verdiğini, işin başında kendisinden talep edilen 1.500,00.Euro ücreti 06.02.2009 tarihinde öde-

diğini, şikâyetli avukatın mahkemeye başvurduğunu ve babasından kalan taşınmazlarla ilgili tedbir koydurduğunu söylediğini, 17.11.2008 tarihinde kendisini İstanbul'a ilk duruşmaya çağırmasına rağmen gelmediğini, daha sonra yaptığı araştırma sonucunda hiçbir işlem yapmadığını anlaması üzerine azilname gönderdiğini, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında usulüne uygun tebligata rağmen savunma vermemiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasının 34.maddesine aykırı bularak, sicilindeki disiplin cezalarını da nazara almak sureti ile şikâyetli avukatın "3 ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesine" karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetçinin, babası tarafından bağış yoluyla kız kardeşine intikal eden taşınmazın tapusunun iptali için dava açmak üzere şikâyetli avukata vekâletname verdiği, 04.08.2008 tarihinde şikâyetli avukata 1.500. Euro ücretin havale yoluyla ödendiği, her ne kadar şikâyetli avukatın ödeme tarihini 06.02.2009 olduğunu savunmasına karşın dosya içindeki ödeme belgesinden ödemenin 04.08.2008 tarihinde yapılmış olduğu, şikâyetli avukatın belirttiği tarihin azil tarihi olduğu, şikâyetli avukatın azledildiği 06.02.2009 tarihine kadar şikâyetçi adına herhangi bir işlem yapmadığı, açılacak davanın masrafı ve sair giderleri için şikâyetli avukata bir ödemenin olmadığı, ancak şikâyetli avukatın da bu konuda şikâyetçi müvekkilinden yazılı bir talebinin olmadığı, şikâyetli avukat tarafından da masraf ve gider talebine ilişkin yazılı bir belgenin dosyaya sunulmuş olduğu, anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukata ait sicil dosyası incelendiğinde, tekerrüre esas teşkil edecek, 07.02.2008 ve 08.02.2008 tarihlerinde kesinleşmiş iki adet kınama cezasının olduğu, ayrıca tekerrüre esas teşkil etmeyen işbu dosyadaki eylem tarihinden sonra kesinleşmiş bir başka kınama cezası ile 214,00.-TL. sı para cezasının da olduğu görülmüştür.

Şikâyetli itiraz dilekçesinde dava ile ilgili masrafların olduğunu, ödenmediği için de işlem yapamadığını, durumu şikâyetçiye ilettiğinin-

de de ödenmediğini ve şikâyet edildiğini bildirmiştir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 42.maddesine göre, avukatların işle ilgili masraf isteyebileceğini düzenlemektedir. Masrafın verilmemesi halinde avukat işi takip etmek zorunda değildir. Ancak, masraf verilmemesi durumunda işlem yapılamayacağını ve sonuçlarının vekil eden kişiye yazılı olarak bildirilmiş olması, masrafın ödenmemesi halinde de avukatın üstlendiği görevden çekilmesi gerekmektedir. Bu nedenle şikâyetli avukatın masraf verilmediği için davayı açmadığına ilişkin savunmasına itibar edilmemiştir.

1136 Sayılı Avukatlık Yasasının 34.maddesi “Avukatlar, yüklenedikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler” 134. maddesi “Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlara, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.” hükmünü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 3.maddesine göre “Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.”, 4.maddesine göre de “Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.” hükmünü ih-tiva etmektedir.

Avukatlık Yasasının 136/1.maddesine göre “Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para ve işten çıkarma cezası ve 5.maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giymesi halinde meslekten çıkarma cezası uygulanır.”

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır. Şikâyetli avukatın eylem tarihinde disiplin sicilinde kınama cezası bulunduğundan, Avukatlık Yasasının 135.maddesinde tayin olunduğu şekli ile para cezası yerine bir üst ceza olan işten çıkarma cezası tayininde hukuki isabet görülmemiş, “ 3 ay

süre ile işten çıkarma cezası verilmesine” ilişkin kararın, “214,00.-TL. sı para cezası” na çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun “**3 Ay Süre İle İşten Çıkarma**” cezası verilmesine ilişkin kararının 214,00.-TL.sı Para Cezasına çevrilmesi suretiyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, Şikâyetli Avukat C.E.’nin **214,00.-TL.SI PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

- 15.04.2011 * Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin
E. 2010/738 kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve
K.2011/238 onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.
- * Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.
- * Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.
- (Av.K. m. 34, 136/1; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikâyetli avukat hakkında, borçlunun ölü olduğunu bildiği halde yasaya aykırı şekilde ölü hakkında icra takibi başlatıp ödeme emri göndererek şikâyetçiyi dava açmak zorunda bıraktığı ve bu nedenle maddi ve manevi olarak şikâyetçinin mağdur edildiği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, borçlunun vefat ettiğini bildiğini, borç konusu bonoların tahsili amacıyla borçlunun mirasçılara ulaşabilmek için icra müdürlüğünden kendisine böyle bir görüş bildirildiğinden önce vefat eden borçlu aleyhine icra takibi başlattığını, sonra da icra dairesinden aldığı yetki belgesi ile veraset ilamı çıkarıp borçlunun mirasçılarını tespit ederek onlara ödeme emri gönderdiğini, karşı

tarafın açtığı “Takibin İptali” davasında mahkemenin takibin iptaline karar verdiğini, somut olayda bir usul hatası yaptığını, her avukatın yanlış değerlendirme ile yanlış dava açabileceğini, herhangi bir kastı ve kötü niyeti olmadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasına ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 36 ve 37. maddelerine aykırı bularak şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat, Baro Disiplin Kurulu kararında şikâyet dilekçesinde yer almayan Meslek Kurallarınının 36 ve 37.maddelerine göre değerlendirme yapıldığını, bunların yeni bir suç isnadı olduğunu bildirerek itiraz etmiştir.

Disiplin incelemesinde, Baro Yönetim Kurulunca verilen disiplin kovuşturması açılması kararı, adeta iddianame niteliğinde olduğundan Baro Disiplin Kurulu, kovuşturma açılması kararında belirtilen eylemle bağlı olarak yürüttüğü kovuşturma sonunda, Baro Yönetim Kurulunun bu eylemle ilgili sevk maddesi ile bağlı olmaksızın eylemin değerlendirmesini yaparak karar verir.

Baro Yönetim Kurulununun 01.02.2010 tarihli “Disiplin kovuşturması açılmasına” ilişkin kararında, şikayetli avukatın, borçlunun ölü olduğunu bildiği halde yasaya aykırı şekilde İcra Hukuk Mahkemesinden ölü kişinin varislerini tespiti için yetki almak yerine ölü aleyhine icra takibi yapması ve ödeme emri göndertip şikâyetçiyi dava açmak zorunda bırakması ve bu nedenle maddi ve manevi olarak mağdur etmesinden ibaret eylemi ile ilgili olarak disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Her ne kadar Baro Disiplin Kurulu kararında, Baro Yönetim Kurulunun disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin kararında yer almayan şikayetli avukatın menfaati zıt taraflara da avukatlık yaptığını kararının gerekçesinde kabul etmiş ve bu husus hukuka aykırı ise de Baro Disiplin Kurulu kararında şikâyetli avukatın ölene kadar şikâyetçinin murisinin vekili olup tüm işlerini takip ettiğini, bu sebeple öldüğünü bilmesine rağmen ölen şahıs aleyhinde icra takibi başlattığını da kararının gerekçesinde bildirmiş olmakla, Baro Yönetim Kurulunun disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin kararında yer almayan “Menfaati zıt taraflara avukatlık yapmak” eyleminin de kararın gerekçesinde yer almış olması, hukuken isabet görülmemiş ise de durum kararın geçer-

liliğine etkili olmadığından bu hususa değinilmekle yetinilmiş, kararın bozulmasına gerek görülmemiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın, şikâyetçinin murisi Y.D.'nin sağlığında vekili olduğu ve işlerini takip ettiği, şikâyetçinin murisinin öldüğünü bildiği hatta cenaze törenine dahi katılmasına rağmen, ölü Y.D. aleyhinde icra takibi başlattığı, ölü Y.D. adına ödeme emri tebliğe çıkardığı daha sonra icra müdürlüğünden yetki belgesi alarak çıkarttığı veraset ilamına istinaden ölü borçlunun varislerine ödeme emri çıkarttığı, kesinleşen takip gereğince haklarında haciz işlemlerini başlattığı, varislerin başvurusu üzerine Sinop İcra Hukuk Mahkemesince takibin iptaline karar verildiği, anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasasının 34.maddesine göre, "Avukatlar, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdür."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesine göre "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür." 4.maddesine göre "Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."

Şikâyetli avukatın eylemi, mesleğin özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirilmesi ilkelerine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikâyetli avukatın eylemi aynı zamanda Yasanın altıncı kısmında bulunan Avukatlık Yasasının 34.maddesine de aykırı olması ve Avukatlık Yasasının 136/1.maddesine göre, Yasanın avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmındaki esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama cezası uygulanması gerekmesi sebebiyle, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve tayin ettiği kınama cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun "**Kınama Cezası Verilmesine**" ilişkin kararının **ONANMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

**15.04.2011 * Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin
E. 2010/741 kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk
K.2011/239 ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık
unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun
biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği
Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.**

(Av.K. m. 34)

Şikâyetçi, eşinden boşanmak ve 50.000.TL. maddi, 150.000.TL. manevi tazminat davası ile katkı payı ve ziynet eşyalarının iadesi için dava açması, eşi hakkında suç duyurusunda bulunması için şikâyetli avukata vekaletname verdiğini, şikâyetli avukatın tazminat isteği için harcın fazla tutacağını belirtmesi üzerine, hemen kendisine 3.750,00.-TL. sı ödediğini, şikâyetli avukatın gayrimenkule ilişkin katkı payı davası açtığını ve davanın bitiminde %15 oranında vekalet ücreti talep edeceğini bildirdiğini, boşanma davasının ilk duruşmasında nafaka kararı verildiğini ve nafakayı icraya koyduğunu söylemesine rağmen, yaptığı araştırmada boşanma davalarındaki tazminat taleplerinin harçtan muaf olduğunu öğrenmesi üzerine, şikâyetli avukata sorduğunda harcın 10.000,00.-TL. sı tutacağını ifade ettiğini, boşanma davasında delil niteliği olan bazı belgeleri ibraz etmemesi üzerine kendisini 19.01.2007 tarihinde azlettiğini, azilden hemen sonra dosyasını istemek için bürosuna gittiğinde şikâyetliyi bulamadığını, telefonla konuşmasında dosyayı vermeyeceğini bildirdiği ve para istediğini, daha sonra polislerin gelip kendisini karakola götürerek şikâyetli avukatı tehdit ettiği gerekçesiyle ifadesinin alındığını, bu ifadenin daha sonra şikâyetli avukat tarafından davalı taraf vekiline verilerek boşanma davasının son celsesinde aleyhine kullanıldığını, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, boşanma ve tazminat davası için baştan 3.750,00.-TL. sın masraf ve vekâlet ücreti olarak aldığını, 150.000,00.-TL. lık tazminatın tamamına karar verilmesi halinde %15 üzerinden 20.000,00.-TL. sı bir vekalet ücreti ödemesini kararlaştırdıklarını, boşanma davasının son aşamasına gelindiğinde şikâyetçinin kendisinin büroda olmadığı bir zamanda büroya gelerek dosyasını

istediğini ve çıkarttığı arbeye nedeniyle çalışanların polis çağırarak zorunda kaldığını, karakoldaki tutanakların kendisi tarafından karşı taraf vekiline verilmesinin söz konusu olamayacağını, davalı vekilinin bir şekilde ele geçirdiğini, ayrıca bu tutanağın davayı olumsuz etkilemediğini, müvekkili lehine karar verilerek davanın sonuçlandığını, katkı payı davasını açmadığını, harçta talep etmediğini, bu konunun daha sonra açılacak bir dava olması sebebiyle işin başında konuşulmadığını, nafaka için Karşıyaka 3.İcra Müdürlüğü'nün 2006/11115 Esas sayılı dosyasıyla takip başlattığını, bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın boşanma davasını takip için masraf ve vekâlet ücretine mahsuben 3.750,00.-TL. sı aldığı, şikâyetçinin şikâyetli avukatı bir takım kuşkuları sebebiyle 19.01.2007 tarihinde azlederek aynı gün şikâyetli avukatın bürosuna giderek dosyasını talep ettiği, verilmemesi üzerine de bir takım fevri hareketlerde bulunduğu, bu davranışları sebebiyle karakola davet edildiği, şikâyetli avukatı tehdit ettiği gerekçesiyle İzmir 6.Sulh Ceza Mahkemesinde açılan 2007/834 Esas sayılı kamu davasında, mahkemenin 2009/2489 sayılı kararı ile mahkumiyet ve cezanın TCK 231.maddesi gereğince " Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına" karar verildiği, şikâyetli avukatın azlinden sonra 15.02.2007 tarihinde boşanma davasının sonuçlandığı, son celsede davalı taraf vekilince dosyaya davacı/şikâyetçinin polis karakolunda verdiği ifade tutanağının ibraz edildiği, mahkemece tarafların boşanmasına ve 5.000,00.-TL. sı maddi, 5.000,00.-TL. sı manevi tazminata karar verildiği, şikâyetçi lehine nafaka kararına ait boşanma davasının ilk duruşmasının 05.10.2006 tarihi olduğu, mahkemece belirlenen nafakanın icraya konulma tarihinin ise 06.12.2006 tarihi olduğu, şikâyetli avukatın azledildiği 19.01.2007 tarihine kadar icra dosyasında, tebligat dışında, herhangi bir işlem yapmadığı anlaşılmıştır.

Şikâyetçinin boşanma davası ile birlikte maddi ve manevi tazminat talep etmesi karşılığında şikâyetli avukatın bu kadar yüksek miktardaki talebin harcının da yüksek olacağını beyan etmesi, avukattan beklenen özen ve doğruluk ilkelerine ters düşmektedir. Zira boşanmaya bağlı olarak talep edilecek tazminatın harca tabii olmadığı bilinen bir kural olmasına rağmen aksine beyan, anılan ilkelerle örtüşmeyen aykırı bir davranıştır.

Şikâyetçinin açılması konusunda talimat verdiği taşınmaz ile ilgili dava ve eşi için suç duyurusunda bulunma ile ilgili olarak kovuşturma dosyasında işlem yapıldığını gösterir belgeye rastlanmamıştır.

Şikâyetçinin polis karakolunda ifadesinin alınmasına kadar giden süreç dosya kapsamından anlaşıldığına göre şikâyetçinin azilden sonra dosyasını istemesi ve şikâyetli avukatın da dosyayı iade etmemesinden kaynaklanmıştır. Şikâyetli avukat beyanlarında da belirttiği gibi sadece boşanma davasını açmış ve bu dava ile ilgili olarak ta baştan masraf ve vekâlet ücretini almıştır. Taraflar arasında ücret sözleşmesi olmadığı için, uygulanması gereken tarife asgari ücret tarifesi olup, şikâyetli avukat, asgari ücret tarifesinin de üzerinde vekâlet ücreti almıştır. Avukatlık Yasasının 39/2.maddesinde “*Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir.*” şeklinde düzenleme getirmiş ise de şikâyetlinin bu maddeye dayanarak hapis hakkını kullanması için bir gerekçesi bulunmayıp, kendisinde bulunan dosyayı şikâyetçiye iade etmek zorundadır. Kaldı ki belirlenecek tazminatın % 15 ini talep etme hakkının olduğu kabul edilse dahi azilden sonra bunun yöntemi dosyanın iade edilmemesi olmayıp, yasal yollara başvurmaktır. Ayrıca, şikâyetli avukat, Baro Disiplin Kurulunda verdiği sözlü savunmasında da “ancak azil edildiği takdirde dosyayı şikâyetçiye verebileceğini söylediğini” bildirmiştir.

1136 Sayılı Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34.maddesi “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler” hükmünü içermektedir.

Avukatlar üzerlerine aldıkları görevi en iyi şekilde ve en kısa zamanda yerine getirmek zorundadırlar. Avukatlık Kanununun 34.maddesi bu görevi en açık şekilde düzenlemiş, avukatların görevlerini mesleğin kutsallığına yakışır şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek zorunda olduklarını vurgulayarak görevin tanımını yapmıştır. Şikâyetli avukatın, yüklendiği görevi özen ve doğruluk içinde yerine getirmediği dosya içeriğinden anlaşılacakla, eylemi Avukatlık Yasasının 34.maddesine aykırı olup, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Avukatlık Kanununun 136/1.maddesi “Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası uygulanır.” hükmünü taşımaktadır.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukat hakkında disiplin cezası tayin ederken kararında, şikâyetli avukat hakkında tekerrüre esas cezasının bulunmadığını kabul etmiş ise de şikâyetli avukatın disiplin sicilinde kovuşturma konusu eylem tarihinden önce 16.06.2006 tarihinde kesinleşmiş bir kınama cezasının bulunduğu anlaşılmakta, şikâyetli avukat hakkında bu eylemi sebebiyle para cezası tayini gerekirken, kınama cezası tayininde isabet bulunmamakta ise de aleyhte itiraz olmadığından, bu hususa değinilmekle yetinilmiş, “Kınama cezası verilmesine” ilişkin kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “Kınama Cezası Verilmesine” ilişkin kararının aleyhte itiraz olmaması sebebiyle ONANMASINA oybirliği ile karar verildi.

AIHM TÜRKiYE RAPORU

Avrupa İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg'in

10-14 Ekim 2011

tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı

RAPOR

"Türk Adalet Sistemi İnsan Haklarını Daha İyi Korumalıdır"

10/01/2012 Strasbourg – Bugün, Türkiye'de adalet yönetiminin, insan haklarının korunması üzerindeki etkilerine dair bir rapor yayımlayan Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, "Türk adalet yönetiminde uzun süredir var olan yapısal eksikliklerin insan haklarından yararlanılmasını olumsuz yönde etkilediğini" belirtmiştir.

Yapılan ciddi reformlara ve bazı önemli engellerin halledilmesi konusunda Türkiye'nin son yıllarda kaydettiği ilerlemelere rağmen, ülkedeki kanun ve uygulamalar hala Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadıyla tam uyumlu değildir. İlerlemeyi engelleyen önemli faktörlerden biri, çeşitli seviyelerdeki hakim ve savcılarının izlediği, devleti korumayı insan haklarını korumanın üstünde tutan yerleşik tutum ve uygulamalardır.

Uzun yargılamalar ve tutukluluklar ciddi endişeler doğurmaya devam etmektedir. “Türk yetkili makamları, yargılamayı hızlandırmaya ve tutuklama dışındaki alternatifleri daha sık kullanmaya yönelik çabalarını artırmalıdır. Yetkili makamlar, halen on yıla kadar uzayabilen aşırı uzun tutukluluk süresi sınırlarını da kısaltmalıdırlar.” Komiser, yetkilileri savcıların oynadığı rolü, adli kolluğun işleyişini ve iddianamelerin niteliğini de değerlendirmeye teşvik etmektedir.

Komiser, özellikle işkence ve kötü muameleye ilişkin ciddi insan hakları ihlallerinde dokunulmazlıkla mücadelede kaydedilen önemli ilerlemeleri memnuniyetle karşılamakta, ancak sorunların devam ettiğini düşünmektedir ki bu sorunlardan bazıları gazeteci ve yazar Hrant Dink cinayetinin soruşturulması sırasında ortaya çıkmıştır. İşkenceyle ilişkili olmayan vakaların soruşturulması için idari ön izin alma gereği, kısa zamanaşımı süreleri ve dokunulmazlıkla mücadeleye dair istatistiklerin olmaması endişe veren önemli faktörlerdir. Komiser, örneğin LGBT bireylere yönelik şiddet davalarında olduğu gibi bazı davalarda orantısız bir şekilde hafif cezalar verilmesinden de kaygı duymaktadır.

Komiser Hammarberg, yetkili makamları, mağdurların cezai soruşturma ve yargılamaya katılımını geliştirmeye acilen davet etmektedir. Komiser, etkili bir polis şikayet mekanizmasının kurulmasını ve bütün sorgulamaların zorunlu olarak kaydedilmesini teşvik etmektedir.

Ayrıca Komiser, Türk mevzuatında terörizmle ve bir suç örgütüne üyelikle ilgili bazı suçların, mahkemelerin çok geniş bir yorum yapmasına imkan sağlayacak şekilde tanımlanmış olması konusunda duyduğu kaygıları da ifade etmektedir. “Terörizm olağanüstü tehditler ve zorluklar oluşturmaktadır ancak terörizmle insan haklarına tam anlamıyla saygılı olarak mücadele edilmelidir. Savcılar ve hakimler özellikle terörist eylemler ile düşünce, ifade, toplantı ve dernek özgürlüğü hakları kapsamına giren eylemler arasındaki sınırı ilgilendiren AİHM içtihatları konusunda daha hassas hale getirilmelidir.”

Komiser, ceza muhakeme usulünün bütün aşamalarında çekişmeli yargılama ve silahların eşitliğini sağlayarak, adil bir yargılamayı güvence altına almanın önemini vurgulamaktadır. Bu anlamda, şüphelilerin kendilerine karşı öne sürülen kanıtlara erişimiyle ilgili kısıtlamalar, ya da savunmanın tanıkları ve bilirkişileri çapraz sorguya çekme ve mahkemeye çağırma olanaklarını kısıtlayan pratik sorunlar gibi

çeşitli eksiklikler olduğunu belirtmektedir. Komiser gizli tanıklığın kullanılmasıyla ilgili kaygılarını da dile getirmekte ve telefon görüşmelerini dinlemek gibi koruma tedbirlerine izin verirken daha etkili bir adli tahkikat yapılmasını önermektedir.

Komiser, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde savunma hakkına olağan ceza usulüne kıyasla çok ciddi kısıtlamalar getirildiğini göz önünde bulundurarak, yetkili makamları, bu mahkemelerin gerekliliğini gözden geçirmeye teşvik etmektedir.

Son olarak Komiser, hakimlerin yürütmeden bağımsızlıklarını güçlendirmek ve yargı bünyesinde iç demokrasiyi geliştirmek üzere daha fazla önlemlerin alınmasını istemektedir.

Türk yetkili makamlarının yorumları Rapor'a eklenmiştir.

Strasbourg, 10 Ocak 2012

Orijinal metin: İngilizce

Özet

Avrupa İnsan Hakları Komiseri ("Komiser") ve delegasyonu 10-14 Ekim 2011 tarihleri arasında, Türkiye'ye, ülkedeki adalet yönetimi ve insan haklarının korunmasına ilişkin bazı önemli hususlara odaklanan bir ziyaret yaptı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (bundan böyle "AİHM") Türkiye'de adalet yönetimine ilişkin olarak uzun süredir devam eden birçok sorun tespit etmiştir, ki bu sorunlar Türk halkının adalet sisteminin etkinliği, bağımsızlığı ve tarafsızlığı algısı kadar insan haklarından yararlanılmasını da olumsuz yönde etkilemektedir.

Komiser, bu sorunları halletmek üzere, Türkiye'nin son yıllarda sarf ettiği çabaları ve kaydettiği ilerlemeyi ve anayasa, yasalar, kurumlar ve uygulama alanlarında şu ana kadar gerçekleştirilmiş önemli

reformların farkındadır. Komiser bu reform sürecinde Türk makamlarıyla gerçekleştirdiği yapıcı diyalogu takdir etmektedir.

Ancak Komiser bu reformların, Türkiye’de hukuku ve uygulamayı AİHM içtihadıyla uyumlu hale getirmek üzere tam ve istenilen potansiyele henüz erişmediğini ve daha fazla çabanın gerekli olduğunu düşünmektedir. İlerlemeyi engelleyen önemli faktörlerden birinin, hâkim ve savcılarının devleti korumayı insan haklarını korumanın üstünde tutan yerleşik tutum ve uygulamaları olduğu görülmektedir.

Bu tutumların bazıları, 1982 Türk Anayasası’nın lafzı ve ruhuyla yakından bağlantılıdır. Komiser, Anayasa’nın kapsayıcı ve demokratik bir süreçte yeniden gözden geçirilmesi gerektiği konusunda Türk toplumunda ve siyasi kadrolarda var olan geniş konsensüsü memnuniyetle karşılamaktadır. Komiser, bir yandan bu süreç ilerlerken bir yandan mevcut Anayasa’nın 90. maddesinin -ki bu madde uluslararası insan hakları sözleşmelerinin iç hukuka üstünlüğünü tanımaktadır- tam olarak yürürlüğe konulması için daha fazla çaba sarf edilmesi gerektiğini düşünmektedir.

Bu Rapor, Türkiye’de adalet yönetimi ve insan haklarının korunmasına ilişkin şu önemli meselelere odaklanmaktadır:

I. Yargılamanın aşırı uzun sürmesi ve tutukluluğa çok sık başvurulması

Komiser, yargılamanın aşırı uzun sürmesinin, Türk adalet sisteminde kronik bir işlev bozukluğu olduğunu gözlemlemekte ve AİHM’in bu bağlamda ihlaller yapıldığı sonucuna varan çok fazla kararı olduğunu belirtmektedir. Komiser, mahkemelerin ve savcılarının ciddi miktarda birikmiş işleri ve ağır iş yükleri dahil, aşırı gecikmelere yol açan çeşitli nedenler olduğunu vurgulamakta ve yetkili makamları, daha çok adli personel ve hukuk destek elemanını işe alma çabalarını hızlandırma konusunda teşvik etmektedir. Komiser yargılamanın hızlandırılmasına ilişkin mevcut çabaların farkında olup, yetkili makamları, yargılama usullerine ilişkin zaman sınırlamaları getirmek ve yargılama sırasındaki kesintileri azaltmak gibi başka önlemleri de değerlendirmeye ve Avrupa Konseyi’nin, adli zaman yönetimi konusundaki uzmanlığından yararlanmaya teşvik etmektedir.

Komiser, Türk savcılarının “kapı tutma işlevini, yani kamu davası açılmasını hak etmeyen halleri elemek üzere kullanabilecekleri inisiyatif artırmaları gerektiğini tekrar vurgulamaktadır. Savcılar bir davayı sürdürmeye karar verdikleri zaman, soruşturmayı yürütmek ve koordine etmek ve polisin ilettiği kanıtları değerlendirmek üzere kendilerine yeterli kaynak sağlanmalıdır. Ayrıca adli kolluk sistemi, savcıların bu görevleri yerine getirmelerine tam anlamıyla destek olmak üzere geliştirilmelidir. İddianamelerin kalitesine de dikkat edilmelidir.

Komiser, özellikle AİHM içtihadı göz önüne alındığında, tutukluluğa çok sık başvurulmasına ve uzun tutukluluğa ilişkin kaygılarını tekrarlamaktadır. Komiser, yetkili makamları, kişilerin mahkûm olmadan önce tutuklu olarak geçirdiği sürelerin makul sınırlar dışına çıktığı durumlardan kaçınmaya acilen davet etmektedir, çünkü bu uygulama, “tutukluluğun cezaya dönüşmesi” anlamına gelebilmektedir. Bu nedenle tutukluluğun istisnai bir durum olduğu savcılar ve hâkimler için açık hale getirilmeli ve mevcut ya da başka tutuksuz yargılama alternatifleri teşvik edilmelidir. Komiser, yetkili makamları kimi zaman 10 yıla kadar çıkabilen aşırı uzun tutukluluk süresi sınırlarını azaltmaya da acilen davet etmektedir.

Komiser, yetkili makamları, hem yargılamanın uzun sürmesi hem de kanuna aykırı tutukluluklar için, ülke içinde AİHM içtihadıyla uyumlu etkili hukuk yollarını yürürlüğe koyma ve kişilerin esas dava sürerken bile bu hukuk yollarından yararlanmasını sağlama konusunda da teşvik etmektedir.

II. Ciddi insan hakları ihlalleri durumunda cezasızlıkla mücadelede mahkemelerin rolü

Komiser, özellikle işkence ve kötü muameleyle ilişkin ciddi insan hakları ihlalleri durumunda cezasızlıkla mücadelede kaydedilen ilerlemeyi memnuniyetle karşılamakta, ancak bazı sorunların devam ettiğini düşünmektedir. Yazar ve gazeteci Hrant Dink cinayetinin soruşturulması sırasında ortaya çıkan sorunlar buna bir örnektir. Komiser, işkenceyle ilişkili olmayan vakaların soruşturulması için idari ön izin alma gereği, kısa zamanaşımı süreleri ve cezasızlıkla mücadeleye dair istatistiklerin olmaması konularında özellikle kaygılıdır.

Komiser, yetkili makamları, mağdurların cezai soruşturma ve yargılamaya katılımını geliştirmeye ve güvenilir bağımsız tıbbi delillerin mahkemeler tarafından kabul edilebilirliğini desteklemeye acilen davet etmektedir. Komiser, etkili bir polis şikâyet mekanizmasının kurulmasını ve bütün sorgulamaların zorunlu olarak kaydedilmesini teşvik etmektedir. Yetkili makamlar, Komiser'in, polis memurlarının yaptığı karşı suçlamaların değerlendirilmesi hakkında taşıdığı kaygıları ele almaya da davet edilmektedir. Komiser, cezasızlık bağlamında, köy koruculuğu sistemine ilişkin ciddi kaygılarını tekrar vurgulamakta ve bu sistemin kaldırılmasını önermektedir.

Komiser, LGBT bireylere yönelik şiddet davaları örneğinde olduğu gibi, bazı ciddi insan hakları ihlalleri davalarında, orantısızca hafif cezalar verilmesi ve hafifletici nedenlerin hesaba katılması konusunda endişelenmektedir. Komiser, kadına yönelik şiddetle mücadelede sarf edilen çabaların bilincinde olup, bu çalışmanın, adli sistemin önemli bir rol oynadığı diğer sorunlu alanlar için esin kaynağı oluşturabileceğini düşünerek, bu çabaların sürdürülmesi için yetkili makamları teşvik etmektedir.

III. Ceza davalarıyla ilgili diğer önemli hususlar

Komiser, terörizm ve bir suç örgütüne üyelikle ilgili bazı suçların tanımı ve bunların mahkemeler tarafından geniş olarak yorumlanması konusunda kaygılarını ifade etmektedir. Terörizmin oluşturduğu olağanüstü tehditleri ve bunun savcılarının ve hâkimlerin günlük çalışmalarında yol açtığı zorlukları tümüyle kabul etmekle birlikte, insan haklarına tam anlamıyla saygılı olmanın teröre karşı verilen mücadelenin merkezinde yer alması gerektiğini hatırlatır. Komiser, savcılarının ve hâkimlerin, özellikle terörist eylemler ile düşünce, ifade, toplantı ve dernek özgürlüğü hakları kapsamına giren eylemler arasındaki sınırı ilgilendiren AİHM içtihatları konusunda daha hassas hale getirilmeleri gerektiğini düşünmektedir.

Komiser çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği konularında kaygılarını belirtmektedir, ki bunlar adil bir yargılamanın önemli bileşenleridir. Komiser, kanıtların şüphelilere ifşa edilmemesi, koruma tedbirlerine başvurulması ve ceza usulünün belirli aşamalarıyla bağ-

lantılı olarak, çekişmeli yargılamadaki eksiklikler konusunda özellikle kaygı duymaktadır. Komiser, savunmanın, tanıkları ve bilirkişileri çapraz sorguya çekme ve mahkemeye çağırma olanağıyla ilgili olarak -bu alanda mevzuatta yapılan iyileştirmelere rağmen- yaşanan pratik sorunlara da dikkat çekmekte ve gizli tanıklığın kullanılmasıyla ilgili kaygılarını ifade etmektedir.

Komiser, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde savunma hakkına olağan ceza usulüne kıyasla çok ciddi kısıtlamalar getirildiğini göz önünde bulundurarak, yetkili makamları bu mahkemelerin gerekliliğini gözden geçirmeye teşvik etmektedir.

IV. Hâkimler ve savcılarının bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin meseleler

Komiser, yargı üyelerinin bağımsızlığı konusunda son zamanlarda kaydedilen, 2010 Anayasa referandumunun ardından hazırlanan kurumsal çerçeve gibi gelişmeleri memnuniyetle karşılamaktadır. Ancak yürütmeden bağımsızlığın daha çok güçlendirilmesi ve yargı bünyesinde iç demokrasinin daha da geliştirilmesi için atılabilecek başka adımların da olduğunu düşünmektedir. Adalet Bakanı'nın, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda (HSYK) ve hâkimlerin atanmasında oynadığı rolün, bağımsızlık görünümü üzerinde ters etkilerinin olabileceğinden kaygı duymaktadır. Komiser yetkili makamları, savcılara ve hâkimlere karşı bu görünümü etkileyebilecek disiplin cezaları vermekten sakınmaya ve HSYK kararlarının şeffaflığını ve bu kararlar üzerindeki hukuki denetimi sağlamaya teşvik etmektedir.

Komiser, hâkimler ve savcılarının devlet merkezli tutumları ve 1982 Anayasası'nın lafzı ve ruhunun yanı sıra hizmete başlamaları ve meslekleriyle ilgili pratik hususlar dahil, onların bu tutumlarının altında yatan temel nedenler hakkındaki kaygılarını tekrar vurgulamaktadır. Komiser, yetkili makamların bu sorunların farkında olmalarını memnuniyetle karşılamakta ve hâkimler ve savcılara uygun eğitimin verilmesini sağlamak ve AİHS'ye bağlı kaygıları tam anlamıyla içeren net ve nesnel performans ölçütleri oluşturmak amacıyla çabalarını sürdürmeye teşvik etmektedir.

Komiser, hâkimler ve savcıların Türk adalet sistemi içinde aynı mesleğin mensupları olarak düşünüldüklerini ve mahkeme salonları dahil sergiledikleri yakınlığın, tarafsızlık ve silahların eşitliği görünümü üzerinde bir etkisi olduğunu gözlemlemektedir. Komiser, savcılar ile hâkimler arasında, bir yandan adli işlevlerin yerine getirilmesi öte yandan ise idari işlevlerin yerine getirilmesi bakımından, daha net bir ayırım yapılması gerektiğini düşünmektedir.

Komiserin vardığı sonuçlar ve tavsiyeleri Rapor'un sonunda yer almaktadır. Türk makamlarının yorumları bu Rapor'a eklenmiştir.

Giriş

1. Komiser 10-14 Ekim 2011 arasında Türkiye'ye bir ziyaret yapmıştır.¹ İstanbul, Diyarbakır ve Ankara'yı kapsayan ziyaretin amacı, ülkedeki adalet yönetiminin durumunun ve insan haklarının korunma düzeyinin değerlendirilmesi olmuştur.
2. Komiser, ziyaret esnasında, Adalet Bakanı Sadullah Ergin, İçişleri Bakanı İdris Naim Şahin, Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasi İşler Genel Müdürü Erdoğan İşcan dahil, Türk makamların temsilcileriyle görüşmeler yapmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları Komisyonu Başkanı Ayhan Sefer Üstün ile de görüşmüştür. Komiser, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yanı sıra Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin temsilcileriyle de görüşmeler yapmıştır.
3. Komiser, Türk mahkemelerini ziyaret etme ve özel yetkili savcılar dahil, hâkimler ve savcılarla tanışma fırsatını da bulmuştur. Komiser, STK temsilcilerinin yanı sıra, İstanbul ve Diyarbakır Baroları'nın temsilcileriyle, avukatlarla ve akademisyenlerle de görüşmeler yapmıştır. Komiser ayrıca İstanbul Silivri Ceza İnfaz Kurumları Kampusu ve Diyarbakır D-tipi Cezaevi'ni de ziyaret etmiş ve buralarda bazı tutuklularla görüşmüştür.

¹ Komisere ziyareti sırasında Komiserlik Ofisi Müdür Yardımcısı Nikolas Sitaropoulos ve danışmanı Hasan Bernek eşlik etmiştir.

4. Komiser, ziyaretin organize edilmesi ve bağımsız ve pürüzsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi konusunda sağladıkları destek için Türk makamlarına, özellikle de Avrupa Konseyi Türkiye Daimi Temsilciliği ve Adalet Bakanlığı'na teşekkür etmek ister. Bilgilerini ve görüşlerini paylaşma konusunda gösterdikleri iyi niyet için bütün muhataplarına teşekkür etmek ister. Bu Rapor, aksi belirtilmedikçe, Komiserin ziyaretinin sonuna kadar edindiği bilgilere dayanmaktadır.
5. Komiserin Temmuz 2011 tarihli Türkiye'de İfade Özgürlüğü Raporu'nda² da altını çizdiği gibi, Türk adalet sistemindeki bazı eksiklikler, Türkiye'deki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bundan böyle AİHS) ihlallerinin altında yatan önemli bir nedendir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1995-2010 döneminde Türkiye'nin aleyhine 2.200'den fazla karar vermiştir. Bu kararların yaklaşık 700 tanesi adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi, 500'den fazlası ise kişisel özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin olmuştur.³ Komiser, sistemin bazı işlevsel bozukluklarının, birçok davada AİHM tarafından insan hakları ihlallerinin doğrudan sebebi olarak tespit edilmesine rağmen, Türk adalet sisteminin bugüne kadar bu ihlalleri etkili bir şekilde ele almayı ve engellemeyi başaramadığını gözlemlemektedir.
6. Son yıllarda, Türk mevzuatını AİHS standartlarıyla uyumlu hale getirmek üzere, 2004'te yeni bir Türk Ceza Kanunu'nun (bundan böyle TCK) ve yeni bir Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (bundan böyle TCMK) kabul edilmesi gibi önemli değişiklikler yapılmıştır. Özellikle de TCMK'da yapılan ve 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren değişiklikler, AİHM içtihadında tespit edilen birçok yargılama usulü eksikliğini ele almıştır.
7. Bununla birlikte, bu reformların ardından, mahkemelerin ve savcılarının yeni mevzuatı yorumlar ve uygularken AİHS standartlarıyla bağdaşmayan yerleşik kalıpları izledikleri görülmüştür. Bu

² İnsan Hakları Komiseri'nin 27-29 Nisan 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben yazdığı Rapor, inceleme Konusu: Türkiye'de ifade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğü, [CommDH\(2011\)25](#).

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yıllık Rapor 2010, istatistikler s. 157.

durum, Türkiye’de adalet yönetimini etkileyen birçok yapısal sorunla (mahkemelerin ve savcılarının ağır iş yükü nedeniyle, özellikle Yargıtay’da, işlerin dikkat çekici bir şekilde yığılması gibi) birleşerek, mevzuat reformlarının tam potansiyellerine erişmesini engellemiştir. Ancak bizzat yasalarda, özellikle de Türk Anayasası’nın lafzı ve ruhunda halen birçok eksikliğin kaldığını belirtmek gerekmektedir.

8. AİHM’in, ihlallerin bir kaynağı olarak Türk adalet sistemini işaret ettiği davalarda, AİHS’nin 5. maddesi (özgürlük ve güvenlik hakkı) ve 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) belirgin bir şekilde ön plana çıkmaktadır. Özellikle tutukluluğa çok sık başvurulması ve adli işlemlerin aşırı uzun sürmesi Türkiye ile ilgili birçok davada sorun olarak tespit edilmiştir. Ayrıca adli makamların rolü, AİHS’nin 2. maddesi (yaşama hakkı) ve 3. maddesi (işkence yasağı) ile bağlantılı olarak, özellikle de, çoğunlukla AİHS’nin 13. maddesi (etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı) ile bağlantılı olmak suretiyle, etkin soruşturma ve devlet görevlilerinin cezasızlığı bağlamında AİHM tarafından ele alınmıştır. Son olarak, AİHM içtihadı, adli makamların aşırı kısıtlayıcı, devlet merkezli tutumlarının, AİHS’nin 10. maddesi (ifade özgürlüğü) ve 11. maddesine (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü) getirilen yersiz kısıtlamalarda önemli bir rol oynadığına işaret etmektedir.
9. Son zamanlarda kamuoyunca iyi bilinen, yazar ve gazeteci Hrant Dink’in öldürülmesine ilişkin davaların yanı sıra *Ergenekon*, *Balyoz* ve *KCK* gibi davalar, adalet yönetiminde uzun zamandır süren belirli eksikliklerin farkındalığının artmasına yol açmıştır. Bu durumun adalet reformu için görece elverişli koşullar yarattığı söylenebilir.
10. Türk makamları, adalet sistemindeki yapısal işlev bozukluklarını kabul etmiş⁴ ve bunun üzerine gitmeye gayret etmiştir. Bu alanda atılan önemli bir adım, 2009’da bir Yargı Reformu Stratejisi’nin yayımlanması olmuştur. Bu strateji, diğerlerine ilaveten, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını güçlendirmeyi, etkililiğini artırma-

⁴ Örneğin Bak. Adalet Bakanı Sadullah Ergin’in 15 Eylül 2011’de *Hürriyet Daily News*’a verdiği röportaj.

yı, adalete erişimi kolaylaştırmayı ve yargıya güveni artırmayı hedeflemektedir.⁵

11. 12 Eylül 2010 referandumunda onaylanan anayasa değişikliklerinin önemli bir kısmının da yargı reformuyla ilgili olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu, özellikle, Anayasa Mahkemesi'ni, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu (HSYK), askeri ve sivil mahkemeler arasındaki ilişkiyi ve yargı sektörünün yönetimini düzenleyen bir dizi Anayasa hükmünü (144-149., 156-157. ve 159. maddeler) kapsamaktaydı.⁶ 2004'te de, AİHS dahil uluslararası insan hakları sözleşmelerini tam anlamıyla yürürlüğe koymak üzere Anayasa'nın 90. maddesi değiştirilmiştir. Ancak bu maddenin, Türk Anayasa Mahkemesi içtihadı dahil yargı uygulamaları üzerinde önemli bir etkisinin olduğuna dair pek fazla belirti yoktur.⁷
12. Komiser, Türkiye'de adalet sisteminde uzun süredir var olan sistemik eksikliklerin etkili bir şekilde giderilmesinin şart olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle, Türk makamlarıyla bu meseleler hakkında yürüttüğü yapıcı diyalogu sürdürmek istemektedir. Komiser, mevcut Raporun bu diyalogu kolaylaştıracağına inanmaktadır. Bu Rapor şu bölümlerden oluşmaktadır: I. Yargılamanın aşırı uzun sürmesi ve tutukluluğaçok sık başvurulması; II. Ciddi insan hakları ihlalleri durumunda cezasızlıkla mücadelede mahkemelelerin rolü; III. Ceza davalarıyla ilgili diğer önemli hususlar (terörizm ve suç örgütleri hakkındaki mevzuata ilişkin mahkeme uygulamaları; çekişmeli davalar ve silahların eşitliği; özel yetkili ağır ceza mahkemeleri); IV. Hâkimler ve savcılarının bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin meseleler.

⁵ Bak. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'nın 2009 [Adalet Reformu Stratejisi](#).

⁶ Yapılan diğer değişiklikler bir Ombudsmanlık sisteminin getirilmesi, devlet memurları için toplu pazarlık hakkı, kadınlara, çocuklara ve yaşlılara pozitif ayrımcılık ve askeri darbe liderlerinin üzerindeki korumanın kaldırılmasını içermektedir.

⁷ Örneğin 21 Ekim 2011'de yayımlanan bir kararda (2011/49 sayılı karar) Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nda, evli erkeklerle evli kadınlar arasında soyadı bakımından farklı muameleye yol açan bir kanun hükmünü oyçokluğuyla onaylamıştır ki bunun AİHM'in 16 Kasım 2004'te Ünal Tekeli -Türkiye davasında aldığı kararla çelişkili olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluna başvuran alt mahkemelerin öne sürdükleri gerekçelere rağmen, 8'e karşı 9 oy ile, söz konusu kanun hükmünün Anayasa'nın 90. maddesine uygun olup olmadığını değerlendirmenin gerekmediğine karar vermiştir.

I. Yargılamanın aşırı uzun sürmesi ve tutukluluğa çok sık başvurulması

13. Komiser, yargılamanın aşırı uzun sürmesinin, Türk adaletinde, AİHM'in mükerrer kararlar almasına yol açan kronik bir işlevsel bozukluk olduğunu gözlemlemektedir. 22 Eylül 2011 itibarıyla, Türkiye'de ceza, idari, hukuk, iş, ticari, tüketici, kadastro ve askeri mahkemeler huzurunda yürütülmüş aşırı uzun yargılamalar hakkında alınan 233 kararın Türkiye tarafından uygulanması, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin önünde beklemekteydi.⁸ 2010 yılında AİHM, 83 davada Türk mahkemeleri huzurunda yargılamanın aşırı uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁹ Komiserin Türkiye'de ifade özgürlüğü raporunda da belirttiği gibi, 10 ya da hatta 15 yıldan uzun süren birçok dava örneği vardır.¹⁰ Aşağıda da inceleneceği gibi, bu sorunun hem uzun tutukluluk hem de cezasızlıkla mücadele bakımından insan hakları üzerinde önemli etkileri de vardır.
14. Bakanlar Komitesi'nin çeşitli vesilelerle belirttiği gibi, adaletteki aşırı gecikmeler, özellikle hukukun üstünlüğü ilkesine saygı duyulması ve adalete erişim bakımından büyük tehlike oluşturmaktadır. Aşırı uzun mahkeme işlemleri genel olarak adalet sisteminin saygınlığını ve toplumun adalet sistemine olan güvenini zedelemektedir.

I. a. Mahkemelerdeki aşırı gecikmelerin önemli nedenleri

15. Hâkimler ve savcılarının ağır iş yükü, genellikle, Türkiye'de yargılamanın aşırı uzun sürmesinin temel nedeni olarak gösterilmektedir. Komiser, Adalet Bakanlığı'nın, üst mahkemelerin yanı sıra, ilk derece mahkemelerin de iş yüküne ilişkin yayımladığı resmi

⁸ Davaların ayrıntıları için bak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını uygulama dairesi web sitesi, <http://www.coe.int/t/dqhl/monitoring/execution>. Konuyla ilgili öncü dava *Osmancı ve Diğerleri -Türkiye*, 21 Aralık 2004 tarihli karar.

⁹ Bak. AİHM istatistikleri, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4774-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU_VIOLATIONS_2010_EN.pdf.

¹⁰ İnsan Hakları Komiseri'nin 27-39 Nisan 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben yazdığı Rapor, inceleme Konusu: Türkiye'de ifade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğü, CommDH(2011)25.

rakamların, aslında Türk adalet sisteminin tamamının, giderek artan yeni dava sayılarından, büyüyen birikmiş dava sayısından ve görece düşük sonuçlanma oranlarından mustarip olduğunu gösterdiğini gözlemlemektedir.¹¹

16. Bunun tipik bir örneği, işleyen bölge adliye mahkemelerinin olmaması nedeniyle ilk derece mahkemelerin kararlarına karşı bütün başvurulara bakan Yargıtay'ın iş yüküdür.¹² Yargıtay'ın web sitesinde yayımlanan resmi rakamlara göre, 2010 yılında mahkemenin önünde duran 1,1 milyon davanın yaklaşık 450.000 tanesi bir önceki yıldan devrolmuş ve 540.000 tanesi ise 2011 yılına devredilmiştir.¹³ 2000 yılının rakamlarıyla (bu yıl 45.000 dava 2001 yılına uzatılmıştır) karşılaştırıldığında bu, 10 yıllık süre zarfında birikmiş dava sayısının 12 kat arttığını göstermektedir. Her ne kadar bilgi teknolojilerinin kullanılması (özellikle de bilgisayar donatımlı, entegre mahkeme yönetimi çözümlerine olanak sağlayan UYAP sistemi) adli işlemleri hızlandırmış olsa da, durum hala kritiktir.
17. Komiser, Türk hükümetinin, üst mahkemelerdeki hâkim sayısını önemli ölçüde artırmak ve tecrübeli avukatları hâkim ve savcı olarak işe almak dahil, mahkemelerdeki insan kaynaklarını artırma ve yüksek sayılara ulaşan mevcut kadro açıklarını kapatma çabalarının farkındadır. Komiser, daha fazla hâkim ve savcıyı işe alma ve eğitime çabalarını desteklemektedir, ancak son yıllarda oldukça fazla yeni savcı ve hâkimin istihdam edilmesinin yargı mekanizmasının yükünü azaltmak için yeterli olmadığını gözlemlemektedir.
18. Hâkim ve savcı eksikliği, adalet yönetimindeki aşırı gecikmelerin tek nedeni olarak görülemez. Savcılar ve hâkimlerin üzerindeki

¹¹ Bak. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün web sitesi, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/en/default.htm>. Örneğin bütün ceza mahkemelerinde 2001 ile 2009 yılları arasında karara bağlanan dava oranı %60 civarında olmuştur (TCMK'nın 250. maddesi uyarınca özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde bu oran %50 civarındadır).

¹² Adli yargı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerine ilişkin 26 Eylül 2004 tarihli 5235 Sayılı Kanun, Haziran 2005'te yürürlüğe girmiştir. Bu kanun Türk yargı sistemine bölge adliye mahkemelerini getirmiş ve bu mahkemelerin Kanun yürürlüğe girdikten iki yıl sonra çalışır hale gelmesini öngörmüştür. Ancak mevzuatta öngörülen süre sınırının üstünden dört yıldan fazla zaman geçmesine rağmen hala tam olarak çalışmamaktadırlar.

¹³ Bak. <http://www.varqitav.gov.tr/belgeler/site/istatistikler/2010.pdf>.

ağır iş yükünün, Türk mahkeme idaresinde memurların ve hukuk destek elemanlarının eksikliği ve savcılarının ve hâkimlerin zamanlarının büyük bir kısmını idari işlere ayırmak zorunda olması gerçeğiyle de yakından bağlantılı olduğu görülmektedir.

19. Dava sürerken gerçekleşen usule ilişkin ertelemelerin, Türkiye’deki uzun yargılamaların bir başka önemli nedeni olduğu görülmektedir. Türkiye’de sıradan bir davada, mahkemenin türünden bağımsız olarak, mükerrer ertelemeler ve dava dosyasının bilirkişilere gönderildiği uzun sürelerin olduğu görülmektedir. Birçok davada, duruşmalar aylarca sonrasına ertelenmektedir
20. Bu durum, özellikle ceza davalarında sorun yaratabilmektedir, çünkü bu, şüpheli veya sanığın sorguya çekilmeden önce uzun süre tutuklu kalmasına neden olabilmektedir. Komiser’e, bu tür gecikmeler ve verilen aralar nedeniyle birçok kişinin, mahkûmiyet kararının ardından, o zamana kadar tutuklu olarak geçirdikleri süre hesaba katılarak hemen salıverildiği bildirilmiştir. Davaların sık sık kesintiye uğradığı bir ortamda, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde (bu mahkemelerle ilgili olarak aşağıya bakınız) sıklıkla yapıldığı gibi, organize suç ya da terör davalarında birçok sanığın davasının birleştirilmesi uygulaması özellikle kaygı vericidir, çünkü bu uygulama bazı davalarda işlemlerin daha da uzamasına yol açmaktadır.
21. Komiser, yargılama öncesi soruşturmaların niteliğinin ve savcılarının rolünün de ceza davalarının süresi üzerinde güçlü bir etkisinin olduğunu düşünmektedir. Komiser, 2005’te Türkiye’nin ilk defa, TCMK’nın 164. maddesi uyarınca hazırlanan Adli Kolluk Yönetmeliği’ni (1 Haziran 2005 tarihli 25832 sayılı yönetmelik) kabul ettiğini belirtmektedir. Bu yönetmelik cumhuriyet savcılarına, adli soruşturmalarda kolluk kuvvetlerini denetleme yetkisi vermektedir. Ancak, ayrı bir adli kolluk teşkilatı bulunmadığı için, adli kolluk görevleri, savcılarının denetimi altında sıradan polis ve jandarma tarafından yapılmaktadır ki bunun bazı karışıklıklara yol açtığı bildirilmektedir.¹⁴ Ayrıca Komiser, birçok muhatabın-

¹⁴ Örneğin bak. adli polis konusunda teredütlere yol açan birçok soruna işaret eden, 18 Ekim 2011 tarihli 7 Nolu HSYK Genelgesi.

dan, savcıların soruşturmaları gerektiği gibi yürütmek ve koordine etmek üzere yeterli kaynaklarının olmadığını ve çoğunlukla polis güçlerinin kendi inisiyatifleriyle topladıkları kanıtlara dayanmak zorunda kaldıklarını duymuştur. Bu nedenle, soruşturmaların esas olarak, adli konularda uzmanlaşmış yeterliliği olmayabilen kolluk kuvvetleri tarafından yürütüldüğü ve kanıtların genellikle aşırı miktarlarda gizli dinleme kayıtlarından oluştuğu bildirilmektedir.

22. Savcıların göreviyle bağlantılı bir başka sorun ise şüpheli kişilerin yakalanmasının soruşturmanın çok erken aşamalarında gerçekleşmesidir, ki bu da şüphelilerin, iddianameleri bile hazırlanmadan uzun süre tutuklu kalmalarına yol açan nedenlerden biridir. Komiser birçok muhatabından, Türk savcılarını, öncelikli olarak sağlam şüpheler oluşturmak üzere delil toplamak yerine, şüpheli kişilerin yakalanmasından delillere doğru ilerlemek gibi köklü bir alışkanlıkları olduğunu duymuştur.¹⁵ Komiser'e, birçok durumda delil toplama işinin iddianame hazırlandıktan sonra bile devam ettiği bildirilmiştir, ki bu, duruşmaların mükerrer olarak ertelenmesine yol açmakta ve ceza davalarının ve tutukluluğun uzun sürmesinde doğrudan bir etki yaratmaktadır. Komiser tutuklamalarla sonuçlanan operasyonlara başlamadan önce kolluk kuvvetleri ve savcılarını, tutuklama gereğini meşrulaştıran deliller dahil, bütün geçerli delilleri mümkün olduğu ölçüde bir araya getirmeleri gerektiğini düşünmektedir.
23. Komiserin daha önce İfade Özgürlüğü Raporu'nda¹⁶ da gözlemlediği gibi, savcılarının mesnetsiz davalar da dahil yargılamanın başlatılması konusunda kendilerini pek kısıtlamadıkları görülmektedir ki bu da bu sorunu şiddetlendirmektedir. Savcılarının aynı zamanda davaları eleme, yani hangi davaların kamu adına kovuşturulmak üzere yargı sistemine taşınacağını belirlemek gibi bir rollerinin ("kapı tutma işlevi" de denilen rol) olduğunu algılama konusun-

¹⁵ Bu bilhassa Türkiye Barolar Birliği tarafından eleştirilmiştir, bak. 2011-2012 adli yılının açılışında Baro Başkanı'nın yaptığı konuşma, <http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=9878&Tip=Acis>.

¹⁶ İnsan Hakları Komiseri'nin 27-39 Nisan 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben yazdığı Rapor, inceleme Konusu: Türkiye'de ifade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğü, CommDH(2011)25. 50. Paragraf.

da, yeni TCMK'nın kendilerine bu imkânı açıkça sağlamasına (170-175. maddeler) rağmen, bir zorlukları olduğu görülmektedir. Bunun yerine savcıların, özellikle de devlet güvenliği meselelerinin söz konusu olduğuna inanıldığı zaman, davayı mahkemeye taşımayı ve delillerin değerlendirilmesi işini mahkemeye devretmeyi tercih ettikleri bildirilmektedir.

24. Komiserin ziyareti sırasında, savcıların uygulamalarına ilişkin sıklıkla bahsedilen bir başka sorun da, hazırlanması çok uzun süren iddianamelerle ilgilidir, ki bu esnada sanıklar genellikle tutuklu tutulmaktadır. Komiser, özellikle terör ve organize suç davalarında iddianamelerin aşırı uzun olabildiği, zaman zaman binlerce sayfa sürdüğü yolundaki bilgiler konusunda endişelenmektedir. Bunun nedeni, bu iddianamelerin, dinlenen telefon konuşmalarının - ki bu konuşmaların bazılarının söz konusu suç ile alakasının az olduğu bildirilmiştir - uzun, tasnif edilmemiş deşifre metinler gibi delillerden meydana gelen bir derleme içermeleridir. Komiser, Türk makamlarının, savcılara, mevcut delilleri süzgeçten geçirmek ya da bu tür son derece karmaşık davalarda yeni deliller toplamak için gerekli nitelikler ve kaynaklara sahip olma imkânını sağlaması gerektiğini düşünmektedir, ki bu, savcılara esas açınsından önemli delillerle isnat edilen suç arasında bağlantı kuran sağlam hukuki analizler içeren yüksek kaliteli iddianameler hazırlama olanağı tanıyacaktır.
25. Son olarak Komiser, Türk hukuk sisteminin, başvuru sahiplerine, devam etmekte olan bir yargılama sona ermeden, davaların uzun sürmesine itiraz etme imkânı tanıyan etkili bir hukuk yolu sağlamamasından endişe duymaktadır. Komiser, özellikle, yetkili makamların iç hukukta bunun aksini kanıtlayan hiçbir içtihat ileri süremediklerini de gözlemleyen AİHM'in defalarca Türk hukuk sisteminin, AİHS'nin 13. maddesi açısından böyle bir yol sunmadığı sonucuna vardığını belirtmektedir. AİHM, cezai¹⁷, hukuki¹⁸ ve idari¹⁹ davalar için aynı sonuca varmıştır.

¹⁷ *Tendik ve diğerleri -Türkiye*, 22 Aralık 2005 tarihli karar.

¹⁸ *Ebru ve Tayfun Engin Çolak -Türkiye*, 30 Mayıs 2006 tarihli karar.

¹⁹ *Ayık-Türkiye*, 21 Ekim 2008 tarihli karar.

26. Daha spesifik olarak, AİHM Türk hukuk sisteminin davaları hızlandıracak ya da davacılara, örneğin gecikmeler için tazminat almak ya da ilk derece mahkemesi üzerinde yargılamayı hızlandıracak bir denetleme yetkisine sahip bir yetkiliye ulaşmak gibi uygun telafi imkânları sunan herhangi bir hukuk yolu sağlamadığını gözlemlemiştir. 2009'da AİHM öncü niteliğindeki bir kararda²⁰, en uygun telafi şeklinin, iç hukukta böyle bir yol oluşturarak Türk ulusal hukukunu Sözleşme'nin 13. maddesiyle uyumlu hale getirmek olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur. Bu nedenle Komiser, Türk makamlarını, davaların aşırı uzunluğu için mevzuat ve/veya içtihat yoluyla, esas dava sonuçlanmadan devreye girebilecek etkili bir hukuk yolu güvencesi sağlamaya acilen davet etmektedir.

I. b. Tutukluluğa çok sık başvurulması ve aşırı uzun tutukluluk süreleri

27. Komiser, Bakanlar Komitesi'nin tutukluluk hakkında, tutukluluğun her zaman istisnai ve gerekçeli olması gerektiğini bildiren Rec(2006)13 sayılı Tavsiye Kararı'nı²¹ hatırlatır. Suçu mahkeme tarafından tespit edilmemiş kişileri tutuklamanın tek gerekçesinin, soruşturmaların etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak (mevcut bütün delilleri güvence altına almak, hileli anlaşmaları ve tanıklara müdahaleyi engellemek) ya da adaletten kaçmayı engellemek olabileceğini akıldan çıkarmamak ve masumiyet karinesi ilkesini korumak son derece önemlidir. Daha az kısıtlayıcı alternatif önlemlerin (adli kontrol, kefaletle salıverme ya da yurt dışına

²⁰ *Daneshpayeh -Türkiye*, 16 Temmuz 2009 tarihli karar. Bu tür "yumuşak talimatlar" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği yarı pilot uygulama nitelikli kararların bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu tür pilot uygulama niteliğindeki ilk karar 2004 yılında *Bronioovski-Polonya* davasında verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yarı pilot uygulama niteliğindeki kararlarından farklı olarak pilot uygulama niteliğindeki kararlarında, bu kararların operatif hükümler bölümünde söz konusu kararın uygulanması (ve ihlalin tekrarlanmasından kaçınmak) için muhatap ülkenin, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin gözetiminde uygulamakla yükümlü olduğu genel tedbirleri belirtmektedir.

²¹ Bakanlar Komitesi'nin, tutukluluğa başvurulması, bunun koşulları ve istismara karşı getirilen güvence hükümleri konulu, üye devletlere yönelik Rec(2006)13 Sayılı Tavsiye Kararı.

çıkış yasağı gibi) bu endişeleri giderebileceği durumlarda tutuklama yerine bu önlemler kullanılmalıdır. Her halükârda tutukluluk mümkün olduğu kadar kısa olmalı ve ancak dayandırıldığı gerekçeler geçerli olduğu sürece devam etmelidir.²²

28. Eylül 2011 itibarıyla, bu konuyla ilgili Bakanlar Komitesi'nin önünde uygulanmalarının denetlenmesini bekleyen 144 AİHM kararı vardı.²³ Bu kararlar, AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal eden, öncelikli olarak tutuklu tutmaya çok sık başvurulması ve aşırı uzun tutukluluk (ve aşırı uzun süren ceza davaları) hakkındadır. AİHM bu davaların, "Türk ceza adaleti sisteminin işleyişinin ve mevzuatın durumunun yol açtığı yaygın ve sistemik sorunlar" dan kaynaklandığını belirtmiştir. AİHM ayrıca, önünde beklemekte olan 140'tan fazla benzer dava ışığında, durumu düzeltmek için ulusal düzeyde genel önlemler alınması gerektiği sonucuna da varmıştır.²⁴
29. Komiser, Haziran 2005'te yürürlüğe giren TCMK'nın, tutuklama ya da tutukluluğu uzatma kararlarının usule uygun olarak gerekçelendirilmesi ve sanık ya da şüpheliye bildirilmesini (100. ve 101. maddeler), tutuklama koşullarının devamının her 30 günde bir yeniden incelenmesini (108. madde) ve suçun ağırlığına bağlı olarak, azami uzunluğun belirli süreleri aşmamasını (102. madde) belirlemek suretiyle benzer ihlalleri engellemek üzere tasarlanmış bazı tedbirler sağladığını gözlemlemektedir. TCMK, kanuna aykırı tutukluluk için maddi ve manevi hasarı kapsayan bir tazminat hakkı da getirmiştir (141 ila 144. maddeler).
30. Son TCMK, yürürlükteki tutukluluk dışındaki denetim tedbirlerine değil, tutukluluğa bel bağlamaya devam eden Türk savcılarının ve mahkemelerinin kanunu uygulama şekli nedeniyle, bu sorunu çözmekte yeterli olmamıştır. Sorunun boyutunu gösteren belirgin bir işaret, toplam cezaevi nüfusu içinde tutuklu veya hükmü kesinleşmemiş kişilerin oranıdır ki bu rakam Nisan 2011 itibarıyla

²² Ayrıca bak. Komiser'in "Mahkeme Öncesinde Tutukluluğun Çok Sık Kullanılması insan Haklarına Aykırıdır" başlıklı insan Hakları Yorumu, 18 Ağustos 2011.

²³ Öncü dava *Demirel-Türkiye'dir*, 28 Ocak 2003 tarihli karar.

²⁴ *Cahit Demirel-Türkiye*, 7 Temmuz 2009 tarihli karar, bak. 46. ve 48. paragraflar.

%43'tür.²⁵ Ekim 2011'de Diyarbakır D-tipi cezaevini ziyaret ettiği sırada, cezaevi yetkilileri, Komiser'e cezaevinde bulunan 740 kişiden 540'ının tutuklu olduğunu bildirmiştir.

31. Komiser, mahkeme öncesinde ya da mahkeme sırasında tutuklu tutmaya çok fazla dayanmanın yanı sıra, bunun konuyla ilgili Avrupa Konseyi standartlarında öngörülen asgari süreyle sınırlanması konusunda usule ve uygulamaya ilişkin eksikliklerin, adli sistemin çalışmasıyla ilgili olumsuz bir algı yarattığını ve Türk toplumu üzerinde caydırıcı bir etkiye yol açtığını düşünmektedir. Bu sorun, özellikle Mart 2011'de iki gazeteci Nedim Şener ve Ahmet Şık'ın tutuklanmasının ve yerel mahkemelerin, Haziran 2011 genel seçimlerinden sonra üç farklı siyasi partiden seçilmiş dokuz meclis üyesinin tutukluluk halinin devam etmesi yolundaki kararlarının ardından ön plana çıkarak kamuoyunun dikkatini çekmiştir.
32. Komiserin, yetkili makamların dikkatini özellikle çekmek istediği sorunlar şunlardır:

Uzun tutukluluk kararlarında hatalı muhakeme

33. TCMK'da 2004 yılında yapılan değişikliğin ardından, Türk mahkemelerinin tutukluluk halini ve yapılan her uzatmayı geçerli kılan açık bir neden ileri sürme konusunda yasal bir zorunlulukları vardır. TCMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası hâkimin, tutukluluğa izin verebileceği suçların ('katalog suçlar'), bu suçların şüpheli tarafından işlendiğine inanmak için sağlam nedenler olması koşuluyla, bir listesini sağlamaktadır. Ancak birçok Türk hâkiminin, sadece iddia edilen suçun bu listenin kapsamında olup olmadığına bakarak ve geri kalan tutukluluk koşullarını ayrıntılı bir şekilde incelemeyen tutukluluğa izin verdiği görülmektedir.
34. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki yoğun içtihadı bu tespiti doğrulamaktadır. AİHM, Türk mahkemelerinin tutukluluk süresini uzatma kararlarını verirken yeterli bir neden gös-

²⁵ Bak. Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün web sitesinde bulunan istatistikler, <http://www.cte.adalet.gov.tr>.

teremeyip, “suçun niteliğine, kanıtların durumuna ve dosyanın içeriğine istinaden”²⁶ şeklinde basmakalıp ifadeler kullandığına, bunun da AİHS’nin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiğine, defalarca hükmetmiştir.

35. Komiser, AİHM’in tanımladığı sorunun uygulamada devam ettiğini, tutuklu tutmaya izin veren kararların davaya özel olarak alınmadığını ve “adaletten kaçma ve delilleri karartmaya ilişkin sağlam şüpheler olduğu” ve “işlendiği iddia edilen suçların TCMK’nin 100. maddesinin 3. fıkrasında yer alan liste kapsamına girdiğinin tespit edildiği” belirtilerek çoğunlukla kanunun lafzını tekrar ettiğini görmüştür. Birçok davada hâkimlerin, verdikleri kararda şüphenin tam nedenlerini belirtmedikleri, adaletten kaçmaya ya da adalete müdahale riskine ilişkin spesifik delilleri değerlendirmedikleri ve savunmanın dikkatlerine sunabildiği herhangi bir karşı nedeni nadiren kabul ettikleri görülmektedir. Türk yargı mensuplarının aktardıkları dahil, Komiser’e verilen bilgiye göre, özellikle tutukluluğu uzatma kararlarının neredeyse otomatik olarak alındığı, hâkimlerin bu konudaki taleplerin çoğunu dava dosyasını detaylı olarak incelemeyen onayladığı görülmektedir.
36. Komiser’e, bazı hakimlerin, şüphe ve tutukluluğa yol açan nedenlere ilişkin usule uygun olarak gerekçelendirilmiş bir kararın, davanın esasına ilişkin görüşlerini etkileyeceğini ve “ihzas-ı rey” (ki bu da hâkimin reddine yol açabilir) teşkil edeceğini varsayarak, böyle bir incelemeyen kaçındıkları bildirilmiştir. Ancak bu yorum AİHM içtihadıyla uyumlu değildir ve yetkililer bu tutumla mücadele etmek üzere önlemler almalıdır.

Mevcut tutukluluk alternatiflerine başvurulmaması

37. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birçok davada Türk mahkemelerinin yurt dışına çıkış yasağı, kefaletle salıverme ya da adli kontrol gibi -ki bunlar TCMK’nin mümkün kıldığı önlemlerdir- kişisel özgürlüğü kısıtlayan, tutuklamaya alternatif önlemleri yeterince göz önüne almadıklarına karar vermiştir. Özellikle TCMK’nin 101.

²⁶ Cahit Demirel-Türkiye, 7 Temmuz 2009 tarihli karar, bak. 45. paragraf.

maddesinin 1. fıkrası, tutukluluk kararlarında her davada adli kontrol alternatifinin neden yetersiz olacağı da belirtilmek suretiyle, kararın hukuki ve fiili sebeplerine yer verilmesini gerektirmektedir. Ancak bu alternatif mekanizmalar halen pratikte geniş ölçüde uygulanmamaktadır. Komiser'e özellikle kefaletin mahkemeler tarafından hemen hemen hiç kabul edilmediği bildirilmiştir.

Tutukluluk süresi sınırının uzunluğu

38. Her ne kadar yeni TCMK, tutuklu tutma süresinde aşamayacak üst sınırlar getirdiyse de Komiser, bu sınırların, özellikle de devlet güvenliğine karşı işlenen suçlarda hâlâ çok uzun olduğunu düşünmektedir. Örneğin, ağır ceza mahkemelerinin yetki alanı içindeki suçlar için TCMK'nın 102. maddesinde belirlenen üst zaman sınırı iki yıldır ve bu süre üç yıl daha uzatılabilmektedir. Bu süre sınırları devlet güvenliğine ilişkin belirli suçlar için 252. maddeyle iki katına çıkarılmaktadır, ki bu da maksimum yasal tutukluluk süresini on yıla uzatmaktadır. Komiser bu süre sınırlarının aşırı uzun olduğu görüşündedir.
39. Ayrıca, bu süre sınırları 2004 yılında yapılan TCMK reformunun bir parçası olmakla birlikte, yürürlüğe girmeleri 2010'un sonuna kadar ertelenmiştir. Komiser'e, kanunun lafzının geniş olması nedeniyle Yargıtay'ın bu hükümleri kısıtlı bir şekilde yorumladığı bildirilmiştir: Pratikte, kişilerin farklı zamanlarda farklı suçlarla suçlandığı davalarda, kişiler kendilerine yöneltilen her suçlama için bağımsız olarak tutuklu kalabilmekte ve böylece tutukluluk süreleri birbirine eklenmektedir. Süre sınırının, dava Yargıtay'da bekletilirken uygulanmadığı da görülmektedir.

Etkili bir iç hukuk yolu ve tazminat imkânının olmaması

40. Komiser, Türk makamlarının, yeni TCMK'da tutukluluğun devam etme gereğinin şüpheli ya da sanık kişinin talebi üzerine hem düzenli bir şekilde (her otuz günde bir) hem de gerektiğinde hâkim kararıyla yeniden incelenmesini sağlayarak uygun bir iç hukuk yolu yaratma çabalarını takdir etmektedir.

41. Ancak Türk mahkemelerinin ve savcılarının uygulamaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Türk hukuk sisteminin başvuru sahiplerinin mahkeme öncesi tutukluluk hallerinin kanunlara uygunluğunu sorgulayabilecekleri, gerçek anlamda çekişmeli yargılama ve makûl bir kazanma olasılığı içeren bir iç hukuk yoluna başvurma imkânından yoksun olduğu yolundaki içtihadını haklı çıkarmaya devam etmektedir (AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlali). AİHM'in, TCMK'da yapılan son değişiklikleri, bu konudaki içtihadını değiştirmek için yeterli bulmadığı dikkat çekmektedir: 2010'da *Kürüm -Türkiye* davasında, AİHM, yeni TCMK'nın yürürlüğe girdiğini belirtmekle birlikte, tutukluluğun kanunlara uygunluğunun sorgulanabileceği bir iç hukuk yoluna başvurma imkânının hâlâ olmadığı kanaatini taşımıştır. Bu nedenle Mahkeme, "farklı bir karara yol açabilecek herhangi bir şey bulamayıp", davada AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiği hükmüne varmıştır.²⁷
42. Bu bağlamda Komiser, AİHS'nin 5. maddesinin, bu maddenin hükümlerine aykırı olarak tutuklanan herkesin yasal tazminat alma hakkının olduğunu belirten 5. fıkrasını hatırlatır. Her ne kadar TCMK'nın 141. ve 142. maddeleri, tutuklu tutulan kişinin makul bir sürede yargılanmadığı ya da beraat ettiği davalar dahil kanuna aykırı tutukluluk için tazminat hakkı sağlasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yukarıda sözü geçen *Kürüm -Türkiye* kararında, başvuru sahibinin, bu yeni hükümler kapsamında bile mahkeme sona ermeden ve nihai karar verilmeden önce herhangi bir tazminat talep etme imkânı olmadığı kanaatine varmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, TCMK'nın, usule aykırı tutukluluk bağlamında AİHS'nin gereğini karşılamadığı hükmüne varmıştır.
43. Son olarak Komiser, Türk makamlarının, AİHM'in sağlık koşulları tutukluluk için uygun olmayan kişilerin tutuklanması ya da tekrar cezaevine gönderilmesi nedeniyle Türkiye'nin AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar verdiği ve hâkimlerin aşırı kısıtlayıcı uygulamalarının önemli bir rol oynadığı davalara özellikle dikkat etmesi gerektiğini düşünmektedir.²⁸

²⁷ *Kürüm -Türkiye*, 26 Ocak 2010 kararı, bak. 17. paragraf.

²⁸ Özellikle dört davadan oluşan bir grup (öncü dava *Gürbüz -Türkiye*, 10 Kasım 2005 tarihli karar); bunun yanı sıra şu davalar: *Tekin Yıldız -Türkiye*, 10 Kasım 2005 ta-

II. Ciddi insan hakları ihlalleri durumunda cezasızlıkla mücadelede mahkemelerin rolü

44. Komiser, Türkiye’de güvenlik güçleri mensupları tarafından yapılan ciddi insan hakları ihlalleriyle ilgili davaların etkili olmamasının, ülkede uzun süredir önemli bir sorun teşkil ettiğini dikkate almaktadır. AİHM, 1996’dan bu yana verdiği çok sayıda kararda Türk güvenlik güçlerinin eylemleri nedeniyle AİHS’nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği hükmünü vermiştir; bu ihlalleri müteakiben etkin soruşturma ve kovuşturmaların yürütülmemesi de önemli bir mesele olmuştur (bkz. 200 davanın bulunduğu *Aksoy* dava grubu²⁹ ve 60’tan çok davanın yer aldığı *Batı* dava grubu³⁰). Özellikle ikinci dava grubunda, AİHM, “soruşturmadaki eksikliklerin, gerekli sürat ve özenin gösterilmemesiyle [...] birleşerek ihlal eylemlerini icra eden şüpheliler için fiili cezasızlıkla sonuçlandığı” kanaatine varmıştır. Üstelik bu davalardaki başvuru sahipleri, hukuk mahkemelerinin, ceza mahkemelerinin kararlarının kendileri için bağlayıcı olduğunu düşünmeleri nedeniyle iddia edilen ihlaller için tazminat alamamışlardır.
45. Komiser, ciddi insan hakları ihlallerinde cezasızlığın tümüyle ortadan kaldırılmasına dair 2011 Bakanlar Komitesi Kılavuz İlkeleri’ni hatırlatır.³¹ Bu İlkeler’e göre, “Devletler, mağdurlar için bir adalet meselesi olması nedeniyle, gelecekteki insan hakları ihlalleri açısından caydırıcı olması için, hukukun üstünlüğü ilkesini ve toplumun yargı sistemine olan güvenini desteklemek amacıyla cezasızlıkla mücadele etmelidirler.” Bakanlar Komitesi, cezasızlık söz konusu olduğunda, başka alanların yanı sıra adli ve idari işlemlerin her aşamasında kusurlara rastlanabileceğini gözlemlemiştir. Bu kılavuz ilkeler, özellikle mağdurların soruşturmaya dahil edilmesinin (VII. Bölüm) yanı sıra, yasal takibat (VIII. Bölüm),

rihli karar (hâkimlerin mahkeme celbi ya da çağrı yerine tutuklama emri çıkarma uygulamalarına ilişkin) ve Hüseyin Yıldırım -Türkiye, 3 Mayıs 2007 tarihli karar. Bu kararlar uygulanmak üzere Bakanlar Komitesi’nin önünde bekletilmektedir.

²⁹ Öncü dava *Aksoy-Türkiye’dir*, 26 Kasım 1996 tarihli karar.

³⁰ Öncü dava *Batı ve diğerleri -Türkiye’dir*, 3 Haziran 2004 tarihli karar.

³¹ [CIW2011](#)13, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin ciddi insan hakları ihlallerinde dokunulmazlığın tümüyle ortadan kaldırılmasına ilişkin Kılavuz ilkeleri, Bakanlar Komitesi bu ilkeleri 30 Mart 2011’de onaylamıştır.

mahkeme işlemleri (IX. Bölüm) hususlarında birçok asgari standart getirmektedir.

46. Komiser, Türkiye'nin, cezasızlıkla ilgili AİHM kararlarında ön plana çıkan bazı meseleleri halletmek üzere son yıllarda attığı önemli adımları memnuniyetle karşılamaktadır, ki bu adımlar özellikle işkence ve kötü muamele bakımından insan haklarında ilerlemelere yol açmıştır. Komiser, Anayasa'nın 145. maddesinde yapılan ve askeri mahkemelerin yetkilerini önemli ölçüde sınırlayan ve Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından işlenen suçlarda adli takibat üzerinde olumlu bir etkisi olabilecek değişikliği memnuniyetle karşılamaktadır. Adli işlemleri etkileyen yasa değişiklikleri bakımından, yeni TCMK, işkence ve kötü muamele için verilen azami cezaları anlamlı bir şekilde artırmış (94 ila 96. maddeler) ve savcıların bu suçlarla ilgili olarak devlet memurlarını soruşturmak ya da kovuşturmak için idari ön izin almaları gereğini kaldırmıştır. Türkiye'nin çabaları, *Aksoy* dava grubu hakkında verdiği ResDH(2008)69 Sayılı Karar'da, reformlar memnuniyetle karşılanmak ve o zamana kadar elde edilen sonuçların tatmin edici olduğu belirtilmek suretiyle, Bakanlar Komitesi tarafından da kabul edilmiştir. 2011 yılında Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT), emniyet görevlilerinin yaptığı kötü muamelenin hem sıklığında hem de şiddetinde sürekli bir azalma eğilimi olduğu görüşünü belirtmiştir.³²
47. Ayrıca, Türk mahkemelerinin, güvenlik güçleri tarafından yapılan işkence, kötü muamele ve yargısız infazlar için verdiği münferit mahkûmiyet kararları da olmuştur -siyasi eylem yapan Engin Çeber'in, 2008'de tutuklandıktan sonra karakolda ve cezaevinde yapılan işkence sonucunda ölümüyle ilgili olarak cezaevi personeli, jandarmaların, polis memurlarının ve bir doktorun aldığı cezalar gibi. Bu dava, polis ve cezaevi personelinin Engin Çeber ile aynı zamanda yakalanan üç eylemciye yaptığı işkenceyi de kapsamaktadır. Komiser, Türk mahkemelerinin verdiği bu kararı ve dönemin Adalet Bakanı'nın Engin Çeber'in ailesinden özür dilemesi dahil, Türk makamlarının bu davada sergiledikleri ilkeli tutumu memnuniyetle karşılamaktadır. Komiser, devam etmekte

³² Bak. CPT'nin Türkiye'ye yaptığı beşinci periyodik ziyaretin, 31 Mart 2011'de yayımlanan raporu.

olan *Temizöz ve JİTEM* adlı davaları³³ da ilgiyle takip etmektedir. Komiser, bu davaların, Türkiye'nin güneydoğusunda, AİHM içtihadında da belirgin bir şekilde ön plana çıkan sistematik insan hakları ihlallerinin yapıldığı bir döneme ışık tutmak için eşsiz bir fırsat olduğunu düşünmektedir.

48. Ancak Komiser, Türkiye'de mahkemelerin, özellikle iddia edilen suistimallerle ilgili etkin yargılama yapılması konusunda oynadıkları role ilişkin kaygı veren birçok önemli sorun olduğunu düşünmektedir. Bu sorunların bazıları doğrudan doğruya AİHM tarafından değerlendirilmiştir ve Mahkeme'nin verdiği birçok kararın uygulanması için bu sorunların Türk makamları tarafından etkili bir şekilde halledilmesi gerekmektedir. Bu sorunlar aşağıdakileri kapsamaktadır:

- güvenlik güçlerinin yaptığı ciddi insan hakları ihlallerine ilişkin soruşturma, kovuşturma ve verilen mahkûmiyet kararı sayısına dair tutarlı, güvenilebilir istatistiksel bilginin olmaması. Bu, Türk yargısının cezasızlık konusunda oynadığı rolle ilgili net bir tablonun ortaya çıkmasını engellemektedir;
- ciddi insan hakları ihlalleriyle ilgili zamanaşımı: Her ne kadar son yıllarda zaman sınırları yasalarla artırılmış olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararının uygulanmasının çok eski dosyaların yeniden açılmasını gerektirmesi gerçeğinin yanı sıra Türkiye'de yargılamaların aşırı uzun sürmesi sorunu göz önüne alındığında, bu sınırlar hâlâ adaletin önünde bir engeldir. Örneğin, 1990'ların başlarında işlenen cinayetler hakkındaki yukarıda söz edilen *JİTEM* davası duruşması, iddianamenin hazırlanma süresi ve yetkili mahkemeyi belirleme işlemlerinin uzun sürmesi nedeniyle, olaylardan 17 yıl sonra, ancak 2009 yılında başlayabilmiştir;
- işkence ve kötü muamele dışındaki davalarda, devlet aktörleri tarafından gerçekleştirilen ciddi insan hakları ihlallerinin

³³ Bu iki dava, 1990'ların başında Türkiye'nin doğusunda ve güneydoğusunda cinayetler, işkence ve diğer kanuna aykırı cürümlerle suçlanan sırasıyla bir jandarma albayı (Cemal Temizöz) ve altı kişi ve varlığı iddia edilen Jandarma istihbarat ve Terörle Mücadele Birliği (JİTEM) hakkındadır.

soruşturulması ve kovuşturulması için idari ön izin alma ge- reği: Devlet memurlarının bu tür davalarda yargılanması için idari izin gerektiren 4483 Sayılı Kanun, işkence ve kötü muamele dışında kalan suçlara uygulanmaya devam etmekte ve bu kanunun cezasızlığın önemli kaynaklarından biri olduğu görülmektedir. Bu nedenle Komiser, son yıllarda AİHS'nin 3. maddesi (işkencenin yasaklanması) bakımından kaydedilen gelişmelerin, AİHS'nin 2. maddesine (yaşam hakkı) aktarıl- mamasından endişe duymaktadır. Ayrıca Komiser, işkence davalarında bile, savcıların suçlamayı "görevin kötüye kul- lanılması" gibi diğer TCK maddelerine dayandırmayı -ki bu, göreceli olarak daha hafif cezalar verilmesini ve idari ön izin alınması zorunluluğunu getirmektedir- tercih ettiği örnekler olduğuna dikkat etmektedir.³⁴

49. 2005 yılında yeni TCMK yürürlüğe girdikten sonra verilen karar- lar dahil, AİHM'in verdiği son kararların, Türkiye'de cezasızlık sorununun yapısal özelliğini doğruladığı görülmektedir. Özel- likle, 2011'de *Serdar Güzel -Türkiye* davasında³⁵, AİHM, ilgili polis memurlarına karşı yürütülen cezai takibatın yetersiz olduğu hük- müne varmıştır (işkence suçlamaları Aralık 2006'da zamanaşımı nedeniyle düşmüştür). AİHM, en son kabul edilen TCMK uyarın- ca bile hiçbir etkili hukuk yolunun (AİHS'nin 13. maddesi) bulun- madığına karar vermiştir. Hükümetin argümanının aksine AİHM, TCMK'nın 141. maddesinin kanuna aykırı tutuklama ya da gözaltı için bir hukuk yolu sağladığı, ancak polis memurlarının elinde kötü muameleye maruz kalan başvuru sahibinin uğradığı hasar için böyle bir yolun olmadığı kanaatindedir. Bu tür davaların tipik bir özelliği olarak, hukuk mahkemelerinde kullanılabilecek kanun yolları da daha önce belirtildiği gibi etkisiz kalmaktadır.
50. Özellikle, AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiği davalarda, et- kin yargılamayla ilgili olarak, 19 Ocak 2007'de öldürülen yazar

³⁴ Örneğin, Engin Çeber davasının ilk iddianamesinde, bak. Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV) tarafından Mehmet Atılğan ve Serap Işık'a ısmarlan- an çalışma, "Cezasızlık Zirhünü Aşmak", 2011.

³⁵ *Serdar Güzel -Türkiye*, 15 Mart 2011 tarihli karar.

ve gazeteci Hrant Dink'in davası, Türk yargı sisteminin cezasızlık sorununu ele alış biçimindeki eksiklikleri göstermiştir. AİHM 2010 tarihli kararında³⁶, Türkiye'nin Dink'in hayatını koruma, ve AİHS'nin 2. maddesi ihlal edilerek öldürülmesine ilişkin etkin soruşturmalar yürütme konusunda başarısız olduğuna hükmetmiştir. AİHM böylelikle soruşturmalardaki çok sayıda eksikliğe dikkat çekmiş ve yetkililere yönelik bütün takibatın yarım bıraktığını gözlemlemiştir. Mahkeme, başvuru sahiplerinin Dink'in hayatını koruma görevini yerine getirme konusunda başarısız olan sorumluların teşhis edilmesini ve mahkûm edilmesini sağlayabilecek etkili bir hukuk yoluna başvurma imkânı olmamasına istinaden, AİHS'nin 2. maddesiyle birlikte 13. maddesinin de ihlal edildiği hükmüne varmıştır.

51. Temmuz 2011'de Dink'in katili 22 yıl 10 ay hapis cezasına çarptırılırken ve diğer önemli şüphelilerin mahkemesi devam ederken, bugüne kadar güvenlik güçlerinin mahkûmiyetiyle sonuçlanan tek soruşturma Trabzon jandarması mensupları aleyhine yürütülmüştür. Ancak, AİHM kararında, diğer kamu görevlilerinin görevi suistimal ettiklerine ilişkin inandırıcı suçlamaların (savcılar ve müfettişler tarafından yapılanlar dahil) etraflıca soruşturulmadığından da söz edilmiştir. Paralel başlatılan birçok soruşturmanın başarısız olma nedenleri arasında, Trabzon ve Samsun'da savcıların dava açmamaya karar vermeleri ve idari mahkemelerin idari soruşturma izni kararını bozmaları vardır. İdari soruşturmalar şüphelilerle aynı hiyerarşik yapıdaki memurlar tarafından yürütülmüştür ve Hrant Dink'in ailesi bu soruşturmaların hiçbirine dahil edilmemiştir.
52. Hrant Dink cinayetini soruşturan özel yetkili savcının, başlangıçtan itibaren TCMK'nın 153. maddesinin 2. fıkrasına istinaden kovuşturma dosyasına erişiminin kısıtlandığı belirtilmiştir. Dink ailesinin avukatları, bu kısıtlamanın TCMK'da öngörülen amacın aksine, kanıtların bütünlüğünü koruyarak adaletin çıkarlarına hizmet etmek yerine, güvenlik güçlerinin aleyhine olan kanıtları elemeyi, tahrif ya da tahrip etmeyi kolaylaştırdığını bildirmiştir.

³⁶ *Dink-Türkiye*, 14 Eylül 2010 tarihli karar.

53. Komiserin dikkatine sunulan, cezasızlık sorununa ilişkin bir başka örnek de Nijeryalı sığınmacı Festus Okey'in 20 Ağustos 2007'de gözaltında ölümüyle ilgilidir. STK'ların ve insan hakları savunucularının, Okey'i ırkçı bir motivasyonla vurduğu iddia edilen polis memurunun davasına katılma talepleri yetkili mahkemeler tarafından mükerrer olarak reddedilmiştir. Bu STK'lar, polis gücü bünyesinde şüphelinin aleyhine delil çıkarmamaya yönelik gizli bir anlaşma olduğunu ve usule ilişkin gecikmeler nedeniyle, Eylül 2011 itibarıyla yetkili mahkeme için dosyanın esasını incelemeye başlamanın mümkün olmadığını bildirmişlerdir. Duruşmayı izleyen gözlemcilerin verdiği bilgiye göre, Nisan 2011'de Beyoğlu 4. Ağır Ceza Mahkemesi, kamu davasına katılma talebiyle başvuran kişilerin, yargıyı haksız yere etkilemeye çalıştıkları kanaatine varmış ve bu kişileri savcılığa ihbar etmiştir. Komiser, yetkili makamlardan bu meseleler ve bu davanın gelişimi hakkında daha fazla bilgi talep etmektedir.
54. Özellikle işkence/kötü muameleyle bağlantılı olarak altı çizilen sorunlardan biri de bağımsız tıbbi delillerin mahkemeler tarafından nadiren kabul edilmesidir: Ulusal Adli Tıp Kurumu ("Kurum"), düzenlediği raporlar mahkemeler tarafından istikrarlı olarak kabul edilen tek kurum olması nedeniyle bu konuda hemen hemen tekel durumundadır. Komiser, ziyareti sırasında, Kurum'un oynadığı merkezi role ilişkin endişelerden de haberdar edilmiştir ki bunlar sadece işlemleri önemli ölçüde geciktiren ağır iş yükünden değil aynı zamanda Kurum'un taraflı olduğu yolundaki iddialardan da kaynaklanmaktadır.
55. Bu sorun özellikle 1999'da İskenderun'da polis memurları tarafından işkence yapılan iki genç kızın (18 yaşından küçük ç.n.) davasında ortaya çıkmıştır. Bu dava, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülmüş ve AİHM 2009'da Kurum'un vardığı sonucun tam tersi bir sonuca, yani başvuru sahiplerinin gözaltında uğradıkları kötü muamelenin bir sonucu olarak travma sonrası stres bozukluğundan mustarip oldukları sonucuna varmıştır.³⁷ Komiser, gözaltındaki kişilerin tıbbi muayeneleri konusunda

³⁷ *Salmanoğlu ve Polattaş -Türkiye*, 17 Mart 2009 tarihli karar.

CPT'nin (İşkenceyi Önleme Komitesi), durumu "rahatsız edici" olarak tanımlayan 2011 bulgularına özellikle endişe duyarak dikkat çekmekte ve Türk makamlarını CPT'nin, emniyet teşkilatı yetkililerinin yaptığı görüşmelerin elektronik ses ve görüntü kayıtlarının alınması dahil, konuyla ilgili tavsiyelerini uygulamaya teşvik etmektedir.³⁸

56. Cezasızlıkla ilgili bir başka endişe de, görevi kötüye kullanmakla suçlanan polis memurlarının, bilhassa TCK'nın, kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla direnç göstermeye ilişkin 265. maddesi uyarınca davacılar aleyhine suçlamalarda bulunduğu iddia edilen uygulamadır. Komiser, ceza hukuku sisteminin bu tür karşı suçlamalarla asıl şikâyetlerden daha çabuk ilgilendiğine dair haberlerden ve bu durumun da zaman zaman yargının saygınlığına zarar vermesinden endişe duymaktadır.³⁹
57. Bu bağlamda Komiser, Ekim 2011'de üçtrans insan hakları savunucusu -ki bunların bazıları daha önce polis hakkında şikâyette bulunmuştur- hakkında TCK'nın 265. maddesi uyarınca verilen mahkûmiyet kararını kaygıyla kaydetmiştir (ilk karşı suçlama serisi Ekim 2010'da yetkili mahkeme tarafından reddedilmiştir). Komiser, bu vakayı Türkiye'de başta trans bireyler olmak üzere LGBT bireylere yönelik şiddet davalarının önemli kısmında söz konusu olan genel cezasızlık eğilimi çerçevesinde görmektedir. Komiser, Türkiye'deki kamu yetkililerinin 2008 ve 2009'da yedi trans kişinin öldürüldüğünü bildirdiklerini ve *Transgender Europe*'un 2008 ila 2010 arasında Türkiye'de 13 nefret cinayeti kaydettiğini hatırlatır.⁴⁰ Komiser, trans kadınların polis aleyhine yaptıkları şikâyetlerin çoğunun savcılar tarafından yeterince soruşturulmadığı bilgi-

³⁸ Bak. CPT'nin Türkiye'ye yaptığı beşinci periyodik ziyaretin, 31 Mart 2011'de yayımlanan raporu, 23. paragraf.

³⁹ Bak. Mehmet Atılğan ve Serap Işık'ın yukarıda adı geçen çalışması, ayrıca bak. Uluslararası Af Örgütü'nün "Türkiye: Kemikleşmiş Cezasızlık Kültürü Sona Ermeli" başlıklı 2007 raporu.

⁴⁰ Bak. Avrupa'da cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği temelinde Ayrımcılık raporu ve Türkiye'de homofobi, transfobi ve cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılık hakkında tematik çalışmalar, 2011'de Komiserlik Ofisi tarafından yayınlanmıştır, <http://www.coe.int/t/commissioner/activities/themes/LGBT/Default.en.asp>, s. 59 ve 60.

sinin yanı sıra LGBT bireylere yönelik çok sayıda polis şiddeti ve taciz haberi almıştır.⁴¹

58. Komiser, bu tür davaların tekrarlamasını önlemek amacıyla Türkiye'nin, AİHM içtihadında etkin soruşturmalar için belirlenen beş ilkeyle (bağımsızlık, yeterlilik, süratli olma, kamuoyu takibi ve mağdurun katılımı) uyumlu çalışacak etkili bir polis şikayet mekanizması kurmasının şart olduğu kanaatini taşımaktadır. Komiser, Türk makamlarının dikkatini bu konudaki Görüşlerine çekmektedir.⁴²
59. Son olarak Komiser, köy koruculuğu sistemiyle ilgili kaygılarını, cezasızlık bağlamında yeniden ifade etmek istemektedir. Komiser, daha 2009'da Türkiye'ye yaptığı ziyaretin ardından hazırladığı raporda⁴³ ve buna müteakiben İçişleri Bakanı'na yazdığı bir mektupta⁴⁴ Türkiye'nin güneydoğusunda köy korucularının yaptığı insan hakları ihlallerine, ve bu ihlallerin yeterince soruşturulmadığına ya da köy korucularının adaleti engelleme ve mağdurların gözünü korkutma girişimlerinde bulunduğu dair haberlerin düzenli olarak gelmekte olduğundan bahsetmiştir.
60. Bu bakımdan Komiser, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2009'da, mahkemenin "sivil gönüllülerin köy koruculuğu gibi kolluk benzeri bir görevde kullanılmasından duyduğu endişeleri" ifade ettiğini ve ayrıca köy korucuları "jandarma ve polis memurlarına uygulanabilen normal disiplin kuralları ve eğitimin dışındaki hareket ettikleri için, korucuların kendi inisiyatifleriyle ya da güvenlik güçlerinin talimatlarıyla görevlerini kasıtlı ya da kasıtsız olarak kötüye kullanmalarına karşı ne tür güvenceler bulunduğu açık olmadığını" da ilave ettiğini dikkate almaktadır.⁴⁵ Söz

⁴¹ A.g.e., ayrıca Uluslararası Af Örgütü'nün "Ne Bir Hastalık Ne De Bir Suç" adlı 2011 raporu.

⁴² İnsan Hakları Komiseri'nin polisle ilgili şikâyetlerin bağımsız ve etkin bir biçimde belirlenmesine ilişkin Görüşü, CommDH(2009)4, 12 Mart 2009.

⁴³ İnsan Hakları Komiseri'nin 28 Haziran-3 Temmuz 2009 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben yazdığı Rapor, inceleme Konusu: Azınlıkların İnsan Hakları, CommDH(2009)30.

⁴⁴ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanı Beşir Atalay'a yazdığı mektup, 8 Haziran 2010.

⁴⁵ *Seyfettin Acar ve diğ. - Türkiye*, 6 Ekim 2009 tarihli karar, 34. paragraf.

konusu olan davada AİHM'in, "Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'nin de tespit ettiği gibi, [köy korucularının] bıraktıkları izleri yok etmeye çalışma ve savcının soruşturmasını engelleme konusunda çok sayıda askerden yardım aldıklarını"⁴⁶ belirtmesi özellikle endişe vericidir.

61. Komiser, güvenlik güçlerinin eylemlerinin dışında, üst mahkemeler de dahil olmak üzere mahkemelerin emsal teşkil eden kararlarının ciddi insan hakları ihlallerinde bulunan faillere orantısızca hafif cezalar verilmesine yol açtığına dair haberlerden de endişe duymaktadır. Örneğin Komiser, genelde LGBT bireylere yönelik şiddet davalarında mahkemelerin sabit olarak "ağır tahriki hafifletici bir neden olarak kullandıklarını" dikkate almaktadır. Komiser N.Ç. davası hakkında da rahatsız edici bilgiler almıştır. Bu davada 2011'de Yargıtay dahil, mahkemeler, 20'den fazla kişinin tecavüzüne uğrayan 13 yaşındaki bir mağdurun "rıza"sını hafifletici neden olarak kabul etmiştir. Komiser Türk mahkemelerinin kararlarının eski TCK çerçevesinde verildiğini anlamakla birlikte, bu kararların Türk toplumunun iyi adalet yönetimine olan güvenini ciddi bir şekilde sarstığını kaygıyla gözlemlemektedir.
62. Komiser, ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddet davalarında emniyet teşkilatının, savcılarının ve mahkemelerin oynadığı role ilişkin sorunları gidermek üzere son yıllarda sarf edilen çabaların farkında olup, yetkili makamların bu sorunların ciddiyetini idrak etmeleri gerçeğini memnuniyetle karşılamaktadır. Komiser bu tür çabaların, ciddi insan hakları ihlallerinin söz konusu olduğu diğer sorunlu alanlarla ilgilenilirken esin kaynağı olabileceği kanaatini taşımaktadır.

III. Ceza yargılamasında diğer önemli hususlar

III.a. Mahkemelerin terör ve suç örgütleriyle ilgili uygulamaları

63. Komiser, 2009 tarihli Türkiye Raporu'nda, özellikle suç örgütlerini konu alan 220. madde olmak üzere, TCK'nın bazı hükümlerinin ve Türk Terörle Mücadele Kanunu'nun (3713 sayılı kanun) yorum-

⁴⁶ A.g.e. 35. paragraf.

lanması ve uygulanmasına ilişkin bazı kaygılarını ifade etmiştir.⁴⁷ Komiser, yukarıda sıralanan hükümlerdeki suçların tanımı ve kurucu unsurları konusunda, mahkemelerin geniş yorumundan özel olarak endişe duyduğunu belirtmiştir.

64. TCK'nın 220. maddesi uyarınca, kişi suç örgütünün üyesi olmakla ya da örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, bu örgüt adına suç işlese (6. fıkra) ya da örgüte bilerek ve isteyerek yardım ederse (7. fıkra) örgüte üye olma suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Komiser, 2009 Raporu'nda, Mart 2008'de Yargıtay tarafından verilen karar uyarınca yasadışı PKK örgütünün çağrısının ardından gösterilere katılan kişilerin 6. fıkra kapsamına alındığına dikkat çekmiştir.⁴⁸
65. TCK'nın 220. maddesinin 8. fıkrası, suç örgütünün veya *amacının* propagandasını yapan kişi için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörmektedir, ki bu, sıklıkla Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesiyle birlikte kullanılmaktadır. Uygulamada, Türk savcılar ve mahkemeleri 8. fıkrayı, şiddet unsuru içermediği halde bir terör örgütünün herhangi bir amacıyla çakıştığını düşündükleri açıklamaları da kapsayacak şekilde kullanmaktadırlar. Kürtçe anadilde eğitim isteme veya ücretsiz eğitim talep eden pankart açma gibi eylemlerin, bu talepler terör örgütlerinin görüşleriyle örtüştüğü düşünüldüğü için cezai takibata uğradıkları belirtilmiştir.
66. Türkiye'de İfade Özgürlüğü Raporu'nda Komiser, ayrıca, bir terör örgütünün duyuru ve açıklamalarını yayımlayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngören Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası hakkındaki kaygılarını ifade etmiştir. AİHM bu hükmün, hâkimlerin söz konusu açıklamaların metin ya da bağlam incelemesini yapmasını zorunlu kılmayarak AİHS'nin 10. maddesini ihlal ettiği kanaatine varmıştır.⁴⁹ Dolayısıyla, yapı-

⁴⁷ İnsan Hakları Komiseri'nin 28 Haziran-3 Temmuz 2009 tarihli Türkiye ziyaretini müteakiben yazdığı Rapor, inceleme Konusu: Azınlıkların insan Hakları, [CommDH\(2009\)30](#).

⁴⁸ İnsan Hakları Komiseri'nin 28 Haziran-3 Temmuz 2009 tarihli Türkiye ziyaretini müteakiben yazdığı Rapor, inceleme Konusu: Azınlıkların insan Hakları, [CommDH\(2009\)30](#), paragraf 36.

⁴⁹ *Gözel ve Özer -Türkiye*, 6 Temmuz 2010 tarihli karar. Bu kararın operatif olmayan bir bölümünde, AİHM, Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin AİHS'nin

lan bir açıklamanın içeriğinin gerçekten şiddete teşvik ya da terörizm propagandası oluşturup oluşturmadığı ya da hangi bağlamda yayımlandığı değerlendirilmeksizin, bu açıklamanın bir terör örgütünden kaynaklanmış olması, yayıncının mahkûm edilmesi için tek başına yeterli olmaktadır.

67. Komiser, TCK'nın 220. maddesinin yanı sıra Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. ve 7. maddelerinin ciddi kaygılar uyandırmayı sürdürdüğünü gözlemlemektedir. Ziyareti sırasında Komiser, Sivilri Cezaevi'nde tutuklu bulunan gazeteci Nedim Şener ve gazeteci Ahmet Şık'ın Ergenekon örgütünün talimatıyla ve bu örgüte yardım etme amacıyla çeşitli araştırmalar yaptıkları ya da kitap yazdıkları şüphesiyle TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrası uyarınca suçlanmış oldukları bilgisini almıştır. Komiser, ayrıca devam eden KCK grup davalarında şiddet içermeyen ve diğer açılardan kanuna uygun olan birçok eylemin, yasadışı bir örgüt talimatıyla ve bu örgütün amaçlarına hizmet edecek şekilde yürütülen eylemler olarak iddianamelere dahil edildiği bilgisini almıştır.
68. Komiser, terör ve terör örgütlerinin Türk toplumu için oluşturduğu ciddi tehdidin yanı sıra, Türk devletinin buna karşı etkin soruşturma ve adil yargılama dahil, etkili tedbirlerle mücadele etme zorunluluğunun tamamen bilincindedir. Buna rağmen, Komiser, Avrupa'da terörle yürütülen mücadelede öğrenilen önemli bir dersin, halkın hukuk sistemine duyduğu güvenin önemi olduğunu da vurgulamak ister.⁵⁰ Herhangi bir terörist faaliyet suçlaması ikna edici kanıtlarla ve herhangi bir makûl şüpheye yer bırakmaksızın yapılmalıdır. Terörle mücadelede, yargının işleyişi dahil, yerleşmiş insan hakları ilkelerinden herhangi bir sapmanın sonuçta terör örgütlerinin çıkarlarına hizmet ettiği tecrübeyle defalarca ispatlanmıştır.
69. Bu konuyla bağlantılı olarak, şiddet veya şiddet uygulama tehdidinin terör eylemlerinin temel bileşeni⁵¹ olduğu ve terörle müca-

10. maddesiyle uyumlaştırılmasının söz konusu ihlali sona erdirecek uygun bir çare oluşturacağını kaydetmektedir.

⁵⁰ Bak. Komiser'in "Terörle Mücadele etmek - Kuzey İrlanda'dan Ders Almak" başlıklı bakış açısı yazısı, 11 Temmuz 2008.

⁵¹ Bak. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1426 (1999) Sayılı Tavsiye Kararı,

delede insan haklarına getirilen sınırlamaların “olabildiğince kesin olarak tanımlanması, gerekli olması ve güdülen amaçla orantılı olması gerektiği”ni akılda tutmak çok önemlidir.⁵²

70. Komiser, özellikle bir terör örgütüne üyeliğin henüz kanıtlanmadığı durumlarda ve bir eylem ya da açıklamanın terör örgütünün amaç ya da talimatları doğrultusunda olduğu varsayıldığında, Türk terörle mücadele mevzuatında ve TCK'nin 220. maddesinde yer alan hükümlerin çok geniş bir takdir payına olanak sağladığı kanaatindedir. Komiser, Türk makamlarını bu kaygılar üzerinde düşünmeye ve bunları yasal tedbirler ve/veya içtihat yoluyla ele almaya teşvik etmektedir.

III.b. Çekişmeli davalar ve silahların eşitliğiyle ilgili meseleler

71. AİHM içtihadında, çekişmeli davalar ve silahların eşitliği, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasıyla teminat altına alınan adil yargılanma hakkının temel bileşenleridir. AİHM'e göre çekişmeli dava hakkı, taraflar için “tüm derlenmiş kanıtlar ve dosyalanmış gözlemler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma” hakkı anlamına gelir. [...] “Burada, diğerlerine ilaveten, özellikle söz konusu olan şey, davacıların adaletin işleyişine duydukları güvendir, ki bu güven, davacıların, dosyalarındaki tüm belgeler hakkında görüş bildirme fırsatını buldukları bilgisine dayanmaktadır.”⁵³
72. Silahların eşitliği konusunda, AİHS bu kavramın, “tüm tarafların kendi savlarını (kendi kanıtları dahil olmak üzere) hasım taraf karşısında önemli ölçüde dezavantajlı bir duruma düşmeden sunmak için makûl olanaklara sahip olması gerektiği” anlamına geldiğini belirtmiştir.⁵⁴ Bu bağlamda, diğerlerine ilaveten, yargılamanın hakkaniyete uygunluğunun görünümüne önem verilmelidir.⁵⁵

“Avrupa Demokrasileri Terörle Karşı Karşıya”, 23 Eylül 1999, 5. paragraf.

⁵² Bak. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İnsan Hakları ve Terörle Mücadele hakkında *Kılavuz İlkeleri*, 11 Temmuz 2002, III. Bölüm.

⁵³ *Nideröst-Huber-İsviçre*, 18 Şubat 1997 tarihli karar, 24. ve 29. paragraflar.

⁵⁴ Bak. diğerlerine ilaveten *Dombo Beheer B.V. - Hollanda*, 27 Ekim 1993 tarihli karar, 33. paragraf.

⁵⁵ *Edwards ve Lewis - Birleşik Krallık*, 22 Temmuz 2003 tarihli karar, 55. paragraf. AİHM Büyük Dairesi, Daire'nin bulgularını daha sonra 27 Ekim 2004 tarihinde teyit etmiştir.

73. Ceza yargılaması bağlamında, AİHM, “usulle ilgili unsurlar dahil, ceza yargılamasının çekişmeli olması ve iddia makamı ile savunma arasında silahların eşitliğinin bulunması gereğinin, adil yargılanma hakkının temel bir özelliği” olduğunu kabul etmiştir. Çekişmeli yargılama hakkı, ceza davalarında gerek iddia makamına gerekse savunmaya, diğer taraf tarafından dosyalanan gözlemler ve derlenen kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatı tanınmış olması anlamına gelmektedir. Buna ilaveten, 6. maddenin 1. fıkrası, iddia makamlarının tasarruflarında bulunan sanık lehine ve aleyhine tüm maddi kanıtları savunmaya ifşa etmelerini zorunlu kılmaktadır.⁵⁶
74. Türkiye’deki ceza yargılamaları, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi bakımından bazı kaygılar uyandırmakta ve savunma hakkına getirilen temel kısıtlamalar olarak görülebilecek bazı unsurları içermektedirler. Aşağıda, bu kaygılardan bazıları, ceza yargılamalarında ortaya çıkabilecekleri aşamaya bağlı olarak ayrıntılandırılmaktadır.

Ön soruşturma sırasında

75. TCMK’nın 153. maddesine göre, şüpheli ve savunma avukatının dava dosyasına erişmesi, böyle bir erişimin hazırlık soruşturmasının maksadını tehlikeye atma ihtimali varsa, bazı belge türleri (şüphelinin açıklamaları, bilirkişi görüşleri vb. gibi) dışında kısıtlanabilir. Buna ilaveten, Terörle Mücadele Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca, bir hâkim, savunma avukatının soruşturma dosyasına erişimini tamamen ya da kısmen kısıtlama emrini verebilmektedir.
76. Komiser, kanıtların dava başlamadan önce ifşa edilmeme olanağının istismarı konusundaki kaygılarını yinelemektedir. Komiser, soruşturmanın tasarrufunda bulunan tüm maddi kanıtların ifşa edilmesi esas olsa da, bir başka bireyin temel haklarını korumak ya da önemli bir kamu yararını gözetmek için bazı kanıtların verilmemesinin gerekli olabileceğine ilişkin AİHM içtihat kararını⁵⁷ kabul etmektedir. Buna rağmen AİHM, sanığın suç işlediğine ilişkin

⁵⁶ A.g.e., 52. paragraf.

⁵⁷ Bak. diğerlerine ilaveten, *Jasper-Birleşik Krallık*, 16 Şubat 2000, 52. paragraf.

makûl bir şüphenin sürmesinin, tutukluluğun devam etmesinin hukuka uygunluğu için olmazsa olmaz bir koşulu olması nedeniyle, tutuklu olarak yargılanma durumlarında, kendisine yöneltilen suçlamaların dayanağına etkili biçimde itiraz etmesi için tutuklu-ya fırsat tanınması gerektiğine hükmetmiştir.

77. Dolayısıyla, şüpheliye yöneltilen suçlamalar ve kanıtlar hakkında, ulusal güvenliği ya da başkalarının güvenliğini riske atmaksızın mümkün olduğunca çok bilginin ifşa edilmesi elzemdir. AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrası, tam ifşanın mümkün olmadığı durumlarda, bunun yol açtığı zorlukların ilgili kişilerin kendilerine yöneltilen suçlamaların dayanaklarına etkili biçimde itiraz etme olanağına hâlâ sahip olmalarını sağlayacak şekilde dengelenmesini zorunlu kılar.⁵⁸
78. Komiser, TCMK'nın 153. maddesi ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinin savcılar ve mahkemeler tarafından uygulanmasının AİHM'in belirlediği standartlara uymadığına dair kaygılar taşımaktadır. Komiser, 2011 tarihli ifade özgürlüğü raporunda bu tür kısıtlamaların rutin olarak uygulandığını ve örneğin, 2011'de yukarıda adları geçen iki gazeteci Nedim Şener ve Ahmet Şık'ın durumunda kullanılmış olduklarını belirtmiştir. Gazetecilerin avukatlarının verdiği bilgiye göre, iddianame, gazeteciler tutuklandıktan 6 ay sonra yetkili mahkeme tarafından kabul edilene kadar Şener ve Şık'a herhangi bir kanıtın ifşa edilmemiş olması, onları tutuklanmalarının hukuka uygunluğuna itiraz etme imkânından fiilen mahrum bırakmıştır.

“Koruma tedbirlerinin kullanılması”⁵⁹

79. Komiser, haberleşmelerin yasal takibi ve yargılama öncesi tutuklama gibi birçok koruma tedbirinin yargı onayına tabi olduğuna

⁵⁸ Bak A. *Ve diğerleri -Birleşik Krallık*, 19 February 2009 tarihli karar.

⁵⁹ Türk ceza usulünde “koruma tedbirleri” kavramı, kişilerin (örneğin mağdurlar ya da tanıklar) korunmasını değil, ceza davalarının sorunsuz işleyişini sağlamak ya da bir kararın infazını sağlamak için tasarlanmış tedbirleri ifade etmektedir. Bunlar tutuklama, gözaltı ve diğer kişisel özgürlük kısıtlamaları, arama ve elkoyma, haberleşmelerin yasal takibi ve gizli soruşturma tekniklerini kapsamaktadır.

dikkat etmektedir. Yasaya göre, savunma avukatı tutukluluk duruşması sırasında hazır olmalıdır. Ancak yukarıda, tutuklulukla ilgili bölümde de belirtildiği gibi, uygulamada birçok davada yargı onayının neredeyse otomatik olarak verildiği görülmektedir. Tutuklulukla ilgili olarak, Komiser, Türkiye ile ilgili bir AİHM kararını⁶⁰ da hatırlatır; buna göre devam eden tutukluluğa yapılan itirazın incelenmesi sırasında, tutuklulara savcının mütalaasının yazılı bir örneğinin temin edilmemiş olması AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmesine yol açmıştır çünkü bu uygulama silahların eşitliği ilkesine riayet etmemektedir.

80. Ziyareti sırasında Komiser, ayrıca, diğer koruma tedbirleri üzerinde çok az adli kontrol olduğu ve bir hâkimin, savcılardan gelen haberleşmelerin yasal takibi gibi tedbir taleplerini reddettiği bilinen neredeyse hiçbir vaka olmadığı hakkında hukukçular ve STK'lardan şikâyetler duymuştur. Bu konuya dair bir başka sorun da mahkemelere sunulan telefon dinleme kayıtlarında, sanığa karşı tanıklık etmeyi yasal olarak reddedebilecek kişiler dahil, özel haberleşmelerin sistematik olarak hariç tutulmamasıdır, ki bu, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında kaygılara yol açmaktadır.

İddianame süreci sırasında

81. TCMK'nın 174. ve 175. maddelerine göre iddianame, savcı tarafından davada yargılama yetkisine sahip mahkemeye sunulur. Mahkeme, iddianameyi TCMK'da belirtilen standartlara bağlı kalıp kalmadığını kontrol etmek üzere gözden geçirir. Ancak Komiser'e, mahkeme yalnızca savcı tarafından verilen dosyayı incelediği için, savunma avukatlarının bu süreçte yer almadıkları bilgisi verilmiştir. Komiserin edindiği bilgiye göre, savunma avukatları iddianameyi, ancak hâkimin onayından sonra, ilk duruşma için belirlenen tarihin tebliğiyle birlikte teslim almaktadırlar.
82. Buna ilaveten, mahkemeye sunulan bir iddianame, sunulmasını takip eden 15 gün içinde hâkim tarafından iade edilmezse, onaylanmış sayılır (TCMK, Madde 174). Bazı önemli davalarda,

⁶⁰ Bak *Altınok-Türkiye*, 29 Kasım 2011 tarihli karar, 60. paragraf.

iddianamelerin toplam uzunluğunun binlerce sayfayı geçtiği göz önüne alındığında, Komiser, hâkimlerin iddianameyi belirlenen zaman içinde değerlendirecek durumda olup olmadıkları, dolayısıyla bunun otomatik bir onaya yol açıp açmadığına dair kaygı taşımaktadır.

Duruşma sırasında

83. Komiser son TCMK'nın 201. maddesinin, savunma avukatları için duruşma sırasında tanıklara veya bilirkişilere doğrudan soru sorma imkânını Türk hukuk düzeni içine ilk kez dahil ettiğini görmektedir. Ancak Komiser, TCMK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana geçen altı yıla rağmen, kendisine bildirildiğine göre mahkemeler ve savcıların yanı sıra savunma avukatlarının tecrübe eksikliği nedeniyle, çapraz sorgunun nadiren uygulamaya sokulduğuna dair bilgiler almıştır.
84. Komiser ayrıca, sanığa karşı tek kanıtın bir tanığın ifadeleri olduğu durumlar hariç, tanıklar ve bilirkişilerin duruşmalarda hazır bulunmamasının mümkün olduğunun farkındadır. Bu durum tanıklıkların mahkemede okunmasına yol açmakta ve bu da savunmanın olaylara itiraz etme ve çapraz sorgu yapma kapasitesini azaltmaktadır. Bu bağlamda Komiser, Türk mahkemelerinin zaman zaman kendi takdirlerinde olması gereken hukuki konular dahil, bilirkişilere fazlasıyla bel bağladıkları yolundaki iddialardan endişe duymaktadır.
85. "Gizli tanık"lık, diğer bir deyişle korunmaları amacıyla kimlikleri gizli tutulan tanıkların ifadelerinin kullanımı da bir sorun olarak Komiserin dikkatine sunulmuştur. Komiser, AİHM'in, istinabe yoluyla dinlenen tanıkların ifadelerine dayanılarak verilen hapis cezaları nedeniyle Türkiye'nin ihlalini saptadığı davaları hatırlatır.⁶¹
86. Türk hukuk sisteminin, tanık koruma programları (tanık koruma çok kısıtlanmıştır ve az sayıda suçla sınırlıdır) konusunda da ek-

⁶¹ Özellikle, bak. *Hulki Güneş -Türkiye*, 19 Haziran 2006 tarihli karar, karar halen Bakanlar Komitesi'nin önünde geliştirilmiş gözetim altındadır.

siklikleri olsa da, Komiser, Türk mahkemelerinin iddianamenin esas hususlarıyla doğrudan bağlantısı olmayan ya da kişisel bilgi ve görgüye dayanmayan bilgiler sunan gizli tanıkların tanıklıklarını kabul ettiklerine dair bilgi almıştır, ki bu, savunmanın pozisyonunu zayıflatabilir. Komiser, gizli tanıklara başvurmanın çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini tehlikeye atmamasını güvence altına almak için, Türk mahkemelerinin tüm tedbirleri alması gerektiği kanaatindedir.

87. Komiser'e aktarılan bir diğer sorun da TCMK'nın ilgili hükümlerine rağmen savunmanın tanık çağırma ya da mahkemeye getirme konusunda yaşadığı zorluklardır. Her ne kadar yasalar sanığa, gösterdiği tanık veya uzman kişileri (çağrılmaları reddedilmiş olsa dahi) mahkemeye getirip dinletme hakkı sağlasa da, Komiser, uygulamada mahkemelerin basitçe "başka tanıkların ya da bilirkişilerin sorgulanmasına gerek olmadığı" nı belirterek ve bazı davalarda sanık avukatlarının ısrarını mahkemeye hakaret olarak değerlendirerek, sıklıkla bu usule izin vermedikleri yönünde bilgiler almıştır.
88. Çekişmeli yargılama ve silahların eşitliğiyle ilgili olarak AİHM içtihadında da yer bulan bir diğer mesele de, cumhuriyet savcısının Yüksek Mahkemeler'e sunduğu yazılı mütalaaya erişimdir. Komiser, Türkiye'nin Yargıtay ile ilgili olarak, bu soruna çare bulmak için genel tedbirler aldığı kanaatindedir.⁶² Ancak aynı sorun Danıştay için hâlâ geçerlidir. Komiser konuyla ilgili on AİHM kararının⁶³ Bakanlar Komitesi'nin önünde beklediğini kaydetmiştir.
89. Son olarak, yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair yeni kanunun (31 Mart 2011 tarihli 6217 sayılı kanun) geçici bir maddesi, savcılarının 2014'e dek asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda bulunmaması hükmünü getirirken, onlara tutuklama ve salıverilmeye ilişkin kararlara itiraz imkânı vermektedir. Bu kanunun, yargılama sürelerine ilişkin çok ciddi sorunlara çözüm bulmayı amaçladığı ve farklı alanlarla ilgili birçok hükmü kapsadığını kabul etmekle birlikte,

⁶² Bak. *Göç-Türkiye*, 11 Temmuz 2002 tarihli karar.

⁶³ Öncü dava *Meral -Türkiye*, 27 Kasım 2007 tarihli karar.

Komiser, bu maddenin savunma hakları ve çekişmeli yargılama konusunda sorun oluşturabileceği konusunda bazı muhatapların kendisine bildirdiği endişeleri kaydetmiştir.

III.c. Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri

90. Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri, daha önceki devlet güvenlik mahkemelerinin kaldırılmasının ardından, 2005'te son TCMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte TCMK'nın 250. maddesiyle kurulmuştur. Komiser, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin daha önceki devlet güvenlik mahkemelerinin baktığı davalara benzer davalarla, diğer bir deyişle organize suçlar, devlet güvenliği, anayasal düzen, ulusal savunma ya da devlet sırlarına karşı işlenen suçların yanı sıra, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlarla ilgilendiklerini kaydetmektedir.
91. Suçun TCMK'nın 250. maddesine göre özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yetki alanına girmesi halinde, savunma hakları üzerinde önemli etkileri olan bir dizi özel hüküm uygulanmaktadır. Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi, şüpheli ya da sanığın usule ilişkin haklarını daha da kısıtlayan bir dizi ek hüküm içermektedir. Buna ilaveten, bu davalara bakmak üzere HSYK tarafından atanan savcılar da kendilerine TCMK'nın 251. maddesiyle tanınan özel yetkilere sahiptirler.
92. Olağan ceza usullerine getirilmiş olan geçici sınırlamalardan bazıları aşağıda yer almaktadır:
- Gözaltı ve tutukluluk sürelerinin uzaması: TCMK'nın 252. maddesinin 2. fıkrasına göre, tutukluluk süresi için üst sınır, devlete karşı suçlar için iki katına çıkarılmaktadır;
 - Gözaltında görüşme yasağı: Terörle Mücadele Kanunu'nun 10.b sayılı maddesi uyarınca hâkim, savcının talebi üzerine şüphelinin savunma avukatıyla görüşme hakkını 24 saat süreyle kısıtlayabilir. Ancak, bu süre boyunca şüphelinin ifadesi alınamayacaktır. Komiser'e, gözaltında görüşme yasağının kesin önşartları göz önüne alınmadan, düzenli olarak uygulandığına dair iddialar iletilmiştir;

- Gözaltı süresince savunma avukatlarının sayısının yalnızca tek bir avukatla kısıtlanması (Terörle Mücadele Kanunu'nun 10.b sayılı maddesi);
 - Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanmasının mümkün olması (Terörle Mücadele Kanunu'nun 10.d sayılı maddesi);
 - Sanıklar ile savunma avukatları arasındaki sözlü ve yazılı haberleşme üzerinde adli kontrolün mümkün olması: 10.e sayılı maddeye göre savunma avukatının haberleşmeleri bir terör örgütüne aktardığına ilişkin kuşku varsa, hâkim yazılı haberleşmeleri eleyebilir ve sanıkla savunma avukatı arasındaki görüşmeler sırasında bir görevlinin hazır bulunmasına karar verebilir;
 - Gözaltı durumunda bilgi verilecek kişilerin sayısının kısıtlanması: 10.a sayılı maddeye göre, savcı soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği kanaatindeyse, gözaltına alınan şüphelinin yalnızca bir yakınına bilgi verilebilir;
 - Önceden davet yapılmaksızın ve acilen, şüpheliler, sanıklar, tanıklar, mağdurlar ve bilirkişilerin resmi emirle belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurulma mecburiyeti (TCMK'nın 251. maddesi uyarınca);
 - Özellikle sanık sayısının çok fazla olduğu durumlarda ya da mahkemeye mükerrer hakaret durumlarında, sanıkların gıyabında yapılan duruşmalar (TCMK'nın 252. maddesi);
 - Güvenlik nedeniyle duruşmanın başka bir yerde yapılmasının mümkün olması (TCMK'nın 252. maddesi);
 - Haberleşmenin yasal takibine ve gözetim tedbirlerine getirilmiş istisnaların uygulanmaması (Terörle Mücadele Kanunu'nun 10.f sayılı maddesi).
93. Komiser, mevcut mevzuatın özel yetkili savcılarını, basit suç ortaklığının olduğu durumlarda bile, ortada bir suç örgütü olduğunu iddia eden suçlamalar yapmaya teşvik ettiğine dair bilgiler almıştır. Bunun nedeni, TCMK'nın 251. maddesi uyarınca, savcılarının yetkilerinin artırılmış olması ve savunma hakkına getirilen

kısıtlamaların, örneğin haberleşmenin yasal takibinin çabuklaştırılması suretiyle soruşturmayı ve dava açmayı kolaylaştırmasıdır. Bu tür durumlarda, mahkeme daha sonra suç örgütünün varlığı iddialarını reddetse bile, hâkimin bu şekilde izin verdiği koruma tedbirleri yasal sayılmakta ve böylece elde edilen herhangi bir delil, bu nedenle mahkeme tarafından geçerli olarak kabul edilebilmektedir.

94. Çok sayıda ilgili hâkim ve savcıyla yaptığı toplantılarda Komiser'e, Türk hukuk sistemi çerçevesinde, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin genişletilmiş coğrafi faaliyet alanları sayesinde, farklı illeri etkileyen bazı çok karmaşık organize suç davalarının kovuşturulmasına olanak sağladıkları yönünde bilgiler iletilmiştir. Komiser, böyle genişletilmiş coğrafi yargılama yetkisinin, mahkemelerin özellikle yeni tip organize suçların üstesinden gelmesi bakımından gerçekten gerekli olabileceğini kabul etmektedir. Savcılar ayrıca Komiser'e, özel yetkilerin idari ön izne gerek kalmaksızın devlet memurları aleyhine soruşturma açmaya olanak verdiği bilgisini vermiştir (oysa özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin baktığı davaların niteliği nedeniyle bunun cezasızlıkla ilgisi yok gibi durmaktadır).
95. Buna karşılık, bu mahkemelerde savunma hakkına getirilen kısıtlamalar, Komiser için önemli bir endişe kaynağıdır. Komiser, baroların yanı sıra Türkiye Barolar Birliği'nin bu tür kısıtlamaların savunma avukatları için mesleklerini icra etmekte önemli bir engel oluşturduğuna dair kaygılarına önem vermektedir. Komiser, savunma haklarına getirilen yukarıda söz edilen kısıtlamalar ve ağır ceza mahkemeleri söz konusu olduğunda ikiye ayrılmış bir hukuk sistemi yaratılması ihtimali karşısında, ciddi kaygılar taşımayı sürdürmektedir. Komiser ayrıca son yıllarda TCMK'nın 250-252 sayılı maddeleri uyarınca mahkemeye taşınan davaların ve soruşturmaların sayısında artış olduğunu belirten haberlerden kaygı duymaktadır. Yasaların sağladığı usule ilişkin güvencelerden herhangi bir uzaklaşma çok istisnai olmalıdır ve bu istisnaların genelleştirilmesi hukukun ve adil yargının ruhuna aykırı olacaktır.

IV. Hâkimler ve savcılarının bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin meseleler

96. Hukukun üstünlüğünün özünde bulunan bağımsızlık ve tarafsızlık, adaletin dayanması gereken iki temel ilkedir.
97. AİHM içtihadı uyarınca, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, bir mahkemenin bağımsız olup olmadığını tespit etmek için, diğerlerine ilaveten, üyelerinin atanma tarzına ve görev sürelerine, dış baskılara karşı korunup korunmadıklarına bakılmalı ve demokratik bir toplumda, mahkemelerin halka vermesi gereken güven duygusu göz önüne alınarak, bağımsızlık görünümü sergileyip sergilemedikleri incelenmelidir.⁶⁴
98. Tarafsızlık konusunda, AİHM bunun bir nesnel bir de öznel bileşeni olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda uygulanacak iki test vardır: Birincisi, belirli bir davada bir hâkimin kişisel kanaatinin ne olduğunu saptamaya yönelik öznel testtir. İkincisi ise hâkimin tüm yasal şüpheleri bertaraf etmek konusunda yeterli güvenceyi verip vermediğinin araştırılmasına dayanan nesnel testtir. AİHM'in ifadesiyle, "Bu, heyet olan bir makama uygulandığında heyet üyelerinin kişisel davranışlarından farklı olarak, o makamın tarafsızlığına dair şüphe uyandırabilecek tespit edilebilir gerçeklerin olup olmadığına karar vermek anlamına gelir."⁶⁵

IV.a. Yargının bağımsızlığıyla ilgili kaygılar

99. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, (bundan böyle "HSYK") Türk yargısının bütünlüğünü teminat altına almakla yükümlü temel organdır. Hâkimler ve savcılarının atamaları, terfileri, nakilleri ve disiplin işlemleri dahil, kariyerleriyle ilgili kararlar alır. Komiser, bu kurumun 12 Eylül 2010 tarihli referandumun ardından büyük ölçüde yeniden yapılandırıldığını kaydetmektedir.

⁶⁴ Bak. *Çıraklar -Türkiye*, 28 Ekim 1998 tarihli karar, 38. paragraf, *Fey -Avusturya*, 24 Şubat 1993 tarihli karar, 30. paragraf. Ayrıca bak. Hâkimler: bağımsızlık, etkinlik ve sorumluluklar konulu 17 Kasım 2010 tarihinde kabul edilen, Rec(2010)12 Sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı.

⁶⁵ Bak. *Çıraklar -Türkiye*, 28 Ekim 1998 tarihli karar, 38. paragraf, *Fey -Avusturya*, 24 Şubat 1993 tarihli karar, 30. paragraf.

100. Eylül 2010 tarihli anayasa değişikliğinden önce, hâkimler ve savcılarının görevlerini denetleme yetkisi Adalet Bakanlığı ile HSYK arasında paylaştırılmıştı. Bakanlık birçok denetleme işlevini doğrudan yürütüyordu ve HSYK'nin sekreterliğini üstlenmişti. Reformun ardından HSYK'nin üye sayısı 7'den 22'ye yükseltilmiştir. Daha geniş ve daha çoğulcu bir yapıya kavuşan kurumun üyelerinin çoğunluğu, sadece üst mahkemeler tarafından değil, farklı düzeylerdeki hâkimler ve savcılar tarafından seçilmeye başlanmıştır. HSYK'ya, kendi bütçesine, idari kadrolarına ve binasına sahip, ayrı ve bağımsız bir kamu tüzel kişiliği statüsü verilmiştir. Daha önce Adalet Bakanlığı'na ait olan teftiş yetkisi dahil, yetkilerin büyük çoğunluğu, bağımsız bir kurul olarak HSYK'ya devredilmiştir. Kendi genel sekreterliğine sahip olan yeni HSYK, yalnızca yasal değil gerçek anlamda da güçlü ve özerk bir kurum olarak yapılandırılmıştır.
101. 20 Aralık 2010'da Venedik Komisyonu, anayasa referandumunun ardından, HSYK Kanun Taslağı (daha sonra 11 Aralık 2010 tarihli 6087 sayılı HSYK Kanunu oldu) hakkında bir Geçici Görüş benimsemiştir. Venedik Komisyonu ayrıca hâkimler ve savcılarla ilgili gözden geçirilmiş Türk mevzuatını incelemiş ve Türk makamlarına bir dizi tavsiye kararı iletmiştir.⁶⁶ Komiser, Venedik Komisyonu'nun kararlarını dikkate almak ve tavsiye kararlarını uygun tedbirler almak suretiyle uygulamak için Türk makamlarını teşvik etmektedir.
102. Komiser, 2010 referandumu ve bunu izleyen değişikliklerin, özellikle de HSYK'ya üye seçimini daha demokratik hale getirmek için HSYK'nın yeniden yapılandırılmasının, hâkimler ve savcılarının bağımsızlığını teminat altına almak için belirlenmiş kurumsal çerçevede genel bir iyileşmeyi gösterdiğini düşünmektedir.
103. Ancak Komiser, HSYK'nın yapısı ve eylemlerinin yanı sıra uygulamada hâkimler ve savcılarının bağımsızlığının da önemli bir endişe kaynağı olmayı sürdürdüğünü düşünmektedir. Bu, Venedik Komisyonu tarafından belirtildiği gibi, "çoğu Avrupa ülkesiyle

⁶⁶ Bak. Venedik Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yasa Taslağı hakkında Geçici Görüş (CDL-AD (2010) 42) ve Türkiye Hâkimleri ve Savcıları hakkında Görüş, CDL-AD(2011)004.

karşılaştırıldığında, Türkiye’de yargının organizasyonunun son derece merkezîyetçi ve oldukça sıkı olması ve sistemin geniş denetim ve teftiş yetkileri öngörmesi” ile bağlantılıdır. Yine Venedik Komisyonu’na göre, “idareyi siyasallaştırmaya ve yargıyı denetlemeye yönelik belli bir gelenekle birleştiğinde, bu, HSYK’nın yapısı ve yetkileri meselesinin yalnızca Türk yargısı için değil, genel olarak siyasal ve kamusal yaşam için de ne kadar büyük önem taşıdığını açıklamaktadır.”⁶⁷

104. Komiser, Adalet Bakanı’nın hâlâ HSYK başkanlığını sürdürdüğünü, bakanlık müsteşarının doğal üyeliğinin devam ettiğini ve dört üyenin doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından seçildiğini dikkate almaktadır. Venedik Komisyonu’nun Türk yargısının temsilcisi olmayan üyelerin seçiminin yürütmeye değil, Meclis’e bırakılması gerektiği yönündeki görüşünü kaydetmektedir.⁶⁸
105. Komiser, ayrıca, görüştüğü bazı kişilerin ileri sürdüğü, 2010 anayasa referandumunun ardından yürütmenin yeni HSYK’nin seçimi sürecine belli bir etkide bulunmaya çalıştığını ve kurula, çoğu durumda Adalet Bakanlığı’nun tercih ettiği adayların seçildiği yönündeki iddiaları endişeyle kaydetmiştir. Komiser’e, ayrıca yeni HSYK içindeki kilit mevkilere Adalet Bakanlığı’nun eski çalışanlarının geldiği bilgisi verilmiştir. HSYK tarafından üst mahkemelere yeni atanan hâkimlerin birbirine benzer oylama şekilleri, bazı muhataplar tarafından yürütmenin yargı üzerinde artan etkisi olarak değerlendirilmiştir.
106. Komiser, bu türden iddiaların doğruluğu hakkında yorum yapacak konumda olmamakla birlikte, Türk makamlarının bunları ciddiyetle dikkate almaları ve gelecekteki yeniden yapılandırmalarda bu tür endişeleri gidermeye çalışmalarını gerektiğini düşünmektedir. Bu bağlamda Venedik Komisyonu, hâkimler ve savcılarının bir temsilci için oy vermek yerine, atamaların yapılacağı bütün boş pozisyonların toplam sayısı kadar adaya oy vermelerinden kaynaklanan özel bir sorunu saptamıştır. Bu durumun, seçmenlerin

⁶⁷ Bak. Venedik Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yasa Taslağı hakkında Geçici Görüş (CDL-AD (2010)42). 18. paragraf.

⁶⁸ A.g.e., 34.-35. paragraflar.

HSYK bünyesinde çoğulcu temsile zarar verecek şekilde, gayriresmi aday listelerine blok halinde oy vermesine yol açtığı aktarılmıştır. Komiser bu uygulamanın 2010 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının sonucu olduğunun ve aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin kendi seçimlerinde de kullanıldığının farkındadır.

107. Hâkimler ve savcıların işe alınması konusunda, Komiser bir hâkim ya da bir savcının göreve atanmasının iki yıllık bir ön hizmet eğitimi, yazılı sınavlar ve bir mülakatın ardından gerçekleştiğini kaydetmektedir. Komiser, mülakatı yürütmek üzere, beşi Adalet Bakanlığı memurlarından, ikisi ise Türkiye Adalet Akademisi tarafından atanan yedi üyeden oluşan kurulun yapısına dair endişeleri kaydetmektedir.
108. Hâkimler ve savcıların teftişi ve denetimi konusunda, daha önceden Adalet Bakanlığı'nın elinde bulunan teftiş yetkilerinin bazıları HSYK'ya devredilmiştir. Ancak, Komiser, soruşturmaların Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca Adalet Bakan'ının ön iznini gerektirdiğinin farkındadır. Buna ilaveten, görevden ihraç kararları hariç, HSYK'nın verdiği disiplin cezaları ve aldığı diğer kararlar için bir hukuk mahkemesinde itiraz veya yeniden değerlendirme imkânı bulunmamaktadır.
109. Teftiş ve disiplin işlemleri konusunda Komiser, Venedik Komisyonu tarafından ifade edilen, "HSYK'nın hâkimler ve savcılarını denetleme ve teftiş yetkilerinin, çoğu Avrupa ülkesinde olduğundan daha geniş olmakla kalmayıp aynı zamanda bu yetkilerin geleneksel olarak hâkimler ve savcılarını temel yetkileri üzerinde büyük etki yaratacak şekilde, oldukça tartışmalı siyallaşmış bir tarzda yorumlandığı ve uygulandığı"⁶⁹ yolundaki kaygıyı hatırlatır. Bu bağlamda, Komiser, *Ergenekon*, *Balyoz* ve *Deniz Feneri* gibi bazı önemli davalara müdahil olan hâkimler ve savcılara karşı hemen başlatılan disiplin yaptırımlarının medyada kayda değer bir dikkatle karşılandığını ve kamunun yargı bağımsızlığı algısını önemli ölçüde etkilediğini gözlemlemektedir.
110. Komiser, HSYK temsilcileri tarafından, yeni kurulun özel yaşam⁷⁰

⁶⁹ A.g.e., 50 paragraf.

⁷⁰ Bak. 19 Ekim 2010 tarihli *Özpinar-Türkiye* davasında Avrupa İnsan Hakları

ya da cinsel yönelim gibi farklı nedenlerden ötürü hâkimler ve savcıların ihracını öngören önceki kararları iptal ettiği yolundaki bilgiyi memnuniyetle karşılamaktadır.⁷¹ Komiser, usullerin açıklıkla belirlenmesi ve gerekçeli kararların geliştirilmesi suretiyle, HSYK tarafından yürütülen disiplin soruşturma ve kovuşturmalarnın üst düzeyde şeffaflığının teminat altına alınması gerektiğini vurgulamaktadır.⁷²

111. Son olarak, Komiser Türk mevzuatının, özellikle Adalet Bakanlığı bünyesinde idari bir görev ifa eden hâkimler ve savcılar ile diğer savcılar ve yargı mensupları arasında ayırım gözetmediğini, ve iki görev türünün arasında geçişlerin mümkün olduğunu ve bunun sık görüldüğünü saptamaktadır. Komiser, Venedik Komisyonu'nun, "bu durum hâkimler ve savcılar ile devletin yürütme organı arasındaki ayrımı muğlaklaşmaktadır. Buna ilaveten hâkimler ve savcıların bu tür görevlere atanmasının mümkün olması, hâkimler ve savcıların yürütme organından iltimas istemesine yol açılarak, onlara devletçi bir tutumu telkin etme riskini taşımaktadır"⁷³ yolundaki görüşüne önem vermektedir. Bu durum, aşağıda belirtildiği gibi devlet merkezli tutumların Türk mahkemeleri ve savcılarını oldukça etkilediği göz önüne alındığında, ayrıca hâkimler ve savcılarının tarafsızlığı konusunda kaygı uyandırmaktadır.

IV.b. Yargının tarafsızlığıyla ilgili kaygılar

112. Komiserin 2011 tarihli Türkiye'de İfade Özgürlüğü Raporu'nda gözlemlediği gibi, Türkiye'nin AİHS'nin 10. maddesiyle ilgili ih-

Mahkemesi'nin kararı. Kararda AİHM bir hâkim olan başvuru sahibinin meslekten ihracının, AİHS'nin 8. ve 13. maddesini ihlal ederek, onun özel hayatına dair birçok ilgisiz hususu dikkate aldığına ve keyfi hareketlere karşı yeterli korumayı içermediğine karar vermiştir.

⁷¹ Komiser, ayrıca, kamuoyunda geniş yankı bulan bir dava olan "Şemdinli" soruşturması çerçevesinde, 2006'da bir iddianamede dönemin Kara Kuvvetleri Komutanı'nın adına atıfta bulunduğu için ihraç edilen savcı Ferhat Sarıkaya'nın göreve iadesini öngören 2011 tarihli HSYK kararını da kaydetmektedir.

⁷² Ayrıca bak. Hâkimler: bağımsızlık, etkinlik ve sorumluluklar hakkında üye ülkelerine yönelik 17 Kasım 2010 tarihinde kabul edilen Rec(2010)12 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, 28. paragraf.

⁷³ Bak. Venedik Komisyonu, Türkiye Hâkimleri ve Savcılarını hakkında Görüş, CDL-AD(2011)004, 29. paragraf.

lallerinin çoğu, bu ifadeleri, örneğin azınlıkların kimliklerini ifade etmelerini, devletin bütünlüğüne ve çıkarlarına karşı bir tehdit olarak algılayan savcılar ve hâkimlerin ifade özgürlüğüne ilişkin yasa maddelerini yorumlamalarında^ orantısızlıktan kaynaklanmaktadır. AİHS’de belirlenmiş diğer insan hakları ve temel özgürlüklerle ilgili davalardan da benzer sonuçlar çıkarılabilir. Komiser, akademik araştırmalarda da savunulduğu gibi⁷⁴, yargı mensuplarının, temel vazifelerini bireylerin insan haklarını değil, devletin çıkarlarını korumak olarak görme eğiliminde olduklarına ilişkin yaygın bir algı olduğunun farkındadır. Bu, yüksek yargının temsilcileri dahil, Komiserin Türkiye’de görüştüğü birçok kişi tarafından paylaşılan bir görüştür.

113. Komiser, bu devlet merkezli tutumun mevcut Rapor’da ayrıntılandırılan ve Türk mevzuatı ve uygulamalarını Avrupa insan hakları standartlarıyla tamamen uyumlu hale getirme çabalarını ciddi şekilde aksatan sistemik işlev bozukluklarının temel nedenlerinden biri olduğunu düşünmektedir. Türkiye’deki savcılar ve mahkemeler, örneğin AİHS’nin kamu makamları tarafından ihlallerini tatmin edici şekilde ele almakta yetersiz kalmışlardır, ki bu, cezasızlık konusunda kaygılara yol açmaktadır. Ceza adalet sisteminin şüphelilere yaptığı muamele, mahkemelerce devlet çıkarları olarak kabul edilen şeyler uğruna hareket ettiklerini ileri süren şüpheliler için değişebilmektedir. Benzer şekilde, (geniş olarak yorumlanan bir kavram olan) devletin ve kurumlarının bütünlüğüne karşı suç işlendiğinden şüphe duyulduğu zaman, mahkemeler ciddi kişisel özgürlük kısıtlamalarını kolaylıkla, hatta bazen masumiyet karnesi ilkesini tehlikeye atacak şekilde, onaylamaktadırlar ve buna bağlı olarak, uzun tutukluluk gibi istisna olması gereken durumlar kural haline gelebilmektedir.

114. Komiser, bu devlet merkezli tutumların şekillenmesi ve etkili olmasındaki en önemli faktörlerden birinin 1982 Anayasası’nun lafzı ve ruhu olduğunu bir kez daha yinelemektedir.

115. Ancak, muhataplar hâkimler ve savcılar arasında bu tutumların

⁷⁴ Bak, diğerlerine ilaveten, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV) için Mithat Sancar ve Eylem Ümit Atılgan tarafından yapılan araştırma, “Adalet biraz es geçiliyor”: Demokratikleşme Sürecinde hakimler ve Savcılar. 2009.

devam etmesini açıklayan daha birçok pratik nedeni hatırlatmışlardır. Bu nedenler arasında, örneğin yeni hâkimler ve savcılarının deneyimsizliği ile hizmet öncesi eğitimlerinin yetersizliği; görevlerine başlarken sıklıkla küçük kasabalara tayin edilmiş olmaları ve çalışma koşullarının doğal olarak yalnızca diğer devlet memurlarıyla sosyalleşmelerine yol açması; ya da mesleklerini esas olarak “görev başında” öğrenmek zorunda kalmaları sıralanabilir. Komiser, özellikle hizmet-öncesi eğitim açısından bakıldığında, Hâkimler ve Savcılar hakkındaki 283 sayılı Kanun’un, çok ayrıntılı bir kanun olmasına rağmen, insan hakları ve AİHM içtihadının yanı sıra şüpheliler, mağdurlar ve tanıkların korunması gibi konuları hâkimler ve savcılarının atamaları yapılmadan önce girdikleri sınavın kapsamına dahil etmediğini kaydetmektedir.⁷⁵

116. Komiser, Türkiye hakkındaki önceki raporlarında, hâkimler ve savcılarının sistemli bir biçimde eğitilmelerinin önemini zaten vurgulamıştır. Komiser, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin üniversite eğitiminde ve profesyonel eğitimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi konulu Rec(2004)4 sayılı Tavsiye Kararı’nın⁷⁶ yanı sıra, üye ülkeleri “hâkimler, savcılar ve diğer kanun uygulayıcı memurlar ile diğer güvenlik güçleri mensuplarına verilen meslek eğitimi programlarının, kendi meslek alanlarını ilgilendiren yerleşik AİHM içtihadıyla ilgili yeterli bilgiyi kapsamamasını teminat altına alma”ya davet eden 2011 tarihli İzmir Bildirisi’ni⁷⁷ hatırlatır.

117. Bu amaçla Komiser, 2003’te hâkimler ve savcılar için hizmet-öncesi ve hizmet-içi eğitim veren Türk Adalet Akademisi’nin kurulmasını memnuniyetle karşılamaktadır. Komiser, ayrıca yakın bir zaman önce HSYK’ya hizmet eğitimi sağlama görevinin verildiğinin farkındadır. Komiser, her iki kurumu da, verdikleri eğitim hizmetlerine, ilgili Avrupa insan hakları standartlarının etkili biçimde dahil edilmesini sağlamaya teşvik etmektedir. Komiser, ay-

⁷⁵ Ayrıca bak. Venedik Komisyonu’nun ilgili Kanun Taslağı hakkındaki Görüşü, 35. paragraf.

⁷⁶ Üniversite öğrenimi ve mesleki eğitimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi konulu Rec(2004)4 Sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı.

⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Geleceği hakkında Üst Düzey Konferansı, İzmir Bildirisi, 27 Nisan 2011, izleme Planı’nın B.1c sayılı paragrafı.

rica Türk makamlarına halen Avrupa Konseyi ile işbirliği içinde yürütülen hukuk ve insan hakları konusunda kapasite geliştirme programlarının sürdürülmesi ve güçlendirilmesi yönündeki teşviğini yinelemektedir.

118. Komiser, son derece ayrıntılı rütbe, teftiş, değerlendirme, terfi ve zorunlu tayin⁷⁸ sisteminin işleyişinin, yargı mensupları ve savcılar arasında, örneğin yukarıda sıralanan değerlendirmelerde üst mahkemelere tanınan söz hakkından ya da istenmeyen tayin tehdidinden kaynaklanan büyük bir konformizmi teşvik ettiği bilgisini almıştır. Savcılar açısından bakıldığında ise, bir savcının dava açtığı için değil açmadığı için soruşturmaya uğrama ihtimalinin daha yüksek olması nedeniyle, teftiş sisteminin savcılarını “kapı tutma” işlevlerini yerine getirmekten alıkoyduğu yönünde belirtiler vardır. Bu durum, özellikle, savcıların mahkemedeki son duruşmada beraat kararı talep ettiği çok sayıda davayı izah edebilir.
119. Komiser, HSYK içinde bu sorunla ilgili olarak, ilk derece hâkimlerinin üst mahkemeler tarafından notlandırmasına ya da Adalet Bakanlığı tarafından verilen “hal kâğıdı” uygulamasına son verilmesi gibi bazı tedbirlerin şimdiden alınmasına yol açan açık bir farkındalık olduğunu kaydetmekten memnuniyet duymaktadır. Komiser ayrıca performans ölçütlerini daha nesnel ve karar kalitesini yükseltme odaklı hale getirmek amacıyla sürdürülen çalışmaların olduğu bilgisini almıştır. Verilen bilgilere göre, bu ölçütlere tutukluluğa alternatif tedbirlerin kullanımı, alınan kararlarda AİHS ve ilgili AİHM içtihadına uygun atıfların bulunup bulunmadığı ya da ilgili kararların Strasbourg’da bir ihlal bulgusuna yol açıp açmadığı gibi değerlendirmelerin eklenmesi söz konusudur. Komiser bu süreci tamamıyla desteklemekte ve bunun hâkimler ve savcılarının konuyla ilgili insan haklarını içselleştirmesi için doğal bir teşvik sağlayacak nesnel kriterlere yol açacağını umut etmektedir.
120. Hâkimler ve savcılarının tarafsızlığının yanı sıra olması gereken tarafsızlık görünümünü etkileyen bir diğer önemli mesele

⁷⁸ Bak. Venedik Komisyonu, Türkiye Hâkimleri ve Savcıları hakkında Görüş, CDL-AD(2011)004.

de, hâkimler ile savcılar arasındaki ilişkilerle ilgilidir. Komiser, “hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda herhangi bir meşru şüphenin oluşmasını engelleyecek şekilde, savcıların özlük hakları, yetkileri ve muhakemedeki işlevlerinin yasa tarafından düzenlenmesini sağlamak üzere üye ülkelere yöneltilen 2000 tarihli Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı’nı⁷⁹ hatırlatır.

121. Komiser, Türk hukuk sisteminde bir hâkimin eğitimini bir savcının eğitiminden ayıran hiçbir şey olmadığını gözlemlemektedir. Her iki meslek için de seçilme usulü aynı olduğu için, sınavı kazanan adayı hâkim ya da savcı olarak atamak HSYK’ya kalmaktadır. HSYK’nın kendi oluşumu da, HSYK seçimlerinde aynı şekilde oy verecek ya da adaylığını koyacak hâkimler ile savcılar arasında ayırım yapmamaktadır.⁸⁰ Hâkimler ve savcılar hâlâ aynı topluluğun mensupları olarak düşünülmekte, aynı lojmanlarda yaşamakta ve sıklıkla birbirleriyle yakın kişisel ilişkiler kurmakta ve adliye binasında aynı ofislerde çalışmaktadırlar. Bazı gözlemciler göre bu durum, hâkimlerin savcılardan gelen kısıtlayıcı tedbir taleplerini titizce inceleme ihtimalini azaltmaktadır. Bu konuda ortaya çıkan bir başka kaygı da, başsavcının adliye binasının (tesislerinin) günlük idaresi ve organizasyonundan sorumlu makam olması ve birçok idari görevi üstlenmesidir, ki bu, yalnızca savcılarının iş yükü için değil, tarafsızlık görünümü için de olumsuz etkiler taşımaktadır.
122. Mahkeme salonları içindeki görünüme bakıldığında, hâkimler ve savcılar salona birlikte ve aynı kapıdan girmekte ve çıkmakta, birçok mahkeme salonunda birbirine bitişik bile olabilen aynı yükseklikteki kürsülerde oturmakta ve benzer cübbeler giymektedirler. Buna karşılık, savunma avukatları mahkeme salonuna ana kapıdan girmekte, farklı bir cübbe giymekte ve daha alçak bir kürsüde oturmaktadırlar. Komiser, savcı ile hâkimler arasındaki fiziksel yakınlığın, oturumlar sırasında, kendi aralarında, savunma avukatına ya da dinleyicilere ifşa edilmeyen özel konuşmalar

⁷⁹ Ceza hukuku sisteminde savcının rolü konulu [Rec\(2000\)19](#) sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı.

⁸⁰ Bak. Venedik Komisyonu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yasa Taslağı hakkında Geçici Görüş ([CDL-AD \(2010\) 42](#)), 70.-73. paragraflar.

yapmalarına yol açtığı, bunun da silahların eşitliği ilkesi üzerinde olumsuz etkiler yarattığı hakkında kendisine iletilen bilgilerden endişe duymaktadır.

123.Son olarak, Komiser, Türk hukuk sisteminde savcıların şüpheli ya da sanığın hem lehine hem aleyhine kanıt toplama mecburiyetlerinin olduğunun farkındadır. Ancak uygulamada, savcılarının sıklıkla sanık lehine kanıtları ya da tanık açıklamalarını dikkate almadıkları yolunda kendisine iletilen çok sayıda bilgiyi kaydetmektedir. Her halükârda Komiser, savcılarının devlet çıkarlarının bekçisi olarak mahkemelerde sergiledikleri simgesel olarak ayrıcalıklı duruşun, Türk hukuk sisteminin devlet çıkarları lehine içselleşmiş güçlü bir önyargıya sahip olduğu algısını güçlendirebileceği ve sanıklara ve halka karşı taraflı bir görünüm yansıtmasına yol açabileceği görüşündedir.

Sonuçlar ve tavsiyeler

124.Komiser, insan haklarına tam olarak saygılı, güçlü ve etkili bir hukuk sisteminin, gerçek bir demokrasinin temelini oluşturan hukukun üstünlüğünün vazgeçilmez bir bileşeni olduğunun altını çizmektedir. Çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini içeren adil yargılanma hakkı ile masumiyet karinesinin yanı sıra mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında iyice yerleşmiş ilkelerdir.

125.Bu Rapor'da ayrıntılandırıldığı gibi, Türkiye'de insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanmanın yanı sıra sistemin etkinliğini, bağımsızlığını ve tarafsızlığını olumsuz bir biçimde etkileyen ve çoktandır devam eden bazı sistemik işlev bozuklukları vardır. Komiser, mahkemeler ve savcılara tevdi edilen görevin başarısının büyük ölçüde yargıya duyulan kamu güvenine bağlı olduğunu vurgulamaktadır.

126.Komiser, Türk adalet sistemini yeniden yapılandırmak üzere, başta bir yargı reformu stratejisinin benimsenmesi, yasal değişikliklere gidilmesi ve Türk Anayasası'nın bazı kilit hükümlerine getirilen birtakım değişikliklerin yapılması olmak üzere, Türk makamları tarafından son yıllarda sarf edilen ve dikkate değer çabaları mem-

nuniyetle karşılamaktadır. Komiser, özellikle Türk makamlarıyla başlattığı samimi ve yapıcı diyalogu takdir etmektedir. Türk makamları Komiserin raporlarında öne çıkarılan kaygılardan bazılarını gidermekte açık bir kararlılık ve iyi niyet göstermiştir. 2011’de Adalet Bakanlığı bünyesinde, yegâne görevi, özellikle Türkiye’nin AİHM kararlarını tam ve etkin olarak uygulamasını sağlamak suretiyle insan hakları ihlallerini engellemek olan İnsan Hakları Daire Başkanlığı’nın kurulması memnuniyet verici bir örnektir.

127. Bununla birlikte, daha çok çaba sarf edilmesi gerekmektedir. Komiser, uygulamada ilerlemeye engel oluşturan temel faktörün Türk yargısı bünyesindeki kemikleşmiş kültür, ve devleti korumanın genellikle insan haklarını korumanın önüne geçmesi olduğunu düşünmektedir.
128. Komiser, AİHM’in Türkiye aleyhine, Türk yargısının ya insan hakları ihlallerini gidermekte başarısız olması ya da bu ihlallere doğrudan yol açması sebebiyle aldığı kararların sayısının yüksekliğinden endişe duymaktadır. Bu kararların etkili bir biçimde uygulanabilmesi için, Türk Anayasası’nın lafzında ve ruhunda, mevcut yasalarda ve yönetmeliklerde değişiklikler yapılması, kurumsal değişikliklere gidilmesi, yargı sistemi bünyesinde farkındalığın artırılması ve kapasite geliştirmenin yanı sıra yargıya duyulan kamu güveninin güçlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

Anayasa ve Anayasa Mahkemesi’nin rolü

129. AİHS standartlarının Türk yargısı tarafından etkili bir biçimde içselleştirilmesinin önündeki belli başlı engellerden biri, insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanılmasına getirilen çok sayıda istisnayı hoşgörüle karşılayan devlet merkezli bir yaklaşımı barındıran ve 12 Eylül 1980 tarihli askeri darbenin sonrasında kabul edilen Türk Anayasası’nın lafzı ve ruhu olmuştur. Komiser, Türk devleti ve toplumunda 1982 Anayasası’nı değiştirme gereği üzerinde halihazırda büyük ölçüde konsensüs sağlandığını fark etmektedir.
130. Bu bağlamda Komiser, TBMM bünyesinde, mecliste temsil edilen dört partinin tümünün katılımıyla bir “Anayasa Uzlaşma Komis-

yonu” kurulmasını memnuniyetle karşılamaktadır. Komiser, bu komisyonun görev tanımında Türk halkının ve sivil toplumun anayasa taslağı oluşturma sürecine yakından dahil edileceğinin belirtilmesini özel bir takdirle karşılamakta ve bu şeffaf sürecin, insan haklarına saygı göstermeyi ve bunları korumayı Türk hukuku ve uygulamalarının tam merkezine sağlam bir biçimde yerleştirecek daha demokratik bir anayasayla sonuçlanacağını umut etmektedir.

131. Aynı zamanda, Komiser, 12 Eylül 2010 tarihli referandumda kabul edilen anayasa değişikliklerinin potansiyel olarak olumlu etkileri olabileceğini düşünmektedir. Komiser, ayrıca, AİHS dahil insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmeler ile ulusal yasalar arasında bir uyumsuzluk olması durumunda, uluslararası sözleşmelerinin üstünlüğünü tanıyan mevcut Anayasa’nın 90. maddesinin uygulanmasını sağlamanın Türk makamlarının gündeminin üst sıralarında yer alması gerektiğini düşünmektedir.
132. 2012’de yürürlüğe girecek olan, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı, bu bağlamda önemli bir gelişmedir. Komiser bu hakkın gerçekten etkili olabilmesi için Türk mahkemelerinin AİHM içtihadına tam anlamıyla ve fiilen riayet etmesinin hayati önem taşıdığını düşünmektedir. Bu bağlamda Komiser, Anayasa Mahkemesi’nin geçmişte bu içtihadı tam olarak dikkate almakta başarısız kalmış olmasından kaygı duymaktadır.⁸¹
133. Komiser, Türk makamlarını ve Anayasa Mahkemesi’ni, Venedik Komisyonu’nun Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun hakkındaki Görüşü’nü⁸² tam olarak dikkate almaya teşvik etmektedir. Komiser, ayrıca ilgili mevzuat ve uygulama üzerinde ince ayarlar yapılarak yeni bireysel başvuru hakkının AİHM standartlarının Türk yargı sistemi içine iyice yerleştirilmesi açısından mümkün olan en iyi etkiyi yaratmasını sağlamak amacıyla, Anayasa Mahkemesi ile Avrupa Konseyi arasındaki işbirliğinin geliştirilmesini teşvik etmektedir.

⁸¹ Bak. yukarıdaki 7. Dipnot.

⁸² Venedik Komisyonu’nun Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu ve usul kuralları hakkında CDL-AD(2011)040 Sayılı Görüşü, 18 Ekim 2011.

Yargılamanın aşırı uzun sürmesi ve tutukluluğa çok sık başvurulması

134. Komiser, Türk makamlarını hâkimler ve savcılarının sayısını artırma çabalarını sürdürmeye ve örneğin yeni mahkeme kâtipleri, hukuk destek elemanları ya da idarecileri işe alarak mahkemelerdeki profesyonel kadro sayısını artırmayı düşünmeye teşvik etmektedir.
135. Ceza adalet sisteminin iş yükünü azaltmak amacıyla, Komiser, savcılarını davayı mahkemeye taşıma kararlarında daha temkinli olmaya teşvik edecek gerekli çerçeveyi sağlamaları için Türk makamlarını teşvik etmektedir. Ayrıca dava dosyası hazır olmadığına savcılarının gözaltı emri vermek ya da tutuklama talebinde bulunmaktan imtina etmeleri sağlanmalıdır. Ancak bunun devlet görevlilerinin cezasızlığı bakımından zararlı etkilerinin olmamasına özen gösterilmelidir.
136. Savcılarının iş kalitesini artırmak amacıyla Komiser, adli kolluk yönetmeliğini yürürlüğe sokmak üzere daha atılabilecek adımların olduğunu düşünmektedir. Bunların amacı, kanıtların daha iyi toplanması ve soruşturmaların dışarıya sızdırılmasının önlenmesi dahil, kolluk kuvvetlerine net talimatlar vermesi gereken savcılarının soruşturmaları daha iyi koordine etmesinin sağlanması olmalıdır. Soruşturmaları gerektiği gibi yürütmeleri ve polis memurları tarafından iletilen kanıtları değerlendirebilmeleri için, savcılara gerekli kaynaklar sağlanmalıdır. Adli konularla ilgilenen kolluk kuvvetleri gerekli ehliyete sahip olmalı ve adli kolluk hizmetlerini yürütürken eylemlerini hangi makamın denetlediğine dair açıklık sağlanmalıdır.
137. Komiser, Türk makamlarını, özellikle tutukluluğun söz konusu olduğu durumlarda, kanıt toplamak ve iddianameyi mahkemeye sunmak için makûl süre sınırları belirlemeye teşvik etmektedir. İddianamelerin niteliği ve uzunluğu da kaygı uyandırmaktadır. Bu belgeler mümkün olduğunca kısa olmalı ve esas açısından önemli delillerle suçlama arasında sağlam bir bağlantı kurmalıdırlar. Komiser, kovuşturma sürecinin hızlandırılması amacıyla, örneğin duruşma sırasında sanıklar, tanıklar ve bilirkişilerin mahkemede bulundurulması ve duruşmaların daha az kesintiye

uğraması ya da hiç kesintiye uğramamasını sağlamak gibi ilave tedbirlerin göz önüne alınması gerektiğini düşünmektedir. Komiser, Türk makamlarını, ilgili Avrupa Konseyi organlarının adli zaman yönetimi konusundaki uzmanlığından yararlanmaya teşvik etmektedir.⁸³

138. Tutuklulukla ilgili olarak, Komiser, yetkili makamları, tutukluluğa çok sık başvurulmasının altında yatan nedenlere acilen çözüm bulmaya davet etmektedir. Tutukluluğun *istisnai niteliğini* ve buna ihtiyaç duyulduğunda açık yasal gerekçeler sağlama zorunluluğunu netleştirmek için kanunun lafzı ve ruhunda değişikliğe gidilmelidir. Özellikle, hâkimlere, belki bir genelgeyle ve eğitim vermek suretiyle, bir “katalog suç”un TCMK’da yer almasının tutuklamak için tek başına yeterli bir neden olmadığı ve gerektiği gibi gerekçelendirilmiş bir tutuklama kararının davanın nihai sonucuna zarar vermeyeceği ve bunun davanın esaslarından ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği açıklanmalıdır. Her halükârda Komiser, tutukluluk sürelerine getirilen üst sınırların ciddi anlamda düşürülmesi gerektiğini düşünmektedir.
139. Tutukluluğa alternatif tedbirlerin kullanımı için var olan yasal çerçeve, uygun yöntemlerle netleştirilmelidir. Hâkimler ve savcılar tutukluluğu içermeyen bu türden tedbirlerin kullanımı hakkında özel eğitimler almalıdırlar. Bu tedbirlerin daha sık kullanımını destekleyecek teşvikler sağlanmalıdır.
140. Komiser, yetkili makamları, hem davaların aşırı uzunluğu hem de haksız tutukluluklar için, esas davanın sonuçlanmasından önce devreye girebilecek, AİHM içtihadıyla uyumlu etkili iç hukuk yolları oluşturmaya acilen davet etmektedir. Bu hukuk yolları, davanın hızlanması ya da makul bir kazanma olasılığıyla tutukluluğun kanunlara uygunluğunun sorgulanmasının yanı sıra, aşırı uzun davalar ve hukuka uygun olmayan tutukluluklar için yeterli düzeyde tazminat elde edilmesine de olanak sağlamalıdırlar.

⁸³ Özellikle, Avrupa Adaletlikliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından kurulan Avrupa Komisyonu Adli Zaman Yönetimi Merkezi’nin çalışmaları, <http://www.coe.int/t/dqhl/cooperation/cepei/Delais/default.en.asp>.

Ciddi insan hakları ihlali durumunda cezasızlıkla mücadele etmekte mahkemelerin rolü

141. Komiser, Türk makamlarının sergilediği kararlılığı ve devlet görevlileri tarafından yapılan işkence ve kötü muameleyle mücadele etmekte sağlanan ilerlemeyi memnuniyetle karşılamaktadır. Ancak Komiser, cezasızlığı tümüyle ortadan kaldırmak ve *ciddi insan hakları ihlalleri için cezasızlığı tümüyle ortadan kaldırmaya* ilişkin 2011 tarihli Bakanlar Komitesi Kılavuz İlkeleri'ni, savcı ve mahkemelelerinin rolleriyle ilgili olanlar dahil, hayata geçirmek için daha kararlı hareket etmek gerektiğini düşünmektedir. Komiser, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu bağlamda ciddi eksikliklere -ki Türk makamları bu eksiklikleri ele almaya acilen davet edilmektedir- dikkat çektiği, katledilen gazeteci Hrant Dink davasını yakından izlemiştir.
142. Bağımsız müfettişlerce yürütülen idari soruşturmaların değerini inkâr etmemekle birlikte Komiser, özellikle, adli soruşturma için idari ön izin gereğinin yalnızca işkence ya da kötü muameleyle ilgili olanlar için değil, tüm ciddi insan hakları ihlalleri iddiaları için kaldırılması gerektiğini düşünmektedir. Yetkili makamlar, buna ilaveten, devlet güvenlik güçlerinin neden olduğu, AIHS'nin 2. ve 3. maddelerinin kapsamına giren ciddi insan hakları ihlallerinin iç hukuktaki davalar ve soruşturmalar için zaman aşımına uğramasını sağlamalıdır.
143. Komiser, yetkili makamları güvenlik güçleri hakkındaki soruşturmaları, kovuşturmaları ve mahkûmiyet kararlarıyla ilgili istatistikleri toplamak ve bunları, kendi ofisi dahil, Avrupa Konseyi'ne iletmek için teşvik etmektedir.
144. Komiser, AIHM içtihadına ve özellikle VII. Bölüm'deki 1. ve 2. ilkeler olmak üzere, yukarıda adı geçen Bakanlar Komitesi Kılavuz İlkeleri'ne uygun olarak, ceza soruşturmaları ve davalarında mağdurlar ve ailelerinin duruşmalara katılma hakkını güçlendirmek için yasal ve pratik tedbirlerin alınması gerektiğini düşünmektedir. Komiser, ayrıca, Türk makamlarını ciddi insan hakları ihlalleriyle ilgili davalara uzman STK'lar dahil üçüncü kişilerin katılma hakkını iyileştirmek için teşvik etmektedir.

145. Komiser, mahkemede güvenilir bağımsız tıbbi delillerin kabul edilebilirliğini sağlamak için Türk makamlarını teşvik etmektedir. Yetkili makamları, gözaltında tutulan kişilerin tıbbi muayeneleri ve emniyet yetkilileri tarafından yürütülen mülakatların elektronik kayıtlarıyla ilgili olanlar dahil, Türkiye’de İşkencenin Önlenmesi için Avrupa Komitesi’nin 2011 tarihli tavsiyelerini acilen uygulamaya davet etmektedir.
146. Komiser, polis memurlarının kendileri aleyhine yapılan şikâyetlerin ardından Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 265. maddesi kapsamında karşı suçlamalarda buldukları yolundaki iddialar hakkında ciddi kaygılarını ifade etmektedir. Bu bağlamda, cezasızlık konusunda Bakanlar Komitesi Kılavuz İlkeleri’nin VIII. Bölümü’ne uygun olarak, cumhuriyet savcılarının rolü çok önemlidir. Komiser, polis şiddetine ilişkin sorunlara etkili bir biçimde çözüm bulmak için Türkiye’nin bağımsızlık, yeterlilik, sürat, kamuoyu takibi ve mağdurun katılımı ilkelerini tatmin eden bir polis şikâyet mekanizması kurması gerektiğini düşünmektedir.
147. Komiser, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin köy koruculuğu sistemi ve köy korucularının kasıtlı ya da kasıtsız olsun, neden oldukları olası istismarlara karşı yeterli güvencelerin olmaması ile ilgili endişelerini paylaşmaktadır. Bu nedenle Komiser, yetkili makamlara koruculuk sistemini ortadan kaldırma olasılığını dikkatle gözden geçirme çağrısını yineler.
148. Komiser, Türk mahkemelerinin yerleşmiş içtihadının ciddi insan hakları ihlallerinin faillerine orantısızca hoşgörülü cezalar öngördüğü bazı alanlar olduğunu gözlemlemektedir. Komiser, son zamanlarda Türkiye’nin bu sorunu kadına yönelik şiddet içeren davalarla ilgili olarak çözme çabalarını takdir etmektedir. Komiser, LGBT bireylere yönelik şiddet gibi, bu raporda öne çıkarılan diğer sorunlu alanlara esin kaynağı oluşturabilecek bu çabaları sürdürmeleri için yetkili makamları teşvik etmektedir.

Ceza yargılamasında diğer önemli hususlar

149. Komiser, birçok Türk hâkim ve savcısının vazifelerini terörizm ve terör saldırılarından oluşan çok zor bir bağlam içinde ifa ettiklerinin bilincindedir ve güç bir görev olan terörle mücadelenin or-

taya çıkardığı ciddi sorunların varlığını kabul etmektedir. Ancak tecrübeler bu mücadelenin etkili olabilmesi için özellikle yargının tutumunun kusursuz olması gerektiğini göstermektedir. Komiser, insan hakları standartlarına tam anlamıyla saygılı olmanın, bu mücadelede bir engel olmadığını, aksine mücadelenin nihai başarısını sağlayacak temel bir faktör olduğunu düşünmektedir.

150. Komiser, başta bir terör örgütüne üyeliğin kanıtlanmadığı ve bir eylem ya da açıklamanın terör örgütünün amaçları ya da talimatları doğrultusunda olduğuna hükmedildiği durumlar olmak üzere, Türk Terörle Mücadele Kanunu'nun hükümlerinin ve Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin imkân verdiği geniş yorum ve uygulama payı hakkında endişelerini ifade etmektedir. Komiser, özellikle, bu mevzuatın düzeltilmesi için daha çok çaba sarf edilmesi gerektiğini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına uygun olarak, terörizm ya da örgüt üyeliği suçları ile düşünce, ifade, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü kapsamına giren eylemlerin arasındaki sınır konusunda, savcılar ve hâkimleri eğitmek gerektiğini düşünmektedir.
151. Komiser, Türk makamlarını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında adil yargılanma hakkının kilit bileşenleri olan çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri konusunda, mevcut Rapor'da öne çıkarılan kaygılar ışığında, başta Türk Ceza Muhakemesi Kanunu olmak üzere, ilgili mevzuatta değişiklikler yapmaya teşvik etmektedir.
152. Komiser, özellikle, Türk makamlarını Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesi ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesine dayanılarak duruşma öncesi kanıtların ifşa edilmesine getirilen kısıtlamaların aşırı kullanımını frenlemeye teşvik etmektedir. Komiser, davaların çekişmeli niteliğini teyit etmek için, iddianamenin kabul edilmesi ve kanıtların kabul edilebilirliğine ilişkin kararların alınmasının yanı sıra mümkün olduğun ölçüde koruma tedbirlerinin talep edilmesi bakımından savunma hakkının güçlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.
153. Duruşma sırasında savunmanın çapraz sorgu yapma ya da tanıkların çağırma hakkını tam anlamıyla kullanmasını engelleyen pratik zorluklar hâkimler, savcılar ve savunma avukatlarının eği-

timi yoluyla ortadan kaldırılmalıdır. Gizli tanıklara başvurmayı kısıtlamak ve bunun çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri üzerinde yarattığı etkileri dengelemek için de daha çok çaba sarf etmek gerekmektedir.

154. Komiser, özellikle, savunma hakkına getirilen -bu raporda ayrıntılandırılmış- çok sayıda kısıtlamayla ilgili olarak, ağır ceza mahkemeleri ve özel yetkili savcılar sisteminin işleyişi hakkında ciddi biçimde kaygılanmayı sürdürmektedir. Olağan usul güvencelerinden herhangi bir sapma, son derece istisnai olmalıdır. Komiser, Türk makamlarını, özel yetkili ağır ceza mahkemeleri ve savcılar sisteminin gerekliliğini gözden geçirmeye ve tüm ciddi ceza davalarının iyi donanımlı normal ağır ceza mahkemelerinde görülmesinin sağlanmasını değerlendirmeye teşvik etmektedir.
155. Komiser, bu özel mahkemelerin, genişletilmiş coğrafi kapsam ve devlet memurlarını idari ön izne gerek olmaksızın sorgulama gibi, organize suçlarla mücadeleyi kolaylaştıracak başka avantajlar sunduğunu fark etmekle birlikte, iyi donanımlı umumi ceza mahkemelerinin de bu avantajları, savunma hakkının kısıtlanmasına gerek kalmaksızın kullanabileceğini düşünmektedir.

Hâkimler ve savcıların bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin sorunlar

156. Komiser, hâkimler ve savcılarının bağımsızlık ve tarafsızlıkları kadar, sergiledikleri bağımsızlık ve tarafsızlık görünümünün de hukukun üstünlüğünün kurucu unsurları olduğunu hatırlatır.
157. Türkiye’de yargının organizasyonu, hâkimler ve savcılar üzerindeki çok geniş denetim ve teftiş yetkileriyle büyük ölçüde merkeziyetçi kalmayı sürdürmektedir. Yargının bağımsızlığı konusunda Komiser, HSYK’yı etkileyen son anayasa değişiklikleri ve yasal reformların, yürütmenin ve üst mahkemelerin hâkimler ve savcılar üzerindeki denetiminin daha güçlü olduğu önceki duruma göre bir ilerleme oluşturduğunu düşünmektedir.
158. Buna karşılık, Komiser, yargının bağımsızlığını daha fazla teyit etmek ve devam eden kaygıları gidermek için HSYK’da yapılan reformlara devam etmek gerektiğini düşünmektedir. Komiser, özellikle, Türk makamlarını, hem HSYK hem de hâkimler ve sav-

cuların yasal durumlarıyla ilgili olarak Venedik Komisyonu'nun 2011 tarihli tavsiyelerini uygulamaya teşvik etmektedir. Bu tavsiyeler, diğerlerine ilaveten, hakimlerin ve savcılarının atanma tarzı ve idari ve adli işlevler üstlenen hâkimler ve savcılar arasında ayırım yapılmamasının yanı sıra HSYK seçimlerinin çoğulculuğu engelleyen yapısı ve Adalet Bakan'ının kurul içindeki rolünü ele almaktadır.

159. Komiser, adalet sistemine duyulan kamu güveni üzerinde dikkat çekici bir etki yaratmış olan bazı yüksek profilli davalardaki son disiplin işlemlerinden kaygılanmaktadır. Komiser bu tür disiplin işlemlerinin halkta uyandırabileceği her türlü güvensizlik duygusunu bertaraf etmek için daha fazla şeffaflık ve gerekçelendirilmiş kararların yanı sıra büyük ölçüde ihtiyat ve itidal tavsiye etmektedir. Hâkimler ve savcılarının konumunu etkileyen tüm kararları bağımsız yargı değerlendirmesine tabi kılmak da bu hususta memnuniyet verici bir gelişme olacaktır.
160. Hâkimlerin tarafsızlığı bakımından Komiser, kısmen 1982 Anayasası'nın arka planı, lafzı ve ruhunun, kısmen de bu Rapor'da öne çıkarılan çok sayıda pratik faktörün şekillendirdiği devlet merkezli tutumların son zamanlarda yapılan anayasal, yasal ve kurumsal reformların tam ve istenen potansiyellerine ulaşmasını önleyen önemli bir engel olduğunu düşünmektedir.
161. Bu bağlamda, Komiser, hâkimler ve savcılarının hizmet-öncesi ve hizmet-içi eğitimleri konusunda sürdürülen çabalara ilaveten, hâkimler ve savcılarının teftişi ve performans değerlendirmeleriyle ilgili ölçütlerin yeniden gözden geçirilmesine ilişkin halihazırdaki çalışmaları devam ettirmek için yetkili makamları teşvik etmektedir. Komiser, bu ölçütlerin hâkimleri ve savcılarını, AİHS ve AİHM içtihadını günlük işlerine etkili bir biçimde dahil etmeye yönelten doğal teşviklere yol açacağını umut etmektedir.
162. Komiser, ayrıca, yargı mesleği bünyesindeki iç demokrasinin devletçi tutum kalıplarını kırmakta kilit bir rol oynadığını düşünmekte ve farklı kademelerdeki yargı çalışanlarının geniş katılımıyla HSYK tarafından organize edilen durum değerlendirmesi toplantıları gibi son girişimleri memnuniyetle karşılamaktadır.

163. Komiser, mahkeme salonunda ya da HSYK bünyesinde, hâkimler ve savcılarının mevkilerini birbirinden ayıracak çok az şey olmasından ve birbirleri arasında yakın mesleki ve sosyal temasları teşvik eden kurumsal ve pratik çerçeveden, özellikle de bunun tarafsızlık ve silahların eşitliği görünümü üzerindeki etkisinden kaygı duymaktadır. Mahkeme salonlarının düzenlenmesi de, bununla bağlantılı ve yetkili makamlar tarafından ele alınması gereken bir sorundur.
164. Komiser, Türkiye'nin karşı karşıya bulunduğu yukarıdaki sorunların etkili biçimde çözülmesinin ancak tüm kademelerdeki hâkimler ve savcılarının AİHS standartlarını dikkate almasıyla ve bunları kararlarına tamamen dahil etmeleriyle mümkün olacağına inanmaktadır. Komiser, mevcut Rapor'da öne çıkarılan sorunlar üzerinde düşünülmesi ve bunlara çözüm aranmasının, çoktandır devam eden sistemik işlev bozukluklarının düzeltilmesine ve demokratik bir toplum için gerekli olan adalet sistemine duyulan kamu güveninin artmasına katkıda bulunacağına inanmaktadır.
165. Komiser, Türk makamlarıyla yürüttüğü yapıcı diyalogu devam ettirme ve Türk makamlarının insan haklarının korunması ve teşvik edilmesi konusunda sürdürdükleri çabalara yardım ve desteğini sunma arzusunu vurgulamak ister.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır.

Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine Ekler bölümünde yer verilmektedir.

Bütün Dergi için olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaçlarınıza ve isteklerinize göre şekillenecektir.

KANUNLAR

22 Ekim 2011/28092

- 6237 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İran İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kapıköy ve Razi Kara Hudut Kapılarının Ortak Kullanımına İlişkin Mutbakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6238 Güneydoğu Avrupa Kanun Uygulama Merkezi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6239 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Ekvator Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6240 Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre Konfederasyonu Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6241 Türkiye Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

12 Kasım 2011/28110

- 6242 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Brezilya Federatif Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gümrük Konularında Karşılıklı İdari Yardım Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 6243 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6244 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Brezilya Federatif Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6245 Türkiye-Azerbaycan Uzun Vadeli Ekonomik ve Ticari İşbirliği Programı ve İcra Planının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6246 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Planlama Alanında İşbirliğine İlişkin Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6247 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gençlik Alanında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6248 Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesinin Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

15 Aralık 2011/28143

- 6252 Askerlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6254 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Yeni Zelanda Hükümeti Arasında Hava Hizmetlerine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6255 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avustralya Hükümeti Arasında Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6256 Türkiye Cumhuriyeti ile Finlandiya Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması ile Anlaşmaya İlişkin Protokol ve Notaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 6257 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6258 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Senegal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6259 Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

2 Kasım 2011/28102

- KHK/656 Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/657 Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/658 Türkiye Su Enstitüsünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/659 Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/660 Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

2 Kasım 2011/28102 M.

- KHK/661 Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/662 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun

ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

KHK/663 Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/664 Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

KHK/665 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

KHK/666 Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

YÖNETMELİKLER

16 Ekim 2011/28086

- Tütün Mamullerinin Üretim ve Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayın ve Uygulama Yönetmeliği

17 Ekim 2011/28087

- Merkezi Finans ve İhale Birimi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Vagon Sanayii Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Dış Hekimliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hitit Üniversitesi Bilimsel Teknik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

18 Ekim 2011/28088

2011/2237 Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Tabiat Varlıklarını Koruma Komisyonları Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

19 Ekim 2011/28089

- Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Meslek Personelinin Yarışma, Yetki ve Yeterlik Sınavları ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danıştay Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bozok Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Kalp ve Damar Hastalıkları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi İleri Biyomedikal Ar-Ge Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Şehir Üniversitesi Enerji, Çevre ve Toplum Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Mersin Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Mevlana Üniversitesi Türkçe Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

20 Ekim 2011/28090

- Çevre ve Şehircilik Şûrası Yönetmeliği
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Özyeğin Üniversitesi İngilizce Hazırlık Programı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

21 Ekim 2011/28091

- İyi Tarım Uygulamaları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıyı Tesislerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Amasya Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özyeğin Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

22 Ekim 2011/28092

- Küçük Sanayi Sitelerinin Kredilendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Sualtı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

23 Ekim 2011/28093

2011/2242 Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Sınai, Bilimsel ve Tıbbi (SBT) Cihazlar Yönetmeliği
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Veteriner Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Müze ve Kültür Miraslarının Yönetimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Coğrafi Bilgi Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Uludağ Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

24 Ekim 2011/28094

- Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Türkçe Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Taş Mozaik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği

25 Ekim 2011/28095

- Mevlana Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Süleyman Demirel Üniversitesi Güzel Sanatlar Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Dış Hekimliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

26 Ekim 2011/28096

- Diyanet İşleri Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav Yönetmeliği

27 Ekim 2011/28097

- Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğinin Artırılmasına Dair Yönetmelik
- Çarşı ve Mahalle Bekçiliğine Giriş Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Devlet Konservatuarı Sahne Sanatları Opera Hazırlık Sınıfı Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Devlet Konservatuarı Müzikoloji Bölümü Genel Müzikoloji Anabilim Dalı Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Atılım Üniversitesi Metal Şekillendirme Mükemmeliyet Uy-

gulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Dicle Üniversitesi Bilgi İşlem Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Yerel ve Bölgesel Politikalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

28 Ekim 2011/28098

- Akaryakıt İkmal ve NATO Pol Tesisleri İşletme Başkanlığı Personeli Yer Değiştirme Suretiyle Atanma Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Tarihi Eserleri ve Kültür-Doğa Değerlerini Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Bezmiâlem Vakıf Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

29 Ekim 2011/28099

2011/2226 Devlet Memurlarına Verilecek Hastalık Raporları ile Hastalık ve Refakat İznine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

30 Ekim 2011/28100

- Milletvekillerine, Yasama Organı Eski Üyelerine, Dışarıdan Atandıkları Bakanlık Görevi Sona Erenlere Tedavi Yar-

dımı Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Müdürlüğü ve Stenografi Kursu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Eğitimlerinin Yaptırılmasının Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Staj Dönemi ile Staj Mahkemelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dernekler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu İşgücü Uyum Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Etil Alkol ve Metanolün Üretimi ile İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

31 Ekim 2011/28101

- Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği

- Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği
- Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Doğu Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kafkas Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mevlana Üniversitesi Satın Alma Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

Kasım 2011/28102

- Gazi Üniversitesi Enerji-Çevre Sistemleri ve Endüstriyel Rehabilitasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mevlana Üniversitesi Yabancı Diller Hazırlık Okulu Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

Kasım 2011/28103

- İller Bankası Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Yapı Denetim Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- İller Bankası Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Tütün Üretimi, İşlenmesi, İç ve Dış Ticareti ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Acıbadem Üniversitesi Organ Nakli Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Kasım 2011/28104

- Sosyal Güvenlik Kurumları Harcama Belgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gelir İdaresi Başkanlığı Personeli Yer Değiştirme Yönetmeliği
- İller Bankası Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Bilgi Sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Dumlupınar Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Dil Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Nevşehir Üniversitesi Dil Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Kasım 2011/28105

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ahi Evran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Türk Dili Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Kasım 2011/28106

- Asansör Bakım ve İşletme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kalkınma Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği

- Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelik
- İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İzmir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kırklareli Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Kasım 2011/28108

- Erzincan Üniversitesi Dil Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Kasım 2011/28109

- Erzincan Üniversitesi Dil Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Kasım 2011/28110

- Gıda, Tarım ve Hayvancılık Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atama, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği
- Fındık Lisanslı Depo Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hububat, Baklagiller ve Yağlı Tohumlar Lisanslı Depo Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Lisanslı Depoculuk Tazmim Fonu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamuk Lisanslı Depo Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yetkili Sınıflandırıcıların Lisans Alma, Faaliyet ve Denetimi

Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Zeytinyağı Lisanslı Depo Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zeytin Lisanslı Depo Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Evleri, Askerî Gazinolar ve Sosyal Tesisler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Kasım 2011/28111

- Erzincan Üniversitesi Temel Bilimler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Psikolojik Danışma ve Rehberlik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Kasım 2011/28112

- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Kasım 2011/28113

- Boğaziçi Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İzmir Ekonomi Üniversitesi Alım-Satım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Kasım 2011/28114

- Ev ve Süs Hayvanları Satış, Barınma ve Eğitim Yerlerinin Kuruluş, Açılış, Ruhsat, Çalışma ve Denetlenme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ev ve Süs Hayvanlarının Üretim, Satış, Barınma ve Eğitim Yerleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kalkınma Ajansları Proje ve Faaliyet Destekleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

Kasım 2011/28115

2011/2373 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Uzaktan Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Avrupa Meslek Yüksekokulu Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Kasım 2011/28116

- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Klinik Mühendisliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirve Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

Kasım 2011/28117

- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Frenleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde (93/14/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım veya Orman Traktörlerini Tahrik Etmek Üzere Tasarlanan Motorlardan Çıkan Gaz Emisyonları ve Parçacık Kirlenmelere Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde (2000/25/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

Kasım 2011/28118

- Kastamonu Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

Kasım 2011/28119

- Süleyman Demirel Üniversitesi Motorlu Taşıtlar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

23 Kasım 2011/28121

- Tütün Bağımlılığı Tedavi ve Eğitim Birimleri Hakkında Yönetmelik

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Oryantiring Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Oryantiring Müsabaka Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- KTO Karatay Üniversitesi İngilizce Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Türk Hava Kurumu Üniversitesi Hava Ulaştırma Fakültesi Pilotaj Bölümü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Öğretim Üyelerinin Akademik Gıysileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

24 Kasım 2011/28122

- Gençlik ve Spor Şûraları Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi İletişim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Karadeniz Stratejik Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

25 Kasım 2011/28123

- Bitkisel Gıda ve Yemin İhracatında Sağlık Sertifikası Düzenlenmesi ve İhracattan Geri Dönen Ürünler İçin Uygulama Yönetmeliği
- Bitkisel Üretimde Kullanılan Bitki Koruma Ürünlerinin Kayıtlarının Tutulması ve İzlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığında Çalıştırılacak Yerli ve Yabancı Sözleşmeli Personel Hakkında Yönetmelik

- Bartın Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

26 Kasım 2011/28124

- Planlı Alanlar Tıp İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

27 Kasım 2011/28125

- Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Muş Alparslan Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

28 Kasım 2011/28126

- Kastamonu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

29 Kasım 2011/28127

- 2011/2408 Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler İçin Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli

Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Askerî Kadroların ve Ordu Mallarının Denetimine İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- TEDAŞ Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Satınalma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Avrasya Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

30 Kasım 2011/28128

- Arıcılık Yönetmeliği
- Vakıflar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığınca Verilecek İdari ve Mali Destekler Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Hava Kurumu Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

1 Aralık 2011/28129

- KOSGEB Organlarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Sicil Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Müzik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

2 Aralık 2011/28130

2011/2257 Ürünlerin Enerji ve Diğer Kaynak Tüketimlerinin Etiketleme ve Standart Ürün Bilgileri Yoluyla Gösterilmesi Hakkında Yönetmelik

- Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Koyun ve Keçi Türü Hayvanların Tanımlanması, Tescili ve İzlenmesi Yönetmeliği
- Sığır Cinsi Hayvanların Tanımlanması, Tescili ve İzlenmesi Yönetmeliği
- Gemi Acenteleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatının Kuruluş, Görev, Yetki ve Sorumluluk Esasları Hakkında Yönetmelik
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği

- Rize Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

3 Aralık 2011/28131

- Sigorta Bilgi Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitki Karantinası Yönetmeliği
- Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-YOLCU)

4 Aralık 2011/28132

- Ahşap Ambalaj Malzemelerinin Isıl İşleme Tabi Tutulması ve İşaretlenmesine Dair Yönetmelik
- KOSGEB KOBİ Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Batman Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Aralık 2011/28133

- Ev ve Süs Hayvanlarının Ticari Olmayan Hareketlerinde Uygulanacak Hayvan Sağlığı Şartlarına Dair Yönetmelik
- Hayvanlarda Soy Kütüğü ve Ön Soy Kütüğü Esasları Hakkında Yönetmelik
- Bozok Üniversitesi Proje Koordinasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Kırıkkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- KTO Karatay Üniversitesi Lisans ve Ön Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Bilimsel ve Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Aralık 2011/28134

- İhracata Yönelik Devlet Yardımları Kapsamında Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan Yapılan Ödemelere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Aralık 2011/28135

- Basın ve Enformasyon Uzmanı ve Uzman Yardımcısı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasların Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Lokomotif ve Motor Sanayii A.Ş. (TÜLOMSAŞ) Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gazikent Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Mevlana Üniversitesi Mevlana Sosyal Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Aralık 2011/28136

- Basın ve Enformasyon Uzmanı ve Uzman Yardımcısı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Lokomotif ve Motor Sanayii A.Ş. (TÜLOMSAŞ) Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Gazikent Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Mevlana Üniversitesi Mevlana Sosyal Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

Aralık 2011/28137

- Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Sınav Hizmetlerine Yönelik Mal ve Hizmet Alımları Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Nanobilim ve Nanomühendislik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği

11 Aralık 2011/28139

- Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Sınav Hizmetlerine Yönelik Mal ve Hizmet Alımları Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Nanobilim ve Nanomühendislik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği

12 Aralık 2011/28140

- Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Sınav Hizmetlerine Yönelik Mal ve Hizmet Alımları Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Nanobilim ve Nanomühendislik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği

13 Aralık 2011/28141

- Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği
- Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Hayvanların Refah ve Korunmasına Dair Yönetmelik
- Kanatlı Tifosu ile Kanatlılarda Pullorum Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Fikir ve Sanat Eserlerini İçeren Taşıyıcı Materyaller ile Bu Eserlerin Çoğaltılmasına Yarayan Teknik Cihazların Bedellerinden Yapılan Kesintilerin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Personeli Atama, Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

14 Aralık 2011/28142

- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Denetim Çalışmalarına İlişkin Yönetmelik

15 Aralık 2011/28143

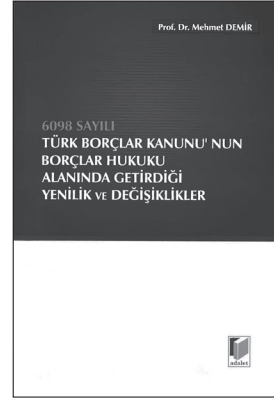
- Nakledilebilir Süngerimsi Beyin Hastalıklarına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Bombus Arısı Yönetmeliği
- Bruselloz ile Mücadele Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sığır Bovine Tüberkülozu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Yüzme Havuzlarının Tabi Olacağı Sağlık Esasları ve Şartları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazikent Üniversitesi Kültürlerarası Diyalog ve Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gazikent Üniversitesi Fizyoterapi ve Rehabilitasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Biyoetik Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Göç ve Siyaset Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Tarihi ve Kültürel Mirası Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Şah Üniversitesi Psikolojik Travma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Şah Üniversitesi Balkan Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Şah Üniversitesi Ekonomik Etüdler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Türk Hava Kurumu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

Prof. Dr. Mehmet Demir. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN BORÇLAR HUKUKU ALANINDA GETİRDİĞİ YENİLİK VE DEĞİŞİKLİKLER. Adalet Yayınevi, Ocak 2012

1 Temmuz 2012 günü yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yenilik ve değişiklikleri bilim adamları ve Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen çeşitli etkinliklerle hukukçulara tanıtılmaktadır. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Mehmet Demir'in kitabı da 51 başlık altında, bugüne kadar düzenlenmemiş alanlardaki yenilik ve geleneksel kurum ve kavramlardaki değişiklikleri vurgulamaktadır.

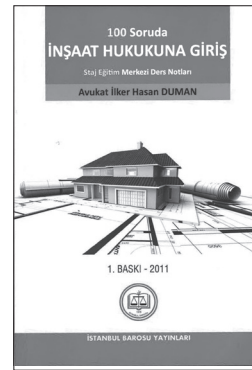
Yaşamımızın hemen bütün ekonomik, mali etkinliklerini düzenleyen Borçlar Kanunu gibi temel bir yasada yapılan değişikliklerin sadece hukukçulara değil herkese gerekli olması karşısında bu tür eserlerin yararlı olduğunu sanmaktayız. Bu bakımdan daha özenli el ve cep kitaplarını beklemekteyiz. Yazarını bu ilk girişiminden dolayı kutlarız.



Avukat İlker Hasan Duman. 100 SORUDA İNŞAAT HUKUKUNA GİRİŞ. İstanbul Barosu Yayını, 1.Baskı, 2011

Değerli hukukçu İlker Hasan Duman, inşaat hukuku alanındaki birikimini yüz soruda stajyerlere ve deneyimli hukukçular ile bu alanda çalışanlara ve ilgisi olanlara sunmuştur.

Kitabın önemli bir özelliği 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nu esas almış olmasıdır. Yeni Borçlar Kanunu'nun inşaat hukuk alanında, bozuk işte zamaşımı maddesi dışında büyük bir değişiklik olmamasına rağmen



men bu bakış açısı uygulayıcılar için madde numarası ve yenileştirilmiş dili nedeniyle önem kazanmaktadır.

Stajyerlere yönelik hazırlanmış olmasına karşın, içeriği ve kapsamı itibariyle inşaat hukuku ile ilişkili olan herkese öneririz.

Av. Dr. Cengiz Topel Çelikoğlu, MEDENİ USUL HUKUKUNDA AVUKATIN DELİL TOPLAMASI. Seçkin Yayınevi, 2011

Avukat Cengiz Topel Çelikoğlu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanmış olduğu tezini önemli bir değişiklik olmadan yayımlanmış bulunmaktadır.

Avukatları delil toplaması adil yargılama ve yargılamanın çabuklaştırılması açısından büyük önem taşımaktadır. Önsözde yazarın da belirttiği gibi, *“ taraflar mahkemeye davsa malzemesi sunarken hem yargılama ilişkisinin kendilerine yüklediği bir ödevi yerine getirmekte ve hem de verilecek hükümü etkilemeye çalışmaktadır.”*

Kitap üç bölümdür. Birinci bölümde avukatlık kurumunun hukuk sistemi ve yargılamadaki yerini irdelemektedir. İkinci bölümde, mukayeseli hukukta yargılama siste modelleri ile taraf/avukatın delil toplama yöntem ve amaçları ele alınmıştır. Üçüncü bölümde Türk hukukunda avukatın bilgi ve toplaması incelenmektedir.

Kitap bilimsel görüşler ve uygulamadaki sorunlar ile bütün teşkil etmektedir.

Avukatların işlevlerinin yargılama sistemleri ile yakın ilişkisini ortaya koyması açısından da önem taşıyan kitabı meslektaşlarımıza önermekteyiz.

