

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

• Hakemli Makaleler

• Söyleşiler

• Kararlar

• İnsan Hakları

• Disiplin Kurulu Kararları

• Kitaplar, Dergiler

• Adli Tıp

• Çevre

1969

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.ubap.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. Özgecan Yanlı
Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.

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

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

Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı

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

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

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

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

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

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

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

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

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

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

**Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık / Page Design and
Offset Preparation**
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

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

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

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

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

Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

11 Özbey İmamoğlu'nun Ardından

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

13 Zehra ODYAKMAZ / Yalçın BOSTANCI / Oğuzhan GÜZEL

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Çerçevesinde Kamu Başdenetçisine İlişkin Yaş Şartının Değerlendirilmesi / The Evaluation of Condition of Age Related with Head Ombudsman in the Law of Public Institution (No:6328)

27 Zeki YILDIRIM / Ekrem ÇETİNTÜRK

İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu / The Problem of Sanction Which will be Implemented when There is No Provision of a Check in the Bank Account.

85 Fatih ÖZKUL

Başkanlık Sistemi Üzerine Amerika Birleşik Devletleri ve Azerbaycan Modeli Karşılaştırması / Comperation of the Presidency Systems Between United States of America and Azerbaijan

111 Mehmet NAR

Tahkimin Kamu Hizmetlerine Uygulanma Sorunsalı ve Olası Sonuçları / The Problematic of Carrying Out the Public Services of Arbitration and Its Possible Results

137 Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU

Yaşama Hakkı / Right to Live

169 Ayşen SEYMEN ÇAKAR

İnsanlığa Karşı Suçlar / Crimes Against Humanity

199 Ahmet EROL

Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları / Force Majeure As Taxpayer's Right and Its Outcomes

223 Hayrettin YILDIZ

Merkezi ve Yerel Düzeyde Meclisin Yürütme Organını Denetim Yolları Üzerine Bir Karşılaştırma – Yerel Demokratik Model Sorunsalı / A Comparison On Assembly's Audit Procedures of the Executive Body in Central and Local Level -Problem of Local Democratic Model

245 Gamze TURAN BAŞARA

Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları / Transsexualism and Its Legal Results within the Scope of Turkish Civil Code Article 40

267 Mutlu KAĞITCIOĞLU

İdari İşlemin İcrailiği / The Executability of the Administrative Act

285 Harun GÜNDÜZ

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Olağanüstü Toplanması: Tatilde veya Ara Vermede Toplantı / The Convening of the Grand National Assembly of Turkey During the Adjournment or Recess

307 Hüseyin BİLGİN

Üçüncü Yargı Paketinde İdari Yargıda Yargılamanın Hızlandırılmasına İlişkin Getirilen Yenilikler / The Improvements Regarding Acceleration of Administrative Justice in the Third Judicial Reform Package

351 Erol ÇİÇEK

İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler / Environment as a Human Right and Some Principles Dominating the Environmental Law

379 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

427 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

445 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları / Case Law of the European Court of Human Rights

464 Kitaplar, Dergiler / Books, Periodicals

başkan'dan

Sevgili Meslektaşlarım,

Dergimizin bu sayısında öncelikle Ekim-Kasım/2012 tarihlerinde yapılan Baro seçimleri sonucu yeni seçilen, yeniden seçilen Baro Başkanlarımızı, Yönetim, Disiplin ve Denetleme Kurulu Üyelerimizi kutluyor, kendilerine başarılar diliyorum.

Dergimizin bu sayısında son günlerde ülkemiz gündemine taşınarak tartışmaya açılan "kuvvetler ayrılığı ilkesine, üzerinde çalışılan yen anayasa taslağında yer verilmemesi" yönündeki görüş ve öneriler hakkındaki düşüncelerimi sizlerle paylaşmak istiyorum.

Hepimizin çok iyi bildiği üzere Avrupa'da mutlakiyetçi yönetimlerin gerilemesi ile birlikte, devlet gücünün dizginlenmesi ve denetlenmesi konusunda yararlanılabilecek teknikleri arama çabaları sonucunda doğan ve modernizmin ürünü olan anayasa kavramının özü; devletin temel örgütlenmesinden daha çok devlet iktidarının kurallara bağlanması, birey hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla siyasi iktidarın sınırlandırılması ve bu suretle bir yandan birey hak ve özgürlükleri yönünden en büyük tehdit ve tehlike olan güç/iktidar temerküzünün, yani gücün/ iktidarın bir kişinin, bir kurulun, bir meclisin veya bir partinin elinde toplanmasının önüne geçilmesi, diğer yandan siyasal alanda keyfiliğin önlenmesi düşüncesine dayanır.

Aristo'dan, siyasi sistemlerle ilgili görüşünü normatif yargılardan hareketle geliştiren Locke'a ve yine siyasal sistemlere yönelik önerilerini tamamen deneysel bulgulara dayandıran Montesquieu'a kadar uzanan oldukça uzun bir tarihsel kesit içinde; anayasal devleti kurumlaştırma yolundaki arayışlara bağlı olarak gelişen, 1776 yılında kabul edilmekle dünyanın ilk yazılı anayasaları olan Virginia,

Maryland ve Pennsylvania Anayasaları'nı izleyen 1787 tarihli Amerikan Bildirisi'nin 16.maddesinde yer alan 'hakları ve kuvvetler ayrılığını güvence altına almamış bir toplumun anayasası yoktur' ifadesi ile güçlenen "kuvvetler ayrılığı" ilkesi, siyasal iktidarın kullanımının paylaşılmasının bir aracı olarak modern anayasacılığın da temelini oluşturur.

Yine Amerikan Anayasası'nı izleyen 1791 tarihli ilk *Fransız Anayasası*'nı hazırlayanların anayasa kavramından anladıkları da, krallığın iktidarını sınırlayan hukuki ve siyasi bir metindir. Nitekim iktidar temerküzünün önüne geçilebilmesinin ve bu amaçla iktidarın sınırlandırılmasının bir aracı olarak Fransız Anayasası'ndan önce hazırlanan 1789 *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*'nin 16.maddesi '*Hakların güvence altına alınmasını sağlamayan, kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemeyen toplumlar, asla bir anayasaya sahip değildirlir*' hükmünü ortaya koymuştur.

Aynı şekilde Amerikalı siyaset bilimci ve hukukçu M.J.C. Vile "Constitutionalism and Separation of Powers/Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı" isimli eserinde: "Kuvvetler ayrılığı öğretisi, yüzyıllar boyunca özgür toplumların kurumsal yapılarını, özgür olmayan toplumların kurumsal yapılarından ayırt etmeye yarayan yegane anayasal kuram olmuştur" demek suretiyle, kuvvetler ayrılığı ilkesinin anayasal önemi ve değeri ile siyasal özgürlüğe olan katkısına vurgu yapmaktadır.

Diğer taraftan özü itibarıyla bir siyasi ve hukuki değerler ile hedefler dizisi olan anayasal demokrasi, anayasacılık kurumunu işlevsel kılan ve onun ayrılmaz parçasını oluşturan kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama, yürütme ve yargı erklerinin hiç birisi bir diğerinin üstünde değildir.

Bu bağlamda, "seçilmişlerin atanmışlara üstünlükleri" ilkesi üzerine kurulu olan klasik demokrasi anlayışının aksine, anayasal demokrasilerde, başta yasama, yürütme ve yargı olmak üzere anayasal ve kamusal yetki kullanan her organ, kendisine verilmiş olan yetkiyi, başta anayasa olmak üzere yasalara, hukukun üstün ve evrensel kurallarına bağlı olarak kullanabilir.

Anayasal demokrasilerde, kuvvetler ayrılığı ilkesini ayakta tutacak ve bu ilkenin etkili biçimde işlenmesini sağlayacak ve her türlü iktidar gücü üzerinde iç ve dış denetimler oluşturmak suretiyle hak ve özgürlükleri koruyacak olan en etkili mekanizma, Amerikalıların "check and balance" diye isimlendirdikleri "denetleme ve dengeleme" sistemidir.

Her türlü güç/iktidar kötüye kullanılabilir. Kullanılmıştır da. Ama dünya siyasi tarihi bize göstermiştir ki, en çok kötüye kullanılan güç "yürütme iktidarı"dır. Zira yürütme gücü subjektif olmakla, hemen her yerde ve bütün zamanlarda keyfi kullanılmış, birey hak ve özgürlükleri konusunda en büyük tehdit ve tehlike hep siyasi iktidarlardan gelmiştir. Bu tehlikenin önüne geçecek en önemli araç anayasayı bir fren mekanizması olan "denetleme ve dengeleme" ilkesi üzerine inşa etmektir.

Bizim anayasal sistemimizde olduğu gibi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin özgün biçiminin değil de, onun yumuşatılmış, sulandırılmış biçimi olan "kuvvetlerin işbirliği" ilkesinin işlevsel kılındığı ülkelerde, yasama çoğunluğunu elinde bulunduran yürütme erkinin yasama organına da hükmettiği düşünüldüğünde, mevcut kuvvetler içinde denetleme ve dengeleme işlevini yerine getirecek, bu bağlamda birey hak ve özgürlüklerini/insan haklarını güvence altına alacak ve koruyacak olan kuvvet, yargı erkidir. Bu gücün de bir başka tehlike olan "judiocracy"ye, yani "yargıçlar yönetimine" dönüşmemesi ve kendi sınırları içinde kalması gerekir.

Arz ettim!

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

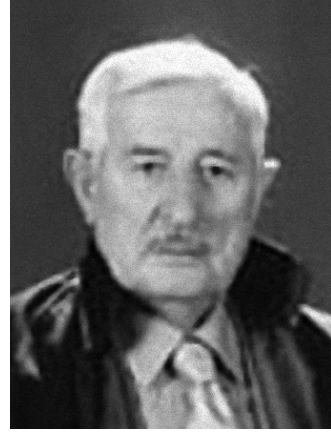
ÖZBEY İMAMOĞLU'NUN ARDINDAN

*“Dostlarla da yollar ayrılıyor bir bir
Gittikçe artıyor yalnızlığımız”*

Cahit Sıtkı Tarancı/Otuzbeş Yaş

Bu yıl da sevgili arkadaşım, dostum Özbek İmamoğlu'nu kaybettim. Sevgili Özbek ile, o kadar uzun zaman oldu ki, ne zaman, hangi koşullarda tanıştığımızı anımsayamıyorum. Sanırım yine rahmetli olan Artvin/Borçkalı Şükrü Akdemir veya uzun ömürler dilediğim yine Borçkalı Ahmet Vehbi Melek vasıtasıyla, 1956 yılının hukuk fakültesinin imtihan günlerinde (Nisan-Temmuz gibi) tanışmış olmalıyım.

O günden ölümüne kadar hukuk alanında, TBB çatısında, politikada hiç aksamayan bir iletişim ve arkadaşlığımız oldu. Özbek'le Ankara Hukuk Fakültesi'nin 1959 dönemi mezunu olmaktan öte ortak yanlarımız vardı.



Türkiye Barolar Birliği'nde aynı dönemde, 1984-1993 yıllarında, O Disiplin Kurulu, ben Yönetim Kurulu üyeliği görevlerinde bulunduk.

Fakülte yıllarında araştırmacı, sorgulayıcı bir öğrenci idi. Dışarıda çalışırdı, Nevres Abla ile evli idi. İlk çocukları Selim'den sonra son sınıfta Teoman dünyaya geldi. İsmi benden esinlenerek koyması dostluğumuzun ilk günden nasıl sağlam temeller üzerine kurulmuş olduğunu gösterecek niteliktedir. Kendisinden küçük bizlere hep öğretmek, öğrendiklerini bizlerle paylaşmak isterdi. Hukukun dışında tarih, edebiyat ve felsefe kitaplarından hiç vaz geçmedi. Bu konularda tartışmayı, paylaşmayı severdi.

Nevres Abla ile görünmez bir okuma yarışı içinde idiler. Son ziyaret ettiğimde gözleri dolayısıyla artık çok okuyamadığından yakınıyordu.

Taşradan gelip de ziyaretine gittiğim her defasında onu yeni bir hukuk sorununun ardında sürüklenir gördüm. Pek çok hukuk sorunuma katkı sağladı, yardımcı oldu.

Bir ara politika yapmıştı. Benim yoğun politika yaptığım günlerde heyecanımı duyar ve sınırlı politika deneyimlerini benimle paylaşmak için çırpınırdı.

Eşlerimiz biri birini sevdi, çocuklarım Özbey amcalarından her daim söz ettiler. En son satranç arkadaşı (!) torunum Erk, İstanbul'da ziyaretlerine gittiğimizde, her yanı kitaplarla dolu evinde bilgisayar olmamasını eleştirince, yeni yaptırdığı dışlerini öne çıkararak gülmesini bugün bile unutamıyorum.

İstanbul'a yerleştikten sonra telefonda kitap, siyaset başlıca konumuzdu. Saatlere varan uzun telefon görüşmeleri yapardık. Son zamanlarda Gürcüce kurslarına gitmiş; sanırım alfabetesi değişik Gürcüce okuma ve yazmayı öğrenmişti de. Bu çabalarına rağmen, Özbey'in en önemli özelliği Türkiye'ye candan bağlı, sadık bir Türk vatandaşı olması idi. TV'de, Gürcistan sınırında bulunan son zamanlara kadar coğrafyası ve stratejik konumu dolayısıyla ulaşılmaz Artvin/Borçka Macahel/Camili köyü ile ilgili bir programı gördüğümde aradım. Belgesel bittiğinde geri döndü ve heyecanla Macahel'in tarihinden, doğasından kaynaklanan zenginliklerinden, güzelliklerinden söz etti.

Ben onu hep paylaşımcı karakteri yanında Macahel'i, felsefe ve edebiyat eleştirileri, tarih sohbetleri ve hukuk arayışları ile hatırlayacağım ve özleyeceğim. Bizi yalnızlığımızla baş başa bıraktığın için dargınım, ama yine de güle güle sevgili arkadaşım!

Av. Teoman Ergül



Av. TAYYAR SELÇUK'U KAYBETTİK

Ankara Barosu avukatlarından ve Türkiye Barolar Birliği Denetleme Kurulu (1984-1989) önceki üyelerinden Avukat Tayyar Selçuk'u (1944), 20. 11. 2012 günü kaybettik. Arkadaşımıza rahmet, meslektaşlarımıza ve ailesine sabır ve başsağlığı dileriz.

**6328 SAYILI KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
KANUNU ÇERÇEVESİNDE
KAMU BAŞDENETÇİSİNE İLİŞKİN
YAŞ ŞARTININ DEĞERLENDİRİLMESİ**
THE EVALUATION OF CONDITION OF AGE
RELATED WITH HEAD OMBUDSMAN
IN THE LAW OF PUBLIC INSTITUTION (NO: 6328)

Zehra ODYAKMAZ*
Yalçın BOSTANCI**
Oğuzhan GÜZEL***

Özet: Kamu denetçiliği (ombudsmanlık); bireyi devletin muhtelif kurumlarından koruyan bir kurumdur. Kamu denetçiliğine ilişkin temel düzenleme 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunudur. Söz konusu Kanun'da, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluş, görev ve çalışma usullerine ilişkin ilkeler ile kamu başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimleri, özlük hakları ve kurum personelinin atanmaları ile özlük hakları düzenlenmiştir. Çalışmada kamu başdenetçisine ilişkin "yaş" şartı incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ombudsman (kamu denetçisi), kamu başdenetçisi, asgarî yaş, azamî yaş, zorunlu emeklilik.

Abstract: Ombudsman is an institution that protects person in front of various public institutions. The basic regulation related with public institution is the law of Public Institution (No:6328). At the law in question, the principles about establishment, mission, working procedure, and the qualities, elections, employee rights of head ombudsman and public auditor, and appointments, employee rights of institution personnel have been arranged. In this study, condition of "age" related with head ombudsman has been examined and appraised .

Keywords: Ombudsman (public institution), head ombudsman, minimum age, maximum age, mandatory retirement.

* Prof. Dr., Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nu Hazırlayan Komisyonların Başkanı.

** Yrd. Doç. Dr., Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1. GİRİŞ

Kamu denetçiliği (ombudsmanlık); bireyi devletin muhtelif kurumlarından koruyan bir kurumdur. Genel olarak sözlüklerde “Yurttaşların idareden kaynaklanan şikâyetlerini incelemeye ve sonuçlandırmaya yetkili resmî kişi” olarak ifade edilmektedir.

Doktrine göre¹ “Şikâyetçileri dinlemek, şikâyet konularını incelemek

¹ Ombudsmanlık sistemi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman Arslan, “İngiltere’de Ombudsman Müessesesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C:19, S:1, Mart 1986, s.157-172; Lars Bucsk, “The History and The Development of The Danish Ombudsman Institution”, *The Danish Ombudsman*, 2005, s.13-22; Tufan Erhürman, “İnsan Kaynaklarını Koruma Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu”, *Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı*, 7-9 Aralık 1998, s.339-349; Tufan Erhürman, “Ombudsman”, *Amme İdaresi Dergisi*, C:31, S:3, Eylül 1998, s.87-102; Bilâl Eryılmaz, “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C:26, S:4, Aralık 1993, s.81-106; Zehra Odyakmaz, “Çağdaş Bir Denetim Mekanizması Olarak Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu’nun Türkiye İçin Gerekliliği ve Diğer Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Kamu Yönetimi, Yönetim-Siyaset Sorunlar ve Yeniden Yapılanma* (Editörler: Yüksel KOÇAK ve Atıl Cem ÇİÇEK), 1. Baskı, Ankara Eylül 2011, iv+245 sayfa, SFS Grup Yayınevi, s.97-110; Zehra Odyakmaz, “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği”, s.209-235, *Medeniyetler İttifakı Alliance of Civilisations, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı International Human Rights Conference*, 21-23 Mayıs 2009/21-23 May 2009 Ankara, 2009 İnsan Haklarında Farkındalık Yılı Awareness Year On Human Rights, 264 pages, Ankara Temmuz 2009, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Republic of Turkey Prime Ministry Human Rights Presidency; Zehra Odyakmaz, “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu’nun Tanıtılması ve 26 Ocak 2011 tarihli Tasarı ile 29 Haziran 2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi” basılmaktadır; Zehra Odyakmaz, “Necessity of Public Inspection (Ombudsman) Institution For Turkey [Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği]”, s.236-264, *Medeniyetler İttifakı Alliance of Civilisations, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı International Human Rights Conference*, 21-23 Mayıs 2009/21-23 May 2009 Ankara, 2009 İnsan Haklarında Farkındalık Yılı Awareness Year On Human Rights, 264 sayfa, Ankara Temmuz 2009, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Republic of Turkey Prime Ministry Human Rights Presidency; Zehra Odyakmaz, “The Role of Ombudsman Institution in Consolidating Democracy and The Draft Law on Ombudsman Institution of Turkey”, p.105-116, *The Role of Ombudsman Institutions in Consolidating Democracy, Proceedings of The Conference of The Ombudsmen of The BSEC Member States*, İstanbul 26-27 April 2006, İstanbul 2006, 148 pages, PABSEC International Secretariat; Zehra Odyakmaz, “Ombudsmanlık-Kamu Denetçiliği Kurumu”, s.67-93, *Yasama Yargı Yürütme Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu (Ombudsmanlık), Her şey Türkiye İçin*, 19 Haziran 2004 Ankara Ak Parti Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu İl Başkanları I. Toplantısı’nda Verilen Konferans, [Basım yeri ve yılı yok], 110 sayfa, Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu Çalışmaları (2004-2005); Zehra Odyakmaz-Tufan Erhürman, “Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı”, *Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik İdari, Hukukî Değerlendirme*, Yıl 4, Sayı 23-24, Eylül-Aralık

ve soruşturma yapmak suretiyle kamu yönetimini denetleme şeklidir". "Bu bir kamu denetçisinin unvanıdır. Kelime İsveççedir. Genellikle parlâmento tarafından seçilir ve ona rapor verir. Denetim alanı ülkeden ülkeye değişiklik göstermekle beraber başlıca denetim konusu idaredir. İngiltere'de sadece parlâmento üyelerinin, öteki ülkelerde ilgililerin başvurusuyla harekete geçer. Teftiş yapar. Dosyaları inceler. Kendisi bağlayıcı karar veremez. Yalnız tavsiyede bulunur. İnceleme sonuçları hakkında parlâmentoya rapor verir."

"Uluslararası Barolar Birliği'nin Ombudsman Komitesi'nin tanımı ise daha farklı ve teferruatlıdır. Buna göre, "Anayasa, yasama organı veya parlâmento tarafından tayin edilen, başında yasama organı veya parlâmentoya karşı sorumlu olan yüksek seviyeli bağımsız bir bürokratin olduğu, hükümet kuruluşları, yetkilileri ve çalışanları tarafından haksızlığa uğramış insanların şikâyetleri doğrultusunda veya kendi inisiyatifıyla harekete geçen, araştırma yapma, disiplin uygulaması önerme ve rapor yayınlama hakkı olan bir ofistir."

Kısaca kamu denetçisi; yalnız vatandaşların değil, herkesin idare ile ilgili şikâyetlerini dinleyen, gerekiyorsa idareye tavsiyede bulunan bir kurumdur².

1998, s.3760-3770; Zehra Odyakmaz, "Türk Hukuk Kurultayı'na Sunulan İsveç Parlâmento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler", s.487-491, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, Felsefe, Avukatlık Hukuku, Yeni Düzenlemeler, Hukuk Eğitimi, 4, Ankara 2000, VII + 641 sayfa, Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı; Zehra Odyakmaz, "Ombudsmanlık Kurumu Hakkında Düşünceler", *Diyarbakır Polis Okulu Dergisi*, Emniyet Teşkilâtının 155. Yılı Yayını, 2000, s.18-21; Zehra Odyakmaz, "İdareye Ombudsman Denetimi Geliyor", *Tempo Dergisi*, Sayı 2000/39, s.26-28; Zehra Odyakmaz, "Ombudsmanlık Müessesesinin Demokrasinin Pekiştirilmesindeki Rolü ve Türkiye'nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı", [Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü Parlâmenter Asamblesi'nde sunulan İngilizce tebliğin Türkçesidir.]; Zehra Odyakmaz, "The Draft Law On The Institution Of Ombudsman In Turkey", [Yunanistan Ombudsmanlık Kurumu'nda sunulan tebliğdir.]; Franc Orton, "The Birth of The Ombudsman", *The Danish Ombudsman*, 2005, s.247-249; J.Victor Pickl (Çeviren: Turgay Ergun), "Ombudsman ve Yönetimde Reform", *Amme İdaresi Dergisi*, s.37-46.

² Çeşitli raporlara göre; resmî belgelerde "denetçi" kelimesi kullanılmasına rağmen, bilim adamları "ombudsman"ı tercih etmiştir. "Kamutay", "emin kişi", "uzlaştırıcı" kavramları önerilmektedir. Denetçi tâbiri olumsuz ve halk tarafından sevimli karşılanmayacak bir kavramdır. Kamu denetçisi ve halk denetçisi denildiğinde devlet adına halkı denetleyen bir kurum anlaşılmaktadır. Bazen de halkın yanında olup devleti denetleyen bir kurum akla gelmektedir. Hâlbuki ombudsman; ne devletten ne de halktan yana olmayıp, tarafsızdır. Devlet ku-

Bu çalışmanın konusu; kamu denetçiliği müessesesinin tamamının incelenmesi olmayıp; sadece kamu başdenetçisi ile ilgili “yaş şartı”dır.

Çalışmamızın amacı ise 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nda³ asgarî yaşa ilişkin düzenleme bulunmakla birlikte; azamî yaşa ilişkin bir sınırlandırmanın bulunmadığının ve bunun kanunkoyucu tarafından bilinçli olarak düzenlendiği kanaatinin Kanunun genel amacıyla uyumlu olduğu hususunun tartışılması ve bu konuda açıklamalar getirilmesidir.

Bu nedenle, kamu denetçiliği müessesesinin tarihçesi, faydaları, görevleri ve Türkiye bakımından gereklilik sebepleri üzerinde durulmayacaktır.

Bununla birlikte kamu başdenetçisine ilişkin yaş şartının gerekçelerini açıklayabilmek bakımından kamu denetçiliğinin Türk hukuk sistemi içindeki yerini de belirlemek gerekmektedir.

Bir hukuk devletinde idarenin her türlü eylem ve işlemi denetime tâbidir. Bilindiği gibi idarenin denetlenmesi yargı yoluyla denetim ve yargı dışı denetim olmak üzere ikiye ayrılır. İdarenin yargı yoluyla denetimini ülkemizde idare ve vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve sınırlı olarak da adalet mahkemeleri yapmaktadırlar.

İdarenin yargı dışındaki denetiminde ilk olarak hiyerarşik denetim ve idarî vesayet denetiminden oluşan idarî denetim gösterilebilir. Ayrıca, parlamento denetimi ise soru, meclis araştırması, genel görüşme, meclis soruşturması, gensoru ile Dilekçe Komisyonu vasıtasıyla yapılan siyasî denetimdir. Diğerleri basın yayın organları ve meslek kuruluşlarının yaptığı kamuoyu denetimi ile özel bir denetim şekli olan Devlet Denetleme Kurulu ve Sayıştay’ın denetimleridir.

Ombudsmanı Türk hukuk sistemine henüz girmeye başlayan yargı öncesi çözüm usûlleri (müzakere, uzlaştırıcılık, arabuluculuk gibi) ile birlikte yargı dışı denetim içinde değerlendirebiliriz. Buna göre

rumlarının gücünü kullanarak, halkın özgürlük ve haklarını savunan bir kurumdur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Özden, “Türkiye İçin Ombudsman Modeli”, TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonunun 2006 tarihli talebi üzerine hazırlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı İle İlgili Görüş.

önemli bir görevi icra edecek olan kamu başdenetçilerinin göreve başlamalarında ve görev yaptıkları süreler içinde yaşa ilişkin olarak getirilen kurallar önem kazanmaktadır.

II. GENEL OLARAK KAMU GÖREVLİLERİ İÇİN AZAMÎ ÇALIŞMA YAŞI VE ZORUNLU EMEKLİLİK

Zorunlu emeklilik sistemi, istihdamda yaş ayırmacılığını etkileyen bir örnek olarak görülmektedir. “Çalışmaya devam etme ihtiyacı ve isteği olanlara emeklilik için belirli bir yaşın dayatılması yaş ayırmacılığını oluşturur” denilmektedir. Çalışma yaşamında yaş ayırmacılığı kişiyi işe alırken, çalıştırırken veya işten çıkarırken söz konusu olabilmekte, istihdamın bütün alanlarında meydana gelmektedir⁴.

Ülkemizde kamu görevlileri (5510 sayılı Kanun md. 4/I(c)’liler) için diğer çalışan kesimlerinden daha değişik bir esas benimsenmiştir. Kamu hizmetinin farklı özellikler göstermesi bu kesimin emekliliğini de farklı kılmaktadır. Bunlarda belirli bir yaşa ulaşma kendiliğinden emekliliğe sevk nedenidir. Ayrıca kamu görevlilerine belirli bir gün sayısı prim ödenmiş olması ve atanacak kadro bulunmaması halinde yaş haddine bakılmaksızın emekli aylığı bağlanır. 5434 sayılı Kanun’un 5335 sayılı Kanun ile değişik 40. maddesine göre, kamu görevlilerinde yaş haddinden emeklilik yaşı 65’tir. Kural bu olmakla beraber bazı çalışanlar için değişik yaş hadleri öngörülmüştür. Örneğin üniversite öğretim üyeleri için yaş haddi 67, subay ve askerî memurlar için rütbe ve görevlerine göre 41-68, emniyet mensupları için görevlerine göre 52-60’tır. 40. maddede başka kamu görevlileri için de değişik yaş hadleri belirlenmiştir⁵.

III. KAMU BAŞDENETÇİSİNİN HUKUKÎ STATÜSÜ, NİTELİKLERİ VE GÖREVLERİ

6328 sayılı Kanun’a göre, Kanun’da belirtilen görevleri yerine getirmek amacıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara’da bu-

⁴ Dilek Baybora, “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, *Çalışma ve Toplum*, 2010/1, s.39.

⁵ A. Can Tuncay, “Geciken Yaşlılık ve Zorunlu Emeklilik Üzerine”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2012/2, s.88; Ali Güzel-Ali Rıza Okur-Nurşen Canıklıoğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul 2011, s.584-585.

lunan Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur. Kurum, Başdenetçilik ve Genel Sekreterlikten oluşur (md.4). Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir (md.5). Kurum, başdenetçi tarafından yönetilir ve temsil edilir (md.6).

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kamu tüzel kişiliği vardır ve kurumu başdenetçi temsil etmektedir. Buna göre başdenetçinin kamu görevlisi olduğu hususunda tereddüt yoktur. Başdenetçi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Başdenetçinin sigorta primine esas kazanç tutarları, başbakanlık müsteşarı esas alınarak belirlenir. (md.33/1).

Başdenetçi seçilebilmek için aşağıdaki şartlar aranır (md.10):

- a) Türk vatandaşı olmak.
- b) Seçimin yapıldığı tarihte elli yaşını doldurmuş olmak.
- c) Tercihen hukuk, siyasal bilgiler, iktisadî ve idarî bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden olmak üzere dört yıllık eğitim veren fakültelerden veya bunlara denkliği kabul edilmiş yurt içi veya yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmak.
- ç) Kamu kurum ve kuruluşlarında, uluslararası kuruluşlarda, sivil toplum kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında ya da özel sektörde toplamda en az on yıl çalışmış olmak.
- d) Kamu haklarından yasaklı olmamak.
- e) Başvuru sırasında herhangi bir siyasî partiye üye olmamak.
- f) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına ya da affa uğramış olsa veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci kısmının bir ve ikinci bölümündeki suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar,

Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan veya zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflâs, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.

Başdenetçinin görevleri şunlardır (md.7):

- a) Kuruma gelen şikâyetleri incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak.
- b) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikleri hazırlamak.
- c) Yıllık raporu hazırlamak.
- ç) Yıllık raporu beklemeksizin gerek gördüğü konularda özel rapor hazırlamak.
- d) Raporları kamuoyuna duyurmak.
- e) Yokluğunda kendisine vekâlet edecek denetçiyi belirlemek.
- f) Birisi kadın ve çocuk hakları alanında görevlendirilmek üzere, denetçiler arasındaki iş bölümünü düzenlemek.
- g) Genel Sekreteri ve diğer personeli atamak.
- ğ) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Başdenetçi, denetçiler arasında iş birliğini sağlar ve bunların uyumlu çalışmasını gözetir (md.8).

Başdenetçinin görev süresi dört yıldır. İstifa, ölüm veya görevden alınma gibi herhangi bir nedenle süresi bitmeden görevinden ayrılan Başdenetçinin yerine yeni seçilen Başdenetçinin görev süresi de dört yıldır. Bir dönem Başdenetçi olarak görev yapan bir kimse sadece bir dönem daha Başdenetçi seçilebilir (md.14)

Başdenetçinin görevleri sebebiyle bir suç işledikleri öne sürüldüğü takdirde haklarında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın iznine bağlıdır. İzin verilmesi veya verilmemesine ilişkin karara karşı itiraz mercii, Danıştay'ın ilgili dairesidir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ilişkin suçüstü hâli genel hükümlere tâbidir (md.31).

IV. KAMU BAŞDENETÇİSİNİN ASGARÎ VE AZAMÎ ÇALIŞMA YAŞI

1. Asgarî Yaş Şartı

Başdenetçi olarak seçilebilmek için aranmakta olan niteliklerden bir tanesi de seçimin yapıldığı tarihte elli yaşını doldurmuş olmaktır.

6328 sayılı Kanun'un amacı ve Kurumun görevleri birlikte değerlendirildiğinde söz konusu görevlerin başdenetçi sıfatıyla tarafsız ve bağımsız bir şekilde yerine getirebilmesi için başdenetçi seçilecek kimisenin iş hayatında uzun süreli bir tecrübesi olması gerekmektedir. Kaldı ki bu Kanun'un nihaî amacı; idarî yargı yoluna başvurulmadan da uyuşmazlıkların çözülebilmesi için bir kamu denetçiliği kurumu oluşturmaktır. Böylece anlaşmazlıkların çözümü süratlenecek, dolayısıyla, idarî yargının da yükü hafiflemiş olacaktır. İdarenin eylem, işlem, tutum ve davranışından doğan idare ile birey arasındaki bir idarî uyuşmazlığı çözebilmek için belli bir idarî birikime sahip olmak lâzımdır. Bu da belli bir yaşın üzerinde olmayı gerektirir.

İdare mekanizmasının dışında olup idare edilenlerin idare ile ilgili şikâyetlerini değerlendirerek haklı bulduğu takdirde idareye tavsiye de bulunacak kişinin, idare tarafından sözünün dinlenebilmesini sağlayabilmek için, saygınlığı, dürüstlüğü hemen herkes tarafından kabul görmesi icabedip belli bir yaşın üstünde olması gerektiği düşünülmüş, bu nedenle asgarî yaş olarak 50 yaş kabul edilmiştir.

2. Azamî Yaş Şartı

6328 sayılı Kanun'a göre, başdenetçi hakkında sosyal güvenlik mevzuatında yer alan yaş haddine ilişkin hükümler uygulanmaz (md.33/3). Kanun açıkça başdenetçi açısından azamî yaş şartının bulunmadığını ifade etmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nun 31 Mayıs 2012 tarihli, 1/626 Esas ve 16 Karar no.lu raporunda "... Kamu Başdenetçisinin Türk vatandaşı olması, elli yaşını doldurmuş olması, en az 10 yıl meslekî tecrübeye sahip olması, kamu haklarından yasaklı olmaması, başvuru sırasında herhangi bir siyasî partiye üye olmaması ve önceki dönemde kadük olan tasarıdan farklı olarak dört yıllık eğitim veren herhangi bir fakülmeden mezun olması gerekmektedir..." denilerek başdenetçi seçilme nite-

likleri belirtilmiştir. Bu raporda da açıkça görüleceği üzere başdenetçi için azamî bir yaş sınırı öngörülmemiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu'nun 11 Haziran 2012 tarihli, 1/626 Esas ve 6 Karar nolu raporunda ise "... Amaç, geçmişi temiz, şaibesiz, vatandaşı anlayabilecek, devleti iyi analiz edip idarenin işleyişini bilecek, âkil adam niteliğindeki kişilerin denetçi seçilmesini sağlamak olmalıdır. Denetçi seçilen kişinin geleceğe yönelik kaygısı olmamalı, emeklilik endişesi taşımamalıdır. Bu amaçla seçilme yaşının yükseltilmesinin değerlendirilebileceği bazı üyelerimizce ifade edilmiştir..." denilerek başdenetçi için öngörülen yaş açısından bir üst sınır değil tam aksine daha yüksek bir alt sınır olması gerektiği bile vurgulanmıştır. Zira, idarenin işleyişine hakim, geleceğe yönelik herhangi bir kaygısı olmayan ve emeklilik endişesi taşımayan bir başdenetçi seçmeyi amaçlayan kanunkoyucu özellikle azamî yaş sınırı belirleme niyetinde değildir.

Kanunun başdenetçi için asgarî yaş şartı getiren hükmünün gerekçesinde, yaş sınırının belirlenmesinde dünyadaki diğer emsal kanunların gözönünde bulundurulduğu ifade edilmiştir.

Buna göre, hem Kanun'un genel amacı ve gerekçesi hem de Kanun'la ilgili meclis komisyon raporları kanunun ruhu ve amacı itibari ile değerlendirildiğinde başdenetçi seçilebilmek için bir üst yaş sınırının belirlenmediği anlaşılabacaktır.

Kanun; başdenetçinin yaşı için yaptığı düzenlemede açık bir şekilde, başdenetçinin seçimin yapıldığı tarihte 50 yaşını doldurmuş olmasını, 4 yıllık eğitim veren fakültelerden mezun olmasını, en az 10 yıl çalışmış olmasını şart olarak kabûl etmiştir. "Yaş" ve "yıl" konularını bu kadar detaylı düzenleyen kanunkoyucu kuruma devlet ve idare konularında tecrübesi bulunan herkesin aday adayı olarak başvurmasını sağlayabilmek bakımından özellikle, bilerek ve isteyerek "azamî yaş sınırı" koymamıştır.

6328 sayılı Kanunun; başdenetçinin emeklilik hakkına ilişkin durumunu düzenleyen 33. maddesinin gerekçesinde; başdenetçi için belirli bir yaşı tamamlamak dışında herhangi bir yaş kaydı aranmadığından, bu görevlere seçilenler için Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 40. maddesinin birinci fıkrasında ve 5510 sayılı Kanunda öngörülen yaş sınırının uygulanmayacağı vurgulanarak, bu görevlere

seçilenlerin görevlerine emeklilik yaşından sonra da devam etmelerine olanak sağlanacağı ifade edilmektedir.

6328 sayılı Kanun'un "emeklilik" başlıklı 33. maddesinin gerekçesinde açık ve net bir şekilde "... Kanun'un 10. maddesinde başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için belirli bir yaşı tamamlamak dışında herhangi bir yaş kaydı aranmadığı..." belirtilmiştir. İlgili maddenin gerekçesinde de görüleceği gibi başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için belirli bir yaşı tamamlamak dışında herhangi bir yaş kaydı aranmamış, emeklilik yaşından sonra da başdenetçi ve denetçi seçilmeye bir engel konulmamıştır.

Ayrıca, 33. maddenin 2. fıkrası; "Sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden emekli aylığı almakta olanlardan başdenetçi ve denetçi seçilenlerin, istekleri halinde emekli aylığı kesilir" şeklinde olduğuna ve "erken emeklilik" veya "yaş" la ilgili bir belirleme yapmadığına göre hangi yaşta olursa olsun emekli olmuş birisinin seçilebileceğini öngörmektedir.

Yine, 33. maddenin 3. fıkrasında "5434 ve 5510 sayılı kanunlarda yer alan yaş haddine ilişkin hükümler uygulanmaz" denilerek ilgili kanunlara atıflarda bulunulmuştur.

Atıfta bulunulan 5434 sayılı Kanun'un yaş haddine ilişkin 40. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde "Bu görevlere, 65 yaşını dolduranların açıktan veya naklen atamaları yapılamaz." denilmiştir. 33. maddede açıkça öngörüldüğü üzere bu hükmün Kamu Denetçiliği Kurumu açısından uygulanma kabiliyeti olmayacağından 65 yaşını dolduranların denetçi ya da başdenetçi kadrolarına atanmasında bir engel bulunmamaktadır.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

6328 sayılı Kanun kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumu'nu oluşturmayı amaçlamıştır. Söz konusu amacı gerçekleştirmenin en önemli unsuru olarak da başdenetçi görülmüştür.

Kurumun ve başdenetçinin görevleri incelendiğinde belirli bir meslekî birikime ve deneyime sahip olmayan kişilerin Kanun'da öngörüldüğü şekilde bağımsız ve tarafsız olarak söz konusu görevleri yerine getiremeyeceği öngörülmüştür. Bu çerçevede başdenetçi için diğer niteliklerin yanında 10 yıl meslekî deneyim ve en az 50 yaşın doldurulmuş olması şartı aranmıştır.

6328 sayılı Kanun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre "özel sonraki kanun" niteliğindedir. 5510 sayılı Kanun ve 5434 sayılı Kanun'a göre de 6328 sayılı Kanun'un hükümlerinin sonraki özel hüküm niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Kanun, başdenetçiye ilişkin olarak diğer mevzuattaki düzenlemelerin uygulanması amacıyla olsa idi yaş şartına ilişkin hiçbir düzenleme getirmeyip konuya ilgili mevzuatın uygulanmasını sağlayabilirdi. Ancak Kanun'da açıkça asgarî yaş şartı düzenlenmiş ve yine açıkça diğer mevzuattaki yaş hadlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu durum karşısında başdenetçi için seçilme ve çalışmaya devam etme açısından azamî bir yaş şartının bulunduğu iddia edilemeyecektir.

Sonuç olarak; 6328 sayılı Kanun gerek lâfzı ve sistematigi gerek ruhu ve amacıyla yorumlandığında görüleceği üzere; kanunda "azamî yaş sınırı" yoktur. Bunun da kanunkoyucu tarafından bilerek konulmadığı anlaşılmaktadır.

KAYNAKLAR

Kitaplar ve Makaleler

- ARSLAN, Süleyman: "İngiltere'de Ombudsman Müessesesi", Amme İdaresi Dergisi, C:19, S:1, Mart 1986, s.157-172.
- BAYBORA, Dilek; Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, Çalışma ve Toplum, 2010/1.
- BUSCK, Lars: "The History and The Development of The Danish Ombudsman Institution", s.13-22, The Danish Ombudsman 2005, [Basım yeri ve yılı yok], 325 sayfa.
- ERHÜRMAN, Tufan: "İnsan Kaynaklarını Koruma Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu", Türkiye'de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998, s.339-349.

ERHÜRMAN, Tufan: "Ombudsman", Amme İdaresi Dergisi, C:31, S:3, Eylül 1998, s.87-102.

ERYILMAZ, Bilâl: "Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler", Amme İdaresi Dergisi, C:26, S:4, Aralık 1993, s.81-106.

GÜZEL, Ali-Ali Rıza OKUR-Nurşen CANIKLIOĞLU: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2011.

ODYAKMAZ, Zehra: "Çağdaş Bir Denetim Mekanizması Olarak Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu'nun Türkiye İçin Gerekliliği ve Diğer Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", s.97-110, Kamu Yönetimi, Yönetim-Siyaset Sorunlar ve Yeniden Yapılanma (Editörler: Yüksel KOÇAK ve Atıl Cem ÇİÇEK), 1. Baskı, Ankara Eylül 2011, iv+245 sayfa, SFS Grup Yayınevi.

ODYAKMAZ, Zehra: "İdareye Ombudsman Denetimi Geliyor", Tempo Dergisi, Sayı 2000/39, s.26-28.

ODYAKMAZ, Zehra: "Kamu Denetçiliği(Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 26 Ocak 2011 Tarihli Tasarı ile 29 Haziran 2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi" basılmaktadır.

ODYAKMAZ, Zehra:"Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği", s.209-235, Medeniyetler İttifakı Alliance of Civilisations, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı International Human Rights Conference, 21-23 Mayıs 2009/21-23 May 2009 Ankara, 2009 İnsan Haklarında Farkındalık Yılı Awareness Year On Human Rights, 264 pages, Ankara Temmuz 2009, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Republic of Turkey Prime Ministry Human Rights Presidency.

ODYAKMAZ, Zehra: "Necessity of Public Inspection (Ombudsman) Institution For Turkey [Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği]", s.236-264, Medeniyetler İttifakı Alliance of Civilisations, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı International Human Rights Conference, 21-23 Mayıs 2009/21-23 May 2009 Ankara, 2009 İnsan Haklarında Farkındalık Yılı Awareness Year On Human Rights, 264 sayfa, Ankara Temmuz 2009, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Republic of Turkey Prime Ministry Human Rights Presidency.

ODYAKMAZ, Zehra: "Ombudsmanlık-Kamu Denetçiliği Kurumu", s.67-

93, Yasama Yargı Yürütme Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu (Ombudsmanlık), Her şey Türkiye İçin, 19 Haziran 2004 Ankara Ak Parti Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu İl Başkanları I. Toplantısı'nda Verilen Konferans, [Basım yeri ve yılı yok], 110 sayfa, Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu Çalışmaları (2004-2005).

ODYAKMAZ, Zehra: "Ombudsmanlık Kurumu Hakkında Düşünceler", Diyarbakır Polis Okulu Dergisi, Emniyet Teşkilâtının 155. Yılı Yayını, 2000, s.18-21.

ODYAKMAZ, Zehra: "Ombudsmanlık Müessesesinin Demokrasinin Pekiştirilmesindeki Rolü ve Türkiye'nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı", [Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü Parlâmenter Asamblesi'nde sunulan İngilizce tebliğin Türkçesidir.].

ODYAKMAZ, Zehra: "The Draft Law On The Institution Of Ombudsman In Turkey", [Yunanistan Ombudsmanlık Kurumu'nda sunulan tebliğdir.].

ODYAKMAZ, Zehra: "The Role of Ombudsman Institution in Consolidating Democracy and The Draft Law on Ombudsman Institution of Turkey", p.105-116, The Role of Ombudsman Institutions in Consolidating Democracy, Proceedings of The Conference of The Ombudsmen of The BSEC Member States, İstanbul 26-27 April 2006, İstanbul 2006, 148 pages, PABSEC International Secretariat.

ODYAKMAZ, Zehra: "Türk Hukuk Kurultayı'na Sunulan İsveç Parlâmento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler", s.487-491, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, Felsefe, Avukatlık Hukuku, Yeni Düzenlemeler, Hukuk Eğitimi, 4, Ankara 2000, VII + 641 sayfa, Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı.

ODYAKMAZ, Zehra - Tufan ERHÜRMAN: "Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı", Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik İdarî, Hukukî Değerlendirme, Yıl 4, Sayı 23-24, Eylül-Aralık 1998, s.3760-3770.

ORTON, Franc: "The Birth of The Ombudsman", s.247-249, The Danish Ombudsman 2005, [Basım yeri ve yılı yok], 325 sayfa.

PICKL, J.Victor (Çeviren: Turgay ERGUN): "Ombudsman ve Yönetimde Reform", Amme İdaresi Dergisi, s.37-46.

TUNCAY, A. Can: Geciken Yaşlılık ve Zorunlu Emeklilik Üzerine, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2012/2.

Sempozyum Konuşmaları, Görüş Bildiren Raporlar

ÇETİNKAYA, Ender: 10-11 Aralık 2004 yılında İstanbul'daki toplantıda yaptığı konuşma.

DANIŞTAY'IN GÖRÜŞÜ: Adalet Bakanlığının İlgi: 05.10.1998 tarih, B.03.0.KGM.0.00.00.01-590 sayılı yazısına cevaben T.C. Danıştay Başkanı tarafından Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğüne gönderilen Gen. Sek.407sayılı ve 28.10.1998 tarihli Yurttaş Sözcülüğü Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Rapor.

HONDU, Selçuk: 10-11 Aralık 2004 yılında İstanbul'daki toplantıda yaptığı konuşma.

KARAMAN, Zerrin Toprak: TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonunun 2006 tarihli talebi üzerine hazırlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile ilgili görüş.

ÖZDEN, Kemal: "Türkiye İçin Ombudsman Modeli", TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonunun 2006 tarihli talebi üzerine hazırlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile ilgili görüş.

TARHAN, R.Bülent: "Türkiye Ombudsmanı Üzerine", (Güncel Hukuk 2005), TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonunun 2006 tarihli talebi üzerine Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile ilgili olarak hazırlanan görüş.

TÜRK, Hikmet Sami: 10-11 Aralık 2004 yılında İstanbul'daki toplantıda yapmış olduğu konuşma.

İlgili Mevzuat

8 Haziran 1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu

31 Mayıs 2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

31 Mayıs 2012 tarihli, 1/626 Esas ve 16 Karar nolu Türkiye Büyük Millet Meclisi Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu

11 Haziran 2012 tarihli, 1/626 Esas ve 6 Karar nolu Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu

29 Haziran 2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu

29 Haziran 2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Genel Gerekçesi

29 Haziran 2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Madde Gerekçeleri

İBRAZ EDİLEN ÇEKLE İLGİLİ OLARAK KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASI HALİNDE NASIL BİR YAPTIRIM UYGULANMASI GEREKTİĞİ SORUNU

THE PROBLEM OF SANCTION WHICH
WILL BE IMPLEMENTED WHEN THERE IS NO PROVISION
OF A CHECK IN THE BANK ACCOUNT.

Zeki YILDIRIM*
Ekrem ÇETİNTÜRK**

Özet: Çekin karşılığının bulunmaması durumunda bir yaptırım uygulanıp uygulanmaması, uzun süredir hukukçuları meşgul eden konularından birisidir. Bu tartışmalar çerçevesinde Ülkemizde 1985 yılından bu güne kadar beş farklı düzenleme yapılmıştır. Bu sayı dahi, çekin karşılığının bulunmaması durumunda uygulanacak yaptırım konusunun ne kadar tartışmalı olduğunu açıkça göstermektedir.

1985 yılında hürriyeti bağlayıcı ceza olarak başlayan yaptırım süreci, 2012 Çek Kanunu'nda yapılan değişiklikle çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklindeki idari nitelikteki yaptırımla sona ermiştir.

Bu makalede, çekin ekonomik hayatta yeri, çekin karşılığının bulunmaması durumunda uygulanan yaptırımların tarihçesi, çekin karşılığının bulunmaması durumunda adli yaptırım uygulanmasının anayasal ve ceza hukuku ilkeleri bakımından değerlendirilmesi ele alınmıştır. Böylece, zaman içinde yapılan düzenlemelerin yerindeliği konusunda açıklamalarda bulunulmuştur. Bununla birlikte, son yaptırım sistemi olarak kabul edilen, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin değerlendirilmeler yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: Çek, Çek Kanunu, karşılıksız çek, borç için hapis yasağı, çekte yaptırım sorunu, çekin ekonomik hayattaki yeri, çekte yaptırım sistemi ve tarihçesi

Abstract: Whether a sanction will be implemented, when there is no provision of a check in the bank account, is the long-standing problem of lawyers. Within the framework of this debate in our

* Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı.

** Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı..

country, five different regulations have been made since 1985. Even this number clearly demonstrates how controversial issue of sanctions, implemented when there is no provision of a check in the bank account.

In 1985, began as a criminal sanction process of restricting freedom and this process ended sanctions in the form of an administrative nature with the amendment to the Law on the Czech in 2012.

In this Article, the importance of check in economic life, the history of the sanctions imposed in the absence of provision for check, assessment of the implementation of the criminal enforcement according to constitutional and criminal law principles is discussed. Thus, appropriateness and legitimacy of the regulations is addressed. In addition that, last administrative sanction system, prohibition of drawing check and opening checking account is evaluated.

Keywords: Check, check Law, no provision of a check, the banning of imprisonment for depth, the problem of sanction for check, the importance of check in economic life, system of sanction for check and its history.

I. GİRİŞ

Çekin karşılığının bulunmaması durumunda bir *yaptırım*¹ uygulanıp uygulanmaması ve yaptırım uygulanacak ise nasıl bir yaptırım uygulanacağı sorunu uzun süredir hukukçuları meşgul eden güncel tartışma konularından birisidir. Bu tartışmalar çerçevesinde Ülkemizde 1985 yılından bu güne kadar beş farklı düzenleme yapılmıştır. Bu sayı dahi, çekin karşılığının bulunmaması durumunda uygulanacak yaptırım konusunun ne kadar tartışmalı olduğunu açıkça göstermektedir.

Hukuki yönden havale, iktisadi açıdan ödeme aracı niteliğinde olan çek, esas olarak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, çekin karşılığının bulunmaması durumunda hamillerin daha etkin korunması ve keşideciye yaptırım uygulanması amacıyla 1985 yılından bugüne kadar müstakil kanunlar hazırlanmış veya bu kanunlarda zaman içinde bir takım değişiklikler yapılmıştır². 19/3/1985

¹ Bu makalede "yaptırım" olarak nitelenen husus, hiç şüphesiz ki adli veya idari nitelikteki yaptırımlardır. Yoksa, çekin karşılıksız kalması durumunda alacaklının alacağını tahsil amacıyla, hukuk mahkemeleri veya icra dairelerinde hakkını araması konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.

² SELÇUK Sami; Çek Suçları, Hatiboğlu Yayınları, Ankara, 1993, s.66. ÖZDAMAR

tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'la hürriyeti bağlayıcı ceza olarak başlayan yaptırım süreci; 31/1/2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanun'la, 14/12/2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nda yapılan değişiklikle çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklindeki idari nitelikteki yaptırımla sona ermiştir.

Çekle ilgili düzenlemeler, hiç şüphesiz ki, esas itibarıyla özel hukuku ilgilendirmektedir. Bu nedenle çeki ilişkin temel hukuki kaideler Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yine 5941 sayılı Çek Kanunu'nun yaptırımlar haricindeki düzenlemeleri özel hukuka ilişkin hükümler ihtiva etmektedir³. Ancak, çekin güvenli bir ödeme aracı olarak itibar kazanması için çekin verilmesinde ve kullanılmasında sorumluluğu bulunan kişilere bir takım yaptırımlar uygulanması zarureti, bu özel hukuk kurumuna kamu hukukunun müdahalesini zorunlu kılmıştır. Bundan dolayı, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 7 nci maddesinde çekin karşılığının bulundurulmaması fiili haricinde pek çok fiil için çek düzenleyenler ile banka görevlileri bakımından adli ve idari nitelikte yaptırımlar öngörülmüştür.

Bununla birlikte, çeki yaptırım uygulanması dendiği vakit akla ilk gelen ve üzerinde en çok tartışma olan fiil, ibraz edilen çekin bankada karşılığının bulunmamasıdır. Bu nedenle, 5941 sayılı Çek Kanunu'nda pek çok fiil için yaptırım öngörülmüş olmasına rağmen, bu makalede sadece bankaya ibraz edilen çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması halinde uygulanacak yaptırım konusu ele alınmıştır.

II. ÇEKİN KARŞILIĞININ BULUNMAMASI DURUMUNDA UYGULANAN YAPTIRIMLARIN TARİHÇESİ

Zaman içerisinde çekin ticari hayattaki fonksiyonunu etkinleştirmek ve daha da güçlendirmek amacıyla, ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması hürriyeti bağlayıcı ve para cezası olmak üzere ağır

Mehmet, Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 2002), s. 2. YENİDÜNYA Caner; Açıklamalı Gerekçeli ve Karşılaştırmalı Yeni Çek Kanunu, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Mayıs 2003. s.11.

³ SEVEN Vural; Çek Keşidecisinin İTK md.711/3'e Göre Verdiği Ödemeden Men Talimatının Hukuki Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, 2007, s.285.

yaptırımlara bağlanmıştır. Fakat bu yaptırımlar, çekin ödeme kabiliyetini artırmadığı gibi uygulamada tereddüt ve farklı uygulamaların ortaya çıkmasına ve ilk yürürlüğe girdiği günden bu güne kadar 27 yıl içerisinde kamuoyunda ve hukukçular arasında önemli tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar çerçevesinde, çeki düzenleyen özel hukuk sözleşmesinden doğan yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olan bu eylem neticesinde hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasının Anayasaya aykırı olduğu, ekonomik hayattaki olumsuz gelişmeler ve özellikle kriz dönemlerinde borçlarını zamanında ifa edemeyen çeki düzenleyen kişilerin hapis tehdidi altında olmaları veya hapse girmelerinin kamu vicdanını zedelediği ileri sürülmüştür.⁴ Bu nedenle Kanunda zaman içerisinde birçok önemli değişiklik yapılmasına rağmen halen çok ciddi tartışmaların devam ettiğini görmekteyiz⁵.

A. 19/3/1985 tarihli ve 3167 sayılı Kanun Öncesi

1985 tarih ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'dan önce karşılıksız çek keşide etme eylemi ceza mevzuatımızda suç olarak düzenlenmediği gibi bu konuda özel bir düzenleme de bulunmamaktaydı. Özel hukuk mevzuatında, başka bir deyişle 1956 tarihli 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda da bu konuda özel bir düzenleme ve yaptırım rejimi bulunmamaktaydı. Karşılıksız çekle ilgili özel bir düzenlemenin bulunmayışı, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddeyle ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeleri sırasında gündeme gelmiştir. Yapılan tartışmalar neticesinde "karşılıksız çek keşide etme" eyleminin yaptırıma bağlanmasına ilişkin özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı zira eylemin, o gün yürürlükte bulunan mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen "Dolandırıcılık" suçunun unsurları kapsamında kalması halinde cezalandırılabileceği değerlendirilmiştir.⁶

⁴ KENDİGELEN Abuzer; Çek Hukuku, İstanbul 2006. s.29.

⁵ "Uygulamada Çek Kanunundan dolayı bir çok problem çıkmış ve özellikle çek suçlarının tanımlanması ve cezalandırılması bunları azaltmamış aksine ekonomik krizlere paralel olarak artmıştır. Bu sorunları çözmek amacıyla bir çok yeni tasarı hazırlanmış ve 1993 yılında 3863 sayılı Kanunla bazı çözümler üretilmiştir. Karşılıksız çek keşide etme suçu konusunda açılan dava sayısının yargı hayatımızı rahatsız edecek boyutlara gelmesi Adalet Bakanlığını sürekli yeni arayışlara itmiştir." ÖZDAMAR, s. 3; Aynı mahiyette görüşler için bkz: KARAYALCIN Yaşar; Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara, 2002, sh. 1. SELÇUK Sami; Çek Suçları, s.64.

⁶ TBMM'nin 471 sayılı yorum kararı ile yukarıda belirtilen gerekçelerle bu boşlu-

Doktrinde de konunun hem genel bir yasada hem de özel bir yasada düzenlenmesinin uygulamada sıkıntılara yol açabileceği aynı konu hakkında yapılacak düzenlemelerin mümkün olduğunca aynı yasada düzenlenmesinin önemli ölçüde uygulama birliği sağlayacağı, oluşması muhtemel tereddütleri en aza indireceği bu nedenlerle karşılıksız çek konusunda özel bir düzenleme yapılmasına gerek olmadığı ağırlıklı olarak savunulmuştur.⁷

B. 19/3/1985 tarihli ve 3167 sayılı Kanun

Zamanla karşılıksız çek keşide etme eyleminin bir ceza yaptırımına bağlanmasına ilişkin özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmayıp 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen "Dolandırıcılık" suçunun unsurları kapsamında cezalandırılabilmesi yönündeki düşünce, çekin ticari hayattaki rolünün artması ve özellikle mahkemelerin ve Yargıtay'ın, bu eylemin "dolandırıcılık suçunu" oluşturabilmesi için gerekli yasal unsurlarının tamamını taşıması gerektiği, aksi halde eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağı yönündeki uygulamalar⁸ nedeniyle yetersiz görülmeye başlanmıştır. Başka bir deyişle soyut

ğün doldurulduğu değerlendirilerek özel bir düzenleme yapılmasına gerek görülmemeyerek öneri kabul görmemiştir. Bkz. DONAY Süheyl; Son Değişiklikler Açısından Çek, İstanbul 1986. s.92 vd.; REİSOĞLU Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Bası, Ankara, Haziran 2003, s. 13-14; ÖZDAMAR Mehmet; s.2. ŞENER Oruç Hami; Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eyleminin 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. maddesi ile Cezalandırmak Mümkün müdür?, Ankara Barosu Dergisi, 1988/2. s.240. SELÇUK Sami; Çek Suçları, s.65.

Bu yorum (tefsir) kararı şu şekildedir: "Karşılığı olmadığı halde, çek keşide edenlere ceza tertibine dair T. K.'nun 610 (TTY. 675) maddesine bir fıkra eklenmesi önerilmişse de, TCK'nun 503. maddesinde yer alan dolandırıcılık hakkındaki suç unsurları, karşılıksız çek keşide edenlerin hareketine uygun bulunmaktadır. Muhatabı elinde, çek karşılığı parası olmayanların hile, sania, kötünîyet, kayıtsızlık ve ihmâl ile çek keşide ettikleri takdirde, taşıyanı zarara sokmak suretiyle dolandırıcılık cürmünü işlemiş olurlar. TCK'nun genel hükümlerinin uygulanması halinde, hesabının kesin sonucunu bilmeyerek, yanlışlıkla çek keşide edenlerin hareketlerinde suç kastı bulunmaması nedeniyle ceza sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu yaptırım ve güvence karşısında Ticaret Kanununun sözü edilen maddesine bir fıkra eklenmesine yer olmadığına TBMM Genel Kurulunca karar verilmiştir." UYAR, Talih, Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu Ankara Barosu Dergisi, 1987/5-6, s. 680.

⁷ DÖNMEZER Sulhi; Karşılıksız Çek, İÜHFÖ Özel Sayı, Charles Crozat'a Armağan, 1977, C. XLIII, s.303 vd.

⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesi 29.1.1982 gün ve 284/699 sayılı kararında sanığın kasdı ile ilgili olarak "Sanığın dolandırıcılık kasdı ile hareket edip etmediğinin saptanması ve hukuki durumunun buna göre tesisi gerekeceği" hususunun araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu 4.11.1980 gün ve

karşılıksız çek keşide etme eyleminin dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşımaması halinde karşılıksız çek keşide edenlerin eylemlerinin yaptırımsız kalması, bu durumun da çeker olan güveni sarsması, ayrıca bu kıymetli evrak türünün mahiyeti ile bağdaşmayacak şekilde kullanımının⁹ ve ülkede çek kullanımının ve karşılıksız çek keşide sayısındaki giderek artışının neticesinde doktrinde¹⁰ ve uygulamada bu eylemin ayrı bir suç ve müstakil bir kanunla düzenlenmesi gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmış,¹¹ hatta bunun bir zorunluluk olduğu savunulmuştur.¹²

Bu boşluğun, özellikle ticaret hayatındaki istikrarsızlığı artırdığı, karşılıksız kalan çekler yönünden zincirleme mağduriyetlerin doğmasına neden ve bu durumun da hukuk sistemimizde bir güven unsuru olarak kabul edilen çeker karşı bir güvensizlik oluşturduğu gerekçesiyle¹³, karşılıksız çek nedeniyle mutazarrır olanların menfaatlerinin daha iyi korunması¹⁴ ve bu alanı özel olarak düzenlemek amacıyla, 19/3/1985 tarihinde TBMM’de “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun” kabul edilmiş ve 3/4/1985 tarih ve 18714 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

242/343 sayılı kararında suçun oluşabilmesi için failin genel kastından başka haksız çıkar sağlamaya yönelik özel kastının da bulunması gerektiğini vurgulamıştır. MALKOÇ İsmail/GÜLER Mahmut; Ceza Uygulamasında Çek Yasası ve Ticari Senetlerle İşlenen Suçlar, s. 149. Adil Yayinevi, Eylül 1999.

⁹ CAN Mertol, Çek Hamilinin Muhatap Bankaya Karşı Hukuki Durumu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II,S.1-2, 1998. s.64.

¹⁰ KARAYALÇIN Yaşar; 210-211. SELÇUK Sami; Çek Suçları, s.66.vd.

¹¹ “... karşılıksız çek çekmek, dolandırıcılık sayılınca karşılıksız çek çeken kimsenin bu hareketinin suç sayılabilmesi için dolandırıcılık suçunun yasal öğelerinin (unsurlarının) olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir... Ancak, dolandırıcılık suçunun unsurlarının karşılıksız çıkan her çek yönünden tespiti mümkün olmadığından, bu şekilde çek keşide edenlerin bir kısmının cezasız kalması gibi durumlar ortaya çıkmakta ve bu durum çeker olan güveni sarsmakta olduğundan karşılıksız çek çekmek eylemi dolandırıcılık suçunun unsurları araştırılmaya gerek duyulmadan 3167 sayılı Çek Yasasının 16. maddesi ile bağimsız suç sayılarak cezalandırılmıştır. Böylece, karşılıksız çek çekme (düzenleme, keşide etme) eylemi hangi nedene dayanırsa dayansın suç sayılacaktır.” UYAR, s. 671-672.

¹² CANBOLAT Selahattin, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 Sayılı Kanun İle İlgili Bir İnceleme;Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1985, Sayı 2, s.258.

¹³ Kanunun Genel Gereğesinde bu husus vurgulanmıştır.

¹⁴ CAN Mertol; Çek Hamillerinin Muhatap Bankaya Karşı Hukuki Durumu, s.64, ŞENER Oruç Hami; s.243.

Yürürlüğe giren Çek Kanunu'nun amacının, ekonomik düzeni korumak, ticaret yaşamında istikrarı sağlamak, çek hamillerinin mağduriyetlerini önlemek ve çeklere olan güven duygusunu yerleştirmek ve bu suretle kamu güvenini sağlamak olduğu ifade edilmiştir.¹⁵

Karşılıksız çek suçu Kanun'un 16. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında; "İbraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce 4 üncü maddeye göre ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, mahkemenin ayrıca işlenen suçun mahiyetine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir müddet için failin bankalardan çek hesabı açmasının ve çek keşide etmesinin yasaklanmasına karar vereceği, yasaklama kararının ise bütün bankalara duyurulmak üzere T.C. Merkez Bankasına bildirileceği" düzenlenmiştir.¹⁶

Maddenin ikinci fıkrasında ise; "bu fiillerden dolayı takibat yapılmasının çek hamilinin şikayetine bağlı olduğu, şikayetten vazgeçmenin hüküm kesinleşinceye kadar geçerli olduğu, fiili işleyenin 8 inci maddeye göre düzeltme hakkını kullanmak suretiyle hamilin zararını karşılamış olması veya düzeltme hakkı yoksa, anılan maddede belirtilen müddet içinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faiziyle birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde şikayet hakkının doğmayacağı" hüküm altına alınmıştır.

C. 14/01/1993 tarihli ve 3863 sayılı Kanun

3167 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeler ile, ticari hayatın işlerliği bakımından, çek hamillerinin korunarak, karşılıksız çek kullanmayı artıran olumsuz uygulamaları tamamen sona erdirmese bile ciddi şekilde azaltacağı bu suretle çek uygulamalarının daha teminatlı ve ciddi işleyen bir statüye kavuşturacağı¹⁷ beklentisi uygulamada maalesef gerçekleşmemiştir. Karşılıksız çekler, ticaret hayatındaki istikrarsızlığı artırarak zincirleme mağduriyetlerin doğmasına neden

¹⁵ MALKOÇ İsmail/GÜLER Mahmut; s. 150.

¹⁶ GÜLER Mahmut; Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990/2, s.179. CANBOLAT Selahattin, s.261.

¹⁷ CANBOLAT Selahattin, s.262.

olmuş ve hukuk sistemimizde bir güven unsuru olarak kabul edilen çekte karşı bir güvensizlik oluşturmuştur. Bu gerekçeyle 1985 yılında, Kanun'un 16. maddesinde düzenlenen "karşılıksız çek" suçunun uygulamasında geçen 8 yıl içinde bu suçun çok ciddi mağduriyetlere neden olduğu gerekçesiyle uygulamacılar ve doktrin tarafından ağır eleştiriyere maruz kalmıştır.

Uygulama ve doktrin suçun objektif sorumluluk esasına dayalı bir suç olduğu, failin kastı veya taksirinin aranmadığı, hangi sebeple olursa olsun borcun ödenmemesi halinde failerin cezalandırıldığı, suçun şekli bir suç olarak düzenlendiği bu durumun adeta ceza hakimini bir icra memuru haline getirdiği, bu durumun ceza hukukunda çağ dışı kalmış olan "borç için borçlunun hapsi" sistemine geri dönüş ve aynı zamanda ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle yoğun bir şekilde eleştirilmiştir.¹⁸

Suçun şekli suç olarak kabulü neticesinde¹⁹ adeta otomatik hale gelen cezalandırma uygulamaları ve bu konudaki ağır eleştiriler neticesinde 14/1/1993 tarih ve 3863 sayılı Kanun'la 16. maddenin ikinci fıkrası yeniden düzenlenmiştir.

Yapılan düzenleme ile; maddenin ikinci fıkrasında suçun unsurları ve ceza miktarında herhangi bir değişiklik yapılmamış ancak, keşidecinin çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde vazgeçme şartı aranmaksızın, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verileceği, fiili işleyenin 8 inci maddeye göre düzeltme hakkını kullanmak suretiyle hamilin zararını karşılamış olması veya düzeltme hakkı yoksa, anılan madde-

¹⁸ Eleştiriler için Bkz. DOMANIÇ Hayri "Ödenmeyen Çekleri Düzenleyenlere 1-5 Yıl Hapis Cezası İle Çek Bedeli Kadar Ağır Para Cezası Öngören Yeni Kanun Tarihte ve Dünyada Benzeri Bulunmayan Bir Soygun ve Tefecilik Aracıdır". Manisa Barosu Dergisi, s.83, 2002, DÖNMEZER Sulhi; Karşılıksız Çek, İÜHFİM Özel Sayı, Charles Crozat'a Armağan 1977, s.319. ERMAN Sahir; Ceza Hukukunda Karşılıksız Çek, BTİDER, C XI, 1981/2. s.137. CENTEL Nur; Ceza Hukuku Normları Işığında Çek Hukukundaki Değişiklik Önerilerinin Değerlendirilmesi, MÜHFD, 2003/1, s.9. GÜLEÇ SOYER Sesim; Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Mayıs 2007, Ankara, s.128.

¹⁹ CANBOLAT Selahattin, s.257. ŞENER Oruç Hami; Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eyleminin 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. maddesi ile Cezalandırmak Mümkündür? s.241.

de belirtilen müddet içinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış olması halinde şikayet hakkının doğmayacağı hüküm altına alınarak bu suçla ilgili failer lehine kısmi bir yumuşatma imkanı getirilmiştir.

Ancak yapılan bu düzenleme, bu konudaki eleştirileri karşılamaktan uzak olması nedeniyle mevcut eleştirilere ek olarak, suç için öngörülen hapis cezasının Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde eleştirilerin her geçen gün daha da artmasına neden olmuş ve konu Anayasa Mahkemesine taşınmıştır.

D. 26/2/2003 tarihli ve 4814 sayılı Kanun

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 No:lu Protokolün 1. maddesinde yer alan "borç için kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı" hükmü Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde insan hakları alanında ülkemiz bakımında yapılması gereken değişiklikler kapsamında ele alınarak değerlendirilmiş ve bu amaçla 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasa'nın 38 maddesine, " Hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı" hükmü 8. fıkra olarak eklenmiştir.

Anayasa'da yapılan bu değişiklikten sonra, karşılıksız çek keşide etme suçu için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın kaldırılması amacıyla yasal bir düzenlemenin yapılması gerektiği yönünde tartışmaları daha da alevlendirmiştir²⁰.

²⁰ ÇETİNER Ufuk; Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi, 2002/1, s.181.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20/11/2001 tarihinde verdiği "Kambiyo senedi niteliğinde bir çek keşide edilmesi her iki tarafa borç yükleyen bir akittir. Dolayısıyla karşılıksız çek keşide etmek suçu iradi olarak düzenlenen çekin bankaya ibrazında oluşan, yaptırım özgürlüğü bağlayıcı ceza olan ve objektif sorumluluk esasına dayanan bir suç olduğundan, Anayasa'nın 38. maddesinin 9 (8). fıkrasındaki kuralla çelişmektedir.Üst norm olan ve lehe bulunan Anayasa hükmü ile çelişen bir kuralın uygulanabilirliğinden söz edilmesine olanak bulunmadığından, çelişkiyi gideren yeni bir yasal düzenleme yapılmasının beklenilmesinde ve buna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır." şeklindeki karar uygulamada büyük sorunlara neden olmuştur. ÖZDAMAR Mehmet; s. 4-5.

3167 sayılı Çek Kanunu'nda yapılan bu tartışmalar ve Kanun'da yapılan değişiklikten sonra geçen on yıllık süre içindeki uygulamada ortaya çıkan aksaklıklar ve ihtiyaçlar neticesinde 26/2/2003 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 8/3/2003 tarih ve 25042 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 4814 sayılı Kanun ile 3167 sayılı Kanun'da çok önemli değişiklikler yapılmıştır.²¹ Kanunun neredeyse tamamı değiştirilerek yeni maddeler ihdas edilmek suretiyle bu alan yeniden düzenlenmiştir. Çağdaş ceza hukukunda ekonomik ilişkilerin gelişmesi ve çeşitlenmesi sonucu bu ilişkilerden doğan ve netice itibarıyla cezai müeyyideyi gerektiren eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezanın başvurulacak son çare olarak öngörülmesi, "ekonomik suça ekonomik ceza" ilkesinin doğmasına yol açtığı kabul edilerek²² Kanun'da yapılan düzenleme ile bu konuda temel bir felsefe değişikliğine gidilerek, suç için Kanun'da öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, bu suçu ilk kez işleyen failer bakımından kaldırılarak çekin üzerindeki bedeli kadar adli para cezası verilmesi, ancak çekte olan güvenin zaafa uğratılmaması ve cezada etkinliğin artırılması bakımında mükerrirler hakkında hapis cezası verilmesine ilişkin hükümler öngörülmüştür.

Yapılan değişikliklerle; üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz suresi içinde geçerli bir şekilde ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahiplerinin veya yetkili temsilcilerini, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacakları, ancak verilecek para cezasının seksen milyar liradan fazla olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle hapis cezası kaldırılmış ve yerine adli para cezası getirilmiştir. Ancak bu fiilin tekrür etmesi halinde bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiştir²³.

²¹ YENİDÜNYA Caner; s.33 GÜNGÖR Şener / KAYA Mustafa; Çek Suçları, 2. Bası, Ankara 2004. s.292. SEVEN Vural; Çek Keşidecisinin TTK M.711/3'e Göre Verdiği Ödemeden Men Talimatının Hukuki Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi, s.284. ERİŞ Gönen; Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004. s.834 vd.

²² "Ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi" şeklindeki bu ibare bir ceza hukuku ilkesi olmamakla birlikte maddenin gerekçesinde kendine yer bulmuştur. Gerekçe için bkz: ÇOLAK Haluk/ ÖZDEMİR Kenan/ HIZ Yüksel; Çek Kanunu Uygulaması ve İlgili Mevzuat, Adil Yayınevi, 1. Basım 2003, s.219.vd.

²³ Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde dile getirilmiştir: "maddede yeniden yapılan düzenlemeyle, keşide edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde, bu suçu ilk

E. 14/12/2009 tarihli ve 5941 sayılı Kanun

5941 sayılı Kanun'la 3167 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış başta karşılıksız çek düzenleme suçuna ilişkin olmak üzere, tamamen yeni yaklaşımlar içeren hükümler getirilmiştir.²⁴

5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı, ancak, hükmedilecek adli para cezasının çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamayacağı, mahkemenin ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmedileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile ayrıca tüzel kişilerin sorumlu yönetici veya yöneticileri ve çeki keşide eden imza yetkilileri hakkında adli para cezası yanında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı imkanı getirilmiştir.

Buna göre, 5941 sayılı Kanun'la, para cezası ve adli yaptırım uygulamasına devam edilmiştir. Bununla birlikte, güvenlik veya koruma tedbiri niteliğinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı uygulanması yönünde bir düzenleme yapılmıştır.

F. 31/1/2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanun

5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5 inci maddesinde, karşılıksız çek keşide etme suçu için adli para cezası öngörülmüş olmasına karşılık, bu cezanın ödenememesi durumunda infazı para cezasının hapis cezasına dönüştürülmesi suretiyle yerine getirildiğinden, adli nitelikteki bu yaptırım, gerek uygulamada gerekse doktrinde uzun zamandır eleş-

defa işleyenler için çek bedeli tutarı kadar olmak üzere nispi para cezası verilmesi, ancak çekte olan güvenin zaafa uğratılmaması ve cezada etkinliğin artırılması bakımından bu suçtan mükerrirler hakkında hapis cezası verilmesi hükmüne bağlanmaktadır".

²⁴ KIRCA İsmail; 5941 Sayılı Çek Kanunu- Bir Değerlendirme, Konferans, 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III, s.5. ÇAĞLAR Hayrettin; 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIII, Y.2009.Sayı 1-2, s.2.

tirilere²⁵ maruz kalmıştır. Yapılan eleştirilerde borcunu ödeyemeyen kişi hakkında infaz aşamasında hapis cezası uygulanması bu kişinin ticarî hayatının ciddi şekilde sarsılmasına veya sona ermesine neden olduğu ve borçlarını ödeyebilme ihtimalini neredeyse ortadan kaldırdığı, ayrıca bu fiil için adli nitelikte yaptırım uygulanmasının ceza hukukunun temel bazı ilkelerine uygun olmadığı, karşılıksız çek keşide etmenin suç olmaktan çıkartılmak suretiyle karşılıksız çek keşide etme eyleminin tamamen yaptırımsız bırakılmasının da uygun olmayacağı, bu nedenle, karşılıksız çek keşide etme eylemi için çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklinde idarî nitelikte bir yaptırım uygulanması daha uygun bir çözüm olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca, ticaret şirketi yönetici ve temsilcileri ile imza yetkilileri bakımından öngörülen yaptırım sisteminin olası haksızlıkları giderecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği de ifade edilmiştir²⁶.

Bu eleştiriler neticesinde karşılıksız çek keşide etme eylemine adli nitelikte bir yaptırım uygulanması nedeniyle yaşanan sıkıntılara çözüm getirmek amacıyla Kanunda yapılan değişikliklerle, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında uygulanan adli nitelikteki yaptırım, Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanacak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklinde bir idarî nitelikte bir yaptırıma dönüştürülmüştür.

Değişikliğin kapsamı bu çalışmanın temel konusu olması bakımından makalemizin IV. başlığı altında Kanun'la getirilen yaptırım sistemi başlığı altında ayrıntılı olarak açıklandığından burada Kanun değişikliğinin temel gerekçesini kısaca izah ederek açıklamaları oraya havale ediyoruz.

²⁵ KARAYALÇIN Yaşar; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III, s.38 vd. ÖZKORKUT Korkut; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III, s.39 vd. CAN Mertol; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III, s.42 vd. KALPSÜZ Turgut; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III, s.47 vd.

²⁶ ÇAĞLAR Hayrettin; s.19.

III. ÇEKİN KARŞILIĞININ BULUNMAMASI DURUMUNDA NASIL BİR YAPTIRIM UYGULANACAĞI SORUNU

Çekin karşılığının bulunmaması durumunda bir yaptırım uygulanıp uygulanmaması ve yaptırım uygulanacak ise nasıl bir yaptırım uygulanacağı sorunu, bu çalışmanın temel tartışma konusunu oluşturmaktadır²⁷. Çekin karşılığının bulunmaması durumunda yaptırım uygulanmasının temel iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan birincisi çek alacaklılarının korunması, değeri ise aşağıda sayısal olarak gösterdiğimiz veriler çerçevesinde çekin ekonomik hayatta ifa ettiği fonksiyonda bir aksama olmamasını sağlamaktır. Kanımızca, ikinci neden Ülkemizin ekonomik politikalarını belirleyenler bakımından birinciye oranla çok daha fazla dikkate alınmaktadır. Diğer bir değişle, çekin karşılığının bulunmaması durumunda bir yaptırım uygulanıp uygulanmaması konusunda karar mekanizmaları, alacaklıların korunmasından ziyade çekin makro ekonomik hayatta ifa ettiği görevde bir aksama olup olmayacağını değerlendirmektedirler. Öncelikli amaç alacaklıların korunması olsaydı eğer, çek dışında kalan diğer alacaklıların da ödenmemesi durumunda yaptırım uygulanması yönünde düzenlemeler getirilebilirdi. Ancak çekten kaynaklanan alacaklar dışında bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır.

Öte yandan, bu tartışmalar hukuki olmaktan ziyade, ekonomik bir temelde yapılmaktadır. Ceza hukuku açısından ise, çekin karşılığının bulunmaması durumunda yaptırım uygulanması sorunu değişik açılardan tartışılmaktadır. Ancak, konunun hukuki yönünün açıklıkla ortaya konulması bakımından öncelikli olarak günümüzde çekin ekonomik hayattaki yeri ve karşılıksız çek miktarlarının ortaya konulması, yapılacak değerlendirmelerin daha isabetli olması sağlayacaktır. Bu açıklamalardan sonra yaptırım sorununun Anayasa, AİHS, suç teorisi ve genel hukuk siyaseti açısından ele alarak incelemenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

²⁷ ÇETİNER Ufuk; Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi, 2002/1, s.178.

A. GÜNÜMÜZDE ÇEKİN EKONOMİK HAYATTAKİ YERİ VE KARŞILIKSIZ ÇEK MİKTARI

Çekin ekonomik hayattaki öneminin belirlenmesi için değerlendirilmesi gereken ilk husus, ülkemizde keşide edilen toplam çek, adet ve tutarlarına ilişkin miktarlardır. Ancak, bu miktarlara ilişkin sayısal veriler bulunmamaktadır. Ancak, Bankalararası Takas Odaları Merkezi'ne (BTOM) ibraz edilen çeklerin dolaşımdaki para miktarına oranının bu değerlendirme bakımından kısmen de olsa kullanılabilirliği düşünülmektedir. Aşağıdaki tabloya göre, 2011 yılında BTOM'a ibraz edilen çek tutarı 294.243.345,18 TL iken, dolaşımdaki para miktarı 50.071.442,17 TL olmuştur. Buna göre, piyasada tedavül eden paranın sadece %17'si gerçek paradır. Ayrıca, bu tablo, piyasada kullanılmakta olan çek miktarının yıllar içinde bir miktar azaldığını gösterse de, çekin makro ekonomik hayatta hayati bir görev ifa ettiğini de açıkça göstermektedir.

BANKALARARASI TAKAS ODALARI MERKEZİ'NE İBRAZ EDİLEN ÇEK TUTARININ DOLAŞIMDAKİ PARA MİKTARINA ORANI			
	BTOM'ye ibraz edilen çek tutarı (Bin TL)	Dolaşımdaki Para Miktarı (Bin TL)	BTOM'ye İbrahim Edilen Çek Tutarı / Dolaşımdaki Para Miktarı
2005	179.914.484,05	16.025.433,50	11,23
2006	204.354.653,66	21.312.777,69	9,59
2007	243.676.809,41	23.450.749,63	10,39
2008	265.266.505,24	28.353.752,29	9,36
2009	228.247.351,56	32.547.054,64	7,01
2010	245.185.862,00	40.067.386,84	6,12
2011	294.243.345,18	50.071.442,17	5,88

2012 yılında piyasada bulunan çek yaprağı sayısı yaklaşık 45.000.000 civarındadır.

YIL	AY	MEVDUAT VE KALKINMA YATIRIM BANKALARI	KATILIM BANKALARI	TOPLAM	SORUMLULUK TUTARI (TL)	ÇEK YAPRAĞI ADET (BİN)
2012	1	34.828.866	2.532.372	37.361.238	655	57.040
2012	2	42.077.479	3.107.660	45.185.139	1.000	45.185
2012	3	42.449.233	3.154.902	45.604.135	1.000	45.604
2012	4	42.087.263	3.080.525	45.167.788	1.000	45.168
2012	5	42.283.509	3.099.632	45.383.141	1.000	45.383
2012	6	42.731.719	3.179.885	45.911.604	1.000	45.912
2012	7	41.941.423	3.084.963	45.026.386	1.000	45.026

Karşılıksız çıkan çek miktarı, konumuz açısından en önemli sayısal verileri teşkil etmektedir. Çünkü, çekin karşılığının bulunmaması durumunda uygulanan yaptırımın etkinliğini gösterecek temel unsurlardan birisi de, karşılıksız çıkan çek miktarıdır. Ancak, karşılıksız çıkan çek miktarının sadece yaptırımlarla bağlantılı olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Kanımızca, ekonomik hayattaki dalgalanma ve krizler de, belki de yaptırımdan daha fazla karşılıksız çıkan çek miktarını etkilemektedir.

Karşılıksız çıkan çek miktarına ilişkin Türkiye Cumhuriyet Merkez bankasının tutulan istatistiki verileri 2000 yılından başlamaktadır.

YIL	MERKEZ BANKASINA BİLDİRİMİ YAPILAN KARŞILIKSIZ ÇEK MİKTARI
2000	798.438
2001	1.179.299
2002	742.968
2003	831.302
2004	893.939
2005	1.006.557
2006	1.144.740
2007	1.324.664
2008	1.537.194
2009	1.910.650
2010	900.272
2011	594.836
2012 (8. AY)	561.702

Karşılıksız çek miktarı konusunda gerçek bir değerlendirme yapılabilmesi için yukarıdaki veriler yeterli değildir. Aynı zamanda karşılıksız çekin sayısal ve miktar olarak toplam çek miktarı içindeki oranında bilinmesi bu konuda daha gerçekçi bir değerlendirme yapılmasını sağlayacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, ülkemizde keşide edilen toplam çek adet ve tutarlarına ilişkin veri bulunmaması nedeniyle karşılıksız çeklerin toplam keşide edilen çeklere oranı verilememekte, dolayısıyla gelişim hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapılamamaktadır. Ancak, çeklerin banka şubeleri arasında hesaben tesviyesini sağlamak üzere kurulan Bankalararası Takas Odaları Merkezi'nde (BTOM) işlem gören çeklerin ve bu çeklerden karşılıksız çıkanların adet ve tutarlarının

bu konuda gösterge olabilecek bir veri olduğu düşünülmektedir. Buna göre, BTOM'a ibraz edilen çeklerden karşılığının bulunmaması nedeniyle iade edilen çek adedi 2010 yılında önemli oranda azalarak yüzde 3,94'e, bu dönemden itibaren de düşüş devam ederek 2011 yılında yüzde 2,71'e gerilemiş, 2012 yılında da ilk 8 ay itibarıyla bir miktar artışla yüzde 3,83 olarak gerçekleşmiştir.

BANKALARARASI TAKAS ODALARI MERKEZİ'NE İBRAZ EDİLEN VE KARŞILIKSIZ KALAN ÇEK ADEDİ VE TOPLAM İÇİNDEKİ ORANI		
	Karşılıksız Çek İade Adedi	Toplam İçindeki Payı (%)
2005	1.529.011	6,00
2006	1.317.889	5,20
2007	1.482.791	5,48
2008	1.434.439	5,60
2009	1.651.880	7,66
2010	778.806	3,94
2011	515.915	2,71
2012 (8 ay)	504.325	3,83

BTOM'ye ibraz edilen çeklerden karşılığının bulunmaması nedeniyle iade edilen çeklerin tutarı da çek adedine benzer bir gelişme göstererek 2010 ve 2011 yıllarında önemli oranlarda düşüş kaydetmiştir. 2012 yılının ilk sekiz aylık döneminde ise bir miktar artışla yüzde 4,32 olarak gerçekleşmiştir.

BANKALARARASI TAKAS ODALARI MERKEZİ'NE İBRAZ EDİLEN VE KARŞILIKSIZ KALAN ÇEK TUTARI VE TOPLAM İÇİNDEKİ ORANI		
	Karşılıksız Çek İade Tutarı	Toplam İçindeki Payı (%)
2005	9.034.846.362,94	5,02
2006	9.740.234.287,97	4,77
2007	12.284.957.293,17	5,04
2008	13.317.031.677,86	5,02
2009	15.583.860.806,41	6,83
2010	8.476.250.304,31	3,46
2011	8.550.690.078,09	2,91
2012 (8 ay)	9.739.451.463,15	4,32

B. KONUNUN ANAYASAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1985 yılından 31/1/2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanun'la 5951 sayılı Kanun'da değişiklik yapıncaya kadar ki süreç içinde, ibraz edilen çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması durumunda yaptırım olarak hapis cezası veya adli para cezası uygulanmıştır. Adli para cezasının ödenmemesi durumunda, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir.*" şeklindeki hüküm gereğince adli para cezası da infaz aşamasında hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşmektedir.

Anayasa Mahkemesi, çekin karşılığının bulunmaması durumunda yaptırım uygulanması konusunda bu güne kadar üç adet karar vermiştir. Bu kararlardan ikisinde yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağına²⁸ ilişkin Anayasa hükmü esas alınmış diğer kararda ise Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesi üzerinden değerlendirme yapılmıştır.

1. Eşitlik İlkesi

Anayasa Mahkemesi bankaya ibraz edilen çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması halinde adli nitelikte yaptırım uygulanmasının Anayasa aykırı olup olmadığı konusundaki ilk değerlendirmesini 26.9.1995 tarihli ve E. 1995/18, K. 1995/50 sayılı kararla yapmıştır. Bu karar, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin Anayasa'nın 5, 10, 65 ve 167 nci maddelerine aykırılığı iddiası üzerine verilmiştir.

Bu kararda kanımızca en çok üzerinde durulması gereken husus, eşitlik ilkesine aykırılık iddiasıdır. İddianın özünü, 3167 sayılı Kanun'un çekin ödenmemesi durumunda keşideci hakkında hapis cezası verilmesi suretiyle çek hamillerinin diğer kambiyo senetleri sa-

²⁸ ÇETİNER Ufuk; Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi, 2002/1, s.177 vd.

hiplerinden daha farklı ve imtiyazlı bir konuma getirildiği bu nedenle düzenlemenin Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırı olduğu oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararında; Anayasa'nın eşitlik ilkesi ile aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağı, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağı; durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ve topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabileceği; aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmayacağı; kambiyo senetleri olan poliçe, bono ve çek ortak birtakım yasal düzenlemelere tabi tutulmuş olmakla beraber herbirinin ticari hayata konuluş amacı, ekonomik ve toplumsal işlevleri ve bunlara bağlı olarak da hukuksal yönleri farklı olduğu; hukuksal nitelikleri değişik ticarî senetlerden, çek hâmillerinin korunması yönünden ayrı kurallar getirilmesinde Anayasa'nın 10 uncu maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olmayacağına vurgu yapmıştır.

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 582 ve devamı maddelerinde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 670 ve devamı maddelerinde poliçe, çek ve bono olarak düzenlenen kambiyo senetleri, yasal unsurları birbirinden farklı olsa da ekonomik hayatta ifa ettikleri rolün çok farklı olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

Bu çerçevede, eşitlik ilkesi ve kambiyo senetlerinin ticari hayatta ifa ettikleri rol bakımından burada yapılacak değerlendirmelerde ele alınması gereken temel husus "*vadeli çek*" uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. İktisadi fonksiyonu itibarıyla sadece bir ödeme aracı olan çek, Kanun'da her ne kadar kambiyo senetleri arasında düzenlenmiş olsa da, bir kredi aracı olarak kullanılmaya uygun bir senet olmamasına rağmen²⁹ kıymetli evrak olan bu kambiyo senedi ticari hayatta asıl olarak kredi vasıtası olarak kullanıldığı görülmektedir.³⁰ Nitekim, çek Türk Ticaret Kanunu'na göre görüldüğünde ödenmesi gereken bir ödeme aracı iken, aşağıda açıklanacağı üzere, 5941 sayılı Çek Kanunu'yla vadeli çek uygulaması büyük oranda yasal hale getirilmiştir.

²⁹ CAN Mertol, s.78.

³⁰ CANBOLAT Selahattin, s. 257.

“Vadeli çek”in hukuki sonuçlarına ilişkin olarak 29/06/1956 tarihli ve 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu’nun “Vade” başlıklı 707 nci maddesinde “Çek, görüldüğünde ödenir. Buna aykırı her hangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Keşide günü olarak gösterilen gündenden önce ödenmek için ibraz olunan bir çek ibraz günü ödenir.” şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Yine 1/7/2012 tarihinde yürürlüğe giren olan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nun “Muacceliyet” başlıklı 795 inci maddesinde 6762 sayılı Kanunu’nun hükümlerine paralel olarak “Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Düzenleme günü olarak gösterilen gündenden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir.” hükmüne yer verilmiştir³¹.

19/3/1985 tarihli ve 3167 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun” üzerindeki düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilip de kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan çekin hem hukukî takibe hem de cezaî kovuşturmayaya konu olabilmesine imkân tanıyarak, çekin bir ödeme aracı olduğu şeklindeki Türk Ticaret Kanunu’ndaki düzenlemeye paralel bir hüküm öngörmüştür.

Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz gibi, çekin görüldüğünde ödenmesi gerekmesine rağmen, ülkemiz uygulamasında şu ana kadar çek genellikle vadeli bir ödeme aracı olarak kullanılmıştır. Bu uygulama gerçekliğinden dolayı, çekin düzenleme tarihinden önce ibraz edilmesi borçlu kişinin öngörmediği sonuçların ortaya çıkmasına ve çeklerin karşılıksız kalması nedeniyle çek nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların sayısının artmasına neden olmuştur.

Uygulamadan kaynaklanan bu uyuşmazlıkları önlemek amacıyla 18/02/2009 tarihli ve 5838 sayılı Kanun’un 18 inci maddesiyle, 3167 sayılı Kanun’a geçici 2 nci madde olarak “31/12/2009 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap

³¹ Doktrinde de çekte vadenin mümkün olmadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. “Kanaatimizce de, çekin iktisadi ve hukuki işlevi düşünüldüğünde, ‘çek’ ile ‘vade’ kelimelerinin dahi yan yana getirilmesi mümkün değildir.” YEŞİLOVA Ecehan Aras/YEŞİLOVA Bilgehan, Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 17.

bankaya ibrazı geçersizdir³²." şeklinde bir hüküm eklenmiştir³³. Üstelik söz konusu tarih, 14/12/2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nun geçici 1 inci maddesinin beşinci fıkrasıyla "31/12/2011" tarihine kadar uzatılmıştır. 31/01/2012 tarihli ve 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la da bu süre 31/12/2017 tarihine kadar uzatılmıştır³⁴.

Öte yandan, söz konusu uygulama gerçekliğini dikkate alınarak 5941 sayılı Kanunun yasalaşma sürecinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda Tasarı'nın 3'üncü maddesine eklenen yeni bir fıkrayla, ileri düzenleme tarihli çeklerin üzerinde yer alan tarihten önce, bankaya ibraz edilmesi ve karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması halinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılmasının önüne geçilmesi sağlanmıştır³⁵. Bu düzenlemeye göre, ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yoluna başvurulabilmesi için üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemi yapılması gerekmektedir³⁶. Ayrıca, 5941 sayılı Kanun yaptırım bakımından da çekin üye-

³² Düzenlemenin geçici niteliği ve Türk Ticaret Kanunundaki hükümler karşısında, bu düzenlemenin çekin hukuki niteliğinde esaslı bir değişim anlamına gelmediği ve bu düzenlemeye rağmen hale çekte vade olmadığı ifade edilmiştir. YEŞİLOVA Ecehan Aras/YEŞİLOVA Bilgehan, Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 29.

³³ Söz konusu hükmün gerekçesi "Madde ile; belirli bir süreyle çekin, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersiz kabul edilerek ekonomik sıkıntılarla çeklerin zamanında ödenememesi sonucunda ticari hayatta karşılaşılan sorunlara ve mağduriyetlere çözüm üretilmesi amaçlanmaktadır." şeklinde ifade edilmiştir. Komisyon Raporunun Muhalefet Şerhlerinde ise "Bu düzenleme çek kavramının ruhuna aykırı olmakla birlikte ticari hayatta giderek artan istikrarsızlık ve güven bunalımına karşı bir önlem olarak getirildiği düşünülmektedir." "... çeklerde yazılan keşide tarihleriyle ilgili düzenleme ... doğrudan krizle mücadele amaçlı düzenlemeler olarak kabul edilmesi mümkündür." görüşlerine yer verilmiştir. YEŞİLOVA Ecehan Aras/YEŞİLOVA Bilgehan, Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 8-9.

³⁴ Kanun metninde sadece "muhatap bankaya ibraz" dan bahsedilmiş olsa da, takas odasına ibrazların da bu kapsamda değerlendirilmesi kanun koyucunun amacı bakımından daha uygun olacaktır. YEŞİLOVA Ecehan Aras/YEŞİLOVA Bilgehan, Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 32-33.

³⁵ REİSOĞLU Seza, Çek Hukuku, Ankara, 2011. s. 145-146.

³⁶ Ancak ibraz yasağına ilişkin geçici hüküm dikkate alınmaz ise, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının bulunması halinde ödenmesi gerektiğinden, haklı olarak çeke bonoda olduğu gibi bir vade kazandırıldığına iddia edilemeyeceği de ifade edilmektedir. YEŞİLOVA Ecehan Aras/YEŞİLOVA Bilgehan, Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 35-36.

rinde yazılı bulunan “düzenleme tarihini” esas almıştır. Düzenlemeye göre, düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine yaptırım uygulanabilecektir.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, her ne kadar Türk Ticaret Kanunu düzenleme günü olarak gösterilen günden önce dahi olsa çekin görüldüğü yerde, diğer bir ifadeyle ibraz gününde ödeneceğini belirtmesine rağmen, 5941 sayılı Çek Kanunu karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan çekler bakımından hukukî ve idarî takibat yapılabilmesi için “düzenleme tarihini” esas almıştır³⁷. Üstelik, yeni düzenlemeye göre, karşılıksızdır işlemi de ancak çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla ibrazında karşılığının ilgili banka hesabında bulundurulmaması halinde yapılabilecektir³⁸. Bu düzenlemelerin sonucu olarak Türk Ticaret Kanunu’ndaki çekin görüldüğünde ödeneceğine ilişkin hükmün, büyük oranda uygulamada bir anlamı kalmamıştır. Çünkü çekin ödenmemesi durumunda alacaklının alacağını tahsil amacıyla borçluya karşı başvurabileceği hukukî veya cezaî bir yöntem bulunmamaktadır³⁹.

Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, bu durum mevzuatımıza yasal olarak, 3167 sayılı Kanun’da 18/02/2009 tarihli ve 5838 sayılı

³⁷ Üstelik özel kanun olan Çek Kanununun, Türk Ticaret Kanunundan uygulamada önceliği bulunmaktadır. “Çek Kanunu, Türk Ticaret Kanununa göre hem yeni tarihli hem de özel nitelikte olduğundan öncelikle uygulanır, ancak bu özel düzenlemede hüküm bulunmaması halinde genel hüküm niteliğinde Türk Ticaret Kanununun çekle ilgili kuralları esas alınır. Bu husus Çek Kanununun 1/II. maddesinde “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır” şeklinde ifade edilmiştir.” ÖZDAMAR, s. 2.

³⁸ “Bu itibarla, Geçici Madde 1’in beşincifıkrasındaki ‘31/12/2011’ tarihi ‘31/12/2017’ olarak değiştirilmeydi dahi, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen çeklerle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılamayacaktır ve bu nedenle, adli veya idari yaptırım uygulanamayacaktır. Hatta üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen ve karşılıksız çıkan çeklerle ilgili olarak hukuki takip dahi yapılamayacaktır.” ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 75.

³⁹ “Bu durumda ileri tarihli çeklerde cezaî sorumluluk ile hukuki sorumluluk arasında paralellik sağlanmıştır. Örneğin, 10.01.2012 keşide tarihli bir çek 15.08.2011 tarihinde bankaya ibraz edildiğinde, karşılığı varsa ödenecek; karşılığı yoksa çek hamili 10.01.2012 tarihinde veya bu tarihe göre belirlenecek ibraz süresi içinde çeki tekrar ibraz etmek zorunda kalacak; çekin karşılığı kısmen veya tamamen bulunmazsa, karşılıksız çek çekmenin hukuki ve cezaî sorumluluğu ortaya çıkacak; çek hamili karşılıksız çekle ilgili icra takibinde bulunabileceği gibi, çekin karşılıksız çıkmasına sebebiyet veren kişinin cezalandırılması için savcılığa şikayette bulunabilecektir.” REİSOĞLU, s. 355-356.

Kanun'la yapılan değişiklikle girmiş olmasına karşın, bu düzenleme ticari hayattaki uygulamanın zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin, "kambiyo senetleri olan poliçe, bono ve çek ortak birtakım yasal düzenlemelere tabi tutulmuş olmakla beraber herbirinin ticari hayata konuluş amacı, ekonomik ve toplumsal işlevleri ...farklı olduğu" şeklinde gerekçeye dayanarak düzenlemenin Anayasa'nın 10'uncu maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı olmayacağına ilişkin kararının çok sağlam temellere dayanmadığı kanaatindeyiz⁴⁰. Bu çerçevede, ayrıca sadece çekin kamu güvenirliliğine sahip bir kıymetli evrak olduğu savı da hukuki temelden uzak görülmektedir⁴¹.

2. Ölçülülük İlkesi

Anayasa Mahkemesi'nin çekin karşılığının bulunmaması durumunda uygulanan yaptırım ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilen bir kararı bulunmamaktadır. Ancak, 26.9.1995 tarihli ve E. 1995/18, K. 1995/50 sayılı kararın karşı oy yazısında Başkanvekili Güven Dinçer Anayasa'nın 10'uncu ve 37 nci maddeleri yönünden düzenlemeyi değerlendirirken, asıl itibarıyla ölçülülük ilkesi bakımından çekin karşılığının bulunmaması durumunda uygulanan yaptırım konusunda bir değerlendirme yapmıştır. Başkanvekiline göre, 3167 sayılı Kanunda öngörülen yaptırım, benzeri konulardaki ekonomik suçlar için öngörülmemeyen çok ağır bir yaptırımı öngörmesi nedeniyle Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10'uncu maddesine ve cezaların genel ilkelere düzenleyen 37'nci maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

⁴⁰ Haşim Kılıç'ta karşı oy yazısında aynı hususa işaret ederek: "Hapis cezası öngörülerek alacaklının hakkının korunması ve kamusal güvenin sağlanması gerekçesi de kabul edilemez. Hukuksal nitelikleri farklı da olsa bono ve poliçe gibi kambiyo senetlerinde de ödenmediği takdirde kamusal güvenin bozulması ve alacaklının hakkının yok olması söz konusu olabilir. Bu nedenle iyiniyetli olması koşuluyla bonosunu ödemeyen kimseye hapıs cezası öngörülemez." hususuna vurgu yapmıştır.

⁴¹ TBMM Adalet Komisyonu Raporunda bu husus vurgulanmıştır. "Her ne kadar Türk hukukunda çekin kamu güvenliğini haiz bir kıymetli evrak olduğu, buna bağlı olarak çek hamillerinin korunmasına yönelik tedbirlerin alınması gerektiği ileri sürülmüşse de bütün emre ve hamile yazılı senetler kamu güvenliğini haizdir. Bu nedenle kamu güvenliliğine haiz olan bono, poliçe ve diğer kıymetli evraklar açısından güvenilirliklerinin sağlanması amacıyla hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezası öngörülmemişken, çekler açısından böyle bir ayrıcalık tanınmasına gerek yoktur." (TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 137, s. 16 vd.)

Bu aykırılığa gerekçe olarak; özellikle hürriyetlerle ilgili kanunların düzenlenmesinde makûl ve kabul edilebilir olanları aşan ölçütler kullanılamayacağı; adam öldürme veya ölüme sebebiyet verme suçları ile ekonomik bir suçu aynı düzeye getiren veya yaklaştıran bir yasama anlayışının kabul edilemeyeceği; benzeri kambiyo senetleri için hiçbir hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidi altında olmayan ekonomik fiillerin, çeklerde, çok ağır nitelikteki suçlara benzer bir şekilde cezalandırılması kanunların düzenlenmesindeki ölçülülük esaslarını ihlâl edeceğini bunun da Anayasa'daki eşitlik kavramına aykırılık oluşturacağını; yasakoyucunun her özel ceza kuralı yönünden ceza yasalarının bütünlüğü içinde belirli ölçüler ve dengeler gözeterek düzenleme yapmak zorunda olduğunu; ekonomik ilişkilerle ilgili koruyucu düzenlemelerde, ekonomik yaptırımların önde gelmesi gerektiğini; bunlar için ceza kurallarının en sonda düşünülebilecek tedbirler olduğunu; bu yönüyle de düzenlemenin, ekonomik bir suç olan karşılıksız çek için ölçüsüz bir yaptırım olarak 37'nci maddeye aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Bilindiği gibi, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine riayet edileceği hususu açıkça düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3'üncü maddesinde düzenlenen yaptırımların orantılı olması ve ceza hukukunun son çare olma özelliği (ikincillik ilkesi) bu anayasal ilkenin bir yansımasıdır. 5237 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin gerekçesinde, *"Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir."* denmektedir. Buna göre, ceza hukuku işlemleri yapılmasıyla sağlanması beklenen yarar ve verilmesi imkân dâhilinde olan zarar arasında bir oranın bulunması, aksi takdirde işlemde vazgeçilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, ceza hukuku, toplumsal barışın devamı bakımından başvurulması kaçınılmaz olduğu zaman devreye girmelidir.

Buna göre, hukukî veya idarî sorumluluğun yeterli olduğu durumlarda adli nitelikteki cezalar verilmemelidir. Bu bağlamda da, ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması nedeniyle adli nitelikte yaptırım uygulanmasının ölçülülük ilkesini zorladığını değerlendirmektediriz.

3. Borçtan Dolayı Hapis Yasağı

3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 38'inci maddesine sekizinci fıkra olarak eklenen yeni bir hükümlerle, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifinin gerekçesinde "4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır." ifadelerine yer verilmiştir. Anayasa'da yapılan bu değişiklik neticesinde yargı uygulamalarında ciddi bir duraksama olmuş, mahkemeler özellikle özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların tatbiki hususunda tereddüde düşmüş⁴² bu nedenle Anayasa'ya aykırılığı en çok dile getirilen düzenleme, 3167 sayılı Kanununda karşılıksız çek düzenlemesi durumunda öngörülen doğrudan hapis cezası olmuştur.

Anayasa Mahkemesi bu konuda ilk kararını 21/11/2002 tarihli ve E. 2001/408, K. 2002/191 sayılı kararlar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, çek ilişkisinin bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu olmadığı; temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü söz konusu olduğu; temel ilişki ne olursa olsun borcunu ödemek için çek kullandığında, asıl borç ilişkisi dışında kambiyo ilişkisi doğmuş olduğu; Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında hürriyeti bağlayıcı ceza yasağı, sözleşmeden doğan borcun "yerine getirilememesi"ni gerektirdiği; oysa keşidecinin, çekin karşılıksız olmasını bilmesine rağmen çek keşide ettiğine göre, bu borcun yerine getirilemediğinden söz etmenin olanaksız olduğu gerekçeleriyle düzenlemenin Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı olmadığına karar vermiştir⁴³.

⁴² ÇETİNER Ufuk; Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi, 2002/1, s.174.

⁴³ İtiraz başvurularında, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre çek'in, kambiyo senedi olup sözleşmelerde ödeme vasıtası olarak kullanıldığı, tarafların hür iradeleri sonucu oluşturdukları sözleşme hükümlerine göre borçlunun, belirlenen tarihte çekte yazılı miktarı çek hamiline veya cirantalara ödeme yükümlülüğü altına girdiği, Yasa'da öngörülen hapis cezasının sözleşmeden kaynaklandığı, bu nedenlerle 3167 sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması

Anayasa Mahkemesi yukarıdaki karardan çok kısa bir süre sonra verdiği 11/12/2002 tarihli ve E. 2002/165, K. 2002/195 sayılı kararında da aynı mahiyetteki gerekçelerle aynı sonuca ulaşmıştır. Mahkeme, çekin, temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından ba-

Hakkında Kanun'un 13. ve 16. maddelerinde yer alan hapis cezasına ilişkin bölümlerin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

.....

Sözleşme, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun birinci maddesine göre, "İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur. Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımni dahi olabilir" biçiminde tanımlanmıştır. 6762 sayılı "Türk Ticaret Kanunu"nun kambiyo senetleri bölümünde düzenlenen çek, kıymetli evrak niteliğini taşıyan, görüldüğünde (ibrazında) ödenen bir kambiyo senedi olduğu ve temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havale niteliğindedir. Anayasa'nın 38. maddesine 4709 sayılı Yasa ile eklenen sekizinci fıkrada "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" denilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 no'lu protokolü gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünün yerine getirilememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmünün eklendiği, sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçların da olduğu belirtilmiştir.

Buna göre, bir kişinin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı açıkça anlaşılacakla, başlangıçta yükümlülük altına girerken bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirmeyeceğini bilen ve bunu isteyen kişilerin, sözkonusu yasaktan yararlanmaları olanaksızdır.

Çeki elinde bulunduran hamilin, keşideci ile lehdar arasında temel ilişkiyi oluşturan sözleşmeden kaynaklanan bir alacağı değil, doğrudan doğruya çekten doğan bir hakkı iktisap etmesi karşısında, itiraz konusu kurallarla, alacaklının hakkının korunması ile çeki olan kamusal güvenin sağlanması amacı gözetilerek hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür.

O halde, çek ilişkisi bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu değildir. Temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü söz konusudur. Borçlu, temel ilişki ne olursa olsun borcunu ödemek için çek kullandığında, asıl borç ilişkisi dışında kambiyo ilişkisi doğmuştur.

Yalnızca Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında hürriyeti bağlayıcı ceza yasağı, sözleşmeden doğan borcun "yerine getirilememesi"ni gerektirmektedir. Oysa keşideci, çekin karşılıksız olmasını bilmesine rağmen çek keşide ettiğine göre, bu borcun yerine getirilemediğinden söz etmek de olanaksızdır.

İhtara rağmen çek karnelerini aldığı bankaya, yasanın öngördüğü sürede iade etmeyen ve çek tutarını veya karşılıksız kalan bölümünü % 10 tazminatı ve gecikme faiziyle birlikte hamil adına muhatap bankaya yatırmayan, düzeltme hakkını kullanmayıp yasaklanmasına rağmen çek keşide etmeye devam eden keşidecinin eylemini sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirememesi olarak kabul etmek olanaksızdır.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kurallar, Anayasa'nın 38. maddesine 4709 sayılı Yasa ile eklenen sekizinci fıkrasına aykırı değildir.

ğımsız olarak, kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havale olduğu; taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya temelde yer alan sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda çekin, başlı başına borç kaynağı biçiminde ortaya çıkabildiği; haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç için dahi çek keşide edilebildiği; çek ilişkisinin bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temeline her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu olmadığı; temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü söz konusu olduğu; Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilememesi gerektiği; ancak çekin temelde sözleşmeden bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havale olduğu gerekçeleriyle düzenlemeyi Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, karşılıksız çek düzenlemesi durumunda öngörülen doğrudan hapis cezasının, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağına ilişkin Anayasa hükmüne aykırı olmadığı kararını temel iki gerekçeyle dayandırmıştır.

Bunlardan birincisi çek ilişkisinin sözleşmeden bağımsız bir kambiyo ilişkisi olduğudur. Mahkeme'nin de belirttiği gibi, çekin temeline her zaman bir sözleşme bulunması zorunlu değildir. Ancak çekin bir ödeme taahhüdü olduğu, diğer bir ifadeyle çek keşide etmekle bir kişinin diğer bir kişiye belli bir miktar parayı ödemeyi kabul ettiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Yani çek, sebebi ne olursa olsun bir ödeme taahhüdünün varlığını göstermekle birlikte, bazı istisnalar dışında bu ödeme taahhüdünün temeline karene olarak bir sözleşme bulunmaktadır⁴⁴. Anayasa'nın 38'inci maddesine sekizinci fıkra olarak eklenen, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonu-

⁴⁴ Haşim Kılıç karşı oy gerekçesinde; "Çoğunluk görüşünde, borç ilişkisi ile çek kullanımı arasındaki bağ koparılmış soyut bir kambiyo ilişkisinden bahsedilmiş, sözleşmeden bağımsız bir kambiyo yükümlülüğü üzerinde durulmuştur. Oysa, keşideci ile lehdar arasındaki borç ilişkisini sözleşmenin dışında mutlak bağımsız bir işlem olarak nitelenecek mümkün değildir. Sözleşmeye bağlı bir yükümlülük nedeniyle çek keşide edenle lehdar arasında bir ilişki her zaman olanaklıdır." demiştir

lamayacağına ilişkin düzenlemenin gerekçesinde “4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır.” ifadelerine yer verilmiştir. Üstelik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4 nolu Protokolü’nün 1. maddesi “Borç için hapis yasağı” başlığını taşımaktadır⁴⁵.

Buna göre, Mahkeme, Anayasa’daki düzenlemenin esas olarak bir borç nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesini engellemeyi amaçlamasına rağmen, istisnai olarak bazı durumlarda çek ilişkisinin temelinde bir sözleşmenin bulunmadığı gerekçesini esas alarak, tüm çek borçluları için hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanabilmesini Anayasa’ya uygun bulunmuştur. Bu hükmün sonucu olarak Mahkeme, çekin bir sözleşmeye dayanması durumunda da (ki kural olarak böyledir) kişilere özgürlüğü bağlayıcı yaptırım uygulanmasına Anayasa’daki açık hükme rağmen imkan sağlamıştır.

Mahkeme’nin ikinci temel gerekçesi, Anayasa’nın 38. maddesi kapsamında hürriyeti bağlayıcı ceza yasağının, sözleşmeden doğan borcun “yerine getirilememesi”ni gerektirdiği; oysa keşidecinin, çekin karşılıksız olmasını bilmesine rağmen çek keşide ettiğine göre, bu borcun yerine getirilemediğinden söz etmenin olanaksız olduğudur. Ancak, ülkemiz ticari hayatında çek esas olarak kredi aracı olarak kullanılmıştır. Bu nedenle, çekin karşılıksız olmasını bilmesine rağmen çek keşide edilmesi şeklindeki gerekçe pratikte çek kullanımına uygun gelmemektedir⁴⁶. Yukarıda belirttiğimiz üzere, her ne kadar Türk

⁴⁵ TBMM Adalet Komisyonu Raporunda çekin mahiyeti gereği bir özel hukuk borcu olduğu husus vurgulanmıştır. “Anayasanın 38 inci maddesinin sekizinci fıkrası ve diğer uluslararası sözleşme hükümleri, doğrudan veya dolaylı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza verilmemesi yükümlülüklerini bünyesinde barındırmaktadır. Özel borç ilişkilerindeki edimlerin yerine getirilmemesine bağlanan yaptırım seçeneklerindeki küresel hukuk eğilimi, özgürlüklerden yoksun kılma kategorisinin terk edilmesi yönündedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi farklı bir yorum (Anayasa Mahkemesi 17/3/2011 T, 2010/6 E, 2011/54 K) benimsemişse de, çekin özel borçlar kategorisinde olduğu konusunda hukuken bir duraksama yoktur. Zira dayanağını oluşturduğu temel ilişkiyle hukuki bağı koparılmış (illiyetten mücerret) kambiyo senedi olan çek, mahiyeti itibariyle bir özel hukuk borcunu tecessüm ettirir. Bu kapsamda Türkiye’nin gerek Anayasanın 90 ıncı maddesi gerekse ilgili uluslararası sözleşmeler bağlamında karşılıksız çeklerle ilgili olarak hapis cezasını sürdürülebilirlik imkânı kalmamıştır.” (TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 137, s. 16 vd.)

⁴⁶ Üstelik, 3167 sayılı Kanunun uygulanmasında da, hesapta karşılık bulunmadığı halde çek keşide edilmesi halinde, bu çek ibraz edilmedikçe suç oluşmayacağı

Ticaret Kanunu düzenleme günü olarak gösterilen günden önce dahi olsa çekin görüldüğü yerde, diğer bir ifadeyle ibraz gününde ödeneceğini belirtmesine rağmen, 5941 sayılı Çek Kanunu karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan çekler bakımından hukukî ve idarî takibat yapılabilmesi için "düzenleme tarihini" esas almış ve ibraz yasağını 31/12/2012 tarihine kadar uzatmıştır. Bu düzenlemelerin sonucu olarak Türk Ticaret Kanunundaki çekin görüldüğünde ödeneceğine ilişkin hükmün, uygulamada bir anlamı kalmamıştır.

Bu bağlamda, uygulamada çek keşide edilirken banka hesabında çekin karşılığının bulunması değil, karşılığının bulunmaması kural haline gelmiştir. Bir kişinin çeki keşide ederken ileride yapacağı bir ödemeyi gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini öngörebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, kanımızca, "çekin karşılıksız olmasının bilinmesine rağmen çek keşide edildiği için, bir borcun yerine getirilemediğinden söz edilemeyeceği" şeklindeki Mahkeme gerekçesi uygulamayla çelişmektedir. Ancak, bu açıklamalarımız tüm çek borçları bakımından geçerli değildir. Burada ifade etmek istediğimiz husus, kişinin borcunu ödemediği mi, yoksa ödeyemediği mi şeklindeki değerlendirmenin, ancak ödeme gününde her bir borçlu için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir husus olduğudur. Burada yanlış değerlendirilen husus, Mahkeme'nin gerekçesinde belirttiği gibi, tüm çek borçlularının borçlarını kendi iradeleri dışındaki bir nedenle ödeyememelerinin mümkün olmadığının kabulüdür. Nitekim TBMM Genel Kurulu'nda 38. maddedeki değişiklik görüşülürken Anayasa Komisyonu Başkanı "kendi ihmal veya kusuru olmaksızın borcunu ödemekte acze düşen kişi, bu yüzden hapis cezasına çarptırılmaz⁴⁷. Ancak, borçlunun hileyle veya kasten borcunu ifa etmekten kaçınması halinde protokolün bu hükmünden yararlanması mümkün değildir." demek suretiyle bu hususa açıklık getirmiştir.

kabul edilmekteydi. Buna göre, çek keşide edildiği tarihte hesapta karşılığının bulunmaması değil, ibraz anında karşılığının bulunmaması suçun oluşumu bakımından önem taşımaktaydı. REİSOĞLU, s. 353.

⁴⁷ Kararın Gerekçesinde; "Yalnızca Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında hürriyeti bağlayıcı ceza yasağı sözleşmeden doğan borcun yerine getirememesini gerektirmektedir. Oysa keşideci çekin karşılıksız olmasını bilmesine rağmen çek keşide ettiğine göre bu borcun yerine getirilemediğinden söz etmek de olanaksızdır." denilmektedir. Çekin karşılıksız olduğunun bile keşide edenlerin iyiniyetinden zaten bahsedilemez. Böyle bir çek düzenlenen kişinin 38. maddesinde öngörülen korumadan faydalanması da olanaksızdır." hususu belirtilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, Anayasa Mahkemesi istisnai bazı durumları esas almak suretiyle Anayasadaki söz konusu ilkeyi uygulaması olmayacak şekilde daraltarak yorumlamıştır. Nitekim, karşı oy gerekçesinde de, Mahkeme'nin bu görüşünün söz konusu ilkenin uygulama alanını oldukça daralttığı ifade edilmiştir⁴⁸.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile bu Sözleşmeye Ek Birinci Protokol'de tanınmış bulunan hakve özgürlüklere ek haklar ve özgürlükler tanıyan 4 numaralı Protokol "Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı" başlığı altında düzenlenen 1 inci maddesi; "Hiç kimsenin yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz" düzenlemesine yer verilmiştir. Protokolle getirilen bu düzenleme ile "borç için hapis yasağı"nın sınırları daha da genişletilerek "borç için özgürlüğünden yoksun bırakılma" aşamasına geçilmiş, bununla insan haysiyeti ve özgürlüğünün en geniş anlamda korunması amaçlanmıştır.

Devlet olarak 19. 10.1992 tarihinde imzaladığımız 23.02.1994 tarih ve 3975 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunmuş fakat bugüne kadar yürürlüğe konulmamış olan 4 no.lu Protokol'ün 1. maddesine ilişkin AIHM tarafından verilen karar sayısının sınırlı olduğu⁴⁹, ayrıca bu ko-

⁴⁸ Karşı oy gerekçesinde Haşim KILIÇ; "... Yapılan bu değişiklik pozitif hukuk kurallarına kaynaklık etmiyor, ya da etkilemiyorsa kural haşivdir denilebilir. Anayasakoyucu böyle bir amaç gütmeyeceğine göre Anayasa'nın 38. maddesine giren bu kuralla işlerlik kazandırmak gerekir. İhmal, hile ve kötü niyet dışında kalan ekonomik suçlara ekonomik ceza öngörülmesi çağdaş dünyada kabul edilen ve izlenen bir politikadır. Bu anlayış ve amaç içinde düşünülmeyen takdirde Anayasa'nın 38. maddesinde yazılmış olan bu değişikliğin pozitif hukuk içinde uygulama alanı hiç yok denecek kadar işlevsiz olduğu çok açıktır. Bu değişiklik yapılmadan önce kimi ekonomik suçlara hapis cezası öngörülmesi Anayasa'ya aykırı olmamasına karşın, yeni kural bu alanı sınırlayarak oldukça daraltmıştır.

Buna göre, yapılan Anayasa değişikliğinde ekonomik nedenlerle ve iyiniyetle borcunu ödeyemeyen kişilere hapis cezası verilmesini önlemek amacı ön plana çıkmaktadır. Etkili ceza düşüncesiyle "hapisle tazyik" yoluyla çalışma hayatının daha iyi düzenleneceği anlayışı Anayasakoyucunun iradesini saptırmaktır. Kasıt ve kötünüyet olmadığı sürece ekonomik suçlara hapis cezası öngörülmesi insan onuruyla bağdaşmadığı için çağdaş dünya ve demokratik toplumlarda terk edilmiştir." görüşünü ifade ederek gerekçelendirmiştir.

⁴⁹ GÜLEÇ SOYER Sesim; Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Mayıs 2007, Ankara. s.39

nudaki başvuruların da büyük çoğunluğunun “*kabul edilemezlik kararı*” ile sonuçlandığı görülmektedir. Bunun nedeni Mahkeme’nin öncelikli olarak Sözleşmenin 5 inci maddesinde düzenlenen “özgürlük ve güvenlik hakkı” 6 ncı maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı” ve 7 nci maddesindeki “kanunsuz suç ceza olmaz” ilkeleri çerçevesinde başvuruları değerlendirmesidir. Diğer bir ifade ile, 4 no.lu Protokol’ün 1. maddesi aslında Sözleşme’nin yukarıda anılan maddelerini tamamlayıcı nitelikte bir düzenlemedir. Hangi durumlarda kişilerin hürriyetinden mahrum bırakılmayacağını tespit anlamında önemli bir düzenlemedir.

Sözleşme’nin bu düzenlemesi karşısında Sözleşme’ye taraf ancak henüz protokole taraf olmayan bir ülke olarak karşılıksız çeki ilişki ülkemizde öngörülen yaptırımın Sözleşme ve Protokol hükümleri karşısındaki durumu değerlendirmelidir. AİHM karşılıksız çek keşide etme fiilinin devlet tarafından kamu düzenini bozan ciddi bir eylem olarak değerlendirilmesi ve ceza yaptırımı altına alınmasını Sözleşme’nin 5. maddesinin 1/a hükmü kapsamında hukuka uygun bir hürriyetten mahrum bırakma olarak değerlendirecektir. Ancak, bu durumda 6. madde kapsamında kişiye yöneltilmiş bir suçlama olacağı için, kişiye adil yargılanma hakkının tanınması gerekmektedir. Mahkeme Protokol’e taraf olmayan devletlerin Protokol’e aykırı olmayan düzenlemelerini iç hukuktaki serbestiye saygı çerçevesinde değerlendirmektedir. Ülkemizde yapılan bu düzenleme ile karşılıksız çek için öngörülen idari yaptırımın hürriyeti bağlayıcı bir ceza içermemesi nedeniyle AİHM tarafından Sözleşmeye uygun bulunacağı değerlendirilmektedir.

D. SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN (MANEVİ UNSUR)

Modern ceza hukukunun suç teorisine göre bir suçun oluşabilmesi için, suçun maddi ve manevi unsurlarının bulunması ve ayrıca olayda hukuka uygunluk nedenlerinin de bulunmaması gerekmektedir. Suçun manevi unsuru, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade etmektedir. Bu bağ olmaksızın gerçekleştirilen davranış fiil niteliğini taşımaz ve bu nedenle bir suçun varlığından söz edilemez. Yani manevi unsur gerçekleşmediği takdirde, suç oluşturan bir haksızlığın varlığından söz edilemez⁵⁰. Bu haksızlık kasten işlenebileceği gibi, taksirle de gerçekleştirilebilir.

⁵⁰ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 241.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesine göre, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, kişi ile işlediği suçun maddî unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur.

Suçlar, kural olarak kasten işlenirler. Ancak, istisnaen taksirle işlenen belli fiiller de "*kanunlarda*" suç olarak tanımlanmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesine göre, taksirle işlenen fiiller ancak "*kanunun*" açıkça belirtti hallerde cezalandırılacaktır. Taksirli suçların belirgin özelliği, icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanunî tanımda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu öngörmemenin, "*gerekli dikkat ve özen*" yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir. Çünkü, gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceği öngörülmemiştir. Üstelik, Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu Türk Ceza Kanunu'nda yer alan genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nun kast ve taksire ilişkin bu hükümlerinin diğer kanunlarda düzenlenen bütün suçlar bakımından uygulanması gerekmektedir.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, 6273 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce, Çek Kanunu'nun 5. maddesinde tanımlanan suçun, Kanun'da bu suçun taksirle işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almadığından, ancak "*kasten*" işlenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁵¹. Ancak ülkemiz uygulamasında, yukarıda açıkladığımız suç teo-

⁵¹ Tasarının Adalet Alt Komisyonundaki görüşmeleri sırasında, söz konusu suçun kasten işlenebileceğine açıklık getirilmesi düşüncesiyle metne "*kasten*" ibaresi eklenmişse de, bu şekilde bir düzenleme yapılması söz konusu suçun düzenleniş gayesiyle bağdaşmayacağı, ticarî alanda ve yargılama sürecinde de olumsuz sonuçların doğmasına sebep olacağı gerekçesiyle "*kasten*" ibaresi Adalet Komisyonu tarafından çıkartılmıştır.

Öte yandan, 5941 sayılı Kanunun adli yaptırımı düzenleyen ilk halinde, bu suçun taksirle de işlenebileceğine dair bir açıklık olmamasına rağmen, ilginç bir şekilde Tasarı gerekçesinde bu suçun taksirle de işlenebileceği ifade edilmiştir. Söz konusu bölüm şu şekildedir: "*Söz konusu suçun oluşabilmesi için, çekin karşılığının, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, yani en azından taksirle, ilgili çek hesabında bulundurulmaması gerekir. Anayasanın 38 inci maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bağlamında güvence altına aldığı kusursuz ceza olmaz kuralının gereği olarak, söz konusu suç, objektif (kusursuz) sorumluluğu gerektiren bir suç olarak değil, en azından taksire dayalı kusurluluğu gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla, kişinin, elinde olmayan sebeplerle ortaya çıkan zorunluluk hâli dolayısıyla, örneğin doğal afet, savaş, kaza geçirmesi gibi bir sebeple, çekin karşılığını ilgili*

risine ilişkin açıklamalar, karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından görmezden gelinmiştir⁵². Karşılıksız çek keşide etme suçu, şekli bir suç olarak görülmüş, kişinin kastı araştırılmadan ödeme gününde hesabında çekin karşılığının bulunmaması bu suçtan ceza alması için yeterli sayılmıştır⁵³. Bu durum ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bir şekilde karşılıksız çek keşide etme suçunda failin objektif sorumluluğu olduğu anlamına gelmiştir⁵⁴. Ancak bu sorumluluk türünün, modern ceza hukukunda kabulü mümkün değildir.

- hesapta zamanında bulunduramamış olması hâlinde, ceza sorumluluğu olmayacaktır." Söz konusu gerekçe haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir. Bkz: REİSOĞLU, s. 358.
- 52 Esasen 3167 sayılı Kanununun 16. maddesindeki düzenleme, uygulamada dolandırıcılık suçunun unsurlarının aranmasından kaynaklandığı ifade edilen sorunun aşılması ve keşideciye objektif bir sorumluluk yüklemek için getirilmiştir. "... karşılıksız çek çekmek, dolandırıcılık sayılınca karşılıksız çek çeken kimsenin bu hareketinin suç sayılabilmesi için dolandırıcılık suçunun yasal öğelerinin (unsurlarının) olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir... Ancak, dolandırıcılık suçunun unsurlarının karşılıksız çekan her çek yönünden tespiti mümkün olmadığından, bu şekilde çek keşide edenlerin bir kısmının cezasız kalması gibi durumlar ortaya çıkmakta ve bu durum çekte olan güveni sarsmakta olduğundan karşılıksız çek çekmek eylemi dolandırıcılık suçunun unsurları araştırılmaya gerek duyulmadan 3167 sayılı Çek Yasasının 16. maddesi ile bağımsız suç sayılarak cezalandırılmıştır. Böylece, karşılıksız çek çekme (düzenleme, keşide etme) eylemi hangi nedene dayanırsa dayansın suç sayılacaktır." UYAR, s. 671-672.
- 53 Mahkeme uygulamaları bu yönde olduğu gibi doktrinde de genel olarak bu düşünce egemen olmuştur. "... çekin karşılıksız olması halinde, keşidecinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmediği araştırılmayacağı gibi, kişinin elinde olmayan sebeplerle -örneğin doğal afet, savaş, kaza geçirmesi gibi- çekin karşılığını ilgili hesapta bulunduramamış olması halinde de, ceza sorumluluğu ortaya çıkacaktır... geçen dönemde gerek öğretilerde, gerekse yargı kararlarında 3167 sayılı Çek Yasasının karşılıksız çek suçunda, yasa koyucunun objektif sorumluluk esasını benimsediği görüşü 5941 sayılı Çek Kanunu açısından da geçerliliğini korumaktadır." REİSOĞLU, s. 358-359 "Çek Kanunundaki suçun manevi unsuru özel olarak belirtilmemiştir. Başka bir deyişle "çek keşide eden" açısından müstakil bir yaptırım getirilmiş, muhatap bankaya suresinde ibraz edilen çekin o anda yeterli karşılığının bulunmaması suçun oluşması için kafi sayılır." ÖZDAMAR, s. 37.; 26/2/2003 tarihli ve 4814 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeyle sorumluluğun sübjektif mi? yoksa objektif mi? olduğuna ilişkin teorik hukuk tartışmalarına son verilmiş olduğu ve keşide edilen çekin karşılıksız çıkması halinde objektif sorumluluk esasının benimsendiği ifade edilmiştir. ÇOLAK Haluk/ ÖZDEMİR Kenan/ HIZ Yüksel; s.221. ERIŞ Gönen; s.838 vd.
- 54 "Mülga 3167 sayılı Kanununun 16. maddesinde tanımlanan suçun manevi unsuru bakımından uygulamamızda önemli bir sorunla karşılaşılıyordu. Uygulamamız, söz konusu suçun objektif (kusursuz) sorumluluğu gerektiren 'şekli' bir suç olduğu algısını haklı çıkaran bir yönde geliştirdi." ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 83. "Yargıtay 3167 sayılı Yasa döneminde karşılıksız çek keşide etmenin şekli suç olduğuna da kararlarında değinmektedir. Yüksek Mahkeme Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2.3.1992 tarih ve 1992/7-28 Esas, 51 Karar sayılı İlamında da açıklandığı üzere, yasa koyucu 3167 sayılı Kanununun 16. maddesi ile karşılıksız çek keşide edilmesini biçimsel bir suç olarak düzenlemiştir. Yeni Çek Yasasında da durum aynıdır." REİSOĞLU, s. 364.

Öte yandan, yeni Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanma sürecinde de sürekli göz önünde bulundurulmuş kusur ilkesi, ceza yaptırımının, ancak işlediği fiilden dolayı kişinin kınanabilmesi durumunda uygulanabilmesini ifade etmektedir. Bu ilke, bir yandan işlediği fiil dolayısıyla kusurlu olmayan bir kimseye ceza verilemeyeceğini ifade ettiği gibi; diğer yandan faile kusurundan daha ağır bir cezanın uygulanmasını yasaklar. Bu bakımdan, salt netice sorumluluğu, kusur ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁵⁵.

Esasen ülkemizde karşılıksız çek keşide etme suçuyla ilgili olarak yaşanan tartışmaların temelini bu suçun failinin objektif sorumlu olduğunun kabul edilmiş olmasıdır. Bu objektif sorumluluk anlayışı, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirememesinden dolayı özgürlükten alıkonulamayacağı şeklindeki ilkenin de hayata geçmesini engellemiştir. Bu nedenle kanımızca da isabetli bir şekilde karşılıksız çek suçu, kasıtlı işlenen bir suç haline getirilmediği sürece Anayasa'ya aykırılığın devam edeceği belirtilmiştir⁵⁶.

E. GENEL HUKUK SİYASETİ AÇISINDAN

Hukuk sisteminde her bir belgenin değişik derecelerde hukuki önem ve değeri bulunmaktadır. Ancak bir hukuk devletinin mahkeme ila-
mının üzerinde hukuki değer verilebilecek bir belge bulunmamaktadır. Yine hukuki belgeler arasında noterler tarafından düzenlenen belgelerin de hukuk sisteminin onlara verdiği önem nedeniyle özel bir konumları bulunmaktadır. Noter tarafından düzenlenen hukuki işlemlere ait belgelerin kesin delil niteliği bulunmakta (HUMK.m.295/I; NK.M.82/I) ve bu belgeler sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli sayılmaktadır.

⁵⁵ Adalet Komisyonu Raporundan.

⁵⁶ "3167 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin birinci fıkrası suçlarda objektif sorumluluk esasını benimsenerek düzenlenmiştir. Yargıtay'da bugüne kadar objektif sorumluluk kapsamında uygulamasını sürdürmüştür. Düzenlenen çekin karşılığı yoksa suç oluşmuştur. Bunun dışında yargıcın subjektif değerlendirme ve araştırmaları kuralı objektif sorumluluk kapsamından çıkarmaz. Objektif sorumluluk nedeniyle 16. maddenin birinci fıkrasına göre oluşacak suç da "ödememe" ya da "ödeyememe" durumlarının araştırılması söz konusudur. Bilerek ve kasden ödemeyenle, iyiniyetle hareket edilerek ödeyememe durumlarını ayırmaya imkan tanımayan bir düzenleme Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık oluşturur. Karşılıksız çek suçu, kasıtlı işlenen bir suç haline getirilmediği sürece Anayasa'ya aykırılıktan kurtulamaz." (Haşim Kılıç'ın Karşı Oy yazısı)

Mahkeme ilamlarının ve noterler tarafından düzenlenen belgelerin bu özel konumlarına rağmen, hukuk sistemi bu belgelerdeki yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla ilgili kişiyi hapis cezasıyla tehdit etmemektedir. Diğer bir ifadeyle, örneğin belli bir para borcunun ödenmesine ilişkin mahkeme ilamının yerine getirilmemesi durumunda, alacaklının başvurabileceği tek yol ilamlı icra yoluyla alacağını tahsil etmeye çalışmaktır.

Mahkeme ilamına veya noter tarafından düzenlenen bir belgeye verilemeyen hukuki teminat iki kişi tarafından düzenlenen bir özel hukuk belgesine verilemektedir. Yani, özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan ve iki gerçek kişi tarafından düzenlenen bir özel hukuk belgesi mahkeme ilamından daha değerli hale getirilmiştir. Kanımızca, genel hukuk siyaseti açısından çeki bu şekilde bir değer atfedilmesi ve çekin bu surette kabulü hukuk sistemimizin temel müesseselerinden uzaklaşma anlamına gelmektedir⁵⁷.

F. YARGI SİSTEMİ AÇISINDAN

Yukarıda açıkladığımız hukukun temel müesseselerindeki farklılaşmanın sonucunda, özellikle devletin müdahale etmemesi gereken bir alana müdahale ederek iki özel kişi arasında doğan bir özel hukuk borç ilişkisinden kaynaklanan para tahsili ceza hukuku mekanizmasını kullanarak yerine getirmesi ve bu suçun objektif sorumluluğu gerektiren bir suç olarak görülmesi, yargı sistemi açısından da ağır sonuçlar ortaya çıkarmıştır.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2010 yılı verilerine 3167 ve 5941 sayılı kanunlardan kaynaklanan dava sayısı 405.704 olmuştur. Buna göre 2010 yılında çek kanunlarından kaynaklanan dosya sayısı;

- Özel kanunlar dolayısıyla ceza mahkemelerinde açılan dava sayısının %36.2'sini oluşturmaktadır (2010 yılında özel ceza kanunları dolayısıyla açılan toplam dava sayısı 1.119.617'dir).

⁵⁷ Çek Kanunu Tasarısının TBMM Genel Kurul gündemindeki görüşmeleri sırasında CHP milletvekili Ali Rıza Öztürk'te "Şimdi, çek alacaklıları sormaya başladı "Biz ne yapacağız?" E, canım çekten ve senetten daha güçlü bir belge, yani mahkeme kararı var. Siz alacağınızı tahsil etmek için mahkemeye veriyorsunuz, mahkemeye sizin alacağınız hüküm altına alınıyor ama mahkeme kararıyla alacağınızı hüküm altına aldırın alacaklının, alacağını tahsil etmesi için herhangi bir cezai müeyyide yok. Yani çek, mahkeme ilamından daha ağır bir hükme mi sahiptir, böyle bir şey olabilir mi?" demek suretiyle aynı hususa dikkat çekmiştir

- Ceza mahkemelerinde açılan davaların ise toplam sayısının %12'sini oluşturmaktadır (2010 yılında açılan toplam ceza davası sayısı 3.344.599).

Bu sayı sulh ceza mahkemesine açılan davaların ise yaklaşık yarısıdır.

6273 sayılı Kanun'un kabulünden önce Yargıtay'da bulunan dosya sayısı dairelerde 53.544 ve Başsavcılık'ta yaklaşık 163.621 olmak üzere toplam 217.165 olmuştur.

Bu rakamlar göstermektedir ki, Çek Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar uzun bir süre ceza adalet sistemindeki iş yükünün önemli bir bölümünü teşkil etmeye devam etmiştir.

Anayasa'nın 141 inci maddesinin son fıkrasında "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" hükmüne yer verilmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında da herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının "*makul süre içinde*" görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Yukarıdaki istatistiklerden görüldüğü üzere Çek Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkların, yargının iş yükünün artmasına ve yargılama sürecinin yavaş işlemesi katkısı oldukça önemli olmuştur. Bu durum, Anayasamızın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabul ettiği makul sürede yargılanma hakkı ve devletin makul sürede yargılama yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmesini önemli derecede engellemiştir.

IV. 31/1/2012 TARİHLİ VE 6273 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN YAPTIRIM SİSTEMİ

A. GENEL OLARAK

3167 sayılı Kanun, yukarıda ifade edildiği üzere, zaman içinde pek çok değişikliklere tabi tutulmasına karşın, yaptırım yönünden amacını gerçekleştirememiş ve ceza hukukunun temel ilkelerine uymaması nedeniyle bir çok yeni sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur⁵⁸.

⁵⁸ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 5. ŞENER Oruç Hami; Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eyleminin 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. maddesi ile Cezalandırmak Mümkündür?, Ankara Barosu Dergisi, 1988/2, s. 239.

Çekin karşılığının bulunmaması durumunda adli nitelikteki yaptırım uygulamasının yukarıda açıkladığımız sorunlarını gidermek amacıyla 6273 sayılı Kanun'la yaptırım bakımından yeni bir sisteme geçilmiştir. Bu değişiklik sırasında çekin karşılığının bulunmaması durumunda genel hükümler dışında her hangi özel bir yaptırım uygulamama yapılması düşünülebilirdi. Ancak Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bu güne kadar geçirdiği aşamalar ve bu değişikliğin ekonomik ve sosyal etkileri dikkate alınarak bu tercihin yapılmadığını söyleyebiliriz.

6273 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, karşılıksız çek keşide etmek suçundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ceza adalet sistemindeki iş yükünün önemli bir bölümünü teşkil ettiği⁵⁹ ve bu fiil için adli nitelikte yaptırım uygulanmasının ceza hukukunun temel ilkelerine uygun olduğu belirtildikten sonra, karşılıksız çek keşide etmenin suç olmaktan çıkartılmak suretiyle bu eylem için herhangi bir yaptırım öngörülmesi düşünülebileceği belirtilmekte, ancak çekin ekonomik hayatta ifa ettiği görevde bir zafiyet yaşanmaması için karşılıksız çek keşide etme eyleminin tamamen yaptırımsız bırakılması uygun olmayacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle kanunkoyucu 6273 sayılı Kanun'la karşılıksız çek keşide etme eylemi için çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklinde idarî nitelikte bir yaptırım uygulanmasını benimsenmiştir.

B. ÇEK DÜZENLEME VE ÇEK HESABI AÇMA YASAĞI

1. Hukuki Niteliği

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağıyla ilgili olarak ilk belirtilmesi gereken husus, bunun yeni bir yaptırım olmadığıdır. Bu yaptırım 5941 sayılı Kanunu'nda ve önceki düzenlemeler de yer almakla birlikte 6273 sayılı Kanun, bu yaptırımın niteliği bakımından büyük bir değişikliğe gitmiştir.

5941 sayılı Kanun'da çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, bir suç soruşturmasıyla bağlantılı olarak "*koruma tedbiri*" ve "*güvenlik tedbiri*" olarak düzenlenmişti. Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fı-

⁵⁹ Mahkemeleri iş yükü nedeniyle yasa değişikliğine gerekçe olamayacağına ilişkin görüşler için bkz. ÇETİNER Ufuk; Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebepiyile Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi, 2002/1, s.179.

rasında, çekin karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmeyen gerçek ve tüzel kişi hakkında, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde resen mahkeme tarafından, karşılıksız çıkan *her bir çekle ilgili olarak*⁶⁰, *“koruma tedbiri”* niteliğinde çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verileceği; yapılan yargılama sonunda ise, mahkeme adli para cezasının yanında *“güvenlik tedbiri”* niteliğinde çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmedeceği hüküm altına alınmıştır⁶¹.

6273 sayılı Kanun, karşılıksız çek keşide etme eylemini suç olmaktan, diğer bir ifadeyle bu eylem karşılığında Türk Ceza Kanunu bağlamında bir yaptırım uygulamaktan vazgeçerek, yaptırım olarak sadece *“idarî nitelikte bir tedbir”* olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı uygulanması öngörmüştür. Bu nedenle idari nitelikteki bu tedbir, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygulama alanından çıkarak Kabahatler Kanunu'na tabi olmuştur.

2. Çek

Kabahatin konusunu oluşturan çekin, her şeyden önce çek niteliğini taşıması gerekmektedir⁶². Bu da Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. Kanunun 2. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, Türk Ticaret Kanunu'ndaki unsurları taşıması kaydıyla, Kanu-

⁶⁰ Yasak kararı karşılıksızdır işlemine tabi tutulan her bir çekle ilgili olarak ayrı ayrı verilecektir. Bu şekilde bu yasak aynı zamanda, borcun ödenmesini sağlamaya yönelik bir zorlama enstrümanı olarak görev yapacaktır. ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 86.

⁶¹ *“Hükümet Tasarısının madde gereğesinde çek yasağı özel bir koruma ve güvenlik tedbiri olarak adlandırılmakta, çek yasağının gerçek kişiler yanı sıra, tüzel kişilere uygulanabileceği, ancak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda belirtilen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinden ayrı bir güvenlik tedbiri olduğu belirtilmektedir. Karşılıksız çek keşidesi halinde, çek hamilinin şikayeti üzerine soruşturma başlatıldıktan sonra C. Savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi tarafından özel bir koruma tedbiri olarak çek yasağı kararı verilebileceği gibi, kovuşturma safhasında da mahkemece koruma tedbiri olarak çek yasağı kararı verilebilecektir. Bu durumda mahkeme adli para cezasının yanı sıra çek yasağının güvenlik tedbiri olarak devamına hükmedecektir”* REİSOĞLU, s. 377.

⁶² *“Çek Kanununun 5. maddesinin uygulanması için, karşılıksız çekin, bir çekin zorunlu unsurlarını taşıması gerekmektedir. Aksi takdirde –örneğin çekte keşide tarihinin bulunmaması gibi- senet alelade bir havale niteliğinde olacak ve karşılıksız çek keşidesi suçu meydana gelmeyecektir.”* REİSOĞLU, s. 373.

nun 2. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkralarındaki unsurların eksikliği çekin geçerliliğini etkilememektedir⁶³.

3. Karşılıksızdır İşlemi Yapılması

Kabahatin oluşumu, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre *kanuni ibraz süresi içinde*⁶⁴ karşılıksızdır işlemi yapılmasına bağlanmıştır. Buna göre, 5941 sayılı Kanun yaptırım bakımından da çekin üzerinde yazılı bulunan "*düzenleme tarihini*" esas almış ve bu düzenleme tarihine göre çekin bankaya ibraz edilerek "*karşılıksızdır*" işlemine tabi tutulmasını şart koşmuştur. Söz konusu hükme göre, düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine yaptırım uygulanabilecektir. Bu nedenle, çekin üzerinde yazılı keşide tarihinden önceki bir tarihte karşılığı tahsil edilmek amacıyla bankaya ibraz edildiğinde ilgili çek hesabında karşılığı bulunmadığı takdirde, kabahat oluşmayacaktır⁶⁵.

Yukarıda da geniş bir şekilde açıklandığı üzere, her ne kadar Türk Ticaret Kanunu düzenleme günü olarak gösterilen günden önce dahi olsa çekin görüldüğü yerde, diğer bir ifadeyle ibraz gününde ödeneceğini belirtmesine rağmen, 5941 sayılı Çek Kanunu karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan çekler bakımından hukukî ve idarî takibat yapılabilmesi için "*düzenleme tarihini*" esas almıştır⁶⁶. Üstelik, yeni düzenlemeye göre, karşılıksızdır işlemi de ancak çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla ibrazında karşılığının ilgili banka hesabında bulundurulmaması halinde yapılabilecektir⁶⁷. Diğer bir

⁶³ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 79-80.

⁶⁴ "Geçerli çek yasal süresinde muhatap bankaya ibraz edilmelidir. Yargıtay da dava konusu çekin dava konusu çekin süresi geçtikten sonra ibraz edildiği ve bu durumda ...suçun oluşmadığı sonucuna varmıştır." REİSOĞLU, s. 353.

⁶⁵ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 81.

⁶⁶ Üstelik özel kanun olan Çek Kanununun, Türk Ticaret Kanunundan uygulamada önceliği bulunmaktadır. "Çek Kanunu, Türk Ticaret Kanununa göre hem yeni tarihli hem de özel nitelikte olduğundan öncelikle uygulanır, ancak bu özel düzenlemede hüküm bulunmaması halinde genel hüküm niteliğinde Türk Ticaret Kanununun çekle ilgili kuralı esas alınır. Bu husus Çek Kanununun 1/II. maddesinde "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır" şeklinde ifade edilmiştir." ÖZDAMAR, s. 2.

⁶⁷ "Bu itibarla, ... üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen çeklerle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılamayacaktır ve bu nedenle, adli veya idari yaptırım uygulanamayacaktır. Hatta üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen ve karşılıksız çıkan çeklerle ilgili olarak hukuki takip dahi yapılamayacaktır." ÖZ-

ifadeyle, ileri tarihli çeklerde, keşide tarihinden önce çekin ibraz edilmesi durumunda, çekin arkasına karşılıksızdır şerhi düşülemeyeceği gibi, keşide tarihinden sonra çek süresinde ibraz edilmez ise yine karşılıksızdır işlemi yapılamayacaktır⁶⁸. Bu düzenlemelerin sonucu olarak Türk Ticaret Kanunu'ndaki çekin görüldüğünde ödeneceğine ilişkin hükmün, büyük oranda uygulamada bir anlamı kalmamıştır. Çünkü çekin ödenmemesi durumunda alacaklının alacağını tahsil amacıyla borçluya karşı başvurabileceği hukukî veya cezaî bir yöntem bulunmamaktadır.

4. Hakkında İdari Yaptırım Uygulanacak Kişi

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı uygulanacak kişi, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde hesabında yeterli miktar para buldurmuyarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişidir⁶⁹. Ancak, gerçek ve tüzel kişiler adına temsil yolu ile çek keşide edilmesi durumunda cezai sorumluluk bakımından ayrı ilkeler benimsemiştir.

Çek hesabı sahibinin gerçek kişi olması durumunda yasak kararı bu gerçek kişi hakkında verilecektir. 5941 sayılı Kanun gerçek kişilerin sorumluluğu bakımından 3167 sayılı Kanunundan farklılık arz etmektedir. 3167 sayılı Kanun'a göre, temsilci veya vekillerin çek düzenlemesi durumunda yaptırım hem çeki imzalayan temsilci veya vekil hem de temsil olunan gerçek/tüzel kişi hakkında uygulanmaktaydı⁷⁰.

GENÇ, Çek Kanunu, s. 75.

⁶⁸ REİSOĞLU, s. 365.

⁶⁹ Yeni düzenlemede çeki düzenleyen veya çekle ilgili karşılıksızdır işlemi yapılmasına neden olan gerçek kişiyle ilgili olarak herhangi bir yaptırım belirlenmemiştir. ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 84.

⁷⁰ Esasen bu uygulamanın yasal başlangıcı, 3167 sayılı Kanununda 26/2/2003 tarihli ve 4814 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe dayanmaktadır. 4814 sayılı Kanunla "... getirilen diğer bir yenilik ise, organ veya temsilci tarafından keşide edilen karşılıksız çek nedeniyle, bunu imzalayan temsilcilerin yanı sıra temsil olunan gerçek ya da özel hukuk tüzel kişiliklerinin de cezalandırılmasıdır. Çek Kanununun yeni 16'ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkrasındaki hükme göre, karşılıksız çek suçunun organ veya temsilci tarafından gerçek ya da tüzel kişi yararına işlenmesi halinde, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisine de birinci fıkradaki para cezası verilir. Bu durumda, gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisinin (dernek, vakıf, sendika, şirketler) organ veya temsilci tarafından keşide edilen çek karşılıksız çıktığı takdirde ortaya çıkacak ağır para cezasıyla, düzenleyenin yanı sıra yararına çek keşide edilen gerçek/tüzel kişi de karşı karşıya kalır." ÖZDAMAR, s. 40;

Ancak 5941 sayılı Kanunu'nun 5. maddesinin üçüncü fıkrasında, çek hesabı sahibi gerçek kişinin, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemeyeceği⁷¹; gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî sorumluluk ile idarî yaptırım sorumluluğunun çek hesabı sahibine ait olduğu açıkça düzenlenmiştir⁷².

Çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması durumu ise ayrıca incelenmelidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu "*Ceza sorumluluğunun şahsiliği*" başlıklı 20. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsî olduğunu, kimse- nin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını ve suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklı kalmak üzere tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağını düzenlemiştir. Buna göre, yeni Türk Ceza Kanunu sisteminde tüzel kişilerin cezaî sorumluluğu kabul edilmemiştir. Üstelik 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi gereğince bu hüküm, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır.

"3167 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, hesap sahibi gerçek kişi dışında başka bir kişi tarafından vekil sıfatıyla çekin düzenlenmesi halinde, bu Kanunun 16. maddesi hükümlerine göre, vekil sıfatıyla çeki keşide eden kişi hakkında ceza sorumluluğu cihetine gidiliyordu. Bu nedenle vekaleten çek düzenlenmesi bir kötüye kullanma yolu olarak tezahür etmişti. 5941 sayılı Kanunun 5. maddesinin üçüncü fıkrasındaki yasak, bu kötüye kullanmanın önüne geçmek amacıyla konulmuştur." ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 85.

⁷¹ *"EÇK'dan (Eski Çek Kanunundan) farklı olarak gerçek kişiler adına, temsil yolu ile çek hesabı açmak ve kapatmak mümkün olmakla birlikte çek düzenlemek yasaklanmıştır."* (YÇK m. 2/3, 10; m. 5/3). TOPÇUOĞLU, Metin, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2010, s. 142.

⁷² *"Çekdüzenleme ve çek hesabı açma yasağı;*
 - *Karşılıksız çeki düzenleyen ve hesabında çekin karşılığını bulundurmeyen hesap sahibi gerçek kişi,*
 - *Verdiği vekaletle vekil tarafından geçerli bir karşılıksız çek düzenlenmesi halinde, hesap sahibi gerçek kişi,*
 - *...*
 - *...*
hakkında uygulanır.
 ...

Çek Kanununa göre (md. 5/3), çek hesap sahibi gerçek kişi kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci olarak tayin edemez. Gerçek kişinin vekili tarafından çekilen çekin geçerli olduğu kabul edilirse, çekin karşılıksız çıkması halinde, çeki keşide eden ve karşılıksız çıkan çek nedeniyle temsilci hakkında çek yasağı kararı verilemez." REİSOĞLU, s. 377-378.

Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği bu ilke nedeniyle, 5941 sayılı Kanun'un ilk düzenlemesinde karşılıksız çek keşide etme fiili bakımından tüzel kişiler hakkında adli para cezası uygulanamamıştır⁷³. Ancak, 5941 sayılı Kanun koruma tedbiri ve güvenlik tedbiri niteliğindeki çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının gerçek kişilerle birlikte, tüzel kişiler hakkında da uygulanabilmesine imkan sağlamıştır.

Öte yandan, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu "Tanım" başlıklı 2. maddesinde, kabahat deyiminden, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağını belirtmiş; "Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk" başlıklı 8. maddesinde de, organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabileceğini kabul etmiştir. Buna göre, tüzel kişi hakkında kabahat dolayısıyla idari yaptırım uygulanması mümkündür. Nitekim, 6273 sayılı Kanun, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılması hâlinde, çek hesabı sahibi "gerçek veya tüzel kişi hakkında" çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verileceğini hüküm altına almıştır.

6273 sayılı Kanun'un hakkında yaptırım uygulanacak kişi bakımından 5941 sayılı Kanun'dan farklı diğer bir yönü ise, tüzel kişilerle ilgili olarak düzenlenen objektif sorumluluktur. 5941 sayılı Kanun, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişinin, çek hesabı sahibi olduğunu belirtmekte ve çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması hâlinde, bu tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesinin, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişilerin, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olduğunu düzenlemekteydi⁷⁴. Buna göre bir tüzel kişiye ait çekin karşılıksız çıkması

⁷³ "Tüzel kişiler adına organları veya temsilcileri çek düzenleyebilecektir. Tüzel kişi adına düzenlenen çeklerden dolayı hukuki sorumluluk tüzel kişiye aittir. Fakat karşılıksız çek keşide etme suçunun ceza yaptırımını gerçek kişilerle sınırlı olarak uygulanır. Bu sebeple tüzel kişi çeklerinde ceza yaptırımını sadece "çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü yönetim organı üyesi kişi" veya kişiler hakkında uygulanabilecektir. Karşılıksız çekten genel olarak tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organı üyesi, görev dağılımı yapılmamışsa, yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişilerin sorumlu olacaktırlar (YÇK m. 5/1, 2)." TOPÇUOĞLU, s. 142.

⁷⁴ "Tüzel kişilerde karşılıksız çek keşide etmekten sorumlu tutulacak olanlar, organ sıfatını

durumunda tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesinin, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler hakkında adli para cezasıyla birlikte çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı verilmekteydi. Tüzel kişiler adına düzenlenen çeklerde yaşanan sıkıntıları gidermek amacıyla yapılan iyiniyetli bu düzenleme esasen bu kişiler bakımından objektif sorumluluk yüklemekteydi. Tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organı üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler hakkında sorumlulukları bakımından herhangi bir araştırma yapılmadan sırf bu görevde buldukları için yaptırım uygulanmaktaydı.

6273 sayılı Kanun'la Çek Kanunu'nda yapılan değişiklikle bu şekilde bir objektif sorumluluğa yer verilmemiştir. Yaptırım sadece çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi hakkında uygulanabilecektir. Bu yasal değişikliğin diğer bir sonucu da, lehe kanun uygulaması nedeniyle tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organı üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler hakkında 6273 sayılı Kanun'dan önce verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasaklarının silinmesi gerektiğidir. Çünkü yeni Kanun bu kişiler bakımından yaptırım uygulanmasına imkân tanımamıştır.

5. Manevi Unsur

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade etmektedir. Bu bağ olmaksızın gerçekleştirilen davranış fiil niteliğini taşımaz ve bu nedenle bir suçun varlığından söz edilemez. Yani manevi unsur gerçekleşmediği takdirde, bir haksızlığın varlığından söz edilemez⁷⁵.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, suçlar kural olarak ancak kasten işlenebilirler. Ancak, kanunda açıkça belirtilmiş olması halinde, taksirle

taşıyan yönetici veya temsilcilerdir. Kural olarak tüzel kişi yöneticisi veya temsilcileri, aynı zamanda çekin karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişilerdir. YÇK, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olanları, tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organı üyesi, görev bölümü yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler olarak ifade etmiştir (YÇK m. 5/2)." TOPÇUOĞLU, s. 158.

⁷⁵ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 241.

işlenen fiil de istisna olarak suç oluşturabilir⁷⁶. Buna karşılık, Kabahatler Kanununun benimsediği sisteme göre, kabahat türünden haksızlıklar kural olarak hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Başka bir deyişle, kabahatler bakımından da objektif sorumluluk kabul edilmemiştir.

Bu düzenlemeye göre, idarî ceza sorumluluğunun kabulü yani çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilebilmesi için, fiili işleyen gerçek kişinin en azından taksire dayalı kusurunun varlığı gereklidir⁷⁷. Bu durumda, daha önce adli bir yaptırım olarak düzenlenen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bakımından sorumluluk alanı (daha önceki uygulamada objektif sorumluluk kabul edildiğinden en azından teorik düzeyde) genişlemiştir.

Bir kişi hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilebilmesi için kişinin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle, hesabında yeterli miktarda para bulundurmuyarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet vermesi yeterlidir. Keşidecinin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olması durumunda borcunu ödeyebileceğini kabul ediyorsak, bu fiil taksirle işlenmiş demektir. Buna göre, basiretli bir tacir gibi davranmamaktan dolayı, örneğin beklediği bir alacağı alamaması veya beklediği satışları yapamaması gibi nedenlerle çek borcunun ödenememesi durumunda, kişinin taksirli olduğunu kabul etmek gerekecektir. Çünkü keşideci bu durumlarda çek borcunu ödeyemeyeceğini öngörme imkanına sahiptir.

⁷⁶ 5941 sayılı Kanunun adli yaptırımı düzenleyen ilk halinde, bu suçun taksirle de işlenebileceğine dair bir açıklık olmamasına rağmen, ilginç bir şekilde Tasarı gerekçesinde bu suçun taksirle de işlenebileceği ifade edilmiştir. Söz konusu bölüm şu şekildedir: "Söz konusu suçun oluşabilmesi için, çekin karşılığının, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, yani en azından taksirle, ilgili çek hesabında bulundurulmaması gerekir. Anayasanın 38 inci maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bağlamında güvence altına aldığı kusursuz ceza olmaz kuralının gereği olarak, söz konusu suç, objektif (kusursuz) sorumluluğu gerektiren bir suç olarak değil, en azından taksire dayalı kusurluluğu gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla, kişinin, elinde olmayan sebeplerle ortaya çıkan zorunluluk hâli dolayısıyla, örneğin doğal afet, savaş, kaza geçirmesi gibi bir sebeple, çekin karşılığını ilgili hesapta zamanında bulunduramamış olması hâlinde, ceza sorumluluğu olmayacaktır."

⁷⁷ "Söz konusu suçun kasten mi yoksa taksirle mi işlenebileceği yönündeki tartışmalar, çekin, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edildiğinde karşılığının tam olarak bulundurulmaması kabahatine dönüştürülmesiyle anlamını yitirmiştir. Zira kabahatler, kural olarak hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Bu itibarla, kabahatler bakımından idari yaptırım sorumluluğunun kabulü için, fiili işleyen gerçek kişinin en azından taksire dayalı kusurunun varlığı gerekir (5326 sayılı Kabahatler Kanunu, m. 9)" ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 83-84.

6. Çek Düzenlemek Suretiyle Başka Bir Suçun İşlenmesi

Burada ele alınması gereken diğer bir konuda karşılıksızdır işlemine tâbi tutulan çekin düzenlenmesi suretiyle bir suçun işlenmesi durumunda nasıl bir işlem yapılacağıdır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerden⁷⁸ birisi olan "İçtima" başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilmesi mümkündür. Ancak, 6273 sayılı Kanun'la Kabahatler Kanunu'nun bu genel hükmünden ayrılarak çekler bakımından özel bir düzenlemeye gidilmiştir.

TBMM Genel Kurulu'nda Tasarı üzerindeki görüşmeler devam ederken Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasına bir önergeyle eklenen hükme göre, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı, karşılıksızdır işlemine tâbi tutulan çekin düzenlenmesi suretiyle dolandırıcılık, belgede sahtecilik veya başka bir suçun işlenmesi halinde de verilecektir.

Kanımızca bu düzenlemenin iki amacı bulunmaktadır. Birincisi, kanunkoyucunun karşılıksız çek keşide etme fiilinin bazı durumlarda başka suçlarla birlikte işlenebileceğine ve bu durumda gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağına vurgu yapma isteği⁷⁹; ikincisi ise yukarıda bahsettiğimiz Kabahatler Kanunu'nun içtimaya ilişkin hükmü nedeniyle, karşılıksız işlemine tâbi tutulan çekin düzenlenmesi suretiyle

⁷⁸ Kabahatler Kanununun 3. maddesine göre, bu Kanunun kanun yolu hariç diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır.

⁷⁹ "Önemle ifade edelim ki, karşılıksız çek düzenleme fiili dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet verebilir. Örnek, kişi başkasına ait çek defterini hukuka aykırı bir yolla ele geçirecek, çek yaprakları üzerinde ismi yazılı kişi olduğu izlenimi uyandıracak şekilde düzenlediği çeklerle, mal ve hizmet satın alması halinde;

a) çek defterini ele geçirmek yöntemi itibarıyla hırsızlık (TCK, m. 141 vd.) veya yağma (TCK m. 148 vd.) vererek"

b) başkasına ait çek defterlerinden çek yaprakları üzerinde ismi yazılı kişi olduğu izlenimi uyandırarak çek düzenlemek suretiyle, resmi belgede sahtecilik (TCK, m. 210 delaletiyle m. 204)

c) bu suretle başkasını aldatarak haksız menfaat elde etmek dolayısıyla dolandırıcılık (TCK, m. 157 vd.)

suçlarının işlendiğini kabul etmek ve bütün bu suçlardan dolayı gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılmak gerekir (TCK, m. 212)." ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 78.

suç işlenmesi durumunda bu yasağın uygulanması konusunda çıkabilecek tereddütlerin giderilmesidir.

7. Görevli ve Yetkili Mercii

Karşılıksız çek keşide etme eylemine idarî yaptırım uygulanması durumunda en önemli sorun bu idarî yaptırımın hangi mercii tarafından uygulanacağıdır. 6273 sayılı Kanun bu konuda yetkiyi, idari makamlara değil Cumhuriyet savcılarına vermiştir.

Bu düzenleme kanımızca iki nedenden dolayı isabetli olmuştur. Birincisi bu yaptırımı uygulamaya uygun ülke çapında teşkilatı bulunan bir idarî yapı bulunmamasıdır. İkinci neden ise, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının Merkez Bankası'na bildirilmesine ilişkin 5941 sayılı Kanun'la kurulan sistemin devam etmesinin sağlanmasıdır. Çek Kanunu'nun 5'inci maddesinin sekizinci fıkrasına göre, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına ilişkin bilgiler, güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra, Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na elektronik ortamda bildirilmektedir. Bu yasağın adli makamlar dışına bir merci tarafından verilmesi durumunda yeni bir sistemin kurulmasına ihtiyaç duyulacaktı.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına hangi Cumhuriyet savcısının karar vereceği ise yeni düzenlemede açıkça sayılmıştır. Buna göre hamil;

- a) Çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği banka şubesinin bulunduğu yer,
- b) Çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer,
- c) Hesap sahibinin yerleşim yeri,
- d) Kendi yerleşim yeri,

olmak üzere dört farklı yerdeki Cumhuriyet savcısından bu yasağın uygulanmasını talep edebilecektir.

8. Talep Süresi

İdari nitelikte yaptırım gerektiren fiiller sonucu ortaya çıkan zarar genellikle kamusal bir zarar olduğundan, diğer bir ifadeyle kabahatin

işlenmesi sonucu belli bir gerçek kişi kural olarak mağdur olmadığından, Kabahatler Kanunu şikayet müessesesine yer vermemiştir. Ancak çekin karşılığının ödenmemesi sonucunda, borçlunun sürekli olarak bu idari yaptırım tehdidi altında kalması uygun olmayacağından 6273 sayılı Kanun'la idari yaptırımın uygulanmasının "talep"⁸⁰ edilmesi belli bir süreyle sınırlanmıştır. Daha önce bu suç şikayete tabi bir suç olduğundan, zaten hamil şikayet hakkını altı ay içinde kullanmak zorundaydı. Bu düzenlemeyle süre bakımından eski düzenlemeye paralel bir uygulama sağlanmıştır.

Söz konusu kabahat, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibraz edildiğinde karşılığının tam olarak bulundurulmaması halinde tamamlanmış olacağından, talep süresi bu tarihten itibaren başlayacaktır⁸¹. Buna göre, karşılıksızdır işlemi yapılması üzerine hamilin⁸² altı ay içinde, Cumhuriyet savcısından çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilmesini talep etmesi gerekmektedir. Yeni düzenlemeye göre, karşılıksızdır işlemi de ancak çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla ibrazında karşılığının ilgili banka hesabında bulundurulmaması halinde yapılabilecektir⁸³. Diğer bir ifadeyle, ileri tarihli çeklerde, keşide tarihinden önce çekin ibraz edilmesi durumunda, çekin arkasına karşılıksızdır şerhi düşülmeyeceği gibi, keşide tarihinden sonra çek süresinde ibraz edilmez ise yine karşılıksızdır işlemi yapılamayacak ve her iki durumda da talep hakkı doğmayacaktır⁸⁴.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilebilmesi için hamilin (mağdur) altı ay içinde bu iradesini Cumhuriyet savcısı-

⁸⁰ Kanımızca, Kanunkoyucu bazı suçların soruşturulması ve kovuşturulması için aranan "şikayet" şikayet koşuluyla karıştırılmaması için, isabetli olarak Çek Kanununda "talep" ibaresini tercih etmiştir.

⁸¹ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 82.

⁸² "Talep hakkı, çeki elinde bulunduran hamile aittir. Bu hamil, bankadan çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasını talep eden kişi olabileceği gibi, çek kendisine iade edilen cırantada olabilir. Bu nedenle, 5941 sayılı Kanuna göre bankanın talep hakkı bulunmamaktadır." ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 87.

⁸³ "Bu itibarla, ... üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen çeklerle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılamayacaktır ve bu nedenle, adli veya idari yaptırım uygulanamayacaktır. Hatta üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen ve karşılıksız çıkan çeklerle ilgili olarak hukuki takip dahi yapılamayacaktır." ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 75.

⁸⁴ REİSOĞLU, s. 365.

na açıklaması gerekmektedir. Bu koşul gerçekleşmedikçe, Cumhuriyet savcısı bu idari yaptırıma karar veremeyecektir. Hamilin gerçek kişi olması durumunda bu kişi, tüzel kişi olması durumunda ise tüzel kişinin yetkili organlarınca bu talebin yapılması gerekmektedir.

Talebe ilişkin bu süre bir zamanaşımı süresi olmadığından, bu sürenin kesilmesi veya durması mümkün değildir. Buna göre, bu sürenin hak düşürücü bir süre olarak kabul edilmesi ve Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen incelenmesi gerekmektedir.

Talep Kanun'da belli bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle talep, yazılı bir dilekçeyle yapılabileceği gibi, ispatta sorun yaşanmaması için buna ilişkin beyanın Cumhuriyet savcılığında tutanağa geçirilmesi suretiyle de yapılabilir.

9. Talep Hakkı Olanlar

3167 sayılı Kanunu'nun 16/b maddesine göre, 16 ncı maddede öngörülen suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, hamilin, çeki elinde bulundurmaları koşulu ile ödemede bulunan cirantanın veya kanuni veya akdi teminatı nedeniyle tam ödemede bulunan bankanın şikâyetine bağlıydı. 5941 sayılı Kanun'a göre, düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, *hamilin* talebi üzerine yaptırım uygulanabilecektir. 5941 sayılı Çek Kanunu, bankalara ve cirantalara talep hakkı vermemiştir.

Hamilin, Türk Ticaret Kanunu'na göre tanımlanması gerekmektedir. Buna göre, hamiline yazılı çeklerde, hamil çeki elinde bulunduran kişi; emre yazılı çekte, hamil, lehtar veya muntazam bir ciro ile çek kendisine devredilmiş bulunan kişidir⁸⁵.

10. Zamanaşımı

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı idari nitelikte bir tedbir olduğundan zamanaşımı bakımından Kabahatler Kanunu'nu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinde "soruşturma" ve "yerine getirme" olmak üzere iki

⁸⁵ REİSOĞLU, s. 366-367.

zamanaşımı öngörmüştür. Ancak bu zamanaşımı süreleri tüm idari yaptırımları kapsayacak şekilde düzenlenmemiştir. Her iki zamanaşımı süresi de esas olarak idari para cezası esas alınmak suretiyle, idari para cezasının miktarı dikkate alınarak düzenlenmiştir.

Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak düzenlenmiştir. İdari tedbirler ise, "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" ve ilgili kanunlarda yer alan "diğer tedbirler" olarak belirlenmiştir. Zamanaşımı süresi olarak idari tedbirlerden sadece mülkiyetin kamuya geçirilmesi için zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Buna göre, "diğer idari tedbirler" bakımından mevzuatımızda bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı da bu diğer idari tedbirler kapsamına giren bir yaptırım olduğundan her hangi bir zamanaşımı uygulanması mümkün görülmemektedir.

Kanımızca, bu konuda mevzuatımız da bir eksiklik bulunmaktadır. Bu konuda Çek Kanunu'na zamanaşımına ilişkin özel bir hüküm konulması düşünülebilirse de, Kabahatler Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümlerine diğer idari yaptırımlar bakımından genel bir zamanaşımı süresi konulması daha uygun bir çözüm olacaktır.

11. Yasağın Kalkması

Yeni düzenlemeye göre, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kalkması üç durumda mümkündür. Birincisi etkin pişmanlık, ikincisi hamilin talebinden vazgeçmesi ve son olarak on yıllık sürenin dolmasıdır. Esasen bu yasağın kalkmasına ilişkin düzenlemeler kişiyi çek borcunu ödemeye zorlamak amacı da taşımaktadır. Nitekim, 5941 sayılı Kanun, 3167 sayılı Kanun'un düzenlemesine paralel olarak, yaptırım kararının "her bir çekle ilgili olarak" ayrı ayrı verilmesini kabul etmiştir⁸⁶.

⁸⁶ "Buna göre, çeklerin aynı anda veya aynı kararın zaman içinde uygulanması çerçevesinde düzenlenmesi yahut aynı hukuki ilişki nedeniyle verilmiş olması önem taşımayacak; karşılıksız her çek yaprağı ayrı bir suçun konusunu oluşturacaktır." REİSOĞLU, s. 372. Yasak kararı karşılıksızdır işlemine tabi tutulan her bir çekle ilgili olarak ayrı ayrı verilecektir. Bu şekilde bu yasak aynı zamanda, borcun ödenmesini sağlamaya yönelik bir zorlama enstrümanı olarak görev yapacaktır. ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 86.

5941 sayılı Çek Kanunu'nun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında adli nitelikteki bir yaptırım için öngörülen etkin pişmanlık hükmü, idarî niteliğe dönüştürülen yaptırım bakımından uygulanacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Karşılıksız kalan çek bedelini, faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkındaki çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kaldırılacak ve bu durum Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na bildirilecektir. Bu düzenleme, daha önceki düzenlemede olduğu gibi, çek borçlusunu borcunu ödemeye zorlamak amacı da taşımaktadır. Yeniden çek düzenlemek isteyen, diğer bir ifadeyle ticari itibarını kazanmak isteyen kişi, çek borcunu ödeyecektir. Buna göre, karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında uygulanacak olan idarî tedbir, aynı zamanda bu kişiyi çek borcunu ödemeye zorlamak amacı da taşıyan bir yaptırım niteliğindedir.

Tedbir kararının verildiği Cumhuriyet başvuru başsavcılığına başvurularak talebin geri alınması hâlinde de çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kaldırılacak ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na bildirilecektir. Bu düzenleme de bir şekilde alacaklının memnun edilmesi suretiyle çekten kaynaklanan ihtilafın sona erdirilmesi amacını taşımaktadır. Bu nedenle, talebin geri alınması idari yaptırım kararının verilmesi sürecinde mümkün olduğu gibi, idari yaptırım kararının kesinleşmesinden sonra da mümkündür.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bakımından azami bir süre kabul edilmiştir. Buna göre, kararın verildiği tarihten itibaren on yıl geçmesi üzerine Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nca re'sen silinecek ve bu işlem ilân olunur. Kanımızca, ticaret yapmak isteyen kişiler bakımından bu on yıllık süre ağır bir yaptırım niteliğindedir. Kişi bu on yıllık süre boyunca çek keşide edemeyeceği gibi, ticari hayatta da kredisini büyük ölçüde kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle uzun olarak nitelenebilecek bu süre de keşideciyi borcunu ödemeye zorlayacaktır.

12. Başvuru Yolu

Cumhuriyet savcısı tarafından Kabahatler Kanunu hükümlerine göre verilecek çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı, hakkında yasaklama kararı verilen kişiye, Kabahatler Kanunu'nun 26'ncı maddesine göre tebliğ edilecektir. Hakkında çek düzenleme ve çek he-

sabı açma yasağı kararı, verilen kişi, bu karara karşı Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca “başvuru yolu”na gidebilir.

Kararın tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşecektir. Başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılacaktır. Başvuru dilekçesinin, iki nüsha olarak verilmesi gerekmektedir. Başvuru dilekçesinde, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilmelidir. Mahkemenin verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılmalıdır. Yapılan başvurunun kabulü hâlinde yasak kaldırılacak ve durum Merkez Bankasına bildirilecektir.

V. SONUÇ

1. Çekin karşılığının bulunmaması durumunda uygulanan ve anayasal ve ceza hukukunun genel ilkeleri bakımından son derece tartışmalı ve sorunlu olan adli nitelikteki yaptırım uygulamasının sona ermesi, kanımızca, yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde doğru bir gelişme olmuştur.
2. 6273 sayılı Kanun’la çekin karşılığının bulunmaması durumunda nasıl bir yaptırım uygulanacağı sorununa ilişkin yeni bir aşama başlamıştır. Uzun süredir hukuk dünyasını meşgul eden en güncel tartışma konularından biri olan bu konuda kanunkoyucunun radikal bir değişime gittiği söylenebilir. Bundan böyle çekin karşılığının bulunmaması durumunda adli nitelikte yaptırım uygulanmayacak, idari yaptırım olarak ise sadece tedbir niteliğinde olan çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı verilecektir.
3. Çekin karşılığının bulunmaması durumunda adli nitelikte yaptırım (hapis cezası veya infazda hapse dönüşen para cezası) uygulanmasının temel gerekçesi ticari hayatta çeke olan güvenin arttırılması ve çek hamillerinin mağduriyetini önlemektir. Ancak, kanımızca, iki temel nedenden dolayı adli nitelikteki yaptırım bu amaçları sağlayamamıştır. Birincisi, bu adli yaptırıma fazla güvenilmesi, kişilerin gerekli araştırmayı yapmadan çeki kabul etmelerine ne-

den olmuştur. Diğer bir ifadeyle, çekin karşılığının çıkmaması durumunda nasıl olsa devlet gücüyle çeki tahsil ettiririm düşüncesi kişilerin daha kolay çek kabul etmelerini sağlamıştır. İkincisi ülkemiz şartlarında bir ceza hükmünün kesinleşmesi ortalama 5-6 yıllık bir süreç almaktadır. Hapis tazyikiyle 5-6 yıl sonra ancak tahsil edilebilecek (ki bu tahsilatta şüphelidir) bir borcun, ticari hayatta alacaklının ne kadar işe yarayacağı oldukça tartışmalıdır.

Öte yandan, çekin karşılığının bulunmaması durumunda adli nitelikte yaptırım uygulanmaması, kişileri daha dikkatli ve özenli olmaya zorlayacağından, karşılıksız çıkan çek sayısına müspet yönde etki yapabilecektir.

4. Çekin karşılığının bulunmaması durumunda ağır nitelikte yaptırım uygulanması şu ana kadar karşılıksız çek sayısında beklenen etkiyi yapmamıştır. Doğrudan hapis cezasının uygulandığı 2003 öncesinde karşılıksız çek sayısında azalma trendi sağlanamamıştır. Yine, 2003 sonrası ikinci kez işleyenlere doğrudan hapis cezası verildiği dönemde karşılıksız çek sayısı artma eğiliminde iken, sadece adli para cezası verilen 2009 sonrası dönemde bu sayıda büyük bir düşüş yaşamıştır⁸⁷. Eğer bu sayıları cezanın miktarı tayin etseydi, 2009 sonrası karşılıksız çek sayısında büyük bir artış yaşanması gerekmekeydi.

87

YIL	MERKEZ BANKASINA BİLDİRİMİ YAPILAN KARŞILIKSIZ ÇEK MİKTARI
2000	798.438
2001	1.179.299
2002	742.968
2003	831.302
2004	893.939
2005	1.006.557
2006	1.144.740
2007	1.324.664
2008	1.537.194
2009	1.910.650
2010	900.272
2011	594.836
2012 (8. AY)	561.702

Öte yandan, 2009 Aralık ayında yapılan değişiklikte yaptırım olarak sadece adli para cezası öngörülmüş olmasına rağmen karşılıksız çıkan çek miktarının oranı ilk defa %3'ün altına düşmüştür⁸⁸.

5. 31/1/2012 tarihinde kabul edilen 6273 sayılı Kanun sonrasındaki gelişmeler de yapılacak değerlendirme açısından son derece önemlidir. Kanun'un kabulünden önceki son ay olan Ocak'ta karşılıksız çek sayısı 62.778 iken, kabulünden sonra bu sayı Şubat'ta 76.920, Mart'ta 59.543, Nisan'da 61.875, Mayıs'ta 83.080, Haziran'da 61.644, Temmuz'da 74.005, Ağustos'ta 81.857 olmuştur. Karşılıksız çek sayısının bir miktar arttığı görülse de, 2011 yılından beri devam eden trendte ciddi bir değişim olduğu görülmektedir⁸⁹.

88

YIL	Karşılıksız Çek İade Tutarı	Toplam İçindeki Payı (%)
2005	9.034.846.362,94	5,02
2006	9.740.234.287,97	4,77
2007	12.284.957.293,17	5,04
2008	13.317.031.677,86	5,02
2009	15.583.860.806,41	6,83
2010	8.476.250.304,31	3,46
2011	8.550.690.078,09	2,91
2012 (8 ay)	9.739.451.463,15	4,32

89 Son bir yılda karşılıksız çek sayıları

2011 8. AY	52.444
2011 9. AY	50.850
2011 10. AY	54.632
2011 11. AY	69.936
2011 12. AY	60.234
2012 1. AY	62.778
2012 2. AY	76.920
2012 3. AY	59.543
2012 4. AY	61.875
2012 5. AY	83.080
2012 6. AY	61.644
2012 7. AY	74.005
2012 8. AY	81.857

Buna göre, çekin karşılığının bulunmaması durumunda adli nitelikte yaptırım uygulanmaması karşılıksız çek sayısında ciddi bir artışa neden olmamıştır. Üstelik bu hafif artışın, adli yaptırım kaldırılmış olmasından kaynaklandığına dair elimizde bir veri bulunmamaktadır. Önceki yıllarda da karşılıksız çek sayılarında sürekli bir dalgalanma olduğunu (örneğin karşılıksız çek sayısı 2011'in Mayıs ayında 38.117 iken, Kasım ayında 69.936 olmuştur) istatistikler bize göstermektedir.

6. Merkez Bankası kayıtlarına göre, *“mahkeme kararlarının (artık Cumhuriyet savcısı kararı şeklinde değiştirilmelidir) sayısında 6273 sayılı Kanun sonrasında ciddi bir artış meydana gelmiştir. Ortalama 3000 civarında giden bu sayı, Mart ayında 17228 ve Nisan ayında 42259 olmuştur. Cumhuriyet Savcılıkları ve Mahkemeler tarafından verilen ve UYAP aracılığı ile Bankamıza bildirilen çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı kararlarının sayısı 31 Ağustos 2012 itibarıyla (8 aylık) 293.783'tür.”*

Bu artışın temel nedenleri 5941 sayılı Kanun'a 6273 sayılı Kanun'la eklenen geçici 3'üncü maddenin yedinci fıkrası ile yaptırım kararı verilmesi sürecindeki değişikliklerdir. Geçici madde gereği, soruşturma evresinde bulunan dosyalar hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca; kovuşturma evresinde bulunan dosyalar hakkında mahkemece karar verilecektir. Temyiz incelemesi için gönderilen ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nda bulunan dosyalar hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, Yargıtay'ın ilgili dairesinde bulunan dosyalar hakkında ise ilgili dairece dava dosyaları hükmü veren mahkemeye gönderilecek, mahkeme tarafından da duruşma yapılmaksızın karar verilecektir.

6273 sayılı Kanun öncesinde çeklerle ilgili olarak, Yargıtay'ın ilgili dairelerinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında, ülke genelindeki tüm ilk derece mahkemeleri ile Cumhuriyet başsavcılıklarında toplamda yaklaşık 500.000 dava dosyası bulunmaktadır.

Yargıtay Başsavcılığı'nda ve Yargıtay'ın ilgili dairelerinde bulunan dosyaların, anılan Kanun'un yürürlüğe girmesine bağlı olarak beklemeksizin kararı veren mahkemeye gönderileceği ve mahkemesince yeni Kanun hükmü çerçevesinde dosya üzerinden karar verileceği; Ülke genelindeki Cumhuriyet başsavcılıklarında ve ilk

derece mahkemelerindeki dava dosyalarının da Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından dosya üzerinden yapılacak inceleme sonunda yeni Kanun gereğince hemen karara bağlanıp sonuçlandırılacağı, dikkate alındığında, süratli ve toplu olarak, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarının ortaya çıkmış olması normal kabul edilmelidir.

Birikmiş dava dosyalarının süreç içinde karara bağlanmasına bağlı olarak, idari yaptırım niteliğindeki çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin kararların Merkez Bankası'na bildirilmesi yönündeki bu rakamlardaki hızlı yükseliş bir müddet daha devam edebilecektir. Mevcut dava dosyalarında yeni düzenlemeye uyum nedeniyle kararların verilmesi ve bu dosyaların sonuca bağlanmasından sonraki süreçte, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarının olması gereken düzeye ineceği ve azalacağı düşünülmektedir.

7. Çekin karşılıksız çıkma olasılığının düşürülmesi, çeker uygulanan yaptırımdan ziyade, ticari ilişkide bulunduğunuz kişinin ticari geçmişinin ve güvenilirliğinin doğru olarak bilinmesiyle doğru- dan ilişkilidir⁹⁰. Bu nedenle, devletin, çek alacak kişiye keşidecinin kredibilitesi hakkında güvenilir bilgi sunması, çekin ödenmemesi durumunda bu kişiye yaptırım uygulanmasından çok daha önemlidir.

Bu amaçla, 13/2/2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunla Bankacılık Kanunu'na eklenen ek maddeyle Türkiye Bankalar Birliği nezdinde Risk Merkezi kurulmuştur. Merkezin amacı; kredi kuruluşları ile bazı finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplamak ve bilgileri bu kuruluşlar ile gerçek veya tüzel kişilerin kendileriyle ya da onay vermeleri koşuluyla özel hukuk tüzel kişileri ile de paylaşılmasını sağlamak olarak belirlenmiştir. Risk Merkezi'nin

⁹⁰ TBMM Adalet Komisyonu Raporunda bu husus vurgulanmıştır. "Kaldı ki çeker itibar kazandırmanın ve çeki güvenilir bir ödeme aracı haline getirmenin yolu, karşılıksız çek keşide edenler için hapis veya adli para cezası yaptırımlarının öngörülmesi de değildir. Bu itibar ve güvenilirlik, ancak çek defterlerinin ekonomik durumu itibarıyla onu kullanmaya ehil olanlara verilmesi durumunda gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağıyla, ekonomik durumu itibarıyla çek kullanmaya ehil olmayanların çek kullanabilmelerinin yolu kapatılmış olmaktadır." (TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 137, s. 16 vd.)

etkin olarak çalışması, kanımızca, önümüzdeki dönemde karşılıksız çek konusunda yaşanan sıkıntıları büyük oranda azaltacaktır.

8. Son günlerde karşılıksız çek sayısındaki hafif artış nedeniyle, çekin karşılığının bulunmaması durumunda adli yaptırım uygulanması yönünde Hükümete bir kısım talepler geldiği medyada dile getirilmektedir. Öncelikli olarak, 6273 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin neticesinin görülmesi bakımından yeterli sürenin geçmediğini düşünmekteyiz. Adli yaptırımın kalkmış olması nedeniyle bir takım kötüniyetli kişilerin çek borçlarını ödememiş olması muhtemeldir. Ancak, bu kişiler hakkında uygulanacak yasaklama kararı bu kişilerin bu fiili işlemelerine engel olacaktır. Üstelik yukarıda belirttiğimiz gibi, adli yaptırımın kalkmış olması kişileri çek kabul ederken daha dikkatli olmaya sevk edecek (ki kanımızca Risk Merkezi'yle birlikte bu en büyük sigortadır) ve önümüzdeki süreçte karşılıksız çek sayılarında bir azalmaya neden olabilecektir

Son olarak şunu belirtmek isteriz ki, yaptırım konusunda eski sisteme dönülmesi bir ihtimal olarak dahi düşünülmemelidir. Aksi takdirde, karşılıksız çek sorunu (bu makalede açıkladığımız sıkıntılarla birlikte) yasama, yürütme ve yargı organlarının gündeminde eskiden olduğu gibi tartışılmaya devam olunacaktır.

KAYNAKLAR

- CAN Mertol; Çek Hamilinin Muhatap Bankaya Karşı Hukuki Durumu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II,S.1-2, 1998.
- CAN Mertol; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III.

- CANBOLAT Selahattin; Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hammillerinin Korunması Hakkındaki 3167 Sayılı Kanun İle İlgili Bir İnceleme; Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1985, Sayı 2.
- CENTEL Nur; Ceza Hukuku Normları Işığında Çek Hukukundaki Değişiklik Önerilerinin Değerlendirilmesi, MÜHFD, 2003/1.
- ÇAĞLAR Hayrettin; 5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIII, Y.2009.Sayı 1-2.
- ÇETİNER Ufuk; Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi, 2002/1.
- ÇOLAK Haluk/ ÖZDEMİR Kenan/ HIZ Yüksel; Çek Kanunu Uygulaması ve İlgili Mevzuat, Adil Yayınevi, 1. Basım 2003.
- DOMANIÇ Hayri; Ödenmeyen Çekleri Düzenleyenlere 1-5 Yıl Hapis Cezası İle Çek Bedeli Kadar Ağır Para Cezası Öngören Yeni Kanun Tarihte ve Dünyada Benzeri Bulunmayan Bir Soygun ve Tefecilik Aracıdır, Manisa Barosu Dergisi, s.83, 2002.
- DONAY Süheyl; Son Değişiklikler Açısından Çek, İstanbul 1986.
- DÖNMEZER Sulhi; Karşılıksız Çek, İÜHFÖ Özel Sayı, Charles Crozat'a Armağan, 1977, C. XLIII.
- ERİŞ Gönen; Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- ERMAN Sahir; Ceza Hukukunda Karşılıksız Çek, BATİDER, C XI, 1981/2.
- GÜLEÇ SOYER Sesim; Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Mayıs 2007, Ankara.
- GÜLER Mahmut; Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990/2.
- GÜLER Mahmut / MALKOÇ İsmail; Ceza Uygulamasında Çek Yasası ve Ticari Senetlerle İşlenen Suçlar, s. 149. Adil Yayınevi, Eylül 1999.

- GÜNGÖR Şener / KAYA Mustafa; Çek Suçları, 2. Bası, Ankara 2004.
- KIRCA İsmail; 5941 Sayılı Çek Kanunu- Bir Değerlendirme, Konferans, 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III.
- KALPSÜZ Turgut; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III.
- KARAYALÇIN Yaşar; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III.
- KARAYALÇIN Yaşar; Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Ankara, 2002.
- KENDİGELEN Abuzer; Çek Hukuku, İstanbul 2006.
- MALKOÇ İsmail/GÜLER Mahmut; Ceza Uygulamasında Çek Yasası ve Ticari Senetlerle İşlenen Suçlar, Adil Yayınevi, Eylül 1999.
- ÖZDAMAR Mehmet; Çek Kanununda Yapılan Değişiklik Üzerine Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-2, 2002.
- ÖZGENÇ İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 6. Bası, Ankara, 2011.
- ÖZGENÇ İzzet; Çek Hukuku, Seçkin, 5. Bası, Ankara, 2012.
- ÖZKORKUT Korkut; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III.
- REİSOĞLU Seza; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Bası, Ankara, Haziran 2003.
- REİSOĞLU Seza, Çek Hukuku, Ankara, 2011.
- SELÇUK Sami; Çek Suçları, Hatiboğlu Yayınları, Ankara, 1993,
- SEVEN Vural; Çek Keşidecisinin TTK M.711/3'e Göre Verdiği Ödeden Men Talimatının Hukuki Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, 2007.

ŞENER Oruç Hami; Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eyleminin 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. maddesi ile Cezalandırmak Mümkünmüdür?, Ankara Barosu Dergisi, 1988/2.

TOPÇUOĞLU Metin; Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2010.

UYAR Talih; Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 1987/5-6.

YENİDÜNYA Caner; Açıklamalı Gerekçeli ve Karşılaştırmalı Yeni Çek Kanunu, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Mayıs 2003.

YEŞİLOVA ARAS Ecehan - YEŞİLOVA Bilgehan; Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009.

BAŞKANLIK SİSTEMİ ÜZERİNE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE AZERBAIJAN MODELİ KARŞILAŞTIRMASI

COMPERATION OF THE PRESIDENCY SYSTEMS BETWEEN UNITED STATES OF AMERICA AND AZERBAIJAN

Fatih ÖZKUL*

Özet: Ülkemizde hükümet sistemi tartışmaları gündemi sıklıkla meşgul eden konulardan birisi olmuştur. Özellikle başkanlık sistemi, parlamenter sisteme karşı alternatif olarak sunulmuş ve kimi kesimlerde de en etkin hükümet modellerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmada, Azerbaycan ile Amerika Birleşik Devletleri hükümet modelleri başkanlık sistemi temelinde karşılaştırılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Başkanlık sistemi, Azerbaycan hükümet sistemi, Azerbaycan ve Amerika Birleşik Devletleri hükümet sistemlerinin karşılaştırılması.

Abstract: In our Country, the issue of the system of the government is being discussed frequently. Especially the system of the presidency is offered as an alternative to the parliamentary system and accepted as the one of the most effective government model. In these study, the government models of the Azerbaijan and the United States of America is compared on the base of the presidential system.

Keywords: The presidency system, government system in Azerbaijan, comperation of the government systems between Azerbaijan and United States of America.

GİRİŞ

Ülkemizde ciddi bir hükümet sistemi sorunu olduğu sıklıkla dile getirilmektedir. Aslında yaşadığımız son Anayasa değişiklikleri de bu düşünceleri destekler gözükmektedir. Anayasaların bütün siyasi sistemi etkileyen normlar bütünü oldukları kabul edildiğinde, anayasa değişikliklerinin benimsenen hükümet sistemine olan etkileri de göz ardı edilmemelidir.

* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

Bizde 1984 yılından itibaren başkanlık sistemi, merhum Özal¹ ve Sn. Demirel² tarafından oldukça desteklenmiş ve Türkiye için örnek model olarak ileri sürülmüştür. Halen TBMM Anayasa Komisyonu Başkanlığı görevini yürüten Sn. Burhan Kuzu³ tarafından dile getirilen bu sistem, daha sonraları Adalet eski Bakanı Sn. Cemil Çiçek⁴ ve Sn. Başbakan Recep Tayyip Erdoğan⁵ tarafından da çeşitli nedenlerle gündeme taşınmış ve yeniden güncellik kazanmıştır.

Başkanlık sistemi ülkemizde özellikle istikrarı ve etkinliği yakalamak amacıyla dile getirilmiş ve bu sistem ile hep yürütmeyi güçlendirmek amaçlanmıştır. Yürütmenin istikrar ve etkinlik kazanarak güçlenmesi gerektiği, ancak bunun başarılması halinde Türkiye'nin çağ atlayacağı ileri sürülmüştür.⁶ Peki, acaba ülkemizde bir hükümet sistemi sorunu yaşanmakta mıdır? Aslında başkanlık sistemine geçildiği takdirde, yürütmeye istikrar sağlanamaması, hızlı karar alamama, etkin olamama gibi sorunların aşılabileceği de şüphe konusudur.⁷ Bu tereddütleri başkanlık sistemini daha iyi tanıyarak ve diğer sistemlerle kıyaslayarak giderebiliriz.⁸ Çalışmada istikrar kazanmış bir örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başkanlık sistemi ile, Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra bağımsızlığını kazanan Azerbaycan hükümet sistemi karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Yapılan tespitler sistemin ülkemize uygunluğu açısından da bize ışık tutabilir.

¹ *Hürriyet Gazetesi*, 23 Nisan 1987, s.13.

² Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi (TBMMTD), Dönem 21, Yasama Yılı 2, Ankara 1999, C.13, s. 28.

³ Burhan, Kuzu, "Türkiye İçin Başkanlık Hükümeti", *Amme İdaresi Dergisi*, C.29, S.3, Ankara 1996, s. 57-85; Burhan Kuzu, *Türkiye İçin Başkanlık Sistemi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997, s.76-98.

⁴ Ali Sirmen, "Başkanlık Sistemi", *Cumhuriyet Gazetesi*, 11 Aralık 2004, s. 4.

⁵ *Milliyet Gazetesi*, 11 Aralık 2004; "Başbakan ile Gündem", ATV, 18 Nisan 2010; <http://www.Sabah.com.tr>, (Erişim tarihi, 19 Nisan 2010).

⁶ Haluk K. Yavuz, *Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 85; Attila Özer, *Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, Ankara 1998, s. 99-100.

⁷ Levent Gönenç, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 1-13.

⁸ Hükümet sistemleri hakkında bkz. Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 9, Diyarbakır 1989; Erdal Onar, "Türkiye'nin Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s.72-78; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2008, s. 82-108. Yarı başkanlık sistemi hakkında bkz., Maurice Duverger, *Seçimle Gelen Krallar*, (Çev: Necati Erkurt), Konuk Yayınları, Ankara 1975, s. 18-25.

I. BAŞKANLIK SİSTEMİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Bir ülkedeki hükümet sistemini incelerken, yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkilerin tespiti bizi o ülkenin hükümet sistemine ulaştıracaktır. Tabii ki incelemede demokratik bir yapının, yani genel kabule göre etkili bir siyasal çoğunluk ve katılımın bulunduğunu, yargının yasama ve yürütmenin dışında bağımsız bir erk olarak var olduğunu kabul etmemiz gerekir.

Eğer bir ülkede yasama ve yürütmenin halk tarafından seçim yolu ile oluştuğunu tespit etmiş isek, burada çifte meşruiyet olduğunu da belirlemiş oluruz. Bu sistemde yasama ve yürütme sabit bir görev süresine sahipse karşımıza başkanlık sistemi çıkar.⁹ Başkanlık sisteminin en bilinen örneği ABD'deki sistemdir. Sistemin önemli bir özelliği ve parlamenter rejimden farkı, yasama ve yürütme organlarının birbirlerinin hukuki varlıklarına son verememeleridir. Bu sistemde başkan ve yasama organı halk tarafından genel oyla, ayrı ayrı sabit süreler için seçilmekte ve bu süre içinde diğer organ karşısındaki bağımsız varlıklarını sürdürebilmektedirler. Başkanlık sisteminde yasama ve yürütmenin karşılıklı olarak birbirlerini etkileme yolları vardır. Fakat bu yollar, organlardan birine diğerinin hukuki varlığına son verme yetkisi vermez.¹⁰

Başkanlık sistemi taraftarları bu sistemin güçlü, istikrarlı ve uyumlu bir yürütme organının oluşmasına yol açacağını, yasama organının kanun yapma ve yürütmeyi denetleme işlevini daha bağımsız ve etkin bir biçimde yerine getirebileceğini ileri sürmektedirler. Yani bu sistemin savunucuları, birbirlerinden politik olarak etkilenmeyen, bağımsız güçlü birer yürütme ve yasama organı arzulamaktadırlar.¹¹ Başkanlık sisteminde sabit süre için halk tarafından seçilen başkan, istisnai bir yol olan ve sadece ağır cezalı sorumluluğu gerektiren "impeachment" (azil) yolu dışında görevinden uzaklaştırılamaz. Yine başkanlık sisteminde başkanın yanında görev alan sekreterler, parlamenter sistemdeki bakanların statüsünde değildirler. Başkanlık sisteminde bakanlar,

⁹ E. Gülgün Tosun – Tanju Tosun, *Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri*, Alfa Yayınları, İstanbul 1999, s. 56-58.

¹⁰ Ergun Özbudun, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 106.

¹¹ Murat Yanık, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği*, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s. 92-99.

tamamen başkanın inisiyatif çerçevesinde göreve gelip, başkanın iradesine bağlı olarak görevlerini sürdürdükleri için, sistemde yürütme organı içinde çok başlılık ve uyumsuzluk sorunu doğmaz.¹² Ancak şunu da unutmamalıyız ki, aşağıda görüleceği gibi, başkanın atayacağı bakanlara Senatonun onay vermesi gerekmektedir.

Başkanlık sisteminde yürütme içindeki istikrar ve uyumu mutlak biçimde de kabul edemeyiz. Başkanın politikalarını yürütebilmesi için kanuna ve bütçeye ihtiyacı vardır. Zaten hükümet sistemi ne olursa olsun her parlamentonun kanun yapma, yürütme organını denetleme ve devlete para harcama yetkisi verme yetkileri vardır. Şüphesiz ki, kanunu çıkaracak ve kabul edecek olan organ tüm sistemlerde olduğu gibi burada da yasama organıdır. Buna karşılık başkanın yasama organını etkileme ihtimali daha sınırlıdır. Özellikle yasama organını oluşturan çoğunluk ile başkanın farklı dünya görüşüne sahip olmaları durumunda, bu etkileşim daha da görülür hale gelmektedir.¹³ Başkanlık sisteminde sistemin bu şekilde tıkanmasını önleyecek bir anayasal mekanizma yoktur ve sistemin en önemli sakıncalarından birisi de, yasama organı ile yürütme organı arasında ortaya çıkabilecek görüş ayrılıklarının işleyişi tıkanması ihtimalidir.¹⁴ Bu krizin tek çözüm yolu ise tarafların uzlaşmasıdır.

Başkanlık sistemi bu tür sıkıntılara gebe olabilecek bir yapıya sahip olmasına rağmen, ABD’de bu sıkıntıların yaşanmaması, Amerikan siyasal partilerinin ideolojik birlik ve parti disiplininin uzak oluşları ve iki partili ılımlı sistemin uygulanması ile açıklanmaktadır.¹⁵ Avrupa parlamentolarının aksine, ABD yasama organının seçilmesi ve davranışları ile genel parti disiplini arasında kuvvetli bir ilişki yoktur. Bu sebeple Amerikan partileri arasında dünya görüşü olarak geniş bir uçurum bulunmamaktadır. Başkan, faaliyetlerinde her iki partinin de temsilcilerini etkilemeye yönelik çalışmalarda bulunur. Daha doğrusu politikalarını hem partiler, hem de temsilciler temelinde kabul ettirmeye çalışır. Ayrıca ABD’de demokratik kültür ve siyasi uzlaşma

¹² Serap Yazıcı, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002, s. 19.

¹³ Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 94.

¹⁴ Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993, s. 140-141.

¹⁵ Özbudun, 2005, s. 108.

alışkanlığı gelişmiştir. Bağımsız bir yargı erkine sahip olmanın sisteme olan katkısı da unutulmamalıdır.¹⁶ Bu sebeple ABD’de başkanlık sistemi kalıcı krizlere yol açmadan işleyebilmektedir. Uzlaşma kültürünün gelişmediği toplumlardaki siyasi kilitlenmeler ise sistemi krize sürükleyebilir. Latin Amerika ülkelerindeki bu tip tıkanmalar demokratik sistemin kesintiye uğramasına kadar gitmiştir.¹⁷ Başkanlık sisteminde devlet başkanının halk tarafından seçilmesinin, sistemin demokratik olma özelliğini artıracacağı, kimi seçtiğini bilen seçmen kitlesinin adayın başarısız olması durumunda yeni bir seçimde aynı adaya oy vermediği, bu durumun başkan üzerinde ayrıca olumlu bir motive edici güç ve moral doğuracağı ifade edilmektedir.¹⁸ Fakat bazı yazarlarca bu hususlar, sistemin kâğıt üzerinde olumlu gözükmesi olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de, çok küçük bir oy farkı ile başkanın seçildiği durumlar; ya da halkın ikinci seçmenlere verdiği oyların daha fazla olmasına karşın, seçim sisteminin bir sonucu olarak ikinci seçmen çoğunluğunun farklı yönde oluşması gibi durumların da gerçekleşebileceği ihtimalini gözden uzak tutmamak gerekir.¹⁹

Bu bağlamda, başkanlık seçiminde seçilen, halkın bir kısmının seçtiği, dolayısıyla belli oranda seçmen tarafından seçilen kişidir. Başkana oy vermeyen seçmen kitlesi ise olağandır ki hayal kırıklığına uğrayabilir. Kaybeden başkan adaylarının ismi ise belki gündeme hiç gelmeyecektir. Kazanan başkan kendi politikasını yürütürken oyunu alamadığı kitlelerin toplumsal taleplerini görmezden gelebilir. Yani halk tarafından seçilen başkan, toplumun geniş bir kesiminin tercihini yansıtmayabilir. Bu halde de ileri sürülen görüşlerin aksine, demokratik ilkelere ters düşen bir durumla karşı karşıya kalınabilir. Zaten bu durumu fark edenler de, başkanlık sisteminde kazananın her şeyi kazandığını, kaybedenin ise her şeyi kaybettiğini haklı olarak ileri sürmektedir.²⁰

¹⁶ İter Turhan, “Başkanlık Sistemi Sevdası: Zayıf Temelli Bir Özlem”, *Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Ankara 2005, s. 114-119; Nur Uluşahin, *İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, (2007), s.190-201.

¹⁷ Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği* (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 113-127.

¹⁸ Burhan Kuzu, “Başkanlık Sistemi ve Cumhurbaşkanlığı Politik Görüşler”, *Cumhurbaşkanlığı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007, s. 20-32.

¹⁹ Onar, 2005, s. 88.

²⁰ Uluşahin, 1999, s. 126.

ABD dışındaki örneklerden yola çıkarak, başkanlık sisteminin kişisel diktatörlüğe yol açacağını savunmak da abartmalı bir yaklaşım olacaktır. Başkanın halk tarafından seçilmesi başkan için büyük bir saygınlık ve meşruiyet kaynağıdır. Başkanlık sisteminin bir ülkede sağlıklı şekilde yürüyüp yürümediğini doğru bir şekilde gözlemlemek için, söz konusu ülkedeki demokratik siyasal kültürün niteliği, ekonomik gelişmişlik ve siyasal mücadelenin kutuplaşmış olup olmadığı gibi etkenler de inceleme altına alınmalıdır.²¹

Bu genel bilgilerden sonra ABD ve Azerbaycan hükümet sistemlerini, başkanın seçim şeklini, yetkilerini (bu başlık altında sorumluluğunu), yasama organlarının yetkilerini ana başlıkları ile ve karşılaştırmalı olarak incelemeye geçebiliriz.

II. BAŞKANIN SEÇİMİ

A. ABD'DE BAŞKANIN SEÇİMİ

Başkanın seçimi başkanlık sisteminin en karakteristik özelliklerinden birisidir. Yürütmenin başı olan başkanın halk tarafından seçilmesi, sistemin tartışmasız biçimde zorunlu özelliğidir.²² Başkanın halk tarafından seçilmesi başkana faaliyetlerinde büyük bir özgüven ve meşruiyet kazandırır. Hem devletin hem de hükümetin başı olarak yürütme organını oluşturan başkan, varlığını meclis iradesine borçlu değildir. Meşruluğun kaynağı halktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi ABD, başkanlık sisteminin en bilinen örneğidir. Amerikalılar başkanlık rejimini Philadelphia Kurucu Meclisi'nde 1787 Anayasası ile oluşturmuşlardır.²³ ABD, sistemini oluştururken, İngiltere'de uygulanan sınırlı monarşiden etkilenmiştir. Monarkın yerine seçimle gelen başkanı koymuştur. 1787 ABD Anayasası'nı hazırlayanlar, İngiltere'ye karşı giriştikleri bağımsızlık mücadelesinde yasama ve yürütme organına karşı güvensizlik duy-

²¹ Pınar Akçalı, "Siyasal İstikrar ve Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri Örneği", *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Kalkedon Yayınları, İstanbul 2007, s. 73-79.

²² Uluşahin, 1999, s. 30.

²³ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 429.

muşlar, kralı temsil eden koloni valilerinin baskılarını unutmamışlardır.²⁴ Bu sebeple aklın ürünü olarak yasama ve yürütme organları arasında denge ararken, parlamenter sistemden farklı olarak başkanlık sistemini kurmuşlardır.²⁵

ABD’de başkan seçildiği süre boyunca görevde kalır. Anayasa’nın 2. maddesine göre başkan, dört yıllık dönem boyunca görevini sürdürür ve başkan yardımcısı ile birlikte aynı süre için halk tarafından iki dereceli bir seçimle seçilir. Bağımsızlar da başkan veya yardımcılığına aday olabilirler. Siyasal partiler başkan veya başkan yardımcısı adaylarını belirlerler. Daha sonra her federe devlette, siyasal partilerin adayları ve bağımsız adaylarına göre o federe devletin ikinci seçmen adayları saptanmaktadır. ABD Temsilciler Meclisi üye tam sayısı 435, Senato üye tam sayısı ise 100’dür. İkinci seçmenlerden oluşan seçim kurulunda (electoral collage) her federe devletin Kongre’de (Temsilciler Meclisi ve Senato) sahip olduğu parlamenter sayısı kadar üyesi bulunur. Her federe devlet, nüfuslarının büyüklüğü ve küçüklüğü dikkate alınmaksızın, Senato’da iki senatör ile temsil edilir. Federe devletlerin Temsilciler Meclisi’ndeki üye sayıları ise nüfuslarına göre değişmektedir. Bu sebeple federe devletlerin, başkan ve yardımcısını seçecek olan ikinci seçmenler kurulundaki üye sayıları nüfuslarına göre değişir. Birinci seçmenler tercih ettikleri başkan ve yardımcısı adaylarının ikinci seçmenlerine oy vermekte, Maine ve Nebraska dışında tüm federe devletlerde, hangi başkan adayının ikinci seçmenlerinin kazandığı çoğunluk sistemine göre belirlenmektedir. Yani bir federe devlette en çok oyu alan aday, o federe devletteki ikinci seçmenlerin tümünü kazanmış olmaktadır.²⁶ Bu sebeple, ülke genelinde az oranda oy aldığı halde, ikinci seçmenler kurulunda fazla oy alan aday başkan olabilmektedir. Kasım 2000 tarihinde yapılan seçimde Gore, ülke genelinde Bush’tan fazla oy almış olmasına rağmen, ikinci seçmenler kurulunda daha fazla oy alan Bush başkan seçilmiştir.²⁷ Bu seçim süreci Amerikan Anayasası’nın II. maddesinin 1. Bölümünde, her federe devletin ken-

²⁴ William Burnham, *Introduction To The Law And Legal System Of The United States*, Third Edition, West Group USA 2002, s. 2-3.

²⁵ Teziç, 2006, s. 430.

²⁶ Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 130-136.

²⁷ Bkz., <http://www.cnn.com/ELECTION/2000/results/president/index.html>, (Erişim tarihi, 16 Kasım 2012).

di yasama organınca belirlenen kurallara göre Kongre'ye gönderme hakkına sahip olduğu senatör ve temsilcilerin toplamına eşit sayıda seçmen çıkartacağı, seçmenlerin devletleri dâhilinde toplanarak, birisi kendi devletlerinde yerleşik olmayan iki kişiyi gizli oyla seçecekleri ve oylanan tüm adayların kazandıkları oy miktarını gösteren bir listenin hazırlanarak Senato Başkanı'na gönderilmesini müteakip, Senato Başkanı'nun Senato ve Temsilciler Meclisi huzurunda belgeleri açması ve oyların sayımının yapılmasından sonra, en çok oya sahip olan adayın başkan olacağı şeklinde düzenlenmiştir.²⁸ Anayasa'nın 2. maddesine göre, doğuştan ABD vatandaşı olmayan veya Anayasa'nın kabulü tarihinde vatandaş bulunmayan kimse başkanlık görevine seçilemez. Yine, otuz beş yaşını doldurmamış ve Birleşik Devletler'de on dört yıl yerleşik olarak bulunmamış kişi de bu görevi yerine getiremez. Başkanın görevden uzaklaştırılması, ölümü veya istifası ya da benzer sebeplerle yetersizliği durumunda bu ödev ve haklar başkan yardımcısına geçmektedir.

B. AZERBAJCAN'DA CUMHURBAŞKANININ SEÇİMİ

Azerbaycan Anayasası'nın 98. maddesine göre yürütme hâkimiyeti Azerbaycan Cumhurbaşkanı'na aittir.²⁹ Yaşı otuz beşten aşağı olmayan ve Anayasa'nın 100. maddesinde belirtilen niteliklere sahip olan kişi cumhurbaşkanı seçilebilir. Cumhurbaşkanı genel, eşit ve doğrudan seçim esasına göre serbest, şahsi ve gizli oylama yolu ile beş yıllık süre için seçilir. Seçime katılanların yarıdan fazlasının oyunu alan kişi cumhurbaşkanı olur. Oy çoğunluğu oylamanın birinci aşamasında sağlanamaz ise izlenecek yol Anayasa'nın 101. maddesinde gösterilmiştir. Yine aynı maddeye göre bir kimse iki defadan fazla cumhurbaşkanı seçilemez.

Anayasa'ya göre cumhurbaşkanı iki türlü bir seçim sistemiyle seçilmektedir. İlk turda cumhurbaşkanı seçilmek için yarıdan fazlanın

²⁸ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar Gürbüz, *Anayasalar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981, s. 29 vd; [www/photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf), (Erişim tarihi, 21 Kasım 2012).

²⁹ Azerbaycan Anayasası için bkz. Abdurrahman Eren – Alesker Aleskerli, *Yeni Anayasalar*, Başbakanlık Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Ankara 2005, s. 41-107.

oy çoğunluğunun sağlanması gerekir. Eğer birinci turda bu çoğunluğa ulaşılamaz ise, bu turda en çok oy alan iki aday ikinci tura katılır ve en çok oy alan aday cumhurbaşkanı seçilmiş olur. 24 Ağustos 2002 tarihli referandum ile Anayasa'nın 101. maddesinde değişiklik yapılmadan önce, ilk turda mutlak çoğunluk yerine üçte iki çoğunluk gibi ulaşılması zor bir oran aranmasının sebebi olarak, halk tarafından seçilen cumhurbaşkanının meşruiyetini artırmak isteği ileri sürülmüştür.³⁰ Yeni oluşan bu Anayasa'da cumhurbaşkanının böylesine bir çoğunlukla seçilmesi, kendini yeni yapılanma sürecinde daha özgüvenli ve moral yönden güçlü hissetmesini sağlayacaktır.

Cumhurbaşkanının görev süresi Azerbaycan Milli Meclisi'nin görev süresi gibi beş yıldır. Bu düzenleme ile cumhurbaşkanının kendi dünya görüşünden olmayan bir yasama organı ile çalışması ve dolayısıyla sistemin tıkanması olasılığı azaltılmaya çalışılmıştır. Bir kişinin iki kereden fazla tekraren cumhurbaşkanı seçilemeyeceğine ilişkin düzenleme, aynı kişinin arka arkaya seçilememesi, yani aradaki seçimde başka bir kişinin cumhurbaşkanı seçilmiş olması durumunda, daha önce iki kere cumhurbaşkanı seçilen kişinin üçüncü kez cumhurbaşkanı seçilip seçilemeyeceği konusunda tereddüt doğurabilir. İki kere seçilebilme imkânı, Azerbaycan gibi demokratik kültürün yeterince oturmadığı ülkelerde, görevdeki cumhurbaşkanının anayasal yetkilerini tamamen yeniden seçilebilmeye yönelik kullanılmasına yol açabilir. Böyle bir durumda, her ne kadar Anayasa'da teker teker sayılmış olsalar da temel hak ve hürriyetler çiğnenebilir. Bu düzenlemenin olumlu yanı ise çok başarılı bir cumhurbaşkanının politikalarını iki dönem boyunca sürdürebilecek olmasıdır.

Anayasa'nın 105. maddesine göre, cumhurbaşkanının görevden ayrılması durumunda sonraki üç ay içinde cumhurbaşkanı seçmek için olağanüstü seçim yapılır. Cumhurbaşkanının yetkileri, yeni cumhurbaşkanı seçilene kadar başbakan tarafından kullanılır. 24 Ağustos 2002 tarihli Anayasa değişikliğine ilişkin referandumdan önce ise, bu yetkiler Millet Meclisi Başkanı tarafından kullanılmaktaydı.

³⁰ Levent Gönenc, "Azerbaycan Anayasası Üzerine Notlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.47, S.1-4, Ankara 1998, s. 208.

III. BAŞKANIN YETKİLERİ

A. ABD'DE BAŞKANIN YETKİLERİ

ABD Anayasası'nda yer alan "tüm yasama gücünün" Kongre'ye verilmiş olmasına ilişkin hükme karşın, kamu politikasının başı olan başkan, Anayasanın II. maddesinin 2 ve 3. bölümlerinde düzenlenen yetkileri göz önüne alındığında, hem yasama hem de yürütme alanında önemli bir role sahiptir.³¹

1. ABD Başkanı'nın Yasamaya İlişkin Yetkileri

Başkan Kongre'den gelen her yasa taslağını veto edebilir. Her bir Meclis üçte iki oy çoğunluğu ile bu vetoyu kaldırmaya karar vermez ise taslak yasalaşamaz. Ayrıca Kongre tarafından ele alınan yasaların çoğunluğu, başkan ve yürütmenin girişimi ile tasarlanır. Başkanın bu konuyla ilgili olarak Kongre'yi olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi de vardır. Bu sistemde başkanın yasamayı feshetme yetkisi yoktur.³²

Anayasanın II. maddesinin 2. bölümü uyarınca başkan, önemli kamu görevlilerini atama yetkisine sahiptir. Yüksek Mahkeme üyeleri de dâhil olmak üzere, başkan tarafından yapılan federal yargıç, bakanlar ve diğer federal görevlilerin atamaları Senato'nun onayına sunulmalıdır. Başkan federal yasalara muhalefet suçundan hükümlü bir kişiyi koşullu ya da koşulsuz biçimde affedebilir. Başkan af yetkisini sadece hükümlüler hakkında değil, suçun işlenmesinden sonra her aşamada yani dava sırasında da kullanabilir.³³

2. ABD Başkanı'nın Yürütmeye İlişkin Yetkileri

Başkanın düzenleyici işlem yapma, genel kişilik dışı kurallar koyma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.³⁴ Yine Anayasa'nın II. maddesinin 2. bölümü uyarınca başkan aynı zamanda, silahlı kuvvetlerin de başkomutanıdır. Bu konuda silahlı kuvvetleri federal hizmete çağırabilir. Savaş veya olağanüstü durumlarda başkanın yetkileri Kongre tarafından artırılabilir. Başkan yüksek rütbeli federal görevlileri se-

³¹ ABD'de yasama organının ve başkanın konumu için ayrıca bkz., Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, New York 1988.

³² Yazıcı, 2002, s. 37 vd.

³³ Kemal Gözler, *Devlet Başkanları*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001, s. 29-30.

³⁴ Gözler, 2001, s. 39.

çer. Büyükelçilerin, elçilerin ve konsolosların atanmalarını Senatonun onayına bağlı olarak yapar. Senatonun üçte iki çoğunluğunun onayı üzerine ABD için bağlayıcı duruma gelen antlaşmalar, diğer uluslarla başkan tarafından müzakere edilir.

3. ABD Başkanı'nın Yetkilerindeki Sınırlamalar

Dışişleri konusunda başkan, selefleri tarafından müzakere edilmiş antlaşmalara uymak zorundadır. Başkan yürütme gücünü kullanabilmek için yasaya ihtiyaç duyar. Yasa ise Kongre tarafından yapılır. Dolayısıyla başkan yürüteceği politikalarda Kongre ile uzlaşma arayışı içinde olmalıdır. Ayrıca başkan yürüttüğü politikalar yönünden seçmenine, dolayısıyla kamuoyuna karşı da kendisini sorumlu hisseder.

4. ABD Başkanı'nın Sorumluluğu

ABD'de başkanın sabit olan görev süresinin tek istisnası Anayasa'nın II. maddesinin 4. bölümünde düzenlenen "*impeachment*", yani başkanın adli bir suç işleyip yargılanmasının gerekmesi halinde azledilmesidir. ABD Anayasası uyarınca başkan ve diğer federal yüksek görevliler, kriminal bir suç işlemeleri durumunda Temsilciler Meclisi'nin suçlaması üzerine Senato tarafından görevlerinden azledilebilirler. Senato bu işlem ile ilgili olarak, ABD Federal Yüksek Mahkemesi Başkanı'nun başkanlığında toplanır. Bu, yapılan işlemin bir yargısal işlem olduğu konusunda bize ipucu verir. Temsilciler Meclisi'nin kabul ettiği ve Senato'ya gönderdiği teklifin, Senato tarafından üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi gerekmektedir.

1787 - 2008 tarihleri arasında, yani 221 yıllık süre zarfında azledilmiş tek bir başkan yoktur. Bu zaman zarfında iki Başkan, 1868 yılında Andrew Johnson ve 1998 yılında Bill Clinton azledilmek için Senato'ya götürüldüğü halde üçte iki çoğunluğa ulaşamamıştır.³⁵ Başkanlık sisteminde siyasal denetim mekanizmasının olmaması, *impeachment*'in sınırlı ve zor işlemesi, yasamanın diğer yetkilerinin olduğundan daha büyük bir güç ve etkiyle kullanılmasına yol açmıştır.³⁶ Örneğin meclis tahkikatı (*congressional investigation*) bunlardan biridir. Bu mekanizma, yürütmeyi düşürmeye yol açan bir etkiyle kullanılabilir. Ameri-

³⁵ Gözler, 2001, s. 25-26.

³⁶ Sartori, 1997, s. 114-117.

kan uygulamasında meclis tahkikatı gerçek bir tahkikattır. Amerikan Anayasası'nda yasama organı iki büyük yetkiye sahiptir. Bunlar bütçe ve kanun yapma yetkileridir. Yasama organı bütçenin amacına uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetleme yetkisini, Anayasa'da yer almadığı halde kendinde görmüştür.³⁷ Başkanın bütçe dışında kanun tasarısı hazırlama yetkisi bulunmamaktadır. Diğer konularda yasama organına sadece mesaj gönderebilir. Açılan meclis tahkikatı kamuya ve basına açık şekilde yürür. Amerikan halkı tahkikat ile ilgili olarak bilgisine başvurulmuş kişiyi, radyo ve diğer görsel yayın organlarından canlı olarak bütün ayrıntısıyla takip edebilir. Başkan Nixon Watergate olayı nedeniyle açılan tahkikat sonucunda istifa etmek zorunda kalmıştır.³⁸

Dolayısıyla başkanlık sisteminde, yasamanın yürütmeyi rahatsız edecek araçlarla donatılmış olduğunu, fakat ne yasamanın ne de yürütmenin birbirlerini siyasal bir nedenle düşüremediklerini görüyoruz. Aslında denetimin etkili olanı siyasal içeriğe sahip olanıdır. Linz'in Amerikan sistemine kendine özgü demesinin, ABD demokrasisinin başkanlık sistemine rağmen yürüdüğünü, yani aslında başkanlık sisteminin olduğu yerde demokrasinin olamayacağını söylemesinin sebebi de budur.³⁹ Gerçekten de başkanlık sistemi, örneğin Güney Amerika ülkelerinde Amerikan sistemindeki gibi işlememektedir.⁴⁰

B. AZERBAJCAN'DA CUMHURBAŞKANININ YETKİLERİ

Azerbaycan anayasa sisteminde cumhurbaşkanı, anayasal düzenin merkezinde yer almaktadır.⁴¹ 1995 tarihli Anayasa'nın yapımında muhalefet, Anayasa ile cumhurbaşkanına oransız yetkiler verilmiş olmasını eleştirmiştir.⁴² Anayasa'nın 4. maddesine göre, halkın seçtiği yetkili temsilcilerden başka hiç kimsenin halkı temsil etmeye yetkisi yoktur. Azerbaycan Anayasası'nda başkanlık makamı, "*Devletin Esas-*

³⁷ Yanık, 1997, s. 65-66.

³⁸ Gözler, 2001, s.25.

³⁹ Juan Linz, "Parlemantarizmin Erdemleri", (Çev. Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, (Der. Larry Diamond ve March F. Plattner), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 181.

⁴⁰ Sartori, 1997, s. 124-127.

⁴¹ Gönenç, 1998, s. 207 vd.

⁴² Gönenç, 1998, s. 192-193.

ları" başlığını taşıyan II. bölümde düzenlenmiştir. Yine bu bölümde "Azerbaycan Devletinin Başı" başlığını taşıyan 8. maddede, başkanlık makamı devletin temelleri arasında sayılmaktadır. Azerbaycan Anayasası'nın 8. maddesinde, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin cumhurbaşkanı, Azerbaycan Devleti'nin de başı olarak tanımlanmıştır.

1. Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın Yasamaya İlişkin Yetkileri

Cumhurbaşkanı Anayasa'ya göre, halkoyuna gitme (m. 109/18), yasaları veto etme (m.110), yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurma (m.130), yetkilerine sahiptir. Bu yetkiler cumhurbaşkanını, kamusal politikaların belirlenmesinde ve uygulanmasında önemli ölçüde söz sahibi yapmaktadır.⁴³

Anayasa'nın 110. maddesine göre cumhurbaşkanının zorlaştırıcı veto yetkisi vardır. Meclise geri gönderdiği ve Milli Meclis'in 83 oy çokluğu ile kabul etmiş olduğu kanun tasarılarının 95 oy çokluğu ile, 63 oy çokluğu ile kabul ettiği kanun tasarılarının ise 83 oy çokluğu ile yeniden kabul edilmesi gerekir. 109. madde uyarınca cumhurbaşkanı devletlerarası ve hükümetlerarası⁴⁴ antlaşmaları yapar; devletlerarası antlaşmaların onaylanması veya iptal edilmesi için Meclis'e başvuruda bulunabilir.

Azerbaycan Anayasası'nın 109/32. maddesine göre, cumhurbaşkanının tek başına imzaladığı yasa gücüne sahip fermanlar yayınladıkları gün yürürlüğe girerler. Bu yetki de cumhurbaşkanına ülkeyi bu fermanlarla yönetme hakkı verir. Azerbaycan Anayasası'nda yasa teklif etme hakkı Meclis üyeleri, Cumhurbaşkanı, Ali Mahkeme, Azerbaycan Cumhuriyet Savcılığı ve Nahçıvan Özerk Bölgesi Yüksek Meclisi'ne aittir. 24 Ağustos 2002 tarihli referandum ile yapılan Anayasa değişikliği ile Azerbaycan Cumhuriyet Savcılığı'na da yasa teklif etme hakkı getirilmiştir.

⁴³ Gönenc, 1998, s. 208.

⁴⁴ Azerbaycan Anayasası incelendiğinde, Anayasa sisteminde devletlerarası ve hükümetlerarası olmak üzere iki tür anlaşma olduğu görülmektedir. Anayasa, hükümetlerarası antlaşmalar açısından yasama organının onayını gerekli kılmıştır. Ayrıca bu tür antlaşmalar Anayasanın 130. maddesi uyarınca kanunların altında yer almaktadır. Devletlerarası antlaşmalar ise Anayasanın 95. maddesi uyarınca Meclisin onayına tabidir. Bkz., Gönenc, 1998, s. 199-200.

2. Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın Yürütmeye İlişkin Yetkileri

Cumhurbaşkanının yetkileri Azerbaycan Anayasası'nın 109. maddesinde sayılmıştır. Bu yetkiler çalışmanın bu bölümünde teker teker sayılmayacak olsa da, genel bir değerlendirme ile Anayasa'da cumhurbaşkanına tanınan bu yetkiler göz önüne alındığında, yürütmelinin başı olan cumhurbaşkanının çok geniş yetkilere sahip olduğunu söyleyebiliriz. Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen başbakan adayı Meclise sunulur ve Meclis bu adayı onaylar. Eğer Meclis üç kez belirlenen adaya onay vermez ise, cumhurbaşkanı Meclis'in onayı olmaksızın başbakanı atayabilecektir (m.118). Başbakan adayının, aynı kişi mi yoksa farklı kişiler mi olması gerektiği konusunda bir açıklama yoktur. Yetkinin amacı dikkate alınarak, aynı adayın Meclis'e sunulabileceği düşünülebilir.

Bakanlar kurulu cumhurbaşkanı tarafından göreve atanır; bakanlar kurulu cumhurbaşkanına tabidir ve ona karşı sorumludur. 116. maddeye göre, yeni seçilen cumhurbaşkanı görevini aldığı ve yetkilerini kullanmaya başladığı günden itibaren, bakanlar kurulu cumhurbaşkanına istifasını sunmalıdır. Bu maddede istifanın hangi süre içerisinde yapılması gerektiği ise belirtilmemiştir. Seferberlik ilan etmek, olağanüstü hal ilan etmek ve Meclis'in onayına sunmak cumhurbaşkanının yetkileri arasında sayılmıştır.

Bu başlık altında sisteme bir Başbakanın da eklendiğini göz önüne aldığımızda, çalışmanın ilerleyen bölümünde referans almak üzere genel anlamda hükümet sistemleri üzerindeki ayrım üzerinde ve özellikle de yarı başkanlık ve başkancı parlamenter sistem üzerinde durmamız gerekmektedir. Bu sınıflandırmalar içerisinde en çok tartışılan ve dikkati çeken örnek Shugart ve Carey'in yaptıkları ayrımdır. Shugart ve Carey hükümet sistemlerini belirlemek için beşli bir ayrım önermektedir.⁴⁵

a- Başkancı parlamenter sistem,

b- Başkanlı parlamenter sistem.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Matthew Soberg Shugart - John M. Carey, *Presidents and Assemblies (Constitutional Design And Electoral Dynamics)*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 18-28; Matthew Soberg Shugart, "Of Presidents and Parliaments", *East European Constitutional Review*, Vol: 2, No:1, 1993, s. 30.

- c- Başbakanlı başkanlık sistemi,
- d- Saf başkanlık sistemi,
- e- Saf parlamenter sistem,

Shugart tarafından yapılan bu ayırımı saf başkanlık sistemi yukarıda açıkladığımız başkanlık sistemini, başbakanlı başkanlık sistemi ise yarı başkanlık sistemini karşılamaktadır. Yarı başkanlık sistemi melez bir sistem olup, hem başkanlık sisteminin hem de parlamenter sistemin özelliklerini içinde barındırmaktadır. Bu sistemde cumhurbaşkanı başkanlık sisteminde olduğu gibi halk tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı parlamenter sisteme oranla güçlü yetkilere sahiptir. Örneğin devlet başkanının yasama, atama ve olağanüstü hal yetkileri parlamenter sisteme göre fazladır. Bu sistemde yürütme organının diğer kanadını oluşturan hükümetin, aynen parlamenter sistemde olduğu gibi yasama organına karşı siyasal sorumluluğu da devam etmektedir.⁴⁶ Anılan sistemde hükümet sisteminin tasnifi açısından belirleyici olan, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ve güçlü yetkilere, özellikle parlamentoyu koşulsuz fesih yetkisine sahip olmasıdır. Devlet başkanının sistem üzerinde önemli yetkileri olmasına rağmen, bakanlar kurulu üzerinde herhangi bir yetkiye sahip değildir. Örneğin başbakanı ve bakanları azledemez.⁴⁷

Başbakanlı parlamenter sistemde ise güçlü yetkilere sahip olan cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmekte, başbakan ile bakanlar kurulunun diğer üyeleri hem yasama organına hem de cumhurbaşkanına karşı sorumlu olmaktadır. Bu sistemde bakanlar kurulu cumhurbaşkanı tarafından azledilebileceği gibi, yasama organı tarafından da düşürülebilir.⁴⁸

⁴⁶ Robert Elgie, "The Politics of Semi-Presidentialism", *Semi-Presidentialism in Europe*, ed: Robert Elgie, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 13.

⁴⁷ Yarı başkanlık sisteminin temel özellikleri ve tanımı hakkında bkz., Maurice Duverger, "A New Political System Model: Semi Presidential Government", *Parliamentary Versus Presidential Government*, (ed. Arend Lijphart), Oxford University Press, 1980, s. 142-149; Yazıcı, İstanbul 2002, s. 91-103; Nur Uluşahin, "Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farklı Bir Yaklaşım: Yarı Başkanlıktan İki Başlı Yürütme Yapılanmasına", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.52, S.2, 2003, s. 206-208.

⁴⁸ Onar 2005, s. 76.

3. Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın Yetkilerindeki Sınırlamalar

Her şeyden önce tüm hükümet sistemlerinin özünde olan bütçe ile harcama yapma yetkisi cumhurbaşkanına yasama organı tarafından verilir. Yine cumhurbaşkanının anayasa ile belirtilen konularda yürütme işlemini icra edebilmesi için kanuna ihtiyacı vardır. Ancak burada Anayasa'nın 109/32. maddesinin cumhurbaşkanına geniş yetkiler sunduğunu, cumhurbaşkanının yasama organına ihtiyaç duymadan etkin bir hareket alanına sahip olduğunu belirtmemiz gerekir.

4. Azerbaycan Cumhurbaşkanı'nın Sorumluluğu

ABD'deki başkanlık sisteminde cumhurbaşkanını görevden uzaklaştırabilmenin tek yolu azil mekanizmasını işletmektir. Bu yol ise hem güçtür, hem de uzun işleyen bir sürece ihtiyaç duyar. Azerbaycan Anayasası'nda ise azil süreci daha da zor hale getirilmiştir. Azerbaycan Anayasası'nın 107/1. maddesine göre azil süreci Anayasa Mahkemesi tarafından başlatılmaktadır.

Bu durum da kaçınılmaz olarak, Anayasa Mahkemesi'ni siyasal tartışmaların odağı haline getirecektir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nde görevli hâkimlerin görevlerine atanmalarını yasama organına öneren yine cumhurbaşkanıdır (m.109/II). Meclis cumhurbaşkanının azledilmesine ilişkin kararını en az 95 üyenin oyu ile alır. Meclis üye tam sayısının 125 olduğu dikkate alındığında (m.107/II), azledilme işlemi için aranan yetersayıya ulaşmak zordur. Anayasa azil sürecinin iki ay içerisinde tamamlanması gerektiğini belirtmektedir (m.107/III). Cumhurbaşkanı hakkındaki iddianın niteliğine göre bu iki aylık sürenin az olduğu söylenebilir.

IV. YASAMA ORGANININ YETKİLERİ

A. ABD'DE YASAMA ORGANININ (KONGRE'NİN) YETKİLERİ

ABD Anayasası'nın ilk maddesi, federal hükümetin tüm yasama gücünü, Senato ve Temsilciler Meclisi adı ile anılan iki meclise ayrılmış olan Kongre'ye vermiştir. Senato her eyaletin ikişer üyesinden oluşur ve 100 üyesi vardır. Temsilciler Meclisi ise nüfus oranına göre saptanır ve günümüzdeki sayısı 435'tir.

Dışarıdan bakıldığında, yürütme organının başı olan başkana karşı yetkileri daha azmış gibi gözükebilir de, Kongre başkanın kararlarına boyun eğen her dediğini yapan bir kurum değildir. 1995 yılında Başkan Clinton'un Kongre'ye sunduğu bütçe tasarısının Kongre'de ciddi ölçüde değiştirilmesi ve bu şekilde kabul edilen bütçe kanununun Başkan tarafından veto edilmesi üzerine binlerce federal görevlinin maaşları ödenememiştir.⁴⁹ Kongre'deki her iki meclis de, Temsilciler Meclisi'nde hazırlanması gerekli olan gelir yasaları dışında, her konuda yasa taslağı sunmak yetkisine sahiptir. Senato Temsilciler Meclisi'nden gelen gelir yasası taslaklarını kabul etmeyebileceği gibi, içeriklerini farklı hale getirebilecek değişiklikler de yapabilir. Senato, başkanın seçeceği bakanların, yüksek dereceli federal hükümet memurlarının ve büyükelçilerin atanmalarını onaylar. Yine Senato tüm antlaşmaları üçte iki oy çoğunluğu ile onaylar. Bu iki konuda Senato'nun onayı olmadan işlem yapılamaz. Federal yetkililer hakkında meclis soruşturması açılması için yargılamayı sağlayacak suçlamada bulunma hakkı Temsilciler Meclisi'ne aittir. Anayasanın II. maddesinin 3. bölümü uyarınca yargı işin organına gönderilip gönderilmeyeceğine karar vermek hakkı sadece Senato'ya tanınmıştır. Federal görevli suçlu bulunursa görevden alınır.

Kongre'nin yetkileri Anayasa'nın I. maddesinin 8. bölümünde belirtilmekle birlikte en önemlileri olarak, vergi koymak ve toplamak, hazine için borç almak, federal mahkeme ağı oluşturmak, savaş ilan etmek, ordu kurmak ve iaşesini sağlamak, Anayasa'nun uygulanması için gerekli tüm yasaları çıkarmak şeklinde sayılabilir. Anayasa'nın I. maddesinin 3. bölümündeki düzenlemeye göre, başkan yardımcısı Senato'nun da başkanıdır ve oylarda eşitlik olmadıkça oy kullanamaz.

Burada Kongre'nin araştırma yetkisi üzerinde bir kez daha durmak gerekir. Kongre'nin yasama dışı işlevlerinden en önemlisi araştırma yetkisidir. Araştırmalar yeni yasaların çıkarılmasına yönelik bilgi toplamak, yürürlükteki yasaların etkinliğini ölçmek ve seyrek de olsa meclis araştırması sürecini başlatmaya yönelik olabilir. Araştırma yetkisinin önemli sonuçlarından birisi kamuoyunu bilgilendirmektir. Araştırmalar ve sonuçları kamuoyuna açıklanır. Komite'nin ifade aldığı oturumların çoğu halka açık yapılır ve medya tarafından

⁴⁹ Onar, 2005, s. 94.

ayrıntısıyla yayınlanır. Kongre'nin denetleme yetkisi, üzerinde önemle durulması gereken bir başka yetkidir. Kongre'nin bu denetimi, gereksiz harcamaları ve yolsuzlukları engeller, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesini sağlar. Yukarıda başkanın sorumluluğu başlığı altında impeachment üzerinde durulduğu için, burada sadece denetleme görevinin gücünün, yetkililerin görevden ayrılmasına, devlet politikalarının değişmesine, yürütme organı üzerinde yasal kontroller getirilmesine kadar ulaştığını söyleyebiliriz. Denetleme yetkisi, başkanlık makamının izlenmesinde ve kamu politikalarının kontrolünde temel bir fren işlevi görmektedir. Anayasa değişikliği sürecinde de Kongre önemli bir işleve sahiptir. Bir anayasa değişikliğinin gerçekleşebilmesi için, değişikliğin federe devletlere sunulmasından önce, Kongre'nin her iki kanadının da 2/3 çoğunluk ile değişikliğe karar vermesi gerekmektedir.

Bu başlık altında ABD'de zaman zaman uygulanmış olan ve yasama organının yürütmeye ilişkin bazı işlemleri veto etmesi şeklinde karşımıza çıkan yasama vetosundan da (legislative veto) bahsetmemiz gerekir. Bu veto ile başkanlık işlemleri ve yürütmeye bağlı bakanlıkların kural düzenlemelerine ilişkin işlemleri yasama organı tarafından veto edilmektedir. Özellikle 1932-1935 yılları arasında Kongre yasama vetosunu sıklıkla ve bir anlamda bürokrasiyi denetleme aracı olarak kullanmıştır.⁵⁰ Bu veto uygulamada doğmuş, Federal Yüksek Mahkeme'nin kararlarına yansımış (Chadha davası, 1983) ve bir anlamda güçler ayrımındaki siyasal dengeyi korumak için kullanılmıştır.

B. AZERBAJCAN'DA YASAMA ORGANININ YETKİLERİ

125 üyeli yasama organı 5 yıllık bir süre için seçilir (m.82-84). Meclis, 83 üyesinin milletvekiliği onaylanmadan yetkilerini kullanamaz (m. 87). Bu onaylama işlemi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır.

Azerbaycan Anayasası'na göre yasa teklif etme yetkisi Meclis üyeleri, Cumhurbaşkanı, Âli Mahkeme, Azerbaycan Cumhuriyeti Savcılığı ve Nahçıvan Özerk Bölge'si Yüksek Meclisi'ne aittir (m.96). Âli Mahkeme'ye ve Cumhuriyet Savcılığı'na yasa teklif edebilme yetkisinin verilmiş olması, hukuk sistemindeki eksik ve yanlışların kapatıl-

⁵⁰ Ekrem Serim, "Amerika'daki Başkanlık Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:1983, S. 3-4, s. 38-39.

ması için akılcı bir yol olarak gözükmektedir. Fakat bu yetki, yargı organlarının siyasi etkilere açık olması sonucunu da doğurabilir. Kamu politikalarının belirlenmesine esas olan kanunların teklif edilmesinde, hukukun uygulayıcısı olan yargı organını da söz sahibi yapmak, yargı organı ile yasama ve yürütme arasında sürtüşme doğmasına yol açabilir.⁵¹ Ayrıca yargı organlarının hareket alanları hukuk alanının içi olmalıdır. Yargı organının yasama ve yürütme sürecine taraf olması, yıpranmasına ve devletin diğer erkleri karşısında gücünü yitirmesine sebep olabilir. Azerbaycan Anayasası'nın 95. maddesinin 14. bendinde, *"bakanlar kuruluna güvenoyu meselesinin halledilmesi"*, Millet Meclisi'nin çözümleyeceği konular arasında sayılmıştır. Anayasa'da güvenoyu mekanizmasının olmaması sebebiyle bu görev bir siyasal sorumluluğa yol açmaz.

Yasa teklifleri üzerinde yapılacak olan değişiklik önermeleri, ancak yukarıda belirtilen, yasa teklif etmeye yetkili organların onayıyla işleme alınabilecektir (m.96/III). Bu hüküm ilk bakışta siyasal partiler açısından doğru gibi gözükebilir. Yani bir siyasal partinin önerdiği kanun teklifi, kendi seçmenlerinin isteği doğrultusunda, o siyasal partinin dünya görüşünün yansıtılmasında araç olmalıdır. Dolayısıyla, değişikliğin de o siyasal parti tarafından kabul görmesi gerekliliği demokratik bir çözüm ve yol olarak gözükmektedir. Fakat bunun kabulü, yasama organının yetki alanının ihlali anlamına gelecektir. Demokratik devletlerde yasama organından beklenen, hukuk devleti ilkesi ile bağlı kalmak kaydıyla, istenilen her konuda kanun çıkarma yetkisine sahip olmasıdır. Özellikle cumhurbaşkanı, Anayasa'da kendisine tanınan bu yetkiyi kötüye kullanabilir. Millet Meclisi aynı konuda yasa yapmakta ısrar ederse, yasama süreci problemler sürecine dönüşebilir.

Komünizm sonrası kurulan devletlerin anayasalarında genelde yasama süreci ve yasama organının faaliyetleri basın, yayın ve halkın izleyici olarak yasama faaliyetlerine katılımı gibi yollarla kamuoyuna açık bırakılmıştır.⁵² Azerbaycan Anayasası'nda ise böyle bir hüküm yer almamaktadır. Oysa ki, demokrasinin en önemli göstergelerinden birisi de, yasama ile yürütme işlemlerinin şeffaf, dolayısıyla denetle-

⁵¹ Gönenç, 1998, s. 212.

⁵² Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europa*, The Univesity of Chicago Press, Chicago and London 2000, s. 1-13.

nebilir ve eleştirilebilir olmasıdır.⁵³ Bugün sivil toplum örgütleri, yasama ve yürütme faaliyetleri konusunda bazen en büyük denetleyici olabilmekte, kamuoyunu harekete geçirebilmektedir.⁵⁴ Şeffaflık aynı zamanda, toplumun doğru bilgiye sahip olmasına da yol açmaktadır.

SONUÇ

Yukarıda ele alınan hususları göz önüne aldığımızda Azerbaycan sisteminde bir başbakanın bulunduğunu ve yürütme organının tek kanatlı olmadığını görüyoruz. Dolayısıyla, Azerbaycan hükümet sistemi yürütme organının tek kanatlı olduğu başkanlık sistemi içerisinde görülmemelidir. Öncelikle biz bazı yazarların aksine, Azerbaycan hükümet sisteminin bir başkanlık hükümeti sistemi olarak değil⁵⁵, Shugart ve Carey'in genel kabul gören ayrımını da göz önünde tutarak, bir çeşit kendine özgü yarı başkanlık sistemi olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Burada, Azerbaycan Anayasası'nın yukarıda belirtilen ve açıklanan 95. maddesinin 14. bendi üzerinde özellikle durulması gerekmektedir. Milli Meclis'in görevlerinin düzenlendiği bu maddeye göre, bakanlar kurulunun parlamentoya karşı sorumlu olduğunu ileri sürebilir miyiz? Azerbaycan Anayasası'nda güvenoyu mekanizmasının olmaması sebebiyle, bu soruya olumlu yanıt verebilmek mümkün değildir. Bakanlar kurulunun yasama organına karşı sorumlu olduğunu kabul etsek bile, sistemde bakanlar kurulunu yasama organına karşı sorumlu tutacak bir mekanizma mevcut değildir. Uygulamada karışıklığa yol açabilecek olan bu hükmün değiştirilmesi yerinde bir davranış olacaktır. Yine başbakanın yasama organınca onaylanması süreci, ancak şekli anlamda bir güvenoyu olarak kabul edilmelidir; çünkü yasama organı cumhurbaşkanı tarafından üç kez belirlenen adaya onay vermediği takdirde, cumhurbaşkanı onay olmaksızın başbakanı atayabilmektedir.

Azerbaycan Anayasası'nın yapım süreci ABD Anayasası'nın yapım sürecinden farklıdır. Azerbaycan Anayasası kurucu meclis tarafından değil, Aliyev başkanlığında yürüyen bir komisyon tarafından

⁵³ Mustafa Erdoğan, "Türkiye'nin Sistem Arayışı", *Siyasal Sistem Tartışmaları*, Tesev Yayınları 15, İstanbul 2000, s. 92.

⁵⁴ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 275-278.

⁵⁵ Bkz., Gönenç, 1998, s. 207-210.

hazırlanmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın yapımında toplumun çeşitli tabakaları, temsilcileri yer almamıştır. Fakat Anayasa halkoyuna sunulduğunda ise büyük bir çoğunlukla kabul edilmiştir. Bu durumda halkoyuna sunularak kabul edilme niteliğinin, meşruiyet sorununu çözüp çözmediğine değinmek gerekir. Bizce Anayasa'nın halkoyuna sunularak büyük bir çoğunlukla kabul edilmesi Anayasa'nın hazırlanış aşamasındaki meşruiyet problemini ortadan kaldırmayacaktır. Özellikle iktidar partisi mevcut Anayasa'yı savunacak, muhalefet partileri ise muhalefette kaldıkları sürece cumhurbaşkanına tanıdığı geniş yetkilerden dolayı Anayasa'yı eleştireceklerdir. Bu durum, muhalefetin halkın bir bölümünü yanına çekebilmesi durumunda siyasi hayatta çalkantılara, hatta toplumsal olaylara sebep olabilir. Tüm kamusal sistemi cumhurbaşkanının etrafında toplayan, muhalefeti yok sayan, halkı ise cumhurbaşkanının kanuni liderliğinin kanatları altında kabul eden bu Anayasa'nın, ABD Anayasası'nın aksine ekonomik, kültürel ve siyasal değişiklikler ile birlikte yıpranacağı ve meşruiyetini yitirebileceği de göz ardı edilmemelidir. Ayrıca mevcut Anayasa'da kişilerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alacak denetim mekanizmalarının da bulunmaması, zaman içerisinde Anayasa'nın yıpranmasına yol açabilir.

ABD Anayasası'ndan farklı olarak Azerbaycan Anayasa'sı tam bir lider anayasasıdır. Yeni Anayasa ancak karizmatik bir lider ile toplumsal kabul görmektedir. Aliyev'in çok küçük bir olasılıkla da olsa siyaset sahnesinde çekilmesinden sonra, cumhurbaşkanının halk karşısındaki konumunun ne olacağı şüphe konusu olacaktır. Halk tarafından seçiliyor olmak, demokratik ilkelere tam olarak uyulduğu anlamına gelmez. Azerbaycan Anayasası'nın geniş yetkilerle donatıldığı bir cumhurbaşkanlığı makamının bulunduğu bu sistemde, yönetimde ciddi görüş ayrılıkları ve bu görüş ayrılıklarının yarattığı krizler doğabilir. Cumhurbaşkanının çıkaracağı fermanlar ile yasal düzenleme yapabilme yetkisine sahip olması, anayasal yetkilerini muhalefeti bastırmak için kullanabilmesi imkânını da beraberinde getirebilir. Böyle bir durumda, cumhurbaşkanının çoğulcu demokrasi anlayışından yana olacağını söylemek fazla iyimserlik olur.

Azerbaycan Anayasası'nın değişmesi çok zordur. Anayasa'nın değiştirilmesi ancak referandum ile mümkündür. Referandumlardan beklenen sonuçlar ise halkın politik, kültürel, eğitsel ve ekonomik ge-

işmişliğine göre değişir. Ayrıca Anayasa'nın 3. maddesinde belirtilen konularda (vergi ve devlet bütçesi, af, seçimi (atanması) veya onaylanması yasama ve (veya) yürütme organlarının yetkisine giren görevli kişilerin seçimi, atanması veya onaylanması) referandum dahi yapılamayacaktır. Anayasa'nın bu kadar katı olması sebebiyle değişen toplumsal ihtiyaçlara cevap verememesi durumunda, sistemin krizlere sürüklenebileceği, demokrasiden sapmaların dahi olabileceği düşünülebilir.

Azerbaycan'da hükümet sistemi yönünden belki istikrar ve etkinlik sorunu yaşanmayacaktır. Fakat sistem başkanlık sisteminin tipik *"kazananın her şeyi kazandığı, kaybedenin her şeyi kaybettiği"* şeklinde açıklanan risklerini taşımaktadır. Zaman içerisinde muhalefetin gelişmesi ile birlikte, siyasal açıdan ikiye bölünmüş bir toplumun oluşması kuvvetle muhtemeldir. Bu da, sistemin demokratikliği ve meşruluğu üzerindeki şüphelerin ne denli haklı olduğunu bir kez daha ortaya çıkarmaktadır. Azerbaycan'ın, ABD'deki gibi bağımsız ve etkili bir yargı erkine sahip olduğunu söylemek de mümkün değildir.

Anayasa tarafından getirilen hükümet sisteminin iyi işleyip işlemediğine karar verirken, inceleme konusu ülkedeki halkın eğitim düzeyini, demokratik kültürün gelişmişliğini, parti sisteminin de incelenmesi gerekir. Çok partili sistemlerde başkanlık sisteminin işlemesi güç olacaktır. Başkanlık sistemi çok arzu edilen etkin ve istikrarlı bir yönetime olanak sağlaması için, başkanın yasama organında sağlam bir çoğunlukla desteklenmesi gerekir. Aksi halde kendisinden etkinlik ve istikrar beklenen başkanlık sistemi, tam tersine bir istikrarsızlık ve kavga sistemi haline dönüşebilir. Azerbaycan'da ABD'deki geleneğin aksine, parti sisteminin de oturmuş olduğu söylenemez. Anayasaların ve daha genel anlamda kanunların yaşamaları toplum tarafından kabul görmelerine bağlıdır. Ne kadar mükemmel anayasa veya kanun yapılırsa yapılsın, toplum ile uyumlu olmayıp kabul görmemeleri halinde, halkın gözünde meşruiyet kazanamayacakları ve birer yazılı belge olmaktan öteye geçemeyecekleri unutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- Abdurrahman Eren – Alesker Aleskerli, *Yeni Anayasalar*, Başbakanlık Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Ankara 2005.
- Ali Sirmen, “Başkanlık Sistemi”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 11 Aralık 2004.
- Attila Özer, *Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, Ankara 1998.
- Burhan Kuzu, “Türkiye İçin Başkanlık Hükümeti” *Amme İdaresi Dergisi*, C.29, S.3, Ankara 1996.
- Burhan Kuzu, *Türkiye İçin Başkanlık Sistemi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997.
- Burhan Kuzu, “Başkanlık Sistemi ve Cumhurbaşkanı Politik Görüşler”, *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007.
- Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, İmaj Yayıncılık, Ankara 2001.
- Ekrem Serim, “Amerika’daki Başkanlık Sistemi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl;1983, Sayı:3-4.
- Erdal Onar, “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.
- Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993.
- Ergun Özbudun, “Başkanlık Sistemi Tartışmaları”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.
- E. Gülgün Tosun, – Tanju Tosun, *Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri*, Alfa Yayınları, İstanbul 1999
- Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

Herman Schwartz, *The Struggle For Constitutional Justice in Post-Comunist Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London 2000.

İlter Turan, "Başkanlık Sistemi Sevdası: Zayıf Temelli Bir Özlem", *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.

Juan, J. Linz, "Parlamentarizmin Erdemleri", (Çev. Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, (Derleyen: Larry Diomand ve March F. Plattner), Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

K. Haluk Yavuz, *Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

Kemal Gözler, *Devlet Başkanları*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2001.

Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2008.

Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, New York 1988.

Levent Gönenç, "Azerbaycan Anayasası Üzerine Notlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1-4, Ankara 1998.

Levent Gönenç, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.

Matthew Soberg Shugart - John M. Carey, *Presidents and Assemblies (Constitutional Design And Electoral Dynamics)*, Cambridge University Press, Cambridge 1992.

Matthew Soberg Shugart, "Of Presidents and Parliaments", *East European Constitutional Review*, Vol: 2, No:1, 1993.

Maurice Duverger, *Seçimle Gelen Krallar*, (Çev. Necati Erkurt), Konuk Yayınları, 1975.

Maurice Duverger, "A New Political System Model: Semi Presidential Government", *Parliamentary Versus Presidential Government*, (ed. Arend Lijphart), Oxford University Press, 1980.

- Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 9, Diyarbakır 1989.
- Murat Yanık, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, Alfa Yayınları, İstanbul 1997.
- Mustafa Erdoğan, *“Türkiye’nin Sistem Arayışı, Siyasal Sistem Tartışmaları”*, Tesev Yayınları 15, İstanbul 2000.
- Münci Kapani , *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.
- Nur Uluşahin, *“Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farklı Bir Yaklaşım: Yarı Başkanlıktan İki Başlı Yürütme Yapılanmasına”*, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.52, S.2, 2003.
- Nur Uluşahin, *İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Pınar Akçalı, *“Siyasal İstikrar ve Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri Örneği”*, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Kalkedon Yayınları, İstanbul 2007.
- Robert Elgie, *“The Politics of Semi-Presidentialism”*, *Semi-Presidentialism in Europe*, ed: Robert Elgie, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Serap Yazıcı, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.
- William Burnham, *Introduction To The Law And Legal System Of The United States*, Third Edition, West Group USA 2002.
- Yaşar Gürbüz , *Anayasalar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 2, (1999), C.13.

Gazete ve Elektronik Kaynaklar

Cumhuriyet Gazetesi, 11 Aralık 2004.

Hürriyet Gazetesi, 23 Nisan 1987.

Milliyet Gazetesi, 11 Aralık 2004.

“Başbakan ile Gündem”, *ATV*, 18 Nisan 2010; <http://www.Sabah.com.tr>, (Erişim tarihi, 19 Mart 2010).

<http://www.cnn.com/ELECTION/2000/results/president/index.html>, (Erişim tarihi, 16 Kasım 2012).

[www//photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf](http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf), (Erişim tarihi, 21 Kasım 2012).

TAHKİMİN KAMU HİZMETLERİNE UYGULANMA SORUNSALI VE OLASI SONUÇLARI

THE PROBLEMATIC OF CARRYING OUT THE PUBLIC SERVICES OF ARBITRATION AND ITS POSSIBLE RESULTS

Mehmet NAR*

Özet: Küreselleşme adı verilen etkileşim emek, mal, sermaye ve hizmet hareketliliğinin dünya çapında serbestleşmesini sağlarken, küresel yatırımların boyutunu da olabildiğince arttırmıştır. Bu durumdan yararlanmak isteyen kaynak ihtiyacındaki ülkeler yabancı yatırımcılara pek çok avantaj sunarken, yabancı sermayedar ise söz konusu avantajlara ilave olarak hukuki düzenlemeleri de bir bütün halinde görmek istemektedir. Çünkü ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık halinde yatırımın yapıldığı ülkenin devlet yargısına gitmek yerine kendilerinin de adil şekilde yargılanabilecekleri uluslararası hakem heyeti marifetiyle sorunların çözümünü amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu makale uluslararası tahkim müessesinin önemine yer vermekte, küresel sermaye akımlarının ulaştığı boyut dikkate alındığında küresel tahkim hukukunun oluşturulma gereği inceleme konusu edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Küreselleşme, yatırım, uyuşmazlık, uluslararası, tahkim.

Abstract: Although the interaction called globalization liberalize the mobility of labor, commodity, capital and service in the world wide, increases the volume of global investment. While the countries which intend to benefit from this situation provide a lot of opportunities for the foreign investors, foreign lenders want to see the legal arrangements as a whole. However, they try to find solutions for the problems by applying international trade courts, where they expect to expose a fair trial instead of the courts in the invested county in case of a disagreement. Therefore, this article refers to the importance of international arbitration and the need of composing an international arbitration law when the volume of global capital flows taken into consideration.

Keywords : Globalization, investment, conflict, international, arbitration.

1. Giriş

Devletlerin gelir yetersizliği sebebiyle imtina edemeyeceği bir şekilde gerçekleştirilmesi gereken kamusal (yarı kamusal) mal ve hizmetler vardır. Örneğin enerji, elektrik, doğalgaz, baraj, transit yollar, şebeke yatırımları gibi büyük altyapı yatırımlarının belli seviyelerde de olsa gerçekleştirilmesi zaruret arz etmekte ancak kaynak yetersizliği nedeniyle gerçekleştirilemeyen kamusal mal ve hizmetlerin, yabancı sermayedar ya da yabancı yatırımcı tarafından yap, yap-işlet, yap-işlet-devret gibi çeşitli yöntemlerle gerçekleştirildiği ya da finanse edilebildiği görülmekte, küreselleşme süreci ise bu noktada belirleyici olmaktadır.

Özellikle küreselleşme adı verilen etkileşimin temel yapılarından olan teknolojik ilerlemeler ve buna paralel olarak ulaşım ve iletim maliyetlerinin önemli ölçüde azalması ulusal piyasaların, uluslararası piyasalarla daha kolay entegrasyonunu ve böylece emek, mal, sermaye ve hizmet hareketliliğinin küresel çapta serbestleşmesini sağlamıştır. Ülkeler arasındaki ekonomik etkileşim tarife ve tarife dışı engellerin kaldırılması, ticarete yönelik kısıtlamaların hafifletilmesi, sermaye hareketlerinin serbestleştirilmesini de beraberinde getirmiş yabancı yatırımların bir ülkeden diğerine akışkanlığı artmıştır (OECD, 2011: 14). Bu durumdan yararlanmak isteyen kaynak ihtiyacındaki ülkeler ise özellikle doğrudan yabancı yatırımcılara sayılanlara ilave olarak pek çok cazip fırsatlar sunmuşlardır.

Bu amaçla ülkeler; hükümet garantileri (fiyat, ürün alım garantisi), serbest kar transferi, devletleştirmeye karşı garantiler, ucuz hammadde, ucuz işgücü temini, yatırım indirimi, düşük vergileme gibi pek çok teşviksel uygulamaları yürürlüğe koymuşlardır. Ancak bu türden uygulamalar yabancı yatırımcılar açısından gerekli şartlardan olmuş fakat yeter şart olmamıştır. Çünkü yabancı sermayedar ekonomik ve mali avantajlar yanında özellikle hukuki düzenlemeleri de bir bütün halinde görmek istemekte, ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık durumunda yatırımın yapıldığı ülkenin yerel mahkeme ya da devlet yargısına gitmek yerine kendilerinin de adil şekilde yargılanabilecekleri uluslararası hakem ya da tahkim heyeti marifetiyle sorunların çözümünü amaçlamakta, küresel sermaye akımlarının ulaştığı boyut dikkate alındığında ulusal hukuk kurallarının ötesinde küresel hukukun oluşturulması gereği de son derece önemli olmaktadır.

Günümüzde uluslararası sermaye akımlarında görülen bariz artış iktisadi faaliyetlerin daha karmaşık hale gelmesine neden olmaktadır. Uyuşmazlık konularının değişerek yeni konsept sorunların ortaya çıkması, bu sorunların yeni yöntemlerle giderilmesi gereğini zaruri kılmakta, bu durum uluslararası tahkim mekanizması benzeri yöntemlerle uyuşmazlıkların çözümünü gündeme getirmektedir. Bununla birlikte bu tür mekanizmaların ülkelerin egemenlik yetkisini sınırlayabileceğine yönelik tartışmalar ise politik iktisatta temel sorunsallardan biri olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

2. Uluslararası Tahkimin Tanım, Tarihçe ve Kapsamı

Tahkim, her iki tarafın üzerinde anlaşmaya vardığı konular dahilinde ortaya çıkabilecek bir anlaşmazlığın devlet yargısı dışında hakem kararına başvurmak suretiyle çözümlenmesidir (Collin, 2003: 17). Diğer bir ifadeyle tüm tarafların rızası ile bir anlaşmazlığın üçüncü kişi veya kişilerce çözümüne imkân tanıyan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir (Wild, 2006: 29). Ya da herhangi bir anlaşmazlık konusunun, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartına uygun olarak taraflarca kararlaştırılan kişi veya kişiler marifetiyle çözümlenmesi, şimdiki ya da gelecekteki bir hukuki ihtilafın tahkim sözleşmesi kapsamında hakem aracılığıyla giderilmesi veya ortadan kaldırılmasıdır (Martin, 2003: 31).

Tarihsel açıdan değerlendirildiğinde: M.Ö. 700 yılında eski Fenike’de, 2000 yıl önce Çin’de, 2500 yıl önce Hindistan’da, Antik Mısır Medeniyetinde bağlayıcı tahkim kararlarının zengin tarihini gösteren sayısız örneklerine rastlamak mümkündür. **Antik Yunan’da tahkim:** Yargıç yerine, hakem ya da tahkim mekanizması vasıtasıyla öz denetim (*self-policing*) ya da diğer bir ifadeyle otokontrolün sağlanması amaç edinilmiştir. Aristo ve Cicero tahkimi olumlu bir mekanizma olarak görerek adeta günümüz tahkim mekanizmasının tanımını yapmışlardır. Aristoteles tahkim mekanizmasında hakemin (hakim ya da yargıca göre) salt hukuk kurallarını uygulamak zorunda olmadığından daha eşitlikçi ve adil biçimde karar verilebileceğini ifade etmektedir. Cicero ise, mahkemeye giden bir kişinin kazanma ya da kaybetme şeklinde iki alternatiften biriyle karşılaşacağını buna karşın tahkime giden bir kişinin ise her şeyi elde etmekten ziyade en azından bir ölçüde olsa kazanç sağlayabileceğinden bahsetmektedir.

Roma Hukukunda Tahkim: Mevcut uyuşmazlıklar üçüncü kişi nezaretinde hakem kurallarında çözümlenebildiği gibi diğer bir uygulama yöntemi olarak, ihtilaf konusu hakem yerine özel hakimler vasıtasıyla çözümlenebilmektedir. Uygulamada hakem kararlarının tenfizine aykırı eylemler cezai müeyyidelerle desteklenmektedir. Hıristiyanlığın Roma İmparatorluğu'nun resmi devlet dini olarak kabul edilmesiyle birlikte kilise papazlarının devlet mahkemelerinin daha önce oynadığı rolü üstlenerek, hakem sıfatıyla bazı uyuşmazlıkları çözümledikleri görülmektedir. **İslam Hukukunda Tahkim:** İslamiyet'in ilk günlerinden itibaren çeşitli anlaşmazlıkların çözümü için tahkim yönteminin uygulanması egemen olmuştur. Böylece yerel yasalar tahkimi içerecek şekilde değiştirilmiş tahkim hukuku, temel hukuk sisteminin bir parçası olarak benimsenmiş hakem kararlarının şer'i hükümlerle orantılı olduğu da kabul edilmiştir. **Ortaçağ Uygulamalarında Tahkim:** Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra ortaçağ döneminde tahkim soylular arasındaki anlaşmazlıkların çözümü amacıyla istisnai bir uygulamadan çok kural olarak ortaya çıkmış, bununla birlikte bazı yönleri ile tahkim uygulamasının ortaçağ hukukunda kral mahkemesine alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olduğu gözlenmiştir. Tahkim esasen şiddet unsuru içermeyen bir süreci tanımlarken, erken aşamalarda ise ceza yargısına yönelik davalara da tahkim usulü uygulandığı ilerleyen aşamalarda ise kişi hak ve hürriyetine yönelik cezai müeyyidelerin tahkim yargılamasına dahil edilmediği görülmüştür. **Avrupa Ticaret Hukukunda Tahkim:** Onuncu ve onbirinci yüzyıllarda ticari tahkim uygulaması birçok Avrupa kentinde ticaret hukuku olarak adlandırılan ve yaygın olarak kullanılan bir mekanizma halini almıştır. Söz konusu yapı meşruiyet, adalet, karşılıklı yarar ve anlayış üzerine temayüller doğrultusunda kurulmuştur. Bir hake-min kararını uygulamayı reddedenler diğer tüccarlar tarafından dışlanma ile karşı karşıya kalmış, geleneksel mahkemelerden ayrı olarak özel nitelikte faaliyetlerini ise süreç içerisinde sürdürmüşlerdir. 1698 yılında İrlanda'nın yürürlüğe koyduğu ilk tahkim yasasının 250 yıl boyunca değişmeden kalması, bu sürecin devamlılığına ve önemine yönelik işaret olarak değerlendirilmiştir (Barrett and Barrett, 2004: X; 6-16). **Osmanlı İmparatorluğunda Tahkim:** Tanzimat öncesine ait kanun ve nizamnamelerde tahkime ait hükümlere rastlanmamakla birlikte Tanzimat'la beraber çıkarılan yasal düzenlemelerde tahkim-

sel hükümlere yer verilmektedir. Bunlardan en önemlisi Fransız Ticaret Kanunu'ndan alınan 1850 tarihli Kanunnamei Ticaret olup söz konusu kanunun 40-52. maddeleri tahkime ait hükümler içermektedir. Yine 1861 tarihli ticaret usulü muhakemesine ait düzenlemede de tahkimden bahsedilmektedir. Öte yandan 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanununun 176. maddesinde deniz ve sigorta mukavelelerinden doğacak uyuşmazlıkların hakem marifetiyle çözümlenmesi kabul edilmiştir. İlk medeni kanun olan Mecelle ile 1879 tarihli Usulü Muhakematı Hukukiye yani yargılama usul hukukunda da tahkime ilişkin hükümler yer almaktadır. Bununla birlikte bir hukuki müessese olarak tahkime ilişkin toplu düzenlemelerin 1927 tarih ve 1086 sayılı hukuk usulü muhakemeleri Kanununun sekizinci babında "tahkim" başlıklı 516-536. maddeleri arasında yer verildiği görülmektedir (Karataş ve Ertekin, 1997: 27).

Uluslararası tahkim mekanizmasının modern köklerini devletler arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların çözümlenebilmesi için tahkim komisyonlarının kurulduğu ABD ve Birleşik Krallık arasındaki Jay Antlaşması'nda (*Jay Treaty-1784*) görmek mümkündür. Ayrıca 1899 ve 1907 tarihli Lahey Barış Konferansı'nda da sulh amaçlı tahkim mevzuatına yer verildiği görülmüş, bugün itibariyle tahkim hukuku uluslararası teamül hukukunun bir parçası halini almıştır (Martin, 2003: 31). Günümüzde sosyal ve ekonomik küreselleşmeye tepki olarak sürekli gelişen ve benzeri görülmemiş bir hızda büyüyen, küresel hukukun bir parçası olarak ortaya çıkan uluslararası ticari tahkim mekanizması, dünya ticari ilişkilerindeki artışa paralel olarak uyuşmazlıkların yerel yargı organları yerine tahkim adı verilen hakem kurullarında çözümünü hedeflemekte, küreselleşmenin hızına paralel sorunların da kısa vadede giderilmesi amaçlanmaktadır (Schill, 2009: 1).

Gerek iç mevzuatımızda gerekse uluslararası alanda kabul gören tahkim mekanizmasının genellikle ticari uyuşmazlıklara uygulandığı görülmekle birlikte spor, aile, miras hukuku, sınai ve fikri mülkiyet hakları, vergi hukuku vs. pek çok alanda da tatbiki mümkün olmaktadır. Bu noktada devletlerin iç hukuk sistemlerinde yer alan tahkim mevzuatının uluslararası tahkim mevzuatına uyarlanabilmesi meselesi öne çıkmakta, bu amaçla ülkeler arasında ikili ya da çok taraflı milletlerarası sözleşme ve anlaşmalarla tahkim mevzuatının uluslararası hukuki alt yapısı tesis edilmeye çalışılmaktadır.

Uluslararası ticari tahkim mekanizması ile yabancı yatırımcı, devletin gerçekleştirmesi gereken kamusal (yarı kamusal) hizmet niteliğindeki yatırımları imtiyaz sözleşmesi* kapsamında yerine getirmeyi taahhüt etmekte, uyuşmazlık halinde ise yerli yargı organları yerine uluslararası hakem ya da hakem heyetleri vasıtasıyla sorunun çözümünü amaçlamaktadır. Bu amaçla öncelikle tarafların sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin tahkim şartını ana sözleşmeye koymaları gerektiği gibi taraflar daha sonradan tanzim edebilecekleri ayrı bir tahkim sözleşmesiyle de uyuşmazlıkları tahkime götürebilmektedirler. Bu amaçla *zorunlu tahkim*, taraflar arasındaki karşılıklı anlaşmazlıkların tarafların isteği doğrultusunda sadece tahkim hukuku yoluyla çözümlenmesini ve neticede bir tahkim kararının tesisi edilmesini amaçlamaktadır. *Zorunlu olmayan tahkimde* ise tahkim yöntemi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesinde sözleşmede yer alan çözümsel yöntemlerinden sadece biri olarak kabul edilmektedir. *Bağlayıcı tahkim* tarafların ön anlaşma, yasal kural ya da kanunu vs. öne sürerek tahkim sürecinde alınan tahkim kararına itiraz ya da dava hakkının olmaması durumudur. *Bağlayıcı olmayan tahkim* ise tarafların hakem kararını uygulama gibi bir zorunluluğunun bulunmaması ve böylece hakem kararının gerektiğinde mahkemeler aracılığıyla dava konusu edilebilmesidir (Wild, 2006: 29).

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürme konusunda anlaşmalarının ardından tahkimin *ad hoc* özel hakemlerce mi, yoksa bir kuruma bağlı hakem heyetleri vasıtasıyla mı yürütüleceği konusunda karar vermeleri gerekmektedir. Bir kuruma bağlı olarak yönetilen tahkime *kurumsal tahkim (arbitral institution)* adı verilirken, herhangi bir idari kuruma bağlı olmaksızın yürütülen tahkime ise *ad hoc tahkim* adı verilmektedir. Her iki seçenek için de avantaj ve dezavantajlar söz ko-

* Tahkim prosedürü içerisinde, bizi en fazla ilgilendiren sözleşme niteliğindeki kavram kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir. Anayasa Mahkemesi Kararı'nda da değinildiği üzere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri; konusu kamu hizmetlerinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmelerdir..... biçiminde ifade olunmaktadır. İdare hukukunda imtiyaz kavramı ise kamu hizmetlerinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetlerinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine *imtiyaz* adı verilmektedir. Gereksinimler karşısında yönetimin yetersizliği ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını gerekli kılmakta, bu durum kamu hizmetlerinin özel girişim tarafından yerine getirilmesine de dayanak teşkil etmektedir (bkz. 20 Mart 1996 tarihli R.G).

nusudur. *Kurumsal tahkim* mekanizmasında kurumun, zaman içinde denenmiş ve ortaya çıkabilecek çok sayıda sorunla başa çıkmak için oluşturulmuş etkili ve yerleşik kuralları (ICC, ICSID) bulunmakta ve böylece daha kısa sürede karar alınabilmektedir. Ayrıca ücret ve masraflar peşin olarak ödenmekte, hakemlerin makul şekilde tespiti ile zamanında atanmaları yapılabilmekte buna karşın ad hoc tahkime göre daha maliyetli olmaktadır. *Ad hoc tahkimde* ise kurumsal tahkimde olduğu gibi tahkimi yöneten bir kurum bulunmamaktadır. Taraflar daha çok özel amaçlı geçici mahiyetteki örneğin zanaat (*craft*) gibi uyuşmazlık konularında (i) kendi kurallarında tahkimi yönetebilmekte veya (ii) ad hoc hakemlikte sık kullanılan bir yöntem olarak UNCITRAL Tahkim Kurallarını kullanmayı tercih edebilmektedirler. Ad hoc tahkime yönelik çağdaş hükümler Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından yayımlanmış olup bu kurallar Ad hoc tahkimi düzenlemek amacıyla çoğunlukla başvuru alan kurallar olmaktadır. Ancak burada unutulmaması gereken nokta UNCITRAL tahkim kuralları, ICC ya da ICSID gibi tahkimi yönetmek için ihdas edilmiş bir tahkim kurumu değildir. Ad hoc tahkimde özellikle tahkimi yöneten bir kurumun olmaması nedeniyle masrafların düşük, hakem ve tahkim sürecine yönelik prosedürlerin esnek oluşu gibi avantajlar yanında, esnek kurallar nedeniyle taraflardan birinin süreci kasıtlı olarak sekteye uğratabileceğine yönelik dezavantajlar da mevcut bulunmaktadır (Moses, 2008: 9; Rovine, 2009: 220).

2.1. Uluslararası Tahkim Mekanizmalarının Oluşum Süreci

Yabancı yatırım ve yatırımcıların korunması amacıyla uluslararası hukukun oluşturulması gereğine yönelik düzenlemeler özellikle son yüzyılda yaşanan önemli gelişmelerden temellenmiştir. Bu bağlamda örf ve adet hukuku yanında ikili ve çok taraflı milletlerarası anlaşma ve sözleşmeler ve hukuki düzenlemelerle oluşturulan genel ilkeler, küresel manada eşitlik-adalet-hakkaniyet söylemleriyle şekillenen uluslararası tahkim hukuku ile *yatırımcı-devlet* arasındaki uyuşmazlıkların bertarafı amaçlanmıştır (Paparinskis, 2009: 265). Bununla birlikte yatırımcıların tahkim mekanizması marifetiyle hak arama girişimleri yeni bir kavram olup düne kadar yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde, kapitülasyonlar ve diplomatik korumacılığı esas alan çözümsel yöntemlerin hakim anlayış olarak ortaya çıktığı görülmüştür.

Kapitülasyon teslimiyet anlaşması anlamına gelmektedir. Özel ve kısmen tek taraflı yükümlülük doğuran antlaşmalar olup bir ülke tarafından diğer ülke ya da ülkelere verilen ayrıcalıkları ifade etmektedir. Bu sayede ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümlenmesinde kısmen bölge dışı yargılama yetkisi ile yabancı ülke vatandaşlarının diplomatik ya da konsolosluk mahkemeleri (*diplomatic or consular courts*) vasıtasıyla kendi ülke yasalarına göre yargılanmalarına imkan tanınmaktadır (Martin, 2003: 65). Dolayısıyla kapitülasyonlar (*capitulation*) yoluyla yabancı yatırımcı ülkesi dışında koruma altına girmiş olmaktadır. Tarihte kapitülasyonların en ağır biçimine Osmanlıda rastlamak mümkün olup uygulamada yabancı yatırımcılara verilen geniş kapsamlı vergi muafiyetleri son derece önemli olmuştur. Özellikle *Bac* adı altında transit geçiş vergisi, ihraç edilen mallar üzerindeki *masdariye vergisi*, örfi vergiler kapsamında *tekalif-i örfiye vergisi* ödemekten muaf tutulmuşlar ve böylece gümrük tarifeleri de önemli ölçüde düşürülmüştür. Bu durum yabancı tüccarların ticari faaliyetleri açısından ise son derece karlı olmuştur. Colin Imber' in belirttiği gibi müslüman ve müslüman olmayan vergi mükellefleri arasında vergi muafiyeti yasal statü arasındaki belki de en önemli belirleyici faktör olmuş, ayrıca ortaya çıkan sorunların halinde yabancılar kendi kanunlarında konsolosluklarda yargılama imkanına kavuşmuşlardır (Boogert, 2005: 32-33).

Yabancı yatırımcıyı korumaya yönelik diğer bir yaklaşım ise diplomatik korumacılık kavramıdır. Bu anlamda diplomatik korumacılık (*diplomatic protection*) devletin, uyruğundaki kişilere (özel hukuk eylemleri) yönelik sınır ötesi ya da devletlerarası düzeyde sağladığı koruma olarak ifade edilebilir (Bratspies and Miller, 2006: 203-204). Ülkelerin diplomatik korumacılık adı altında yatırım uyuşmazlıklarını askeri müdahaleye vardırarak derecede politize etmesine karşılık, tahkim mekanizması yatırım uyuşmazlıklarını diplomatik koruma iddialarından arındırarak sorunların depolitize edilmesine ve barışçıl yollardan çözümlenmesine imkan tanımaktadır. 1800'lü yıllardan buyana özellikle Latin Amerika ülkelerinde yabancı yatırımların diplomatik korumacılığa tabi tutulduğu ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde askeri müdahalenin meşru bir enstrüman olarak kullanıldığı ve bu durumun sömürgeleşme sonrası dönem olan İkinci Dünya Savaşı sonuna kadar devam ettiği görülmektedir. Bu yaklaşımlara karşı Latin Amerikan ülkelerinin ise muhalefet teorileri geliştirdikleri bilinmekte-

dir. Bunlardan en önemlisi *Calvo ve Drago* doktrinleri olup her iki görüşte daha sonraları diğer gelişmekte olan bölge politikalarına önemli etkileri olmuştur. Calvo Doktrini, devletlerin egemenliği kapsamında yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların her şart altında yerel yargı organları tarafından çözümünü amaçlamakta, tarafların sözleşmeye koyacakları Calvo Şartıyla uygulamadan kaynaklanan sorunları yerel yargıya götürecekleri kabul edilmektedir. Böylece yargılama, devletlerin coğrafi sınırlarını esas alan, milli hukuka dayalı, ulusal mahkemelerin münhasır yargılama yetkisini kabul eden bir süreci tanımlamaktadır. Benzer şekilde Drago Doktrini ise kamu borçlarının tahsilâtı amacıyla borçlu ülkenin topraklarının alacaklı ülke devletleri tarafından işgal edilemeyeceğini öne süren (1907) Arjantin Dışişleri Bakanı'nın görüşünü ifade etmektedir. Nispeten benzer bir görüş ise Porter Doktrini'dir. Buna göre alacağını tahsil edemeyen bir ülke, borçlu ülkeye kuvvet kullanımında bulunamayacak bununla birlikte borçlu ülke uyuşmazlık halinde tahkim yoluyla konuyu hakem kararına götürecek, hakem kararına muhalefet halinde ise silahlı kuvvete başvurma meşru hale gelecektir. Dolayısıyla Porter Sözleşmesi zorunlu tahkim içeren ilk çok taraflı sözleşmedir. Anlaşmazlıklarda Porter sözleşme hükümlerinin yürürlüğe gireceğini beyan eden taraflar uyuşmazlık halinde öncelikle tahkime gitmekte bu durum ise daha modern bir yaklaşım tarzı olarak değerlendirilmektedir. Ancak sözleşmenin devletlerarası ilişkilerde kuvvet kullanımı ile ilgili bir onay oluşturulduğu da çok açık görülebilmektedir (Asouzu, 2004: 292; 413-415).

Genel olarak değerlendirildiğinde, *Calvo Şartı*'na benzer düzenlemelerin kanunlarımızda da yer aldığı görülmektedir. Bu durumun en önemli nedenlerinden biri Osmanlı İmparatorluğu'nun benzeri görülmemiş bir uygulamaya imza atarak kapitülasyonlar adı altında yabancı yatırımcılara tanıdığı imtiyazlar sorununun, ancak 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması ile çözümlenebilmiş olmasıdır. Geçmiş olumsuzlukları dikkate alan yeni Türkiye Cumhuriyeti 1924 Anayasası'yla *imtiyaz hukukunun* denetim ve gözetimini Meclis yetkisine vermiş, yabancı yatırımlardan doğan her türlü uyuşmazlığın ulusal mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesini kararlaştırmıştır. Dünya örnekleri açısından durum ele alındığında gerek kapitülasyonlar gerekse diplomatik korumacılık adı altında uygulanan benzer faaliyetlerin yatırım yapıldığı ülke bütünlüğüne yönelik tehditkâr mahiyette uygulamalara

dönüştüğü görülmüş dolayısıyla bu durum gelişmekte olan ülkelerin yabancı yatırımlara bakışında da ciddi endişelere sebep olmuştur. Süreç içinde yatırım uyuşmazlıklarının yerel yargı organları vasıtasıyla karara bağlanmasında kamu yararı (*public interest*) düşüncesi ön plana çıkmış ve bu yüzden ülkeler hukuk sistemlerini revize etmemekte uzunca süre direnmişlerdir. Ancak bu direnç GOÜ'lerin sermaye çekme çabalarıyla bağdaşmadığı gibi diğer taraftan yabancı yatırımcılar da sermayenin geri dönüşünü garanti altına alma adına uyuşmazlık halinde yerel yargı organına gitmek istememektedir. Dolayısıyla bu ikilem karşısında ülkelerin kendi çıkarlarını temsil eden iç hukuk sistemlerinin, uluslararası hukuk kurallarıyla örtüşmesi de haliyle zor olmaktadır. Olumsuzlukların aşılabilmesi maksadıyla ülkeler arasında imzalanan iki taraflı anlaşma ve çok taraflı sözleşmelerle ulusal hukuk kurallarının, uluslararası alanda entegrasyonunun sağlanması amaçlamakta, bu tür ihtiyacın gereği olarak ortaya çıkan uluslararası tahkim hukuku ise tarafların ortak müşterekte buluşmalarına imkan tanıyan bir uygulama biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Tahkim Konusunda Uluslararası Hukuki Düzenlemeler

3.1. Uluslararası Sözleşmeler

Uluslararası sözleşmeler, uluslararası ilişkiler çerçevesinde genel prensiplerin oluşturulması, benimsenmesi ve buna uyum sağlanması amacıyla oluşturulmuş coğrafi, siyasal, ekonomik, hukuki veya ticari bir kritere göre tanımlanabilen ve özel olarak uluslararası ticari işlemler çerçevesinde yeknesak prensipler oluşturmak amacıyla geliştirilen belirli ve alışılmış kurallardır (Noussia, 2010: 146). Bir tahkim anlaşmasında birincil güç kaynağı ulusal yasalar ve uluslararası sözleşmeler olurken genellikle çok taraflı akdedilen uluslararası sözleşmeler, tahkim hukukunun gerektirdiği altyapıyı oluşturması bakımından da son derece önemlidir (Onyema, 2010: 120). Bu kapsamda tahkim usulüne yön veren belli başlı uluslararası sözleşmeler ise şunlardır:

(i) Cenevre Protokolü (The Geneva Protocol, 1923): Uluslararası ticari meselelerde hakem çözümünü esas alan ilk düzenleme olarak dikkat çekmektedir. Tahkim prosedürünü belirlemekte, uygulamaya yönelik usulün ortaya konmasını sağlamakta ve ayrıca tahkim meka-

nizması yöntemiyle sorunların çözümünün dünya çapında geliştirilmesi ve yaygınlaştırılmasını amaçlamaktadır. Otuz üç ülke tarafından imzalanan protokol (Gaillard and Savage, 1999: 120-121), Türkiye tarafından imzalanmamıştır.

(ii) Cenevre Sözleşmesi (The Geneva Convention 1927): Cenevre Protokolü'nün ardından 1927 tarihinde Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında Cenevre Sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmeyle taraf ülkelerde alınan kararların diğer akit devletler arasında da bir ölçüde bağlayıcı etkiye sahip olması amaçlanmıştır (Moses,2008: 243-244). Bu sözleşme de Türkiye tarafından imzalanmamıştır.

(iii) New York Sözleşmesi (The New York Convention 1958): Bu alanda yer alan en önemli uluslararası sözleşmedir. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine düzenleyen New York Sözleşmesi'yle, yabancı hakem kararlarının icrası düzenlenmektedir. Bu sözleşme ile tarafların hakem kararlarını tanımayı reddetme gerekçeleri son derece sınırlı birkaç maddeye indirgenmektedir. Böylece hakem kararlarının uygulama kabiliyeti genişletilmekte ve hakem kararlarının kesin olduğu vurgulanmaktadır (Hörnle, 2009:110). 1958 tarihli New York Sözleşmesinin benimsemesiyle birlikte 1923 Cenevre Protokolü ve 1927 Cenevre Sözleşmesi uygulamadan kaldırılmıştır (Onyema, 2010: 34). Türkiye bu sözleşmenin tarafıdır.

(iv) Avrupa Sözleşmesi (European Convention on International Commercial Arbitration 1961): 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin V. maddesinde; hakem kararlarının geçersiz sayılması, hakem kararlarının kamu politikalarına ya da kamu düzenine aykırı olması gibi son derece sınırlı sayıda gerekçelerle iptal edilebileceğini vurgulamaktadır. Ancak hakem kararının iptal edilmiş olması, iptal kararının her şart altında uygulanacağı manasına gelmemekte New York Sözleşmesi'nin kendisi de iptal kararının uygulanmayabileceğini hüküm altına almaktadır. İşte Avrupa Uluslararası Ticari Tahkim Sözleşmesi (Cenevre 1961) madde IX ile bu boşluk doldurulmakta yabancı hakem kararına yönelik alınan iptal kararlarının listede sıralanan haller dışında başka bir nedenden dolayı uygulamaktan imtina edilemeyeceğini ifade etmekte böylece model kanun tahkim hukunu bir adım daha ileri götürmektedir (Ambrumenil and Scott, 1997:142; Rovine, 2008: 231). Söz konusu sözleşmeye Türkiye de taraftır.

(v) Washington Sözleşmesi (The Washington Convention 1965): Dünya Bankası himayesinde oluşturulan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında, Yatırım Uyuşmazlıklarının çözümünü amaçlayan sözleşmedir. Washington Sözleşmesi yabancı yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için Uluslararası Merkez olan (ICSID)'ı kurmuştur. ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) özel olarak yatırım uyuşmazlıklarına bakan kurumsal bir tahkim mekanizmasıdır. Yatırımcılar ve ev sahibi ülkeler arasında sorunların tarafsız ve etkin şekilde çözümüne yönelik garantiler sunmakta, hakem kararları ise bağlayıcı olmaktadır. Ayrıca her üye devlet, alınan hakem kararlarını kendi ülke mahkemeleri tarafından verilen nihai yargı kararları gibi madde 54 (1) uygulamakla zorunludur. Dolayısıyla bu ve benzeri üstünlükler ICSID mekanizmasını yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde sıkça başvuru yapılan tahkim yöntemlerinden biri haline getirmektedir (Gaillard and Savage, 1999: 150-151). Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmelerdendir.

(vi) Panama Sözleşmesi (The Panama Convention 1975): Yakın zamana kadar Latin Amerika ülkeleri küresel mahiyetteki sözleşmelere ilgisiz kalmışlardır. Bu ülkelerin büyük çoğunluğu bu gün itibariyle New York Sözleşmesi'ni onaylamalarına rağmen 1975 yılında sadece dört ülke New York Sözleşmesi'ne taraftır. New York Sözleşmesi'ne olan güvensizliğin bir göstergesi olarak, Latin Amerika Ülkeleri 30 Ocak 1975 tarihinde Panama'da, Panama Sözleşmesi'ni imzalamıştır. Bu sözleşmede New York Sözleşmesi'nin uluslararası ticari tahkime yönelik hükümleri ağırlıklı olarak kullanılmıştır. Panama Sözleşmesi, Amerikan Devletler Örgütü (OAS) çatısı altında faaliyetlerini sürdürmektedir. On beş Latin Amerika ülkesi; Arjantin, Brezilya, Şili, Kolombiya, Kosta Rika, Ekvador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Meksika, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay, Venezüella ve 1990 yılından itibaren ABD Sözleşme'nin tarafı olup sözleşme OAS bünyesindeki ülkeleri kapsadığından tahkimin bölgesel mahiyette uygulaması olarak değerlendirilmektedir (Gaillard and Savage, 1999: 146). Bu bağlamda 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi'nde anlaşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik hükümler yer almakta (Lutz, 1995: 152), keza 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde de tahkimsel uygulamalara yer verilmektedir.

(vii) Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları (YKKT): Anlaşmaların temelinde yabancı yatırımcılarla ev sahibi devlet arasında bölgesel ve sektörel alanda yatırımların teşviki ve korunması amaçlanmakta söz konusu anlaşmalarda benzer şekilde tahkim mekanizmasına yer verildiği görülmektedir. Bu tür anlaşmalar; yabancı yatırımcıların korunması amacıyla yatırım garantileri, yatırımların hükümet müdahalelerinden korunması, hibe yardımları verilmesi, en çok gözetilen ülke muamelesi yapılması, yerli yatırımcıyla benzer şekilde adil ve eşit muamele edilmesi, güvenlik sağlanması, tazminat ödemeksizin kamulaştırmanın men edilmesi, ev sahibi devlet ile uyuşmazlık durumunda tahkime gidilebilmesi gibi avantajlar sağlayan kapsamlı anlaşmalardır (Schill, 2009: 5). Dolayısıyla YKKT anlaşmaları sunduğu avantajlar yanında içeriğinde tahkim uygulamasına ayrıca yer vermesi bakımından da son derece önemlidir.

(viii) Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (The OECD Multilateral Agreement on Investment MAI 1998): Yabancı yatırımların korunması ve geliştirilmesi amacıyla ihdas edilmiştir. Benzer uluslararası yatırım anlaşmaları ile aynı mahiyette özellikler taşımasına rağmen daha çok (gelmiş ülkelerin) çıkarlarını korumaya ve geliştirilmeye yönelik bir yapılanma olduğu gerekçesiyle rağbet görmemiştir. Anlaşma kapsamında bir uzlaşya ulaşmanın imkânsızlığı noktasında MAI başarısız olmuş ve geri çekilmiştir. Ancak anlaşmazlıkların giderilmesinde tahkim mekanizmasına yönelik yeni yaklaşımlar ortaya koyması bakımından anlaşma içeriğine önem atfedilmektedir (Schill, 2009: 53-55).

(ix) Çok Taraflı Yatırımlar Garanti Ajansı (The Multilateral Investment Guarantee Agency MIGA 1985): Uluslararası yatırım alanında bir diğer çok taraflı sözleşmedir. 11 Ekim 1985 tarihinde Seul'de imzalanmıştır. Söz konusu anlaşma ile üye devletlerarasındaki uyuşmazlıkların madde 58'e göre tahkim mekanizması marifetiyle çözümlenmesi hedeflenmektedir (Gaillard and Savage, 1999: 119). Sözleşmeyle kaynak ihtiyacındaki alanlara sermaye akışı teşvik edildiği gibi temel olarak yabancı yatırımcıların *politik risklere* (örneğin kamulaştırma) karşı korunmaları amaçlanmaktadır (Asouzu, 2004: 229).

3.2. Uluslararası Tahkim Kurumları

Tahkim gerek ulusal gerekse uluslararası alanda tarafların alternatif hak arama girişimlerinin bir ürünü olarak ortaya çıkmış, geçmişten günümüze hem iç hukuk hem de uluslararası hukukta ağırlığını hissettirmiştir. Ancak tahkim kurumunun oturmuş bir yapı arz ettiğini söyleyebilmek henüz mümkün değildir. Bununla birlikte yeni dünya düzeninin bir parçası olarak niteleyebileceğimiz kavram, uluslararası anlaşma ve sözleşmelerle daha da gelişerek kendi kurum ve kurallarını oluşturmaya devam etmiş, küresel hukukun ve adalet dağıtma işlevinin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Çünkü küresel bir dünyada farklı hukuk sistemlerinin çatışmasından kaynaklanan sorunların sadece ulusal hukuk kurallarıyla çözümlenmesi mümkün değildir. Bu durum örf ve adet hukuku gibi yerleşik kuralları içeren uluslararası kurallar bağlamında çözüm arayışlarını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla bu gereklilik Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuk Komisyonu UNCITRAL'a bağlı tahkim *kurallarını* ve ICC, ICSID gibi tahkimi bizzat yöneten tahkim *kurumlarını* meydana getirmiştir. Bununla birlikte bahse konu temel tahkim müesseseleri yanında bu alanda faaliyet gösteren; Amerikan Tahkim Birliği, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi ve diğer uluslararası tahkim kurumları adı altında sıralanan bir dizi tahkim kurumunun varlığından da söz etmek mümkündür.

Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (ICC)

ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi dünyanın en iyi bilinen ve en prestijli tahkim kurumu olup Paris'te faaliyet göstermektedir. Tahkim Mahkemesinin tahkim sürecini denetlemekten sorumlu yönetim organı, profesyonel idari personelinden oluşan kalıcı bir sekreteryası bulunmaktadır. Öncelikle hakem çözümüne başvurulabilmesi için taraflar arasında yazılı olarak tahkim anlaşmasının yapılmış olması ve uyuşmazlığın ICC tahkim heyeti marifetiyle giderilmesi isteğinin açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Akabinde anlaşmazlık konuları, anlaşmazlığın tarafları, tahkim yeri ile ilgili bilgiler, uygulanacak hukuka yönelik bilgiler ve diğer bilgilerin (kullanılacak dil, hakem heyetinin sayısı) ICC ye ulaştırılması zaruridir. Yargılamanın yaklaşık altı ay içerisinde tamamlanması hedeflenmekte, yargılama neticesi alınan

tahkim kararları ise tarafları bağlayıcı ve kesin olmaktadır. Taraflar isterlerse Tahkim Divanı'na karar düzeltme için başvurabilmektedir (Moses, 2008: 10-11).

Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)

ICSID tahkimi, devlet veya devlete ait kuruluşlar ile diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıkları ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini amaçlamaktadır. ICSID kurallarının altında hakem çözümünü kabul eden taraflar kendi belirleyecekleri kurallarda uyuşmazlığı çözmekten feragat etmiş sayılırlar. Ayrıca iki yönlü yatırım antlaşmalarında da uyuşmazlık halinde ICSID tahkimine gidilebileceğine yönelik hükümler yer almaktadır. Bu yönde irade beyanında bulunan taraflar uyuşmazlık halinde ICSID hükümlerini uygulamakla mükellef olmaktadır. Bununla birlikte ICSID tahkimin en önemli özelliği tarafların, parasal ödemelere ilişkin hakem kararlarını kendi ülkelerinin nihai mahkeme kararı gibi tanıyacakları ve gereğini derhal yerine getirecekleridir. Bu beyanda açıkça ifade edildiği gibi hakem kararları bağlayıcı ve kesindir (Moses, 2008: 12).

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)

Bu yöntem Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan kurumsal kurallar eşliğinde uyuşmazlığın çözümlenmesi usulüdür. 1976 yılında UNCITRAL Komisyonu tarafından uluslararası ticarete kullanılmak üzere tahkim kurallarının oluşturulduğu görülmektedir. Evrensel olarak kabul edilebilir bu kurallar bir ad hoc (özel) tahkim sistemi altında tahkimi düzenlemektedir. Yani uyuşmazlıklar belli bir kuruma bağlı olmaksızın, belli kurallarda çözümlenmektedir. Bu tahkim türünde sekreteryaya hizmeti sunan tahkim kurumu bulunmadığı gibi belirli bir soruna özel geçici ya da arızı olarak oluşturulmaktadır. Taraflar UNCITRAL kurallara uymakla mükellef ancak bu kurallardan dilediklerini kullanmakta da serbesttirler. Kuralların içeriğine bakıldığında farklı ulusal kuralların bir yakınsamasının olduğu görülmektedir. Uzmanlar tarafından uluslararası uygulamada faydalı olduğu görülen hükümlerin mevcut kurallara ilave edilmesi suretiyle kuralların güncellenmesi sağlanmış

ve böylece (1985) yılında *Uluslararası Tahkimde Model Kanun Kuralları* ortaya çıkmıştır. UNCITRAL Hakem Kararları bağlayıcı ve kesin olup karar düzeltmesi söz konusu değildir. Ayrıca kuralların esnek oluşu, hakem çözümünde gizliliğin ön plana çıkması ve firma sırlarının ifşasının engellenmesi, taraflara eşit muamele edilmesi, kurumsal tahkime göre daha az masraflı olması gibi nedenler dolayısıyla model yasanın tercih edildiği görülmektedir (Gaillard and Savage,1999: 537; Noussia, 2010: 5; Hörnle, 2009: 94 -95).

Amerikan Tahkim Birliği (AAA)

Uluslararası anlaşmazlıkların çözümü amacıyla oluşturulmuş bir merkezdir. 1993'den 2003'e kadar geçen on yıllık dönemde çözümlediği olayların sayısı üç kat artarak 207'den 646'ya yükselmiştir. Dublin, İrlanda, Mexico City ve Singapur gibi ülkelerde faaliyet gösteren ofisleri vasıtasıyla en az kırk üç ülkede mezkur uyuşmazlıkların tahkim kurumları vasıtasıyla çözümlenmesini sağlamıştır. Alınan hakem kararları kesin ve bağlayıcıdır (Moses, 2008: 11).

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA)

En eski uluslararası tahkim kurumu olup on dokuzuncu yüzyılın sonlarında kurulmuştur. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi adli anlamda bir "*mahkeme*" olmayıp uyuşmazlıkların en kısa sürede çözümlenmesini amaçlayan bir kuruluştur. Ayrıca tahkimin denetimini, hakem sorunlarının belirlenmesini, hakemlerin atanması ve maliyetlerin kontrol edilmesini, tahkim kurallarının doğru şekilde uygulanmasını sağlamaktadır (Moses, 2008: 11).

Diğer Hakem Kurumları

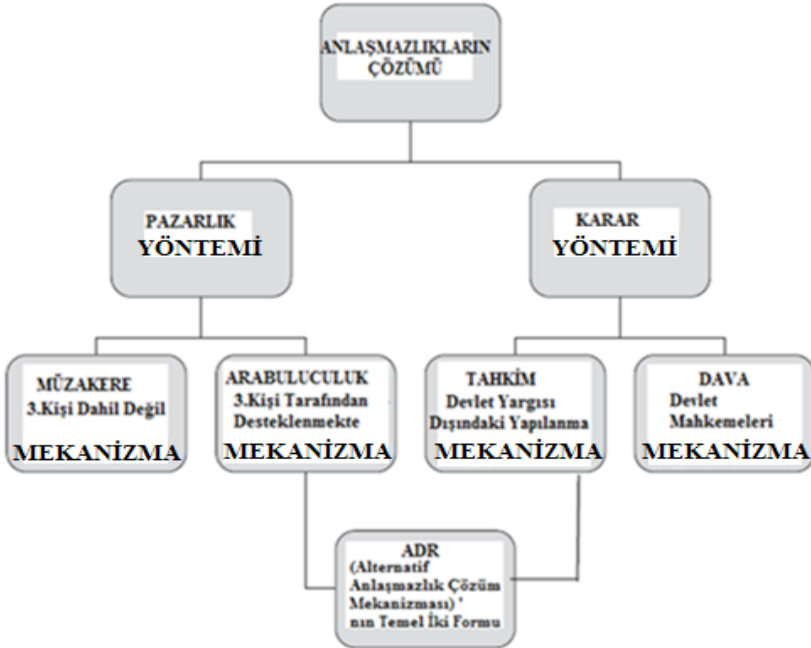
Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (SCC), Çin Uluslararası Ekonomik Ticaret Tahkim Komisyonu (CIETAC), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) tahkim ve arabuluculuk merkezi olarak faaliyet göstermektedir. Ayrıca uygulamada bazı özel tahkim türlerine rastlamak da mümkündür. Örneğin Hububat ve Yem Ticaret Birliği (GAFTA), Londra Denizcilik Tahkim Derneği (LMAA), Londra Metal Borsası (LME), endüstriyel tabanlı uyuşmazlıkların çözümü amacıyla ihdas edilmiş kural ve prosedürler de bulunmaktadır (Hörnle, 2009: 93; Moses, 2008: 11- 12).

4. Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Uluslararası Tahkim

Küreselleşmenin kültürel, siyasi ve ekonomik yaşam üzerinde belli standartlar oluşturulmasında büyük etkileri olduğu açıktır. Ancak bu etkileşim salt ulusal alanda değil aynı zamanda uluslararası düzeyde de kendini göstermiştir. Nitekim küreselleşmenin biçimlendirici süreçlerinden biri de uluslararası hukukta gerçekleştirdiği dönüşümdür. Özellikle uluslararası yatırım hukuku yanında vergi hukukunda gözlemlenen değişim ve dönüşüm neticesi bu durum, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları olarak bilinen (ADR) nin ağırlıklı olarak gündeme gelmesine neden olmuştur.

Alternatif Çözüm Mekanizması (*Alternative Dispute Resolution ADR*), mevcut ihtilafların mahkemeler dışında çözümünü hedefleyen alternatif bir çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle ADR yargısız ya da mahkemeler dışında (*out of court*) uyuş-

Şekil: 1 Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Yürürlükteki Hukuk



Temel Uyuşmazlık Çözüm Yöntem ve Mekanizmalarını Anlama

KAYNAK: Hörnle, *The basic methods and mechanisms of dispute resolution*

mazlıkların çözümüne imkan tanıyan mekanizmaların kolektif bir ifadesidir. Şekil 1' de görüldüğü gibi uyuşmazlıkların çözümünde yelpazenin karşıt uçları arasında pazarlık ve karar unsurları yer almaktadır. Yürürlükteki hukuk kapsamında devlet yargısına şema kapsamında yer verilse de konu temelde bu yapının ana formu olan arabuluculuk ve tahkim yöntemleri üzerine yoğunlaşmaktadır. Özellikle söz konusu mekanizmanın 1970 ve 1980'lerde akademik literatür içerisinde büyük bir kesim tarafından savunulduğu görülmektedir. ADR'nin kavramsal bir konu olarak artan kullanımının gerekçesi, küreselleşmenin gelişimine paralel mahkeme sisteminin eksikliklerine bir yanıt olarak ortaya çıktığı yönündedir (Hörnle, 2009: 47-49).

ADR'nin en temel şekli *Müzakere (negotiation)* sürecidir. Bu sürecin özelliği, iki kişi ya da farklı gruplar arasındaki mevcut sorunların sadece taraflar arasında müzakere edilerek tartışılmasını ve böylece sorunun her iki tarafında kabul edeceği şekilde basitçe çözümlenmesini amaçlamaktadır. *Arabuluculuk (mediation)* yönteminde ise müzakereden farklı olarak çözüm sürecine üçüncü bir kişinin dahil olması ve sürecin tarafsız üçüncü kişi eliyle çözümlenmesi hedeflenmektedir (Barrett and Barrett, 2004:1). *Tahkim* yönteminde ise uyuşmazlığın tahkim kurallarında ve hakem kararında çözümlenebilmesi için her iki tarafın da mutabık olması gerekmektedir (Bealey and Johnson, 1999: 18). Bununla birlikte hakimler yasayı uygulamakla sorumlu iken, hakemler hukuk kuralları ile bağlı olmayıp tavizlere dayalı olma eğilimindedirler. Dolayısıyla hakem ancak doğal adalet kurallarına uymak zorundadır (Martin, 2003: 31). Bu durum Eski Yunan'dan bu güne dek var olan yasalardaki kanunilik ve hukukilik kavramları arasındaki ayrımı ortaya koyması bakımından da son derece önemli olmakta, gerek *Tahkim (arbitration)* gerekse *dava (Litigation)* yoluyla uyuşmazlıkların çözümünde bir karar tesis edilirken, arabuluculuk yönteminde böyle bir karardan bahsetmek ise mümkün olmamaktadır.

5. Türk Hukukunda Tahkim Mevzuatına Yönelik Düzenlemeler

Türkiye 1980'lerden itibaren neo liberal politikalar kapsamında ekonomik açıdan dışa açılım söylemine ağırlık vermiş, bu amaçla uluslararası yabancı yatırımların ülkeye kabulünde sınırlandırmalar oluşturacak türden hukuki mevzuatın ortadan kaldırılmasına gayret etmiştir. Bu kapsamda kamusal malların üretiminde özel kesimin ağır-

lığının arttırılması hedeflenirken diğer taraftan da bu tür hizmetlerin gerçekleştirilmesinde; yap (Y), yap-işlet (Yİ), yap-işlet-devret (YİD) gibi üretim modellerine ağırlık verilmesi amaçlanmıştır. Bu şekilde kamusal kaynakların payı azaltılırken, altyapı ve ileri teknoloji gerektiren alanlarda özel kesimin payının arttırılması hedeflenmiş, benzer ülke örneklerinde görüldüğü gibi ülkemizde de hukuki alanda düzenlemelere gidilmiştir. Bu amaçla **1982 tarih ve 2675 sayılı** Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun (MÖHUK) yürürlüğe girmesiyle, yabancı hakem kararlarının tenfizi ve tanınmasına ilişkin usuller de mevzuatımıza girmiştir.

1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun ile Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki kuruluşların elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi hakkındaki usuller ihdas olunmuştur. Akabinde **1988 tarih ve 3465 sayılı Kanun** ile Karayolları Genel Müdürlüğü (KGM) dışındaki kuruluşlarca (sermeye şirketlerince) otoyollar ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesine ve süresi sonunda KGM devrine olanak sağlayan kanun oluşturulmuştur. Bu kanuna bütünlük kazandırmak amacıyla **1994 tarih ve 3996 sayılı Kanun** ile Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun oluşturulmuştur. Bu sayede köprü, baraj, haberleşme, elektrik, madencilik, fabrika, kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, sivil amaçlı deniz, hava alanları ve limanlar gibi benzeri yatırım ve hizmetlerin; yerli-yabancı sermaye şirketlerince *özel hukuk sözleşmeleri* kapsamında yerine getirilmesi, yaptırılması, işletilmesi, devredilmesi ve bu sözleşmelerde *tahkim mekanizmasına yer verilmesi* mümkün hale gelmiştir. Ancak söz konusu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

İptal gerekçesinde bu tür hizmetlerin kamu hizmeti olduğu, en geniş tanıma göre kamu hizmetlerinin: devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olduğu ifade edilmektedir. Bu neviden işler özel kişilere gördürülecekse imzalanan sözleşmenin idari sözleşme yani kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu dolayısıyla yerli ve yabancı firmalara yani özel hukuk kişisine imtiyaz sağladığı yukarıda bahse konu yasal düzenlemelerin bu gerçeği ortadan kaldırmayacağı, düzenlemelerdeki

temel amacın danıştayın devreden çıkarılması ve yabancı yatırımcıların arzuladıkları uluslararası tahkimin hayata geçirilmesinden başka bir Şey olmadığı Anayasa Mahkemesi iptal kararında sıklıkla vurgulanmıştır (bkz.geniş bilgi, 1995/23 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı).

Oysa uluslararası anlaşma ve sözleşmeleri görmezden gelen, salt Danıştay temelli düzenlemelerin yetersizliği kısa zamanda kendini göstermiş ve özellikle ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin bir an evvel sermaye şirketlerince (*yabancı konsorsiyum*) geerleştirilmesinden kaynaklı zaruret yasal düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Bu amaçla **1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’la** Anayasa’nın 47., 125., 155. maddeleri değiştirilmiştir. 47. maddeyle yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle geerek ve tüzel kişilerce geerektirileceği kanunla belirlenir derken, 125.maddede yapılan değişiklikle yatırım uyumazlıklarında tahkime gidilmesinin önu açılmış ve uluslararası tahkim ilk kez anayasada yer almıştır. 155. madde ile de Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerini incelemesi, düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür. **1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun’la** Danıştay Kanunu’nun 23 ve 24. maddeleri değiştirilerek, Danıştayın söz konusu yatırımlara ilişkin salt düşünce bildirebileceği ve tahkim yolu öngörülme-yen imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı idari davaları çözümleyebileceği hükmü ile bu konuda Danıştay’ın ön denetimi tamamen kaldırılmıştır. Akabinde **2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun** ile kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyumazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilke ve esaslara dair hususlar belirlenmiştir. **2001 tarihli ve 4686 sayılı** Milletlerarası Tahkim Kanunu ile tahkim yasaları ihdas olunmuştur (Doğrudan yabancı yatırımlar açısından son derece önemli ilerlemeler sağlanmışır). **2003 tarih ve 4875 sayılı Kanun** ile doğrudan yabancı yatırımlar ile yabancı yatırımcıların özendirilmesi ve haklarının korunması ve anlaşmazlıkların giderilmesi noktasında uluslararası tahkim mevzuatına açık hükümler getirilmiştir. **2007 tarih ve 5718 sayılı Kanun** (MÖHUK) ile yabancı hakem kararların tanınması ve tenfizine ilişkin genel hükümler yürürlüğe girmiş ve 1982 tarihli 2675 sayılı MÖHUK uygulamadan kaldırılmışır. Dolayısıyla uygulamada gösterilen çabaların yabancı sermayeye duyulan ihtiyaç yanında, küresel politikalarında bir yansıması olarak ortaya çıktığı görülmüştür. Bununla birlikte ölkemizde bu neviden yasalar ihdas olunurken

özellikle uluslararası anlaşma ve sözleşmeden doğan yükümlülükler ile ters düşülmemesine dikkat edilmeli, mevcut uygulamaların uyumluluk arz etmesine bilhassa özen gösterilmelidir.

Maliye Bakanlığı, Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü verilerine göre (Tablo 1) 2012 tarihi itibarıyla Türkiye'nin tahkim davalarında geldiği son durum aşağıdaki gibidir: Lehe sonuçlanan tahkim davaları sayısı (16), aleyhe sonuçlanan tahkim davaları sayısı (9), sulh ile sonuçlanan tahkim davası (1), halen devam eden tahkim davaları (7) dir.

Tablo 1: Halen Devam Eden Tahkim Davaları

DAVACI	TAHKİM MERCIİ
Alaplı Elektrik B.V.	ICSID
Turkcell A.Ş.	ICC
Temzet Elektrik Üretim A.Ş.	ICC
AMD Rail Consorsium	ICC
Turkcell A.Ş.	ICC
Vodafone A.Ş.	ICC
Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V.	ICSID

KAYNAK: Maliye Bakanlığı

6. Tartışma ve Sonuç

Yukarıda belirtildiği şekliyle işletme-işletme, işletme-devlet, devlet-devlet arasındaki sorunlar uluslararası tahkim müessesesi marifetiyle giderilebilmekte, bu noktada uyuşmazlık konularında yabancılık unsuru ön plana çıkmaktadır*. *İşletmeden-işletmeye* işleyen tahkim-

* Yabancılık unsuru taraflardan birinin yabancı olması durumunu ifade etmektedir. 4446 sayılı Kanun ile kamu hizmetleri imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebileceği ve milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği açıkça ifade olunmaktadır. 4501 sayılı Kamu Hizmetlileri İle İlgili İmtiyaz Şart-

de şirketler sözleşmelerine uluslararası tahkim şartını koymak suretiyle mezkûr anlaşmazlıkları tahkim yoluyla basitçe çözümlenebilmekte, böylece mahkeme prosedürüne göre daha az maliyetli, kısa sürede çözüm sunan, gerek davalı gerekse davacı açısından her iki tarafında kazanımına imkan tanıyan, koşulların esnetilebildiği bir mekanizma olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktada asıl önem arz eden husus ise *işletmeden-devlete* işleyen tahkim uygulamalarına yönelik uyumsuzluk süreçlerinin ifadesi olmaktadır.

İşletmeden - devlete işleyen tahkime örnek olarak: Amerikan şirketi tarafından üretilen ve ihraç edilen yüksek früktoz mısır şurubu menşeli içecekler üzerine, Meksika hükümeti tarafından vergi konulması olayında görmek mümkündür.

Amerikalı ADM şirketi, kendilerine ayrımcı vergileme (*discriminatory taxation*) uygulandığı gerekçesiyle, Meksika hükümeti aleyhine tazminat davası açmıştır. Meksika hükümeti ise verginin meşru olduğunu savunmuş ve kendisinin en önemli ihraç kalemi olan şeker kamışı ihracatının olumsuz etkilendiği gibi pazar genişletme faaliyetlerinin de başarısız olduğu savını öne sürmüştür. NAFTA hakem heyeti ise verginin ayrımcı olduğuna karar vermiş, 2006 yılında Meksika aleyhine, ADM şirketi lehine karar vermiş ve ADM şirketi 33,5 milyon dolar tazminata hak kazanmıştır (Publiccitizen, 2011: 14).

Devletten-devlete işleyen tahkim sürecine verilebilecek en bariz örnek ise: Türkiye 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren AB ile Gümrük Bir-

laşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyumsuzluklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Hakkında Uygulanması Gereken İlkeler Dair Kanun yabancılık unsurunu tanımlayarak: sözleşmeye taraf şirket ortaklarından en az birinin yabancı menşeli olması veya yurt dışı kaynaklı sermaye, kredi, teminat sözleşmelerinin akdedilmesi durumunda (bu hallerden birini bulunması) yabancılık unsurundan bahsedilebileceği hüküm altına alınmıştır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre ise yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyumsuzluklar hakkında uygulanabileceği belirtilmektedir. Tahkim kararlarının uyumsuzluklar hakkında 2007 tarih ve 5718 sayılı (MÖHUK) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun ilgili maddeleri uyarınca uygulandığı görülmektedir. Ayrıca 12.01.2011 tarih 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile tahkim hükümleri ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup söz konusu kanunda (i) yabancılık unsuru içermeyen (ii) tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyumsuzluklar hakkında uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır (bkz. geniş bilgi Onbirinci Kısım). Hukukumuzda iç tahkim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, dış ya da uluslararası tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmektedir.

liği anlaşmasını yürürlüğe koymuş ve bazı 3. ülkelerden ithal edilen tekstil mallarına Birliğin ortak gümrük tarifesi gereği miktar kısıtlaması uygulamasına gitmiştir. Hindistan ise Türkiye'nin uyguladığı kısıtlamaların GATT/WTO'nun ticarete ayırıcı uygulamaların kaldırılmasına yönelik maddelere aykırı olduğu savını öne sürmüştür. Türkiye'nin Gümrük Birliğine dâhil olmasının ayırıcı kısıtlamaya gitmesine mesnet oluşturmayacağını çünkü Türkiye'nin AB üyesi olmadığını belirtmiş ve ICSID (WTO) uluslararası hakem heyetine müracaat etmiştir. ICSID, 31.05.1999 tarihinde aldığı kararla, Türkiye tarafından 19 kategoride tekstil ve giyim üzerine uyguladığı kısıtlamaların GATT/WTO hükümlere aykırı olduğu kanısına varmıştır. Türkiye'nin karşıt gerekçeleri ise reddedilmiş ve WTO hükümleri kapsamında yükümlülüklerini bir an evvel uygun hale getirmesi istenmiştir. Anlaşma hükümlerine aykırılığın devam etmesi halinde gerekli yaptırım ve ticari yasakların yürürlüğe konulmasına karar verilmiştir (World Trade Organization,1999:1- 2, 152). Bunun üzerine Türkiye, başlangıçta isteksiz davransada tahkim kararının gereğini sorumluluklarından kaçınmaksızın ifa etmek durumunda kalmıştır.

Görüleceği üzere tahkim daha çok ticari uyuşmazlıkların giderilmesinde kullanılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim mekanizması yoluyla ülkeler mevcut sorunları küreselleşmenin hızına paralel etkin bir şekilde, daha düşük maliyetle ortadan kaldırmayı amaçlamakta, vergisel sorunlarda dahil olmak üzere uzlaş gerektiren konularda uluslararası tahkim kurallarından yararlanma eğilimine gidildiği görülmektedir.

Diğer taraftan ileri teknoloji ve yüksek maliyet gerektiren yatırımların bilhassa yap-işlet, yap-işlet-devret gibi yöntemlerle çok uluslu şirketlere gördürülmeye çalışılması tahkim hukukundan kaynaklı sorunları da beraberinde getirmiştir. Mevcut sorunlar hukuksal, sektörel, kamu kesimi boyutu şeklinde sıralanmakla birlikte bu sorunların kapsamını genişletmekte mümkündür. Öncelikle hukuki açıdan ülkelerin iç hukuk sistemleri ile uluslararası hukukun çatışmasında gözlemlenen durum böyledir. Örneğin Türkiye'de Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde olup uluslararası anlaşmaların önceliği de zımnen kabul edilmiştir.

ABD’de ise antlaşmaların yerel kanunlardan bir üstünlüğü olmadığı gibi antlaşmalar eğer bir kanundan önce uygulanmışsa üstündür. Dolayısıyla antlaşmalardaki üstünlük koşulu Amerika Birleşik Devletlerinde “*üstünlük maddesi*” hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir (Sauvant and Sachs, 2009: 105-107).

Öte yandan büyüyen nüfus ve artan ihtiyaçlar göz önüne alındığında belirli sektörlerle yönelik (enerji) önemli altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesindeki güçlükler, ülkeleri uluslararası tahkime adeta mecbur kılmakta aksi takdirde kalkınmada hayatiyet arz eden yatırımlar için kaynak tedariki güçleşmektedir. Kamu kesimi boyutu açısından yabancı sermaye girişinin artması, teknoloji ve sermaye transferi yanında önemli istihdam alanlarının oluşmasına da katkı yapmaktadır. Bununla birlikte işgücü piyasaları arasında artan rekabet, ödenmeyen ücretler, yasa dışı ücret kesintileri, ucuz işçilik, ücret eşitsizliği, reel gelirler üzerinde ciddi dalgalanmalar, sözleşme dışı sigortasız kaçak istihdam, iş güvenliğinin azalması, çalışma yaşamına yönelik yasaların dilediğince esnetilebilmesi, sendikal faaliyetlerde daralma gibi olumsuzluklar ortaya çıkabilmekte, mevcut sorunlar değerlendirildiğinde bu durumun bir yönüyle imtiyaz sözleşmeleri kapsamında devletin gerçekleştirilmesi gereken faaliyetlerin yabancı unsura havale edilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığı görülmektedir.

Diğer taraftan yabancı yatırımcıların ulusal yargı denetimi dışında kalabilmek amacıyla talep ettikleri tahkim mekanizmasının, özellikle gelişmiş ülkelerin çıkarlarına hizmet ettiği yönündeki yaklaşımlar en sık eleştiri konularından biri olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Ülkemizde de düne kadar benzer şekilde algılanan ve ulusal bağımsızlığa tehdit olarak değerlendirilen bu yapının bugün itibarıyla TOBB, SPK, İMKB gibi kurumlar bünyesinde ulusal ve uluslararası uyumsuzlukları çözüme kavuşturacak tahkim mekanizmaları oluşturmaya yönelik çabalara dönüşmesi son derece manidardır. Bu amaçla Adalet Bakanlığı, İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı hazırlamış, bu tasarı ile yabancılık unsuru taşıyanlarda dahil olmak üzere uyumsuzlukların (i) tahkim (ii) alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemi olan arabuluculuk yani tarafsız üçüncü kişi marifetiyle çözümü hedeflemiştir. Küreselleşme ile birlikte ulusal piyasaların birleşerek adeta bütünleşik bir yapı arz ettiği günümüzde mevcut sorunların salt ulusal yasalarla çözümü yetersiz kalmakta, uluslararası ticaretin artan boyutu göz önüne alındığında küresel ticaret hukuku ve onun bir parçası olan tahkim hukukunun oluşum ve gelişimine yönelik gereklilik zaruret arz etmektedir.

KAYNAKLAR

- AMBRUMENIL Peter and SCOTT Walter. *Mediation and Arbitration*, by Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1997.
- ASOUZU Amazu A. *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development*, Cambridge University Press, 2004.
- BARRETT Jerome T and BARRETT Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, Published by Jossey-Bass, 2004.
- BEALEY Frank. *The Blackwell Dictionary of Political Science: A User's Guide to Its Terms*, Blackwell Publishers, First Published, 1999.
- BOOGERT Maurits H. *The Capitulations and the Ottoman Legal System: Qadis, Consuls and Beratlls in the 18th Century*, Netherlands, 2005.
- BRATSPIES Rebecca M and MILLER Russell A. *Transboundary Harm in International Law*, Cambridge University Press, 2006.
- COLLIN Peter H. *Dictionary of Economics*. A & C Black Publishers Ltd, First Published in Great Britain, 2003.
- GAILLARD Emmanuel and SAVAGE John. *International Commercial Arbitration*, Published by Kluwer Law International, 1999.
- HORNLE Julia. *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, First published, 2009.
- KARATAŞ İzzet, ERTEKİN Erol. *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara, 1997.
- LUTZ Dieter S. *The OSCE Court of Conciliation and Arbitration: Peaceful Settlement of Disputes as a Correlative of Force Prohibition*, 1995.
- MARTIN Elizabeth. *A Dictionary of Law*, Market House Books Ltd, Fifth Edition, 2003.
- MOSES Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, First published, 2008.
- NOUSSIA Kyriaki. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2010.

OECD. *Innovation Strategy. Attractiveness for Innovation: Location Factors for International Investment*, 2011.

ONYEMA Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, First published, by Routledge, 2010.

PAPARINSKIS Martins. *Investment Arbitration and the Law of Counter-measures*, British Year Book of International Law, Volume 79, 2009.

ROVINE ArthurW. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2009.

SAUVANT karl P and SACHS Lisa E. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009.

SCHILL Stephan. *The multilateralization of International Investment law*, First published, Cambridge University Press, 2009.

WILD Susan Ellis. *Webster's New World Law Dictionary*, Published by Wiley, Hoboken, NJ, Canada, 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, Report of the Panel, WT/DS34/R*, 31 May 1999.

Resmî Gazete.....17701 sayı 22 Mayıs 1982 tarih.

Resmî Gazete.....18610 sayı 19 Aralık 1984 tarih.

Resmî Gazete.....19830 sayı 02 Haziran 1988 tarih.

Resmî Gazete.....21959 sayı 13 Haziran 1994 tarih.

Resmî Gazete.....23786 sayı 14 Ağustos 1999 tarih.

Resmî Gazete.....23913 sayı 21 Aralık 1999 tarih.

Resmî Gazete.....23941 sayı 22 Ocak 2000 tarih.

Resmî Gazete.....24453 sayı 05 Temmuz 2001 tarih.

Resmî Gazete.....25141 sayı 17 Haziran 2003 tarih.

Resmî Gazete.....26728 sayı 12 Aralık 2007 tarih.

Resmî Gazete.....22586 sayı 20 Mart 1996 tarih.

1995/23 Sayı.....Anayasa Mahkemesi Kararı.

YAŞAMA HAKKI

RIGHT TO LIVE

Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU*

Özet: Biyolojik ve toplumsal bir varlık olan insanın, birey olarak da bir kişiliği vardır. Bu kişilik hem insani hem de hukuki açıdan bir değer taşır. Bu nedenle yaşama hakkı en temel insan hakkıdır. Bu hak karşısında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. Diğer tüm hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde, yaşama hakkı dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeği olarak kabul edilmektedir.

Bu çalışmada yaşama hakkı esas itibarıyla AİHS ve Türk hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca yaşama hakkının konusu, önemi ve istisnaları, bu hakkın korunması bakımından devletin yükümlülükleri ile yaşama hakkı kapsamında özellik arz eden durumlar yine konu çerçevesinde izaha çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yaşama hakkı, devlete düşen yükümlülükler, ölüm cezası, silah kullanma ve silahlı çatışma, ötenazi.

Abstract: Human being as biological and communal being has a personality. Such personality has a value both from legal and humanitarian view. For this reason, right to live is an essential human right. The existence and usage of all other human rights are dependant upon the right to live. To this end, the European Human Rights Convention recognizes the right to live as an untouchable right or core centre of rights.

This article mainly deals with right to live under the European Convention on Human Rights and Turkish law. In addition, subject of the right to live, its importance and exceptions, accountability of the state for the protection of such right and special circumstances regarding the right to live.

Key words: right to live, accountability of state, death penalty, usage of gun and armed conflict, euthanasia.

* Gaziosmanpaşa(İstanbul) Cumhuriyet Savcısı

GİRİŞ:

İnsan, hem biyolojik hem de toplumsal bir varlıktır. Tüm canlı varlıklar gibi onun da yaşamını sağlayan bir organizması yani canlı bir bedeni vardır. İnsanın, birey olarak bir kişiliği vardır. Bu kişilik hem insani hem de hukuki açıdan bir değer taşır. Doğal olarak bir insan, fiziksel, biyolojik, moral ve entelektüel yönlerden kuruludur.

Yaşama hakkı, hem insan haklarının temelini oluşturması açısından önemlidir, hem de insan hakları anlayışındaki tarihsel gelişim sürecinin izlenmesi açısından ölçüt alınabilecek bir haktır. Çağdaş demokrasilerde özgürlüklerin sahip olduğu ayrıcalıklı konuma bakıldığında günümüzde rejimin demokratik niteliğinin bireylere sağlanan özgürlüklerin serbestisi ile yakından ilgili olduğu görülmektedir.

Yaşama hakkı, en temel haktır. Bu hak karşısında diğer haklar türev, ikincil haklar konumundadır. Diğer tüm hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu yönüyle yaşama hakkı mutlak bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yaşama hakkı dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeğini oluşturmaktadır.

Bu çalışmada yaşama hakkı AİHS ve Türk hukuku kapsamında ele alınmıştır. Bu bağlamda yaşama hakkının konusu önemi ve istisnaları ile yaşama hakkının korunması bakımından devletin yükümlülükleri irdelenmiştir. Ayrıca yaşama hakkı kapsamında özellik arz eden durumlarda incelenmiştir.

I. Yaşama Hakkı

A-Yaşama Hakkı Kavramı, Tanımı, Konusu ve Önemi

1-Yaşama Hakkı Kavramı ve Tanımı

Anayasa m.17/1, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 2 ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 6 insan yaşamının korunması konusunda temel bir hükme yer vermektedir. Buna göre insan yaşamı kanunun koruması altındadır¹. İnsan hakları Alman hukukçu Georges Jellinek'in yapmış olduğu sınıflandırmaya göre koruyucu haklar, isteme hakları ve katılma hakları şeklinde üçe ayrılmaktadır. 1982

¹ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz-Önok, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı Ankara 2010 s.89.

Anayasası'nda, kişi dokunulmazlığı kapsamında olan yaşama hakkı koruyucu haklar arasında sayılmıştır².

Ulusal ve uluslararası belgelerde tanımlanmayan yaşama hakkı, özü itibariyle doğal hukuk okulunun tanıdığı, ancak pozitif hukukun güvence altına aldığı bir haktır³.

İnsanların bir toplum içerisinde yaşamaları sonucu insan haklarının bugünkü duruma gelmesi oldukça uzun aşamalardan geçerek edinilen tecrübelerle gerçekleşmiştir. Tarihsel gelişim süreci içinde bütün insanların ayırım yapılmaksızın özgür ve haklar bakımından eşit olduğunun kabul edilmesi, bu bağlamda insanın kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlüklerinin olduğu düşüncesi aydınlanma dönemi filozoflarının çabalarıyla anayasalarda yer bulmuştur⁴. İnsanın, sırf insan olması nedeniyle hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devletin bunlara dokunamayacağı düşüncesi ancak 1600'lerde ortaya çıkabilmiştir⁵.

Yaşama hakkı, bu hakkın adının açıkça vurgulanması suretiyle 1948 tarihli BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde, 1966 tarihli (yürürlüğe giriş 1976) BM Milletlerarası Medeni ve Siyası Haklar Sözleşmesi'nde (m.6), 1950 tarihli (yürürlüğe giriş 1953) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m.2), 1969 tarihli (yürürlüğe giriş 1978) Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinde (m.4), 1981 tarihli (yürürlüğe giriş 1986) Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda (m.4) ve 2000 yılı sonunda kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda (m.2) tanınmıştır⁶.

Öğretide yaşama hakkı; önce insanın fiziksel-biyolojik varlığının arızasız olarak sürdürebilmesi için gerekli olan bir sağlık ve bütünlük içinde doğması, sonra insanın varlığının moral-kültürel gelişim ola-

² Tezcan, Erdem , Sancakdar, Önok s.72; Gözler Kemal: Hukuka Giriş Bursa 2012 s.403-404; Bilge, Necip:Hukuk Başlangıcı Ankara 1983 s.187; Sur, Melda: İnsan Hakları Kavramındaki Gelişmeler İzmir Barosu Dergisi Temmuz 1993 sayı 3 s.40 vd.

³ Gözler, s.214 vd; İzveren, Adil: Hukuk Felsefesi Ankara 1988 s.41; İzveren, Adil: Hukuk Sosyolojisi İzmir 1995 s.33.

⁴ Çiftçiöğlü, Cengiz Topel: Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yaşatı İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11 sayı 2 Temmuz 2012 s. 179 vd.

⁵ Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esaslar Bursa 2012 s.406.

⁶ Gemalmaz, Mehmet Semih: Devlet Birey ve Özgürlük İstanbul 2010 s.497-498; Tanrıkulu, M.Sezgin: İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı TBB dergisi sayı 66, 2006 s.52.

naklarına sahip olarak sürdürülebilmesi son olarak bu suretle fiziksel-biyolojik-psikolojik-moral-kültürel bütünlüğünü kazanmış insan varlığının aynı zamanda bir süje yani hukuksal bir kişi olarak toplum yararına dahi olsa, doğal sınırlamalar dışında yok edilmemesi olarak tanımlanmıştır⁷. Vücut bütünlüğünün eksiltilmemesi, insanın maddi ve/veya manevi varlığının bir saldırıya maruz bırakılmaması da yaralanmama hakkı olarak tanımlanmıştır⁸.

2-Hakkın Konusu ve Önemi

İnsan hakları içinde değer sırası bakımından ilk ve temel olan yaşama hakkı, kamusal makamlar tarafından öldürülemezlik ve yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma hakkını içerir. Kısaca yaşama hakkı öldürülemezlik hakkıdır.

Öldürülemezlik ilkesinin sonuçları şunlardır⁹:

a) Kişinin kendisine karşı korunması

İnsan haklarının korunması denilince, insanın hep dıştan gelen müdahalelere karşı korunması anlaşılır. Ancak bazen kişinin yaşama hakkına en büyük tehdit yine kendisinden gelir. Türk Ceza Kanunu'nda kişinin bizzat kendi yaşamına son vermesi (intihar) suç olarak düzenlenmemiştir. TCK m. 84/1 intihara yönlendirme suçunu düzenlemiştir. Buna göre TCK'de suç olan şey başkalarını intihara yöneltmektir. Başka bir anlatımla bir kimsenin kendisini öldürmesi ya da öldürmeye teşebbüs etmesi suç değildir¹⁰. Ayrıca kişinin bedeni üzerinde mutlak surete tasarrufta bulunabilme hakkı bulunmadığından kişinin kendisine karşı işlenebilecek suçlara karşı önceden izin vermesi (mağdurun rızası) de söz konusu olamaz. Ancak takibi şikâyete bağlı suçlarda mağdurun şikâyetinden vazgeçmesi mümkündür¹¹.

⁷ Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ankara 2010 s.93; Öztürk, Bahri Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları) s.50-51 <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/66.pdf>; Savcı, Bahri: Yaşam Hakları ve Boyutları Ankara 1980 s.14 vd.

⁸ Öztürk, s. 50-51

⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan s.93;Savcı, s.16 vd

¹⁰ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku Ankara 2010 s.181; Ercan, İsmail: Ceza Hukuku İstanbul 2007 s.550.

¹¹ Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2009 s.303 vd; Öztürk,

b- Kişinin 3. Kişilere Karşı Korunması

3. kişiler herhangi bir insanın beden bütünlüğüne zarar vermek suretiyle o kişinin yararını bozacak şekilde herhangi bir eylemde bulunamaz. Aksi takdirde ceza kanunlarına göre suç işlemiş olur (TCK m. 81, 82, 84, 87). Ayrıca söz konusu eylem Borçlar Kanunu açısından da haksız eylem niteliği taşır. Yani üçüncü kişilerin hem cezai hem de hukuki sorumluluğu söz konusu olur

c- Kişinin Topluma ve Devlete Karşı Korunması

Uygarlık düzeyi insan haklarının gördüğü ilgiyle orantılıdır. Çağdaş uygarlıklarda kamu özgürlükleri kavramı beden bütünlüğünün dokunulmazlığı boyutunu da kapsar. Bu durum 1982 T.C Anayasası m. 17 vd'da düzenlenmiştir.

d- Kişinin Anarşizm ve Fanatizme Karşı Korunması

İçinde yaşadığımız toplumlarda bir dördüncü tehdit olarak kişinin ideolojik nedenlerle yaşama hakkını ihlal eden anarşizm ve fanatizme karşı korunması gündeme gelmiştir. Anarşizm¹² felsefesinden doğan terörizm ideolojik nedenlerle yaşama hakkına yönelmiş bir saldırdır. Anarşizmin yaşama hakkına yaptığı acımasız saldırının aynısını başta faşizm olmak üzere fanatik öğretisi ve görüşleri de yapmaktadır. Faşizm, kapitalist toplumun liberal bireysel haklar kavramını kabul etmez. Daha doğrusu onu toplum adına ve yararına değiştirir, yumuşatır, içini boşaltır ve özünden yoksun kılar¹³.

Yaşama hakkı kutsaldır. Bu nedenle en önemli insan haklarından birisi ve hukuk devletinin de temel değeridir. Bu itibarla bu hakkın katı biçimde yorumlanması gerekir¹⁴.

Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku Ankara 2011 s.222 vd.

¹² Savcı, s.24

¹³ Savcı s.26; Akın, İlhan F: Kamu Hukuku İstanbul 1987s.246vd; Gözübüyük, A.Şeref: Anayasa Hukuku Ankara 1986s.55.

¹⁴ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.90; Tikveş, Özkan: Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982s.161; Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku Ankara 1986s.94-95; Gözler/ Anayasa s.67vd.

AİHS m.2'de yaşama hakkının korunmasından bahsedilmiş, bir tanım verilmemiştir. Hakkın nasıl ve hangi sınırlar içerisinde kullanılacağı başka bir ifadeyle söz konusu hakkın somut görüntülerinin yorumlanması AİHM kararlarına bırakılmıştır.

Mahkeme, McCann/İngiltere davasında *"yalnızca yaşama hakkını korumakla kalmayan aynı zamanda yaşama hakkının sınırlandırılmasının haklı görülebileceği durumları belirleyen bir hüküm olarak 2. madde AİHS'nin en temel hükümlerinden birisidir, bu hüküm barış zamanında 15. madde kapsamında kısıtlanamayacak bir hükümdür, bu madde AİHS'nin 3.maddesi ile birlikte Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların taşıdığı en temel değerlerin birisini ortaya koyar."* diyerek yaşama hakkının önemini vurgulamıştır¹⁵.

II- AİHS m. 2'de Öngörülen Devletin Yükümlülükleri

A-Genel Olarak

2.madde'de, *"Yaşama hakkı, 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilmez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birine mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirmeye veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"* şeklinde düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 17. maddesinde de, *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (...), Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağa-*

¹⁵ 27.09.1995 tarihli karar, başvuru no:1898/91.

nüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.” denilerek AİHS m. 2 ile paralel bir hükme yer verilmiştir.

AİHS m. 2 ile Anayasa m. 17/1’de “herkes” kavramı kullanılmıştır. Yaşam, doğumla birlikte başlar, ölümlle sona erer. Burada yaşam ve herkes kavramları kullanılmış olması nedeniyle yaşama hakkının sağlamış olduğu korumadan ceninin de yararlanıp yararlanamayacağı sorunu ortaya çıkar. AİHM, ceninin de yaşama hakkının sağladığı korumadan yararlanıp yararlanmayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçınmıştır. Avrupa düzeyinde embriyo ve/veya ceninin doğası ve statüsü hakkında uzlaşma olmadığı, ancak koruma kapsamına alınmaya başlandıkları görülmektedir. Ceninin insan olabilme yeteneği, insan onuru adına ceninin korunmasını gerektirmektedir. Ancak bu durum cenini 2. madde kapsamında yaşama hakkına sahip bir kişi yapmaz. Mahkemenin vardığı sonuç itibarıyla ceninin 2. madde kapsamında bir şahıs sayılıp sayılmayacağı konusunda soyut bir cevap vermek mümkün değildir. Yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁶.

B- 2.madde açısından devletin yükümlülükleri

Yaşama hakkı, en temel insan hakkıdır. Diğer tüm hakların varlığı ve kullanımı buna bağlıdır. Bu bakımdan bu hakkın korunması özellik arz eder. Etkili bir hukuksal koruma sağlar. Başka bir ifadeyle, devlet yalnızca insan yaşamına saygı gösterme(yaşamı yok etme yasağı) anlamında negatif bir yükümlülük değil, aynı zamanda insan yaşamını etkili olarak korumak, bunun ihlal edilmesi halinde caydırıcı niteliğe sahip etkin ceza hükümlerine yer vermek, ceza kovuşturmasını organize etmek yönünde pozitif yükümlülük altındadır. Bu bağlamda devletin negatif yükümlülük, pozitif yükümlülük ve usuli yükümlülük olmak üzere üç yükümlülüğü vardır¹⁷.

¹⁶ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.93; Çakmak, Seyfullah: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı, Adalet Dergisi, sayı:19, Mayıs-2004, s.150.

¹⁷ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.90.

1-Negatif Yükümlülük

Devlet, organları aracılığıyla, izin verilen istisnai durumlar dışında bir kişinin yaşamını hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmamalıdır. Devlet önce öldürmeme yükümünü kendisi yerine getirmelidir. Başka bir ifadeyle yargısız infaz yapmamalıdır. Negatif yükümlülük sadece kasıtlı öldürme halinde değil taksirle adam öldürme eylemlerini de içermektedir¹⁸. Başta 1995 tarihli Mc Cann/İngiltere kararı olmak üzere AİHM birçok kararında bunu ortaya koymuştur. Devletin yaşamı koruma yükümlülüğü devletle organik bağ içinde olmayan herhangi bir kişi tarafından işlenen adam öldürme eylemleri bakımından da geçerlidir. Başka bir ifadeyle bazı durumlarda özel kişiler tarafından işlenen öldürme eylemlerinden dolayı da devletin sorumlu tutulması mümkündür. Ayrıca 2. madde mağdurun ölmediği durumlarda da uygulanabilir. Mahkeme 2.9.1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararında, mağdurun silahla ağır biçimde yaralanması olayında yeterli soruşturma yapılamaması nedeniyle m. 2'nin ihlal edildiğini saptamıştır. Güvenlik güçleri tarafından m. 3'ün ihlali niteliğindeki ağır güç kullanımının söz konusu olduğu 27.6.2000 tarihli İlhan/Türkiye kararında AİHM, yaşama hakkını tehlikeye düşüren güç kullanımının ancak özel hallerde 2. maddenin ihlaline yol açabileceğini kabul etmiştir. Yine 1.3.2001 tarihli Berktaş/Türkiye kararında da güç kullanımının ölüme değil yalnız yaralanmaya yol açması durumunda esas itibarıyla m. 3'ün (işkence yasağı) ve m. 8'in (özel yaşamın korunması) uygulanması gerektiğini ancak hal ve şartlara göre bazı özel durumlarda m. 2'nin de uygulanabileceği sonucuna varmıştır¹⁹. Yine Mahkeme 20.12.2004 tarihli Makaratzis/Yunanistan kararında, m. 2'nin hedefini ve güttüğü amacı dikkate alarak 2. madde kapsamında kullanılan kuvvetin derecesi ve türü ile bunun arkasında yatan kasıt ve amaç gibi çeşitli faktörleri göz önünde bulundurarak, somut olayda polislerin kastının her ne kadar başvuruçuyu öldürmek olmasa da sonuçta kişinin ölmemesinin bir tesadüf eseri olduğunu vurgulamıştır. Balistik rapor incelemesi, arabada bel seviyesinde kurşunların yol açtığı 16 delik bulunması başvuruçunun yaralanma bölgesi ve hastanede kaldığı süre dikkate alınmış polisin öldürme kastı dışında başvuruçunun sağ kalmasını yapısı itibarıyla kişinin yaşamını

¹⁸ Çakmak, s.151.

¹⁹ Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sancaktar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara2004 s.107-108

tehlikeye sokan bir davranış olduğunu ve m. 2'nin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Mahkeme burada insanın biyolojik-fiziksel yaşamını değil, hukuksal bir değer olarak onun yaşama hakkını korumaktadır²⁰. Ayrıca bir kişinin AİHS m. 2'nin korumasından yararlanabilmesi için mutlaka cesedin bulunmuş olması da gerekmez. Mahkeme bu durumda somut olayın özelliklerinden hareket etmekte ve bir kişiden haber alınmaksızın ne kadar uzun bir süre geçmiş ise, ölme ihtimalinin de o ölçüde yüksek olduğunu kabul etmektedir²¹.

Öldürme yasağına kişinin yaşamını tehlikeye atmaktan kaçınma görevi de dâhildir. Buna karşın kişinin yaşamını tehlikeye atan her türlü tehdit negatif yükümlülük olarak kabul edilmez. 21.11.2000 tarihli Demiray/Türkiye davasında mahkeme, gözaltına alınan ve PKK silahlarının depolandığı yeri göstermek teklifinde bulunan itirafçının kendisi önde olduğu halde üç güvenlik görevlisiyle söz konusu mahalle giderken tuzak bir mayının patlaması sonucu parçalanarak ölmesi olayında devletin önleyici, koruyucu güvenlik tedbirlerini almadığı gerekçesiyle 2. maddenin ihlali sonucuna varmıştır²². Ancak mahkeme kişinin yaşamını kurtarmak için gerekli olan tıbbi tedavi veya ilaç giderlerini karşılamasında yükümlülük kapsamında ele alınabileceğini belirtmiştir. 09.06.1996 tarihli LCB/İngiltere kararında devletin yaşam hakkını korumak için gerekli çabayı göstermekle yükümlü olduğu bu yükümlülüğün aynı zamanda sağlık konusunda tedbir almayı içerdiğini devletin hastaların yaşamının korunması için uygun tedbirler alması konusunda sağlık kuruluşlarının uyması gereken kuralları da öngörmesi gerektiğini, hekim gözetimi altında bulunan hastaların ölmesi durumunda olayı aydınlatmak ve bundan sorumlu olabilecek kişilerin sorumluluğuna gitmek konusunda önlem alacak etkin ve bağımsız bir adalet sistemi oluşturmak zorunluluğu bulunduğunu saptamıştır. Mahkeme 17.01.2012 tarihli Calvelli ve Ciglio/İtalya kararında da aynı tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre sağlıklı çevre sağlamak yaşama hakkı açısından devletin başlıca görevi olarak kabul edilmiştir. Ancak 2. madde hükmüyle güdülen amacın çok daha (fiziksel varlığını sürdürme koşullarını sağlamakla) sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda mahkeme doğuştan özürlü olan çocuğun

²⁰ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.91-92.

²¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s. 108.

²² Çakmak, s.151.

hastanede bedava bakımı sorununun söz konusu olduğu bir olay da devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine girmeden başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir²³.

Devlet tarafından yaşamı yok etme yasağı, sözleşmede öngörülen istisnalar dışında, teröristlerin provakatif faaliyetleri karşısında da, terörizm karşıtı politikaların bir parçası olarak 'öldürmek için ateş açmayı' ya da infaz mangalarının örgütlenmesine başvurmayı dışlamaktadır. Eğer teröristlere yönelik operasyon iç silahlı çatışma boyutuna ulaşırsa her iki tarafça şiddet kullanmanın yasallığı uluslararası insan-cıl hukuk standartlarına göre değerlendirilecektir. Ancak devletin sözleşmenin ikinci maddesinde belirtilenlerde dahil insan hakları ile ilgili yükümlülükleri devam edecektir²⁴.

Devletin negatif yükümlülükleri kapsamına gözaltındaki ölümler, kayıp kişiler, faili meçhul öldürme veya öldürmeye teşebbüs olayları ve ölüm riski halleri de girebilmektedir. Yaşama hakkı bakımından özellik arz eden bu sorunlar aşağıda daha ayrıntılı izah edilmiştir.

2- Pozitif Yükümlülük

Devlet, insan yaşamını etkin olarak korumak için gerekli adımları atmak, bu kapsamda bireyleri diğer kişilerin yaşamsal tehlike yaratan eylemlerinden korumak için uygun önlemleri almak, yaşama kasteden eylemleri caydırıcı ve etkin şekilde cezalandırmak için kanunlarında gerekli yaptırımlara yer vermek, bu hükümlerin ihlal edilmesini önlemeye ve cezalandırmaya yönelik ceza kovuşturmasını etkili şekilde organize etmek ve bu cezaların infazını sıkı şekilde takip etmek ve uygulamakla yükümlüdür. Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında a) Kanun koymak ve uygulamak b) Önleyici tedbir almak görevleri sayılabilir. Devlet, önleyici tedbir almak görevini ba) Kontrolü altında olan kişilerin yaşama hakkını korumak bb) Yakın ve açık risk altında olan kişileri korumak bc) Kuvvet kullanımı sırasında masum kişileri korumak şeklinde yerine getirir.

Devlet pozitif yükümlülük kapsamında hukuka aykırı öldürmelere karşı etkin şekilde caydırıcılık sağlayan hukuki ve idari çerçeveyi

²³ Çakmak, 151-152.

²⁴ Çakmak, s.152.

oluşturmalıdır. Ayrıca kamu görevlilerince kuvvet kullanımına dair kurallar açıkça belirlenip AHİS standartlarıyla uyumlu hale getirilmelidir. Yine yaşama hakkı açısından tehdit oluşturabilecek diğer faaliyetleri de düzenlemelidir. Mahkeme 17.06.2008 tarihli Abdullah Yılmaz/Türkiye kararında bir uzman çavuşun mesleğe uygun düşmeyen hareketleri sonucunda emri altında bulunan erin intihar etmesi olayında, olayın şartlarına göre görevi emri altında bulunan erlerin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü korumak olan profesyonel ordu mensubu uzman çavuşun bu sorumluluklarını yerine getirebilmesi bakımından açıkça yetersiz olduğunu tespit etmiştir. Bu sebeple ulusal düzenlemeler uzman çavuşun emri altındaki birini yönetmek ve somut olayda gerçekleşen türden hassas durumlarla karşılaştığı zaman görev ve sorumluluklarını belirlemek açısından eksik kalmıştır. Bu nedenle yetkili merciler mağduru amirlerinin uygun olmayan davranışlarından korumak için yetkileri dahilindeki her şeyi yapmış sayılamaz. Bu bakımdan erin intiharından Türkiye sorumlu tutulmuştur²⁵.

AİHS m. 2, yaşamı tehlike altında olan kişiler için koruyucu önlemler alma yükümlülüğünü de içerir. Devlet önce somut bir tehlike karşısında ciddi önlemlerle yaşamın korunması için koruma tedbirleri alacaktır. Devletin bu yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için insan yaşamına yönelik somut ve ciddi bir tehlikenin bulunması gerekir. Bu yükümlülük kişiye sürekli bireysel koruma sağlayacak kadar sınırsız ve mutlak değildir. Bir sonuç değil, olanak yükümlülüğüdür. Pozitif bir yükümlülüğün bahsedildiğinde yetkililerin kişi veya kişilerin yaşam hakkına yönelen gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığından haberdar olması ve buna karşın kendisinden beklenebilecek makul tedbirleri almamış olması gerekir. Mahkeme 10.10.2000 Akkoç/Türkiye, 27.04.2006 tarihli Ataman/Türkiye, 21.10.2008 tarihli Kılavuz/Türkiye ve 28.03.2000 tarihli Kılıç/Türkiye kararlarında 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu örnek kararları çoğaltmak mümkündür. Burada güncel ve çarpıcı birer örnek olmaları nedeniyle Oğur/Türkiye ve Dink/ Türkiye kararları üzerinde ayrıca durmak gerekir. 9.06.2009 tarihli Oğur/Türkiye kararında, başvuruçunun annesi, başvuruçunun eski eşi tarafından, yetkili mercilerin eşinin şiddet içeren davranışları konusunda defalarca uyarılmasına karşın öldürülmüştür.

²⁵ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.98.

AIHM, somut olayda eşine ve annesine yönelik şiddet içeren davranışları, adli sicil kaydı ve halihazırda onların sağlığı ve güvenliği bakımından tehdit teşkil etmesi karşısında eşinin (kocanın) yeni şiddet eylemlerine girişebileceğinin öngörülebilir olduğunu, başvuru ve annesinin bir çok kez yaralanmış, ölümlerle tehdit edilmiş olmalarına rağmen yetkililer tarafından şikayetlerini geri aldıklarına dayanarak takipsizlik kararı verilmiş olmasını, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun uyarınca önlem alınmamış olması, aile içi şiddetin önlenmesi konusunda etkili bir sistem kurulup uygulanamamış olmasını göz önüne alarak 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Nitekim somut olayda mağdurların korunması için yeterli güvenceler sağlanamamış ulusal merciler mağdurlara karşı şiddeti önlemekte gerekli özeni göstermemiştir. Her defasında şiddet uygulayan eşin ifadesi alınıp salıverilmiştir²⁶. 14.09.2010 tarihli Dink/Türkiye kararında, Dink'in Türk kimliğini aşağılamış olduğu gerekçesiyle hakkında TCK m. 301 gereğince kamu davası açıldığını, bu davada yerel mahkemenin aşırı milliyetçi bir gruba mensup kişilerin müdahil olarak davaya katılmalarına izin verdiğini ve yerel mahkemece Dink'in TCK m. 301 gereğince mahkûm edildiğini böylece onun kamuoyu önünde özellikle de aşırı milliyetçi gruplara karşı tüm Türk kökenlileri aşağılayan bir kişi olarak gösterildiğini tespit etmiştir. Son olarak AIHM Dink'i öldürmekle suçlanan kişilerin konu hakkında çok hassas olan aşırı milliyetçi guruplara mensup olduğunu ve bu suçun hazırlığından açık biçimde haberdar olan güvenlik güçlerinin bunu önlemeye dönük hiçbir önlem almadıklarını vurgulamıştır. Yani AIHM'e göre burada devlet pozitif koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir²⁷. Kendini tehlikede hisseden her insan açısından özel koruma yükümlülüğü doğmaz. Yine belirli bir kimseyi sürekli olarak bireysel koruma yükümlülüğü de söz konusu değildir. Buradaki kriter ciddi ve somut bir tehlikenin mevcut olmasıdır. Mahkeme 28.10.1998 tarihli Osman/İngiltere kararında, Osman Çiftçi'nin çocuğunun bir ilkökul öğretmeni tarafından aşağılandığını, taciz edilerek izlendiğini öğretmenin daha sonra çocuğun babasını öldürdüğünü ve çocuğu da yaraladığını, bu

²⁶ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.99-100; Tezcan, Erdem, Sancaktar, s.109; Çakmak, s.154; Myjer, Egbert-Hancock, Barry-Cowdery, Nicholas- Alink, Marnix: Savcılar için İnsan Hakları El Kitabı, Ankara2006, s.49.

²⁷ Çelik, Can, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, 4.sayı İstanbul, 2011. S.56.

olayda yetkili makamların öğretmenin durumunu bildikleri halde yeterli koruyucu önlem almadıkları iddia edilmiş ise de AİHM anılan kişilerin yaşamının tehlike altında olduğuna ilişkin bir bilgi bulunmadığını ve öğretmenin hakkında hazırlanan psikiyatrik raporlarında herhangi bir hastalık belirtisi işaret etmediği gerekçesiyle 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Yine AİHM 02.09.1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararında sokakta bilinmeyen silahlı bir kişi tarafından 8 mermi atılarak ağır biçimde yaralanan başvurusunun hayatının tehlike olduğuna dair önceden resmi makamlara yapmış olduğu başvuruya rağmen Türkiye'nin başvurusunun yaşama hakkını korumada kusuru olmadığı sonucuna varmıştır²⁸.

Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabilmesi için yaşama hakkını koruyucu düzenlemelerin varlığı yetmez. Bu düzenlemeleri yaşama geçiren, ihlalleri cezalandıran ve ilerde işlenebilecek olası ihlalleri cezalandıracak etkin bir adli sistemi kurmuş olması da gerekir. AİHM 8.04.2008 tarihli Ali ve Ayşe Duran/Türkiye kararında başvuruçuların oğulları polis tarafından gözaltındayken ölene dek işkenceye uğradığını bu eylemde sorumlu tutulan polis memurlarının yerel mahkemede mahkûm edilmiş olmasına karşın cezalarının ertelendiğini, yargılama sırasında polis memurlarının ifadeleriyle soruşturmanın yürütülmesine yardımcı oldukları gerekçesiyle cezalarından indirim yapılması cihetine gidildiğini tespit etmiş, bu durumu şaşkıncı bulmuştur. Çünkü yargılama sırasında polis memurlarının iddiaları sürekli inkâr etmek dışında başka bir açıklama yapmadıklarını yerel mahkemenin vermiş olduğu kararlarla bu tür eylemlerin asla hoş görülmemeyeceğini göstermekten çok, ciddi bir suçun sonuçlarını hafiflettiği sonucuna varmıştır. Gerçekten neticede polis memurlarının hapis cezası infaz edilmemiştir, disiplin işlemleri de yapılmamıştır. Bu bakımdan Türk Hukuku caydırıcı olmaktan uzak kalmıştır. AİHM yaptığı değerlendirme sonucunda Türkiye'nin başvuruçuların oğlunun fiziksel ve manevi bütünlüğünü koruyamayarak sözleşmenin 2 ve 3. maddelerini ihlal ettiği sonucuna varmıştır²⁹.

Devletin tehlike altında bulunan bireyleri koruma yükümlülüğü sonuç değil davranış yükümlülüğüdür. Bu bağlamda öncelikle bir

²⁸ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s.109; Çakmak s.154-155.

²⁹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.98-99.

kimseye yönelik somut ve ciddi bir tehlikenin varlığı ikinci olarak devletin söz konusu bu tehlikeyi önlemek için elinden geleni yapıp yapmadığı bu çerçevede kendisinden beklenebilecek tüm makul ve gerekli önlemleri alıp almadığı tartışılacaktır. Devletin riskin gerçekleşmesini önlemek için gerekli görülebilecek önlemleri almasına karşın kişiye yönelik saldırının önlenememesi durumunda devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak bu durumda da olayın etkin biçimde soruşturulup soruşturulmadığı araştırılacaktır³⁰.

Yaşama hakkı hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunan kişiler bakımından özel bir öneme sahiptir. Bu kişiler devletin denetimi ve gözetimi altındadır ve hassas bir konumdadır. Mahkemenin 16.11.2000 tarihli Tanrıbilir/Türkiye kararı ile Demiray/Türkiye kararı bu konuda yol göstericidir. Mahkemenin Tanrıbilir/Türkiye kararında gözaltında intihar nedeniyle kasten öldürme iddiası kanıtlanamadığından ihlal olmadığı sonucuna varılmıştır. Burada jandarmalar tarafından gözaltına alınan H. Tanrıbilir gözaltına alındıktan sonra sabah saat 5'e doğru nezarete kendisini gömleğiyle asmıştır. Soruşturmayı yöneten Cumhuriyet savcısı biri genel cerrah olmak üzere üç doktorun katılımı ile otopsi yapmıştır. Otopsi sonucunda ölümün asiya bağlı asfiksiden kaynaklanan solunum ve dolaşım yetmezliği sonucu gerçekleştiği tespit edilmiştir. Olay mahallinde hakim de katıldığı bir keşif yapılması suretiyle gömleğin maktülü taşıyıp taşıyamayacağına tespiti yapılmıştır, görevli jandarmaların ifadeleri hemen alınmıştır. Burada jandarmalar hakkında görevi ihmal sonucu ölüme sebebiyet vermek sonucundan 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) gereğince Memurun Muhakematı Kanunu hükümleri uyarınca soruşturma evrakı ilçe idare kuruluna devredilmiş ve ilçe idare kuruluna men'i muhakeme kararı verilmiş olunmasına rağmen AİHM yaptığı incelemede daha önce verdiği bu kurulun bağımsız görevlilerden oluşmadığını belirtmiş olmasına karşın bu olay da soruşturma henüz kurula ve mukakkike devredilmeden önce Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma kapsamında her türlü incelemenin yapılmış olması nedeniyle soruşturmanın yeterli ve etkin yapıldığı sonucuna varılmıştır. Mahkemenin hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunan kişiler bakımından özellikle dikkat ettiği

³⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.101; Çakmak, s.159.

husus, hükümlü ve tutukluda intihar niyeti varsa gerekli önlemi almak ve örneğin 24 saat boyunca hükümlüyü gözetim altında tutmak ve kesici ve delici maddeler, kemer, altın zincir gibi şeylerden arındırmak gibi önlemlerin alınıp alınmadığı yine böyle bir riski en aza indirmek için gerekli olan standart tedbirlerin gereği gibi uygulanmış olup olmadığıdır. Mahkeme Demiray/Türkiye davasında devletin koruyucu önlem almadığı gerekçesiyle 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³¹.

Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında diğer bir konu da niteliği itibariyle tehlike arz eden faaliyetlerin düzenlenmesi ve yürütülmesinin denetlenmesidir. Devlet etkili bir düzenleme ile gözetim ve denetim sistemi oluşturarak tehlikeli eksikliklerin teşhisini ve düzeltilmesini sağlamalıdır. Bu faaliyetler sebebiyle yaşamları tehlike altına girebilecek kişilere, risk değerlendirmeleri ve koruyucu tedbirler alınabilmesi bakımından yeterli seviye de bilgi verilmelidir. Bu yükümlülük söz konusu faaliyetin özel teşebbüs tarafından yapılması durumunda da mevcuttur. Benzer yükümlülük doğal afetler bakımından da mevcuttur. 20.3.2008 tarihli Budayeva ve diğerleri/Rusya kararında mahkeme dağlık bir bölgede toprak kayması sonucunda gerçekleşen ölüm ve yaralanmaların meydana geldiği bir olayda doğal afetler nedeniyle devletin sorumluluğunun söz konusu olabileceğine hükmetmiştir. 18.6.2002 tarihli Öner Yıldız/Türkiye kararında mahkeme bir çöplükte metan gazı birikmesi sonucunda meydana gelen ölüm olayından dolayı Türkiye'nin sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Burada Ümraniye çöplüğündeki metan gazı patlaması sonucu çöplük yakınında olan 11 gecekondunun yıkılması nedeniyle bu evlerden birinde oturan başvuranın 12 kişilik ailesinden dokuzunu kaybetmesi olayında AİHM Ümraniye çöplüğünü kullanan 4 belediye tarafından hiçbir önlem alınmadığını, başvuranın burada oturmasının yasaklanmadığını ve bu nedenle yasaya aykırı olarak tehlikeli bölgeye gecekonduyu yapan başvuranın kendi kusurlu davranışına karşın Türkiye'yi mahkûm etmiştir³².

³¹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.94-95; Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.102; Çakmak, s.174; Cengiz, Serkan-Demirağ, Fahrettin-Ergül, Teoman-Mcbride, Jeremy-Tezcan, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları Ankara s.10-11.

³² Tezcan, Erdem, Sancaktar, s.134.

AİHM, kasten adam öldürme suçu için af çıkarılması durumunu, şayet bunun için özel nedenler varsa ve bu tür fiillerin cezalandırılmasını genel olarak önleme yönünde bir uygulama yoksa sözleşmenin 2. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Öte yandan ölüm cezasına mahkum bir kişinin cezasının kesinleşmesinden sonra oldukça uzun bir süre geçmesine rağmen cezanın infaz edilmemesinin de işkence niteliğine dönüşebileceği belirtilmiştir³³.

3-Usuli Yükümlülük

Devlet doğal olmayan sebeplerden kaynaklanan özellikle de kamu görevlilerinin kuvvet kullanması sonucunda meydana gelen ölüm olaylarını etkin biçimde soruşturmalıdır. Kişinin, kamu görevlilerince öldürüldüğünün kanıtlanamadığı durumlarda da, etkili bir soruşturmanın ilgili devletçe yapılmaması halinde AİHS m. 2 kapsamında yaşama hakkının ihlali nedeniyle ilgili devletin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Bu tespit usuli yükümlülüğün ihlaline dayanmaktadır. Mahkemenin hem yaşama hakkının ihlalden hem de yaşama hakkıyla ilgili iddia konusunda etkin bir soruşturma yapılmamasından dolayı iki kez 2. maddenin ihlalden mahkûmiyet kararı verdiği de görülmektedir. Kişinin özellikle kamu görevlileri tarafından güç kullanılması sonucu ölmesi durumunda sorumluların ortaya çıkarılması bakımından amacına uygun ciddi ve etkin bir soruşturma yapmanın önemi daha da artmaktadır. Mahkemenin Tanrıkulu/Türkiye, Demiray/Türkiye, Kaya/Türkiye gibi kararları bu konuda örnek gösterilebilir³⁴.

Devletin usuli yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından soruşturmanın tam ve etkin yapılması yaşama hakkını korumanın soruşturma ve yargılama yönünü içerir. Bu bağlamda; a) Resmi bir soruşturma yapılmalı b) Olaylara karışan kişilerden bağımsız, farklı kişiler soruşturmayı yönetmeli c) Soruşturma, olayları ve sorumluları ortaya çıkarabilmeye muktedir ve elverişli olmalı d) Soruşturma, ivedilikle yapılmalı ve makul bir sürede sonuçlandırılmalı. e) Soruşturma, kamunun denetimine açık olmalı, bu anlamda en azından mağdurun yakınları soruşturmaya müdahil olabilmelidir³⁵.

³³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.109.

³⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.105; Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.10; Çakmak, s.151, s.171

³⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.105-106; Tanrıkulu, s.64.

AIHM uygulamasında mağdurun kamu görevlilerince öldürüldüğü kesin olarak saptanamasa da devletçe faillerin ortaya çıkarılması konusunda yetersiz bir soruşturma yapılmış olması durumunda da devletin AIHS m. 2 açısından sorumluluğu gündeme gelmektedir. Mahkeme'nin Kaya/Türkiye, Ergi/Türkiye kararları bu konuda örnek olarak gösterilebilir³⁶. Bu durumlarda soruşturma makamları böyle bir olaydan haberdar olduklarında bir şikâyet beklemeksizin derhal harekete geçmekle yükümlüdür. Delil toplama ve muhafaza aşaması çok önemlidir. Soruşturmanın tam ve etkin yapılmasında olay mahallinde zaman geçirilmeden delillerin toplanması gerekir. Mahkemeye göre etkili soruşturma çabuk etkili ve önyargısız olmalıdır. Soruşturmayı yapan makamlar ölüm olayından haberdar olduklarında resmi bir başvuru yapılmasını beklemeden derhal soruşturma açmalı ve harekete geçerek delillerin kaybolmasını önlemelidir, tanık ifadeleri hemen alınmalıdır. Cumhuriyet savcılarının refakatinde uzman ekiplerin bizzat olay yerinde inceleme yapmaları soruşturmanın etkinliği açısından son derece önemlidir. Ayrıca olay yeri ve maktulün fotoğraflarının çekilmesi ve olay yeri tespit tutanağı düzenlenmesi, krokilerin çizilmesi de soruşturmanın tam yapılması açısından önemlidir. Yine ölüm olaylarında yapılan otopsilerde cesetlerin dış ve iç muayenesinde saptanan lezyonların nasıl, ne şekilde oluştuğularının ve durumlarının ayrıntılı bir şekilde tespit edilerek tutanağa geçirilmesi gerekir. Bu bulgular gerek ölümlü olaylarda gerekse kötü muamele ve işkence olaylarında büyük bir önem arz eder. AIHM' in birçok kararında yapılan otopsilerin yetersizliği nedeniyle Türkiye'nin sorumluluğu cihetine gidilmiştir. Bu konuda Kaya/Türkiye, Oğur/Türkiye, Tanrıkulu/Türkiye, Salman/Türkiye, Tanlı/Türkiye ve Aktaş/Türkiye kararları örnek olarak verilebilir³⁷. AIHM, usuli yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin tartışıldığı durumlarda başvurucunun 2. maddenin ihlali ile ilgili iddialarını bizzat yerinde incelemek suretiyle kararlarını verebilmektedir. Bu amaçla 3 yargıçtan oluşan heyetler ilgili devletlere gönderilerek ve bizzat başvurucuların , tanıkların ve soruşturma da rolü olan yetkililerin bilgisine başvurulmaktadır³⁸.

³⁶ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.10-11.

³⁷ Çakmak, s.182.183.

³⁸ Çakmak, s.161.

Bu yükümlülük kapsamında öldürme olayının sorumlusunun ilgili devlet tarafından açığa çıkarılmamasının mutlaka 2. maddenin ihlali anlamına gelmediğini belirtmek gerekir. Burada önemli olan sorumluların açığa çıkarılması için gösterilen çaba ve gayrettir. Başka bir ifadeyle soruşturmanın tam ve etkin yapılmasıdır. Mahkeme'nin Ekinci/Türkiye ve Tanrıbilir/Türkiye kararları bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Devletin usuli yükümlülüğü (etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü) kümülatiftir ve sonuç değil, davranış yükümlülüğüdür. Devletin bu yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasının söz konusu olması durumunda mahkeme ayrıca iç hukuk yolları tüketilmeden yapılacak bireysel başvuruları da kabul etmektedir. Mahkemenin Akdivar ve diğerleri/Türkiye kararı ile Menteş ve diğerleri/Türkiye kararı bu duruma örnek olarak gösterilebilir³⁹.

III- AİHS m.2'de Öngörülen İstisnalar

AİHS m. 2 ile Anayasa m. 17 hükümlerine göre yaşama hakkının dört istisnası vardır.

A-Ölüm Cezası

Tarihte ilk yazılı metin olarak "*Babil Kanunları*"nda M.Ö 2000 yıllarında ölüm cezasına rastlanılmaktadır. Tarihsel gelişim süreci içerisinde sıkça uygulanan bu ceza, çağdaş ceza hukukunda tek bedensel ceza olup, yaşama hakkını ortadan kaldırmaktadır. Ölüm cezasının suçları önlemede caydırıcı etkisi, adli hata karşısında telafi imkânları ve yaşama hakkının korunması bağlamında tartışılması özellikle aydınlanma çağı döneminden itibaren başlamıştır. İlk kez aydınlanma çağında Beccaria, 1764 yılında yayınladığı "*Suçlar ve Cezalar*" adlı eserinde ölüm cezasını eleştirmiştir. Beccaria'nın etkisiyle ölüm cezası bu dönemde ciddi biçimde tartışılmış ve pek çok ülke hukukunda ölüm cezası kaldırılmıştır⁴⁰.

Yaşama hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. cümlesi, bir mahkeme tarafından yasaya uygun biçimde verilmiş

³⁹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.106; Çakmak, s.161-162.

⁴⁰ Çakmak, Seyfullah: Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası Ankara 2002 s.1.

ölüm cezasının infazını yaşama hakkının istisnası olarak kabul etmiştir. Ancak 28.04.1983 tarihinde imzaya açılarak 01.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'ye ek 6 no'lu Protokol ile savaş veya çok yakın savaş tehlikesi dışında zamanlar için ölüm cezası kaldırılmıştır. 03.04.2002 tarihli Sözleşme'ye ek 13 no'lu Protokol ise, 6 no'lu Protokol ile belirlenmiş olan savaş veya çok yakın savaş tehlikesi istisnası da dâhil ölüm cezasını her durumda kaldırmıştır⁴¹.

Ölüm cezası konusunda ülkemizde yıllardır devam eden tartışmalar sonucunda bu cezanın 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'la ilk önce *"Savaş ve çok yakın savaş tehdidi halinde işlenmiş olan suçlar için öngörülen idam cezaları hariç"* olmak üzere ve 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la mevzuatımızdan tamamen çıkartılmıştır. Türkiye'de ölüm cezası son olarak 1984'te iki kişinin idam edilmesi şeklinde uygulanmış 12 Mart 1971 ve 12 Eylül 1980 ara dönemleri hariç bırakılırsa Türkiye'de 1965 yılından itibaren ölüm cezası infaz edilmemiştir⁴².

B-Meşru Müdafaa

Haksız bir saldırıya karşı insanın kendisini savunması şayet savunma da zorunluluk varsa, saldırganı öldürme hakkını da vermektedir. Yaşamı tehdit altında olan bir rehineyi kurtarmak için kasten ateş edilmesi AİHS m. 2/2-a' ya uygundur. Söz konusu madde kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından da , yasama organının meşru müdafaaaya ilişkin düzenlemeleri bu maddeye uygun hale getirmesi yükümlülüğünü öngörmektedir. Bu düzenleme ancak söz konusu maddedeki koşullar altında bir kişinin öldürülmesini hukuka uygun saymaktadır. Sözleşme bakımından meşru savunma kişinin cebir ve şiddete karşı korunması ile sınırlanmıştır. Bu nedenle malı-mülkiyeti korumak için adam öldürme sözleşmeye uygun değildir. Ancak yeni TCK. m. 25/1'de meşru savunma açısından herhangi bir hakkın korunabileceği ifade edilmiştir. Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında

⁴¹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.93; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.96; Demirbaş, s.522-523; Öztürk, Erdem, s.360; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II İstanbul 1986 s.637 vd; Odyakmaz, Zehra-Kaymak, Ümit-Ercan İsmail: Anayasa Hukuku İdare Hukuku İstanbul 2011 s.187 .

⁴² Demirbaş, s.522-523; Çakmak/Makale, s.165.

Kanun'un 16. maddesinde , meşru savunma hakkının kullanılması çerçevesinde polisin silah kullanmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Fakat yeni TCK ve PVSK açısından, meşru savunmada aranan "*oranlılık ilkesi*" uyarınca yalnızca mülkiyeti korumak için yaşama hakkının tehlike altına sokulması hukuka uygun olmayacaktır⁴³.

C-Yakalama ve Kaçmanın Önlenmesi

Sözleşme'nin 2/2-b maddesi , tehlikeli kişilerin yakalanması veya kaçmasının önlenmesi bakımından silah kullanılması konusunda bir dayanak oluşturmaktadır. Yaşamın tehlikeye atılması ancak silah kullanılmasının mutlaka gerekli olması halinde hukuka uygun sayılır. Başka bir ifade ile öldürme kastı ile hareket edilmemiş olması gerekir. Silah kullanma ve silahlı çatışma konusuna aşağıda ayrıca değinilmiştir.

D-Ayaklanmanın bastırılması

AİHS m. 2/2-c' de öngörülen ve öldürmeyi hukuka uygun kılan son durum ayaklanmadır. Ayaklanma, çok sayıda kişinin büyük çapta şiddet kullandığı, ekstrem durumları ifade eder. Fakat böyle bir durumda da kamu düzenini yeniden tesis etmek için silah kullanmanın mutlaka zorunlu olması şartı aranır⁴⁴.

E- Değerlendirme.

Yaşama hakkı Sözleşme'nin mutlak haklar kategorisine girmekle birlikte sınırsız bir hak değildir. 2. maddenin 2. fıkrasında kuvvet kullanmanın meşru olduğu durumlar sınırlı olarak sayılmış olup bunların genişletilmesine imkân yoktur. Devletler savaş ve olağanüstü durumlarda dâhil 2. maddenin 2. fıkrasına aykırı önlemler alamazlar.

Meşru müdafanın istisna oluşu her türlü izahtan varestedir. Ayrıca bir ayaklanmanın bastırılmasında, meşru müdafaa veya ıztırar halinin şartları bulunmadıkça adam öldürmenin hukuka uygunluğundan bahsedilemez.

2. maddenin 2. fıkrası kasten öldürmeye izin verilen haller değildir. Burada mutlaka gerekli olan bir güç kullanımı nedeniyle daha çok

⁴³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.113;

⁴⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.116;

istenmeyen bir sonuç olarak ortaya çıkan ölüm olayı söz konusudur. Başka bir ifadeyle hukuka uygun bir güç kullanımına bağlı kast olunmayan bir sonuç olarak ortaya ölüm meydana gelmektedir. Yani bu istisnalar, öldürmeye peşinen izin verilen durumları değil yaşamın kasıtlı olmayan izalesini, belirli şartlarda yaşamı koruma yükümlülüğün ihlali saymayan kurallar olarak düzenlenmiştir⁴⁵.

Burada anlaşılamayan istisna, yakalamak amacıyla adam öldürmektir. Ölüm cezası kaldırıldığına göre yakalanan bir sanığı yargıladıktan sonra dahi verilebilecek en ağır ceza müebbet hapis cezası iken yakalama yapabilmek için böyle bir istisnanın konulması anlaşılabilir bir durum değildir. AİHM burada öldürme kastıyla hareket edilemeyeceğini kabul etmektedir. Mahkeme kamu görevlilerin kasıtlı davranışlarına bağlı pek çok ihlal kararı vermiştir. Mahkeme'nin, Kaya/Türkiye (22729/93), Güleç/Türkiye(21593/93) , Ergi/Türkiye(23818/94), Taş/Türkiye (24396/94), Gül/Türkiye (22676/93), Çiçek/Türkiye (25704/94) ve Akdeniz/Türkiye(23954/94) kararları bu konuda örnek olarak gösterilebilir⁴⁶.

IV- Yaşama Hakkı Kapsamında Özellik Arz Eden Bazı Sorunlar

A-Ölüm Oruçları⁴⁷

İnsan özgür iradesine rağmen bazı işlem ve eylemler yapmaya zorlanamaz. Bu bağlamda 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği hastanın rızasına büyük önem vermiş ve m. 24'de "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası aranır*" kuralını koymuş, m. 25'de de "*Tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı*" tanımıştır. Ölüm orucuna başlayan kişi başlangıçta hasta olmadığına göre hasta muamelesine tabi tutulması da mümkün değildir. Kişi, kendi hayatı konusunda yine ve ancak kendisi karar verebilir. Burada önemli olan husus iradenin sağlıklı olup olmadığıdır. Bir şüpheli veya sanığın sivil itaatsizlik hakkını kullanarak özgür iradesiyle ölüm orucuna başlaması yasaklanabilecek bir durum değildir. Fakat hekimin sağlıklı bir karar verme durumunda olmayan

⁴⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.97; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.94; Çakmak/Makale s.166.

⁴⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.94-95; Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.11; Çakmak/Makale s.174.

⁴⁷ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.95.

kişinin yaşamasını sağlamak için hizmet vermesi tıbbi bir zorunluluktur. Özellikle ölüm orucuna yatanların bulunduğu ortamdan çıkarılıp tedavi görmesi belki daha sağlıklı karar vermesine fırsat verebilir. Yeni TCK m. 298’de “*Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme*” suçunu düzenlemiştir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre hükümlü ve tutuklarının beslenmesini engelleyenler hakkında 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmesi ya da bu doğrultuda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi suçunu oluşturur. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 82. maddesi, beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucuna yatan hükümlülerden hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında isteklerine bakılmaksızın muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak koşuluyla uygulanır, hükmünü içerir.

B- Gözaltında Ölümler

Gözaltında ölümler Türkiye’nin başını çok ağrıtmış bir konudur. Mahkeme burada çoğu kez etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle Türkiye’yi mahkûm etmiştir. AİHS m. 2’nin uygulanabilmesi için ölümün fiilen kesin olarak tespit edilmiş olmasına örneğin cesedin ortaya çıkmış bulunmasına gerek yoktur. Türkiye’ye karşı açılan Çiçek, Taş, Salman, Akdeniz ve diğerleri gibi davalarda verilen kararlarda devletin denetimi altında olan bir kişinin sağlığında meydana gelen olumsuz değişiklikleri açıklama yükümlülüğü vardır. Söz konusu kişinin ölmesi halinde hesap verme sorumluluğu daha da önemli bir hale gelir. Mahkeme’nin ihlal sonucuna varmasında kişinin son kez güvenlik güçleri elinde iken görülmüş olması, bir daha ortaya çıkması ölçüt kabul ettiği durumlardır. Mahkeme’ye göre kişiden haber alınmaksızın ne kadar uzun süre geçmişse ölmüş olması ihtimali de o kadar yüksektir. Bu durumda da devlet kişinin akıbeti konusunda makul ve ikna edici bir açıklama getiremezse m. 2’den sorumlu tutulmaktadır⁴⁸.

⁴⁸ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.101

C- Silah Kullanma ve Silahlı Çatışma

Silah kullanma ve silahlı çatışma ülkemizde sık sık sorun olarak ortaya çıkmış, kamuoyunda özellikle de basında yargısız infazlardan söz edilmiştir. Türk hukukunda güvenlik güçlerinin güç ve silah kullanma yetkisini düzenleyen birçok hüküm bulunmaktadır 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması hakkında Kanun, 2692 sayılı Güvenlik Komutanlığı Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu, 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun gibi. Belediye zabıtasında olduğu gibi bir kısım kolluk görevlilerinin de silah kullanma yetkisi yoktur. Meşru savunma bakımından 2559 sayılı PVSK m.16' da polisin silah kullanabileceği hüküm altına alınmıştır. 5681 sayılı yasa ile 2007 yılında kanunda değişiklik yapılmıştır. 5681 sayılı kanun ile değişik PVSK m. 16' da öngörülen ana ilkeleri şu şekilde özetlemek mümkündür :

- a) Yaşama hakkı tehlikeye girmedikçe başkasının yaşama hakkını tehlikeye sokmak olanaklı değildir (meşru müdafaa ve ıztırar hali).
- b) Silah, öldürmek kastı ile kullanılamaz.
- c) Başka şekilde saldırı veya tehlikeyi def etmek mümkün ise, asla silah kullanılamaz.
- d) Başka türlü yakalama olanağı bulunmayan durumlarda, sağlığa en az zarar verecek şekilde silah kullanılabilir.
- e) Kaçan kişi, açıkça ve ısrarla ikaz edilmedikçe silah kullanılamaz.
- f) Ölçülülük (oranlılık) ilkesi ⁴⁹.

⁴⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.99; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.107-108.

Polisin silah kullanma yetkisi konusunda kesin ve değişmez ölçüt ve sınırlar konulması mümkün değildir. Bu konuda kanunlara açık ve değişmez hükümler koymak olayın özelliğine ve kişilerin davranışlarına göre bazı güçlükler yaratabilir.

AİHM, McCann ve diğerleri/İngiltere davasında, bombalı terör eylemine hazırlık sırasında güvenlik kuvvetleri tarafından üç IRA terör şüphelisinin Cebelitarık Boğazı'nda öldürülmeleri olayında gözaltına alınırken operasyonun yeterli titizlikle hazırlanmamış olması ve mutlak gereklilik sonucu olmayan orantısız güç kullanılması sebebiyle yaşama hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Burada, İngiltere hükümetinin halkı korudukları iddiası mutlak gereklilik kapsamında görülmemiştir, çünkü şüpheli teröristlerin Cebelitarık'a girmelerine ilk başta izin verilmiştir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere mahkeme öldürmeye yol açan koşulların makul ve mutlak gereklilik sınırları içerisinde olmasını, kuvvet kullanımının mutlak olarak gerekli ve kesin olarak fiil ile orantılı olmasını ve son çare olarak başvurulması şartını aramıştır. Hedeflenen amacın niteliğinin, yaşama yönelik tehlikeler ve kullanılan kuvvetteki risk derecesinin bir yaşama son verilmesini gerektirip gerektirmeyeceğine bakılmalıdır⁵⁰. AİHM silah kullanma konusunda Türkiye hakkında verilen Yaşa/Türkiye, Güleç/Türkiye kararlarında da bu ilkeler ışığında bir değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında , yaşama hakkının Anayasa'nın aradığı belirlilik ve zorunluluk kriterlerine göre sınırlandırılabilirliğini, kamu düzenini sağlamakla yükümlü polisin olayı başka bir şekilde engelleme imkanı kalmadığında son çare olarak kademeli bir şekilde zora başvurabileceğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi 1996/68 Esas, 1999/71 sayılı kararında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na 3. madde ile eklenen ek madde 2' nin incelenmesinde bu hükümle kolluk güçlerine verilen ateşli silah kullanma yetkisinin yaşama hakkının özüne dokunduğunu Anayasanın ve AİHS' nin aradığı *"zorunluluk ve orantılılık"* şartlarının bulunmadığını, *"teslim ol emrine uyulmaması"* ve *"silah kullanmaya teşebbüs edilmesi"* halinde kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri kullanılmadan kolluk güçlerine son çare olarak başvurulması gereken ateşli silah kullanma yetkisi verdiğini bu nedenle

⁵⁰ Çakmak/Makale, s.168.

bu yönetime başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanılmasının yaşama hakkını zedeleyeceği sonucuna vararak söz konusu maddenin Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir⁵¹

D- Kayıp Kişiler

Türkiye aleyhine yapılan başvurular bakımından önemli bir sorunu kayıp kişiler olgusu oluşturmaktadır. Bu sorun zaman zaman gözü altında ölüm iddialarıyla çakışmaktadır. Yani en son devlet kontrolü ve gözetimi altında görülen kişilerin bir daha ortaya çıkmaması ve devletin bu kişilerin akıbeti hakkında bir bilgi verememesi durumunda kayıp kişiler sorunu gündeme gelmektedir. Mahkemenin re'sen delil araması söz konusu olabilir , ancak mahkeme "*iddiayı ispat, iddia edene düşer.*" temel fikrinden hareket etmektedir. Başvuranın kayıp olan yakınının kamu görevlilerince teslim alındığını kanıtlanması gerekir. Birlikte gözaltına alınan arkadaşları serbest bırakıldığı halde kayıp kişinin serbest bırakılmadığı bir durumda o kişiden haber alınmadığının ortaya konulması gerekir. AİHM kayıp kişilerle ilgili davalarda iddianın bu düzeyde kanıtlanamadığını gördüğü zaman davayı reddetmektedir⁵².

E- Faili Meçhul Öldürme ve Öldürmeye Teşebbüs Olayları

Terörün yaygın olduğu yıllarda Türkiye'nin önemli sorunlarından biri de faili meçhul adam öldürme olayları olmuştur. AİHM 2.09.1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararında bilinmeyen bir kişi tarafından 8 el ateş edilerek ağır yaralanan başvuru kişinin yaşamının tehlikede olduğuna dair önceden resmi makamlara yapmış olduğu resmi başvuruya karşın Türkiye'nin başvuru kişinin yaşam hakkını koruma da bu başvuru bakımından kusurlu olmadığı sonucuna varmıştır. Faili meçhul öldürme kapsamında 03.07.2006 tarihli Bayrak ve diğerleri/Türkiye davasında Divan, Türkiye'nin etkili bir soruşturma yapmış olması nedeniyle pasif kalmadığı gerekçesiyle açılan davayı reddetmiştir⁵³.

⁵¹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.119-120

⁵² Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.103.

⁵³ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.101.

F- Ötenazi

Anayasa m. 17/1 ve AİHS m. 2 yaşama hakkı bakımından bir güvence içermekte ancak ölme hakkını garanti etmemektedir. Mahkeme 29.04.2002 tarihli Pretty/İngiltere kararında; devlete, bireye ölüm hakkını tanımak ya da bunu kolaylaştırmak gibi bir yükümlülük yüklenemez, görüşünü dile getirmiştir. Burada Bayan Pretty çok ağır bir ölümcül hastalığın pençesinde bulunduğundan hareket yeteneğini de kaybettiği için intihar edememekteydi. Bayan Pretty'nin kendi rızası üzerine kocasının onu öldürmesi de yerel hukuka göre suç teşkil edecekti. Mahkeme sözleşmedeki yaşama hakkının ölme hakkını da tanıyacak şekilde yorumlanmasına mümkün olmayacağı sonucuna varmıştır. Ulusal hukukta ötenaziyi düzenlemek sözleşmeye aykırı bir durum yaratmayacaktır⁵⁴.

G- Gebeliğin Sonlandırılması (Kürtaj)

İnsan yaşamı, doğumla birlikte başlar ve ölümle birlikte sona erer. Hukuken yaşama hakkının ne zaman başladığı konusunda insan hakları hukukunda kesin bir cevap yoktur. Bu konuda her ülkenin kendi ulusal hukukunda yapacağı düzenlemeler bakımından oldukça geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır.

AİHM Büyük Dairesi'nin 08.07.2004 tarihli Vo/Fransa kararında, cenine zarar verme olayının sözleşmenin 2. maddesi kapsamında bir suç olarak değerlendirilmesinin gerekip gerekmeyeceği tartışılmıştır. Bu olayda rutin bir check up için hastaneye giden ve altı aylık hamile olan ve Fransızca konuşamayan başvuru personelin hastaların soyadlarını karıştırması sebebiyle nedeniyle bir başka kadınla karıştırılmış, bunun üzerine yapılan hatalı müdahale sonucunda, ileri bir tarihte çocuğunu aldırma zorunda kalmıştır. Ulusal hukukta başvuru doktorlara karşı adam öldürme davası açamamıştır, çünkü Fransız hukukuna göre ceninin taksirle öldürme suçunun mağduru olması mümkün değildir. Mahkeme ceninin yaşama hakkının korunmasından yararlanıp yararlanmayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçınmıştır. Avrupa düzeyinde ceninin doğası ve statüsü hakkında uzlaşma olmadığı ancak bu konuda koruma kapsamına alınmaya baş-

⁵⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.94.

landıkları söylenebilir. Mahkeme'nin vardığı sonuç, o an itibariyle henüz doğmayan çocuğun 2. madde kapsamında bir kişi sayılıp sayılamayacağı konusunda soyut bir cevap vermenin mümkün olmadığı şeklindedir. Yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi vardır. Neticede mahkeme somut olayda hamileliğin sona erdirilmesinin 2. madde kapsamına girip girmediğini incelemeyi gereksiz bulmuştur. Çünkü anneye kasıtlı olmadan zarar vermeyi suç olarak cezalandırmak ve zarar nedeniyle hukuk davası açmak imkânını tanımak suretiyle, Fransız hukuku bu olaylara karşı yeterli düzeyde korumayı sağlamaktadır.

AlHM Bruggemann ve Scheuten/Almanya kararında da , bu ilkelere ışığında Almanya'daki yasal düzenlemeleri de sözleşmeye yönelik bir ihlal olarak kabul etmemiştir.⁵⁵

Türk hukukunda, dünyanın belki de en liberal kanunlarından biri olan Nüfus Planlaması Kanunu 10 haftaya kadar olan gebeliklerin isteğe bağlı olarak sonlandırılabilceğini hükme bağlamıştır. Ceninin potansiyeli ve insan olabilme yeteneği, insan onuru adına korunmasını gerektirmektedir. Fakat bu husus cenini 2. madde anlamında yaşama hakkına sahip bir kişi yapmaz. Öte yandan babanın cenin üzerindeki hakkının da annenin özel hayatın korunması hakkıyla birlikte değerlendirilerek dengeli bir çözüme ulaşılması gerektiği kabul edilmiştir.⁵⁶

V- Sonuç.

Türkiye Cumhuriyeti, bireysel başvuru hakkını 1987 yılında kabul etmiş ve 1990 yılında da seçimlik hüküm olan Divan'ın zorunlu yargı yetkisini tanımıştır.

Mahkeme, bu tarihten sonra Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvurularda, Türkiye'nin Güneydoğu'sunda yaşam kaybının trajik ve sıklıkla rastlanan bir durum olduğunu tespit ederek silahlı çatışmaların yaygınlığının, ölümlerin çokluğunun güvenlik güçlerinin yer aldığı silahlı çatışmalarda, Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan etkili ve bağımsız bir araştırma yapılması ödevini ortadan kaldırma-

⁵⁵ Çakmak, s.151

⁵⁶ Öztürk, s.63; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.92-93.

yacağını vurgulamıştır. Bu kapsamda güvenlik güçlerinin karıştığı öldürme olaylarının Memurin Muhakematı Kanunu çerçevesinde il idare kurullarınca soruşturulmasının etkin bir soruşturma sayılamayacağını özellikle saptamıştır. Bu kararlar nedeniyle 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Memurin Muhakematı Hakkında Kanun'un yerini alarak memur suçları muhakemesini basitleştirmiş ve hızlandırmıştır.

Bu tarihten sonrada, Türk hukukunda önemli gelişmeler olmuştur. Bilindiği gibi, Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu'sunda 19.07.1987 tarihinde Terörle mücadele etmek ve güvenliği sağlamak amacıyla 8 ili kapsayan olağanüstü hal ilan edilerek Olağanüstü Hal Bölge Valiliği kurulmuştu. olağanüstü hal uygulanan iller zamanla değişmekle birlikte bu uygulama 30.11.2002 tarihinde tamamen kaldırılmıştır.

Yine, ölüm cezası konusunda ülkemizde yıllardır devam eden tartışmalar sonucunda bu ceza 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'la ilk önce "Savaş ve çok yakın savaş tehdidi halinde işlenmiş olan suçlar için öngörülen idam cezaları hariç" olmak üzere ve 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la da mevzuatımızdan tamamen çıkartılmıştır.

07.05.2004 tarihinde Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu sayede iç hukukta mahkemelerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda uluslararası sözleşmeleri ve bu arada AIHS' ni öncelikle dikkate almaları gerektiği hususu vurgulanmıştır. Ancak uygulamada mahkemelerin bu konuda gerekli özeni tam olarak gösterdikleri söylenemez.⁵⁷

30.06.2004 tarihinde 5190 sayılı "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun" Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun uyarınca 5190 sayılı Kanunla görevli ve yetkili ağır ceza mahkemeleri kurularak bu mahkemelere ihtisas mahkemesi hüviyeti kazandırılmıştır.

⁵⁷ Çiftçioğlu, s.203-204; Başlar Kemal: Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2007, s.17

Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum sürecinde ceza mevzuatı tamamen değiştirilmiş, 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 04.12.2004 tarihinde kabul edilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 13.12.2004 tarihinde kabul edilen 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlarla ceza adaleti sistemi büyük çapta AİHM kararları ile uyumlu hale getirilmiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi ile kurulan ağır ceza mahkemeleri 02.07.2012 tarihinde kabul edilen ve 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 75, 105/6 ve geçici 2. maddesi ile kaldırılmıştır. 6352 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 10. maddesini değiştiren düzenleme ile kaldırılan CMK m. 250 ile görevli ve yetkili mahkemelerin yerine TMK. m. 10. ile görevli ve yetkili ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemelere de ihtisas mahkemesi hüviyeti kazandırılmak istenmiştir. Ayrıca bu Kanun'la kaldırılan, CMK m. 250 ile görevli ve yetkili mahkemeler kapsamında görev yapan hakim ve savcıların yetkileri bu mahkemelerde açılan davaların kesin hükümle sonuçlandırılmasına kadar devam edecektir. TMK. m. 10 ile görevli ve yetkili ağır ceza mahkemeleri ve kaldırılan CMK. m. 250 ile görevli ve yetkili ağır ceza mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalı bir husustur. Zira bu mahkemeler diğer mahkemelerin sahip olmadığı bir takım yetkilerle donatılmıştır ve yargılama usullerinde de diğer mahkemelere nazaran önemli farklılıklar mevcuttur. Bu bakımdan söz konusu mahkemelerin özel yetkili mahkemeler olduğunun kabulü gerekir.

Öte yandan , 5982 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle Anayasa'nın 148. maddesi değiştirilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasına pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi, bireysel başvuruların karara bağlanması da ilave edilmiştir. Anayasa'nın 148. ve 03.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesine göre "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*" Anayasa'nın geçici 18. ve 6216 sayı-

lı Kanun'un 76/a. maddesine göre 23.09.2012 tarihinden sonra Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır.

Yukarıda izaha çalıştığımız iç hukukta yapılan değişikliklerle, AIHM tarafından tespit edilen hak ihlallerinin önüne geçilmek istenmiştir.

Devlet, gerek adli gerekse idari düzeyde yaşama hakkını koruma yükümlülüğü kapsamında AIHM tarafından verilen kararlar doğrultusunda, gerekli önlemleri almalı ve yasal rejimi kurmalıdır. Bu bağlamda, adli kolluk mutlaka kurulmalıdır. Cumhuriyet Savcıları , kolluk güçleri üzerinde mevzuattan kaynaklanan denetim görevlerine azami ölçüde dikkat ederek, ihlal iddialarına ilişkin olarak gerektiğinde re'sen soruşturma açmalıdır. Bu konuda resmi hoşgörü gösterilmemelidir. Yine mahkeme kalemi iyi eğitilmeli, adalet meslek yüksekokulu mezunlarının istihdamına önem verilmelidir. Suçlulukla mücadelede mutlaka halk ile işbirliği yapılmalı ve polisin halk üzerindeki imajının düzeltilmesi yönündeki çalışmalara ağırlık verilmelidir.

KAYNAKLAR

Akın, İlhan F:Kamu Hukuku İstanbul1987

Başlar Kemal:Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2007

Bilge, Necip:Hukuk Başlangıcı Ankara 1983

Çakmak, Seyfullah: Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası Ankara 2002

Çakmak, Seyfullah: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı, Adalet Dergisi, sayı:19, Mayıs-2004

- Çelik, Can, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, 4.sayı İstanbul, 2011
- Cengiz, Serkan-Demirağ, Fahrettin-Ergül, Teoman-Mcbride, Jeremy-Tezcan, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları Ankara
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel: Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11 sayı 2 Temmuz 2012
- Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2009
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II İstanbul 1986
- Ercan, İsmail: Ceza Hukuku İstanbul 2007
- Gemalmaz, Mehmet Semih: Devlet Birey ve Özgürlük İstanbul 2010
- Gözler Kemal: Hukuka Giriş Bursa 2012
- Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esaslar Bursa 2012
- Gözübüyük, A.Şeref: Anayasa Hukuku Ankara 1986
- İzveren, Adil: Hukuk Felsefesi Ankara 1988
- İzveren, Adil: Hukuk Sosyolojisi İzmir 1995
- Myjer, Egbert-Hancock, Barry-Cowdery, Nicholas- Alink, Marnix: Savcılar için İnsan Hakları El Kitabı, Ankara2006
- Odyakmaz, Zehra-Kaymak, Ümit-Ercan İsmail: Anayasa Hukuku İdare Hukuku İstanbul 2011
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku Ankara 1986
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku Ankara 2011
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ankara 2010 s.93;

- Tanrıkulu, M.Sezgin: İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı TBB dergisi sayı 66, 2006
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku Ankara 2010
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz-Önok, Rifat Murat:İnsan Hakları El Kitabı Ankara 2010
- Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sancaktar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara2004
- Tikveş, Özkan:Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir1982
- Savcı, Bahri: Yaşam Hakları ve Boyutları Ankara 1980
- Sur, Melda: İnsan Hakları Kavramındaki Gelişmeler İzmir Barosu Dergisi Temmuz 1993 sayı 3

İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR

CRIMES AGAINST HUMANITY

Ayşen SEYMEN ÇAKAR*

Özet: İnsanlığa karşı suçlar uluslararası belgelerde çerçeve suç niteliğinde düzenlenmiş, suç fiilleri sayıldıktan sonra 'diğer insanlık dışı fiiller' ifadesiyle başka fiillerin suç kategorisine sokulabilmesi sağlanmıştır. İnsanlığa karşı suçların Roma Statüsü ile kabul edilen metni de böyledir. Bu durum, kanunilik ilkesine aykırıdır. Bu sebeple insanlığa karşı suçların bir an önce sınırlandırılması gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler: İnsanlığa karşı suçlar, Londra Şartı, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, kanunilik ilkesi

Abstract: Crimes against humanity regulated in international documents like a frame crime. After some acts were counted, an expression like 'other inhumane acts' took place in documents. Crimes against humanity took place in the Statute of Rome in this way. It is contrary to the principle of legality. Therefore, acts of crimes against humanity must be limited.

Key Words: Crimes against humanity, London Charter, The Statute of International Criminal Court, the principle of legality

1. GİRİŞ

İnsanlığa karşı suçlar, tanımlanması ve sınırlandırılmasındaki güçlükler nedeniyle, en fazla tartışmalara yol açan suç tiplerinden biridir. İnsanlık kavramı oldukça geniş bir kavramdır. Bu sebeple bu suç tipinin, savaş suçlarından ayrı, başlıbaşına bir suç olarak düzenlenmesi devletlerin itirazlarıyla karşılaşmış ve zaman almıştır. Bu sebeple insanlığa karşı suçlar, tarihsel olarak diğer uluslararası suçların aksine, çeşitli uluslararası mahkemelerin statülerinde yer alarak gelişmişlerdir. Bu

* Arş. Gör., Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi İİBF. Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Araştırma Görevlisi

uluslararası mahkemeler belli bölgelerde meydana gelen uluslararası nitelikte bazı suçları yargılamak üzere kurulmuş yer ve zaman itibarıyla sınırlı mahkemelerdir. Bu mahkemelerin statülerinde de insanlığa karşı suçlar, o bölge koşullarına uygun olarak düzenlenmiş, bazen oldukça kapsamlı sınırlamalara tabi tutulmuş, bazen de suç daha genel olarak kabul edilmiştir.

İnsanlığa karşı suçlar yer aldıkları uluslararası belgelerde bir çerçeveye suç niteliğinde düzenlenmiş ve genellikle önemli bir takım suç fiilleri sayıldıktan sonra 'diğer insanlık dışı fiiller' gibi bir ifadeyle daha pek çok suç fiilinin bu suç kategorisine sokulabilmesi imkanı sağlanmıştır. Nitekim, insanlığa karşı suçların en son Roma Statüsü ile kabul edilen metni de bu şekildedir, yani insanlığa karşı suçlar içerisinde suç türleri sınırlı sayıda sayılmamıştır. İnsanlığa büyük acılar yaşatan veya yaşatacak bazı fiillerin cezasız kalmaması amaçlanmıştır. Bu durum, ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olan kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesine aykırıdır, kanunilik ilkesi yanında, ceza hakiminin kıyas yasağını da düşünürsek bu imkansızlık daha net görülmüş olur. Bu sebeple insanlığa karşı suçların bir an önce sınırlandırılması gerekliliği ortadadır ki bu hukuki güvenlik ilkesi açısından da önemlidir.

2. TARİHÇE

Açıkça insanlığa karşı suç olarak tanımlanmasa da, 1474 yılında Almanya'nın Breisach şehrinde, Alman İmparatoru Peter Von Heigenbach'ı yargılamak üzere bir Roma Germen mahkemesi kurulmuş ve Heigenbach, tanrının ve insanların kanunlarını ihlal etmek ve askerlerini sivil halkın ırzına geçirterek öldürtmekten mahkum edilmiştir.¹ Bununla birlikte uluslararası bir ceza mahkemesi kurma konusundaki ilk teşebbüs 1. Dünya Savaşı sonrasında gündeme gelmiştir. İngiltere, Alman Kralı II. Wilhelm'i savaşa yol açmakla suçlamakta ve iade talebinde bulunmaktaydı. Hollanda, İngiltere'nin bu talebini "devlet başkanlarının sorumsuzluğu" gerekçesiyle reddetmiştir ve ceza yargılaması yapılamamıştır.²

¹ Durmuş Tezcan, "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, s. 272

² İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s. 330

İnsanlığa karşı suçların ortaya çıkış ve gelişim safhasını, Birinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem ve İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem itibariyle değerlendirmek yerinde olacaktır. İnsanlığa karşı suç kavramının ortaya çıkmasında bu iki dünya savaşının önemi büyüktür. İnsanlığa karşı suç kavramı ilk olarak Birinci Dünya Savaşı sonrası 1915 yılında müttefik devletlerin hazırladığı ortak bildiriye yer almış ve fakat kavramın genişliği, belirsizliği gibi sebeplerle bu suç tam olarak tanımlanamamış ve bu yeni suç tipinin savaş suçlarından ayrı olarak kabul edilmesi yani başlıbaşına bir suç olarak kabul edilmesi devletlerin itirazlarıyla karşılaşmıştır. O dönem için konu, hukuki olmaktan ziyade politik bir konu olarak ele alınmış ve yapılan uluslararası anlaşmalarla konuya kısa süreli çözüm getirilmiş, daha doğrusu dile getirilen bu suç tipinin üstü örtülmüştür. Suçun gerçek anlamda uluslararası hukuk metinlerine girmesi İkinci Dünya Savaşı sonrasında mümkün olabilmektedir. Bu sebeple bu suçun gelişimi ile bu iki dünya savaşı arasında bağlantı vardır. Birinci Dünya Savaşı sonrası insanlığa karşı suçlar kavramı altında yeni bir suç tipi ortaya atılmış, fakat tanımlanması ve uluslararası hukuk metinlerine girmesi İkinci Dünya Savaşı sonrası gerçekleşebilmiştir. Günümüzde gelinen noktada Roma Statüsü ile suç ayrıntılı bir şekilde ifade edilmekle birlikte hala yeterince sınırlandırılmamış, bir çerçeve suç niteliğindedir. Ceza hukukunda kanunilik ilkesi gereği bir suçun net olarak tanımlanıp sınırlandırılması gereği açıktır.

2.1. BİRİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI DÖNEM

İnsanlığa karşı suç kavramı ilk olarak Birinci Dünya Savaşı sonrası müttefik devletlerin (İngiltere, Fransa, Rusya) hazırladığı ortak bildiriye (1915 Joint Allied Declaration) yer almıştır. Bu bildiriye Türkler tarafından insanlığa ve sivillere karşı işlenen bu yeni suçlar ifadesi yer almış ve bu suçlardan Osmanlı hükümetinin tüm üyelerinin ve bu katliama karışmış tüm yetkililerinin kişisel olarak sorumlu tutulmaları gerektiği ifade edilmiştir.³ Bu bildiri, 24 Mayıs 1915 tarihinde The New

³ "In view of these new crimes of Turkey against humanity and civilisation, the Allied governments announce publicly to the Sublime Porte that they will hold personally responsible (for) these crimes all members of the Ottoman Government and those of their agents who are implicated in such massacres".

Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, s. 101

York Times Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Fakat gazetenin ilgili sayısında bu kritik kelimeler yer almamış, bunun yerine 'Türklerce işlenen bu yeni suçlar' şeklinde ifade edilmiştir.⁴

İnsanlığa karşı suç tabiri, Rus Dışişleri Bakanı Sazanov'dan çıkan orijinal bir öneri değildir. Sazanov, insanlığa karşı suçlar tabiri yerine, hristiyanlığa ve sivillere karşı suçlar (crimes against christianity and civilisation) terimini önermişti. Ancak, Fransız Dışişleri Bakanı Delcassé, Fransız ve İngiliz sömürgesi altında bulunan müslüman nüfusun bundan alınabileceğini ve kendilerini dışlanmış hissedeceklerini ileri sürerek hristiyanlığa karşı suçlar yerine, insanlığa karşı suçlar ifadesinin kullanılmasını önermiştir. Bu öneri, Rus ve İngiliz dışişleri bakanları tarafından kabul edildi ve suçun ismi bildiride, insanlığa ve sivillere karşı işlenen suçlar şeklinde yer aldı. Öyle görünüyor ki, bu üç devlet ne kullandıkları ifadenin farkındaydılar; ne de bunun genel felsefi etkileri ile ilgileniyorlardı, onlar sadece bir politik problemi kısa vadede çözmeye çalışıyorlardı.⁵ İnsanlığa karşı suçların savaş suçlarından ayrı olarak ele alınarak başlı başına bir suç olarak kabul edilmesi o dönemde devletlerin itirazlarıyla karşılaşmıştır. Bu itirazların sebebi olarak da 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi (1907 Hague Convention IV) gösterilmiştir. IV. Lahey Sözleşmesi'nin önsözünde insancıl hukuka (laws of humanity) ve kamu vicdanına açıkça vurgu yapılmış ve hem savaşan taraflara hem de sivillere koruyucu ek güvenceler tanınması amacıyla kapsamlı kurallar kabul edilmiştir.⁶ 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri de insanlığa karşı suçlar açısından önemli yer tutmaktadır. Cenevre Sözleşmeleri, savaş hukukuna ilişkin kuralları belirleyen sözleşmeler olarak bilinmekle birlikte, içeriklerinde sivil nüfusu korumaya yönelik düzenlemeler de mevcuttur. Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesinde, akit taraflardan birinin toprağında meydana gelen ve uluslararası nitelikte olmayan uyuşmazlıklarda uyulması gereken kurallar düzenlenmiştir. Ortak üçüncü maddede⁷, savaş sırasında sivillere, ırk,

⁴ Pierre Tristam, "1915 Joint Allied Declaration Condemning Turkish Genocide of Armenians", <http://middleeast.about.com/od/turkey/qt/me090318.htm>(28/11/2011)

⁵ Cassese, s. 102

⁶ Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing, 2010, s. 185

⁷ Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesi:

Yüksek Akit Taraflardan birinin toprağında çıkacak fakat beynelmil bir mahiyet arz etmeyecek olan silahlı bir ihtilâl takdirinde ihtilâl halinde bulunacak taraflardan her biri hiç değilse aşağıdaki hükümleri tatbik etmekle mükellef bulunacaktır: 1. Silahlarını teslim eden silahlı kuvvetler mensuplarıyla hastalık, mecburiyet, mevkufiyet dolayısıyla veya diğer herhangi bir sebeple harp dışı olan kimseler

renk, cinsiyet vs. hiçbir ayırım yapılmaksızın insani muamele edilmesi ve sivillere yönelik olarak belli fiillerin yasaklanması konusunda koruyucu düzenlemeler getirilmiştir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Mahkeme Şartı 2. maddesinde⁸ Cenevre Sözleşmelerine atıf yapmıştır. Cenevre Sözleşmelerinin ortak üçüncü maddesine Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1997 tarihli Tadic davasında atıf yapılmıştır. 2. Ceza Dairesi'nin 10 Aralık 1998 tarihli kararında, 3. maddenin bir şemsiye kural teşkil ettiğini, insan onuruna yönelik tecavüzü de içeren zorbalıklarda bulunmak ve işkence yapmak suçlarının Statü'nün 3. maddesi kapsamına girdiğini kabul etmiştir.⁹

Birinci Dünya Savaşı'nın sonuçlanmasının hemen ardından müttefik devletler ve ilişkili güçler (Allied and Associated Powers) tarafından 1919'da savaşı yaratanların sorumlu tutulması ve cezaların tatbiki

de dahil olmak üzere, muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen şahıslara, bilcümle ahvalde, ırk, renk, din veya itikat, cinsiyet, doğum, servet veya bunlara mümasil diğer herhangi bir kıstasa dayanan gayrimüsaıt fark gözetilmeksizin, insani muamele yapılacaktır:

Bu bapta, yukarıda zikredilen şahıslara karşı her ne zaman her nerede olursa olsun, şu muamelelerde bulunmak memnudur:

a. Hayatta veya beden bütünlüğüne kasıtlar, bilhassa her şekilde katil, tadili uzuv, zulüm, azap ve işkenceler,

b. Rehine almalar,

c. Şahısların haysiyet ve şerefine tecavüzler, bilhassa tehzil ve terzil edici muameleler,

d. Nizami şekilde teessüs etmiş bir mahkeme tarafından ve medeni milletlerce zaruri addedilen adli teminat altında verilmiş hükümlere dayanmayan mahkûmiyetler ve idamlar.

http://www.msb.gov.tr/asad/AskeriMevzuat/Uluslararası_Antlasmalar/Silahlı_Catisma_Hukuku/SCH3.html (11/03/2012)

8

Article 2

The international Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

a) wilful killing;

b) torture or inhumane treatment, including biological experiments;

c) wilfully causing great suffering or serious injury to body or health;

d) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;

e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;

f) wilfully depriving prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial;

g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;

h) taking civilians as hostages.

9

Dava No: IT-95-17/1-T, Savcı: Anto Frundzija, Yargıçlar: Mumba (Başkan), Cassese ve May, Çeviren: Defne Orhun, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ictihat_hukuku/ictihat_hukuku_savci_-_anto_furundzija.pdf (29/03/2012)

için bir komisyon kurulmuştur. Komisyonun çoğunluğu, savaş hukukunu veya insancıl hukuku (laws of humanity) ihlal ettiği kabul edilen, düşman devletlere üye tüm kişilerin yargılanması yetkisine sahip bir mahkeme kurulmasını desteklemiş, ancak Amerika Birleşik Devletleri, "laws of humanity" ifadesinin hassaslığı ve kapsamının belirsizliği sebebiyle muhalefet etmiş ve böylece 1919 Versay Barış Antlaşması'nda insanlığa karşı suçlar ifadesine yer verilmemiştir. Bantekas'a göre insancıl hukuk ifadesinin belirsiz yapısı itibarıyla bu tür bir muhalefet, uluslararası ceza hukukunun gelişimini yavaşlatsa bile, kesinlikle yasal olarak sürdürülebilir bir tutumdur.¹⁰

1920 tarihli Sevr Antlaşması, savaş sırasında yapıldığı iddia edilen Ermeni katliamı sebebiyle, savaş hukuku ve teamüllerini ihlal etmekten sorumlu Türk yetkililerinin yargılanması için bir hüküm içeriyordu fakat insancıl hukuka atıf yapmıyordu. Sevr Antlaşması onaylanmamış ve bu sebeple de hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir. Sevr Antlaşması'nın yerini alan 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması, 58. ve 59. maddelerinde¹¹ 1914 ve 1922 yılları arasında işlenmiş tüm suçlar için bir af bildirgesi içeriyordu.¹²

¹⁰ Bantekas, s. 186

¹¹ MADD 58

Bir yandan Türkiye ve öte yandan (Yunanistan dışında) öteki Bağlı Devletler, bu Devletlerle (tüzel kişileri de kapsamak üzere) uyruklarının, 1 Ağustos 1914 tarihiyle İşbu Andlaşmanın yürürlüğe giriş tarihi arasındaki süre boyunca uğramış oldukları, gerek savaş eylemleri, gerekse zoralm, haciz, dilediği gibi kullanma ve elkoyma tedbirlerinden doğan kayıp ve zararlardan dolayı her türlü parasal istemde bulunmama hakkından karşılıklı olarak vazgeçerler.

Bununla birlikte, yukarıdaki hüküm, İşbu Andlaşmanın II'nci Bölümünde (Ekonomik hükümleri) öngören hükümlere halel getirmeyecektir.

Türkiye, Almanya ile yapılmış 28 Haziran 1919 tarihli Barış Andlaşmasının 259'ncü Maddesinin birinci fıkrası ve Avusturya ile yapılmış 10 Eylül 1919 tarihli Barış Andlaşması 210'ncü Maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Almanya ile Avusturya'nın geçirmiş transfer etmiş oldukları altın paralar üzerindeki her türlü haktan, (Yunanistan dışında) öteki Bağlı Devletler yararına vazgeçer.

Sürüme tedavüle çıkarılan birinci tertip Türk kağıt paralarına ilişkin olarak, gerek 20 Haziran 1331 (3 Temmuz 1915) tarihli sözleşme, gerekse söz konusu kağıt paraların arkasında yazılı metin uyarınca, Osmanlı Devlet Borcu Meclisine yükletilmiş bütün ödeme yükümleri geçersiz sayılmıştır.

Bunun gibi, Türkiye, Osmanlı Hükümetince İngiltere'ye ismarlanmış ve İngiliz Hükümetince 1914 de elkonmuş olan savaş gemileri için ödenmiş bulunan paranın geri verilmesini İngiliz Hükümetinden ya da İngiliz uyruklarından istememeği kabul eder ve bu yüzden her türlü istemde bulunmaktan vazgeçer.

MADDE 59

Yunanistan, Anadolu'da, savaş yasalarına aykırı olarak, Yunan ordusu ya da Yunan yönetiminin eylemleriyle işlenmiş zararları onarma yükümünü kabul eder.

Öte yandan, Türkiye, Yunanistan'ın, savaşın uzamasından ve savaş sonuçlarından doğan mali durumunu dikkate alarak, onarımlar karşılığı olarak, Yunan Hükümetine karşı yöneltebileceği her türlü zarar-giderim isteminden kesinlikle vazgeçer.

¹² Bantekas, s. 186

Anlaşılabileceği üzere Birinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, insanlığa karşı suçlar ifadesi, genel kabul görmüş bir ifade değil, devletler tarafından şüphe ile yaklaşılan bir ifade olmuştur. Bunun sebebi ise ifadenin çok geniş kapsamlı, belirsiz, teknik olmayan bir ifade olmasıdır. Genel olarak, yoğun şekilde insanların ve sivillerin öldürülmesi fiillerinin bir suç oluşturduğu kabul edilmekle birlikte bu suçun nasıl ifade edileceği ve sınırlandırılacağı konusunda uzlaşma sağlanamamıştır. Bu tür suçların savaş suçlarından ayrı olarak kabul edilmemesi, savaş suçlarının içinde değerlendirilmesi gerektiğine yönelik görüşler ileri sürülmüştür. Konu hukuki olmaktan ziyade, politik bir problem olarak görülerek o dönem için üstü örtülmüş ve çözümsüz bırakılmıştır.

2.2. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI DÖNEM

İnsanlığa karşı suçlar kavramı, uluslararası hukuk metinlerine II. Dünya Savaşı sonrası girmiş, ve gelişimini halen sürdürmekte olan bir kavramdır. İkinci Dünya Savaşı'ndan günümüze kadar uluslararası alanda, insanlığa karşı suçlar ile ilgili pek çok çalışma yapılmış ve kavramın belirginleşmesini sağlayan pek çok sözleşme imzalanmıştır. Ulusal ve uluslararası alanda yaşanan gelişmeler, bu kavramın içeriğinin giderek daha belirginleşmesine ve ortak bir tanıma ulaşma yönünde ilerlemelerin sağlanmasına katkıda bulunmuştur.¹³ Savaş suçları ve soykırımın aksine insanlığa karşı suçların uluslararası bir belgede yer alması uzun zaman almıştır. İnsanlığa karşı suçlar hukuku öncelikle uluslararası teamül hukukunun gelişimiyle paralel olarak gelişimini sürdürmüştür. Bu suçun tanımı daha çok uluslararası mahkemelerin statülerinde yer almakla birlikte bu tanımlar arasında önemli farklılıklar vardır. Dahası bu belgelerdeki insanlığa karşı suç tanımları tamamen doğrusal değildir. Sonraki tanımlar bazen daha geniş ve bazen de öncekilerden daha dar kapsamlı tutulmuştur. Sonuç olarak insanlığa karşı suçları yasaklayan normun içeriği, soykırım ve savaş suçlarını yasaklayan normlardan daha çok tartışmalara konu teşkil etmiştir.¹⁴

¹³ Ezeli Azarkan, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3 (2003), s. 275

¹⁴ Bartram S. Brown (ed.), *Crimes Against Humanity, Research Handbook on International Criminal Law*, Crimes Against Humanity: Margaret M. DeGuzman, Edgar Elgar Publishing, 2011

İkinci Dünya Savaşı öncesi uluslararası toplum, savaş suçlarının geliştirilmesi konusunda, sivil nüfusa karşı vahşet içeren bu yeni suçlardan (insanlığa karşı suçlardan) daha çok ilgileniyordu. Bir devletin kendi sınırları içinde sivillerin ciddi kötü muamele görmesi ile ilgili sorular, o dönemde, temelde egemenlik doktrini altında devletin iç sorunları olarak kabul edildi, bu nedenle uluslararası sorumluluk dışında tutuldu. 1945'ten sonra, sivillere karşı işlenen insanlık dışı fiillerin savaş hukuku ihlalleri ile aynı kategoride olmadığı kabul edildi. Nuremberg Şartı'na göre insanlığa karşı suçlar yeni kurulan uluslararası askeri mahkemede ayrı bir suç olarak yer alacaktı.¹⁵

2.2.1. Ad Hoc Nitelikli Uluslararası Ceza Mahkemeleri

İnsanlığa karşı suç kavramı uluslararası bir hukuk belgesine ilk olarak Nuremberg Mahkemesi Şartı (London Charter)¹⁶ ile girmiştir. Nuremberg Mahkemesi Şartı m. 6/II-c' de insanlığa karşı suçlar ilk kez tanımlanmıştır. Buna göre:

'Mahkemenin yargılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer tüm insanlık dışı fiiller veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler, işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmasın insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler'.

6. maddenin son fıkrasında, maddede sayılan suçlardan birini işlemek için, ortak bir planın veya komplonun hazırlanmasına veya icrasına katılan liderler, organizatörler, azmettirenler ve suç ortaklarının her birinin işlediği tüm eylemlerden sorumlu olduğu belirtilmiştir. 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması'na yürürlük kazandırmak ve Uluslararası Askeri Mahkeme'nin ilgilendikleri dışında savaş suçları ve diğer benzer suçların (crimes against peace, crimes against humanity)

¹⁵ Claire de Than ve Edwin Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, London: Thomson, Sweet and Maxwell, 2003, s. 88

¹⁶ Nuremberg Mahkemesi, 8 Ağustos 1945'te ABD Hükümeti, Fransa Cumhuriyeti Geçici Hükümeti, Büyük Britanya'nın Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda Hükümetleri ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Hükümetleri arasında imzalanan anlaşma uyarınca savaş suçlularını yargılamak ve cezalandırmak amacıyla kurulan uluslararası bir mahkemedir (Charter of the International Military Tribunal, article 1). <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (25/11/2011)

kovuşturulması için, Almanya’da temel yasal düzenlemelerin yapılması için 10 numaralı Kontrol Yasası¹⁷ kabul edilmiştir. İnsanlığa karşı suçlar bu yasanın 2. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı’ndakine paralel biçimde tanımlanmıştır.

Nuremberg Mahkemesi, suçların cezasız kalmaması için önemli bir adım olmakla birlikte pek çok eleştiriye hedef olmuştur. Bu eleştiriler özellikle kanunilik ilkesi konusunda yöneltilen eleştiriler olmuştur. Kanunilik ilkesi, bir taraftan suçun, diğer taraftan suç karşılığı uygulanacak cezanın kanunda gösterilmesi anlamına gelir.¹⁸ Kanunilik ilkesi, yalnızca belirli bir davranışın cezalandırılabilir olduğunun değil, aynı zamanda cezanın tür ve ağırlığının da fiilden önce tespit edilmiş olmasını gerektirir.¹⁹ Nuremberg yargılamalarında, işlendiği sırada suç olarak tanımlanmayan fiillerin, sonradan suç olarak sayılıp cezalandırılmalarının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.²⁰ Nuremberg yargılamalarında soruşturmanın ve yargılamaların müttefik devletlerce yapılmış olması, yargılamaların galiplerin adaletine örnek teşkil ettiği yönünde eleştirilere yol açmıştır.²¹ Gerçekten de bu husus mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını ve adil yargılanma hakkını etkileyebilecek bir husus niteliğindedir.

Nuremberg Mahkemesi’nin kurulmasından bir yıl sonra, Pasifik Savaş Alanı ile ilgili olarak Müttefik Devletler Başkomutanı sıfatıyla General Douglas Mc Arthur 19.01.1946 tarihli bir kararnameyle Uzakdoğu İçin Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi’ni kurmuştur.²² İnsanlığa karşı suçlar, Uzakdoğu İçin Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi²³

¹⁷ Control Council Law No:10, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 1946

¹⁸ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, 2011, s. 44

¹⁹ Öztürk, Erdem, s. 44

²⁰ Orçun Ulusoy, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Editör: Utku Kılınç, İzmir, Etki Yayıncılık, 2008, s. 13

²¹ Ulusoy, s. 13

²² Günal Kurşun’un Uluslararası Ceza Mahkemesi: Hayal ve Ötesi adlı makalesinden alıntı için bakınız: [http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=72\(29/11/2011\)](http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=72(29/11/2011))

²³ 1946’da imzalanan Uzak Doğu İçin Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı’nın 1. maddesine göre, Mahkeme, savaş suçlularını yargılamak ve cezalandırmak üzere Tokyo’da kurulmuştur. <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml> (29/11/2011)

Şartı'nın 5. maddesinin ikinci fıkrasının c bendinde Nuremberg Mahkemesi Statüsü'ndekine benzer şekilde tanımlanmıştır. Şartın 5. maddesinde insanlığa karşı suçlar ile ilgili şöyle bir düzenleme yer almıştır:

'Mahkemenin yargılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı fiiller veya siyasi veya ırksal sebeplerle yapılan zulümler, işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmasın insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler'

Görüldüğü gibi Uzakdoğu için Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı'nın 5. maddesinde insanlığa karşı suçlar, Nuremberg Mahkemesi Şartına paralel biçimde düzenlenmiştir. İkisi arasındaki fark, Nuremberg Mahkemesi Şartı'nın 6. maddesinde 'dinsel sebeplerle yapılan zulümler' ayrıca ve açıkça insanlığa karşı suç kavramı içine alınmışken, Uzakdoğu İçin Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı'nda bu kavramın insanlığa karşı suç içerisinde düzenlenmemiş olmasıdır. Fakat 5. madde metninde geçen 'diğer insanlık dışı fiiller' ifadesi dikkate alındığında suç kapsamı içine daha pek çok insanlık dışı fiilin ve dini sebeplerle yapılan zulümlerin de sokulabileceği açıktır. Burada insanlık dışı fiil olarak nitelendirilebilecek bir fiil örneğin zulüm fiili olup olmadığı araştırılacak, fakat zulümün dini sebeple yapılıp yapılmadığına bakılmayacak yani özel bir kast aranmayacaktır. Buna karşılık siyasi veya ırksal sebeplerle yapılan zulümlerde özel kast aranacak, yani fiilin siyasi veya ırksal bir ayrımcılık gereği işlenip işlenmediğine bakılacaktır. Bu tür ucu açık ifadelerin ceza hukukunda kullanılması kanunilik ilkesine ve hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Ceza hukuku doğrudan kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale imkanı tanıdığı için kanunilik ilkesinin mutlak şekilde uygulanması gereken bir hukuk dalıdır.

Uzakdoğu İçin Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı'nın 5. maddesinde, Nuremberg Mahkemesi Şartı'nın 6. maddesiyle uyumlu bir şekilde 'maddede sayılan suçlardan birini işlemek için, ortak bir planın veya komplonun hazırlanmasına veya icrasına katılan liderler, organizatörler, azmettirenler ve suç ortaklarının her birinin, işlediği tüm eylemlerden sorumlu olduğu' belirtilmiştir.

Yukarıda, Nuremberg yargılamalarına yapılan eleştirilerden bahsetmiştik. Bu eleştirileri aynen Uzakdoğu için Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi ve daha sonra kurulan ad hoc nitelikli diğer mahkemeler için de tekrarlayabiliriz. Bu yargılamalarda suçların cezasız kalmaması amacıyla hareket edildiği ve fakat kanunilik ilkesinin ihlal edildiği tekrar edilebilir.

Yukarıda üzerinde durulan Nuremberg ve Tokyo Mahkemeleri gibi insanlığa karşı suçları, Şartı'nda düzenleyen ad hoc nitelikli diğer bir uluslararası ceza mahkemesi Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'dir.²⁴Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, insanlığa karşı suçlara 5. maddesinde şu şekilde yer vermiştir:

“Uluslararası mahkeme, uluslar arası veya iç silahlı çatışma sırasında işlenmiş ve herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş aşağıdaki suçlardan sorumlu sayılan kişileri yargılamaya yetkilidir: adam öldürme, imha, köleleştirme, sürgün, hapis, işkence, tecavüz, siyasal, ırksal ve dinsel sebeplerle zulüm ve diğer insanlık dışı fiiller”.

Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 5. maddesi, bir suçun insanlığa karşı suç olarak kabul edilebilmesi için mutlaka bir silahlı çatışma sırasında işlenmiş olması şartını aramıştır.

²⁴ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi , Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 7. bölümüne dayanarak 22 Şubat 1993 tarihinde aldığı 808 sayılı kararla kurulması kararlaştırılan, iç savaş nedeniyle yaşanan insanlık dışı olayları yargılamak üzere kurulan ve statüsü yine BM Güvenlik Konseyi'nin 827 sayılı kararı ile belirlenen uluslararası mahkemedir. Nimet Güller ve Hamide Zafer, *Uluslar arası Ceza Mahkemesi El Kitabı*, s.10 [http://www.ngo-at-work.org/icc2006/docs/Project_Reader_Turkish.pdf\(29/11/2011\)](http://www.ngo-at-work.org/icc2006/docs/Project_Reader_Turkish.pdf(29/11/2011)) BM Şartı'nın 7. bölümü Güvenlik Konseyi'ne bir Uluslararası Mahkeme kurma yetkisi vermemektedir bu nedenle şartın 7. bölümüne genel olarak dayanılarak bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması uluslararası hukuka uygun değildir. Tevfik Odman, “Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:45, Sayı: 1-4 (1998), s. 145 Birleşmiş Milletler'e üye devletlerin üzerinde anlaşmaya varacakları uluslararası ceza mahkemesi kurulması ile ilgili bir antlaşmanın hazırlanmasının çok zaman alacağı ve hazırlanacak antlaşmanın sadece onu imzalayan ve onaylayan devletleri bağlayacağı ve Eski Yugoslavya topraklarında oluşan devletlerin bu antlaşmayı onaylamaları gerektiği, oysa Bosna-Hersek, Sırbistan, Hırvatistan ve Karadağ'ın bu konuda rızalarının olmadığı düşünceleri ile bir antlaşma ile mahkeme kurulması fikrinden vazgeçilmiştir. Odman, s. 145

Uluslararası teamül hukukunda bulunmamasına rağmen bu gerekliliğin insanlığa karşı suçların İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan ilk yargılamaları ile ilgili bir tarihsel temeli vardır. Bu gereklilik, biraz farklı da olsa, ilk olarak Nuremberg Mahkemesi Statüsü'nün 6 (c) maddesinde aranmıştır. Bu maddede tüm insanlığa karşı suçların, mahkemenin yargılama yetkisine giren bir suçun yürütülmesinde veya mahkemenin yargılama yetkisine giren bir suç ile bağlantılı olması durumunda işlenmiş olması gerekliliğinden bahsediyordu. Mettraux'ya göre pratikte bu gerekliliğin anlamı şuydu, savaş suçları ve barışa karşı suçların her ikisi de savaş ile bağlantılı olduğundan, insanlığa karşı suçlar silahlı bir çatışma veya askeri işgal sırasında işlenebilirdi. Aksi-ne, barış zamanında veya savaş ile herhangi bir tür bağlantı olmadan işlenemezdi.²⁵

İnsanlığa karşı suçları mahkeme şartında düzenleyen ad hoc nitelikli diğer bir mahkeme Ruanda Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesidir.²⁶ İnsanlığa karşı suçlar Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (International Criminal Tribunal for Rwanda) Statüsü'nün 3. maddesinde²⁷ belirtilmiştir. Buna göre:

“Ruanda Uluslararası Mahkemesi, ulusal, siyasal, etnik, ırksal veya dinsel aidiyeti sebebiyle herhangi bir sivil nüfusa yöneltilmiş yaygın ve/veya sistematik bir saldırı dahilinde cürümler işlendiğinde aşağıdaki suçlardan sorumlu sayılanları yargulamaya yetkilidir: adam öldürme, imha, köleleştirme, sürgün, hapis, işkence, tecavüz, siyasal, ırksal ve dinsel sebeplerle zulüm ve diğer insanlık dışı fiiller”.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün aksine Ruanda Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, silahlı çatışma şartını aramamış fakat suçun ulusal, siyasal, etnik, ırksal veya dinsel ayrımcılık sebebiyle işlenmesi şartını öngörmüş yani özel kast aramıştır.

²⁵ Guénael Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005, s. 148-149

²⁶ Ruanda için Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, BM Güvenlik Konseyi'nin, BM Şartı'nın 7. bölümüne dayanarak 8 Kasım 1994'de, 955 sayılı kararla kurulması öngörülen uluslararası bir askeri ceza mahkemesidir. [http://www.unictr.org/AboutICTR/GeneralInformation/tabid/101/Default.aspx\(30/11/2011\)](http://www.unictr.org/AboutICTR/GeneralInformation/tabid/101/Default.aspx(30/11/2011))

²⁷ [http://www2.ohchr.org/english/law/itr.htm\(30/11/2011\)](http://www2.ohchr.org/english/law/itr.htm(30/11/2011))

2.2.2. İnsanlığa Karşı Suçlar ile İlişkilendirilebilecek Bazı Uluslararası Sözleşmeler

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, uluslararası alanda, insanlığa karşı suçlar ile ilişkilendirilebilecek birçok sözleşme yapılmıştır. Arzettikleri önem itibarıyla bunlardan bazılarını kronolojik sıralama itibarıyla yer verilecektir. Bu sözleşmelerden biri Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşmedir. BM Genel Kurulu'nca kabul edilen, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde ister barış isterse savaş zamanında işlensin, önlenmesi ve cezalandırılması taahhüt edilen soykırımın uluslararası hukuka göre bir suç olduğu kabul edilmiştir.²⁸ Sözleşmenin 2. maddesinde soykırım suçunun ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla ve yine aynı maddede belirtilen fiillerle işlenebileceği belirtilmiştir. 4. maddede, soykırım suçunu işleyenlerin yani suç faillerinin özel kişiler veya devlet yetkilileri olması arasında bir ayırım yapılmamış ve suçu işleyen anayasa ile belirlenmiş bir devlet yetkilisi, kamu görevlisi veya özel kişi de olsa cezalandırılır demiştir. Sözleşmenin 6. maddesinde, soykırım fiilini veya 3. maddede belirtilen fiillerden birini (soykırımda bulunmak, soykırımda bulunulması için işbirliği yapmak, soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak, soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek, soykırıma iştirak etmek) işlediğine dair hakkında suç isnadı bulunan kimselerin, suçun işlendiği ülkedeki devletin yetkili bir mahkemesi veya yargılama yetkisini kabul etmiş olan sözleşmeciler devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanacağı düzenleme altına alınmıştır.

Soykırım suçunun, ayrı bir suç olarak kabul edilmesi insanlığa karşı suçları da ilgilendiren bir durumdur. Soykırım suçu ile insanlığa karşı suçlar pek çok unsur bakımından birbirine benzer suçlardır, bu iki suçu birbirinden ayıran en temel özellik kast açısındandır. İki suç da kasten işlenen suçlardandır, fakat soykırım suçunda bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırma niyeti aranmış ve hatta grup da ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grup olarak belirtilmiştir yani özel

²⁸ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1210.pdf (30/11/2011)

kast aranmıştır, oysa insanlığa karşı suçlarda fiilin sivil nüfusa yönelik olması yeterli sayılmış, bunun dışında bu sivil nüfus belli özellikleri sebebiyle ayrılmamış yani gruplaştırılmamıştır.

BM bünyesinde ırk ayrımcılığı konusunda pek çok sözleşme yapılmıştır. Biz konumuz için arzettikleri önem itibarıyla bunlardan ikisine aşağıda yer vereceğiz. Bu sözleşmelerden ilki BM Genel Kurulu'nca 21 Aralık 1965 tarih ve 2106A(XX) sayılı kararıyla kabul edilip, 4 Ocak 1969'da yürürlüğe giren Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme'dir. Bu sözleşmenin hem önsözünde ve hem de maddelerinde ırk ayrımcılığı kınanarak yasaklanmış ve ırk ayrımcılığının önlenmesi için alınacak tedbirler belirtilmiştir.²⁹ Sözleşme'nin 1. maddesinde ırk ayrımcılığının tanımı yapılmıştır. Bu Sözleşme'deki ırk ayrımcılığı terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan veya bu sonuçları doğuran ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir. 1965 Sözleşmesi hem taraf devlet sayısı hem de ırksal ayrımcılık yasağına ilişkin en kapsamlı düzenleme olması bakımından ırksal ayrımcılıkla uluslararası mücadelenin normatif temelini oluşturmaya devam etmektedir.³⁰

Irk ayrımcılığına karşı diğer bir sözleşme BM Genel Kurulu tarafından 1973 yılında yapılan Irk Ayrımı Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'dir. Sözleşme'nin 1. maddesi ırk ayrımının insanlığa karşı işlenmiş bir suç olduğunu belirtmektedir.³¹ Irksal sebeplerle sivil nüfusa yapılan zulümler, hemen her yasal düzenlemede insanlığa karşı suç olarak nitelendirilip yasaklanmıştır. Irk ayrımını açıkça insanlığa karşı suç olarak kabul etmesi sebebiyle bu sözleşme insanlığa karşı suçlar konusunda önemli bir düzenlemedir.

²⁹ [http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin135.pdf\(30/11/2011\)](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin135.pdf(30/11/2011))

³⁰ Gökçen Alpkaya, "BM'de Irksal Ayrımcılık Yasağı, Erken Uyarı ve Soykırım Suçunun Önlenmesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.66, No.3, 2011, s. 4

³¹ Azarkan, s. 281

BM Genel Kurulu 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'yi kabul etmiş ve sözleşme 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin başlangıcında ve ilgili maddelerinde işkence tanımı yapılmış, kınanmış, işkencenin önlenmesine dair ve suçluların kovuşturulmasına ilişkin muhakeme usulleri belirtilmiştir.³² Sözleşme'nin birinci maddesinde işkence:

'Bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak aşırı acı veya ızdırap veren herhangi bir fiil' olarak tanımlanmıştır.

Sözleşme'nin ikinci maddesi ile her bir taraf devlet kendi egemenliği altındaki ülkelerde işkence fiilinin işlenmesini önlemek için etkili yasal, idari, yargısal veya diğer tedbirleri almakla yükümlendirilmiş; ve ikinci maddenin ikinci fıkrasında 'her ne olursa olsun, savaş durumu, savaş tehdidi, iç siyasal huzursuzluk veya diğer olağanüstü hal gibi herhangi bir istisnai durum işkenceyi haklı göstermek için ileri sürülemez' denilerek işkence mutlak suretle yasaklanmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında da bir amirin veya bir kamu makamının verdiği emrin işkenceyi haklı göstermek için ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.

Sözleşme'nin 4. maddesinde, her bir taraf devlete, işkenceyi cezalandırma yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre, her taraf devlet, her türlü işkence fiillerini, bu fiile teşebbüs, iştirak ve katılma oluşturan fiilleri kendi ulusal ceza mevzuatında düzenleme ve uygun cezalarla cezalandırma yükümü altına sokulmuştur.

2.2.3. Uluslararası Ceza Mahkemesi

17 Temmuz 1998'de birçok ülkenin katılımıyla daimi bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması yolunda önemli bir gelişme olan Roma

³² [http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1310.pdf\(30/11/2011\)](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1310.pdf(30/11/2011))

Statüsü kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. 31 Aralık 2000 tarihine kadar imzaya açık kalan sözleşmeye yapılan katılımlar ve bunların iç hukuklardaki onay işlemlerinin de tamamlanması sonucunda, 1 Temmuz 2002 tarihinde mahkemenin kuruluşu tamamlanmıştır.³³ Geçici nitelikteki diğer mahkemelerin aksine Uluslararası Ceza Mahkemesi sürekli bir nitelik arz etmektedir ve mahkeme statüsü, uluslararası ceza hukukunda genel olarak uygulanabilecek kuralları içerir. Oysa diğer mahkeme statüleri, sadece kurulmalarına sebep olan olayları yargılamak için gereken kuralları muhtevalarında barındırır. İnsanlığa karşı suçlar da kendisine, en geniş ve ayrıntılı şekilde Roma Statüsü'nde yer bulmuştur. Statü'nün insanlığa karşı suçlar tanımı, Nuremberg Şartı 6/c, ICTY 5 ve ICTR 3'de yer alan tanımları önemli ölçüde genişletmiştir. 7. maddenin dili oldukça açık olmasına rağmen bu maddede belirtilen suç fiilleri çerçeve niteliğindedir, dolayısıyla bu suç fiillerinin 22. maddede yer alan yasallık prensibine uygunluğu ile ilgili sorunlar çıkabilir. Ayrıca temel yargısal element, yani fiillerin yaygın veya sistematik olması ifadesi de çok açık bir ifade değildir.³⁴ Statü'nün, insanlığa karşı suçlar balıklı 7. maddesi³⁵ hükmü şu şekildedir: Bu statünün amaçları bakımından İnsanlığa karşı suçlar, herhangi bir sivil topluluğa karşı geniş çapta veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır:

- a) adam öldürme
- b) toplu yok etme
- c) köleleştirme
- d) halkın sürülmesi veya zorla nakli uluslararası hukukun temel kurallarının ihlali sonucu hapsetme veya fiziksel özgürlüğün başka biçimlerde ciddi olarak kısıtlanması
- e) işkence

³³ Hakan Karakehya, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 57, S:2, (2008), s. 135

³⁴ M. Cherif Bassiouni, "Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, Vol 32, 1999, s. 461-462

³⁵ [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm\(30/11/2011\)](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm(30/11/2011))

- f) ırza geçme, cinsel köleleştirme, fuhuşa zorlama, hamileliğe zorlama, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkta diğer cinsel şiddet
- g) 3. paragrafta tanımlandığı gibi politik, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dinsel veya cinsel nedenlerle uluslararası hukukta kabul edilemez olarak benimsenen evrensel ölçütlere bağlı, bu paragrafta yada mahkemenin yetkisi içindeki herhangi bir suç ile ilgili olarak diğer eylemlerle ilgili esaslar çerçevesinde herhangi bir gruba veya herhangi bir belirlenebilir topluluğa zulmetme
- h) şahısların zorla kaybettirilmesi
- i) ırk ayrımcılığı (apartheid)
- j) vücuda veya ruh ve beden sağlığına ciddi zarar vermeye bilinçli olarak neden olacak nitelikteki diğer benzeri insanlık dışı fiiller

Maddenin ikinci fıkrasında suç fiilleri açıklanmış ve bazı tanımlamalara yer verilmiştir. İkinci fıkra metni şöyledir:

Birinci paragrafın amaçları bakımından:

- a. *"herhangi bir sivil topluluğa karşı saldırı"*, 1. paragrafta bahsedilen herhangi bir sivil topluluğa karşı eylemlerin böyle bir saldırıyı yapmaya yönelik bir örgüt veya devlet politikasına uygun olarak veya sözkonusu politikanın aşılması biçiminde birçok kez gerçekleştirilmesi anlamına gelir.
- b. *"toplu yok etme"*, bir topluluğun bir bölümünü ortadan kaldırmak amacıyla, yiyecek ve ilaca ulaşmayı zorlaştırmanın yanısıra yaşam koşullarını kasıtlı olarak kötüleştirmeyi içerir.
- c. *"köleleştirme"*, kadın ve çocuklar başta olmak üzere bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerini, kaçakçılık dahil olmak üzere kullanma anlamına gelir.
- d. *"halkın sürülmesi veya zorla nakli"*, uluslararası hukukun izin vermediği bir şekilde belli bir yerde yasal olarak ikamet eden insanların sürülmesi veya başka zorlayıcı fiillerle istek dışı yer değiştirmeleri anlamına gelir.
- e. *"işkence"*, yasal yaptırımlardan kaynaklanan, kaza eseri veya kalıtsal acı ve ızdırap hariç, sanığın elinde veya kontrolü altında bulu-

nan bir kişinin fiziksel veya manen büyük acı ve ızdırap çekmesini bilinçli olarak sağlamak anlamına gelir.

- f. *"hamileliğe zorlama"*, uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali veya bir topluluğun etnik kompozisyonunu değiştirme amacıyla bir kadının arzusu hilafına zorla hamile bırakılması anlamına gelir, ancak bu tanım hiçbir şekilde hamileliğe ilişkin ulusal yasaları etkileyecek şekilde yorumlanmaz.
- g. *"zulmetme"*, grubun veya topluluğun kimliğinden dolayı uluslararası hukuka aykırı olarak temel haklarından bilerek ve ağır bir şekilde mahrum bırakılması anlamına gelir.
- h. *"ırk ayrımcılığı (apartheid)"*, bir ırkın başka bir ırk grubu veya grupları üzerinde sistematik hakimiyet ve baskı rejimi çerçevesinde ve bu rejimi koruma amacıyla işlenen ve 1. paragrafta sözü edilen insanlık dışı fiiller anlamına gelir.
- i. şahısların zorla kaybettirilmesi, bir devlet yada politik örgüt tarafından veya onların yetkisi, desteği ve bilgisi dahilinde şahısların yakalanması, gözaltına alınması veya kaçırılmalarını takiben şahısların uzun bir süre kanun korumasından uzak tutulması amacıyla bu şahısların nerede oldukları ve gelecekleri hakkında bilgi vermeyi ve özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarını teyid etmeyi reddetme anlamına gelir.

Maddenin üçüncü fıkrasında cinsiyet kavramı tanımlanmış ve 'bu statünün amacına uygun olarak cinsiyet, kadın ve erkek olarak iki cinsiyeti kapsamaktadır, cinsiyet terimi yukarıdakilerden başka anlam taşımamaktadır' denmektedir.

3. İNSANLIĞA KARŞI SUÇLARIN ULUSLARARASI CEZA HUKUKU'NDA KABUL EDİLEN DİĞER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

İnsanlığa karşı suçlar, özellikle suçu oluşturan unsurlar bakımından, uluslararası ceza hukukunda kabul edilen diğer suçlarla benzerlikler göstermekte ve hatta çakışmaktadır. Özellikle savaş suçları ve soykırım suçu bakımından durum böyledir. Peki bu suçları birbirinden ayırmaya yarayan unsurlar nelerdir?

Yukarıda belirtildiği üzere soykırım, ayrı bir uluslararası suç olarak ilk defa 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile kabul edilmiştir. Bu sebeple ne Nuremberg Mahkemesi Şartında ne de Tokyo Mahkemesi Şartında soykırım ayrı bir suç türü olarak yer almamıştı. Soykırım (genocide) kelimesi ilk olarak Polonyalı hukukuçu Raphael Lemkin tarafından 1944'de 'Axis Rule in Occupied Europe' adlı yazısında, Nazilerce yapılan yıkım ve işgali ifade etmek üzere kullanılmıştır.³⁶

Roma Statüsü'nde soykırım suçunun düzenlenişine bakarsak, suçun unsurlarının insanlığa karşı suçun unsurları ile paralel olduğunu görebiliriz. Fakat iki suç türü arasındaki ayırıcı ve belirleyici özellik, soykırım suçunun bir gruba yönelik olarak işlenmesi gerekliliğidir. Grup; ulusal, etnik, ırki veya dini bir grup olabilir. Suçun manevi unsuru ise eylemin bu grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik işlenmiş olması unsurudur. Oysa ki insanlığa karşı suçlarda böyle bir şart aranmamaktadır. İnsanlığa karşı suçlarda, sayılan fiillerin sivil halka karşı genel veya sistematik olarak işlenmesi yeterlidir. Denilebilir ki, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlara göre daha özel ve belirleyici bir suçtur, insanlığa karşı suçlar ise daha geneldir ve soykırım suçunu oluşturmeyen eylemlerin insanlığa karşı suç kategorisine sokulması mümkündür.³⁷

Savaş suçları açısından konuyu değerlendirecek olursak, pek çok unsur bakımından bu iki suçun çakışması mümkündür, fakat iki suçu birbirinden ayırmak için kullanılacak kıstaslar da mevcuttur. İlk olarak savaş suçlarının aksine insanlığa karşı suçlar silahlı çatışmanın yokluğunda bile ortaya çıkabilir. İkincisi, tek bir olay savaş suçu oluşturabilirken; insanlığa karşı suçlar yaygın veya sistematik saldırı unsurunu gerektirir. Üçüncüsü, savaş suçları hukuku aslında savaşan devletler arasındaki karşılıklı vaatlere dayandırılır, bundan dolayı öncelikle düşman devletin vatandaşlarının korunmasına veya diğer savaşan devlete bağlı bulunan kişilerin korunmasına odaklanır. İnsanlığa karşı suç hukuku kendi vatandaşı olsun veya olmasın mağdurları

³⁶ <http://www.ushmm.org/wlc/tr/article.php?ModuleId=10007095> (03/03/2012)

³⁷ Robert Cryer vd., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4. Baskı, Cambridge, Cambridge University Pres, 2009, s. 190,191

korur. Dördüncüsü, savaş suçları hukuku savaş sırasındaki davranışları ve askeri hedefleri düzenler, oysa insanlığa karşı suçlar öncelikle sivillere yönelik eylemlerle ilgilendir.³⁸

4. SUÇUN UNSURLARI

4.1. Fail

Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suçların faileri hakkında sınırlayıcı bir düzenleme yer almamaktadır, dolayısıyla insanlığa karşı suçların herkes tarafından işlenebileceğini söyleyebiliriz. Fakat Statüde yer alan, fiillerin 'yaygın veya sistematik' olarak işlenmesi şartını düşündüğümüzde bu fiillerin bir devlet veya örgüt politikası dahilinde işlenebileceğini anlıyoruz.

4.2. Mağdur

Roma Statüsü'nün 7. maddesinde insanlığa karşı suçun herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenebileceği belirtilmiştir. Sivil nüfus, ülkesinde bulunduğu devletin vatandaşı olsun yada olmasın, genel olarak savaştan (muharip) statüsü tanınmayan herkesi kapsar.³⁹ Kızılhaç Örgütü'nün UÖİH Raporunda siviller, silahlı kuvvetler mensubu olmayan şahıslar olarak tanımlanmıştır (kural 5). Savaştan ise, tıbbi ve dini personel dışında, çatışma taraflarının silahlı kuvvetlerini oluşturan herkeştir (kural 3).⁴⁰ İnsanlığa karşı suçun oluşabilmesi için her şeyden önce ortada bir saldırı olması, bu saldırının bir topluluğa yönelmiş olması, gerekmektedir. Dolayısıyla tek bir kişiye yönelik olarak işlenen eylemin insanlığa karşı suç oluşturması mümkün değildir. Fakat bu topluluk herhangi bir sivil topluluk olabilir, yoksa Ruanda Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki gibi topluluğu sınırlayıcı ifadeler kullanılmamıştır, yani insanların ulusal, etnik, dinsel, ırksal vs. bir topluluğun üyeleri olması gerekmemektedir.

³⁸ Cryer vd., s. 190

³⁹ Rifat Murat Önok, "Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Bir Rapor", http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM_rapor-web.pdf (30/10/2011) s. 31

⁴⁰ Önok, s. 31

4.3. Maddi Unsur

Roma Statüsü'nün 7. maddesinde insanlığa karşı suçların herhangi bir sivil topluluğa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak maddede bentler halinde sayılan fiiller ile işlenebileceği belirtilmiştir. Bu saldırının geniş çapta veya sistematik bir saldırı olması gerekmektedir. Buradan da eylemin devlet veya örgüt politikası olarak, geniş bir kitleye yönelik veya belli aralıklarla tekrarlanan saldırılar olması gerektiğini anlayabiliriz. Roma Statüsü'nde Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde yer alan, saldırının silahlı bir çatışma sırasında meydana gelmesi şartı yer almamaktadır. O halde saldırının sadece savaş zamanında değil barış zamanında gerçekleşebileceği sonucunu çıkarabiliriz.

Roma Statüsünün 7. maddesinde suç fiilleri bir liste halinde sayılmıştır. Madde metnini yukarıda belirttiğimizden burada tekrar tüm suç fiillerini saymayacağız fakat üzerinde durulması gereken noktaları belirteceğiz. Toplu yok etmeden anlamamız gereken, bir topluluğun bir bölümünü ortadan kaldırmak amacıyla, yiyecek ve ilaca ulaşmayı zorlaştırmanın yanısıra yaşam koşullarını bilerek kötüleştirmedi. Örnek verecek olursak; BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından, kısaca Mavi Marmara Olayı diye anılan olayı soruşturmak amacıyla görevlendirilen Uluslararası Vaka İnceleme Heyeti'nin 27 Eylül 2010 tarihli Raporu'nda, İsrail'in Gazze'ye yönelik olarak uyguladığı ablukanın hukuka aykırı olduğu ve toplu cezalandırma amacı taşıdığından bahsedilmiştir.⁴¹

Köleleştirme, kişilerin, özellikle de kadın ve çocukların bazı özgürlüklerinin ellerinden alınarak onları bağımlı hale getirmek ve onları belli işler için zorla kullanmak anlamına gelir. Yani köleleştirme, kişiler üzerinde sahiplik iddia etmek ve bu sahiplik hakkı uyarınca onlara dilediğini yaptırabilme kısacası onları bir nesne durumuna getirmek olarak da tanımlanabilir.

Halkın sürülmesi veya zorla naklinden ise uluslararası hukuka aykırı bir şekilde belli bir yerde yasal olarak ikamet eden insanların buldukları yerden başka bir yere zorla sürülmesi veya başka bazı zorlayıcı tedbirlerle yasal olarak buldukları yerden çıkmalarının sağlanmasıdır.

⁴¹ <http://www.freedomflotillafacts.com/uploads/bm-raporu-tr.pdf> , (10/11/2011)

İşkence, sanığın elinde veya kontrolü altında bulunan kişinin fiziksel veya manevi olarak büyük acı ve ızdırap çekmesini bilinçli olarak sağlamak anlamına gelir. Eğer ortada suç kastı yoksa yani suç bilinçli olarak işlenmemişse örneğin kaza eseri veya kalıtsal olarak meydana gelmişse işkence suçu oluşmaz.

İnsanlığa karşı suçlar içerisinde cinsel şiddete yönelik birçok suç fiili sayılmıştır. Örneğin ırza geçme, hamileliğe zorlama, cinsel kölelik, fuşşa zorlama, zorla kısırlaştırma vb. cinsel şiddet içeren fiiller. Buradaki fiilleri de topluluğa yönelik ve devlet veya örgüt politikasının uygulanması şeklinde anlamalıyız. Örneğin hamileliğe zorlama, bir topluluğun etnik kompozisyonunu değiştirmek amacıyla yönelik yaygın ve sistematik saldırıları içerir diyebiliriz.

Ayrıca burada şu noktaya da dikkat çekmekte fayda vardır. 7. maddenin birinci fıkrasının g bendinde belirtilen politik, ulusal, ırksal, dinsel, cinsel veya etnik unsurlarla sivil bir topluluğa zulmetme, insanlığa karşı suçların, adam öldürme, imha, köleleştirme gibi türlerinden yalnızca bir tanesidir, fakat suçun kurucu unsurlarından biri değildir. Daha doğrusu insanlığa karşı suçların herhangi bir sivil topluluğa karşı işlenmesi yeterlidir. Fakat bu tür belirlenebilir bir topluluğa karşı suç işlenmişse Roma Statüsü'nün 7. maddesinin 1. fıkrasının g bendindeki insanlığa karşı suç türü işlenmiş olur, insanlığa karşı suçların diğer türlerinin herhangi bir sivil topluluğa yönelmiş olması yeterlidir.

İrk ayrımcılığı (apartheid), bir ırkın başka bir ırk grubu veya grupları üzerinde hakimiyet ve baskı kurabilmek amacıyla, o ırka mensup sivil insanlara karşı yönelttiği yaygın ve sistematik saldırılar olarak tanımlanabilir.

Zorla kaybettirme ifadesinden anlamamız gereken ise, kişilerin bir devlet veya örgüt politikası gereği tutulup veya tutuklanıp hapsedilmesi veya özgürlüğünden alıkonulması ve dış dünya ile haberleşmesine izin verilmeyen yani bir yerde zorla tutulup, o kişinin sağlığı veya hayatta olup olmadığı konusunda bilgi alınamayan kişileri anlayabiliriz.

4.4. Manevi Unsur

Roma Statüsü'ne göre suçun manevi unsuru genel kasttır. Fail, sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik saldırının varlığını bilmeli

ve maksatlı olarak bu sürece katılmalıdır. Buna karşılık failin saldırının tüm özelliklerini, plan yada politikasını bilmesi gerekmez.⁴² İnsanlığa karşı suçun manevi unsuru, bu suçu soykırım suçundan ayıran özelliklerden birisidir. Soykırım suçunun manevi unsuru, eylemin ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik işlenmiş olması unsurudur. Oysa ki insanlığa karşı suçlarda böyle bir şart aranmamaktadır. İnsanlığa karşı suçlarda, sayılan fiillerin sivil halka karşı genel veya sistematik olarak işlenmesi yeterlidir. Denilebilir ki, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlara göre daha özel ve belirleyici bir suçtur, insanlığa karşı suçlar ise daha geneldir ve soykırım suçunu oluşturmayan eylemlerin insanlığa karşı suç kategorisine sokulması mümkündür.

5. TÜRK MEVZUATINDA İNSANLIĞA KARŞI SUÇLARIN DÜZENLENİŞİ

İnsanlığa karşı suçlar Türk hukukuna ilk olarak 12.10.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile girmiştir. İnsanlığa karşı suçlar Türk Ceza Kanunu'nun İkinci kitabının uluslararası suçlar başlıklı birinci kısmının soykırım ve insanlığa karşı suçlar başlıklı birinci bölümünde 77. maddede düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında insanlığa karşı suçların, liste halinde madde metninde belirtilen eylemlerle; siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi halinde oluşacağı belirtildikten sonra suç fiilleri şu şekilde sayılmıştır:

- a) kasten öldürme
- b) kasten yaralama
- c) işkence, eziyet veya köleleştirme
- d) kişi hürriyetinden yoksun kılma
- e) bilimsel deneylere tabi kılma
- f) cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı
- g) zorla hamile bırakma
- h) zorla fuhşa sevk etme

⁴² Önok, s. 35

Maddenin üçüncü fıkrasında bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunacağı belirtilmiş ve dördüncü fıkrasında bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemeyeceği hükmü getirilmiştir. Zamanaşımı konusuna aşağıda değinilecektir.

Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye göre suçun faili herkes olabilir, çünkü 77. maddenin metninde sınırlayıcı bir ifade yer almamaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasından anlaşılacağı üzere bu suçun tüzel kişiler tarafından işlenmesi de mümkündür.

Suçun mağduru 'toplumun bir kesimi' şeklinde ifade edilmiştir. O halde öncelikle bu suçun tek bir kişiye yönelik olarak işlenemeyeceği ortadadır. TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı'nda suçun, nüfusun sivil bir grubuna karşı işlenebileceği belirtilmişti. Bu değişikliğin amacı büyük ihtimalle, sivillere karşı işlenen her toplu suçun insanlığa karşı suç olarak algılanmasını önlemektir.⁴³ 'Toplumun bir kesimi' ifadesi suçun tek bir kişiye karşı işlenemeyeceğini izah etmek açısından yeterli olsa da, bence tartışmaya müsait bir kavramdır. Bir defa toplumun bir kesimi dendiğinde sadece 'belirli' bir kesimini ifade etmek için kullanıldığı izlenimini yaratmaktadır, bu defa akla şöyle bir soru gelmektedir: toplumun hangi kesimi? Belirli veya belirlenebilir bir grup mu? 77. maddenin birinci fıkrasında fiillerin siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı işlenebileceği ifade edildiği için, toplumun bir kesiminin de siyasi, felsefi, ırki veya dini bir kesim olarak yorumlanması mümkündür. 77. maddenin birinci fıkrasında suçun, 'bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi' unsuruna yer verilmiş fakat 'yaygın olarak işlenmesi' unsuruna yer verilmemiş olmasını da dikkate alırsak bunu daha iyi anlayabiliriz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde insanlığa karşı suçlar için aranan fiillerin 'yaygın veya sistematik' olarak işlenmesi şartı Türk Ceza Kanunu'nda sadece 'sistematik olarak işlenmesi' şeklinde yer almıştır. Dolayısıyla insanlığa karşı suç oluşturan fiillerin yaygın olarak işlenmesi Türk Ceza Kanununa göre insanlığa karşı suçun ortaya çıkması için aranan bir unsur değildir.

Suçun maddi unsuru ise 77. maddede bentler halinde sayılan fiillerden ibarettir. Bu fiiller hemen yukarıda sayılmıştır. İnsanlığa karşı

⁴³ Önok, s. 31

suç oluşturan fiiller Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde, Türk Ceza Kanunu'na oranla oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu açıdan Türk Ceza Kanunu'nun da, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne benzer şekilde daha ayrıntılı bir düzenleme yapması uygun olurdu. Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde sayılan ve insanlığa karşı suç oluşturan fiillerin bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi gerekmektedir. Bunun yerine Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde düzenlendiği şekliyle 'yaygın veya sistematik' olarak işlenmesi şartının aranması daha doğru olurdu.

Suçun manevi unsuru açısından Roma Statüsü ile Türk Ceza Kanunu arasında önemli bir fark vardır. Roma Statüsü'nde suçun işlenebilmesi için genel kast yeterli görülmüşken, Türk Ceza Kanunu'nda özel kastın varlığı aranmıştır. Yani Türk Ceza Kanununa göre insanlığa karşı suçların oluşabilmesi için, sayılan eylemlerin siyasal, felsefi, ırksal veya dini sebeplerle gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. TCK md. 77'deki düzenleme Ruanda Statüsü'ne benzemekle birlikte, failin saiki açısından farklılıklar vardır. Çünkü md. 77/1'de failin "*siyasi, felsefi, ırki veya dini saiklerle*" insanlığa karşı suç oluşturan fiillerin işlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan failde, maddede sayılan fiillerin "*toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenen*" fiillerin bir parçasını oluşturduğunun bilinmesi yeterli değildir. Failde ayrıca siyasi, felsefi, ırki veya dini nedenlere dayanan bir ayrımcılık kastının da bulunması aranacaktır.⁴⁴

İnsanlığa karşı suçlar Türk hukukunda ilk olarak 12.10.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemeyeceği yönünde hüküm bulunmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlük maddesi olan 344. maddesi kanunun ne zaman yürürlüğe gireceğini belirtmiştir.⁴⁵ Buna göre Türk Ceza Kanunu'nda

⁴⁴ Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc> (27/03/2012)

⁴⁵ Yürürlük
Madde 344.

(1) Bu Kanunun;

a) "İmar kirliliğine neden olma" başlıklı 184. maddesi yayımı tarihinde,

b) "Çevrenin kasten kirlenmesi" başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ile "Çevrenin taksirle kirlenmesi" başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası yayımı

yer alan insanlığa karşı suçlar ile ilgili maddenin yürürlüğe giriş tarihi 1 Haziran 2005'tir. Kanunilik ilkesine göre, işlendiği zamanın kanununa göre suç oluşturmayan bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbirleri uygulanamaz. Bu ilke hem 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'muzda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'muzda yer alan bir ilkedir. Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce işlenen fiillerin insanlığa karşı suç kapsamına sokulması kanunilik ilkesi açısından mümkün değildir. Böyle olunca da bu fiiller için zamanaşımı işlemeyeceği yönünde yorum yapmak yine kanunilik ilkesinin ihlalidir. Kanunilik ilkesinin görünümülerinden biri de aleyhe kanunun geçmişe yürümesi yasağıdır. Suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunun hükümleri farklı ise, failin lehine olan hükmün uygulanacağı ifadesi hem 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında, hem de 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 2 fıkrasında yer almıştır. Buna göre Türk ceza hukuku bakımından, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenmiş bir fiilin insanlığa karşı suç oluşturduğu iddiasında bulunulamaz. Bu fiiller Türk Ceza Kanunu'nda yer alan suçlardan birinin kapsamına giriyorsa bu suç kapsamında değerlendirilir ve bu suç için öngörülen zamanaşımı süresine tabidir. 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen bir fiil için zamanaşımı işlemeyeceği yönünde görüş bildirmek hukuken mümkün değildir. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda insanlığa karşı suçlar yer alıyor olsaydı ve suçun düzenlendiği maddede zamanaşımı süresi sınırlandırılmış olsaydı bile, bu defa da aleyhe kanunun geçmişe yürümesi yasağı gereği 'insanlığa karşı suçlar için zamanaşımı işlemeyeceği' yönündeki kuralı uygulamak mümkün olmayacaktı.

6. SONUÇ

İnsanlığa karşı suçlar kavramı, bir uluslararası metine ilk olarak Nuremberg Mahkemesi Şartı ile girmiş, daha sonra Tokyo, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi statülerinde yer almış ve son şeklini Roma Statüsü'nde almıştır. İnsanlığa karşı suçlar

c) tarihinden itibaren iki yıl sonra,
Diğer hükümleri (Değişik:31.03.2005-5328 s. K.) 1 Haziran 2005 tarihinde, Yürürlüğe girer.

ifadesinin belirginleştirilmesi amacıyla veya bu suç tipiyle ilgili olarak Birleşmiş Milletler tarafından pek çok uluslararası sözleşme imzalanmıştır. Tüm bu çalışmaların sonucu olarak insanlığa karşı suçlar, Roma Statüsü'nde ayrıntılı şekilde yer almıştır. Suçun unsurları ve suç fiilleri Statü'de ayrıntılı şekilde açıklanmakla birlikte suç fiilleri sınırlı bir şekilde sayılmamış ve 'diğer insanlık dışı fiiller' ifadesi ile suç kapsamının genişletilebilmesi imkanı sağlanmıştır. Bu ise hukuki güvenlik ilkesine ve kanunilik ilkesine aykırı bir durumdur. Her ne kadar amaç suçların cezasız kalmasını önlemek dahi olsa bu şekilde bir belirsizlik yaratmak hukukten savunulamayacak bir tutumdur.

Roma statüsü ile sürekli nitelikte bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması ve uluslararası nitelikte suçların tanımlanması, yani suçların, cezaların ve yargılama usulünün önceden belirli olması kişiler için büyük bir güvence niteliğindedir. Sürekli nitelikte bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmadan önce, uluslararası nitelik arzeden suçların yargılanması için sadece mevcut olaya ve sanıklara yönelik, suçun işlenmesinden sonra oluşturulan olağanüstü nitelikte mahkemelerin kurulması yoluna gidilmiştir. Bu mahkemelerin statüleri ve dolayısıyla kabul ettikleri suçlar ve suç unsurları birbirinden farklıdır. Örneğin bir mahkeme statüsünde suçun unsurları daha kapsamlı iken diğerinde daha dardır. Bu gibi net olmayan durumlar hukuka bakışı etkiler ve hukuka olan güveni sarsar. Bir eylem bir durumda suç iken diğerinde suç olarak tanımlanmıyorsa, yani suç konusunda açıklık yoksa toplumların hukuka olan inancı sarsılabilir. Mahkemelerin hukuki olmaktan çok siyasi saikli olduğu düşünülebilir ki; çalışmada belirtilen olağanüstü nitelikteki bu mahkemelerin güçlülerin adaletini temsil ettiği ve savunduğu yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür. İşte bu gibi durumlara ve yorumlara sebep olmamak için uluslararası ceza mevzuatının tartışmaya yer bırakmayacak şekilde netleştirilmesi gerekmektedir ki Roma Statüsü bunu büyük ölçüde başarmıştır.

KAYNAKLAR

Alpkaya Gökçen, "BM'de Irksal Ayrımcılık Yasağı, Erken Uyarı ve Soykırım Suçunun Önlenmesi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 66, No. 3, 2011, s.1-27

- Azarkan, Ezeli, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3 (2003)
- Bantekas, Ilias, *International Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing, 2010
- Bassiouni, M. Cherif, "Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, Vol 32, 1999
- Brown, S. Bartram (ed.), *Crimes Against Humanity, Research Handbook on International Criminal Law*, Crimes Against Humanity: Margaret M. DeGuzman, Edgar Elgar Publishing, 2011
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008
- Claire de Than ve Edwin Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, London: Thomson, Sweet and Maxwell, 2003
- Cryer, Robert vd., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Fourt Printing, Cambridge University Press, 2009
- Doğan, İlyas, *Devletler Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008
- Güller, Nimet ve Hamide Zafer, *Uluslar arası Ceza Mahkemesi El Kitabı*, s.10
- http://www.ngo-at-work.org/icc2006/docs/Project_Reader_Turkish.pdf
- <http://www.freedomflotillafacts.com/uploads/bm-raporu-tr.pdf>
- <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>
- http://www.msb.gov.tr/asad/AskeriMevzuat/Uluslararası_Antlaşmalar/Silahli_Catısma_Hukuku/SCH3.html
- http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ictihat_hukuku/ictihat_hukuku__savci_-_anto_furundzija.pdf

<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>

http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=72

<http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM rapor-web.pdf>

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1210.pdf

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin135.pdf

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin1310.pdf

<http://www.ushmm.org/wlc/tr/article.php?ModuleId=10007095>

<http://www2.ohchr.org/english/law/itr.htm>

<http://www.unictr.org/AboutICTR/GeneralInformation/tabid/101/Default.aspx>

<http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm>

Karakehya, Hakan, “Uluslar arası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 57, S:2, (2008), s. 135

Mettraux, Guénael, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005

Odman, Tefvik, “Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslar arası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı: 1-4 (1998)

Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, 2011

Tezcan, Durmuş, “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000

Tristam, Pierre, “1915 Joint Allied Declaration Condemning Turkish Geno-

cide of Armenians", <http://middleeast.about.com/od/turkey/qt/me090318.htm>

Turhan, Faruk, "*Yeni Türk Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar*"

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc>

Ulusoy, Orçun, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Editör: Utku Kılınc, İzmir, Etki Yayıncılık, 2008

MÜKELLEF HAKKI OLARAK MÜCBİR SEBEPLER VE SONUÇLARI

FORCE MAJEURE AS TAXPAYER'S RIGHT AND ITS OUTCOMES

Ahmet EROL

*Haksızlara baş kaldırmayanlar,
haksızlıklardan doğacak her kötülüğe katlanmalıdır.*

Hz. Ali

Özet: Hukukta mücbir sebep denildiğinde; bireylerin ya da tüzel kişilerin kendi çabalarıyla isteseler dahi önüne geçemeyecekleri durumlar akla gelmektedir. Mücbir sebebin varlığı, bireylerin ve tüzel kişilerin kendilerine yüklenen hukuki sorumlulukları ya da ödevleri yerine getirememelerine hukuki gerekçe oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak hukuki süreler ve yaptırımlar bu süreçte askıda kalır. Vergi hukuku bakımından da, mücbir sebepler genel hukuk ilke ve düzenlemelerine koşuttur. Mücbir sebep halleri 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 13'üncü maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu hükümler mükellefler ve idare bakımından bağlayıcı niteliktedir. Bu yönüyle bir mükellef hakkı konumundadır. Mücbir sebep haline yönelik olarak uygulamada çok karmaşık sorunlar yaşanabilmektedir. Bu sorunlara yönelik yargı kararlarında da tutarlıktan çok, çeşitlilik ağırlık taşımaktadır. Makalemizde, vergi hukuku yönünden mücbir sebep halini tüm yönleriyle irdelemeye; gerek idareye, gerek yargıya ve gerekse uygulamacılara ışık tutmayı amaçladık.

Anahtar Sözcükler: Mücbir sebep, mecburi gaygubet, zamanaşımı, vergi cezası, mükellef hakkı.

Abstract: As a legal term, force majeure refers to unavoidable occurrences lying beyond the control of real persons or legal persons.

* Doç. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Vergi Başmüfettişi

The presence of a force majeure constitutes a legal ground freeing real persons and legal persons from the legal liabilities or obligations they have undertaken. As a natural outcome of this excuse, legal proceedings and encumbrances are suspended. In terms of tax law, force majeure are subject to the general law principles and rules. Force majeure are subject to the rules stipulated in Section 13 of the Taxation Procedural Law no. 213. The rules in question bind taxpayers and inland revenue authorities. In this respect force majeure is a right granted to taxpayers. In practice, however, proceedings based on force majeure may lead to very complicated problems. The orders adjudged by the courts in connection with the said problems are rather diverse than consistent. This article aims to review the notion of force majeure in terms of tax law in broadest sense, and to enlighten the inland revenue authorities, justice authorities and law enforcement authorities.

Key Words: Force majeure, obligatory absence, time-bar, tax fine, taxpayer's right.

1. KONU

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 13'üncü maddesi ile hükme bağlanmış olan "*mücbir sebepler*", mükelleflere tanınmış çok önemli haklardan bir tanesidir. Mücbir sebeplerin mükellef hakları içindeki konumu ile olası etki ve sonuçlarının irdelenmesi yazımızın konusunu oluşturmaktadır.

2. KONUYA İLİŞKİN ANALİZ ve DEĞERLENDİRMELER

2.1. Genel

Mücbir sebep, sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olayı ifade eder¹. Mücbir sebep (force majeure); tarafların belirli bir süreye bağlı olarak yerine getirmesi gereken ödev, yükümlülük veya borçlarını yerine getirme sırasında iradesini geçici olarak ortadan kaldıran ve dıştan gelen fiili bir durumdur. Yani gerçek dünyada meydana gelen bir olayın hukuk alanında söz konusu olan bir ödev, yükümlülük veya borcun yerine getirilmesini ya da bir hakkın kullanılmasını geçici olarak durdurmasıdır².

¹ Danıştay 11. Daire, 29.06.2007 tarih, 2005/1353 E., 2007/6248 K. Sayılı Kararı.

² Gökhan Kürşat Yerlikaya, "*Türk Vergi Hukukunda Mücbir Sebep Halinin Dava ve*

Her hukuk dalında “*mücbir sebep*” olarak nitelenebilecek, tarafların isteseler dahi önüne geçemeyecekleri, oluşunu engelleyemeyecekleri doğal veya yapay durumlar söz konusudur. Bu durumları etkisi ve sonuçları itibariyle her hukuk kendi özelinde düzenleyebilir. Ancak burada unutulmaması gereken husus, hukuk dalları değişse dahi aynı hukuk sistemi içindeki bir hususa yönelik düzenlemenin diğer hukuk dallarındaki aynı veya benzer hususa yönelik düzenlemeleri ile çelişmemesi gerekir. Hukuk sistemi tekilliği içinde özsel ve amaçsal anlamda bir ölçülülük ve tutarlılık beklenir. Dolayısıyla, kamu hukuku veya özel hukuk alanında mücbir sebeplere yönelik düzenlemeleri birbirlerinden tümüyle bağımsız, asla birbiriyle karşılaştırılmaz düzenlemeler olarak algılamak ve değerlendirmek yanlış olur. Bu anlamda, gerek kamu hukuku bağlamında Danıştay ve Yargıtay ile özel hukuk bağlamında Yargıtay kararlarında mücbir sebep kavramına yönelik ortaya konulan görüşlerden mücbir sebep kavramının anlamı, çerçevesi, temeli, sınırları, etki ve sonuçları konusunda her hukuk alanında yararlanılabilir. Bir başka deyişle, vergi hukukundaki mücbir sebep konusu irdelenirken, Yargıtay kararlarından, ceza hukuku veya ticaret hukuku alanındaki mücbir sebep durumlarında da Danıştay kararlarından rahatlıkla emsal olarak yararlanılabilir.

Vergi hukuku bakımından mücbir sebep; vergi mükelleflerinin, vergi sorumlularının ve ceza muhataplarının isteseler dahi hiçbir biçimde kendi çabaları ve iradeleriyle önüne geçemeyecekleri, oluşunu ve sonuçlarını engelleyemeyecekleri doğal veya yapay durumlara denir.

Mücbir sebep niteliğindeki olaylar deprem, sel, kasırga vb. doğal olaylar olabileceği gibi isyan, ihtilal, savaş, genel grev gibi insana bağlı (beşeri) olaylar³ da olabilir⁴. Olayların mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için, bunların bazı koşullar altında gerçekleşmiş olması gerekir. Bu koşullar şunlardır⁵:

Temyiz Süresini Durdurup Durmayacağı Sorunu, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yalova, 2012;1(1):43-56.

³ Biz “*beşeri*” kavramı yerine insan unsurundan kaynaklanan tüm etmenlere “*yapay*” kavramını kullanmayı yeğledik.

⁴ Mualla ÖNCEL, Mehmet KUMRULU, Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 118.

⁵ M. Kamil MUTLUER, Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 152.

- Bunlardan biri, ortada vergilendirmeyi engelleyen bir kuvvetin var olmasıdır.
- İkincisi, bu vergilendirmeyi engelleyen kuvvetin kişinin iradesi dışında meydana gelmesidir.
- Üçüncüsü, meydana gelmiş olan olayın, kişinin bilinç ve iradesi dışında olmasıdır.

2.2. VUK'daki Mücbir Sebep Düzenlemeleri

VUK, mücbir sebebi tanımlamadan, mücbir sebep durumlarını belirtmeyi yeğlemiştir. VUK'un 13'üncü maddesi, "*Mücbir sebepler:*" şeklinde bir girişin ardından dört bent halinde bunların neler olduğunu belirtmiştir. Durum böyle olunca da, vergi hukuku alanında mücbir sebebin ne olduğu gerek bu maddede sayılan durumlardan ve gerekse içtihatlardan hareketle tanımlanmaya ve kapsamı belirlenmeye çalışılmaktadır.

VUK'un 13'üncü maddesindeki mücbir sebepler şunlardır:

1. Vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk;
2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler;
3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler;
4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması, gibi hallerdir.

2.2.1. Vergi Ödevlerinden Herhangi Birinin Yerine Getirilmesine Engel Olacak Derecede Ağır Kaza, Ağır Hastalık ve Tutukluluk

VUK'un 13/1'inci maddesinde hükme bağlanmış olan mücbir sebep hali "*vergi ödevini*" yerine getirmeye engel koşuluna bağlanmıştır. Bir başka deyişle, mükellef, vergi sorumlusu veya ceza muhatabı kendisine yasalarla yüklenmiş olan ödevlerden herhangi birisini yerine getirmesine engel oluşturacak kadar ağır kaza ve hastalık halinde ise

veya tutuklanmış ise bu durumda, mücbir sebep hali var demektir ve buna paralel etki ve sonuçlardan yararlanır.

VUK “*ağır hastalık*” ve “*ağır kaza*” kavramlarını tanımlamamış ve bu kavramların değişen yaşam algısı içinde yorumlanmasını istemiştir. Bugün için “*ağır kaza*” veya “*ağır hastalık*” kapsamına giren bir durum, gelişen ve değişen koşullar altında yarın bu tanıma girmeyebilir. Örneğin; kanser, bugün için “*ağır hastalık*”ların en başında gelirken, yarın bilimsel gelişmeler sonucu bu hastalığın gripten bir farklı kalımayabilir.

“*Ağır hastalık*” ve “*ağır kaza*” kavramlarının ölçeğini, niteliğini ve çapını belirlememizde yargı kararları ciddi katkı sağlamaktadır.

Yatak istirahatini öngören raporların mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için vergisel ödevlerini yerine getirmesini olanaksız kılacak ağırlıkta bir hastalık haline dayanması gerekir⁶. Bir hastalığın mücbir sebep kapsamında ağır hastalık sayılması için çeşitli hastane raporları ve uzman yazılarıyla bunun ortaya konulması gerekir⁷. Mücbir sebebin, hukuki sonuç doğurabilmesi için, malum olması veya tevsik ya da ispat edilmiş bulunması gereklidir. Mücbir sebebin malum olması, doğal afetlerde olduğu gibi, herkesçe biliniyor olması demektir. Diğer hallerde, mücbir sebebin, iddia eden tarafından tevsik veya ispat edilmiş olması gereklidir. Tevsik ve ispat; mahkeme kararı, yetkili kamu kuruluşlarınca düzenlenen belge veya doktor raporu ile yapılabilir⁸.

Ağır kaza veya ağır hastalık nedeniyle hastanede yatış süresi için uygulamada tartışma pek tartışma söz konusu değilken, hastane sonrası evde istirahat haliyle ilgili çeşitli tereddütler yaşanabilmektedir. Ağır kaza veya ağır hastalık nedeniyle evde kesin istirahat halinin de mücbir sebep sayılması gerektiğini düşünmekteyiz^{9 10}.

VUK’un 13/1’inci maddesinde sadece “*ağır hastalık*” durumu değil, aynı zamanda “*ağır kaza*” ve “*tutukluluk*” durumu da düzenlenmiştir. “*Ağır kaza*” ile “*ağır hastalık*” sonuç itibarıyla tıbbi raporu gerektiren

⁶ Danıştay 7. Dairesi, 18.01.1994 tarih ve 1991/3407 E., 1994/66 K. sayılı Kararı.

⁷ Danıştay 7. Dairesi, 20.05.2004 tarih ve 2001/753 E., 2004/1382 K. sayılı Kararı.

⁸ Danıştay 7. Dairesi, 23.09.1999 tarih ve 1998/993 E., 1999/3059 K. sayılı Kararı.

⁹ Danıştay 3. Dairesi, 30.01.1992 tarih ve 1990/2312 E., 1992/342 K. sayılı Kararı.

¹⁰ Danıştay 4. Dairesi, 18.10.1990 tarih ve 1988/907 E. ve 1990/2814 K. Sayılı Kararı.

sağlık halleridir. Ağır kaza kavramından, kişinin sağlığının önemli ölçüde zarar gördüğü ve yaşamını önemli ölçüde etkileyen sağlık sorunlarının yaşandığı kaza olarak anlamak gerekir. Kişinin yaşamını ve sağlığını ciddi boyutta etkilemeyen ve hastane ortamına bağlılığı gerektirmeyen durumlardan “ağır kaza” olarak söz etmek pek olası değildir. Ama sonuç itibarıyla, ağır kaza kavramını da takdir edecek ve değerlendirecek birim sağlık birimleridir.

VUK’un 13/1’inci maddesindeki diğer bir mücbir sebep hali de “tutukluluk”tur. Burada yasa koyucu “mahkumiyet” halini değil, “tutukluluk halini mücbir sebep saymıştır. Bunun genişletilerek yorumlanıp, yorumlanmayacağı tartışmalıdır. Bize göre; mahkumiyet kalıcı ve uzun süreli bir cezalandırma yoludur. Dolayısıyla, mükellef, vergi sorumlusu veya ceza muhatabı mahkumiyet durumunda hukuki sorunlarını vekilleri aracılığıyla veya kalıcı biçimde başka hukuki yollarla çözümlenmesi gerekir. Aksi taktirde, zaten uzun süreli bir yokluk döneminde vergisel işlerin yürütülmesi de söz konusu olamaz. Ancak mahkumiyet halinde de VUK 13’ün işleyeceğini belirten Danıştay kararları mevcuttur¹¹. Oysa tutukluluk, geçici bir durumdur. Tutuklama, masumiyet karinesinden yararlanan şüpheli veya sanığın özgürlüğünün, hâkim kararı ile uluslararası insan hakları sözleşmeleri, anayasa ve yasalarda belirtilen şartlara göre, kesin hükümden önce, geçici olarak kısıtlanmasıdır¹². Bu geçici kısıtlama hali ortadan kalktığı taktirde kişi sosyal ve ekonomik yaşamına geri dönecek ve etkinliklerini sürdürecektir. İşte böyle bir dönemi mücbir sebep hali olarak görmek ve mükellef hak ve ödevi olan konularda süreleri durmuş kabul etmek hukuken doğru ve isabetli bir yoldur.

VUK’un 13/1’inci maddesinde mücbir sebepler arasında vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluğun sayıldığı yine aynı yasanın 15’inci maddesinde ise 13’üncü maddede yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkın caya kadar sürelerin işlemeyeceği hükme bağlandığından beyanname verme süresinin imza yetkisine haiz iki müdürün tutuklanması ile

¹¹ Danıştay 7. Dairesi, 01.03.1999 tarih ve 1998/1424 E. ve 1999/829 K. Sayılı Kararı.

¹² Bigesam, “Çağcıl Hukuk Sistemlerinde ve Türkiye’de Tutuklama”, www.bigesam.org/tr/images/stories/rapor/rapor38.pdf, (Erişim:13.08.2012)

durduğunu ve tutukluluk haline son verilmesi üzerine işlemeye devam ettiğini, dolayısıyla 06.04.1981 ile 28.10.1981 tarihleri arasındaki tarihleri sürenin beyanname verme süresini hesaplamada göz önüne alınmaması suretiyle 23.11.1981 gününde verilen beyannamenin süresinde verildiğini kabul etmek gerekmektedir¹³.

VUK'un 13/1'inci maddesinde "vergi ödevi"nden söz edildiği için, mükellef hakkı durumunda olan işlemlerde "ağır hastalık", "ağır kaza" ve "tutukluluk" hallerinin bu işlemler yönünden hukuki bir etki ve sonuç doğurmayacağını ileri süren yazarlar¹⁴ ve yargı kararları söz konusudur¹⁵. Durum böyle olmasına rağmen, VUK'un 13/1'inci maddesindeki mücbir sebep halinin sadece mükellefin ödevi ile sınırlı olmayacağını savunan yazar¹⁶ ve yargı kararları¹⁷ da vardır.

Bizim düşüncemize göre; VUK'un 13/1'inci maddesinde kullanılan "vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine" ibaresinin hukuken yok sayılması olanaklı değildir. Ancak, bu ibarenin VUK'un 13/3'üncü maddesindeki "Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaygubetler" ile maddenin bitimindeki "gibi hallerdir" ibareleri ile birlikte değerlendirilmesi halinde, yasa koyucunun VUK'un 13/1'inde sadece mükellef ödevlerine yönelik olarak bu düzenlemeyi yapma-

¹³ Danıştay 4. Dairesi, 14.10.1983 tarih ve 1982/2323 E. ve 1983/7533 K. Sayılı Kararı.

¹⁴ Mesut Erez, "Vergi Hukukumuzda Mücbir Sebepler Ağır Hastalık Hali", Maliye Konferansları I, s.2, www.iudergi.com/tr/index.php/iktisatmaliye/article/view-File/14323/13530, (Erişim:13.08.2012)

¹⁵ Bkz. Danıştay 9. Dairesi, 20.05.2008, 2007/906 E., 2008/2530K, "Vergi ödevlerinden birinin yerine getirilmesine engel olabilecek derecede ağır kaza ve ağır hastalık hallerinin mücbir sebep olarak kabulü gerekir. Mücbir sebepler vergi ödevlerinin yerine getirilmesine ilişkin süreleri keseğinden, vergi ve ceza muhataplarının adlarına tarh olunan vergi ve kesilen cezalara karşı açacakları dava; dava açma sürelerini kesmeyip, dava açma mükellefin ödevlerinden sayılamayacağından, dava açma süresi hastalık veya sair mücbir sebepler halinde durmaz. Rahatsızlığı nedeniyle davasını bizzat açamayan davacı, davasını her zaman için tayin edeceği bir vekil vasıtasıyla süresinde açabilir."; Danıştay 7. Dairesi, 09.11.1985 tarih ve 1984/4171 E., ve 1985/2695 K. Sayılı Kararı.

¹⁶ Mualla Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 20.Bası, Ankara, 2011; Gökhan Kürşat Yerlikaya, a.g.m.

¹⁷ Bkz. Danıştay 7. Dairesi, 17.11.1993 tarih ve 1992/34 E., 1993/4809 K. Sayılı Kararı: "Bununla beraber Kanunla öngörülmemiş olsa da, mücbir sebep hallerinde dava açma için öngörülen sürelerin işlemeyeceği genel hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir. Uzlaşmaya başvurunun hukuki niteliği ve sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, uzlaşmaya başvurma süresinin işlememesine neden olacak haller, ancak kişinin iradesi dışında gelişen tabii afet, savaş hali ve benzeri durumlarla, kişinin bu tür haklarını kullanmasını imkansız kılan çok ağır hastalık gibi durumlar olabilir."

dığı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, VUK'un 13/1'inci maddesinde hükmünü bulan "ağır kaza", "ağır hastalık" ve "tutukluluk" hallerinin sadece mükellef ödevlerine değil, aynı zamanda mükellef haklarına yönelik olarak da kullanılabileceğini düşünüyoruz. Dolayısıyla, yasanın öngördüğü nitelikte ağır kaza, ağır hastalık veya tutukluluk gibi bir mücbir sebep söz konusu olduğunda mükellef hakkı durumundaki dava açma, uzlaşma, pişmanlık gibi müesseselere yönelik süreler mücbir sebep ortadan kalkana kadar durur. Bu tezimizi Danıştay'ın görüşü de teyid etmektedir¹⁸.

VUK'un 13/1'inci maddesindeki "ağır kaza", "ağır hastalık" ve "tutukluluk" halleri, sadece bir insanın başına gelebilecek mücbir sebep durumlarıdır. Bu mücbir sebeplerden tüzel kişiliklerin yararlanması çok sınırlı haller dışında düşünülemez. Bu sınırlı haller de, başına ağır kaza, ağır hastalık veya tutukluluk hali gelen kişinin o tüzel kişilik (işletme) için vazgeçilmez önemde (o kişi olmadığı taktirde, adeta o işletmenin de olamayacağı sonucunu verebilecek önemdeki kişi) bir kişi olması durumudur. Aksi taktirde, bir tüzel kişilik sıradan bir çalışanın başına ağır hastalık, ağır kaza veya tutukluluk hali gelmesinden hareketle hakkında VUK'un 13'üncü maddesinin uygulanmasını isteyemez¹⁹. Kollektif şirketin temsil yetkisine sahip paydaşının ağır

¹⁸ Danıştay 4. Daire, 14.10.1983 tarih ve 1982/2323 E. ve 1983/7533 sayılı Karar: "213 sayılı Vergi Usul Kanununun 13.maddesinin 1.fıkrasında mücbir sebepler arasında vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluğun sayıldığı yine aynı yasanın 15.maddesinde ise 13.maddede yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkın caya kadar sürelerin işlemeyeceği hükme bağlandığından beyanname verme süresinin imza yetkisine haiz iki müdürün tutuklanması ile durduğunu ve tutukluluk haline son verilmesi üzerine işlemeye devam ettiğini, dolayısıyla 6.4.1981 ile 28.10.1981 tarihleri arasındaki tarihleri sürenin beyanname verme süresini hesaplamada göz önüne alınmaması suretiyle 23.11.1981 gününde verilen beyannamenin süresinde verildiğini kabul etmek gerekmektedir.

¹⁹ Danıştay 9. Dairesi, 28.05.1986 tarih ve 1985/574 E. ve 1986/2038 K. Sayılı Kararı: "hastalık hali gerçek kişiler için bahis konusu olur, bir sendikadan, tüzel kişinin tıba dahil hastalığından bahsolunamaz. Onun organları yenileri oluşturulmak üzere kurulmuştur. Bir muhasibin rahatsızlığı halinde diğer bir muhasip onun yerini alır. Bir konuda bir muhasibin görevlendirilmiş olması hizmet içi bir görev dağılımıdır, vergi yükümlülüklerini yerine getirmekle hizmet içine ait bu görev dağılımı ileri sürülemez. Aksi halde hasta bir muhasip bulup veya görevlendirilip pek çok görev erteleme olanağı yaratılmış olur. Nitekim olayımızda davacı muhasip değil sendikadır Diğer taraftan davalı Maliye ve Gümrük Bakanlığı Savunmasında Ankara valiliğinden alınan yazıdan "Kurumun kasa ödemelerinde yetkili olarak bildirilen Halil Ardıç'ın tek yetkili şahıs olmadığı anlaşılmıştır" denmektedir. Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere olay 213 sayılı Vergi

hastalığının zorlayıcı neden sayılması gereken nitelik taşımasının, kişisel vergi ödevlerinde geçerli olduğunda kuşku yoktur. Ancak, şirketin iş ve işlemlerinin müdür düzeyinde yöneticiler tarafından yürütüldüğü, kimi kamu kuruluşlarına gerekli ödemelerin yapıldığı, şirketin nakit akışının sürdüğü vergi inceleme raporuyla saptanan süre içinde, temsil yetkisini haiz paydaşın zorlayıcı neden sayılan ağır hastalığının, taksitlendirilen şirkete ait vergi borçlarının ödenmesi bakımından zorlayıcı neden kabulü, VUK'un 15'inci maddesinin, yasa yapıcının amacı aşarak uygulanması anlamını taşıdığından Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nca kurulan işlemde yasaya aykırılık görülmemiştir²⁰. Danıştay, şirket müdürünün tutuklu olmasının asıl vergi borçlusu olan şirket için VUK 13/1'inci madde kapsamında mücbir sebep sayılmayacağına hükmetmiştir²¹.

2. 2. 2. Vergi Ödevlerinin Yerine Getirilmesine Engel Olacak Yangın, Yer Sarsıntısı ve Su Basması Gibi Afetler

VUK'un 13/2'nci maddesinde mücbir sebep olarak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler hükme bağlanmıştır. Yangın genel anlamda insan eliyle çıkarılan bir yıkım şeklidir. Su basması insan eliyle olabileceği gibi, doğal olayların etkisiyle de olabilecek bir yıkım şeklidir. Yer sarsıntısı ise kesinlikle sadece doğal bir yıkım şeklidir. İnsanın etken olduğu yangın ve su baskınlarında mücbir sebep halinin tespitinde ve kararının verilmesinde kişinin önleme veya engel olma güç ve iradesinin olup olmadığına bakılır²². Eğer bir kişi, çıkan yangını

Usul Kanununun 13.maddesinde gösterilen mücbir sebepler arasına girmemekte ve onlara benzememektedir. Bütün bu nedenlerle idarenin uygulaması yasaya uygundur, davanın reddi gerekir (Azlık Oyu).

²⁰ Danıştay 4. Dairesi, 24.02.1988 tarih ve 1987/5793 E. ve 1988/803. K. Sayılı Kararı.

²¹ Danıştay 4. Dairesi, 23.06.2004 tarih ve 2004/178 E. ve 2004/1479 K. Sayılı Kararı.

²² Danıştay Vergi Dava Daireleri, 12.11.1999 tarih ve 1999/127 E. ve 1999/470 K. Sayılı Kararı: "İnceleme elemanınca 1995 yılına ilişkin defter ve belgelerinin ... tarihli yazı ile istenmesi üzerine yükümlü; ... tarihinde mahkemeye müracaat ederek, elektrik tesisatında oluşan kısa devre sonucu yangın çıktığını, yangın ve söndürme çalışmaları sırasında 1993, 1994 ve 1995 yılına ait ticari defterlerin zayı olduğunu ileri sürerek zayı belgesi verilmesini istemiş ve mahkemece davacının isteği doğrultusunda zayı belgesi verilmiştir. Söz konusu zayı belgesinin; tanık beyanları ve davacı istemi üzerine, yangının tarihi ve ne şekilde oluştuğunu belirten ve yangından sonraki durumu saptayan bir itfaiye yangın raporu aranmaksızın verildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, yangının ve sonuçlarının somut olarak saptanmadığını göstermektedir. Vergi Usul Kanununun 13 üncü maddesinde belirtilen mücbir sebeplerden birinin varlığı ve defter ve belgelerin bu sebeple

veya su baskınına önleme veya bunu ortadan kaldırma ya da vergisel anlamda olumsuz sonuçların doğmasını engelleyebilme yeti, irade ve güce sahipken, bunu kullanmamış ise bu durumda mücbir sebepten yararlanım hakkı olamaz^{23 24}. Ancak, tam olarak bunun tersi bir durum varsa; yani, kişi bütün iradesini, yetisini ve gücünü kullansaydı da bu yıkımı engelleyebilecek durumda olmasaydı, bu durumda mücbir sebeplerden yararlanım hakkı vardır.

Afet kavramına nelerin girdiği tartışmalıdır. “Afet”in Türkçe karşılığı yıkımdır. İnsan etkisiyle (yangın, su basması vb) veya doğadan kaynaklanan nedenlerle (deprem, su basması, sel baskını, çığ, don, haşerat saldırısı, salgın hastalık vb) yaşanan yıkımlar, eğer insanın kendi iaredesi ve gücüyle engelleyemeyeceği boyutlarda ise VUK’un 13’üncü maddesinde hükmünü bulan mücbir sebepler kapsamına girer. Afet kavramına “*şu konu girer, bu konu girmez*” tarzı yaklaşımların

incelemeye ibraz edilemediği belgelenmeksizin yasal defterlerin yandığı yolundaki iddia ve zayi belgesi; mücbir sebep nedeniyle deftere kayıt koşulunun yerine getirilmiş sayılmasına yeterli olmadığından ve olayda 3065 sayılı Yasanın 34 üncü maddesinde öngörülen her iki koşulun da aranması gerektiğinden, tarhiyatın kaldırılması yolundaki kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.”

23 Danıştay Vergi Dava Daireleri, 23.03.2001 tarih ve 2000/364 E. ve 2001/121 K. Sayılı Kararı: “Yargı kararıyla yandığı belgelenmiş olan defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilememesi yükümlüyü, katma değer vergisi indirimine ilişkin koşullardan ikincisi olan “indirim konusu yapılan vergilerin alış belgelerinde ayrıca gösterilmiş olması”nu kanıtlama sorumluluğundan kurtarmaz. Ticari icaplara göre kendisine mal ve hizmet sunan kişi ve kuruluşları bilmek durumundaki bir alıcının, gerekli girişimlerde bulunarak emtia alımına ilişkin belgelerin varlığını ispat olanağına sahip olduğunun kabulü gerekmektedir.”

24 Danıştay 7. Dairesi, 31.03.1994 tarih ve 1993/3868 E. ve 1994/1537 K. Sayılı Kararı: “Olayda, yükümlünün, iş yerinde meydana gelen su baskınında defter ve belgelerinin kullanılmaz hale geldiği tevsik zımında inceleme elemanına ibraz ettiği İstanbul Asliye 7.Ticaret Mahkemesinin kararına dayanak teşkil eden Beyoğlu 1.Sulh Hukuk Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, inceleme yapılması gereken dönemlere ilişkin defter ve belgelerin kısmen ıslandığı ve bir kısmının okunamayacak şekilde bozulmuş ve yazılarının karışmış olduğunun belirtildiği, inceleme elemanınca sözü edilen defter ve belgelerin kısmen de olsa yararlanılması amacıyla bunların-mevcut durumuyla ibrazı istenilmesine rağmen, yükümlü şirket yetkilisiyle ibraz edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda beyannameye gösterdiği indirimlerin gerçeğe uygun olup olmadığı hususunda yapılmak istenen incelemeye olanak vermeyen yükümlü şirket yetkililerinin bu konuda iyi niyetinden söz etmek mümkün değildir. Ayrıca yapılan işin niteliği itibarıyla, mal alınan firma ya da firmaları doğal olarak bilmesi gereken yükümlü, şirket yetkilileri tarafından bu firmaların inceleme elemanına bildirilmesi veya alış faturaları fotokopilerinin temin edilerek inceleme elemanına ibrazı suretiyle, karşıt incelemeye imkan sağlanması yoluna da gidilmediği cihetle, katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek cezalı tarhiyat yapılmasında isabetsizlik yoktur.”

hukuken kabulü mümkün değildir. Her olay kendi özelinde değerlendirilir. Hukukta genellemelerden hareketle karar verilemez. VUK'un 115'inci maddesindeki don ve haşerat saldırısının afet kapsamında mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceğini söylemek hukuken doğru olmaz²⁵. Öyle bir don olayı yaşanabilir ki, bu durum vergi mükelleflerinin ödevlerini yapmalarını ve haklarını kullanmalarını çok ciddi biçimde sekteye uğratabilir. Bu da, meteoroloji biriminden doğrulattırılabilir. Ayrıca, bu kadar yüksek ve kapsamlı don olayının insan sağlığına etkileri de tıbbi birimlerden araştırılabilir. Dolayısıyla, hukuki olaylarda genellemeler çoğunlukla yanlış sonuçlara götürür ve olayın özelini unutturur.

VUK'un 13/2'nci maddesindeki mücbir sebep halleri de, yine mükellefin ödevlerine bağlanmıştır. Ama, 13/1'inci maddenin açıklamasında da belirttiğimiz gibi bunu salt mükellefin ödevlerine yönelik olarak değil, maddenin tamamının bütünlüğü içinde mükellefin haklarını da kapsayacak biçimde değerlendirmek ve yorumlamak gerektiğini düşünüyoruz. Danıştay kararlarında, kanunlarda belirtilmediği halde, hukuki ve fiili engellerin dava süresini uzatan veya işlemlerini durduran sebepler olarak kabul edilmesiyle, "*mücbir sebep*"lerin dava açma süresinin işlemlerini etkileyeceği görüşü kuvvet kazanmaktadır. Özellikle doğal afet gibi, kişilerin iradeleriyle değiştiremeyecekleri veya önleyemeyecekleri durumlarda mücbir sebep halinin nazara alınmayarak dava açma süresinin işlediğini kabul etmenin haklı bir nedeni olamaz²⁶. Danıştay'ın bu kararı da açık biçimde VUK'un 13/2'inci maddesindeki mücbir sebep hallerinin sadece mükellef ödevleri ile sınırlı değil, aynı zamanda dava açmak, uzlaşmaya başvurmak gibi mükellef haklarına da şamil olduğunu kanıtlamaktadır.

2. 2. 3. Kişinin İradesi Dışında Meydana Gelen Mecburi Gaygubetler

Gaygubet; Arapça kökenli bir sözcük olup, yokluk, bulunmayış anlamına gelmektedir. Hukuki bir kavram olan gayiplik sözcüğü de

²⁵ Adil Nas, "*Vergi Hukukunda Mücbir Sebepler*", *Vergi Dünyası Dergisi*, 2011(30); 353: 103-110.

²⁶ Danıştay 4. Dairesi, 20.06.1996 tarih ve 1995/6183 E. ve 1996/2698 K. Sayılı Kararı.

buradan gelmektedir. İngilizce karşılığı “absence”tır. Burada vergi mükellefinin, vergi sorumlusunun veya ceza muhatabının iradesi dışında yok olma veya bulunmama hali söz konusudur. Burada iki tür bulunmama veya yok olma hali üzerinde durulabilir. Bunlar:

1. Kişinin bulunamaması durumu.
2. Mükellefiyet ile ilgili olan şeylerin (defter, belge, kayıt, kayıt ortamı vb) bulunamaması durumu.

Vergi mükellefi, vergi sorumlusu veya ceza muhatabı çeşitli nedenlerle (salgın hastalık, karantina, genel grev, lokavt, mecburi askerlik, yurtiçine girememe vb.) vergisel ödevlerini yapamıyor veya haklarını kullanamıyor ise, burada VUK 13/3 kapsamında bir mecburi gaygubet durumu söz konusudur.

İkinci durumda ise, mükellefin, vergi sorumlusunun veya ceza muhatabının mükellefiyet ile ilgili hak ve ödevleri için olmazsa olmaz durumdaki defter, belge, kayıt, kayıt ortamı gibi şeylerin olmaması halidir. Böyle bir durumda vergi mükellefi, vergi sorumlusu veya ceza muhatabı idarenin hukuken kendisinden beklediği ödevleri veya kendisi açısından yaşamsal önemdeki dava açma, uzlaşmaya başvuru vb. hakları kullanmak için gereken defter, belge ve kayıtlara yok olma (gaygubet) nedeniyle ulaşamamakta ve bunları hukuki etkinlikte yerine getirememektedir²⁷.

Mecburi gaygubet halinin de, diğer mücbir sebepler gibi tartışma-

²⁷ Danıştay 4. Dairesi, 24.02.1994 tarih, 1992/4170 E. ve 1994/1078 K. Sayılı Kararı: “Olayda, davacının 1984 takvim yılı faaliyeti sonucunda ortaya çıkan duruma göre yıllık gelir vergisi beyannamesini verdiği ve vergilendirme ile ilgili beyan görevini yerine getirdiği, bundan sonra 11.2.1986 tarihinde defter ve belgelerinin çalınmak suretiyle zayı olduğu hususunun mahkeme kararıyla tevsik edildiği, uyuşmazlığa konu tarhiyatın ise, beyan edilen kazançtan ayrı olarak re’sen takdir yoluyla bulunan matrah farkı ile ilgili bulunduğu dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Buna göre davacının mücbir sebep hali nedeniyle yerine getiremediği bir vergi ödevi bulunmamakta, harici karinelere göre takdir edilmiş bir matrah ve buna dayalı olup mahkemece yerinde görülen ve davacı tarafından temyiz edilmemekle kesinleşmiş olan tarhiyat nedeniyle vergi ziyayı mevcut bulunmaktadır. Böyle bir durumda, mücbir sebep halinden dolayı anılan kanun hükmünün uygulanması mümkün olmadığından mevcut vergi ziyayı nedeniyle tarhiyata ceza tatbiki gerekmektedir. Ancak matrah farkının bulunmuş tarzı nazara alındığında, Vergi Usul Kanununun 344. maddesinde sayılan kaçakçılık ve mükerrer 347.maddesinde sayılan ağır kusur cezası ile ilgili fiillerin oluşmadığı ve bu nedenle tarhiyata kusur cezası uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.”

sız netlikte ortaya konulması ve kanıtlanması gerekir. Aksi takdirde soyut bir söylem olarak “*mecburi gaygubet içindeydim*” demek ve vergisel ödevlerin zamanında yerine getirilmemiş olması nedeniyle cezalı işlem den kurtulmak ya da dava veya uzlaşmada süresel hak kayıplarının ortadan kalkmasını talep etmek mümkün değildir.

2. 2. 4. Sahibinin İradesi Dışındaki Sebepler Dolayısıyla Defter ve Vesikalarının Elinden Çıkmış Bulunması

Mükelleflerin veya vergi sorumlularının defter, belge ve kayıtları esas itibarıyla kendi işyerlerinde bulunması ve zamanaşımı süresi içinde istendiğinde de, vergi inceleme elemanlarına veya yoklamaya yetkili elemanlara ibraz edilmesi gerekir. Ancak, uygulamada yasal defterlerin pek çok mükellef bakımından kendi işyerleri yerine, muhasebecilerinin işyerlerinde durduğu da bilinen bir gerçektir. Zaman zaman mükellefler ile muhasebecileri arasında yaşanan sıkıntılardan kaynaklanarak, mükellef defter ve belgelerine belirli süreyle veya hiçbir zaman ulaşamamaktadır. Böyle bir durumda VUK’un 13/4’üncü maddesindeki mücbir sebep halinin ileri sürülüp sürülemediği tartışmalıdır. Ancak, vergi mükellefleri veya sorumluları defter ve belgelerini yazılı olarak bir teslim ve teslim belgesi ile muhasebeciye teslim etmişlerse ve muhasebeci mükellefin yazılı (mümkünse noter marifetiyle) defter ve belge istemini geri çevirmişse veya sessiz kalmışsa veya muhasebeci ortada yoksa bu durumda mükellef bunun tespiti için dava açabilir. Dava sonucunda alacağı tespit tutanağı ile her zaman VUK 13/4’üncü maddedeki mücbir sebep halinden yararlanabilir.

Mükellef veya vergi sorumlularına yönelik olarak VUK çerçevesinde yapılan vergi incelemelerinde mükelleflerden veya vergi sorumlularından defter ve belgeleri VUK’taki kurallar çerçevesinde inceleme elemanları tarafından teslim alınmaktadır. Gerek kurallı biçimde tutanağa bağlanarak alınan defter ve belgeler ve gerekse kuralsız olarak tutanağa bağlanmadan alınan defter ve belgeler mükellefe iade edilmediği takdirde VUK 13/4 mücbir sebep olarak kullanılabilir. Böyle bir durumda inceleme elemanının ve onun bağlı olduğu idarenin hukuki sorumluluğu vardır²⁸.

²⁸ Danıştay 9. Dairesi, 03.04.2002 tarih ve 2001 /1632 E ve 2002 /1179 K. Sayılı Kararı:

2.3. Mücbir Sebep Haline İlişkin Özellikli Durumlar

2. 3. Mücbir Sebep Halinden İdarenin Yararlanıp Yararlanamayacağı

VUK'un 13'üncü maddesindeki mücbir sebep halleri esas itibariyle vergi mükellefi, vergi sorumlusu ve ceza muhatabına tanınmış bir hukuki korunma yoludur. Bu korunma yoluyla mükellef, vergi sorumlusu ve ceza muhatabı güçlü olan devletten ceza almaktan kurtulur ve VUK kapsamındaki bazı haklarını (dava açma, uzlaşma vb) süresel anlamda kanıtlanabilir ve VUK 13'üncü madde kapsamına giren mazeretinin sona ermesinden itibaren daha makul sürede kullanma yetisini kazanır. Çok sayıda Danıştay kararı VUK 13'üncü maddedeki düzenlemelerin mükellef ödevlerine yönelik olduğunu, mükelleflerin hakkı konumundaki maddelere yönelik olarak VUK 13'üncü maddenin kullanılamayacağını söylese de, bunun aksini savunan Danıştay kararları ile teorisyen görüşleri de vardır. Biz de, VUK'un 13'üncü madde-

"VUK'un 3/B maddesinde vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu; gerçek mahiyetin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, iktisadi ticari ve teknik icaplara uymayan ve olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olacağı; VUK'un 13/4'üncü maddesinde de sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikaların elinden çıkmış bulunması halinde mücbir sebep sayılacağı hükmüne bağlanmıştır. Mükellefe defter belge isteme yazısı tebliğ edilmesine karşın yükümlü tarafından 1994 ve 1995 yıllarına ait defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi üzerine katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığı, yükümlünün defter ve belgelerinin kendilerinde bulunmadığını ve en son ... Ltd. Şti. nezdinde yapılan karşıt inceleme nedeniyle inceleme elemanına ibraz ettiğini beyan ettiği, davalı idarenin iç yazışmaları ve Mahkemenin ara kararına verdiği cevap yazıları ile de bu hususun doğrulandığı, ancak söz konusu defter ve belgelerin inceleme tamamlandıktan sonra yükümlüye iade edildiği iddia edilmiş ise de bu iddianın incelemeyi yapan Gelirler Kontrolörünün sözlü beyanına dayandırıldığı, hukuken geçerli herhangi bir tutanak ya da belge ile kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. Vergi Mahkemesince yükümlünün evvelce ibraz ettiği defter ve belgelerin inceleme tamamlandıktan sonra kendilerine iade edilmediği iddiasının idarenin aksi yöndeki beyanı karşısında mücbir sebep olarak kabulüne olanak bulunmadığı yolunda hüküm tesis edilmiş ise de, gerek dosya içeriğinde gerekse Dairemizin 17.5.2001 tarih ve 2001/1641 sayılı ara kararına cevaben gönderilen belgeler arasında idarenin söz konusu defter ve belgelerin iade edildiği şeklindeki iddiasını kanıtlayıcı herhangi bir bilgi ve belgenin bulunmaması, yalnızca inceleme elemanının tek taraflı beyanının dayanak gösterilmiş olması, diğer bir anlatımla yukarıda anılan yasa hükmü uyarınca ispat külfeti kendisine düşen idarenin iddiasını hukuken geçerli delillerle kanıtlayamaması karşısında defter ve belgelerin iade edilmediği, dolayısıyla defter ve belgelerin yükümlünün kendi iradesi dışında elinden çıkmış bulunduğu hususlarının kabulü ile olayda mücbir sebep halinin mevcut olduğu sonucuna ulaşılmaktadır."

sindeki mücbir sebep hallerinin dava açma ve uzlaşma gibi mükellef hakkı konumundaki vergi hukuku işlemleri yönünden de kullanılabilceğini savunanlardanız. Her ne kadar, mükellef haklarının vekilleri aracılığıyla da yerine getirilebileceğini savunarak bu maddenin mükellef hakları yönünden kullanılmayacağını savunmaktadırlar. Biz de bu görüş sahiplerine mükellef ödevleri de vekiller aracılığıyla yerine getirilebilecekken o konuda VUK 13'ün geçerli, diğer durumda geçersiz olduğunu söylemek çok da tutarlılık arz etmemektedir diye yanıt vermekteyiz. Bir ağır hastalık halinde mükellefin beyanname verme ödevini yerine getiremeyeceğini ve bu çerçevede VUK'un 13'üncü maddesinin geçerli olacağını; ancak, ağır hasta durumundaki mükellefin kendisi hakkında yapılmış cezalı tarhiyata karşı dava açma süresinin ağır hastalığı boyunca duramayacağını; dava açma hakkını vekili aracılığıyla kullanabileceğini savunabilmek çok da hukuki tutarlılık arz etmemektedir.

Mükellef, vergi sorumlusu ve ceza muhatabına VUK'un 13'üncü maddesiyle tanınmış korunma yollarından, vergi idaresinin yararlanıp yararlanamayacağı tartışılan bir konudur. Bizim düşüncemize göre; verginin aktif süjesi konumunda bulunan ve vergiye ilişkin her türlü düzenleme yapma hak ve yetkisini elinde bulunduran vergi idaresinin, daha zayıf ve edilgen halde bulunan verginin pasif süjesi konumundaki vergi mükellefine tanınmış olan VUK'un 13'üncü maddesindeki korunma hükümlerinden yararlanamaz. Danıştay 9'uncu Dairesi, mükellefin defter ve belgelerinin muhafaza etmesiyle ilgili beş yıllık zamanaşımı süresini yaşıyan 1999 Marmara Bölgesi depreminin durdurmuş olduğunu ileri süren vergi idaresinin görüşünü uygun bulmamış ve bu yönde yapılan cezalı tarhiyatı kabul etmemiştir²⁹. Bu karar da, VUK'un 13'üncü maddesindeki mücbir sebep hallerinden vergi idaresinin yararlanamayacağını kanıtlamaktadır.

2. 3. 2. Mücbir Sebep Halinden Diğer Kanunlara Etkisi

VUK 13'teki mücbir sebep hallerinin VUK kapsamındaki bütün kanunlardaki süreleri etkileyeceğini söylemek mümkündür. VUK'un 13'üncü maddesindeki mücbir sebep hallerinden bir tanesi var ise

²⁹ Danıştay 9. Dairesi, 07.06.2007 tarih ve 2007/507 E. ve 2007/2230 K. Sayılı Kararı.

mükellef, vergi sorumlusu veya ceza muhatabına yönelik olarak VUK kapsamındaki bütün kanunlardaki mükellef ödevi veya hakkı konumundaki süreler mücbir sebep hali ortadan kalkıncaya kadar durur. Bu çerçevede, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'daki (AATUHK) süreler de, mücbir sebep hali ortadan kalkana kadar durur. VUK'un 13'üncü maddesinde, tutukluluk halinin vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak mücbir sebeplerden olduğu, aynı kanunun 15'inci maddesinde de mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar sürelerin işlemeyeceği hükme bağlanmıştır. 6183 sayılı AATUHK'nın 8'inci maddesinde de hilafına bir hüküm bulunmadıkça bu kanunda yazılı müddetlerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında Vergi Usul Kanunu hükümlerinin uygulanacağı açıklanmıştır. Bu durumda aksine bir hüküm bulunmadığına göre, VUK'un 15'inci maddesinde sürelerin işlemesini engellediği kabul edilen mücbir sebeplerin bulunması halinde AATUHK'daki yer alan sürelerin de bu sebep ortadan kalkıncaya kadar işlemeyeceğinin kabulü gerekmektedir³⁰.

2. 3. 3. Vekâlet Bakımından Mücbir Sebep Hali

Vekâlet görevinin yürütülmesi sırasında ve vekilin geçici iş göremezliği halinde kanuni sürelerin, ilgililerin istemi üzerine baro başkanı tarafından işleri geçici olarak takip etmek ve yürütmek için görevlendirilen avukata dosyaların devir ve teslimine kadar ve üç ayı geçmemek üzere işlemeyeceği; Avukatlık Kanunu'nun 42'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında kurala bağlanmıştır. Durum böyle olunca, vergi mükellefinin kendisinin ağır hastalığını veya VUK'un 13'üncü maddesindeki başka bir mücbir sebep halini gerekçe göstererek mükellefiyet ödevini yerine getirmemesinin veya dava açma işlemini süresinde yapmamasını hukuken kabul etmek mümkün değildir. Davacı vekili tarafından bu yol izlenmediği gibi Kuşadası İkinci Noterliğince 15.9.2005 tarihinde 13752 yevmiye sayısıyla düzenlenen ve onaylı örneği dosyada bulunan vekâletnamesinden kendisine, münferiden başkalarını tevkil yetkisi tanınmasına karşın, bu yetki de

³⁰ Danıştay 4. Dairesi, 02.04.1990 tarih ve 1989/2535 E. ve 1990/1153 K. Sayılı Kararı.

kullanılmadığından, ileri sürülen iddialar isteme konu yapılan kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir³¹. Durum böyle olmasına karşın, mükellefin, vergi sorumlusunun ve ceza muhatabının VUK'un 13'üncü maddesindeki mücbir sebeplerden bir tanesinin varlığı halinde vekâlet müessesesine yönelmeksizin hukuki korunma hakkının baki olduğuna inanmaktayız. Vekâlet müessesesi bir zorunluluk değil, bir olanak ve seçimlik bir haktır. Mükellefin, vergi sorumlusunun ve ceza muhatabının bu yolu seçme olanağı vardı diyerek emredici hukuk hükümlerinin görmezden gelinmesi veya devre dışı bırakılması doğru değildir. Ancak, mükellef, vergi sorumlusu ve ceza muhatabı mükellefiyet ödevini yerine getirmek veya dava açmak veya uzlaşmak için bir vekâlet işlemi yapmayı tercih etmiş ise ve böyle bir durumda örneğin seçilen ya da tayin edilen vekilin başına VUK'un 13'üncü maddesinde hükme bağlanmış mücbir sebeplerden bir tanesi gelmiş ise, bu durumda mükellefe sen yeni bir vekil atayarak yoluna devam edebilirdin, burada artık VUK'un 13'üncü maddesine sığınamazsın denilebilir³².

2. 3. 4. Mücbir Sebep Halinin Kanıtlanması

Bir kişi kendi yararına sonuçlar elde etmek üzere bir savı ileri sürüyorsa, o kişinin bu kanıtlanması yükümlülüğü vardır. VUK'un 3'üncü maddesi uyarınca vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve buna ilişkin işlemlerin gerçek mahiyeti esastır. Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyeti yemin hariç bir türlü delille ispatlanabilir; Şu kadarki, vergiyi doğuran olayın ilgilisi tabi ve açık bulunmayan, şahit ifadesi, ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz. İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir. VUK'un 13'üncü maddesindeki mücbir sebep halleri idare tarafından bilinmesi gereken boyutta ise, böyle bir durumda kişilerin münferiden kanıtlanma çabasına girmelerine gerek bulunmamaktadır. Örneğin; 1999 Marmara Bölgesi Depremi gibi herkes tarafından bilinen bir yıkımın bireyler ya da tü-

³¹ Danıştay 3. Dairesi, 02.10.2007 tarih ve 2006/4355 E. ve 2007/2579 K. Sayılı Kararı.

³² Danıştay Vergi Dava Daireleri, 25.10.1991 tarih ve 1991/56 E. ve 1991/76 K. Sayılı Kararı.

zel kişiler tarafından iddia edilip, kanıtlanması gereği yoktur. Çünkü yıkım bütün sonuçları itibariyle zaten bilinmektedir. Ancak, burada sadece bu yıkımdan mükellefin veya vergi sorumlusunun ne boyutta etkilendiğinin kanıtlanmasında mükellefe veya vergi sorumlusuna görev düşebilir.

VUK'un 15'inci maddesi uyarınca, Maliye Bakanlığı, mücbir sebep sayılan haller nedeniyle; bölge, il, ilçe, mahal veya afete maruz kalanlar itibariyle mücbir sebep hali ilan etmeye ve bu sürede vergi ödevlerinden yerine getirilemeyecek olanları tespit etmeye yetkilidir.

Mücbir sebepler, VUK'un 13'üncü maddesinde, vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk hali; yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler; kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler; sahibinin iradesi dışındaki nedenlerle defter ve vesikalarının elden çıkması olarak belirlenmiştir. Yasanın 15'inci maddesinin birinci fıkrasında, mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar sürelerin işlemeyeceği; bu takdirde tarh zamanışımının işlemeyen süreler kadar uzayacağı, ikinci fıkrasında ise bu hükmün uygulanabilmesi için mücbir sebebin malum olması veya ilgililer tarafından ispat veya tevsik edilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. VUK'un vergi ziyamı, mükellef veya sorumlunun vergi ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi yahut eksik tahakkuk ettirilmesi olarak tanımlayan 341'inci maddesi ve mükellef veya sorumlu tarafından 341'inci maddede yazılı hallerde yol açılan vergi kaybından dolayı vergi ziyayı cezası kesilmesini önören 344'üncü maddesinden sonra yer alan 373'üncü maddede; aynı yasada yazılı zorlayıcı nedenlerin varlığı bilinir veya kanıtlanırsa vergi cezası kesilmeyeceği düzenlenmiştir. Bütün bu düzenlemelerden; bir vergi ödevinin zamanında yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesine zorlayıcı bir nedenin varlığı yol açmış ve bu durum kanıtlanmış olmak koşuluyla mükellef veya sorumlular adına ceza kesilmeyeceği sonucu çıktığından, zorlayıcı nedenle, gereği gibi yerine getirilmeyen vergi ödevi arasında nedensellik ilişkisi bulunmadıkça zorlayıcı nedeninin varlığı, ceza kesilmesini önleyen bir durum olarak kabul edilmemiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre sulh hukuk mahkemelerinden verilen tespit kararları, hasımsız verilen ve bir durum saptayan, ileride açılacak davada delil olarak kullanılması amaçlanan kararlardan olup davacı tarafından, defter ve belgelerin iş yerinde çıkan yangında yanması nedeniyle ibraz edilemediğini kanıtlamak amacıyla dosyaya sunulan Ağrı Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 03.10.2000 günlü ve E:2000/15, K:2000/8 sayılı tespit kararı, Türk Ticaret Kanunu'nun 68'inci maddesinde öngörülen zorunluluk gereği alınması gereken ve defter ve belgelerin zayi olduğunun kabulünü gerektiren bir karar olmadığı gibi kayıtlı istihkak hasılatına ilişkin giderlerini gerek inceleme gerek dava aşamasında kanıtlayamayan davacının, gerçek giderlerinin tespit edilememesi nedeniyle hasılatının %20'sinin safi kazanç olduğu kabul edilerek belirlenen tarh matrahı ile iş yerinde 28.09.2000 tarihinde çıkan yangın arasında herhangi bir nedensellik ilişkisi bulunmadığından, kanıtlayamadığı giderleri nedeniyle bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığı saptanan davacının bu eylemiyle yol açtığı vergi kaybından dolayı kesilen vergi ziyayı cezasının VUK'un 373'üncü maddesi uyarınca kaldırılması hukuka uygun görülmüştür³³.

Bir mükellef veya vergi sorumlusu defter ve belgelerinin yandığını iddia ediyorsa bu durumda iddiasını itfaiye yangın raporu ve mahkemeden aldığı yangına yönelik tespit kararı ile kanıtlaması gerekir. Eğer vergi mükellefi veya vergi sorumlusu bu kanıtlama yükümlülüğünü yerine getiriyor ve kanıtlayıcı belgelerde herhangi bir şüpheyi davet eder durum söz konusu değil ise, vergi idaresinin bunları kabul etmesi gerekir. İdarenin bu kanıtlayıcı belgeleri yönelik bir itirazı var ise, bu kez de idarenin karşı savını yemin dışında herhangi bir yolla ortaya koyması beklenir. Aksi takdirde, yapılacak cezalı tarhiyat yarıda kabul görmez³⁴.

Mücbir sebeplerden birinin varlığını hukuken itibar edilecek belgelerle ortaya koymadan defter ve belgelerini inceleme elemanına ibraz etmeyen mükellefin, başka belgelere dayanarak KDV indirimlerini kanıtlaması hukuken kabul edilemez³⁵.

³³ Danıştay 3. Dairesi, 02.05.2007 tarih ve 2006/3541 E. ve 2007/1377 K. Sayılı Kararı.

³⁴ Danıştay 11. Dairesi, 01.10.1997 tarih ve 1996/5683 E. ve 1997/3149 K. Sayılı Kararı.

³⁵ Danıştay Vergi Dava Daireleri, 12.11.1999 tarih ve 1999/127 E. ve 1999/479 K.

Uygulamada zaman zaman vergi mükellefleri veya vergi sorumluları işyerine giren hırsızlarca defter ve belgelerinin çalındığını ileri sürebilmektedirler. Böyle bir durumda, bu çalınma olayının mutlaka bir karakol tespit tutanağı, sigorta tespit tutanağı ve yasal defter ve belgelerinin hırsızlık yapılan işyerinde bulunduğuna ilişkin çeşitli emareler ile tanık ifadeleriyle ortaya konulması beklenir. Böyle bir durumda olayın aslı ve ayrıntıları araştırılmadan mükellef lehine karar ihdası doğru olmaz³⁶.

2. 3. 5. Mücbir Sebep Halinin Ceza Zamanaşımına Etkisi

Yükümlünün 1980 yılında silah kaçakçılığı nedeniyle tutuklandığı ve tutukluluk halinin 29.02.1984 tarihinde sona erdiği çekişmesizdir. VUK'un 13/1'inci maddesinde vergi ödemelerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk halinin mücbir sebep olduğu, aynı kanunun 15'inci maddesinde de 13'üncü maddede yazılı mücbir sebeplerden birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar sürelerin işlemeyeceği, bu takdirde tarh zamanaşımının işlemeyen süre kadar uzayacağı hükme bağlanmış, anılan kanunun ceza kesmede zamanaşımını düzenleyen 374.maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan şeklinde ise, cezanın bağlı olduğu vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın birinci gününden başlayarak kaçakçılıkta beş yıl ve kusurda üç yıl, usulsüzlükte usulsüzlüğün yapıldığı yılı takip eden yılın birinci gününden başlayarak iki yıl geçtikten sonra vergi cezası kesilmeyeceği, bu süreler içinde ceza ihbarnamesi tebliğ edilmekle zamanaşımının kesilmiş olacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda hükmü açıklanan 15'inci maddede, mücbir sebep bulunması halinde işlemeyen süre kadar tarh zamanaşımının uzayacağı belirtilmekle yetinilmiş, ceza zamanaşımının uzayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Ceza zamanaşımını düzenleyen 374'üncü maddede ise, ceza zamanaşımının sadece ceza ihbarnamesi tebliğ edilmekle kesileceği ön-

Sayı Kararı.
³⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri, 18.02.2005 tarih ve 2004/141 E. ve 2005/4 K. Sayılı Kararı.

görülmüştür. Maddede mücbir sebebin ceza zamanaşımını durduracağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu bakımdan mücbir sebep halinin ceza zamanaşımını durduracağına ilişkin kabulü olanaksızdır³⁷.

2. 4. Mücbir Sebep Halinin Sonuçları

VUK'un 15'inci maddesi uyarınca; 13'üncü maddede yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar süreler işlemez. Bu takdirde tarh zamanaşımı işlemez, süreler kadar uzar.

Bu hükmün uygulanması için mücbir sebebin malum olması veya ilgililer tarafından ispat veya tevsik edilmesi lazımdır.

Maliye Bakanlığı, mücbir sebep sayılan haller nedeniyle; bölge, il, ilçe, mahal veya afete maruz kalanlar itibarıyla mücbir sebep hali ilân etmeye ve bu sürede vergi ödevlerinden yerine getirilemeyecek olanları tespit etmeye yetkilidir. Bu yetki vergi türleri ve işyerleri itibarıyla; beyannamelerin toplulaştırılması, yeni beyanname verme süreleri belirlenmesi ve beyanname verme zorunluluğunun kaldırılması şeklinde de kullanılabilir.

VUK'un 373'üncü maddesi uyarınca; kanunda yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin vukua geldiği malum ise veya tevsik ve ispat olunursa vergi cezası kesilmez.

VUK'un 373'üncü maddesinin işleyebilmesi için iki koşuldan bir tanesinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar:

1. VUK'un 13'üncü maddesindeki mücbir sebebin herhangi birinin meydana geldiğinin herkesçe ve doğal olarak da Maliye Bakanlığı'nca biliniyor olması. Örneğin; 1999 Marmara Bölgesi Depremi ya da 1990 yılı Trabzon Sel Felaketi gibi.
2. Vuk'un 13'üncü maddesinde hükme bağlanmış olan mücbir sebeplerden herhangi birinin meydana geldiğinin mükellef, vergi sorumlusu ve ceza muhatabı tarafından hukuken tartışmasız kanıtlarla ispat edilmesi. Örneğin; ağır hastalık halinin hastane ra-

³⁷ Danıştay 3. Dairesi, 16.09.1987 tarih ve 1987/670 E. ve 1987/1843 K. Sayılı Kararı.

porlarıyla ortaya konulması; defter ve belgelerin yandığının itfaiye raporu, mahkeme tespit kararı ile kanıtlanması; işyerine hırsız girip defter ve belgelerin çalındığının karakol tutanağı, sigorta tespit raporu, mahkeme tespiti ve tanık ifadeleri ile ortaya konulması; defter ve belgelerin ibraz edilememesi halinde söz konusu defter ve belgelerin daha önce bir inceleme elemanı tarafından alındığının defter teslim alma tutanağı ile kanıtlanması gibi.

Mücbir sebep nedeniyle cezaya muhatap olmamak bakımından genel hukuk kuralları gereği mücbir sebep ile cezaya neden olan eylem arasında hukuki güçlü nedensellik bağının tartışmasız biçimde ortaya konulması gerekir. Aksi taktirde birbiriyle ilgisi bulunmayan eylem ve mücbir sebebe dayanarak VUK'un 13'üncü maddesi ve 373'üncü maddesindeki korunma hükümlerinden yararlanılamaz. Örneğin; mükellef 01.01.2012-31.03.2012 tarihleri arasında ağır hastalık nedeniyle hastanede yatarak tedavi görmüş ve 01.04.2012-30.05.2012 tarihleri arasında da doktor raporuyla evinde kesin istirahat etmesi istenmiş olsun. 01.01.2012-30.05.2012 tarihleri arasındaki mükellefiyet ilişkin ödevlerini yerine getirmemiş olmaktan dolayı bu mükellefe herhangi bir cezai işlem uygulanamaz. Söz konusu mükellefin yerine getiremediği ödevlerine ilişkin süreler VUK'un 15'inci maddesi uyarınca uzar. Ancak, söz konusu mükellefin Haziran 2012 dönemine ait olup, Temmuz 2012'de vermesi gereken KDV beyannamesini süresinde vermemiş olmasını, 01.01.2012-30.05.2012 arasındaki mücbir sebep haline dayandırarak izah edemez ve yapılacak cezalı tarihyattan kurtulamaz.

3. SONUÇ

VUK'un 13'üncü maddesinde düzenlenmiş olan mücbir sebep halleri vergi mükellefleri, vergi sorumluları ve ceza muhatapları bakımından bir korunma hakkıdır. Bu öyle bir korunma hakkıdır ki, vergi mükellefine mücbir sebep halini geçerli olduğu dönemde ödevlerini yerine getirmemekten dolayı gelmesi olası cezalı işlemleri önler ve hak kayıplarını ortadan kaldırır. Ancak, "hak kaybı" denilince; Danıştay kararlarında ağırlıklı olarak mücbir sebep hallerinin sadece mükelleflerin ödevlerine yönelik olduğu; mükellef hakkı durumundaki dava açma,

uzlaşma, zamanaşımı gibi müesseselere yönelik etkisinin bulunmadığı savunulmaktadır. Bu uygulamada haksızlığa ve hukuki karar karmaşasına yol açmaktadır. Bu bakımdan, VUK'un 13'üncü maddesindeki mücbir sebeplerin mükellef haklarına yönelik de sonuçlar hükmettiğinin VUK'un 13'üncü maddesine yazılmasında yarar vardır. VUK'un 13'üncü maddesiyle ilgili yargı kararlarında bulanıklık yaratan "ödev" ve "hak" hususunun mutlaka mükellefler lehine olarak aydınlatılması ve mücbir sebep hallerinin mükellef haklarını da kapsar kılınması önemlidir.

Ayrıca, idarenin VUK 140/6'daki sürelerle yönelik olarak vergi inceleme elemanlarının mücbir sebep hallerinden (yıllık izin, mazeret izni, hastalık hali, tutukluluk vb.) kaynaklanan veya mali tatil gibi çeşitli yasal düzenlemelerden kaynaklanan ve idareyi zorunlu olarak görevini yapamaz kılan durumların söz konusu vergi inceleme sürelerini durduracağına ilişkin bir düzenlemenin mutlaka VUK 140/6'da yapılması gerekir.

KAYNAKLAR

- Gökhan Kürşat Yerlikaya, "Türk Vergi Hukukunda Mücbir Sebep Halinin Dava ve Temyiz Süresini Durdurup Durmayacağı Sorunu", Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yalova, 2012;1(1):43-56.
- Mualla ÖNCEL, Mehmet KUMRULU, Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- M. Kamil MUTLUER, Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Bigesam, "Çağcıl Hukuk Sistemlerinde ve Türkiye'de Tutuklama", www.bilgesam.org / tr / images / stories / rapor / rapor38.pdf (Erişim:13.08.2012)

Mesut Erez, “*Vergi Hukukumuzda Mücbir Sebepler Ağır Hastalık Hali*”, Maliye Konferansları I, s.2, www.iudergi.com/tr/index.php/iktisatmaliye/article/viewFile/14323/13530 (Erişim:13.08.2012).

Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 20. Bası, Ankara, 2011.

Adil Nas, “*Vergi Hukukunda Mücbir Sebepler*”, Vergi Dünyası Dergisi, 2011(30);353:103-110.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu.

Danıştay Kararları, <http://www.danistay.gov.tr/>.

**MERKEZİ VE YEREL DÜZEYDE
MECLİSİN YÜRÜTME ORGANINI
DENETİM YOLLARI ÜZERİNE BİR KARŞILAŞTIRMA
- YEREL DEMOKRATİK MODEL SORUNSALI**
A COMPARISON ON ASSEMBLY'S AUDIT PROCEDURES OF THE
EXECUTIVE BODY IN CENTRAL AND LOCAL LEVEL -PROBLEM
OF LOCAL DEMOCRATIC MODEL

Hayrettin YILDIZ*

*“Kent yalnızca yaşanılan yer değil;
bir karar yeri aynı zamanda;
herkes her an alanlarda; belediye başkanlarının,
imparatorlardan ya da papadan daha çok sözü geçiyor.
Burada kentlerin her biri birer krallık gibi...”¹*

Özet: Yönetim biliminin temel birimleri yerel yönetimlerdir. Dolayısıyla yerel yönetimlerde katılımcı demokrasi ne kadar önemliyse aynı ölçüde temsili demokrasi, meclis içi demokrasi ve mahalli idare organlarının arasındaki ilişkiler de o derece önemlidir. Bu bağlamda işbu makalede yerel düzeydeki yönetim biçimiyle bir karşılaştırma yapabilmek amacıyla öncelikle parlamento hukukunun belirlediği modern yönetim biçimleri ele alınmış, daha sonra da yerel yönetimlerin temel organlarından biri olan yerel meclisin yürütme organı üzerinde kullandığı bilgi alma ve denetim yolları incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken de ulusal meclisin hükümeti denetlemek amacıyla kullandığı denetim yolları ile de karşılaştırma yapılmaya çalışılmıştır. Ayrıca, organlar arası ilişkiye etki eden diğer yapılar da ele alınmış ve Türkiye’de yerel yönetim modeli hakkında bir tespitle bulunulmaya çalışılmıştır.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ ECO, Umberto, Gülün Adı, “İkinci Gün SABAH”, Can, 9. Baskı, 2000, s. 151, sözü geçen vecize her ne kadar tam anlamıyla konunun ana temasını yansıtmıyorsa da esasında şehrin önemli bir karar yeri olduğuna işaret etmesi bakımından dikkate şayandır. Ve evet kentlerin her biri birer krallık gibi idi, bugünse her biri küçük çapta birer devlet...

Anahtar Kelimeler: Yerel yönetim organları, Yerel demokrasi, Meclisin bilgi alma ve denetim yolları, Danıştay, Encümen

Abstract: Local authorities are the main unites of management science. Thus, the representative democracy, the democracy inside assembly and the relation between the organs are as important as the participative democracy. In this context, firstly the modern management models determined by parliamentary law are treated with the purpose of making a comparison with the management model in local level and secondly the methods of interrogation and control that are used on the executive organ by the local assembly, which is one of the basic organs of local authorities, are studied. And by doing so it's tried to compare the methods of control which are used by the national assembly to control the government. Moreover, the other unities influencing this relation are scrutinized and finally it's tried to reach a conclusion about the model of management system for local government in Turkey.

Keywords: The organs of local authorities, Local democracy, The methods of interrogation and control of Assembly, State Council, Committee

GİRİŞ

Yerel yönetimler sadece yerel düzeydeki hizmetlerin, yerel halkın bir arada yaşamalarından kaynaklanan ihtiyaçlarını karşılamak üzere faaliyet gösteren idari birimler değil aynı zamanda Alexis de Tocqueville'in belirttiği gibi halkın demokratik olgunluğunun gelişme göstermesi bakımından birer "demokrasi okulu" işlevi görürler². Dolayısıyla mahalli idarelerde temsili demokrasi, yani karar ve yürütme organlarının seçimle işbaşına gelmesi ne kadar önemliyse, aynı zamanda bu organların birbirleri ile olan ilişkileri de aynı derece de önemlidir. Meclis ihtisas komisyonlarında azınlık gruplarının temsili, yerel meclisin (il genel meclisi, belediye meclisi, büyükşehir belediye meclisi) yürütme organını kararlarıyla ve denetim araçlarıyla *periyodik* ve olağanüstü dönemlerde kontrolü, mahalli düzeyde yerel demokrasinin hayata geçirilmesi ve aynı zamanda demokratik geleneğin yerleşmesi için hayatidir.

Peki, yerel düzeyde hangi tür yönetim sistemi ile yönetiliyoruz, belediye başkanının meclise karşı sorumluluğu nedir, yürütme mi

² FAURE Bertrand, Droit des collectivités territoriales, Dalloz, 1. Baskı , 2009, s. 5

yoksa karar organı mı olduğu bir dönem tartışmalı olan *encümen'in* meclisle ve belediye başkanı ile olan ilişkisi nasıldır, meclis üyeleri komisyonlarda demokratik bir biçimde temsil edilebilmekte midirler ve son olarak meclis yürütme organını denetleyebilmek için elinde güçlü ve etkin denetim araçları bulundurmakta mıdır? Konumuz bu sorulara cevap ararken, parlamento hukukunun öngördüğü yönetim sistemleri ile de karşılaştırma yapmaya çalışarak aradaki benzerlik ve farklılıkları da ortaya koymaya çalışmak olacak.

Şunu akıldan çıkarmamak gerekir ki, yürütmenin meclis tarafından kontrol edilmediği bir yönetimde-merkezi ya da yerel-, hükmedenler başlarına buyruk hareket edecekler ve demokratik denetim araçlarının kullanılmamasından kaynaklı yozlaşmalar baş gösterecektir. Aslında bu aynı zamanda iktidarın ya da özelde yürütmenin sınırlandırılmasının da nedenlerinden biridir. Nitekim Lord Acton'ın bir mektubunda yazdığı gibi "*iktidar yozlaşmaya meyillidir ve mutlak iktidar mutlak bir şekilde yozlaştırır*"³. Buna ilaveten yönetenler kamusal kaynakları kişisel menfaatleri için kullanabilir, gücü ellerinde bulunduranlar bunu kötüye kullanabilir ya da dahası çoğunluk görüşüne sahip olanlar azınlık olanları bu güçle ezebilirler. Değerlendirmelerimiz polis ya da hazine devletinde uygulanan sorumsuz yönetenler kıstasını baz almadığına⁴, hukuk devletinin gereklerinden bir tanesi de yönetenlerin koydukları kurallara aynı yönetilenler gibi riayet etmeleri önkoşuluna bağlı olduğuna göre, bu riayet etme düzeyinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. İşler sarpa sardığında bunların yola koyulmasını iktisat teorilerinden bildiğimiz "*görünmez el*" değil hukuk kurallarıyla oluşturduğumuz denetim mekanizmasının etkin kullanımı sağlayacaktır.

1. MODERN YÖNETİM SİSTEMLERİ

Parlamento hukukunun temel konularından birini de yönetim sistemlerinin tasnifi oluşturur. Bu makalenin esas amacı bu sistemlerin ayrıntılı olarak incelenmesi olmamakla beraber, birkaç cümley-

³ TURİNAY Faruk, Dil, Hukuk ve Siyaset Bağlamında Anayasa Düşüncesi, Seçkin, Ankara 2012, s. 157

⁴ Polis devleti ya da hazine teorisi hakkında daha geniş bilgi için bakınız GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj, İstanbul 2011, s. 37-39

le de olsa ele alınmasında yarar var. Bu bağlamda devletlerin yönetim biçimlerinden bahsedildiğinde başlıca dört yönetim biçimi akla gelir. Bunlardan ilki yetkilerin güç merkezini ellerinde bulunduran seçilmişlerden oluşan meclisin meydana getirdiği “*meclis hükümeti sistemi*”dir, ki kendisi cumhuriyetin ilk yıllarında-1921 ile 1924 yılları arasında Türkiye’de aktif bir biçimde uygulanmıştır. Meclis hükümeti sisteminde, hükümet meclisin bağrından doğan bir yürütme kurulu- dur, kendi başına yetkileri yoktur ve daha ziyade meclisin kararlarını ve ona verdiği görevleri yerine getirir. Bir diğer yönetim tarzlarından “*parlamentar sistem*”de ise hükümetin konumu daha sağlamdır ve görevden alınması belirli bir oy oranının gerektirdiği zor şekli koşullara bağlanmıştır. Ülkemizde, her ne kadar 1961 Anayasası’nın ilk hali parlamenter sistemi öngörüyorsa da zamanla yürütmenin sistem içindeki ağırlığı -önce 1971’de 12 Mart muhtırası ile daha sonra da 1982 anayasasının getirdiği düzenlemelerle- daha da artırıldı. Parlamenter sistemde başbakan ve kabine yasama organına karşı sorumludurlar ve bu organın güvensizlik oyuyla görevden alınabilirler⁵. Yalnız, parlamenter sistemde yürütme organının yasama organına karşı sorumlu olmasının mantıksal paraleli, yasamanın da yürütmeye karşı sorumlu olması yani/ya da başbakanın da parlamentoyu feshederek yeni seçimlere gitme yetkisine sahip olmasıdır⁶.

“*Başkanlık sistemi*” ya da başkanlık rejimi de dikkat çekilmesi gereken yönetim biçimlerinden bir diğeridir. Günümüzde tek saf örneği⁷ Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulanan ve kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan bu modelde de yürütmeyi tek başına devlet başkanı temsil eder, ancak işlerinde başkan yardımcıları ve bakanlardan yararlanır. Başkan yardımcılarında farklı olarak, başkanın sekreterliğini yürüten bakanların meclise karşı neredeyse hiçbir sorumlulukları yoktur, siyasi sorumlulukları itibarıyla de sadece devlet başkanına karşı sorumludurlar. Başkanlık sisteminde ne devlet başkanı meclisi feshedebilir ne de meclis devlet başkanını siyasi sorumluluğunu öne sürerek görevden alabilir⁸, bunun bir nedeni de her iki organın doğrudan halk tarafından seçiliyor olmasıdır. Yönetim biçimlerinin dördüncüsü-

⁵ LIJPHART, Arend, Çağdaş Demokrasiler, Yirmi bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, Yetkin, Ankara 1996, s. 63

⁶ İbid., s. 66

⁷ Saf başkanlık sistemi için bkz. İbid., s. 63

⁸ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku 13. Bası, Beta, İstanbul 2009, s. 444

nü de “*yarı-başkanlık sistemi*” oluşturur. Tipik örneğini Fransa yönetim tarzının teşkil ettiği bu modelde bir anlamda parlamenter sistem ile yarı başkanlık sistemi kaynaştırılmıştır, zira başkanlık sisteminden farklı olarak başbakan ve bakanların meclise karşı sorumlulukları söz konusudur. Burada sistemin parlamenter olmasını engelleyen bir başka neden de devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçimle işbaşına gelmesi ve geniş yetkilerle donatılmış olmasıdır⁹.

Aslında prensip olarak yerel siyasette parlamento hukukundaki gibi belirgin bir biçimde görülebilecek düzeyde yürütme organı ile karar organı arasında özünde birbirine eş benzerlikler bulunmamaktadır. Buna ilaveten yerel alandaki demokrasi ile ulusal arenadaki demokrasi, birbirlerine benzetilebilirlerse de aralarında dayandıkları esas açısından bir takım farklılıklar vardır. Her şeyden önce ulusal demokrasi bir tür egemenlik yetkisinin ifadesini temsil ederken, yerel yönetimin esas gayesi milli egemenlik değil daha ziyade idari hizmetleri yerine getirmek ve yerel halkın lokal ihtiyaçlarını karşılamaktır¹⁰. Yerel yönetimler kendi yetkilerini kendileri belirleme yetkisinden (*compétence de déterminer sa propre compétence*) yoksun oldukları için milli egemenliği temsil etmezler. Bu nedenledir ki zaten, yerel yönetimlerin ne Anayasa ne de kanun yapma yetkileri bulunmamaktadır. Yine de yakın zamanda yapılan düzenlemelerle yasa koyucu, ulusal parlamentonun işleyişiyle yerel yönetimlerin organlarının işleyişi arasında bir takım paralellikler ve benzerlikler meydana getirmiştir. Küçük çapta da olsa yerelde de ulusal alandakine benzer bir yönetim, benzer bir seçim sistemi ve nihayetinde benzer organlar bulunmaktadır. Mahalli idareler aynı parlamentodakini anımsatır şekilde karar organı olan bir meclis ve bu meclisin verdiği kararları icradan sorumlu bir yürütmeden müteşekkildir. Yazının devamı bu iki temel organının birbirleriyle ilişkisine ve bu ilişkiye etki eden diğer müesseselere dairdir.

II. YEREL MECLİSİN YÜRÜTME ORGANI HAKKINDA BİLGİ ALMA VE YÜRÜTME ORGANINI DENETLEME YOLLARI

Son yıllarda Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde gerçekleştirilen kanun değişiklikleri ile yerelde uygulanan yönetim biçiminin dizaynı yapılırken olabildiğince parlamento hukukundan esinlenerek

⁹ İbid., s. 453

¹⁰ STEPHANE Guérard, La demokrasi locale en questions, RDP, 2004, s. 1309

bu dalda uygulanan meclis denetim araçları yereldeki sisteme de aktarılmaya çalışıldı. Konumuzun devamında bu denetim yolları da parlamento hukukundaki meclisin hükümeti denetleme yolları ile karşılaştırma yapılarak ele alınacaktır.

Açıklamalarımız daha ziyade en genel ve temel yerel yönetim mekanizması olduğu için belediye yönetimlerini baz alacak, il özel idaresi ve köy yönetimi makalenin kapsamı dışında tutulacaktır.

1. Mali Denetim Yolu/Denetim komisyonu

Yerel yönetimler kendilerine merkezi yönetim tarafından tahsis edilen yetki, görev ve sorumlulukları yerine getirmek için, ihtiyaçları doğrultusunda ihtisas komisyonları oluştururlar. Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren konularda ön hazırlık yapmak ve böylece parlamentonun çalışmasını hızlandırmak için ulusal meclis de bu tür komisyonlardan yararlanmaktadır. Mahalli yönetimlerde belirli bir nüfusu (10 000 gibi) aşan belediyelerin bünyesinde, belirli komisyonların da (plan, bütçe ve imar komisyonları gibi) kurulması zorunludur. 5393 sayılı Belediye Kanunu 25. maddesine göre denetim komisyonu, nüfusu 10 000'i aşan belediyelerde meclis üyeleri tarafından ve meclis üyeleri arasından üye sayısı üçten az ve beşten çok olmamak üzere oluşturulur.

Denetim komisyonu da diğer tüm ihtisas komisyonları gibi meclis içi demokrasiyi hayata geçirme işlevi görür. Çünkü üyelerinin seçimi yapılırken siyasi partilerin meclisteki temsil oranı dikkate alınır ve farklı siyasi fikirlerin, dolayısıyla azınlık görüşüne sahip olanların da güçleri oranında komisyonda temsil edilmeleri sağlanır.

Lakin komisyonun esas önemi denetim fonksiyonunu tam olarak yerine getirdiğinde görülür. Yönetimde şeffaflık ve *hesap verilebilirlik ilkelerinin* hayata geçirilebilmesi ve yönetimin savurganlıktan, kamu mali gücünün yönetim amaçları dışında kullanılmaması için etkili bir denetimin yapılması elzemdir. Komisyonun görevi, belediyenin bir önceki yıla ait gelir ve gider ile bunlara ilişkin hesap kayıt ve işlemlerin denetimini yapmaktır. Gerek görülmesi halinde ise komisyon bu işlevini icra ederken kamu personelinden ve ihtiyaç duyduğu diğer uzman kişilerden de yararlanabilir¹¹.

¹¹ ŞENGÜL, Ramazan, Yerel Yönetimler, Umuttepe, Kocaeli 2010, s. 90

Parlamento hukukunda denetim komisyonunun gerçekleştirdiği göreve benzer işlevi TBMM adına Sayıştay tarafından hazırlanan *kesin hesap kanunları* yerine getirir. Çünkü kesin hesap kanunları da aynı denetim komisyonunun çalışmaları sonucu hazırladığı rapor gibi bir önceki yıla ait harcamaların kontrolünü konu alır. Kesin hesap kanunları ya da denetim komisyonunun hazırladığı rapor onaylanmaları halinde -ve özellikle bu yönleriyle- ulusal düzeyde hükümetin, yerel düzeyde de yürütmenin aklanması işlevini görürler¹².

Diğer taraftan bu iki mali denetim aracı meclisten ret oyu aldıklarında da, her ikisi için yürütmenin sorumluluğuna gitme de izlenecek olan yol aşağı yukarı aynıdır. Şöyle ki, kesin hesap kanununun onaylanmaması durumunda özel bir denetim yolu öngörülmemiştir. Ama olağan denetim mekanizmaları işletilerek (gensoru, meclis soruşturması vs.) hükümetin siyasi sorumluluğuna gidilebilir veya sorumlu bakan bu yollardan biriyle görevden alınabilir¹³. Denetim komisyonunun ise en fazla 45 gün içerisinde hazırlayacağı raporu mart ayının sonuna kadar meclis başkanlığına teslim etme zorunluluğu vardır. Şayet raporda bir suç unsuruna yer verilmişse meclis başkan vekili bunu derhal yetkili mercilere bildirmekle mükelleftir. Burada da, raporun mecliste görüşülmesi ve müzakere edilmesi sonucunda meclis üyeleri belediye başkanı tarafından yapılan açıklamalardan ya da sorulan sorulara verilen cevaplardan tatmin olmazlarsa, başkanın siyasi sorumluluğu yoluna gidebilirler ve aynı parlamento hukukunun ulusal meclis için öngördüğü gibi gensoru yoluyla yürütmenin düşürülmesi sürecini başlatabilirler. Tek farkla ki meclisin kararı belediye başkanının düşürülebilmesi için tek başına yeterli olmayacak, -yazının devamında daha ayrıntılı değineceğimiz gibi- bir dizi bürokratik işlemde sonra görevden alma kararı nihai olarak Danıştay tarafından verilecektir.

2. Siyasi Denetim Yolları

Parlamento hukukunda siyasi denetim yolları meclisin bilgi alma ve denetim yollarından oluşmaktadır. Bu yollar yerelde soru, genel görüşme, faaliyet raporunun değerlendirilmesi ve gensorudur. Şimdiden belirtmek gerekir ki ulusal düzeydeki denetim araçlarından meclis araştırması ve meclis soruşturması benzeri yöntemlerin yerel düzeyde karşılığı maalesef bulunmamaktadır.

¹² GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin, Bursa 2011, s. 875

¹³ İbid., s 876

2.a. Soru

Siyasi denetim yolları meclisin bilgi alma ve denetim yollarından oluşmaktadır. Bunların başında da meclis üyelerinin yürütme organının başına ya da diğer üyelerine *yazılı veya sözlü soru* sorabilme imkânları gelmektedir. Soru aslında bir ithamı içerir, dolayısıyla soruya cevap veren bu ithamı bertaraf etmeye kendini olası suçlamalardan müberra etmeye çalışır (E. Özbudun)¹⁴. Bu sorular ulusal düzeyde bir meclis üyesinin herhangi bir konuda hükümetten ya da konuyla ilgili bakandan bilgi istemesini¹⁵, yerel düzeyde de yine bir meclis üyesinin belediyenin işleriyle ilgili belediye başkanından bilgi talep etmesini içerir¹⁶. Cevabın sözlü ya da yazılı oluşunun esas unsurunu sorunun niteliği belirler. Çünkü cevap ister yazılı ister sözlü olarak istenilsin, her halükarda soru önergesi yazılı olarak meclis başkanlığına sunulur. Belediye başkanına sorulan sorular kendisi ya da veya görevlendireceği kişi tarafından talebe göre sözlü yahut yazılı olarak cevaplandırılır.

Soru, hem merkezi yönetim hem de yerel yönetim için etkisi son derece sınırlı bir denetim yoludur. Hatta soru ile ilgili görüşme sadece soruyu soranla bu sorunun muhatabı arasında geçmekte (ki bu görüşme basit ve kısa bir diyalog şeklinde cereyan etmekte, bazen muhataba ek bir iki soru sorulabilmektedir), sorunun cevaplandırılmasını müteakip herhangi bir oylama yapılmamaktadır.

Dolayısıyla soru müessesesi bakanın, hükümetin ya da belediye başkanının siyasi sorumluluğunu tartışma konusu haline getirmemekte ilgili bakan ya da başbakanın düşmesine neden olmamaktadır. Ama bir konuda soru sorulmuş olmasının o konuda ilgili bakanın ya da başbakanın (yerelde belediye başkanının) meseleye dikkatinin çekilmesini ve uyarılmasını sağladığı da göz ardı edilmemelidir. Yapılan açıklamalardan da anlaşabileceği gibi soru konusunda yerel ile ulusal uygulama arasında büyük bir fark bulunmamaktadır.

¹⁴ İbid., 857

¹⁵ TBMM içtüzüğünün 96. Maddesine göre soru, kısa gerekçesiz ve kişisel görüş ileri sürülmeksizin kişilik ve özel yaşama ilişkin konuları içermeyecek bir önerge ile sunulmalıdır.

¹⁶ 5393 sayılı belediye kanununun 26. Maddesinin 2. Fıkrasının açık lafzına göre "Meclis üyeleri, meclis başkanlığına önerge vererek belediye işleriyle ilgili konularda sözlü veya yazılı soru sorabilir."

2.b. Genel Görüşme

Genel görüşme, parlamento hukuku için Anayasanın 98. maddesinde belirtildiği üzere “toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli bir konunun, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesi”ni, yerel yönetim hukuku içinse 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 26. maddesinin ele aldığı haliyle “belediyenin işleriyle ilgili bir konuda genel görüşme açılması”nı esas alır. Anayasa genel görüşme açılabilmesi için hükümet, siyasi parti grupları veya en az yirmi milletvekilinin başvuru önermesini şart koşarken, belediye kanunumuz yerel düzeyde bu talebin meclisin en az üçte biri oranındaki üyesiyle yerine getirilmesini öngörmektedir. Parlamentoda olduğu gibi yine yerel mecliste de genel görüşme açılmasına toplanan üyelerin salt çoğunluğuyla meclis karar verecektir. Parlamentoda gerçekleştirilen oturumda bu karar işaretle oylama yoluyla verilir.

Genel görüşmenin soru müessesesinden farkı, genel görüşmenin sadece önergeyi veren meclis üyesi ile ilgili bakan, başbakan ya da belediye başkanı arasında geçmemesi, müzakereye diğer meclis üyelerinin de katılabilmesidir. Kısacası genel görüşmede müzakere edilen konu daha geniş bir yelpazede tartışılma olanağı bulmaktadır¹⁷. Aslında bu açıdan genel görüşme diğer üyelerin de katılabildiği bir soru olarak değerlendirilebilir. Zaten bu yüzden Fransa’da genel görüşme “görüşmeli sözlü soru” (*question orale avec débat*) olarak adlandırılmaktadır¹⁸. Özbudun genel görüşmeyi etkililik derecesi açısından soru ile gensoru arasında yerleştirmektedir¹⁹. Zira genel görüşme de soru gibi sınırlı bir denetim yoludur ve sonrasında herhangi bir oylama yapılmaz. Dolayısıyla genel görüşme yolunda da doğrudan bir kabine üyesinin ya da belediye başkanının siyasi sorumluluğunu ortaya koyacak bir karar alınmaz.

Ama kontrol mekanizmalarının etkililiğini sadece teknik zorlama mekanizmaları değil, aynı zamanda ve belki de daha fazla müzakere edilen konunun önemi belirler. Üstelik burada hükümet -yerelde de belediye başkanı-, sadece bir üye tarafından değil, birden fazla üye tarafından kolektif olarak eleştirilmektedir.

¹⁷ Genel görüşme talebi birden fazla üye tarafından yapıldığına göre, zaten görüşmenin sadece bir üye ile sorunun ilgilisi arasında geçmesi bu müessesenin mantığına aykırılık teşkil ederdi.

¹⁸ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, op. cit., s 858

¹⁹ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 299

2.c. Gensoru

Parlamento hukukunda, siyasi denetim yolları arasında sadece gensoru (*interpellation*) yöntemi kabinenin ya da bir üyesinin siyasi sorumluluğuna ve görevden alınmasına neden olabilir. Yürütmenin siyasi sorumluluğu uyguladığı politikadan dolayı parlamenter yönetim sisteminde parlamentonun bakana ya da hükümete, yerel yönetim sistemlerinde de yerel meclisin belediye başkanına karşı güvenini yitirmesi ile gerçekleşir. İlk başta sadece belli bir konuda izahat istendiği için soruya ya da genel görüşmeye benzetilebilecek gensoruda esas önemli nokta bir bakanın ya da hükümetin düşürülebilmesine olanak verebilmesindedir. Ancak Özbudun ve Gözler'in de haklı olarak belirttikleri gibi hükümeti düşüren esasında gensoru değil gensoru görüşmeleri sonrasında verilen güvensizlik önergesi ve bu önergenin oylanmasının sonucudur²⁰. Gerçi meclis soruşturması yoluyla da bir bakan yüce divana sevk edilerek görevine son verilebilir, ama meclis soruşturmasında esas göze çarpan unsur cezai sorumluluk iken burada siyasi sorumluluk söz konusudur²¹. Daha önce belirttiğimiz gibi mahalli idarelerde meclis soruşturması yoluyla başkanın cezai sorumluluğuna gitme imkânı yoktur, bu sorumluluğun denetimi herkes için olduğu gibi başkan için de genel mahkemelerce yerine getirilir.

Gensoru ile ilgili hüküm Anayasa'nın 99. maddesinde düzenlenmiştir. TBMM'de bir bakan ya da hükümet hakkında gensoru önergesi verilebilmesi için, genel görüşme açma talebinde olduğu gibi bir siyasi parti grubu ya da yirmi milletvekilinin imzası gerekir. Aynı şekilde yerel mecliste de genel görüşme için öngörülen üçte birlik oran, gensoru önergesi için de korunmuştur. Yalnız yerel mecliste gensoru önergesinin gündeme alınabilmesi için 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 26. maddesinin altıncı fıkrasına göre -genel görüşmedeki gibi toplanmaların salt çoğunluğu değil- üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyu gerekir. Gündeme alma kararıyla birlikte, gensorunun görüşülme günü de belli edilir; ancak, gensorunun görüşülmesi, gündeme alma kararının verildiği tarihten başlayarak iki gün geçmedikçe yapılamaz. Parlamenter literatürde bu bekleme süresi *cooling-off period* yani *serin-*

²⁰ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, op. cit., s 867

²¹ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, op. cit., s. 301

leme süresi olarak adlandırılmaktadır²². Yerel siyasette serinleme süresi üç gün olarak öngörülmüştür. Bu tür sürelerin amacı, meclis üyelerine, yürütmenin düşürülmesine yol açabilecek derecede önemli bir konuda, etraflı bir düşünme süresi tanımak, gündemin yenilik ve sıcaklığına teslim olup ivedi kararlar verilmemesini sağlamaktır.

Parlamento hukukunda gensoru görüşmeleri sonrası verilen güvensizlik önergesi kabul edilirse hakkında güvensizlik önergesi verilen bakan ya da hükümet düşer. Ulusal mecliste güvensizlik önergesinin kabulü üye tam sayısının salt çoğunluğuyla olur ve oylama yapılırken yalnızca güvensizlik oyları sayılır. Lakin yerel siyasette öngörülen sistem bu türden otomatik bir sonuç doğurmaz. Ve dahası belediye başkanının düşürülmesi için daha ağır şekli koşullar öngörülmüştür. Öncelikle belediye meclisinde güvensizlik önergesinin kabul edilebilmesi için meclis üye tamsayısının dörtte üçünün (3/4) bu önergeyi kabul etmesi gerekmektedir. Meclis bu yüksek oranı sağlayabilirse, meclisin kararı ve görüşmeleri kapsayan tutanak, meclis başkan vekili tarafından mahallin mülkî idare amirine gönderilir. Süreç bununla da tükenmez ve mülki idari amir kendi görüşünü de ekleyerek tutanağı Danıştay'a gönderir. Danıştay yapacağı incelemeyi yaptıktan sonra belediye başkanının düşmesi ya da görevine devam etmesi hakkında nihai kararı verir.

Danıştay'ın yapacağı incelemenin kapsamı da dikkat çekilmesi gereken bir konudur. Yüksek mahkeme gensoru sonucunda yapılan oylama neticesinde meclisten çıkan düşme kararını onaylamak zorunda değildir. Peki, Danıştay sadece usule ilişkin hukuki bir denetim mi yapmalıdır yoksa aynı zamanda işin esasına girerek bir yerindelik denetimi mi gerçekleştirmelidir? Uygulamada görülmüştür ki birçok kararında Danıştay, yerindelik denetimi yapmakta, gensoruya dayanak teşkil eden savların doğruluğunu araştırmakta ve yerel meclisin iradesine aykırı kararlar verebilmektedir²³. Dolayısıyla Danıştay söz konusu tavrıyla belediye meclisinin sahip olduğu bir yetkiye müdaha-

²² İbid., 302

²³ Hiçbir belge ve kanıtı olmayan soyut savlara dayanılarak, belediye başkanının başkanlıktan düşürülemeyeceği hakkında karar; Danıştay Sekizinci Dairesi, 28 Mayıs 1986 Tarih ve E. 1986/221, K.1986/287 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 64-65

le etmiş olmaktadır²⁴. Diğer taraftan meclisin güvenini kaybetmiş bir başkanın başkanlık görevine devam etmesi beraberinde yeni sorunlar getirebilmektedir. Dörtte üç çoğunlukla reddedilen bir başkanın artık aynı meclisle yola devam etmesi zor olacaktır ama başkan da meclis gibi halk tarafından seçilmiştir ve aslında halk tarafından seçilmiş iki ayrı organın birbirini düşürememesi yönetim felsefesinin pratiğine de uygundur. Ve aslında bu yüzden başkanın düşürülmesinin önüne birden fazla siyasal, hukuki ve hatta idari zorluklar koyulmuş başkanın düşürülmesi engellenmek istenmiştir. Bu konuya yazının devamında Danıştay'ın sistem içindeki yeri değerlendirilirken tekrar değinilecektir. (Bkz. İnfra)

2.d. Yıllık Faaliyet Raporunun Değerlendirilmesi

Yıllık faaliyet raporu belediyenin geçmiş bir yıllık aktiviteleri hakkında ayrıntılı bilgilerin yer aldığı rapordur. Yerel meclisin belediye başkanını faaliyet raporu aracılığıyla kontrolü, mali ve siyasi olmak üzere iki farklı denetim boyutu içerir. Öncelikle mali açıdan bu denetim, denetim komisyonun olağan olarak her sene bir önceki yıla ait işlemlerin hesabını yaptığı olağan yıllık *mali* denetime bezemektedir, zira geriye dönük bir değerlendirme söz konusudur. İkincisi faaliyet raporunun mecliste değerlendirilmesi ve oylanması belediye başkanının *siyasi* sorumluluğuna yol açacak sonuçlar barındırmaktadır. Bu açıdan faaliyet raporunun değerlendirilmesi *gensoru* yoluna benzenmektedir. Belediyedeki güç dengeleri bakımından faaliyet raporunun oylanması gensoruya ek olarak meclisin belediye başkanı karşısındaki konumunu güçlendirmektedir.

Faaliyet raporunun oylanması için öngörülen usul ile gensoru yöntemi için izlenen usul arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Tek fark, faaliyet raporunun değerlendirilmesi olağan bir denetim yoludur, yani bunun için meclis üyelerinin bu konu hakkında talepte bulunmalarına gerek yoktur. Belediye kanununun 56. maddesine göre belediye başkanı faaliyet raporunu nisan ayı toplantısında kendiliğinden meclise sunacaktır. Kanun faaliyet raporunun 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 41. maddesine uygun hazırlanması gerektiğini öngörmektedir. Raporda ayrıca, stratejik plan ve

²⁴ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin 11. Baskı, Bursa, 2011, s. 202

performans programına göre yürütülen faaliyetler, belediyenin performans ölçütlerine göre gerçekleştirilen hedefler ve bu hedeflerde meydana gelen sapmalar ve belediyenin borç durumunu bildirir metin yer almalıdır. Kısacası faaliyet raporu yürütme organı olan belediye başkanının hedeflediği proje ve planlara ne kadar uygun davrandığını ve onları hangi derecede hayata geçirebildiğini ortaya koyar²⁵.

Faaliyet raporunun mecliste oylanması sonucunda, eğer belediye meclisi rapordan ve dolayısıyla yapılan işlerden tatmin olmamışsa üye tamsayısının dörtte üçüyle belediye başkanının yetersizliğine karar vererek başkanın görevden düşürülmesi sürecini başlatabilir. Kanunu'nun 19. maddesi gereği faaliyet raporunun oyladığı oturma meclis başkan vekili başkanlık edecektir. Hükmün amacı belediye başkanının yeterliliğinin değerlendirildiği bir oylamada, başkanın oylamadan kendisi için olumlu sonuç şekilde meclisi etkileme ihtimalini bertaraf etmektir. Oylama sonucu meclis üye tamsayısının dörtte üçü ile belediye başkanının yetersizliğine karar verilirse, gensoru metodu için öngörülen süreç işletilerek toplantıya ilişkin tutanak meclis başkan yardımcısı tarafından mahalli mülki idare amirine gönderilir. Mülki amir de kendi görüşünü ekleyerek dosyayı son kararı vermek üzere Danıştay'a gönderir. Danıştay yetersizlik kararını uygun görürse belediye başkanı başkanlıktan düşürülür.

3. YEREL İDAREYE ETKİ EDEN DİĞER YAPILAR

Özgürlük, eşitlik, etkinlik ve verimlilik kavramları yerel yönetimin ve onun tamamlayıcısı yerel demokrasinin vazgeçilmez kavramlarıdır²⁶. Fransız hukukçusu Hauriou "*modern devletlerin tek ihtiyacı sadece iyi bir yönetim değil*", aynı zamanda yerel yönetimlerin kendilerini gerektiği gibi ifade edebilecekleri yeterli düzeyde bir "*kamusal özgürlüktür*" diyerek mahalli idareler için arzulanan hürriyeti tarif etmektedir²⁷. Bu özgürlüğün gerçekleşebilmesi içinse merkezi yönetimin yerel yönetime kendini ifade etme imkân sağlayacak yeterli bir manevra

²⁵ ARIKBOĞA, Erbay, Yerel Yönetimler ve Organları: Organlar Arası İlişkilerin Üç Boyutlu Analizi, op. cit., s. 183

²⁶ ÖKMEN, Mustafa, Demokratik Yerinden Yönetim, Sivil Toplum ve Yerel Yönetimler, Yerel Siyaset Dergisi, Mart 2008, s. 21

²⁷ HAURIUO Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12. baskı (1933), Dalloz, 2002, s. 84-90

alanı sağlaması gerekir. Etkinlik ve verimliliğin gerçekleşebilmesi içinse, yerelin yönetimine etki eden tüm kurumların doğru çalışması ve çoğu zaman ortak hareket etmesine bağlıdır. Yazının devamı mahalli idarenin idaresine etki eden biri merkezde (Danıştay) diğeri yerelde (Encümen) iki kuruma daırdır.

1. Danıştay'ın Sistem İçindeki Yeri

Daha önce kısaca değindiğimiz gibi yürütme organının düşürülmesi sürecinde Danıştay'ın konumu son derece önemlidir. Milli irade, seçilmiş meclisin kararı ile yüksek yargı organının kararı arasında hangisinin öncelikli olduğuna karar verirken tercihini Danıştay'dan yana kullanmıştır. Bu konuda değerlendirme yapmak son derece zordur. Zira Danıştay hukuki bir karar verirken siyasi parametreleri de göz ardı etmemelidir, nihayetinde meclisin yürütmeyi düşürme kararı siyasi bir karardır. Dolayısıyla meclis düşürme kararı verirken farklı bir algı içerisindeyken, Danıştay olayı yargılarken farklı bir algı içerisinde. Aslında yasama organının iradesini bu şekilde beyan etmesinin nedeni yerel yöneticilere duyulan güvensizlik derecesinin tezahürüdür. Esasında parlamento meclisin bu tür bir denetimi yapacak demokratik olgunlukta olduğu kanısında olmadığı için böyle bir tercihte bulunmaktadır. Konu ile ilgili görüşlerini eserinde belirten uygulayıcılardan Vali Recep Yazıcıoğlu merkezin yerel halka olan bu güvensizliğinden bahsederken, devleti yönetecek kişileri seçen halkla yerel yöneticileri seçen halkın aynı kişilerden oluştuğunu belirtmekte ve bu güven bunalımının anlamsızlığına dikkat çekmektedir²⁸. Nihayetinde yerel halk ve yöneticilerin demokratik açıdan olgunlaşabilmeleri için, kendi başlarına yöneticilerinin siyasi kaderi hakkında karar verebilmeli ve bu kararları doğru ya da yanlış olduğunda bunun sonucuna uygun davranışları kazanmayı öğrenebilmelidirler²⁹.

Diğer yandan milli iradenin tercihi özünde birden fazla sorun barındırmaktadır. Dahası acaba belediye başkanı kendisini düşürmeye çalışan bir meclisle yola devam temek isteyecek midir (bu soruyu ters bir şekilde de sormak mümkün). Madalyonun bir yanında yargı orga-

²⁸ YAZICIOGLU, Recep, Bu Sistem Değişmeli, Birey, 5. Baskı 2000, s. 45

²⁹ Ibid., s. 44-45

nı seçilmiş bir görevliyi görevden alırken ya da alınmasına engel olurken siyasi sonuçları olacak hukuki bir karar vermekte, diğer yanında ise seçilmiş iki organdan birinin diğerinin organlık sıfatını sonlandırma iradesi ya da teşebbüsü yer almaktadır. Aslında yerel yönetimler milli egemenliğin tecessüm ettiği yerden ziyade, belli idari hizmetlerin görüldüğü ve halkın yerel ihtiyaçlarının karşılanmaya çalışıldığı yerdir. Bu nedenle merkezi idare demokratik kurumların düzenli işleyişi yerine, idari hizmetlerin yeknesaklığı ve düzenliliği ilkesine öncelik vermiş olabilir. Kısacası yerel demokrasi milli iradenin birincil kaygısı olarak gözükmemektedir. Lakin yine de bu durum yargı organı, meclis ve belediye başkanının konumunu sorgulatacak derecede bir demokrasi bunalımına işaret etmektedir. Nitekim Lijphart halkın oyuyla göreve gelen birinin halkın temsilcileri tarafından görevden alınabilmesini değerlendirirken bu durumun *“halkın iradesinden ve demokratik meşruiyetten bir sapma olarak niteleyerek”* önemli bir problematiğe işaret etmektedir³⁰. Zira seçilmiş organların birbirlerini görevden alma olasılıklarını düzenlemek açıkça demokratik meşruiyet sorunu ortaya çıkarmaktadır.

Getirilebilecek bir diğer eleştiri de belediye başkanın görevden düşürülmesine engel olunarak, meclisin denetim yetkisinin işlevsiz hale getirildiğidir³¹. Bunun bir diğer sonucu da meclisin prestijinin sarsılması ve hatta aynı meclis tarafından verilen diğer kararların da doğruluğu hakkında şüpheye düşülmesidir.

2. Sistemin Bir Diğer Çarkı Olarak Encümen'in Konumu

Konuya ilişkin açıklamalara geçmeden önce encümenin yapısı hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır. Encümen de belediye meclisi ve belediye başkanı gibi, belediyenin bir diğer organıdır. Encümen üyelerinin bir kısmı seçimle işbaşına gelmiş meclis üyelerinden oluşurken, bir diğer kısmı ise belediyenin diğer idari birimlerinden belediye başkanınca seçilen bürokratlardan oluşmaktadır. Bu bağlamda nüfusu 100.000'in altında olan belediyelerde encümen, belediye meclisinin her yıl kendi üyeleri arasından bir yıl için gizli oyla

³⁰ ARIKBOĞA, Erbay, Yerel Yönetimler ve Organları: Organlar Arası İlişkilerin Üç Boyutlu Analizi, op. cit., s 187

³¹ İbid., s. 186

seçeceği iki üye ile, malî hizmetler birim amiri ve belediye başkanının diğer birim amirleri arasından bir yıl için seçeceği bir üye olmak üzere -belediye başkanı da dahil- beş kişiden oluşur. Belediye nüfusunun 100.000'den yüksek olduğu yerlerde encümenin toplam üye sayısı yedidir. Arıkboğa'nın görüşüne göre nüfusu az yoğun olan yerlerde encümen etkin ve verimli, az yoğun olan yerlerde ise pek verim alınmayan bir organdır³².

5393 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce encümenin bir karar organı mı yoksa bir yürütme organı mı olduğu konusunda ihtilaf vardı. Hatta bugünkü kanunun aksine eski bir kararında, anayasa mahkemesi, encümeni ayrıksı yetkilerinden ötürü bir karar organı olarak tanımlamıştır³³. Zira 1580 sayılı Belediye Kanunu encümene onu doğrudan karar organı olarak nitelendirilebilecek şekilde görevler yüklemekteydi. Hatta bazı durumlarda encümen belediye meclisinin yerine geçerek onun adına kararlar alabilmekteydi³⁴. Yeni Kanun ise encümeni daha ziyade meclisin verdiği kararları uygulayan bir yürütme kuruluna dönüştürerek bu kanıyı bütünüyle değiştirdi denebilir. Gerçekten yeni kanundaki hükümlere bakıldığında Kanun'un lafzından da anlaşılabilir gibi encümene daha ziyade bir icra vazifesi verilmiştir. Bu icra vazifelerinden en önemlisi de Kanun'un 34. maddesinde sözü geçen kamulaştırma *kararının alınması ve uygulanması*dır. Evet, burada bir karar alma yetkisi verilmiştir ama encümen bu yetkiyi kullanırken dahi belediye meclisinin hazırlayıp onayladığı yıllık çalışma programına dayanmak zorundadır. Kısacası encümene tanınan yetkinin dayanağı yine seçilmiş üyelerin oluşturduğu meclisten çıkan bir karardır. Buna

³² İbid., s. 172

³³ 22.6.1988 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, Esas: 1987/18, Karar: 1988/23, R.G. Sayı: 20001; Karar 3360 sayılı il özel idaresi kanunu ile 1580 sayılı belediye kanunu döneminde verilmiştir. İl daimî encümeninin görevlerini sayarak gösteren İl Özel İdaresi Kanunu (İUVKM.)'nun 144. maddesinin incelenmesinden bu kurulun, bir görüşme, danışma, denetim, karar ve yürütme organı olduğu anlaşılır. Bir bakıma, karma kurul niteliğindedir. Ancak, *karar organı olma niteliği* ağırlık kazanmaktadır. Özellikle, yasaların doğrudan il daimî encümenince karara bağlanmasını öngördüğü konularda aldığı kararların il genel meclisinin onayına gerek göstermemesi ve il kamu tüzelkişiliğini bağlayıcı güç ve geçerlilikte olması, il daimî encümeninin daha çok bir *karar organı olduğunu* vurgulamaktadır. Bu durumda, il daimî encümeni, Anayasa'nın 127. maddesindeki anlatımla, "... kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan..." il kamu tüzelkişiliğinin "karar organları"ndan biridir.

³⁴ Bkz. 1580 sayılı Belediye Kanunu Madde 83 Ek fıkra: 05/03/1932 - 1929/1 md.

bir tür temelin üstüne inşa faaliyeti de denebilir. Aynı maddeye göre meclis stratejik plan ve kesin hesabı görüşüp bu konuda meclise *görüş bildirmek*, öngörülme-yen giderler ödeneğinin harcama yerlerini *belirlemek*, kanunlarda öngörülen cezaları *vermek*, bazı belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine *karar vermek* gibi görevlerle donatılmıştır. Görüldüğü gibi maddede geçen hükümler encümenine karar organı vasfı verebilmek için yeterli değildir. Encümenine daha ziyade meclisten çıkan kararların somutluk kazandığı ve icra edildiği bir yürütme kurulu demek daha yerinde olacaktır³⁵.

Anayasa'nın 127. maddesine göre "*Mahallî idareler, ...karar organları... kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.*" Dolayısıyla üyelerinin sadece bir kısmı seçilmişlerden oluşan encümenin eski kanundaki yetkileri Anayasa'ya aykırılık teşkil ediyordu. Nitekim yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki bir kararında Anayasa Mahkemesi bu sefer encümeni bir karar organı olarak değil, yürütme organı olarak tavsif etmektedir³⁶. Anayasa Mahkemesi bu konudaki kararını verirken encümenine yüklenen görevlerin niteliğinden yola çıkarak böyle bir sonuca varmaktadır³⁷.

Nasıl olursa olsun encümen yerel yönetim idaresinin çok önemli organlarından biridir ve önemli görevler icra etmektedir. Ve encümenin yaptığı işler doğrudan yöre halkını ilgilendirmektedir. Bu yüzden ya encümen gibi bir kurulun yöre halkını ilgilendiren konularda meclisin çok gerisinde kalması ya da yerel yönetimin işleyişine bu kadar aktif bir biçimde katılacaksa tüm üyelerinin seçilmiş temsilcilerden oluşması gerekir.

³⁵ ARIKBOĞA, Erbay, Yerel Yönetimler ve Organları: Organlar Arası İlişkilerin Üç Boyutlu Analizi, op. cit., s. 172

³⁶ 29.12.2007 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, Esas: 2005/95, Karar: 2007/5, R.G. Sayı: 26741

³⁷ Bir diğer taraftan kanun koyucu 5393 sayılı yasayı hazırlarken kanun gerekçesinde: "*Belediye encümeninde atanmış üyelerin yer alması, bu organın karar organı olmadığını göstermektedir denmektedir*". Hâlbuki bir organın karar ya da yoksa yürütme organı olmasını üyelerin seçimle ya da atamayla gelmesi belirlemez. Bir organın karar ya da yürütme organı olmasına nasıl karar verileceği ancak verilen görev ve yetkilerin niteliğinden anlaşılabilir. Ki söz konusu karar da Anayasa mahkemesi incelemesini verilen görevler üzerinden yapmaktadır. (29.12.2007 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, Esas: 2005/95, Karar: 2007/5, R.G. Sayı: 26741)

4. TÜRK YEREL YÖNETİMİNDE SİSTEM ARAYIŞI

Şunu belirtmekte yarar var, her ne kadar şehrin yönetimi bir devletin yönetiminden tarihsel olarak daha eskiye dayanıyorsa da³⁸, yerel düzeydeki kurumlar henüz ulusal düzeydeki kurumlar kadar oturmuş değildir. Dolayısıyla yereldeki yönetimden net bir biçimde başkanlık ya da parlamenter sisteme denk geliyor demek de kolay değildir³⁹. Zira yerel yönetimde organlar arasındaki ilişkiler daha karmaşıktır ve çoğu zaman çalışmaları karşılıklı kontrolden ziyade yeterli düzeyde bir işbirliği gerektirir⁴⁰. Diğer taraftan yerel yönetim ulusal yönetimden daha az önemli de değildir. Ve aslında bunun en güzel örneği Fransa'da mahalli idare meclislerinde belediye başkanı ya da yerel meclis üyelerinin aynı zamanda parlamentoda temsil ediliyor olmalarıdır. Bu anlamda ulusal siyasetçiler öneminden dolayı yerel siyasetten kopmamaktadırlar. Hatta çoğu kez ulusal siyasete geçiş için yerel siyaset bir köprü işlevi görmektedir.

Türk mahalli idarelerinde ise organlar arası güç dengesi açısından, belediye başkanının meclise karşı konumu öncelikle belediye başkanına mevzuat tarafından tevdi edilen görevler bakımından değerlendirilmelidir. Yürürlükteki son belediye kanunumuza göre belediye başkanı her şeyden önce belediye idaresinin başı ve belediye tüzel kişiliğinin temsilcisidir. Dolayısıyla bir bakıma belediye dendiğinde ilk akla gelen organ belediye başkanıdır. Belediye başkanı göreve başlarken güvenoyuna ihtiyaç duymaz, çünkü bir taraftan hükümet kurmamaktadır diğer taraftan da halk tarafından doğrudan seçilmiş bir kişinin ya da organın ayrıca güvenoyu istemesine lüzum yoktur.

Bunun dışında belediye başkanı belediyenin diğer iki organı olan belediye meclisi ve belediye encümenine de başkanlık eder, bu kurullarda konuşulacak konu olan gündemi belirler ve gerekli görmesi halinde bu iki organı da olağanüstü toplantıya çağırabilir. Bu yüzden her

³⁸ İlber Ortaylı'ya göre kendi mali kaynaklarına ve özerk bir mali yapıya sahip, tüzel kişilik sahibi yerel yönetimler ilk olarak ortaçağ Avrupası'nda 12. Yüzyılda ortaya çıkmışlardır. Bkz. Ortaylı, İlber, *Tanzimat devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri 1840-1880*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2000, s. 1

³⁹ ARIKBOĞA, Erbay, *Yerel Yönetimler ve Organları: Organlar Arası İlişkilerin Üç Boyutlu Analizi*, in *Türkiye'de Yerel Yönetimler*, Nobel, 2008, s. 159

⁴⁰ YILDIZ Hayrettin, *Les reformes de la décentralisation en France depuis 2002, "Une complexité à la française"*, Université Lumière Lyon 2, Lyon/France, mémoire de recherche non publié, 2011, s. 37

iki organ da sürekli olarak belediye başkanının etkisine açıktır. Buna ilaveten meclisin verdiği kararlar belediye başkanının incelemesinden geçip onun tarafından imzalanmak zorundadırlar. Kuşkusuz belediye başkanının toplananların salt çoğunluğuyla alınan bir meclis kararını onaylamaması durumunda, meclisin üye tamsayısının salt çoğunluğuyla kararında direnmesi halinde belediye başkanı bu kararı onamak durumundadır. Ama bu durumda dahi meclis daha yüksek bir çoğunlukla aynı kararı vermek zorunda olduğu için, belediye başkanının vetosu *ağırlıklı veto* olmakta ve yine belediye başkanının konumu daha da güçlenmektedir. Ayrıca belediye başkanı, stratejik planı, bütçeyi, belediyenin ve belediye personelinin performans ölçütlerini hazırlar, belediyenin taşınmaz mallarını gelir ve giderlerini idare eder, bütçeyi uygulayıp belediye personelini atar ve böylece belediye teşkilatını sevk ve idare eder. Kısacası belediye başkanı, içinde bulunduğu teşkilatın hiyerarşik lideridir, direktifler verir, yönlendirir, uygular. Görüldüğü gibi belediye de yüklendiği görevler bakımından belediye başkanı son derece güçlüdür.

Belediyelerin ilk amacı her ne kadar ilk eden belediye sakinlerinin hizmet ihtiyaçlarını karşılamak olsa da, yerel yönetim siyasetten uzak değildir. Tüm seçilmişler gibi yerel yöneticiler de siyasetçiler ve üyesi oldukları partinin yönlendirmesine açıktırlar. Özellikle Türkiye’de bu son derece belirgindir. Dikkat çekmeye çalıştığımız belediyenin partizanca uygulamalara malzeme edilmesi değil daha ziyade belli bir partinin üyesi olan belediye başkanının, mecliste kendi siyasi görüşünden ya da partisinden üyeler çoğunlukta bulduklarında belediye başkanının elinin güçlendiğidir.

Aslında Türkiye’de belediyelerde uygulanan yerel yönetim sistemi kâğıt üstünde parlamenter sistemi andırmaktadır, zira belediye meclisinin yukarıda anlatıldığı şekilde koşulları zor da olsa belediye başkanını düşürebilme (esasında buna karar veren yerel meclis değil Danıştay olsa da) imkânı vardır. Ama yukarıda da açıkladığımız nedenlerle belediye başkanının gücü yereldeki sistemi fiili bir başkanlık rejimine dönüştürmektedir. Arıkboğa’ya göre de Türk yerel yönetiminde *meclis-başkan modeli* ve bu model içinde de *güçlü başkan modeli* uygulanmaktadır⁴¹. Yerelde sistem arayışı, sadece bizi değil idari sis-

⁴¹ İbid., s. 164

temini kodifiye ettiğimiz Fransa'da da sürmektedir. Bu ülkedeki yerel yönetim birimlerinin organları seçildikten itibaren birbirlerinden bağımsız oldukları ve birbirlerini feshedemedikleri için, hâkim yerel politik sistem yine parlamenter sistem değil, başkanlık sistemidir⁴². Ve Türkiye'den farklı olarak Fransa'da belediye başkanını halk değil meclis kendi içinden seçmektedir.

SONUÇ

Peki, yerelde benimsenen bu politik rejim demokratik midir, işte bu tartışmalıdır. Yaygın kaniya göre, yayılan demokrasi dalgasının devam edebilmesi ve demokrasinin kuramlaşabilmesi için yerel demokrasiye dönüştürülmesi ve aynı ölçüde güçlendirilmesi gerekmektedir⁴³. Öncelikle belediye başkanının etrafında *kabine* olarak nitelenebilecek bir kurul bulunmamaktadır. Belediye başkan vekilleri bir yerel hükümet (*local gouvernement*) oluşturmamaktadırlar ve bunların meclise karşı sorumluluklarından söz edilemez. Buna karşın üyelerinin bir kısmı seçimle değil atamayla gelen encümen diye bir yürütme kurulu bulunmaktadır. Ama yasal açıdan, ne belediye meclisinin içinden ne de atamayla bu kurula gelen üyelerin meclise karşı bir sorumlulukları bulunmamaktadır. Dolayısıyla yerel yönetim sistemimizin elden geçirilmeye ihtiyacı vardır. Yerel yönetim hukuku her ne kadar kısa zaman önce mevzuat değişikliğine uğramışsa da, kurumları tam olarak oturmadığı ve antidemokratik uygulamaları sürdürdüğü sürece yeni yasal düzenlemelere gebe zorundadır.

⁴² CHAPUS René, Droit administratif Général Tome 1, Montchrestien, 15^e Ed., 2001, s. 288

⁴³ AYKAÇ, Burhan, Türkiye'de Kamu Yönetiminin Küçültülmesi, Yerel Yönetimler ve Yerel Demokrasinin Açmazları, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.1, 1999, s. 2

KAYNAKLAR

- AYKAÇ, Burhan, Türkiye’de Kamu Yönetiminin Küçültülmesi, Yerel Yönetimler ve Yerel Demokrasinin Açmazları, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.1, 1999
- ARIKBOĞA, Erbay, Yerel Yönetimler ve Organları: Organlar Arası İlişkilerin Üç Boyutlu Analizi, *in Türkiye’de Yerel Yönetimler*, Recep Bozlağan, Yüksel Demirkaya (ed.), Nobel, 2008
- CHAPUS René, Droit administratif Général Tome 1, Montchrestien, 15^e Ed., 2001
- ECO, Umberto, Gülün Adi, *İkinci Gün SABAH*, Can, 9. Baskı, İstanbul 2000
- Danıştay Sekizinci Dairesi, 28 Mayıs 1986 Tarih ve E. 1986/221, K.1986/287 Sayılı Karar, *Danıştay Dergisi*, Sayı 64-65
- FAURE Bertrand, Droit des collectivités territoriales, Dalloz, 1. Baskı, 2009
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin, Bursa 2011
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin 11. Baskı, Bursa, 2011
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj, İstanbul 2011
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12. baskı (1933), Dalloz, 2002
- LIJPHART, Arend, Çağdaş Demokrasiler, Yirmi bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, Yetkin, Ankara 1996, s. 63
- ŞENGÜL, Ramazan, Yerel Yönetimler, Umuttepe, Kocaeli 2010
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku Beta, 13. Bası, İstanbul 2009
- TURİNAY Faruk, Dil, Hukuk ve Siyaset Bağlamında Anayasa Düşüncesi, Seçkin, Ankara 2012

ÖKMEN, Mustafa, Demokratik Yerinden Yönetim, Sivil Toplum ve Yerel Yönetimler, Yerel Siyaset Dergisi, Mart 2008

ÖZBUDUN, Erdoğan, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, 8. Baskı, Ankara 2005

YAZICIOGLU, Recep, Bu Sistem Değişmeli, Birey, 5. Baskı, 2000

YILDIZ Hayrettin, Les reformes de la décentralisation en France depuis 2002, *“Une complexité à la française”*, Lyon/France, mémoire de recherche non publié, 2011

TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN 40'INCI MADDESİ KAPSAMINDA CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUKÎ SONUÇLARI

TRANSSEXUALISM AND ITS LEGAL RESULTS WITHIN THE SCOPE OF TURKISH CIVIL CODE ARTICLE 40

Gamze TURAN BAŞARA*

Özet: Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenleme ilk defa, 1988 yılında, Türk Kanunu Medenî'si'nin 29'ncü maddesine eklenen bir fıkra ile yapılmıştır. Ancak söz konusu düzenleme, cinsiyet değişikliğinin şartları ve sonuçları bakımından oldukça yetersiz olduğundan, birçok tartışmayı beraberinde getirmişti. Kanun koyucu, konuya ilişkin tartışmaları göz önünde bulundurarak, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde cinsiyet değişikliğine ilişkin daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 40/1'inci maddesine göre, cinsiyet değiştirmek isteyen kişi, ameliyat öncesinde mahkemeye başvurarak cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etmelidir. Bu iznin verilebilmesi için, izin talebiyle mahkemeye başvuran kişinin, onsekiz yaşını tamamlamış olması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şartı öngörülmüştür. Mahkemeden alınan izne dayanılarak, amaç ve tıbbî yöntemlere uygun olarak bir cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin, resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanması halinde mahkeme nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verir. Bu kararla birilikte cinsiyet değişikliği nüfus siciline işlenir.

Cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline yansıtılması halinde özellikle şahsın hukuku ve aile hukuku alanında bir takım hukukî sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu çalışmanın kapsamında cinsiyet değişikliği için kanunda öngörülmüş olan şartlar tek tek ele alındıktan sonra, cinsiyet değişikliğinin meydana getireceği sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet değişikliği, nüfus sicili, transseksüalite

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Abstract: Arrangement on gender reassignment in Turkish Law realized firstly in 1988 by a clause added to article 29 of Turkish Civil Code. However since the arrangement in question is quite insufficient for conditions and result of gender reassignment; it has accompanied many arguments. By considering the arguments on the matter lawmaker included a more detailed arrangement on gender reassignment in Article 40 of Turkish Civil Code No. 4721 entered into force in 2002.

According to Article 40/I of Turkish Civil Code; the person wishing gender reassignment should request permission for gender reassignment by applying to court before surgery. For giving this permission; it is stipulated for the person applying to the court for request of permission to finish the age of eighteen and not to be married; furthermore to certificate being in transsexual nature; necessity from the aspect of mental health and being deprived of reproductive abilities through an official medical board report to be taken from a training & education hospital. The court decides to make necessary amendment in civil registry in the case realization of the gender reassignment surgery in compliance with the purpose and medical methods based on the permission taken from the court is verified through an official medical board report. By this decision; gender reassignment is recorded to the civil registry.

In the case gender reassignment is reflected to civil registry; some legal results shall occur especially in personal law and family law of the person. In the scope of this study; the results originated from gender reassignment were reviewed after the stipulations prescribed in the law for gender reassignment are discussed one by one.

Keywords: Gender reassignment, civil registry, transsexuality,

I. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ

A) Genel Olarak

Cinsiyet değişikliğini incelemeye geçmeden önce kısaca cinsiyet kavramı üzerinde durmak gerekir. Cinsiyet, biyolojik, fizyolojik, hormonal yönlerinin yanında, psikolojik ve sosyal yönleri de olan içgüdüdür. Bu itibarla, cinsiyeti belirleyen sadece fiziki yapı değil, aynı zamanda ruhî yapıdır.¹ Neuchatel Kanton Mahkemesi, 1945 yılında

¹ TEKİN, Nurullah, "Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameli-

vermiş olduğu bir kararında ruhun cinsiyet tayinindeki rolünü şu şekilde ifade etmiştir: “Kişinin cinsiyetini belli eden sadece bedeni değil, aynı zamanda ruhudur. Beden ve ruh arasında çatışma çıktığında, bunlardan hangisinin üstün durumda bulunduğunu ve kişiyi erkek veya kadın olarak belirlediğini araştırmak gerekir.”²

Cinsiyet değiştirme hukukî sonuçları olan bir kavram olmasının yanı sıra, tıbbî bir kavramdır. Cinsiyet değiştirme isteğinin bir hastalık olup olmadığı, hastalık ise psikiyatrik veya fizyonomik bir hastalık sayılıp sayılmayacağı ve tedavisinin mümkün olup olmadığı, cinsiyet değiştirme yolundaki tıbbî müdahalenin tek ve nihai tedavi yöntemi olup olmadığı, tıbbî açıdan cevaplandırılması gereken sorulardır.³

Cinsiyet değişikliği operasyonları, transseksüel yapıda olanlara uygulanan bir tür plastik cerrahi operasyondur. Bu anlamda, cinsiyet değişikliği operasyonları, kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkına ilişkin müdahalenin bir türünü oluşturur. Ancak bu türden müdahaleler, ahlâk ve adaba aykırı bulunmayan, müdahaleye maruz kalacak olanın rızasıyla gerçekleştirilen ve kişinin sağlığını kazanması, hastalığının veya sakatlığının giderilmesi amacı taşıyan tıbbî operasyonlardır.⁴

B) Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Yasal Düzenlemelerin Gelişimi

Türk Hukuku’nda cinsiyet değişikliğine ilişkin ilk düzenleme, 1988 yılında, Türk Kanunu Medenîsi’nin 29’ncü maddesine, 3444 sayılı Kanun’la eklenen bir fıkra ile gerçekleştirilmiştir. 3444 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin herhangi bir açık düzenleme mevcut değildi. Cinsiyet değişikliği meselesi, ilk defa, yurt dışında cinsiyet değişikliği ameliyatı ge-

yatının Hukukî Açından Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sy. 39, 2009, s. 98; GÜLMÜŞ, Ömer, Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarındaki Hukukî Sorunlar (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 10.

² Naklen, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltmesi İçin Dava Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre, İsveç Hukukları İle Mukayeseli), İstanbul, 1986, s. 50.

³ GÜVEN, Kudret, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, GÜHFD, C. 1, Sy. 1, 1997, s. 44.

⁴ TEKİN, s. 100-101.

çirmiş olan bir ses sanatçısının⁵, bu değişikliği nüfus siciline yansıtmak istemesi nedeniyle açtığı davaların Yargıtay'ın önüne gelmesi ve Yargıtay'ın bu hususta görüşünü açıklamasıyla öğretide tartışma konusu olmuştur. Yargıtay, 3444 sayılı Kanun'la eski Medenî Kanun'da yapılan değişiklikten önce, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren kişilerin nüfus kayıtlarının yeni cinsiyetlerine uygun olacak şekilde değiştirilmesi taleplerini, mevcut yasal düzenlemelerin iradî şekilde cinsiyet değişikliğine izin vermediği gerekçesiyle, reddetmekteydi. Yargıtay hermafroditler (çift cinsiyetli olanlar) dışındaki kişilerin cinsiyet değiştirmelerini asla kabul edilemez buluyordu.⁶

Kanunkoyucu, uygulamada ve öğretide mevcut olan tartışmaları dikkate alarak, 1988 yılında transseksüellerin durumunu düzenlemeye yönelik bir adım atmıştır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 29'uncu maddesine eklenen bir fıkra ile, cinsiyet değişikliği ameliyatlarının asgarî sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi halinde, mahkemenin, nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına hükmetmesi kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, bu konuda açılacak davalarda, cinsiyet değiştiren kişi evliyse, eşine de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme varsa ortak çocukların velâyetinin kime verileceğini de tayin eder. Cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evlilik kendiliğinden son bulur. Medenî Kanun'da yapılan bu değişiklik, transseksüellerin şahsî hal sicillerinin değiştirilebilmesine hukuken imkân tanınmış olmakla birlikte, cinsiyet değiştirme ameliyatının şartlarını ve esaslarını belirleme bakımından yetersiz ve bir takım sakıncaları bertaraf etmekten uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷

⁵ Bülent Ersoy Davası. Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı -Transseksüellerin Hukukî Durumu-", AHFD., C. 43, Sy. 1-4, 1993, s. 229 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 41 vd.

⁶ Y. 2. HD., 27.03.1986 T., 651 E., 3256 K. (WILL/ÖZTAN, s. 230); 21.01.1982 T., 8911 E., 259 K. (YKD. 1982, Sy. 3, s. 323 vd.).

⁷ 743 sayılı TKM'nin 29/II'nci maddesi hakkındaki değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. WILL/ÖZTAN, s. 238 vd.; GÜVEN, s. 57 vd.; ZEVKLİLER, Aydın, "Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", TBBD., Sy. 2, 1988, s. 259 vd.; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 11. B., İstanbul, 2011, s. 114 vd.; SAĞLAM, İpek, "Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", AÜEHFD., C. VIII, Sy. 3-4, 2004, s. 456 vd.; TEKİN, s. 105-106; ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, Medenî Hukuk, 6. B., Ankara, 2000, s. 868 vd.; AKINTÜRK, Turgut, Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, 11. B., İstanbul, 2008, s. 199-200; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN,

Cinsiyet değişikliğine ilişkin eski Medenî Kanun'da yer alan hüküm, önemli surette değişikliğe uğrayarak, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; *"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."*

Hükümden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu öğretideki eleştirileri dikkate alarak, ilgili maddede cinsiyet değiştirme ameliyatının ön şartlarının ve ameliyat sonrasında nüfus siciline bu değişikliğin işlenmesinin şartlarını ayrı ayrı düzenlemiştir. Yeni Medenî Kanun'un 40'inci maddesinde yer alan düzenleme bu yönüyle Eski Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesine göre çok daha ayrıntılı ve hukuksal açıdan çok daha yeterlidir.

Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde yapılan düzenlemeyle birlikte, cinsiyet değişikliği⁸ ameliyatının nüfus siciline işlenebilmesi için, iki aşamanın geçilmesi gerekir. Bunlardan ilki ameliyat öncesi, ikincisi ameliyat sonrasıdır. Cinsiyet değişikliği ameliyatlarını denetim altına almak, bu tür ameliyatların kişinin isteğine bağlı olarak gelişigüzel, denetimsiz bir şekilde yapılmasını önlemek amacıyla, ameliyat öncesinde mahkemeden izin alınması öngörülmüştür.

Kanun koyucunun, cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için gerekli olan şartları düzenlerken büyük oranda Alman *"Transseksüeller Kanunu"*⁹ esas aldığı söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Al-

Rona, Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s. 97 vd.

⁸ Hatemi, burada bir değiştirme değil, düzeltme söz konusu olduğu gerekçesiyle maddede yeralan "cinsiyet değiştirme" ifadesini eleştirmiştir (HATEMİ, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku Kısa Ders Kitabı, İstanbul, 2005, s. 79).

⁹ Das Transsexuellengesetz.

man Transseksüeller Kanunu'nda, Türk Medenî Kanunu'nda olduğu gibi iki aşamalı bir düzenleme söz konusu değildir. Yani cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmek için mahkemeden önceden izin alınması gerektiğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Transseksüeller Kanunu'nun 8'inci paragrafı uyarınca, kendisinde karşı cinse ait olduğu şeklinde bir inanç gelişen ve bu inancına uygun olarak en az üç yıldan beri kendini bu şekilde yaşamaya yönelten bir iç baskı altında bulunan, başka bir ifade ile en az üç yıldan beri transseksüel yapıda olan kişinin, 1- Alman vatandaşı veya federal sınırlar içinde oturan bir vatansız ya da bir göçmen olması; 2- Üreme yeteneğinden sürekli bir biçimde yoksun olması; 3- Dışa yönelik cinsiyet özelliklerini değiştiren bir operasyon geçirmesi ve bu şekilde karşı cinsin görünüşüne yaklaşmış olması halinde, mahkeme tarafından diğer cinse ait olduğu tespit edilir ve böylece cinsiyet değişikliği hukuken kabul edilmiş olur.¹⁰

C. Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği

1) Cinsiyet Değişikliğinin Şartları

a) Mahkemeye İzin İçin Başvurma

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesi uyarınca, cinsiyet değişikliği ameliyatı yaptırılabilmesi için, öncelikle mahkemenin cinsiyet değişikliğine izin vermiş olması gerekir. Cinsiyet değişikliği ameliyatı yaptırmak amacıyla mahkemeye başvuran kişinin, onsekiz yaşını doldurmuş olma ve evli olmamanın yanında, transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmenin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğuna ve üreme yeteneğinden sürekli yoksun olduğuna dair bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınmış resmî nitelikte sağlık raporunu ibraz etmiş olması gerekir.

Cinsiyet değişikliğinin zorunlu tedavi amaçlı olduğunu belgeleyen bir eğitim ve araştırma hastanesince verilecek sağlık kurulu raporu cinsiyet değişikliğine onay verecek hâkim açısından oldukça önemlidir. Hâkim bu rapordan hareketle, izin verdiği takdirde gerçekleşecek olan cinsiyet değişikliği ameliyatının hasta için tamamen iyileştirici

¹⁰ Alman Transseksüeller Kanunu'nun ilk kabul edildiği halinde mahkemeye başvuran kişinin evli olmaması şartı öngörülmüşken, daha sonra bu şart kaldırılmıştır.

nitelikte sonuç doğuracağına, bu talebin geçici bir heves olmadığına, başvuran için tek ve nihaî tedavinin ameliyat olduğuna kanaat getirmelidir. Bu husus, sadece hukuk alanını değil, belki de daha yoğun olarak tıp alanını ilgilendirdiğinden, hâkimin yalnızca hukuk bilgisiy-le bir sonuca varmasını beklemek imkânsızdır.¹¹

b) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Onsekiz Yaşını Tamamlamış Olması

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesi uyarınca, cinsiyet değişikliği ameliyatı için mahkemeye başvuran kişinin onsekiz yaşını tamamlamış olması gerekir.¹² Eski düzenlemede bulunmayan bu şartın yeni düzenlemede yer alması isabetli olmuştur. Zira, ergenlik dönemi kişinin cinsel kimliğinin tam olarak oturduğu dönemdir.¹³ Diğer taraftan, geri dönülmez sonuçlar doğuran bir ameliyat olan cinsiyet değişikliği konusunda sağlıklı karar verebilmek için de, onsekiz yaşın tamamlanmış olması şartının öngörülmesi yerinde olmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, gecikmesi halinde telâfisi imkânsız sonuçlar doğacaksa, bu durumda uzman görüşü almak suretiyle ve mahkeme kararı ile istisnaî olarak, onsekiz yaşın tamamlanmasından önce de cinsiyet değişikliğine izin verilebilmelidir.¹⁴

¹¹ SAĞLAM, s. 463.

¹² *Akıpek/Akıntürk*'ün belirttiği üzere, cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için mahkemeye başvuran kişinin normal yoldan erginliğe erişmiş olması gerekir. Mahkeme kararıyla veya evlenme dolayısıyla erginlik kazananlar bu haktan yararlanamayacaklardır. Zira, 40'inci maddede açıkça onsekiz yaşın doldurulmuş olması gerektiği düzenlenmiştir (AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, Türk Medenî Hukuku, C. I Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 6. B., İstanbul, 2007, s. 493).

¹³ SAĞLAM, s. 459. Transseksüeller için aranan onsekiz yaşını doldurmuş olma şartının, biyolojik olarak erkek ve dişi cinsiyet özelliklerini birlikte bulandıran hermafroditler (çift cinsiyetliler) açısından aranması bir takım sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Çünkü hermafroditizm tanısı henüz ergenliğe ulaşmadan konulabilir. Bu itibarla, hermafroditlerin transseksüellerle birlikte 40'inci madde kapsamında değerlendirilmesi, bu kişilerin cinsiyet değiştirmek için onsekiz yaşına kadar beklemeleri ve onsekiz yaşını tamamladıktan sonra hâkimin izniyle cinsiyet değişikliği operasyonun gerçekleştirilmesi sonucunu doğurur ki, bu durum hermafroditler açısından telâfisi güç sonuçlar doğurabilecektir (KAYA, Murat, "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", Mecmua, Ankara, 2008, s. 63).

¹⁴ TEKİN, s. 108; KAYA, s. 73; ATAMER, Yeşim, "Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu", <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14 . 09. 2012). Will/Öztan, eski kanunda cinsiyet değişikliği için asgari yaş şartının kabul edilmesini gerektiğini belirtmişlerdir (WILL/ÖZTAN, s. 248).

Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde ayrıca belirtilmemiş olsa da, mahkemeye izin için başvuran kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği açıktır. Zira, başvuru bir irade açıklaması olduğuna göre, her irade açıklaması için aranan ayırt etme gücüne sahip olma şartının burada da bulunması gerektiğine şüphe yoktur. Diğer taraftan mahkemenin vereceği karar, kişinin cinsiyet değişikliği için gerekli ameliyatın yapılmasına ve böylece biyolojik ve hukukî statüsünün değişmesine yol açmaktadır. Kararın bu yöndeki etkisi dikkate alındığında, başvuran kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasını gerekli kılmaktadır.¹⁵

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus, sınırlı ehliyetsizlerin, cinsiyet değişikliğine izin için mahkemeye başvuruda bulunup bulunamayacaklarıdır. Onsekiz yaşını tamamlamamış sınırlı ehliyetsizin mahkemeye başvuramayacağı açıktır. Ayırt etme gücüne sahip, ergin kısıtlılara gelince; Dural/Öğüz'ün isabetli olarak belirttiği üzere, burada Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/I'inci maddesinde¹⁶ öngörülen kuraldan ayrılarak, ameliyat için kısıtlının bizzat başvurusunun yeterli olduğunu ve yasal temsilcinin iznine ihtiyaç olmadığını kabul etmek gerekir. Çünkü burada, diğer tıbbi müdahalelerden farklı bir durum söz konusudur. Kişi fiil ehliyeti yönünden sınırlandırılmış olsa bile, kendi cinsiyetine ancak kendisi karar verebilir.¹⁷

c) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Evli Olmaması

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesinde öngörülen diğer bir şart, cinsiyet değiştirme ameliyatı için mahkeme iznine başvuran kişinin evli olmamasıdır. Burada evli olmama, daha önceden hiç evlenmemiş olma anlamına gelmez. Cinsiyet değişikliği operasyonu ge-

*Güven'*e göre ise, transseksüalizm teşhisinin konulabilmesi için aranan şartlardan birisinin de kişinin ergenlik dönemine girmiş bulunması olduğundan, ergenlik dönemine girilmiş olması şartıyla bir yaş sınırı koymaya gerek yoktur (GÜVEN, s. 61).

¹⁵ SAĞLAM, s. 460; DURAL/ÖĞÜZ, s. 118; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 493; TEKİN, s. 108; GÜVEN, s. 62.

¹⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/I'inci maddesinde yer alan düzenlemeye göre; "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz."

¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 118.

çirmek isteyen kişinin, başvuru tarihinden önce evli olması, hatta bu evliliğinden çocuk sahibi olması, izin için mahkemeye başvurmasına engel değildir.

Eski Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesi evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerine imkân vermektedir. Bu maddede mahkemenin cinsiyet değişikliğini kabul eden kararının kesinleşmesi üzerine evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği yönünde bir hükme yer verilmiş olması sebebiyle yerinde bir düzenleme olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁸ Kanunkoyucu öğretide ileri sürülen eleştirileri dikkate alarak, Yeni Medenî Kanun'un 40'ıncı maddesinde ancak evli olmayanların cinsiyet değiştirebileceklerini hüküm altına almıştır. Maddede evli olmama şartına yer verilmiş olmasının sebebi gerekçede şu şekilde açıklanmıştır: *"Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul, kişinin, bir yandan evliliğini sürdürmesi öte yandan da bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlâki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur."*

Gereğinden anlaşıldığı üzere, evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerinin yasaklanması yoluyla, evlilik birliğinin korunması, aile içi huzurun sağlanması ve bu değişikliğin ortak yaşam devam ederken yapılmasının, çocuklar üzerinde meydana getireceği olumsuz etkilerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu açıdan 40/I'inci maddede izin için başvuran kişinin evli olmaması şartının öngörülmesi isabetli olmuştur.¹⁹

¹⁸ İlgili hüküm, evliliğin ancak hâkim kararıyla sona erebileceği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca evlilik birliğinin korunması ilkesini zedeleyecek şekilde, hem evli kişilerin cinsiyet değiştirmesine imkân tanınmış, hem bu değişikliğin nüfusa tesciline yönelik mahkeme kararının kesinleşmesiyle evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Bu hükmün değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. WILL/ÖZTAN, s. 253 vd.; ZEVKLİLER, s. 261 vd., 281-282; ZEVKLİLER,/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 868 vd.; DURAL/ÖGÜZ, s. 114 vd.; AKINTÜRK, s. 199-200; HATEMİ/SEROZAN, s. 98 vd.

Güven, yaygın kabulden farklı olarak, 29/II'nci maddesinin yerinde bir düzenleme olduğunu kabul etmektedir. Yazar'a göre ilgili madde, tıbbın ortaya koyduğu verilere uygun düşmektedir. Çünkü cinsel kimlik bozukluklarının hangi yaşta ortaya çıkacağı belli olmadığından, evlilikten sonra gelişmesi de muhtemeldir. Transseksüel genel olarak, fiziken normal olduğundan, çocuk sahibi olması da imkânsız değildir. Bu nedenle evlenmiş, hatta çocuk sahibi olmuş olmasına rağmen, diğer şartlar varsa, transseksüelin cinsiyet değiştirmesinin önüne geçilmelidir (GÜVEN, s. 64).

¹⁹ SAĞLAM, s. 461; AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 493; AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004, s. 150.

Öğretide, bir kısım yazar söz konusu maddede öngörülen evli olmama şartını yerinde bulmamaktadır. Çünkü bu hükümlerle kişiye önce evliliğini sona erdirmeye, daha sonra cinsiyetini değiştirme seçeneği sunulmaktadır. Böyle bir süreç tıbben hasta kabul edilen kişiyi daha çok sıkıntıya sokacaktır. Bu sebeple evli kişilere de dava açma hakkı tanınmasının ve şayet cinsiyet değişikliği fiilen gerçekleşebilirse, kişisel durum sicilinin düzeltilmesi sırasında evliliğin iptaline de karar verilmesinin daha yerinde bir çözüm olacağı ileri sürülmektedir.²⁰

d) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Transseksüel Yapıda Olması

Türk Medenî Kanunu'nun 40/1'inci maddesine göre, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak isteyen kişinin transseksüel yapıda olması gerekir. Bunun anlamı, kişinin doğuştan sahip olduğu anatomik cinsiyeti ile ilgili olarak sürekli bir rahatsızlık duyması, çatışma halinde olması ve bunun kendisine uygun olmadığı duygusu içinde olmasıdır. Ruhsal yapı itibarıyla kendilerinde karşı cinsin özelliklerinin bulunduğu yolunda psikoseksüel bozukluklar içinde olan transseksüellere cinsiyet değiştirme imkânının sağlanması yerinde olmuştur.²¹

Söz konusu maddede ayrıca, cinsiyet değişikliği ameliyatının ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunun resmî sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerektiği öngörülmüştür. Bundan anlaşılması gereken, yapılan her türlü hormonal ve biyolojik tedavi sonuçsuz kaldığından, cinsiyet değişikliği ameliyatının nihaî ve tek çözüm olması ve bu tedavinin uygulanmaması halinde hastanın hayatı boyunca ıstırap çekecek olması gerekir.²²

²⁰ TEKİN, s. 108; BAFRA, Jale, "Türkiye'de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbî ve Hukukî Sorunlar", Adli Tıp Dergisi, C. 1, 2004, s. 52.

²¹ TEKİN, s. 108; ÖZTÜREL, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafroditizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", AÜHFĐ., C. 37, Sy. 1-4, 1980, s. 461; DURAL/ÖĞÜZ, s. 116-117; AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 494; GÜVEN, s. 49, 60; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 16; SAĞLAM, s. 465; ZEVLİLER, s. 270.

*Hatemi'*ye göre, cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için mahkemeye başvuran kişinin transseksüel yapıda olması değil, hermafrodit (çift cinsiyetli) yapıda olması aranmalıydı (HATEMİ, s. 79).

²² GÜVEN, s. 48; TEKİN, s. 109. *Dural/Öğüz'*ün belirttiği üzere, cinsiyet değişikliğinin tedavi amaçlı olması karşısında, transseksüel veya hermafrodit yapıda olanlar dışında, travesti ve eşcinseller yönünden böyle bir ameliyatın tedavi amaçlı olduğu söylenemez (DURAL/ÖĞÜZ, s. 116). Çünkü eşcinsellerin kendi kendileri ile psikolojik savaş içinde olmaları söz konusu değildir. Onlar içinde buldukları

e) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Üreme Yeteneğinden Sürekli Biçimde Yoksun Olması

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesine göre, cinsiyet değişikliği ameliyatı için mahkemeden izin almak isteyen kişinin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olması gerekir. Aksi takdirde, nüfustaki kaydı erkek olarak değiştirilmiş bir kişinin iç genital organlarının bırakılması halinde çocuk doğurması gibi ters bir sonuçla karşılaşılabilir.²³

Ancak burada üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma şartının henüz cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmeden, mahkemeden izin alınması aşamasında aranması maddenin uygulama alanını oldukça sınırlamıştır. Maddenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında sadece biyolojik olarak üreme yeteneğine sahip olmayan veya hermafroditler (çift cinsiyetliler) tedavi amaçlı ameliyat geçirip cinsiyet değiştirebileceklerdir. Anatomik cinsiyeti belirgin olup, ruhsal bakımdan kendisini karşı cinse ait sayan transseksüeller, doğuştan üreme yeteneğine sahip olmayabilecekleri gibi, sahip de olabilirler. Başka bir ifadeyle, kişi doğuştan hiçbir fizyonomik üreme engeli olmasa da, transseksüel yapıda olabilir.²⁴ Şu halde, cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olma şartını aramak, üreme yeteneğine sahip olmasına rağmen transseksüel yapıda olanları bu tedaviden yoksun bırakmak sonucunu doğuracaktır. Mahkeme, üreme yeteneğinden yoksun olma halini doğuştan itibaren aramayıp, izin için başvurulduğu tarihte üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmanın yeterli olduğunu kabul etse dahi, bu defa üreme yeteneğine sahip olan

bedene karşı bir nefret duymazlar. Başka bir ifadeyle, cinsiyetleri ile bir çatışma halinde değildirler. Onlar sadece karşı cinsten olan bir kimse ile değil, kendi cinsiyetinden olanlarla cinsi münasebeti tercih ederler (DURAL/ÖĞÜZ, s. 116; KOCAYUSFPAŞAOĞLU, s. 18; TEKİN, s. 99). Aynı şekilde travestilerin de cinsiyetleri doğuştan belirgindir. Onlar biyolojik cinsiyetini değiştirmek istemeyen, ancak karşı cinsin kıyafetlerini ve/veya eşyalarını kullanmaya yönelik cinsel dürtü ve fantezilere sahip olan kişilerdir. Hatta psikiyatri, travestileri, karşı cinsten olan kişilerin elbiselerini giyme eğiliminde olan kimseler olarak tanımlamaktadır. Ancak bir travestinin aynı zamanda transseksüel eğiliminde olması da mümkündür. Bu durumda tıp bilimi, bu kimseler açısından da cinsiyet değişikliği ameliyatının tedavi amaçlı olduğunu kabul etmektedir (DURAL/ÖĞÜZ, s. 116; TEKİN, s. 99).

²³

²⁴

WILL/ÖZTAN, s. 247; GÜVEN, s. 65.
SAĞLAM, s. 464-465; TEKİN, s. 109; ÖZTÜREL, s. 464; ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012).

bir transseksüelin cinsiyet değişikliği için mahkemeye başvurmadan önce, üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmayı sağlayacak bir tıbbî müdahale geçirmesini gerektirecektir ki, bu durum da kişiyi gereksiz malî ve ruhsal bir külfet altına sokacaktır.²⁵

Kanunkoyucunun Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde cinsiyet değişikliği ameliyatlarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemek isterken, bazı tıbbî gerçekleri göz ardı etmesi sonucunda, ruh sağlığı açısından tek ve nihai tedavinin ameliyat olduğu pek çok hasta kanun kapsamı dışında kalmıştır. Bu itibarla, sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olma halini, izin aşamasında değil, cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü aşamasında aramak daha yerinde olurdu.²⁶

2) Cinsiyet Değişikliğinin Nüfus Siciline İşlenmesi

Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, cinsiyet değişikliği ameliyatının nüfus siciline işlenebilmesi için iki aşamanın tamamlanmış olması gerekir. Bunlardan ilki, yukarıda şartlarını incelediğimiz ameliyat öncesi izin aşaması, ikinci ise, ameliyattan sonraki aşamadır. Mahkeme tarafından ameliyata izin verildikten sonra, ameliyat gerçekleştirilebilir. Nüfus kaydının düzeltilmesi için, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren kişinin mahkemeden yeni bir karar alması gerekir. Mahkemenin bu kararı verebilmesi için, amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyeti değiştirme ameliyatının yapıldığının resmî bir sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi gerekir.²⁷ Mahkeme nüfus kaydının düzeltilmesine karar verdikten sonra, cinsiyet değişikliği nüfus siciline işletilebilir.

²⁵ SAĞLAM, s. 464, 466; TEKİN, s. 109-110; GÜVEN, s. 65; ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012).

²⁶ GÜVEN, s. 65; KAYA, s. 79; TEKİN, s. 109-110.

²⁷ Yargıtay, bir kararında, davacının kadın cinsiyetinden erkek cinsiyetine geçebilmesi için gerekli olan ameliyatlardan birincisini olduğu ancak, kadından erkeğe cinsiyet dönüşümünün ikinci aşama ameliyatı olan hastaya erkek cinsel organın takılması ameliyatının henüz yapılmadığı, bu durumda ancak cinsiyet değişikliğinin ikinci aşamasının yapılarak, gerekli olan sağlık kurulu raporunun sunulması halinde cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenmesine karar verilebileceğini belirtmiştir (Y. 2. HD., 13.02.2006 T., 17485 E., 1343 K., Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

Burada mahkemeden izin almaksızın cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmiş olan kişilerin durumunun nasıl değerlendirileceği, yani cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenip işlenemeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 40/II'nci maddesi uyarınca nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verecek olan mahkeme ameliyata izin veren önceki mahkemenin kararını arayacağından, izin alınmaksızın gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği hukuken tanınmayacak ve nüfus sicilinde düzeltme yapılması talebi reddedilecektir.²⁸ Dural/Öğüz'e göre, maddede öngörülen şartlara uyulmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmaması kamu düzeni bozabileceğinden, bu durumu kabul etmek gerekir.²⁹

II. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN HUKUKÎ SONUÇLARI

A) Şahsın Hukuku Bakımından Sonuçları

Cinsiyet değişikliği ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurur. Bu itibarla, cinsiyet değişikliği nüfusa işlenmiş olan kişi, beklenen haklar bakımından yeni cinsiyetine göre değerlendirilecektir. Türk Hukuku'nda özellikle sosyal güvenlik alanında cinsiyete göre farklı hükümler mevcuttur. Örneğin, emeklilik yaşı kadınlar için, erkeklere oranla daha kısadır. Bu durumda cinsiyet değiştirerek erkek cinsiyetine geçen bir kadın, yeni cinsiyetine göre daha ileri yaşta emekliliğe hak kazanabilecektir.³⁰

Cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenmesinden sonra, cinsiyet değiştiren kişi ad değişikliği talebinde bulunabilir. Kanun'da cinsiyet değişikliği sonucunda ad değişikliğini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla mesele, genel hükümlere göre çözüme ka-

²⁸ AYAN, s. 153; ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012).

²⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 119.

³⁰ ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012); GÜVEN, s. 67; TEKİN, s. 111. Danıştay da, erkekten kadına cinsiyet değiştirmiş olan bir kişinin, 25 yaşını aşmış olmasına rağmen, yeniden yetim aylığına hak kazanıp kazanamayacağı meselesini incelediği bir kararında, cinsiyet değiştirerek kadın olan kişinin, cinsiyet değişikliğinin nüfusa işlenmesinden sonra, Türkiye'deki diğer kadınlarla aynı haklara sahip olacağını belirtmiştir (Danıştay 10. Dairesi, 27.12.1993 T., 4706 E., 5536 K.. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

vuşturulmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 27/I'inci maddesine göre, bir kimse haklı sebeplere dayanarak hâkimden adının değiştirilmesini isteyebilir. İleri sürülen sebebin haklı olup olmadığını hâkim takdir eder; ancak burada cinsiyet değişikliğinin Türk Medenî Kanunu'nun 27/I'inci maddesi anlamında haklı sebep sayıldığı şüphesizdir. Çünkü bu halde kişinin dış görünüşü ile isminin örtüşmemesi gibi önemli bir sebep söz konusudur.³¹

B) Aile Hukuku Bakımından Sonuçları

1) Evli Kişilerin Cinsiyet Değiştirmesinin Evliliğe Etkisi

Eski Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesinde evliliğin, cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ereceği açıkça düzenlenmişti. Yeni Medenî Kanun'un 40'inci maddesinde ise, evli kişilerin cinsiyet değiştirmesine izin verilmemiştir. Ancak Kanun hükmüne rağmen, evli bir kişi cinsiyet değiştirmişse, bu durumda mevcut evliliğin devam ettiği mi, yoksa sona erdiği mi kabul edilmelidir?

Öğretide kabul edilen bir görüş, evli bir kişinin cinsiyet değiştirmesi halinde, evliliğin kendiliğinden sona erdiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, başlangıçta aynı cinsiyette olan kişilerin evlilikleri nasıl yokluk yaptırımına bağlı ise, bu halin sonradan ortaya çıkması durumunda da evliliğin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek gerekir. Geçerli bir evlilik için aranan şartlar, evlilik sürecinde de aranmalıdır. Kanunun öngördüğü şartlardan birinin sonradan ortadan kalkması, evliliğin sona ermesi anlamına gelir. Diğer taraftan, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesinden sonra, evliliğin aynı cinsten iki kişi arasında devam etmesi kamu düzenine aykırıdır. Bu nedenle, evliliğin cinsiyet değiştirildiği anda kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir.³²

³¹ WILL/ÖZTAN, s. 251; TEKİN, s. 110; GÜVEN, s. 67; ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012).

³² FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, Aile Hukuku, 3. B., İstanbul, 1986, s. 97 vd.; AKINTÜRK, s. 201; *Dural/Öğüz/Gümüş'* e göre, nasıl ki iki aynı cinsten kişinin evlenmesi halinde evlilik yoklukla sakatsa, içlerinden birinin sonradan cinsiyetini değiştirmesi halinde de, evlilik hâkim kararına gerek kalmaksızın yok haline gelir (DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5. B., İstanbul, 2012, s. 74).

Bu hususta ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, Medenî Kanun sisteminde evlilik, eşlerden birinin ölmesi dışında, ancak mahkeme kararıyla sona erdirilebilir. Bu itibarla, cinsiyet değişikliği halinde evliliğin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek, kanun sistemine uygun düşmez. Ayrıca mahkeme kararıyla evliliğin sona ereceği haller, boşanma ve butlan sebepleri ile evliliğin gaiplik nedeniyle feshi gibi, kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Kanun'da sayılanlar dışında bir durum, butlan veya evliliğin kendiliğinden sona erme sebebi olarak kabul edilemez.³³ Bu sebeple, Hatemi/Serozan tarafından, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesinin bir butlan sebebi olarak kanuna eklenmesi yönünde bir çözüm önerilmektedir.³⁴

Yukarıda belirtilen görüşler birlikte değerlendirildiğinde şöyle bir sonuca varmak mümkündür: Medenî Kanun sistemine göre, geçerli olarak kurulmuş bir evlilik, ölüm dışında ancak mahkeme kararıyla (iptal, boşanma veya gaiplik nedeniyle fesih) sona erer. Bu itibarla, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmiş olması, evliliği kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bu halde mahkemeden izin alınmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği hukuken tanınmayacağından, kişi fiilen cinsiyetini değiştirmesine rağmen, hukuken hâlâ eski cinsiyetine sahip olmaya devam edecektir. Dolayısıyla evlilik fiilen aynı cinsten, fakat hukuken farklı cinsten iki kişi arasında devam eder.³⁵ Kanunda evliliğin geçer-

³³ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 835; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. B., Ankara, 2004, s. 224; AKINTÜRK, s. 200; ZEVKLİLER, s. 281. *Güven'e* göre, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evliliğin kendiliğinden sona ermesi halinde evliliğin bir mahkeme kararına dayandırılmaksızın sona erdirildiği anlamına gelmez. Çünkü burada da evlilik kesinleşmiş cinsiyet değişikliği kararına, yani bir mahkeme kararına dayanarak sona ermektedir. Başka bir ifadeyle cinsiyet değişikliği kararı evliliğin sona ermesinin hukukî sebebinin teşkil etmektedir. Yazar'a göre, maddede geçen "kendiliğinden" ifadesi, usul ekonomisine uygun düşen bir yaklaşımla, ayrıca bir dava açılmasına ihtiyaç olmadığını belirtmek üzere konulmuştur (GÜVEN, s. 68).

³⁴ HATEMİ/SEROZAN, s. 103, 105; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*'ya göre ise, cinsiyet değiştirmeyi fesih sebebi olarak kanuna eklemek, soruna uygun bir çözüm olabilir. Çünkü burada evlilik baştan itibaren geçerlidir (ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 835; aynı yönde bkz. AYAN, s. 154).

³⁵ AYAN, s. 153. *Dural/Öğüz*, 40'ncı maddede aranan şartlara uyulmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmamasının kamu düzenini bozabileceğini, bu sebeple bu durumu kabullenmek, fakat gerek ameliyatı gerçekleştirene gerek ameliyat olana ceza vermekten başka bir çare bulunmadığını kabul etmektedirler (DURAL/ÖĞÜZ, s. 119). İsviçre öğretisinde de evli bir kişinin cinsiyet değiştirmesi halinde, kişi fiilen cinsiyet değiştirmesine rağmen, boşanma olmadıkça, bu değişikliğin hukuken ta-

sizliği halleri sınırlı olarak sayılmış olup, bunlar arasında evlenmeden sonraki cinsiyet değişikliğine yer verilmemiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda diğer eşin başvurabileceği tek yol, genel boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açmaktır.³⁶

2) Cinsiyet Değişikliğinin Evliliğin Sona Ermesinin Hüküm ve Sonuçları Bakımından Etkisi

Daha önce de ifade edildiği üzere, cinsiyet değiştirme ameliyatı için mahkeme iznine başvuran kişi evli olmamalıdır. Bu itibarla cinsiyet değiştirmek isteyen kişi evli ise, izin için mahkemeye başvurmadan önce evliliğini sona erdirmiş olmalıdır. Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, taraflar için bir takım sonuçlar meydana gelir. Cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin çocuk sahibi olması ihtimali de söz konusu olabilir. Bu durumda boşanma kararının çocuk bakımından da bir takım sonuçları mevcuttur.

a) Eşler Yönünden Etkisi

Türk Medenî Kanunu'nda evliliğin sona ermesine bağlanan en önemli sonuçlardan bir tanesi, nafaka ve tazminat talebidir.

nınmayacağı ve dolayısıyla evliliğin aynı cinsten kişiler arasında devam edeceği kabul edilmektedir. Cinsiyet değişikliği, ancak evliliğe son verildikten sonra kişisel durum siciline tescil edilebilir (HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern, 2000, s. 54). St. Gallen mahkemesi ise, evlenmeden sonra gerçekleşen cinsiyet değişikliğinin, kişisel durum siciline tescili için, daha önce evliliğin boşanma ile sona ermesine gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu kararında, tarafların isteği üzerine evliliğin devam etmesine bir engel bulunmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, cinsiyet değişikliğinin tescil edilmesini ve tarafların evliliğin devam etmesini istemelerindeki çıkarları ile var olan hayat ortaklığının korunmasını, evlilik kurumunun korunmasındaki kamu çıkarından daha üstün olduğunu kabul etmiştir (Bkz. LÜCHINGER, Adolf, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 2. Aufl., Basel/Genf/München, 2003 (Hrsg. HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), Art. 104, N. 6). İsviçre öğretisinde St. Gallen Mahkemesi'nin görüşü, özellikle, kanundaki evliliğin hükümsüzlüğü hallerinin sınırlı sayıda olup, genişletilemeyeceği, bunlar arasında evlenmeden sonra cinsiyet değişikliğine yer verilmediği gerekçesiyle isabetli bulunmuştur. Evlenmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkan durumlar, en fazla boşanma sebebi oluşturabilir. Dolayısıyla boşanma davası açılmadığı sürece, cinsiyet değişikliği sonucu evlilik aynı cinsten kişiler arasında devam etmesine rağmen geçerli kalır. (LÜCHINGER, BaslerKomm., Art. 104, N. 6).

³⁶ AYAN, s. 154.

Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesi maddi ve manevi tazminat talebini hükme bağlamıştır. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, boşanma dolayısıyla mevcut veya beklenen menfaatleri zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan maddi tazminat isteyebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında manevi tazminat talebi düzenlenmiştir. Buna göre, boşanma dolayısıyla kişilik hakları saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan, manevi tazminat talebinde bulunabilir. Her iki fıkradan da anlaşıldığı üzere, kendisinden maddi veya manevi tazminat talep edilecek eşin boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olması gerekir.

Cinsiyet değişikliğinde, cinsiyet değiştiren eş bunu gerçek kişiliğini bulabilmek ihtiyacı ve baskısı altında yaptığından, bir başka ifadeyle cinsiyet değişikliğinin tıbbî bir zorunluluk arz etmesinden dolayı, cinsiyet değiştireceği için evlilik birliğini sona erdiren eşin kusurlu olduğu söylenemez. Dolayısıyla diğer eş, cinsiyet değiştirmek için evlilik birliğini sona erdiren eşten, bu gerekçeye dayanarak maddi ve manevi tazminat talep edemez.³⁷

Türk Medenî Kanunu'nun 175'inci maddesine göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan taraf, kusuru daha ağır olmamak şartıyla, geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında nafaka isteyebilir. Burada nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. Şu halde, cinsiyet değiştireceği için evlilik birliğini sona erdiren kişi, 175/I'inci maddede öngörülen şartlar gerçekleşmişse, kusur şartı aranmadığından kusursuz olmasına rağmen yoksulluk nafakası ödemekle yükümlü olur.

b) Çocuklar Yönünden Etkisi

aa) Velâyet Hakkı Bakımından

Türk Medenî Kanunu'nun cinsiyet değişikliğine ilişkin maddesinde velâyet hakkının kime verileceği hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu itibarla mesele, boşanmanın genel sonuçlarını düzenleyen hükümlerinden hareketle çözüme kavuşturulmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 182/I'inci maddesinde hâkimin boşanma veya ayrılığa karar verirken, velâyet hakkını kime bırakacağını da hükme bağlayacağı öngörülmüştür. Velâyetin kime verileceği hususunda

³⁷ WILL/ÖZTAN, s. 256; GÜVEN, s. 72; TEKİN, s. 111.

hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, velâyet hakkı hususunda karar verirken, öncelikli olarak ana babanın değil, çocuğun yararını göz önünde tutar.³⁸

Velâyet hakkının kime verileceği hususunda ana veya babanın öncelik hakkı olmayıp, her ikisi de eşit durumda olduğu gibi³⁹, cinsiyet değiştirmek isteyen eş ile diğer eş de eşit durumdadır. Eğer cinsiyet değiştiren eş, istikrarlı bir hayat sürdürüyor, çocuğa gereken özeni ve dikkati gösteriyor, oturduğu çevre çocuğun gelişimine uygun ve çocuk da cinsiyet değiştiren tarafın yanında kalmak istiyorsa, hâkim, çocuğun velâyet hakkını bu kişiye bırakmalıdır. Böylece çocuğun yararı şartı da sağlanmış olur.⁴⁰

Güven'e göre, velâyetin temeli tabii soybağı ilişkisine dayanır. Bu itibarla biyolojik babası veya anası olduğu konusunda şüphe bulunmayan kimselerin cinsiyet değiştirmesi halinde dahi soybağı ilişkisi ortadan kalkmayacağından, cinsiyet değiştiren tarafa velâyet hakkının bırakılmasına bir engel bulunmamaktadır.⁴¹

Zevkliler'e göre ise, hâkim velâyet hakkını transseksüel tarafa vermemelidir. Çünkü bir çocuğun ana veya baba diye hitap ettiği bir kişinin daha sonra karşısına farklı bir cinsiyetle çıkması, onu bunalıma götürebilir.⁴²

Belirtmek gerekir ki velâyet hakkının tayininde temel kriter çocuğun yararı olmakla birlikte, hâkim, somut olaydaki diğer unsurları da, örneğin ana ve babanın ekonomik, sosyal, psikolojik durumunu göz önünde tutarak karar vermelidir. Çocuğa maddi, manevi yakınlık gösteren, sevecen, sakin, çocuk psikolojisinden anlayan, mesleğinde

³⁸ ÖZTAN, s. 466; WILL/ÖZTAN, s. 257; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 137; GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, 2008, s. 1156; GÜVEN, s. 73.

³⁹ ÖZTAN, s. 465.

⁴⁰ KAYA, s. 85. Yargıtay, 21.06.1982 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, eşcinsellik gibi hastalık derecesine varan bir hastalığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum doğurabileceğine ve b itibarla çocuğun babanın velayetine bırakılmasına hükmetmiştir. Yargıtay'a göre, velayet düzenlenirken çocuğun sadece o andaki değil, gelecekteki yararlarının korunması da gözönünde tutulmalıdır (Y.2. HD., 21.06.1982 T., 5077 E., 5531 K., Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁴¹ GÜVEN, s. 73.

⁴² ZEVLİLER, s. 279.

başarılı, toplumla barışık bir yapıda olan cinsiyet değiştirmiş tarafa velâyetin bırakılması, bu özellikleri taşımayan tarafa velâyetin bırakılmasından daha çok çocuğun yararına olacaktır.⁴³

Netice itibariyle, cinsiyet değiştirmiş olan ana, babaya farklı işlem yapılmamalıdır. Bu durumdan bağımsız olarak, çocuğun lehine ve aleyhine mevcut bütün durumlar büyük bir dikkatle ve tarafsız olarak değerlendirilmeli ve çocuğun isteği de dikkate alınarak velâyetin kime verileceği hususunda karar verilmelidir.⁴⁴

bb) Çocukla Velâyet Hakkı Kendisine Bırakılmayan Taraf Arasındaki Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi Bakımından

Türk Medenî Kanunu'nun 182/II'nci maddesine göre, velâyet hakkı kendisine bırakılmayan eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde de yine çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas alınır. Çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuk bakımından sakıncalı sonuçlar doğuracaksa, böyle bir ilişkinin kurulması reddedilmelidir.⁴⁵

Velâyet hakkında olduğu gibi, çocuk ile velâyet hakkı kendisine bırakılmayan eş arasındaki kişisel ilişki düzenlenirken de, cinsiyet değiştiren eş ile diğer eş farklı muameleye tabi tutulmamalıdır. Cinsiyet değiştiren kimseyi, sırf cinsiyet değiştirdiği için çocuğunu görmekten mahrum etmenin hakkaniyetle bağdaşmayacağı belirtilmiştir.⁴⁶ Bu durumdan bağımsız olarak, çocuğun yararı göz önünde bulundurulmak suretiyle çocukla kişisel ilişki düzenlenmelidir.

SONUÇ

Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı maddesine göre, cinsiyet değişikliği ameliyatı olabilmek için gerekli şartlara sahip olan ve durumunu resmî sağlık kurulu raporuyla belgeleyebilen kişi, hâkimden izin alabilecektir. Ameliyat sonrasında gerçekleştirilen operasyonun sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkeme nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılması yönünde karar verir.

⁴³ GÜVEN, s. 74.

⁴⁴ WILL/OZTAN, s. 263.

⁴⁵ ÖZTAN, s. 470; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 139; GENÇCAN, s. 1224.

⁴⁶ GÜVEN, s. 74; TEKİN, s. 112.

Kanunkoyucunun, cinsiyet değişikliğine izin için mahkemeye başvuracak kişinin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olması şartını öngörmüş olması, 40'inci maddenin uygulama alanını oldukça sınırlamıştır. Üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olma halinin, ameliyattan önce izin aşamasında aranması, üreme yeteneğine sahip olma ihtimali bulunan transseksüelleri hükmün uygulama alanı dışında bırakmıştır. Esasında transseksüel yapıda olan kişiler, biyolojik bakımdan üreme yeteneğine sahip olsalar da, kendilerini ruhen bütünüyle karşı cinsten kabul ettiklerinden, bu kişilerle karşı cins arasında psişik bir üreme engeli mevcuttur. Bu durumda cinsiyet değişikliği ameliyatı tek ve nihai tedavi yolu olan transseksüelleri göz ardı ederek, onları ruhsal bakımdan çelişki içinde yaşamak zorunda bırakmak yerine, maddede geçen "*sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olma*" halini geniş bir şekilde anlamlandırarak, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartını sadece biyolojik olarak üreme yeteneğinden yoksun olanları değil, biyolojik olarak üreme yeteneğine sahipken, karşı cinsle cinsi münasebet kurması söz konusu olmayan, bu nedenle üremesi imkânsız olan, psişik üreme engeli olan kişileri de kapsamı içine aldığı kabul etmek daha yerinde bir çözüm olur.⁴⁷

Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde, önceki Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesinin aksine evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerine izin verilmemiştir. Kanun'un bu hükmüne rağmen, evli bir kişinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda, evliliğin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek, Medenî Kanun'un sistemine uygun değildir. Bu sebeple, böyle bir durumda, evliliğin sürdüğü, ancak diğer eşin boşanma davası açabileceği sonucuna varılmalıdır.

Transseksüel yapıda olan biri için cinsiyet değişikliği tıbbî bir zorunluluk arz ettiğinden, cinsiyet değiştireceği için evlilik birliğini sona erdiren eşin kusurlu olduğu söylenemez. Dolayısıyla diğer eş, cinsiyet değiştirmek için evlilik birliğini sona erdiren eşten, bu gerekçeye dayanarak maddî ve manevî tazminat talebinde bulunamaz. Diğer taraftan çocuğun velâyet hakkının tayininde ve çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesinde cinsiyet değiştiren eş ile diğer eş arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmayıp, her ikisi de eşit durumda bulunurlar.

⁴⁷ SAĞLAM, s. 467-468

KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut; Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2008.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut; Türk Medenî Hukuku, C. I Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2007.
- ATAMER, Yeşim; *“Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu”*, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E. T.: 14.09.2012).
- AYAN, Serkan; *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara, 2004.
- BAFRA, Jale; *“Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbî ve Hukukî Sorunlar”*, Adli Tıp Dergisi, C. 1, 2004, s. 47-54.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper; Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2011.
- FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi; *Aile Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, 1986.
- GENÇCAN, Ömer Uğur; *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara, 2008.
- GÜLMÜŞ, Ömer; *Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarındaki Hukukî Sorunlar (Yüksek Lisans Tezi)*, İstanbul, 2002.
- GÜVEN, Kudret; *“Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”*, GÜHFD, C. 1, Sy. 1, 1997, s. 57-95.
- HATEMİ, Hüseyin; *Gerçek Kişiler Hukuku Kısa Ders Kitabı*, İstanbul, 2005.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona; *Aile Hukuku*, İstanbul, 1993.
- HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter; *Grundriss des Eherechts*, 4. Auflage, Bern, 2000.
- KAYA, Murat; *“Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”*, Mecmua, Ankara, 2008, s. 53-89.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; *Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava*

Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre, İsveç Hukukları İle Mukayeseli), İstanbul, 1986.

LÜCHINGER, Adolf; Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 2. Auflage, Basel/Genf/München, 2003 (Hrsg. HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas).

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004.

ÖZTÜREL, Adnan; *"Transseksüalizm ile Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)"*, AÜEHFD., C. 37, Sy. 1-4, 1980, s. 253-292.

SAĞLAM, İpek; *"Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme"*, AÜEHFD., C. VIII, Sy. 3-4, 2004, s. 455-489.

TEKİN, Nurullah; *"Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukukî Açısından Değerlendirilmesi"*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sy. 39, 2009, s. 97-114.

WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge; *"Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı -Transseksüellerin Hukukî Durumu-"*, AHFD., C. 43, Sy. 1-4, s. 227-268.

ZEVKLİLER, Aydın; *"Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası"*, TBBD, Sy. 2, 1988, s. 258-285.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre; *Medenî Hukuk*, 6. Bası, Ankara, 2000.

İçtihat Programı:

Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası

İDARİ İŞLEMİN İCRAİLİĞİ

THE EXECUTABILITY OF THE ADMINISTRATIVE ACT

Mutlu KAĞITCIOĞLU*

Özet: İdari işlemin kimliğini oluşturan icrailik karakteri, idari işlemin üçüncü kişiler üzerinde doğrudan doğruya çeşitli hukuksal sonuçlar doğurmasını sağlamaktadır. İdari yargıcı tarafından idari işlemin icrailiği ile kesin ve yürütülebilir olma şartı birlikte kullanılmaktadır. İcrailik karakteri zincir işlemler ve ayrılabilir işlemler kuramlarının oluşmasında rol oynamıştır. Böylece iptal davalarının uygulama alanı genişlemiştir. İcrai olmayan idari işlemler kural olarak iptal davasına konu olmamaktadır. Ancak somut olayda ilgili idari işlemin icrailik karakterine sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Anahtar Sözcükler: İdari işlem, icrailik, icrai olmayan idari işlem, zincir işlem, ayrılabilir işlem, idari yargı, iptal davası.

Abstract: The executability character that make up the identity of the administrative act provide the administrative act cause a variety of legal results directly on third parties. The executability of the administrative act and the condition of being final and executable for administrative act are used in conjunction by the administrative judge. The executability character played a role in the formation of theories of chain acts theory and severable acts theory. Thereby, the application area of action for annulment is expanded. As a rule, non-executory acts are not subject to action for annulment. However, whether or not having the executability character of the administrative act should be considered for the present case.

Key words: Administrative act, executability, non-executory act, chain act, severable act, administrative justice, action for annulment.

* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi/Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

I. İCRAİLİK KAVRAMI

Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde ayrıca başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir¹. İdari işlemin icraîliği (caractere exécutoire), tek yanlılık² ve hukuka uygunluk karinesinden³ yararlanma özellikleri gibi idari işlemin kimliğini oluşturması bakımından önemli bir unsurdur. Bu nitelik, idari işlemin tanımlanması bakımından doktrinde farklı terimlerle ifade edilmektedir. İcrai işlem kavramı Fransız hukukunda decision administrative (idari karar)⁴ ve decision exécutoire (icrai karar) olarak ifade edilmektedir⁵. Türk hukukunda işlemin icraîlik özelliğini içermesi bakımından idari karar⁶, icrai işlem⁷ yanında kesin karar, etkili karar⁸ terimleri kullanılmaktadır. İlk defa Hauriou tarafından kullanılan icrai karar⁹ terimi de kullanılmaktadır¹⁰.

¹ Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.119.

² Özel hukuktan farklı olarak idari işlemlerde irade eşitliğinden değil kamu iradesinin üstünlüğünden bahsedilir ve karşı tarafın rızasına bakılmaksızın idari işlem sonuç doğurma kabiliyetini haizlerdir.

³ "Kanunilik karinesi olarak da bilinen bu karine, idarenin işlemlerin hem yasal bir dayanağı olduğu, hem de hukuka uygun bulunduğu varsayımını ifade etmek için kullanılan bir terimdir", Erdoğan Bülbül, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, İstanbul 2010, s.2.

⁴ Bu kavram geniş anlamıyla formaliteleri tamamlanmış, uygulamaya hazır olan işlemleri; dar anlamıyla yürütülmesi kendi içinde saklı işlemler kategorisini ifade etmektedir.

⁵ Erkut, İdari İşlemin Kimliği s.117.

⁶ Türk hukukunda genel düzenleyici işlemler, maddi anlamda idari işlemler içerisinde değerlendirilirken, birel nitelikteki işlemlerin idari karar olarak adlandırıldığı da görülmektedir. Metin Günay, İdare Hukuku, Ankara 2011, 10.Bs., s.123; Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.394. Uyuşmazlık Mahkemesinin konuyla ilgili farklı kararları için Bkz. Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s.29, dp.23.

⁷ İsmail Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, İdare Hukuku, İstanbul 2012, 5.Bs., s.884 vd.

⁸ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2012, C. 2. 5. Bs., s.305; Özay ise etkili-etkisiz işlem ayırımını, idari işlemlerin sebepsiz olamayacağı, bütün işlemlerin en azından sebebin gereğini yerine getirme gibi bir etkisi olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir, İl Han Özay, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.309, dp.472.

⁹ Bu kavrama getirilen eleştiriler bakımından Bkz. Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, s.43, dp.126.

¹⁰ Günay, s.124.

İcrailik özelliği sayesinde idare, işlemin ilgilendirdiği kişilerin rızalarını almadan sahip olduğu kamu gücüyle tek yanlı olarak hukuksal sonuçlar oluşturabilmektedir. Bu yönüyle de idari işlemler özel hukuk işlemlerinden ayrılırlar. Doktrinde, icrailik özelliği çerçevesinde çeşitli tanımlar yapılmıştır; İcrai işlemler; “ ... yükledikleri borçlar ve tanıdıkları haklar ile, mevcut hukuksal düzeni değiştirmek amacıyla, idare tarafından yapılan tek yanlı hukuksal işlemler”¹¹ veya “ ..., yönetimin tek yanlı irade açıklaması ile hukuksal sonuç yaratan, başka bir deyişle, hukuk düzeninde değişiklik yapan işlemlerine, yönetsel işlemler denir... Yönetsel işlemler, uygulanabilir işlemlerdir. Yönetsel işlemlerin icrai olma ayrıcalığı vardır”¹² şeklinde tanımlanmışlardır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, yetkili idari makamların, kamu gücünü kullanarak, idare işlevlerine ilişkin olmak üzere, idare hukuku esaslarına göre aldıkları, kişiler yönünden idari alanda hak ve yükümlülükler (statüler) doğuran, kesin ve uygulanabilme özelliği olan tek yanlı irade açıklamaları idari işlemdir¹³.

Danıştay bir kararında, bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı olduğunu açıklamıştır¹⁴.

II. İCRAİLİK-RE’SEN İCRA AYRIMI

İdari işlemin icrailik özelliği ile re’sen icra edilmesi(execution d’office) birbirinden farklıdır. İdari işlem ilgilinin rızası olmaksızın hukuki sonuçlarını doğurur. Bu onun icrailik özelliğinden kaynaklanmaktadır. Hukuk alanında meydana gelen bu değişikliklerin maddi alana aktarılması bağlamında idarenin ayrıca harekete geçmesi gerekir¹⁵. İşte idare kararının re’sen icrası, bir icrai kararın hukuk âleminde doğurduğu

¹¹ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s.887.

¹² A.Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara 2012, 31.Bs., s.312.

¹³ AYM. T. 11.12.1997, E. 1997/70, K. 1997/132.

¹⁴ Da. 3D. T. 17.10.1991, E. 1989/4241, K. 1991/26499.

¹⁵ Gerçi bazı idari işlemler sadece idareye borç yüklediği gibi bazı idari işlemlerin doğurduğu hukuki sonuç kendiliğinden maddi alana da yansır. Örneğin ruhsat ve izin işlemleri, Günday, s.125.

yenilik ve değişikliğin idarenin yapacağı bazı ameliyelerle maddi alemde de gerekleşmesidir¹⁶. Duran bunu “idari kararlar alınır alınmaz yani tamamlandıkları anda ilişkin oldukları konuların hukuki durumlarını değiştirir, fakat maddi alanda her zaman değişiklik yapmaz” şeklinde açıklamaktadır.

İdarenin re’sen icra ile yetkisine sahip olmadığı durumlarda, adli veya icrai makamlara başvurması gerekmektedir¹⁷. Diğer taraftan idarenin bazı kararları re’sen icra edebilmesi için “cebir (contrainte)”, yani kararı “kuvvet kullanarak icra (execution par la force)” etmesi gerekir¹⁸. İdarenin re’sen icra yetkisini kullanabilmesi içinse bu yetkinin idareye kanunla verilmiş olması lazımdır¹⁹. Danıştay bir kararında “Bir kararın iptal davasına konu olabilmesi için sadece idari bir karar olması yeterli olmayıp aynı zamanda kesin ve icrası lazım gelen bir karar olması bilinen idare hukuku kuralıdır. Kesin ve icrası gereken bir karardan maksat da kararın yetkili bir merci tarafından verilmiş olması ve resen icra edilebilme kabiliyetidir.” gerekçesiyle fazla kullanılan yakıt bedelinden davacının ödemesi gereken miktarın maaşından tahsil edilmesine ilişkin mal müdürlüğü işleminin esastan incelenmesi gerekeceğinden ilk derece mahkemesinin kararının bozulması yönünde hüküm vermiştir²⁰.

Re’sen icra ile ilgili olarak yürütülmesi kendi içinde saklı işlemlerden bahsedilebilir. Bu kategori, çeşitli yeni hak ve yükümlölükler getirmekte ve hukuk düzeninde değişiklikler yaratan işlemler için kullanılmaktadır. “Hukuksal durumlarda ve dolayısıyla hukuk düzeninde değişiklik yaratma” özelliği, yürütülmesi içinde saklı işlemlerin idare tarafından her an re’sen icra edilebilmesi olasılığını da içermektedir. Hukuksal statülerde değişiklik yaratma özelliği, bir idari işlemin aynı zamanda yürütülmesi içinde saklı işlem de sayılacağı hukuksal sonucunu beraberinde getirmektedir²¹. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, subaylığa (teğmenliğe) nasıp şeklindeki idari işlemin (üçlü kararname) yürütülmesi içinde saklı işlem kategorisine girmesinden bahisle, ilgiliye bu

¹⁶ Günday, s.125.

¹⁷ Örneğin Kamulaştırma Kanunu’na göre malikin rızası yoksa idare kamulaştırma için asliye hukuk mahkemesine başvurmak zorundadır.

¹⁸ Yasaklanmış bir gösteri yürüyüşün zor kullanarak dağıtılması gibi, Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012, 12.Bs., s.267.

¹⁹ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C.3; Örneğin, kolluk yasaları, idareye kolluk alanında yapacağı işlemleri resen icra etme yetkisi vermektedir, Günday, s.125.

²⁰ Da. 5D. T. 29.04.1992, E. 1988/3449, K. 1992/1277.

²¹ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.131.

konuda tebligatın (göreve başlama davet yazısının) yapılmaması ve ilgilinin fiilen göreve başlamış olmaması nedeniyle muvazzaf subaylığa nasıp kararnamesinin tek başına hukuki değerden yoksun olduğu şeklindeki değerlendirmenin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir²².

Ruhsat, izin gibi işlemler dışında yürütülmesi içinde saklı işlemlerin üçüncü kişiler üzerinde zorlayıcı etkisi bulunmaktadır. Bu durum iptal davasında yürütmenin durdurulması bakımından önem arz etmektedir. Zira bu işlemler re'sen icra edilme özelliği nedeniyle, kişiler tarafından iptal davasına konu olduklarında yürütmenin durdurulması talep edilmek durumundadır.

III. İPTAL DAVASINA KONU OLMA BAKIMINDAN KESİN VE YÜRÜTÜLEBİLİR İŞLEM (NİHAİ İŞLEM) KRİTERİ

İşlemin kesin olması ile icrailik özelliği birbirinde farklı nitelermeler olup, işlemin kesin olması icrai olmasını gerektirmemektedir²³. İcrai işlem ile kastedilen husus, işlemin hukuki etkisidir²⁴. İdari işlemin kesinliği ve yürürlüğü işlemin icrailiğini değil, icrai işlemin iptal davasına konu olması için gerekli şartlardır. *Erkut*'un da ifade ettiği üzere "idari işlemler icrailik özelliklerini oluştukları andan itibaren bünyelerinde barındırırlar. Yani işlem henüz yürürlüğe sokulmadan, üçüncü kişiler hakkında uygulanmadan önce icrailik özelliğini kazanmış durumdadır."²⁵

Tan'a göre kesinlik kavramı, "işlemin uygulanmaya hazır, tamam (nihai) bir işlem niteliğinde olduğunu" gösterir²⁶. Bir başka görüşe göre, bir idari işlemi yapan makam, o işlemle ilgili nihai iradesini açıklamış ve işlemle ilgili yapılacak herhangi bir şey yoksa işlem kesindir²⁷. Kesinlik, işlemin idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmaması yanında, zımni red süresi dolmadan açılan davalar ve muğlak cevap üzerine açılan davalarla da ilgili bir kavram olarak da açıklanmaktadır²⁸.

²² AYİM. T. 16.11.1999, E. 1998/1039, K. 1999/1098.

²³ *Erkut*, İdari İşlemin Kimliği, s.118.

²⁴ Sezginer, s.45.

²⁵ *Erkut*, İdari İşlemin Kimliği, s.119.

²⁶ Turgut Tan, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1969, C. 2, S. 4, s.109.

²⁷ Sezginer, s.47.

²⁸ Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2005, C. IX, s.253-284.

İdari işlemin icraîliği, iptal davasına konu oluşturması bakımından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK.)'nda m.14/3-c bendinde "*kesin ve yürütülmesi gereken işlem*" terimi şeklinde ifade edilmektedir. Bir idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için, bu işlemin aynı zamanda "*etkili*", "*icrai*", İYUK'un deyimiyile, "*yürütülmesi gereken bir işlem*" olması gerektiği belirtilmektedir.²⁹ Ancak etkililiğin üçüncü kişiler üzerinde doğan hukuki sonuçlar açısından değer ifade ettiği, daha çok menfaat koşulunu etkilediği de belirtilmektedir³⁰.

Danıştay'ın kesin ve yürütülebilir işlem tanımına ilişkin açıklamaları farklılık göstermektedir. Danıştay bir kararında İYUK m. 2/1-a bendi uyarınca iptal davasının "*ön koşulu*" olarak idari işlemin kesin ve yürütülebilir olmasını aramış, 2559 sayılı Kanun'un uygulanması ile ilgili Başbakanlık Genelgesinin eki niteliğindeki "*2559 sayılı Yasanın Uygulanmasında göz önünde Tutulacak Esaslar*"'ın ilgili hükmünün iptali istemini, bu düzenlemenin konu hakkında Başbakanlığın görüşünü belirtmekten öte bir anlam taşımadığı, kesin ve uygulanması zorunlu bir niteliğinin bulunmadığı nedeniyle reddetmiştir³¹. Bu karar, ilgili madde hükmünün³² yanlış yorumlandığı, işlem ile menfaat ihlali³³ arasında bir ilişki kurması nedeni ile eleştirilmiştir³⁴.

²⁹ Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Konya 2011, 4.Bs., s.134

³⁰ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.119.

³¹ Da. 5D. T. 16.12.1987, E. 1987/275, K. 1987/1789.

³² İYUK.'nun 4001 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesinin 1. bendinin (a) alt bendinde idari dava türleri sayılıp tanımlanırken, iptal davaları; "*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan davalar*" olarak tanımlanmış iken, anılan 2. maddesinin 1. bendinin (a) altbendi; Anayasa Mahkemesinin 10.4.1996 günlü, 22607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 21.9.1995 günlü, E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararıyla, idari işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde, idari işlemin davacının "*kişisel hakkını ihlal*" etmiş olması koşulu getirilmesinin hak arama özgürlüğünü kısıtladığı ve birçok işleme karşı dava yolunu kapattığı, bu haliyle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

³³ Menfaat ihlali, kişi ile işlem arasında meşru makul ve aktüel bir alanın olmasını deyimler, Ramazan Çağlayan, "1982 Anayasasında Hukuk Devleti İlkesinin İdare Hukuku Açısından Görünümü", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 1997, C. I/1, s.245-258.

³⁴ , Celal Erkut, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi* (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1991, s.111.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu bir kararında³⁵ İYUK.'nun idari dava türlerini belirten m. 2/1-a bendinde öngörülen ve idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak davalar şeklinde tanımlanan iptal davalarında konu olabilecek işlemlerin niteliklerinin belirtildiği, ancak, idare hukuku öğretisinde ve buna dayanılarak yargı içtihatlarında, idari davaya konu yapılabilecek işlemlerin, idarenin tek yanlı olarak kurduğu ve ilgililerin menfaatlerini etkileyen, yürütülmesi gerekli, kesin işlemleri olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, yargı yerlerinde açılan davalarda davaya konu yapılan işlemlerin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığının araştırmaları gerektiği belirtilmiştir.

Danıştay gelişen içtihatları doğrultusunda, *“Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi, hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklik meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu şu yada bu yönde etkileyebilmesine bağlıdır.”* şeklinde bir açıklama ile mükellefiyetinin tesis edildiğine ilişkin vergi dairesi müdürlüğü işleminin esasen incelenmesi yönünde karar vermiştir³⁶. Yine Danıştay, benzer gerekçelerle davacı hakkında tesis edilmiş olan disiplin cezasının kesin bir işlem olduğuna kanaat getirmiştir³⁷. Danıştay bir diğer kararında ise Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca TMMOB Mimarlar Odası Onur Kurulu kararlarının, Yüksek Onur Kurulunun onayı ile kesin ve icrai işlem niteliği kazanacağından (TMMOBK. m. 27), Mimarlar Odası Onur Kurulunun onaya tabi işlemini, idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde görmemiştir³⁸.

Öğretide, Danıştay tarafında getirilen tanımların yanlış değerlendirmelere neden olacağı belirtilmektedir. Sezginer'e göre *“bir başka makamın onayına ihtiyaç göstermeme”* hususunun birden fazla işlemin birbirini takip ederek nihai işlemi meydana getirdiği zincir işlemlerde, vesayet onayına tabi işlemlerde farklı şekilde değerlendirilebileceği-

³⁵ DVDDK. T. 02.06.1989, E. 1989/40, K. 1989/45.

³⁶ Da. 3D. T. 06.02.1992, E. 1991/474, K. 1992/445.

³⁷ Da. 12D. T. 07.07.2003, E. 2003/380, K. 2003/2077.

³⁸ Da. 8D. T. 23.1.2004, E. 2003/3030, K. 2004/309.

ni söylemektedir³⁹. Danıştay'ın getirdiği tanımlar, menfaat koşulunun varlığını da gündeme getirmektedir, ki *Erkut*'a göre “kesin ve yürütülebilir işlem” kavramı işlemin kimliği ile ilgili olup iptal davasının objektif koşulunu, menfaat ihlali ise idare edilenlerin işlem karşısındaki hukuksal konumu bakımından sübjektif koşulunu oluşturmakta olup, “kesin ve yürütülebilir işlem” içeriğinin belirlenmesinde menfaat ihlali koşulunun herhangi bir ölçüt olarak ele alınabilmesi mümkün değildir⁴⁰. “Kesin ve yürütülebilir işlem” kavramı, icrai işlem kavramına göre yargısal denetimi daha daraltıcı nitelikte olup, icrai işlem kesin değilse iptal davasına konu olamayacaktır⁴¹.

İdare yargıcının, işlemin icraîliği ile kesin ve yürütülebilirliği ile ilgili olarak bir arada değerlendirme yaptığı görülmektedir. Nitekim Danıştay'ın bir kararındaki açıklaması şöyledir⁴²; “Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlıdır.” Danıştay genel olarak, o işlem için gerekli prosedürü tamamlanması ve başka bir makamın onayına gerek kalmaması halinde kesin ve yürütülmesi zorunlu şartının gerçekleştiğini kabul etmektedir. Kanaatimizce böyle bir değerlendirme icraîlik kavramı bakımından yerinde olmadığı gibi her kesin işlemin icrai işlem kabul edilmesi gibi doğru olmayan bir sonuca yöneltecektir. Kural olarak icraîlik özelliği idari işlemin doğduğu anda onun bünyesinde yer alır. Dolayısıyla bir idari işlemin iptal davasına konu olmaması, icraîlik özelliğine sahip olmamasından değil yöneldiği kişi üzerinde henüz etkisini göstermediğinden yani maddi dünyada uygulanmamasından⁴³ kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan iç işleyişte kesin bir işlem

³⁹ Sezginer, s.46.

⁴⁰ *Erkut*, Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı, s.111.

⁴¹ *Erkut*, Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı, s.114.

⁴² Da. 3D. T. 17.10.1991, E. 1989/4241, K. 1991/26499.

⁴³ Üçüncü kişiler bakımından yürürlük başlangıcı ile ilgili olarak imza kuramı ile yayın ve bildirim kuramı görüşleri mevcuttur. İmza kuramına göre idari işlem yapıldığı andan başlayarak hukuki etkilerini gösterir. İşlem yetkili makamın imzası ile tamamlanır. İkinci kurama göre idari işlemler imzayla değil yayın ve bildirim yoluyla açıklanarak yürürlüğe girer. Bu kuramların incelenmesi için Bkz. Tekin Akıllıoğlu, “Yönetmelik İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1979, C:XII, S.2, s.33 vd.

olmakla birlikte icrailik kimliğine sahip olmayan idarenin işlemleri de mevcuttur.

İdari işlemin kesinliği, zincir işlem-ayrılabilir işlem kuramları ile idarenin iç düzenleyiş işlemleri bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca işleme karşı denetim yollarının kaldırılması anlamında da bu kavram kullanılmaktadır⁴⁴.

A. Zincir İşlem

Zincir (halka) işlemler, belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlemdir⁴⁵. *Tan*, zincir işlemler başlığı altında bazı işlemlerin yapılabilmesi birden çok idari makamın irade açıklaması gerektirebileceği tespitini yapmaktadır⁴⁶.

Zincir işlemin iki temel özelliği bulunmaktadır: İşlemlerin zincirin halkalarında olduğu gibi belli bir sırayla birbirlerini izlemeleri ve aralarında hukuki bir bağ bulunmasıdır⁴⁷. Ulaşılmak istenen nihai bir işlem söz konusu olup, nihai işlem diğer işlemlerden baskın niteliktedir. Zincir işlemler arasındaki bu hukuki bağlılık, bu işlemleri seri işlemlerden ayırmaktadır. Nihai işlem ve kesinlik kavramları, zincir işlemin tamamlanarak iptal davasına konu oluşturabilecek bir duruma gelmesini anlatmak için kullanılmaktadır. Zincir işlemler arasındaki hukuki bağ nedeniyle, nihai işlem öncesindeki tüm işlemler bağımsız olarak iptal davasına konu olmamaktadır. Halka işlemlerdeki hukuka aykırılıklar, nihai işleme karşı açılacak davada ileri sürülebilecektir.

Danıştay, dava açma süresi bakımından zincir işlemleri oluşturan ön işlemlere göre dava açma süresinin belirlenemeyeceğinden bahisle, ilan edilen profesörlük kadrosu için yapılan başvuru üzerine kesin bir işlem tesis edilmeden profesörlük atamasıyla ilgili olarak idarece yürütülmesi gereken bir dizi işlem için öngörülen sürelerin davanın açılmasına ilişkin sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmasında hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir⁴⁸.

⁴⁴ *Tan*, 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması, s.110.

⁴⁵ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, s.56.

⁴⁶ Turgut *Tan*, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara 1979, s.102.

⁴⁷ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, s.122.

⁴⁸ Da. 8.D. T. 22.02.2000, E. 1999/4746, K. 2000/1621 sayılı kararının gerekçesi şu şekildedir; "Bakılan uyuşmazlıkta ise sonunda Rektör onayıyla kesinleşecek bir dizi işlem- den oluşan zincir işlemlerin yapılması söz konusudur. Zinciri oluşturan sıra işlemlerin

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi vazife maluliyeti ile ilgili kararında, muhtaçlık olgusuna ilişkin olumsuz işlem “ön koşul” niteliğinde, yetim aylığı bağlanmaması işlemi ise “asıl işlem (amaç ya da sonuç işlem)” niteliğinde bulunduğunu, amaç işlemin oluşumuna kadar aynı ya da değişik merci ve organların irade açıklamalarını gerektiren bu tür işlemler kuram ve uygulamada “zincir işlemler” olarak adlandırıldığını, bu nedenle muhtaçlık olgusuna ilişkin olumsuz işlemin hukuka uygunluğu konusunda ortaya çıkan uyumsuzluğun bekletici sorun sayılması yoluna gidilmeyerek bu konudaki hukuka uygunluk denetiminin de yapıldığını açıklamıştır⁴⁹.

Zincir işlemi kuramına karşı olarak ayrılabilir işlem kuramı geliştirilmiş olup, halka işlemin tek yanlı ve icralık özelliği mevcut ve bir kişinin menfaatini etkiliyorsa, nihai işlemten ayrı olarak hukuka uygunluk bakımından denetlenebileceği gündeme gelmiştir⁵⁰. Duran, zincir işlem içinde yer alan işlemleri hazırlık işlemi olarak nitelendirmiş olup, bunların dava konusu edilebilmelerini, ilgililerin durumlarını etkileyerek, onların sürecin dışına çıkartmasına bağlamıştır⁵¹.

Zincir işlemler bakımından vesayet işlemleri üzerinde durulmaktadır. Anayasamızın 127. maddesinin 5. fıkrasında idari vesayetten bahseden hüküm öngörülmüştür⁵². *Onar*'ın tanımına göre idari vesayet merkezin, ademi merkezîyet idarelerinin icrai kararlarını, idarî fiil ve hareketlerini murakabe etmek ve bu kararları bozabilmek salahiye-

alınması için ilgili yönetmelikte öngörülen süreler, olası sürüncemelerin önüne geçilmesi amacıyla konulmuş olup idari dava süresine esas alınmazlar. Bu durumda sürelerin geçtiği varsayılarak, başvurunun reddedildiği sonucuna varmak, idari işlem kuramı ile geliştirilmiş idare hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz. Söz konusu süreler geçtikten sonra da halka işlemler oluşturulabilir. Kaldı ki profesör atamasının yönetim kurulu kararı ve rektör onayıyla gerçekleştiği de yasa kuralıdır. Bu durumda, yapılan ilanı izleyen başvuru sürecinden ve bir dizi işlemin alınmasından sonra oluşacak olan profesörlük atamasıyla ilgili kesin ve son işlemin oluşum süreci ve biçimi dışına çıkılarak; zincir işlemi oluşturan bazı ön işlemlerin alınışıyla ilgili sürelerin geçtiğinden söz edilip, idari işlemin oluştuğu varsayılarak, dava açılmadan önceki idari itiraz yoluna değinilerek dava süresinin dolduğu sonucuna varmaya hukuken olanaklı değildir.”

⁴⁹ AYİM. T. 21.09.1999, E. 1999/41, K. 1999/818.

⁵⁰ Sezginer, s.59; Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.124.

⁵¹ Duran, s.399.

⁵² Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir.

tidir⁵³. Vesayet işlemi (onay işlemi) ve vesayet denetimine tabi tutulan işlem (onanan işlem) ilişkisi iptal davası bakımından önemlidir. Onay işlemi ile onanan işlemin bir bütün olarak mı görüleceği, yoksa ayrı birer hukuki varlık olarak mı değerlendirilecekleri hususu Fransız idare hukukunda tartışmalıdır⁵⁴. *Coşkun*, bu işlemlerin tek bir işlem olduğunu ve birleşme işlem olarak değerlendirildiğini ileri sürmektedir⁵⁵. Türk hukukunda onama işleminin yerinden yönetim kuruluşunun işleminin yürürlüğe girmesini sağlayan ve ondan ayrı bir işlem olması nedeniyle, iptal davasının konusunu oluşturabileceği görüşleri bulunmaktadır⁵⁶. Aynen onama bakımından ise aynen onay işleminin iptal davasına konu olamayacağı belirtilmektedir⁵⁷.

Danıştay'ın vesayet işlemlerinde vesayet makamının onayına sunulan işlemlerin kesin işlem olduğu, vesayet makamının onay işleminin ise asıl işlemin tamamlayıcısı olduğundan hareketle vesayet makamının tasdik kararına karşı açılan davaları reddetmiştir⁵⁸. Danıştay'ın onay işlemini yapıldığı anda kesin ve icrai nitelikte işlemler olduğu ve iptal davasına konu oluşturabileceği yönünde kararı da vardır⁵⁹.

Danıştay bir üst makamın onayına sunulan bir kısım işlemleri kesin olmayan işlemler olarak nitelendirmiştir; Danıştay'a göre, ilçe trafik komisyonu kararları tek başına idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği taşımamaktadır⁶⁰. Bir başka kararında Danıştay, atama işleminin gerekli onay alınarak tamamlanmış ve uygulamaya konulmaya hazır hale getirilmiş olması

⁵³ Onar, s.622; Günday'a göre ise idari vesayet yetkisi, merkezi idare tarafından temsil edilen devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe ve özerk iradeye sahip olan yani merkezi idareden ya da merkez kabul edilen kamu tüzel kişisinden bağımsız olarak işlemler tesis etmeye yetkili olan yerinden yönetim kuruluşları üzerinde kullanılır, Günday, s.85.

⁵⁴ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.124-125; Sezginer, s.80 vd.

⁵⁵ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.124, dp.68, Sabri Coşkun, İdarenin İdari Denetiminde İdari (Yönetmel) Vesayet, Ankara 1976, s.31.

⁵⁶ Onar, s.625; Sezginer, s.81; Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.126, Gerçekten de bu tür işlemler, onay öncesinde tüm unsurları ile oluşmuş ve hukuken varlık kazanmıştır; sadece yasal bir zorunluluğun yerine getirilmesi gerekmektedir ki, bu da işlemin hukuki geçerliliği ile değil, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ile ilgili bir zorunluluktur.

⁵⁷ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.127.

⁵⁸ Kaya, s.257; "D11D, E. 71/3449, K. 73/1166, KT. 14.5.1973, DD, 1974, sy. 12-13, s.482-483; D11D, E. 79/665, K. 79/3992, KT. 8.11.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s.368-369."

⁵⁹ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.127, dp. 93; DİDDK. T.04.10.1985, E.1985/10, K. 1985/103.

⁶⁰ Da. 8D. T. 09.04.2003 tarih, E. 2002/2340, K. 2003/1650.

halinde, kesin ve yürütülebilir bir işlem niteliğini kazanacağından iptal davasına konu olacağı yönünde karar vermiştir⁶¹.

“İdari karar alma sürecindeki tedbir işlemleri”, idarenin idari prosedür içinde ve acil bir durum karşısında resen almış olduğu geçici tedbirler olup; özel hukuktaki ihtiyadi tedbir kararlarına benzemektedir⁶². Bu itibarla söz konusu işlemler ayrı bir hukuki değere sahip olduğundan iptal davasının konusunu oluşturabilirler. Bu işlemler zincir işlem olarak değerlendirilemezler⁶³. Geçici idari işlem, tam bir idari işlem olup, idare hukukuyla ilgili somut bir durumda, hukuki sonuç doğurmaya yönelik, tek taraflı kamusal bir irade açıklamasını içerir. Yani, içerdiği düzenleme kesindir⁶⁴. Örneğin, Danıştay haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan bu kişilerin geçici bir önlem olarak, anılan kurallar uyarınca görevlerinden uzaklaştırılmaları işlemlerini esas bakımdan incelemektedir⁶⁵.

B. Ayrılabilir İşlem

Ayrılabilir işlemler kuramı, yer aldıkları idari süreç ve statülerden bağımsız olarak farklı birtakım hukuki sonuçlar yaratabilen işlemlerin, söz konusu statü ve süreçten ayrılarak iptal davasına konu olmalarını öngörmektedir⁶⁶. Ayrılabilir işlem zincir işlem kuramını kırdıysa da, zincir işlem kuramı dava açma süresi geçmiş olsa bile halka işlemlerdeki hukuka aykırılığın, nihai işlemten sonra ve onunla birlikte ileri sürülebilmesi imkanı getirmesi yönüyle halen geçerlidir⁶⁷.

“Rektörler Kararı” olarak anılan kararında Danıştay, “Cumhurbaşkanının başka organ ya da kurumların katkıları sonucu oluşturduğu işlemleri” Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler arasında kabul etmemiştir. Kararda, rektör seçimi için gereken birinci evre olan üniversite öğretim üyelerince 6 aday adayının seçilmesi ve ikinci evre olan aday adayları arasından üç kişinin, Cumhurbaşkanına sunulmak üzere,

⁶¹ Da. 2D. T. 09.11.2007, E. 2007/1282, K. 2007/4240.

⁶² Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.127.

⁶³ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.128.

⁶⁴ İrfan Ay, “Geçici İdari İşlem Türü Olarak TSK’da Geçici Görevlendirme İşlemi Ve Bu İşlemin Benzer Geçici İdari İşlemlerle Karşılaştırılması”, <<http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=80>>

⁶⁵ Da. 8D. T. 09.12.1991, E. 1991/398, K. 1991/1931.

⁶⁶ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.130.

⁶⁷ Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.123.

Yükseköğretim Kurulu'nca seçilmesi işlemlerinin nihai işlem beklenilmeksizin tek başlarına veya süresinde olmak koşuluyla nihai işlemden sonra da idari davaya konu edilebilmeleri mümkün bulunduğu gerekçesiyle üniversite rektörlüğü için yapılan ve dava konusu edilen aday belirleme (seçim) işleminin iptaline karar vermiştir⁶⁸.

Ayrılabilir işlemler, ilk defa idarenin sözleşme hazırlık aşamasındaki işlemler yönünden değerlendirilmiştir⁶⁹. Sözleşmenin oluşumu sürecindeki ihale, izin, ihaleye girişin reddi, ihalenin yapılmaması kararı, ihalenin feshi kararları gibi tek yanlı işlemler ayrılabilir işlem kuramı ile dava konusu yapılabilmektedir⁷⁰. Ayrılabilir işlem kavramı, idarî sözleşmeler üzerinde hukuka uygunluk kontrolünün gerçekleştirilmesini sağladığı için büyük önem taşır⁷¹.

Danıştay Tüpraş kararında ilgili ihale sürecindeki işlemlerin zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemden ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemden ayrılarak ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün bulunduğundan, satış işleminin bir aşamasını oluşturan dava konusu ihale komisyonu kararı tek başına iptal davasına konu edilebilecek kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava konusu edilebilir bir işlem olduğundan" davaya konu edilen İhale Komisyonu kararını esastan incelemiştir⁷².

IV. İCRAİ OLMAYAN İŞLEMLER

Bireylerin hukuki durumlarını etkilemeyen, hukuk düzeninde herhangi bir değişikliğe yol açmayan işlemler için doktrinde "etkisiz kararlar"⁷³, "icrai olmayan işlemler"⁷⁴, "idari karara benzeyen işlemler" veya

⁶⁸ Da. 5D. T. 16.09.1993, E.1992/4035, K. 1993/3177.

⁶⁹ Sezginer, s.137.

⁷⁰ Ayrılabilir işlem kuramının sözleşmenin imzalanmasından sonra uygulanıp uygulanamayacağı yönündeki görüşler için Bkz. Sezginer, s.164 vd.

⁷¹ Zehra Odyakmaz, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1998, C.2, S.1-2, s.141-169.

⁷² Da. 10D. T. 26.11.2004, E. 2004/8257, K. 2004/7618.

⁷³ Gözübüyük/Tan, s.310; Turan Yıldırım/Hüseyin Melih Çakır, İdari Yargı Ders Notları, İstanbul 2012, s.68; Erkut da, icrailik özelliğinin işlemin niteliği bakımından önem taşıdığını, etkililik özelliğinin ise işlemin üçüncü kişiler üzerinde doğurduğu hukuki sonuçlar açısından değer ifade etmekte ve dolayısıyla daha çok menfaat koşulunu ilgilendirdiğinden hareketle, icrai ve icrai olmayan işlemler anlamında ele alınan etkili-etkisiz işlemler terimlerinin kullanılmasını eleştirmektedir. Erkut, İdari İşlemin Kimliği, s.118-119.

⁷⁴ Gözler, s.282.

“idarenin, idari karar sayılmayan işlemleri⁷⁵” şeklinde değişik belirlemeler vardır. Bu işlemleri *Duran*, gösterici işlemler, hazırlayıcı işlemler ve iç düzen işlemleri olmak üzere üç gruba ayırmaktadır⁷⁶. *Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk*, bildirici, beyan edici, hazırlayıcı ve iç düzen işlemler olarak dört gruba ayırmaktadır⁷⁷. *Gözübüyük/Tan* bu işlemleri, görüş belirten işlemler, danışma işlemleri, hazırlık çalışmaları, uygulama ile ilgili işlemler ve idarenin iç yapısı ve işleyişi ile ilgili işlemler olmak üzere beş grupta sıralamıştır⁷⁸. *Günday*, gösterici işlemler, hazırlık işlemleri ve iç düzen işlemleri olmak üzere üç grupta⁷⁹, *Yıldırım*, niyet açıklama, görüş bildirme, tavsiyede bulunma, danışma işlemleri, hazırlık işlemleri olmak üzere beş grupta incelemektedir⁸⁰. *Erkut*, iç düzen işlemler, hazırlık işlemleri, bilgi verici ve açıklayıcı nitelikteki işlemler, uygulamaya ilişkin işlemler, hukuki etkisini yitirmiş işlemler ve idarenin yersiz işlemleri olmak üzere altı gruba ayırmaktadır⁸¹.

İdarenin kuruluşu, iç yapısı, iç işleyişi, hizmetin verimliliği ve kalitesine ilişkin olarak direktif, sirküler tamim, genelge, tebliğ, yönerge gibi isimler altında aldığı bir takım kararlar ve tedbirler idarenin iç düzen işlemleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Direktifler üst makamların astlarına izlenmesi gereken yola ilişkin verdikleri genel bilgiler niteliği taşımaktadır ve esas olarak iki idari makam arasında iletişim ve koordinasyonu sağlama ve üstün astın davranışlarını yönlendirmesi amaçlarına yöneliktir⁸².

Sirküler, soru soranlara yönelik genel cevap niteliği taşıyan ve çeşitli yasal düzenlemelerin açıklanması, yorumlanması ve uygulanmasına yönelik çıkarılan düzenlemelerdir. İcraîlik niteliği taşımamakla birlikte, yeni hukuk kuralları getiren sirkülerlerin iptal davasına konu olması mümkündür. Özellikle vergi hukuku uygulamasında bu duruma sıklıkla rastlanmaktadır. Nitekim Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu bir kararında Maliye Bakanlığına sirküler yayımlama konusunda verilen yetkinin amacının, mükelleflerin vergi durumları ve

⁷⁵ *Duran*, s.398-399.

⁷⁶ *Duran*, s.398-399.

⁷⁷ *Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk*, s.812.

⁷⁸ *Gözübüyük/Tan*, s.310 vd.

⁷⁹ *Günday*, s.124.

⁸⁰ *Yıldırım*, s.66.

⁸¹ *Erkut*, *İdari İşlemin Kimliği*, s.133-149.

⁸² *Erkut*, *İdari İşlemin Kimliği*, s.136.

vergi uygulaması bakımından müphem ve duraksama yaratan hususlarda istemiş oldukları izahatın, her mükellefe ayrı ayrı verilmesi yerine, aynı durumda bulunan tüm mükelleflere aynı anda ve tek işlemle duyurulmasının sağlanması olduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 413. maddesi uyarınca yayımlanan ve bilgilendirme mahiyetinde olan sirkülerlerin, hukuki sonuçlar doğuran, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken genel düzenleyici işlem niteliğinde olmadıkları kural olarak kabul edilse de; kanunu aşan nitelikte kural koyan sirkülerlerin, genel düzenleyici işlem mahiyetinde oldukları kabul edilerek, iptalleri için açılan davaların Danıştay'ca incelenerek sonuçlandırılmalarında usule aykırılık bulunmadığını haklı olarak dile getirmiştir⁸³.

Bir başka kararda Danıştay, mükellefiyet tesisine ilişkin yazının (işlemin) davacının hukukunu olumsuz yönde etkileyen, idarenin tek yanlı ve kesin işlemi olarak nitelemek ve iptal davasına konu edilebileceğini, bu itibarla davalı mal müdürlüğünün işleminin dava konusu edilemeyeceğinden söz edilerek, davanın reddine karar verilmesinde hukuka uygunluk görmemiştir⁸⁴.

Bir idari işlem öncesi yapılan araştırmalar, incelemeler, tavsiyeler, mütalaa ve raporlar, tutanaklar, teklif, tavsiye ve görüş gibi şekillerle gerçekleştirilen işlemler gibi hazırlık işlemleri de doğrudan iptal davasının konusunu oluşturmamaktadır. Danıştay "*Rekabet Kurulu'nun "soruşturma açılmasına" ilişkin kararının hazırlık işlemi niteliğinde olduğu, tek başına ilgililer üzerinde hukuksal etki yapmadığı, iptal davasına konu edilemeyeceği, açılan davanın esasının incelenemeyeceği*"⁸⁵ hakkında karar verirken, idari işlemlerin idari davaya konu olabilmeleri için, kesin ve yürütülebilir olma niteliklerini birlikte taşımaları gerektiğini açıklamıştır.

Bir idari işlemin üçüncü kişiler açısından uygulanabilirliğini sağlayan ilan, tebliğ, duyuru, yayın gibi uygulama işlemleri de, hukuk düzeninde yeni bir değişiklik meydana getirmediklerinden iptal davasına konu olamamaktadırlar. Diğer taraftan idari işlemde ayrı olarak kendine özgü bir hukuka aykırılık taşıyan uygulama işleminin somut olayın özelliklerine göre iptal davasına konu olabilir düşüncesindeyiz.

⁸³ DVDDK. T. 18.4.2008, E. 2007/49, K. 2008/249.

⁸⁴ Da. 4D. T. 07.10.2003, E. 2002/4036, K. 2003/2246.

⁸⁵ Da. 13D. T. 16.03.2007, E. 2005/6715, K. 2007/1416.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu başka bir kararında, tebligat işlemlerinin idari davaya konu edilmesinin mümkün olamayacağına ilişkin kararında tebligat işlemlerinin, ilgililerine duyurulmalarına aracılık ettikleri asıl idari işlemlerden ayrılarak tek başlarına idari davaya konu edilmelerinin mümkün olmadığını, hukuki sakatlıklar taşıyan tebligat işlemlerinin ilgilileri açısından hukuki sonuçlar doğurabilmesi olanağı olmadığını söyleyerek tebligat işlemlerinin tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olarak nitelendirilmeyeceğini ifade etmiştir⁸⁶.

SONUÇ

İdari işlemler, idarenin tek yanlı irade açıklaması ile ilgililer üzerinde, onların rızası dışında, hukuki durumlarını etkilerler ve hukuki sonuçlar doğuran durumlar yaratırlar. İdari işlemlerin yarattığı bu sonuçlar, idari işlemin icrailiği özelliği ile ortaya çıkmaktadır. İcrailik idari işlemin kimliğini oluşturan önemli bir unsurdur. İdari işlemin icrailiği ile ilgili olarak doktrinde farklı terimler ve farklı açıklamalar getirilmektedir. İptal davası bakımından idari işlemin icrailiği ile kesin ve yürütülebilir olma şartı yargı kararlarında birlikte değerlendirmeye konu olsa da, kesin ve yürütülebilir olma icrai işlemin iptal davasına konu olması için gerekli bir şarttır. Zincir işlemler kuramına karşıt olarak ayrılabilir işlem kuramı geliştirilmiştir. Ayrılabilir işlemin, bulunduğu süreçten bağımsız olarak hukuki sonuçlar yaratması halinde iptal davasına konu olması söz konusudur. Ayrılabilir işlem kuramı bu anlamda iptal davası ve idari yargının denetim alanını genişleterek hukuk devleti ilkesine katkı yapmaktadır.

Hukuk düzeninde herhangi bir değişikliğe yol açmayan idarenin işlemleri de söz konusudur. Doktrinde farklı terimlerle ve farklı sınıflandırmalarla açıklanan bu işlemler, idarenin iç düzen işlemleri (direktifler, sirkülerler), bildirici işlemler (vergi hukukuna ilişkin işlemler, uyarıcı/ikaz edici işlemler), hazırlık işlemleri (tavsiyeler, danışma işlemleri), uygulama işlemleri (ilan, tebliğ, duyuru, vs.) olarak sıralanabilir. Diğer taraftan yargı nezdinde işleme verilen isimlerin değil doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından bir idari işlemin icrai olup olmadığının belirlenmesi önemlidir.

⁸⁶ DVDDK. T. 11.04.1997, E. 1995/425, K. 1997/187.

Birtakım icrai işlemler ise idari davaya konu olmamaktadır. Bunlardan bir kısmı yokluk kapsamında değerlendirilmekte ise iptal davası açılıp açılmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İcrai işlemlerin bir kısmı ise yargısal denetimi idari yargı dışına, örneğin adli yargı alanına bırakılmıştır. Tamamen yargı denetimi dışında bırakılan icrai idari işlemler de uygulamada görülmektedir: hukuk devleti ilkesini ihlal edici nitelikte yorumlanan hükümet tasarrufları ile yargısal bağımsızlığı tanınan işlemler. Hayli kabarık olan bu kategorideki işlemlerin bu noktada, Anayasa'nın 125. maddesindeki "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmüne ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu belirtmekte fayda vardır.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu Tekin, "Yönetmelik İşlemlerinde Yürürlüğe Giriş Sorunu", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1979, C:XII, S.2, s.33-44.
- Akyılmaz Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara 2000.
- Ay İrfan, "Geçici İdari İşlem Türü Olarak TSK'da Geçici Görevlendirme İşlemi Ve Bu İşlemin Benzer Geçici İdari İşlemlerle Karşılaştırılması", <<http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=80>>
- Bülbül Erdoğan, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, İstanbul 2010.
- Coşkun Sabri, *İdarenin İdari Denetiminde İdari (Yönetmelik) Vesayet*, Ankara 1976.
- Çağlayan Ramazan, "1982 Anayasasında Hukuk Devleti İlkesinin İdare Hukuku Açısından Görünümü", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 1997, C. I/1, s. 245-258.
- Duran Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982.

- Erkut Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990.
- Erkut Celal, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi* (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1991.
- Giritli İsmail/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun/Berk Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2012, 5.Bs.
- Günday Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, 10.Bs.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012, 12.Bs.
- Gözübüyük A.Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2012, 31.Bs.
- Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2012, C. 2, 5.Bs.
- Kalabalık Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Konya 2011, 4.Bs.
- Kaya Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2005, C. IX, s.253-284.
- Odyakmaz Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1998, C.2, S.1-2, s. 141-169.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C.3.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996.
- Sezginer Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000.
- Tan Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- Tan Turgut, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1969, C. 2, S. 4, s.99-115.
- Yıldırım Turan/Çakır Hüseyin Melih, İdari Yargı Ders Notları, İstanbul 2012.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NİN OLAĞANÜSTÜ TOPLANMASI: TATİLDE VEYA ARA VERMEDE TOPLANTI

THE CONVENING OF THE GRAND NATIONAL ASSEMBLY OF TURKEY DURING THE ADJOURNMENT OR RECESS

Harun GÜNDÜZ*

Özet: Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olağanüstü toplanması konusunda geçmişte farklı uygulamaların geliştiği görülmektedir. Bir kısmı siyasi kaygılara dayanan bu uygulamaların tekrar etmemesi ve olağanüstü toplantı konusunda tutarlı bir yaklaşım geliştirilebilmesi adına neler yapılabileceği hususu, çalışmanın özünü teşkil etmektedir.

Anahtar kelimeler: TBMM, Olağanüstü Toplantı, Tatil veya Ara Verme.

Abstract: It is seen that there have been diverging practices as to the convening of the Grand National Assembly of Turkey in the past. Some of these practices were arisen from the political concerns. Hence the essence of this paper is to discuss what should be done in order to prevent these practices from occurring again and to develop a consistent approach as to the convening during the adjournment or recess.

Keywords: Grand National Assembly of Turkey, Convening, Adjournment, Recess.

1. GİRİŞ

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olağanüstü toplanması (tatilde veya ara vermede toplantı) konusunda değişik dönemlerdeki farklı uygulamalar neticesinde, keyfi veya siyasi kaygılara dayanan yaklaşımlara zemin hazırlandığı ifade edilmektedir. Bunun bir sonucu olarak, seçimlerde aday gösterilmeyen ya da seçilme ihtimali düşük sıralardan aday gösterilen milletvekillerinin girişimiyle "küskünler hareketi"

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

adında bir olgunun da parlamento tarihine girdiği görülmektedir¹. Dolayısıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olağanüstü toplanması konusunda tutarlı bir uygulama adına nelerin yapılabileceği hususu, doktrindeki görüşler ile Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararları ışığında değerlendirilmelidir.

Öncelikle çalışmada, esas itibariyle 1982 Anayasası dönemindeki uygulamaların dikkate alındığı, ancak yeri geldiğinde geçmiş dönemlerdeki düzenlemelere ve uygulamalara da mümkün olduğunca değinilmeye çalışıldığı ifade edilmelidir. Bilindiği üzere Anayasa'nın "Toplanma ve Tatil" başlıklı 93. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi sadece Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'na verilmiştir. Söz konusu iki makam bu yetkisini doğrudan kullanabileceği gibi, Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine Cumhurbaşkanı veya yeter sayıda (110) milletvekilinin istemi üzerine de Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı toplantı çağrısı yapacaktır. Ancak bugüne kadarki uygulamada, doğrudan ya da Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından yapılmış bir olağanüstü toplantı çağrısının bulunmadığı görülmektedir. Yine doğrudan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı tarafından yapılan olağanüstü toplantı sayısının sadece iki olduğu görülürken, bunların dışında yapılan bütün olağanüstü toplantıların yeter sayıda milletvekilinin istemiyle yapıldığı anlaşılmaktadır². Dolayısıyla konuya ilişkin sorunlar ve tartışmalar, özellikle yeter sayıda milletvekilinin istemiyle yapılan olağanüstü toplantı çerçevesinde incelenmiştir.

Bu bağlamda hem daha sistematik bir çalışma olması hem de sorunların daha kolay anlaşılabilmesi adına, konunun üç ana başlık altında toplanması faydalı olacaktır³. Buna göre çalışma temel olarak; TBMM'yi olağanüstü toplantıya çağırma istemine ilişkin şartlar, olağanüstü toplantıya çağırma isteği üzerine TBMM Başkanı'nın takdir yetkisi ve olağanüstü toplantı çağrısı üzerine toplanan TBMM'de yapılacak görüşmeye ilişkin sorunlar başlıkları altında toplanmıştır.

¹ NEZİROĞLU, İ. (2005), "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Olağanüstü Toplanması: Sorunlar ve Öneriler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, s. 5

² Neziroğlu, a.g.e., s. 4

³ SOYSAL, M. (1958), "Büyük Millet Meclisi'nin Olağanüstü Toplantısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3, s. 281

2. KAVRAMLAR

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olağanüstü toplanmasıyla ilgili esas başlıkları incelemeye geçmeden önce kimi kavramların ortaya konulması, konunun anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle tatil, ara verme ve olağanüstü toplantı kavramları hakkında kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

2.1. Tatil ve Ara Verme

Tatil ve ara verme kavramları her ne kadar Anayasa'nın 93. maddesinde yer alan ifadeler olsa da, söz konusu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği İçtüzük'te düzenlenmektedir. Bu çerçevede İçtüzüğün 5. maddesine göre tatil, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çalışmalarının belli bir süre ertelenmesidir. Yine aynı maddeye göre Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul tarafından aksi yönde bir karar alınmadığı sürece 1 Temmuz günü tatile girer. Ancak tatil süresi, bir yasama yılı içinde en fazla üç ay olabilir.

İçtüzüğün 6. maddesinde düzenlenen ara verme ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin on beş günü geçmemek üzere çalışmalarını ertelenmesi olarak tanımlanmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ara verme kararı alabilmesi için öncelikle Danışma Kurulu'nun görüşünün alınması, ardından ara verme teklifinin Genel Kurul'ca oylanması gerekmektedir.

Özetle Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarının, on beş günü geçmemek üzere ertelenmesinin ara verme, on beş günden fazla bir süreyle ertelenmesinin ise tatil olarak adlandırıldığı söylenebilir⁴.

2.2. Olağanüstü Toplantı (Tatilde veya Ara Vermede Toplantı)

Anayasa'nın toplanma ve tatile ilişkin 93. maddesi ile İçtüzüğün "Tatilde veya aravermede toplantı" başlıklı 7. maddesinde her ne kadar **olağanüstü toplantı** ifadesi geçmese de, anılan ifadenin uygulamada sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. ÖZBUDUN⁵ ve SOYSAL⁶ tatil veya

⁴ HAS, V. (2009), *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 354

⁵ ÖZBUDUN, E. (2009), *Türk Anayasa Hukuku*, Onuncu Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 299

⁶ Soysal, a.g.e., s. 281

ara vermede yapılan toplantıları “*olağanüstü toplantı*” olarak adlandırırken TEZİÇ'e⁷ göre olağanüstü toplantı kavramı parlamentonun sürekliliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Meclisin toplantılarını “*çağrılı*” ve “*çağrısız*” olarak ikiye ayıran İBA⁸ ise, olağanüstü toplantı yerine “*çağrılı toplantı*” ifadesini önermektedir.

Nitekim milletvekilleri tarafından verilen çağrı önergelerinde, TBMM Başkanı'nın çağrısında, konuyla ilgili yapılan yazışmalarda, oturumu yöneten başkanvekilinin açılıştaki ifadesinde ve toplantı tutanaklarında hep “*olağanüstü toplantı*” ifadesi kullanılmaktadır. Genel kabul görmüş bu kavramın kullanılmasını, “*parlamentonun sürekliliği*” ilkesine aykırılık olarak yorumlamamak gerektiğini belirten NEZİROĞLU'na⁹ göre, buradaki olağanüstülük toplantının içeriği değil, şekliyle ilgili bir husustur. Dolayısıyla tatil veya ara verme ile ilgili olarak TBMM'nin bir karar aldığı ve daha sonra bu karara karşıt olan bir istem üzerine toplantı yapıldığı dikkate alınrsa, bu toplantıları olağanüstü olarak adlandırmakta bir sakınca olmadığına işaret edilmektedir. Ayrıca genel kabul görmüş olan bu ifadenin, birçok ülke Anayasası ile İctüzüklerinde de bu şekilde kullanıldığı belirtilmelidir.

3. OLAĞANÜSTÜ TOPLANTIYA ÇAĞIRMA İSTEMİNDE BULUNMASI GEREKEN ŞARTLAR

Olağanüstü toplantı çağrısında bulunması gereken şartların varlığı hususunun tartışmalı olduğu öncelikle belirtilmelidir. Bu çerçevede aşağıda, doktrinde ifade edilen görüşlere yer verilmektedir.

3.1. İstemın Yazılı Olması ve Toplantı Konusunu İçermesi

Anayasa'nın, toplanma ve tatile ilişkin olan 93. maddesinin ikinci fıkrası, “Meclis Başkanı da doğrudan doğruya veya üyelerin beşte birinin *yazılı* istemi üzerine, Meclisi toplantıya çağırır.” hükmünü amir olup, olağanüstü toplantı talebinin yazılı olması gerektiği açıkça belirtilmektedir. Yine İctüzüğün aynı konuya ilişkin olan 7. maddesinin

⁷ TEZİÇ, E. (1980), *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İÜHF Yayını, İstanbul, s. 157.

⁸ İBA, Ş. (2001), *Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, s. 185.

⁹ Neziroğlu, a.g.e., s. 3- 4 ve 26

üçüncü fıkrasında ise; Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın, üyelerin beşte birinin imzasını taşıyan gerekçeli önergedeki çağrı istemini en geç yedi gün içinde yerine getireceği ifade edilmektedir. Bu düzenlemede açıkça belirtilmemekle birlikte olağanüstü toplantı isteminin, *üyelerin imzasını taşıyan önergeyle* yapılacağı şeklindeki ifade nedeniyle yazılı olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak Bakanlar Kurulu'nun Cumhurbaşkanı'ndan olağanüstü toplantı talebinde bulunmasının, istemin yazılı olması şartına bağlanmadığı görülmektedir.

Olağanüstü toplantı önergesinde, toplantıyı gerektiren konunun belirtilmesinin zorunlu olup olmadığına ilişkin olarak ise Anayasa'da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'nın 93. maddesinin son fıkrasında geçen "... *bu toplantıyı gerektiren konu görüşülmeden ...*" biçimindeki anlatım, bu önergede konunun belirtilmesini zorunlu kılmaktadır. Nitekim İktüzüğün 7. maddesinin dördüncü fıkrasında bu husus açıkça düzenlenmekte ve "*bu toplantıyı gerektiren konunun belirtilmiş olması şarttır*" denilmektedir¹⁰.

Uygulamada yeter sayıda üyenin yaptığı çağrı üzerine Meclis Başkanı'nın da çağrıya farklı bir gündem maddesi eklediği görülmektedir. Nitekim 2002 yılında yapılan olağanüstü toplantı çağrısına, Meclis Başkanı da farklı bir tasarruğun görüşülmesi istemini eklemiştir¹¹. Aslında bu durum, Meclis Başkanı'nın kendi takdirlerine dayanarak TBMM'yi toplantıya çağırabilecek olmasının mantıksal bir sonucudur.

Bu önergede yer verilen konunun ne ölçüde açık olarak belirtilmesi gerektiği konusu ise 1961 Anayasası döneminde tartışma konusu olmuştur. Konu hakkında açılan usul tartışması sonucunda Meclis Başkanı, olağanüstü toplantıda hangi metnin görüşüleceği hususunun önergeden açıkça anlaşılamadığını, ancak bu belirsizliğin Genel Kurul'da yapılacak işlemler sonucunda ortaya çıkacağını belirtmiştir. Bu konuda doktrinde ifade edilen görüşler de, toplantıda görüşülecek konunun belli olmasının yeterli olduğu bunun ötesinde hangi işin görüşüleceğinin açıkça belirtilmesinin zorunlu olmadığı yönündedir¹².

¹⁰ Has, a.g.e., s. 372

¹¹ Neziroğlu, a.g.e., s. 6

¹² Has, a.g.e., s. 373

Son olarak İçtüzüğü'nün 7. maddesinde öngörülen, olağanüstü toplantı önergesinde toplantının gün ve saatinin belirtilmesi şartına değinmekte fayda vardır. Her ne kadar İçtüzük'te bu yönde bir şart öngörülmüşse de uygulamada bu şarta tam olarak uymayan önergelerin de kabul edildiği görülmektedir. Örneğin 1987 yılında yapılan bir olağanüstü toplantı çağrı önergesinde, belli bir gün ve saat yerine toplantı zamanının "bu hafta içinde" olmasını talep eden önerge de kabul edilmiştir¹³. Nitekim doktrinde de bu yönde görüşler bulunmakta ve Meclis Başkanı'nun önergede belirtilen tarihle bağlı olmadığı, toplantı gününü ve saatini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu, dolayısıyla önergede toplantı zamanının belirtilmemiş olmasının anılan önergenin işleme alınmasına engel olmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴.

3.2. Toplantı İsteminde Gerekçenin Gösterilmesi

Anayasa'nın 93. maddesinde olağanüstü toplantı önergesinde gerekçenin belirtilmesinin zorunlu olduğu yönünde açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, İçtüzüğü'nün 7. maddesinin üçüncü fıkrasında bu şart açıkça öngörülmektedir. Bir başka ifadeyle İçtüzük, Anayasa'nın öngörmediği bir şartı getirmekte ve Anayasa ile İçtüzük arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla doktrinde, İçtüzüğü'nün anılan hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmektedir¹⁵.

Gerçekten de eğer söz konusu İçtüzük hükmü, olağanüstü toplantı önergesinin geçerliliği ve işleme konulması için gerekli olan şartlardan birini ifade eden emredici bir hüküm olarak kabul edilirse, Anayasa'da yer almamış bir sınırlandırmanın İçtüzük hükmüyle öngörülmesi sebebiyle, ilgili İçtüzük hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmek mümkün hale gelecektir¹⁶.

Anayasa'da bu yönde bir düzenleme bulunmazken İçtüzük'te gerekçeyi şart koşan bir hükmün öngörülemediğini söyleyen ve milletvekillerinin yapacakları toplantı istemleri bakımından gerekçe

¹³ Neziroğlu, a.g.e., s. 7

¹⁴ Has, a.g.e., s. 376

¹⁵ Neziroğlu, a.g.e., s. 8

¹⁶ Has, a.g.e., s. 375-376

aramanın sakıncalarından bahseden BAKIRCI¹⁷, bu durumun özellikle Meclis Başkanı'nın takdir yetkisinin olduğu şeklindeki yorumlara zemin hazırlayabileceği tehlikesine işaret etmektedir. Nitekim gerekçe şartının, tam da bu şekilde yorumlandığı uygulamalar geçmişte yaşanmıştır¹⁸. Ancak bu uygulamalara, Meclis Başkanı'nın takdir yetkisi başlığı altında daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Gerekçe konusunda ARSEL¹⁹, olağanüstü toplantı isteminde konunun belirtilmesi zorunluluğunun mantıki bir sonucu olarak önergede gerekçenin de bulunması gerektiğini öne sürmektedir. Milletvekillerinin talebi üzerine Meclis Başkanı'nın TBMM'yi toplantıya çağırabilmesinin iki koşulu bulunduğunu dile getiren TEZİÇ'e göre bu koşullar, üyelerin beşte birinin imzasını taşıyan bir toplantı talebi olması ve toplantı önergesinin gerekçeli olmasıdır. Yine benzer bir şekilde ÖZBUDUN'da önergenin gerekçeli olması gerektiği görüşünü savunmaktadır²⁰.

Bu konuda NEZİROĞLU²¹; Cumhurbaşkanı veya Meclis Başkanı'nın doğrudan yapacağı toplantı çağrısında gerekçe gösterme yükümlülüğü aranmazken milletvekillerinin istemi üzerine yapılacak olağanüstü toplantı bakımından gerekçe aranmasının bir tezat oluşturduğunu ifade etmektedir. Şöyle ki, sanki milletvekillerinin gerçekte ihtiyaç olmadığı halde olağanüstü toplantı isteminde bulunabilecekleri endişesinden hareketle gerekçe yükümlülüğünün sadece üyelerin istemi üzerine yapılacak toplantı için şart koşulduğunu ifade etmekte ve bu durumu parlamenter demokrasi ile bağdaştırmanın mümkün olmadığını öne sürmektedir.

Yukarıda da değinildiği üzere gerekçeyi bir şart olarak öngören İçtüzük hükmünün Anayasa'ya aykırı olabileceği de göz önüne alındığında söz konusu hükmün, olağanüstü toplantı önergesinin sıhhatini etkileyecek ve yokluğu halinde işleme konulmasını önleyecek bir hüküm olarak değil de, gerekçe bulunmasının uygun ve yerin-

¹⁷ BAKIRCI, F. (2000), TBMM'nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi, Ankara, s. 102-106

¹⁸ Neziroğlu, a.g.e., s. 8-9

¹⁹ ARSEL, İ. (1965), *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Mars Matbaası, Ankara, s. 278

²⁰ Aktaran: Has, a.g.e., s. 374 ve Neziroğlu, a.g.e., s. 12

²¹ Neziroğlu, a.g.e., s. 11

de olacağını belirten bir hüküm olarak kabulü gerektiği haklı olarak dile getirilmektedir. Keza olağanüstü toplantının hangi konuyu görüşmek üzere yapıldığının belirtilmesi de, aslında gerekçe koşulunu yerine getirmede yeterlidir. Zira hangi konu için olağanüstü toplantı isteminde bulunduğu önergede belirtilmesi, aynı zamanda o istemin gerekçesini de göstermektedir²². Bu konuda son olarak; çağrı istemindeki gerekçenin Meclis Başkanı tarafından paylaşılmasının gerekmediği belirtilmelidir. Çünkü bu gerekçe milletvekillerine hitap etmekte ve toplantıya yeter sayıda üyenin katılımı, gösterilen gerekçenin bu üyeler tarafından da kabul edildiğinin bir tezahürü olmaktadır.

3.3. Çağrı Konusunun Daha Önce Görüşülmüş Olması

Olağanüstü toplantı çağrısına konu olan işin daha önce görüşülmüş olması, başka bir ifadeyle aynı konuda birden fazla olağanüstü toplantı isteminde bulunulup bulunulamayacağı konusunda ne Anayasa'da ne de İçtüzük'te açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak uygulama, olağanüstü toplantıların aynı konuda bir defa yapıldıktan sonra ikinci kez yapılamayacağına dair bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle, daha önce görüşülmüş bir konunun tekrar olağanüstü toplantıya konu olabileceği yönünde gelişmiştir²³.

Bu konuyla ilgili olarak HAS'ın²⁴ yapmış olduğu; "Genel Kurulca kesin karara bağlanmamış bir konuda ikinci kez olağanüstü toplantı önergesinin verilebileceği, zira bu hususu yasaklayan herhangi bir düzenlemeye Anayasa ve İçtüzük'te yer verilmediği, bu noktada olağanüstü toplantı önergesinin taşınması gereken şekli şartların bulunup bulunmadığının önemli olduğu, buna karşın Genel Kurulca karara bağlanmış bir hususun yeniden görüşülmesi İçtüzük hükümlerine göre mümkün değilse²⁵ o konuda ikinci bir olağanüstü toplantı önergesinin verilemeyeceği ve bu önergenin işleme konulamayacağı" yönündeki değerlendirmeler bizce de oldukça yerindedir.

²² Has, a.g.e., s. 375-376

²³ Bu konudaki örnekler için bkz. Neziroğlu, a.g.e., s. 10-11; Has, a.g.e., s. 376-377

²⁴ Has, a.g.e., s. 377

²⁵ Örneğin İçtüzüğün 76. maddesine göre, TBMM tarafından reddedilmiş olan kanun tasarı veya teklifleri, ret tarihinden itibaren bir tam yıl geçmedikçe yeniden verilemez.

4. OLAĞANÜSTÜ TOPLANTIYA ÇAĞIRMA İSTEMİ ÜZERİNE MECLİS BAŞKANI'NIN TAKDİR YETKİSİ

Uygulamada yaşanan farklılıklar nedeniyle, 1996 yılında yapılan İçtüzük değişikliğine kadar oldukça tartışmalı olan Meclis Başkanı'nun takdir yetkisi konusunu ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Bunlardan ilki toplantıya çağırma, ikincisi ise toplantı zamanını belirleme konusundaki takdir yetkisidir.

4.1. Meclis Başkanı'nun Toplantı İstemini Kabul Edip Etmeme Konusundaki Takdir Yetkisi

Bu konuda doktrindeki görüşlere bakıldığında, Cumhurbaşkanı veya Meclis Başkanı'nun takdir yetkisinin olmadığı noktasında tam bir görüş birliğinin olduğu görülmektedir. Dolayısıyla gerek Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine Cumhurbaşkanı, gerekse yeter sayıda üyenin istemi üzerine Meclis Başkanı, TBMM'yi olağanüstü toplantıya çağırma zorundadır. Ancak uygulamada farklı örneklerin yaşandığı ve Meclis Başkanı'nun kimi olağanüstü toplantı istemlerini geri çevirdiği görülmektedir. Dolayısıyla bu bölümde öncelikle doktrindeki görüşlere kısaca değinilecek, ardından uygulamada yaşanan sorunlara yer verilecektir.

Anayasa'nın 93. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen "çağırır" şeklinde ifadenin Cumhurbaşkanı ile Meclis Başkanı'na bu konuda bir "imkan" tanımadığı, tam aksine bir "mecburiyet" yüklediğini ifade eden SOYSAL'a²⁶ göre; üyelerin beşte birinin isteği, gerekli şekil şartlarına uygun bir biçimde yapılır yapılmaz Meclis Başkanı bakımından toplantıya çağırma mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 93. maddesinin Danışma Meclisi'ndeki görüşmelerinde, söz konusu maddede geçen "çağrılır" ifadesinin "çağrılabilir" şeklinde değiştirilmesi yönündeki teklif kabul görmediği gibi, Anayasa Komisyonu'nun bu konudaki görüşü de TBMM'yi toplantıya çağırmanın bir zorunluluk olduğu ve Cumhurbaşkanı'nun mutlak surette toplantıya çağrı yapması istendiği için bu şekilde bir düzenleme getirildiği yönündedir²⁷.

²⁶ Soysal, a.g.e., s. 283

²⁷ Neziroğlu, a.g.e., s. 12

Bu konuda ÖZBUDUN'a²⁸ göre; Cumhurbaşkanı ve Meclis Başkanı kendi takdirlerine dayanarak TBMM'yi toplantıya çağırabilecekleri gibi, Bakanlar Kurulu'nun ya da TBMM üye tamsayının beşte birinin yazılı istemi üzerine bu daveti yapmaya mecburdurlar. Dolayısıyla Meclis Başkanı'nın bu konudaki yetkisi, sadece şekli bir inceleme yapmaktan ibarettir. Yine TEZİÇ²⁹ de bu yönde düşünmekte ve şekli koşulları taşıyan olağanüstü toplantı önermeleri üzerine Meclis Başkanı'nın takdir yetkisinden söz edilemeyeceğini belirtmektedir³⁰.

Anayasa'nın 93. maddesinde geçen "çağrılır" ve "çağırır" şeklindeki ifadelerin, Cumhurbaşkanı ve Meclis Başkanı açısından bağlı yetkiyi ifade ettiğini belirten HAS'a³¹ göre; şekli koşulları taşıyan bir istem üzerine Cumhurbaşkanı veya Meclis Başkanı TBMM'yi olağanüstü toplantıya çağırma zorundadır. Ayrıca Anayasa'nın ilgili maddesiyle Cumhurbaşkanı ve Meclis Başkanı'na, TBMM'yi doğrudan doğruya olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi tanınarak, kendilerine zaten takdir yetkisi verilmiştir. Nitekim yapılan değişiklik sonrasında İktüzük'te, bir süre sınırı da öngörülerek Meclis'i olağanüstü toplantıya çağırma zorunluluğu açıkça ifade edilmiştir.

Doktrinde dile getirilen görüşlerin tamamına yakını Meclis Başkanı'nın bu konuda takdir yetkisinin olmadığı yönündeyken uygulamada neden farklılıkların yaşandığı sorusunun cevabı, aslında "küskünler hareketi" denilen olgunun altında yatmaktadır. Seçimlerde aday gösterilmeyen ya da seçilme ihtimali düşük sıralardan aday gösterilen küskün milletvekillerinin Meclis'i olağanüstü toplantıya çağırarak erken seçimleri erteletme girişimleri, bugüne kadar yapılan beş erken seçimin hepsinin öncesinde yaşanmıştır. Söz konusu girişimler içinde Meclis Başkanı'nın, gerekçe şartının yerine getirilmediğini öne sürerek Meclis'i olağanüstü toplantıya çağırmadığı durumlar ise 1987 ve 1991 yıllarında yapılan seçimler öncesinde yaşanmıştır³².

²⁸ Özbudun, a.g.e., s. 299

²⁹ Aktaran: Neziroğlu, a.g.e., s. 12; Has, a.g.e., s. 379

³⁰ Benzer yöndeki bir başka görüş için bkz. GÖZLER, K. (2004), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitapevi, Bursa, s. 203. Ayrıca yine bu yöndeki diğer görüşler için bkz. Has, a.g.e., s. 380, dn. 317

³¹ Has, a.g.e., s. 380

³² Has, a.g.e., s. 378-379

İlk olarak yeter sayıda milletvekilinin Meclisi 3.10.1987'de olağanüstü toplantıya çağırma önermeleri Meclis Başkanı tarafından işleme konulmamıştır. Buna gerekçe olarak Meclis Başkanı; "çağrı gerekçesi üzerinde her türlü değerlendirme ve incelemeyi yapma hakkı olduğunu, yapılacak inceleme sonucunda gösterilen gerekçenin olağanüstü durumların doğurduğu nadir hallerde Başkanlıkça paylaşılmamasının mümkün olduğunu, nitekim mevcut gerekçenin de kendisi tarafından paylaşılmadığını ve muhtemel bir toplantının istikrarsızlığa yol açacağı endişesiyle Meclisi toplantıya çağırılmayı uygun görmediğini" beyan etmiştir. Bu uygulamanın hemen sonrasındaki günlerde yeter sayıda milletvekili tarafından yapılan iki olağanüstü toplantı çağırması da Meclis Başkanı tarafından dikkate alınmamıştır³³.

1999 yılında yapılan erken seçim öncesinde verilen olağanüstü toplantı önergesinin Meclis Başkanı tarafından kabul edilmesi üzerine ise konu Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Ancak mahkeme, sadece İçtüzük kuralı niteliğindeki Meclis kararlarını denetleyebileceğini, Meclis Başkanlığı'nın işlemlerini denetleyemeyeceğini belirtmek suretiyle başvuruyu görevsizlik nedeniyle reddetmiştir³⁴.

Bizce Anayasa'da öngörülmeleyen gerekçe şartını dayanak göstermek suretiyle Meclis Başkanı'nun takdir yetkisi olduğu ve toplantı istemini geri çevirebileceğini kabul etmek zorlama bir yorumdan ibarettir. NEZİROĞLU'nun³⁵ da ifade ettiği gibi, Meclis Başkanı'nun çağrı gerekçesi üzerinde her türlü değerlendirme ve incelemeyi yapma ve eğer gerekçeye katılmazsa Meclis'i toplantıya çağırılmama yetkisi olduğu şeklindeki görüş, o zamanki uygulamaya çözüm üretme amaçlı zorlama bir yorum olup hukuki dayanaktan da yoksundur. Zira gerekçenin asıl tartışılması gereken yer Genel Kurul olmalıdır. Kaldı ki gerekçe şartı, Anayasa'da bulunmayan bir şarttır. Eğer kanunkoyucu bu işi Meclis

³³ Bu çağrılardan ilki, Meclis Başkanı'nun olağanüstü toplantı talebini reddeden kararının genel görüşmeye açılmasına ilişkin olağanüstü toplantı talebidir. Ancak bu istemin de Başkan tarafından yerine getirilmemesi üzerine, Meclis Başkanı'nun kararlarında mensubu olduğu siyasi parti üst yönetiminin etkisinin ortaya çıkartılması amacıyla bir Meclis Araştırması açılması istemiyle yapılan olağanüstü toplantı istemi de Meclis Başkanı'nca dikkate alınmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Neziroğlu, a.g.e., s. 9

³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 25.3.1999 tarih, E. 1999/12, K. 1999/5 sayılı kararı

³⁵ Neziroğlu, a.g.e., s. 12-13

Başkanı'nın takdirinde görseydi, olağanüstü toplantı çağrısı için bu kadar çok sayıda milletvekilinin talebini şart koşmaması gerekirdi.

Sonuç itibariyle Meclis Başkanı'nun, Meclis'i otomatik olarak toplantıya çağırma zorunda olması, bu konuda takdir yetkisinin olduğunu ileri sürerek ve talebi siyasi etiğe aykırı ve haksız bulması gerekçesiyle Meclis'i toplantıya çağırması³⁶ yönündeki uygulamanın hukuki olmadığını görülmektedir.

4.2. Meclis Başkanı'nın Toplantı Zamanı Konusundaki Takdir Yetkisi

İçtüzüğün 7. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, olağanüstü toplantı çağrılarında toplantı gün ve saatinin belirtilmesi şart olup, yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise Meclis Başkanı'nun bu çağrı istemini en geç yedi gün içinde yerine getireceği düzenlenmektedir. Bu noktada akıllara gelen soru, acaba Meclis Başkanı'nun olağanüstü toplantının zamanını belirleme konusunda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığıdır.

Meclis Başkanı'na toplantıya çağırma bakımından tanınmayan takdir yetkisinin, toplantı tarihi bakımından mevcut olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla toplantı önergesinde yer verilen toplantı tarihinin Meclis Başkanı için bağlayıcı olmadığı söylenebilir. Ancak Meclis Başkanı bu yetkiyi kullanırken, iyi niyetle ve makul bir şekilde hareket etmelidir. Çünkü bu yönde bir davranış, parlamento geleneklerine daha uygun düşer³⁷.

Bu konuda HAS³⁸ da aynı yönde düşünmekte ve Meclis Başkanı'nın önergede belirtilen tarihle bağlı olmadığını, dolayısıyla toplantı gününü ve saatini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunun kabulünün gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim İçtüzük'te de bu görüş benimsenmiş ve Meclis Başkanı'nun olağanüstü toplantı önergesindeki tarihle bağlı olmadığını kabul edilmiştir.

Bu aşamada tartışılması gereken bir başka husus ise İçtüzüğün 7. maddesinde geçen, "Meclis Başkanı ... çağrı istemini ise en geç yedi gün

³⁶ Has, a.g.e., s. 379

³⁷ Soysal, a.g.e., s. 284

³⁸ Has, a.g.e., s. 380

çinde yerine getirir” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu konuda doktrinde dile getirilen görüşlere bakıldığında, anılan ifadenin 7 gün içerisinde toplantı tarihinin açıklanması şeklinde değil, bu süre içerisindeki bir tarihte Meclis’in olağanüstü toplanması şeklinde anlaşılması gerektiği öne sürülmektedir³⁹. Gerçekten de bu yorum biçimi, olağanüstü toplantının öngörülmesindeki amaçla örtüşmektedir. Zira olağanüstü toplantı yapılmasını gerektiren konu, olağan toplantı tarihini beklemeyecek kadar ivedidir⁴⁰.

Nitekim uygulamaya bakıldığında da bu yönde çok güçlü bir temülün oluştuğu görülmektedir⁴¹. Örneğin 24.9.2002 tarihinde kayda giren olağanüstü toplantı önermesine ilişkin olarak Meclis Başkanı’nun verdiği cevapta; İçtüzüğü’nün 7. maddesindeki hükmün bu 7 günlük süre içinde olmak kaydıyla olağanüstü toplantı için en uygun olabilecek gün ve saatin TBMM Başkanı tarafından kararlaştırılmasına imkân tanıdığı belirtilmiştir. Yazının devamında ise Meclis’in Anayasa gereği zaten 1 Ekim tarihinde kendiliğinden toplanacağından bahisle, bu tarihten daha önceki bir günde olağanüstü toplantı için çağrı yapılmasına gerek görülmediği ifade edilmiştir⁴².

5. OLAĞANÜSTÜ TOPLANTI ÇAĞRISI ÜZERİNE TOPLANAN TBMM’DE YAPILACAK GÖRÜŞMEYE İLİŞKİN SORUNLAR

5.1. Olağanüstü Toplantı Öncesinde Danışma Kurulu’nun Toplanması

Meclis Başkanı’nun olağanüstü toplantı çağrısında belirlediği gün ve saatte Genel Kurul toplanana kadar Meclis, tatil veya ara vermede kabul edilir. Dolayısıyla Meclis, olağanüstü birleşimin açılmasıyla çalışmalarına başlamış olur. Bu andan itibaren Genel Kurul ve komisyonlar da dahil olmak üzere tüm yasama ve denetim birimlerinin çalışmalarını sürdürebileceği kabul edilmektedir. Bu durum Danışma Kurulu bakımından da geçerli olup, olağanüstü toplantı gün ve saa-

³⁹ Neziroğlu, a.g.e., s. 13; Has, a.g.e., s. 381

⁴⁰ Has, a.g.e., s. 381

⁴¹ Neziroğlu, a.g.e., s. 13

⁴² Has, a.g.e., s. 381; Neziroğlu, a.g.e., s. 10

tinden önce Danışma Kurulu'nun da toplanması mümkün değildir⁴³. Ancak uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle, bu husus tartışmalı bir konu haline gelmiştir.

Olağanüstü toplantı öncesinde Danışma Kurulu'nun toplanamayacağı yönündeki iddia ilk defa 1983 seçimleri sonrasında yapılan olağanüstü toplantıda gündeme getirilmiştir⁴⁴. Ancak bu sorun esas olarak 13.3.1999 tarihinde yapılan olağanüstü toplantıda yaşanmış ve sonrasında konu Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Dava konusu olayın gelişimini kısaca özetlemek gerekirse; olağanüstü toplantının yapılacağı 13.3.1999 günü saat 15:00'den önce Danışma Kurulu saat 13:30'da toplantıya çağırılmış, Danışma Kurulu'nda oybirliği sağlanamaması üzerine bir parti grubunun önerisi olağanüstü toplantı konusundan önce görüşülerek Genel Kurul'ca kabul edilmiş, bunun üzerine Meclis'in olağanüstü toplantı birleşim saatine kadar tatilde olduğu ve bu nedenle Danışma Kurulu'nun bu saatten önce toplanamayacağı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur⁴⁵.

Meclis Başkanı'nın Genel Kurul'u olağanüstü toplantıya çağırması ve bu toplantıdan önce Danışma Kurulu'nu toplamasının İçtüzüğe aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, İçtüzük kuralı ihdası veya değişikliği niteliğindeki Meclis kararlarının Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girdiğinden bahisle, bu kapsamda bulunmayan Başkanlık işlemlerine ilişkin iptal isteminin görevsizlik nedeniyle reddi gerektiğine karar vermiştir⁴⁶. Zira Danışma Kurulu'nun toplantıya çağırılması da bir Başkanlık işlemidir.

Yine aynı davada genel görüşme öngörüşmeleri yapılmadan bir parti grubu önerisinin Genel Kurul'da oylanmasına ilişkin Meclis kararı hakkında Anayasa Mahkemesi öncelikle, gündemde olmayan ve Danışma Kurulu'nca kararlaştırılmamış bir hususun görüşülmüş olması ve genel görüşme gününün Danışma Kurulu önerisiyle değil grup önerisi üzerine kabul edilmesi gerekçeleriyle, İçtüzüğün 49.

⁴³ Has, a.g.e., s. 381-382

⁴⁴ Neziroğlu, a.g.e., s. 16

⁴⁵ Has, a.g.e., s. 382

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 25.3.1999 tarih, E. 1999/12, K. 1999/5 sayılı kararı.

maddesinin son⁴⁷ ve 103. maddesinin ilk fıkrasında⁴⁸ öngörülme-
yen bir İttüzük kuralı niteliğinde olduğu tespitinde bulunmuştur. Ancak
mahkeme, İttüzük ile oluşturulan Danışma Kurulu kararlarının Genel
Kuruluna bağladığının düşünilemeyeceği gerekçesiyle söz konusu Mec-
lis kararını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Hukuki açıdan bakıldığında; her ne kadar Danışma Kurulu'nun
tatil veya ara verme sırasında toplanamayacağı haklı bir görüş olsa da,
bu durumun sonuçlarının oldukça önemli olduğu görülmektedir. Bu
sonuçlardan en önemlisi, olağanüstü toplantı konusunun görüşülebil-
mesi için genellikle Danışma Kurulu önerisi ile gündemin ilk sırasına
alınması zorunluluğudur. Aksi halde olağanüstü toplantı açıldıktan
sonra toplantıya ara verilip Danışma Kurulu'nun kararının alınması
gerekecektir. Dolayısıyla Danışma Kurulu'nun olağanüstü toplantı-
dan önce toplanamaması durumunda, Genel Kurul çalışmalarının ak-
sayacağı açıktır. İttüzükteki hiçbir hükmün Meclis çalışmalarını engel-
leyici şekilde yorumlanamayacağı görüşünden hareketle, olağanüstü
toplantıdan önce Danışma Kurulu'nun toplanmasında bir sakınca
olmadığı söylenebilir. Nitekim uygulamada bu yönde birçok örneğin
yaşandığı da görülmektedir⁴⁹.

5. 2. Açılış Yoklaması ve Toplantı Yeter Sayısının Olmaması

İttüzüğün 7. maddesinin son fıkrasında 1996 yılında yapılan de-
ğişiklikle, olağanüstü toplantı birleşimi yeterli çoğunlukla açılabil-
diği takdirde toplantı konusunun görüşülebileceği ve yeterli çoğunluk sağ-
lanamazsa olağanüstü toplantı çağrısının düşeceği hükme bağlan-
mıştır. Bu açık düzenleme öncesinde yapılan olağanüstü toplantılarda da,
toplantının başında ya da görüşmelerin devamında toplantı yetersa-
yısının bulunmaması halinde çağrının düştüğü kabul edilerek tatil ve
ara vermeye devam edildiği görülmektedir⁵⁰.

⁴⁷ İttüzüğün 49. maddesinin son fıkrası şu şekildedir: "Danışma Kurulunun görüşü
alınıp, Genel Kurulca kararlaştırılmadıkça, Başkan tarafından görüşüleceği
önceden bildirilmeyen hiçbir husus, Genel Kurulda konuşulamaz."

⁴⁸ İttüzüğün 103. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: "Genel görüşme açılmasına
karar verilirse, genel görüşme günü bir özel gündem halinde Danışma Kurulunca
tespit edilir."

⁴⁹ Neziroğlu, a.g.e., s. 18

⁵⁰ Olağanüstü toplantının başında veya görüşmelerin devamında toplantı

Ancak doktrinde aksi yönde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşün temel dayanağı, açılış yoklaması konusunda olağan toplantı ile olağanüstü toplantı arasında önemli bir fark bulunduğuudur. Buna göre; olağan toplantıda yapılan ilk yoklamada toplantı yeter sayısı bulunamaması halinde, birleşime bir süre ara verilmesi ve sonrasında ikinci defa yoklama yapılması İchtüzük gereğidir ve normaldir. Fakat olağanüstü toplantıda durum farklıdır. Burada Genel Kurul'un daha önce almış olduğu tatil veya ara verme kararına zıt bir toplantı çağrısı vardır. Dolayısıyla olağanüstü toplantının açılışında yapılan yoklamaya katılmamak, açık bir şekilde toplantı çağrısına katılmamak demektir⁵¹. Yine bu görüşten hareketle, ilk toplantıda yeter sayının bulunmasının, Genel Kurul'un o işi görüşme iradesinin göstergesi olduğu ve sonraki oturumlarda yoklama yapılmasına gerek olmadığı da ifade edilmektedir⁵².

Uygulamaya bakıldığında ise bu görüşün pek kabul görmediği anlaşılmaktadır. Çünkü olağanüstü toplantılarda, birleşimin ilk oturumunda toplantı yeter sayısı bulunmadığı takdirde birleşime ara verilmekte, ancak ikinci oturumda da yeterli çoğunluk sağlanamadığı takdirde tatile veya ara vermeye devam etmek üzere birleşimin kapatıldığı görülmektedir. Nitekim 3.8.2004 tarihinde yapılacak olağanüstü toplantıda sürecin ne şekilde işleyeceğine ilişkin olarak TBMM tarafından yapılan bir basın açıklamasında da Genel Kurul'un yoklama ile açılacağı, şayet yoklamada çoğunluk bulunmuyorsa en çok 1 saate kadar birleşimin erteleneceği ve sonrasında tekrar yoklama yapılacağı ifade edilmektedir⁵³.

Bu konuda son olarak İchtüzük'teki yeterli çoğunluk sağlanamazsa olağanüstü toplantı çağrısının düşeceği yönündeki düzenlemenin, Anayasa'nın ara verme veya tatil sırasında toplanan Meclis'in öncelikle bu toplantıyı gerektiren *konu görüşülmeden* ara verme veya tatile devam edemeyeceği yönündeki 93. madde hükmüne aykırı olduğu görü-

yetersayısının bulunmadığı örnekler için bkz. Has, a.g.e., s. 383-384

⁵¹ Neziroğlu, a.g.e., s. 19

⁵² Neziroğlu, a.g.e., s. 29

⁵³ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tbmm_basin_aciklamalari_sd.aciklama?p1=8607

şünün⁵⁴ bizce doğru bulunmadığı ifade edilmelidir. Zira Anayasa'nın 93. maddesinin, toplantı yetersayısı aranmaksızın olağanüstü toplantı konusunun görüşülmesini emretmediği açıktır⁵⁵.

5.3. Olağanüstü Toplantıda Gündem Dışı Konuşma

Olağanüstü toplantı görüşmelerinde çağrı konusunun haricindeki işlerin görüşülüp görüşülemeyeceği konusunu değerlendirmeye geçmeden önce, olağanüstü toplantıda gündem dışı söz verilip verilemeyeceği hususuna kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Bu konuyla ilgili İktüzük hükümlerine bakıldığında, ne tatilde veya ara vermede toplantıya ilişkin 7. maddede, ne de gündem dışı konuşmaya ilişkin 59. maddede açık bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir.

Her ne kadar doktrinde, Meclis uygulamalarına bakıldığında olağanüstü toplantıda gündem dışı söz verilmediği ifade edilmekteyse de⁵⁶, bu konuda çeşitli istisnaların yaşanmış olduğu görülmektedir. Gerçekten de 1976 ve 1990 yıllarında yapılan olağanüstü toplantılarda Meclis Başkanı, gündem dışı söz isteyen üyelere bu imkânı tanımamıştır. Ancak 2001 ve 2002 yıllarında yapılan olağanüstü toplantılarda ise çağrı konusu iş görüşülmeden Meclis üyelerine söz verildiği görülmektedir⁵⁷.

Esasında olağanüstü toplantı konusu işin bir an evvel görüşülmesi esas olduğundan, gündem dışı söz verilmemesi yönündeki uygulama olağanüstü toplantının amacına daha uygundur. Keza Anayasa'nın 93. maddesinde geçen "*öncelikle bu toplantıyı gerektiren konu görüşülmeden ara verme veya tatile devam edilemez*" şeklindeki ifade ile İktüzüğün 7. maddesindeki "*TBMM çalışmalarına devama karar vermediği takdirde, tatile veya aravermeye devam olunur*" şeklindeki düzenleme karşısında, olağanüstü toplantılar bakımından aksine karar alınmadıkça sadece çağrı konusunun görüşülmesi gerekir. Dolayısıyla olağanüstü toplantı konusu haricindeki bir konu olan gündem dışı konuşma talebinin yerine getirilmemesi hukuki açıdan daha yerindedir⁵⁸.

⁵⁴ Bakırcı, a.g.e., s. 111

⁵⁵ Has, a.g.e., s. 385

⁵⁶ Bkz. Has, a.g.e., s. 386

⁵⁷ Neziroğlu, a.g.e., s. 19-20

⁵⁸ Has, a.g.e., s. 386

5.4. Olağanüstü Toplantı Konusu Dışındaki Konuların Görüşülmesi

Olağanüstü toplantı üzerine yapılacak görüşmenin çağrı konusu işle sınırlı olup olmadığı, bir başka deyişle olağanüstü toplantı konusu haricinde bir konunun Meclis tarafından görüşülüp görüşülemeyeceği hususu, özellikle 1961 Anayasası döneminde gündeme gelmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına da konu olmuştur. Aslında 1982 Anayasası'ndakine benzer bir düzenleme getiren 1961 Anayasası'nın "Toplanma ve Tatil" başlıklı 83. maddesinin son fıkrasına göre; ara verme veya tatil sırasında toplantıya çağrılan meclisler, önce bu toplantıyı gerektiren konu üzerinde görüşme yaparlar. Anayasa Mahkemesi de anılan kararında bu düzenlemeye göndermede bulunarak konuyla ilgili şu saptamaları yapmaktadır⁵⁹: "Anayasa'nın yukarıda belirtilen 83. maddesinin son fıkrası ile ara verme veya tatil sırasında toplantıya çağrılan meclislerin önce bu toplantıyı gerektiren konu üzerinde görüşme yapmaları zorunluluğu öngörülmüş, başka konuların görüşülemeyeceği yolunda ise engelleyici bir hüküm getirilmemiştir."

Bilindiği üzere Anayasa'nın 93. maddesinin son fıkrasına göre; ara verme veya tatil sırasında toplanan TBMM'de, öncelikle bu toplantıyı gerektiren konu görüşülmeden ara verme veya tatile devam edilemez. Bu hükme göre olağanüstü toplantı sadece bu toplantıya neden olan konuyla sınırlanmamış olup, olağanüstü toplantıya neden olan konunun sadece önceliğe sahip olduğunu vurgulamaktadır⁶⁰. Yine İchtüzüğü'nün 7. maddesinin son fıkrası; "Konu üzerinde gerekli işlemler tamamlanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarına devama karar vermediği takdirde, tatile veya aravermeye devam olunur." şeklinde bir düzenleme getirmektedir. Bu iki hüküm birlikte incelendiğinde Meclis'in, olağanüstü toplantıyı gerektiren konuyu görüştüğünden sonra çalışmalarına devam kararı alarak başka konuları da görüşebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim doktrindeki görüşlerin de neredeyse tamamı bu yöndedir⁶¹. Ancak bu açık düzenlemelere rağmen konu, 1999 yılında

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 18 ve 22.11.1976 tarih, E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı kararı.

⁶⁰ Has, a.g.e., s. 388

⁶¹ Bkz. Teziç, a.g.e., s. 159; Bakırcı, a.g.e., s. 99; İba, a.g.e., s.386; Neziroğlu, a.g.e.,

yapılan olağanüstü toplantı nedeniyle tekrar Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır.

Söz konusu olayda, olağanüstü toplantı sonrasında Genel Kurul'un çalışmalarına devam kararı alması üzerine, olağanüstü toplantının önergede belirtilen konuyla sınırlı olduğu ve aksi yöndeki uygulamanın Anayasa'nın 93. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise; Genel Kurul birleşiminin açılması ve kapanmasını düzenleyen ve dolayısıyla dava konusu oturumun uzatılması kararı ile doğrudan ilgili görülen İktüzüğün 55. maddesinin ikinci fıkrasında, Genel Kurul tarafından zorunlu durumlarda oturumun uzatılabileceğinin belirtildiğinden bahisle anılan başvuruyu reddetmiştir⁶².

5.5. Olağanüstü Toplantı Sonrası Tatil

Olağanüstü toplantı konusunun görüşmesinden sonra Meclis'in kendiliğinden tatile girip girmeyeceği sorusunun yanıtı, Anayasa ve İktüzük'te yer alan düzenlemeler ışığında açık olmakla birlikte, bu konuda aksi yönde görüşler de bulunmaktadır. Olağanüstü toplantıya konu işin görüşülmesinin ardından Meclis'in kendiliğinden tatile girmeyeceğini ve ayrıca bir tatil kararı alınması gerektiğini belirten bu görüş, dayanağını parlamentonun sürekliliği ilkesinden almaktadır⁶³. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa'nın 93. maddesinin son fıkrası, olağanüstü toplantı konusunun görüşülmesine sadece bir öncelik tanıdığı ve başkaca konuların görüşülmesini yasaklamadığı gibi, İktüzüğün 7. maddesinin son fıkrasında açıkça, konu üzerinde gerekli işlemler tamamlanınca TBMM çalışmalarına *devam kararı vermediği takdirde*, tatile veya ara vermeye devam olunacağı hükme bağlanmaktadır.

s.22;Has,a.g.e.,s. 388

⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 25.3.1999 tarih, E. 1999/12, K. 1999/5 sayılı kararı.

⁶³ Teziç, a.g.e., s. 157; TANILLI, S. (1990), *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, Say Yayınları, İstanbul, s. 296. Ancak Teziç tarafından 9.3.1999 tarihinde Meclis Başkanlığı'na verilen görüşte; olağanüstü toplantı çağrısına konu iş görüşüldükten sonra Meclis'in, başkaca konuları görüşme konusunda çalışmalarına devam kararı vermediği takdirde, tekrar kendiliğinden tatile gireceği ifade edilmektedir. Bkz. Aktaran: Has, a.g.e., s. 385

Bu sorun Türkiye'de yine 13.3.1999 tarihinde yapılan olağanüstü toplantı nedeniyle gündeme gelmiştir. Olağanüstü toplantı konusunun görüşülmesinin ardından TBMM'nin çalışmalarına devam etmesi Genel Kurul tarafından kabul edilmiş ve böylece Meclis bir süre daha çalışmalarına devam etmiştir. Bunun üzerine anılan Genel Kurul Kararının iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmuştur. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu kararın İçtüzük değişikliği ya da yeni bir İçtüzük kuralı niteliğinde olmadığından bu karara ilişkin iptal isteminin görevsizlik nedeniyle reddine karar vermişse de kararın gerekçesinde, TBMM çalışmalarının sürdürülmesine ilişkin düzenleme olan İçtüzüğün 7. maddesinin son fıkrasında, "...TBMM, çalışmalarına devama karar vermediği takdirde, tatil veya ara vermeye devam olunur..." denildiğini belirterek, Genel Kurul'un "çalışmaya devam" kararı alabileceğinin açık olduğunu belirtmiştir⁶⁴.

Meclis'in tatile girme ya da çalışmalara devam konusundaki uygulamalara bakıldığında ise farklı durumların olduğu görülmektedir. Örneğin 1992 ve 1994 yıllarında yapılan olağanüstü toplantılar sonrasında çalışmalara devam kararı alınmış, fakat daha yapılan görüşmeler sonrasında ayrıca bir tatil kararı alınmadan Meclis tatile girmiştir. 2004 yılında yapılan olağanüstü toplantıda ise, toplantı konusunun görüşülmesinin ardından çalışmalara devam kararı alınmadığı halde Meclis çalışmalarına devam etmiştir⁶⁵.

6. SONUÇ

Meclis'in olağanüstü toplanması konusundaki uygulamalara bakıldığında, Anayasa ve İçtüzük hükümleri açık olmasına rağmen kimi durumlarda zorlama yorumlara başvuru olarak bu hükümlerin farklı sonuçlara ulaşmak amacıyla yorumlandığı dikkatlerden kaçmayan bir husustur. Yapılan bu yorumlar sonucunda zaman zaman Anayasa Mahkemesi'ne de başvuru olarak bir sonuca ulaşılmaya çalışıldığı da uygulamada görülmüştür. Gerekçe şartının yerine getirilmediği öne sürülerek Meclis'in olağanüstü toplantıya çağrılmaması, bu uygulamaların

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 25.3.1999 tarih, E. 1999/12, K. 1999/5 sayılı kararı.

⁶⁵ Neziroğlu, a.g.e., s. 22-23

en belirgin örneğini oluşturmaktadır. Söz konusu durumların temel nedeni olarak, küskün milletvekillerinin girişimleri gösterilebilir.

Yaşanan bu olumsuzlukları önlemek adına çeşitli tedbirlerin alınması gerektiği, zira oturumu yöneten Meclis Başkanı'nın içtüzüğü ihlal etmesi durumunda bir denetim mekanizmasının bulunmadığı ifade edilmelidir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere Anayasa ve İchtüzük hükümleri ne kadar açık düzenlenirse düzenlensin, tutarlı bir uygulamanın oluşması güç görünmektedir. Dolayısıyla çözüm, bir İchtüzük değişikliğinden ziyade çeşitli denetim mekanizmalarının geliştirilmesinde yatmaktadır.

KAYNAKLAR

- ARSEL, İ. (1965), *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Mars Matbaası, Ankara.
- BAKIRCI, F. (2000), *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, İmge Kitabevi, Ankara.
- GÖZLER, K. (2004), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitapevi, Bursa.
- HAS, V. (2009), *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- İBA, Ş. (2001), *Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara.
- NEZİROĞLU, İ. (2005), "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Olağanüstü Toplanması: Sorunlar ve Öneriler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7 Sayı 2, s. 1-32.

- ÖZBUDUN, E. (2009), *Türk Anayasa Hukuku*, Onuncu Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- SOYSAL, M. (1958), "Büyük Millet Meclisi'nin Olağanüstü Toplantısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3, s. 281-285.
- TANİLLİ, S. (1990), *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, Say Yayınları, İstanbul.
- TEZİÇ, E. (1980), *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İÜHF Yayını, İstanbul.

ÜÇÜNCÜ YARGI PAKETİNDE İDARİ YARGIDA YARGILAMANIN HIZLANDIRILMASINA İLİŞKİN GETİRİLEN YENİLİKLER

THE IMPROVEMENTS REGARDING ACCELERATION OF ADMINISTRATIVE JUSTICE IN THE THIRD JUDICIAL REFORM PACKAGE

Hüseyin BİLGİN*

Özet : Yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla yapılan değişiklikler kapsamında idari yargıya ilişkin düzenlemelerde de bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin genel karakterinin Danıştay'ın iş yükünü azaltmaya yönelik olduğu görülmektedir. İdari yargının hızlı, etkin ve verimli olması için bir acil eylem planı içinde yapılan bu değişiklikleri olumlu bulmakla birlikte yetersiz olduğunu ifade etmek isteriz. Mutlaka idari yargıya özgü yeni bir idari yargılama usulü kanunu yapılması gerektiği yadsınamaz bir gerçektir.

Anahtar Kelimeler : İdari Yargılama Usulu Kanunu, Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi, İtiraz, Temyiz, Danıştay Savcısı, Ara Kararı, Ön Büro, İdari Dava Daireleri Kurulu

Abstract : Within the scope of the changes that have been made with the intention of acceleration of justice, number of changes have been also made in the administrative regulations. It is seen that general character of these changes are intended to decrease the work load of the Council of State. We need to mention that these changes, that have been made in an emergency action plan to make administrative justice rapid, effective and fruitful, are constructive; however inadequate. It is the gospel truth that it is necessary to legislate a new code of administrative procedure that is peculiar to administrative justice.

Key Words : The Law of Administrative Procedure, Council of State, District Administrative Court Objection, Appeal, Council of State Prosecutor, Search for the Decision, Front Desk, Administration of the Plenary.

* Afyonkarahisar İdare Mahkemesi Başkanı

GİRİŞ

Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkındaki 6352 sayılı Kanun TBMM tarafından 02.07.2012 tarihinde kabul edilmiş ve 05.07.2012 gün ve 28344 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanunla birlikte idari yargı ile ilgili temel kanunlar olan 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunu’nun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun çeşitli maddelerinde değişiklik yoluna gidilmiş olup, özellikle Danıştay’ın iş yükünü azaltıcı çözümlerin öne çıktığı görülmektedir. Buna göre, kimi bazı kanunlarla Danıştay’a verilen ilk derece yargılama yapma yetkisi kaldırılarak bu davalarda ilk derece mahkemesi olarak idare mahkemelerinin görevli kılındığı, yine Danıştay’ın temyiz incelemesine tabi tutulan bir kısım hususlar da bölge idare mahkemelerine itiraz yolu getirildiği görülmektedir.

6352 sayılı Yasadan önce de Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la² idari yargıya ilişkin bir takım değişiklikler yapılmıştı. 6110 sayılı Kanun’la Danıştay’a iki yeni daire açılırken³, mevcut üye sayılarında artırılmış ve ilave olarak 2 başkan ve 59 Danıştay üyesi kadrosu verilmişti. Aynı şekilde Danıştay dairelerinin iş bölümünün kanunla belirlenmesinden vazgeçilerek bu konuda yetki Genel Kurula verilmişti. Yine, idare ve vergi dava dairelerinin oluşumu yeniden düzenlenmiştir⁴. 6217 sayılı Kanun’un

¹ 14.02.2011 gün ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

² 31.03.2011 gün ve 27905 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³ 6110 Sayılı Kanun Madde:1 “2575 sayılı Danıştay Kanununun 13 üncü maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları :“1.Danıştay; ondördü dava, biri idari daire olmak üzere onbeş daireden oluşur. 2. Her dairede bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Heyetler bir başkan ve dört üyenin katılmasıyla toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Üye sayısının yeterli olması halinde birden fazla heyet oluşturulabilir. Bu durumda, oluşturulan diğer heyetlere, heyette yer alan en kıdemli üye başkanlık eder. Müzakereler gizli yapılır.” maddede hükmü ile ikinci heyetlere imkan sağlanmıştır.

⁴ Danıştay Birinci Daire dışında Üçüncü, Dördüncü, Yedinci ve Dokuzuncu Daireleri vergi daireleri olarak, diğerleri ise idari dava daireleri olarak belirlenmiştir. (6110 sayılı Yasa Madde 3. ve4.)

16. maddesiyle Danıştay bünyesinde Bilgi İşlem Merkezi Müdürlüğü kurulmuş ve Danıştay'ın da gelişen teknolojiye ayak uydurmasının önü açılmıştır. Son olarak 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bir takım Yasalarda değişiklik yapılmış olup bizim için bu KHK'deki en önemli değişiklik adli tatil süresinin yeniden belirlenmesi olmuştur. Buna göre, adli tatil idari yargı yerleri içinde 20 Temmuz - 30 Ağustos tarihleri arası olarak belirlenmiş ve yeni adli yılın 1 eylülde başlamasına karar verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nce 650 sayılı KHK yetki kanununa aykırılıktan dolayı iptal edilmiş⁵ olduğundan, Adli tatil konusunda yasal bir boşluk bulunmaktadır.

6352 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile amaçlanan hususlar Tasarının Genel Gerekçesi'nde, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararı verdiği bazı sorunların giderilmesi, Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davaların azaltılması, iş yükünün hafifletilmesi, Danıştayın gerçek bir temyiz ve içtihat mahkemesi hüviyetini kazanabilmesi, bazı şekli iş ve işlemlerin yazı işleri müdürleri tarafından yapılabilmesi, bir kısım kararların heyet kararına gerek olmaksızın, üye hakim tarafından alınabilmesi, yargılama sürelerinin kısaltılması, daha hızlı ve etkin bir yargılama yapılabilmesi*" şeklinde ifade edilmiştir.

I - 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler

1- TC Kimlik Numarası Yazma Zorunluluğu

6532 sayılı Yasa'nın 51. maddesiyle 2577 sayılı Yasa'nın İdare dava açılması başlıklı 3. maddesinde yer alan ve dava dilekçesinde bulunması gereken hususları belirten 2 numaralı fıkrasının a bendi sonuna "*ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası*" ibaresi eklenmiştir.

Aslında uygulamada UYAP sistemine geçildikten sonra dava açılırken TC kimlik numarasının bildirilmesi zorunlu hale getirilmişti. Ancak bu hususta dava dilekçelerinde TC kimlik numarası yazılı olmayan dilekçelere mahkeme başkanı, Yazı İşleri müdürü ya da kalem personelinin uyarısı ile davacının TC kimlik numarası yazdırı-

⁵ Anayasa Mahkemesi, 18/07/2012 gün ve E:2011/113 esasadaki dosyada iptal kararı verilmiştir.

lıyordu. Son değişiklikle birlikte TC kimlik numarasının yazılması yasal bir zorunluluk haline gelmiş ve TC kimlik numarası yazılmadan açılan davalarda dava dilekçesinin 3. maddeye aykırı olduğundan bahisle reddedilme imkanı da sağlanmıştır. (2577 S.K m 15/1-d) Bakanlığının Meclise sunduğu Kanun tasarısında bu madde hükmü bulunmamaktaydı. Ancak sonradan tasarıya eklenmesi de yerinde olmuştur.

2- Dava Dilekçesinin Verileceği Yerler Konusu

2577 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde dilekçelerin verileceği yerler; *"Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir."* şeklinde ifade edilmiş iken, 6532 sayılı Yasa'nın 52. maddesiyle idare veya vergi mahkemesi *"bulunmayan yerlerde"* ibaresinden sonra gelmek üzere *"büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın"* ibaresi eklenmiştir. Yasa tasarısında yer almayan bu madde metni de sonradan maddeye eklenmiştir. Uygulamada bazı büyükşehirlerde ortaya çıkan dava dilekçesinin verileceği yerle ilgili sorunlarında böylelikle önüne geçilmek istenmiştir.

3- Evrak Kabul Bürolarının Kurulması

6352 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un *"Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme"* başlıklı 14. maddesinin 2 numaralı fıkrası *"Dilekçeler, idare ve vergi mahkemelerinde, mahkeme başkanının veya hakim-in havalesi ile kaydolunur."* şeklinde iken, *"2. Bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde ise dilekçeler, evrak bürosunca kaydedilerek ilgili mahkemelere havale olunur. Dilekçe sahibine evrakın tarih ve sayısını gösterir ücretsiz bir alındı kağıdı verilir."* şeklinde değiştirilmiştir.

Anılan Kanun değişikliği ile (Danıştay için öngörülmuş olan uygulamanın ilk derece mahkemeleri içinde getirilerek) ilk derece yargılama yeri olan idari yargı yerlerinde evrak büroları oluşturulmak istenmektedir. Uygulamada mahkemelere gelen dilekçeler mahkeme kaşesi vurulduktan sonra Mahkeme başkanı yada hakimlerine hava-

le ettirilmekteydi. Öte yandan Ankara, İstanbul gibi büyük illerde ise havale işleri için mahkemeler nöbetçi olmakta ve nöbetçi olan mahkemedeki hakimler tüm gün boyunca evrak havale işiyle uğraşmaktaydı. Yeni düzenlemeyle mahkeme başkanı ve hakimlerin bu şekilde vakit kayıplarının önüne geçilmiş olacaktır. Hali hazırda UYAP kapsamında bütün evraklar tarama merkezlerinde yada bu işle görevlendirilen personelce mahkeme kalemlerinde taratılarak kayıt altına alınmaktadır. Tarama merkezinde görevli elemanlarca yada bu elemanların yanına verilecek olan ilave kişilerce evrakların kaydı ve havale işlemleri yapılabilecektir. Öte yandan maddenin devamına getirilen dilekçe sahibine evrakın tarih ve sayısını gösteren ücretsiz alındı belgesi verileceğine ilişkin hüküm 2577 sayılı Yasanın 6 maddesinin 2 fıkrasındaki *"Davacılar, kayıt tarih ve sayısını gösteren imzalı ve mühürlü, pulatsız bir alındı kağıdı verilir."* hükmünün tekrarı niteliğindedir. Burada gereksiz tekrar yoluna gidilmeyebilirdi.

4- Danıştay Savcısının Esas Hakkında Düşüncesinin Tarafalara Tebliği

6352 sayılı Yasa'nın 54. maddesiyle 2577 sayılı Kanunun *"Tebliğ ve Cevap Verme"* başlıklı 16 ncı maddesinin (5) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere *"6. Danıştay'da ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda savcının esas hakkındaki yazılı düşüncesi taraflara tebliğ edilir. Taraflar, tebliğden itibaren on beş gün içinde, savcının düşüncesine cevap verebilirler."* şeklinde yeni bir fıkra hükmü eklenmiştir.

Bu düzenleme ile Danıştay'da ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda Danıştay Savcısı'nın esas hakkındaki mütalaasının uyuşmazlığın taraflarına tebliğ edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Kendisine savcılık düşüncesi tebliğ edilen taraflara da bu düşünceye karşı görüşlerini ve itirazlarını bildirmek üzere 15 gün süre verilmiştir. Aslında ilk bakışta idari yargılamada yargılamayı uzatan bir neden gibi görünmesine rağmen maddenin gerekçesine bakıldığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları uyarınca ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak bu hükmün getirildiği ifade edilmektedir. Burada dikkati çeken önemli bir noktada Danıştay Savcısının sadece Danıştayda ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalarda ve sadece esas hakkındaki mütalası taraflara tebliğ edilecek olmasıdır.

5- Tek Hakimin Göreceği Para Sınırının Arttırılması

6352 sayılı Yasa'nın 55. maddesiyle 2577 sayılı Yasa'nın 17. maddesinde yer alan "bir milyar lirayı" ibaresi 2576 sayılı Yasa'ya da uyum sağlayacak şekilde "yirmibeş bin lira" olarak değiştirilmiştir.

Bu değişiklikle birlikte tek hakimle görülecek olan uyuşmazlık miktarları nerede ise 3 katına çıkartılmış ve bu kararlara karşı temyiz yolu kapatılarak bölge idare mahkemelerine itiraz yolu açılmıştır. Kanaatimizce tek hakimin göreceği parasal sınırın arttırılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Tasarının ilk halinde bu miktar 50.000,00 TL olarak belirlenmiş iken daha sonra tasarıda yapılan yerinde bir değişiklikle bu miktar 25.000,00 TL olarak belirlenmiştir. Öte yandan bölge idare mahkemelerinin yapısı, sayısı ve Bölge İdare Mahkemesi kararları arasındaki içtihat birliği sorunu çözüldükten sonra bu miktarın 50.000,00 TL civarında arttırılması da yerinde olacaktır.

6- Tek Hakime Ara Kararı Yapabilme İmkânı

6352 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un "Dosyaların İncelenmesi" başlıklı 20 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere "6. İdare ve vergi mahkemelerinde heyet halinde görülen davalarda; birinci fıkrada⁶ belirtilen bilgi ve belgelerin istenmesi ile ek süre verilmesine ilişkin ara kararlar, mahkeme başkanı veya dosyanın havale edildiği üye tarafından da verilebilir." şeklindeki (6) numaralı fıkra eklenmiştir.

Bu düzenleme ile idari yargılama usulüne önemli sayılabilecek bir yenilik getirilmektedir. Buna göre, dava dosyalarında esas hakkında karar verilmeden önce gerekli olan bilgi ve belgelerin heyet kararı gerekmesizin ilgili makamlardan istenilebilmesi ve idarelerce ek süre talep edilmesi halinde ek süre istemi hakkında karar verilebilmesi imkanı getirilmiştir. Bu nitelikte olan dosyaların gereksiz yere heyete ve müzakereye getirilmesi önlenmek ve vakit kaybının önüne geçilmek

⁶ 20 maddenin 1. Fıkrası: "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir."

istenilmektedir. Öte yandan, dosya kendisine havale edilen hakim tarafından gerekli bilgi ve belgeler ilgili makamlardan istenildikten sonra tekemmül ettiği düşüncesiyle heyete ve müzakereye getirilen dosyalar hakkında heyetteki diğer üye veya başkan tarafından karar verilebilmesi için gerekli görülen başkaca bilgi ve belgelerde uyumsuzluğun taraflarından her zaman talep edilebilir.

Anılan değişiklikle birlikte ara kararlarının heyet halinde yapılmasına gerek kalmamıştır. Bu sayede yapılacak olan ara kararının heyetteki diğer üye ve başkan tarafından imza ve onay işlemleri ile vakit kaybının önüne geçilmiş olacaktır. Aslında bu hükümle heyet halinde çalışan üyelerin sorumlulukları da artırılmaktadır. Bu haliyle değişiklik İdari yargı yerlerinde dava dosyalarının görümünün hızlanması açısından yerinde bir düzenlemedir. Ancak, mevcut hakim sayısında artışa gidilmesi halinde bu şekilde bir düzenlemeye gerek kalmayabilirdi. Zira, üyenin yapacağı ara kararının yeterli olmaması halinde, ara kararında sorulması gereken hususların tam olarak tespit edilememesi halinde, aynı konuda farklı üyelerdeki dosyalarda farklı ara kararlarının çıkması hallerinde dosyanın görüm ve çözümünün uzamasına da neden olabilecek bir düzenleme haline gelmiştir. Bu düzenleme ile halen uygulamada tartışılan idari yargı yerlerinde görülen bazı davaların tek hakimle görülmesi görüşünün ön uygulaması yapılmak isteniyorsa, kanaatimizce bu yerinde bir uygulama olmayacaktır. Bir başka ifadeyle idari yargıda bir takım davaların tek hakimle karara bağlanmasının önünün açılması yerinde olmayacaktır. İdareler tarafından tesis olunan ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari davaya konu olan bütün işlemlerin 3 kişilik heyet tarafından hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması gerektiği düşüncesindeyiz.

7-Yürütmenin Durdurulması Müessesesi

6352 sayılı Yasa'nın 57. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un "Yürütmenin Durdurulması" başlıklı 27. maddesinde 4 önemli değişikliğe gidilmiştir. Bu değişikliklere baktığımızda ise;

A- 2577 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin "Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulma-

sına karar verebilirler.” şeklindeki (2) numaralı fıkrası, “2. Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tüenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden bir karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç ve imkansız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişikliklerle birlikte, yürütmeyi durdurma kararı verebilmesi için gerekli olan açıkça hukuka aykırı olma ve işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararlar doğma koşulları birlikte aranmaya devam edilmiştir. İlave olarak yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için idarece bir savunma yapılması ya da idareye tanınan savunma süresinin dolması koşulu getirilmiştir.

Anılan değişiklikten sonra mahkemelerce dava dilekçesi üzerine doğrudan yürütmeyi geçici olarak durdurma yada savunmaya kadar durdurma kararı verilemeyeceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. Bu durumda acil işlerde mahkemelerce elden tebligat yada çok kısa savunma süreleri verilmesi yoluna gidilecekti. Ancak bu durumu düşünen yasa koyucu tarafından, uygulanmakla etkisi tüenecek olan idari işlemlere⁷ karşı açılan davalarda ilgili idarenin savunması alınana kadar geçici olarak yürütmeyi durdurma kararları verilmesine yasal imkan sağlanmıştır. Uygulamada yine mahkemelerce bazı dosyalarda davacının yürütmeyi durdurma istemi geçici olarak idarenin savunması alınana kadar kabul edilebilmekteydi. Değişiklikle bu duruma yasal bir zemin kazandırılmıştır. Geçici kabul kararı idarenin savunması geldikten sonra kaldırılacaktır.

Öte yandan, son değişikliklerle yürütmeyi durdurma kararlarının gerekçelerinde işlemin uygulanması halinde doğabilecek telafisi güç

⁷ Örneğin yıkıma ilişkin kararlar, iş yerinin kapatılmasına ilişkin kararlar, öğrencilerle ilgili bazı davalar vs.

ve imkansız zararların neler olduğu hususuna da yer vermek gerekecektir. Değişiklik öncesi uygulamada yürütmenin durdurulması kararlarında bu gerekçeye yer verilmiyordu.

Son olarak, yasa koyucu ilginç bir şekilde bir kanun maddesi hakkında Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yoluna gidilmiş olmasının tek başına yürütmeyi durdurma nedeni olamayacağını hüküm altına almıştır. Spesifik birkaç olay nedeniyle bu şekilde bir hüküm getirilmesi kanun yapıcılığı ve kanunların genelliği ilkesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Tasarının ilk halinde bu şekilde bir metinde bulunmamaktadır. Kanaatimizce de bir kanun maddesinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmış olması tek başına o kanun maddesine dayalı olarak tesis olunan idari işlemin yürütmesini durdurulmasını gerektirmez. Ancak bu şekilde bir düzenleme yapılarak spesifik bazı olaylarda verilen bir takım kararların önüne geçmek istemek de yerinde olmamıştır.

B- Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere *“Dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir.”* şeklinde 3 numaralı fıkra eklenmiştir.

Getirilen bu yeni fıkra hükmüyle, davacının yürütmeyi durdurma isteminin yerinde olmadığı hallerde (bir başka ifadeyle işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararlar doğmayacak ve işlemin açıkça hukuka aykırı olmadığı hallerde)⁸, mahkemeye dava dilekçesi üzerinden davalı idarenin savunması alınmadan davacının yürütmeyi durdurma istemini reddedebilme imkanı tanınmıştır. Uygulamada kimi idari yargı yerlerince bu şekilde dava dilekçesi üzerinden davacının yürütmeyi durdurma istemi reddedilebilmekteydi. Ancak bu kararların yasal bir dayanağı bulunmamaktaydı. Getirilen bu düzenleme ile uygulamadaki bu durum yasal zemine kavuşturulmuştur.

C - Aynı maddeye (8) numaralı fıkradan sonra gelmek üzere, *“9. Yürütmenin durdurulmasına dair verilen kararlar onbeş gün içinde yazılır ve imzalanır”* şeklinde 9 numaralı fıkra eklenmiştir.

⁸ Örneğin memurlara verilen uyarma, kınama cezalarına karşı açılan davalarda, küçük miktarlarda olan idari para cezalarına karşı açılan davalarda, atamama gibi olumsuz işlem niteliğinde olan kimi bazı davalarda mahkemece somut uyumsuzluğun niteliği de dikkate alınarak davacının yürütmeyi durdurma istemi reddedilebilir.

Bu fıkra hükmüde özellikle işi yoğun olan mahkemelerin yürütmeyi durdurma kararları vermelerini zorlaştıran bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, idari işlemlerin yürütülmesinin durdurulması hakkında verilen kararların 15 günlük bir süre içinde yazılarak imzalanması yasal bir zorunluluk haline gelmiştir. İş yoğun olan mahkemelerde bu durum dosyalarda yürütmeyi durdurma kararı verme ve bu kararı yazma ile uğraşma yerine işin esasında meseleyi çözme yoluna gitmesine neden olabilecektir. Zira işin esasında verilen kararların yazım süresine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Aslında işin esasında da yazım süresi getirilmesi ve bu sürenin 30 gün olarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

D- Aynı maddeye yeni (9) numaralı fıkradan sonra gelmek üzere *“10. Aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz.”* şeklinde 10 numaralı fıkra eklenmiştir.

Yürütmeyi durdurma istemi reddedilenlerin ikinci kez bu şekilde bir istemde bulunma imkanı ortadan kaldırılmıştır. Uygulamada bu şekilde ikinci kez yapılan yürütmeyi durdurma istemleri hakkında ikinci kez yürütmeyi durdurma istemi hakkında istemin reddi ya da kabulü yolunda bir karar veriliyordu, bu değişiklikten sonra ikinci kez yürütmeyi durdurma istemleri hakkında incelenmeksizin ret kararı verilecektir. Hemen belirtelim ki, burada davacı tarafça ortaya çıkan yeni durumlar nedeniyle haklı bir sebebe dayalı olarak ve yasada aranan iki koşulunda varlığı halinde 2. kez yürütmeyi durdurma isteminde bulunulabilir. Bu istem mahkemece yeniden değerlendirilebilir. Bu düzenleme ile gereksiz yere yürütmeyi durdurma isteminde bulunarak mahkemeyi ve ilgili dosyanın hakimini meşgul etmenin önüne geçilmek istenilmiştir.

8- Vekalet Ücreti ve Yargılama Giderleri ile Tazminatların Tahsili Konusu

6352 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un *“Kararların Sonuçları”* başlıklı 28. maddesinde 2 önemli değişiklik yapılmıştır. Buna göre,

A- 2577 sayılı Kanun'un 28 nci maddesinin *“Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.”* şeklindeki 2 numaralı fıkrası *“2. Konusu belli bir*

miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada⁹ belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içerisinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.” şeklinde değiştirilmiştir.

Yeni düzenleme ile yargılama giderleri, avukatlık ücreti ve hükmedilen tazminatın genel hükümlere göre tahsili yerine, ilgili davacı veya vekilince davalı idareye bildirilecek olan banka hesap numarası üzerinden tahsil edilecektir. Eğer bu şekilde bildirilen banka hesabına idarece anılan giderler yatırılmazsa ilgili davacı veya vekili icra yoluna başvurabilecektir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere davacı vekillerince kazanılan davalarda vekalet ücreti ve yargılama giderleri direk ilamlı icra yoluna gidilerek hem icra dairelerinin işinde artışa neden olunmakta hem de idarelere gereksiz yere ikincil masraflar çıkartılmaktaydı. Yeni düzenlemeyle artık gereksiz yere icra dairelerine başvuru yolunun önüne geçilerek icra dairelerin iş yükünde bir azalma sağlanacağı gibi idarelerinde gereksiz yere icra masrafı ödemesi de engellenmiş olacaktır. Eğer idarelerce belirtilen süreler içinde yargılama giderleri, vekalet ücretleri ya da tazminatlar ödenmezse bu takdirde ilgililerin icra yoluna gitme hakları saklıdır.

B- Aynı maddenin *“Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir.”* şeklindeki 6. numaralı fıkra hükmü, *“6. Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/07/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 51’inci maddesine¹⁰ göre belirlenecek gecikme zammı*

⁹ **28. Madde 1. Fıkra :** *“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmesizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.”*

¹⁰ 6183 sayılı Yasa Madde 51: **Gecikme Zammı, Nispet ve Hesap:** Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olunur. Ay kesirlerine isabet eden gecikme zammı günlük olarak hesap edilir. Gecikme zammı birmilyon liradan az olamaz. Gecikme zammı; 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre uygulanan

oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak kararın davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez" şeklinde değiştirilmiştir.

Buna göre, değişiklikle birlikte tam yargı ve vergi davalarında kararların tebliğinden itibaren yerine getirilmesindeki gecikmelerde gecikme faiz oranı kanuni miktardan gecikme zammı oranına çıkarılarak arttırılmıştır. Bu sayede idarelere daha kısa zamanda ödeme yapma zorunluluğu getirilirken, vatandaşında bu gecikmeler nedeniyle mağdur olmasının önlenmesi sağlanmıştır. Bu haliyle de yerinde bir düzenlenme olmuştur.

Aynı şekilde davacı veya vekiline ödeme yapılması için banka hesap numarasını gecikmeksizin bildirmelerini sağlamak amacıyla kararın kendilerine tebliğ edildiği tarih ile banka hesap numarasının idareye bildirdikleri tarih arasında geçen süreye faiz işletilmemesini hüküm altına almıştır.

9-Hukuk Muhakemeleri Kanununa Elektronik İşlemlerde Atıf Yapma Hususu

6352 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin¹¹ 1. fıkrasında ufak bir değişiklik yapılmış ve "işlemlerde" ibaresi "işlemler ve elektronik işlemlerde" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle birlikte, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlemesi bulunan elektronik işlemlere ilişkin hükümlerin İdari Yargı yerlerinde uygulanması yasal zemine oturtulmuştur.

vergi ziyat cezalarında bu madde uyarınca belirlenen oranda, mahkemeler tarafından verilen ve ceza mahiyetinde olan amme alacaklarında ise bu oranın yarısı ölçüsünde uygulanır. Bunların dışındaki ceza mahiyetinde olan amme alacaklarına gecikme zammı tatbik edilmez. Bakanlar Kurulu, gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar arttırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik faiz usulüyle aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkilidir.

¹¹ 2577 sayılı Yasa Madde 31 1. fıkra eski hüküm : "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır."

Hemen belirtelim ki, 31. maddede bu şekilde yapılacak olan bir düzenleme yerine 31. maddede atıf yapılan hususların idari yargının bünyesine has olarak yeniden düzenlemesi ve idari yargılama usulü kanununda bu hususlara yer verilmesi daha yerinde olacaktır.

10- Hakim ve Savcıların Açtığı İdari Davalarda Yetkili Yer Konusu

6352 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle, 2577 sayılı Kanun'un kamu görevleriyle ilgili davalarda yetkili idare mahkemelerini düzenleyen 33. maddesine yeni bir fıkra eklenmiş ve hakim ve savcıların açacağı idari davalara bakmaya yetkili idare mahkemeleri belirlenmiştir. Anılan yeni fıkra hükmüne baktığımızda; "4. Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, hâkim ve savcıların mali ve sosyal haklarına ve sicillerine ilişkin konularla, müfettiş hal kâğıtlarına karşı açacakları ve idare mahkemelerinin görevine giren davalarda yetkili mahkeme, hâkim veya savcının görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesine en yakın bölge idare mahkemesinin bulunduğu yer idare mahkemesidir." şeklindedir.

Bu değişiklikle birlikte, hakim ve savcıların ilk derece mahkemesi olarak idari yargı olan idare mahkemelerinde açacakları davalar görev yaptığı yerin idari yargı yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesine en yakın bölge idare mahkemesinin bulunduğu yer idare mahkemesi olarak belirlenmiştir. Bir başka ifadeyle, Afyonkarahisar adliyesinde görev yapan bir hakim ve savcı düzenleme öncesinde Afyonkarahisar İdare Mahkemesi'nde kendisi hakkında düzenlenen müfettiş hal kağıdının (performans değerlendirme formu) iptalini isteyebilirken, bu düzenleme sonrasında Afyonkarahisar ilinin bağlı olduğu Denizli Bölge İdare Mahkemesi'ne en yakın bölge idare mahkemesi olan Aydın Bölge İdare Mahkemesi bünyesindeki Aydın İdare Mahkemesi'nde bu davasını açacaktır. Düzenleme sonrasında hakim ve savcılar bu tür davalarını sadece bölge idare mahkemelerinin bulunduğu yerdeki idare mahkemelerinde açabilecekler olup, bölge idare mahkemesi olmayan tek idare mahkemesinin bulunduğu, Afyonkarahisar, Aksaray, Çanakkale, Çorum, Tekirdağ, Hatay, Mersin, Batman, Sanlıurfa, Mardin, Rize, Muğla, Tokat, Kastamonu, Isparta, Elazığ, Balıkesir, Kocaeli illerinde bu davaları açamayacaktır.

Bu düzenleme beraberinde acaba hangi bölge idare mahkemesi diğerine yakındır ve bu bölge idare mahkemelerinin bulunduğu yerlerden hangisindeki idare mahkemesi bu davaları çözmede yetkilidir sorununun getirmektir. Bu sorunun HSYK'nın çıkartacağı bir genelleme ile çözümlenebileceğini düşünmekteyiz. Uygulamada çeşitli sıkıntıları da beraberinde getiren hakim ve savcıların açtıkları davalarda bu şekilde bir düzenleme yapılması çok yerinde olmuştur. Aslında taslağın ilk halinde yer almayan bu düzenleme ile uygulamadaki bir hakim ve savcılar tarafından açılan davaların çözümünde uyumsuzluğa bakan mahkemeyi oldukça rahatlatıcı bir düzenleme yapılmıştır.

11-İtiraz Yoluna Gidilecek Dava Türleri Konusu

6352 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un "İtiraz" başlıklı 45. maddesinde¹² çok önemli değişiklikler yapılmış ve bir çok yeni dava türünde temyiz yolu kapatılarak itiraz yoluyla bölge idare mahkemelerinin göreceği işler kapsamına alınmıştır. Bu maddede yapılan değişikliklerin neler olduğuna baktığımızda ise;

A-Maddenin önceki düzenlemesinde, "İlk ve orta öğretim öğrencilerinin sınıf geçmelerine ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden" şeklindeki (a) bendindeki ifade "a) İlk ve orta öğretim öğrencilerinin sınıf geçme, not tespiti, kayıt, nakil, ilişik kesme ve disiplin cezalarına ilişkin işlemler ile yükseköğretim öğrencilerinin sınıf geçme ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden" şeklinde değiştirilmiştir.

¹² **Madde 45 1. Fıkranı önceki hali:** İdare ve vergi mahkemelerinin; a) İlk ve orta öğretim öğrencilerinin sınıf geçmelerine ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden, b) Valilik, kaymakamlık ve yerel yönetimler ile bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilatındaki yetkili organları tarafından kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlerine ilişkin idari işlemlerden, c) 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından, d) 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan, e) 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca verilen işyeri kapatma cezalarından, Kaynaklanan uyumsuzluklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hakimle verilen nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebilir.

Buna göre, düzenleme öncesi ilk ve orta öğretim öğrencilerinin sadece sınıf geçme ve not tespitine ilişkin davalarda idare mahkemesince verilen kararlar itiraz yolu ile bölge idare mahkemelerine gitmekte iken, yeni düzenleme ile ilk ve orta öğretim öğrencilerinin sınıf geçme ve not tespit dışında kayıt, nakil, ilişik kesme ve disiplin cezalarına ilişkin işlemler hakkında verilecek olan kararlara karşı da temyiz yolu yerine itiraz yolu getirilmiştir. Bu düzenlemeyle artık ilk ve orta öğretim öğrencileriyle ilgili hemen hemen bütün işlemlerde temyiz yolu kapatılmıştır.

Aynı şekilde, önceki düzenlemede yer almamakla birlikte, yeni değişiklik sonrasında yükseköğretim öğrencilerinin sınıf geçme ve not tespitine ilişkin işlemlerden kaynaklı davalarda verilen kararlara karşı da temyiz yolu kapatılmıştır. Bize göre, üniversite öğrencilerinin yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası dışındaki disiplin cezalarına karşı açılan davalarda verilen kararlara karşı da itiraz yolu ile bölge idare mahkemelerine bırakılması yerinde olurdu.

B- Maddenin önceki düzenlemesinde, "Valilik, kaymakamlık ve yerel yönetimler ile bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilatındaki yetkili organları tarafından kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlerine ilişkin idari işlemlerden" şeklindeki (b) bendindeki ifade "b) Valilik, kaymakamlık ve yerel yönetimler ile bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilâtındaki yetkili organları tarafından kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, ikinci görev, vekaleten atama, görev ve unvan değişikliği içermeyen il içi naklen atama, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlere ilişkin idarî işlemlerden," şeklinde değiştirilmiştir.

Buna göre, değişiklik öncesinde valilik, kaymakamlık, yerel yönetimler ile bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilatındaki yetkili organları tarafından kamu görevlileri hakkında tesis olunan geçici görevlendirme, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlerine ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda mahkemece verilen kararlar itiraz üzerine bölge idare mahkemelerine götürülmekte iken, değişiklik sonrasında anılan idarelerin belirtilen işlerinin dışında, ikinci görev, vekaleten atama, görev ve unvan değişikliği içermeyen il içi naklen atamalara ilişkin idarî işlemlerde eklenerek bendin

kapsamı genişletilmiştir. İl içi atamaların itiraz üzerine bölge idare mahkemelerine gidecek olması Danıştay'ın iş yükünü oldukça önemli ölçüde azaltacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus il içi atamada görev ve unvan değişikliği içermemesidir. Görev ve unvan değişikliği içeren il içi atamalarda verilen kararlara karşı yine temyiz yoluna başvurulacaktır.

C- Aynı maddenin yeni düzenlemesinde eklenen (c) bendi ile *"Kamu görevlilerine uyarma ve kınama cezası verilmesine ilişkin işlemlerden,"* doğan davalarda verilen kararlara karşı Bölge İdare Mahkemelerine itiraz yolu öngörülmüştür.

Bilindiği üzere uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalı idi. En son 5812 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve bu değişikliğe paralel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili 135. maddesinde¹³ yapılan değişiklikle birlikte uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu açılmıştır. Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun açılmasıyla birlikte daha önce dava konusu edilemeyen birçok disiplin cezasına karşı yargı yoluna başvuru yapma imkanı da getirilmiştir. Bu cezalara karşı açılan davalarda verilen kararların temyiz yoluyla Danıştay'a gitmesi Danıştay'ın mevcut iş yükünü daha çok arttıracaktı. Bu nedenle yasa koyucu tarafından yerinde bir değişiklik yapılmış ve bu davalarda verilen kararlara karşı itiraz yolu getirilmiştir. Ancak kanaatimizce sadece uyarma ve kınama cezalarına karşı değil aynı zamanda aylıktan kesme cezalarına karşı açılan davalarda verilen kararların itirazın bölge idare mahkemelerine gönderilmesi yerinde olurdu. Bu sayede Danıştay'ın hali hazırdaki iş yükünde bir azalma sağlayabilirdi. Şu haliyle uyarma ve kınama cezalarında verilen kararların temyizden Danıştay'a gitmesini önlemek Danıştay'ın mevcut iş yükünde artışı önlediği halde, önemli ölçüde azalma sağlamayacaktır.

D- Aynı maddenin yeni düzenlemesinde eklenen (d) bendi ile

¹³ **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.135:** Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır. İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir."

“Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyeleri hakkında verdiği mesleki faaliyeti sona erdirmeyen her türlü disiplin işlemleri ve sınav işlemlerinden,” doğan davalarda verilen kararlara karşı itiraz yolu öngörülmüştür.

Bu yolla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyeleri hakkında verdikleri verilen uyarı, kınama, üyelikten geçişi çıkarma gibi disiplin kararlarına karşı açılacak olan davalarda verilen kararlarda Danıştay’a gitmeyecektir.

Aynı şekilde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yaptıkları sınavlara ilişkin işlemlerden doğan davalarda itiraz yoluna tabi tutulmuştur. Örneğin, serbest muhasebeci mali müşavirlik sınavına ilişkin işlemler, yeminli mali müşavirlik sınavına ilişkin işlemlerden doğan davalarda artık temyiz yoluna gidilmeyecektir. Aslında bu davaların sayısı bir önceki gruba göre büyük bir çoğunluk oluşturmaya da yine de yerinde bir düzenleme olmuştur.

E- Aynı maddenin yeni düzenlemesinde eklenen (e) bendi ile *“Asker ailelerine yardım ile ilgili işlemlerden,”* doğan davalarda itiraz yolu getirilmiştir. Aslında bu uyuşmazlıklar dava türleri içinde çok büyük bir yer teşkil etmese de Danıştay’ın iş yükünden alınarak bölge idare mahkemelerine verilmiştir.

F- Aynı maddenin yeni düzenlemesinde eklenen (f) bendi ile *“4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Kanununun uygulanmasından”* doğan davalarda itiraz yolu öngörülmüştür. Aslında uygulamada bu yasadaki açılan dava sayısı da oldukça azalmıştır. 5728 sayılı Kanun’un 109 maddesiyle¹⁴ yapılan değişiklikle birlikte 4081 sayılı Kanun uyarınca verilecek idari para cezalarına karşı açılacak davalar Kabahatler Kanunu’na göre sulh ceza mahkemesinde görülecektir. Bu da idari yargı yerlerinde açılan dava sayısını azaltmıştır.

G- Maddenin önceki düzenlemesinde *“2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması*

¹⁴ **4081 sayılı Kanun Madde 10:** *“Bu Kanunda yazılı istisnalar ile idarî para cezaları dışında koruma veya ihtiyar meclislerinin bu Kanun hükümlerine göre verecekleri kararlar aleyhine alakalılar tarafından kararın kendilerine tebliği tarihinden itibaren on gün zarfında murakabe heyetine müracaat ve itiraz olunabilir. Murakabe heyetinin verdiği; a) İdarî para cezasına ilişkin kararlarına karşı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre, b) Diğ er kararlarına karşı bu Kanun hükümlerine göre, kanun yoluna başvurulabilir.”*

Hakkında Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan," kaynaklanan davalar olarak (d) bendinde düzenlenen husus aynen korunmuş ve (g) bendi olarak sıralanmıştır.

2022 sayılı Kanun ve 3294 sayılı Kanun'dan kaynaklı davalarda verilen kararlarda 2000 yılından beri bölge idare mahkemelerine itiraz yoluna başvurulmuş davalar. Bu davaların sayıları da az olmakla birlikte yine bu davaların bölge idare mahkemelerinin iş yükünde kalması yerinde olmuştur.

H- Maddenin önceki düzenlemesinde "3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından," davalar olarak (c) bendinde düzenlenen husus aynen korunmuş ve (h) bendi olarak sıralanmıştır.

3091 sayılı Kanun'dan doğan uyuşmazlıklarda verilen kararlara karşı 2000 yılından beri bölge idare mahkemelerine itiraz edilmekteydi. Bu düzenlemenin korunması da yerinde olmuştur. Zira 3091 sayılı Kanun'dan doğan uyuşmazlıkların¹⁵ yerelde çözüme kavuşturulması gereken uyuşmazlıklardır.

I-Aynı maddenin yeni düzenlemesinde eklenen (ı) bendi ile "4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun uygulanmasından," doğan davalarda verilen karşı da itiraz yolu öngörülmüştür.

4982 sayılı Kanun'un 13. maddesi¹⁶ bilgi edinme başvurularının reddedilmesi halinde uygulanacak prosedürü anlatmaktadır. Buna göre, başvurusu reddedilen kişi başvurusunu reddeden idarenin bulunduğu yer idare mahkemesine dava açabileceği gibi, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na da başvurabilir. Burada önemli olan husus Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na itiraz edilmesi ve itirazın bu

¹⁵ 3091 sayılı Kanunu ve uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz, Bilgin, Hüseyin, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin İdari Yoldan Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

¹⁶ **4982 sayılı Kanunun 13. Maddesi :** "Bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde Kurula itiraz edebilir. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir. Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi onbeş iş günü içinde vermekle yükümlüdürler. Kurula itiraz, başvuru sahibinin idari yargıya başvurma süresini durdurur."

kurul tarafından reddedilmesi halinde davanın nerede açılacağıdır. 4982 sayılı Kanunla ilgili yapılan başvuruların ilgili idarelerce reddedilmesi ve bu karara karşıda Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na başvurulması ve bu kurulunda başvuru reddetmesi halinde davaların Ankara İdare Mahkemelerinde açılacağıın kabul edilmesi durumunda Ankara idare mahkemelerinin vereceği kararlara itiraz edilmesi halinde Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin iş yükünde önemli bir artış olacağı hususu da gözden kaçırılmamalıdır.

İ- Tek hakimle verilen bütün kararlara karşı bölge idare mahkemelerine itiraz edilecektir. İncelememize konu olan değişiklik paketinin 35. maddesiyle 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 7. maddesindeki tek hakim sınırı 25.000,00 TL'ye çıkartılmıştır. Böylece tek hakimle görülecek dava sayısında oldukça artış olmuştur. Özellikle vergi mahkemelerine uyuşmazlık konusu olan bir çok ceza, birçok idari para cezası tek hakim sınırının altında kalmaktadır.

Yeri gelmişken hemen belirtmekte fayda var ki bazı meslektaşlarımızın 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinde yer alan ve itirazın bölge idare mahkemelerine gönderilmesi düşünülen konuların tamamının tek hakimle görülmesi düşüncesi bulunmakla birlikte, biz bu düşünceye katılmamaktayız. İdari yargının kendine özgü yapısı, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan bir idari işlemin dava konusu edilmesi, meslek içindeki hakimlerin kıdemi ve birbirini yetiştirmesi gibi hususlar nazara alındığında adli yargı yerlerinde görülen davalarla bu hususların kıyaslanamayacağı kanaatindeyiz.

Öte yandan, maddenin önceki düzenlemesinde "213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca verilen işyeri kapatma cezalarından" kaynaklanan davalar olarak (e) bendinde düzenlenmiş ve tasarıda da bu hüküm aynen korunmuş idi ancak 6352 sayılı Kanunun yasalaşma sürecinde bu fıkra hükmü yasa metninden çıkartılmıştır. Böylelikle artık bu davalarda itiraz yerine temyiz yoluna gidilecektir.

Aslında 2577 sayılı Kanunun 45. maddesi hakkında daha önce çıkan 6217 sayılı Kanunda da değişiklik öngörülmüş ancak bu değişiklik daha sonra komisyon tarafından tasarıdan çıkartılmıştı. Önceki tasarı metnine baktığımızda;

“1. İdare ve vergi mahkemelerinin; a) İlk ve orta öğretim öğrencilerinin kayıt, nakil, ilişik kesme, disiplin ve sınıf geçmeleri ile notlarının tespitine ilişkin işlemlerden, b) Yükseköğretim öğrencilerinin kayıt, nakil, öğrencilikle ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğuranlar dışında kalan disiplin cezaları, sınıf geçme ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden, c-) Kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, vekaleten atama, ikinci görev, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman, izin ve il içi naklen atama işlemleri ile bölge teşkilatı olan kurum ve kuruluşlarda görev yapan kamu görevlilerinin bölge içi atama işlemlerinden, d) Kamu görevlilerinin, göreve ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğuranlar dışında kalan disiplin cezalarından, e) 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanununun uygulanmasından, f) 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 16’ncı ve 20’nci maddelerinde düzenlenen tahliye işlemlerinden, g) 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan, h) Asker ailesine yardım ile ilgili işlemler hakkında açılacak davalardan, ı) 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75 inci, 5393 sayılı Belediye Kanununun 15’inci ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 7’nci maddesinin uygulanmasından, j) 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanununun uygulanmasından, k) 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununun uygulanmasından, l)2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca valiliklerce, kaymakamlıklarca ve belediyelerce tesis edilecek işlemlerden, m) 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 5393 sayılı Belediye Kanunundan kaynaklanan ulaşım ve toplu taşımaya ilişkin işlerden, n) 3194 sayılı İmar Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca tesis edilen mühürleme, durdurma, yıkım kararları ile bunlara ilişkin olarak verilen para cezaları ve bu cezaların tahsili amacıyla tesis edilen işlemlerden, o) 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanundan, p) Tek hakim tarafından karara bağlanan vergi ve diğer kamu alacaklarının asıllarına bağlı ceza, faiz, gecikme faizi ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun bunlar hakkında uygulanmasından, r) Konusu ellibin lirayı aşmayan idari işlemler ile bu miktarı aşmayan tazminat istemlerinden, kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hakimle verilen nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebilir.” şeklindedir.

Görüldüğü üzere, önceki düzenlemede bölge idare mahkemesine itiraz yolu açılan konu sayısı oldukça fazla iken hali hazırdaki kanun hükmünde bu durum azaltılmış ve kimi bazı dava türleri yine Danıştay'a bırakılmıştır. Aslında mevcut düzenleme yerinde olmakla birlikte bölge idare mahkemelerinin tam olarak bir istinaf mahkemesi niteliğine kavuşması halinde Danıştay'ın baktığı kimi bazı davalarda yine bölge idare mahkemesine devredilebilirler.

12 -Karar Düzeltme Yolu Hakkındaki Değişiklik Düşüncesi

2577 sayılı Kanun'un 54. maddesi¹⁸ karar düzeltme yolunu düzenlemektedir. Tasarının 54. maddesinde karar düzeltme yoluyla ilgili 2 değişiklik yapılmıştı. Anılan değişikliklere göre;

2577 sayılı Kanun'un 54. maddesinin 3. fıkrası "*Kararın düzeltilmesi istekleri esas kararı vermiş olan daire, kurul ve bölge idare mahkemesince incelenir. Dosyanın incelenmesinde tetkik hakimliği yapanlar ayının konunun düzeltme yoluyla incelenmesinde bu görevi yapamazlar*" şeklinde iken, "*Kararın düzeltilmesi istekleri öncelikle esas kararı vermiş olan daire, kurul veya mahkemenin, esas kararına katılmamış bir üyesi bunun mümkün olmaması halinde ise görevlendirilecek bir üye tarafından incelenir. Karar düzeltme talebinin yerinde olmadığı anlaşılırsa dosyayı inceleyen üye tarafından kabul edilmezlik kararı verilerek gerekçeleriyle birlikte taraflara tebliğ edilir. Bu karar kesindir.*" şeklinde değiştirilmek ve "*Kararın düzeltilmesi isteğinin yerinde olduğu kanaatine varılan dosyalar ise görüşülüp karara bağlanmak üzere, ilgili daire, kurul veya mahkemeye gönderilir. Dosyanın incelenmesinde tetkik hakimliği yapanlar, aynı kanun düzeltme yoluyla incelenmesinde bu görevi yapamazlar.*" şeklinde yeni bir fıkra eklenmiş istenilmiş ancak anılan değişiklikten sonrada hak arama özgürlüğü kısıtlanacağından hareketle vazgeçilmiştir.

Kanaatimizce Kanun tasarısındaki bu hükmün aynen korunması yerinde olacaktı. Zira, karar düzeltme yolu idari yargıda ve özellikle Danıştay'da iş yükünü oldukça arttırmaktadır. Bu yolla değişen karar sayısında binde 8 civarında olduğu tasarının ilgili madde gerekçesinde açıkça ifade edilmektedir. Zaten bu yeni hükümle karar düzeltme yolu tamamen kapatılmamakta sadece ön incelemeye tabi tutularak gereksiz yere ilgili heyetlerin önüne gelmesinin önüne geçilmiş olunmaktadır. Özellikle içtihadı açık olan bir çok seri davada bu şekilde bir yola gidilmesi oldukça yerinde olacaktı.

13- 2577 sayılı Yasaya Eklenen Geçici Hükümler:

6352 sayılı Kanun'un 61. maddesiyle 2577 sayılı Kanuna geçici bir hüküm eklenmiştir. Geçici madde 6. olarak ifade edilen bu geçici madde ile getirilen hükümler ise şu şekildedir.

A- Bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde evrak büroları oluşturuluncaya kadar dilekçeler mahkeme başkanı veya hâkim tarafından havale edilmeye devam olunacaktır. Aslında yukarıda da izah ettiğimiz gibi küçük yerlerde bu şekilde bir buro kurma yerine tarama merkezini bu isimle adlandırarak ya da tarama merkezine bir eleman daha vererek bu iş kolayca çözümlenebilir.

B- Yine Danıştay'ın temyiz yeri olarak incelemesinden çıkarılan işlerde elimizdeki kanun yürürlüğe girmeden önce verilen nihai kararlar ile Danıştay'ın bozma kararı üzerine kararı bozulan mahkemece yeniden verilen kararlar Danıştay'a temyiz incelemesine gidecektir. Burada dava açılma tarihi değil, kararın verilme tarihi önemlidir.

II- 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunda Yapılan Değişiklikler

1- Bölge İdare Mahkemelerinin Oluşumu

6352 sayılı Kanun'un 49. maddesiyle 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunu'nun "*Bölge İdare Mahkemelerinin Oluşumu Başlıklı*" 3 üncü¹⁷ maddesinin "*Bölge idare mahkemeleri, bölge idare mahke-*

¹⁷ **2576 Sayılı Kanun Madde 3 önceki hali:** "1. Bölge idare mahkemeleri, bölge idare mahkemesi başkanı ile iki üyeden oluşur. 2. (Mülga fıkra) 3. Bölge İdare Mahkemesi başkan ve üyeliklerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır. Mahkeme başkanlarının kanuni sebeplerle yokluğunda, başkanlığa en kıdemli üye vekalet eder, aynı sebeplerle üye noksanlığı ise, bölgedeki idare ve vergi mahkemesi hakimlerinden kıdem sırasına göre tamamlanır. Bu mahkemeler gerektiğinde birden çok kurul halinde çalışabilirler. Bölge idare mahkemesi başkanının katılmadığı hallerde, mahkeme kurullarına o kuruldaki en kıdemli üye başkanlık eder. Bu kurulların oluşumu ve aralarındaki iş bölümü Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir. 4. Ankara, İstanbul ve İzmir bölge idare mahkemeleri başkanlıklarına Danıştay üyelerinden istekte bulunanlar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanabilirler. Bu suretle atanalar, Danıştay üyeliği sıfatını, kadrosuna, aylık ve ödeneği ile her türlü özlük haklarını muhafaza ederler. Bunların aylık ve ödenekleri ile her türlü mali ve sosyal haklarının Danıştay

mesi başkanı ile iki üyeden oluşur.” şeklindeki (1) numaralı fıkrasına “bölge idare mahkemesi başkan ve üyeliklerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır. Bu mahkemeler gerektiğinde birden çok kurul halinde çalışabilirler. Bu kurulların oluşumu, aralarındaki iş bölümü ile kurullara kimin başkanlık edeceği Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Anılan değişiklikle birlikte uygulamada Ankara, İstanbul, İzmir gibi bölge idare mahkemelerinde var olan uygulamanın yasal zemine oturtulması ve diğer bölge idare mahkemelerine de bu yolun açılması sağlanmış olmaktadır. Çalışmamızın devamında da değineceğimiz üzere ülkemizde faal olarak görev yapan 25 adet bölge idare mahkemesi vardır ve bu sayı oldukça fazladır. Bu sayının azaltılması halinde bu madde daha çok işlerlik kazanacaktır. Bölge idare mahkemelerinin birden fazla kurul halinde çalışmaları halinde vergi işleri için ayrı bir kurul, idari davalar için ayrı bir kurul oluşacaktır. Bu şekilde işler hem daha hızlı ilerleyecek hem de buralarda görev yapan hakimler daha etkin hale gelecektir. Uygulamada büyük birkaç bölge idare mahkemesi dışında diğer bölge idare mahkemesindeki hakimler hem vergi davaları hem de idari davalara aynı anda bakabilmektedir. Aslında bir çok konuda kesin karar verecek olan bölge idare mahkemelerinin de Danıştayda olduğu gibi ayrı idari kurulları ve vergi kurulları olması yerinde olacaktır.

Aynı maddede yapılan değişiklikle birlikte, 3 numaralı fıkrada sadece *“Mahkeme başkanlarının kanuni sebeplerle yokluğunda, başkanlığa en kıdemli üye vekalet eder, aynı sebeplerle üye noksanlığı ise, bölgedeki idare ve vergi mahkemesi hâkimlerinden kıdem sırasına göre tamamlanır.”* hükmü yürürlükte bırakılmış ve diğer birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kalkan cümle hükümleri aslında bir önceki fıkrada benzer ifadelerde yer verilmiştir.

2- Tek Hakim Sınırı

6352 sayılı Kanun'un 50. maddesiyle 2576 sayılı Kanun'un *“Tek Hakimle Görülecek Davalar”* başlıklı 7 nci maddesinin¹⁸ (1) ve (2) numara-

¹⁸ bütçesinden ödenmesine devam olunur.”
2576 sayılı Kanun Madde 7: “Uyuşmazlık miktarı birmilyar lirayı aşmayan; a) Konusu belli parayı içeren idari işlemlere karşı açılan iptal davaları, b) Tam yar-

ralı fıkralarında yer alan “bir milyar lirayı” ibareleri “Yirmibeş bin Türk Lirasını” şeklinde değiştirilmiştir.

Madde yapılan değişiklik sonrasında tek hakim sınırı 2012 yılı için 9.230,00 TL’den birden 25.000,00 TL’ye çıkartılmıştır. Bu özellikle idari para cezaları ile vergi uyuşmazlıklarında verilen kararların büyük bir çoğunluğunun temyiz yerine itiraz yoluna gitmesi anlamına gelecektir. Tasarıda 50.000,00 TL olan parasal sınırın 25.000,00 TL’ye çekilmesi yerinde olmuştur. 50.000,00 TL kalması halinde bölge idare mahkemelerinin iş yükü daha da artacaktı. Burada en önemli meselelerden birisi bölge idare mahkemeleri arasında içtihat birliğinin nasıl sağlanacağı hususu olacaktır.

Maddenin gerekçesine baktığımızda bu miktarın bu şekilde yükseltilmesinde gerekçe olarak, “İdari yargı siteminden büyük ölçüde esinlendiğimiz Fransa’da ilk derece yargılamasında davaların yaklaşık 2/3’ü tek hakim tarafından yürütülmektedir. Ülkemizde ise ilk derece mahkemelerinde tek hakimle görülen davaların sayısı oldukça düşük kalmaktadır. Düzenlemeyle tek hakim tarafından karara bağlanacak dosyaların sayısı artırılmaktadır. Bununla davaların daha hızlı karara bağlanmasının mümkün olacağı değerlendirilmektedir.” gösterilmiştir.

III- 2575 Sayılı Danıştay Kanunda Yapılan Değişiklikler

1-Düzenleyici İşlemler Konusu

6352 sayılı Kanun’un 45. maddesiyle 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun “İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay’da Görülecek Olan Davalar” başlıklı 24 üncü maddesinin¹⁹ (1) numaralı fıkrasının “Bakan-

gı davaları, İdare mahkemesi hakimlerinden biri tarafından çözümlenir. 2. 6 ncı maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri birmilyar lirayı aşmayan davalar, vergi mahkemesi hakimlerinden biri tarafından çözümlenir.”

¹⁹ **2575 sayılı Kanun Madde 24:** “1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak; a) Bakanlar Kurulu kararlarına, b) Başbakanlık, bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının müsteşarlarıyla ilgili müşterek kararnamelere,c) Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere,d) Danıştay İdari Dairesince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere,e) Birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işlere, f) Danıştay Yüksek Disiplin Kurulu kararları ile bu Kurulun görev alanı ile ilgili Danıştay Başkanlığı işlemlerine, Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeleyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz

lıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere," şeklindeki (c) bendi "c) Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere," şeklinde değiştirilmiştir²⁰.

Bu değişiklikte birlikte bakanlıklarca yapılan ancak, ülke çapında uygulanma niteliği bulunmayan ve düzenleyici işlem kapsamında nitelendirilen bazı işlemlere karşı açılan davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu sayede bakanlıkların tüm düzenleyici işlemleri yerine; sadece, ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerine karşı açılacak davaların ilk derece yargılamasının Danıştay'da görülmesi sağlanacaktır. Bu durum Danıştay'ın iş yükünde önemli bir azalma sağlayacaktır.

Öte yandan düzenleyici işlemlerin görüm ve çözümünde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevli olarak görülme sebebi madde gerekçesinde; *"Buna karşılık, ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerin önemi, bu düzenleyici işlemlere dayalı olarak tesis edilen bireysel işlemlere karşı açılacak davaların ülke geneline yaygınlığı, düzenleyici işlem ile bireysel işlemin birlikte dava konusu edilmesi durumunda görev ve yetki konusunda sorun yaşanacak olması ve içtihat birliğinin sağlanması gibi nedenlerle, bu tip uyumsuzlukların Danıştay'da görülmesine devam edilmesi öngörülmektedir."* şeklinde ifade edilmiştir.

2-Danıştay Başsavcısının Görevi

6352 sayılı Kanun'un 46. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un *"Danıştay Başsavcısının Görevleri"* başlıklı 60 ıncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının *"Başsavcı, dava dosyalarını uygun göreceği görev ayırımına göre savcılara havale eder."* şeklindeki birinci cümlesi *"Başsavcı, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da görülen dava dosyalarını, esas hakkındaki düşüncelerini bildirmek üzere, uygun göreceği görev ayırımına göre savcılara havale eder."* şeklinde değiştirilmiştir.

şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.2. Danıştay, belediyeler ile il özel idarelerinin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri hakkındaki istemleri inceler ve karara bağlar."

²⁰ Aslında 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında 15. madde olarak düzenlenmiş ve anılan bendin "c - Ülke genelinde uygulanacak düzenleyici işlemlere" şeklinde değiştirilmek istenilmiş ancak bilahare bu değişiklik komisyonunda tasarıdan çıkartılmıştır.

Anılan değişiklikle Danıştay savcılarının işlerinde önemli bir azalma olacağı gibi, aynı şekilde yargılamanın hızlanmasının önünde açılmış olacaktır. Danıştay savcıları, sadece Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davaların esası hakkında görüş bildirecektirler. Oysa değişiklik öncesinde, Danıştay savcıları Danıştay'a gelen her dosya için bir başka ifadeyle ilk derece Danıştay'ın baktığı davalarda, temyiz ve karar düzeltme istemleri için Danıştay'a gelen tüm dosyalarının esasları ve yürütmeyi durdurma istemleri hakkında görüş bildirmekteydi. Bu durum hem savcıların iş yükünü arttırmakta hem de dosyaların savcılıkta geçen süreler nedeniyle görüm ve çözümü uzatmaktaydı.

3-Danıştay Savcısının Görevi

6352 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un "Savcıların Görevleri" başlıklı 61. maddesinde 2 fıkrada değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklere baktığımızda;

A-Anılan maddenin, "Savcılar, kendilerine havale olunan dosyaları Başsavcı adına incelerler ve düşüncelerini, davalarda bir ay, yürütmenin durdurulması isteminde iki gün içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler. Bu süreler geçirilirse durumu sebepleriyle birlikte Başsavcı'ya bildirirler. Danıştay Başkanı'nın ve Başsavcı'nın vereceği diğer görevleri yerine getirir; çalışma düzeninin korunması ve iş veriminin artırılması için Başsavcının alacağı tedbirlere uyarlar." şeklindeki 1. fıkrası "1. Savcılar, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da görülen dava dosyalarından kendilerine havale olunanları Başsavcı adına incelerler ve esas hakkındaki düşüncelerini, bir ay içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler. Bu süreler geçirilirse durumu sebepleriyle birlikte Başsavcıya bildirirler. Danıştay Başkanı'nın ve Başsavcı'nın vereceği diğer görevleri yerine getirir; çalışma düzeninin korunması ve iş veriminin artırılması için Başsavcının alacağı tedbirlere uyarlar." şeklinde değiştirilmiştir.

Buna göre, aslında yukarıda anılan değişikliğe paralel bir düzenleme getirilmiş ve Danıştay savcılarının sadece ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'ın bakacağı davalarda Danıştay Başsavcısı adına görüş verecekleri belirtilmiştir. Bir önceki maddede belirttiğimiz üzere, Danıştay Savcısı bu davaların yürütmeyi durdurma istemleri hakkında da görüş bildirmeyecek sadece esas hakkında görüş bildirecektir. Bu yazılı ve gerekçeli olacak görüşün ise 1 ay içinde verilmesi ve bu

sürenin geçirilmesi halinde sebebinin Başsavcı'ya bildirilmesi gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere 2577 sayılı Kanun'un ilgili maddesinde yapılan değişiklik üzerine Danıştay savcılarının dosyalar hakkında verdikleri görüşler uyumsuzluğun taraflarına da tebliğ edilecek ve bu görüşe karşı taraflar beyanlarını sunacaktır. Burada bulunan savcıların Danıştay Başkanı ve Başsavcısı'nın vereceği diğer işleri yapacağına ilişkin cümle de aynen tekrar edilmiştir.

B-Yine aynı maddenin önceki halinde *“Dava daireleri ile idari ve vergi dava daireleri genel kurullarınca gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay savcıları, önceden haber verilmek suretiyle, düşüncelerini sözlü olarak da açıklarlar.”* şeklindeki 3. fıkrası *“3. Dava dairelerince gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay savcıları, önceden haber verilmek suretiyle, düşüncelerini sözlü olarak da açıklarlar.”* şeklinde değiştirilmiştir.

Genel olarak her iki maddeyi birlikte değerlendirdiğimizde Danıştay savcılarının iş yükünde önemli bir azalma meydana gelmiştir. Zira, öncekinden farklı olarak Danıştay savcıları temyiz ve karar düzeltme safhalarındaki yürütmeyi durdurma ve esas aşamasında artık görüş bildirmeyecektir. Aynı şekilde ilk derece olarak Danıştay'da görülen davaların da sadece esasları hakkında görüş bildirecektir. Bir başka ifadeyle ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılan davalardaki yürütmeyi durdurma istemleri hakkında da Danıştay savcısı görüş bildirmeyecektir. Bu durumu son yargı paketi ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü işlerde bir azalma yoluna gidilmesi de birlikte dikkate alındığında Danıştay savcılarının iş yükü epey azalacaktır. Bu azalmanın getirdiği rahatlamayla Danıştay savcılarının bölge idare mahkemeleri kararlarının Danıştay içtihatlarına uygunluğunu denetleme görevi verilebileceği düşünülebilir. Zira hali hazır durumda bölge idare mahkemelerinin kararlarının kesinliği nedeniyle içtihat birliği sorunu bulunmaktadır.

4- Danıştay Üyeliğine Seçim Şartları Konusu

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 9. maddesi Danıştay üyelerinin seçimi konusunu düzenlemektedir²¹. Anılan madde hükümlerine göre

²¹ **2575 sayılı Kanun Madde 9:** 1. Danıştayda boşalan üyeliklerin dörtte üçü idari yargı hakim ve savcılığından, dörtte biri ise diğer görevliler arasından seçilir.2. İdari yargı hakim ve savcıları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca; diğer gö-

Danıştay'da boşalan her dört üyeden 3 tanesi için HSYK tarafından, kalan 1 üyelik için ise Cumhurbaşkanınca seçim işlemi gerçekleştirilmektedir. Hali hazırda düzenlemede cumhurbaşkanınca yapılacak olan seçimlerde seçilme yeterliğine sahip olma konusu Danıştay Üyelerinin Nitelikleri başlıklı 8. maddenin 3 fıkrasında " 3. İdari görevlerden Danıştay üyeliğine seçileceklerin yükseköğrenimlerini tamamladıktan sonra Devlet hizmetlerinde yirmi yıl (*) çalışmış bulunmaları, birinci derece aylığını kazanılmış hak olarak almaları ve hakimliğin gerektirdiği ahlak ve seciyeye sahip olmaları şarttır." şeklinde iken 6352 sayılı Kanun'un 46 maddesiyle buradaki 20 yıllık süre şartı 15 yıla düşürülmüştür. Bu durumda diğer şartları taşıyan²² daha genç yaşta idari yargı mensubu olmayan kişilerin Danıştay üyesi seçilmesi ve yasada düzenlenen ¼ oranından fazla bir sayıya ulaşmasına neden olacaktır.

Aynı şekilde, 6352 sayılı Kanun'un 46. maddesiyle 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendine "Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği," ibaresi ile (e) bendine "ile düzenleyici ve denetleyici kurumların başkanlıkları," ibaresi eklenerek bu kişilerden de Cumhurbaşkanınca Danıştay üyesi seçilmesinin önü açılmıştır. Yine "Bakanlıkların başhukuk müşavirliği veya birinci hukuk müşavirliği veya Maliye bakanlığındaki bu derecelerdeki hukuk müşavirliği, müşavir avukatlığı veya muhakemat müdürlüğü" şeklinde (g)

revlerde bulunanlar ise, Cumhurbaşkanınca Danıştay üyeliğine seçilirler.3. Danıştayda boşalan üye sayısı dördü bulunca, dördüncü üyeliğin boşaldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde durum Danıştay Başkanlığınca Başbakanlığa ve Adalet Bakanlığına duyurulur.4. Cumhurbaşkanı ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu duyurudan sonra en geç iki ay içinde seçim yapılır.

²² **2575 sayılı Kanun Madde 8:** 1. Danıştay üyeleri: a) İdari yargı hakim ve savcılığı, b) Bakanlık, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, elçilik, valilik, c) Generallik, amirallik, d) Devlet Başkanlığı Genel Sekreterliği, e) Genel ve katma bütçeli dairelerde veya kamu kuruluşlarında genel müdürlük veya en az bu derecedeki tetkik ve teftiş kurul başkanlıkları, f) Yükseköğrenim kurumlarında hukuk, iktisat, maliye, kamu yönetimi profesörlüğü, g) Bakanlıkların başhukuk müşavirliği veya birinci hukuk müşavirliği veya Maliye Bakanlığında bu derecelerdeki hukuk müşavirliği, müşavir avukatlığı veya muhakemat müdürlüğü, Görevlerini yapanlar arasından seçilir. 2. İdari yargı hakim ve savcılarının Danıştay üyeliğine seçilebilmeleri için birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl bu görevlerde başarı ile çalışmış olmaları ve birinci sınıfa ayrılmaya niteliğini kaybetmemeleri gereklidir.3. İdari görevlerden Danıştay üyeliğine seçileceklerin yükseköğrenimlerini tamamladıktan sonra Devlet hizmetlerinde yirmi yıl (*) çalışmış bulunmaları, birinci derece aylığını kazanılmış hak olarak almaları ve hakimliğin gerektirdiği ahlak ve seciyeye sahip olmaları şarttır.

bendi "g) Kamu kurum ve kuruluşlarının başhukuk müşavirliği, birinci hukuk müşavirliği, hukuk hizmetleri başkanlığı ve hukuk işleri müdürlüğü," şeklinde değiştirilmiştir.

Hemen belirtelim ki, Danıştay'da Danıştayın özelliği ve idari üzerindeki hukuka uygunluk denetimi yapması nedeniyle Cumhurbaşkanınca üye seçilmesi konusunda tamamen karşı olmamakla birlikte, seçilen üye sayısında bir değişikliğe gidilerek, her boşalan 4 üyelik için cumhurbaşkanınca bir üye seçme yolu yerine Cumhurbaşkanınca seçilecek üye sayısı sabitlenmeli ve o üyeliklerde boşalma olduğunda Cumhurbaşkanının o üyeliklere seçim yapması sağlanmalıdır. Cumhurbaşkanlığınca seçilecek üye sayısı her daire için en fazla 2 üye ile sınırlandırılması ve toplam 30 üyenin Cumhurbaşkanlığı kontenjanından seçilmesinin yeterli olacağını düşünmekteyiz.

İdari yargıda mevcut hakim sayısındaki artışla birlikte seçilme yeterliğine sahip hakim savcı sayısının artması, Danıştay üyeliği seçimlerinin mevcut HSYK tarafından daha adaletli bir şekilde yapılması, sadece Danıştay bünyesinde görev yapan Danıştay savcılarını ya da kıdemli tetkik hakimleri arasından üye seçimi yapılması yerine taşrada her hangi bir birimde görev yapan ve Danıştay üyeliğine seçilme konusunda yasada aranan şartları taşıyan bütün idari yargı hakimlerinin potansiyel Danıştay üyesi adayları statüsünü gerçekten kazanmış olmaları nedeniyle bu hususun meslek barışına ve yargılama faaliyetlerinde olumlu katkısı olacağını düşünmekteyiz.

5-2575 sayılı Yasayla İlgili Geçici Hükümler:

6352 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle Danıştay Kanunu'na 2 yeni geçici madde eklenmiştir. Bu geçici maddelere baktığımızda;

A - İlk geçici madde, idari dava dairelerinin oluşumu ve çalışma süresi ile ilgilidir. İdare ve vergi dava daireleri kurullarının oluşumu ve çalışma usulu 6110 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmişti. 6110 sayılı Kanunla yapılan düzenleme sonrasında 2575 sayılı Yasa'nın "İdare ve Vergi Dava Daireleri Kurulu" başlıklı 17. maddesi "1. İdari Dava Daireleri Kurulu, idari dava dairelerinin başkanları ile üyelerinden; Vergi Dava Daireleri Kurulu, vergi dava dairelerinin başkanları ile üyelerinden oluşur. 2. Dava daireleri kurullarına Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri; bunların yokluğunda daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık eder. 3. Toplantı ve

görüşme yeter sayısı İdari Dava Daireleri Kurulu için otuzbir, Vergi Dava Daireleri Kurulu için ise onüçtür. İdari dava daireleri ile vergi dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde ve iki dava dairesinin birlikte yapacağı toplantıda verilen kararların incelenmesinde, bu dairelerde karara katılmış olanlar idari ve vergi dava daireleri kurullarında bulunamazlar. 4. Bu toplantılarda hazır bulunanlar çift sayıda olursa en kıdemsiz üye kurula katılamaz. 5. Bu kurullarda kararlar oyçokluğu ile verilir. 6. Her kurula yeteri kadar tetkik hakimi verilir. Ayrıca bir yazı işleri müdürlüğü bulunur.” şeklinde idi. Bu yeni düzenleme ile idare ve vergi dava dairelerinin oluşumunda tüm idare ve vergi dava daireleri başkan ve üyeleri esas alınmış ancak dairelerin toplanabilmesi için toplantı yeter sayısı idari dava daireleri için 31, vergi dava daireleri için ise 13 olarak belirlenmişti. Ancak bu değişiklikten sonra vergi dava daireleri kurulu için herhangi bir değişikliğe gidilme de, idare dava daireleri için yeni bir düzenleme yapılmıştır. Hemen belirtelim ki bu düzenleme bir geçici maddedir ve geçici süreli bir düzenlemedir. Geçici maddede belirtilen süre dolduktan sonra yine 6110 sayılı Kanundaki hüküm uygulanacaktır.

Bu maddeye baktığımızda şu yeniliklerin geldiği görülmektedir.

a- Öncelikle bu madde 3 yıl süreyle uygulanacak olan bir maddedir. Mevcut dosyaların eritilebilmesi amacıyla bu geçici hüküm getirilmiştir. Eylül 2011 itibariyle yaklaşık 8000 dosya idari dava dairelerinde beklemektedir. İdari dava dairelerine giden bir dosya hakkında karar verilebilmesi 3-4 yılı geçebilmektedir.

b- İdari Dava Daireleri Kurulu 20 kişiden oluşacaktır. Bu 20 kişi Başkanlar Kurulu tarafından seçilecek ve her idari dava dairesinden en az bir üye olacaktır. Oysa ki bundan önceki düzenlemeye göre idari davalarının toplamı 101 kişiden oluşmakta iken toplantı yeter sayısı 31 idi. Kurulun kimlerden oluşacağı ve kimlerin katılacağı belli değildi.

c-İdari dava daireleri kuruluna Danıştay Başkanı yada başkan vekillerinden biri, bunların olması halinde ise, kurula en kıdemli üye başkanlık edecektir.

d-Seçilen 20 üyenin tamamı sürekli olarak İdari Daireleri Kurulunda görev yapacaklar. Ancak bu üyeler aynı zamanda kendi dairelerinde çalışmalara da Genel Kurul kararıyla katılabileceklerdir. Oy-

saki önceki düzenlemede İdari Dava Daireleri Kurulu haftada bir kez toplanmakta ve gerekçede belirtildiği üzere 20-25 dosya ancak karara bağlamaktaydı. Yine gerekçede belirtildiği üzere Eylül 2011 itibariyle bekleyen 8000 davanın çözümü ve karara bağlanması yıllar alacaktı. Bu düzenleme ile 20 kişiden oluşan kurul tüm mesaisini İdari Dava Dairelerindeki işlere verecektir. Bu üç yıl içinde dosyaları eritecektir. Danıştayın ilk derece mahkemesi ve temyiz yeri olarak baktığı davalarda azalmaya paralel olarak İdari Dava Dairelerinin de iş yükü azalacaktır.

e-Yeni durumda idari dava dairelerinin toplantı ve görüşme yeter sayısı 15 olarak belirtilmiştir. 20 kişilik kurulun toplanması için nitelikli çoğunluk aranmıştır. Burada salt çoğunluk yeterli görülmemiş ve 15 kişi aranmıştır.

f-Karar yeter sayısı ise, toplantıya katılanların oyçokluğudur. Bu durumda 15 kişi ile toplanan kurul tarafından 8 kişi ile karar alınabilecektir.

B- Son geçici madde ise, 25. madde olarak düzenlenmiştir. Buna göre,

a- Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılan ancak bu kanunla birlikte idare ve vergi mahkemelerinin görevleri kapsamına alınan davalar Danıştay'da görülmeye devam edecektir. Bu kanun yürürlüğe girdikten sonra açılacak davalar ilgili idare ve vergi mahkemelerine gidecektir.

b- Yine Danıştay Savcısının görevinde yapılan değişikliklere ilişkin olarak ise bir önceki fıkranın aksine, bu kanun yürürlüğe girdiği tarihte görüş alınmak üzere Danıştay Başsavcılığına gönderilen ancak henüz görüş bildirilmeyen yürütmeyi durdurma ile temyiz ve karar düzeltme dosyaları hakkında her hangi bir görüş alınmadan (verilmeden) dosya ilgili daire veya kurula geri gönderilecektir. Bu sayede Danıştay Savcılığında dosyaların beklemesinin önüne geçilmiş olacaktır.

IV. Danıştay'ın İşyüküne Azaltacak Diğer Kanunlarda Yapılacak Değişiklikler

Tasarının 45. maddesiyle Danıştay'ın iş yükünü azaltmak amacıyla çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmış ve bu Kanunlarda belirtilen

kurul kararlarına karşı açılacak olan davaların ilk derece Mahkemesi olarak Danıştay yerine idare mahkemelerine dava açılması imkanı getirilmişti. Ancak, Tasarıda tek maddede düzenlenen bu hususlar 6352 sayılı Kanunda ayrı ayrı yer verilerek düzenmiştir. Buna göre, değişiklik yapılan Kanunlara baktığımızda;

1- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun “Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu” başlıklı 55. maddesinin “Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idarî para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür.” şeklindeki birinci fıkrası “Kurul tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır.” şekilde değiştirilmiştir.(6352 sayılı Kanun 63. madde)

2- 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun “Dava Hakkı” başlıklı 12. maddesi, “İdari para cezaları dahil, Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.” şeklinde iken “Kurul tarafından alınan idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü davalar öncelikli işlerden sayılır.” şekilde değiştirilmiştir.(6352 sayılı Kanun 64. madde)

3- 4634 sayılı Şeker Kanununun “İdari Para Cezaları” başlıklı 11 maddesinin onuncu fıkrası “İdarî para cezaları dahil, Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.” şeklinde iken “Kurul tarafından verilen idari para cezalarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü davalar öncelikli işlerden sayılır.” şeklinde değiştirilmiştir. (6352 sayılı Kanun 65. madde)

4- 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun (Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun) “Önaraştırma, Soruşturma ve Dava Hakkı” başlıklı 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası “İdarî para cezaları dahil, Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.” şeklinde iken “Kurul tarafından alınan idari yaptırım ka-

rarlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü davalar öncelikli işlerden sayılır." şeklinde değiştirilmiştir. (6352 sayılı Kanun 66. madde)

5- 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun "Önaraştırma, Soruşturma ve Dava Hakkı" başlıklı 21. maddesinin üçüncü fıkrası "Kurul kararına karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar." şeklinde iken "Kurul tarafından alınan idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü davalar öncelikli işlerden sayılır." şeklinde değiştirilmiştir. (6352 sayılı Kanun 67. madde)

6- 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu Ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun "Önaraştırma, Soruşturma ve Dava Hakkı" başlıklı 18. maddesinin üçüncü fıkrası "İdarî para cezaları dahil Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar." "Kurul tarafından alınan idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü davalar öncelikli işlerden sayılır." şeklinde değiştirilmiştir. (6352 sayılı Kanun 68. madde)

7-5411 sayılı Bankacılık Kanununun "Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu" başlıklı 105 inci maddesinin birinci fıkrası Kurul kararlarına karşı açılacak idarî davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar." şeklinde iken şekilde "Kurul tarafından alınan idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü davalar öncelikli işlerden sayılır." değiştirilmiştir. (6352 sayılı Kanun 69. madde)

8- 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun "Dava Hakkı" başlıklı 62 nci maddesinin birinci fıkrası Kurumun sektörle ilgili işlemlerine karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Bu davalar Danıştay tarafından acele işlerden sayılır. Kurulun kararları Kurumun idarî denetimi sırasında yerindelik denetimine tâbi tutulamaz. şeklinde iken, "(1) Kurul tarafından alınan idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurulun idari yaptırım

kararları da dâhil olmak üzere Kurum kararlarına karşı açılan her türlü davalar öncelikli işlerden sayılır.” şekilde değiştirilmiştir.(6352 sayılı Kanun 70. madde)

9- 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe Ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin “*Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu*” 30 uncu maddesinin birinci fıkrası *Kurul kararları kesindir. Kurulun düzenleyici ve denetleyici nitelikteki kararlarına karşı açılacak davalar, ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar. Şeklinde iken “(1) Kurul kararları kesindir. Kurul tarafından alınan idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü davalar öncelikli işlerden sayılır.”* şekilde değiştirilmiştir.(6352 sayılı Kanun 71. madde)

Görüldüğü üzere 9 ayrı Kanunda yapılan değişiklikle birlikte ilk derece Mahkemesi olarak Danıştay’ın baktığı işler Danıştay’dan alınmış ve ilk derece mahkemesi olarak idare mahkemelerine verilmiştir. Danıştay’ın hem ilgili dairesinin hem de İdari Dava Daireleri Kurulunun iş yükü önemli ölçüde azaltılmıştır. Buradaki kurumların ve işlem tesis eden makamların Ankara ilinde olması nedeniyle işlemi tesis eden yer idare mahkemesinin yetkili görülmesi halinde, Ankara İdare Mahkemelerinin iş yükü biraz daha artacaktır. O nedenle burada genel yetki kuralları da işletilmelidir. Bir başka ifadeyle Afyonkarahisarda yer alan bir şirket aleyhine yukarıda belirtilen Kurullardan her hangi birince idari para cezası verilmesi halinde, işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yer yerine, şirketin bulunduğu yer olan Afyonkarahisar İdare Mahkemesinde dava görülebilmelidir.

V- İdari Yargı Hakimlerinin Alınması Konusundaki Değişiklik Hakkında

6352 sayılı Kanun’un Tasarısında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun Hakim Adaylarının Niteliklerini düzenleyen 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ikinci paragrafında yer alan “*her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştı.

22.12.2005 tarih ve 5435 sayılı Yasayla değiştirilmiş olan bu maddede metni “*idarî yargı adayları için; hukuk fakültesinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye’de hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden sınava girip başarı belgesi almış bulunmak, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından, her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak,*” şeklinde idi.

Maddenin gerekçesinde hakim ve savcı sayısının artırılması ve eksikliğin daha kısa sürede giderilmesi amacıyla idari yargı adaylığına, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adayların alınması yolu açılmak olarak ifade edilmiştir²³.

Kanaatimizce, 2005 yılında yapılan değişiklik yerinde olmakla birlikte son değişiklikler birlikte 2005 yılından öncesine dönülmesi yerinde olmamıştı. Zira, bu şekilde sınırlamanın ortadan kaldırılması halinde, alınan hakimlerin çok büyük bir kısmı hukuk fakültesi dışında olabilmekteydi. Bu tasarı metni yasalaşmamış ve 6352 sayılı Kanunda yer almamıştır.

VI- Bölge İdare Mahkemelerinin İş Yükü ve İçtihat Birliği Sorunu

Bölge idare mahkemeleri, dosyaları inceleme, gerektiğinde ara kararı yapma ve son kararı verme özellikleri nedeniyle istinaf mahkemelerine; aldıkları kararların kesin olması nedeniyle de temyiz mahkemesi olan Danıştay’a benzemektedir.

Bölge idare mahkemeleri, bölgelerin coğrafi ve iş durumlarına göre, İçişleri, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur ve yargı çevresi belirlenir (2576 SK m.2/b-1) .

²³ 650 sayılı KHK ile 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. “Geçici Madde 11 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl süreyle Bakanlığın teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararı ile bir yıllık staj süresini tamamlayan adli ve idarî yargı hâkim ve savcı adayları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca mesleğe kabul edilmeleri hâlinde, hâkimlik ve savcılık mesleğine atanabilirler...” bu yolla Hakim ve savcı açığının bir an evvel giderilmesi istenilmiştir. Ülkemizde mevcut hakim ve savcı sayısı kadar daha hakim ve savcı alınması halinde ancak hakim ve savcı açığının bir nebze giderilebileceği ise bir gerçektir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, 2577 sayılı Kanununun 45. maddesinde yapılan değişiklikle beraber bir çok uyuşmazlık hakkında ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı açılan davalarda mahkemece verilen kararların itiraz yolu ile bölge idare mahkemeleri tarafından incelenmesi öngörülmüştür. Oysa değişiklikten önce temyiz yeri olarak Danıştay bu kararları inceliyordu. Bu değişikliğin nedeni, Danıştay'ın iş yükünü azaltmak ve Bölge İdare Mahkemelerini daha etkin hale getirmektir.

Türkiye genelinde idari yargı sistemimizde 25 Bölge İdare Mahkemesi bulunmakta ve bu mahkemelerin itiraz üzerine verdikleri kararlar kesin nitelikte kararlar olmaktadır. Bölge idare mahkemesinde, 1 başkan ve 2 üyeden oluşan heyetler bu kararları almaktadır. Yurdun dört bir yanındaki bölge idare mahkemelerinin aynı konuyla ilgili olarak aynı kararı vermesi, bir başka deyişle, içtihat birliğinin sağlanması nasıl gerçekleşecektir. Bu büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksi halde birbirine aykırı kesin Bölge İdare Mahkemeleri kararları vatandaşın yargı sistemine olan güvenini sarsacağı saklanamaz bir gerçektir.

Sorunun çözümü için öncelikle 25 adet olan Bölge İdare Mahkemesi sayısı en fazla kademeli olarak azaltılmalı; iş yoğunluğuna, coğrafi duruma ve iş sayısına bakılarak 10 -12 arasında bir sayıya düşürülmelidir. Hali hazırdaki bölge idare mahkemelerine ve bu mahkemelerin yargı çevrelerine baktığımızda;

Bölge İdare Mahkemesi – Yargı Çevresine Dahil Olan İller

Adana	- Hatay – Mersin – Osmaniye
Ankara	- yok
Antalya	- Burdur – Isparta
Aydın	- Muğla
Bursa	- Balıkesir – Yalova
Denizli	- Afyonkarahisar
Diyarbakır	- Mardin – Siirt – Şırnak- Batman
Edirne	- Kırklareli- Tekirdağ – Çanakkale

Erzurum	- Ağrı - Kars - Iğdır - Ardahan
Eskişehir	- Bilecik - Kütahya
Gaziantep	- Adıyaman - Kahramanmaraş - Şanlıurfa- Kilis
İstanbul	- yok
İzmir	- yok
Kayseri	- Nevşehir - Yozgat - Kırşehir
Kırıkkale	- Çorum
Konya	- Niğde - Aksaray - Karaman
Malatya	- Elazığ - Tunceli - Bingöl
Manisa	- Uşak
Ordu	- Giresun
Sakarya	- Bolu - Düzce - Kocaeli
Samsun	- Amasya - Sinop
Sivas	- Erzincan - Tokat
Trabzon	- Gümüşhane - Rize - Bayburt - Artvin
Van	- Bitlis - Hakkari - Muş
Zonguldak	- Kastamonu - Karabük - Bartın - Çankırı, şeklin- dedir.

Öte yandan bölge idare mahkemelerinin bakacağı idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin sayılarına baktığımızda ise ;

İdare mahkemesi olan iller ve mevcut idare mahkemeleri sayılarını şu şekilde sıralayabiliriz: Adana 2, Afyonkarahisar 1, Aksaray 1, Ankara 18, Antalya 3, Aydın 1, Balıkesir 1, Batman 1, Bursa 3, Çanakkale 1, Çorum 1, Denizli 1, Diyarbakır 3, Edirne 1, Elazığ 2, Erzurum 2, Eskişehir 2, Gaziantep 2, Hatay 1, Isparta 1, İstanbul 10, İzmir 5, Kastamonu 1, Kayseri 1, Kırıkkale 1, Kocaeli 2, Konya 2, Malatya 1, Manisa 2, Mardin 1, Mersin 2, Muğla 2, Ordu 1, Sakarya 2, Samsun 2, Sivas 1, Rize 2, Tokat 1, Şanlıurfa 1, Trabzon 1, Van 3, Yozgat 1, Zonguldak 1 adet faal idare mahkemesi bulunmaktadır.

Vergi mahkemesi olan iller ve mevcut vergi mahkemeleri sayılarını şu şekilde sıralayabiliriz: Adana 2, Ankara 6, Antalya 2, Aydın 1, Balıkesir 1, Bursa 2, Denizli 1, Diyarbakır 1, Edirne 1, Erzurum 1, Eskişehir 1, Gaziantep 1, Hatay 1, İstanbul 11, İzmir 4, Kayseri 1, Kırıkkale 1, Kocaeli 2, Konya 1, Malatya 1, Manisa 1, Mersin 2, Muğla 1, Ordu 1, Sakarya 1, Samsun 1, Sivas 1, Tekirdağ 1, Trabzon 1, Van 1, Zonguldak 1 adet faal idare mahkemesi bulunmaktadır.

Bölge idare Mahkemelerinin kuruluşuna ve kurulacağı yere Adalet Bakanlığı karar verebilmekte iken , kurulmuş olan bir bölge idare mahkemesinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine ise, İçişleri ve Maliye Bakanlıklarının görüşleri ve Adalet Bakanlığı'nın önerisi ile HSYK tarafından karar verilmektedir. Burada HSYK tarafından mevcut bölge idare mahkemelerin azaltılmasına karar verilebilecektir. HSYK mevcut bölge idare mahkemelerinin halen faal olanlarından bir kısmı ile Adalet Bakanlığınca kurulmasına rağmen atama yapmadığı Mersin, Muğla ve Sanlıurfa Bölge idare mahkemelerini de kapatmalıdır. Mevcut 25 mahkemeden ilk planda hemen kapatılması gerekenler ve bu kapatılan mahkemelerin bağlanabileceği bölge idare mahkemeleri olarak şu şekilde bir çalışma yapılabilir düşüncesindeyiz. Buna göre,

Öncelikle ilk olarak hemen kapatılması gereken bölge idare mahkemelerini Aydın Bölge İdare Mahkemesi, Manisa Bölge İdare Mahkemesi, Kırıkkale Bölge İdare Mahkemesi, Sakarya Bölge İdare Mahkemesi, Ordu Bölge İdare Mahkemesi ve Zonguldak Bölge İdare Mahkemesi olarak sayabiliriz. Bu mahkemelerden sonra kapatılabilecek olan 2 dereceli bölge idare mahkemelerini ise, Denizli Bölge İdare Mahkemesi, Malatya Bölge İdare Mahkemesi, Sivas Bölge İdare Mahkemesi olarak sıralayabiliriz. En sonunda Bölge İdare Mahkemelerinin sayısını azaltma ve içtihat birliğinde ve heyet oluşumunda kolaylığı sağlama amacıyla Eskişehir Bölge İdare Mahkemesi ve Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, Edirne Bölge İdare Mahkemesi kapatılabilir. Aynı şekilde mevcut bölge idare mahkemelerinin kapatılması üzerine, iş yükü az olan Kırıkkale İdare Mahkemesi, Kırıkkale Vergi Mahkemesi, Sivas Vergi Mahkemesi, Trabzon Vergi Mahkemesi de kapatılabilir.

Anılan Bölge İdare Mahkemelerini kapattığımızda kalan bölge idare mahkemeleri ile bakacağı illere batığımızda şu şekilde bir tablo karşımıza çıkacaktır.

Bölge İdare Mah. - Yargı Çevresine Dahil Olan İller

Adana	- Hatay - Osmaniye - Gaziantep - Kahramanmaraş - Kilis
Ankara	- Kırıkkale - Çankırı - Eskişehir - Çorum
Antalya	- Burdur - Isparta - Mersin - Denizli -
Bursa	- Balıkesir -- Yalova - Bilecik - Kütahya - Sakarya - Bolu-Düzce
Diyarbakır	- Mardin - Siirt - Şırnak- Batman -Şanlıurfa- Adıyaman - Elazığ
Erzurum	- Ağrı - Kars - Iğdır - Ardahan - -Erzincan -
İstanbul	- Edirne - Kırklareli- Tekirdağ - Kocaeli
İzmir	- Aydın - Muğla - Manisa - Uşak - Çanakkale -
Kayseri	- Nevşehir - Yozgat - Kırşehir - Malatya - Tokat - Sivas
Konya	- Niğde - Aksaray - Karaman - Afyonkarahisar
Samsun	- Amasya - Sinop - Zonguldak - Kastamonu - Karabük - Bartın
Trabzon	- Gümüşhane - Rize - Bayburt - Artvin - Ordu - Giresun-
Van	- Bitlis - Hakkari - Muş - Tunceli - Bingöl

Bu şekilde bir dağılım sonrasında yine bölgelerin iş yoğunluğuna göre yeni bölge idare mahkemeleri faaliyete geçirilebileceği gibi yukarıda da belirttiğimiz üzere bölge idare mahkemelerinin kademeli olarak kapatılması yoluna da gidilebilir.

İdari yargının hızlandırılması konusunda bir yenilik yapılmak isteniyorsa bir karar verilmeli ve ona göre strateji belirlenerek hareket edilmemelidir. Buna göre, ya yukarıda belirttiğimiz gibi bölge idare mahkemelerinin sayıları azaltılarak bu illerdeki idare mahkemeleri sayısı artırılmalı bir başka deyişle illerde yer alan idare mahkemelerine devam edilmelidir. Eğer bölge idare mahkemeleri kapatılmayacaksa bu takdirde, illerdeki idare mahkemeleri kapatılmalıdır. Bu mahkemelerde görev yapan üye sayılarında sıkıntı olabilmekte, izin kullanımı,

adli tatilden yararlanma konularında bir takım mağduriyetler söz konusu olabilmektedir. Aynı şekilde bu mahkemeler kaynak israfına da neden olabilmektedir. Eğer Bölge İdare mahkemeleri kapatılmayacaksa ki (biz fazla olan bölge idare mahkemelerinin azaltılması ve hemen hemen her ile bir idare mahkemesi açılması fikrindeyiz) o zaman illerdeki idare mahkemeleri kapatılarak bağlı oldukları bölge idare mahkemelerinin bulunduğu ilde bir idare mahkemesi açılması şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi daha faydalı olacaktır. Örneğin, Denizli Bölge İdare Mahkemesi kapatılmayacaksa, Afyonkarahisar İdare Mahkemesi kapatılmalı ve bunun yerine Denizli Bölge İdare Mahkemesi bünyesinde yeni bir İdare Mahkemesi yani Denizli 2. İdare Mahkemesi açılmalıdır. Bu konuda bir karar verilmeli ve buna göre hareket edilmelidir.

Öte yandan bölge idare mahkemelerinin mevcut iş yüklerini artıran bir takım işlerde bulunmaktadır. Bu işlerinde bölge idare mahkemelerinden alınması yerinde olacaktır. Buna göre;

- Bölge İdare Mahkemelerin iş yükü içerisinde yer alan İdare ve Vergi Mahkemelerince verilen yürütmenin durdurulması istemine karşı yapılan itirazların kaldırılması ve ilk derece mahkemesinin davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında verdiği karara karşı itiraz yolunun kapatılması gerekir.

- Benzer şekilde, Bölge İdare Mahkemelerinin iş yükünü artıran 4483 sayılı Kanun uyarınca yapılan itirazlarında ilgili mevzuatlarda yapılacak olan düzenlemelerle Bölge İdare Mahkemesinin görevinden çıkarılmalıdır.4483 sayılı Kanun uygulamasına da son verilmeli ve hakkında kamu adına soruşturma yapılmak istenen bütün kamu görevlileri için bu koruyucu zırha da son verilmelidir. Bu sayede Bölge İdare Mahkemeleri de gereksiz olan iş yükünden kurtularak daha verimli işler hale gelecektir.

Hemen akla gelen sayısı az olan Bölge İdare Mahkemeleri kararlarında farklılık oluşması sorununa gelince, Bölge İdare Mahkemesi kararlarında içtihat birliği için bu mahkeme kararlarına karşı da Danıştay yolu açılmalıdır. Bu sayede, Danıştay da asıl işlevi olan içtihat mahkemesi kimliğine büründürülmelidir. Bunun için Bölge İdare Mahkemesi kararlarına karşı temyiz incelemesi yolu ile Danıştay Başsavcılıklarına bu yola başvurma hakkı tanınmalı ve Başsavcılık daha aktif

bir konuma getirilmelidir. Nitekim son değişiklikle birlikte Danıştay Savcılarının işi oldukça azaltılmıştır. İş azalan savcıların istekleri de nazara alınarak bölge idare mahkemelerine tayinleri çıkartılarak orada Danıştay içtihatlarına aykırı gördükleri kararları Danıştay'a götürme imkanı getirilebileceği gibi, bölge idare mahkemesince verilen karara karşı kanun yararına bozma gibi bir yola başvuracakların başvurularını etkin olarak değerlendirme makamı olarak da kalabilir. Ancak bunun için mevcut düzenlemenin aksine kanun yararına bozma yolunun hukuki sonuçları tarafları etkilemeli ve işlem hakkında sonuç doğurabilmelidir. Bu konuda yapılacak olan düzenlemeyle Danıştay'ın iş yükünün artmasına da neden olunmamaya dikkat edilmelidir.

Bir diğer yöntem olarak da Bölge İdare Mahkemesi kararına direnme imkanı getirilmesidir. Mevcut durumda bölgelerin verdiği kararlar kesindir. İlk Derece Mahkemesi Danıştay tarafından verilen bozma kararına direnme imkanı varken Bölge İdare Mahkemesi kararlarına karşı böyle bir yöntem getirilmemiştir. Yapılacak bir düzenleme ile Bölge İdare Mahkemelerinin bozma kararlarına karşı İdare ve Vergi Mahkemelerince direnme hakkı getirilip, bu direnme kararları üzerine dosya Danıştay'ca çözümlenmeyi sağlamakla içtihat birliği oluşturması sağlanabilir.

SONUÇ

Yargı Reformunun birer parçası olarak hazırlanan kanun çalışmalarının başlangıcı 5812 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliklerine dayanmaktadır. Anılan anayasa değişiklikleriyle birlikte HSYK'nın yapısı değişmiş ve HSYK daha çoğulcu ve daha demokratik bir görünüm kazanmıştır.

Bununla birlikte Anayasal kurumların faaliyete geçmesiyle birlikte bir takım yeni çalışmalar başlamıştır. Bunların en önemlileri ise, mevcut biriken ve her yıl artarak devam eden işleri eritebilmek için acilen alınması gereken önlemlerdir. Bunun için öncelikle Danıştay'a yeni daireler eklenmiş ve Danıştay'a yeni üyeler seçilerek üye sayında artış yapıp gerektiğinde dairelerin 2 heyetle çalışma imkanı getirilmiştir.

Ardından Danıştay'a bilgi işlem merkezi müdürlüğü kurulmuş ve Danıştay'ın teknolojiye ayak uydurması sağlanmıştır.

Aynı şekilde bu son yargı paketi ile bir takım işlerde Danıştay'dan alınarak bölge idare mahkemesine verilmiştir. Fakat bu durum beraberinde içtihat birliği sorununu getirmiştir. Bu konunun çözümü için ayrıca bir yasa değişikliği gerektiği açıktır.

Anılan yasa değişikliği ile birlikte idari yargının temel sorunları olan bazı konularda da çözüm aranması gerektiği de açıktır. İvediliği ve Danıştay'ın iş yükünü azaltma gibi haklı bir sebebe dayalı olarak çıkartılan bu paket içinde yer almayan konular bir sonraki pakette mutlaka yer almalıdır.

Bu konuların neler olması gerektiği konusuna gelince, öncelikle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulününün 31. maddesinde düzenlenen hususlar idari yargıdaki içtihatlar nazara alınarak yeniden düzenlenmelidir. Özellikle bilirkişi incelemesi, keşif, davalardan feragat, dava açma ehliyeti, yargılama giderleri, müdahil istemleri konularında idari yargıya özgü düzenlemeler yapma gerekmektedir. 6100 sayılı Kanun'un uygulanmaya başlamasıyla birlikte bu konuda idari yargının mevcut yapısına aykırı bir takım durumlar ortaya çıkmış olup bu durumların 2577 sayılı Kanunda yapılacak düzenlemelerle giderilmesi gerekmektedir. Mevcut mahkeme ve hakim sayısı olarak belirli bir niteliği kavuşan belli bir içtihat birliğine sahip olan idari yargının kendi durumuna özgü geniş kapsamlı bir usul yasasına sahip olması gerekmektedir. Bu gün nasıl Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ceza Mahkemeleri Kanunu 1000 yakın maddeden oluşabiliyorsa, idari yargılama usul kanunu da 1000 lerle ifade edilmese de kendi bünyesindeki her konuyu düzenlemeli ve 62 madde içine sıkıştırılıp bırakılmamalıdır.

İdari yargıda duruşma konusunda, özellikle seri davalar açısından duruşma yapma zorunluluğunun ortadan kaldırılması, duruşma tutanaklarının duruşma esnasında tutulması gibi imkanlar getirilmelidir. Gerektiğinde hakim tarafından resen bu yola gidilmese bile taraflarca hazır bulundurulan tanıkların dinlenilmesi ve dinlenen tanık ifadelerinin de duruşma tutanağına geçirilmesi yoluna gidilebilir. Bu husus tartışmadan uzak tutulmamalıdır.

Aynı şekilde davanın açılmamış sayılmasına ilişkin 6 maddesindeki düzenlemelerdeki süreler ile 26 maddedeki düzenlemeler yeniden gözden geçirilmeli ve maddelerdeki süreler kısaltılmalıdır.

Danıştay'ın temyiz incelemesinde bölge idare mahkemelerince yapılan itiraz incelemesinde olduğu gibi Danıştay'ın basit düzeltmelerle giderebileceği bir takım eksiklikleri n Danıştay sahfasında giderilmesi ve kararın yeni halinin Danıştay'da verilmesi sağlanarak usuli bir takım eksikliklerden bozulan dosyaların yeniden Mahkeme kayıtlarına girmesinin önü kapatılmalıdır. Örneğin, görüşme tutanaklarının imzasız olması, avukatlık ücretinin verilmemesi, takdir olunan ücretinin eksik olması, yasal faizin başlangıç tarihi,yargılama giderleri vb.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere yürütmeyi durdurma müessesesi yeniden düzenlenerek yürütmeyi durdurma kararlarına karşı itiraz yolu mutlaka kapatılmalıdır. Zira, bölge idare mahkemelerinin sayısının düşmesine ve tasarının yasalaşmasıyla bir takım işlerin bölge idare mahkemesine verilmesine paralel olarak kalan bölge idare mahkemelerinin bakacağı iş sayısında bir artış olacağı için yürütmeyi durdurma itirazları da bölge idare mahkemelerini oldukça meşgul edecektir. Bölge idare mahkemelerinin meşgul olmaları bir tarafa bu mevcut davaların ilk derece mahkemelerindeki görünüm ve çözüm sürecini de uzatacaktır. İdare mahkemelerinin bölge idare mahkemeleriyle farklı illerde olacak olması nedeniyle dosyanın bölge idare mahkemesinin bulunduğu ile gidip gelmesi ve buna ilişkin tebliğ alındılarının beklenmesi konusu dava dosyasının tekemmülünü ve esastan dosya hakkında karar verilmesi sürecini uzatacaktır. Bu arada karar düzeltme aşamasında kararı değişen dosya sayısı ile ilgili olarak tasarının gerekçesinde binde sekiz gibi bir oran belirtilmiş olup, benzer bir oran yürütmeyi durdurmaya itiraz kararları içinde geçerli olduğunu yapılacak bir araştırma ile görülecektir.

İdare mahkemelerine yukarıda değindiğimiz üzere bölge idare mahkemelerince verilen kararlara karşı bu kararların Danıştayca incelemenden geçirilmesini isteme yolu açılabilir. Bu mevcut düzenlemedeki kanun yararına bozma müessesinde yapılacak değişikliklerle yapılabilecektir. Kanun yararına bozmadaki usulde eğer Başsavcılık kanun yararına bozmaya gitmeyi gerekli görürse bu kararın hukuki sonuçlar doğurması ve ilgili bölge idare mahkemesini de bağlaması gerekeceği mutlaka düzenleme altına alınmalıdır.

Aslında idari yargılama usulünde yapılması gereken çalışmalar ayrı bir çalışma konusu olacağı nitelikte olduğundan mevcut düzen-

leme ile getirilen yeniliklerin neler olduğunu ele aldığımız bu çalışmamızda bu kadarla yetinerek yargılamanın hızlandırılması amacıyla yapılan bu değişikliklerin geçiken adaletin adalet olmadığı düşüncesinden hareketle destekliyor ve içerisinde Genel İdari Usul Yasası ile Geniş Kapsamlı bütün müesseseleri düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu da içeren yeni Yargı paketlerinin de en kısa zamanda (uygulayıcılarında görüşü alınarak) çıkartılmasını umuyoruz.

İNSAN HAKKI OLARAK ÇEVRE VE ÇEVRE HUKUKUNA HAKİM OLAN BAZI İLKELER

ENVIRONMENT AS A HUMAN RIGHT AND SOME PRINCIPLES DOMINATING THE ENVIRONMENTAL LAW

Erol ÇİÇEK*

Özet: Bu makalede çevre hakkının insan haklarıyla ilişkisi, BM sözleşmeleri, Uluslararası Adalet Divanı, AİHM kararları ve Türk hukukuna göre incelenmiştir. Çevre Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan sürdürülebilir kalkınma kavramı Uluslararası Adalet Divanı'nın **Gabcikovonagymaros** kararı çerçevesinde ele alınmıştır. Son olarak, **İhtiyat İlkesi** (Precautionary Principle) açıklanıp; Uluslararası Adalet Divanı, Avrupa Adalet Divanı ve Avustralya *Telstra Corporation Limited v Hornsby Shire Council* davasında oluşturulan karar ışığında incelenmiştir. Konuların çok kapsamlı olması nedeniyle, makale sınırları içerisinde belli davalar ele alınarak kavramlar açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: İnsan hakkı olarak çevre, Gabcikovonagymaros kararı, İhtiyat ilkesi (Precautionary Principle) *Telstra Corporation Limited v Hornsby Shire Council* davası, Sürdürülebilir kalkınma.

1. İNSAN HAKKI OLARAK ÇEVRE

Ekosistem, belirli bir alanda bulunan canlılar ile bunları saran cansız çevrelerinin karşılıklı ilişkileri ile meydana gelen ve süreklilik arz eden ekolojik sistemlere denir. Ekosistem, küresel ölçekte bir düzeni de ifade eder. Bu anlamda insan ekosistemin içinde yer alan bir canlıdır. İnsanı ekosistem içinde diğer canlılardan ayıran en önemli özellik, diğerlerine oranla içinde bulunduğu sistemi ve doğayı en çok değiştiren bir canlı olmasıdır. Bunu da ekosistem içindeki kaynakları kullanarak ve üretimi ile sistemi değiştirerek yapar. İnsanın her türlü üretim

* Avukat, Bursa Barosu

faaliyeti sonuçta ekolojik dengenin ve çevrenin az çok bozulmasına neden olur. İnsan özellikle, sanayi devriminden sonra içinde yaşadığı doğayı ve çevreyi o kadar değiştirmiştir ki, günümüzde ortaya çıkan küresel iklim değişiminin sebebi olmuştur. Bu konuda bilim adamlarının çoğunun görüşü ortaktır.

Ekolojik dengenin çok büyük oranda bozulması insanın varlığını da tehdit eder hale gelmiştir.

Çevre salt vatandaşların değil, tüm insanlığın ortak varlığıdır. Çevre sorunlarının ülkelerle sınırlı kalmaması, bir yerdeki bozulmanın diğer ülkeleri ve coğrafyaları etkilemesi bunu doğrulamaktadır.

Bir kez, yaşama hakkı, tüm insan haklarının maddi temelini oluşturması bakımından vazgeçilmez, demokratik toplumun istisnai ve geçici biçimde de olsa yer verdiği olağanüstü hallerde bile dokunulmaz bir yapıdadır.¹

Çevre hakkı yaşam hakkının bir türevidir.²

Uluslararası hukuk açısından çevre konusu oldukça yeni bir alandır. Bugünkü anlamıyla, çevre konusundaki uluslararası ve bölgesel düzenlemelerin başlangıcı Birleşmiş Milletler tarafından Haziran 1972 tarihinde Stockholm'da gerçekleştirilen "*İnsan Çevresi Konferansı*"dır. Bu konferansın ardından Stockholm Deklerasyonu kabul edilmiştir.

1.1.Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı (Stockholm Deklerasyonu 1972)

M:1. İnsan hem kendisine, maddi destek olan akılsal, ahlaksal, toplumsal ve ruhsal gelişimini sağlayan çevresinin yarattığı, hem de onu tahrip eden bir varlıktır. Bu gezegen üzerinde uzun ve güç gelişimi sırasında insanoğlu artık, bilim ve tekniğin hızlı gelişmesiyle çevresini sayısız yöntemlerle tahmin edilemeyecek ölçüde değiştirerek bir güç elde etmiştir. Çevre her iki yönüyle de yani hem doğal çevre, hem de insan yapısı çevre olarak insanoğlunun esenliği ve temel insan haklarından yararlanması, hatta yaşamın kendisi için gereklidir.

¹ İÜHF Bir insan hakkı olarak çevre hakkı ve Türk düzenlemesi, Mehmet Semih Gemalmaz, s.234

² age. .240

1.2. Birleşmiş Milletler Çevre Ve Kalkınma Konferansı Raporu (Rio de Janeiro, 3-14 Haziran 1992)

İlke 1 İnsanlar devam ettirilebilir kalkınma kaygılarının merkezindedir.

Doğa ile uyumlu sağlıklı ve yaratıcı bir yaşam hakkına sahiptirler.

İlke 20 Kadınlar çevresel idare ve gelişme üzerinde hayati bir role sahiptirler.

Devam ettirilebilir bir kalkınma için onların tam katkısı gereklidir.

1.3. Gabcikovo-Nagymaros³

Çevre ve insan hakları arasındaki ilişki uluslararası hukuk tarafından da tanınmıştır. Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) Gabcikovo-Nagymaros davasında, 25 Eylül 1997, çevrenin korunmasının çağdaş insan hakları doktrininin çok önemli bir parçası olduğunu; yaşam ve sağlık hakkı gibi sayılı insan haklarından (sine qua non) ayrılmaz bir hak olduğu belirtilmiştir.

Kararın 52. paragrafı:

Mahkeme, çevreye saygının büyük önemini sadece devletler değil, bütün insanlık bağlamında aşağıdaki ifadelerle vurgular:

“Çevre, bir soyutlama değil doğmamış nesilleri de kapsamak üzere, yaşam kalitesi ve insanların, sağlığını ve yaşam alanını ifade eder. Devletlerin kendi yargısal alanındaki faaliyetleri ve diğer devletlerin çevreye saygısını veya kendi ulusal kontrolleri dışındaki alanın kontrolünü sağlamak uluslararası çevre hukuku birikiminin bir parçasıdır. (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, pp. 241 -242, para. 29.*)

Aynı davada Başkan Yardımcısı Weeramantry, karara ayırık görüşünde,

“Yaşam hakkı, sağlık hakkı nasıl sayılı insan haklarının olmazsa olmazı ise Çevrenin korunması da çağdaş insan hakları doktrininin ayrılmaz bir parçasıdır.”

³ <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>

Çevreye zarar vermek, insan hakları evrensel beyannamesindeki ve diğer belgelerdeki insan haklarının altını oyar ve zayıflatırken, bunu ayrıntılı olarak incelemek gerekir.

1.4. Çevreye ilişkin en açık ve bağlayıcı ifade, Çocuk Hakları Sözleşmesi, m.24 yer almaktadır.

Madde 24

1 c) Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanı sıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını göz önüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi;

e) Bütün toplum kesimlerinin özellikle anne- babalar ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmesinin yararları, toplum ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesi konusunda temel bilgileri elde etmeleri ve bu bilgileri kullanmalarına yardımcı olunması;

1.5. 1993 Dünya İnsan Hakları Viyana Konferansı'nda kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı⁴ m.5 Tüm insan hakları ve temel özgürlükler evrensel, bölünmez, karşılıklı olarak birbirine bağımlı ve birbirine bağlıdır. Uluslararası toplum insan haklarını küresel olarak, adil, eşit, aynı önem ve düzlemde ele almalıdır.⁵

Su hakkının diğer temel insan hakları gibi dava edilemeyeceğini ileri sürmek, insan haklarının bir bütün ve birbirine bağlı olduğu şeklindeki genel prensibe de aykırıdır.

Bunun anlamı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların önem açısından diğer haklarla eşit olduğu; nitelik ve dava edilebilirlik açısından aynı konumda olduklarıdır. Bu yüzden, bu hakların korunma mekanizması da sivil ve politik haklarla aynı güçte olmalıdır.⁶

⁴ Türkiye, Viyana Deklarasyonunu 9 Ekim 1993 tarihinde imzalamıştır.

⁵ [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridocda.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridocda.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En) (21.10.2008)

⁶ Report by the Special Rapporteur on the right to food, Mr. Jean Ziegler, submitted in accordance with Commission on Human Rights Resolution 2001/25, parag. 33 [www.unhchr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/0/832c9dd3b2f32e68c1256b970054dc89/\\$FILE](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/0/832c9dd3b2f32e68c1256b970054dc89/$FILE) (21.10.2008)

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar pozitif haklar olduğundan devletlerin olumlu edimlerde bulunmasını gerektirmektedir. Sivil ve politik haklar ise devlete negatif sorumluluk yüklemektedir. Bunun anlamı ise, bu hakların devlet veya 3. kişiler tarafından ihlal edilmesini engellemekten ibarettir.

1.6. Rio deklarasyonu 10. maddesi çevre hakkının en kapsamlı tanımını yapmaktadır:

Çevre konuları tüm ilgili vatandaşların uygun seviyede katılımıyla ele alınabilir. Ulusal seviyede, her birey çevreye dair umumi makamlarca tutulan bilgilere zararlı maddelere dair bilgileri ve kendi topluluklarındaki faaliyetleri içerecek şekilde erişim hakkına ve karar verme süreçlerine katılım fırsatına sahip olmalıdır. Devletler bilgiyi geniş bir şekilde elde edilebilir yaparak ulusal bilinç ve katılımı kolaylaştırmak ve teşvik etmelidirler. İslah ve çareyi de içeren adli ve idari raporlara etkili erişim sağlanmalıdır.

Bu madde, belkide çevre hakkına en kapsamlı tanımı getiren 1998 UN/ECE Aarhus Konvansiyonu'nun ilham kaynağı olmuştur. Bu sözleşmenin çevresel demokrasiyi getirdiği ileri sürülmektedir. Çevre ile ilgili bilgiye erişim hakkının genişlemiş ve bilginin verilemeyeceği durumlar çok sınırlanmıştır. Kamunun karar alma süreçlerine katılımı kabul edilmiştir. Yargıya erişim konusunda AB ülkeleri (NGO) sivil toplum kuruluşlarına çevreyle ilgili konularda, Avrupa Adalet Divanı'na (ECJ) doğrudan başvuru olanağı tanınmıştır.

1.7. 21 Kasım 1990 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı, Yeni Bir Avrupa için Paris Şartı'nda;

"İnsan hakları ve temel hürriyetler, tüm insanların doğumlarıyla birlikte iktisap ettikleri vazgeçilmez haklardır ve kanunlarla garanti altına alınmışlardır. Bunların korunması ve geliştirilmesi devletin başta gelen görevidir. Bunlara saygı, zorba bir devlete karşı asıl güvenceyi oluşturur. Bunlara uyulması ve tam olarak uygulanması hürriyetin, adaletin ve barışın temelidir."

"...Demokrasinin temelinde insana saygı ve hukukun üstünlüğü yatar. Demokrasi, ifade hürriyetinin, toplumun her kesimine karşı hoşgörünün ve herkes için fırsat eşitliğinin en iyi güvencesidir."

1.8. 18 Mart 2011'de BM İnsan Hakları Konseyi Kararı

Çevreye verilen zararın insan haklarını, özellikle kadınlar, çocuklar, yoksullar, yaşlılar ve engelliler gibi hassas grupların haklarını zedelediğini belirten Konsey kararı, 75 ülke tarafından desteklenmiş ve Maldivler, Kosta Rika ve İsviçre tarafından müzakereye sunulmuştur. Ardından iyi yönetişimin (bilgiye ulaşabilme ve karar alma süreçlerine halkın katılımı gibi) sürdürülebilir kalkınma için zaruri olduğu, insan haklarını korur ve geliştirirken çevreye verilen zararlarla etkili biçimde mücadele etmek için uluslararası işbirliğinin gerekli olduğu belirtilmiştir.

Kararda İnsan Hakları Konseyi'nin Mart 2012'deki 19. oturumunda görüşülmek üzere, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'ne, insan hakları ve çevre ilişkisi üzerine detaylı bir analitik çalışma yürütülmesi teklif edilmektedir.⁷

Günümüzde, Afrika İnsan Hakları Şartı, Amerikan Konvansiyonu, Aarhus Sözleşmesi ve bazı ülkelerin anayasalarında sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkını insan hakkı olarak tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır.

2. AİHM ÇEVRE VE İNSAN HAKLARI

AİHM, *Kyrtatos v Greece*, judgment 22 August 2003 kararında AİHS 8/1 maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Dava konusu, başvurucuların bir Yunan adasındaki evlerinin yakınındaki bataklık alanın kaldırılmasıyla ilgilidir. Mahkeme kararında sadece genel çevrenin tahribinin hak ihlali için yeterli olmadığına, ayrıca ailevi ve kişisel anlamda zararlı bir etkinin bulunması gerektiğine hüküm vermiştir. Mahkeme başvurucuların bataklıktaki kuşlara ve diğer canlılara yönelik bir zarar ve bunun sonucu kendi kişisel haklarının da ihlal edildiği yönünde ikna edici bir argüman getirmediğini de belirtmiştir. Mahkeme devamla, evlerinin yakınındaki bir orman tahrib edilmiş olsaydı, başvurucuların refahının etkilenmiş olmasının kabul edilebileceğini ifade etmekle ilginç bir yola sapmıştır.

⁷ http://ciel.org/Hre/UN_HumanRights_15Apr11.html

AIHM'e göre, başvuruçular kendilerinin fiziki ve ruhi yapılarını etkileyen çok ciddi bir kirlenmenin olduğunu göstermek zorundalar. Görüldüğü gibi AIHM kararı, Danıştay kararlarının gerisinde kalmaktadır.

Mahkeme, Lopez Ostra v Spain davasında ise, ciddi çevre kirliliğinin, kişilerin sağlık ve mutluluğunu etkileyebileceğini; evlerini kullanmalarına engel olabileceğini ve bu suretle kişilerin aile ve özel hayatlarını, yaşamlarını ciddi olarak tehlikeye atmaksızın, ters yönde etkileşebileceğini kabul etmiştir. (para.51)

Buradan çıkan sonuç, başvuruçuların yaşamlarının ciddi şekilde tehlikede olduğunu ispat etmek zorunda değildir.

Polonya'ya karşı, Leon and Agnieszka Kania v. Poland davasında, başvuruçular, evlerine bitişik bir kooperatif hakkındaki şikayeti ile ilgili idari işlemlerin aşırı uzun olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurmuştur. Kooperatif faaliyetinin ciddi gürültü ve kirlilik yarattığı, uzun süreli ve ciddi sağlık problemlerine neden olduğunu iddia etmiştir.

AIHM, idari işlemlerin süresinin aşırı uzun olduğu ve bunun makul süre kavramına aykırı olduğunu ve sonuçta adil duruşma ilkesine aykırı olduğunu tespit edip, ihlale karar vermiştir.

AIHM, AIHS' de açık hüküm olmamasına rağmen bireyleri doğrudan ve ciddi şekilde etkileyen gürültü veya başka çeşit kirlenme durumlarında insan hakları ve çevre arasındaki ilişkiyi kabul etmiştir.

Başvuruçunun, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı bağlamında, AIHS' de açık bir düzenleme olmamasına rağmen, temiz ve sakin bir çevrede yaşama hakkıyla ilgili olarak, kirlenme ister devlet ister özel kaynaklı olsun; devletin özel sektör faaliyetlerini uygun şekilde düzenlemedeki eksikliği nedeniyle sorumluluğunun doğduğuna sözleşmenin 8. maddesinin ve uygulanabileceğine karar vermiştir.⁸

16 Haziran 2010'da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Paramentosu ve BM' nin sağlıklı ve yaşanabilir bir çevre hakkının ek bir protokolle, AIHS'ne dahil edilmesi için yaptıkları öneriyi reddetti. Parlamento bu kararı 37 karşı 54 oyla almıştır.

⁸ Case Of Leon And Agnieszka Kania V. Poland (Application No. 12605/03) parag. 98,99 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?sessionId=69033425&skin=hudoc-en&action=html&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=39120&highlight=>

3. ANAYASA BAĞLAMINDA ÇEVRE HAKKI

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesinde, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, 56. maddesinde ise; herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir.

Anayasamızın 56. maddesi, "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümde ve "*Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması*" başlığı altında yer almıştır. Beş fıkradan ibaret olan bu maddenin yalnızca ilk iki fıkrası çevre hakkındadır. "*Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" denilen ilk fıkra çevre hakkını doğrudan doğruya değil yaşam hakkı ile bağlantı kurarak düzenlenmiştir. Ve diğer birçok ülkenin anayasalarında olduğu gibi antroposentrik yaklaşımı esas almıştır. Çünkü düzenleme halen tüm dünyada geçerli olan yerleşik insan hakları anlayışı çerçevesinde yapılmıştır. Bununla birlikte söz konusu fıkra bize, bu dar yaklaşımın dışına çıkacak geniş ve amaçsal bir yorum yapmamız için gerekli malzemeyi sağlamaktadır. Buradaki "*sağlıklı ve dengeli çevre*" ifadesini, yaşam hakkının klasik temel haklar içinde ilk sırada yer almasına da dayanarak, tüm çevresel varlık ve değerleri içerisine alacak şekilde yorumlayabiliriz. Maddenin ikinci fıkrası "*Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir.*" şeklindedir. Burada birisi ödev, diğeri geliştirme sözcükleri olmak üzere iki noktaya yönelik olumlu yorumlarda bulunabiliriz. Geliştirme kelimesi tüm çevresel varlıkların korunmasını dahil edebileceğimiz ve çevre korumada çok önemli olan gelecek boyutunu da içine alan geniş bir kapsama sahiptir.⁹

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinde; kanunun amacının, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir.

Anayasaya göre çevre hakkı sadece bir hak değildir ve aynı zamanda da yükümlülükler içermektedir.

⁹ Sürdürülebilir Kalkınmanın Sağlanmasında Katılımın Rolü Doç. Dr. Nükhet TURGUT <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/480/5599.pdf> Erişim T.13.07.2011

3.1. Anayasa 90 ve Uluslararası Sözleşmeler

Anayasa 90 / son; Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. (Ek cümle;5170-5/7/2004) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Anayasanın ikinci kısmında düzenlenen TEMEL HAKLAR VE ÖDEVLER başlığı altında üçüncü bölümde yer alan SOSYAL VE EKONOMİK HAKLAR VE ÖDEVLER altında 56.madde ile *“sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı”* düzenlenmiştir.

Doktrinde; *“çevre hakkı”* ve koruması, Anayasanın 90.maddesi ek fıkrasında belirtilen *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmeler”* kapsamında mütalaa edilmektedir.

Danıştay 1.Dairesi üyesi Yılmaz Çimen'e göre; *“Mevzu hukuk kuralı olarak, temel hak ve özgürlükler terimi, Anayasanın 12 ila 74. maddeleri arasında zikredilen tüm hak ve özgürlüklerle sınırlı bir anlam içerir. (TBB Yayınları-Anayasa 90 Uygulaması Panel, 5.11.2004, sh.94)*

Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ'e göre; *“Bu terim, ister kişisel ve siyasal hakları, ister ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, isterse üçüncü ya da /hatta dördüncü kuşak olarak nitelenen görece yeni insan hakları olsun, onayladığımız ve onaylayacağımız tüm sözleşmelerde güvenceye bağlanan tüm insan haklarını kapsar.” (TBB Yayınları- Bkz. A.g.e sh: 65)*

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, İnsan Hakları Konseyi, bazı uluslararası antlaşmalara ve kararlara atıf yaparak;

(...)

“Tüm insan haklarının evrensel, bölünmez, birbiriyle ilgili ve birbirlerin bağımlı olduklarını kabul ederek, 2012'de, Brezilya Rio de Janerio'da (Rio+20) Sürdürülebilir Kalkınma üzerine BM Konferansı düzenlenmesi kararını kabul ederek, Genel Meclis'in 64/236 sayılı önergesiyle BM örgütleri ve organlarınca Konferans'ın hazırlık sürecine katılım davetini kabul ederek,

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Bürosu'na BM'ye Üye Devletlere danışarak ve

onların görüşlerini alarak BM Çevre Programı, çok taraflı çevre sözleşmeleri, özel usuller, sözleşme organları ve diğer "söz sahipleri" de dâhil olmak üzere, uluslararası örgütler ve hükümetlerarası organları kapsar biçimde, mevcut kaynaklar dahilinde detaylı ve analitik bir çalışma yapmayı teklif eder.¹⁰

4. SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA

Çevre Kanunu'nun 1. maddesinde kanunun amacı, **bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak** olarak belirlenmiştir.

Sürdürülebilir çevre: Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizikî vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi süreci,

Sürdürülebilir kalkınma ise: Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eder olarak tanımlanmıştır.

Esasen SK'yı çevre hakkı ile doğrudan ilişkilendiren boyut da "*şimdiki ve gelecek kuşaklar*" ifadesidir. SK'nın özünde her iki kuşağın da gereksinimlerinin karşılanması esastır. Kaynakların sınırlılığı ve çevreye baskı olgusu ise bunların temel gereksinimler olduğunu göstermektedir. Böylece şimdiki kuşaklar hem hak sahibi, hem kendi nesline hem de gelecek nesle karşı ödevlerle yükümlüdürler. Burada da, SK'nın anlam ve amacında varolan, kuşaklar içi ve kuşaklararası hakkaniyet (ya da adalet) ilkeleri ortaya çıkmaktadır.¹¹

Bütün canlılardan bahsettiğimizde ise ekoloji kavramı devreye girmektedir. Ekoloji, canlı organizmaların birbirleriyle ve çevreyle

¹⁰ <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4dc1189b2.pdf>

¹¹ Prof. Dr. Nükhet Yılmaz Turgut, Çevre Hakkı - Kuramsal Ve Ampirik Çerçeve, İlgili Temel Kavram Ve İlkeler: Yargının Rolü, s.6 <http://www.danistay.gov.tr/>

ilişkilerini inceleyen bilimdir. İnsan da bu sistemin bir parçasıdır ve ekosistemin devamı biyolojik çeşitlilikle sağlanır. Ekoloji bu anlamda biyolojinin alt disiplini. İnsan ekolojinin bir parçası olduğuna göre, ekolojik sistemin bozulması sistemin bir parçası olan insan yaşamını da yakından ilgilendirir.

Sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması ekolojik sistemin insan eliye bozulmamasını veya bozucu etkilerin minimize edilmesini gerektirir.

Fayda maliyet analizi, neo-klasik ekonominin, alternatifler arasındaki teorik perspektifidir. Sürdürülebilir kalkınma ise, sosyal, ekolojik ve parasal boyutları olan çok boyutlu bir kavramdır. Çevre sorunları ise, belirsizlik, çevresel negatif etkiler ve bazen geri dönüşümü olmayı da kapsayan çok boyutlu, karmaşık sorunlardır. Çevre konuları, toplumsal gelişimin sosyal, kültürel ve ekonomik boyutlarından izole edilemez. İşin karlılığı, milli ulusal hasıla gibi tek taraflı parasal göstergeler toplumsal anlamda artık yeterli değildir.¹²

Bir otoyol yapımında, fayda maliyet analizi zamandan tasarruf, yakıt tasarrufu, kaza ve araç işletme giderleri gibi parasal değerler üzerinden yapılır. ÇED ise; gürültü, hava kirliliği, tarımsal ve ekolojik etkiler gibi faktörler incelenerek yapılır. Sonuçta fayda-maliyet analizinin parasal olarak göreceli ağırlığı dikkate alınarak nihai karara ulaşılır. Bu karar da sonuç olarak politik bir karardır.

Çeşitli olasılık değerlendirme metotlarının geliştirilmesine rağmen (contingent valuation method) CVM gibi. Bu metot her çeşit çevresel ve ekolojik faydaların ekonomik değerini tahmine dayanır. Kullanma ve kullanmama değerleri tahmin edilir.¹³ Fayda-maliyet analizinin mahzurları giderilebilmiş değildir.

İhtiyat ilkesi, sürdürülebilir kalkınma kavramının usule ait ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir.¹⁴

¹² Democracy and Sustainable Development—What Is the Alternative to Cost-Benefit Analysis?

Peter So`derbaum* Ma`lardalen University, Box 883, 72123 Va`stera`s, Sweden
<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/ieam.5630020211/pdf>

¹³ http://www.ecosystemvaluation.org/contingent_valuation.htm

¹⁴ A-Khavari and Rothwell, den aktaran, JESSICA HOWLEY

4.1. Uluslararası Adalet Divanı The Gabcikovonagymaros Case kararının Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkisi¹⁵

Gabcikova davası, Macaristan ve Çekoslovakya arasında 1977'de imzalanan bir antlaşmadan kaynaklandı. Antlaşma Tuna Nehri üzerinde kanal-havuz sistemlerinin inşası ile ilgiliydi. Elektrik üretimi ve sellerden korunmayı sağlayacak tesis iki ülke tarafından işletilecekti. İnşaat 1978'de başladı. Macaristan 1989'da artan ekolojik eleştiriler karşısında kendine düşen işleri durdurdu ve 1992'de sözleşmeyi sonlandırdı.

Mahkemeden karar vermesi istenen konular şöyleydi:

Macaristan'ın projeden çekilme hakkı.

Macaristan çekildiğinde Çekoslovakya varyant C'ye devam edebilir mi?

Macaristan antlaşmayı sonlandırabilir mi?

Uluslararası literatürde tartışmalı olmakla birlikte, genel kabul gören tanıma göre; sürdürülebilir kalkınma, gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarının karşılanmasıyla, bugünün ihtiyaçlarının karşılanması arasındaki uzlaşmayı sağlayan kalkınma olarak tanımlanmıştır.¹⁶

Mahkeme, Devletlerin sadece yeni faaliyetlerinde değil, geçmişte başlayıp süren faaliyetlerine de norma gereken önemin verilmesine, dikkate alınmasını not etmiştir. Ayrıca, ekonomik gelişme ve çevrenin korunması arasındaki uzlaşma ihtiyacını sürdürülebilir kalkınma kavramının içinde yer aldığını belirtmiştir.

Mahkeme tanım üzerinde durmamış, ekonomik gelişmeyle çevrenin korunması arasındaki dengenin sağlanmasında faydalı bir kavram olarak değerlendirmiştir. Mahkeme ikinci olarak, sürdürülebilir kalkınma kavramına uluslararası hukukun bağlayıcı bir normu olarak değil, uluslararası hukukun belirli statüdeki kavramı olarak başvurmuştur.

¹⁵ JESSICA HOWLEY'in Queensland Law Student Review, Volume 2 2009 Number 1'deki makalesinin özet çevirisidir. <http://www.law.uq.edu.au/articles/qlsr/howley-qlsr-2-1.pdf>

¹⁶ World Commission on Environment and Development, Our Common Future, GAOR, 42nd Sess, Supp. No. 25, UN Doc. A/42/25 (1987), [27].

Karar muhalif kalan ikinci başkan Weeramantry ise, kavramı çevrenin korunması ile gelişme arasındaki dengenin sağlanmasında normatif değere sahip bir prensip olarak nitelemiştir. Normu modern uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmiştir.¹⁷ Çevreye saygıyı uluslar arası evrensel bir değer ve hukukun genel prensiplerinden biri olduğu sonucuna varmıştır. Çevrenin korunmasını bir insan hakkı olarak nitelemiş ve bunun insan hakları literatürünün yaşamsal bir parçası olarak düşünmüştür.¹⁸ Böyle bir hakkın olmadığı zaman yaşam hakkı gibi diğer hakların değerini yitireceğini belirtmiştir.¹⁹

Weeramantry'nin bu düşünceleri BM üye 100'den fazla devletin adalet sistemlerinin istemleri üzerine çevresel normlar hakkında yol göstermek amacıyla BM Çevre Programı tarafından çevreyle ilgili karar özetleri olarak çoğaltılmıştır. Bu fikirler sürdürülebilir kalkınma kavramına geliştirici yaklaşımı teşvik etmiştir.

4.2. İnsan Hakları:

Weeramantry'nin karara muhalefet görüşünde ortaya koyduğu düşünceler oldukça etkili oldu. Amerika'da iki mahkeme, tartışmada Weeramantry'nin düşüncelerine atıf yaptı. Birinde çevrenin bozulmasının yaşam hakkına zarar verebileceğinin delili olarak²⁰, diğerinde bir insan hakkı olarak temiz çevre hakkının yaşam, sağlık ve sürdürülebilir kalkınma ile birlikte tanınma tartışmasında gerekçe olarak kullanıldı. Weeramantry'nin fikirleri ulusal mahkemelerde çevre hakkını desteklemek amacıyla hukuki argüman olarak kullanılıyor.

4.3. Adet Hukuku Tartışması:

Weeramantry 'sürdürülebilir kalkınma' kavramını uluslararası adet hukukunun bir prensibi olarak görmektedir. Her iki görüşün birbirine uygun yorumunda, sürdürülebilir kalkınma bir standart değil, kalkınma ve çevre ile ilgili karar süreçlerinin entegrasyonunda bir vasiya olarak yorumlanabilir.

¹⁷ Separate Opinion, 89, 95

¹⁸ *Ibid.*, 91.

¹⁹ *Ibid.*, 91.

²⁰ Sarei and Others v Rio Tinto Plc (2002) 221 F. Supp 2d 1116, 1157 (Morrow DJ) [Sarei].

Sonuç olarak, her iki düşünce sürdürülebilir kalkınmayı; kalkınma sırasında çevrenin korunması gereği, karar süreçlerinde bir yaklaşım olarak kabul etmektedir.

Güney Afrika Yüksek Mahkemesi, Gabcikova davasındaki Weeramantry'nin görüşüne atıf yaparak, sürdürülebilir kalkınma prensibinin modern uluslararası hukukun bir parçası olduğunu; çevre ve kalkınma arasındaki çatışmayı dengeleyeceğini belirtmiştir. Dünya Ticaret Örgütü (WTO) temyiz mercii, US-Shrimp Case davasında, çevrenin korunması ve kalkınmanın entegrasyonunda sürdürülebilir kalkınma kavramını kabul etmiştir.

Hem mahkemenin hem de Weeramantry'nin ortak paylaştıkları görüş, çevresel etki değerlendirilmesinin hem projenin başında, hem de projenin işletme safhasında sürekli bir faaliyet olarak yapılması olmuştur.

5. İHTİYAT İLKESİ (Precautionary Principle)

5.1. Kavram Olarak:

Belirsizlik prensibi; çevre ve insan sağlığı ve güvenliğinin korunmasında uzun yıllardır kullanılan bir prensip. Avrupa Birliği'nde de çeşitli davalarda kullanılmıştır.

Çevre ve kamusal sağlık alanında mücadele edenler yıllardır, sebep-sonuç (illiyet bağı) ilişkisinde bilimsel belirsizliğin bulunduğu durumlarda çevre ve kamusal sağlığı korumak için, çareler bulmak için uğraştılar. Bilimsel ispat yükü, bu mücadelenin önünde çok büyük bir engel teşkil etti.²¹

Ekonomist Knight, risk ve belirsizlik kavramlarının birbirinden ayrılmasını ve bunun da mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Knight'egöre, risk belirsizlik denizinde hesaplanabilir ve kontrol edilebilir adalardır.²²

²¹ <http://www.biotech-info.net/handbook.pdf>, The Precautionary Principle In Action A Handbook, s.1

²² Marjolein B.A. van Asselt and Ellen Vos, The Precautionary Principle and the Uncertainty Paradox www.sbs.ox.ac.uk/downloads/VosAsselt-fin.pdf (Accessed 27 (2005))

Belirsiz riskler, olgunun karmaşıklığından kaynaklanan öngörülemezlikten kaynaklanır. Bunlara yeni üretilen kimyasallar veya genetiği değiştirilmiş ürünler veya karbon salınımı gibi olgular sebep olabilir. Bu durumda sebepler ve sonuçlar arasındaki karmaşık ilişkiler, sonucun ne olacağına tahminini olanaksız kılmaya da çok zorlaştırabilir. Belirsizlik ve risk iç içedir.

Ek bilgi belirsizliği giderilebiliyorsa, belirsizlik durumu yoktur. Temel bilgi yetersizliği, belirsizliğin esasıdır. Bilimin sonuca ulaşmayı engelleyen kesin kanıtların olmadığına kabulü belirsizlik (ihtiyat) prensibinin geliştirilmesine sebep olmuştur.

İhtiyat ilkesi çevrenin korunması bağlamında aslında bilimsel risklerin yönetimi ile ilgili bir kavramdır. Ekolojik sürdürülebilir kalkınmanın temel bileşenlerinden biridir ve Rio Deklarasyonu 15. maddesinde (1992) tanımlanmıştır.

“Çevreyi korumak için ihtiyati yaklaşım devletlerin kendi kabiliyetlerine göre geniş olarak uygulanacaktır. Ciddi ve geri dönüştürülemez hasar tehlikesi olan yerlerde tam bilimsel kesinlik eksikliği çevresel kirlenmenin önlenmesi için gecikmenin sebebi olarak kullanılamayacaktır.”

İhtiyat ilkesi taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere rağmen mevzuatımızda yer almamaktadır.

Burada belirtilen sözleşmeler, anayasamız gereğince, kanun niteliğinde olduğundan kuşkusuz bunlardaki ihtiyat ilkesinin, düzenledikleri konular açısından, yasama, idare ve yargı tarafından dikkate alınması gerekir. Aynı sonuç, bu ilkeyi genel olarak tüm çevre alanında düzenleyen Rio Bildirgesi için de geçerlidir. Çünkü geleneksel uygulama bu tür çevreye ilişkin bildirelerin (*soft law* metinleri) gelenek hukuku oluşturdukları ve fiilen bağlayıcılık taşıdıkları yolundadır. Nitekim, aşağıda belirtileceği gibi, AIHM evrensel nitelikli bu metinleri de dikkate almaktadır.²³

Aarhus Sözleşmesi'nin ülkemiz tarafından onaylanmamış olması, AIHM önündeki başvurularda dikkate alınmayacağı anlamına gelme-

²³ Prof. Dr. Nükhet Yılmaz Turgut, Çevre Hakkı - Kuramsal Ve Ampirik Çerçeve, İlgili Temel Kavram Ve İlkeler: Yargının Rolü, s.6
<http://www.danistay.gov.tr/>

mektedir. Demir ve Baykara / Türkiye davasında AİHM Büyük Dairesi kararında şöyle demektedir: (85,86 paragraflar)

85 AİHM, AİHS metnindeki terim ve kavramların anlamlarını tanımlamada, AİHS dışındaki uluslararası hukuk öğelerini, bu öğelerin yetkili organlarca yorumlanmasını ve Avrupa Devletleri'nin bunların ortak değerlerini yansıtan uygulamalarını dikkate alabilir ve almalıdır. Konusu spesifik olan uluslararası belgelerden ve sözleşmecî devletlerin uygulamalarından kaynaklanan görüş birliği, spesifik davalarda AİHS hükümlerini yorumlarken AİHM için mülahaza teşkil edebilir.

86 Bu bağlamda, savunmacı devletin ilgili davanın konusuna ilişkin olarak uygulanabilir olan belgelerin tümünü onaylamış olması gerekmemektedir. AİHM için, ilgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyi üye devletlerinin çoğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde devam etmekte olan bir gelişimi ifade etmesi ve belirli bir alanda modern toplumlarda ortak bir zemin olduğunu göstermesi yeterli olacaktır. (bkz. üzerinde gerekli değişiklikler yapılmak üzere, yukarıda anılan *Marckx*).²⁴

Bu prensip günümüzde uluslararası çevre hukukunda uluslararası adet hukukunun bir prensibi haline gelmiştir ve halen gelişmekte olan bir kavramdır.

İhtiyat İlkesi geleneksel ispat yükünün değişmesini de gerektirmektedir. Herhangi bir faaliyetin olası etkilerinin bilimsel olarak belirsiz olduğu durumlarda, ispat yükü faaliyetinin çevreye zararlı olmadığını iddia eden, potansiyel kirlenmeye düşmektedir. Yeni faaliyetlerde ispat yükü yer değiştirmektedir. Projeyi savunanlar, projenin çevreye zarar vermeyeceğinin yanında, sorgulanan faaliyetten vazgeçmeyi de kapsamak üzere, farklı seçeneklerin dikkate alındığını da göstermek zorundadırlar.²⁵

5.2. İhtiyat ilkesinin uygulanmasında takip edilecek yöntem şöyledir: Olası tehlike veya problemin tanımlanması ve anlaşılması, bilinen ve bilinmeyenlerin ortaya konması, ürün veya faaliyetin alter-

²⁴ (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmkarar/demirvebaykara09.03.2009.doc>)

²⁵ <http://www.biotech-info.net/handbook.pdf>, The Precautionary Principle In Action A Handbook, s.7

natiflerinin belirlenmesi, izlenecek yolun belirlenmesi ve izleme. Belirli bir faaliyetin etkileri biliniyorsa, söz konusu olan ihtiyat ilkesinin uygulanması değil, önleme veya kontrol tedbirlerinin alınmasıdır.²⁶

Olası zarar riskinin yüksek olduğu durumlarda ve çok ciddi veya geri dönülmez zarar riskinin düşük olduğu durumlarda ihtiyat ilkesine başvurulabilir.²⁷

5.3. İhtiyat İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Yeri

Rio Deklarasyonu'nun m.15 de yer alan ihtiyat prensibi, Uluslararası Hukuk Birliği'nin (İLA) 2002 Yeni Delhi Sürdürülebilir Kalkınmaya İlişkin Uluslararası Hukuk Prensipleri Deklarasyonu'nda ilkenin kapsamını genişleten bir formülasyona tabi tutulmuştur.²⁸

Sürdürülebilir kalkınmanın merkezinde olan ihtiyat prensibi, devletlerin, uluslararası organizasyonların, sivil toplumun ve özellikle bilimsel ve iş topluluklarının insan sağlığına, doğal kaynaklara ve ekosisteme ciddi zarar verebilecek insan faaliyetlerinden bilimsel belirsizlik bağlamında kaçınılmasını önerir.²⁹

Yeni Delhi prensipleri, ihtiyat ilkesinin anlam ve kapsamını da genişletmiştir. Sürdürülebilir kalkınmanın gereği olan ihtiyat ilkesi, insan sağlığı, çevrenin korunması ve doğal kaynaklardan sürdürülebilir faydalanma bağlamında zarar konusunda hesap verilebilirlik, planlamada açık ve iyi tanımlanmış amaçlar, ÇED sürecinde mümkün olan tüm araçların dikkate alınması ve ispat yükünün tehlikeyi yaratan yüklenmesini gerektirir. İhtiyat ilkesi bağlamında alınacak tedbirler bağımsız ve saydam bilimsel değerlendirmelere dayanmalıdır.³⁰

İhtiyat ilkesi dolaylı veya doğrudan, BM 1992 Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nde, Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stockholm Sözleşmesi'nde, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nde (BMİDÇS) yer almıştır.

²⁶ A.g.e. s.7

²⁷ The Principle of the Precautionary Approach to Human Health, Natural Resources and Ecosystems, J. Hepburn, with M.-C. Cordonier Segger & M. Gehring s4http://www.cisd.org/pdf/sdl/SDL_Precaution.pdf

²⁸ age. s.5

²⁹ age. s.5

³⁰ age. s.6

5.4. İhtiyat ilkesi Uluslararası Alanda Oluşan içtihatlar

Gabcikova davasında bu prensip çok belirgin bir rol oynamamıştır. Sürdürülebilir kalkınmanın başarılmasında usuli, entegre bir bakış olarak kabul edilmiştir. Macaristan tarafından antlaşmanın sonlandırılmasının hukuki gerekçesi olarak ileri sürülen gelişen çevre hukuk normlarından biridir. Geriye dönülmez bir zararın söz konusu olduğu durumlarda, tam bir bilimsel bilginin olmaması alınması gereken tedbirlerin ertelenmesine neden olmayacaktır.

Çoğunluk görüşünün bu prensibe yeterli açıklıkta değinmemiş olması -kurumsal hiyerarşide hukuki saygı görmemesi- belirsizliğe ve prensibin gelişimine engel olmuştur. AB, EC-Hormones davasında prensibi, adet hukukunun bir parçası olarak görmüş; Dünya Ticaret Örgütü (WTO) temyiz mercii ise o şekilde anlamakta isteksiz davranmıştır.

Gabcikova davasında mahkeme, Macaristan'ın projenin Tuna Nehri'ne ciddi şekilde zarar vereceği yönündeki ekolojik gereklilik (zorunluluk) savunmasını kabul etmemiştir. Çevre konusunda esaslı çıkarın olduğu durumlarda devletlerin geleneksel zorunluluk savunmasına dayanabileceklerini ilk defa kabul etmiştir.

Bu dava ihtiyat prensibine, gereken derecede değinilmemesi nedeniyle prensibin kendisine ve gelişimine negatif etki yapmıştır.

Uluslararası içtihat hukukunda, Uluslararası Deniz Hukuk Mahkemesi, 1999 yılında, Southern Bluefin Tuna davasında ihtiyat prensibini göz önünde tutmuştur. Dava Japonya'nın 1998 yılında başlattığı deneysel avlanma programı ile ilgilidir. Avusturya ve Yeni Zelanda buna karşı çıkmıştır.

Dünya Ticaret Örgütü, temyiz organı, Avrupa Birliği, Amerika ve Kanada arasındaki hormon davasında konuyu tartışmıştır. AB, Kanada ve ABD et ürünlerinde büyüme hormonu kullanılması ve bunun insan sağlığına etkilerinin bilinmemesi nedeniyle ithalatı yasaklama yoluna gitmiştir. AB kendi tezini desteklemek için ihtiyat ilkesini kullanmış ve ilkenin uluslararası adet hukukunun bir parçası, en azından hukukun genel prensiplerinden olduğunu ileri sürmüştür. DTÖ Temyiz Mahkemesi, ilkenin uluslararası hukuktaki yeri konusunda bir tanımlamada bulunmaktan kaçınmıştır.³¹

³¹ age. s.17

Uluslararası Adalet Divanı ise, The Gabcikovo-Nagymaros kararında ihtiyat ilkesini dar yorumlamış ve bir devletin sözleşmeden bu ilkeye dayanarak çekilebilmesi için bir olasılıktan ziyade, güvenilir bilimsel delillere dayanarak gerçek bir riskin yakın zamanda gerçekleşebileceğini göstermesi gerektiğini savunmuştur.³²

Görüldüğü gibi uluslararası hukukta normun tanımı ve yeri konusunda tartışmalar sürmektedir. Normun yeni gelişen bir ilke olması nedeniyle bu normal karşılanmalıdır. İhtiyat ilkesi sürdürülebilir kalkınma ile ilgili olarak, sonuçta uluslararası hukukun adet normu seviyesine ulaşmıştır.³³

Avrupa Adalet Divanı, ihtiyat ilkesi ile ilgili olarak 1998'de önemli bir karar verdi. Avrupa Komisyonu, deli dana hastalığı nedeniyle İngiltere'den et ürünleri ve sığır ithalatını yasakladı. İngiliz Ulusal Çiftçiler Birliği tarafından açılan davada, orantılılık ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürdü. Divan, orantılılık ilkesi gereği en az külfetli olan seçeneğin seçilmesi gerektiğini kabul etti, fakat insan sağlığına dönük bir riskin varlığının ve niteliğinin belirsiz olduğu durumlarda, kurumların riskin gerçekliği ve ciddiliği tamamen ortaya çıkana kadar koruyucu tedbirler alabileceğini kabul etti. Ayrıca kamu sağlığının korunması gereğinin, ekonomik mülahazaların önünde olduğunu ihtiyat ilkesine atf yaparak belirtti.³⁴

5.5. Avrupa'da İhtiyat İlkesinin Uygulanması

Avrupa Birliği'nde, önceden birlik tarafından izin verilmiş gıda katkı maddeleri kullanılabilir. Üye devletler geçici olarak bunların kullanımını askıya alabilmekte veya yasaklayabilmektedirler. Bu durumda üye devlet, diğer devletleri ve Komisyonu yasaklamanın gerekçeleri konusunda ivedi olarak bilgilendirmek zorundadır.

Bu durumlarda Komisyon veya Konsey yasağın onaylanmasına veya kaldırılmasına karar verir ve üye devletleri bilgilendirir.

³² The Evolution and International Acceptance of the Precautionary Principle *Jon M. Van Dyke, s14*
<http://www.mmc.gov/sound/internationalwrkshp/pdf/vandyke.pdf>

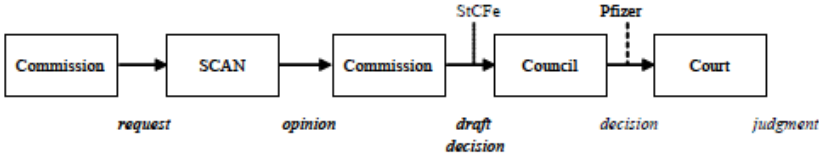
³³ The Principle of the Precautionary Approach to Human Health, Natural Resources and Ecosystems, J. Hepburn, with M.-C. Cordonier Segger & M. Gehring. s.22

³⁴ A.ge.17

5.6. Pfizer davası

Pfizer davasına konu olan olayda, Danimarka 1998 yılında anti-biyotik virginiamycinin büyüme destekleyicisi olarak kullanımını yasakladı ve Komisyonu bilgilendirdi. Danimarka ulusal veteriner, laboratuvarının virginiamycinin hayvan ve insanlara geçebileceği yönündeki raporuna dayandı.

Komisyon bu raporu hayvan beslenmesi konusunda bilimsel komiteye (SCAN) sundu. SCAN virginiamycinin kamu sağlığını karşı ivedi bir risk teşkil etmediğine karar verirken, ihtiyat prensibine dayanarak Komisyona yasaklanma teklifi sundu. Konsey, komisyonun teklifini dikkate alarak virginiamycin dahil hayvan beslenmesinde kullanılan dört antibiyotiğin yasaklanmasına karar verdi. Bunun üzerine virginiamycinin üreticisi Pfizer konuyu Avrupa Adalet Divanı'na götürdü.



Pfizer davası - Düzenleyici Süreç Ana hatları

SCAN, streptograminlere direnç mekanizmasının tam olarak anlaşamadığını ve belirtilen mekanizmaların dışında gelişmeler olabileceğini belirtmiştir. Belirsiz risklerin radikal olduğunu açıkça, belirsiz risklerin olduğunu örtülü olarak belirtmiş ve acil bir tehlikenin olmadığını karar vermiştir.

Belirsizliğin tespitinden sonra, ihtiyat prensibi uygulanıp, yasaklama kararı alınmıştır. Komisyon/Konsey ihtiyat ilkesini, riskten kaçınma olarak yorumlamıştır.

Avrupa Birliği hukukuna göre; GDO içeren veya GDO'lu ürünlerden üretilen yeni yiyecekler, Avrupa pazarına hukuka uygun olarak sunulmadan önce, ruhsat (izin) sürecine tabi tutulmaktadır.³⁵ Birlik

³⁵ German Law Journal, http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol05No02/PDF_Vol_05_No_02_151-166_European_Dabrowska_final.pdf
GM Foods, Risk, Precaution and the Internal Market: Did Both Sides Win the Day in the recent Judgment of the European Court of Justice? By Patrycja Dąbrowska s.2

içinde bir başka yöntemde basitleştirilmiş prosedür (simplified procedure) olarak anılmaktadır. Basitleştirilmiş prosedür tam bir risk analizini gerektirmemektedir. Bu yöntem daha çok izne tabi ürün, konvansiyonel ürünlerin büyük ölçüde eşiti (substantially equivalent) olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır.

1998 yılında, İtalya ile AB komisyonu arasında anlaşmazlık çıktı. İtalyan Bakanlar Kurulu, 4 Ağustos 2000 tarihli kararnameyle, Komisyonun daha önce basitleştirilmiş usulü kullanarak, genetiği değiştirilmiş mısırdan üretilen yiyeceklere, önemli ölçüde geleneksel benzerlerine eşdeğer olduğu gerekçesiyle verdiği izne geçici yasak getirdi. Monsanto ve diğer şirketler bu kararnameye karşı dava açtı.

İtalyan Mahkemesi (Tribunale amministrativo regionale del Lazio) ("TAR") TAR konuyu Avrupa Adalet Divanı'na götürdü.

Mahkeme, (AAD) ihtiyat ilkesinin (invoke) harekete geçirilmesine, riskin gerçekliği ve ciddiliğinin tam olarak belirlenemediği durumlarda yeşil ışık yaktmaktadır.

Mahkeme, belli koşullarda, üye devletlerin (novel food) yeni yiyeceklere insan sağlığını korumak ve ihtiyat ilkesini harekete geçirmek amacıyla geçici yasak koymasına müsaade etmektedir.³⁶

Mahkemeye göre; üye devletler, koruyucu bir tedbir almadan önce, bilimsel risk değerlendirmesi yapma konusunda, açık bir yükümlülük altındadırlar. Mahkeme, üye devletlerin risk konusunda bilimsel olarak kanıtlanmamış, tamamen farazi veya varsayımlara dayalı olarak hareket etmemelerini vurgulamıştır.³⁷

Birlik mevzuatında, 'safeguard clause' (Koruma Klozu) Directive 90/220/EEC ve Directive 90/220/EEC değiştiren Directive 2001/18/EC (Article 23) yer almaktadır.³⁸

³⁶ s.14

³⁷ İbid, s.13

³⁸ "Bir Üye Devlet, varolan bilgilerin yeniden değerlendirilmesi veya yeni elde edilen bilgilerin bir sonucu olarak, bu yönetmelik ile uyumlu bir gıda veya gıda maddesi kullanımının insan sağlığını ya da çevreyi tehlikeye attığı konusunda detaylı gerekçelere sahip olduğunda, o Üye Devlet kendi ülkesinde, söz konusu gıda veya gıda maddesi kullanımı geçici olarak kısıtlayabilir veya ticaretini askıya alabilir. Derhal, kararlarının gerekçelerini göstererek, diğer Üye Devletleri ve Komisyonu bilgilendireceklerdir."

'Koruma Klozu' üye devletlere, önceden satışa sunulması için yazılı izin almış, GDO'lu bir ürünün insan sağlığına veya çevreye bir risk oluşturduğu ve bunun makul sebeplere dayandığı durumlarda, o ürünün satış ve kullanılmasını geçici olarak yasaklama yetkisi vermektedir.

Bunun için izin tarihinden sonra yeni veya ek bilimsel bilginin elde edilmesi gerekmektedir. Bu durumda üye devlet, kamuoyunun bilgilendirilmesi dahil (ciddi risk) ürünün satışının sonlandırılması veya askıya alınması, gibi tedbirleri alabilir.

Bu şartları mahkeme şöyle belirlemiştir.³⁹

1. Çevreye veya kamu sağlığıyla ilgili bir riskin varlığının gösterilmesi.
2. Alınacak tedbir "*tamamen farazi bir risk yaklaşımına*" veya "*bilimsel olarak doğrulanmamış varsayımlara*" dayanamaz.
3. Alınacak tedbir, her olayın özel şartlarına bağlı olarak mümkün olduğunca tam bir risk değerlendirmesine dayanmalıdır.

Bu durumda üye devlet derhal Komisyonu bilgilendirir, kararının gerekçesini ve dayanaklarını açıklar. Bu durumda bilimsel komite, raporunu 60 gün içinde Komisyona bildirir.

Mahkeme, mevcut bilimsel bilginin yeterli olmayabileceğini kabul ettikten sonra; bilimin riski doğrulaması ve risk yönetiminin temeli olarak bilimsel kanıtları hatırlattı.

Özetle, birlik veya üye devlet sorumlu bir kurum olarak, özgün şartları dikkate alarak, mümkün olan en eksiksiz bilimsel risk analizini yapmalı ve ihtiyat ilkesine gereğince kararını buna dayanarak vermelidir. Politik risk yönetim kararı bunu takip edebilir.⁴⁰

Mahkeme bilimsel belirsizliği "*henüz açıklığa kavuşturulmamış*" ifadesiyle yorumlamıştır. Mahkeme önünde tartışılan bilimsel hususların ve dayanaklarının değerlendirilmesinin mahkemenin işi olmadığını ve kendisi değerlendirmesinin Birlik Kurumları'nın yerine geçmeyeceğini belirtmiştir.

³⁹ İbid, s.9

⁴⁰ İbid, s.10

Mahkeme sonuç olarak, Topluluk kurumlarının bu konuda en son bilimsel araştırmalardan bazı sonuçları çıkararak bir karara varmak için bilimsel bir temellerinin olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme bilimsel bulgular ve bunların geçerliliğinin kendi yetki alanı dışında olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kendisi bunu kabul ederken, bu çıkmaz durum içinde karar vermek zorundaydı.

Mahkeme hukuksal olmayan belirsizlik kavramının arkasında kendisini sakladığı ve görünüşe göre Mahkemenin birbiriyle çelişen bilimsel görüşleri belirsizlik olarak yorumladığı ileri sürülmektedir.

5.7. Telstra Corporation Limited v Hornsby Shire Council Davası

Sürdürülebilir kalkınmanın dört ana ilkesi vardır. Bunlar, ihtiyat ilkesi, neslin kendi içinde ve nesiller arası eşitlik, biyolojik çeşitliliğin korunması ve ekolojik bütünlüktür.⁴¹

Telstra Corporation Limited v Hornsby Shire Council davasında, davacı Land and Environment Court'a (Arazi ve evre Mahkemesi) ilgili ve yetkili izin otoritesinin (Hornsby Shire Council) baz istasyonu kurma teklifinin reddi kararına karşı temyiz başvurusunda bulundu. Reddin ana gerekçesi, kurulacak tesisin yaydığı elektromanyetik frekans enerjisinin çevrede yaşayanların sağlığını ve emniyetini kötü etkileyebileceği yönündeki Konseyin ve yaşayanların endişesiydi. Konsey ve bölgede yaşayanlar kurulacak tesisin izninin reddi için ihtiyat ilkesinin uygulanması için mahkemeyi zorladılar. Mahkeme kararı, o zamana kadar ki ulusal mahkeme kararlarının içinde, ihtiyat ilkesini en detaylı ve kapsamlı, özenlisini içermektedir. Preston CJ İhtiyat ilkesi ve uygulanması hakkında aşağıdaki klavuzu önerdi:

- 1- İhtiyat ilkesinin talebi ve doğal sonucunun, geçmiş örneği ya da eşikleri olan iki koşulun yerine getirilmesiyle ortaya çıkan ihtiyat önlemlerini alması gerekir. Bu iki koşul, ciddi ya da geri döndürülemez çevresel bir hasar tehdidi ya da bu çevresel hasarla ilgili bilimsel belirsizliktir ve bu koşullar birikerek çoğalır.

⁴¹ By the Honourable Justice Brian J. Preston Chief Judge of the Land and Environment Court of New South Wales, Judicial Implementation of the Principles of Ecologically Sustainable Development in Australia and Asia. s.2 http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/lec/ll lec.nsf/pages/LEC_speeches_and_papers#preston (E.T.06.03.2012)

- 2- İlk koşul konusunda, ciddi veya geri dönüşü olmayan çevresel zararın gerçekten meydana gelmiş olması gerekli değildir. Böyle bir zarar tehdidi gereklidir. Çevresel zarar tehdidi ciddi olma ve geri dönüşü olmama eşliğine varmış olmalıdır.
- 3- Çevresel zarar tehdidi, bilimsel bulgularla yeterince desteklenmelidir.
- 4- Eğer, ciddi veya geri dönüşü olmayan çevresel zarar tehdidi yoksa, ihtiyat ilkesinin uygulanması için herhangi bir esas yoktur.
- 5- İkinci koşul yani tam bilimsel kesinliğin olmaması ile ilgili olarak, belirsizlik çevresel zarar tehdidinin niteliği ve kapsamı ile ilgilidir.
- 6- İhtiyat prensibinin talebini tetiklemesi için var olması gereken bilimsel belirsizliğin derecesi, ihtiyat ilkesinin ilk örnek koşulunun açık ve kesin ifadesinde kullanılan çevresel hasarın büyüklüğüne bağlı olarak değişir. "*Ciddi ya da geri dönülemez çevresel hasarın*" ifadesi için tehdidin kesinlik derecesi, "*tehdidin gerçekten belirsizliği*" ya da "*bilimsel belirsizlik*"tir.
- 7- Çevreye zarar tehdidi konusunda makul bir bilimsel inandırıcılık olmalıdır.

Bu durum, tam bir bilimsel destek olmasa bile, (basit hipotez, spekülasyon ya da sezgi aksine) ampirik bilimsel veriler bir senaryonun öngörülmesini makul kıldığında gerçekleşir.

- 8- Eğer, önemli bilimsel belirsizlik yoksa (ikinci durum emsali gerçekleşmemişse) fakat ciddi veya geri dönülmez çevresel zarar tehdidi varsa (birinci koşul emsali gerçekleşmişse) ihtiyat ilkesi uygun düşmez. Tedbirlerin yine de alınması gerekecektir, fakat bunlar belirsiz durumlara uygun ihtiyadi tedbirler değil, ciddi veya geri dönülmez çevresel zarar ilişkin göreceli olarak belirli (kesin) tehdidi kontrol ve düzenlemeye dönük önleyici tedbirler olacaktır.
- 9- Eğer, emsal veya eşikler koşullarının ikisi de yerine gelmişse- yani ciddi ya da geri dönülemez çevresel bir hasar tehdidi ve bilimsel belirsizliğin gerekli derecesi bulunmaktaysa- ihtiyat ilkesi harekete geçirilecektir. Bu noktada kanıtlara dayanan ağırlık yer değiştirecektir. Karar verici ciddi ve geri dönülmez çevresel zarar

tehdidinin artık belirsiz değil gerçek olduğuna hükmetmelidir. Bu tehlikenin gerçek olmadığı veya ihmal edilebilir olduğu gerçeğini gösterme ağırlığı etkin bir biçimde ekonomik veya başka bir gelişme planı, programı veya projesini ileri sürmeye döner.

- 10- İhtiyatlılık ilkesi tehditlerin gerçekliğinin ve ciddiyetinin tam olarak ortaya çıkmasını beklemek zorunda kalmadan önleyici tedbirlerin alınmasına izin verir. Bu önleyici öngörü kavramdır.
- 11- 0 riski öngören ihtiyat standardı uygun değildir (yersizdir). Riskin gerçekliği ve kapsamının kesin bilimsel delillerle tam olarak ortaya konmamış olmasına rağmen, önlem alındığında risk mevcut bilimsel verilerle yeterli bir biçimde destekleniyorsa önleyici bir önlem alınabilir.
- 12- Uygun olacak ihtiyadi tedbirlerin tipi ve seviyesi tehlikenin geri dönülmezliği ve ciddiyet derecesiyle belirsizliğinin derecesinin birleşik etkisine bağlıdır. Bu risk analizinin alışılmış formülasyonunu, yani olayın gerçekleşme olasılığı ve sonuçlarının ciddiliğini kapsar. Tehdit ne kadar önemli ve belirsiz olursa, gereken önlem derecesi o kadar artar.
- 13- İhtiyat (tedbirlilik) ayrıca gelişme planı, projesi veya programının ilerlemesine ilişkin kararın tüm sonuçlarının ortaya çıkana kadar bir miktar hatanın tespit edilmesi gerektiğini öne sürer. Bu, risk ve fayda-maliyet analizindeki potansiyel hatalara tolerans gösterilmesini sağlar. Potansiyel hatalar çevrenin korunması lehinde değerlendirilir. Hata riskinin çevre lehinde değerlendirilmesi, önlem için ekolojik alanın ya da çevresel alanının korunması amacıyla.
- 14- Hata payının tespit edilmesinin bir yolu, belirsizliklerin kabul edildiği ve gelişim planı, programı ya da projesiyle değişen alanın belirsizlik boyutunun azaltıldığı bir adım adım veya uyarlamalı yönetim yaklaşımını yürürlüğe koymaktır.
- 15- İhtiyat prensibi orantılılık kavramını benimser. İhtiyat ilkesinin uygulamasında, kabul edilen tedbirler tehlikelerle orantılı olmalıdır. Uygulanabilirlik değerlendirmesi hesaba katılmalıdır. Karşılık veya seçilmiş ihtiyati tedbirin aşırı maliyetli olmadığını göstermek için müdahalenin orantılılığı ya da hata paylarının maliyet etkinliği olmak zorundadır.

- 16- Uygun ihtiyati tedbirlerin seçimi, çeşitli olasılıkların risk ağırlıklı sonuçlarının değerlendirilmesini gerektirir.
- 17- İhtiyat ilkesi harekete geçtiğinde, tam bir bilimsel kesinlik elde edilene kadar herhangi bir gelişme planı, programı veya projesinin icrasını mutlaka yasaklamak zorunda değildir.
- 18- İhtiyat ilkesi, yalnız başına değil, ekolojik bakımdan sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin tümünün bir parçası olarak görülmelidir. Seçilen ihtiyadi tedbirler sadece ihtiyat ilkesinin kendisine değil, aynı zamanda ekolojik sürdürülebilir kalkınmanın diğer ilkelerine bağlamında da uygun olmalıdır.

SONUÇ:

Sürdürülebilir kalkınma ve ihtiyat ilkesi uluslararası hukukta, adet hukukunun bir parçası olma yolunda gelişmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi, kavramların içi tam olarak doldurulabilmiş değildir. Bunun yanında her iki ilke uygulamada da yenidir ve çevre hukuku içinde gelişimini sürdüren kavramlardır. Ülkemizde ÇED dışında çevre hukuku kavramları hakkında daha çok bilimsel araştırma ve yayın yapılması hem uygulayıcılar açısından hem de çevre hukukunun ülkemizdeki gelişimi açısından gereklidir. Bu makalenin kapsamı, incelenen konularda farkındalık yaratmak ve uygulayıcılara yardımcı olmak olarak nitelenebilir.

KAYNAKLAR

Mehmet Semih Gemalmaz, Bir insan hakkı olarak çevre hakkı ve Türk düzenlemesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 52, Sayı 1-4

The Gabčíkovo-Nagymaros Project, (Hungary Slovakia) IJC (Uluslararası Adalıt Divanı) Kararı

İkinci başkan yargıç Weeramantry, Christopher Gregory 'nin muhalefet şerhi.

1993 Dünya İnsan Hakları Konferansı, Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı

18 Mart 2011’de BM İnsan Hakları Konseyi Kararı

AİHM Kyrtatos v. Greece, 41666/98 [2003] ECHR 242 (22 May 2003) kararı

AİHM, Case Of Leon And Agnieszka Kania V. Poland

Doç. Dr. Nükhet TURGUT, Sürdürülebilir Kalkınmanın Sağlanmasında Katılımın Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 1996 Cilt 45 Sayı 1-4

18 Mart 2011 tarihli, BM İnsan Hakları Konseyi kararı

Prof. Dr. Nükhet Yılmaz Turgut Çevre Hakkı - Kuramsal Ve Ampirik Çerçeve, İlgili Temel Kavram Ve İlkeler: Yargının Rolü, (Makale)

Peter Söderbaum, Integrated Environmental Assessment and Management, Volume 2, Number 2

Dennis M. King, Ph.D Univ. of Maryland, ve Marisa J. Mazzotta, Contingent Valuation Method, Dennis M. King PhD, tarafından hazırlanan web sitesi

Jessica Howley, The GabcikovoNagymaros Case: The Influence of the International Court of

Justice on the Law of Sustainable Development, Queensland Law Student Review, Volume 2 2009 Number 1

BM Dökümanı, Dünya Çevre ve kalkınma Komisyonu’nun ‘Our Common Future of 1987’ raporu

Joel Tickner, Nancy Myers, The Precautionary Principle In Action, A Handbook

Van Asselt, Marjolein; Vos, Ellen, The Precautionary Principle and the Uncertainty Paradox,

Journal of Risk Research, Volume 9, Number 4, June 2006 , pp. 313-336(24)

AİHM, Demir ve Baykara / Türkiye kararı

J. Hepburn, M.-C. Cordonier Segger, M. Gehring, *The Principle of the Precautionary Approach to Human Health, Natural Resources and Ecosystems: Recent Developments in International Law Related to Sustainable Development,* Working Paper for Foreign Affairs Canada (Montreal: CISDL, 2005).

David D. Caron, Harry N. Scheiber, *Bringing new law to ocean waters,* Patrycja Dąbrowska, *GM Foods, Risk, Precaution and the Internal Market: Did Both Sides Win the Day in the recent Judgment of the European Court of Justice?* German Law Journal, Volume 5 (2004) Sayı 2.

Directive 90/220/EEC ve Directive 90/220/EEC değiştiren Directive 2001/18/EC (Article 23)

Brian J. Preston, *Judicial Implementation of the Principles of Ecologically Sustainable Development in Australia and Asia.*

Law Society of New South Wales'e bölge başkanları toplantısında onursal başyargıç

Justice Brian J. Preston tarafından sunulan bildiri. Sydney, NSW, 21 July 2006

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T. 12.04.2011 * Özgürlüğünden yoksun kalmayan davacının, zilyetliği konusunda şüphe bulunan aracına el konulduğu iddiasıyla sosyal çevresinde itibarının sarsılması söz konusu olmayıp, dolayısıyla manevi zararı da oluşmamıştır.**
- E. 2011/7-2**
- K. 2011/52**
- (5271 sayılı CMK m. 141; 5320 sayılı Yasa m.6)**

Davacı M.U.'nun aracına haksız olarak el konulan günler karşılığında 5271 sayılı CYY'nun 141. maddesi uyarınca 3.000 lira maddi, 500 lira manevi tazminatın el koyma tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, davacının fazlaya ilişkin taleplerinin reddine ilişkin, Şırnak Ağır Ceza Mahkemesince verilen 05.10.2007 gün ve 106-830 sayılı hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 21.10.2010 gün ve 9480-15577 sayılı hükmün oyçokluğu ile onanmasına karar verilmiş,

Daire Üyesi M.M. ise; *“Manevi tazminatın vücut bütünlüğüne, şeref ve haysiyete, kişilik haklarına yapılan saldırılar sebebiyle uğranılan zararın telafisi için verilebileceği,*

Kaçakçılık yapıldığı hususunda ciddi kuşkular nedeniyle yasaya aykırı olarak davacının nakil vasıtasına el konulduğu sabit ise de, bu durumda aracın el konulmasından doğan zararın giderilmesi için maddi tazminata hük-

medilebileceği hakkında herhangi bir soruşturma bulunmayan şüpheli olarak dahi ifadesi alınmayan M.U.'ya herhangi bir şekilde manevi tazminat verilmesinin söz konusu olamayacağı,

Araç sahibinin sadece aracına el konulması sebebiyle toplum içerisinde küçük düşürüldüğü, suçlu gibi bakıldığı gerekçesinin yasanın amacına uygun düşmeyeceği, aksine kabulünün herhangi bir şekilde kişinin ifadesine başvurulması, aracının, konutunun veya üzerinin aranması durumunda dahi manevi tazminat verilmesi için gerekçe oluşturacağı,

Yasa; uzun yıllar gözaltı veya tutukluluk olmaksızın ağır veya yüz kızartıcı suçlardan yargılanıp beraat eden kişilere dahi manevi tazminat verileceğini düzenlememişken sırf faturasız, sevk irsaliyesiz, orijinal olmayan çuvallarda şeker taşınan ve bu iş için vergi kaydı olmayan özel aracı nakil vasıtası olarak kullanılan davacıya ait aracın el konulması sebebiyle manevi tazminat verilmesi, yasanın amacına ve ruhuna aykırı olduğundan sayın çoğunluğun bu yönde hükmün onanmasına dair kararına katılmıyorum” görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay C. Başsavcılığınca 04.01.2011 gün ve 10407 sayı ile;

“Davacının üzerine kayıtlı 73 plakalı araç, kaçakçılık dosyası şüphelisi Ş.B.’nin sevk ve idaresinde Uludere istikametinden Şırnak istikametine seyrederken arama noktasına geldiğinde durdurulmuş ve aracın incelenmesinde ‘14 çuval kristal toz şeker olduğu, çuvalların ağzının çuvaldız kullanılarak iple rastgele düzensiz dikilmiş olduğu’ tespiti yapılmıştır. Şüpheli Ş., 03.08.2005 tarihli 17214 seri nolu E. Kırtasiye tarafından düzenlenmiş ve alıcısı U. Gıda olan ve herhangi bir adres yazmayan fatura ibraz ederek ‘Şekerleri Cizre İlçesinde ihtiyacı olana satarak parasını E. Kırtasiye’ye teslim ederek kira param olan 45 YTL alacaktım’ şeklinde ifade vermiştir.

Şüpheli olarak ifadesi alınan H.A. 04.08.2005 tarihinde verdiği ifadede ‘el konulan şekerler ile araç bizim şirketimize aittir şekerleri alıp Cizre’ye satmak üzere ben araç şoförü olan Ş.B.’yi göndermiş idim’ şeklinde ifade vermiştir. Ayrıca aynı şüpheli 04.08.2005 tarihli dilekçesinde ‘kaçakçılığa konu aracımın tarafıma teminatsız olmazsa teminatla iade edilmesini’ talep ederek aracın kendisine ait olduğunu iddia etmiştir.

Görüldüğü üzere her iki şüphelinin beyanlarında aracın tescil sahibi olan davacı M.U. hakkında hiç bir iddiada bulunulmamıştır. Nitekim tazminat dosyası davacısı M.U., 05.08.2005 tarihli dilekçesinde kendi üzerine tescilli

aracın kaçakçılık olayına ne şekilde karıştığını ve şahıslarla irtibatını açıklamadan '... kaçakçılığa konu adıma kayıtlı 73 plakalı aracımın tarafıma teminatsız olarak iade edilmesini istiyorum' demiştir.

Kaçakçılık olayına karıştığı düşünülen araç hakkında 09.08.2005 tarihli karar ile teminat karşılığında ve trafik kaydına şerh konulmak suretiyle iadesine karar veriliyor. Suçta kullanıldığı düşünülen araç, gerek tescil kaydı sahibi görünen davacı M.U. gerekse aracın şirketine ait olduğunu iddia eden ve şüpheli olarak ifadesi alınan H.A. tarafından teslim alınmayarak 03.01.2006 tarihinde Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı verildikten sonra araç sürücüsü şüpheli Ş.B. tarafından teslim alınıyor.

Çözümlemesi gereken sorun, soruşturma aşamasında bırakalım şüpheli sıfatıyla tanık sıfatıyla dahi ismi geçmeyen ve ifadesine başvurulmayan davacı M.U. 'ya sadece aracın tescil sahibi olarak görülmesi nedeniyle manevi tazminat verilmesinin gerekip gerekmeyeceğidir.

Manevi zarar, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarında meydana gelen ihlalden ibarettir. Yakalanan veya tutuklanan kişinin aile ve iş çevresinde ve sosyal ilişkilerinde itibarının sarsılması, bu ilişkilerinden tecrit edilmesi dolayısıyla duyduğu elem ve ızdırıp, yakınlarından uzaklaşması nedeniyle hasret çekmesi ve ruhsal sıkıntılara uğraması, yargılama süreci içerisinde yargı ortamında bu halde bulunmanın verdiği sıkıntılar, cezaevi şartlarında bulunmanın verdiği sıkıntılar gibi hususlar manevi zararın mahiyetini açıklamaktadır. Yine bu olay nedeniyle kişinin işini, ailesini veya dostluk ilişkilerini kaybetmiş olması da mümkündür.

5271 sayılı Kanun 141/j maddesinde 'Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen, kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler' şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Olayımızda nakil aracının tescil sahibi olarak görünen davacı M.U. hakkında soruşturmanın hiçbir aşamasında kaçakçılık suçundan dolayı takibat yapılmamış ve ifadesine dahi müracaat edilmemiştir. Davacı da tazminat davası açana kadar tescil kaydı üzerine olan aracın aslında kendisine ait olduğunu ve şoförü olan şüpheli Ş.B. tarafından yolcu ve yük taşımacılığı yaparak geçimini sağladığını iddia etmediği gibi, iradesi dışında sanıklar tarafından olayda kullanıldığını da iddia etmemiştir.

Ayrıca davacı üzerine kayıtlı olarak görünen aracın, şüpheli H. tarafından şirketlerine ait olduğu iddia edilmiş ve bu husus davacı tarafından yalanlanmadığı gibi hangi amaçla şüphelilerde yakalandığının da izahı yapılmamıştır. Ülkemizde tescil devri yapılmadan kayıt sahibi dışındaki alıcıları tarafından yıllarca kullanılan araçlar herkesin malumu olduğu gibi kaçakçılık suçlarında da 'iyi niyetli 3. kişi' korumasından yararlanma girişimlerinin sıklığı da düşünüldüğünde aradaki ilişki daha dikkatli incelenmelidir.

Yasada ön görülen şartlardan olan 'koşulları oluşmadığı halde elkonma' eylemi dosyamızda gerçekleşmemiştir. Şüpheli S.'nin ifadesi ve ibraz ettiği faturanın içeriği dikkate alındığında söz konusu araca kolluk tarafından müdahale edilmesi haksız değildir. Çünkü şüpheli araç sürücüsü şekerleri şirketle ilgisi olmayan bir köyden almış ve çuvalların ağızını köylüyle beraber dikmiş ve fatura üzerinde faaliyet alanı gıda görünmeyen bir belge sunmuştur. Ayrıca faturada malın satıldığı kişinin bulunduğu bölge dışındaki bir ilçedeki bakkallara satılacağı söylenmiştir. Tüm bu hususlar tahkikatın başlatılması adına yeterli veriyi sağlamış olduğundan aksine davranış da kolluk güçlerini sorumlu duruma sokacaktır.

Davacı 6 aya yakın süre aracının bağlı kaldığını bu uzun süreçte aracının elinden alınabileceği korkusu yaşadığını iddia etse de, el konulma işleminden 5 gün sonra teslimine karar verilen aracını teslim almamış ve Kovuşturmaya Yer Olmadığına dair karardan sonra dahi teslim almaya şüpheli Ş. gitmiştir. Soruşturma sırasında verdiği dilekçe ile soyut araç teslimi istemenin dışında araç ve dosya ile irtibatını hiç dosyaya yansıtmamış olan davacının 'toplumda suç işlediği zannıyla aracına el konulduğu düşüncesinin oluştuğundan' veya hakkında dava açılacağı endişesi yaşadığından bahsetmesi soyut bir iddiadan öteye geçmemektedir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurularak, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi talebinde bulunulmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kapsamına göre inceleme manevi tazminata ilişkin hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; davacının aracına soruşturma nedeniyle el konulup, sonrasında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi üzerine yerel mahkeme tarafından maddi ve manevi tazminata hükmedilen somut olayda, manevi tazminata hükmedilme koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

İncelenen dosya içeriğine göre;

Şırnak İl Merkez Milli Jandarma Karakol Komutanlığınca S.B.'nin sevk ve idaresinde bulunan 73 plakalı araçla, şeker kaçakçılığı yapıldığı şüphesiyle 4926 sayılı Kaçakçılık Yasası uyarınca içerisinde bulunan 14 torba(50'şer kg) şeker ile birlikte Şırnak nöbetçi Cumhuriyet savcısının talimatı ile 03.08.2005 tarihinde el konulduğu,

Araç sürücüsü S.B.'nin şekerlerin E. Kırtasiye ve Müteahhitlik Hizmetleri Nakliyat ve Dış Ticaret Limited Şirketine ait olduğunu belirterek, U. Gıdaya satıldığına ilişkin 03.08.2005 gün ve 17214 nolu faturayı ibraz ettiği,

S.B.'nin 03.08.2005 tarihinde kollukça, 04.08.2005 tarihinde savcılık tarafından, şirket sahibi olduğunu belirten H.A.'nın ise 04.08.2005 tarihinde savcılık tarafından şüpheli olarak ifadelerinin alındığı,

Suçta konu aracın sahibi olduğunu belirten H.A.'nın Şırnak Asliye Ceza Mahkemesine hitaben yazdığı 04.08.2005 günlü dilekçe ile, kaçakçılık suçunda kullanıldığı iddiasıyla Şırnak Cumhuriyet Başsavcılığınca el konulan aracının teminatsız, olmadığı takdirde teminat karşılığı kendisine iadesini talep ettiği,

Şırnak Asliye Ceza Mahkemesince 09.08.2005 gün ve 2005/75 değişik iş sayılı karar ile 73 plakalı aracın 4926 sayılı Yasanın 22/b maddesi uyarınca teminatla iadesine karar verildiği,

Araç maliki M.U.'nun ise, Şırnak Asliye Ceza Mahkemesine hitaben yazmış olduğu 05.08.2005 günlü dilekçe ile kaçakçılık suçu işlendiği iddiasıyla el konulan aracının teminatsız olarak tarafına iadesini talep ettiği,

Şırnak Asliye Ceza Mahkemesince 31.08.2005 gün ve 2005/85 değişik iş sayılı karar ile 73 plakalı aracın 4926 sayılı Yasanın 22/b

maddesi uyarınca teminatla iadesine 09.08.2005 tarihinde karar verilmiş olduğundan, M.U.'nun aracın iadesine ilişkin talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği,

Şırnak Cumhuriyet Başsavcılığınca 2005/1562 sayılı hazırlık dosyasında yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda el konulan şekerlerin kaçak olmadığına belirlenmesi üzerine 4926 sayılı Yasaya Muhalfeet suçundan ifadeleri alınmış olan şüpheliler S.B. ve H.A. hakkında 03.01.2006 gün ve 2006/2 sayılı ile kovuşturmayaya yer olmadığına ve 73 plakalı araç ile 14 çuval şekerin şüphelilere iadesine karar verildiği,

73 plakalı aracın S.B. tarafından teslim alındığı,

73 plakalı aracın tescil maliki olarak gözüken M.U.'nun olay nedeniyle şüpheli veya tanık olarak ifadesinin alınmadığı,

Anlaşılmaktadır.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı CYY'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Yasanın 18. maddesi ile 07.05.1964 gün ve 466 sayılı Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa yürürlükten kaldırılmış ve 5271 sayılı Yasanın yedinci bölümünde "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" ana başlığı altında 141 ilâ 144. maddelerinde, tazminat isteme koşulları ve sonuçları yeniden kapsamlı bir şekilde ele alınmış, tazminat istemi başlıklı 141. maddesinde hangi hallerde tazminat istenebileceği, 142. maddesinde tazminat isteminin koşulları, 143. maddesinde tazminatın geri alınması ve 144. maddesinde ise hangi hallerde tazminat istenemeyeceği düzenlenmiştir.

"Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki" 466 sayılı Yasa ile yalnızca kanun dışı yakalanan ve tutuklanan kişiler için tazminat hakkı öngörülmüşken, 5271 sayılı CYY'da yapılan düzenleme ile ayrıca arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin mağdurları için de tazminat isteme hakkı öngörülmüştür.

5320 sayılı Yasanın 6. maddesinin;

"(1) Ceza Muhakemesi Kanununun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümleri, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanır.

(2) Bu tarihten önceki işlemler hakkında ise, 07.05.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Veril-

mesi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunur” hükmü uyarınca, 01 Haziran 2005 tarihinden itibaren gerçekleşen işlemler yönünden 5271 sayılı CYY hükümleri uyarınca uygulama yapılacağı hususu tartışmasızdır.

5271 sayılı CYY’nın “Tazminat istemi” başlıklı 141. maddesinin birinci fıkrası,

“(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler”

Şeklinde düzenlenmiş olup, koruma tedbirleri nedeniyle tazminatın hangi hallerde isteneceği 10 bent halinde sayılmış, fıkranın son cümlesinde de kişilerin koruma tedbirleri nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi her türlü zararlarını talep edebilecekleri belirtilmiştir.

Maddi tazminat ile mağdurların uğradıkları gelir kaybı, ödedikleri avukatlık ücreti ve yol giderleri gibi masrafların giderilmesi amaçlanırken, manevi tazminat ile kişinin sosyal çevresinde itibarının sarsılması, özgürlüğünden yoksun kalması nedeniyle duyduğu elem, ızdırap ve ruhsal sıkıntıların bir ölçüde de olsa giderilmesi amaçlanmaktadır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

73 plakalı aracın kaçakçılık suçunda kullanıldığı iddiasıyla yalnızca S.B. ve H.A.'nın şüpheli olarak ifadeleri alınmış, anılan şüpheliler de ifadelerinde davacıdan hiç bahsetmeyip aracın kendilerine ait olduğunu belirtmişlerdir.

73 plakalı aracın tescil maliki olan, ancak vergi kaydı olmaksızın yük ve yolcu taşımacılığı yaptığı anlaşılan davacı M.U.'nun aracına el konulup, sonrasında kovuşturmaya yer olmadığına kararı ile birlikte iadesine kadar olan yaklaşık altı aylık sürede uğramış olduğu gelir kaybını gözeterek yerel mahkemece 3000 lira maddi tazminata hükümlenmiştir.

Somut olayda davacının şüpheli olarak ifadesi dahi alınmamış olup, yalnızca tescil maliki olarak gözüktüğü araca suç şüphesi nedeniyle el konulmuştur. Özgürlüğünden yoksun kalmayan davacının, zilyetliği konusunda şüphe bulunan aracına el konulduğu iddiasıyla sosyal çevresinde itibarının sarsılması sözkonusu olmayıp, dolayısıyla manevi zararı da oluşmamıştır. Nitekim öğretide de manevi tazminatın daha çok yakalama ve tutuklama koruma tedbirleri bakımından söz konusu olabileceği belirtilmiştir (Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, sf. 482). Bu nedenle davacı lehine manevi tazminata hükmeden yerel mahkeme kararı ile bu hükmü onayan Özel Daire çoğunluk kararı isabetli değildir.

Bu itibarla, haklı nedene dayanan Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile, Özel Daire onama kararının manevi tazminata ilişkin bölümünün kaldırılmasına ve davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Genel Kurul Üyesi O.K. itirazın kabulü yönünde oy kullanmakla birlikte; “*Dava konusu olayda 40.000 TL maddi, 20.000 TL’de manevi tazminat istenmiş, mahkemece 3000 TL maddi, 500 TL’de manevi tazminata hükmedilmiş ve karar davacı tarafından temyiz edilmeyerek davalı hazine tarafından temyiz edilmiştir.*

Maddi ve manevi tazminat talepleri ayrı ayrı dava konusu edilebilir. Dolayısıyla de temyiz edilebilirlik sınırı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Hükümün davalı tarafından hazine aleyhine 500 TL’ye hükmedilmesi nedeniyle temyiz edildiği, HMUK 427. maddeye göre hüküm tarihi olan 05.10.2007 tarihinde temyiz edilemezlik sınırının 1170 lira olduğu gözetildiğinde hüküm davalı tarafından temyiz edilemez. İzah edilen nedenlerle de dairece dava esastan incelenmeyerek temyiz talebinin reddine karar verilmeliydi.

Davanın esası yönünden de daire kararı doğru değildir. 5271. sayılı Yasanın CMK.nun 142/1.fıkraya göre karar ve hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren 3 ay ve herhalde kesinleşme tarihini izleyen 1 yıl içinde tazminat isteminde bulunabilir. Aracına el konulan kişi kaçakçılık davasında mağdur taraf değildir. Takipsizlik kararının kendisine tebliğinde de zorunluluk yoktur. 5271 sayılı Yasanın 142/1.fikrasında belirtildiği üzere, takipsizlik kararının tebliği şart olan ilgili tazminat davası açabilir. Bu nedenlerle de CMK 142/2. fıkraya göre Ağır Ceza Mahkemesinden tazminat isteyemez. Ancak hukuk mahkemelerinden tazminat isteyebilir” şeklinde itirazın değişik gerekçe ile kabul edilmesi gerektiği yönünde farklı görüş belirtmiş ve bu şekilde çoğunluk görüşünden ayrılmış,

Genel Kurul Üyesi A.K.; “A) OLAY VE TARTIŞMANIN KONUSU:

Şüpheli Ş. hakkında kaçakçılık suçundan soruşturma açılmış ve bu suçta kullanıldığı şüphesiyle üçüncü kişi konumundaki davacı M.’nin kamyonuna 03.08.2005 tarihinde el konmuştur. Daha sonra taşınan eşyanın kaçak olmadığı belirlenmiş ve 03.01.2006 tarihinde şüpheli Ş. hakkında kovuşturmaya yer olmadığına ve aracın iadesine karar verilmiştir. Bu kararın kesinleşmesinden sonra 23.02.2006 tarihinde araç fiilen iade edilmiştir.

Araç sahibi M. vekili, araca haksız olarak el konulması nedeniyle, Hazine aleyhine dava açarak 40.000 TL maddi ve 20.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Şırnak Ağır Ceza Mahkemesi'nce 3.000 TL maddi ve 500 TL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davacının fazlaya ilişkin talebinin reddine karar verilmiştir. Bu hüküm, davalı Hazine'nin temyizi üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nce onanmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, davacıya manevi tazminat verilemeyeceği gerekçesiyle itiraz yasa yoluna başvurarak, daire kararının kaldırılmasını ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasını istemiştir.

Tartışmanın konusunu, kamyonuna el konulması ve sonra iade edilmesi nedeniyle, davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesinin doğru olup olmadığı oluşturmaktadır.

B) CEZA GENEL KURULU ÇOĞUNLUĞUNUN BENİMSEDİĞİ GÖRÜŞ:

Çoğunluk tarafından, somut olayda davacının manevi zararının bulunmadığı kabul edilerek; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne, Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün manevi tazminat yönünden bozulmasına karar verilmiştir.

C) KONUNUN İRDELENMESİ:

5271 sayılı CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde; suç soruşturması sırasında, koşulları oluşmadığı halde eşyasına elkonulan kişinin, maddi ve manevi her türlü zararını Devletten isteyebileceği öngörülmüştür. Böylece, koşulları oluşmadığı halde eşyasına el konulan kişinin, maddi zararı dışında manevi zararını da Devletten isteyebileceği açıkça belirtilmiştir.

Somut olayda, kaçakçılık suçunda kullanıldığı gerekçesiyle davacının kamyonuna el konmuş, daha sonra taşınan eşyanın kaçak olmadığı belirlenerek kamyon 6 ay 20 gün sonra iade edilmiştir. Kaçakçılık suçunda kullanıldığı gerekçesiyle aracına el konulan davacının onurunun zedelendiği ve buna bağlı olarak manevi zararının oluştuğu tartışmasız kabul edilmelidir.

D) SONUÇ:

Açıkladığım nedenlerle; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine karar verilmesi gerektiği kanısını taşıdığımdan, çoğunluğun aksi yönündeki görüşüne katılmıyorum.” görüşüyle,

Bir kısım Genel Kurul Üyesi ise; benzer düşüncelerle itirazın reddi gerektiği yönünde karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2-Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 21.10.2010 gün ve 9480-15577 sayılı onama kararının manevi tazminata ilişkin bölümünün KALDIRILMASINA,

3-Davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin Şırnak Ağır Ceza Mahkemesince verilen 05.10.2007 gün ve 106-830 sayılı hükmün BOZULMASINA,

4-Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 12.04.2011 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 27.12.2011 * Hüküm ve kararlarda, başvurulacak yasa yolu,
E. 2011/8-377 başvurunun yapılacağı mercii, yöntemi ve baş-
K. 2011/301 vuru süresinin hiçbir duraksamaya yer vermek-
sizin açıkça belirtilmelidir.

* Mesleği bir kamu hizmeti niteliğindeki avukat olan, sanığın savunmasını üstlenen ve bu bağlamda savunma ve yasa yollarına başvurma açısından yeterli düzeyde hukuki bilgiye sahip olan müdafinin temyiz süresinin, kararın yüze karşı verildiği hallerde tefhimden itibaren işlemeye başlayacağını ve başvurunun hangi mercie ne şekilde yapılacağını bilmemesi düşünülemez, yasa yolu bildirimindeki bu eksiklik müdafii açısından bir yanılgı ve bu bağlamda hakkın kullanılması yönünde bir engel oluşturmaz.

(5271 sayılı CMK m. 2/1-c , 34/2, 231/2, 232/6, 264 Av.K. m. 1, 2, 34, 35)

Parada sahtecilik suçundan sanık H.A.Ö.'nün 5237 sayılı TCY'nun 197/1 ve 62. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis ve 1.000 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna ve zoralmaya ilişkin, Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 05.07.2007 gün ve 179-242 sayılı hükmün, sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesince 14.09.2011 gün ve 6385-9397 sayı ile;

"5271 sayılı CMK.nun 34/2 ve 232/6. madde ve fıkralarına göre hüküm fıkrasında, verilen karara karşı kanun yollarına başvurma olanağı bulunup bulunmadığının ve başvurma olanağı var ise süresi, mercii ve şekillerinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekirken, sanık H.A.Ö.'nün yüzüne karşı verilen hükme ilişkin temyiz süresinin tefhim tarihinden itibaren başlayacağını belirtmesi yerine 'tefhim ve tebliğden' itibaren denilmek suretiyle bu hususta duraksamaya neden olunduğu anlaşılmakla sanık H.A.Ö.'nün temyiz isteğinin süresinde olduğu kabul edilerek her iki sanık hakkında yapılan incelemede;

Hükümden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanununun 562. maddesiyle değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesi ve bu maddenin 6. fıkrasına 25.07.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6008 sayılı Yasanın 7. maddesi ile eklenen cümle gözetilerek, koşullarının varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması” nedeniyle sair yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 24.10.2011 gün ve 191823 sayı ile;

“Nihai hükmün kurulduğu 05.07.2007 tarihli duruşmada sanık ve müdafinin hazır olduğu, kararın yüzlerine karşı verildiği, temyizın tefhimden itibaren başlayacağıın sanık müdafii tarafından bilinmesi gerektiği, hükümdede temyiz süresinin ‘tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde’ başlayacağıın belirtilmesinin yanılığa yol açmayacağı, 05.07.2007 tarihinde yüze karşı verilen hükmün sanık H.A.Ö. müdafii tarafından yasal süreden sonra 13.07.2007 tarihinde temyiz edildiği, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 310 ve 317. maddeleri gereğince isteminin reddine karar verilmesi gerektiği, Ceza Genel Kurulunun 01.02.2011 tarih 2010/5-244, 2011/14 sayılı kararı da bu doğrultuda olduğundan, Yüksek Yargıtay 8. Ceza Dairesinin sanık H.A.Ö. hakkında temyiz süresine ilişkin verilen kararında isabet bulunmadığı” görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak “Yüksek Dairenin 14.09.2011 tarih ve 2009/6385, 2011/9397 sayılı sanık H.A.Ö. hakkındaki kararının kaldırılarak, sanık müdafinin temyiz isteminin 1412 sayılı CMUK.nun 310 ve 317. maddeleri gereğince reddine” karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kapsamına göre inceleme, sanık H.A.Ö. hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; yerel mahkeme kararındaki yasa yolu bildiriminin yasal ve yeterli olup olmadığı ile

buna bağılı olarak sanık müdafinin temyizinin süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden:

Sanık ve müdafinin de hazır bulunduğu 05.07.2007 tarihli oturumda verilen kararın yasa yolu bildirimimin aynen; *“Tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere, sanıklardan H.A.Ö.’nün yüzüne karşı, diğer sanıkların yokluğunda, sanıklar müdafilerinin yüzüne karşı”* şeklinde olduğu, gerekçeli kararın da 20.08.2007 tarihinde sanık müdafine tebliğ edildiği, bu hükmün sanık müdafii tarafından 13.07.2007 tarihinde temyiz edildiği, temyiz son günü olan 12.07.2007 gününün herhangi bir resmi tatile denk gelmediği anlaşılmaktadır.

5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı Yasanın 310. maddesinde, temyiz isteminin yüze karşı verilen kararlarda hükmün tefhiminden itibaren bir hafta içinde hükmü veren mahkemeye verilecek bir dilekçe ile veya zabıt kâtibine yapılacak beyanla olacağı, bu takdirde, beyanın tutanağa geçirilerek hâkime tasdik ettirileceği, yoklukta verilen kararlarda ise temyiz süresinin tebliğle başlayacağı belirtilmiştir.

5271 sayılı CYY’nın 34/2, 231/2 ve 232/6. maddelerinde ise, hüküm ve kararlarda, başvurulacak yasa yolu, başvurunun yapılacağı mercii, yöntemi ve başvuru süresinin hiçbir duraksamaya yer vermeksizin açıkça belirtileceği hükümlerine yer verilmiş olup, bu hükümlere aykırılık anılan Yasanın 40. maddesi uyarınca eski hale getirme nedeni oluşturacaktır. Bu bildirimlerdeki temel amaç sujelerin başvuru haklarını etkin bir biçimde kullanmalarının sağlanması, bu eksiklik nedeniyle hak kayıplarına yol açılmamasıdır. Ancak burada dikkat edilecek veya eski hale getirme nedeni oluşturacak husus, eksik veya yanılılı bildirim nedeniyle bir hakkın kullanılmasının engellenip engellenmediğinin belirlenmesidir. Bildirimdeki eksikliğin yol açtığı bir hak kaybı bulunmamakta ise, bu durum eski hale getirme nedeni oluşturmayacaktır.

5271 sayılı CYY’nın 264. maddesinde ise kabul edilebilir bir yasa yolu başvurusunda yasa yolunun veya mercide yanılığının, başvurunun haklarını ortadan kaldırmayacağı, bu hâlde başvurunun yapıldığı

merciince, başvurunun derhâl görevli ve yetkili mercie gönderilmesi gerektiği hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümler, birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak temyiz istemi süresinde verilen bir dilekçe ile veya zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla hükmü veren mahkemeye yapılacaktır. Ancak süresinde olması koşuluyla, dilekçenin hükmü veren mahkeme dışındaki bir mahkemeye verilmesi veya istemde bulunulması ya da haklı nedenlerin varlığı halinde C.Savcılığına ya da bir başka mercie istemde bulunulması temyiz istemini geçersiz kılmayacak, bu durum mercide yanılığın kapsamında değerlendirilebilecek, dilekçenin verildiği veya istemin yapıldığı merciince, istem veya dilekçe mahkemesine gönderilecektir. Yine aynı şekilde istemin temyiz yerine itiraz olarak belirtilmiş olması da bu kapsamda değerlendirilerek, başvuru sahibinin hakları korunacak, sürenin bildirilmemesi veya yanılığın bildirilmesi halinde bunun ilgili taraf açısından bir yanılığın oluşturarak bir hakkın kullanılmasını engellemesi durumunda açıklamalı davetiye ile bu hususun tebliğinden sonra süreler işlemeye başlayacak, böylece olası hak kayıpları önlenecektir.

Uyuşmazlığın sağlıklı çözümü açısından ceza yargılamasında sanığın savunmasını üstlenen müdafinin konumu üzerinde de durulmalıdır.

5271 sayılı 2/1-c maddesinde müdafii; şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat olarak tanımlanmış, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 1. maddesinde avukatlığın bir kamu hizmeti ve serbest meslek olduğu vurgulandıktan sonra 2. maddesinde ise “Avukatlığın Amacı”; *“Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.*

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder...” şeklinde ifade edilmiştir.

Yasanın “Avukatın Hak ve Ödevleri” kısmında yer alan 34. maddesinde; *“Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık un-*

vanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler” denilmek suretiyle avukatların görevlerini yerine getirirken uyacakları yükümlülükler açıklanmış,

“Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler” başlıklı 35. maddesinin 1. fıkrasında ise; “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir” şeklindeki düzenlemeyle de mahkeme huzurunda kişilerin savunma görevinin yalnızca avukatlar tarafından yapılabileceği belirtilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık ve müdafinin yüzüne karşı verilen hükümde başvurulacak yasa yoluna ilişkin bildiriminde temyiz süresinin başlama şeklinin “tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren” biçiminde yazıldığı, başvuru mercii ve şekline ilişkin bir ifadenin yer almadığı sanık müdafinin, yüzüne karşı tefhim edilen bu hükmü süresinden sonra temyiz ettiği, temyiz dilekçesinde, bildirimdeki bu eksiklikler nedeniyle temyiz süresinin ne zaman başlayacağı hususunda bir duraksama yaşadığına ilişkin herhangi bir ifadenin yer almadığı gibi, temyiz süresinden sonra dilekçenin verilmesine ilişkin de herhangi bir bilginin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY’ nın 310. maddesi uyarınca, 05.07.2007 günü yüze karşı verilmiş olan karara yönelik temyiz isteminin tefhimden itibaren bir hafta içerisinde yapılması gerekmekte olup, sanık müdafii bir haftalık süreden sonra 13.07.2007 günü temyiz başvurusunda bulunmuştur. Her ne kadar kararda başvurulacak yasa yollarına ilişkin bildirimde, sürenin başlangıcının sadece ‘tefhim’ ya da ‘tebliğ’ şeklinde gösterilmesi ve başvuru mercii ile şeklinin yer almaması nedeniyle bildirim eksik olduğu, bu durumun eski hale getirme nedeni olarak kabulü ile temyiz başvurusunun süresinde yapıldığı ileri sürülebilirse de, bildirimdeki bu eksiklikler sanık müdafii açısından bir yanlışlığı oluşturmayacağından “yasa yolu süresinin” işlemeye başlamasını engellemez. Çünkü belirtilen sürede yanlış mercie yanlış şekilde bir başvuruda bulunulması halinde yanlışma CYY’ nın 264. maddesi kap-

samında değerlendirileceğinden başvuranın hakları ortadan kalkmayacaktır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 05.10.2010 gün ve 169-188 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.

Öte yandan Ceza Genel Kurulunun 13.12.2011 gün ve 247-261 ile 01.02.2011 gün ve 244-14 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere; mesleği bir kamu hizmeti niteliğindeki avukat olan, sanığın savunmasını üstlenen ve bu bağlamda savunma ve yasa yollarına başvurma açısından yeterli düzeyde hukuki bilgiye sahip olan müdafinin temyiz süresinin, kararın yüze karşı verildiği hallerde tefhimden itibaren işlemeye başlayacağını ve başvurunun hangi mercie ne şekilde yapılacağını bilmemesi düşünülemez olduğundan, yasa yolu bildirimindeki bu eksiklik müdafii açısından bir yanılğı ve bu bağlamda hakkın kullanılması yönünde bir engel oluşturmayacaktır. Kaldı ki sanık müdafii süresinden sonra verdiği temyiz dilekçesinde, bildirimdeki eksikliğin kendisini temyiz süresinin başlangıcı konusunda yanılığa düşürdüğüne ilişkin bir iddiada bile bulunmamıştır.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire bozma kararının sanık H.A.Ö. yönünden kaldırılmasına, sanık H.A.Ö. müdafinin temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nun 310. maddesinde belirtilen bir haftalık süre içinde yapılmaması nedeniyle, aynı Yasanın 317. maddesi uyarınca reddine karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 14.09.2011 gün ve 6385-9397 sayılı bozma kararının sanık H.A.Ö. yönünden KALDIRILMASINA,

3- Sanık H.A.Ö. müdafinin yasal süreden sonra gerçekleşen temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nun 310 ve 317. maddeleri uyarınca REDDİNE,

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 27.12.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 20.12.2011 * Kararda başvuru şeklinin gösterilmemiş olması
E. 2011/2-363 "yasa yolu süresinin" işlemeye başlamasını en-
gellemez.

K. 2011/286 * Tarifeye göre hükmedilmesi gereken vekâlet ü-
creti, katılana vekili tarafından sunulan hukuk-
sal yardımın şekli ve kalitesiyle ilintili olmayıp
katılanın kendisini vekil ile temsil ettirmesinin
bir sonucudur.

(5271 sayılı CMK m. 2/1-c , 34/2, 231/2, 232/6, 264
Av.K. m. 164/1, 168; AAÜT m. 13/1; TCK m. 143)

Hırsızlık suçundan sanık Ö.K.'nın 5237 sayılı TCY'nın 142/1-f, 143, 168/2 ve 62. maddeleri uyarınca 7 ay 6 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve ertelemeye ilişkin, Terme Asliye Ceza Mahkemesince verilen 29.11.2007 gün ve 178-304 sayılı hükmün, sanık ve lehe olarak üst Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesince 12.09.2011 gün ve 55381 -33455 sayı ile;

"...1-Elektrik hırsızlığı suçunun niteliği gereği 5237 sayılı TCK'nın 143. maddesinin uygulanması olanağı bulunmadığı gözetilmeden suçun gece vakti işlendiğinden bahisle sanık hakkında tayin olunan cezanın arttırılması suretiyle fazla ceza tayini,

2-Katılan kurum vekilinin oturumlarda hazır bulunmadığı, sadece katılma istemini içeren dilekçeyi mahkemeye verdiği anlaşılmaması karşısında; katılan lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre dilekçe yazım ücretine hükmedilmesi gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde maktu vekalet ücretine hükümlenmesi,

3-Kararda başvurulacak yasa yoluna müracaat şekli gösterilmeyerek 5271 sayılı CMK'nın 232/6 ve 34/2. maddelerine aykırı davranılması" isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 20.10.2011 gün ve 80244 sayı ile;

“A- ...katılan yararına maktu vekalet ücreti yerine dilekçe yazma ücretine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin görüş ve bu görüşe dayanılarak bozma kararının verilmesi hukuka aykırıdır.

B- Somut davada sanık taraf temyiz başvurusunda bulunmuştur. Katılan vekiline ise gerekçeli kararın tebliğ ettirilmesine gerek bulunmamaktadır. Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2010/5-244 esas ve 2011/14 karar sayılı kararlarında da açıkça işaret edildiği üzere, vekilin temyiz işlemini bilmesi gerektiği açıktır.

Bu durumuyla son bozma gerekçesinin hukuksal bir yararı mevcut değildir. Dolayısıyla;

1-Sanık hakkında TCK'nun 143. maddesinin uygulanmasından ortaya çıkan fazla cezanın düzeltilerek, sonuç olarak 6 ay 20 gün hapis cezası biçiminde belirlenmesi,

2-Katılan yararına avukatlık ücretine karar verilmesi gerektiğine ilişkin mahkeme kararının aynen korunması,

3-Üçüncü bozma nedeninin ilamdan çıkarılması durumunda hükmün düzeltilerek onanmasının mümkün olacağı” görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak “bozma kararının son iki maddesinin kaldırılmasına, ortaya çıkan sonuç itibarıyla de hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi” isteminde bulunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Yerel mahkeme hükmünde yasa yolu bildirimiminin yasal ve yeterli olup olmadığı,

2- Vekili duruşmalara iştirak etmeyen katılan lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekâlet ücretine hükmedilmesinin gerekip gerekmediği,

3- Özel Dairenin ilamındaki 1 nolu bozma nedeni göz önüne alınarak hükmün düzeltilerek onanması olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanık hakkında kamu davasının açılması üzerine yapılacak ilk duruşmanın 24.07.2007 tarihinde Terme TEDAŞ İşletme Şefliğine tebliğ edildiği,

Şikayetçi vekili Av. Ş.Ş.'nin 10.09.2007 havale tarihli dilekçe ile davaya katılma isteminde bulunduğu, yerel mahkemece bu dilekçe üzerine 18.10.2007 günlü Av. Ş.Ş.'nin hazır olmadığı oturumda Terme TEDAŞ idaresinin katılma isteminin kabulüne karar verildiği,

Katılan vekilinin yargılama boyunca yapılan oturumlara ve keşfe katılmadığı, yokluğunda verilen kararın 18.12.2007 tarihinde katılan vekiline usulüne uygun olarak tebliğ edildiği, ancak katılan vekilinin hükmü temyiz etmediği,

Anlaşılmaktadır.

1- Yerel mahkeme kararındaki yasa yolu bildirimının yasal ve yeterli olup olmadığı:

5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı Yasanın 310. maddesinde, temyiz isteminin yüze karşı verilen kararlarda hükmün tefhiminden itibaren bir hafta içinde hükmü veren mahkemeye verilecek bir dilekçe ile veya zabıt kâtibine yapılacak beyanla olacağı, bu takdirde, beyanın tutanağa geçirilerek hâkime tasdik ettirileceği, yoklukta verilen kararlarda ise temyiz süresinin tebliğle başlayacağı belirtilmiştir.

5271 sayılı CYY'nın 34/2, 231/2 ve 232/6. maddelerinde ise, hüküm ve kararlarda, başvurulacak yasa yolu, başvurunun yapılacağı merci, yöntemi ve başvuru süresinin hiçbir duraksamaya yer vermeksizin açıkça belirtileceği hükümlerine yer verilmiş olup, bu hükümlere aykırılık anılan Yasanın 40. maddesi uyarınca eski hale getirme nedeni oluşturacaktır. Bu bildirimlerdeki temel amaç sujelerin başvuru haklarını etkin bir biçimde kullanmalarının sağlanması, bu eksiklik nedeniyle hak kayıplarına yol açılmamasıdır. Ancak burada dikkat edilecek veya eski hale getirme nedeni oluşturacak husus, eksik veya yanlışlığı

bildirim nedeniyle bir hakkın kullanılmasının engellenip engellenmediğinin belirlenmesidir. Bildirimdeki eksikliğin yol açtığı bir hak kaybı bulunmamakta ise, bu durum eski hale getirme nedeni oluşturmamaktadır.

5271 sayılı CYY'nın 264. maddesinde de kabul edilebilir bir yasa yolu başvurusunda yasa yolunun veya mercide yanılığının, başvurunun haklarını ortadan kaldırmayacağı, bu hâlde başvurunun yapıldığı mercince, başvurunun derhâl görevli ve yetkili mercie gönderilmesi gerektiği hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümler, birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak temyiz istemi süresinde verilen bir dilekçe ile veya zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla hükmü veren mahkemeye yapılacaktır. Ancak süresinde olması koşuluyla, dilekçenin hükmü veren mahkeme dışındaki bir mahkemeye verilmesi veya istemde bulunulması ya da haklı nedenlerin varlığı halinde C.Savcılığına ya da bir başka merciye istemde bulunulması temyiz istemini geçersiz kılmayacak, bu durum mercide yanılığ kapsamında değerlendirilebilecek, dilekçenin verildiği veya istemin yapıldığı mercince, istem veya dilekçe mahkemesine gönderilecektir. Yine aynı şekilde istemin temyiz yerine itiraz olarak belirtilmiş olması da bu kapsamda değerlendirilerek, başvuru sahibinin hakları korunacak, sürenin bildirilmemesi veya yanılığlı bildirilmesi halinde bunun ilgili taraf açısından bir yanılığ oluşturarak bir hakkın kullanılmasını engellemesi durumunda açıklamalı davetiye ile bu hususun tebliğinden sonra süreler başlayacak, böylece hak kayıpları engellenecektir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Yerel mahkeme hükmünde yasa yolu bildirimini, "...sanığın, katılanın ve katılan vekilinin yokluğunda... tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde temyiz yolu açık olmak üzere" şeklinde belirtilmiş olup, yoklukta verilen karar usulüne uygun olarak katılan vekiline 18.12.2007 sanığa ise 27.12.2007 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine, sanık aynı gün hükmü temyiz etmiş, katılan vekili ise temyiz isteminde bulunmamıştır.

Her ne kadar kararda başvurulacak kanun yollarına ilişkin bildirimde başvuru şeklinin belirtilmemiş olması nedeniyle bildirim eksik olduğu, bu durumun eski hale getirme nedeni olarak kabulü gerektiği ileri sürülebilirse de, sadece başvuru şeklinin gösterilmemiş

olması “yasa yolu süresinin” işlemeye başlamasını engellemez. Bu durumda, başvuru şekli gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olsa dahi temyiz süreleri işler ve süreden sonra yapılan temyiz başvurusu kabul edilemez.

Zira, belirtilen sürede yanlış mercie, yanlış şekilde bir başvuruda bulunulması halinde bu yanlış, 5271 sayılı CYY'nın 264. maddesi kapsamında değerlendirileceğinden başvuranın hakları ortadan kalkmayacaktır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 05.10.2010 gün ve 169-188 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.

Dolayısıyla, “*Kararda başvurulacak yasa yoluna müracaat şekli gösterilmeyerek 5271 sayılı CMK'nın 232/6 ve 34/2. maddelerine aykırı davranılması*” isabetsizliğine dayalı olan Özel Daire bozma kararı yerinde değildir.

Kaldı ki, yasa yolu bildiriminin katılan vekili açısından yasal ve yeterli olmadığı kabulü halinde, Özel Daire tarafından, katılan vekiline açıklamalı davetiye tebliğ edilerek, verdiği takdirde temyiz dilekçesini de kapsayacak şekilde temyiz incelemesi yapılması gerekirken, bu hususu bozma nedenleri arasına alınmasında isabet bulunmamaktadır.

2- Vekili duruşmalara iştirak etmeyen katılan idare lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekâlet ücretine mi, yoksa dilekçe yazım ücretine mi hükmedilmesinin gerektiği:

Avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan avukatlık ücreti ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre karşı tarafa yüklenen avukatlık ücreti olarak ikiye ayrılan avukatlık ücreti, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 164. maddenin 1. fıkrasında; “*avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Hukuki yardımın ne şekilde yerine getirileceği maddede sayılmamış ve tarafların aralarında yapacakları anlaşmaya bırakılmıştır.

Avukatlık Yasasının 168. maddesi uyarınca hazırlanıp 13.12.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve yerel mahkemenin karar tarihinde geçerli olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin “*Ceza davalarında ücret*” başlıklı 13/1. maddesindeki; “*Kamu davasına katılma üzerine, mahkûmiyete karar verilmiş ise vekili bulunan katılan lehine Tarifenin ikinci kısım ikinci bölümünde belirlenen avukatlık ücreti sanığa*

yükletilir” şeklindeki hükmüne göre, sanığın mahkûm olması halinde, kendisini vekille temsil ettiren katılan lehine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısım ikinci bölümüne göre vekâlet ücreti ödenmesine karar verilmelidir. Katılan lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi için ceza davasının mahkûmiyetle sonuçlanması ve katılanın kendisini hukuki yardımından yararlandığı bir vekille temsil ettirmesi yeterli olup ayrıca vekilin duruşmaları takip etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira tarifeye göre hükmedilmesi gereken vekâlet ücreti, katılana vekili tarafından sunulan hukuksal yardımın şekli ve kalitesiyle ilintili olmayıp katılanın kendisini vekil ile temsil ettirmesinin bir sonucudur. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 04.10.2011 gün ve 167-194 ile 14.06.2005 gün ve 66-65 sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Katılan, elektrik hırsızlığı suçundan sanığın mahkûmiyetiyle sonuçlanan ceza davasında kendisini vekille temsil ettirdiğinden, lehine karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca vekâlet ücretine hükmedilmesi zorunlu olup yerel mahkeme katılan lehine maktu vekalet ücretine hükmedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu nedenle Özel Dairece, yerel mahkeme hükmünün; *“Katılan kurum vekilinin oturumlarda hazır bulunmadığı, sadece katılma istemini içeren dilekçeyi mahkemeye verdiği anlaşılmaması karşısında; katılan lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre dilekçe yazım ücretine hükmedilmesi gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde maktu vekalet ücretine hükümlenmesi”* isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmesi yerinde değildir.

3- Sanık hakkında 5237 sayılı TCY’nın 143. maddesinin uygulanmasından ortaya çıkan fazla cezanın düzeltilerek onanmasının mümkün olup olmayacağı hususuna gelince:

Temyiz makamı olan Yargıtayın hukuksal denetimini yaptığı davanın esasına karar vermesi ve davayı bu aşamada bitirmesi, 1412 sayılı CYUY’nın 322. maddesinde dokuz bent halinde sayılan hallerle sınırlı ve istisnai bir durumdur. Yargıtayın bu yetkisini kullanması, işi yeniden mahkemeye göndermeye gerek olmadığını gösteren iki temel koşulun bulunmasına bağlıdır. Buna göre:

a- Maddi sorunun daha ziyade aydınlatılması için bir soruşturma gerekmemelidir.

b- Maddi sorun bakımından mahkemeye bırakılmış serbest değerlendirme yetkisi söz konusu olmamalıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.06.2004 gün ve 115-138 sayılı kararında da belirtildiği üzere; bu düzenleme ile temyiz aşamasında saptanan hukuka aykırılıkların doğrudan Yargıtayca giderilmesi, yeni bir karar verilmek üzere dosyanın esas mahkemesine gönderilmesine ihtiyaç duyulmadığı durumlarda, yargılamanın gereksiz yere uzamasına engel olmayı ve işin temyiz denetimi aşamasında bitirilmesi amaçlanmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Somut olayda, 5237 sayılı TCY'nın 143. maddesinin uygulama koşulları bulunmadığı halde yerel mahkemece anılan madde ile uygulama yapılması usul ve yasaya aykırı olup, Özel Daire tarafından bu hususun bozma nedeni yapılmasında bir isabetsizlik yoktur.

Ancak, Özel Dairece diğer iki nedenle birlikte bozma nedeni yapılan bu hukuka aykırılıktan ötürü, yeni bir karar verilebilmesi için bir araştırmaya gerek olmadığı gibi, mahkemeye bırakılmış serbest bir değerlendirme yetkisi de bulunmadığından, diğer bozma nedenlerinin kaldırılmasından sonra yerel mahkeme hükmünün bozulmasına gerek olmayıp, 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinin amacı da dikkate alındığında, bozma nedeni sayılan bu aykırılığın Yargıtayca verilecek bir kararla düzeltilmesi olanaklı ve gereklidir.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün, somut olayda uygulanma koşulları bulunmayan 5237 sayılı TCY'nın 143. maddesi ile uygulama yapılması isabetsizliğinden bozulmasına, bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca yerel mahkeme hükmündeki; "*Sanığın hırsızlık suçunu geceleyin işlediği anlaşılma ile cezasının 5237 sayılı TCK'nun 143. maddesi uyarınca taktiren 1/12 oranında arttırılarak 2 yıl 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına*" bölümünün çıkartılması ve cezanın 5237 sayılı TCY'nın 142/1-f, 168/2 ve 62. maddeleri uyarınca sonuç olarak 6 ay 20 gün hapis cezası şeklinde belirlenmesi suretiyle, Özel Dairece eleştiri konusu yapılan hususlar dışında sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 12.09.2011 gün ve 55381 -33455 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,

3- Terme Asliye Ceza Mahkemesinin 29.11.2007 gün ve 178-304 sayılı hükmünün; "somut olayda uygulanma koşulları bulunmayan 5237 sayılı TCY'nun 143. maddesi ile uygulama yapılması" isabetsizliğinden BOZULMASINA,

Ancak bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden 1412 sayılı CYUY'nun, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak yerel mahkeme hükmündeki; "*Sanığın hırsızlık suçunu geceleyin işlediği anlaşılma ile cezasının 5237 sayılı TCK'nun 143. maddesi uyarınca taktiren 1/12 oranında arttırılarak 2 yıl 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına*" bölümünün çıkartılması ve cezanın 5237 sayılı TCY'nun 142/1-f, 168/2 ve 62. maddeleri uyarınca sonuç olarak 6 ay 20 gün hapis cezası şeklinde belirlenmesi suretiyle, Özel Dairece eleştiri konusu yapılan hususlar dışında sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,**

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 20.12.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T. 27.12.2011 * Sahteliği veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiği aynı nitelikte bir belge ile kanıtlanmadıkça geçerli bulunan ve bu yönde herhangi bir iddia da ileri sürülmeyen tebligat evrakında, tebligatı alan kişinin sanık müdafii işçisi olduğu açıklamasına yer verilmiş, evrak da bu kişi tarafından imzalanmış ise, posta görevlisine avukatın bürosunda tebligatın yapıldığı kişinin ayrıca bulunduğu büroda çalışıp çalışmadığı veya sigorta kaydı bulunup bulunmadığı araştırması yüklenmemelidir.
- E. 2011/11-324
- K. 2011/298
- * Birden fazla müdafii bulunması halinde bunlardan birine yapılan tebligat yeterlidir.
- (T.C. Anayasası m. 46, 90; AİHS m. 6; 5271 sayılı CMK m. 297; 7201 sayılı Tebligat Yasası m. 10, 11, 16, 17, 20, 54)

Resmi belgede sahtecilik suçundan sanık H.E.'nin 765 sayılı TCY'nın 342/1, 80 ve 31. maddeleri uyarınca 4 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve 3 yıl süreyle kamu hizmetlerinden yasaklanmasına ilişkin, Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 07.03.2007 gün ve 301-107 sayılı hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesince 14.04.2010 gün ve 17170-4663 sayı ile onanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 12.09.2011 gün ve 255125 sayı ile;

"... Sanık savunmanı Avukat M.A. , 08.03.2011 tarihli dilekçesi ile; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 15.07.2009 tarih ve 151091 sayılı tebliğnamesinin kendisine tebliğ edilmediğini, tebligat parçasında tebellüğ eden olarak adı geçen A.A.'nın kendi çalışanı olmadığını, komşusu Avukat İ.B.'nin bürosunda zaman zaman temizlik yaptığını ileri sürerek, iddiasını kanıtlamak amacıyla belgeler ibraz etmiş ve savunma hakkını kısıtlandığını savunmuştur.

Mahkeme aracılığıyla yaptırılan araştırmada A.A.'nin zaman zaman temizlik yaptığı, Avukat İ.B.'nin bürosunun sanık savunmasının bürosu ile bitişik olduğu, A.A.'nin, Avukat M.A.'nin yanında çalışmadığı, ancak aynı yerde bulunan avukatların tebligatlarını zaman zaman usulsüz olarak aldığı anlaşılmıştır. Bu durum karşısında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının mahkûmiyet hükmünün onanması istemli tebliğnamesinin tebliğine ilişkin 16.10.2009 tarihli tebligatın usulüne uygun yapılmadığı açıktır. Sanık ve savunmasının temyiz incelenmesinden önce söz konusu tebliğnameyi başka bir yolla haricen öğrendiğine ilişkin bir bilgi de dosyada mevcut değildir.

Ceza Genel Kurulunun yerleşik kararlarında açıklandığı üzere; 'hükmü temyiz etmeleri halinde veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin, sanık veya müdafii ile katılan veya vekiline tebliğ olunacağı 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte olan 1412 sayılı CYUY'nın 316. maddesine 21.03.2003 gün ve 4778 sayılı Yasanın 2. maddesi ile eklenip, 19.03.2003 gün ve 4829 sayılı Yasanın 20. maddesiyle değiştirilen 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı ve savunma hakkı ile ilgili olan bu hüküm buyurucu nitelikte olup, uyulması zorunludur. Anılan düzenleme, Anayasanın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen AİHS'nin 6. maddesi ile de ilgilidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 09.11.2000 gün ve 36590-97 sayılı Göç/Türkiye kararında da bu husus vurgulanmış, bu karar üzerine, 2003 yılında mevzuatımızda yukarıda bahsedilen düzenleme yapılmış, 5271 sayılı CYY'nın 297. maddesinde aynı hükme yer verilmiştir'.

Somut olayda da sanık savunmanı tarafından temyiz edilen hükmün, sanık savunmasının Cumhuriyet Başsavcılığı görüşünden haberdar edilmeden incelenmesinin savunma hakkını kısıtlayacağı, bunun da mutlak kanna muhalefet hallerinden olduğu kuşkusuzdur" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve tebliğnamenin tebliğinden sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kapsamına göre inceleme sanık H.E. hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanığın resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen ve sanık aleyhine olacak şekilde onama istemli olan tebliğnamenin, sanık müdafisine usulüne uygun olarak tebliğ edilip edilmediğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanık hakkında, incelemeye konu olmayan sanıklarla birlikte bankadan döviz kredisi almak amacıyla sahte belge düzenlemek biçimindeki eylemi nedeniyle zincirleme şekilde nitelikli dolandırıcılık suçundan asliye ceza mahkemesine kamu davası açıldığı,

Asliye ceza mahkemesince de sanıkların eylemlerinin resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarını oluşturduğundan bahisle görevsizlik kararı verilerek dosyanın ağır ceza mahkemesine gönderildiği,

Ağır ceza mahkemesinde yapılan yargılama aşamasında, sanığın duruşmalarda kendisinin seçtiği, istifa ettiğine ya da sanık tarafından azledildiğine ilişkin dosya içerisinde herhangi bir bilgi veya belge bulunmayan Avukat M.A. tarafından temsil edildiği,

Yerel mahkemece sanığın eyleminin resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu kabul edilerek, anılan suçtan cezalandırılmasına karar verildiği ve 07.03.2007 tarihli yerel mahkeme hükmünün, yasal süresi içinde sanık müdafii Avukat M.A. tarafından temyiz edildiği,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 15.07.2009 günlü tebliğname ile dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Özel Daireye gönderildiği,

Hüküm tarihinden sonra sanığın, Avukat M.A.'nın yanında, 28.10.2009 tarihli vekâletname ile Avukat A.K.'yi ve 09.12.2009 tarihli vekâletname ile de Avukat S.Y.N.'yi müdafii olarak görevlendirdiği,

Avukat A.K.'nın 02.11.2009 tarihinde, Yargıtay 11. Ceza Dairesinde bulunan ve içerisinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesi de olan dosyanın fotokopisini aldığı, 23.12.2009 tarihli dilekçe ile de Özel Dairenden yerel mahkeme hükmünün eksik inceleme nedeniyle bozulması isteminde bulunduğu,

Avukat S.Y.N.'nin de 11.12.2009 tarihinde, Yargıtay 11. Ceza Dairesinde bulunan ve içerisinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesi olan dosyanın fotokopisini aldığı, 02.02.2010 tarihli dilekçe ile Özel Dairenden, yerel mahkeme hükmünün, dava açılmayan bir konuda karar verilmesi, eksik incelemeye dayanılması, suçun sübuta ermemesi ve takdiri indirim maddesinin uygulanmaması isabetsizliklerinden bozulması isteminde bulunduğu,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 15.07.2009 gün ve 151091 sayılı onama istemli tebliğnamenin, sanık müdafii Avukat M.A. adına tebliğe gönderildiği ve 16.10.2009 tarihinde de, *“iş yerinde işçisi”* olduğu belirtilen A.A.'ya tebliğ edildiği, Özel Dairece yapılan temyiz incelemesi sonucunda da hükmün onanarak kesinleştiği,

Sanık müdafilerinden Avukat S.Y.N.'nin 03.05.2010 tarihli dilekçesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak, *“yerel mahkemece lehe yasa karşılaştırmasının usulüne uygun yapılmadığı, resmi evrakta sahtecilik suçundan açılan bir kamu davası olmadığı, sanığın beraatına karar verilmesi gerektiği düşüncesi saklı kalmak kaydıyla takdiri indirim maddesinin uygulanmamasına yönelik yasal ve yeterli gerekçe gösterilmediği”* görüşüyle itiraz yasa yoluna gidilmesi isteminde bulunduğu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca da 25.05.2010 günlü yazı ile; *“5271 sayılı Yasanın 308. maddesi uyarınca karara itirazı gerektirir maddi ve hukuki bir neden bulunmadığı”* gerekçesiyle istemin reddedildiği ve itiraz yoluna gidilmediği, bu kararın da istem sahibine bildirildiği,

Bu aşamadan sonra sanık müdafii Avukat M.A.'nın 08.03.2011 günlü dilekçeyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinin kendisine değil, aynı binada komşusu olan bir avukatın yanında çalışan A.A. isimli kişiye tebliğ edilmesi nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak itiraz yasa yoluna gidilmesi isteminde bulunduğu,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan araştırmada; tebliğ-namenin tebliğ edildiği A.A. isimli şahsın, adı geçen sanık müdafinin yanında değil, kendisine komşu olan başka bir avukatlık bürosunda çalıştığının tespit edildiği,

A.A. ifadesinde; “01.03.2008 tarihinden 2010 yılı Eylül ayının sonuna kadar Avukat İ.B.’nin bürosunda part-time çalışmaktaydım. Daha doğrusu eşime katkıda bulunmak amacıyla haftada bazen bir iki, bazen de üç dört kez bürosuna uğrar, büronun temizliğini yapar, denk geldiğinde de posta evraklarını alırdım. Avukat M.A.’nin bürosu Avukat İ.B.’nin bürosunun bitişiğindeydi. Büroda bulunduğum zamanlarda diğer avukatlara gelen tebligatları postacının isteği üzerine almıştım. Tarihini tam hatırlayamıyorum ancak birkaç defa Avukat M.A. ile ilgili tebligatları da kabul etmiştim. Postacı, M.A.’nin büroda bulunmadığını görünce bana tebligatı kabul etmem hususunda ricada bulundu. Sorun olur mu diye sorduğumda olmaz dedi. Bir kaç defa M.A. adına gelen tebligatları kabul edip genellikle aynı gün M.Bey’e bizzat teslim etmiştim. Sadece bir defasında kapısının altından tebligat parçasını içeriye ittirdim. Avukat M.A. adına hangi tarihlerde tebligat geldiğini hatırlamıyorum” şeklinde anlatımda bulunduğu,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine kolluk görevlilerince düzenlenen araştırma tutanağında;

“A.A.’nin 2008–2010 yıllarında D. Caddesi, S.Bey İş Hanı, Kat: 3, No: 404 sayılı yerde bulunan Avukat İ.B.’nin bürosuna temizlik yapmak için gelip gittiğinin çevreden öğrenildiği, M.A. isimli avukatın da aynı işyerinde No: 403 sayılı yerde bürosunun bulunduğu, büroların birbirine bitişik olduğu” tespitine yer verildiği,

Anlaşılmaktadır.

Hükmü temyiz etmeleri halinde veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi durumunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin, sanık veya müdafii ile katılan veya vekiline tebliğ olunacağı, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte olan 1412 sayılı CYUY’nun 316. maddesine 02.01.2003 gün ve 4778 sayılı Yasanın 2. maddesi ile eklenip, 19.03.2003 gün ve 4829 sayılı Yasanın 20. maddesiyle değiştirilen 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı ve savunma hakkı ile ilgili bulunan bu hüküm buyurucu nitelikte olup, uyulması zorunludur.

Anılan düzenleme, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ile de ilgilidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 09.11.2000 gün ve 36590-97 sayılı Göç/Türkiye kararında da bu husus vurgulanmış, anılan karar üzerine, 2003 yılında mevzuatımızda yukarıda bahsedilen düzenleme yapılmış ve 5271 sayılı CYY'nın 297. maddesinde de benzer hükme yer verilmiş olup bu madde;

"1) 296'ncı maddeye göre hükmü veren bölge adliye mahkemesince reddedilmeyen temyiz istemine ilişkin dilekçesinin bir örneği karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevabını verebilir.

2) Cevap verildikten veya bunun için belirli süre bittikten sonra dava dosyası, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

3) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi hâlinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir.

4) Üçüncü fıkra uyarınca yapılacak tebligatlar, ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılmasıyla geçerli olur ..." şeklinde.

Bu düzenleme ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinin, sanık veya müdafiiine tebliğ edilmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan 36. maddesinde "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığı altında; *"herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"* şeklinde tanımlanan, uluslararası sözleşmelerde yer bulan, en temel sanık haklarından olan ve yargılama makamlarınca yargılamanın her aşamasında gözönünde bulundurulması gereken savunma hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

Konumuzla ilgisi itibariyle 7201 sayılı Tebligat Yasasının 10. maddesinde; *"Tebliğat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır. Şu kadar ki; kendisine tebliğ yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü şartıyla her yerde tebligat yapılması caizdir",*

11. maddesinde; *“Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır”,*

16. maddesinde; *“Kendisine tebliğ yapılacak şahıs adresinde bulunmazsa tebliğ kendisi ile aynı konutta oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır”,*

17. maddesinde ise; *“Belli bir yerde devamlı olarak meslek veya sanatını icra edenler, o yerde bulunmadıkları takdirde tebliğ aynı yerdeki daimi memur veya müstahdemlerinden birine, meslek veya sanatını evinde icra edenlerin memur ve müstahdemlerinden biri bulunmadığı takdirde aynı konutta oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır”* şeklinde hükümler yer almaktadır.

Bu durumda 7201 sayılı Tebligat Yasasının 17. maddesinde geçen “daimi memur” veya “daimi müstahdem” ibarelerinin yorumlanması gerekmektedir. Bu anlamda “daimi memur” veya “daimi müstahdem”in o işyerinde sürekli olarak çalışması gerekmele birlikte, bu durumun mutlaka Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmiş bulunması veya yazılı bir sözleşmeye bağlanmış olması şartı aranmalıdır. Kaldı ki ülkemizde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna kaydolmadan çalışan işçi sayısının az olmadığı da bilinen bir gerçektir. Nitekim Yargıtay 6. Hukuk Dairesince 06.05.1993 gün, 5238-5497 sayılı kararda *“davalı ile birlikte çalışan işçisine yapılan tebligatın geçerli olduğu, zira çalışanın 506 sayılı Yasaya göre Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilmemiş olmasının işçilik niteliğini etkilemeyeceği”* belirtilmiş, 14. Hukuk Dairesince verilen 10.02.1986 gün ve 753-836 sayılı kararda ise; *“mahkeme kararının davalı vekiline tebliği için gönderilen tebligatın aynı adreste sekreteri Ş’ye tebliğ edildiği tebliğ mazbatasında yazılıdır. Ş’nin aynı binadaki bir başka iş yerinde sigortalı bulunması, muhatabın yanında da çalışmasına engel teşkil etmez. Şu halde, temyiz dilekçesine eklenen belgeye dayanılarak tebligatın geçersizliği sonucuna varılamaz”* şeklinde açıklanmıştır.

7201 sayılı Yasanın 20. maddesi uyarınca; *“13, 14, 16, 17 ve 18 inci maddelerde yazılı şahıslar, kendisine tebliğ yapılacak kimsenin muvakkaten başka yere gittiğini belirtirlerse; keyfiyet ve beyanda bulunanın adı ve soyadı tebliğ mazbatasına yazılarak altı beyan yapan tarafından imzalanır ve teb-*

liğ memuru tebliğ evrakını bu kişilere verir. Bu kişiler tebliğ evrakını kabulde mecburdurlar. Kendisine tebliğ yapılacak kimsenin muvakkaten başka bir yere gittiğini belirten kimse, beyanını imzadan imtina ederse, tebliğ eden bu beyanı şerh ve imza eder. Bu durumda ve tebliğ evrakının kabulden çekinme halinde tebligat, 21 inci maddeye göre yapılır.

Bu maddeye göre yapılacak tebligatlarda tebliğ, tebliğ evrakının 13, 14, 16, 17 ve 18 inci maddelerde yazılı kişilere verildiği tarihte veya ihbarname kapağına yapıştırılmışsa bu tarihten itibaren onbeş gün sonra yapılmış sayılır”.

32. maddesi uyarınca; “Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatapı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır.

Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur”.

54. maddesi uyarınca; “Muhatap namına kendilerine tebligat yapılan kimseler tebliğ evrakını muhataplarına en kısa zamanda vermedikleri ve bundan gecikme veya zarar vukua geldiği takdirde bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Kendisine yapılması gereken tebligatı almayan muhatap ile muhatap adına tebligatı kabule mecbur olup da tebligatı kabul etmeyenler hakkında da yukarıda belirtilen cezalar uygulanır”.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık müdafii adına gönderilen ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının sanık aleyhine olacak şekilde onama istemli görüşünü içeren tebliğnamesi, “işyerinde işçisi / memuru” olduğu açıklamasını içerir şekilde A.A. isimli bir kişiye tebliğ edilmiş, Özel Dairece de hüküm, 14.04.2010 günü onanarak kesinleşmiştir. Sanık müdafii, tebligatı almış olan A.A. isimli şahsın kendi işçisi değil, kendisi ile aynı binada, aynı katta ve bitişik büroda bulunan başka bir avukatın yanında çalıştığını belirterek savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürmüş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraza esas olmak üzere bir takım araştırmalarda bulunulmuş, bu kapsamda, Söke Cumhuriyet Başsavcılığınca dinlenen A.A. , sanık müdafii Avukat M.A.’nın bürosunda değil, bitişik büroda çalıştığını doğrulamış, ancak zaman zaman Avukat M.A. adına gelen tebligatları da aldığını ve kapısının altından içeriye atmış olduğu birisi dışındaki diğer tebligatları aynı gün kendisine teslim ettiğini beyan etmiş, sanık müdafii de bu beyanın aksi yönde herhangi bir iddiada bulunmamıştır. Bu durum karşısında sanık müdafinin

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinden haberdar olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca dosya içerisinde sanık müdafinin, 7201 sayılı Yasanın 54. maddesi uyarınca A.A. hakkında suç duyurusunda bulunduğu veya adı geçen kişinin bu nedenle yargılandığına ilişkin herhangi bir bilgi ve belgede bulunmamaktadır.

Diğer taraftan 7201 sayılı Tebligat Yasasının 11. maddesinde birden fazla müdafinin bulunması halinde bunlardan birine yapılan tebliğin yeterli olacağı belirtilmiş olması karşısında, sanık müdafilerinden Avukat A.K.'nin 02.11.2009 tarihinde, Avukat S.Y.N.'nin ise 11.12.2009 tarihinde, içerisinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesi de olan dosyanın fotokopisini almış olmaları nedeniyle tebliğe konu olan tebliğnameyi öğrendiklerinin de kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Ayrıca Avukat A.K. 23.12.2009, Avukat S.Y.N. de 02.02.2010 tarihinde Özel Daireye gönderdikleri ek temyiz dilekçelerinde tebliğnamenin kendilerine tebliğ edilmediğini ileri sürmemişler, yine Avukat S.Y.N., yerel mahkeme hükmü Özel Dairece onanarak kesinleştikten sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderdiği itiraz yasa yoluna gidilmesi istemini içerir 03.05.2010 tarihli dilekçesinde, tebliğnamenin kendisine tebliğ edilmediğine ilişkin herhangi anlatıma yer vermemiştir.

Bu durumda, sanık müdafileri Avukat A.K. ve Avukat S.Y.N.'nin, yerel mahkeme hükmünün Özel Dairece incelenmesinden beş ay kadar önce dosyadan fotokopi almak suretiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinden haberdar oldukları ve ek temyiz dilekçesi sunduklarının anlaşılması karşısında, tebliğin amacının bilgilendirme olduğu da göz önünde bulundurulduğunda sanığın savunma hakkının kısıtlandığının kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Kaldı ki, sahteliği veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiği aynı nitelikte bir belge ile kanıtlanmadıkça geçerli bulunan ve bu yönde herhangi bir iddia da ileri sürülmeyen tebligat evrakında, tebligatı alan A.A.'nın, sanık müdafii Avukat M.A.'nin bürosunda değil, bitişğinde bulunan başka bir avukatın yanında çalıştığı, söz konusu tebligatın da kendisine Avukat M.A.'ya iletilmek üzere verildiği belirtilmemiş, aksine adı geçen kişinin Avukat M.A.'nin işçisi olduğu açıklamasına yer verilmiş, evrak da A.A. tarafından imzalanmıştır. Bu durum karşısın-

da tebligat evrakını getiren posta görevlisinin, sanık müdafii Avukat M.A.'nın bürosunda A.A. ile karşılaştığı ve tebligat evrakını kendisine verdiği kabul edilmeli, posta görevlisine ayrıca bu kişinin, bulunduğu büroda çalışıp çalışmadığı veya sigorta kaydı bulunup bulunmadığı araştırması yüklenmemelidir.

Bu itibarla, sanıklar müdafilerinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinden haberdar olmadıkları ve bu nedenle sanığın savunma hakkının kısıtlandığından sözedilemeyeceğinden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Başkanı ve beş Genel Kurul Üyesi; *“Tebliğatin usulüne uygun yapılmadığı, bu nedenle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmesi gerektiği”* görüşüyle karşıoy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 27.12.2011 günü yapılan müzakerede oy-çokluğuyla karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T. 20.12.2011** * **Mahkemenin uyarılama yargılamasına ilişkin kararında katılan lehine vekâlet ücretine ve yargılama giderine hükmedilmemesi hukuka aykırılık oluşturmakta olup, CYY'nin 322. maddesi uyarınca bozma nedeni sayılan bu aykırılığın Yargıtayca düzeltilmesi olanaklı, gerekli ve isabetlidir.**
E. 2011/11-239
K. 2011/281
(5271 sayılı CYY m. 322)

213 sayılı Yasaya aykırılık suçundan sanık C.Ç.'nin aynı Yasanın 359/b-1 ve 765 sayılı TCY'nın 59. maddeleri uyarınca 15 ay ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin, Niğde Ağır Ceza Mahkemesince verilen 08.03.2004 gün ve 193-46 sayılı hüküm sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesince 02.12.2004 gün ve 6256-9027 sayı ile onanarak kesinleşmiştir.

01 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ve 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası ile bunlara bağlı yeni yasaların yürürlüğe girmesi üzerine, dosyayı ele alarak uyarılama yargılaması yapan Niğde Ağır Ceza Mahkemesince 13.09.2005 gün ve 409-193 sayı ile; hükmünün, 213 sayılı Yasanın 359/b-2 ve 765 sayılı TCY'nın 59. maddeleri uyarınca 15 ay ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına, 5349 sayılı Yasanın 2. maddesi uyarınca hükümdeki ağır hapis cezasının hapis cezasına dönüştürülmesine ve 5237 sayılı TCY'nın 51. maddesi uyarınca cezanın ertelenmesine karar verilmiştir.

Hükümlü müdafii ile katılan vekilinin temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 28.02.2008 gün ve 3061-2653 sayı ile;

"5271 sayılı CMK'nın 5560 sayılı Yasa ile değişik 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında değişiklik yapan 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması olanaklı hale geldiğinden, 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesi gözetilerek yasal koşulların oluşup oluşmadığının saptanması ve sonucuna göre uygulama yapma görevinin de yerel mahkemeye ait bulunması zorunluluğu" nedeniyle diğer yönleri incelenmeyen hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmaya uyan Niğde Ağır Ceza Mahkemesince 24.09.2008 gün ve 100-206 sayılı ile;

“...Mahkememizin 08.03.2004 tarih ve 2004/46 sayılı kararı ile hükümlünün sahte fatura kullanmak suçundan 213 sayılı Yasanın 359/b-1 ve 765 sayılı Yasanın 59. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiş, mahkememiz kararı Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 02.12.2004 tarih ve 2004/9027 karar sayılı ilamı ile onanarak hükümlü hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşmiştir.

Hüküm kesinleştikten sonra 01.06.2005 günü 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi nedeniyle hükümlü hakkındaki dosya yeniden ele alınmış, mahkememizin 13.09.2005 tarih ve 409 sayılı uyarılama kararı ile lehe yasa değerlendirilerek, 213 sayılı Yasanın 359/b-2 ve 765 sayılı TCK'nın 59. maddeleri uyarınca hükümlünün 15 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesi uyarınca cezasının ertelenmesine karar verilmiş, hükümlü müdafii ile katılan vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 28.02.2008 tarih ve 2653 sayılı ilamı ile; '5271 sayılı CMK'nın 5560 sayılı Yasa ile değişik 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında değişiklik yapan 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması olanaklı hale geldiğinden 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesi gözetilerek, yasal koşullarının oluşup oluşmadığının saptanması ve sonucuna göre uygulama yapma görevinin de yerel mahkemeye ait bulunduğu' gerekçesiyle mahkememiz kararı bozulmuştur.

Mahkememizce usul ve yasaya uygun olan bozma ilamına uyulmuş, kesinleşmiş hüküm ve dosya içeriği ile sabit olduğu gibi hükümlünün sahte fatura kullanma suçundan, suç tarihinde yürürlükte bulunan ve lehine olan 213 sayılı Yasanın 359/b-1 ve 765 sayılı TCK'nın 59. maddeleri gereğince cezalandırılmasına, zararı giderme koşulu oluşmadığından hakkında 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesi uygulanmamış, lehine olan 647 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca cezanın ertelenmesine karar vermek gerekmiştir” şeklindeki gerekçeyle hükümlünün; 213 sayılı Yasanın 359/b-1 ve 765 sayılı TCY'nın 59. maddeleri uyarınca 15 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükümlünün katılan kurum zararını ödemediği ve koşulları oluşmadığından hakkında 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına ve 647 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca cezasının ertelenmesine karar verilmiştir.

Bu hükmün de hükümlü müdafii ile katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesince 13.07.2011 gün ve 541-8041 sayı ile;

“...Yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 07.02.2006 gün, 11-12 sayılı kararında açıklandığı üzere; uyarılama yargılaması sonunda verilen ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren yasaya göre kurulacak mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının 230. maddesine uygun biçimde, suç oluşturduğu kabul edilen eylemin gösterilmesi, bunun nitelendirmesinin yapılması, Ceza Yasasında öngörülen sıra ve esaslara göre ceza ve cezaya mahkûmiyet yerine ya da yanısıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi, cezanın ertelenmesine veya adli para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesine, ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına yahut bu hususlara ilişkin istemlerin reddine dair dayanaklar ile önceki hükümdeki yargılama giderleriyle varsa vekâlet ücretinin infazda doğabilecek kuşku ve duraksamaları gidermek üzere aynen gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Yasaya aykırı, katılan idare vekili ile hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş ise de; yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu hususun 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 322. maddesinde öngörülen yetkiye dayanılarak karar verilmesi olanaklı olduğundan '700,00 Lira maktu vekâlet ücretinin sanıktan alınarak katılan idareye verilmesine' ve '7,00 Lira yargılama giderinin sanıktan alınmasına' ibarelerinin hüküm fıkrasına eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına" karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise, 22.08.2011 gün ve 47475 sayı ile;

“Yargıtay 11. Ceza Dairesince temyiz incelemesi sonucunda, 2011/541-8041 sayılı ilamının gerekçesinde 'Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 07.02.2006 gün ve 11-12 sayılı kararında da açıklandığı üzere; uyarılama yargılaması sonucu verilen ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren yasaya göre kurulacak hükmün gerekçesinde 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının 230. maddesine uygun biçimde, suç oluşturduğu kabul edilen eylemin gösterilmesi, bunun nitelendirmesinin yapılması ceza yasasında öngörülen sıra ve esaslara göre cezanın ve cezaya mahkûmiyet yerine ya da yanı sıra uygulanacak gü-

venlik tedbirinin belirlenmesi, cezanın ertelenmesine veya adli para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesine, ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına yahut bu hususlara ilişkin istemlerin reddine dair dayanaklar ile önceki hükmündeki yargılama giderleriyle varsa vekâlet ücretinin infazda doğabilecek kuşku ve duraksamaları gidermek üzere aynen gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi' bozma nedeni olarak belirtilmiş, ancak hükmün yargılama giderleri ve vekâlet ücreti konusunda 'düzeltilerek onanmasına' karar verilmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 2011/541–8041 sayılı kararında değindiği Ceza Genel Kurulunun 07.02.2006 gün ve 11–12 sayılı kararında belirttiği üzere, uyarılama yargılaması sonunda verilen ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren yasaya göre kurulacak hükmün, Ceza Muhakemesi Kanununa uygun ve hüküm fıkrasında bulunması zorunlu unsurları taşıması, önceki karara atıf yapılmakla yetinilmeyip gerekçenin ayrıca açıklanması gerekmektedir.

Mahkeme kararındaki gerekçe eksikliği de 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddesinde, 'davanın esasına hükmedilecek haller' arasında sayılmamış, bu nedenle mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği halde düzeltilerek onanmasına karar verilmesi yasaya aykırı bulunmuştur" görüşü ile itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Hükümlü C.Ç.'nin, uyarılama yargılaması sonucunda sahte fatura kullanmak suçundan, 213 sayılı Yasanın 359/b-1, 765 sayılı TCY'nun 59 ve 647 sayılı Yasanın 6. maddeleri uyarınca 15 ay hapis cezasıyla mahkûmiyetine ve cezasının ertelenmesine karar verilen somut olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; uyarılama yargılaması sonucu verilen yerel mahkeme hükmünün yasal ve yeterli gerekçeyi taşıyıp taşımadığı ile bu hükmün vekalet ücreti ve yargılama gideri yönünden düzeltilerek onanmasına karar verilmesinin isabetli olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Ceza yasalarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar, 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 2 ve 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 7. maddesinde benzer biçimde düzenlenmiştir. Her iki Yasada da ceza hukukunun en önemli ilkelerinden birisi olan ceza hukuku kurallarının yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren işlenen suçlara uygulanacağına ilişkin *“ileriye etkili olma”* prensibi ile bu ilkenin istisnasını oluşturan, *“failin lehine olan yasanın geçmişe etkili olması”*, *“geçmişe etkili uygulama”* veya *“geçmişe yürürlük”* ilkesine yer verilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 7. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur”*. Bu ilkeye göre sonradan yürürlüğe giren yasanın bir fiili suç olmaktan çıkarması, suçun unsurlarında, cezalandırılabilme koşullarında, bu suçtan dolayı mahkûmiyetin yasal neticelerinde, cezasında ve hatta güvenlik tedbirlerinde değişiklik yapması ve bu değişikliğin failin lehine sonuç vermesi durumunda, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar hakkında da uygulanması gerekecektir. Sonradan yürürlüğe giren yasanın önceki suç bakımından doğurduğu lehe sonuç ise mutlaka bir mahkeme kararı ile saptanmalıdır. Hiç kuşkusuz bu belirleme, ister evrak üzerinde inceleme yapılmak suretiyle, isterse duruşma açılmak suretiyle gerçekleştirilsin her halde bir davayı ve yargılama faaliyetini gerekli kılar. 5252 sayılı Yasanın 9. maddesinin 3. fıkrasındaki, lehe yasanın; *“önceki ve sonraki kanunların ilgili tüm hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması”* suretiyle belirleneceği hükmü, 23.02.1938 gün ve 23-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve öğretilerde bu konuyla ilgili ileri sürülen görüşler birlikte değerlendirildiğinde, lehe yasanın belirlenmesi amacıyla, sabit kabul edilen maddi olaya suç tarihinde yürürlükte bulunan yasalar ile sonradan yürürlüğe giren yasaların hiçbir hükmü karıştırılmadan bir bütün halinde uygulanması ve uygulama neticesinde ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması gerekmektedir.

Mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılamasında yeni yasanın lehe sonuç doğurduğu saptandığında sonraki yasaya göre uygulama yapılması, aksi halde önceki hükümde değişikliğe yer olmadığına, başka bir deyişle uyarlama davasının reddine karar verilmesi gerekmektedir. Mahkeme, ulaştığı sonuca göre; 5271 sayılı CYY'nın 223. mad-

desinde sayılan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlardan birine hükmedecektir. Uyarılama davasının reddi dışında verilecek yeni hüküm, usulünce kesinleştiğinde önceki hükmü ortadan kaldıracak ve infaza konu edilecektir. O halde sınırlı amaçla ve istisnai olarak başvurulsa da bu yargılama faaliyeti sonucunda verilen ve hüküm niteliğine sahip bulunan yeni kararın da Ceza Yargılaması Yasasına göre bir hükümde bulunması zorunlu unsurları taşıması, bünyesinde noksanlık barındırmaması ve infaz sırasında karışıklığa meydan vermemesi gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 141. maddesine göre; *“mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılmalıdır”*. Kuşkusuz bu zorunluluk, uyarılama yargılaması sonunda verilen kararlar bakımından da geçerlidir. Ancak bu yargılamanın amacı, kesinleşmiş hükümde suç oluşturduğu saptanan olaya ilişkin lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması ile sınırlı olduğundan, yeniden bir olay yargılaması yapılmasını gerektiren ayrıksı durumlar hariç, önceki yargılamada iddia ve savunma olarak ileri sürülen görüşler ile delillerin tartışılması ve değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Buna karşın sonradan yürürlüğe giren yasaya göre kurulacak hükmün gerekçesinde 5271 sayılı Yasanın 230. maddesine uygun olarak, suç oluşturduğu kabul edilen eylemin gösterilip nitelendirmesinin de yapılması, yasada öngörülen sıra ve esaslara göre cezanın ve ayrıca cezaya mahkûmiyet yerine veya yanısıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi, cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezası veya tedbirlerden birine çevrilmesine ya da ek güvenlik tedbirleri uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ilişkin dayanakların ve yargılama giderlerinin gösterilmesi zorunludur.

Uyarılama yargılamasına hâkim olan ilkeler, güvenlik tedbirlerine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere önceki ve sonraki yasaların ilgili tüm hükümlerinin birbirine karıştırılmaksızın ayrı ayrı uygulanması suretiyle belirlenecek sonuçların karşılaştırılmasını, yeni yasanın lehe sonuç doğurduğunun saptanması halinde bu düzenlemenin bütün olarak olaya uygulanmasını ve yargılama konusu suç yönünden varılacak hukukî sonuca göre yargılama giderlerinin de karar altına alınmasını gerektirir. Bu uygulama sonucunda, sadece cezanın yeni yasaya göre belirlenmesi ile yetinilip, yargılama giderleri hakkında

kesinleşmiş önceki hükme atıf yapmakla yetinmek hükmünde eksiklik niteliğinde olduğu gibi, bu hususlarda karar verilmemesi de hatalı bir uygulama olacaktır. Zira önceki mahkûmiyet hükmünde değişiklik yapan ve uyarılama yargılaması sonucu verilen yeni hüküm, usulüne uygun biçimde kesinleştiğinde, önceki kararın infaza dayanak olacak hüküm bölümü ortadan kalkacak, böylece geçerliliği sona ermiş olan önceki hükmün, infaz edilmemiş ise yargılama giderlerine ilişkin bölümünün de uygulama yeteneği kalmayacak, infaz sırasında, infaz işlemleriyle sorumlu birimlerin sadece ve yalnızca uyarılama hükmünün hüküm fıkrasıyla yetinerek işlemlerini yürütmeleri gerekecektir.

Bu nedenle, gerek kesinleşen hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının 413/son maddesi, gerekse hükmün kesinleşmesinden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasının 324/1. maddesi uyarınca avukatlık ücretini de kapsayan yargılama giderlerinin sadece hükmün kesinleşmesinden önceki kısmından sorumlu bulunan ve 5271 sayılı Yasanın 325/2. maddesinde öngörülen "hakkaniyet" ölçütünün bir gereği olarak sınırlı, istisnai ve zorunlu bir yargılama faaliyeti olan mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılaması sırasında yapılan yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayacak olan hükümlüden, kesinleşme öncesindeki yargılama giderlerinin tahsil edilebilmesi bakımından, uyarılama yargılaması sonucunda verilen yeni kararda bu sorumluluğun saptanması, kesinleşen önceki hükümde yer alan yargılama giderlerinin, infazda doğabilecek kuşku ve duraksamaları gidermek üzere uyarılama hükmünde de aynen gösterilmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü açısından 1412 sayılı CYUY'nın, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 322. maddesi üzerinde de durulmalıdır.

Temyiz makamı olan Yargıtayın hukuksal denetimini yaptığı davanın esasına karar vermesi ve davayı bu aşamada bitirmesi, 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinde dokuz bent halinde sayılan hallerle sınırlı ve istisnai bir durumdur. Yargıtayın bu yetkisini kullanması, işi yeniden mahkemeye göndermeye gerek olmadığını gösteren iki temel koşulun bulunmasına bağlıdır. Buna göre:

a- Maddi sorunun daha ziyade aydınlatılması için bir soruşturma gerekmemelidir.

b- Maddi sorun bakımından mahkemeye bırakılmış serbest değerlendirme yetkisi söz konusu olmamalıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.06.2004 gün ve 115-138 sayılı kararında da belirtildiği üzere; bu düzenleme ile temyiz aşamasında saptanan hukuka aykırılıkların doğrudan Yargıtayca giderilmesi, yeni bir karar verilmek üzere dosyanın esas mahkemesine gönderilmesine ihtiyaç duyulmadığı durumlarda, yargılamanın gereksiz yere uzamasına engel olmayı ve işin temyiz denetimi aşamasında bitirilmesi amaçlanmakta olup anılan maddenin birinci fıkrasının dokuzuncu bendi uyarınca yargılama giderleri de bu kapsamdadır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Yerel mahkemece, olay yargılaması gerektirmeyen uyarılama yargılaması sonucunda hükümlü hakkında, gerekli ve yeterli gerekçe gösterilmek suretiyle 765 sayılı TCY'nın lehe olduğu kabul edilmiş, ağır hapis cezasının hapis cezasına dönüştürülmüş olması da gözetilerek 213 sayılı Yasanın 359/b-1, 765 sayılı TCY'nın 59. maddeleri uyarınca verilen 15 aylık hapis cezası, kesinleşen hükümden farklı olarak 647 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca ertelenmiş, ancak kesinleşen hükümde yer almasına karşın uyarılama kararında yargılama giderine ve katılan lehine vekâlet ücretine hükmedilmemiştir. Bu hükmün temyizi üzerine dosyayı inceleyen Özel Dairece, 647 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca verilen cezanın ertelenmesi suretiyle kesinleşen hükümden farklı bir hüküm kurulmuş olması, hüküm niteliğine sahip bulunan bu yeni kararın da Ceza Yargılaması Yasasına göre bir hükümde bulunması zorunlu unsurları taşıması, bünyesinde noksanlık barındırması ve infaz sırasında karışıklığa meydan vermemesi açısından bünyesinde yer alması gereken vekâlet ücretinin ve yargılama giderinin gösterilmemiş olması isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiş ancak bu yasaya aykırılığın 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi olanaklı olduğundan kesinleşen hükümde yer aldığı şekliyle katılan lehine vekâlet ücretinin ve yargılama giderinin hükümlüden alınmasına karar verilmek suretiyle uyarılama hükmünün düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

Görüldüğü gibi Özel Daire kararında bozma ve düzelterek onama konusu yapılan husus, yerel mahkemenin uyarılama yargılamasına ilişkin kararında yasal ve yeterli gerekçenin bulunmaması olmayıp ka-

rarda katılan lehine vekâlet ücretine ve yargılama giderine hükmedilmemesidir. Bu hukuka aykırılıktan ötürü, yeni bir karar verilebilmesi için bir araştırmaya gerek olmadığı gibi mahkemeye bırakılmış serbest bir değerlendirme yetkisi de bulunmadığından, yeterli ve gerekli gerekçeyi içeren yerel mahkeme hükmünün bozulmasına gerek olmayıp, 1412 sayılı CYUY'nın, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 322. maddesinin birinci fıkrasının dokuzuncu bendi uyarınca, bozma nedeni sayılan bu aykırılığın Yargıtayca düzeltilmesi olanaklı, gerekli ve isabetlidir.

Bu itibarla, haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan altı Genel Kurul Üyesi; *“yerel mahkeme hükmünün yasal ve yeterli gerekçe içermediği, bu nedenle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmesi gerektiği”* görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **REDDİNE,**

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE, 20.12.2011** günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 14.06.2011 * Şüpheli veya sanıklardan birisinin savunulması ancak diğer sanığın suçlanmasıyla sağlanabiliyorsa, çıkarları çatışmakta olduğundan müdafilerinin değişik kişiler olması gerekmektedir.

E. 2011/1-44

K. 2011/122

(5271 sayılı CYY m. 152; Av.K. m. 35, 38/b)

Haksız tahrik altında eşini öldürme suçundan sanık M.G.'nin TCY'nın 82/1-d, 29/1 ve 62. maddeleri uyarınca 17 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan sanık N.U.'nun ise TCY'nın 81/1, 29/1 ve 62. maddeleri uyarınca 12 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanıklar hakkında TCY'nın 53. maddesinin uygulanmasına ilişkin, Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesince 17.12.2008 gün ve 75-456 sayı ile verilen ve sanıklardan M. yönünden kendiliğinden temyize tabi olan hükmün, katılanlar vekili ve sanıklar müdafii tarafından da temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 06.04.2010 gün ve 6071-2085 sayı ile;

"Aynı suçlardan yargılanan ve menfaatleri çatışan sanıklar M.G., N.U. ve H.U.'nun , aynı müdafii ile temsil ettirilerek kamu davasının yürütülüp sonuçlandırılması suretiyle CYY'nın 152 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 38/b maddelerine muhalefet edilmesi" isabetsizliğinden diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 28.06.2010 gün ve 160-199 sayı ile;

"Yüksek Yargıtay 1. Ceza Dairesi ile mahkememiz arasındaki uyumsuzluk; dosyamız sanıkları M., N. ve H. arasında menfaat çatışması bulunup bulunmadığı, buna bağlı olarak da aynı müdafinin hukuki yardımından yararlanmalarının, savunma hakkının kısıtlanması olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Sanıklardan birinin savunması, ancak diğer bir sanığın suçlanması ile sağlanabiliyorsa, aralarında çıkar çatışmasının varlığı kabul edilmektedir.

Olayımızdan, sanıklar N. ve H. tüm aşamalarda atılı suçu işlemediklerini beyan etmiş, sanık M. ise yine tüm aşamalarda eylemi tek başına gerçekleştirdiğini söylemiştir.

Mahkememizce, olay yerinde bulunan boş kovanların iki ayrı tüfekten atıldığı belirlenmiş, bu tüfeklerden birinin sanık M., diğerinin sanık N. tarafından kullanıldığı tespit edilmiş ve hüküm buna göre tesis edilmiştir.

Deliller ve oluş itibarıyla, her bir sanığın beraat veya mahkûmiyeti ya da delillerin değerlendirilmesi, diğer sanığın hukuki durumunu etkilememektedir. Deliller bir bütün olarak değerlendirilip hangi sanık öldürme eylemine katılmış ise onun sorumluluğuna gidilmiştir.

Olayımızda olduğu gibi, bu tür olaylarda, katılan taraf karşı ailenin olay yerinde bulunan bütün bireylerinin cezalandırılmasını sağlamak, sanık taraf ise ailenin bireylerini savunmaya çalışmaktadır. Savunma tarafı, ailenin öldürme eylemine katılmayan bireylerini savunmaya çalışırken, diğer taraftan mahkeme olarak, yapay şekilde ailenin bireyleri arasında menfaat çatışması olduğunu belirtip, savunmanın bütünlüğünü bölmek, birbirinin aleyhine savunmaya zorlamak da savunmanın amacı dışındadır. Öte yandan, dosyamızda olduğu gibi ailenin her bir ferdine ayrı müdafii tayini sağlaması halinde, yeni atanan müdafinin, mevcut müdafii ile ailenin aşamalardaki savunma bütünlüğü dışına çıkarak başka savunma getirmesi de ihtimal dahilinde görülmemektedir. Sanıkların serbest iradelerinin aksine müdafii tayinine zorlama yapay bir uygulama olarak kalacaktır.

Yine dosyamızda olduğu gibi her bir sanığa ayrı bir müdafii tayini yerine, aynı müdafinin, olayın bütünlüğü içerisinde her bir sanığın olaydaki konumlarını değerlendirip savunma yapması savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olmayıp, aksine daha sağlıklı sonuca ulaşmayı sağlayabilecektir.

Dosyamızda, meydana gelen öldürme olayından sonra ilkin M. şüpheli olarak belirlenmiş aile tarafından ona müdafii tayin edilmiş, daha sonra ailenin diğer iki bireyi hakkında aynı suçtan dava açılmış, aile, hukuki yardımdan memnun kaldığı avukatı diğer iki sanığa da atamıştır. Bunun dışında mahkememiz sanıkların ortak iradesi üstüne çıkarak her birine başka müdafii atamalarını istemek, kanun koyucunun amacı olmaması gerekir.

Belirtilen nedenlerle, dosyamıza konu olayda, aynı suçlardan yargılanan sanıklar M.G., N.U. ve H.U.'nun menfaatleri arasında çatışma bulunmadığından, aynı müdafii ile temsil ettirilerek, kamu davasının yürütülüp sonuçlandırılmasının CMK 152 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38/b maddelerine muhalefet oluşturmadığı" gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir.

Bu hükmün de sanık M. yönünden kendiliğinden temyize tabi olması ve sanıklar müdafii tarafından da temyiz edilmesi üzerine, Yar-

gıtay C.Başsavcılığının “bozma” istekli 07.02.2011 gün ve 326111 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığa gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanıklar M.G. ve N.U. hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanık M.G.’nin haksız tahrik altında eşini kasten öldürmekten, sanık N.U.’nun ise haksız tahrik altında kasten öldürmekten hükümlülüklerine karar verilen somut olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanıklar M. ve N. arasında menfaat çatışması bulunup bulunmadığının, buna bağlı olarak da aynı müdafininin hukuki yardımından yararlanmalarının, savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanıklar M.G. ve N.U.’nun yargılama aşamasında aynı müdafininin hukuki yardımından yararlandıkları, sanık M.’nin savunmalarında eşini olan H.G.’yi kendisinin öldürdüğünü, sanık N.’nin eyleme katıldığını, sanık N.’nin ise savunmasında suçu işlemediğini, ölen H.G.’yi ablası olan diğer sanık M.’nin öldürdüğünü belirttiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir çözüme ulaşılabilmesi için, konuya ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

5271 sayılı CYY’nun, “Şüpheli veya sanığın birden fazla olması halinde savunma” başlığını taşıyan 152. maddesi, “Yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafie verilebilir” hükmünü taşımaktadır.

Öte yandan 1136 sayılı Avukatlık Yasasınının 38. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ile avukata, aynı işte menfaati zit olan bir tarafa vekalet etmesi halinde, gelen işi reddetmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Yine Türkiye Barolar Birliğince kabul edilen Avukatlık Meslek Kurallarınının 35. maddesi ile de, “Avukat aynı davada birinin savunması

öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekaletini kabul edemez” kuralına yer verilmiştir.

Bütün bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi, menfaat zıtlığını dar anlamda yorumlamamak gerekir. Burada, önemli olan, savunmanın hiçbir şekilde zafiyete uğramamasıdır. Nitekim öğretilerde de aynı görüş benimsenmiş, şüpheli veya sanıklardan birisinin savunulması ancak diğer sanığın suçlanmasıyla sağlanabiliyorsa, çıkarların çatıştığını ve müdafilerinin değişik kişiler olması gerektiği belirtilmiştir. (Prof. Dr. Nur Centel - Doç. Dr. Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası sh. 170)

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık N. ile birlikte kasten öldürme suçunu işledikleri iddia edilen sanık M.'nin suçun yalnızca kendisi tarafından gerçekleştirildiğinin savunulması karşısında, ortak müdafileri tarafından sanık N.'nin bu suçu işlemediğinin savunulması gerektiği ve bu durumun da, sanık M. yönünden savunmada zafiyet yaratacağı açıktır.

Bu itibarla, yerel mahkemenin, sanıklar arasında menfaat çatışması bulunmadığı görüşüne dayalı direnme gerekçesi, yukarıda açıklanan yasa ve meslek kurallarına aykırı olup, direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Ayrıca, sanık M.G. 14.09.2006, sanık N.U. ise 17.11.2008 tarihinden itibaren tutuklu olup, sanıkların üzerine atılı kasten öldürme suçuna bakmak Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren işlerden olduğundan ve 5271 sayılı CYY'nın 102/2. maddesi uyarınca tutuklukta geçecek süre uzatmada dahil olmak üzere en çok 5 yıl olup, tutuklanma tarihlerinden itibaren bu süre dolmamış olduğundan, sanıkların tahliyesi konusu yerel mahkemece değerlendirilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 28.06.2010 gün ve 160-199 sayılı direnme hükmünün, saptanan usul yanlıgısı nedeniyle diğer yönleri incelenmeksizin **BOZULMASINA**,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **14.06.2011** günü yapılan müzakerede tebliğnamedeki isteme uygun olarak oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

27.05.2011 * Avukatın müvekkilinin açık bir talimatı olma-
E. 2011/24 dıkça, karar düzeltme isteminde bulunma zorun-
K.2011/309 lululuğundan söz edilemez.
(HUMK m.440; Av.K.m.171)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçinin Karacasu Aile Mahkemesinde görülmekte olan boşanma davasında haklarını savunması için Barodan avukat talep ettiği, şikayetli avukatın görevlendirildiği, haklarını savunmadığı ve bilgi de vermediği, aleyhine verilen kararı temyiz etmediği, kararın şikayetçi tarafından temyiz edildiği, ancak Yargıtay'dan gelen kararı tashihe göndermediği ileri sürülerek şikayetçi olması üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem de disiplin suçu bulunmayarak, disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, verilen kararı kendisinin temyiz ettiğini, karar düzeltmeye başvurmamasının gerekçesi olarak kararın değişmeyeceği yönündeki takdir yetkisini kullanmasını ve müvekkiline ayrı bir masraf yaptırmama düşüncesi olduğunu beyan etmiştir.

Dosyadaki belge ve bilgilere göre, şikayetli avukatın, Baro tarafından adli yardım yönetmeliğine göre atanmış, boşanma davasında üstlendiği davalı vekilliği görevini yerine getirmiş, iddianın aksine bizzat şikayetli avukat tarafından karar temyiz edilmiş, kararın onanmasından sonra karar düzeltme yoluna gidilmemiştir.

Karar düzeltme olağan kanun yollarından değildir. 1086 sayılı HUMK a .5236 Sayılı Yasa ile eklenen geçici 3. md.e göre eylem tarihinde yürürlükte olan HUMK 440. maddesi ile, Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme isteminin şartları belirtilmiştir.HUMK 427 md.nin henüz yürürlüğe girmeyen değişikliğinden önceki halinde, miktar ve nitelik olarak temyizi mümkün olan kararlar için başkaca şart aranmaksızın temyiz hakkı ve Avukatlık Yasasının 171.md.e göre de ilgili avukat tarafından zorunluluğu bulunmakta ise de, karar düzeltme istemi 440.md.deki şartlar oluşmadıkça reddedilen ve bu sebeple ayrıca para cezası da takdir edilen bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu sebeple, karar düzeltme şartlarının oluşup oluşmadığı, müvekkilinin gereksiz para cezasına muhatap olmaması açısından ilgili avukatın takdirine bağlı ve zorunlu olmayan bir kanun yoludur. Nitekim, yine düzenlemeler ile usul hukukumuzda karar düzeltme sistemi tamamen kaldırılmış, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlamasına kadar, geçici madde yoluyla eski hükümler yürürlükte tutulmuştur. Avukatın müvekkilinin açık bir talimatı olmadıkça, karar düzeltme isteminde bulunma zorunluluğundan söz edilemez.

Bu nedenlerle, Barosu Disiplin Kurulu kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının reddi ile, Baro Disiplin Kurulunun şikayetli avukata “**Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına**” dair kararının **ONANMASINA** oyçokluğu ile karar verildi.

Karşı Oy:

Avukatlık Yasasının 171.maddesi avukatın üstlendiği işi sonuna kadar takip edeceği hükmünü ihtiva etmektedir. Madde düzenlemesi avukatın üstlendiği davanın tüm yargılama aşamalarında görevini yerine getirmesinin gerekliliğini vurgulamaktadır ki temyiz safhası ve karar düzeltme de yargılamanın devamı niteliğindedir. Ayrıca, avukat bir haktan vazgeçme anlamına gelecek tüm işlemlerden önce müvekkilini yazılı olarak bilgilendirmek ve yine yazılı olarak muvafakatini almak zorundadır.

Karar düzeltme talebinden vazgeçme, müvekkilin bir takım haklarından vazgeçilmesi sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir durumda müvekkilin zararının meydana gelip gelmemiş olması da önemli değildir. Karar düzeltmenin olası sonuçlarının müvekkile anlatılması sonucunda, yazılı olarak alınan talimat uyarınca işlem yapılmalıdır.

Dosya kapsamından anlaşıldığına göre, şikâyetçi aleyhine açılan boşanma davasında davalı şikâyetçi lehine yoksulluk nafakasına ve manevi tazminata karar verilmemiş, bu talepler reddedilmiştir. Kararın temyiz edilmesi kadar karar düzeltmenin de yapılması şikâyetçinin yararına olduğundan aksi kanaat ile ve müvekkilinin yazılı vazgeçme talebini almadan bu haktan vazgeçilmiş olmasından ibaret eylem Avukatlık Yasasının 34.maddesine aykırı olduğundan, Baro Disiplin Kurulunun “Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına” ilişkin kararının kaldırılarak şikâyetli avukat hakkında kınama cezası tayini gerektiği kanaat ve düşüncesi ile Sayın Çoğunluğun kararına katılmıyoruz.

**T. 27.05.2011 * Disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek
E. 2011/90 bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında
K.2011/333 aynı eylemden dolayı ceza mahkemesinde dava
açılmış ise avukat hakkındaki disiplin kovuş-
turması ceza davasının sonuna kadar bekletilir.
(6008 Sayılı “Terörle mücadele kanunu ile bazı
kanunlarda değişiklik yapılmasına dair Kanun
Geçici 2.madde; Av.K. m. 140/2)**

Şikâyetli Avukat hakkında “şikâyetçi tarafından müvekkilleri T.İ. ve İ. İnşaat Taah.Tic.ve San.Tic.Ltd.Şti. aleyhine Ümraniye 2.İcra Müdürlüğü’nün 2006/14752 Esas sayılı dosyası ile yürütülen icra takibi nedeniyle Sarıyer İcra Müdürlüğü’nün 2006/3605 sayılı dosyasında, 02.01.2008 tarihinde borçlu T.İ.’nin adresinde yapılan haciz işlemi sırasında sinirli bir şekilde şikâyetçinin üzerine yürüyüp omzu ile vurarak “ben bunların hesabını sana soracağım, sen bu aile ile çok uğraştın, sen bunlarla uğraşırsan seni öldürürüm, sen bunlarla uğraşırsan kendini ölmüş bil, sen sahtekarsın, sahteciliğin kitabını yazmışsın, senin sahtekarlığını tüm İstanbul biliyor, şerefsizsin” dediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca şikâyetli avukatın “Uyarma cezası ile cezalandırılmasına” karar verilmiştir.

Şikâyetli Avukatın disiplin kovuşturmasına konu oluşturan eylemi ile ilgili olarak Beyoğlu 4.Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/161 Esasında

kayıtlı olarak "Hakaret, Tehdit" suçlarından dolayı açılmış olan kamu davası sonucunda Mahkemece 2010/185 Karar sayılı ve 08.06.2010 tarihli karar ile şikâyetli avukatın eylemi sabit görülerek hakaret suçundan TCK.nın 125/1, 125/4, 129/1, 62 ve 52/2. maddeleri uyarınca 1.300,00 TL.sı adli para cezası ile cezalandırılmasına ve CMK. nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına; tehdit suçundan ise TCK.nın 106/1, 29, 62 ve 52/2.maddeleri uyarınca 500,00 TL.sı adli para cezası ile cezalandırılmasına ve CMK.nın 231.maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve kararın 05.07.2010 tarihinde kesinleşmiş olduğu, dosya içindeki mahkeme kararından ve kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Baro Disiplin Kurulu, Avukatlık Yasasınının 140/2.maddesi uyarınca kamu davasının kesin sonucunu beklemiş, 2010/501 Karar sayılı ve 20.12.2010 tarihli kararı ile şikâyetli avukatın "Uyarma cezası ile cezalandırılmasına" karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu karar tarihinden sonra 22.07.2010 kabul tarihli 6008 Sayılı "Terörle mücadele kanunu ile bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun" da 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231.maddesinin altıncı fıkrasına "**Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.**" cümlesi ilave edilmiştir. Ayrıca Yasaya eklenen geçici 2.madde de "**Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde mahkemeye başvurmaları halinde, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı geri alınır ve Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinin yedinci fıkrasındaki kayıtla bağlı olmaksızın, başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulur.**" hükmü getirilmiştir. Buna göre, Kanunun yayım tarihi olan 25.07.2010 tarihinden itibaren 15 gün içinde mahkemesine başvurarak "Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğini" bildiren şikâyetli avukat/avukatlar hakkında mahkemece esas yönünden karar verilecek, ayrıca kararın temyiz edilerek Yargıtay denetiminden geçmesi olanağı bulunacaktır. Bu durumda Avukatlık Yasasınının 140/2. maddesi uyarınca kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerekecektir.

6008 Sayılı Yasanın 5271 Sayılı Yasanın 231.maddesine eklenen geçici 2.maddesi uyarınca yasal süresi içinde müracaat etmemiş olan şikâyetli avukatlar hakkında önceki uygulama aynen devam edecektir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukatın 6008 Sayılı Yasa'nın anılan hükmü uyarınca Mahkemeye başvurduğu, Beyoğlu 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 24.01.2011 tarih, 2011/8 Değişik İş Numaralı kararı ile şikayetli avukatın itirazını kabul ederek, Beyoğlu 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 08.06.2010 tarih, 2009/161 Esas, 2010/185 Karar sayılı kararının kaldırılmasına ve yeniden hüküm kurulmak üzere dava dosyasının mahkemesine iadesine karar verildiği görülmüştür.

Avukatlık Yasasının 140/2.maddesine göre, disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise avukat hakkındaki disiplin kovuşturması ceza davasının sonuna kadar bekletilir. Bu husus re'sen göz önünde tutulması gereken bir husustur. Bu düzenlemenin, aynı eylem sebebiyle maddî olayın ceza mahkemesindeki tespiti ile Disiplin Kurulundaki tespiti arasında çelişkili bir durumun ortaya çıkmaması amacına yönelik olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu doğrultuda şikayetli avukatın 6008 Sayılı Yasa gereğince Mahkemeye müracaat ettiği ve şikayetli avukat hakkında açılan kamu davasının yargılamasının devam ettiği anlaşıldığından, yargılaması devam edecek olan kamu davasının kesin sonucunun Avukatlık Yasasının 140/2. maddesi uyarınca beklenilmesi gerekmektedir.

Belirtilen nedenlerle, 5271 Sayılı Yasada 6008 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu şikayetli avukatın süresi içinde Mahkemeye müracaat etmiş olması ve Mahkemece Beyoğlu 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 08.06.2010 tarih, 2009/161 Esas, 2010/185 Karar sayılı kararının kaldırılmasına ve yeniden hüküm kurulmak üzere dava dosyasının mahkemesine iadesine karar verilmiş olması sonucunda şikayetli avukat hakkındaki yargılamanın devam etmesi karşısında, Baro Disiplin Kurulu kararının öncelikle Avukatlık Yasasının 140/2.maddesi gereği bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazların kabulüyle, söz konusu eylemle ilgili olarak şikayetli avukat hakkında devam eden yargılamanın hangi aşamada olduğunun araştırılması, ceza davasının kesin sonucunun beklenilmesi, sonuçlanmış ise kesinleşme şerhi ile birlikte mahkeme kararının dosyamız içine konularak, oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için Baro Disiplin Kurulunun "**Uyarma Cezası Verilmesine**" ilişkin kararının **BOZULMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

- T. 27.05.2011** * **Disiplin kovuşturması, Yönetim Kurulu tarafından verilen bir kararla açılır.**
E. 2011/131
K.2011/339 * **Disiplin Kurulu kararlarına karşı, Cumhuriyet Savcısı ve ilgililer, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edebilirler.**
(Av.K. m. 141, 157))

Şikayetli avukat hakkında, "Kütahya 1.Noterliğinin 11.05.2005 tarih ve 12584 yevmiye sayılı ve 04.08.2006 tarih ve 19714 yevmiye sayılı vekaletnameleri ile vekilliklerini üstlendiği şikayetçi ile şikayetçinin yetkilisi olduğu Y.Ö. İnş.San.Ltd.Şti. adına yürüttüğü bir kısım icra takiplerinde, vekillik görevini gereği gibi yerine getirmediği, birtakım usulsüz işlemler yaptığı" iddiası ile başlatılan soruşturma kapsamında Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 18.01.2010 tarihli "Olur"u ile soruşturma izni verildiği ve disiplin yönünden gereğinin yapılması için Baro Başkanlığı'na 10.02.2010 tarihinde bilgi verildiği görülmüştür.

Baro Disiplin Kurulu, yapılan disiplin kovuşturması sonucunda 02.10.2010 tarih, 2010/99-05 Esas, 2010/12-05 Karar sayılı kararı ile şikayetli avukat hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar vermiş, karara şikâyetçi tarafından itiraz edilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 141.maddesine göre, "*Disiplin kovuşturması, Yönetim Kurulu tarafından verilen bir kararla açılır.*" Ancak dosyada "*disiplin kovuşturması açılmasına*" ilişkin Baro Yönetim Kurulu kararı bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinde disiplin kurulunun şikayetli avukat hakkında "*Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" karar verdiği ve kararda taraflara kararın tebliğinden sonra 15 gün içerisinde Barolar Birliği nezdinde itiraz haklarının bulunduğu belirtilmiştir.

Avukatlık Yasasının 157. Maddesi "*Disiplin Kurulu kararlarına karşı, Cumhuriyet Savcısı ve ilgililer, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edebilirler*" hükmünü hazırlamıştır. Yasada 30 gün olarak belirtilen bu itiraz süresi yasa gereğidir ve bu sürenin kısaltılması yasal olarak mümkün değildir.

Belirtilen nedenlerle, şikayetli avukat hakkında yürütülen disiplin kovuşturması kapsamında Yasa hükmü gereği Baro Yönetim Kurulu kararının gerekliliği ve yine Yasada 30 gün olarak belirtilen itiraz süresinin Baro Disiplin Kurulu kararı ile kısaltılmasının mümkün olması karşısında Baro Disiplin Kurulunun kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulüyle Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında **“Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına”** ilişkin kararının **BOZULMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

27.05.2011
E. 2011/152
K.2011/341

* Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 12. maddesi uyarınca avukattan, şikâyete konu aykırılığı gidermesi gerektiği, gidermediği takdirde hakkında disiplin kovuşturması açılacağı bildirilmelidir.

(TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 12, Geçici 2.madde)

Şikayetli avukat hakkında, büro adresinde bulunan tabelasında “O. HUKUK-LAW OFFİCE” yazısının bulunduğu ve bu tabelanın boyutlarının Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin belirlediği boyutların üzerinde olduğu, ayrıca Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 5/1.maddesinde belirtilen “...Türkçe dışında yabancı dillerde ifade ve sair şekiller, isim, resim, fotoğraf ve benzerlerine yer verilemez” hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle re’sen soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma sonucunda şikâyetli avukat hakkında Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 5.maddesine aykırı davrandığı gerekçesi ile açılan disiplin kovuşturmasında eylemi sabit görülerek, “Uyarma cezası” ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararından önce Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinde değişiklik yapılmış ve yapılan değişiklikler 07.09.2010 tarih 27695 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin değiştirilen 12.Maddesinde “Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgiliye bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruşturma başlatılır. Bu Yönetmeliğe aykırı fiil veya fiilleri birden fazla işleyenler hakkında uyarı yazısı gönderilmez, derhal ve resen disiplin soruşturması açılır.

Türkiye Barolar Birliğine yapılan şikâyet başvuruları içerik incelemesine tabi tutulmaksızın avukatın kayıtlı olduğu baroya gönderilir” denilmektedir.

Yine yönetmeliğin Geçici 2. Maddesinde “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmemiş disiplin soruşturmaları hakkında da 12. madde hükümleri uygulanır.” denilmekle uygulamanın kapsamı belirlenmiştir.

Ceza Yargılamasının temel ilkelerinden biri 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 7.maddesinde “Zaman bakımından uygulama” başlığı altında yer alan “ İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” hükmüdür. Bu temel ilke niteliği itibarıyla bir ceza yargılaması olan disiplin kovuşturması için de aynen geçerlidir.

07.09.2010 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren ve Geçici 2.madde uyarınca kesinleşmemiş disiplin kovuşturmalarına uygulanması gereken Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin

değiştirilen 12. Maddesinde kovuşturma koşulu olarak “*Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgiliye bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruşturma başlatılır*” denilmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 12. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında kovuşturma açılması için getirilen uyarı ön koşulu yerine getirilmeden disiplin cezası tayin edilmesi ve yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımız, kesinleşmemiş disiplin dosyalarında lehe hükmün uygulanması zorunluluğu karşısında kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Baro Disiplin Kurulu dosyayı Baro Yönetim Kurulu’na iade ederek Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 12. maddesi uyarınca şikâyetli avukatın, şikâyete konu aykırılığı gidermesi, gidermediği takdirde hakkında disiplin kovuşturması açılacağına bildirilmesini talep etmelidir. Baro Yönetim Kurulu yönetmelik uyarınca yapacağı uyarıda belirtilen süre içinde aykırılığın giderilmesi durumunda kovuşturma açılmasına yer olmadığına, aykırılığın giderilmesi durumunda da bu nedenle disiplin kovuşturması açılmasına karar vermelidir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile Bursa Barosu Disiplin Kurulu’nun Şikâyetli Avukat O.Ü.’nün “**Uyarıma Cezası**” ile cezalandırılmasına ilişkin kararının **BOZULMASINA** oybirliği ile karar verildi.

- 17.06.2011 * Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını
E. 2011/63 ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine
K.2011/351 tam bir sadakatle yürütür.
- * Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü
tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.
(Av.K. m. 34;TBB Meslek Kuralları m.3, 4)

Şikâyetli avukat hakkında, Kocaeli İcra Hukuk Mahkemesinin 2008/108 Esas, 2009/3 Karar sayılı ve 23.01.2009 tarihli takibin İptaline ilişkin kararında, 31.90.- TL. sı yargılama gideri, 285,00.-TL. sı vekalet ücretinin davalıdan alınmasına hükmedildiği, davacı vekili olan şikâyetli avukatın önce 285,00.-TL. sı vekalet ücretini icraya koyduğu, bu miktarı tahsil ettikten sonra 31.90.-TL. sı yargılama gideri için ayrıca ikinci bir icra takibi başlattığı, amacının bu ikinci takipte tekrar bir icra vekalet ücreti almak olduğu, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu, hukuka uygun işlemin etik olup olmadığını ve meslek ahlakına uygun olup olmadığını tartışılmayacağını, olayda kasti bir durum olmadığını, masraf ve avukatlık ücretinin ayrı ayrı istenebileceğine dair içtihatlar ve örnekler bulunduğunu, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eyleminin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4.maddelerine aykırı olduğunu kabul ederek şikâyetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın ilam konusu vekâlet ücretini ve yargılama giderini ayrı ayrı takip konusu yaptığı, her iki icra dosyasından da ayrı ayrı vekâlet ücreti tahakkuk ettirilmiş olup, tahsil edildiği sabit olup tartışmasızdır.

Disiplin kovuşturmasının konusu, şikâyetli avukatın mahkeme ilamına konu vekâlet ücreti ile yargılama giderini iki ayrı icra takibi yaparak tahsil etmesinde hukuka aykırılık olup olmadığı değil, yapılan işlemin meslek kurallarına uygun olup olmadığıdır. Eylem, şeklen

hukuka uygun olsa bile, ilamda yazılı aynı mahiyetteki iki alacak için iki ayrı takip yapılarak iki ayrı icra vekâlet ücreti tahsili meslek kuralarının ruhu ve kabul ettiği ilkelerle bağdaşmamaktadır.

Etik olarak, mahkeme ilamı ile hükmedilen vekâlet ücreti ile yargılama gideri gibi ikisi de yargılama gideri türünden olan aynı mahiyette iki alacağın birlikte tahsil edilmesidir. Disiplin incelemesine konu dosyada, şikâyetli avukatın savunmasında bildirdiği gibi ikinci takibin yapılmasında kasti bir durum yok ise şikâyetli avukatın vekâlet ücreti için icra takibi başlattığından, aynı icra takibi içinde 31,90.-TL.sını da talep etmesi gerekirdi. Aksi davranışta, amacın ikinci bir takip yapılarak o dosyadan da vekâlet ücreti almak olduğu anlaşılmaktadır.

Şikâyetli avukatın eylemi, Avukatlık Yasasının 34.maddesinde açıklanan; Yüklenilen görevi, 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 Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymak yükümlülüğü ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesinde açıklanan; Mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütme ilkesine ve 4.maddesinde açıklanan; Mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınma ilkelerine aykırılık teşkil etmekle disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikâyetli avukatın eylemi aynı zamanda Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan Avukatlık Yasası 34.maddesine de aykırı olduğundan Avukatlık Yasasının 136/1.maddesi uyarınca en az kınama cezası tayin edilmesi gerekmekte ise de aleyhte itiraz olmadığından bu hususa sadece değinilmekle yetinilmiş Baro Disiplin Kurulunun kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun **“Uyarma Cezası Verilmesine”** ilişkin kararının **ONANMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

**T. 17.06.2011 * İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra
E. 2011/79 ikinci bir avukata da vekâlet vermek isterse
K.2011/356 ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekâlet
verilen avukata yazı ile bilgi vermesi gerekir.
(TBB Meslek Kuralları m.39)**

Şikayetli avukat hakkında, şikâyetçi avukatın Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin 2007/170 Esasında kayıtlı olup, adam öldürme suçundan yargılanan tutuklu Y.K.'nin müdafii olarak görev yapmakta iken kendisine bilgi vermeden müvekkilinden vekâletname alarak müdafilik görevini üstlendiği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturmasında Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, şikâyetçi avukatın iddialarının gerçek dışı olduğunu, tutuklu şahsın eşinin bürosuna gelerek şikâyetçi avukatın davayı takip etmemesi ve onun yerine kendisini avukat atamak istediklerini bildirdiğinde öncelikle şikâyetçi avukata durumu iletmelerini söylediğini, daha sonra aynı kişinin tekrar büroya gelerek şikâyetçi avukata durumu bildirdiklerini, şikâyetçi avukatın davaya girmeyeceğini bildirdiğinden vekâletname aldığını, iddia edildiği gibi şikâyetçi avukattan izin almadan vekâletname alınmadığını, şikâyetçi avukata bilgi verilip davayı takip etmeyeceğini söyledikten sonra dosyaya çekilme dilekçesi vermesi gerekirken, 17.06.2008 tarihindeki duruşmadan bir gün öncesinde çekilme dilekçesi vermesinin başlı başına suç olduğunu, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini sabit görerek Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 39.maddesine aykırılığı nedeniyle uyarma cezası tayin etmiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetçi avukatın Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin 2007/170 Esasında kayıtlı olan kamu davasında sanık Y.K.'dan vekâletname alarak müdafilik görevini üstlendiği, şikâyetli avukatın 26.05.2008 tarihinde sanık ile cezaevinde görüştüğünden sonra sanıktan 02.06.2008 tarihinde vekâletname aldığı, 04.06.2008

tarihinde sanığın “Avukatım işimle ilgilenmiyor” şeklindeki beyanını içeren bir dilekçeyi mahkeme dosyasına gönderdiği, 09.06.2008 tarihinde dosyaya vekâletnameyi sunarak dosyanın fotokopisini aldığı, şikâyetçinin 16.06.2008 tarihli dilekçeyi Mahkemeye vererek duruşmalara katılmayacağını bildirdiği, şikâyetli avukat tarafından Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39.maddesine uygun yazılı bir onayın dosyaya sunulmadığı, anlaşılmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39.maddesine göre: “İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata da vekâlet vermek isterse ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekâlet verilen avukata yazı ile bilgi vermesi gerekir.” Bu maddeye göre, ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekâlet verilen avukata yazıyla bilgi vermek zorundadır. Bu durumda vekâletnamenin kullanılmasından önce yazı ile bilgi verildiğinin belgelenmesi dışında hiçbir mazeretin, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39. maddesine aykırılık eylemini ortadan kaldırması mümkün değildir.

Madde, iş sahibi tarafından görevlendirilen ilk avukatın görevine son verildiği tarihe kadar sürdürdüğü mesleki görevinin karşılığı olan ücret alacağını tahsil etmesi konusunda müvekkili ile mutabakat sağlaması amacına yönelik olmakla avukatlar tarafından hassasiyetle uygulanması zorunludur.

Şikâyetli avukat, 02.06.2008 tarihinde şikâyetçi avukatın müvekkilinden vekâletname almadan önce şikâyetçi avukata yazılı bilgi vermediği anlaşıldığından eylem Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39.maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve takdir ettiği uyarma cezasında hukuka aykırılık görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “**Uyarma Cezası Verilmesine**” ilişkin kararının **ONANMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

- T. 17.06.2011 * Avukat sayısının 250 den fazla olduğu Barolarda**
E. 2011/81 Disiplin Kurulu 5 üyeden oluşmaktadır.
K.2011/358 * Karar, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile verilir.
(Av.K. m. 103, 106)

Şikâyetçi komisyon üyeleri dilekçelerinde, TMMOB Şehir Plancıları Odası Bursa Şubesinin vekili olduklarını, komisyon olarak yürüttükleri Bursa İdare Mahkemesindeki davada Şehir Plancıları Odası Başkanlığının Avukatlık Yasasının 172.maddesine aykırı olarak, rızaları olmaksızın şikâyetli avukatın görevlendirildiğini, şikâyetli avukatın da kendilerine bilgi vermeden 12.03.2009 tarihli dilekçe ile TMMOB Şehir Plancıları Bursa Şubesi adına dosyaya vekâletname sunduğunu, iddia etmeleri üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmeyle “Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında özetle, 2005 yılından beri TMMOB odasının vekilliğini yaptığını, şikâyetçilerin ise TMMOB Şehir Plancıları Odası Bursa Şubesi olarak dava açtıklarını, bu şubenin tüzel kişiliğinin bulunmadığını, ayrıca davayı açarken genel merkezden de yetki almadıklarını, ancak usul eksikliğinin giderilmesi için sonradan genel merkez tarafından yetki verildiğini ve şikâyetçilerin davada vekil olduklarını bilmediğini, davanın açıldığı tarihte şikâyetçilerin dava açmaları konusunda yetkilendirilmediklerini, vekâletname çıkarılması konusunda da bir yetki bulunmadığını, bildirmiştir.

Baro Yönetim Kurulu şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasının 34.maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39.maddesine aykırı olduğunu kabulleyerek şikâyetli avukat hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu, kovuşturma sırasında tarafların kanıtlarını toplamış ve 23.09.2010 günlü karar verdiği toplantısına beş üyeden iki üye mazeretli olduğundan üç üye katılmış, iki üye şikâyetli avukatın Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırı bir eylemi bulunmadığını kabulleyerek “Disiplin cezası verilmesine yer ol-

madığına, bir üye ise eylemin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39.maddesine aykırı olması sebebiyle disiplin cezası tayini gerektiği görüşü ile karara muhalif kalarak karşı oy kullanmıştır.

İncelenen dosya içeriğinden, Disiplin Kurulunun 3 üyesinin karar oturumuna katıldığı, iki üyenin şikâyetli avukat hakkında “Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin görüş bildirdiği, bir üyenin ise şikâyetli avukatın eyleminin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39. maddesine aykırı olduğundan disiplin cezası tayini yolunda görüş bildirerek karara muhalif kaldığı, karşı oy kullandığı görülmektedir.

1136 Sayılı Avukatlık Yasasının 103.maddesine göre avukat sayısının 250 den fazla olduğu Barolarda Disiplin Kurulu 5 üyeden oluşmaktadır. Aynı Yasanın 106. maddesinin ikinci fıkrasına göre kararlar, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile verilir. Oylarda eşitlik halinde, başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur. 5 üyeli bir disiplin kurulunda kararın oluşması için gerekli salt çoğunluk 3’ dür.

İtiraza konu Baro Disiplin Kurulu kararına 3 üye katılmış, başkan ve bir üye “Disiplin cezası tayinine yer olmadığı” yönünde, muhalif üye ise disiplin cezası tayinini yönünde oy kullanmıştır.

Avukatlık Yasasının yukarıda bildirilen hükümleri karşısında kararın varlığı için gerekli en az 3 oyun bir doğrultuda toplanması mümkün olmamıştır. Yasa hükmünde başkanın oyunun iki oy sayılacağı değil, oylarda eşitlik halinde onun bulunduğu tarafın üstün tutulacağı düzenlenmiştir.

Bu durumda, şikâyetli avukat hakkında bir karar verilebilmesi için hakkında oluşmuş 3 oy bulunmadığından kararın geçerli sayılabilmesi olası değildir. Bu nedenle, mazeretli üyelerin katılımı, katılmayan üye yerine ise gerekirse yedek üyenin katılımı sağlanarak yasaya uygun surette karar verilmesi için kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi avukatların itirazların kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun “**Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına**” ilişkin kararının, yasada belirtilen karar nisabı sağlanmadan kurulmuş olması nedeniyle **BOZULMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

T.27.05.2011 * Dosyanın eksik incelenmesi nedeniyle bozma
E. 2011/101
K.2011/368

Şikâyetli avukat hakkında, müvekkilinin önceki ve davayı takip ederek neticelendiren vekili tarafından haricen tahsil edilmiş bulunan karşı taraf vekâlet ücretini, müvekkili adına icraya koyması nedeniyle yapılan şikâyet üzerine başlatılan disiplin kovuşturmasında eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, kararda yazılı vekâlet ücretinin davalı müvekkiline ait olduğunu talebi üzerine icra işlemini başlattığını, ödemenin önceki vekile yapıldığını bilmediğini, önceki vekil ile müvekkili arasında karşı taraf vekâlet ücretinin müvekkiline ait olduğuna ilişkin sözleşme olduğunu belirterek ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesini talep etmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, Ordu 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004/336 Esas, 2007/135 Karar sayılı dosyasında davacının Z.K. , vekilinin Avukat A.T. ve Avukat H.Y. olduğu, davalının M.K. , vekilinin ise Avukat K.A. olduğu konusunun Haksız Fiil nedeniyle tazminat olduğu davanın reddine karar verildiği, temyiz edilmesi sonrasında 02.03.2009 tarihinde Yargıtay 1.Hukuk Dairesi tarafından onanarak kesinleştiği, hüküm fıkrasının 4.bendinde “davalılardan M.K. vekille temsil olunduğundan avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdiren 720,00 TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak vekille temsil olunan davalı M.K.’ye verilmesine” karar verildiği, karardaki vekâlet ücretinin M.K. vekili olarak şikâyetli Avukat A.S.A. tarafından Ordu 1. İcra Müdürlüğünün 2009/3352 sayılı dosyası ile 15.04.2009 tarihinde icraya konulduğu borçlu Z.K.’ye icra emrini ihtiva eden tebligatın 06.05.2009 tarihinde yapıldığı, dosyaya ibraz edilen serbest meslek makbuzuna göre Z.K. tarafından Avukat K.A.’ya ödemenin 04.05.2009 tarihinde yapıldığı anlaşılmıştır.

Dosyada tanık olarak dinlenen Avukat K.A. şikayete konu dosyada davalı M.K.'nin avukatlığını yaptığını, davanın reddine karar verilmesi nedeniyle lehlerine vekalet ücretine hükmedildiğini, karşı taraf vekili olan meslektaş Avukat A.T.'nin kararı temyiz edeceğini, kesinleşinceye kadar vekalet ücretini icraya koymamasını rica ettiğini dosya Yargıtay'dan döndüğünde ödeme yapılmasını sağlayacağını belirttiğini bunun üzerine kararı icraya koymadığını, dosya Yargıtay'dan onanarak döndüğünde Avukat A.T.'yi aradığını kararın onandığını söylediğini bunun üzerine Avukat A.T.'nin 720,00 TL sın müvekkilinden alıp kendisine gönderdiğini, kendisinin de makbuzu düzenleyerek Avukat A.T.'ye gönderdiğini, şikayetli avukatın avukatlık ücretini alıp almadığını sormadığı ve herhangi bir bildirimde bulunmadığını belirtmiştir.

Dosya içinde bulunan icra dosyasından takibin tebligattan sonraki akıbeti anlaşılammaktadır. Dosyada bulunan yazı örneğinden Ordu İcra Hukuk Mahkemesinde 2009/209 Esas sayılı davanın açıldığı ve icra dosyasının istendiği anlaşılmaktadır. Takibin başlamasından önce herhangi bir ödeme yapılmadığı, icra emrinin borçlu - şikâyetçiye tebliğinden önce ilk avukata ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda icra dosyasında daha sonra tahsile yönelik işlem yapılıp yapılmadığı, İcra Hukuk Mahkemesinde taraflarca yapılan iddia ve savunmaların niteliği ve verilen kararın da bilinmesi gerekmektedir.

Ayrıca Avukatlık Yasasının 166/3 maddesinde yer alan " Bir ilamın cebri icra yolu ile infazına girişildiğinde, icra dairesi, takip talebinde bulunan tarafın ilamda adı yazılı olan avukatına, icra emri ile aynı zamanda düzenleyeceği bir bildiriye, gideri takip talebinde bulundandan alınmak suretiyle derhal tebliğ eder. Bu bildiri tebliğ edilmedikçe icranın sonraki safhalarına geçilemez" maddesi uyarınca icra dairesi tarafından ilk avukata yapılması gereken bildirim yapılmadığı hususunun da bu kapsamda araştırılması gerekmektedir.

İcra dosyasındaki usulü işlemlerin yapılmadığı araştırılmadan, Ordu İcra Hukuk Mahkemesinin 2009/209 Esas numaralı dosyasının sonucu beklenmeden ve kararı dosya içine alınmadan verilen

kararın eksik incelemeye dayandığı anlaşıldığından belirtilen eksiklikler giderildikten sonra oluşacak duruma göre karar verilmek üzere bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak itirazın kabulü ile Baro Disiplin Kurulu'nun Şikâyetli Avukat A.S.A.'nın **ÜÇ AY SÜRE İLE İŞTEN ÇIKARMA CEZASI** ile cezalandırılmasına ilişkin kararının **BOZULMASINA** katılanların oybirliği ile karar verildi.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARI
CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

İKİNCİ DAİRE

PEKASLAN VE DİĞERLERİ v. TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. 4572/06 ve 5684/06)

KARAR

STRAZBURG

20 Mart 2012

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup şekli bazı değişikliklere tabi tutulabilir.

Pekaslan ve Diğerleri - Türkiye davasında,
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire)
Françoise Tulkens, Başkan
Danute Jociene,
Isabelle Berro-Lefevre,

Andr s Saj ,

Işıl Karakaş,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, Yargıçlar

ve Daire Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'ten oluşan heyet 21 Şubat 2012 tarihinde kapalı oturumda müzakerede bulunarak, aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Bu dava, Türk vatandaşları Nihal Pekaslan, Refika Meltem İspir, Kıvanç Pekaslan, İbrahim Bozay ve Leyla Bozay (“başvuranlar”) tarafından, İnsan Hakları ve Temel  zg rl klerin Korunması Hakkındaki Sözleşme'nin (“Sözleşme”) 34. maddesine dayanarak, 24 Ocak 2006 ve 2 Şubat 2006 tarihlerinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Mahkeme'ye yapılan iki başvurudan (no. 4572/06 ve 5684/06) kaynaklanmaktadır.

2. Başvuranlar, İzm r barosuna kayıtlı avukatlar Bay Serkan Cengiz ve Bayan Nalan Erkemtarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (“Hükümet”), kendi görevlileri tarafından temsiledilmiştir.

3. Başvuranlar, özellikle yer aldıkları bir gösteride birkaç polis memurunun müdahalesinin ve kendilerine karşı bu memurların uygulamış oldukları gücün Sözleşme'nin 3 ve 11 maddelerince korunan haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

4. 7 Haziran 2010 tarihinde İkinci Daire Başkanı Hükümet'e başvuruların tebliğ edilmesine karar vermiştir. Aynı zamanda başvuruların kabul edilebilirliği ve esası yönünden aynı anda karar verileceği belirtilmiştir.(Madde 29 Ő 1).

OLAYLAR

DAVANIN KOŞULLARI

A. Giriş

5. Başvuranlar sırası ile 1961, 1972, 1985, 1956 ve 1962 doğumlu olup; Malatya'da yaşamaktadırlar.

6. Davanın koşulları taraflar arasında ihtilafly olduğu için, ayrı ola-

rak incelenecektir. Başvuranlar tarafından ibraz edilen olaylar, aşağıda bölüm B’de anlatılmıştır (paragraf 7-13). Olaylara ilişkin Hükümet’in görüşleri ise aşağıda bölüm C’de özetlenmiştir (paragraf 14-20). Başvuranlar ve Hükümet tarafından ibraz edilen belgelere dayanan kanıtlar bölüm D’de özetlenmiştir (paragraf 21-41).

B. Başvuranların olaylara ilişkin görüşleri

7. 8 Mart 2005 tarihinde başvuranlar, Malatya’da Dünya Kadınlar Günü kutlamalarına katılmış ve bu esnada yüzlerce polis memurundan oluşan bir grup, kendilerinin de içinde oldukları kalabalığın etrafında kordon oluşturmuşlardır. Komiser katılımcıları toplantı için önceden izin alınmadığı hususunda uyarmıştır.

8. İlk başvuran, Demokratik Kadın Platformu sözcüsü Bayan Nihal Pekaslan komişere anayasal haklarını kullandıklarını ve konu hakkında uygulanabilir mevzuatın önceden izin alma şartını gerektirmediğini söylemiştir.

9. Polisler, dört başvuranın da aralarında bulunduğu kişileri bekleyen polis araçlarına kadar sürüklemiştir. Bunu yaparken, polisler kalabalığa göz yaşartıcı gaz sıkmış ve dört başvuranın da aralarında bulunduğu kişilere vurmuşlardır.

10. İkinci başvuran, Bayan Refika Meltem İspit, yakalanmamıştır. Hırpalanmamış ancak gözyaşartıcı gaza maruz kalmıştır. Ancak olay sırasında yanında bulunan on bir yaşındaki kızı ve annesi de göz yaşartıcı gaza maruz kalmıştır.

11. Kötü muamele polis araçlarında da devam etmiştir. Erkek polis memurları, yakalanan bayanların kollarını ve bacaklarını sıkmaya başlamışlardır. Bayanlar, polisler bu şekilde davranma haklarının olmadığını söylediklerinde ve bayan polis talep ettiklerinde, kendilerine küfredilmiştir. Polis araçlarındaki olay yaklaşık yirmi dakika sürmüştür.

12. Daha sonra dört başvuran karakola getirilmiş ve buradan da tıbbi muayene için Adli Tıp Kurumu’na gönderilmiştir. Aynı gün düzenlenmiş olan sağlık raporlarında, polisler tarafından dövülen dört başvuranın vücudunda bir ve üç gün arasında değişen süreler boyunca çalışmamalarına neden olan yaralanmaların mevcut olduğu belirtilmiştir.

Daha sonra aynı gün içerisinde dört başvuran polis gözaltısından serbest bırakılmıştır.

C. Hükümet'in olaylara ilişkin savunması

14. 8 Mart 2005 tarihinde başvuranlar, üç farklı gösterici grubunun dövizler, bayraklar, posterler taşıdığı ve trafik akışını engelleyen gösteriler düzenlediği Malatya'da Dünya Kadınlar Günü Kutlamalarına katılmışlardır.

15. Bir grup polis memuru, grubu dağılması için ikna etmeye çalışmış ve gruptan gösterilerine trafik akışını engellemeden devam etmelerini istemiştir. Komiser katılımcıları toplantı için önizin alınmamış olduğu hususunda uyarılmış ancak gösterilerine kaldırımda devam edebileceklerini ve kamu düzenini bozmadan düzenli biçimde yürümelerini söylemiştir. Ancak, başvuranların da aralarında bulunduğu grup, dağılmayı reddetmiş ve gösterilerine devam etmiştir.

16. Komiser, katılımcılara trafik akışını engelledikleri için gösterilerini gerçekleştirdikleri yöntemin yasa dışı olduğunu söyleme hususunda birçok başarısız girişimde bulunmuştur. Komiser ayrıca katılımcılara - çok büyük olan - dövizlerini bırakmalarını ve kaldırımdan yürümelerini; dövizlerin kendilerine geri verileceğini söylemiştir.

17. Grup, caddeyi kapatma hususunda direnmiş ve gösterilerine devam etmiştir. Polislerin uyarılarına ve gayretlerine rağmen, grup sloganlar atmış ve protesto etmeye devam etmiştir. Bu arada, on-on beş polis, diğer katılımcılara talimatlar veren katılımcıların çevresinde bir kordon oluşturmuştur. Polis kordonu içerisinde kalan göstericiler, yakalansalar bile yasa dışı gösteriye son vermeyeceklerini söyleyerek protesto etmeye devam etmiştir.

18. Polisler daha sonra aralarında dört başvuranın da bulunduğu birkaç kişiyi, orantısız olarak değerlendirilemeyecek ölçüde zor kullanılarak, bekleyen polis araçlarına almıştır. Malatya Adliyesi'ne götürülmüşlerdir. Adliye yolunda başvuranlar, araçta bulunan polisler hakaret etmiş ve polisleri kışkırtmaya çalışmışlardır. Ancak, polisler sakinliğini korumuştur. Bayan göstericilere, araçta bayan polis memurları eşlik etmiştir.

19. Haklarında yakalama yapılmayan grubun geri kalan üyeleri, gösteriye devam etmiş ve polislerin dövizlerini kapatma ve kaldırımdan yürüme yönündeki isteklerini yerine getirdikten sonra basın bildirisini okumuşlardır.

20. Hükümet, Mahkeme'ye olayın kamera kaydını ibraz etmiş ve görüntülerin yukarıda özetlenen görüşlerini desteklediğini ileri sürmüştür.

D. Taraflarca ibraz edilen belgelere dayanan kanıtlar

21. Aşağıdaki bilgiler, taraflarca ibraz edilen belgelerden elde edilmiştir.

1. Hadiseye ilişkin belgeler

22. 8 Mart 2005 tarihinde saat 14:00'te on sekiz polis tarafından imzalanan bir rapora göre, polis birkaç sivil toplum kuruluşunun, postane binası üzerinden meydana yürümek amacıyla Milli Egemenlik Caddesi kavşağında toplanmayı planladıkları istihbaratını almıştır. Polis, saat 11.00'de kavşakta tüm gerekli güvenlik önlemlerini almış ve göstericiler öğle vakti alana gelmeye başlamıştır.

23. Polisler, başarısız şekilde göstericileri basın bildirisinin okunması planlanan meydana dövizleri ile yürümeleri hususunda ikaz etmişlerdir. Göstericiler polisi önemsemeyip; yürümeye başladıklarında, dolayısıyla ana yolu kapattıklarında, polisler başvuranları ikinci başvuran olan Bayan Refika Meltem İspit hariç- ve diğer beş göstericiyi kendilerine direnmeleri ve hakaret etmeleri sebebiyle yakalamak için güç kullanmak zorunda kalmıştır.

24. Aynı günde düzenlenen başka bir polis raporuna göre, yakalanan kişiler araçta adliyeye sevk edilirken gürültücü ve kavgacı bir şekilde davranmışlardır. Ayrıca "Sen kim olduğunu zannediyorsun? Bu şekilde davranmaya hakkınız yok. Yazıklar olsun size, çocuklarınıza işkenceci olduğunuzu söyleyecek misiniz?" gibi cümlelerle araçta bulunan polis memurlarına hakaret etmişlerdir.

25. Hükümet, Mahkeme'ye hadisenin polisler tarafından kaydedilen kamera görüntülerini ibraz etmiştir. Ancak, polislerin güç kullandıkları ve başvuranları aldıkları bölüm kamera görüntüsünde yer al-

mamıştır. Kamera görüntüleri göstericileri dövizlerini bırakmaya ikna etmeye çalışan polisler ile başlamakta ve polislerin güç kullanmasını protesto eden ve yakalanan arkadaşlarının serbest bırakılmalarını talep eden göstericilerle devam etmektedir.

26. Kamera görüntülerinden, yakalanmalarından önce başvuruların, polislerin dikkatini 11 Haziran 2004 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan bir genelgeye çektikleri görülebilmektedir. Başvurular tarafından bir kopyası Mahkeme'ye sunulan genelgede, Bakanlık, polislerden ifade ve toplantı özgürlüğü dahil bazı hak ve özgürlüklere saygı göstermelerini istemekte ve polisler bu hak ve özgürlüklerin sadece kısıtlı şartlarda sınırlandırılabilceğini hatırlatmaktadır. Genelgede ayrıca, polisler gösterilerle karşı karşıya kaldıklarında kendilerini tutmak baskı uygulamamak konusunda uyarılmış ve yetkilerini sivil toplum haklarını teşvik etmek için kullanmaya davet edilmiştir.

27. Aynı gün, yakalanan dört başvuran Adli Tıp Kurumu'nun yerel şube müdürlüğündeki doktorlar tarafından muayene edilmiştir. Sağlık raporunda belirtildiği üzere yaralarının detayları şu şekildedir:

Nihal Pekaslan: bir ile beş santimetre arasında değişen dört adet ekimoz ve ön kolda ve sol el üzerinde sıyrıklar. Başvurana üç günlük iş göremez raporu verilmiştir.

Kıvanç Pekaslan: Sağ kol iç bölgesinde 2x2 cm ekimoz; başvurana bir gün iş göremez raporu verilmiştir.

İbrahim Bozay: alın bölgesinde her biri 1x1 cm olan iki adet ekimoz ve sırası ile 1 x 1 ve 2 x 2 cm büyüklüğünde olan sağ el parmaklarının biri ve sağ ön kol üzerinde iki adet ekimoz sıyrık. Başvurana bir gün iş göremez raporu verilmiştir.

Leyla Bozay: Bayan Bozay doktora ensesine vurulduğunu ve saçının çekildiğini söylemiştir. Doktor, her iki kolun iç kısımlarında 1 x 1 ve 2 x 1 cm büyüklüklerinde iki adet ekimoz olduğunu tespit etmiş ve kendisine bir günlük iş göremez raporu verilmiştir.

28. 10 Mart 2005 saat 14.40' ta ilk başvuran Nihal Pekaslan, Malatya Devlet Hastanesi'nde kollarında 15 x 15 cm büyüklüğünde iki ekimoz ve bilek ve elinde birden fazla ekimoz olduğunu gözlemleyen başka bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Doktora göre, yaralar otuz altı ile kırk sekiz saat önce meydana gelmiştir.

2. *Kötü muamele iddialarına ilişkin soruşturmaya dair belgeler*

29. 8 Mart 2005 tarihinde, ikinci başvuran olan Refika Meltem İspir, kendisine ve kızına gözyaşartıcı gaz sıkıktıklarını iddia ettiği polisler aleyhine savcıya suç duyurusunda bulunmuştur. Aynı gün Bayan İspir, savcıyı şifahen kendisine ve kızına göz yaşartıcı gaz sıkıktan polisi teşhis edebileceğini bildirmiştir. Otuz beş gün sonra soruşturmayı yürüten polis memuru tarafından kendisine sorumlu olan polisi tanıyıp tanıyamayacağı sorulduğunda, başvuran polisi sadece bir kez gördüğünü ve bunun da sadece birkaç saniye sürdüğünü ancak olaydan sonra hemen isteselerdi, kendisinin polisi tanıyabileceğini belirtmiştir.

30. 11 Mart 2005 tarihinde diğer dört başvuran, savcıya kötü muamelede bulunuldukları iddia edilen polisler hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuranlar, *diğerlerine ilaveten*, ifade ve toplantı özgürlüğü haklarını kullanırken dövülmelerinden ve darp edilmelerinden ötürü şikayetçi olmuşlardır. Başvuranlar ayrıca Sözleşme'nin 3 ve 10. maddelerine atıfta bulunmuşlardır.

31. 16 Mart 2005 tarihinde Malatya'daki bir komiser, Malatya savcısına kamera kaydının aynen deşifrajını göndermiştir.

32. 4 Nisan 2005 ve 3 Mayıs 2005 tarihleri arasında Malatya savcısı olayların meydana geldiği gün görevli olan on sekiz polisin ifadesini almıştır. Komiser, bayan göstericilerin polise saldırdıklarını ve polisin de karşılık olarak güç kullanmak zorunda kaldığını ifade etmiştir. Polisler tarafından kullanılan gücün orantılı olduğunu ileri sürmüştür.

33. Polislerden dördü, savcıya vermiş oldukları ifadelerde, göstericilerin caddeyi kapadığını ve polislerin göstericileri yakalamak zorunda kaldığını söylemiştir. Ayrıca göstericileri yakalama esnasında, itiş kakış yaşandığını ve göstericilerin polislerle sopalarla saldırdığını dilegetirmiştir. Polisler, sonucunda göstericilerin küçük yaralar alabileceği yoğunlukta güç kullanmak zorunda bırakılmıştır.

34. Geri kalan on üç polis memurunun ifadeleri sadece başvuranlar tarafından adliyeye giderken erkek polisler tarafından darp edildikleri iddiasına ilişkin şikayetlerle ilgiliydi. Bu polisler, göstericilerin polis araçlarında darp edildiklerini yalanlamışlardır. Ayrıca araçlarda yakalanan kişilere bayan memurların eşlik ettiğini de ilave etmişlerdir.

35. 18 Nisan 2005 tarihinde savcı, polis tarafından savcılığa sunulan video kaydını incelemiş ve tespitlerini bir rapora dönüştürmüştür. Savcıya göre, göstericiler polis kordonunu kırmayı ve yürümeyi denemişlerdir. Bu nedenle, polisler, keyfi şekilde davranmamış ve kullanılan güç aşırı olarak telakki edilmemiştir.

36. 12 Mayıs 2005 tarihinde Malatya savcısı polisler hakkındaki soruşturmaya devam etmemeye karar vermiştir. Savcı kararında ikinci başvuran Bayan İspir'in kendisine gözyaşartıcı gaz sıkkan polisi tanıyamadığını belirtmiştir. Savcı başvuruların bölgede, önce denizin almadan toplandığını belirtmiştir. İzinsiz olan gösteriyi dağıtmak için polisler, başvurular yakalamaya direndikleri ve polislere hakaret ettikleri için güç kullanmaya mecbur bırakılmıştır. Savcı, başvuruların asılsız iddialarından başka polislerin soruşturulmasını haklı sebebe dayandıracak bir kanıt olmadığı görüşündedir.

37. Başvurular, savcının kararına itiraz etmişlerdir. Özellikle yakalanırken direnmelerine rağmen polislerin güç kullanmaya devam ettiklerini ileri sürmüşlerdir. Başvurular Sözleşme'nin 10. maddesinin yanı sıra Anayasa ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü haklarını kullanmaya çalıştıklarını belirtmişlerdir. Ayrıca ilgili mevzuat uyarınca gösteri düzenlemek için ön izin alınmasının gerekli olmadığına dikkat çekmişlerdir. Bunun yanı sıra, başvurular, polislerin İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan genelgenin (bakınız paragraf26) aksine hareket ettiklerini ve eylemlerinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini ifade etmişlerdir.

38. Başvuruların itirazları, 28 Temmuz 2005 tarihinde Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu karar, Eylül 2005'te başvurulara tebliğ edilmiştir.

3. Başvuruların yargılanmasına ilişkin belgeler

39. 8 Mart 2005 tarihinde dört başvuran - yani, ikinci başvuran olan Refika Meltem İspir dışındaki tüm başvurular - şüpheli sıfatıyla Malatya savcısı tarafından sorgulanmıştır. Başvurular savcıya gösteriye başlamalarından önce polisin kendilerini yakaladığını ve bunu yaparken de kendilerine vurduklarını söylemişlerdir. Polisler hakaret ettiklerini kabul etmemişlerdir. Başvuruları temsil eden avukatlar, savcıya yakalamanın keyfi olduğunu ve Sözleşme uyarınca müvekkil-

lerinin işkencenin yasaklanması dahil temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğini belirtmişlerdir. Avukatlar müvekkillerinin demokratik haklarını kullandıklarını ve herhangi bir suç işlemediklerini eklemişlerdir.

40. Aynı gün, Malatya savcısı Malatya Asliye Ceza Mahkemesi'ne hazırladığı iddianameyi sunmuş ve dört başvuran ile birlikte yakalanan diğer beş kişinin yanı sıra dört başvuran hakkında polis memurlarına hakaret etmek ve (2911 no'lu) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nu ihlal etmekten ötürü ceza kovuşturması başlatmıştır.

41. 2 Haziran 2005'te Malatya Asliye Ceza Mahkemesi, dört başvuran ve diğer sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir. Mahkeme, dört başvuranın polisler karşısındaki direnç gösterdiğini kanıtlayan bir delil olmadığına karar vermiştir.

HUKUK

42. Başvuruların hem olay hem de hukuk açısından benzerliğini dikkate alarak Mahkeme, başvuruların birleştirilmesini uygun görmüştür.

I. SÖZLEŞME'NİN 3, 6 VE 13. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

43. Başvuranlar, Sözleşme'nin 3. maddesinin aksine kötü muameleyle maruz kalmalarından şikayetçi olmuşlardır. Sözleşme'nin 3, 6 ve 13. maddeleri uyarınca şikayetlerinin yeterli ölçüde incelenmemiş olmasından dolayı da şikayetçi olmuşlardır.

44. Hükümet, başvuruların şikayetlerine itiraz etmiştir.

45. Mahkeme, bu şikayetlerin Sözleşme'nin 3. maddesi yönünden münferiden incelenmesi gerektiği düşüncesindedir. Sözleşme'nin 3. maddesi şu şekildedir:

"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

A. Kabul edilebilirlik

46. Hükümet, başvuruların tazminat için idari veya hukuk davası açmamlarından ötürü Sözleşme'nin 35 § 1 maddesi anlamı dahilinde mevcut olan iç hukuk yollarını tüketmediklerini iddia etmiştir.

47. Mahkeme, benzer davalarda yapılan benzer ilk itirazları incelediğini ve reddettiğini yeniden dile getirmiştir (bakınız, yakın geçmişte, *Gazioğlu ve Diğerleri v. Türkiye*, no.29835/05, §§ 29-30, 17 Mayıs 2011, ve o kararda belirtilen davalar: bakınız ayrıca *Sacılık ve Diğerleri v. Türkiye* (kısmı adil tazmin), no. 43044/05 ve 45001/05, §§ 68-69, 5 Temmuz 2011). Mahkeme, mevcut davada yukarıda anılan davalardaki bulgularından vazgeçmesini gerektirecek özel bir durum tespit etmemiştir. Bu nedenle Hükümet'in şikayetin kabul edilebilirliğine dair itirazlarını reddetmiştir.

48. Kendisine göz yaşartıcı gaz sıkıldığını iddia eden ikinci başvuran Refika Meltem İspir tarafından yapılan şikayetlere gelince, Mahkeme başvuranın Mahkeme'ye iddialarını kanıtlayacak nitelikte deliller sunmadığını gözlemlemektedir. Bu nedenle Bayan İspir tarafından ileri sürülen şikayetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna ve Sözleşme'nin 35 §3 maddesi uyarınca reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

49. Mahkeme, diğer dört başvuran tarafından yapılan şikayetlerin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi kapsamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtmektedir. Ayrıca bu şikayetlerin başka gerekçelerden ötürü kabul edilemez olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle bu şikayetler kabul edilebilir olarak beyan edilmiştir.

B. Esas bakımından

50. Dört başvuran Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilerek kötü muameleye maruz kaldıklarını iddia etmişlerdir. İddialarını destekleme hususunda yukarıda yaralarını detaylı şekilde açıklayan sağlık raporuna istinat etmiş ve polis tarafından kullanılan gücün kanuni dayanağı olmadığını ve ulusal mevzuatı ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

51. Dört başvuran, olaylar boyunca kendilerinin İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan genelgeye uygun hareket ettiklerini ve kendilerine karşı güç kullanılmasını gerektirecek şekilde davranmadıklarını ileri sürmüştür. Bu savlarını desteklemek için kendilerine isnat edilen suçlardan beraat etmiş olmalarının polisler için direnç göstermediklerini kanıtladığını iddia etmişlerdir. Başvuranlar ayrıca polislerin isteğine uymalarına ve dövizleri bırakarak kaldırımday yürümeyi kabul etmelerine rağmen polislerin kendilerini şiddet kullanarak yakaladıklarını ileri sürmüştür.

52. Hükümet, başvuruların ön uyarı olmaksızın polisler tarafından saldırıya uğradıkları iddialarının asılsız olduğu kanaatindedir. Hükümet, başvuruların kötü muamele iddialarını destekleyecek somut deliller ibraz edemediği kanaatindedir. Ayrıca polis ve göstericiler arasında bir mücadele yaşanmadığını iddia etmiştir.

53. Hükümet'e göre, olayın kamera görüntüleri polislerin başvuruları ilgili mevzuatı ihlal edecek şekilde davranmamaya ikna etmek için her şeyi yaptığını göstermektedir. Ancak, başvurular ve diğer göstericiler uyarıları dikkate almadığında ve trafik akışını engellediklerinde, polisler bu kişiler etrafında kordon oluşturmuş ve aşırı olarak değerlendirilemeyecek ölçüde güç kullanarak onları yakalamıştır. Polis tarafından kullanılan güç orantılıydı ve başvuruların vücudunda oluşan yaralar gösterdikleri direnç sonucu oluşmuştu. Hükümet'e göre, polisler tarafından kullanılan güç kamu düzenini sağlama açısından orantılı olduğu için Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir.

54. Ayrıca, Hükümet, başvuruların kötü muamele görmüş olduklarına ilişkin iddialarının ulusal otoriteler tarafından etkili bir şekilde soruşturma konusu yapıldığını belirtmiştir.

55. Mahkeme, Hükümet'in dört başvuruları yakalarken polisler tarafından güç kullanıldığını kabul ettiğini ancak kullanılan gücün aşırı olarak düşünülemeyeceğini ileri sürdüğünü gözlemlemektedir. Hükümet ayrıca polisler tarafından kullanılan gücün kamu düzenini sağlama amacı ile orantılı olduğunu ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğini ileri sürmüştür.

56. Mahkeme başlangıçtan beri işkencenin veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelenin veya cezanın yasaklanmasının mutlak mahiyetini vurgulamaktadır. Mahkeme yerleşik içtihadına göre 3. maddenin bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasaklamadığı doğrudur. Ancak, bu tür bir güç sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmamak kaydıyla kullanılabilir (bakınız *Ivan Vasilev v. Bulgaristan*, no. 48130/99, § 63, 12Nisan 2007, ve bu kararda belirtilen davalar).

57. Ayrıca, kişinin kendi tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hale gelmedikçe, bu nev'i den fiiller, prensip olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen hakkı ihlal edecektir. Bu bağlamda, Mahkeme suçla mücadeleye özgü inkar edilemez

zorlukların, bireylerin vücut dokunulmazlığı açısından sağlanacak korumaya sınırlar konulmasını haklı kılamayacağını tekrar dile getirmektedir (bakınız *Ribitsch v. Avusturya*, 4 Aralık 1995, § 38, Seri A no.336, ve bu kararda belirtilen diğer davalar).

58. Yukarıda bahsedilen kararlardan anlaşılmaktadır ki sadece bazı sınırları belli durumlarda polisler tarafından fiziksel güce başvurulmasının kötü muamele olmadığı kabul edilebilmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Hükümet'in polisler tarafından güç kullanımının kamu düzenini sağlama amacı ile orantılı olduğunu ileri sürmesini (bakınız paragraf 53) kabul etmemektedir. Sözleşme'nin 3. maddesinin bir kişinin vücut bütünlüğünün korunması ve kamu düzenini sağlanması amacı arasında dengeleyici bir uygulamaya olanak tanımadığını vurgulamak önemlidir.

59. Hükümet bir yandan polis ve göstericiler arasında bir mücadele yaşanmadığını savunurken (bakınız paragraf 52), aynı zamanda "başvuranlar ve diğer göstericiler uyarıları önemsemeyip trafik akışını engellediklerinde, polislerin etraflarında bir kordon oluşturduğunu ve güç kullanarak bu kişileri yakaladığını" ifade etmiştir (bakınız paragraf 53). Mahkeme, Hükümet'in polislerin başvuranlara karşı güç uyguladığını kabul ettiğini dikkate alarak, güç kullanımının başvuranların kendi tutumları nedeniyle kaçınılmaz olarak gerekli olduğunu ve polisler tarafından kullanılan gücün aşırı olmadığını ikna edici şekilde gösterme yükünün Hükümet'e ait olduğuna kanaat getirmiştir.

60. Mahkeme, Hükümet'in dört başvuranın yakalanmaya direndikleri ve bu dirençlerinin kendilerine karşı kullanılan gücü haklı sebebe dayandırdığına ilişkin savunmasına istinaden ulusal makamlarca verilen iki çelişkili sonuç ile karşı karşıya kalmıştır. Savcının 12 Mayıs 2005 tarihli kararına göre, başvuranlar yakalanmalarına direnç gösterdikleri ve polislere hakaret ettikleri için polisler güç kullanmaya mecbur bırakılmıştır. Ancak Malatya Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2 Haziran 2005 tarihli kararına göre, dört başvuranın polislere direnç gösterdiklerini kanıtlayacak herhangi bir delilin mevcut olmadığı belirtilmiştir (bakınız paragraf 41).

61. Polislerin başvuranları yakaladığı bölümü içermeyen olayın kamera görüntüleri, Mahkeme'ye kullanılan gücün kaçınılmaz olduğu, aşırı olmadığı ve dört başvuranın kendi tutumundan kaynaklan-

dığını değerlendirmede yardımcı olmamıştır. Hükümet'in Mahkeme'ye kamera kaydının düzeltilmemiş kopyasını ibraz etmemesinden endişe duyan Mahkeme, 34.madde uyarınca tesis edilen bireysel başvuru sisteminin etkin işlemesi gereğini vurgulayarak, Devletlerin başvuruların uygun ve etkin şekilde incelenmesini mümkün kılacak gerekli olanakların tümünü sağlamalarının son derece önemli olduğunu belirtmiştir (bakınız *Tanrıkulu v. Türkiye* [GC], no. 23763/94, § 70, AİHS 1999-IV). Başvuranın Devlet görevlilerini Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlal etmekle suçladığı davalarda, davalı Devletin bu iddiaları teyit edebilecek veya tekzip edebilecek bilgilere ulaşması yargılama sürecine özgü bir durumdur. Hükümet'in elindeki bu tür bilgileri tatmin edici şekilde ibraz edememesi sadece davalı Devletin Sözleşme'nin 38. Maddesinde belirtilen yükümlülüklerine uyumluluk düzeyini olumsuz yönde göstermekle kalmayıp; ayrıca başvuranın iddiaların sağlam bir temele dayandığı sonucunun da çıkarılmasına yol açabilmektedir (bakınız *Timurtaş v. Türkiye*, no. 23531/94, § 66, AİHS 2000-VI; ayrıca bakınız Mahkeme İçtüzüğü Madde 44A ve C). Mevcut davada ve özellikle Hükümet'in dört başvuranın yaralarına istinaden makul bir açıklama getirme yükünü taşıdığını dikkate alarak (bakınız paragraf 59), Mahkeme, Hükümet'in Sözleşme'nin 38. maddesi uyarınca yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemeyi gerekli bulmamıştır.

62. Son olarak, Mahkeme, polisler hakkında takipsizlik kararı veren savcının kullanılan gücün kaçınılmaz ve aşırı olup olmadığını tespit etmeye dair bir girişimde bulunmadığını belirtmektedir.

63. Bunun yerine, savcının soruşturmayı kapatma kararının altındaki gerekçe başvuruların gösteri düzenlemek için ön izin almamış olmaları gibi gözükmektedir. Ancak Mahkeme, Anayasa'nın 34. maddesine göre, herkesin ön izin almaksızın silahsız ve barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Mahkeme ayrıca başvuruların faydasız şekilde polisler (bakınız paragraf 8) ve Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi'ne (bakınız paragraf 37) Türk hukuku uyarınca gösteri düzenlemek için ön izin alınmasının gerekli olmadığını hatırlattıklarını belirtir.

64. Mahkeme, yukarıda özetlenen rapor doğrultusunda (bakınız paragraflar 22 ve 24), polislerin planlanan gösteriden haberdar oldu-

ğunu ve göstericiler olay mahalline gelmeden bir saat önce gerekli önemleri almış olduğunu dikkate almaktadır. Bu nedenle, polislerin önhazırlık olmadan çağırıldıkları söylenememektedir (bakınız *Rehbock v. Slovenya*, no.29462/95, § 72, AİHS 2000-XII). Bundan dolayı polislerden, kamu düzenine tehdit oluşturmayan ve Malatya Asliye Ceza Mahkemesi tarafından tespit edildiği üzere, ihlale neden olan eylemlerde bulunmayan kalabalığı dağıtma girişiminde bulunmadan önce sabır ve tolerans göstermeleri beklenmiş olabileceği aşikardır.

65. Yukarıda anlatılanlar ışığında, özellikle savcının kullanılan gücün kaçınılmaz ve aşırı olup olmadığını belirlememesi ve Hükümet'in Mahkeme'ye olayın tam kamera kaydını göndermemesi durumlarını göz önüne alan Mahkeme, Hükümet'in, yaralan sağlık raporları ile ispatlanan dört başvurana kullanılan güç ölçüsünü açıklama veya bunu haklı sebebe dayandırma hususunda dayanak sağlayacak ikna edici veya güvenilir olay ve olgular sunamadığı kanaatine varmıştır. Sonuç olarak, başvuruların maruz kaldığı yaraların önleme yükümlülüğü Devlet'te bulunan, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı kötü muamele teşkil eden eylemler sonucunda olduğu sonucuna varılmıştır..

66. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 10 VE 11. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASINA DAİR

67. Son olarak, başvurular Sözleşme'nin 10 ve 11. maddeleri ile güvence altına alınan haklarının gerekçe olmaksızın müdahaleye ve kısıtlamaya maruz kalmasından dolayı şikayetçi olmuşlardır.

68. Hükümet, bu iddiaya itiraz etmiştir.

69. Mahkeme, ilgili olduğu kadarıyla, başvuruların şikayetlerinin Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği kanaatinde-dir. Bu madde şu şekildedir:

“Herkes barışçıl olarak toplanma hakkına sahiptir...

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde kamu güvenliğinin korunması...veya suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz.”

A. Kabul edilebilirlik

70. Hükümet, başvuruların ulusal mahkemeler önünde barışçıl toplantı haklarını aramadığı düşüncesindedir.

71. Mahkeme, başvuruların birçok beyan ve dilekçede açık şekilde Sözleşme kapsamındaki haklarına atıfta bulduklarını gözlemlemiştir (bakınız paragraflar 30, 37 ve 39). Bu nedenle Mahkeme, Hükümet'in şikayetin kabul edilebilirliğine ilişkin itirazını reddetmektedir.

72. Mahkeme, başvuran Refika Meltem İspir'in kendisine göz yaşırtıcı gaz sıkıldığı iddiasına zaten kanıtlayamadığı sonucuna ulaşmıştır (bakınız paragraf 48). Mahkeme ayrıca, geri kalan dört başvuranın aksine, Bayan İspir'in yakalanmadığını (bakınız paragraf 10) dikkate almıştır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen, Bayan İspir'in iddia ettiği haklarına bir müdahalenin olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle başvuranın şikayetleri açıkça dayanaktan yoksun olup; Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi uyarınca reddedilmelidir.

73. Mahkeme, Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi uyarınca, diğer başvurular tarafından bulunulan şikayetlerin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtmektedir. Ayrıca başka gerekçelerle de kabul edilemez olmadıklarını dikkate almaktadır. Bu nedenle bu şikayetler kabul edilebilir beyan edilmelidir.

B. Esas bakımından

1. *Başvuranların barışçıl toplantı özgürlüğünü kullanmalarına bir müdahale olup olmadığına dair*

74. Hükümet, Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca, başvuruların haklarına bir müdahale yapılmadığını ileri sürmüştür.

75. Mahkeme, dört başvuranın maruz kaldıkları kötü muamelenin yanı sıra toplantıya katıldıkları için polisler tarafından yakalanmalarının, Sözleşme'nin 11. maddesinde ifade edilen, başvuruların haklarına müdahale teşkil ettiği kanaatindedir.

2. *Müdahalenin haklı sebebe dayanıp dayanmamasına dair*

76. Hükümet söz konusu toplantının yasaya aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasının kar-

gaşanın önlenmesi için barışçıl toplantı hakkı üzerinde sınırlamalar uyguladığına dikkat çekmiştir.

77. Mahkeme, a) "kanun ile öngörülmedikçe», b)bu hükmün ikinci fıkrası uyarınca bir veya birden fazla meşru bir amacı gözetmedikçe ve c) bu amaçların gerçekleştirilmesi "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal edeceğini yeniden ifade etmektedir.

78. Bu bağlamda, Mahkeme, mevcut davadaki müdahalenin, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 23 ve 24. maddeleri uyarınca, yasal bir dayanağa sahip olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 11 § 2 maddesi anlamı dahilinde "kanun ile öngörülmuş" olduğu dikkate alınır. Meşru bir amaca istinaden, Hükümet müdahalenin, diğerlerinin arasında, kamu düzeninin bozulmasını önleme amacını gözettiğini ileri sürmüştür.

79. Müdahalenin "demokratik bir toplum içerisinde gerekli" olup olmadığına ilişkin soruya gelince, Mahkeme başvuruların şikayetlerini Sözleşme'nin 11. Maddesine ilişkin verdiği kararların temelinde bulunan temel ilkeleri ışığında incelemiştir (bakınız, özellikle, *Oya Ataman v. Türkiye*, no. 74552/01, §§35-44, AİHS 2006-XIII, ve bu kararda belirtilen diğer kararlar; *Bukta ve Diğerleri v. Macaristan*, no. 25691/04, §§ 33-39, AİHS 2007*DC; ve *Eva Molnâr v. Macaristan*, no. 10346/05, §§ 23-46, 7 Ekim 2008).

80. Mevcut davada polisler gösteriye katılan birkaç kişi ile birlikte başvuruların dördünü Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nu ihlal ettikleri gerekçesiyle yakalamıştır. Ancak, Malatya Asliye Ceza Mahkemesi'nin tespitlerini dikkate alarak, Mahkeme başvuruların ve diğer göstericilerin, Hükümet'in iddiaların aksine, kanunu ihlal edecek bir eylemde bulunmadıklarını gözlemlemiştir.

81. Malatya Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen karar, grubun ne kamu düzenine birtehdit teşkil ettiğini ne de ihlal eylemlerine giriştiğini göstermektedir. Bu bağlamda Mahkeme, göstericilerin şiddet eylemlerinde bulunmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin, Sözleşme'nin 11. maddesi ile güvence altına alınan toplantı özgürlüğü hakkının özüne yönelik sınırlama teşkil edecek fiillere mahal vermemek için kesin bir ölçüde tolerans göstermesinin önemli oldu-

ğunu yinelemektedir, (bakınız *Nurettin Aldemir ve Diğerleri v. Türkiye*, no.32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 ve 32138/02, § 46, 18 Aralık2007). Mahkeme, dört başvuranın sadece barışçıl bir gösteriye katılmaları nedeniyle yargılanmasını - ardından beraat etmelerine rağmen - dikkate almıştır. Mahkeme, barışçıl bir gösterinin, prensip olarak, cezai yaptırım tehdidine tabi olmaması gerektiği kanaatindedir(bakınız, gerekli değişiklikler birlikte, *Akgöl ve Göl v. Türkiye*, no. 28495/06 ve 28516/06, §43, 17 Mayıs 2011).

82. Yukarıdaki anlatımlar ışığında Mahkeme, polislerin gösteriye müdahalesinin, ve ayrıca bu nedenle haklarında soruşturma başlatılmasının, orantısız olduğunu ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında düzenin bozulmasının önlenmesi için gerekli olmadığını belirtmektedir.

83. Bu doğrultuda dört başvuran açısından Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali söz konusudur.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

84. Sözleşme'nin 41. Maddesi şu şekildedir:

"Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder."

A. Tazminat

85. Manevi tazminat olarak ilk başvuran Nihal Pekaslan 30,000 Euro ve diğer dört başvuranın her biri ise 25,000 Euro talep etmektedir.

86. Hükümet, bu taleplerin ispatlanmamış ve çok fazla olduğu kanaatindedir.

87. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. ve 11. maddeleri uyarınca tespit edilen ihlaller açısından, dört başvuranın - Nihal Pekaslan, Kıvanç Pekaslan, İbrahim Bozay ve Leyla Bozay - belirli miktarda sıkıntı çektiği kabul edilebileceği düşüncesindedir. Hakkaniyet temelinde hükmeden Mahkeme, manevi tazminat olarak dört başvuranın her birine 12,000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

B. Yargılama masrafları ve giderleri

88. Mahkeme nezdinde oluşan yargılama masrafları ve giderleri açısından başvuran Nihal Pekaslan 5,123.50 Euro ve geri kalan başvurular ise 1,441 Euro talep etmiştir. Talepleri hususunda başvuranlar Mahkeme'ye yasal temsilcilerinin dava için harcadığı süreyi gösteren zaman çizelgesini ibraz etmiştir.

89. Hükümet, taleplerin ispatlanmamış olduğu kanaatindedir.

90. Mahkeme içtüzüğüne göre, başvuran sadece yargılama masrafları ve giderleri gerçekten ve kaçınılmaz olarak oluştuğu ve meblağ olarak makul olduğu kadarıyla bu tutarları geri alma hakkına sahiptir. Mevcut davada, elindeki belgelere ve yukarıdaki kriterleri dikkate alan Mahkeme, masrafların karşılanması için dört başvurana müştereken 2,500 Euro ödenmesinin makul olduğuna karar verir.

C. Gecikme Faizi

91. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar verir.

İŞBU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Başvuruları birleştirmeye *karar verir*;
2. Başvuran Refika Meltem İspir tarafından bulunulan şikayetlerin kabul edilemez vebaşvuruların geri kalanının kabul edilebilir olduğunu *beyan eder*;
3. Geri kalan dört başvuranın - Nihal Pekaslan, Kıvanç Pekaslan, İbrahim Bozay ve Leyla Bozay - polisler tarafından maruz bırakıldığı kötü muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini *kabul eder*;
4. Polislerin gösteriye müdahale etmesi ve yakalanmaları nedeniyle dört başvuran açısından Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğini *kabul eder*;
5. (a) AİHS'nin 44 § 2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, döviz kuru üzerinden Türk Lirasına çevril-

mek üzere Davalı Devlet tarafından başvurulara aşağıdaki tutarların miktara yansıtılabilecek her türlü vergilerle birlikte ödenmesini

(i) Dört başvuranın her birine - Nihal Pekaslan, Kıvanç Pekaslan, İbrahim Bozay ve Leyla Bozay - manevi tazminat olarak miktara yansıtılabilecek her türlü vergilerle birlikte 12,000 Euro (on iki bin Euro);

(ii) Dört başvurana müştereken, yargılama masrafları ve giderleri için miktara yansıtılabilecek her türlü vergilerle birlikte 2,500 Euro (iki bin beş yüz Euro);

b) Yukarıda bahsedilen üç aylık sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, yukarıda bahsedilen miktara, Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranda basit faizin uygulanmasını *kabul eder*;

6. Başvuranların adil tazmine ilişkin diğer taleplerini *reddeder*.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış ve AIHM İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddesine uygun olarak 20 Mart 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith

Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens

Başkan

ERZURUMLUOĞLU ARMAĞANI

Ankara Barosu Yayını

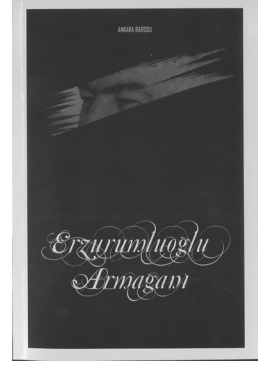
Editör: Yrd. Doç. Dr. Emel Badur

(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Ankara 2012-12-19)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu için öğrencileri ve meslektaşları tarafından hazırlanan ve Ankara Barosu tarafından yayını gerçekleştiren Armağan, 35 bilim adamının imzası çeşitli hukuk alanlarında (Anayasa, Medeni hukuk, ceza hukuku, idare hukuku, ticaret, borçlar, miras, Roma, rekabet, mülkiyet, vergi, medeni usul vs. gibi) 35 inceleme, araştırma yazısı içermektedir.

1936 yılında Yozgat-Akdağmadeni'nde dünyaya gelen Erzurumluoğlu, 1959 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş ve Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisi'nde bilimsel çalışmalara başlamıştır. Ankara Barosu'nda yıllarca avukatlık yapmış, Ankara Barosu Başkanlığı'na seçilmiştir. Yoğun bilimsel ve meslek çalışmaları arasında politika ile uğraşmak olanağını da bulmuştur.

Hocası Prof. Dr. Ali Bozer'in anlatımı ile "henüz genç" veya "olgunluk "çağında" olan Erzan Erzurumluoğlu'na vefa duygusu gösteren öğrenci ve meslektaşları ile Armağan'a katkıda bulunanlara teşekkür etmekteyiz.



MİTOLOJİDEN GÜNÜMÜZE SAVUNMA

Av. M. Haşim Mısır

Gaziantep Barosu Yayını, Gaziantep 2012

"Avukatlık Disiplin Hukuku" kitabı yazarı, Gaziantep Barosu önceki başkanlarından ve 2001-2009 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu üyesi M. Haşim Mısır, savunma alanındaki araştırma çalışmalarına devam etmektedir.

"Mitolojiden Günümüze Savunma" kitabında, çeşitli görsel malzeme eşliğinde savunma ile ilgili bilgiler verilmekte, tarihi süreçle ilgili değerlendirmeler yapılmaktadır.

