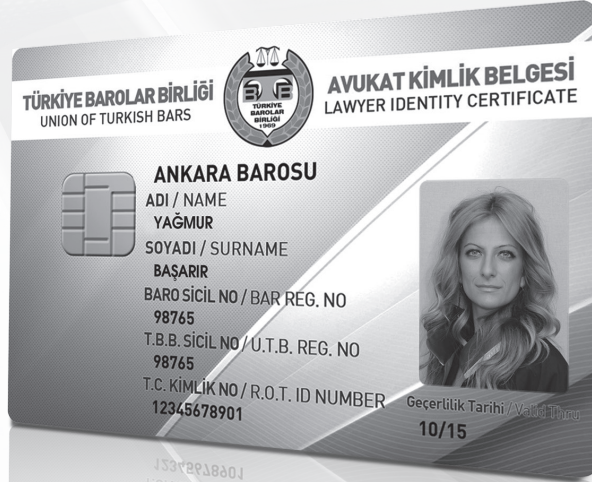




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile, Adliyeye gitmeden internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- **dava açabilir,**
- **her türlü dosya giderini yatırabilir,**
- **sorgulama yapabilirsiniz.**

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği

© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

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

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Genel Yayın Yönetmeni Yrd. / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

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

Editörler Kurulu / Board of Editors

Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Şamil Demir
Şerafettin Gökalg
Musa Toprak
Özgecan Yanlı

Danışma Kurulu / Board of Advisors

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

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

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

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

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

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

İletişim Adresi / Communication Address

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

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 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

Basım Tarihi / Printing Date : 05. 03. 2014

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nde, makaleler, Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
- Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (En fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (En fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.
c) Yazılar, **ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman** karakterinde yazılmalıdır.
d) **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (“.....”) içine alınmalı, **sadece eser adı İtalik** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Yazar Adı, “Makale Adı”, *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.
Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırri”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında da dip not kurallarına uyulması** zorunludur.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası yayin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların, ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazıların **“hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir**; açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hake-me gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına *“olur”* verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.
Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
- Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 Aynaz UĞUR

İş Mahkemeleri Kanunu'nun Temel Özellikleri ve HMK Karşısındaki Durumu /
The Basic Features of Labour Court Code and Its Position With Regard to Civil
Procedure Code

33 Zehra ÖZKAN

Amerikan Haksız Fiil Hukukunda Nedenselliğin Tesisi Çerçevesinde Gerçek Neden
ve İspatı / Factual Causation and Its Proof in American Tort Law

57 Mehmet AKÇAAL

Borçlar Kanununa Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi / The Contract of
Hire Purchase with Advance Payment According to the Code of Obligations

109 Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ

Geçici Ödemeler / Transitional Payment

129 Olgun DEĞİRMENCİ

Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma /
Mistake in Criminal Law and Mistake in Causes of Justification

189 Oytun CANYAŞ

İdari Yargılama Usulu Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Arasındaki Çatışmaların Klasik
Yöntemle Çözümü / Historical Development and Characteristic of Regulatory
Authority in Turkish Law

219 Harun YILMAZ

Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği / Historical
Development and Characteristic of Regulatory Authority in Turkish Law

241 Ömer Lütfi TAŞCIOĞLU

Seçim Sistemimiz, Seçim Şaibeleri ve Öneriler / Turkish Electoral System,
Gerrymandering and Precautions

281 Ümit KILINÇ

Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri /
Right to Freedom of Assembly and Peaceful Demonstration and The Obligations
of The State

MAKALELER / ARTICLES

305 Recep LEVENT

Bağımsız Çalışan Avukatların Sosyal Güvenliği / The Social Security of Self-Employed Lawyers

335 Selin SERT

Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesi

357 İlker Hasan DUMAN

İnşaatın Yasallık Kazanması için Mahkemenin Tarafalara Süre ve Yetki Vermesi

361 İsa ÇELİK

Dördüncü Yargı Reform Paketi / 4th Reform of Law

371 Ozan CAN

Gezi Parkı Gösterileri ile Yeniden Gündeme Gelen Polisin Hukuka Aykırı Davranışları ve Polis Eğitiminde Hukukun Yeri

383 Mehmet IŞIK

Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi / Secret Enquirer Appointment

399 Mesude ALTUNEL

Duruşma Esnasında Ayağa Kalkma Meselesi / During The Trial, It's a Matter of Get up Stand up

403 Melek ACU

Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar

435 Şeref İBA

Bakanlar Hakkında Fezleke Pratiği ve Kaydadeğer Bir İçtüzük Boşluğu

440 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Türkiye, demokrasi tarihinde asla unutamayacağı bir alacakaranlık kuşağından geçiyor. Bu karanlıktan çıkmanın tek yolu, adaletin evrensel ilkeleri ışığında gerçek bir hukuk devletini elbirliğiyle tesis etmektir.

Demokrasi, insan hakları, hukuk devleti ve ülke barışı söz konusu olduğunda hiçbirimiz kayıtsız kalamayız. Aynı zamanda günlük kısır tartışmaların içinde kaybolmak yerine tüm yurttaşlarımız için kalıcı çözümler üretmeliyiz.

Bu çerçevede, içinde bulunduğumuz sıkıntılı günleri aşmak için hazırlamış olduğum çözümlerini sizlerle paylaşmayı bir görev addediyorum.

Siyasi iktidar, son dönemde hukuka aykırı olarak getirdiği veya getirmek için çalışma başlattığı düzenlemelerden derhal vazgeçmelidir.

1. İnterneti sansürleme yetkisini idareye (TİB Başkanı'na) vermek,
2. Yurttaşların internette 2 yıl boyunca neler yaptıklarını, hangi sitelere girdiklerini, hangi sözcükleri arama motorlarına arattıklarını, sosyal medyada hangi mesajı attıklarını arşivletmek ve idarenin keyfi kullanımına hazır tutmak,
3. Tüm hakim ve savcıların teftişini Adalet Bakanı'na bağlamak,
4. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda hangi üyenin hangi dairedede (örneğin hakimlerin hangi mahkeme ve illerde görev yapacağını belirleyen dairedede) görev yapacağına Adalet Bakanı'nı yetkili kılmak,
5. Başbakana bağlı MİT'i, dokunulmazlık zırhlılıyla kuşatıp, uluslararası istihbarat işinden öncelikli olarak yurttaşlarımızı takip eden, dilediği kurumun, bankanın, şirketin, sendikanın, bilgisayar sistemine bağlanabilen, totaliter devletlerin hafiyelik teşkilatlarına dönüştürmek,

6. Yurttaşın idari dava açmasını ve yürütmeyi durdurma kararı almasını kısıtlama yönündeki proje ve girişimler; ne demokrasiye, ne insan haklarına, ne ülke barışına hizmet edecektir.

Açıkça ifade edelim; baskı tepkiyi getirir, tepki baskıyla bastırılmaya çalışılır; hükümet giderek yönetemez hale gelir. Bu süreçte yaratılan yeni canavarlar önce topluma, sonra, iktidarın değişeceği sinyali ni alır almaz da yaratıcılarına saldırırlar. Ardından yargı, yeni ölçerin aracı olarak kullanılmaya başlanır. Bu güzel ülkede mazlumların adı değişir, zulüm hep devam eder.

Öyleyse siyasi iktidar; sorunları büyütecek bu uygulamalar yerine 76 milyon yurttaşımız için şu adımları atmalıdır:

1. Bugüne kadar ağırlıklı olarak terör örgütü itirafçılarına itibar kazandırıp, terörle mücadele eden asker ve polislerimizin mahkumiyetini sağlayan, demokratik dünyada eşi benzeri görülmemiş şekilde uygulanan gizli tanıklık kurumu tamamen kaldırılmalıdır.
2. Siyasi iktidarın, emniyet güçlerinin, belirli çıkar çevrelerinin canını sıkın, onların önüne engel çıkaran insanların hayatlarını kurtarma potansiyeline sahip ses bantlarının ve dijital verilerin tek başına delil olmaları yasaklanmalıdır.
3. Ülkeyi tam bir polis - istihbarat devletine / kabusuna çevirecek MİT Kanunu değişikliği teklifinden vazgeçilmelidir.
4. "Orduya, aydınlara kumpas kuruldu, çok yanlış, çok üzülüyoruz, biz yapmadık, onlar yaptı, bizi de kandırdılar" demek yetmez; bu cümleleri sarf etmenin yüklediği siyasi, ahlaki ve hukuki sorumluluk, yeniden ve adil yargılamayı sağlayacak formülleri üretmektir.

Bu adımlar süratle atılmaz ise, korkarım toplum yeni kaoslara sürüklenecek, çekilen acıların bir türlü sonu gelmeyecektir.

Kuşkusuz siyasi muhalefetin de somut çözümler üretme görevi vardır.

Muhalefet;

1. Siyasi iktidarın niçin "yanlış" olduğunu anlatmanın yanı sıra, kendilerinin niçin "doğru" olduğunu anlatmalıdır.
2. "Ben doğruyum" demek yetmez, yürünen çizginin de düz olması gerekir.

3. Mevcut HSYK'nın yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamadığı, tam aksine iktidara ve/veya iktidar içi yapılara bağımlı kıldığı söylemleri sonrası, mevcudu koruma ve kutsama algısı yaratmaktan vazgeçmelidir. Yargı bağımsızlığı, son kanunla ortadan kaldırılmamaktadır; yargı bağımsızlığı hep zedelidir, hep sorunludur. Son kanun değişikliği bunu daha ileri bir aşamaya taşımaktadır. Öyleyse, siyasi muhalefet 2 yanlıştan birini tercih etmek yerine, ortaya evrensel standartlara göre hazırlanmış çözümünü tekrar tekrar koymalı, siyasi iktidar bu çözümü kabule yanaşmaz ise, o zaman topluma bunu anlatarak düz çizgisini korumalıdır.
4. Türkiye'nin gündemi, adalettir, yolsuzluktur, özgürlüktür, hukuکی güvenlidir, sosyal adalet, sosyal güvenlidir, alın terinin değerinin ne olacağıdır. Bu gündemlerin biri diğerine öncelikli değildir; marifet hepsini ülke gündeminde tutabilmektir.
5. Siyasi muhalefet, Türkiye'nin önüne yeni bir yol açmakla yükümlü olduğunu, bunun da özgürleşme, demokrasi, sosyal adalet, sosyal güvenlik projeleriyle gerçekleşebileceğini unutmamalıdır.

Özetle; siyasi partilerin el ele verip hem kendileri hem 76 milyon yurttaşımız için hayırlı bir iş yapma, gizli tanıklığı kaldırma, ses bantları ve dijital verileri tek başına delil olmaktan çıkarma, Anayasa değişikliği yoluyla HSYK'yı bağımsız ve tarafsız kılma zamanı gelmiştir.

Ne zaman ki objektif davranıp, "hukuksuzluğa" "hukuksuzluk", "haksızlığa" "haksızlık" diyebiliriz, ancak o zaman demokrasi, hukukun üstünlüğü ve adalet yolunda önemli mesafe kaydedebiliriz.

Saygılarımla.

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NUN TEMEL ÖZELLİKLERİ VE HMK KARŞISINDAKİ DURUMU

THE BASIC FEATURES OF LABOUR COURT CODE AND ITS POSITION WITH REGARD TO CIVIL PROCEDURE CODE

Aynaz UĞUR*

Özet: HUMK döneminde İMK m. 7 uyarınca iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanıyordu. Ancak HMK m. 316 ile bu hüküm mülga hale geldi. Buna göre hizmet ilişkisinden doğan davalar artık basit yargılama usulüne göre görülecektir. Bu hüküm ile İMK'nın HMK tarafından neredeyse yürürlükten kaldırıldığı düşünülebilir. Çalışmamızda sırasıyla iş mahkemelerinde uygulanan görev kuralları, yetki kuralları ve yargılama usulü ile iş mahkemesi kararlarına karşı kanun yolları ve İş Kanunu'ndan kaynaklanan idari para cezalarına karşı kanun yolları anlatılacak ve bunların HMK karşısındaki durumu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İş mahkemeleri, sözlü yargılama usulü, basit yargılama usulü, görev, yetki, kanun yolları, idari para cezası.

Abstract: Oral proceedings was being applied in labour courts, before the adoption of new Civil Procedure Code (HMK). Article 316 of HMK says that, plain proceedings is applied in the cases arising from labour affair. This means, Labour Court Code (İMK) was largely abolished by this article of HMK. In our article, subject-matter jurisdiction rules, territorial jurisdiction rules and proceedings rules of labour courts and the due process of law against labour court judgement and administrative fine arising from Labour Code are going to be explained respectively and their position with regard to HMK is going to be analyzed.

Keywords: Labour courts, oral proceedings, plain proceedings, subject-matter jurisdiction, territorial jurisdiction, due process of law, administrative fine.

GİRİŞ

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) genel gerekçesinde bu mahkemelerin kurulmuş olmasının temel sebebinin iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği ve iş hukuku uygulamasının özel uzmanlığı gerektirmesinin olduğu belirtilmiştir.¹ Kanun uzlaştırmayı (İMK m. 7),

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayıncılık, 2.Bası,

dava açmada kolaylığı (m. 10, 11), ucuzluğu (m. 11), çabukluğu (m. 6, 8, 10), sadeliği (m. 6, 7, 10) esas almıştır.²

İş mahkemelerinin tarihçesi Napoléon tarafından 1806 yılında çıkarılan bir kanuna dayanılarak Lyon şehrinde kurulan "Conseil Prud'hommes" isimli hakem heyetine kadar uzanır.³ Fransa'da o günden beri mevcut olan "Conseil Prud'hommes", eşit sayıdaki işçi ve işveren temsilcilerinden oluşmakta ve profesyonel yargıç içermemektedir; mahkeme önüne ancak oylamada eşitliğin bozulmaması halinde gidilmektedir.⁴ Fransa ve Almanya başta olmak üzere birçok Kara Avrupası bu hakem heyeti işçi ve işveren temsilcilerinden oluşmaktadır.⁵ Ülkemizde de iş mahkemeleri 1950 yılında, dünya uygulamasına uygun olarak işçi ve işveren temsilcilerinin de hakim sıfatıyla buldukları toplu mahkemeler olarak kuruldu; fakat AYM'nin 1971 tarihli iptal kararından beri tek hakimli olarak çalışmaktadır.⁶

Aynı yerde birden fazla iş mahkemesi bulunması halinde aralarında iş bölümü değil iş dağılımı ilişkisi vardır.⁷ Aynı bir iş mahkemesinin kurulmadığı yerlerde HSYK tarafından görevlendirilen bir asliye hukuk mahkemesi, iş mahkemesi sıfatıyla ve iş yargılaması usulüne göre davayı görür.⁸ İş davaları acele davalardan sayıldığından adli tatilde dahi görülür ve gerek yasal gerekse hakimnin verdiği süreler işlemeye devam eder.⁹

İstanbul, 2011, s. 123; Bozkurt, Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara, 2012, s. 27.

² Kılıçoğlu, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2005, s. 838, (Yorum); Bozkurt, s. 28.

³ Özkul, Aydın, "Jurisdiction du Travail, Etude Comparative", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, 1. Bası, Ankara, 2000, s. 149.

⁴ Özkul, s. 151.

⁵ Erkün, Safa Ş. , "İş Mahkemeleri Kurulurken Bazı Düşünceler", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S. 2, 1949, s. 39; Almanya için bkz. Koç, Evren, "İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi", Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul, 2004, s. 181, dn.16, (Özsunay'a Armağan).

⁶ "AYM iptal kararının gerekçesinde hakim olmayan kimselerin yargılama yapmasının Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik mesleği ve hakimlik teminatı konusundaki düzenlemelerine aykırılık teşkil ettiğini beyan etmiştir.", bkz. Bozkurt, s. 29; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 12. Bası, Ankara, 2011, s. 90; Karşlı, s. 124; Kılınc, Ayşe, "İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 86, 2009, s. 383; Kuru, Bakı / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 777.

⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 90; Karşlı, s. 124.

⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 90; Karşlı, s. 124.

⁹ Bozkurt, Argun, "İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi", *Ankara Barosu Dergisi*,

Çalışmamızda sırasıyla iş mahkemelerinde uygulanan görev kuralları, yetki kuralları ve yargılama usulü ile iş mahkemesi kararlarına karşı kanun yolları ve İş Kanunu'ndan kaynaklanan idari para cezalarına karşı kanun yolları anlatılacak ve bunların HMK karşısındaki durumu incelenecektir.

I. İŞ MAHKEMELERİNİN GÖREVİ

A. Görev Kuralları

Görev hususu İMK m. 1 hükmü ile düzenlenmiştir. Göreve ilişkin düzenlemeyi şahıs ve konu unsuru şeklinde ayrı ayrı incelemek yerinde olur. HMK geçici m.1/ f.I uyarınca Kanun'un yargı yolu ve görevle ilişkin hükümleri, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz.¹⁰

1. Şahıs Unsuru

Şahıs unsuru usuli açıdan bize davada taraf ehliyetine kimlerin sahip olduklarını göstermektedir.¹¹ Bir davanın iş mahkemesinde görülebilmesi için uyumsuzluğun taraflarından birinin işçi, diğerinin işveren veya işveren vekili olması gerekir.¹² Bunun istisnası işçi sendikasının da işçiyi temsilen iş mahkemesinde dava açabilmesidir.¹³

Anonim ya da limited şirket ortaklarının iş sözleşmesiyle çalışıp çalışamayacakları sorunu görev konusu bakımından önemlidir. Yargıtay ortağın sembolik değil, şirketin kararlarını etkileyecek kadar büyük bir paya sahip olduğu ve yalnızca sigortalı gösterilmesinin tek başına ona işçi sıfatı vermeyeceği; dolayısıyla ortağın işçi sayılamayacağı ve davanın genel mahkemede görülmesi gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁴

S. 2, 2010, s. 192

¹⁰ Çelik, Ahmet Çelik, 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Tazminat ve Alacak Davaları Açılması ve İzlenmesi, Bilge Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2012, s. 12.

¹¹ Bozkurt, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 195.

¹² Günay, Cevdet İlhan, İş Davaları, Yetkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara, 2012, s. 59-72; Bozkurt, s. 123-148.

¹³ Bozkurt, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 195.

¹⁴ Yarg. 9. HD, T. 28.12.2010, E. 2008/ 43459, K. 2010/ 41339, bkz. Kılıçoğlu, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Uyarlı İş Yargılamaları Usulü, Legal Yayınevi, 1. Bası, İstanbul, 2011, s. 5.

İşveren ile işveren vekili arasında vekalet ilişkisi bulunduğu gibi hizmet ilişkisi de bulunabilir. Bu durumda ikisi arasındaki uyuşmazlık iş mahkemesinde çözümlenecektir.¹⁵ Yalnız ilişki sadece vekalet ilişkisi ise, uyuşmazlık genel mahkemede çözümlenir.¹⁶

İş K. m. 4 bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı halleri sayarken, örneğin evde çalışanları, sporcuları, hava taşıma işinde çalışanları işçi olarak kabul etmemiştir.¹⁷

2. Konu Unsuru

İşçi ile işveren veya işveren vekili arasındaki davanın iş mahkemesinde görülebilmesi için, uyuşmazlığın hizmet sözleşmesinden veya İşK hükümlerinden kaynaklanması gerekmektedir.¹⁸ Aksi halde dava asliye hukuk mahkemesinin görevine girebilir.¹⁹ Uyuşmazlığın iş akdine değil de vekalet akdi veya statü ilişkisine dayandığı hallerde iş mahkemesi değil idare mahkemeleri görevli olacaktır.²⁰ Ayrıca uyuşmazlık bir hukuk uyuşmazlığı olmalıdır.²¹ Yani idare ya da ceza mahkemelerinin görevli oldukları hususlar ayrıdır.²²

Fransa'da ise "Conseil de Prud'Hommes'un" görev alanı iş sözleşmesinden ya da taraflar arasındaki iş ilişkisinden doğan davalarla sınırlanmıştır.²³ Türk Hukuku'ndan farklı olarak Fransız Hukuku'nda toplu iş hukuku davaları, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davalar ve iş kazaları ile meslek hastalıklarından doğan davalar da "Conseil de Prud'Hommes'un" görev alanı dışındadır.²⁴ Böylelikle bireysel iş hukukuna ilişkin davaların büyük ölçüde "Conseil de Prud'Hommes'da"

¹⁵ Günay, s. 70; Bozkurt, s. 140.

¹⁶ Kılınç, TBB Dergisi, s. 388; Yarg. HGK, T. 07.07.2010, E. 2010/9-328, K. 2010/ 370, <http://www.kazanci.com>, E.T. 02.06.2013.

¹⁷ Bozkurt, s. 124; Yarg. 9. HD, T. 9. 02. 1995, E. 1995/ 1619, K. 1995/ 3137, Yarg. 9. HD, T. 20. 11. 1996, E. 1996/ 13441, K. 1996/ 21633, bkz. Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi Cilt 2, Legal Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2008, s. 1229,1230, (Şerh).

¹⁸ Günay, s. 72-80; Bozkurt, s. 148.

¹⁹ Bozkurt, s. 149.

²⁰ Koç, Özsunay'a Armağan, s. 34.

²¹ Kılınç, TBB Dergisi, s. 388.

²² Bozkurt, s. 151, 152.

²³ Özkul, s. 152.

²⁴ Özkul, s. 152.

görüldüğünü söyleyebiliriz.²⁵ Bununla birlikte belirli müddeabih aralığındaki ayni ve şahsi davalar ile toplu iş hukuku davalarında asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.²⁶

Konusu mobbing olan uyuşmazlıklar son dönemlerde doktrini oldukça meşgul etmektedir. Mobbing ya da cinsel taciz fiilinin mağdurları genelde iş sözleşmelerini haklı nedenle feshetme yoluna giderek, ihbar ve kıdem tazminatı talebiyle iş mahkemelerine başvurumaktadırlar.²⁷ Burada göreve ilişkin bir tartışma yoktur. Ancak işçinin mobbing sebebiyle işverene karşı manevi tazminat davası açması durumunda ne olacaktır?²⁸ Mobbingin faili işveren olsun ya da olmasın, işçiyi gözetme borcu olduğundan ve tabii ki aralarında hizmet ilişkisi bulunduğundan, böylesi durumlarda işverene karşı dava açılmaktadır ve görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu hususunda da bir tartışma yoktur.²⁹

Mobbingin mağduru olan işçinin bizzat failin kendisine karşı bir şahsi dava açmak istemesi hali ise ayrıca incelenmelidir. Söz konusu fail işveren vekili olabileceği gibi amir pozisyonundaki herhangi bir kişi de olabilir. İşçi ile işveren vekili arasında hizmet sözleşmesi bulunmadığından, bunların birbirlerine karşı iş mahkemesinde dava açmaları durumuna pek rastlanmaz.³⁰ İşveren vekiline bile iş mahkemesinde kolay kolay dava açamıyorken, amir pozisyonundaki herhangi bir çalışana karşı açılması da beklenemez. Ancak Yargıtay işçinin kişilik haklarına saldırı nedeniyle açılan davanın iş mahkemesinin görevine girdiğini söylemektedir.³¹

²⁵ Caen, Gérard Lyon / Pelissier, Jean / Supiot, Alain, *Droit du Travail*, 17. Bası, Dalloz Yayınevi, Paris,1994, s. 525.

²⁶ Caen / Pelissier / Supiot, s. 525.

²⁷ Büyükkılıç, Gül, "İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. IX, S. 33, 2012, s. 136-141, (LHD); Yarg. 9. HD, T. 28.01.2010, E. 2008/ 14529, K. 2010/ 1463, <http://www.kazanci.com>, E.T. 05.06.2013; Yarg. 9. HD, T. 4.11.2010, E. 2008/ 37500, K. 2010/ 31544, <http://www.kazanci.com>, E.T. 05.06.2013.

²⁸ "İşçi işverenin gözetme borcuna ya da eşit davranma borcuna aykırılığı sebebiyle, genel borca aykırılık halini düzenleyen TBK m. 112 uyarınca maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Burada işveren kusursuzluğunu ispatlayacaktır.", Büyükkılıç, s. 99, 110.

²⁹ Yarg. 9. HD, T. 30.05.2008, E. 2007/ 9154, K. 2008/ 13307, <http://www.kazanci.com>, E.T. 05.06.2013.

³⁰ Günay, s. 70.

³¹ Kılıçoğlu, s. 25.

Her ne kadar işçi ile mobbing faili arasında hizmet ilişkisi bulunmasa da, olayın işyeri atmosferinde gerçekleşiyor olması, iş mahkemelerinin sahip olduğu özel uzmanlığı gerekli kılabilir. Çalışma psikolojisinin birey üzerinde yarattığı farklı etkiler, mobbingi herhangi bir taciz vakasından ayırmaktadır. Yine fiilin muhataplarının genelde ast işçi olması, astın üste ya da doğrudan işverene karşı korunmasını gerektirdiğinden, bu davalar iş mahkemelerinin kuruluş amacı kapsamındadır. Bahsi geçen nedenlerle mobbingden kaynaklanan manevi tazminat davalarının, dava arada hizmet ilişkisi olmayan faile karşı açılrsa dahi iş mahkemesinde görülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. Özel Hükümler

İŞK kapsamında olmayan bazı uyuşmazlıklar, ilgili kanunlardaki özel düzenlemeler sebebiyle iş mahkemelerine getirilmektedir.³² SenK hükümlerinden doğan tüm uyuşmazlıklar Yargıtay tarafından iş mahkemelerinin görevine dahil sayılmaktadır. TİSGvL K m. 66, Kamu Sen K, Deniz İş K. ve Basın İş K. da diğer özel düzenlemeleri oluşturmaktadır.

B. Diğer Hususlar

1. Müddeabihin Değeri Meselesi

İş mahkemelerinin görevinin tespitinde müddeabihin değerinin bir önemi yoktur. Bu konu HUMK döneminde önem taşıyordu. Ancak HMK m. 2 düzenlemesiyle malvarlığına ilişkin davalarda sulh hukuk ile asliye hukuk mahkemeleri arasında müddeabihin değerine bakılarak yapılan görev ayırımına son verilmiştir. Bizim de yerinde bulduğumuz yeni düzenleme uyarınca malvarlığına ilişkin tüm davalarda görevli olan asliye hukuk mahkemesidir. Zira görevli mahkemenin tespitinde önemli olan davanın meblağı değil niteliği olmalıdır.

Yeni düzenleme ile HMK ile İMK arasında benzerlik sağlanmıştır. Ancak İMK özel kanun niteliğinde olduğundan, örneğin işçinin kıdem tazminatına ilişkin davası malvarlığına ilişkin olmakla birlikte asliye hukukta değil iş mahkemesinde açılacaktır. Adalet komisyonu gerekçesinde de özel düzenlemeler saklı tutulmuştur.³³

³² Kılıçoğlu, s. 36, 37; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 778.

³³ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 106, 107.

2. Geçici Hukuki Korumalar Bakımından Görevli Mahkeme

Geçici hukuki korumalar HMK ve İİK ile düzenlenmiş olmasına rağmen, Yargıtay'ın da içtihat ettiği üzere; iş davalarında ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir ya da delil tespiti kararı aldırma için iş mahkemesine başvurmak gerekmektedir.³⁴

II. İŞ MAHKEMELERİNİN YETKİSİ

A. Yetki Kuralları

1. İMK Düzenlemesi

İMK m. 5 hükmü incelendiğinde, maddede belirtilen yetkili mahkemelerin seçimlik olduğu görülür.³⁵ Bunlardan ilki HMK m. 6 ile düzenlenmiş olan “davalının ikametgahı” şeklindeki genel yetki kuralının tekrarı niteliğindedir.³⁶ İkinci olarak işçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesi de yetkilidir.³⁷ Fransız Hukuku’nda ise yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesi değil, sadece işçinin çalıştığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir.³⁸

İşyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesi kuralında işyeri kavramı önem taşımaktadır. İş K. m. 2 anlamında işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlarıyla işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.³⁹ Sen. K. işyeri kavramını daha da genişletmiştir. Buna göre işyerine bağlı yerlerle eklentilerden başka araçlar da işyerinden sayılmaktadır.⁴⁰ Örneğin emzirme yeri, kreş, yemek, uyku, yıkanma, muayene, bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri, ambulanslar, buldozerler de işyeri kavramına girmektedir.⁴¹

³⁴ Karşlı, s. 125; “İhtiyati tedbir ve delil tespiti iş mahkemesinden istenir... İhtiyati haciz İİK ile düzenlenmiştir ve İİK iş mahkemelerine görev vermemiştir. Ayrıca ihtiyati haciz hizmet akdine bağlı bir sorun değildir. Bu nedenle genel mahkemeden talep edilmelidir.”, Bozkurt, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 194; Yazar son eserinde bu görüşüne yer vermemiştir, bkz. Bozkurt, s. 503, 504.

³⁵ Kılınç, *TBB Dergisi*, s. 390; Bozkurt, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 197.

³⁶ Karşlı, s. 126; Bozkurt, s. 198; Günay, s. 84.

³⁷ Günay, s. 84; Bozkurt, s. 199; Karşlı, s. 126.

³⁸ Özkul, s. 153.

³⁹ Bozkurt, s. 199; Günay, s. 90.

⁴⁰ Günay, s. 89.

⁴¹ Günay, s. 92,93; Bozkurt, s. 199.

Yargıtay işçinin işini gördüğü yer mahkemesinden işçinin en son işini gördüğü yer mahkemesini anlamaktadır.⁴² Buna göre büyük yol işlerinde olduğu gibi işyerinin uzayıp gittiği ve birden çok mahkemenin yetkisinin söz konusu olduğu hallerde, işçinin işini yaptığı kesim hangi iş mahkemesinin yargı çevresine giriyorsa, yetkili mahkeme o olmalıdır.⁴³ Uyuşmazlığa işçinin davanın açıldığı tarihteki işyeri değil, uyuşmazlıkla bağlantısı bulunan işyeri için yetkili mahkeme bakmalıdır.⁴⁴ İş kazasının işçinin geçici olarak gönderildiği başka bir yerleşim yerinde olması halinde dahi, işçi asıl işyerinin bulunduğu ilde dava açabilmelidir.⁴⁵

2. HMK Düzenlemesi Uyarınca Yetkili Mahkemeler

HMK m. 7, 8, 9, 13, 14 ve 16 hükümleri de iş yargılaması için geçerlidir.⁴⁶ HMK m. 7 uyarınca; "Davalı birden fazla ise dava bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir...". HMK m. 8 düzenlemesine göre; "Memur, işçi, öğrenci, asker gibi, bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak alacak ve taşınır mal davaları için, orada bulunmaları uzunca bir süre devam edebilecekse, buldukları yer mahkemesi de yetkilidir.". HMK m. 9; "Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'de mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir." düzenlemesini getirmektedir. HMK m. 13 hükmüne göre; "Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hallerde asıl davaya bakan mahkeme karşı davaya bakmaya da yetkilidir.". HMK m. 14 uyarınca; "Bir şubenin işleminden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.". HMK m. 16 hükmüne göre ise; "Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri de yetkilidir.".

⁴² Bozkurt, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 197.

⁴³ Kılınç, *TBB Dergisi*, s. 391; Bozkurt, s. 200.

⁴⁴ Bozkurt, s. 200; Karşıt görüş için bkz. Kılınç, *TBB Dergisi*, s. 391.

⁴⁵ Bozkurt, s. 200.

⁴⁶ Kılıçoğlu, s. 52-58; Bozkurt, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 197, 198; Bozkurt, s. 193, 194.

B. Yetki Sözleşmesi

HMK m.17 düzenlemesi yetki sözleşmesi düzenlenmesine, yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişilerinin aralarında yapılmak kaydıyla izin vermiştir.⁴⁷ HMK söz konusu hükmünün iş davalarında yetki sözleşmesini tek başına yasakladığı söylenebilir.⁴⁸ Ancak İMK daha kesin bir hüküm içererek, yetki sözleşmelerini açıkça yasaklamıştır.⁴⁹ HMK düzenlemesinden farklı olarak İMK ile yetki kuralları kamu düzeninden sayılmıştır.

Ek yetkili mahkeme hususu doktrinde tartışmalıdır. Günay ve Karşlı ek yetkili mahkemelerin yetkilendirilmesini kabul etmemektedirler.⁵⁰ Postacıoğlu ise İMK m. 5 ile gösterilen yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmadan, onların yanında yetkili olabilecek mahkemeleri yetkilendiren yetki sözleşmelerinin yapılabilmesi gerektiğini savunmuştur.⁵¹ Ayrıca işçi lehine olmak kaydıyla yetki sözleşmesinin yapılabileceğini savunanlar da vardır.⁵² İMK m.5 düzenlemesinin kesin yetki kuralı getirmiş olması sebebiyle biz ilk görüşe katılıyoruz. Aynı gerekçeyle işçinin davacı olduğu hallerde işçinin dava açmasını kolaylaştırmak adına işçinin ikametgahındaki iş mahkemesini yetkilendiren sözleşmeler de geçersiz sayılmalıdır.⁵³

C. Yetki İtirazı

İMK düzenlemesinde yetki kuralları kamu düzeninden sayıldığından hakim tarafından re'sen nazara alınmalı ve davanın her aşamasında ileri sürülebilmelidir. HMK açısından kesin yetki kuralları dava şartıdır ve bu şekilde kullanılır. İlk itiraz olan, kesin olmayan yetki kurallarıdır. Ancak Yargıtay, iş mahkemelerinde yetki itirazının ilk itirazlardan olduğu ve en geç ilk oturumda yapılması gerektiği, dolayısıyla iş mahkemelerinin yetkisizliğini kendiliğinden gözetemeyeceği yö-

⁴⁷ Karşlı, s. 237; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 127; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 158.

⁴⁸ Bozkurt, s. 196.

⁴⁹ Kılıçoğlu, s. 60; Günay, s. 93, 94; Karşlı, s. 126.

⁵⁰ Karşlı, s. 126; Günay, s. 94; Benzer görüşler için bkz. Şen, Murat, "İş Mahkemelerinde Yetki ve Yetki Sözleşmesi", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 574, (AÜEHFD).

⁵¹ Postacıoğlu, İlhan, "İş Mahkemelerinin Yetkisi", *İş Hukuku Dergisi*, S. 5, 1969, s. 480; Benzer görüşler için bkz. Şen, AÜEHFD, s. 575.

⁵² Benzer görüşler için bkz. Şen, AÜEHFD, s. 577.

⁵³ Günay, s. 94.

nünde çelişkili kararlar vermiştir.⁵⁴ Bu kararlar doktrinde eleştirilmektedir.⁵⁵ Bizce de kamu düzeninden sayılan bu kuralların re'sen nazara alınması yerinde olur. Ancak yasa koyucunun yetkisizlik nedeniyle davanın reddini zorlaştırarak, iş davasının bir an önce görülmesi ve işçinin kolay dava açabilmesi amaçlarına hizmet etmeyi amaçladığı da düşünülebilir. Bu kararların zemininde iş mahkemelerinde geçmişteki sözlü yargılama usulü uygulaması yatmaktaydı.⁵⁶ Ancak Yargıtay'ın 2003 tarihli bir kararı ile kamu düzenine ilişkin yetki itirazının ilk itirazlardan olmadığı, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği ve re'sen de nazara alınabileceği şeklindeki yorumu ile içtihadını değiştirebildiği de görülmüştür.⁵⁷

Artık iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanacağından ve bu usulde de yazılı yargılama usulünde olduğu gibi yetki itirazı cevap süresi içinde ileri sürüleceğinden, yetki itirazının ilk itiraz olarak en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁸ Ancak İMK bakımından yetki itirazının niteliğinin ilk itirazların niteliğiyle bağdaşmadığına bir kez daha değinmek yerinde olacaktır. Yeni düzenleme ile farklı yönde içtihat geliştirilmesi yerinde olabilir.

III. İŞ MAHKEMELERİNDE UYGULANAN YARGILAMA USULÜ

A. Genel Olarak

HUMK döneminde İMK m. 7 uyarınca iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanıyordu.⁵⁹ İşK m. 20/ f.III hükmünde ise işe iade davalarının seri yargılama usulüne tabi olduğu düzenlenmiştir.⁶⁰ Ancak HMK m. 316/ f.I/ b.(d) ile bu iki hüküm mülga hale geldi. Buna göre hizmet ilişkisinden doğan davalar artık basit yargılama usulüne göre görülecektir.⁶¹ Fransız Hukuku'nda ise basitlik, ucuzluk ve ça-

⁵⁴ Karslı; s. 126.

⁵⁵ Günay, s. 95, 96; Karslı; s. 126; Kılıçoğlu / Şenocak, Şerh, s. 1270.

⁵⁶ Karslı; s. 126; Günay, s. 95.

⁵⁷ Şen, AÜEHFD, s. 581.

⁵⁸ Bozkurt, s. 210.

⁵⁹ Günay, s. 97.

⁶⁰ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 477.

⁶¹ Günay, s. 97; Kılıçoğlu, s. 71; Çelik, s. 284; Bozkurt, s. 33; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 477.

bukluk ilkelerinin bir sonucu olarak halen sözlü yargılama usulü uygulanmaktadır.⁶²

İMK m. 15 düzenlemesi bu Kanun'da açıklık bulunmayan hallerde HMK uygulanır dediğinden ve zaten İMK basit yargılama usulüne ilişkin özel bir düzenleme içermediğinden, artık iş mahkemelerinin yargılama usulü tamamen HMK hükümlerine tabidir diyebiliriz. HMK ile yazılı, sözlü, basit ve seri olmak üzere dört çeşit yargılama usulü düzenlenmişti. Ancak HMK sözlü ve seri yargılama usullerini kaldırmıştır.⁶³ HMK için asıl olan yazılı yargılama usulüdür; ancak HMK m. 316 ile sayılan hallerde basit yargılama usulü uygulanır.⁶⁴

Hukuk yargılamamızda kural taraflarca getirilme ilkesi olmakla birlikte; Yargıtay'ın iş davalarında re'sen delil toplanabileceğine yönelik kararları vardır.⁶⁵ Türk iş mahkemelerinde re'sen araştırma ilkesinin yasal bir temeli bulunmamakla birlikte, bu prensibin uygulanması gerektiği; HMK düzenlemesinde ispat hukukuna ilişkin genel hükümlerin iş hukuku alanında yeterli olmayacağı gerekçesiyle öğretilde kabul edilmektedir.⁶⁶ Bunun yanında İşK ile düzenlenen haklı nedenle ve geçerli nedenle fesih durumlarının her ikisinde de ispat yükü yer değiştirip işverene yüklenerek, zayıf durumdaki işçi korunmak istenmiştir.⁶⁷ İşverenin İşK m. 5 ile düzenlenen eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde açılacak davada ise ispat yükü davacı işçiye ait olmakla birlikte; işçi lehine getirilen hafifletilmiş ispat yükü uyarınca, işçi bu iddiasını güçlü bir şekilde ortaya koyduktan sonra, ispat yükü yer değiştirmekte ve işverenin işçinin iddiasının aksini ispatlaması beklenmektedir.⁶⁸

⁶² Özkul, s. 154.

⁶³ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 477; Özekes, Muhammet, "HMK'da Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yenilikler", www.taa.gov.tr/dosya/belge/OZEKES-2-Yargilama_Usulleri.ppt, s. 2, E.T. 27.06.2013.

⁶⁴ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 289; Özekes, s. 2.

⁶⁵ Kılınç, *TBB Dergisi*, s. 398; "Bizim de katıldığımız görüşe göre, usul yargıç ve tarafların birlikte çalıştığı bir grup çalışmasıdır. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi yerine, Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi gereği yargıca daha fazla rol veren bir usul hukukunun benimsenmesi isabetli olacaktır.", Kılıçoğlu, s. 154.

⁶⁶ Birben, Erhan / Öktem, Sezgi, "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul, 2001, s. 1103, (Nuri Çelik'e Armağan).

⁶⁷ Birben / Öktem, Nuri Çelik'e Armağan, s. 1103.

⁶⁸ Ertürk, Şükran / Gürsel, İlke, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul, 1. Bası, Beta Basımevi, 2011, s. 455, (Sarper

İş mahkemesinde dava davacının dava açmasıyla açılabilirdiği gibi; İMK m. 10 ile düzenlenen idari yol uyarınca, ilgili çalışma bölge müdürlüğünün mahkemeye başvurusu ile de açılabilir.⁶⁹ İş yargılamasının temel ilkelerinde olan ucuzluk ilkesine uygulama kazandırabilecek bir düzenleme ne İMK ile ne de HMK ile getirilmiştir. İşçilere yargı harç ve giderlerinde herhangi bir muafiyet ya da ayrıcalık tanınmadığı gibi, Harçlar Kanunu m. 123 düzenlemesi ile getirilen harçtan muafiyet de yalnızca ilamların takibe konması aşaması bakımından geçerli olduğundan ölü bir düzenleme niteliğindedir.⁷⁰

B. Basit Yargılama Usulünün Temel Özellikleri ve Sözlü Usul ile Kıyaslanması

HMK ile yargılama usullerini ikiye indirmekteki amaç uygulamadaki keyfiyeti ortadan kaldırmak olup; basit yargılama usulü ile de gerekli hız ve kısalıkta yargılama yapabilmektir.⁷¹ Basit yargılamanın aşamaları hep bu saik göz önüne alınarak düzenlenmiştir.

Basit yargılama usulünde yazılı usulde olduğu gibi dava dilekçe ile açılır ve davaya cevap dilekçe ile olur. Sözlü yargılama usulünde ise sözlü olarak da dava açmak mümkündür.⁷² Taraflar dava açılması için mahkemeye birlikte de başvurabilirler; bu onların davada hasım olmalarını engellemektedir.⁷³

Basit yargılama usulünde taraflar yazılı yargılama usulünden farklı olarak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi vermezler.⁷⁴ Aslında sözlü yargılama usulünde de layihalar teatisi yoktu; davalının cevap dilekçesini bölünmüş ve belirli bir usul kesiti içinde vermesi zorunluluğu getirilmemişti.⁷⁵

Süzek'e Armağan).

⁶⁹ Kılınç, TBB Dergisi, s. 394; Bozkurt, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 199.

⁷⁰ Birben / Öktem, Nuri Çelik'e Armağan, s. 1138.

⁷¹ Özekes, s. 2.

⁷² Ürcan, Gülümnden, Sözlü Yargılama Usulü, DEÜ / SBE, 2002, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 48.

⁷³ Ürcan, s. 42.

⁷⁴ Kılıçoğlu, s. 72; Çelik, s. 286; Bozkurt, s. 34.

⁷⁵ Ürcan, s. 78.

Basit yargılama usulünde taraflar dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini vermek zorundadırlar.⁷⁶ Sözlü yargılamada ise kural delillerin ilk oturumda gösterilmesi de, hakim kesin süre vermedikçe her aşamada delil gösterilebilmesini sağlayan hükümler mevcuttu.⁷⁷

Basit yargılama usulünde iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı davanın açılmasıyla, savunmanınkiyse cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar.⁷⁸ Sözlü usulde ise yasağı başlangıcı bakımından esas olan iddia ve savunmanın tutanağa geçirildiği andır.⁷⁹ Bu nedenle yasak her zaman ilk celse de başlar denemez.

HMK basit yargılamada davaya cevap için iki haftalık süre öngörmüştür.⁸⁰ Sözlü yargılama usulünü diğer usullerden ayıran en önemli fark, davaya cevap süresinin ilk duruşmaya kadar olmasıdır.⁸¹ Bu nedenle sözlü yargılama usulünde günle belirli bir cevap süresi bulunmuyordu.

Basit yargılama usulünde ilk itirazlar ve zamanaşımı savunması, iki haftalık cevap süresinde, ek süre verilmişse, iki hafta geçirilmeden verilecek cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir.⁸² Basit yargılamada iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağını düzenleyen hüküm nedeniyle; ilk itirazlar ve zamanaşımı def'i cevap dilekçesinde ileri sürülmediyse, sözlü usulden farklı olarak, ilk oturumda da olsa dinlenilmeyecektir.⁸³ Mahkeme ilk duruşmada dava şartları, ilk itirazlar, zamanaşımı ve hak düşürücü süre hakkında tarafları dinler.⁸⁴ Sözlü yargılamada ilk itirazlar ilk celsede, sözlü olarak davanın esasına girilmeden ileri sürülmelidir.⁸⁵ Yazılı yargılamada ise ilk itirazlar cevap dilekçesinde ileri sürülür.

⁷⁶ Çelik, s. 294; Kılıçoğlu, 75; Bozkurt, s. 34.

⁷⁷ Ürcan, s. 106; Bozkurt, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 198; Kılınç, *TBB Dergisi*, s. 398.

⁷⁸ Kılıçoğlu, 75; Bozkurt, s. 34.

⁷⁹ Ürcan, s. 77; Çelik, s. 261.

⁸⁰ Kılıçoğlu, 73; Bozkurt, s. 34; Çelik, s. 293.

⁸¹ Kılınç, *TBB Dergisi*, s. 397; Ürcan, s. 59.

⁸² Çelik, s. 261.

⁸³ Günay, s. 101; Çelik, s. 261.

⁸⁴ Karşlı, s. 629; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 771.

⁸⁵ Ürcan, s. 62.

C. Davanın Sulh ile Sona Ermesi

Yargının yükünü hafifletmek ve yargılamayı hızlandırmak amacıyla ülkemizde son dönemlerde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına olan ilgi bir hayli artmıştır. Bu doğrultuda HMK iç tahkime ilişkin hükümleri UNCITRAL Model Kanunu ile uyumlu hale getirilmiş ve ayrıca Arabuluculuk Yasası kabul edilmiştir. İşK ve TİSGvLK düzenlemelerinde tahkim ve arabuluculuk yollarına olanak sağlayan hükümler yer almaktadır.⁸⁶ Yine davaların sulh ile sonuçlanması amacına hizmet eden düzenlemeler de yapılmıştır.

İş yargılamasında çabukluk ilkesi geçerli olduğundan ve bu ilke davaların makul sürede görülmesini ifade ettiğinden ötürü sulh mekanizması iş davaları açısından ayrı bir önem arz etmektedir.⁸⁷ İMK m. 7 hükmüne göre hakim ilk oturumda tarafları sulhe teşvik eder.⁸⁸ Her ne kadar sulhe teşvik yasal bir gereklilik olsa da, sulh teşebbüsünün yapılmaması bir ilk itiraz olarak ileri sürülemez.⁸⁹ Sulhe teşvik bir zorunluluk olarak düzenlenmediğinden ve sulhe teşvik etmemenin bir bozma nedeni sayılmamasından ötürü; mahkemelerin esasa geçmeden önce tarafları sulhe teşvik etmedikleri görülmektedir.⁹⁰

Almanya ve Fransa'da davanın ilk adımı olarak sulhe başvurulmakta, sonuç alınamazsa esasa girilmektedir.⁹¹ Fransa'da "Conseil de Prud'Hommes" yargılama bürosu ve uzlaştırma bürosu olmak üzere iki ana bölümden oluşmakta ve uyuşmazlıklar zorunlu olarak öncelikle uzlaştırma bürosunun önüne gelmektedir.⁹² İngiltere'de bağımsız ve tarafsız bir kamu tüzel kişisi olarak kurulan "Uzlaşma ve Tahkim Servisi'nin"; uyuşmazlıkları önlemek ve çözmek, iş mahkemelerindeki mevcut ve müstakbel şikayetleri uzlaştırmak, taraflara bilgi ve tavsiyeler sağlamak ve faydalı yasal uygulamaların yerleşmesini sağlamak gibi görevleri vardır.⁹³

⁸⁶ Mutlay, Faruk Barış, Bireysel İş Hukukunda Tahkim, MÜ / SBE, 2006, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 34-36.

⁸⁷ Birben / Öktem, Nuri Çelik'e Armağan, s. 1129, 1131.

⁸⁸ Günay, s. 103; Bozkurt, s. 45.

⁸⁹ Ürcan, s. 62.

⁹⁰ Birben / Öktem, Nuri Çelik'e Armağan, s. 1132.

⁹¹ Şişli, Zeynep, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2012, s. 55.; Birben / Öktem, Nuri Çelik'e Armağan, s. 1132.

⁹² Özkul, s. 154.

⁹³ Şişli, s. 56.

Aynı görev HMK m. 140 hükmü ile yazılı yargılama usulü için; m. 320/ f.II ile de basit yargılama için düzenlenmiştir. AvK m. 35/A ile avukatlar da yargılama öncesinde tarafları sulhe teşvik etmekle görevlendirilmişlerdir.

Sulhe ilişkin yasal düzenlemeler giderek artmakla birlikte, bu konuda kurumsallaşmanın olmaması hükümleri işlevsiz hale getirmektedir. Bu nedenle işçi temsilcilerinden, işveren temsilcilerinden ve alanında uzmanlaşmış, yaşları ve tecrübeleri ileri olan hakimlerden oluşturulacak bir uzlaştırma kurulu, davada sulhe gidilmesi açısından önemli bir işlev görebilir. Ayrıca ülkemizde bireysel işçi şikayetlerinde, bağımsız kamu görevlisi iş müfettişlerince, işçi şikayetleri üzerine raporlar düzenlenerek uzlaşma kurumunun gelişimine yardımcı olabileceği de söylenmektedir.⁹⁴

IV. İŞ MAHKEMESİ KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI

İş mahkemeleri ilk derece mahkemelerinden olup, hakimlerin verdiği nihai kararlar ancak bir üst mahkeme tarafından incelenebilir. Nihai kararların verilmesinin ardından hakim yargılamaya devam etmez ve o uyuşmazlıktan elini çeker.⁹⁵ Kanun yolları İMK m.8 ile düzenlenmiştir. Buna göre iş mahkemesi kararlarına karşı istinaf ve temyiz yollarına gidilebilir. İMK karar düzeltmeye olanak tanımamış olup; zaten bu yol HMK ile de düzenlenmemiştir. Ancak HMK hükümlerine göre yargılamanın yenilenmesi mümkündür. Bu konuda da İMK ile özel düzenleme getirilmeyen hallerde HMK geçerli olacaktır.

A. İstinaf

İlk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı, kararların usul ve esasa aykırı olması sebebiyle bölge adliye mahkemesine istinaf başvurusu yapılır.⁹⁶ İstinafa davanın tarafları başvurabilir ve başvuranın hukuki yararının bulunması şarttır.⁹⁷

⁹⁴ Şişli, s. 56.

⁹⁵ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 468.

⁹⁶ Bozkurt, s. 591.

⁹⁷ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 600.

1. İstinaf Yoluna Başvurulabilen Kararlar

İş mahkemelerinin nihai kararlarına karşı istinaf yoluna başvuru-
labilir ve yine konusu para ile değerlendirilemeyen davalardaki karar-
lara karşı da istinaf yolu her zaman açıktır.⁹⁸

2. İstinaf Yoluna Başvurulamayan Kararlar

İş mahkemelerinin ara kararları hakkında istinaf yoluna gidile-
mez. İMK m. 8 uyarınca miktar ve değeri 1000 TL'yi geçmeyen davalar
hakkındaki nihai kararlar kesindir.⁹⁹ Bu kararlar kanunen kesinleşmiş
olduklarından artık istinaf incelemesinden geçirilemezler. HMK m.
341 istinaf sınırını 1500 TL olarak düzenlemiştir.

3. Süreler

Mahkeme kararının tefhim ve/ veya tebliğinden itibaren sekiz
gün içinde yetkili bölge adliye mahkemesine istinaf başvurusu ya-
pılır.¹⁰⁰ HMK m. 354 düzenlemesine göreyse istinafa iki hafta içinde
başvurulmalıdır. Bölge adliye mahkemesinin başvuruyu iki ay içinde
karara bağlaması gereklidir.¹⁰¹ Söz konusu hüküm ile iş davalarının bir
an önce karara bağlanması amacı gözetilmiş

B. Temyiz

HMK m. 361 uyarınca bölge adliye mahkemelerinin verdiği temyi-
zi kabil nihai kararlara karşı temyize gidilebilir.¹⁰² HMK temyize kapa-
lılığı, temyiz edilemeyecek kararları sayarak düzenlemiştir. Bunların
dışındakiler temyiz edilebilir.

İstinaf mahkemeleri fiilen çalışmaya başlamadığından iş mahke-
melerinin nihai kararlarına karşı İMK düzenlemesinde yer alan özel
hükümlere uyularak doğrudan temyize gidilebilecektir.¹⁰³ Temyize
her iki taraf da hukuki yararı bulunmak şartıyla başvurabilir.¹⁰⁴

⁹⁸ Karşlı, s. 126.

⁹⁹ Karşlı, s. 126.

¹⁰⁰ Bozkurt, s. 591; Karşlı, s. 126.

¹⁰¹ Karşlı, s. 127.

¹⁰² Kılıçoğlu, s. 371, 372.

¹⁰³ Karşlı, s. 126, 127.

¹⁰⁴ Günay, s. 117.

1. Temyiz Edilebilen Kararlar

Bölge adliye mahkemesinin nihai kararlarına karşı temyize gidilebilir ve ayrıca konusu para ile değerlendirilemeyen davalarda verilen kararlara karşı da temyiz yolu her zaman açıktır.¹⁰⁵

2. Temyiz Edilemeyen Kararlar

Bölge adliye mahkemesinin ara kararları temyiz edilemez. İMK m. 8 uyarınca bölge adliye mahkemesinin miktar ve değeri 5000 TL'yi geçen davalar hakkındaki nihai kararları temyiz edilebilir. Buna göre 5000 TL'nin altındaki kararlar kesin olup temyiz edilemez.¹⁰⁶ Ancak bu sınır 2010 yılı itibariyle 7230 TL'dir.¹⁰⁷ HMK m. 362 ile temyiz sınırı 25000 TL olarak belirlenmiştir.¹⁰⁸ İMK ile bu sınırın HMK hükmüne göre bir hayli düşük tutularak temyize başvuru imkanının kolaylaştırılması adil yargılanma bakımından yerinde olmuştur.

3. Süreler

İMK uyarınca temyiz süresi bölge adliye mahkemesi kararının tebliğden itibaren sekiz gündür.¹⁰⁹ Burada istinaf düzenlemesinden farklı olarak tefhim ifadesi yer almamıştır. Ancak uygulamada iş mahkemesi kararının ardından doğrudan temyize gidildiğinden, tefhimden itibaren başvuru yapılabildiği Yargıtay kararlarıyla da sabittir.¹¹⁰ Hem tefhim tarihinden başlamak, hem de daha kısa temyiz süresi belirlenmek ile iş yargılamasının çabukluğu ve kolaylığı hedef alınmıştır.¹¹¹ Zira HMK m. 361 bu süreyi bir ay olarak belirlemiştir.¹¹² Aynı nedenle yine istinafta da olduğu gibi Yargıtay başvuruyu iki ay içinde karara bağlamak zorundadır.¹¹³

¹⁰⁵ Bozkurt, s. 561- 567; Günay, s. 119, 120.

¹⁰⁶ Günay, s. 120, 121; Bozkurt, s. 571- 575.

¹⁰⁷ Karşlı, s. 126.

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, s. 373, 374.

¹⁰⁹ Karşlı, s. 127; Bozkurt, s. 567.

¹¹⁰ Kılıçoğlu, s. 389.

¹¹¹ Günay, s. 118; Birben / Öktem, Nuri Çelik'e Armağan, s. 1134.

¹¹² Kılıçoğlu, s. 371, 372.

¹¹³ Karşlı, s. 127.

C. Diğer Kanun Yolları

1. Karar Düzeltme

İMK m. 8 uyarınca Yargıtay'ın verdiği karara karşı karar düzeltme yoluna gidilemez.¹¹⁴ Zaten bu kanun yolu HMK ile de düzenlenmemiştir. İki kanun arasında bu hususta birlik sağlanmıştır.

2. Yargılamanın Yenilenmesi

İMK m. 15 uyarınca özel düzenleme getirilmeyen hususlarda HMK uygulanır. Buna göre HMK ile sayılan sebeplerin varlığı halinde yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir.¹¹⁵

V. İŞ KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN İDARİ PARA CEZALARINA KARŞI KANUN YOLLARI

İdari para cezaları İşK m. 98 vd. ile düzenlenmiştir. Örneğin toplu işçi çıkarma ile ilgili hükümlere aykırılık, işyerini bildirme yükümlülüğüne aykırılık, özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna aykırılık, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık hallerinde idari para cezası uygulanır.

2005 tarihli KabK hükümlerinin kabulünden önce bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilirdi.¹¹⁶ Ancak KabK m. 3 "Bu Kanun'un genel hükümleri diğer kabahatler hakkında da uygulanır" dediğinden ve m. 2 "Kanun'un karşılığında idari yaptırım öngördüğü haksızlıklar kabahattir" düzenlemesini içerdiğinden; İşK hükümlerinden doğan idari para cezalarına karşı başvuru yollarında KabK hükümleri uygulanmaktadır.¹¹⁷

¹¹⁴ Karşılı, s. 127.

¹¹⁵ Kılınç, *TBB Dergisi*, s. 399.

¹¹⁶ Şakar, Müjdat, *İş Kanunu Yorumu*, Yaklaşım Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2006, s. 593.

¹¹⁷ Özdemir, Cumhur Sinan, *Açıklamalı İş Kanunu*, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara, 2007, s. 687; Bahsi geçen hükümlerin yorumu için bkz. Yurtcan, Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul, 2005, s. 2-4.

ÇSGB bölge müdürleri tarafından uygulanan idari para cezalarına karşı, cezanın tebliğinden itibaren on beş gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir.¹¹⁸ Sulh ceza mahkemesinin 2000 TL dahil idari para cezalarına karşı başvuru üzerine verdiği kararlar kesindir.¹¹⁹ Sulh ceza mahkemesinin nihai kararına karşı yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilebilir.¹²⁰

Yargıtay bir kararında davacı şirketin itirazının reddi üzerine kesinleşen idari para cezasını ödemesi ve geri almak için iş mahkemesine başvurması üzerine yaptığı incelemede, ödenen idari para cezasının geri alınması davasının idare mahkemesinin görevine girdiği sonucuna varmıştır.¹²¹

SONUÇ

İMK iş yargılamasının kendine özgü ihtiyaçlarının fark edilmesi üzerine kabul edilmiştir. İşçinin dava açmak için yeterli zaman ve parasının olmaması, dava açmaktan çekinmesi, iş davalarının sanayi hayatının özelliklerine vakıf kişilerce çözülmesi gerekliliği temel sorunları teşkil eder. Ancak İMK incelendiğinde Kanun'un bu sorunları çözemediği anlaşılmaktadır.

Kanun'da sürelerin kısa tutularak yargılamanın hızlandırılmaya çalışılması etkin bir çözüm gibi durmamaktadır. Yargıtay'a getirilen temyiz başvurusunu iki ay içinde sonuca bağlama zorunluluğu ne kadar hayata geçirilebilir? Yargılamayı hızlandırmak her şeyden önce bütçe meselesidir. Ayrıca temyiz sürelerinin kısa tutulması adil yargılanma hakkına aykırılık olarak bile değerlendirilebilir.

İşçinin dava açmasının kolaylaştırılması için onlara özgü düşük dava harçları belirlenmeli, belki de iş davalarının bil'a bedel açılması usulü benimsenip, harç ve masrafların dava sonuçlandıktan sonra tahsili yolu benimsenmelidir.

¹¹⁸ Özdemir, s. 687; Yurtcan, s. 44, 45.

¹¹⁹ Yurtcan, s. 46, 47.

¹²⁰ Yurtcan, s. 47, 48.

¹²¹ Yarg. 9. HD, T. 9.07.2003, E. 2003 / 1888, K. 2003 / 13058, bkz. Kılıçoğlu / Şenocak, Şerh, s. 1259.

HMK öncesinde iş mahkemelerinde uygulanan sözlü yargılama usulünün de uygulamada yazılı yargılama usulüne dönüştüğü ve farklı işletilmediği söylenmektedir.

İş davalarının özel uzmanlığı gerektirmesi sebebiyle, AYM iptal kararından önceki işçi ve işveren temsilcilerini de kapsayan iş mahkemeleri usulü işin özüne daha uygundu diye düşünmekteyiz. Ülkemizdeki uygulamada yıllarını ticari davalara vermiş bir ticaret mahkemesi hakiminin birden bire iş mahkemesine atanabilmesinin mümkün olduğunu düşünürsek, iş hukukuna ve iş hayatının gereklerine hakim olan yeterli sayıda yargıç yetiştirmekte zorlanabileceğimiz de açıktır.

Neticede İMK HUMK ve HMK karşısında bağımsız bir kanun izlenimi vermemiş olduğundan, Türkiye’de özel bir iş yargılaması usulünün varlığını savunmak oldukça güçtür. İş mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanmaya başlanmasının iş yargısının özel ihtiyaçlarına nasıl cevap vereceğini ise zaman gösterecektir.

KAYNAKLAR

- Birben, Erhan / Öktem, Sezgi, “İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, (Nuri Çelik’e Armağan).
- Bozkurt, Argun, “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2010, (AnkBD).
- Bozkurt, Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Büyükkılıç, Gül, “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. IX, S. 33, 2012, (LHD).
- Caen, Gérard Lyon / PELISSIER, Jean / SUPLOT, Alain, *Droit du Travail*, 17. Bası, Paris, Dalloz Yayınevi, 1994.
- Çelik, Ahmet Çelik, 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası’na Göre Tazminat Ve Alacak

- Davaları Açılması ve İzlenmesi, 2. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012.
- Erkün, Safa Ş. , “İş Mahkemeleri Kurulurken Bazı Düşünceler”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 2, 1949, (SSK Dergisi).
- Ertürk, Şükran / Gürsel, İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, 1. Bası, İstanbul, Beta Basımevi, 2011, (Sarper Süzek’e Armağan).
- Günay, Cevdet İlhan, İş Davaları, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 2.Bası, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2011.
- Kılıçoğlu, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Uyarlı İş Yargılamaları Usulü, 1. Bası, İstanbul, Legal Yayınevi, 2011.
- Kılıçoğlu, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, 1. Bası, Ankara, Ayhan Yayıncılık, 2005, (Yorum).
- Kılıçoğlu, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi Cilt 2, 2. Bası, İstanbul, Legal Yayınevi, 2008, (Şerh).
- Kılınç, Ayşe, “İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 86, 2009, (TBB Dergisi).
- Koç, Evren, “İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi”, Ergun Özsunay’a Armağan, 1. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, (Özsunay’a Armağan).
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2011.
- Mutlay, Faruk Barış, Bireysel İş Hukukunda Tahkim, MÜ / SBE, 2006, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Özdemir, Cumhur Sinan, Açıklamalı İş Kanunu, 1. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- Özkul, Aydın, “Jurisdiction du Travail, Etude Comparative”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, 1. Bası, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, 2000.
- Postacıoğlu, İlhan, “İş Mahkemelerinin Yetkisi”, *İş Hukuku Dergisi*, S. 5, 1969, (İşHD).
- Şakar, Müjdat, İş Kanunu Yorumu, 1 Bası, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2006.
- Şen, Murat, “İş Mahkemelerinde Yetki ve Yetki Sözleşmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, (AÜEHFD).
- Şişli, Zeynep, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2012, (AnkBD).
- Ürcan, Gülümden, Sözlü Yargılama Usulü, DEÜ / SBE, 2002, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Yurtcan, Erdener, Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2005.

Elektronik Kaynaklar :

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: <http://www.kazanci.com>

Özekes, Muhammet, "HMK'da Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yenilikler", www.taa.gov.tr/dosya/belge/OZEKES-2-Yargilama_Usulleri.ppt, E.T. 27.06.2013.

AMERİKAN HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA NEDENSELLİĞİN TESİSİ ÇERÇEVESİNDE GERÇEK NEDEN VE İSPATI

FACTUAL CAUSATION AND ITS PROOF IN AMERICAN TORT LAW

Zehra ÖZKAN*

Özet: Tüm hukuk düzenlerinde sorumluluğun unsuru olarak kabul edilen nedensellik, oldukça karmaşık bir konudur. Amerikan hukukunda nedenselliğin tesis edilebilmesi için iki aşama göz önünde bulundurulmaktadır. Bu aşamalardan ilki; gerçek neden olarak adlandırılırken, ikinci aşama “yakın neden”-“sorumluluğun kapsamı”- “hukukî neden” olmak üzere çeşitli kavramlarla ifade edilmektedir. Her iki aşamanın tesis edilebilmesi için çeşitli ve farklı testlerin benimsendiği görülmektedir. Her iki aşamayı da inceleyen bir çalışma çok kapsamlı olacağından, konu sadece gerçek neden ve gerçek nedenin ispatı ile sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda ayrıntılı bir inceleme yapılmayacak olup, çalışmada gerçek neden ve gerçek nedenin ispatına ilişkin genel olarak kabul edilen kurallara ve testlere yer verilerek suretiyle, konunun Amerikan hukukundaki görünümünün ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Amerikan haksız fiil hukuku, gerçek neden, gerçek neden testleri, gerçek nedenin ispatı, ispat kolaylıkları

Abstract: Causation which is the element of liability in all legal systems is a complicated subject. In American law two stages are considered regarding causation. While the first stage is called cause in fact, the second stage is expressed by various concepts such as “proximate cause”-“scope of liability”-“legal cause”. Various and different tests are accepted to establish the both stages of causation. The subject is limited to the first stage, namely cause in fact and its proof, because analyzing both stages will be too comprehensive. In this context the subject will not be analyzed in detail. Instead of it, it is aimed to present the general view of the subject by providing information on the principles and tests on cause in fact and its proof.

Keywords: American tort law, cause in fact, tests of cause in fact, proof of cause in fact, relaxation of the proof

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı

I. Giriş

Küreselleşen bir dünyada yabancı hukuk düzenlerine ve karşılaştırmalı hukuka ilgi gün geçtikçe artmakta, hatta bu yöndeki araştırmalar kimi zaman bir gereklilik teşkil etmektedir¹. Yabancı bir hukuk düzenini veya bir konunun yabancı bir hukuk düzeninde nasıl ele alındığını konu edinen bir araştırma, hukukçuya geniş bir perspektif kazandırarak çeşitli çözüm yolları sunmaktadır². Benzer gelişmişlik düzeyindeki ülkelerde benzer hukukî sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu benzer sorunların çözümü için farklı yaklaşımlar geliştirilse ve farklı kurumlarla çözüm aransa da çoklukla benzer sonuçlara ulaşılmaktadır³. Yabancı bir hukuk düzeninin incelenmesi veya bir karşılaştırmalı hukuk çalışması bu çözüm yöntemlerini ortaya koymakta, bu suretle de ulusal hukuk düzenlerine alternatif çözüm yolları göstermektedir⁴. Bu çalışmada, Türk hukukuna ve hatta kıta Avrupa'sı hukukuna oldukça yabancı kabul edilen⁵ Amerikan hukuku ele alınacak ve Amerikan hukukunda gerçek nedenin tesisi ve ispatındaki genel kabul görmüş kurallara ve testlere yer verilecektir.

Tüm hukuk düzenlerinde sorumluluğun bir unsuru olarak kabul edilen nedensellik⁶ aslında oldukça karmaşık bir konudur⁷. Bu tespit

¹ Edward J. Eberle, "The Method and Role of Comparative Law", *Washington University Global Studies Law Review*, Washington 2009, C.8, S.3, s.451-452; Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, Sulhi Garan Matbaası Koll,Şti, İstanbul 1976, s.131.

² Eberle, bu durumun özellikle yabancı hukuk düzeninin karşılaştırmalı hukuk çalışması çerçevesinde ele alınması suretiyle gerçekleşeceğini belirtmektedir. Eberle, s.452-453. Her ne kadar bu çalışma bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olmasa da, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için kimi zaman kıta Avrupası hukuklarına da yer verilecektir.

³ Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford 1998, s.34; Özsunay, s.145; Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.70-71.

⁴ Karşılaştırmalı hukuk çalışması bakımından bu tespit için, Zweigert/Kötz, s.46-47; Oğuz, s.82. Her ne kadar karşılaştırmalı hukuk çalışması bu amaca daha iyi hizmet etmekte ise de, yabancı bir hukuk düzenini konu edinen bir çalışma, yapılacak olan karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına ışık tutacaktır.

⁵ Selin Özden Merhacı, "Common Law Haksız Fiil Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2004, S.4, s.180.

⁶ Jaap Spier/Olav A. Haazen, "Comparative Conclusions on Causation" "Unification of Tort Law: Causation", Kluwer Law International, The Hague 2000, s.127. Aynı tespitin Avrupa'daki tüm hukuk düzenleri ve Avrupa Birliği hukuku için geçerliliğine ilişkin bkz.: Christian Von Bar/Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume 4*, Sellier Euroepan Law Publishers Münih 2009, s.3567.

⁷ Nitekim van Dam; "nedensellik kavramının kavranmasının kolay olmadığını ve

Amerikan hukukçuları tarafından da dile getirilmektedir⁸. Hatta nedensellik, hukuk alanında, üzerinde en çok anlaşmazlığın olduğu, çeşitli çabalara rağmen en iyi yaklaşımın bulunamadığı bir kavram olarak değerlendirilmektedir⁹. Amerikan haksız fiil hukukunda, zararın, davalının eylemine haklı bir suretle yüklenebilmesi, başka bir anlatımla, nedensellik unsurunun karşılanabilmesi için -iki aşama göz önünde bulundurulmaktadır. Bu aşamalardan ilki; gerçek neden (*cause in fact-actual cause*) olarak adlandırılırken, ikinci aşama “yakın neden” (*proximate cause*)-“sorumluluğun kapsamı” (*scope of liability*)- “hukukî neden” (*legal cause*) olmak üzere çeşitli kavramlarla ifade edilmektedir¹⁰. Aslında bu ayrım kıta Avrupa’sı hukukçularına da yabancılaşmaz arz etmemektedir. Nitekim kıta Avrupa’sında da, bir davranışın, zararın nedeni olarak kabul edilebilmesi için sonucun tabii nedeni olması gerekmektedir¹¹. Bununla birlikte Amerikan hukukunda genel

genel uygulanabilir bir nedensellik testi ortaya konulmasının oldukça güç olduğunu” belirtmiştir. Cornelis, C. Van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 266.

⁸ W. Page Keeton/ Dan B. Dobbs/Robert E. Keeton/David G. Owen, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, West Publisher 5. baskı, St.Paul, Minn.1984, s.263; W. Page Keeton, “Causation”, *South Texas Law Review*, Texas 1986-1987, C.28, s.231.

⁹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.263.

¹⁰ Keeton, s.232; Joseph W. Glannon, *The Law of Torts*, Aspen Publisher 3. baskı, New York 2005, s.140; Linda L. Edwards/ J. Stanley Edwards/Patricia Kirtley Wells, *Tort Law*, Delmar Cengage Learning 5. baskı, New York 2012, s.136; Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, West Publishing Co., St.Paul, Minn. 2000, s.407; Glanville Williams, “Causation in the Law”, *The Cambridge Law Journal*, Cambridge 1961, C.1961, s.63

¹¹ Basil S. Markesinis/Hannes Unberath, *The German Law of Torts*, Hart Publishing 4. Baskı, Oxford 2002, s.103; Spier/Haazen, s.127. Alman içtihatlarında ve doktrinde bu ayrımın sorumluluk kuran ve sorumluluk sınırlayan nedensellik kavramlarıyla yer aldığı görülmektedir. Reinhard Zimmermann, “Haftungsbeurteilung und haftungsausfüllende Kausalität- Comparative Report”, *Digest of European Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien-New York 2007, s.611. İki aşamalı incelemenin Türk/İsviçre hukukuna da yabancı olmadığı görülmektedir. Nitekim nedensellik bağının tesisinde hakim teorinin “uygun nedensellik bağı teorisi” olduğu, bu teorinin ise sorumluluğu kurma ve sorumluluğu sınırlandırmak olmak üzere iki ayrı görevi olduğu belirtilmektedir. Bkz: Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları 14. baskı, Ankara 2012, s.541. Bununla birlikte Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları-Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak’ın (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference DCFR) “Nedensellik” bölüm başlığı altında yer alan VI.-4:101 Genel Kural maddesine ilişkin açıklamalarda; taslakta gerçek neden-hukukî neden ayrımı yapılmadığı, bunun yerine teoride böyle bir ayrım yapılıp yapılamayacağı, yapılacaksa ne ölçüde yapılacağı hususla-

olarak söz konusu iki aşamanın birbirinden tamamen farklı, iki ayrı hukukî problem olduğu kabul edilmektedir¹². Gerçek neden ve yakın nedenin, genelde, hem ders kitaplarında ve nedenselliği konu edinen çalışmalarda,¹³ hem de “Haksız Fillere ilişkin 3. *Restatement*”¹⁴: Fiziksel ve Duygusal Zararlar¹⁵’ da farklı başlıklar altında ele alındığı ve her iki aşamanın tespiti için farklı testler geliştirildiği görülmektedir. Bu kapsamda, çalışmada, nedenselliğin tesisindeki ilk aşama olan gerçek neden ve gerçek nedenin ispatı ele alınacaktır.

II. Amerikan Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Konusuna Genel Bakış

A) Genel Olarak Gerçek Neden ve Sorumluluğun Kapsamı (Yakın Neden)

Cause in fact (gerçek neden) kavramı davalının eylemi veya eylemsizliği ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ifade etmektedir¹⁶. *Glannon*, gerçek nedenin olgusal olarak davalının eyleminin davacının zararının meydana gelmesine katkıda bulunup bulunmadığının tespiti

rının tartışmaya açık bırakıldığı belirtilmiştir. Bu nedenle de taslakta *conditio sine qua non* veya *but for* testine yer verilmediği belirtilmiştir. Aksi takdirde, gerçek veya bilimsel nedenselliğin ifade edilmiş olacağı ve birçok istisna getirilmesi gerekeceği mülahazaları ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için: Von Bar/Clive, s.3570-3571.

¹² Dobbs, s.407.

¹³ Dobbs, s.405,443; John L.Diamond/Lawrence C. Levine/ M. Stuart Madden, *Understanding Torts*, Matthew Bender and Co. Inc., New York 1996, s.191-203; *Glannon*, s.139,183; David W. Robertson, “The Common Sense of Cause in Fact”, *Texas Law Review*, Texas 1997, C.75, s.1764 (common sense). Aksi yönde : Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.263.

¹⁴ *Restatement*, hukukun belirli alanlarında hazırlanan ve Amerikan Hukuk Enstitüsü’nün onayıyla yayımlanarak geçerlilik kazanan metinlerdir. Amerikan hukukunun ikincil nitelikteki kaynakları arasında yer alan *Restatement*’ların hazırlanmasının amacı belirli bir konuda tüm eyalet hukuklarının incelenerek, dağıntık halde bulunan konuya ilişkin yaklaşımların sistematize edilmesidir. Bununla birlikte kimi zaman *Restatement*’larda mevcut durumun ortaya konulmasının ötesinde, Raportör ve danışma grubunun daha iyi bir çözüm olduğu düşüncesiyle yaklaşımlardan birini benimsedikleri de görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuz, s.299-300.

¹⁵ Haksız Fillere ilişkin 3. *Restatement*: Fiziksel ve Duygusal Zararlar için Sorumluluk, American Law Institute, 2010. Nisan 2012 itibariyle geçerlilik kazanan ve Sorumluluğun Paylaşılması, Ekonomik Zararlardan Doğan Sorumluluk, Fiziksel ve Duygusal Zararlar ve Ürün Sorumluluğu olmak üzere dört ayrı kitaptan oluşan *Restatement*, bundan sonra *Restatement III* olarak anılacaktır.

¹⁶ David A. Fischer, “Causation in Fact in Omission Cases” *Utah Law Review*, Utah 1992, C.1992, s.1335 (omission).

olduğunu¹⁷, *Dobbs*, gerçek nedenin günlük dilde kullanılan nedensellik terimine denk düştüğünü¹⁸, *Edwards*, ise gerçek nedenin tesis edilebilmesi için davacının zararının doğrudan nedeni olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁹. “Yakın neden”-“hukukî neden”-“sorumluluğun kapsamı” gibi çeşitli kavramlarla ifade edilen ikinci aşama ise, davalının eyleminden doğan zararın davalıya isnat ettirilebilmesine, başka bir anlatımla sorumluluğun kapsamının belirlenmesine ilişkindir²⁰.

Gerçek nedeninin mevcut olup olmadığı mahkemelerce *but for* testi uygulanmak suretiyle tespit edilmektedir²¹. Bununla birlikte, bazı durumlarda “*but for*” testinin uygulanması sonucunda tatmin edici sonuçlara ulaşılamamaktadır²². Her ne kadar sunulan deliller belirsizliği bir ölçüde giderse de, kimi durumlarda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle de mahkemelerce *but for* testinin yanı sıra yeni yaklaşımlar benimsenmeye başlamıştır²³.

Sorumluluğun kapsamı (yakın nedenin) amacı ise; davalının sorumluluğunun kapsamını belirlemek, başka bir anlatımla davalının hangi sonuçlardan sorumlu olacağını belirlemek suretiyle sorumluluğunun kapsamını sınırlandırmaktır²⁴. Bu bağlamda belirtilmesi gereken ilk husus, yakın neden incelemesinin ancak davalının ihmalinin zararın gerçek nedeni olduğunun ispatlanmasından sonra gerçekleş-

¹⁷ Glannon, s.140.

¹⁸ Dobbs, s.407.

¹⁹ Edwards/Edwards/Wells, s.136.

²⁰ Dobbs, s.407; Glannon, s.140; Fischer, omission, s.1335.

²¹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.266; Richard W. Wright, “Causation in Tort Law”, *California Law Review*, California 1985, C.73, s.1775 (causation); Glannon, s.141; Fischer, omission, s.1338; Diamond/Levine/Madden, s.192; Edwards/Edwards/Wells, s.136; Robertson, common sense, s.1768. David W. Robertson, “Causation in the Restatement (Third) of Torts: Three Arguable Mistakes”, *Wake Forest Law Review*, North Carolina 2009, C.44, s.1008 (causation). Bu nokta da Haksız Fiillere ilişkin Restatement II §432 (1)’de söz konusu testin “*but for*” olarak adlandırılmadığının belirtilmesi gerekmektedir.

²² Glannon, s.144; Diamond/Levine/Madden, s.193-194. Prosser/Keeton; *but for* testinin sadece esaslı etken testinin uygulama alanı bulduğu durumlarda yetersiz kaldığını ileri sürmektedir. Bkz.: Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.267. Bununla birlikte Fischer, birden çok yeterli nedenin yanı sıra, zarar verenin yapmama-ihmalinde bulunması durumunda da ispat konusunda çok ciddi sıkıntıların mevcut olduğunu ifade etmektedir. Fischer, omission, s.1335.

²³ Glannon, s.144-145; Jane Stapleton, “Cause in Fact and the Scope of Liability for Consequences”, *Law Quarterly Review*, London 2003, C. 119, s.393 (consequences).

²⁴ Dobbs, s.443; Glannon, s.184-185.

tirileceğidir²⁵. Ayrıca yakın nedenin kasıtlı haksız fiil davalarında nadiren göz önünde bulundurulmuş bir faktör olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim kasıtlı haksız fiil davalarında genelde neyin hukukî sorumluluğu oluşturduğu konusunda bir sınırlandırma testi-ne ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmektedir²⁶.

Mahkemeler, davalının ihmalinin çok uzak sonuçları ile dava edilebilir sonuçlarının ayrılmasını sağlayacak bir tanım geliştirmeye çalışmışlardır. *Glannon*, bu çabanın bir hata olduğunu, zira tek bir eyaletteki geçmiş mahkeme kararları incelendiğinde dahi, konuya ilişkin bir tutarsızlık ve öngörülemezlikle karşılaşılacağını ifade etmektedir²⁷. Yakın nedenin belirlenmesine ilişkin pek çok yaklaşım bulunmakla birlikte en yaygın ve kabul göreni öngörülebilirlik testidir²⁸. Öngörülebilirlik testi uyarınca, davalı, makul bir öngörülebilirlikle risk yarattığı tüm zararlardan ve makul bir öngörülebilirlikle riske attığı tüm kişilere karşı sorumludur. Bununla birlikte sonucun öngörülebilir olması durumunda dahi, nedenselliği kesen bir gücün bulunması durumunda davalı sorumluluktan kurtulmaktadır²⁹.

B) Terminolojik Karmaşa

Amerikan hukukunda nedensellik konusunda terminolojik bir karmaşa bulunduğu da belirtilmesi gerekmektedir. Bu karmaşa bir taraftan sorumluluğun isnat ettirilmesi olan ikinci aşamanın kapsamından, diğer taraftan ise bu aşamanın adlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Kimi zaman yakın neden veya hukukî neden kavramı

²⁵ Dobbs, s.443; Diamond/Levine/Madden, s.203.

²⁶ Diamond/Levine/Madden, s.204.

²⁷ Glannon, s.185.

²⁸ Dobbs, s.444; Diamond/Levine/Madden, s.204.

²⁹ Dobbs, s.444, 460-463; Diamond/Levine/Madden, s.205-206. Bununla birlikte bu testin kimi istisnaları da bulunmaktadır. Nitekim vücut bütünlüğü zararlarında, davacının zararın kapsamı öngörülebilir olmasa dahi, mahkemelerin davalıyı sorumlu tuttıkları görülmektedir. Bu aslında "davalının, davacıyı bulduğu gibi bırakması" ilkesine dayanmaktadır. Egg-shell veya thin-skull kuralı olarak adlandırılan bu kuralın uygulandığı klasik olay örneği; davalının, zayıf veya ince kafatası kemik yapısına sahip bir kişinin kafasına vurması sonucunda, davacının beyin kanaması geçirmesi veya ölmesidir. Söz konusu kafa darbesi sonucunda bu tipte bir zarar öngörülebilir olmamasına rağmen, davalı zarardan sorumlu tutulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için : Diamond/Levine/Madden, s.210-212; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.292; Dobbs, s.464-465.

her iki aşamayı da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır³⁰. Nitekim Haksız Fiillere ilişkin *Restatement I*³¹ ve *Restatement II*’ de “hukukî neden” kavramı, hem gerçek nedeni hem de yakın nedeni kapsayan üst kavram olarak yer almıştır³². Bununla birlikte bazı mahkeme kararlarında *Restatement I* ve *II*’nin aksine hukukî neden kavramının değil, yakın neden kavramının, hem gerçek nedeni hem de sorumluluğun kapsamını içerdiği belirtilmektedir³³.

Bunun yanı sıra, ikinci aşama; yakın neden testi, hukukî neden, sorumluluğun kapsamı, riskin kapsamı, yükümlülüğün kapsamı ve öngörülebilirlik gibi çeşitli kavramlarla ifade edilmektedir³⁴. İki aşamalı incelemeyi kabul eden *Restatement III*’te “hukukî neden” kavramının kullanımının terk edildiği görülmektedir. Buna gerekçe olarak ise, uygulamada “hukukî neden” kavramının yaygın bir şekilde kullanılmaması ve kapsamının belirsizliği ve gerçek neden ile yakın neden kavramlarının birbirinden farkının açık bir biçimde ifade edilmesi gerekliliği ileri sürülmüş, ikinci aşama, “hukukî neden” yerine,

³⁰ Dobbs, s.407; Jane Stapleton, “Factual Causation”, *Federal Law Review*, Canberra 2010, C.38, S.3, s.467 (factual causation). Yakın nedenin üst başlık olarak kullanılmasına ilişkin bkz.: Keeton, s.232; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.263.

³¹ Haksız fiiller alanında günümüze kadar üç *Restatement*’ın çıkartılmıştır. İkincil nitelikteki kaynak olmakla birlikte özellikle *Restatement*’lar arasındaki farkların Amerikan haksız fiil hukukundaki gelişimi gösterdiği düşünülmektedir. Bundan sonra *Restatement I* olarak anılacak olan Haksız Fiiller *Restatement*’ı (*Restatement of Torts*, American Law Institute 1938), Profesör Francis Bohlen’in rapörtörlüğünde hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için, *Restatement Second of Torts*, Introduction (Volumes 1&2), American Law Institute 1965.

³² Haksız Fiillere ilişkin 2. *Restatement* (*Restatement Second of Torts*) C.1-2, American Law Institute 1965 ve Haksız Fiillere ilişkin 2. *Restatement* (*Restatement Second of Torts*) C .3-4, American Law Institute 1977. Bundan sonra “*Restatement II*” olarak anılacaktır. İlk *Restatement*’ın gözden geçirilmesi suretiyle hazırlanan *Restatement II* görüldüğü üzere dört ciltten oluşmaktadır. Kasti zarar ve ihmal konularını içeren ilk iki cilt 1965 yılında yayınlanmıştır. Profesör William L. Prosser’in rapörtörlüğünde ve Robert E. Keeton, Fleming James Jr. ve Hakim Goodrich gibi Amerikan haksız fiil hukukunun önemli isimlerinin danışmanlığında hazırlanan *Restatement II*’nin amacı, sosyal değişiklikler karşısında *Restatement I*’i gözden geçirmek ve *Restatement I*’e yöneltilen eleştirileri değerlendirmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. *Restatement Second of Torts*, Introduction (Volumes 1&2), American Law Institute 1965).

³³ Dobbs, s.407; Stapleton, factual causation, s.467. Dobbs’un atıfta bulunduğu *Hertog v. City of Seattle* (88 Wash.App. 41, 943 P.2d 1153) kararında yakın nedenin, gerçek neden ve hukukî nedeni kapsadığı açıkça ifade edilmiştir.

³⁴ Dobbs, s.408, dn.3.

“sorumluluğun kapsamı” olarak adlandırılmıştır³⁵. Bununla birlikte sorumluluğun kapsamının düzenlendiği §6’nın başlığında sorumluluğun kapsamının yanına parantez içinde yakın neden terimi de açıklama olarak eklenmiştir.

III. Gerçek Neden Testleri

A) *But For Testi*

Bu test uyarınca, davalının eyleminin zararının gerçek nedeni olarak kabul edilebilmesi için, davalının eylemi olmasaydı zararın ortaya çıkmaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla davacının eylemi olmasaydı zarar yine de ortaya çıkıyorsa, davalının eylemi bu test uyarınca zararın gerçek nedeni değildir³⁶. Aynı şekilde *Restatement III §26* da; “Zararın yükletilebilmesi için haksız fiil eyleminin zararın gerçek nedeni olması gerekmektedir. Eylemin yokluğu halinde zararın meydana gelmiyorsa, eylem zararın gerçek nedenidir. Haksız fiil eylemi §27 uyarınca da zararın gerçek nedeni olabilir.” düzenlemesi yer almaktadır.

“*But for*” testinde bir soyutlama yapılmakta ve zarar verenin haksız eylemi olmasaydı ne olmuş olacaktı sorusuna farazî bir yanıt aranmaktadır³⁷. *Diamond/Levine/Madden*, soyutlamanın nasıl yapılacağını bir örnekle açıklamıştır. Örnek uyarınca; A trafikte hız limitinin üstünde seyrederken, B’ye çarpmış ve bunun sonucunda B yaralanmıştır. Geleneksel “*but for*” testi uyarınca, A’nın ihmali olmasaydı dahi, yani A, yasal hız limitleri içinde giderken de B’ye çarparak onu yaralayacak idiyse, A’nın ihmali B’nin yaralanmasının gerçek nedeni, değildir. Bununla birlikte A’nın kazanın yapıldığı yerde olmasının nedeni de yüksek hızıdır. Başka bir anlatımla A yasal hız limitleri içinde gidiyor olsaydı, kazanın olduğu sırada kaza yerinde olmayacak, dolayısıyla B’ye çarpmayacaktı. Dolayısıyla A’nın eylemi B’nin gerçek nedeni olarak kabul edilecektir. Bu iki yaklaşım aslında soyutlamanın nasıl yapılacağını ne kadar önem arz ettiğini göstermektedir. Bununla birlik-

³⁵ Restatement III, §26, comment a.

³⁶ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.265; Wright, causation, s.1775; Fischer, omission, s.1338; Diamond/Levine/Madden, s.192; Williams, s.64; Stapleton, factual causation, s.473; Robertson, causation, s.1009.

³⁷ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.265; Diamond/Levine/Madden, s.192; Restatement III, §26, comment e.

te ikinci şekilde yapılan bir soyutlama mahkemeler tarafından kabul edilmemektedir³⁸.

But for testi, aslında, davalının eyleminin zararın zorunlu şartı (*conditio sine qua non*) olup olmadığını belirlemeye ilişkindir³⁹. Bu durum *Restatement III*'de de belirtilmiş⁴⁰, hatta gerçek nedenin, sonucun zorunlu şartı olarak da ifade edilebileceğine dikkat çekilmiştir⁴¹. Benzer bir şekilde kıta Avrupa'sı hukukçuları da *conditio sine qua non testi* ile *but for testi* arasında içeriksel olarak bir farklılık bulunmadığını belirtmektedir⁴².

B) Esaslı Etken Testi (*Substantial Factor Test*)

Esaslı etken testinin klâsik dava örneği, 1920 yılında karara bağlanan *Anderson v. Minneapolis St. P.&S. S. M. Ry. Co*⁴³ davasıdır⁴⁴. Davaya konu olan olayda; davacının mülkü yangın sonucunda zarar görmüştür. Biri davalının ihmalden kaynaklanan, diğeri sebebi bilinmeyen iki yangın da sıçrayarak zarara neden olmuştur. Mahkeme, jüriye "davalının motorunda çıkan yangının, davacının zarara uğramasında önemli veya esaslı bir unsur olup olmadığını" belirlemesi konusunda talimat vermiştir. Jüri, davalının neden olduğu yangının davacının mülkünün tahrip olmasının maddi unsuru ve esaslı etkeni olduğuna karar vermiştir. İstinaf mahkemesi de bu kararı onamıştır⁴⁵. Başka bir anlatımla, *but for testi* karşılanamamış olsa da, yani davalının eylemi olmasaydı zarar muhtemelen yine de gerçekleşecek olsa da, davalı sorumlu tutulmuştur⁴⁶. Nitekim bu davadan sonra esaslı etken testi geniş kabul görerek uygulanmaya başlamıştır⁴⁷.

³⁸ Diamond/Levine/Madden, s.193.

³⁹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.266; Glannon, s.141; Edwards/Edwards/Wells, s.136; Stapleton, factual causation, s.473.

⁴⁰ Restatement III, §26, comment b.

⁴¹ Restatement III, §26, comment c. Aynı yönde Wright, causation, s.1775.

⁴² Reinhard Zimmermann, "Conditio sine qua non in General-Comparative Report" içinde Digest of Eueopan Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation, Wien-New York 2007, s.99; Helmut Koziol, "Natural and Legal Causation", Causation in Law, Univ. Karlova, Právnická Fak., Praha 2007, s.55.

⁴³ Minnesota Yüksek Mahkemesi'nin 17 Eylül 1920 tarihli ve 21855 sayılı karar için bkz. 179 N.W. (North Western Reporter) 45. Bundan sonra Anderson kararı olarak anılacaktır.

⁴⁴ Glannon, s.145; Diamond/Levine/Madden, s.193.

⁴⁵ 179 N.W. 45.

⁴⁶ Glannon, s.145; Diamond/Levine/Madden, s.193-194.

⁴⁷ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.267.

Esaslı etken testinin klâsik uygulama alanı, *Anderson* kararında olduğu gibi, birden çok nedenin zararın meydana gelmesine tek başına yeterli olduğu, ancak bu nedenlerden hiç birinin *but for* testi uyarınca sorumluluk doğurmadığı olaylardır⁴⁸. *Prosser/Keeton*, bunun dışında; testin, birden çok nedenin, aynı olmasa da benzer sonucu doğurduğu olaylarda ve orman yangınına yanan bir kibrit atma örneğinde olduğu gibi, sonuca önemsiz bir katkının yapıldığı olayların çözümünde⁴⁹ de yardımcı olduğunu ifade etmektedir⁵⁰. Test geniş kabul görerek *Restatement I* ve *Restatement II*'de de yer bulmuştur. *Restatement II* §432'ye göre, zararlı sonucu doğuran birden çok neden olduğu olaylar haricinde, gerçek nedenin tesis edilebilmesi için "*but for*" testinin karşılanması gerekmektedir⁵¹. Bununla birlikte "esaslı etken testinin", *Restatement II*'de "*but for*" testi ile eş anlamlı, bazı sınırlı durumlarda *but for* testine alternatif ve son olarak hukukî nedene ilişkin bir yaklaşım olarak kullanıldığı da belirtilmektedir. *Restatement II*'deki bu farklı kullanımların, esaslı etken testinin uygulama alanına ilişkin bir karmaşa yarattığı ileri sürülmektedir⁵². Nitekim esaslı etken testinin, "*but for*" testi karşısındaki yeri farklı görüş ve uygulamalara konu olmuştur⁵³. Söz konusu görüş ayrılıkları; esaslı etken testi, "*but for*" testinin yerine mi

⁴⁸ Restatement III, comment j; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.268; Dobbs, s.415; Glannon, s.145; Fischer, omission, s.1346; Diamond/Levine/Madden, s.193; Edwards/Edwards/Wells, s.137.

⁴⁹ Örnek olaya Restatement III'de de yer verilmiş ve söz konusu örnekteki sıkıntının zararın ne olduğu veya zarar ile kibrit arasındaki bağlantının ne olduğu konusundaki belirsizlikten kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bu belirsizlik karşısında üç olasılıktan söz edilmektedir. Kibrit orman yangınıyla birlikte ilgili zararın oluşması için gerekliyse, zararın gerçek nedenidir. Eğer önemsiz bir miktarda yangına yol açan kibrit, zararın önemsiz ve bağımsız bir kısmına neden olmuşsa, sadece bu önemsiz ve bağımsız kısmın gerçek nedenidir. Son olarak da kibrit yangının küçük bir miktarının gerçekleşmesine katkı sağlamış olabilir. Bu durumda her ne kadar diğer yangının büyüklüğü karşısında zararın gerçekleşmesi bakımından önemsiz kabul edilse de, diğer kaynaklarla birleşerek zararı gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda da Restatement III §27 ve Restatement III §36'nun uygulama alanına girecektir. Esaslı etken testinin, önemsiz katkı sağlayan gerçek nedenlerin göz önünde bulundurulmaması konusundaki faydalarına yöneltile eleştiriler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Restatement III, Reporters Note, comment j.

⁵⁰ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s.267-268.

⁵¹ Restatement III, comment j.

⁵² Robertson, common sense, s.1776.

⁵³ Yanlış kullanımı konusunda bkz. Restatement III, comment j.

kullanılmalıdır, yoksa sadece bir istisna veya alternatif bir yaklaşım⁵⁴ olarak mı değerlendirilmelidir hususlarında kendisini göstermiştir. Bu tartışmalara paralel olarak, esaslı etken testi, bazı mahkemelerce *but for* testi yerine; hem gerçek nedeni hem de hukukî nedeni tesis etmek için kullanılmıştır⁵⁵. Ayrıca esaslı etken testinin tıbbi sorumluluk davalarında olduğu gibi "*but for*" testini esnetmek için kullanıldığı da belirtilmektedir⁵⁶.

Bunların dışında esaslı etken testine yöneltilen bir diğer eleştiri ise, nedensellik bağının tesisi konusunda, jüriye çok daha fazla bir serbest alan bırakılmasıdır. Nitekim jüriye bir nedenin, hangi koşullarda esaslı neden olacağı konusunda talimat verilmemektedir⁵⁷.

Tüm bu eleştirilere ve aşağıda daha ayrıntılı açıklanacağı üzere *Restatement III*'de bu testin kullanımının reddedilmesine rağmen, esaslı etken testinin uygulanmasına hâlâ devam edildiğinin de belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim 2013 tarihli bir karar uyarınca; "ihmal, zararın yakın nedeni olduğu müddetçe dava edilebilir. Maryland Eyalet hukukuna göre; yakın nedenin tesis edilebilmesi için gerçek neden ve hukuken tanınabilir neden olmak üzere birbirinden bağımsız iki koşulun karşılanması gerekmektedir. Tek bir ihmalin söz konusu olması durumunda, yakın nedenin bir unsuru olan gerçek nedenin tesis edilebilmesi için, *but for* testi uygulanırken, birden çok ihmal zararı birlikte meydana getirmişse esaslı etken testi uygulanmaktadır⁵⁸". Bunun yanı sıra, doktrinde de, esaslı etken testinin kullanılabileceğini ileri sürenler bulunmaktadır. Nitekim *Robertson*, testin, *Restatement II* §432'de belirtildiği gibi uygulandığı müddetçe, pek çok olayda oldukça tatmin edici sonuç doğuracağını düşünmektedir⁵⁹.

⁵⁴ Glannon, s.145; Diamond/Levine/Madden, s.193; Edwards/Edwards/Wells, s.137; Robertson, common sense, s.1777.

⁵⁵ Glannon, s.146; Fischer, omission, s.1347; Diamond/Levine/Madden, s.194; Stapleton, factual causation, s.467-468.

⁵⁶ Diamond/Levine/Madden, s.194.

⁵⁷ Dobbs, s.416; Glannon, s.146; Fischer, omission, s.1347. Ayrıca Prosser/Keeton esaslı etken testi yerine, *but for* testinin reddedilmemesi sonucunu doğuran alternatif bir yaklaşımın daha faydalı olacağını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 267-268.

⁵⁸ Doe v. Board of Educ. of Prince George's County, F. Supp. 2d, 2013 WL 6065269 (D.Md.).

⁵⁹ Robertson, causation, s.1019.

C) Yeterli Serinin Zorunlu Unsuru Testi (NESS)

Esaslı etken testinin bu kadar eleştirilmesi, bu test yerine, *but for* testinin yetersiz kaldığı durumlarda uygulanabilecek yeni bir test düşüncesini ortaya çıkarmıştır⁶⁰. Bu bağlamda ilk kez *Hart/Honoré* tarafından ileri sürülen, sonra *Prof. Richard Wright* tarafından geliştirilen NESS testi, esaslı etken testine alternatif bir yaklaşım olarak ortaya konulmuştur. Bu test, hem doktrin hem de Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından çeşitli yankılar bulmuştur. Ayrıca, doktrinde de, NESS testinin çeşitli versiyonları ileri sürülmüştür⁶¹.

Wright, “nedensellik” kavramının; zorunlu şart, yeterli şart veya zorunlu ve yeterli şart kavramlarıyla tanımlanarak, nedenselliğin tesisinde bir test yaratma çabalarının başarılı olmayacağı görüşünü ileri sürmekte, “zorunlu şartın” yerine “yeterlilik-elverişlilik” kavramının kullanılmasıyla nedensellik kavramının özünün yakalanabileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda, NESS testine göre, belirli bir davranış, ancak sonucu meydana getirmeye yeterli olan nedensellik serisinin zorunlu unsuru ise, zararın nedeni olduğu kabul edilmektedir⁶².

Aslında bu test, *David Hume*’un ve *John Stuart Mill*’in geliştirdiği nedensellik yaklaşımına dayanmaktadır⁶³. *Hume*; dönemin popüler anlayışı olan tek bir nedensellik algısına karşı çıkarak, nedenselliğin, birbirini takip eden belirli olayların bir veya daha fazla defa gözlenmesi suretiyle kanıtlanabileceğini ileri sürmektedir. Bu kapsamda belirli bir sonucu meydana gelmesi için yeterli olan tüm koşulları sıralanmalıdır. Söz konusu yeterli nedensellik zincirine ilgisiz şartların dahil edilmesini önlemek için ise; önceden mevcut olan şartlar, yeterli nedensellik zinciri bakımından zorunlu olan şartlarla sınırlandırılmalıdır. Bu suretle zorunluluk şartı, yerini yeterlilik şartına bırakmaktadır⁶⁴. *Mill* ise, *Hume*’dan farklı olarak sonucu meydana getiren *birden çok yeterli nedensellik zincirinin* bulunduğunu gözlemlemiştir⁶⁵.

⁶⁰ David A. Fischer, “Insufficient Causes”, *Kentucky Law Journal*, Kentucky 2005-2006, C. 94, s.277 (insufficient); Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 267-268; Stapleton, consequences, s.393.

⁶¹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 267-268.

⁶² Richard W. Wright, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, Iowa 1987-1988, C.73, s.1019 (pruning the bramble bush).

⁶³ Wright, pruning the bramble bush, s.1019.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: David Hume, *Treatise on Human Nature*, Clarendon Press Oxford 1789, s.85-96.

⁶⁵ Wright, pruning the bramble bush, s.1019 (naklen).

NESS testi ile birlikte, *but for* testindeki “zorunluluk” kavramı yerini “yeterlilik” kavramına bırakmıştır. Nitekim bu test uyarınca belirli bir şartın, belirli bir sonucun nedeni olabilmesi için, söz konusu sonucun gerçekleşmesine yeterli olan önceki şartlar grubunun *zorunlu* bir unsuru olması gerekmektedir⁶⁶.

Tüm bu tartışmaların sonucunda *Restatement III*'te esaslı etken testinin karmaşıklığı ve yanlış kullanımı nedeniyle, test, terk edilmiş, yerine §27 benimsenmiştir. “Birden Çok Yeterli Neden” başlığını taşıyan §27 uyarınca; birden çok neden olması, bu nedenlerin her birinin tek başına, zararı meydana getirmeye yeterli olması ve bu nedenlerin her birinin zararın meydana geldiği sırada etkili olması gerekmektedir⁶⁷. Bu nedenlerin hepsinin haksız fiil eylemi olmasına gerek yoktur. *Restatement II*'nin aksine *Restatement III*, zarar verenin hangi oranda sorumlu olacağına değinmemiş, sadece söz konusu her bir nedenin, zararın gerçek nedeni sayılacağını belirtmekle yetinmiştir. Birden çok yeterli nedenden bir veya daha fazlasının haksız fiil eylemi olmaması, nedensellik kavramının değil tazminat kavramının sorunu olduğu ifade edilmiştir. Alternatif nedenlerin §27'nin uygulama alanına girmediği ise özellikle vurgulanmıştır. Nitekim, alternatif nedende, zarara nedenlerden yalnızca biri yol açmaktayken, birden çok yeterli nedende, her iki neden de tek başına zararın gerçekleşmesine neden olmaktadır⁶⁸.

IV. Gerçek Nedenin İspatı

A) Genel Olarak

Amerikan hukukunda gerçek nedenin ispat yükü diğer hukuk düzenlerinde de olduğu üzere davacıda olup⁶⁹, nedensellik, delillerin üstünlüğü (*preponderance of evidence*) ilkesi uyarınca ispat edilmektedir⁷⁰. *Restatement §28*'de de gerçek nedenin ispat yükünün davacıda olduğu açıkça belirtilmiştir.

⁶⁶ Wright, causation, s.1790.

⁶⁷ *Restatement III*, §27, comment a.

⁶⁸ *Restatement III*, §27, comment e. Alman hukuk çevresinde yarışan nedene tekabül etmektedir. Eren, s.507.

⁶⁹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 269; Diamond/Levine/Madden, s.193; Robertson, common sense, s.1773; Stapleton, factual causation, s.478; Robertson, causation, s.1009.

⁷⁰ Diamond/Levine/Madden, s.193; Richard Allen Epstein, Torts, Aspen Law & Business, Gaithersburg 1999, s.250; Robertson, common sense, s.1773-1774; Robertson, causation, s.1009.

Gerçek nedenin ispat edilebilmesi için, davacının, delillerin üstünlüğü ilkesi uyarınca, davalının davranışının, zararın gerçek nedeni olduğunu göstermesi gerekmektedir. İspat yükü, gerçekleşme yükü (*burden of production*) ve ikna yükü (*burden of persuasion*) olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Gerçekleşme yükü uyarınca; davacının, davalının eyleminin zararın gerçek nedeni olduğu konusunda karar verilmesini sağlayacak yeterli delili sunması gerekmektedir. İkna yükünde ise, davacının sunduğu delillerle, delillerin üstünlüğü ilkesi uyarınca karar merciini ikna etmesi anlamına gelmektedir⁷¹.

Bu kapsamda delillerin üstünlüğü ilkesi, *more likely than not* olarak ifade edilen, davacının, iddiasının gerçek olma olasılığının, olma-olmayışına göre daha yüksek olduğunu göstermesi anlamına gelmektedir⁷². Bu ilkenin benimsenmesinde davalının eylemi olmasaydı ne olacaktı sorusunun mutlak bir kesinlikle cevaplandırılmaması yatmaktadır⁷³. Bu kapsamda “olağan deneyimler uyarınca belirli bir yapma veya yapmama şeklinde olabilecek bir eylem veya ihmalden, söz konusu koşullar altında, belirli bir sonucu doğurması beklenebiliyorsa, eylem ve sonuç arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olduğu” belirtilmektedir⁷⁴. Bununla birlikte ispat ölçüsü, olasılık terminolojisiyle ifade edilmekte, yani davacının, davayı kazanabilmek için, iddiasının gerçekleşme ihtimalinin %50’den daha yüksek olduğu konusundaki karar merciini ikna etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁵. Her ne kadar ispat ölçüsünün olasılık terminolojisiyle ifade edilmesinin, ilk bakışta çok kullanışlı bir ölçüt olduğu kabul edilse de, doktrinde kimi endişelere yer verilmektedir. Nitekim, bu ölçütün doğru bir şekilde anlaşılmadığı müddetçe, yüzde oranlarının kullanımının yanlış uygulamalara yol açacağı belirtilmektedir. Öncelikle matematiksel şansın-

⁷¹ Restatement III, §28, comment a; Dobbs, s.360. Davacının yeterli delil sunamaması durumunda, dava jüri önüne götürülebilecektir. Dobbs, s.360.

⁷² Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 269; David A. Fischer, “Tort Recovery for Loss of a Chance”, *Wake Forrest Law Review*, C. 36, s.608 (loss of a chance); Robertson, common sense, s.1774; Robertson, causation, s.1009; Mark A. Geistfeld, “The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share Liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania 2006, C. 155, s.461.

⁷³ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 269; Robertson, common sense, s.1774; Geistfeld, s.461-462.

⁷⁴ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 270.

⁷⁵ Dobbs, s.360; Fischer, loss of chance, s.608; Robertson, causation, s.1009.

olasılığın, iddianın lehinde olduğunu gösteren delillerin tümünün, bir iddiayı ispat etmek için yeterli olmadığı ifade edilmektedir⁷⁶. Başka bir anlatımla delillerin, iddianın gerçek olduğu konusunda jüriyi inandırması gerekmektedir⁷⁷. *Fischer* bu durumu bir örnekle açıklamıştır. Ciddi trafik kazalarının çoğunun alkolle ilişkili olması, jürinin dava konusu kazanın, alkolle ilişkili olduğuna inanması için yeterli değildir. Jürinin böyle bir sonuca varabilmesi için daha başka delillerin sunulması gerekmektedir⁷⁸.

Kural bu olmakla birlikte, aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere kimi ispat kolaylıklarının da benimsendiği görülmektedir.

B) İspat Yükünün Tersine Çevrilmesi

İspat yükünün tersine çevrilmesi suretiyle ispatta sağlanan bu kolaylık, aslında, *but for* testinin tatmin edici bir sonuç doğurmadığı, alternatif nedenselliğin söz konusu olduğu olaylarda bir çözüm yolu olma işlevi görmektedir. Bu çözüm yoluyla özdeşleşen dava, 1948 yılında Kaliforniya Temyiz Mahkemesi tarafından karara bağlanan *Summers v. Tice*⁷⁹ davasıdır⁸⁰. Davaya konu olan olayda, alternatif nedenselliğin klâsik örneği olan iki avcının aynı anda ateş etmesi söz konusu olmuştur. Bu olayda da davalıların ikisi de av tüfeklerini ateşlemiş ancak birinden çıkan saçma davacının gözüne denk gelmiş ve davacının hangisinin tüfeğinden çıkan saçma ile yaralandığı belirlenememektedir. Her iki davalının da eylemlerinin aynı olması, eyleminin ihmal teşkil etmesi, ancak hangisinin zarara neden olduğunun belirlenememesi gerekçesiyle her ikisinin de sorumluluktan kurtulmasını istemeyen Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, ispat yükünün tersine çevrilmesine karar vermiştir. Davalılardan her biri kendisinin zarara neden olmadığını ispatlayamadığı için her ikisi de sorumlu tutulmuştur⁸¹.

⁷⁶ Fischer, loss of chance, s.608.

⁷⁷ Fischer, loss of chance, s.608; Robertson, common sense, s.1774.

⁷⁸ Fischer, loss of chance, s.608.

⁷⁹ California Temyiz Mahkemesi'nin 17 Kasım 1948 tarihli kararı için bkz. 33 Cal 2nd 80 (199 P2d 1). Bundan sonra *Summers* kararı olarak anılacaktır.

⁸⁰ Glannon, s.147; David A. Fischer, "Products Liability-An Analysis of Market Share Liability", *Vanderbilt Law Review*, Nashville Tennessee 1981, C.34, s.1630 (market share); Geistfeld, s.454.

⁸¹ 33 Cal 2nd 80 (199 P2d 1).

Bununla birlikte alternatif nedenselliğin söz konusu olduğu olaylarda davalıların her ikisini de sorumlu tutmak için uygulanan tek ve ilk çözüm yolunun ispat yükünün tersine çevrilmesi olmadığına da belirtilmesi gerekmektedir⁸². *Summers* kararından önce görülen *Oliver v. Miles*⁸³ davasına konu olan olayda; iki avcının keklige ateş etmesi, bununla birlikte yolun karşı tarafında seyahat etmekte olan üçüncü bir kişinin yaralanması söz konusu olmuştur. Davada, ceza hukukunda da olduğu üzere, davalılardan sadece birinin zarara neden olduğu durumlarda, her iki davalının da birlikte hareket ettiklerinden (*concerted action*) yola çıkılmıştır. Bu suretle her iki davalının da müştereken ve müteselsilen sorumlu olduklarına karar verilmiştir. Gereğe olarak da, aksi takdirde, her iki davalının da sorumluluktan kurtulacağı gösterilmiştir⁸⁴.

Görüldüğü üzere *Oliver* kararında, çıkış noktası davalıların birlikte hareket etmesi (davalıların eylemlerinin birlik arz etmesi) iken, *Summers* kararında ise ispat yükünün tersine çevrilmesi yoluna başvurulmuştur. Dolayısıyla *Summers* kararında, mahkemenin, davalılara doğrudan sorumluluk yüklediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte *Dobbs*, aslında *Summers* kararının da pratik olarak müşterek ve müteselsil sorumluluk sonucu doğurduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle de alternatif nedenselliğin söz konusu olduğu olayların alternatif sorumluluk olarak adlandırılmasına karşı çıkmaktadır. Nitekim bu olaylarda, davalılardan biri zarara diğer davalının neden olduğunu ispatlayamadığı müddetçe, zarara gerçekten sadece birisinin neden olmasına rağmen, her iki davalı da, müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır⁸⁵. Her ne kadar sonuçta bir farklılık yaratmasa da, aslında her iki uygulama arasında farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim, ispat yükünün tersine çevrilebilmesi için davacının, her iki davalının da ihmalinin bulunduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Oysa davalıların birlikte hareket ettiklerinin kabul edilmesi

⁸² Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 271; Robertson, common sense, s.1781.

⁸³ Mississippi Temyiz Mahkemesi'nin 22 Kasım 1926 tarih ve 25964 sayılı kararı için bkz.: 144 Miss. 852 (110 So. 666, 50 A.L.R. 357). Bundan sonra *Oliver* kararı olarak anılacaktır.

⁸⁴ 144 Miss. 852 (110 So. 666, 50 A.L.R. 357).

⁸⁵ Dobbs, 427.

durumunda, yani davalıların ikisinin de müşterek bir planın parçası olarak birlikte hareket ettiği durumlarda, davalılardan sadece birinin ihmali olduğunu kanıtlamak diğerine de sorumluluk yüklemek için yeterli olmaktadır⁸⁶.

Summers kararından sonra ispat yükünün tersine çevrilmesi pek çok mahkeme tarafından kabul edilerek uygulanmıştır⁸⁷. Kanada mahkemeleri tarafından da benimsenen bu karar, zincirleme otomobil kazalarının söz konusu olduğu davalarda da uygulama alanı bulmuştur⁸⁸. Bununla birlikte bazı mahkemelerin *but for* testini uygulamak suretiyle ispat yükünün tersine çevrilmesine karşı çıktıklarının da belirtilmesi gerekmektedir⁸⁹. Her ne kadar *Summers* kararının genel kabul gördüğü sonucuna varılsa da, *Glannon*, bu kararının iyi analiz edilmesi gerektiğini, birden çok davalının olduğu tüm olaylarda bu davanın referans gösterilemeyeceğini belirtmiştir. İspat yükünün tersine çevrilebilmesi için, öncelikle davacı, her iki davalının da ihmali bulunduğunu ispatlamalıdır. Bunun yanı sıra her iki davalının da eylemi birbirine benzer olmalıdır⁹⁰. *Keeton* özellikle kusurun hangi davalı da olduğuna ilişkin bir delilin bulunmaması durumunda, kusuru olmayan davalıya sorumluluk yükletilmesinin güçlük arz edeceğini belirtmiştir⁹¹.

⁸⁶ Dobbs, 427-428.

⁸⁷ Dobbs, s.428; Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 271; Glannon, s.147; Fischer, market share s.1630.

⁸⁸ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 271.

⁸⁹ Dobbs, s.428; Glannon, s.147. Bu kapsamda özellikle 1988 tarihli *Senn v. Merrell-Dow Pharmaceuticals, Inc.* (305 Or. 256, 751 P.2D 215) kararı önem arz etmektedir. Nitekim bu kararda ayrıntılı bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Öncelikle Oregon hukukunda mahkemenin henüz herhangi bir alternatif sorumluluk teorisi benimsemediği belirtilmiştir. Ardından hem *Restatement* hem de mahkemelerin benimsediği alternatif sorumluluk teorileri, verilen kararlar karşılaştırılmak suretiyle ele alınmıştır. Sonuç olarak mahkeme tüm alternatif sorumluluk teorilerinin haksız fiil hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Nitekim nedensellik ispatı konusunda hakim ilke delillerin üstünlüğü iken, alternatif sorumluluk teorilerinde bu ilke yerine getirilememektedir. Özellikle davalı sayısının ikiden fazla olduğu olaylarda, her bir davalının zarara neden olma olasılığının %50'nin de altına düşeceğini vurgulayan mahkeme, herhangi tüm alternatif sorumluluk teorilerinin geleneksel haksız fiil hukuku ilkelerini ihlal edeceği gerekçesiyle, alternatif sorumluluk teorilerinin tümünü reddetmiştir. 751 P.2D 220-223.

⁹⁰ Glannon, s.147-148.

⁹¹ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 271.

Summers kararındaki bu uygulamanın *Restatement II* ve ardından *Restatement III*'te de benimsendiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim §28 (b) uyarınca, ispat yükünün değişmesi için davacının birden çok kişiye karşı dava açmış olması ve her birinin davacının zarar riskine maruz bırakan haksız fiil davranışıyla ilişkili olması ve birinin veya daha fazlasının haksız fiil davranışının zarara neden olması, ancak davacıdan hangi fail veya failerin zarara neden olduğunu ispatlamasının makul bir şekilde beklenmemesi gerekmektedir. Ancak bu koşulların sağlanması durumunda, gerçek nedenin hem meydana gelmesi hem de gerçek nedenin mevcut olduğunun ikna edilmesi konusunda ispat yükü davalıya geçecektir.

C) Pazar Paylaşım Sorumluluğu

Pazar paylaşım sorumluluğu kuralı ilk kez DES davalarıyla ortaya çıkmıştır. DES olarak kısaltılan *diethylstilbestrol*; sentetik bir östrojen olup, 1947-1971 yılları arasında Amerika'da pek çok hekim tarafından düşük riskini önlemek amacıyla reçete edilmiştir. 1971 yılında yapılan testler sonucunda rahim içinde DES'e maruz kalan kadınların, yüksek oranda rahim ağzı ve vajina kanserine yakalandıklarının tespit edilmesi sonucunda, DES'e verilen onay Amerikan Gıda ve İlaç İdaresi (*US Food and Drug Administration-FDA*) tarafından geri alınmıştır. Bunun üzerine çok sayıda olan DES üreticisine karşı davalar açılmaya başlanmıştır⁹². Bu davalardan biri olan *Sindell v. Abbott Laboratories*⁹³ davasında, Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, radikal bir karar vererek pazar paylaşım sorumluluğu kuralını uygulamıştır⁹⁴.

DES davalarındaki sorun birkaç husustan kaynaklanmaktadır. İlk olarak, ilaç yüzlerce şirket tarafından üretilmiştir⁹⁵. İkinci olarak ise kanser vakaları, doğrudan ilacı kullananlarda değil, hamilelikleri sırasında DES kullanan kadınların çocuklarında ortaya çıkmaktadır⁹⁶. Son

⁹² William D. Wilson, "Market-Share Liability-Did New York Go too Far? Hymowitz v. Eli Lilly & Co" *St. John's Law Review*, New York 1990, C.64, S.2, s.363-364; Fischer, market share, s.1623-1624.

⁹³ Kaliforniya Temyiz Mahkemesi'nin 20 Mart 1980 tarihinde vermiş olduğu karar için bkz.: 26 C3d 588 (607 P2d 924). Bundan sonra *Sindell* kararı olarak anılacaktır.

⁹⁴ Dobbs, s.430; Diamond/Levine/Madden, s.196; Glannon, s.160. Aslında bu kural ilk kez DES davalarına ilişkin yazılan bir yorumda önerilmiştir. Dobbs, s.430.

⁹⁵ Dobbs, s.430-431; Glannon, s.160; Fischer, market share, s.1625; Geistfeld, s.477.

⁹⁶ Bu nedenle bu hastalığa yakalananlar DES Kız Çocukları olarak da anılmaktadır.

olarak ise bu kanserin geç teşhis edilmesi nedeniyle, davacılar, bu hastalığa yakalandıklarını yetişkin oldukları yaşlarda öğrenmektedirler. Dolayısıyla hastalığın ortaya çıktığı zaman annenin hangi üretici tarafından üretilen DES'i aldığı belirlenememektedir⁹⁷. Bunun yanı sıra pek çok üreticinin de davanın açıldığı tarihte artık mevcut olmaması da karşılaşılan sorunlar arasında yer almaktadır⁹⁸.

Sindell davası, Kaliforniya'da ikamet etmekte olan ve doğumdan önce DES'e maruz kalan kadınların, 1941'den sonra DES satan ilaç üreticilerine karşı açtığı davadır. Mahkeme, davacının annesinin kullandığı DES üreticisi belirlenemese de, davalıların ilaç pazarındaki pay oranında sorumlu olacağına karar vermiştir. Karara göre, sorumluluğun doğabilmesi için; davacının, davalıların söz konusu ilacı önemli bir oranda ürettiğini göstermesi ve tüm davalıların aynı formülü kullandığını ortaya koyması yeterli görülmüştür. Davalının, ancak, zarara neden olan ürünü üretmemiş olduğunu ispatlayabilmesi durumunda sorumluluktan kurtulabileceği belirtilmiştir⁹⁹.

Her ne kadar *Sindell* kararında, *Summers* kararında benimsenen ispat yükünün tersine çevrilmesi yaklaşımı uygulanmamış olsa da, pazar paylaşım sorumluluğu kuralının çıkış noktası ispat yükünün tersine çevrilmesidir. Ancak bu kuralın ispat yükünün tersine çevrilmesinin ötesine geçtiğinin¹⁰⁰, hatta ispat yükünü *Summers* kararından çok daha fazla esnettiğinin¹⁰¹ kabul edilmesi gerekmektedir. Pazar

Bonnie Rochman, DES Daughters: Banned Pregnancy Drug Linked to Infertility, Prematurity and Cancer, Time Health&Family, 06/10/2011, <http://healthland.time.com/2011/10/06/des-daughters-now-banned-drug-linked-to-infertility-prematurity-and-cancer/>. <Son erişim tarihi 29/12/2013.>

⁹⁷ Dobbs, s.430-431; Diamond/Levine/Madden, s.196; Wilson, s.367; Fischer, market share, s.1625; Geistfeld, s.477.

⁹⁸ Dobbs, s.430-431; Geistfeld, s.477.

⁹⁹ 26 C3d 588 (607 P2d 924).

¹⁰⁰ Keeton/Dobbs/Keeton/Owen, s. 271; Diamond/Levine/Madden, s.196; Wilson, s.370.

¹⁰¹ Fischer, market share, s.1637. Her ne kadar DES davalarında, bazı mahkemeler, ispat yükünün tersine çevrilmesi kuralını uygulamış olsalar da, aslında ispat yükünün tersine çevrilmesi kuralının gerekçeleri DES davalarında geçerli olmamaktadır. Nitekim *Sindell* kararında da bu gerekçeler tartışılarak, söz konusu davada ispat yükünün tersine çevrilmesi kuralının uygulanmayacağına karar verilmiştir. Bu gerekçeler; ispat yükünün tersine çevrildiği davalarda davalının, davacıya göre daha rahat delil ikame edebilmesi ve davacının, davalıların dolayısıyla delil ikame edememesi olarak özetlenebilir. 26 C3d 588 (607 P2d 924) ve ayrıntılı bilgi için : Fischer, market share, s.1636-1637.

paylaşım kuralı uyarınca, örneğin A üreticisi, davacının annesinin DES'i kullandığı zaman DES pazarının %40'ına sahip ise, yani ilacın piyasada olduğu dönemde, satılan ilaçların %40'ı A üreticinin ise, A, davacının zararının %40'ından sorumludur. Bununla birlikte davacının, A'nın ürettiği ilacı hiç kullanmamış olma ihtimali, dolayısıyla A'nın davacıya zarar vermemiş olma ihtimali de mevcuttur¹⁰². Bu argümana karşı A'nın, her halükârda, toplam zararın %40'ına neden olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla A'nın, her bir davacının zararının %40'ından sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırı olmayacağı belirtilmiştir¹⁰³. Nitekim her bir annenin kullanmış olduğu DES ve üreticisi eşleştirilmiş olsaydı ve her bir zarar gören dava açsaydı, A'nın her bir davacıya ödeyeceği tazminat miktarı değişecek olsa da, cebinden çıkacak toplam tazminat miktarı aynı olacaktı¹⁰⁴. *Dobbs*, her ne kadar sorumluluğun ortalamaya dayanarak belirlenmesinin hukukta alışılmamış bir yol olduğunu ifade etse de, mahkemelerin bu çözüm yolunu benimsemek durumunda kalmalarının sebebinin potansiyel davacı sayısının çokluğuna bağlamıştır¹⁰⁵.

Sindell kararının ardından özellikle diğer eyaletlerdeki bazı mahkemeler doktrini uygulamayıp, hâttâ bazen uygulamayı açıkça reddederken¹⁰⁶, pek çok mahkeme de pazar paylaşım sorumluluğunun çeşitli versiyonlarını benimsemiştir¹⁰⁷. DES davalarında uygulamada yer alan farklılıklardan biri, mahkemelerin, ilgili pazara ilişkin farklı kriterler benimsemesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim bazı mahkemeler ulusal pazar kriterini uygularken, bazı mahkemeler ise bölgesel pazar kriterini uygulamaktadır¹⁰⁸. Ulusal pazar kriterinin uygulanması durumunda, davalının bölgesel pazarda yer almamasına rağmen sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bir üretici, zarar

¹⁰² Dobbs, s.431; Glannon, s.160; Diamond/Levine/Madden, s.197.

¹⁰³ Dobbs, s.431; Fischer, market share, s.1641.

¹⁰⁴ Dobbs, s.431; Diamond/Levine/Madden, s.197; Fischer, market share, s.1641.

¹⁰⁵ Dobbs, s.431.

¹⁰⁶ Dobbs, s.431; Glannon, s.162; Diamond/Levine/Madden, s.198; Fischer, market share, s.1641.

¹⁰⁷ Dobbs, s.431; Glannon, s.161; Diamond/Levine/Madden, s.197; Wilson, s.370; Geistfeld, s.483.

¹⁰⁸ Dobbs, s.431; Glannon, s.162; Diamond/Levine/Madden, s.197. Fischer, ilgili pazarın ulusal, bölgesel ve eyalet olmak üzere üç ayrı uygulaması olabileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda da *Sindell* kararında ilgili pazarın nasıl belirleneceğini açıklanmaması nedeniyle, kararı eleştirmiştir. Fischer, market share, s.1643.

görenin kendi ürününü kullanmadığını ispatlasa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır¹⁰⁹. Nitekim ulusal pazar kriterinin uygulandığı, *Hymowitz v. Eli Lilly&Co*¹¹⁰ davasında, bu durum açıkça belirtilmiştir¹¹¹. Dolayısıyla farklı kriterlerin uygulanması, DES üreticilerinin sorumlulukları açısından farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle de, pazar paylaşım kuralının amacına daha iyi hizmet edebilmesi için aynı kriterlerin uygulanması gerekliliği ifade edilmektedir. Bölgesel pazar kriterinin, bölgesel kontrolün çok daha ayrıntılı olması, eczanelerin satış listesinin incelenmesini gerektireceği, bu nedenlerle de son derece masraflı olabileceği mülahazalarıyla eleştirildiği görülmektedir. Bu nedenlerle de ulusal pazar kriteri gibi tek ve geniş bir kriterin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹².

DES'in dışındaki diğer ürünlerden doğan sorumlulukta ise daha önce pazar paylaşım kuralını benimseyen mahkemelerin dahi bu kurala dayanılmasını reddettikleri görülmektedir. Reddetme gerekçeleri olarak, genelde, ürünlerin tek tip olmaması, bu nedenle de zarar görenlerin ürünlere farklı seviyelerde maruz kalması ve dolayısıyla farklı risk seviyelerinin bulunması gösterilmektedir¹¹³. Nitekim asbest davalarında da, benzer gerekçelerle bu doktrin, uygulanmamaktadır¹¹⁴.

Diamond/Levine/Madden; bu doktrinin, etik bir bakış açısıyla üreticiye sorumluluk yüklediğini ve bu suretle haksız fiil hukukunun önleme/caydırma amacına hizmet ettiğini, bununla birlikte geleneksel haksız fiil ilkelerini zorlaması nedeniyle de sadece istisnai bir uygulama olarak kalacağını ifade etmiştir¹¹⁵.

¹⁰⁹ Dobbs, s.431; Glannon, s.162; *Diamond/Levine/Madden*, s.197; Fischer, market share, s.1645.

¹¹⁰ New York Temyiz Mahkemesi'nin 30 Ekim 1989 tarihinde vermiş olduğu karar için bkz.: 73 N.Y.2d 487 (539 N.E.2d 1069). Bundan sonra *Hymowitz* kararı olarak anılacaktır.

¹¹¹ 73 N.Y.2d 487. Karara ilişkin eleştirile için bkz.: Glannon, s.162; Wilson, s. 377.

¹¹² Dobbs, s.431. Fischer de bölgesel pazarın eczane seviyesinde olduğunu ve eczacıların bu kadar geniş zaman diliminde yeterince ayrıntılı kayıt tutamadıkları eleştirilerinde bulunmuştur. Delil ikame edilemediği bu durumda, mahkemenin ya davayı reddetme ya da ilgili pazar bakımından başka bir kriteri uygulamak mecburiyetinde kaldığını ifade etmiştir. Fischer, market share, s.1643. Aksi yönde bkz.: Glannon, s.162.

¹¹³ Dobbs, s.431-432; *Diamond/Levine/Madden*, s.198; Geistfeld, s.490.

¹¹⁴ Dobbs, s.431-432; Geistfeld, s.490.

¹¹⁵ *Diamond/Levine/Madden*, s.198.

V. Sonuç

Tüm hukuk düzenlerinde olduğu üzere Amerikan haksız fiil hukukunda da nedenselliğin tesis edilebilmesi için öncelikle davalının eylemi olmasaydı, zararın meydana gelmeyeceğinin ispatlanması gerekmektedir. Bu şart Anglo-Amerikan hukukunda *but for* testi olarak adlandırılırken, kıta Avrupa'sı hukuklarında *conditio sine qua non* olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte *but for* testinin her zaman tatmin edici sonuçlar doğurmadığı da aşikârdır. Amerikan hukukunda kıta Avrupası'nın aksine *but for*'un tatmin edici sonuç vermemesi durumunun daha fazla vurgulandığı görülmektedir. Bu durum Amerikan hukukunda gerek ispat kolaylıkları, gerek farklı testlerin benimsenmesi suretiyle giderilmektedir.

Amerikan hukukunda gerçek nedenin tesisi konusunda tek bir testin uygulanmamakta birden fazla testin uygulandığı görülmektedir. Nitekim bir mahkeme tarafından uygulanan bir test, kimi zaman diğer mahkemeler ve doktrin tarafından kabul edilirken, diğer mahkemeler tarafından kabul edilmeyebilmektedir. Bu tespit çalışmada ele alınan tüm test ve kurallar bakımından geçerlilik arz etmektedir. Bu durum Amerika'da yeknesak bir haksız fiil hukuku olmamasından kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla eyalet hukukları Federal hukuka aykırı olmadığı müddetçe geçerlidir. Nitekim eyalet hukuklarına ilişkin sorunlarda, federal mahkemeler ilgili eyalet mahkemesinin bağlayıcı kararları ile bağlıdır. Bunun tek istisnası eyalet mahkeme kararının, federal hukuka aykırılık teşkil etmesidir¹¹⁶.

Amerikan hukukunda gerçek nedenin tesisine ilişkin yapılabilecek bir diğer tespit ise, somut olay karşısında farklı testlerin geliştirilebileceği veya çeşitli ispat kolaylıklarının benimsenebileceğidir. DES davalarında ileri sürülen ve kabul gören pazar paylaşım kuralı, bu tespite örnek teşkil etmektedir.

¹¹⁶ Oğuz, s.295.

KAYNAKLAR

- Arzu Oğuz, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Basil S. Markesinis/Hannes Unberath, The German Law of Torts, Hart Publishing 4. Baskı, Oxford 2002.
- Bonnie, Rochman, DES Daughters: Banned Pregnancy Drug Linked to Infertility, Prematurity and Cancer, Time Health&Family, 06/10/2011, <http://healthland.time.com/2011/10/06/des-daughters-now-banned-drug-linked-to-infertility-prematurity-and-cancer/>. <Son erişim tarihi 29/12/2013>.
- Christian Von Bar/Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume 4, Sellier Euroepan Law Publishers Münih 2009.
- Cornelis, C. Van Dam, European Tort Law, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Dan B. Dobbs, The Law of Torts, West Publishing Co., St.Paul, Minn. 2000.
- David A. Fischer, "Products Liability-An Analysis of Market Share Liability", *Vanderbilt Law Review*, Nashville Tennessee 1981, C.34, s.1623-1662 (market share)
- David A. Fischer, "Causation in Fact in Omission Cases" *Utah Law Review*, Utah 1992, C.1992, s.1335-1384 (Omission).
- David A. Fischer, "Tort Recovery for Loss of a Chance", *Wake Forrest Law Review*, C. 36, s.605-655 (loss of chance).
- David A. Fischer, "Insufficient Causes", *Kentucky Law Journal*, Kentucky 2005-2006, C. 94, s.277-317 (insufficient).
- David Hume, Treatise on Human Nature, Clarendon Press Oxford 1789.
- David W. Robertson, "The Common Sense of Cause in Fact", *Texas Law Review*, Texas 1997, C.75, s.1765-1800 (common sense).
- David W. Robertson, "Causation in the Restatement (Third) of Torts: Three Arguable Mistakes", *Wake Forest Law Review*, North Carolina 2009, C.44, s.1007-1028 (causation).
- Edward J. Eberle, "The Method and Role of Comparative Law", *Washington University Global Studies Law Review*, Washington 2009, C.8, S.3, s.451-486.
- Ergun Özsunay, Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, Sulhi Garan Matbaası Koll,Şti, İstanbul 1976.
- Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları 14. baskı, Ankara 2012.
- Glanville Williams, "Causation in the Law", *The Cambridge Law Journal*, Cambridge 1961, C.1961, s.62-85.
- Helmut Koziol, "Natural and Legal Causation" , *Causation in Law*, Univ. Karlova, Právnická Fak., Praha 2007, s.53-67.
- Jaap Spier/Olav A. Haazen, "Comparative Conclusions on Causation" "Unification of Tort Law: Causation", Kluwer Law International, The Hague 2000, s.127-154.
- Jane Stapleton, "Cause in Fact and the Scope of Liability for Consequences", *Law Quarterly Review*, London 2003, C. 119, s.388-425 (consequences).

- Jane Stapleton, "Factual Causation", *Federal Law Review*, Canberra 2010, C.38, S.3, s.467-484 (factual causation).
- John L.Diamond/Lawrence C. Levine/ M. Stuart Madden, *Understanding Torts*, Matthew Bender and Co. Inc., New York 1996.
- Joseph W. Glannon, *The Law of Torts*, Aspen Publisher 3. baskı, New York 2005.
- Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford 1998.
- Linda L. Edwards/ J. Stanley Edwards/Patricia Kirtley Wells, *Tort Law*, Delmar Cengage Learning 5. baskı, New York 2012.
- Mark A. Geistfeld, "The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share Liability", *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania 2006, C. 155, s.447-501.
- Reinhard Zimmermann, "Conditio sine qua non in General-Comparative Report" içinde *Digest of Eueopan Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation*, Wien-New York 2007, s.99-101.
- Reinhard Zimmermann, "Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität-Comparative Report", *Digest of Eueropan Tort Law I: Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien-New York 2007, s.610-611.
- Richard Allen Epstein, *Torts*, Aspen Law &Business, Gaithersburg 1999.
- Richard W. Wright, "Causation in Tort Law", *California Law Review*, California 1985, C. 73, s.1735-1828 (causation).
- Richard W. Wright, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", *Iowa Law Review*, Iowa 1987-1988, C.73, s.1001-1077 (Pruning the Bramble Bush).
- Selin Özden Merhacı, "Common Law Haksız Fiil Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2004, S.4, s.179-206.
- W. Page Keeton, "Causation", *South Texas Law Review*, Texas 1986-1987, C.28, s.231-240.
- W. Page Keeton/ Dan B. Dobbs/Robert E. Keeton/David G. Owen, *Prosser and Keeton in the Law of Torts*, West Publisher 5. baskı, St.Paul, Minn.1984.
- William D. Wilson, "Market-Share Liability-Did New York Go too Far? *Hymowitz v. Eli Lilly & Co*" *St. John's Law Review*, New York 1990, C.64, S.2, s.363-377.

BORÇLAR KANUNUNA GÖRE ÖN ÖDEMELİ TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİ*

THE CONTRACT OF HIRE PURCHASE WITH ADVANCE PAYMENT ACCORDING TO THE CODE OF OBLIGATIONS

Mehmet AKÇAAL**

Özet: 6098 sayılı Borçlar Kanununda, 818 sayılı eski Borçlar Kanunundan farklı olarak, *ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi* açıkça düzenlenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde *ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin* tanımı, unsurları ve hukukî niteliği; üçüncü bölümünde benzer diğer sözleşmeler ile karşılaştırılması; dördüncü bölümünde çeşitleri; beşinci bölümünde hükümleri; altıncı bölümünde görevli, yetkili mahkeme ile tahkim ve son bölümünde sona ermesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: 6098 sayılı Borçlar Kanunu, satış sözleşmesi, ön ödemeli taksitle satış, kısmî ödemeli satışlar.

Abstract: The contract of hire purchase with advance payment is put in order clearly in the Code of Obligations no 6098 differently from the former Code of Obligations no 818. The definition, the elements and the legal characteristic of the contract is analyzed at the second chapter of the study. After that, the comparison of the contract with the other similar contracts is explained at the third chapter. Then, the species of the contract are described at the fourth chapter. And the provisions of the contract are researched at the fifth chapter. Moreover, the competence, the venue and the arbitration is analyzed at the sixth chapter. Finally, the termination of the contract is depicted at the last chapter.

Keywords: The Code of Obligations no 6098, sales contract, the hire purchase sale with advance payment, the sale with partial payment.

* Bu makale, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Prof. Dr. Mehmet AYAN danışmanlığındaki seminer çalışması esas alınarak hazırlanmıştır.

** Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1. GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşından sonra meydana gelen iktisadî gelişmeler ve buna bağlı olarak üretimin hızla artması tüketim toplumlarının oluşmasına sebep olmuştur. Bu tür toplumlarda ekonomik yapı, bireyin malî gücünü aşacak şekilde tüketim halkalarına dahil olmasını zorunlu kılmaktadır¹. Bu zorunluluğun bir sonucu olarak tüketime katılan bireylerin aldıkları malın karşılığı olan bedelleri ödeyebilmeleri için “kısmî ödemeli satışlar” a duyulan ihtiyaç gün geçtikçe daha da kendini hissettirmektedir. Kısmî ödemeli satış türlerinden olan ve taksitle satışın satıcı bakımından oluşan sakınca ve risklerini önlemek amacıyla ortaya çıkan² “ön ödemeli taksitle satış”, 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile birlikte daha da ön plana çıkmış bulunmaktadır.

Söz konusu sözleşmenin pek çok yararı mevcuttur. Günümüz ekonomisinde bu tür satışların en önemli yararlarından biri, kısıtlı maddî imkânları bulunan ve aylık kazançları peşin alıma yetmeyen bireylere ihtiyaçlarını temin edebilme imkânı bahşetmeleridir³. Ayrıca, alıcılar, ön ödemeli satışlar sayesinde sürekli gelişen teknolojiye istifade edebilme imkânına kavuşurlar. Bu imkân ise, toplumun yaşam standartlarına ve refah seviyesine olumlu bir biçimde katkı sağlar⁴.

Ön ödemeli satışların bir diğer yararı da ekonomiye yapacağı katkıdır. Bu satış türü sayesinde alıcı olabilecek kesim genişler. Böylece üretim artar, ürün maliyeti katlanılabılır düzeye kadar düşer ve bunun sonucunda da alıcıların kalite yönünden korunması sağlanır⁵.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde, satıcının satılanı alıcıya devretme borcu ancak bedelin tamamen ödenmesinden sonra muaccel

¹ Akünel, Teoman, “Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri, Y. 6, S. 9, 1972, s. 79.

² Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 153, dn. 215; Kuntalp, Erden, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s. 35; Ünlütepe, Mustafa, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 100.

³ Çörtoğlu, Sahir, “Tüketicinin Korunması Yönünden Taksitle Satım Sözleşmeleri”, *Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi*, C. 6, S. 1-2, 1974, s. 262, Ansay, Tuğrul, Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954, s. 5.

⁴ Atasoy, Ömer Adil / Taşkın, Mustafa / Acar, Hakan, Tüketiciyi Koruma Hukuku, Eskişehir 1997, s. 133.

⁵ Çörtoğlu, 263.

hâle gelir. Bu durum ise, ön ödemeli taksitle satışın satıcı bakımından ortaya çıkan en önemli yararlarından birine imkân tanır. Buna göre, satıcı, mülkiyetini alıcıya naklettikten sonra satılanın bedelini elde edememe gibi bir sorunla karşılaşmayacaktır.

Satıcı bakımından bir diğer yarar da arzın talebi karşılamakta yetersiz kalması ihtimalinde gerçekleşir. Böyle durumlarda satılanın devre hazır hâle getirilebilmesi bakımından, bu sözleşme türü, satış bedelinin tamamen ödenmesine kadar satıcıya belli bir vade tanır.

Alıcı bazen sözleşmenin yapıldığı andan sonraki bir tarihte sözleşme konusu şeye ihtiyaç duyabilir. Evlenecek çiftlerin çeyiz hazırlıkları bu duruma örnek teşkil eder. Düğün hazırlığındaki çiftler ileri bir tarihte yapacakları düğünden önce kısım kısım gerçekleştirecekleri ödemelerle eşya ihtiyaçlarını karşılamayı talep edebilmektedir. Sözleşmenin yapıldığı andan sonraki bir tarihte teslim alınması icap eden şeylerin satışına ilişkin bu tür alım-satım ilişkileri, ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri sayesinde mümkün olur.

Ön ödemeli taksitle satışların yaygınlaşmasının yararları ile birlikte bazı sakıncaları da vardır. Bu kapsamda tasarruf kabiliyeti sınırlı olan kesimlerin bu sözleşme türü sebebiyle ödeme imkânlarını aşacak şekilde borçlanmaya gitmeleri mümkündür⁶.

Ayrıca, bu tür satışlarda bedel kısım kısım ifa edildiği için, satıcılar, peşin satışlardan daha yüksek bedeller talep etme eğilimi gösterebilirler. Bu durum ise satılanın bedelinin önemli oranda artması ile sonuçlanabilir⁷.

Bu sözleşme türünde, yukarıda da ifade edildiği üzere, satıcı, bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlenmektedir. Bu noktada bedelin tamamen ifa edilmesine rağmen satıcının sözleşme konusunu teslim etmemesi hâlinde alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin karşılık bulamamasının da mümkün olduğu ifade edilmelidir.

⁶ Her ne kadar Borçlar Kanununda söz konusu sözleşme türü için alıcının zor durumda kalmasını önleyecek haklar öngörülmüş olsa da böyle bir tehlike her zaman imkân dâhilindedir.

⁷ Atasoy / Taşkın / Acar, 134; Çörtoğlu, 264.

Yukarıda yarar ve sakıncaları belirtilen ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinin uygulamada arz ettiği önemi dikkate alan kanun koyucu, 6098 sayılı Borçlar Kanununda, 818 sayılı eski Borçlar Kanunundan farklı olarak, bu sözleşme türüne de yer vermiştir. Kanun koyucu, “Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi (BK. m. 264-272)”ne, “Özel Borç İlişkileri” başlıklı İkinci Kısımın “Satış Sözleşmesi” başlıklı Birinci Bölümü kapsamında yer vermiştir. Buna göre, söz konusu sözleşme, bu bölümde “Bazı Satış Türleri” başlıklı Dördüncü Ayırımın “Kısmî Ödemeli Satışlar” başlığı altında “Taksitle Satış (BK. m. 253-263)” ile birlikte düzenlenmiştir. Ayrıca, Borçlar Kanununun 273 üncü maddesinde ön ödemeli taksitle satış ve taksitle satış bakımından bir de ortak hüküm maddesine yer verilmiştir.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine Borçlar Kanununda 9 maddelik bir yer ayrılmıştır. Bu kapsamda Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinde sözleşmenin “Tanımı, Şekli ve İçeriği”; 265 ilâ 268 inci maddeleri arasında “Tarafların Hak ve Borçları”; 269 ilâ 271 inci maddeleri arasında “Sözleşmenin Sona Ermesi” ve 272 inci maddesinde hükümlerin “Uygulama Alanın Sınırlanması” hususlarına yer verilmiştir.

2. ÖN ÖDEMELİ TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I- Terim Sorunu ve Tanımı

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi teriminin karşılığı olarak literatürde farklı terimler tercih edilmektedir⁸. Bu durumun bir yansıması da öğretilerde gözlemlenmektedir. Söz konusu sözleşme türünün karşılığı olarak öğretilerde “tasarruf suretiyle satım (ön ödeme suretiyle satım)”⁹, “taksitler hâlinde ödenen peşin tediye satış”¹⁰, “ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi”¹¹ ve “ön ödemeli satım sözleşmesi”¹² gibi çeşitli terimler ter-

⁸ Giger, Hans, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abt. 1., Teilband, 4. Abschnitt Besondere Arten des Kaufes, Art. 222-236 OR., Bern 1999, s. 477; Ünlütepe, 100, dn. 119; Ozanoğlu, 153, dn. 215.

⁹ Kuntalp, 35; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 34.

¹⁰ Zweifel, Von Paul, Kısmî Ödemeli Satışların Yeni Tanzim Şekli, (Çev. Bediî Eğilmezler), AD. S. 1-2, 1963, s. 1306.

¹¹ Atasoy / Taşkın / Acar, 150.

¹² Ozanoğlu, 153. Aynı yönde bkz., Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 176.

cih edilmektedir. Borçlar Kanununda ise söz konusu sözleşme türünün karşılığı olarak “*ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi*” terimi kullanılmıştır.

Ön ödemeli¹³ taksitle satış sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanununa 23.03.1962 tarihli değişiklikle dahil edilmiş olup, 227a ile 227i maddeleri arasında düzenlenmiştir¹⁴. Söz konusu hükümlerden 227a maddesi bu sözleşmenin tanımını içermektedir. Buna göre, “*ön ödemeli satış bir akiddir ki, bununla taraflardan biri, miktarı önceden tespit edilmiş bir parayı taksitle ödemek, buna mukabil diğer taraf da bu taksitler muayyen bir miktarı bulunca*¹⁵, *akide tayin edilmiş bulunan veya alıcının o sırada belirteceği bir eşyayı teslim etmek yükümü altına girer*”¹⁶.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine ilişkin doğrudan bir düzenleme, Borçlar Kanunundan önce mevcut değildi¹⁷. Buna paralel olarak söz konusu sözleşmenin mevzuatımızda herhangi bir tanımı da yer almamaktaydı. Ancak, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin tanımı, ilk kez Borçlar Kanununda açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu sözleşmenin tanımına, şekline ve içeriğine ilişkin düzenlemelere yer

¹³ Ön ödeme yükümünün tanımına hukukumuzda sadece 25.05.1995 Tarih ve 21940 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın TRGKM-94/2-3 no'lu “Taksitli, Kampanyalı ve Kapıdan Satışlar Hakkındaki Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ’in “Tanımlar” başlığını taşıyan 2 nci maddesinde yer verilmektedir. Buna göre, ön ödeme, “Malın tüketiciye tesliminden önce tüketici tarafından satıcıya satış fiyatının, sözleşmede belirtilen oranda ödenen kısmını” ifade eder. Ancak, aynı tebliğin 6 ncı maddesinin ilk fıkrasında “Sözleşmelerde aksine hüküm konulmadıkça ön ödeme tutarı malın satış fiyatının %40'ından fazla olamaz” şeklinde yer alan hüküm dikkate alındığında, Borçlar Kanununda yer alan ön ödeme kavramı ile söz konusu Tebliğde yer alan ön ödeme kavramı arasında belirgin bazı farkların olduğu da belirtilmelidir. Atasoy / Taşkın / Acar'a göre ise, ön ödeme, sözleşmede yer alması zorunlu olan ve tarafların mal veya hizmetin teslim ve ifasından önce semene mahsup olmak üzere ödenmesini kararlaştırdıkları bedeldir (age.152).

¹⁴ Honsell, 168; Akünel, 80, dn. 8.

¹⁵ “Bu taksitler muayyen bir miktarı bulunca” ifadesi gereğince İsviçre Borçlar Kanuna göre bir ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden söz edilebilmesi için taksitlerin muayyen bir bedele ulaşmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, Türk Hukuku bakımından bir ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden söz edilebilmesi için, ön ödemelerin tamamen ödenmesinin Kanunda şart olarak öngörülmesi ifade edilmelidir (BK. m. 264/I).

¹⁶ Kuntalp, 151, dn. 153; Atasoy / Taşkın / Acar, 150-151.

¹⁷ Bu hususta, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 7 nci maddesinde düzenlenen “Kampanyalı Satışlar”ın, bir ön ödemeli satış çeşidi olduğuna, ancak söz konusu satışın bazı farklarının da bulunduğu dair görüş için bkz., Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, 2007, s. 89.

verilen Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin ilk fıkrasına göre, “ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır”¹⁸.

Bundan hareketle, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, bir malın para ile mübadelesini amaçlayan, tam iki tarafa borç yükleyen ve bu sözleşme hakkındaki emredici hükümlere aykırılık içermeyen, satıcı bakımından, alıcıya taşınır bir malı bedelin tamamen ödenmesinden sonra devretmek, alıcı bakımından ise para edimini kısım kısım ödemek yükümlülüğü yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanabilir.

II- Unsurları

A) Satış Bedelinin Kısım Kısım Ödenmesinin Kararlaştırılmış Olması

Bir ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden bahsedebilmek için alıcı tarafından satış bedelinin önceden kısım kısım ödenmesinin kararlaştırılmış olması gerekmektedir (BK. m. 264/I). Gerçekten de bedelin, satılanın alıcıya devrinden önce¹⁹ kısım kısım ödeneceğine dair bir anlaşma söz konusu sözleşmenin ön planda yer alan bir niteliğini ifade etmektedir²⁰.

Ayrıca, kısım kısım ödemeye ilişkin tarafların irade beyanları arasında ortaya çıkan uyumun sadece faiz gibi talî edim yükümlülükleri ya da devir ve taşıma giderleri (BK. m. 211) gibi yan edim yükümlülükleri bakımından öngörüldüğü durumlarda ön ödemeli taksitle satış

¹⁸ Bu kanunî tanımın uygulamaya yol göstereceği şüphesizdir. Ancak, söz konusu tanımın esasen sözleşmedeki aslî edim yükümlülüklerini belirtmekte sınırlı kaldığı da ifade edilmelidir. Aynı yönde Giger, 477. Gümüş’e göre, ön ödemeli taksitle satış, alıcının satılanın tesliminden önce bedelin belirli bir miktarını taksitler hâlinde ödemesinin kararlaştırıldığı taşınır eşya satışı türüdür (age., 223).

¹⁹ Kanun koyucu ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının, satılanın kendisine devrinden önce satıcıya satış bedelini kısım kısım ödemesine ilişkin yükümlünü kabul etmek suretiyle, alıcı bakımından bir ön edim yükümü öngörmüş bulunmaktadır. Ozanoğlu, 46.

²⁰ Ünlütepe, 101-102. Söz konusu unsur, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran noktalardan biridir. Buna göre, meselâ taraflar bedelin kısım kısım değil de, bir bütün olarak daha sonraki bir tarihte ödenmesini kararlaştırmışlarsa, bu durumda ön ödemeli taksitle satıştan değil, veresiye satıştan söz edilebilir. Feyzioğlu, 150.

sözleşmesinden söz edilemez. Çünkü, Kanunda açıkça herhangi bir edimin değil, satış bedelinin kısım kısım ödenmesinin kararlaştırılmış olması gerektiği ifade edilmiştir (BK. m. 264/I). Dolayısıyla, söz konusu uyumun, aslî edim yükümlülüğü niteliğindeki satış bedeline ilişkin olması gerekmektedir²¹.

Öğretide, malın tesliminden önce yapılan ödemeler taksit olarak kabul edilmemekte, ancak teslimden sonra yapılan ödemeler taksit olarak nitelendirilmektedir²². Bu görüş esas alınrsa, ön ödemeli taksitle satışıdaki kısmî ödemeleri birer “*taksit*” olarak kabul etmek mümkün olmaz. Ancak, böyle bir durum kabul edilirse, ön ödemeli taksitle satış kavramında yer alan ve kısmî ödemeleri karşılamak üzere kullanılan “*taksit*” ifadesi açıklanamaz. Dolayısıyla, kanunkoyucunun Borçlar Kanunu bakımından terimsel olarak böyle bir ayırımı kabul etmediği ifade edilmelidir. Ayrıca, Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde yer alması zorunlu unsurlardan da böyle bir ayırımın yapılamayacağı anlaşılmaktadır (BK. m. 264/II, b.4,5)²³.

Kanunda, sözleşmede yer alması zorunlu olan unsurlar kapsamında “*taksitlerin sayısı*” düzenlenmiştir (BK. m. 264/II, b.4). Bununla birlikte, Borçlar Kanununda ön ödemeli satışlarda ödemenin kaç parçaya ayrılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, taksitli satışlara ilişkin 818 sayılı eski Borçlar Kanununda olduğu gibi bu hususun da uygulama ile tespitinin önü açılmıştır²⁴. Sonuçta ödemelerin sayısının birden fazla olmasının yeterli kabul edildiği çözüm, söz konusu sözleşme bakımından da makuldür²⁵.

²¹ Ozanoğlu, 66.

²² Ansay, 20; Ozanoğlu, 47.

²³ Bu hususta kanun koyucunun bazen “*taksit*” terimini (BK. m. 264/II, b.4,5) bazen de “*ön ödeme*” terimini (BK. m. 270/I, m. 271/I) tercih ettiği ifade edilmelidir. Aynı kavramı karşılamak üzere iki farklı terime yer verilmiş olmasının ise, kanun yapma tekniği bakımından pek de isabetli olmadığı ifade edilmelidir.

²⁴ Öğretide hâkim görüş olarak 818 sayılı eski Borçlar Kanunu bakımından taksitli satışlarda taksit sayısının asgarî iki olması gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz., Zevkliler / Havutçu, 85. Taksitli satış sözleşmelerinin zorunlu içeriği kapsamında Borçlar Kanununun 253 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında “*ikiden az olmamak üzere taksit sayısı*”na yer verilmektedir. Dolayısıyla, kanun koyucunun taksitli satışlarda asgarî taksit sayısına ilişkin uyumsuzluğu açık bir şekilde çözüme kavuşturduğu ifade edilebilir.

²⁵ Aynı yönde Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2012, s. 147.

Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinde taksitlerin sayısı ile birlikte taksitlerin “*tutarı*”nın ve “*vadesi*”nin de sözleşmede belirtilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Taksitlerin sayısında olduğu gibi, Borçlar Kanununda ön ödemeli satışlarda taksitlerin birbirine eşit olmasının veya vadeler arasındaki sürelerin aynı olmasının gerekip gerekmediğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu hususta taksitle satışa ilişkin olarak öğretide taksitlerin birbirine eşit olmasının ve vadeler arasındaki sürelerin de aynı olmasının gerekmediği hâkim görüş olarak benimsenmektedir²⁶. Bu görüşün kıyasen ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi hakkında da kabulü mümkündür. Buna göre, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde taksit tutarlarının birbirine eşit olması gerekmez ve taksitlerin vadelerinin eşit aralıklarla tespiti de zorunlu değildir.

B) Bedelin Tamamen Ödenmesinden Sonra Satılanın Alıcıya Devredileceğinin Kararlaştırılmış Olması

Taksitle satış sözleşmesinin satıcı bakımından tezahür eden sakıncalarını önlemenin, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin amaçlarından biri olduğunu ifade etmek mümkündür. Bu noktada ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde bedelin tamamen ödenmesinden; satıcının karşılaşılabileceği risklere karşı korunmasından sonra satılanın alıcıya devredilecek olmasının, söz konusu sözleşmenin amaçları ile uyumlu olduğu ifade edilmelidir.

Bedelin kısım kısım, ancak satılanın tesliminden sonra ödenmesinin öngörüldüğü bir ilişki, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi meydana getirmez. Ön ödemeli taksitle satışın kanunî tanımında, bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanın alıcıya devrinin üstlenilmesinin söz konusu sözleşmenin bir şartı olarak öngörülmüş olması da bu hususu desteklemektedir (BK. m. 264/I)²⁷.

²⁶ Becker, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184-551, (Çev. Suat Dura), Ankara 1993, s. 180; Ansay, 19; Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008, s. 301; Tunçoğlu, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Baskı, İstanbul 1977, s. 320; Yavuz, 139.

²⁷ Borçlar Kanununun 267 nci maddesinin ilk cümlesine göre ise, “Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde satış bedelinin, satılanın devri anında tamamen ödenmiş olması gerekir”. Bu düzenlemeden hareketle, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmelerde satış bedelinin, satılanın

Söz konusu unsura ilişkin dikkat çekici bir nokta da Kanunda satılanın tesliminin değil, devrinin satıcı bakımından bir borç olarak öngörülmüş olmasıdır (BK. m. 264/I)²⁸. Kanun koyucu, Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin ilk fıkrasında ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi bakımından satıcının borcunun satılanı alıcıya devretmek olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Bu noktada, satış sözleşmesine ilişkin genel hükümlerle uyumlu bir şekilde, söz konusu hükümdeki devretme borcunun, “*satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcu*” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla, ön ödemeli taksitle satışa konu taşınırın zilyetliği teslimle kazanılabileceği gibi temsilci aracılığı ile zilyetliğin kazanılmasında, hükmen teslimde veya zilyetliğin havesinde olduğu gibi teslimsiz de kazanılabilir. Sözleşmede zilyetliğin teslimle mi teslimsiz mi kazanılacağına ilişkin bir düzenleme yer almamışsa, bu noktada alıcının menfaatine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Alıcının menfaati bakımından teslimsiz devri kabul etmesi beklenemeyecekse, zilyetliğin teslimle devrinin kararlaştırıldığı kabul edilmelidir.

C) Satış Konusunun Taşınır Mal veya Haklar Olması

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, Borçlar Kanununun “*Bazı Satış Türleri*” ayrımı kapsamında bir satış türü olarak düzenlenmiştir. Söz konusu satış türünün konusu “*taşınır bir mal*”dır (BK. m. 264/I). Buna göre, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi sadece taşınır satışına konu edilen mal ve haklara ilişkin olarak akdedilebilir²⁹.

devri anında tamamen ödenmiş olmasının gerekmediği şeklinde bir sonuca varılabilir mi? Ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeler de ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler de ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleridir. Her iki ön ödemeli taksitle satış çeşidi arasında böyle bir ayrımı haklı kılabilecek bir gerekçe yoktur. Dolayısıyla, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmelerde de satılanın alıcıya devri için satış bedelinin tamamen ödenmesi gerekmektedir. Öte yandan, satış bedelinin bazı taksitlerinin satılanın alıcıya devrinden sonra ödenmiş olmasının sözleşmenin ön ödemeli taksitle satış vasfını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı hakkındaki tartışma için § 3, I.

²⁸ Taksitle satış sözleşmesi bakımından ise, hem 818 sayılı eski Borçlar Kanununda hem Borçlar Kanununda satılanın tesliminden bahsedilmektedir (BK. m. 253/I, EBK. m. 222). 818 sayılı eski Borçlar Kanununun hükmü ile uyumlu bir şekilde satılanın hükmen tesliminin gerçekleştirildiği durumlarda taksitle satıştan söz edilemeyeceği öğretide hâkim görüş olarak kabul edilmektedir. Ansay, 16; Tandoğan, 302; Yavuz, 140.

²⁹ Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı,

Taşınır satışının konusu, Borçlar Kanununun 209 uncu maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında, “*Türk Medenî Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin*” taşınır satışının konusunu teşkil edeceği ifade edilmektedir. 4721 sayılı Medenî Kanun uyarınca taşınmaz olarak sayılanlar ise, söz konusu Kanunun 704 ve 998 inci maddelerinde belirtilmektedir. Bu hükümlerde, “*arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler*” taşınmaz olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla, Medenî Kanunun 704 üncü ve 998 inci maddelerinde sayılanlar haricinde kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak sayılan her türlü malın taşınır satışına konu olabilmesi icap etmektedir.

Taşınır satışının konusunun tespitinde diğer bir önemli hüküm de taşınır mülkiyetinin konusunun öngörüldüğü Medenî Kanunun 762 nci maddesidir. Buna göre, “*nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler*”, taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturabilir ve dolayısıyla taşınır satışına konu olabilirler.

Sonuçta, taşınır malların kapsamına ilişkin olarak Borçlar Kanununun 209 uncu ve Medenî Kanunun 762 nci maddelerinde farklı ifadelere yer verildiği anlaşılmaktadır. Ön ödemeli taksitle satışa konu olabilecek taşınırın kapsamını belirlerken taşınır satışına ilişkin Borçlar Kanununun 209 uncu madde hükmü mü yoksa taşınır mülkiyetinin konusuna ilişkin Medenî Kanunun 762 nci madde hükmü mü esas alınmalıdır? Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin konusunun tespitinde, söz konusu hükümler arasında herhangi bir tercih yapılması ve söz konusu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi daha yararlı olur. Bu kapsamda ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin konusunun tespitinde, taşınır mal kavramının kapsamının olabildiğince geniş tutulmasında ve ön ödemeli taksitle satışın niteliğine aykırı olmadıkça, taşınır mal kabul edilen her tür şeyin söz konusu sözleşmeye konu teşkil edebileceğini kabul etmekte yarar vardır³⁰.

Ankara 2004, s. 170; Feyzioğlu, 150; Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 182; Tandoğan, 303; Yavuz, 148; Gümüş, 223.

³⁰ Ozanoğlu, 59.

Bu belirtilenler çerçevesinde, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine öncelikle bir yerden bir yere taşınabilen mallar konu olabilir. Dolayısıyla, otomobil, beyaz eşya, mobilya gibi taşınır mallar ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine konu teşkil edebilirler³¹.

Doğal güçlerin de taşınır mülkiyetinin konusuna dahil olduğu ifade edilmişti (MK. m. 762). Taşınır mal kavramının geniş yorumlanması gerektiğinden hareketle, elektrik enerjisi, hava gazı gibi doğal güçlerin de ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine konu edilebileceği kabul etmek mümkündür.

Haklara ise, Medenî Kanununun 762 nci maddesinde yer verilmemektedir. Ancak, Borçlar Kanununun 209 uncu maddesinin ilk fıkrasına göre, haklar da, taşınır satışının konusuna dahil oldukları için, ön ödemeli taksitle satışa konu olabilirler³².

Aralarında bir alt-üst ilişkisi olmaksızın, ortak bir amaç için bir araya getirilmiş ve ekonomik bir bütünlüğe sahip bağımsız birden çok şeyin oluşturduğu topluluk olarak tanımlanan³³ eşya birliklerinin ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine konu olabilmeleri açısından da herhangi bir sakınca yoktur³⁴. Eşya birliklerinde bedele ilişkin kısmî ödemelerin kural olarak birliğe dahil olan bütün malları kapsayacak şekilde ifa edilmesi gerekir³⁵.

Borçlar Kanununun 209 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“Ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünleyici parçaların satılması da taşınır satışı”* olarak kabul edilmektedir. Bu hüküm uyarınca, belirtilen şartlar çerçevesinde bütünleyici parçaların (MK. m. 684) ön ödemeli taksitle satışa konu olabilmeleri mümkündür. Eklenti (MK. m. 686) ise, asıl şeyden bağımsız bir hukukî varlık olarak ayrı aynı hak konusu teşkil ettiği için³⁶, eklentilere ilişkin de ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin akdedilebilmesi mümkündür.

³¹ Ünlütepe, 101; Ozanoğlu, 60-61.

³² Ansay, 29; Ozanoğlu, 61.

³³ Tanım için, M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 9.

³⁴ Ansay, 32.

³⁵ Ansay, 32.

³⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 250.

Gemi Siciline kayıtlı bulunan gemiler üzerindeki mülkiyet ve diğer aynı haklara ilişkin olarak, 6102 sayılı Ticaret Kanununun “Deniz Ticareti” başlıklı Beşinci Kitabının “Gemi” başlıklı Birinci Kısımının “Mülkiyet ve Diğer Aynı Haklar” başlıklı Dördüncü Bölümünde yer alan özel hükümler uygulama alanı bulur (TK. m. 996). 6102 sayılı Ticaret Kanununun 997 nci maddesinin ilk fıkrasına göre ise, “Türk Gemi Siciline kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı haklara, Türk Medenî Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır”. Bu hükme göre, Gemi Siciline kayıtlı bulunmayan Türk gemilerinin satışının da ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine konu olabilmesi mümkündür.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin konusu taşınır mal veya haklardır. Bu itibarla, taşınmaz bir mal, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine konu edilemez³⁷. Bu bakımdan tapuya kayıtlı taşınmazların ön ödemeli taksitle satışa konu edilemeyecekleri aşikârdır. Ancak, öğretide taksitle satış bakımından tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışının zilyetliğin satışı (devri) olduğu ve bu taşınmazların satışının (taşınır satışı hükümlerine tâbi tutulduğu için) taksitle satışa konu olabileceği kabul edilmektedir³⁸. Ön ödemeli taksitle satış da bir taksitle satıştır. Dolayısıyla, ön ödemeli taksitle satış bakımından da aynı çözümün benimsenmesi isabetli olur.

Satılanın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması veya satıcının malvarlığında bulunması ise gerekli değildir. Bu sebeple, henüz üretilmemiş şeyler dahi satılabilir. Meselâ, sözleşme kurulduktan sonra üretilecek bir otomobil konusunda ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi yapılabilir. Sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmayan veya satıcının malvarlığında bulunmayan şeyin ifa zamanında satıcının tasarrufunda bulunması yeterlidir. Ancak, satılanın ifa zamanında da mevcut olması imkânsız ve bu imkânsızlık devamlı ise, sözleşme geçersizdir. Başkasına ait şeyi satıp da ifa zamanına kadar o şey üzerinde tasarruf yetkisini elde edememesi ve bu yüzden borcunu yerine getirememesi durumunda ise, satıcı, alıcının zararını gidermekle yükümlüdür (BK. m.112)³⁹.

³⁷ Dolayısıyla, uygulamada herhangi bir taşınmaza ilişkin olarak ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi adı altında bir sözleşme akdedilse dahi, böyle bir sözleşmenin Borçlar Kanununun 264 ve devamındaki ön ödemeli taksitle satışa özgü hükümlere tâbi olmaması gerekir. Fezyoğlu, 150; Tandoğan, 303.

³⁸ Yavuz, 139; Fezyoğlu, 150-151; Aral / Ayrancı, 180.

³⁹ Zevkliler / Havutçu, 49; Tandoğan, 80; Yavuz, 26.

D) Tarafların Anlaşması

Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur (BK. m. 1/I). Bu noktada ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi de bir istisna teşkil etmemektedir ve bu sözleşme bakımından da anlaşma unsurunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Anlaşma unsurundan bahsedebilmek içinse, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmaları sözleşmenin kurulabilmesi bakımından yeterli kabul edilmektedir (BK. m. 2/I). Sözleşmenin esaslı noktaları, bir borç ilişkisini diğer borç ilişkilerinden ayıran ve sözleşmenin niteliğine ve genel iş anlayışına göre tarafların mutlaka hakkında anlaşmaları gereken unsurlardır. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi bakımından "*satış konusu taşınır mal*"⁴⁰ ve "*satış bedelinin ödenme tarzı*"⁴¹ sözleşmenin esaslı noktalarıdır. Bir ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden bahsedilebilmesi için tarafların söz konusu bu esaslı noktalarda anlaşmaları gerekmektedir.

1- Sözleşmenin Tarafları

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin taraflarının alıcı ve satıcıdan ibaret olduğu Kanunda ifade edilmektedir (BK. m. 264/I). Buna göre, alıcı malın satış bedelini ödeme; satıcı da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretme borcunu üstlenmektedir.

Ön ödemeli taksitle satışta, alıcı ile satıcı arasındaki ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin yanında alıcı ile sözleşmede kararlaştırılan banka arasında bir tasarruf veya yatırım hesabı ilişkisinin de varlığı zorunludur (BK. m. 265). Ancak, ifade edilmelidir ki, sözleşmede belirtilen banka, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin tarafı değildir.

Ön ödemeli taksitle satışta alıcı tarafta tüketici olan biri de tüketici olmayan biri de yer alsa, sözleşmeye öncelikle Borçlar Kanunundaki ön ödemeli taksitle satışa ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, alıcı tarafın tüketici olması hâlinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun tüketiciyi koruyucu nitelikteki hükümlerinden de yararlanması mümkündür. Öte yandan, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması

⁴⁰ Söz konusu esaslı nokta hakkında detaylı bilgi için bkz § 2, II, C.

⁴¹ Gerçekten, söz konusu sözleşmede alıcı, satış bedelini, herhangi bir şekilde değil; kısım kısım ve satılanın devrinden önce ödemeyi üstlenmektedir (BK. m. 264/I).

Hakkında Kanunun⁴² 21 inci maddesinde ise, alıcının tüketici olması hâlinde dahi, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri bakımından Borçlar Kanunundaki hükümlerin (BK. m. 264 vd.) uygulanacağı açıkça öngörülmüştür.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde, alıcı taraf bakımından özellik arz eden bir duruma Borçlar Kanununun 272 nci maddesinde yer verilmektedir. Buna göre, alıcı tacir sıfatıyla hareket eder veya malı bir ticarî işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçları için satın alırsa, sözleşmenin tanımı, şekli ve içeriğine ilişkin 264 üncü madde hükmü ile alıcının temerrüdüne ilişkin 271 inci madde hükmü söz konusu sözleşmede uygulanamaz⁴³. Bu noktada söz konusu sınırlamanın sadece alıcı tarafa yönelik olduğu ifade edilmelidir.

Sözleşmenin her iki tarafı için de özellik arz eden bir duruma, “*Ortak Hükümler*” başlıklı Borçlar Kanununun 273 üncü maddesinin ilk fıkrasındaki atıftan hareketle ulaşmak mümkündür. Buna göre, taksitle satış hükümlerinden yasal temsilcinin rızasına ilişkin olan Borçlar Kanununun 254 üncü maddesi, ön ödemeli taksitle satışa da uygulanır. Söz konusu atıf sayesinde, ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlı tarafından yapılmış olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği de, taksitle satış sözleşmesinde olduğu gibi, yasal temsilcinin yazılı rızasına bağlıdır⁴⁴. Söz konusu hükmün ikinci cümlesine göre, bu durumda, yasal temsilcinin rızasını en geç sözleşmenin kurulduğu anda vermiş olması zorunludur. Dolayısıyla, ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlının yasal temsilcisinin, böyle bir sözleşmeyi, sonradan rızasını açıklayarak geçerli hâle getirmesi mümkün değildir⁴⁵.

⁴² Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Avrupa Birliği mevzuatı ile tamamen uyum sağlanabilmesi ve hâlen yürürlükteki Kanunun pek çok maddesinde değişiklik yapılması ihtiyacından dolayı 4077 sayılı Kanunun yerine, yeni bir kanun için gerekli olan taslağın hazırlanması uygun bulunmuştur. Böylece, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu Tasarı, 7.11.2013 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda kabul edilerek yasalaşmıştır. Ancak, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi Resmî Gazete’de yayımından (RG. 28.11.2013, S. 28835) itibaren altı ay sonraya ertelenmiştir.

⁴³ Öz’e göre, bu hüküm sayesinde, ticarî veya meslekî amaçla teslimden önce ödemeli olarak mal satın alan kişilerin sözleşmelerine, ön ödemeli taksitle satışa ilişkin hükümler uygulanamaz. Bu takdirde, sadece 273 üncü maddede sayılan bazı taksitle satış hükümlerinin uygulanması mümkündür (age.45).

⁴⁴ Çörtoğlu, 279; Zweifel, 1298.

⁴⁵ Bucher, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, s. 134.

2- Sözleşmenin Süresi

Sözleşmenin süresi, sözleşmede yer verilmesi zorunlu unsurlardanır (BK. m. 264/II, b. 4). Bu unsura ilişkin düzenlemeye ise, “Sözleşmenin Süresi” başlıklı 270 inci maddede yer verilmektedir. Söz konusu hüküm, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi bakımından bir üst süre öngörmektedir. Kanun koyucunun, bu hükümle, alıcının hem sonu gelmeyecek olan hem de peşin bedeli aşırı bir şekilde aşabilecek olan kısmî ödemelere maruz kalmasını önlemeyi amaçladığı ifade edilebilir⁴⁶.

Borçlar Kanununun 270 inci maddesinin ilk fıkrasına göre, “ön ödemeleri ifa borcu, beş yılın geçmesiyle sona erer”⁴⁷. Bu hüküm ile alıcının aslî borcu olan ön ödemeleri ifa borcunu sona erdiren bir sebep kanun koyucu tarafından açıkça hükme bağlanmıştır. Beş yıllık bu sürenin sonunda yapılan ön ödemelerin kararlaştırılan satış bedeline ulaşmış olması gerekir. Aksi takdirde, alıcının ön ödemelere ilişkin herhangi bir borcu kalmaz. Dolayısıyla, beş yılın sonunda henüz ifa edilmemiş olan herhangi bir ön ödeme borcu varsa, satıcı, bunların yerine getirilmesine ilişkin talep hakkını bu sürenin geçmesiyle kaybeder⁴⁸.

Söz konusu hükümde beş yıllık sürenin ne zaman başlayacağına yer verilmemiştir⁴⁹. Bu sürenin sözleşmenin kuruluşundan itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmek mümkündür⁵⁰.

Söz konusu kanunî sürenin aşılmış olmasına rağmen alıcı tarafından ön ödemelerin ifa edilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda satıcı üst sürenin dolmasından sonra ön ödemelere ilişkin talep hakkını kaybeder⁵¹.

Rızanın, yazılı bir şekilde ve en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilebilecek olması bakımından söz konusu hüküm istisnaî niteliktedir. Çünkü, kural, yasal temsilcinin, sınırlı ehliyetsizlerin yapacakları işlemler hakkında rızasını herhangi bir şekle tâbi olmaksızın, baştan (izin) veya sonradan (onay) açıklayabilmesidir. Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul 2010, s. 82-83.

⁴⁶ Çörtoğlu, 276; Ozanoğlu, 220; Akünal, 90-91.

⁴⁷ Burada hak düşürücü süre öngörüldüğü yönünde Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 44.

⁴⁸ Zweifel, 1308.

⁴⁹ Kanun koyucu, taksitle satış sözleşmesinde ise, satış bedelini ödeme yükümüne ilişkin sürenin ne zaman başlayacağını açıkça hükme bağlamıştır (BK. m. 256/I).

⁵⁰ Taksitle satış hakkında benzer görüş için, Çörtoğlu, 276.

⁵¹ Kanunî sürenin aşılmış olmasına rağmen ön ödeme borcunun ifa edilmesi hâlinde, söz

Alıcının ihtiyacının kanunî ön ödeme süresinin sona ermesi anında henüz doğmaması da muhtemeldir. Bu durumu göz önünde bulunduran kanunkoyucu, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcının satılanın devri talebinde bulunabilmesi bakımından üç yıllık bir süre daha öngörmektedir (BK. m. 270/II). Bu durumda, alıcının, toplam sekiz yıl geçmesine rağmen satılanın devrini istememesi hâlinde, satıcı, kendisine satılanın devrine ilişkin uyarıda bulunarak alıcıya üç aylık bir süre tanır. Tanıdığı sürenin karşılıksız kalması hâlinde satıcı, alıcıya sözleşmeden cayma hâlinde tanınan haklara sahip olur. Buna göre, satıcı sözleşmeden cayma hakkını elde eder. Ayrıca, sözleşmeden cayması hâlinde satıcı, alıcıdan toplam alacağın yüzde ikisinden az ve yüzde beşinden fazla olmamak üzere cayma parası talep etme hakkını da elde eder (BK. m. 269)⁵².

3- Sözleşmenin Şekli ve Zorunlu İçeriği

a) Şekil ve Zorunlu İçeriğin Kapsamı

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, alıcıya kısmî ödemelerle bir malı satın alabilme imkânı tanımaktadır. Bu fırsattan yararlanarak beğendiği malı elde etmeyi amaçlayan alıcının, satıcının şartlarını düşünmeksizin kabul etmesi ise, her zaman için mümkündür⁵³. Kanun koyucu, bu ihtimalin önüne geçebilmek amacıyla, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin geçerliliğini yazılı şekle tâbi kılmıştır (BK. m. 264/II).

Kanun koyucunun öngördüğü yazılı şekil şartının gerçekleşebilmesi için hukuk düzeninin yetkilendirmiş olduğu herhangi bir kamu görevlisinin katılması gerekmemektedir. Dolayısıyla, kanunda öngörülen söz konusu şekil, resmî yazılı şekil değildir. Öte yandan, nitelikli yazılı şekilde, sözleşmenin yazılı şekle tâbi olduğunun belirtilmesiyle yetinilmeyip, sözleşmenin kapsamına ilişkin bazı şartlar da öngörülmektedir⁵⁴. Bu itibarla, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesindeki şek-

konusu ön ödemelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadelerinin talep edilebileceği hakkındaki görüş için Akünal, 92. Zweifel, 1308.

⁵³ Çörtoğlu, 268; Atasoy / Taşkın / Acar, 141.

⁵⁴ Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg / Emmenegger, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, s. 98; Bucher, Eugen, Schweizerisches

lin, yapılış tarzı itibariyle nitelikli yazılı şekil olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinde söz konusu sözleşmenin yazılı şekilde akdedilmesi yeterli görülmemekte ve söz konusu hükümde tek tek sayılan bazı hususların da sözleşmede yer alması gerektiği düzenlenmektedir.

Uygulamada ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinin büyük bir kısmının, taksitle satış sözleşmesinde olduğu gibi⁵⁵, yazılı şekilde yapılması muhtemeldir. Bu uygulamanın ise alıcı bakımından beklenen güvenliği sağlaması tek başına yeterli olmaz. Zira, bu uygulamanın tek başına kabulü hâlinde, sözleşme metinlerinin önceden satıcı tarafından sabit bir şekilde hazırlanması, bu metinlerin satıcının menfaatini gözetir nitelikte hazırlanması ve sözleşme metnindeki hususların çoğu zaman alıcılar tarafından okunmaması veya okunsa da anlaşılammaması gibi sıkıntıların doğması kaçınılmazdır⁵⁶.

Uygulamada karşılaşılabilecek bu sıkıntıları önceden önlemenin yollarından biri, geçerlilik şekli ile birlikte sözleşmenin zorunlu içeriğinin de tek tek kanunda sayılmasıdır. Bu sayede, yükleneceği borcun kapsamı hakkında detaylı bilgi sahibi olmasına yarayacak bilgilerin, daha sözleşme akdedilirken, alıcıya bildirilmesi sağlanır. Bu amacı gözeterek kanunkoyucu, Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde sözleşmede belirtilmesi gereken hususları dokuz bentten müteşekkil bir şekilde tek tek saymıştır. Buna göre, *“tarafaların adı ve yerleşim yeri”*⁵⁷, *“satışın konusu”*, *“toplam satış bedeli”*⁵⁸,

Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 167; Giger, 480; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 283; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012, s. 108.

⁵⁵ Akünel, 86; Çörtoğlu, 269; Atasoy / Taşkın / Acar, 141.

⁵⁶ Akünel, 86-87; Atasoy / Taşkın / Acar, 141.

⁵⁷ Sözleşmede tarafların yerleşim yerinin yer almasının zorunlu bir husus olarak öngörülmesi, muhtemel uyuşmazlıklar bakımından önem arz eder. Çünkü, sözleşmede tarafların yerleşim yerinin belirtilmiş olması söz konusu uyuşmazlıklarda yetkili mahkemelerin, daha sözleşmenin akdedilmesi anından itibaren, öngörülebilirliğini sağlar.

⁵⁸ Çörtoğlu'na göre, toplam satış bedeli, kısmi ödemeli satış dolayısıyla satılanın peşin satışın üzerine eklenen meblağ ile artışa uğrayan toplam bedeldir (age.272, dn. 39). Atasoy / Taşkın / Acar'a göre ise, toplam satış bedeli, sözleşmede yüklenen azami bedeldir (age., 141). Borçlar Kanununun 268 inci maddesinde, satış bedelinin belirlenmesine ilişkin bir düzenleme öngörülmektedir. Bu hükmün ilk fıkrasına göre, satıcının ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin kurulduğu sırada belirlenen toplam satış bedeline ek bir bedel isteme hakkını saklı tutan bütün ka-

“taksitlerin sayısı, tutarı, vadesi ve sözleşmenin süresi”, “taksitleri kabule yetkili banka”, “alıcıya karşı üstlenilen faiz miktarı”⁵⁹, “alıcının yedi gün içinde sözleşme yapılması konusundaki irade açıklamasını geri alma hakkı”⁶⁰, “alıcının sözleşmeden cayma hakkı ve bu sebeple ödeyeceği cayma parası” ve “sözleşmenin kurulduğu yer ve tarih” sözleşmede belirtilir.

Öte yandan kanun koyucu, Borçlar Kanununun 264 üncü maddede hükmünün uygulanamayacağı bazı alanları Kanunun *“Uygulama Alanının Sınırlanması”* başlıklı 271 inci maddesi ile öngörmüştür. Buna göre, *“alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, 264 ilâ 271 inci maddeler uygulanmaz”*. Söz konusu hükümde alıcı bakımından üç farklı duruma ilişkin olarak sınırlama düzenlenmektedir. Basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi beklenen tacirin (TK. m. 18/II) 264 üncü maddedeki şekli şartlardan ötürü ticarî hayattaki seyrine engel olunmak istenmemesinin söz konusu hükmün amaçlarından biri olduğu ifade edilebilir. Bu hükme göre, alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malını bir ticarî işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alması durumunda, Borçlar Kanununun 264 üncü maddesi uygulanamaz. Söz konusu durumlardan birinin varlığı hâlinde sözleşmelerin şekline ilişkin ana kural olan şekil serbestisini düzenleyen Borçlar Kanununun 12 nci maddesinin ilk fıkrası hükmü uygulanacak ve iradelerin sözlü açıklanması dahi sözleşmenin doğumu için yeterli kabul edilecektir. Dolayısıyla, 264 üncü maddenin ikinci fıkrasında sayılan unsurların bulunması zorunluluk arz etmez. Bu durumda tarafların iradî bir şekil olarak basit yazılı şekli tercih etmeleri hâlinde 264 üncü maddenin ikinci fıkrasında sayılan unsurlara sözleşme metninde yer verilmemesi sözleşmeyi geçersiz kılmaz (BK. m. 17/I).

yıtlar geçersizdir. Söz konusu bu emredici hüküm sayesinde ek bedel adı altında, toplam satış bedelini aşan bir bedelin alıcıdan talep edilmesinin önüne geçilmiştir.

⁵⁹ Alıcıya karşı üstlenilen faiz miktarının, yıllık faiz oranının, peşin satış fiyatından, ön ödeme tutarı düşüldükten sonra elde edilen miktara (kredi miktarı) uygulanmasıyla elde edilen meblağ olduğuna dair Atasoy / Taşkın / Acar, 144.

⁶⁰ Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin gerekçesine göre, söz konusu bentteki *“sözleşme yapılması konusundaki irade açıklamasını geri alma hakkı”* şeklindeki ibareyle, açıklanan iradenin geri alınması kastedilmektedir. Gerekçenin devamında ise, *“Geri alma”* teriminin kullanılmasının, *“dönme”, “cayma”* ve *“vazgeçme”* terimlerinin tartışılmasından sonra daha uygun görüldüğüne yer verilmiştir.

b) Şekle Aykırılığın Sonuçları

Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre, “ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz”. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, kanunî şekle tâbi olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, söz konusu şekle uyulmaksızın akdedilmişse geçersizdir. Şekle aykırılık hâlinde geçersizliğin türünün ne olacağına ise söz konusu hükümde yer verilmemiştir⁶¹. Ancak, öğreti⁶² ve uygulamaya⁶³ hâkim görüş uyarınca, bu durumda geçersizliğin türünün kesin hükümsüzlük (butlan) olduğunu kabul etmek mümkündür.

Nitelikli yazılı şekle tâbi olmanın bir gereği olarak, aynı sonucun sözleşmede belirtilmesi gereken hususlar bakımından da kabulü gerekmektedir⁶⁴. Buna göre, söz konusu hususların yer alması da bir geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla, bu hususlardan herhangi biri sözleşmede belirtilmediği takdirde sözleşme geçerli olmaz⁶⁵.

Bir görüşe göre, Borçlar Kanununun 265 inci maddesinde ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler bakımından kabul edilen güvence ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeler bakımından öngörülmemiştir. Bu gerekçeyle 5 inci bentte sayılan hususun, yani taksitleri kabule yetkili bankanın kısa süreli ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde yer almamasının sözleşmenin geçersizliğine sebep olmaması gerekmektedir. Bu görüşe göre, aynı durum Borçlar Kanununun 269 uncu maddesi bakımından da söz konusudur. Bu

⁶¹ Şekle aykırılık hâlinde geçersizliğin türünün ne olacağı hakkında öğretide yer alan tartışmalar için bkz., Eren, 289 vd.; Ayan, 289 vd.; Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 138-139.

⁶² Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 6. Baskı, İstanbul 1976, s. 236; Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 155-156; Tekinay, Selâhattin Sulhi, Borçlar Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1979, s. 111; von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. Cevat Edge), 2. Baskı, Ankara 1983, s. 232; İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979, s. 143; Aybay, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 27.

⁶³ HGK. 22.5.1996, E. 1996/278 K. 1996/403 (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 18.11.2012).

⁶⁴ Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinin gerekçesinde de sözleşmede belirtilmesi gereken hususların “zorunlu hususlar” olduğu açıkça ifade edilmektedir.

⁶⁵ Bucher, I, 168-169; Kılıçoğlu, 106, 108; Ayan, Borçlar, 143. Ayrıca, söz konusu dokuz zorunlu husustan herhangi birinin sözleşmede yer almamasının sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açacağına ilişkin görüş için Zweifel, 1307.

hüküm uyarınca cayma hakkı, sadece ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler bakımından kabul edilmiştir. Dolayısıyla, 8 inci bentte sayılan hususun, yani alıcının sözleşmeden cayma hakkı ve bu sebeple ödeyeceği cayma parasının ödeme süresi bir yıl veya daha kısa olan sözleşmelerde yer almamasının sözleşmenin geçersizliğine sebep olmaması gerekmektedir⁶⁶.

III- Hukukî Niteliği

A) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcı ve satıcının birbirine karşı aslı nitelikte bir edimi yüklenmesi söz konusu olup, tarafların borçlanmış oldukları edimler arasında bir karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda söz konusu sözleşmede alıcının borçlandığı edim, satış bedelini önceden kısım kısım ödemek iken, satıcının borçlandığı edim, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini bedelin tamamen ödenmesinden sonra alıcıya devretmektir.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin Kanunda bir satış türü olarak düzenlenmiş olması bu noktada önem arz eder. Zira, taşınır satışına ilişkin olarak kanunkoyucu Borçlar Kanununun 232 nci maddesinin ikinci fıkrasında "*aksine yerel âdet veya anlaşma yoksa, satılanın hemen devralınması gereklidir*" **hükmüne yer vermiştir**. Bu hüküm gereğince iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın da borçlarını aynı anda ifa etmelerini öngören ilkenin ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi bakımından da geçerli olması gerekir. Ancak, kanunkoyucu alıcıyı borcunu öncelikli olarak ifa etmekle yükümlendirdiği için ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde aynı anda ifa ilkesinin kanunî bir istisnası söz konusudur.

B) Mülkiyeti Devretme Borcu Doğuran Bir Sözleşme Olması

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, kanunî düzenlemeye kavuşmuş sözleşmelerden satışın bir türü olarak kanunda yer almaktadır. Buna göre, söz konusu sözleşmenin de esas amacının bedel karşılığında sözleşme konusu şeyin mülkiyetinin kesin olarak karşı tarafa geçirilmesini sağlamak olduğunu ifade etmek mümkündür⁶⁷.

⁶⁶ Söz konusu bu görüş hakkında bkz., Zweifel, 1307.

⁶⁷ Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1962, s. 21-22;

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi mülkiyeti devretme borcu doğuran bir sözleşmedir. Söz konusu sözleşme bir taahhüt işlemidir ve sadece şahsî bir hak doğurur. Bu noktada taahhüt işlemi olarak ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, aynı bir hak doğuran tasarruf işleminin yani mülkiyetin devrinin hazırlayıcısı niteliğindedir.

C) Rızaî Bir Sözleşme Olması

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi rızaî bir sözleşmedir⁶⁸. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini açıklamaları yeterlidir; satılanın alıcıya teslimi gibi herhangi bir maddî fiile ihtiyaç yoktur (BK. m. 1/I). Ayrıca, satılan ancak bedelin tamamen ödenmesinden sonra alıcıya teslim edileceği için, sözleşmenin kurulabilmesi için teslimin zorunlu olduğu şüphesini uyandıracak herhangi bir durum da gerçekleşmeyecektir.

D) Alıcının Borcunun Konusu Bakımından Dönemli Edimi İhtivâ Eden Bir Sözleşme Olması

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satıcının borcunun konusunu ani bir edim oluşturmaktadır. Söz konusu sözleşmede satıcı, satılanın teslimine ilişkin edimini bir anda ifa etmektedir. Alıcının borcunun konusunu ise, sürekli edimler değil, dönemli edimler oluşturmaktadır⁶⁹. Alıcı, söz konusu sözleşmeden doğan borçlarını zaman içinde kısmî ödemeler şeklinde ifa etmektedir. Bu bakımdan alıcının borçlarının özellik arz ettiği belirtilmelidir. Zira, alıcının borçları sözleşmenin kurulduğu andan itibaren varlık kazanmakta, ancak söz konusu borçların muacceliyetleri birbirini takip edecek bir biçimde vadelere bağlanmaktadır. Bu noktada ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde birden fazla ödeme olduğu için, birden fazla borç ve alacağın

Yavuz, 23; Tandoğan, 3.

⁶⁸ Öğretide, bir şeyin karşı tarafa teslimini kuruluş şartı sayıp saymamalarına göre sözleşmelerin "rızaî sözleşmeler" ve "real (aynî) sözleşmeler" diye ikiye ayrıldıkları kabul edilmektedir. Bu sözleşme türlerinden rızaî sözleşmelerde, söz konusu sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşme konusu şeyin karşı tarafa teslimi gerekmeyp, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun şekilde irade beyanında bulunmaları yeterlidir. Feyzioğlu, 20; Eren, 222-223; Ayan, Borçlar, 121; İnan, 86.

⁶⁹ Eren, 108; Ozanoğlu, 65; Kuntalp, 19; Kılıçoğlu, 6; Tunçomağ, II, 320.

da olduğunu ifade etmek mümkündür. Buna göre, satıcının tatmini için birden fazla ifanın gerçekleşmesi gerekir⁷⁰.

Alıcının satılanın bedelini kısım kısım ödemesinin kısmî ifa olarak kabul edilmesinin doğru olmayacağını da belirtmekte yarar vardır. Zira, kısmen ifadan bahsedebilmek için hem bütün borcun belirli ve muaccel olması hem edimin bir bütün olarak ifa edilmesi gerekmektedir (BK. m. 84). Ancak, edimleri farklı vakitlerde muaccel hâle gelen böyle bir sözleşmede kısmen ifaya ilişkin Borçlar Kanununun 84 ncü maddesinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü, söz konusu sözleşmede her bir edimini ifası, diğer edimlerden ayrı bir varlığa sahip borçların yerine getirilmesi niteliğindedir. Ancak, bu noktada her bir edimin diğerlerinden bağımsız bir şekilde kısmen ifasının da mümkün olduğunu ifade etmekte yarar vardır⁷¹.

3. ÖN ÖDEMELİ TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

I- Taksitle Satış Sözleşmesi

818 sayılı eski Borçlar Kanununda taksitle satışın tanımına yer verilmemişti. Ancak, Borçlar Kanununun 253 üncü maddesinin ilk fıkrasında söz konusu sözleşmenin tanımı yapılmıştır. Buna göre, taksitle satış, *“satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır”*.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere, taksitle satış ile ön ödemeli taksitle satışın ortak noktaları mevcuttur. Öncelikle, sistematik bakımdan ilk dikkati çeken, söz konusu sözleşmelerin her ikisinin de Borçlar Kanununda *“Kısmî Ödemeli Satışlar”* başlığı altında yer almasıdır⁷². Buna göre, her iki sözleşme de birer kısmî ödemeli satıştır.

Kanunda söz konusu sözleşme türleri için tercih edilen terimler de önemlidir. Kanunkoyucu, söz konusu sözleşmeleri, *“taksitle satış”* ve

⁷⁰ Kuntalp, 19.

⁷¹ Ozanoğlu, 65; Kuntalp, 25-26.

⁷² 818 sayılı eski Borçlar Kanununda ise böyle bir üst başlığa yer verilmemişti. Söz konusu Kanunda kısmî ödemeli satışlardan sadece *“Taksitle Satım”* başlıklı taksitle satış düzenlenmekteydi (EBK. m. 222-224).

“ön ödemeli taksitle satış” olarak adlandırmıştır. Buna göre, kanunkoyucu, her iki sözleşme türünde de “taksitle satış” terimine yer vermiştir. Taksitle satışın özelliği, satış bedelinin birden fazla vadeli kısımlara ayrılarak, taksitler hâlinde ödenmesidir⁷³. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde de satış bedeli birden fazla vadeli kısımlara ayrılarak taksitler hâlinde ödenmektedir.

Ayrıca, her iki sözleşmede de satıcı, satılanın mülkiyetini karşı tarafa devretmeyi üstlenmektedir. Yani, her iki sözleşme de mülkiyeti devretme borcu doğurmaktadır.

Konu bakımından da söz konusu sözleşmelerin ortak noktası vardır. Buna göre, Borçlar Kanununda söz konusu sözleşmelerin tanımlarında açıkça her iki sözleşmenin konusunun da taşınır mal olduğu belirtilmektedir.

Tarafların aslî edim yükümleri bakımından da söz konusu sözleşmeler benzerlik arz etmektedir. Bu kapsamda her iki sözleşmede de alıcı bedeli kısım kısım ödemeyi, satıcı ise satılanın teslimini üstlenmekle yükümlüdür.

Benzerliklerine işaret edilen bu sözleşme türleri arasında bazı farklılıklar da mevcuttur. Her iki sözleşme arasındaki ilk farklılık, doğuş sebeplerine ilişkindir. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin doğuş sebebi, taksitle satışın satıcı bakımından oluşan sakınca ve risklerini ortadan kaldırmaktır. Taksitle satışın doğuş sebebi ise, iktisadî bakımdan zayıf durumda olan alıcıya bedeli taksitler hâlinde ödemek ve satılana derhâl yararlanma imkânı vermektir⁷⁴. Her iki sözleşmenin doğuş sebebi de göstermektedir ki, ön ödemeli taksitle satışın doğuşunda satıcının, taksitle satışın doğuşunda alıcının menfaatleri ön planda yer almıştır.

Söz konusu sözleşmeler arasındaki bir diğer farklılık ise, esasında bir ortak noktaları olan sözleşmelerin taraflarının aslî edim yükümlerine ilişkindir. Taksitle satışta, alıcı, satılanın kendisine tesliminden sonra bedelini taksitler hâlinde ödemeyi üstlenmektedir (BK. m. 253/I)⁷⁵.

⁷³ Feyzioğlu, 148; Tandoğan, 301.

⁷⁴ Bucher, II, 133; Kuntalp, 32; Feyzioğlu, 151.

⁷⁵ Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Bern 1995, s. 165; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Özdemir, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel - Özel), Ankara 1987, s. 431; Tunçomağ, II, 320; Kuntalp, 33;

Ancak, ön ödemeli taksitle satışta ise, alıcı, bedeli satılanın tesliminden önce kısım kısım ödemeyi üstlenmektedir⁷⁶. Bu fark, taksitle satışta “bugün al, yarın öde” fikrinin, ön ödemeli taksitle satışta ise “bugün öde, yarın al” fikrinin esas alındığını göstermektedir⁷⁷.

Sonuç olarak, söz konusu sözleşme türlerinin bazı farklılık arz eden noktaları bulunmakla birlikte, her ikisi de birer kısmî ödemeli satıştır. Ayrıca, her iki satış türünde de taksitle satış özelliği vardır. Dolayısıyla, ön ödemeli taksitle satışı, taksitle satışın bir türü olarak kabul etmek mümkündür.

Bedel kapsamındaki taksitlerden bir kısmının, satılanın alıcıya tesliminden önce ödenmiş olması hâlinde hangi sözleşmenin vücut bulacağı ve böyle bir hukukî ilişkiye hangi sözleşme türüne ait hükümlerin uygulanacağı önemli bir husustur⁷⁸. Söz konusu husus öğretilerde tartışmalıdır:

- Bir görüşe göre, malın tesliminden önce ve sonra bedelin aralıklı olarak birden fazla defada ödeneceği bu gibi durumlar, tipolojik olarak ne taksitle satışa ne de ön ödemeli taksitle satışa dâhil edilebilirler. Bu gibi durumlarda ancak “taksitle kısmen peşin ödemeli satış”tan söz etmek mümkündür⁷⁹.
- İkinci görüşe göre, böyle bir durumda malın tesliminden önce bir taksitle satıştan bahsedilemeyeceğinden, *satılanın tesliminden önce genel hükümler; tesliminden sonra ise, taksitle satışa ilişkin hükümler uygulanmalıdır*⁸⁰.
- Üçüncü görüşe göre, taksitlerin ifası tamamlanmadan satılan alıcıya teslim edilmişse, bu durum taksitle satış vasfını ortadan kaldır-

Bilge, 96.

⁷⁶ Honsell, 168.

⁷⁷ Gümüş, 223; Ozanoğlu, 154; Ünlütepe, 102.

⁷⁸ Bu noktada satış bedelinin taksitlerinden bir kısmının, satılanın alıcıya devrinden önce ödenmiş olmasının taksitle satış vasfını ortadan kaldırıp kaldırmayacağına verilecek cevap ile satış bedelinin taksitlerinden bir kısmının satılanın alıcıya devrinden sonra ödenmiş olmasının ön ödemeli taksitle satış vasfını ortadan kaldırıp kaldırmayacağına verilecek cevabın aynı olması icap eder.

⁷⁹ Özmen, E. Saba, “Türk Hukukuna Özgü Olarak Merkez Bankası Kanunu ve Buna Dayanılarak Çıkarılan Tebliğler Karşısında Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Kısmen Peşin Ödemeli Satışlarda Malın Tesliminde İfa Zamanına Bağlı Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991/1, s. 49 vd..

⁸⁰ Ansay, 17-18.

mayacağından, böyle bir hukukî ilişkide ön ödemeli taksitle satışı-
tan değil, *taksitle satıştan* bahsedilebilir⁸¹.

- Dördüncü görüşe göre ise, bedelin büyük bir kısmının satıcıya ma-
lın alıcıya devrinden önce ödendiği satışları, bu sözleşmelerde tak-
sitle satışın kredilendirme fonksiyonu söz konusu olmadığı için,
ön ödemeli taksitle satış olarak değerlendirmek gerekmektedir⁸².

Borçlar Kanununun 273 üncü maddesinin ikinci fıkrasında ise, söz
konusu hususa ilişkin olarak kanunkoyucu tarafından satılanın dev-
rinin süresi bakımından bir sınırlandırma öngörülmüştür. Bu hükme
göre, “*satılanı devir süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan taksitle
satışta alıcı, satılanın devrinden önce ödemeleri yapmakla yükümlü ise, ön
ödemeli taksitle satışa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır*”. Taksitle
satışlarda esas olan satılanın sözleşmenin kurulmasını takiben hemen
teslimidir. Bu kuraldan uzaklaşıldığı ölçüde taksitle satışın **kendine
özgü niteliklerinden de uzaklaşmış olur**⁸³. Kanunkoyucu bu gibi
durumlara ilişkin olarak söz konusu hüküm sayesinde taksitle satışta
satılanın devir süresinin bir yıldan daha uzun veya belirsiz olduğu du-
rumlarda, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kı-
yasen uygulanmasını mümkün kılmıştır. Bu hükme göre, ön ödemeli
taksitle satışa ilişkin hükümlerin bir taksitle satış sözleşmesine kıyasen
uygulanabilmesi için iki şartın varlığı aranmaktadır. Bu şartlardan ilki,
satılanı devir süresinin bir yıldan daha uzun veya belirsiz bir taksitle
satış sözleşmesinin varlığıdır. Diğer ise, böyle bir satış ilişkisinde alı-
cının satılanın devrinden önce ödemeleri yapmakla yükümlü tutulma-
sıdır.

II- Kampanyalı Satış Sözleşmesi

Kampanyalı satış sözleşmesi, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması
Hakkında Kanun ile kanunî bir düzenlemeye kavuşturulmuştur⁸⁴. 4077
sayılı Kanunun 4822 sayılı Kanun ile değiştirilmiş 7 nci maddesinin ilk
fıkrasında söz konusu sözleşmenin bir tanımına yer verilmiştir. Buna

⁸¹ Feyzioğlu, 151-152; Tandoğan, 302.

⁸² Ünlütepe, 102; Ozanoğlu, 162; Makaracı, Aslı, Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı
Satım Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 52.

⁸³ Ozanoğlu, 161.

⁸⁴ Zevkliler / Havutçu, 89.

göre, “kampanyalı satış, gazete, radyo, televizyon ilanı ve benzeri yollarla tüketiciye duyurularak düzenlenen kampanyalara iştirakçi kabul edilmesi ve malın veya hizmetin daha sonra teslim veya ifa edilmesi suretiyle yapılan satımdır”. Öte yandan, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda kampanyalı satış sözleşmesi ayrıca düzenlenmemiştir.

4077 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin ilk fıkrasından hareket eden bir görüşe göre, söz konusu sözleşme, ön ödemeli satış sözleşmesidir⁸⁵. Diğer bir görüşe göre ise, kanunda yer alan ve ilk görüşe esas teşkil eden “malın veya hizmetin daha sonra teslim veya ifa edilmesi” ibaresine rağmen, kampanyalı satış sözleşmesinin hem taksitle satış, hem ön ödemeli satış, hem de peşin satış şeklinde yapılabilmesi mümkündür⁸⁶.

4822 sayılı Kanundan önce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında “kampanyalı satış olarak nitelendirilemeyen ancak, malın veya hizmetin bilahare teslim veya yerine getirilmesi koşuluyla yapılan her türlü satışlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir” hükmü yer almaktaydı⁸⁷. Bu hüküm sayesinde bir kampanyalı satış olsun veya olmasın tüm ön ödemeli satış sözleşmeleri hakkında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 7 nci maddesinin 1 inci fıkrasının uygulanmasının gerektiği kabul edilmekteydi⁸⁸. 4822 sayılı Kanun ile bu hüküm kaldırılmıştır. Ayrıca, Borçlar Kanununda ön ödemeli satış sözleşmesi bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan bağımsız hükümler ihdas edilmiştir. Dolayısıyla, kampanyalı satış olarak nitelendirilemeyen ön ödemeli taksitle satışlar hakkında Borçlar Kanununda yer alan hükümler uygulanır.

Ön ödemeli taksitle satışlar ile kampanyalı satışların ortak noktası, “kampanyalı ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi”dir. Kampanyalı sa-

⁸⁵ Zevkliler, Aydın, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2001, s. 110.

⁸⁶ Ozanoğlu, 167; Makaracı, 24.

⁸⁷ Söz konusu değişiklikten önce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 7 nci maddesinin ilk fıkrası ise şöyle idi: “Gazete, radyo, televizyon ilanı vesair yollarla halka duyurularak düzenlenen kampanyalara iştirakçi kabul etmek suretiyle ve malın veya hizmetin bilahare teslim edilmesi veya yerine getirilmesi vaadiyle yapılan satışlarda, ilan ve taahhüt edilen mal ve hizmetlerin teslimatının zamanında yapılmaması, fiyat, nitelik ve miktarında anlaşılmalara aykırı davranılması durumunda, satıcı, bayi, acente, temsilci, imalatçı-üretici ve ithalatçı müştereken ve müteselsilen sorumludur”.

⁸⁸ Makaracı, 49; İnceoğlu, M. Murat, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998, s. 2, dn. 7; Ünlütepe, 101, dn. 124.

tış sözleşmesinde olduğu gibi, kampanyalı ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde de ayırt edici unsur, gazete, radyo, televizyon ilanı ve benzeri yollarla halka duyurularak düzenlenen bir kampanyaya tüketicinin iştirakçi olmasıdır⁸⁹. Söz konusu unsur, kampanyalı ön ödemeli taksitle satış, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden ayırt edici niteliktedir. Çünkü, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde bu şekilde bir kampanyanın düzenlenmesi gerekmediği gibi, mutlaka taraflardan birinin tüketici olması da gerekmemektedir.

Gerekli olmamakla birlikte, gazete, radyo, televizyon ilanı ve benzeri yollarla tüketiciye duyurularak bir kampanya düzenlenmiş ve bunun sonucunda da tüketici ile ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi yapılmışsa, bu durumun sözleşmeye etkisi ne olacaktır? Böyle bir durum, sözleşmeyi ön ödemeli taksitle satış olmaktan çıkarır mı? Meselâ, tüketiciyle yapılmak istenen sözleşme hakkında televizyon yoluyla bir tür reklam kampanyası yapılmış olabilir.

Böyle bir satış, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda kampanyalı satış bakımından öngörülen şartları taşımaktadır ve bir kampanyalı ön ödemeli taksitle satıştır⁹⁰. Kampanyalı satışın ön ödemeli taksitle satış şeklinde de yapılabileceği kabul edildiği takdirde, söz konusu durum bakımından 4077 sayılı Kanunun kampanyalı satışa ilişkin hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Ancak, bu durum söz konusu satışın, özünde bir ön ödemeli taksitle satış olduğu gerçeğini değiştirmez. Buna göre, 4077 sayılı Kanunda olaya uygulanacak herhangi bir hükmün bulunmaması hâlinde Borçlar Kanununun dikkate alınması gerekmektedir.

III- Ard Arda Teslimli Satış Sözleşmesi

Ard arda teslimli satış sözleşmesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda olduğu gibi, Borçlar Kanununda da özel olarak düzenlenmemiş

⁸⁹ Zevkliler / Havutçu, 89.

⁹⁰ Zira, kampanyalı satış bakımından 4077 sayılı Kanunda malın daha sonra teslim veya ifa edilmesi yeterli kabul edilmiştir. Ancak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 7 nci maddesine göre yapılan bir kampanyalı satışın hizmet ediminin ifasına ilişkin olması durumunda ise, Borçlar Kanunundaki ön ödemeli taksitle satışa ilişkin hükümlerin uygulanma imkânı zaten yoktur. Zira, ön ödemeli taksitle satışın konusunun taşınır bir mal olabileceği Borçlar Kanununda açık bir şekilde düzenlenmiştir (BK. m. 264/I).

bir sözleşme türüdür. Ard arda teslimli satış sözleşmesinde satıcının satılanı ard arda teslim etmesi, alıcının ise şeyin bedelini bir defada veya satıcının teslimlerine uygun bir şekilde kısım kısım ödemesi kararlaştırılır⁹¹.

Söz konusu sözleşmeyi diğer sözleşmelerden farklı kılan özelliği, satıcının edimi, yani satılanı birbirini takip eden vadelerde ard arda teslim edebilmesidir⁹². Dolayısıyla, ard arda teslimli satış sözleşmesinde sözleşmenin ayırt edici unsurunun satıcının ediminde yoğunlaştığı ifade edilebilir⁹³. Ancak, ön ödemeli taksitle satışta ise, ayırt edici unsur alıcının ediminde yoğunlaşmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere⁹⁴, ön ödemeli taksitle satışta, alıcı, bedeli satılanın tesliminden önce kısmî edimlerle ifa etme yükümlülüğü altındadır. Kısaca, ard arda taksitle satışta “satışa konu şey”; ön ödemeli taksitle satışta ise “bedel” kısmî bir şekilde ifa edilmektedir.

4. ÖN ÖDEMELİ TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

I- Ödeme Süresi Bir Yıl veya Daha Az Olan Sözleşme İle Ödeme Süresi Bir Yıldan Daha Uzun veya Belirsiz Olan Sözleşmeler

Ön ödemeli taksitle satış bakımından söz konusu sözleşmeye ilişkin hükümlerde, ödeme süresi esas alınmak suretiyle bir ayırım öngörülmüştür. Buna göre, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, “ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşme” ile “ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşme” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Borçlar Kanununda ise ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler (BK. m. 265/II-III, 267, 269/I, 270/II, 271) esas alınmak suretiyle ön ödemeli taksitle satışa ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Öğretide birinci tür sözleşmeler “kısa süreli sözleşmeler” olarak adlandırılmaktadır. Diğer ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi türü ise “uzun süreli ya da belirsiz süreli sözleşmeler” olarak adlandırılmakta ve

⁹¹ Kuntalp, 7; Zevkliler / Havutçu, 100.

⁹² Kuntalp, 7; Ozanoğlu, 162-163.

⁹³ Ozanoğlu, 163.

⁹⁴ § 2, II, A.

asıl ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi türü olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, bu tür sözleşmelerin ön ödemeli taksitle satışın bünyesindeki özellikleri içeren, uzun süreli sözleşmeler olduğu ifade edilmektedir⁹⁵.

Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerin esas alındığı bu hükümlerin, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmelere de uygulanıp uygulanamayacağı ise, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin uygulamasının önemini daha da arttırmaktadır. Bu noktada ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler için öngörülen hükümlerin mefhum-u muhalifinden hareketle bunların, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeler hakkında uygulanamayacağı düşünülebilir. Ancak, Kanunda söz konusu bu hükümlerin, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmelere uygulanmasını engelleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bu hükümlerin, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeler bakımından da uygulanması mümkündür.

II- Tahsis Kaydıyla Satış

Borçlar Kanununun 268 inci maddesinin ikinci fıkrasında, uygulamada "*tahsis kaydıyla satış*" adı verilen ve ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin bir çeşidi olan sözleşme türü düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, bu sözleşmenin varlığından söz edebilmek için;

- *Ödenecek toplam satış bedeli önceden sözleşmede belirlenmiş; ancak satıcının alıcıya devretmekle yükümlü olduğu eşya belirlenmemiş olmalıdır.*

- *Ayrıca, satıcının, alıcıya zilyetlik ve mülkiyetini devralacağı eşyayı seçme hakkı tanınmış olması gerekmektedir.*

Bu sözleşmenin varlığı söz konusu iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartların gerçekleşmesi durumunda satıcı, peşin satıştaki olağan bedelleri göz önünde tutarak alıcının yapacağı seçime tam olarak uymakla yükümlüdür. 268 inci maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, aynı hükmün ikinci fıkrasına aykırı anlaşmalar, ancak alıcı için daha elverişli bulunduğu ölçüde geçerlidir.

Tahsis kaydıyla satış sözleşmesinin ödeme süresinin bir yıl veya daha az olması kararlaştırılabileceği gibi, bir yıldan daha uzun veya

⁹⁵ Ozanoğlu, 154, dn. 219.

belirsiz olması da kararlaştırılabilir. Tahsis kaydıyla satış sözleşmesine alıcının bir mobilya mağazasından, ileride evlenecek kızına çeyiz olarak satın almak istediği eşyaya ilişkin yaptığı sözleşme örnek gösterilebilir. Bu durumda alıcı, kendisine tanınan seçimlik hakkını kullandığında, satıcı, sözleşmede kararlaştırılan toplam satış bedeline kadar olmak üzere, seçtiği çeyizlik eşyayı peşin satıştaki olağan bedellerle devretmekle yükümlüdür.

5. ÖN ÖDEMELİ TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

I- Alıcının Borçları ve Temerrüdü

A) Alıcının Borçları

1- Satış Bedelini Ödeme Borcu

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satış bedelini ödeme borcu, alıcının aslî borcudur. Bu borcun tam anlamıyla ifası için satılanın alıcıya devrinden önce satış bedelinin kısmî edimler hâlinde tamamıyla satıcıya ödenmesi gerekmektedir (BK. m. 264/I, m. 267, c.1).

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmesi hâlinde sözleşme geçerli olmaz⁹⁶. Çünkü, sözleşmede yer verilmesi zorunlu hususlardan birinin de toplam satış bedeli olduğu açıkça Kanunda yer almaktadır (BK. m. 264/II). Söz konusu zorunlu unsura sözleşmede yer verilmesi bir geçerlilik şartı olduğundan, bedelin sözleşmenin kurulmasından sonra belirlenmesi mümkün değildir.

Ödemelerin güvenceye bağlanması ise, "*Tarafların Hak ve Borçları*" üst başlığı altında Borçlar Kanununun 265 inci maddesinde düzenlenmiştir⁹⁷. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcının, ödemeleri söz-

⁹⁶ Ancak, Borçlar Kanununun 233 ncü maddesinin ikinci fıkrasında taşınır satışlarında alıcının, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmesi hâlinde satışın, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

⁹⁷ Bu hükmün amacının, satıcının iflâsı hâlinde alıcıyı korumak olduğu yönünde Aral / Ayrancı, 183.

leşmede belirtilen bir bankada kendi adına açılacak gelir getiren bir tasarruf veya yatırım hesabına yatırmakla yükümlü olduğu öngörülmektedir.

Bu hükme göre, alıcının söz konusu yükümlülüğünün gerçekleşmesi için ilk şart olarak, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan bir ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin varlığı gerekmektedir. Hükümde açıkça ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelere yer verildiğine göre, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeler bakımından böyle bir güvencenin zorunlu olmadığını kabul etmek mümkündür. Buna göre, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmelerde ödemelerin 265 inci madde hükmüne göre bankaya yatırılmaları veya doğrudan doğruya satıcıya ifa edilmeleri kararlaştırılabilir.

İkinci şart olarak, alıcının sözleşmede belirtilen bir bankada kendi adına açılmış bir hesaba sahip olması gerekmektedir. Söz konusu hesabın gelir getiren bir tasarruf veya yatırım hesabı olması gerektiği de hükümden anlaşılmaktadır.

Üçüncü şart olarak, ödeme süresinin bir yıldan daha uzun veya belirsiz olduğu sözleşmelerde alıcının, ödemeleri, ikinci şartta belirtilen banka hesabına yatırması gerekmektedir. Dolayısıyla, alıcının edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getirebilmesi için ödemeleri kendisinin sahip olduğu herhangi bir banka hesabına değil, ikinci şart kapsamında açıklanan banka hesabına yatırması gerekmektedir.

İlk fıkra kapsamında açıklanan söz konusu üç şart, alıcının yükümlülüğüne ilişkindir. Hükümün ikinci fıkrasında ise bankanın yükümlülüklerine yer verilmektedir. Buna göre, bankanın tarafların çıkarlarını ayırım yapmaksızın gözetmekle ve alıcı hesabına açılmış hesapta birikmiş paralardan yapılacak herhangi bir ödeme için her iki tarafın rızasını aramakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Dolayısıyla, alıcının kendi banka hesabına yatırarak yerine getirdiği ödemelerden satıcının yararlanabilmesi için her iki tarafın da rızası şarttır. Bu durumda taraflardan herhangi birinin razı olmaması hâlinde, ödeme kesinlikle yapılamaz. İkinci fıkranın devamına göre ise, bu konuda önceden rızanın verilemeyeceği emredici bir şekilde düzenlenmektedir. Dolayısıyla, ödemeler hesaba yatırılmadan verilen rıza geçersizdir.

265 inci maddenin son fıkrası ise, 269 uncu maddede düzenlenen cayma hakkının kullanılması ihtimali ile ilgili bir hükümdür. 269 uncu maddenin ilk fıkrasına göre, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcının malın devrine kadar her zaman sözleşmeden cayma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. 265 inci maddenin üçüncü fıkrasında, 269 uncu maddeye göre alıcı tarafından cayma hakkının kullanılması hâlinde ödemelerin yatırılacağı hesapta satıcının hiçbir hakkının kalmayacağı belirtilmektedir. Alıcı tarafından cayma hakkının kullanılması durumunda satılan henüz satıcının elinden çıkarılmamış olur. Dolayısıyla, bu hüküm, satıcının haksız kazanç elde etmesini engellemekte ve cayma hakkına işlerlik kazandırmaktadır.

2- Satılanın Zilyetlik ve Mülkiyetini Devralma Borcu

Alıcı, satış bedelini tamamen ödedikten sonra, süre sınırlaması olmaksızın malın zilyetlik ve mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir (BK. m. 266/1). Söz konusu hak, aynı zamanda alıcının bir borcudur da⁹⁸.

Alıcı hâlen ifası mümkün ve muaccel satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devralma borcunu ifade geciktiği takdirde, satıcı, borçlunun temerrüdü hükümlerinden (BK. m. 117 vd.) yararlanabilir. Ayrıca, satıcının alacaklının temerrüdü hükümlerinden (BK. m. 106 vd.) de yararlanması mümkündür. Bunun için edim gereği gibi kendisine sunulan alıcının, haklı bir sebep olmaksızın söz konusu edimi kabulden veya satıcının borcunu ifa edebilmesine yönelik kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması gerekmektedir.

B) Alıcının Temerrüdü

1- Genel Olarak

Ön ödemeli taksitle satışta alıcının temerrüdü, mümkün ve muaccel olan bir veya daha çok ön ödemenin ifa edilmemesi durumunda söz konusu olur. Alıcının temerrüdünün şartları, Borçlar Kanununda

⁹⁸ Bu hakkın aynı zamanda bir borç olduğu taşınır satışına ilişkin hükümlerde açıkça ifade edilmektedir (BK. m. 232).

özel olarak düzenlenmemiştir. Bu konuda genel hükümler (BK. m. 117 vd.) uygulanmalıdır⁹⁹. Ancak, bu hususta ön ödemeli taksitle satışta ön ödeme vadelerinin sözleşmede yer almasının zorunlu olduğu belirtilmelidir (BK. m. 264/II). Buna göre, borcun ifa edileceği gün, sözleşme yapılırken belirlenmelidir. Dolayısıyla, böyle bir satışta temerrüdün gerçekleşebilmesi için satıcının alıcıya ihtarda bulunmasına gerek yoktur (BK. m. 117/II). Ayrıca, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olan ön ödemeli taksitle satışta, alıcının temerrüde düşmesi hâlinde satıcı, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir (BK. m. 123)¹⁰⁰.

Borçlar Kanununda ön ödemeli taksitle satışta alıcının temerrüdünün sonuçları bakımından ise özel bir düzenleme öngörülmüştür (BK. m. 271). Alıcının temerrüdü hâlinde satıcının sahip olduğu haklara ilişkin bu kapsamdaki açıklamalarımızdan önce, uygulama alanını sınırlandıran Borçlar Kanununun 272 nci madde hükmüne dikkat çekmekte yarar vardır. Bu hüküm gereğince, Borçlar Kanununun alıcının temerrüdüne ilişkin 271 inci madde hükmü, alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticarî işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda uygulanmaz. Dolayısıyla, söz konusu üç seçimlik durumdan birinin varlığı hâlinde, alıcının temerrüdünün sonuçları bakımından da genel hükümler uygulanmalıdır (BK. m. 117 vd.).

2- Alıcının Temerrüdü Hâlinde Satıcının Sahip Olduğu Haklar

a) Vadesi Gelmiş Ödemeleri Talep Hakkı

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşmesi durumunda satıcı, ancak vadesi gelmiş olan ödemeleri isteyebilir (BK. m. 271/I). Satıcı bu hakkını genel hükümler çerçevesinde kullanır. Buna göre, satıcı, vadesi gelmiş taksitlerle birlikte, temerrüd faizi (BK. m. 120 vd.) ve alıcının kusuru hâlinde gecikme tazminatı (BK. m. 118) talep edebilir.

⁹⁹ Söz konusu şartlar hakkında detaylı bilgi için, Bucher, I, 356 vd.; Tekinay, 725 vd.; Velidedeoğlu / Özdemir, 235; İnan, 497 vd.; Eren, 1092 vd.; Kılıçoğlu, 678 vd..

¹⁰⁰ Süre verilmesini gerektirmeyen durumlar için, BK. m. 124.

Alıcının ön ödemelerin bir kısmında temerrüde düşmesi hâlinde, satıcı henüz muaccel olmamış ön ödemeler de dahil satış bedelinin tamamının bir defada ifasını isteyebilir mi? Yani taksitle satış sözleşmesinde satıcıya belirli şartlar çerçevesinde tanınan muacceliyet kaydı, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde de kabul edilebilir mi? Ön ödemeli taksitle satışta alıcının temerrüdünü düzenleyen Borçlar Kanununun 271 inci maddesinde muacceliyet kaydı düzenlenmemiştir. Ayrıca, 273 üncü maddede de taksitle satışa ilişkin hükümlerden ön ödemeli taksitle satışa uygulanacak hükümler arasında taksitle satışlarda bu kaydı mümkün kılan 259 uncu madde hükmü sayılmamıştır. Bundan hareketle lafzî yorum yapılarak ön ödemeli taksitle satışta muacceliyet kaydının geçersiz olacağı¹⁰¹ kabul edilebilir¹⁰². Ancak, muacceliyet kaydının belli şartlar çerçevesinde geçerli olacağı taksitle satış bakımından kabul edilmiştir (BK. m. 259/II, III). Bu kaydı, her ikisi de kısmî ödemeli satış olan bu iki sözleşme türünden taksitle satış bakımından geçerli kabul edip, ön ödemeli taksitle satış bakımından geçersiz kabul etmek hakkaniyete uygun değildir. Ayrıca, hem 259 uncu hem de 271 inci maddede ve bu maddelerin gerekçelerinde ön ödemeli taksitle satışta muacceliyet kaydının geçersiz kabul edileceğine ilişkin herhangi bir ifade de mevcut değildir. Dolayısıyla, muacceliyet kaydı ile sınırlı olmak üzere Borçlar Kanununun 259 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının, ön ödemeli taksitle satış bakımından kıyasen uygulanması mümkündür. Buna göre, ön ödemeli taksitle satışta satıcının muacceliyet kaydından yararlanabilmesi için;

- *Öncelikle, satıcı bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmalıdır.*

Hükümde “*bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına*” şeklinde bir ifadeye yer verildiği için satıcının bu hakkı örtülü bir biçimde saklı tutma imkânı yoktur. Dolayısıyla, ön ödemede temerrüde düşülmesi durumunda kalan ön ödemelerin muacceliyetini talep edebilme imkânına sözleşmede açık bir biçimde yer verilmelidir.

¹⁰¹ Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceğinden, bu görüş kabul edilirse, böyle bir kayıt hakkında kısmî kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımını (BK. m. 27/II) uygulanmalıdır.

¹⁰² Ancak, malın devrinden sonraki dönem için böyle bir kaydın mümkün olabileceğinden hareketle, ön ödemelerde temerrüde ilişkin olarak muacceliyet kaydının hüküm ve sonuç doğurmasının mümkün olmadığını kabul eden görüş için Ozanoğlu, 274.

- Alıcı, kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ön ödemede temerrüde düşmüş olmalıdır.

Buna göre, bedelin onda biri her bir ön ödemeli taksitle satış için ayrı ayrı hesaplanmalıdır.

- Ayrıca, alıcı birbirini izleyen en az iki ön ödeme veya satış bedelinin en az dörtte birini oluşturan bir ön ödeme ya da en son ön ödemede temerrüde düşmüş olmalıdır.

Muacceliyet kaydının geçerli kabul edilebilmesi için bu şartta yer alan üç alternatif durumdan herhangi birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Ayrıca, söz konusu şart da, diğer şartlarla birlikte gerçekleşmelidir. Aksi takdirde, sözleşmede muacceliyet kaydı yer alsa bile, satıcı, ancak vadesi gelmiş ödemeleri isteyebilecektir.

- Ayrıca, satıcı, satış bedelinin geri kalan kısmının tamamen ödenmesini istemeden önce, alıcıya en az onbeş günlük bir ek ödeme süresi tanınmalıdır.

Bu zorunluluk, muacceliyet kaydının ileri sürülebilmesinin son şartı olarak, 259 uncu maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, muacceliyet kaydının ileri sürülmesinden önce, vadesi gelmiş ödemeleri ifa ederek edimini yerine getirebilmesi için alıcıya onbeş günlük son bir imkân tanınmıştır.

Ön ödemeli taksitle satışta muacceliyet kaydının geçerliliğinin kabulü hâlinde, söz konusu şartlar mevcutsa, satış bedelinin tamamı muaccel hâle gelir. Bu durumda ise, artık genel hükümler uygulanır. Buna göre, satıcı, bedelin tamamı için temerrüd faizi (BK. m. 120 vd.) ve alıcının kusuru hâlinde gecikme tazminatı (BK. m. 118) talep edebilir. Ayrıca, sözleşmede gecikme için bir ceza koşulu (BK. m. 179 vd.) kararlaştırılmışsa, satıcı, bunu da talep edebilir¹⁰³.

b) Sözleşmeden Dönme Hakkı

aa) Şartları

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü hâlinde satıcıya tanınan diğer hak, sözleşmeden dönmedir (BK. m. 271). Satıcının bu hakkından söz edilebilmesi için;

¹⁰³ Tandoğan, 311.

- *Kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ödemenin vadesi gelmiş ve alıcının söz konusu bu ödemede temerrüde düşmüş olması gerekmektedir.*

Söz konusu şart, ödemelere ilişkindir ve her bir sözleşme bakımından satış bedeli göz önünde bulundurularak ayrı ayrı hesaplanmalıdır.

- *Alıcı, birbirini izleyen iki ön ödeme veya toplam alacağıın en az dörtte birini oluşturan bir tek ön ödeme ya da sonuncu ön ödemede temerrüde düşmüş olmalıdır.*

Bu şartta, muacceliyet kaydına ilişkin hükümde (BK. m. 259/II) olduğu gibi, söz konusu üç duruma alternatifli bir şekilde yer verilmektedir. Bu üç durumdan herhangi birinin olayda gerçekleşmesi yeterlidir.

- *Ayrıca, satıcı, alıcıya bir aylık ek ödeme süresi tanımak zorundadır.*

Buna göre, satıcının, söz konusu şartlara ilâve olarak, alıcıya bir aylık ödeme süresi tanınması ve bu sürenin ödeme yapılmaksızın geçmesi gerekmektedir.

Taksitle satış sözleşmesinden¹⁰⁴ farklı olarak, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde dönme hakkının kullanılabilmesi için bu hakkın açık bir biçimde saklı tutulmuş olması gerekli değildir. Dolayısıyla, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde kanundan doğan bu hakkın örtülü olarak saklı tutulması hâlinde dahi satıcı tarafından ileri sürülebilmesi mümkündür.

bb) Sonuçları

Satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması, sözleşmeyi geçmiş etkili olarak sonlandırır¹⁰⁵. Böylece her iki taraf bakımından bazı talep hakları doğar. Dönme hakkının kullanılmasının sonuçları, Borçlar Kanununun 271 inci maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenmektedir.

Borçlar Kanununun 271 inci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre, *“satıcı, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeden dö-*

¹⁰⁴ Taksitle satışta, satıcının sözleşmeden dönebilmesi, ancak bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına bağlıdır (BK. m. 259/II).

¹⁰⁵ Ozanoğlu, 242.

nerse, 260 ıncı maddenin¹⁰⁶ ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır". Buna göre, satıcı, alıcının vadesi gelmiş ödemelerde temerrüde düşmesi yüzünden satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse, alıcıdan sadece ifa edilmeyen ödemeler üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra, satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. Böylece satıcının talep edebileceği hakların söz konusu hükümde sayılanlar ile sınırlı olduğu açıkça ifade edilmektedir. Ayrıca, kıyasen uygulanması öngörülen 260 ıncı maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, taraflar ceza koşulu kararlaştırmışlarsa, bu koşulda öngörülen bedel peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz.

Borçlar Kanununun 271 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre ise, ödeme süresi bir yıldan uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde satıcı, ancak Kanunun 269 uncu maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının karşılanmasını isteyebilir. Bu hüküm sayesinde, süresi bir yılı aşan sözleşmelerde satıcının talep edebileceği haklar açıkça ve sınırlayıcı bir şekilde belirtilmektedir.

Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alıcının malın devrini istemesi hâlinde satıcıya, yasal anapara faizi ile birlikte devir isteminden sonra malın değerinde oluşacak eksilmelerin giderimini isteme hakkı tanınmakta ve sözleşmede öngörülmesi durumunda ödenecek ceza koşulunun miktarının, satış bedelinin yüzde onunu geçemeyeceği belirtilmektedir.

Aynı maddenin son fıkrasında ise, sözleşmenin süresi bakımından herhangi bir farklılık gözetilmeksizin satılanın devredilmiş olduğu hâllerde, dönme konusunda Kanunun 260 ıncı maddesinin ilk fıkrasının uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Buna göre, satıcının, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle satılanın alıcıya devrinden sonra sözleşmeden dönmesi hâlinde, taraflar aldıklarını iade ile yükümlüdür. Ayrıca, satıcının hakkaniyete uygun¹⁰⁷ bir

¹⁰⁶ Borçlar Kanununun 260 ıncı maddesi, taksitle satışta sözleşmeden dönme hakkının "Alıcının Temerrüdü" üst başlığı altında düzenlendiği bir hükümdür.

¹⁰⁷ Kullanım bedelinin hakkaniyete uygun olması gerektiği ifade edilerek, hem talebin kapsamı bakımından sınırlandırma öngörülmüş hem de böyle bir ölçü getiril-

kullanım bedeli ve satılanın olağandışı kullanılması sebebiyle değerinin azalması hâlinde tazminat istemesi de mümkündür. Ayrıca, aynı hükmün ikinci cümlesinde satıcının isteyebileceği haklar bakımından azamî bir sınır öngörülmektedir. Böylece alıcıyı korumak amacıyla menfî zararın kapsamı bakımından Kanunda bir sınırlamaya yer verilmiştir¹⁰⁸. Buna göre, satıcı sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı ne elde edecekseydi bundan fazlasını isteyemez.

3- Hâkimin Müdahalesi

Borçlar Kanununun taksitle satış sözleşmesine ilişkin 261 inci maddesi, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine de uygulanır (BK. m. 273). 261 inci maddede, taksitle satışta alıcının temerrüde düşmesi durumunda hâkimin müdahalesi düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca hâkimin sözleşmeye müdahale edebilmesi için iki şartın varlığı birlikte aranır. Bu şartlardan biri, temerrüde düşen alıcının borçlarını ödeyeceği konusunda güvence vermesi; diğeri ise, satıcının bu yeni düzenlemeden ötürü herhangi bir zarara maruz kalmamasıdır.

261 inci madde sayesinde, söz konusu şartların gerçekleşmesi durumunda, hâkime, sözleşmeye müdahale ederek, temerrüde düşen alıcıya ödeme kolaylıkları sağlama ve satıcının satılanı geri almasını yasaklama yetkileri tanınmaktadır. Ancak, ifade edilmelidir ki, taksitle satıştan farklı olarak, ön ödemeli taksitle satışta, satıcı, kendisine satış bedeli ödendikten sonra satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmeyi üstlenmektedir. Buna göre, ön ödemeli taksitle satışta alıcının temerrüde düşmesi durumunda satılan hâlen satıcıda olacaktır. Dolayısıyla, taksitle satış bakımından hâkime tanınan satıcının satılanı geri almasını yasaklama yetkisi, ön ödemeli taksitle satış bakımından uygulanamaz bir yetkidir.

4- Alıcının Def'ileri

Taksitle satışta alıcının def'ilerine ilişkin 257 nci madde hükmü, ön ödemeli taksitle satışta da uygulanır (BK. m. 273/I). 257 nci maddenin ilk fıkrasında, alıcının, satıcıya karşı, satış bedelini ödeme borcu ile on-

¹⁰⁸ mek suretiyle hâkime önemli bir takdir imkânı tanınmıştır. Ozanoğlu, 246. Ozanoğlu, 264.

dan olan alacağını takas etme hakkından önceden feragat edemeyeceği öngörülmektedir. Böylece alıcının takas hakkı emredici bir şekilde güvenceye bağlanmıştır.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise, 273 üncü maddenin ilk fıkrasında yer alan ortak hükümlerden satıcının alacağının devrine ilişkin olanı düzenlenmiştir. Buna göre, satıcı satış bedeline ilişkin alacağını devrederse, bu devir sebebiyle alıcının söz konusu alacağa ilişkin def'ileri sınırlanamaz ve ortadan kaldırılamaz. İlk fıkra hükmü gibi, bu hüküm de kanunkoyucu tarafından alıcıyı koruyucu ve emredici bir şekilde düzenlenmiştir.

II- Satıcının Borçları ve Temerrüdü

A) Satıcının Borçları

1- Satılanın Zilyetlik ve Mülkiyetini Alıcıya Devretme Borcu

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satıcının aslî borcu, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcudur (BK. m. 264/I). Satıcının bu borcu, ancak alıcının satış bedelini kısmî edimler hâlinde tamamen ödemesinden sonra muaccel olabilir (BK. m. 264/I). Borçlar Kanununun 267 nci maddesinin birinci cümlesinde, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde satış bedelinin satılanın devri anında tamamen ödenmiş olması gerektiği açıkça ifade edilmektedir.

Borçlar Kanununun 266 ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, ön ödemeli taksitle satışta, alıcının istemesi durumunda, satıcının hangi maddî veya şekli koşullar altında, satılanı ona devretmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında öncelikle alıcının satış bedelini tamamen ödedikten sonra, her zaman malın kendisine devrini isteyebileceği belirtilmektedir. Aynı fıkranın devamında ise, satıcının malı başkasından sağlayarak devredecek olması hâlinde alıcının, bunun için kendisine uygun bir süre tanımak zorunda olduğu öngörülmektedir. İkinci fıkrada ise, malın devredilebilmesi için uyulması gereken koşulların neler olduğuna açıklık getirilmiştir. Buna göre, satıcının malı alıcıya devredebilmesi için, taksitle satışa ilişkin koşullara uyması gerekmektedir.

266 ncı maddenin son fıkrasında ise, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının, hangi durumlarda ve hangi koşulların gerçekleşmesiyle satılanın kısım kısım devredilmesini isteyebileceği; hangi durumlarda bu hakka sahip olmadığı düzenlenmektedir. Buna göre, alıcının satılanın kısım kısım devrini isteyebilmesi için, ilk şart, birden çok şey satın almış veya seçim hakkını saklı tutmuş olmasıdır. İkinci şart ise, alıcının ancak 256 ncı maddede öngörülen ve peşin satış bedelinin en az onda birine tekabül eden asgarî peşinatı ödemesidir. Bu şartlar birlikte gerçekleştiği takdirde, alıcı, satılanın kısım kısım devredilmesini isteyebilir. Ancak, aynı hükme göre, alıcı satılanın eşya topluluğu¹⁰⁹ oluşturduğu hâllerde bu hakka sahip değildir. Ayrıca, hükmün son cümlesine göre, satış bedelinin tamamen ödenmemesi hâlinde, satıcıdan satılanı kısmen devretmesi, ancak geri kalan kısmın yüzde onunun kendisine güvence olarak bırakılması koşuluyla istenebilir.

Borçlar Kanununun 267 nci maddesinin ikinci cümlesinde, satılanın devrini isteyen alıcının, banka hesabındaki bakiyeden, satış bedelinin en çok üçte birlik kısmını satıcı lehine serbest bırakabileceği; son cümlesinde ise, alıcının sözleşmenin kurulduğu sırada böyle bir serbest bırakma taahhüdünde bulunamayacağı düzenlenmektedir. Maddenin ikinci cümlesinde satış bedelinin tamamını ödeyerek, satıcıdan, satılanın kendisine devrini isteyen alıcının, satılan kendisine devredilmedikçe, hesabındaki ödemelerin en çok üçte bir oranındaki kısmını, satıcı yararına serbest bırakılmasına rıza gösterebileceği öngörülmektedir. Bu düzenleme sayesinde, alıcı, taksit borçlarını tamamen ödediği hâlde, henüz devralmadığı satılanın satış bedelinin bu oranı aşan kısmını kaybetmesi tehlikesine karşı korunabilir. Maddenin son cümlesine göre, alıcının sözleşmenin kurulduğu aşamada söz konusu korumayı etkisiz kılan bir taahhüdü geçersiz sayılmaktadır. Böylece, satıcıların ikinci cümledeki korumanın etkisinden kurtulmalarının önlenmesi amaçlanmaktadır.

¹⁰⁹ Eşya topluluğunda, birden fazla eşyanın bağımsızlıklarını kaybetmeksizin ortak bir amaç doğrultusunda ekonomik bir bütün oluşturmak üzere bir araya getirilmesi söz konusudur. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 9; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku, I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 6. Baskı, Konya 2012, s. 19.

2- Satıcının Zapttan Sorumluluk Borcu

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satıcının zapttan sorumluluk borcu özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak, Borçlar Kanununun 214 üncü ve devamındaki hükümlerde zapttan sorumluluk borcu taşınır satış bakımından öngörülmektedir. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, sistematik olarak bir satış sözleşmesi ve konusu da taşınır bir mal olduğu için, söz konusu hükümlerin, bu sözleşme türü hakkında da uygulanması mümkündür.

Satıcının zapttan sorumluluğundan söz edilebilmesi için;

- *Her şeyden önce, satılan, alıcıya geçerli bir satış sözleşmesine dayanılarak teslim edilmiş olmalıdır.*

- *Zaptı sağlayacak üstün bir hak, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut olmalıdır (BK. m. 214/I).*

Borçlar Kanununun 214 üncü maddesinin gerekçesine göre, söz konusu üstün hak, mülkiyet hakkı, sınırlı aynî hak ya da şerh verilmiş bir kişisel hak olabilir.

- *Alıcı, satılanın elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada bilmemelidir.*

Alıcı, zapt tehlikesini sözleşmenin kurulduğu anda biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz (BK. m. 214/II).

- *Satılan, üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınmalıdır.*

Borçlar Kanununun 214 üncü maddesinin gerekçesine göre, söz konusu bu maddedeki "elinden alınır" şeklindeki ibareden anlaşılması gereken, üçüncü kişinin alıcıya karşı zapt girişiminde bulunmasıdır.

- *Nihayet, alıcı, satıcıya zaptın varlığını kabul ettirmelidir (BK. m. 215, 216).*

Alıcının sahip olduğu haklar ise, satılanın tam ve kısmî zaptı bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir. Tam zapt hâlinde alıcının hakları, Borçlar Kanununun 217 nci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin dört bentten oluşan birinci fıkrasında, alıcının tam zapt hâlinde, satıcıdan isteyebileceği doğrudan zararlar sayılmıştır. Alıcı,

satıcının zaptta bir kusuru olmasa da, bu zararların giderilmesini isteyebilir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise, alıcının dolaylı zararlarının da satıcı tarafından giderilmesini isteyebileceği öngörülmüştür. Kısmî zapt hâlinde alıcının hakları ise, Borçlar Kanununun 218 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kısmî zapt hâlinde alıcı, sadece bu yüzden uğradığı zararların giderilmesini isteyebilir (BK. m. 218/I). Ancak, satılndaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı, hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir (BK. m. 218/II).

Zapttan sorumlulukla ilgili davaların zamanaşımı hakkında Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme yoktur. Öğretide¹¹⁰ ve uygulamada¹¹¹ ise, bu sürenin on yıl olduğu kabul edilmektedir.

3- Satıcının Ayıptan Sorumluluk Borcu

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluk borcu da Kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak, zapttan sorumluluk bakımından kabul edilen çözümün satıcının ayıptan sorumluluk borcu bakımından da kabulü uygundur. Buna göre, taşınır satışında satıcının ayıptan sorumluluk borcunu düzenleyen Borçlar Kanununun 219 uncu maddesi ve onun devamındaki hükümlerin ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi bakımından da uygulanması mümkündür.

Borçlar Kanununun 219 uncu maddesinin ilk fıkrasına göre, satıcı, alıcıya karşı ya herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılnda bulunmaması sebebiyle sorumlu olur ya da nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıpların bulunmasından sorumlu olur. Bu hükme göre, ayıp maddî, hukukî ya da ekonomik olabilir. Ayrıca, satıcı ancak sözleşmenin kurulduğu sırada alıcının bilmediği ayıplardan sorumludur (BK. m. 222/I). Buna ilâveten ayıptan sorumluluk sorumsuzluk anlaşması ile kaldırılmamış olmalıdır (BK. m. 221). Satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için bazı şekli şartların da yerine getirilmesi gerekmektedir.

¹¹⁰ Zevkliler / Havutçu, 127; Bilge, 63; Feyzioğlu, 269; Tandoğan, 162.

¹¹¹ 1. HD. 16.12.2009, E. 2009/11411 K. 2009/13279 (YKD.C. 36, S. 11, 2010, s. 2046).

dir. Buna göre, alıcının, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmesi ve satılana satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıpla karşılaşması hâlinde, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmesi gerekmektedir (BK. m. 223/I).

Borçlar Kanununun 227 nci maddesinin ilk fıkrasına göre, malın satıcının sorumluluğunu gerektirecek bir şekilde ayıplı olması hâlinde, alıcının kullanabileceği seçimlik haklar şunlardır:

- *Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.*
- *Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.*
- *Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.*
- *İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.*

Ayrıca, alıcı genel hükümlere göre *tazminat isteme hakkına* da sahiptir (BK. m. 227/II).

Son olarak satıcının, ayıptan sorumluluk borcu için, kural olarak, satılana ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıllık bir zamanaşımı süresine tâbî tutulduğu ifade edilmelidir (BK. m. 231/I).

B) Satıcının Temerrüdü

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü, Borçlar Kanununun 271 inci maddesinde hüküm altına alınmıştır. Ancak, ön ödemeli taksitle satışta satıcının temerrüdüne ilişkin herhangi bir özel düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. Bu durumda ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü hâlinde 117 nci madde ve devamındaki genel hükümler uygulama alanı bulur.

Buna göre, istisnâî hâller saklı kalmak şartıyla, borcu muaccel hâle gelmiş olan satıcı, alıcının ihtarı ya da ihtar yerini tutan bir durumun gerçekleşmesiyle (BK. m. 117/II) temerrüde düşer (BK. m. 117/I). Bu şartlara ilâveten, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde, satıcının temerrüde düşmesi hâlinde alıcı, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir (BK. m. 123).

Satıcının temerrüdü hâlinde alıcıya tanınan seçimlik haklar ise, Borçlar Kanununun 125 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında öngörülmektedir. Hükmün ilk fıkrasına göre, temerrüde düşen satıcı, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alıcı, her zaman borcun aynen ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Bu durumda edim henüz imkânsızlaşmamışsa, alıcı, ifa davası açarak satıcıyı borçlanılan edimi ifaya mahkum ettirebilir. Ayrıca, hükmün ikinci fıkrasına göre, alıcı, borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Ancak, alıcı, söz konusu son iki imkândan birini seçmek istediğini hemen bildirmezse, aynen ifa ve gecikme sebebiyle tazminat istemek durumunda kalır.

6. GÖREVLİ, YETKİLİ MAHKEME VE TAHKİM

Malvarlığı haklarına ilişkin davalar bakımından görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir (HMK. m. 2/I)¹¹². Ön ödemeli taksitle satışa ilişkin davaların konusu, para veya para ile ölçülebilen bir şeydir. Dolayısıyla, ön ödemeli taksitle satıştan doğan bir uyuşmazlık bakımından görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine ilişkin davalar hakkında genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK. m. 6/I). Sözleşmeden doğan böyle bir dava, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir (HMK. m. 10)¹¹³. Ayrıca, taraflar, açık (HMK. m. 17) veya zımnî (HMK. m. 19/IV) bir anlaşma ile yetkisiz mahkemeyi de yetkili kılabilirler. Bu hâlde, ön ödemeli taksitle satıştan doğan davalar, davacının seçimine göre davacının yerleşim yeri veya sözleşmenin ifa yeri ya da yetki sözleşmesi (şartı) ile yetkili kılınan yer mahkemelerinden birinde açılabilir.

¹¹² Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medenî Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2011, s. 121.

¹¹³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 10. maddesindeki yetki kuralı kamu düzenine ilişkin (kesin) yetki kurallarından değildir. Dolayısıyla, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden doğan bir dava, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılacağı gibi, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 141.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklarda, satıcının, alıcıyı uzak bir mahkemede hakkını savunmaya zorlaması muhtemeldir. Bu durumun kabulü ise, alıcının büyük güçlüklerle karşı karşıya bırakılması sonucuna sebep olabilir. Bunu önleyebilmek için, taksitle satışta yetkili mahkemeye ilişkin Borçlar Kanununun 262 nci madde hükmünün, ortak hüküm olan 273 üncü madde hükmü sayesinde, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde de uygulanacağı kabul edilmiştir¹¹⁴.

262 nci maddeye göre, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar hakkında, yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinden önceden feragat edemez. Söz konusu emredici hüküm, alıcının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinden feragati sadece uyuşmazlığın öncesinde yasaklamaktadır. Dolayısıyla, uyuşmazlığın doğumundan sonra alıcı, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden feragat edebilir¹¹⁵.

Ayrıca, aynı maddeye göre yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, tahkim sözleşmesi de yapamaz. Bu yasağın sebebi olarak, tahkim yolunun normal yargı yollarına kıyasla alıcı bakımından daha çok masrafı gerektirmesi ile hakemlerin tarafsızlığı ve ehliyeti konusunda alıcının önceden bir değer hükmü vermesinin mümkün olmaması gösterilmektedir¹¹⁶.

7. ÖN ÖDEMELİ TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin olağan sona erme hâli, alıcı ve satıcının borçlarını gereği gibi ifa etmeleridir. Bu durumda, alıcı ve satıcının ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden doğmuş tüm borçları gereği gibi ifa etmesiyle sözleşme sona erer. Ayrıca, ifadan başka sebeplerin gerçekleşmesi ile sözleşmeden doğan hakların ve borçların sona ermesi hâlinde de sözleşme sona erer. Aşağıda ise, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi bakımından özellik arz eden durumlar incelenecektir.

¹¹⁴ Taksitle satış sözleşmesi hakkında Akünel, 103-104; Çörtoğlu, 290.

¹¹⁵ Taksitle satış sözleşmesi hakkında Çörtoğlu, 290.

¹¹⁶ Akünel, 104.

I- Alıcının Geri Alma Hakkını Kullanması Hâlinde

Taksitle satışı ilişkin hükümlerden sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasına ve geri alma açıklamasına ilişkin olanı (BK. m. 255), Borçlar Kanununun 273 üncü maddesinin ilk fıkrası uyarınca, ön ödemeli taksitle satışta da uygulanır.

Geri alma hakkı, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcıları korumak ve fazla düşünmeden borç altına girmiş alıcıların belirli bir süre içerisinde bu sözleşmeden kurtulmasına imkân tanımak için öngörülmüştür¹¹⁷.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, satıcı bakımından, sözleşmenin kurulduğu anda hükümlerini doğurmaya başladığı hâlde, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış bir nüshanın eline geçmesinden başlayarak yedi gün sonra yürürlüğe girer (BK. m. 255/I). Bu hükümden sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olduğu; fakat alıcı bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurup doğurmayacağı belirsiz olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁸. Alıcı, bu fıkroda öngörülen yedi günlük yasal süre içinde bir tazminat yükümlülüğü söz konusu olmaksızın, isterse sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade açıklamasını satıcıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla geri alabilecektir¹¹⁹. Geri alma bildiriminin sürenin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurabilmesi için yeterlidir. Ayrıca, alıcının korunması amacıyla, onun geri alma hakkından önceden feragat edemeyeceği de hükme bağlanmıştır¹²⁰.

Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre, satıcının malı geri alma süresi içinde alıcıya devretmiş olması durumunda alıcının, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabileceği; aksi takdirde sözleşmenin hüküm ve sonuç doğuracağı öngörülmektedir. Taksitle satış bakımından öngörülen söz konusu hükmün, ön ödemeli taksitle satış bakımından uygulanması mümkün değildir. Zira, ön ödemeli taksitle satışta öncelikle alıcının ödemelerini ifa etmesi gerek-

¹¹⁷ Taksitle satış sözleşmesi hakkında aynı görüş için İnceoğlu, 25; Akünel, 96.

¹¹⁸ Akünel'a göre ise, "alıcı bu hakkı kullanmakla tamamlanmış bir sözleşmeden dönmekte; bilâkis taksitle satış sözleşmesi ancak cayma hakkının kullanılması hâlinde hukuken bağlayıcı olamamaktadır" (age., 98).

¹¹⁹ Bu hakkın kullanılmaması hâlinde, sözleşme hukuken kesinleşmiş olur. Zweifel, 1299.

¹²⁰ Söz konusu maddenin gerekçesinde, böyle bir feragatin, Kanunun 27. maddesinin ilk fıkrasına göre kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olduğu öngörülmüştür.

mehtedir. Aynı hükmün son fıkrasında ise, alıcının geri alma hakkını kullanması hâlinde, kendisinden cayma parası istenemeyeceği ifade edilmektedir.

II- Alıcının Cayma Hakkını Kullanması Hâlinde

Cayma hakkı, sona erme sebeplerinden biri olarak öngörülmektedir (BK. m. 269). Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcının, malın devrine kadar sözleşmeden cayma hakkı mevcuttur. Buna göre, malın devrinden itibaren alıcının cayma hakkı ortadan kalkmaktadır. Ayrıca, bu hükümde önemli bir diğer nokta da, cayma hakkının kullanılabilmesinin özel sebeplerin varlığına muhtaç olmamasıdır. Alıcı herhangi bir özel sebep bulunmasa dahi, söz konusu haktan yararlanabilir.

Hükmün ikinci fıkrasında, cayma hâlinde, alıcı tarafından ödenmesi öngörülen cayma parasının nasıl belirleneceği ve miktarı ile yapılmış bulunan ödemelerden cayma parasını aşan kısmın hükmü açıklanmaktadır. Hükmün ilk cümlesine göre, sözleşmeden cayması hâlinde alıcı tarafından ödenmesi öngörülen cayma parasının, durumun özelliğine ve sözleşmenin kurulması ile cayma arasında geçen süreye bakılarak belirleneceği öngörülmektedir. Aynı hükmün devamında ise, bu miktarın satıcının toplam alacağına yüzde ikisinden az ve yüzde beşinden fazla olamayacağı ve alıcının, yapmış olduğu ödemelerin cayma parasını aşan kısmının, getirileri ile birlikte kendisine geri verilmesini isteyebileceği belirtilmektedir.

269 uncu maddenin son fıkrasında, bu fıkrada belirtilen üç durumdan birinin gerçekleşmesi sebebiyle sözleşmeden cayılması hâlinde, alıcıdan cayma parası istenemeyeceği öngörülmektedir. Buna göre, alıcının ölmesi veya kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi ya da sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden cayıldığı takdirde, cayma parası istenemez. Bu durumlardan birinin gerçekleşmesi hâlinde, alıcı veya onun kanunî halefleri sözleşmeden cayabilir; ancak satıcı böyle bir durumda cayma parası isteme hakkından mahrum kalır.

III- Satıcının Cayma Hakkını Kullanması Hâlinde

Kural olarak, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden cayma hakkı, alıcıya tanınmıştır (BK. m. 269). Ancak, yukarıda¹²¹ ifade edildiği üzere, 270 inci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda, satıcı da sözleşmeden cayan alıcının haklarına sahip olur. Tekrara sebebiyet vermemek adına, sadece bu durumda satıcının cayma hakkını elde edeceğini ve bu hakkını kullanması hâlinde sözleşmenin sona ereceğini ifade etmekle yetiniyoruz.

IV- Alıcının Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesinin Yerine Olağan Koşullarla Yapılacak Bir Taksitle Satış Sözleşmesinin Konulmasına İlişkin Önerisinin Satıcı Tarafından Kabul Edilmesi Hâlinde

Borçlar Kanununun 269 uncu maddesinin son fıkrasında alıcının ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden cayılması durumunda, cayma parasının istenemeyeceği düzenlenmektedir. Bu hükümden hareketle alıcının söz konusu önerisinin satıcı tarafından kabulünü ayrı bir sona erme sebebi olarak değerlendirmek mümkündür. Alıcının böyle bir önerisinin satıcı tarafından kabul edilmesi durumunda, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi sona erer.

Borçlar Kanununda yer verilmemişse de taraflar aralarında mevcut olan bir sözleşmeyi ortadan kaldıracırlar. “İkale (*bozma sözleşmesi*)” adı verilen bu sözleşmeyle taraflar daha önce aralarında yaptıkları ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden doğan alacak ve borçlardan karşılıklı olarak vazgeçip, alacaklı ve borçlu sıfatlarına son vermektedirler¹²².

Ancak, taraflar ikale sözleşmesi ile birlikte sadece ön ödemeli taksitle satış sözleşmesini sona erdirmemekte, aynı zamanda bunun yerine olağan koşullar çerçevesinde bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasını da kararlaştırmaktadırlar. Söz konusu taksitle satış sözleşmesi bakımından, Borçlar Kanununun 253 vd. maddelerindeki taksitle satışa ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

¹²¹ § 5, III.

¹²² Eren, 1258.

SONUÇ

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, uygulamadaki önemi göz önünde bulundurulmak suretiyle, Türk Hukukunda ilk kez Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Böylece söz konusu sözleşme için diğer sözleşme türlerine ilişkin hükümler değil; kendi özel hükümleri doğrudan uygulanmaktadır. Ayrıca, sözleşmenin, sistematik bakımdan bir satış türü olarak, “*Kısmî Ödemeli Satışlar*” başlığı altında öngörül-
düğü de belirtilmelidir.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden bahsedebilmek için gereken unsurlar, kısaca, satış bedelinin kısmî edimler hâlinde ödenmesinin ve bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanın alıcıya devredileceğinin kararlaştırılması, satış konusunun taşınır mal veya haklar olması ve tarafların anlaşmasıdır.

Ayrıca, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, hukukî niteliği itibarıyla, mülkiyeti devretme amacına yönelik, tam iki tarafa borç yükleyen, rızâî bir sözleşmedir. Yine, sözleşme, alıcının borcunun konusu bakımından dönemli edimi içermektedir. Aynı şekilde, ön ödemeli taksitle satış ile taksitle satışın karşılaştırılmasının sonucu olarak ön ödemeli taksitle satış, taksitle satışın bir türü olarak kabul etmek mümkündür.

Ön ödemeli taksitle satış, ödeme süresi esas alınarak, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşme ve ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşme olarak ikiye ayrılabilir. Kanunda ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler bakımından öngörülen hükümlerin, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmelere uygulanmasını engelleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Buna göre, söz konusu hükümlerin, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeler bakımından da uygulanmasını kabul etmek mümkündür.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, yapılaş tarzı itibarıyla nite-
likli yazılı şekle tâbidir. Kanunda sözleşmede belirtilmesi zorunlu hususlara da yer verilmiştir (BK. m. 264/II). Sözleşmenin bu şekle uyulmaksızın yapılmasının sonucu ise geçersiz sayılmasıdır. Şekle aykırılık hâlinde geçersizliğin türünü, kesin hükümsüzlük (butlan) olarak kabul etmek mümkündür.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının aslî borcu, satış bedelini ödeme borcudur. Bu borç bakımından alıcının temerrüdünün şartları, Borçlar Kanununda özel bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, bu konuda genel hükümler (BK. m. 117 vd.) uygulanır. Temerrüdün sonuçları bakımından ise Kanunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir (BK. m. 271). Buna göre, alıcının temerrüdü hâlinde satıcının sahip olduğu haklar, vadesi gelmiş ödemeleri talep ve sözleşmeden dönme hakkıdır.

Ayrıca, ön ödemeli taksitle satış bakımından muacceliyet kaydı hakkında hüküm öngörülmemiştir. Ancak, taksitle satışlarda bu kaydı mümkün kılan 259 uncu madde hükmünün muacceliyet kaydı ile sınırlı olmak üzere ön ödemeli taksitle satış bakımından da uygulanması gerektiği belirtilmelidir.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satıcının aslî borcu ise, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcudur (BK. m. 264/I). Satıcının söz konusu borcun ifasında temerrüdü hakkında Kanunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu noktada ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü hâlinde 117 nci madde ve devamındaki genel hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Satıcının diğer borçları zapttan ve ayıptan sorumluluk borçları hakkında da ön ödemeli taksitle satışlara ilişkin hükümlerde özel bir düzenleme yoktur. Ancak, Borçlar Kanununun taşınır satışında satıcının zapttan sorumluluk borcu (BK. m. 214 vd.) ve ayıptan sorumluluk borcu (BK. m. 219 vd.) bakımından kabul edilen çözümün, bir taşınır satışı olan ön ödemeli taksitle satış bakımından da kabulü mümkündür.

Ön ödemeli taksitle satıştan doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir (HMK. m. 2/I). Bu uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeler ise, davacının seçimine göre davacının yerleşim yeri (HMK. m. 6/I) veya sözleşmenin ifa yeri (HMK. m. 10) ya da yetki sözleşmesi (şartı) ile yetkili kılınan yer mahkemeleridir (HMK. m. 17).

Nihayet, alıcının ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabulünün ayrı bir sona erme sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmelidir (BK. m. 269/III).

KAYNAKLAR

- Akünel, Teoman : “Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri, Y. 6, S. 9, 1972, s. 79-106.
- Ansay, Tuğrul : *Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı*, Ankara 1954.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan : *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Atasoy, Ömer Adil / Taşkın, Mustafa / Acar : *Hakan, Tüketiciyi Koruma Hukuku*, Eskişehir 1997.
- Ayan, Mehmet : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Konya 2012 (Borçlar).
- Ayan, Mehmet : *Eşya Hukuku, I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 6. Baskı, Konya 2012 (I).
- Aybay, Aydın : *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975.
- Becker, Herman : *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184-551*, (Çev. Suat Dura), Ankara 1993.
- Bilge, Necip : *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1962.
- Bucher, Eugen : *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Zürich 1988 (I).
- Bucher, Eugen : *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Auflage, Zürich 1988 (II).
- Çörtoğlu, Sahir : “Tüketicinin Korunması Yönünden Taksitle Satım Sözleşmeleri”, *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C. 6, S. 1-2, 1974, s. 261-295.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan : *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II*, İstanbul 2010.
- Eren, Fikret : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2012.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : *Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980.
- Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg / Emmenegger, Susan : *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I*, 9. Auflage, Zürich 2008.
- Giger, Hans : *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abt. 1., Teilband, 4. Abschnitt Besondere Arten des Kaufes, Art. 222-236 OR.*, Bern 1999.
- Gümüş, Mustafa Alper : *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I*, İstanbul 2012.
- Honsell, Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Auflage, Bern 1995.
- İnan, Ali Naim : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Ders Kitabı*, Ankara 1979.
- İnceoğlu, M. Murat : *Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması*, İstanbul 1998.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara 2012.
- Kuntalp, Erden : *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara 1968.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder : *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Ankara 2011.

- Makaracı, Aslı : Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara 2007.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin : Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.
- Öz, Turgut : Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.
- Özmen, E. Saba : "Türk Hukukuna Özgü Olarak Merkez Bankası Kanunu ve Buna Dayanılarak Çıkarılan Tebliğler Karşısında Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Kısmen Peşin Ödemeli Satışlarda Malın Tesliminde İfa Zamanına Bağlı Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991/I, s. 47-76.
- Tandoğan, Halûk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi : Borçlar Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1979.
- Tunçomağ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 6. Baskı, İstanbul 1976 (I).
- Tunçomağ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Baskı, İstanbul 1977 (II).
- Ünlütepe, Mustafa : Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Özdemir, Refet : Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel - Özel), Ankara 1987.
- von Tuhr, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, (Çev. Cevat Edge), 2. Baskı, Ankara 1983.
- Yavuz, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Zevkliler, Aydın : Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2001.
- Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat : Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.
- Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe : Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007.
- Zweifel, Von Paul : Kısmî Ödemeli Satışların Yeni Tanzim Şekli, (Çev. Bedii Eğilmezler), AD., S. 1-2, 1963, s. 1292-1309.

GEÇİCİ ÖDEMELER

TRANSITIONAL PAYMENT

Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ*

Özet: Geçici ödeme, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'muz ile hukuk sistemimizde kabul edilen yeni bir kavramdır.

TBK md.76'da düzenlenen geçici ödemenin amacı, uzun süren yargılamalar neticesinde, davacının mağduriyetinin önlenmesi olup, yargılama sonucunda hükmedilmesi muhtemel olan tazminatın bir kısmının önceden ödenmesidir. Zarar göre davacı, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlara mahkemeye sunar, ekonomik durumu da geçici ödemeyi gerektirirse, talebinin varlığı halinde, mahkemece geçici ödemeye hükmedilebilir.

Madde gerekçesinde "uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal desteğe ihtiyaç duyan" davacıdan bahsedilmektedir. Acil parasal desteğin, ancak maddi zararların tazmini için açılan maddi tazminat davalarında söz konusu olabileceğini söylemek, dolayısıyla, gerekçeden yola çıkarak, manevi zararlardan dolayı, geçici ödemeye hükmedilmesine yer olmadığı yorumunu yapmak mümkündür.

Çalışmada, geçici ödemenin amacı, koşulları, benzer kavramlardan farkları, uygulama alanı ile hüküm ve sonuçları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Geçici ödeme, tazminat, nafaka, güvence, maddi tazminat, manevi tazminat

Abstract: Transitional payment is a new accepted notion in Turkish Code of Obligations, which is inured in 1.7.2012. That notion was not held in place in old Code of Obligations number 818.

The aim of transitional payment which is found in Article 76 in Turkish Code of Obligations, is to help people who had loss by a tort or the transverse of the contract. That help must be made by, paying some amount of money with no need to wait for the final court decision. If the person who had a damage asks the judge for transitional payment and damage can be shown to the court by believable proofs, and the economic situation of the damaged person is necessitate for that payment, the judge can decide an early payment called transition payment.

¹ A.Ü.Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, Ankara Barosu Avukatı

The legal basis of Article 76 says that “to avoid the damage, there must be an immediate money support” for the transitional payment. Immediate support can only be possible in material damages.

In this study, we will discuss the aim and the conditions of transitional payments, the differences with the similar notions, and the application area of transitional payments.

Keywords: Transitional payment, compensation, alimony, guarantee, pecuniary and non-pecuniary damages

1. Kavram- Tanım

Geçici ödeme, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girmesiyle hukuk sistemimize girmiş olan yeni bir hukuksal kurumdur. Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda geçici ödemelere ilişkin her hangi bir düzenleme bulunmamaktaydı.

TBK’ nun ikinci ayırımında “haksız fiilden doğan borç ilişkileri” kısmında yer alan 76. madde aşağıdaki hükümleri içermektedir:

“Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapılmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hakim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faiziyle birlikte geri vermesine karar verebilir.”

Bu hükümlerle uygulamaya konulmak istenen geçici ödemeler, özellikle kişilik hakkına yönelik saldırılar sonucu oluşan bedensel zararlar nedeniyle mağdur olanların yargılamaların uzun sürmesi neticesinde, tazminat alacaklarına mahsuben kısmi bir ödeme ile bu mağduriyetlerinin peşinen giderilmesi amaçlanmıştır.

Yeni TBK.muza bu hükmün konuluş gerekçesi¹ şu şekilde açıklanmıştır:

¹ Tasarı aşamasında geçici ödeme 75. madde olarak yer almış iken, TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında 76. Madde olarak düzenlenip, yasaya 76. Madde olarak girmiştir.

“Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, fıkra yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihaî kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise hâkim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği öngörülmektedir.”²

Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda böyle bir düzenleme mevcut olmadığından; haklılığı büyük olasılıkla belli olan davalarda zarar görenlerin uzun süren yargılamanın sonunu beklemeleri nedeniyle büyük mağduriyetlere uğramaları söz konusuydu.³ Bu nedenle, amacı gerekçesinden anlaşıldığı üzere, hukuk sistemimize giren bu kavramın, karşı görüşlere ve eleştirilere rağmen, özellikle bedensel zararlar veya ölüm halinde ölenin geride kalan yoksul ve yardıma muhtaç durumdaki yakınları bakımından faydalı olacağı, bir anlamda sosyal adaleti gerçekleştireceği kanaatindeyim.

Geçici ödemeler, her ne kadar haksız fiillere ilişkin hükümler arasında yer alsada yalnızca haksız fiilden doğan zararların tazmininde gündeme gelmez.. TBK.md.76 “Haksız fiillerden doğan borç ilişkileri”

² T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2008, s.249

³ Öz, Turgut: Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Bası, İstanbul 2012, s.14

başlığı altında yer almaktadır. Ancak bilindiği üzere TBK md.114/II “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır.*” düzenlemesi nedeniyle, sözleşmeye aykırılık halinde doğan zararların giderilmesinde de geçici ödeme talebinde bulunulması ve geçici ödemeye hükmedilmesi mümkündür.

Geçici ödemeyi şu şekilde tanımlayabiliriz.

“Haksız fiil ya da sözleşmeden doğan bir borca aykırılık halinde, zarar gören kişinin yargılama aşamasında davasında haklılığına ilişkin kanıtların mevcudiyeti halinde, ekonomik durumu gerekli kıldığı takdirde, geçici olarak ödenen bir tazminat miktarı olup, yargılama sonunda davada tamamen veya kısmen haksız çıkması halinde, kendisine yapılan ödemeyi yasal faiziyle birlikte ödeme tarihinden itibaren iade etmekle yükümlü olduğu kısmi bir ifadır”.

2. Amaç

Geçici ödeme, tazminatın kısmi olarak ödenmesi olarak değerlendirilebilir. Gerçek zarar ve tazminat miktarının hesaplanması, delillerin tam olarak toplanması, bilirkişi raporları gibi unsurlara bağlı olduğu için yargılama çok uzun sürmekte, hakim nihai kararını vermeden önce delillerin tamamen toplanmasını beklemekte, hatta birkaç defa bilirkişi görüşüne başvurabilmektedir. Bu bekleyiş, haksız fiilden dolayı mağdur olanı bir kez daha mağdur etmekte⁴, hatta haksız fiil nedeniyle zarar gören kişi adeta yoksulluğa, başkalarının yardımıyla ayakta kalabilecek kişi konumuna düşmektedir. Haklı olduğu davasında zararının tazmin edilmesi açık iken, bu kişiyi yargılamanın sonuna kadar bu tür bir mağduriyete itmek adalet ve hakkaniyet duygularımızı zedelemektedir. Bu nedenle davadaki haklılığı yargılama aşamasında açıkça ortaya çıkan bu kişinin hiç olmazsa kısmi bir geçici ödeme ile asgari düzeyde yaşamını idame ettirmesine yardımcı olmak hukukun görevi olmalıdır. Bu nedenle bu zararın kısmen giderilmesi için, yargılama sonucunun beklenmesine gerek yoktur. Geçici ödeme, nihai karar verilene kadar geçici bir koruma sağlar.⁵ Talep üzerine, ha-

⁴ Topuz, Murat: “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 260

⁵ Topuz, M: a.g.e., s.269

kim, bu geçici ödemeye karar verip; haksız fiile maruz kalıp mağdur olan kişinin daha fazla mağduriyetinin önüne geçebilir, yargılama neticesinde belirlenen asıl tazminat miktarından, bu geçici ödemeyi mahsup edebilir. Bu durum sorumlu kişinin aleyhine olmadığı gibi, haksız fiil mağduru da mağduriyetini önleme açısından sosyal adaletin gerçekleşmesi gibi bir işlevin yerine getirilmesini sağlar.

Geçici ödemenin mutlaka “tazminata hükmedileceği kesin olan bir davada verilmesi gerektiği” gibi bir düzenleme maddede yer almamıştır. Yargılama aşamasında geçici ödemeye karar verildiği halde, tahminlerin aksine, davanın haksızlığı ya da geçici ödemeyi hak edemeyecek miktarda sonuçlanması mümkündür. Yasa koyucu bu ihtimali de göz önünde tutarak davacıdan “geçici ödemenin faiziyle birlikte geri verilmesi” düzenlemesine yer vermiştir. O halde yasa koyucu bir yandan davacıyı korurken, öte yandan davacının davasında haksız çıkması halinde haksız fiilden sorumlu tutulan kişiyi de korumuş, adil bir denge sağlamıştır.

Dolayısıyla, geçici ödemenin talep edilmesi üzerine geçici ödemeye karar verilebilmesi için, davaya konu olayda “tazminata kesin olarak hükmedileceği” kanaatinin doğması doğru değildir. Geçici ödemenin şartlarından biri “yargılama sonucunda tazminatın kesin olarak doğması” değildir.

Geçici ödeme kavramı, Türk Hukuku dışında herhangi bir hukuk sisteminde yer almamakla birlikte, İsviçre Ön tasarısında tartışılmış olup, İsviçre’de ön tasarının geri çekilmesiyle, yasalaşma olanağı ortadan kalmıştır.⁶

Başka hukuk sistemlerinde yer almayan geçici ödemelerin amacı, haksız fiilden doğan borç ilişkileri ile TBK md.114/II gereğinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, mağdur konumunda olan davacının, mağduriyetinin yargılama sonuna kadar devam etmemesi amacıyla, zararının en azından bir kısmının giderilmesidir.

TBK.md.76. hükmüne dayanılarak açılan davada hakim, henüz uyuşmazlığı çözmeden önce bazı özel şartlarla, davacıya davalının bir miktar ödeme yapmasına karar verebilecek ve davalı da yargı kara-

⁶ Kılıçoğlu, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.17, Ankara 2013, S. 430

rına uygun olarak davacıya kısmen ifada bulunacaktır. Uygulamada çoğu kez gözlendiği üzere, yargılamanın uzun sürmesi sonucu, bu süre içerisinde zarar gören ekonomik açıdan güç durumlara düşmesi , bu hüküm, haksız fiil mağdurlarını koruyucu bir tedbir olarak getirilmiştir.⁷ Madde gerekçesinde belirtildiği gibi, “zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan” zarar görenin korunması, örneğin, hiç bir sosyal güvenceden yararlanmayacak durumda olmakla birlikte, uğradığı zararı giderilmesi için acilen parasal desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün zarardan sorumlu olduğunu, yani iddiasının haklılığını mahkemeye sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.⁸ Bu koruma, zararın en azından bir kısmının yargılama sonucunu beklemeden karşılanması şeklinde gerçekleşir.

Geçici ödeme talep edilebilmesinde amaç ve yasaya konulmasındaki haklılığı kanıtlayan çok sayıda örnek bulunabilir. İncelememizin kapsamı içerisinde şöyle bir örnek verebiliriz : Haksız fiil neticesinde, tek gelir kaynağı servis aracı olan bir servis şoförünün aracının bir kaza sonucu hasara uğradığını düşünelim. Bu kişi doğan zararının tazmini amacıyla dava açarak, araçtaki hasarının giderilmesini talep etmiştir. Bu süre içinde bu kişi servise çıkamaması nedeniyle kendisinin ve ailesinin geçimini temin edememiştir. Bir yandan servise çıkamadığı için geçimini temin edememiş, öte yandan aracı hasarlı araç haline gelmiştir. Ancak, yargılamanın uzun sürmesi durumunda, servis şoförü davacının mağduriyeti katlanarak artabilir. Aracını tamir ettiremeyerek servise çıkamayabilir, o süre zarfında ödemelerini aksatabilir ve bu nedenle icra takiplerine maruz kalabilir. Her ne kadar tüm bu maddi zararlarını (kazanç kaybı vs.) dava yoluyla talep edebilecek olsa da, geçici ödeme ile bu zararların doğması önlenemez. Geçici ödeme talebinde bulunan davacı, haksız fiil nedeniyle zararının doğduğunu inandırıcı delillerle ispatlayabilirse, hakim, talep üzerine, geçici ödemeye karar verebilir. Bu geçici ödeme ile, servis şoförü aracını tamir ettirip, servise çıkmaya devam edebilir.

Getirilen bu yeni hüküm, Türk Hukuku’nda davacının alacağına

⁷ Oğuzman, Kemal ; Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.10, C.2, İstanbul 2013, S.131

⁸ Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012, s.768

garanti altına almasını sağlayabilecek ihtiyati tedbir/ ihtiyati haciz olanaklarının bulunması karşısında, yargılama devam ederken bir tahsilata karar verilebilmesinin haksız ve gereksiz bir düzenleme olduğu gerekçesiyle ciddi eleştirilere uğramıştır.⁹

Her ne kadar geçici ödemenin düzenlendiği 76.madde bir “tedbir hükmü” niteliği taşısa da¹⁰, birer tedbir niteliği taşıyan ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kavramlarından, amacı ve koşulları itibariyle tamamen farklıdır.

3. Koşulları

Geçici ödemeye hükmedilebilmesi için, düzenlendiği 76. Madde hükmünden hareketle gereken koşulları çıkarmak mümkündür. Bu koşulları aşağıda ele alacağız:

a) *Haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık sonucu zarara sebebiyet verilmiş olması*

Geçici ödemelere ilişkin hüküm haksız fiillere ilişkin TBK.md.76 da düzenlenmiş olmasına karşın yukarıda ifade etmiş olduğumuz gibi TBK.md.114 f.II deki yollama nedeniyle sözleşmeye aykırılık halleri için de uygulanabilir.

Bilindiği üzere haksız fiiller dar anlamda haksız fiillerden doğan borçları, geniş anlamda haksız fiil ise bunlar yanında sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukları da kapsar.

TBK.md.76 hem dar anlamda haksız fiiller hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluklar için uygulanabilir.

Bu nedenle bu koşulla ilgili olarak haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık sonucu bir zararın doğmuş olmasından söz etmekteyiz.

b) *İddianın haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar*

Talep için, herşeyden önce; yukarıda ifade ettiğimiz gibi bir zararın mevcudiyeti gerekir. Zarar gördüğünü iddia eden davacı, iddiası-

⁹ Demir, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012, S.30

¹⁰ Kılıçoğlu, A.: a.g.e., s.433

nın haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunmak zorundadır. Geçici ödeme talebinde bulunup, yalnızca, zarar gördüğünü iddia ederek, geçici ödeme talebinde bulunanların talepleri kabul edilmez. İddiada bulunan davacı, inandırıcı kanıtlarını esas hakkında karar verilmeden önce daha davanın başında ya da yargılamanın ileri aşamalarında ortaya koymuş olmalıdır. İnanırıcı kanıt, her türlü kanıtı kapsar. Örneğin, bir trafik kazasında, kaza tespit tutanağı, konuyla ilgili tespit dosyaları, görüntü ve ses kayıtları, davacının ekonomik açıdan bu hukuka aykırı fiil sonucu zor duruma düştüğü ya da düşeceğine ilişkin her türlü kanıt olarak değerlendirilebilir.

Mahkemeye sunulan kanıtların, kesin delil niteliği taşıması gerekmez. Hakimin değerlendirmesi bakımından, ilk görünüş olarak, dava konusu talebin haklılığını büyük ihtimal dahilinde göstermeleri yeterlidir.¹¹

Kanıtların inandırıcı olması; yargılama sonucunda tazminata hükmedilmemesi, yahut hükmedilen tazminatın geçici ödemedan az olması halinde, geçici ödeme yapan davalının gereksiz yere sorumlu olmadığı bir ifa yükümlülüğü altına sokulmasının önüne geçilmesini sağlar.

Geçici ödeme talebinde bulunulmasının her hangi bir zaman sınırı yoktur. Davanın esas hakkında karara bağlanması anına kadar talep edilebilir. Davacı taraf bunu dava dilekçesiyle birlikte talep edilebileceği gibi, her duruşmada, yahut her beyan dilekçesiyle talebi mümkündür. Bir kere geçici ödeme talebinin reddedilmesi, delil durumunun değişmesi halinde yeniden taleplerde bulunulmasını engellemez. Tıpkı tedbir amaçlı nafakanın arttırılması talebi gibi, her aşamada, reddedilse bile yeniden talepte bulunulabilir. Dolayısıyla, yargılamanın ileri aşamalarında dinlenen tanıkların beyanı da inandırıcı kanıt olarak değerlendirilip, o celseye kadar verilmeyen geçici ödeme, tanık beyanının inandırıcılığı göz önünde bulundurularak verilebilir. Örneğin trafik kazası nedeniyle uğranılan zararın tazmini davasında, ilk aşamada verilen kaza tespit tutanağının inandırıcı delil olarak değerlendirilmesi neticesinde hükmedilen 5.000 TL'lik geçici ödemenin yanı sıra, iddianın haklılığı tanık beyanlarıyla daha inanılır hale gelirse, ek

¹¹ Oğuzman; Öz : a.g.e., s.131

olarak yeniden bir geçici ödemeye hükmedilebilir. İnandırıcı kanıtlar ne zaman sunulursa, o zaman hakim, talep üzerine geçici ödemeye karar verebilir.

c) Ekonomik durumun bu ödemenin yapılmasını gerekli kılması

Burada, zarara uğrayan kişinin ekonomik durumunun acilen ödeme yapılmasını gerekli kılması gerekir. Kişinin maddi durumunun bu ödeme yapılmaz ise, yaşam standardının değişmesi, başkalarının yardımına muhtaç hale gelmesi, faizle kredi almak zorunda kalması gibi ekonomik güçlüklerle yol açacak nitelikte olmalıdır.

Yargılama sonucunda haksız fiil sabit hale gelir ve davacının haklılığı ortaya çıkar ise ,zararını hükmedilen tazminat miktarı ile gidebilecektir. Bu durumda artık yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle ekonomik açıdan güçlük unsuru söz konusu olmayacağından artık geçici ödemeye karar verilmeyecektir. Bir başka ifadeyle bu durumda acilen giderilmesi gereken bir mağduriyet söz konusu olmadığı için, geçici ödemeye hükmedilmesi koşulların kümülatif halde bulunması gerektiğinden¹², doğru olmayacaktır.

Ekonomik durumun geçici ödemeyi gerektirmesi hali için, mutlaka davacının geçici ödeme yapılmazsa ekonomik açıdan yıkıma uğrayacak derecede olması yahut hayati tehlikeyle karşı karşıya gelmesi gerekmez. Davacıdan, kendisinden katlanması beklenemeyecek derecede ekonomik açıdan güç durumda kalacak olması yeterlidir. Bu nedenle geçici ödeme sadece gerçek değil tüzel kişiler için de gündeme gelebilecektir. Örneğin; uğradığı haksız rekabet nedeniyle ekonomik durumu bozulduğu için çalışanlarının bir kısmını işten çıkarmak zorunda kalan yahut ücretlerini azaltmak zorunda kalan bir şirket de geçici ödeme isteyebilir.¹³ Bu örnekten anlaşılacağı üzere, ekonomik durumun geçici ödemeyi gerektirmesi için, davalının ya da davacının ekonomik durumu göz önünde bulundurulmadan, haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık nedeniyle, davacının uğradığı zarara katlanmasının beklenemeyecek durumda olması gerekir.

¹² Demir, M: a.g.e., S.29

¹³ Oğuzman; Öz : a.g.e., s.132

d) *Geçici ödeme talebinde bulunulmuş olması*

Maddede “talep üzerine” denilerek, geçici ödemeye hakim tarafından re’sen karar verilemeyeceği, ancak tazminat talebinde bulunan zarar görenin talebi üzerine geçici ödemeye karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme HMK.muzdaki taleple bağlılık ilkesine uymaktadır (HMK.md.26).

Burada önemli vurgulanması gereken husus, geçici ödeme talebinin bağımsız bir dava konusu olamamasıdır. Buna göre geçici ödeme asıl dava ile birlikte asıl davaya bağlı olarak ileri sürülebilir. Davacı, yalnızca geçici ödeme talebiyle bir dava açamaz. Kanunda buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Geçici ödeme talebi, başlı başına bağımsız bir talep hakkı olarak değil, açılmış bir davada yan bir tedbir olarak düzenlenmiştir.¹⁴

Davacı, dava açarken geçici ödeme talebinde bulunabileceği gibi, davanın her aşamasında da böyle bir talepte bulunabilir. Hükmedilmesi, somut olayın niteliğine, davadaki haklılığın ve davacının ekonomik açıdan muhtaç durumda olmasının mevcut kanıtlara göre inandırıcı olup olmamasına bağlı olarak hakimin takdirine bağlıdır. Takdir yetkisini kullanan hakimin, geçici ödemeye hükmetmesi halinde, “kararını belli etmiş (ihyası reyde bulunmuş) sayılması söz konusu olmayacaktır.¹⁵ Hakim, delilleri inandırıcı bulmaz, yahut davacının ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirmediği kanaatine varmaz ise, talebi reddedebilir.

4. Benzer Kavramlardan Farkları

A. Tazminattan Farkı

Geçici ödeme, tazminat gibi, zararın giderilmesi amacını taşımakla birlikte, ödemenin yapılması açısından arada farklar mevcuttur.

Tazminat, yargılama sonunda, hesabı yapıp, tutarı net olarak belli olan zararın tazmini yöntemi olup, ancak yargılama bittikten sonra mahkemenin kararıyla tazmin edilebilir. Yargılama bitmeden, mahkeme karar vermeden tazminatın bir kısmının ödenmesi gibi herhangi

¹⁴ Oğuzman; Öz : a.g.e., S.132

¹⁵ Oğuzman; Öz : a.g.e.,s.132

bir ara ödeme yapılması söz konusu değildir. Ancak geçici ödeme, henüz net olarak belirlenmeyen zararın giderilmesi için, yaklaşık olarak hakim tarafından belirlenen ve zararın en azından bir kısmının giderilmesi için, yargılama sırasında, kesin mahkeme kararına gerek olmadan, davacı lehine hükmedilen ödemedir.

Her iki tazmin türünde de amaç; zararın giderilmesiyken; tazminata yargılama sonucunda hükmedilmekte olup; geçici ödemeye ise yargılama aşamasında hükmedilip, yargılama sonrasında belirlenen tazminat, geçici ödeme mahsup edilerek belirlenir.

Tazminat, yargılama sonucunda belirlendiği için, yargılama aşamaları bittikten sonra kesin hüküm olarak değerlendirilip, iadesi mümkün değildir. Ancak, BK md.76/II uyarınca, geçici ödeme, yargılama sonrası tazminat gerektiren bir durum olmadığına karar verilmesi halinde, ödemeyi yapan tarafından, davalıya faiziyle birlikte iade edilmek zorundadır.¹⁶ Hükmedilen tazminat, yapılan geçici ödemeden daha az ise, fazla ödenen kısım yine davalıya geri ödenmek zorundadır.

Kesin mahkeme kararıyla hükmedilen tazminatlarda, faiz söz konusudur. Tazminata uygulanacak faiz, zarar görenin zararı sabit olduğunda tazminat bedeli üzerinden davacının yararlanmasını sağlar.¹⁷ Yeni TBK.muza göre haksız fiil sorumluluklarında faiz haksız fiil tarihinden itibaren işlemeye başlar (TBK.md.117 f.II)..¹⁸ Geçici ödemede ise, ara kararı niteliğinde bir alacak söz konusu olduğundan karar tarihinden itibaren faiz uygulanır. Ancak TBK.md.76 da bu konuda bir hüküm bulunmamasına rağmen mahkemenin, aynen TBK:md.117 f.II de olduğu gibi, geçici ödemeye haksız fiil tarihinden itibaren yasal temerrüt faizi uygulanmasına karar verebilir.

B. Nafakadan Farkı

Nafaka, aile hukukuyla ilgili davalarda, eş (tedbir, bakım ya da yoksulluk nafakası) , çocuk (tedbir, bakım ya da iştirak nafakası) , belirli derecedeki yakınlar (yardım nafakası) lehine hükmedilen, geçinme parası olarak tanımlanabilir. Tedbir nafakası, yoksulluk nafaka-

¹⁶ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.14, Ankara 2012, S.780

¹⁷ Antalya, G: a.g.e., S.748

¹⁸ Antalya, G: a.g.e., s.749

sı, iştirak nafakası ve yardım nafakası olarak çeşitlere ayrılan nafaka kavramı, geçici ödemelerle benzerliklere sahip olduğu gibi farkları da mevcuttur.

Genel olarak, geçici ödemenin yargılama sonucu tazminattan mahsup edilmesi yahut iade edilmesi söz konusuysen, nafaka, yargılama sonucu iade edilmez yahut yargılama sonucunda “nafakanın yargılama sonucunda bağlanacak nafakadan mahsup edilmesine” ilişkin karar verilemez. Zira nafaka kişinin barınma ve geçinmesi için zorunlu ödemedir. Sonradan koşullar değiştiğinde değiştirilebilir ya da kaldırılabilir. Ancak değiştirme ya da kaldırma önceden bu konuda yapılan ödemelerin iadesi sonucunu doğuramaz.

Burada her nafaka türünün birbirinden farklı özellikleri olduğu için, türleri, ayrı ayrı ele alacağız.

- a. Tedbir nafakası; boşanma davasından önce veya sonra açılabilen; eş ve reşit olmayan çocuklar için hükmedilen bir nafaka türü olup, boşanma davasından önce talep edilmesi halinde, bağımsız bir dava olarak açılan, nafakadan yararlanacak kişinin geçinmesi için gereken bir bakım parasıdır. Boşanmadan önce açılan davada, dava konusunun nafaka olması nedeniyle başkaca talebe gerek olmadığı halde; boşanma sırasında hükmedilecek tedbir nafakasında, hakim, talep olmasa da, nafakaya ilişkin bir karar vermek zorundadır. Ancak, geçici ödemede, hakim talep olmadan karar veremez. Geçici ödemenin talep edilmesi, hükmedilebilmesi için aranan koşullardan biridir.
- b. Yoksulluk nafakası, TMK md.176’da düzenlenen; eşlerden birinin isteyebileceği, açık bir talep ile değerlendirilecek nafaka türü olup; geçici ödemeye bu yönden benzerlik gösterir. Yani, yoksulluk nafakası da geçici ödeme gibi talep edilmelidir. Hakim, re’sen nazara alamaz.
- c. İştirak nafakası, TMK md.182’de düzenlenmiş olup; çocuğun geleceğinin korunması, eğitimi, ve zorunlu ihtiyaçları için velayeti kendisinde olmayan eşin, çocuk için vermesi gereken nafaka olup, hakim tarafından re’sen de değerlendirilir. Geçici ödemede ise, re’sen değerlendirme olmayıp, talebin varlığı gerekmektedir.
- d. Yardım nafakası ise TMK md.364’te düzenlenmiş olup; talep üye-

rine, kardeş, üstsoy ve altsoyuna, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olması halinde verilen nafaka olup, geçici ödeme gibi, talebin varlığına bağlıdır. Ancak geçici ödemedeki farklı olarak hükmedilen yardım nafakasının sonradan değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verildiğinde iadesi söz konusu olmayacaktır.

C. İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Farkı

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları, yargılama sonrasında hükmedilen tazminat miktarının tahsilatının teminat altına alınması, borçlunun sahip olduğu mallarını başkalarına devrinin önlenmesi, bu önlemeyle, en kötü ihtimalle, verilen tazminat kararı neticesinde, icra yoluyla ihtiyati tedbir/haciz konulan bu malların satılarak tahsilat yapılması amacını taşımaktadır. Halbuki, geçici ödemede, madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere "inandırıcı delillerle, uğradığı zararı ispat etme, zararın giderilmesinin aciliyet gerektirmesi ve ekonomik durumun bunu gerektirmesi" koşullarının varlığı gerekmekte, dolayısıyla, zararının giderilmesi aciliyet gerektiren tazminat alacaklılarının, yargılama sonucunu beklemeden, zararının giderilerek, sosyal hayatına devam edebilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Amaç başlığı altında, geçici ödeme kavramının gereksiz olduğunu, ihtiyati haciz ve tedbir gibi alacağı garanti altına alan kavramlar olması gerekçesiyle eleştiren görüşlerin var olduğuna değinmiştik. İhtiyati tedbir ve haciz ile geçici ödemenin, amaçları farklı olan kavramlar olması nedeniyle, eleştirilere katılmamaktayım. Zira geçici ödemenin amacı, eleştiri gerekçesi olan "alacağı garanti altına almak" değil, "giderilmesi aciliyet gerektiren zararların yargılama sonunu beklemeden bir nebze de olsa giderilmesi" dir. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haczin amacı verilecek ilamın icra edilmesini garanti etmek olduğu halde, geçici ödemenin amacı, davadaki haklılığın muhtemel olması halinde, haksız fiil sonucu mağdur olan kişinin ekonomik açıdan güçlüğü düşmesini önlemektir.

Her ne kadar kanun yürürlüğe gireli gün itibariyle bir buçuk yıl olmasına rağmen, verilen bir geçici ödeme kararını yapmış olduğum araştırmalar neticesinde rastlamamış olsam da, ağır işleyen yargı sisteminde, ivedilik arz eden mağduriyetlerinin bir nebze de olsa giderilmesi açısından faydalı bir yenilik olduğu düşünüyorum.

5. Uygulama Alanı

Geçici ödeme, haksız fiillerden doğan borçların yanı sıra, sözleşmeden doğan borçlarda da söz konusu olabilir.

TBK.md.114/2 “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.” düzenlemesiyle, sözleşmelere aykırılıkta da, haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini öngörmüştür. Örneğin; bir satış sözleşmesinden doğan bedelin ödenmesi davasında, satıcı bedeli talep etmekte haklı olduğuna ilişkin inandırıcı kanıtlar sunarsa, hakim, onun içinde bulunduğu acil ihtiyaç halini göz önüne alarak dava sonucunu beklemeden, bedele mahsuben geçici ödemeye hükmedebilir.¹⁹ Bu örnekten anlaşılacağı üzere, yalnızca, haksız fiilden doğan borçlarda değil, sözleşmeden doğan borçlarda da, şartlar mevcut ise, geçici ödemeye hükmedilebilir.

Özetleyecek olursak; geçici ödemeye; hem haksız fiilden doğan borçlarda, hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan borçlarda, bir zarar ve bu zarara ilişkin inandırıcı kanıtlar varsa, zararın giderilmesi ekonomik açıdan mağduriyet söz konusu ve davadaki haklılığı inandırıcı kanıtlarla ortaya konulmuşsa davacının talebi üzerine hükmedilebilir.

Geçici ödeme ile ilgili madde, istisnai bir madde olduğu için, dar yorumlamak gerekir. Zira, geniş yorum ile, madde gerekçesinde yer alan “ivedilikle zararın giderilmesi” hali, çok farklı hallerde karşımıza çıkabilir, bu ivedi, yorum yöntemiyle genişletilerek, geçici ödeme amacından çıkarak, “tazminata hükmedilmemesi halinde, geçici ödemenin geri verilmesi” durumu taraflar için kolaylıktan çok ızdıraba dönecektir.

Yapılması gereken dar yorumla, madde gerekçesinde bakarak, yalnızca maddi tazminat davalarında geçici ödemeye hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Şimdi maddi ve manevi tazminat davalarında geçici ödemenin uygulama alanını ele alacağız.

¹⁹ Oğuzman;Öz : a.g.e., s.133

A. Maddi Tazminat Davaları

Maddi tazminat, kişinin malvarlığında meydana gelen zararın tazmini için öngörölmüş olan bir tazminat türüdür. Haksız fiil neticesinde, kişinin aracında meydana gelen zarar, sahte belge düzenleyerek kişinin taşınmazının satımında meydana gelen zarar, trafik kazasında yaralanan kişinin yapmış olduğu tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından dolayı uğradığı zarar, maddi zarar neticesinde maddi tazminata konu olabilecek örneklerdir.

Maddi zararın manevi zarardan farklı olarak, somut olarak kanıtlanması mümkündür. Yukarıdaki örneklerden yola çıkacak olursak; kişinin aracının hasar görmesi kaza tespit tutanakları ve araç servis ücretlerinin makbuzlarıyla, trafik kazası neticesinde yaralanan kişinin yapmış olduğu hastane masrafları hastane ödeme makbuzlarıyla, iş gücü kaybı, doktor raporlarıyla kanıtlanabilen olaylardır.

Maddi tazminat davalarında, manevi tazminat davalarına nazaran, belgelendirilmek ve kalem kalem ispat edilebilecek zararın daha net olarak belirlenmesi bu anlamda mümkündür.

Geçici ödemeler, zarar görenin iddiasını inandırıcı delillerle kanıtlanması durumunda, yargılama sonucunu beklemeye gerek kalmaksızın hakim tarafından hükmedilecek bir ödeme türü olduğuna göre; maddi tazminat davalarında, mağdur (davacı) iddiasının doğruluğunu delille kanıtlarsa, geçici ödemeye hükmedilmesi gereklidir.

Geçici ödemelerin amacı, zaten mağdur olan davacının mağduriyetini, derhal bir nebze de olsa gidermek olduğuna için, kuşkusuz maddi tazminat davalarında gündeme gelebilmektedir.

Örneğin, trafik kazası nedeniyle çalışma gücünü kaybeden kişinin, evini geçindirememesi, ödemelerini aksatması nedeniyle daha fazla mağdur olacaktır. Yargılama aşamasında, bu iş gücü kaybını kanıtlanması halinde, geçici ödemeye hükmedilmelidir ki; evini geçindirebilsin, ödemelerini düzenli yapabilsin, borçlarına faiz işlemesin. Aksi halde, uzun süre yargılama sonucunu beklemek, davacı açısından ızdıraba dönüşecek; maddi açıdan mağduriyeti daha da artacaktır. Örneği daha somutlaştıracak olursak; %40 oranda çalışma gücünü kaybeden kişinin, talep ettiğı maddi tazminat 100.000 TL olsun. Bu kişi dava açma zararının giderilmesini istediğı takdirde, çalışma gücü kaybını hasta-

ne raporuyla kanıtladığı takdirde, talebi de var ise, hakim tarafından takdiren bir geçici ödemeye hükmedilmesi gerekir. Geçici ödemenin hakkaniyete uygun şekilde olması gerekir. Hakim tarafından 20.000 TL geçici ödemeye hükmedilmiş olsun. Bunun amacı da, net maddi tazminat tutarının hesaplanmasının beklenilmesidir. Bilirkişi raporları ile, çalışma gücünün kaybına neden ola fiilde, çalışma gücünü kaybeden kişinin kusur oranı gibi unsurlar dikkate alınarak, net zarar hesaplanacaktır. Net tazminat tutarı, 60.000 TL olarak belirlenir ise, yapılan 20.000TL'lik geçici ödeme, bu tutardan mahsup edilir, ve bakiye tutar 40.000 TL olarak tahsil edilir.

Geçici ödeme, maddi tazminat alanında, karşımıza sigorta hukukunda da çıkmaktadır. Tazminat ödeme borcu kenar başlıklı TTK md. 1427/3, "sigortacı tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık halinde mahkemece yapılacak olan ön ekspertiz sonucunda göre, süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak öder" düzenlemesi mevcut olup, fıkranın gerekçesinde, "...sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini yaparken de amacı zararının bir an önce telafi edilmesi ve karşılaştığı tehlikeden dolayı herhangi bir mağduriyetinin doğmamasıdır. Bu durumda, sigorta ettirenin menfaatinin korunması gerekeceğinden, madde ile sigortacıya ödenecek tazminat veya bedelden mahsup edilmek üzere avans verme mecburiyeti getirilmiştir." denilerek, sigorta hukukunda geçici ödemenin varlığı kabul edilmiştir.²⁰

B. Manevi Tazminat Davaları

Manevi tazminat, kişinin şahıs varlığında (kişisel varlık değerlerinde) meydana gelen zararların tazmini amacını taşıyan bir tazminat türüdür. Şahıs varlığı zararları, kişinin bedensel bütünlüğü ve sağlığı gibi maddi varlıklarına ya da şeref haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların ihlalinde gündeme gelebilir.

Kişinin maddi nitelikteki kişisel değerlerini, bedensel bütünlüğü oluştururken, şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi değerleri, maddi nitelikte olmayan kişisel değerlerini oluşturur.

²⁰ <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-altinci-kitap-sigorta-hukukumadde-1401-1520/>

Bu değerlerin ihlali, zarara uğraması, manevi tazminat davasına konu olur. Trafik kazası neticesinde, kişinin bedensel zarara uğraması, vücut bütünlüğünün zarar görmesi, sakat kalması, sağlığının bozulması; kitle iletişim araçları, mektup, internet gibi yollarla kişinin hakarete uğraması, şeref ve haysiyetini zedeleyen eylemler; kişinin kaçırılması, hakkının aranmasının engellenmesi, meskenine tecavüz, seyahat etmesinin önlenmesi gibi hallerde ise özgürlüklerinin kısıtlanması olup manevi zarara yol açabilir.

Manevi tazminat davalarında, giderilmesi ivedi bir zarar söz konusu değildir. Her ne kadar, geçici ödeme ile ilgili düzenlemede, ödemenin maddi yahut manevi tazminat davalarında yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme, yahut manevi tazminat taleplerinde geçici ödeme yapılamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmasa da, geçici ödeme kurumunun kabul edilmiş amacı, manevi tazminat taleplerinde, geçici ödeme yapılmasıyla uyuşmamaktadır. Zira, ödemenin amacı, ivedi olarak, zararın bir kısmının da olsa giderilmesi ve zarara uğrayanın maddi açıdan sıkıntılarının bir nebze olsun giderilmesini sağlamaktır.

Maddede “ekonomik durum bunu gerektirdiği takdirde” diyerek, geçici ödeme için bu koşulun varlığının arandığı kabul edilmiştir. Ekonomik durumun geçici ödemeyi gerektirmesi halinin, zarara uğrayan tazminat alacaklısının genel ekonomik durumu yani fakir ya da zengin olması olarak değil, uğradığı zarar nedeniyle meydana gelen yeni ekonomik durumu olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyim. Dolayısıyla, ekonomik durumun gerektirmesi halinin ancak maddi tazminat taleplerinde söz konusu olabileceğini kabul etmek gerekir. Manevi zararlarda kişinin “ekonomik durumunun bozulması ya da ekonomik açıdan muhtaç hale gelmesi” sonucunu doğuramaz. Bu nedenle manevi tazminat taleplerinde “ekonomik durumun geçici ödemeyi gerektirmesi” söz konusu olmayacağından, manevi zararın tazminini bir ivedilik gerektirmemesi nedeniyle, açıkça kanunda bir engel olmasa da, bu taleplerde, geçici ödemeye hükmedilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

Kasabada yaşayan, işsiz, geçimini etraftaki insanların yardımlarıyla sağlayan bir kadınla ilgili gazetede “sahte belge tanzim ettiği” gibi başlıklı bir haber yapılması halinde, insanların yaptıkları yardımları kesmesi durumunda, aslında bir ivedilik söz konusudur. Bu durumda

bu kişinin kişilik hakkına saldırı sonucu hem maddi hem de manevi zarar doğmuştur. Maddi zararı kendisine yapılan yardımların kesilmesi; manevi zararı ise şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesidir.

Olayda, hakkında gerçek dışı yayın yapılan kişinin kişilik hakları ihlal edilmiş, manevi zararının giderilmesi için tazminat talebinde bulunmuştur. Bu talepten dolayı “zararın giderilmesinin aciliyet gerektirmemesi nedeniyle” geçici ödemeye hükmedilemez, Ancak yapılan yayın neticesinde kendisine yapılan yardımların kesilmesi ve bu nedenle maddi zarara da uğradığı” iddia edilir, ve bu durum inandırıcı kanıtlarla hakimde “zararın doğduğu yönünde bir kanaat oluşması” halinde, talep de var ise; maddi tazminat talebinin var olması sebebiyle geçici ödemeye hükmedilebilecektir. Yani, geçici ödeme talebi ve ödemeye hükmedilebilmesi için, yalnızca maddi tazminat davasının açılmasına gerek yoktur.

6. Geçici Ödeme Kararının Hüküm ve Sonuçları

Geçici ödemeye TBK md.76 düzenlemesiyle, koşulların varlığı halinde, istem üzerine, hakim tarafından hükmedilecek asıl tazminat miktarına mahsup edilmek üzere takdir edilecektir.

Geçici ödemeye hükmedilmesi halinde, yargılama sonucunda verilen esas karar neticesinde, mahsup, tamamlama yahut iade işlemleri söz konusu olacaktır.

Buna göre; verilen geçici ödeme tutarı, yargılama sonucunda verilen tazminat tutarından az ise, tazminattan geçici ödeme tutarı mahsup edilir. Örneğin, 1.000 TL geçici ödemeye hükmedilmiş; yargılama sonucunda haksız fiil failinin, yahut sözleşmeye aykırı davranan tarafın, 5.000 TL tazminat ödemeye mahkum olması halinde, mağdur konumundaki tazminat alacaklısının alacağı tazminat; $5.000 - 1.000 = 4.000$ TL olarak belirlenecek, bu hesaba göre tahsilat yapılacaktır.

Hükmedilen geçici ödemenin, tazminat miktarından fazla ise; örneğin; 10.000 TL geçici ödemeye hükmedilir, ancak yargılama sonucunda kesin hesap ile tazminatın 6.000 TL olduğuna karar verilirse, geçici ödemeyi alan tazminat alacaklısı, borçlu konumuna düşer, ve ödeme yapan kişiye, bakiye 4.000 TL’yi geri verir.

Hükmedilen geçici ödeme; yargılama sonucunda hükmedilen tazminat ile eşdeğerse, tazminat borçlusunun ayrıca bir tazminat ödeme

borcu doğmayacaktır. Örneğin, yargılama esnasında 1.000 TL geçici ödemeye hükmedilmiş, kesin hesap ile tazminat da 1.000 TL olarak belirlenmiş ise, tazminat borçlusu, yapmış olduğu geçici ödeme ile borcundan kurtulur.

Son olarak, geçici ödemeye hükmedilmiş, ancak yargılama sonucunda tazminat borçlusu tazminata mahkum edilmemiş yani dava reddedilmiş ise, yapılan geçici ödemenin de haksız yere yapıldığı anlaşılması söz konusu olacağından, geçici ödemeyi alan davacı (davada tazminat alacaklısı olduğunu iddia eden), borçlu konumuna düşer ve ödemeyi yapan tarafa, almış olduğu ödemeyi geri vermekle yükümlü olur. Zarar görenin, bu tazminat talebi reddedilirse, almış olduğu geçici ödemeleri kanuni faizi ile birlikte geri vermek zorunda kalır.²¹ Çünkü yapılan bu geçici ödeme haksız bir ödeme niteliği alır. İsviçre Tasarısı madde gerekçesinde ortaya çıkan bu tür sorunların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre çözüleceği belirtilmiştir.²²

Geçici ödeme talebinde bulunulabilmesi için her hangi bir zaman kısıtlaması olmadığını daha önce ifade etmiştik. Yargılamanın her aşamasında, bu talepte bulunulabileceği gibi, reddedilmesi halinde, yeniden istenebilir, ortaya çıkan yeni delillerle, zaten hükmedilen bir geçici ödemeye ek olarak yeniden bir geçici ödeme talebinde bulunulabilir.

Mahkemenin ara kararı ile hükmedilen geçici ödemeler, bir ilama dayandığından ilamlı icra yoluyla tahsil edilir. Mahkemenin geçici ödemeye hükmettiği karar tarihi itibarıyla, bu alacağı faiz işletilebilir. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz gibi yasada hüküm bulunmamasına rağmen mahkemenin geçici ödemeye TBK.md.117 f.II hükmünden hareketle haksız fiil tarihinden itibaren temerrüt faizi uygulanmasına karar vermesi mümkündür.

Yargılama sonucunda verilen tazminattan geçici ödeme mahsup edildikten sonra, yeniden ilamlı icra yoluyla tahsilat yapılır. Bu durumda, bakiye borç, mahkemenin karar tarihinden itibaren yahut kararla belirlenen (örneğin dava tarihi, yahut davanın açıldığı tarih gibi) zamandan itibaren faiz işletilerek talep edilir.

²¹ Eren, F. :a.g.e., s.780 / ÖZ, Turgut: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012, s.12

²² Topuz, M: a.g.e., s.289

KAYNAKLAR

- Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012
- Demir, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.14, Ankara 2012
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.17, Ankara 2013
- Oğuzman, Kemal ; ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.10, C.2, İstanbul 2013
- Öz, Turgut: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Bası, İstanbul 2012
- Topuz, Murat: "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011
- T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2008
- <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-altinci-kitap-sigorta-hukukumadde-1401-1520/>

CEZA HUKUKUNDA YANILMA KAVRAMI VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE YANILMA

MISTAKE IN CRIMINAL LAW AND MISTAKE IN CAUSES OF JUSTIFICATION

Olgun DEĞİRMENCİ*

Özet: Yanılma, hukuki yanılma ve fiili yanılma olarak iki başlık altında incelenebilir. Hukuki yanılma, failin ceza normuna ilişkin bilgisizliğinden kaynaklanmaktadır. Fiili yanılma ise suçun kanuni tanımında belirtilen maddi unsurların bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Yanılma, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 30'uncu maddesinde kastı veya kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak düzenlenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Yanılma, Hukuki Yanılma, Fiili Yanılma, Ceza Kanunu, Ceza Sorumluluğu

Abstract: Mistake in criminal law can be divided two parts: mistake of law and mistake of fact. Mistake of law is derived from whether his/her illeteracy about the norm of the punishment. Mistake of fact is derived from without knowing factual means of offense defined in the law. The mistake is arranged in 30th article of Turkish Criminal Code numbered 5237.

Keywords: Mistake, Mistake of law, Mistake of fact, Criminal Code, Criminal Responsibility.

1. Genel Açıklamalar

Yanılma, faildeki tasavvur ile gerçeğin birbirinden farklı olması şeklinde basitçe tanımlanabilir. Kusur ilkesini esas alan ve suçun oluşması için taksir veya kast düzeyinde manevi unsur arayan ceza hukuku sistemlerinin, yanılma konusunda düzenlemeler içermemesi, failin tasavvuru ile gerçek arasındaki farkı fail lehine çözümlememesi düşünülemez.

* Yrd.Doç.Dr., Kara Harp Okulu Askerî Ceza Hukuku Öğ.Üyesi, odegirmenci@kko.edu.tr

Ceza hukukunda yanılma kavramı, öğretide, ya yanılmanın konusu olarak hukuki yanılma – fiili yanılma veya haksızlık yanılığısı – suçun unsurlarında yanılığ (tıpte yanılma) şeklinde ele alınmakta ya da yanılmanın hukuki sonucuna göre kusurluluğu kaldıran yanılma hâlleri ile kastı kaldıran yanılma hâlleri şeklinde incelenmektedir.

TCK, 30'uncu maddesi¹, yanılma kavramını selefi olan 765 sayılı TCK'ya göre detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Bu düzenleme, yanılma kavramına ilişkindir ve çalışmamızın bu kapsamda üst başlığıdır. Çalışmamızda yanılma kavramını, yanılmanın konusundan hareketle açıklamaya çalışacağız ve her bir kavram açıklanırken hukuki sonuçlarına da zorunlu olarak değinilecektir. Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle yanılma kavramı açıklanmış, yanılmanın konusuna göre yanılma türleri ele alınmış ve hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

2. Yanılma (Hata) Kavramı

a. Genel Olarak

Yanılma, gerçeğin bilinmemesi veya yeteri derecede bilinmemesi nedeniyle iradenin yanlış şekilde oluşmasını ifade etmektedir.² Bu

¹ Madde 30 - (1) Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) (Ek fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./4.mad) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.

² "DeneySEL bir açıdan ele alındığında hata, genellikle, dış âlemdeki bir nesnenin (= oggetto) gerçekte olduğu gibi değil de, yanlış veya sahte bir biçimde tanındığı akli bir durum olarak tanımlanabilir." (Hafizoğulları, Zeki, "Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C.:I, Ankara 1997, s.194); Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.296; Polat, Nihat, Türk Ceza Hukukunda Yanılma. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), Isparta 2005, s.4; Güleç, Sesim Soyer, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığısı (M.30/4)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:10, S.:1, 2008, s.60; "Ampirik açıdan bakıldığında genel olarak hata kavramı, maddi veya normatif dünyaya ilişkin bir şeyin veya gerçeğin olduğundan farklı bir biçimde algılanması veya değerlendirilmesi şeklinde tanımlanabilir." (Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s.23); "Genel bir tarifile, tasavvurun gerçeğe uygun bulunmaması şeklinde ifade edebileceğimiz hata, gerçeğin bilinmemesi yüzünden ortaya çıkabileceği gibi, yeter derecede bilinmemesinin bir sonucu da olabilir ve bu ba-

tanım itibarıyla yanılma hâli, bilmemeyi de kapsamaktadır.³ Bundan dolayı ceza hukukunda yanılma kavramının içinde iki farklı anlam bulunduğu, bunlardan birinin bilgi eksikliği, diğerinin ise yanlış bir tasavvur veya kabul olduğuna ilişkin ifadeler bir doğruya işaret etmektedir.⁴ “Gerçek anlamda yanılma, tasavvur ile gerçekliğin bilinçli olmayan uyumsuzluğundan ibarettir”.⁵

Bilgi, felsefenin dallarından biri olan bilgi felsefesi (epistemoloji) tarafından incelenmektedir. Bilgi felsefesine göre bilgi; edinildiği kaynağa göre a priori (önsel) veya a posteriori (sonsal) bilgi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. A priori bilgi, aklın bilgisidir ve edinilmesi için deneye veya duyu organlarına ihtiyaç duymaz. A posteriori bilgi ise deney veya duyu organları ile kazanılan bilgidir.⁶ Duyu, “alıcı hücrelerin dış çevredeki fiziksel enerjileri yakalayarak sinirsel enerjiye çevrilmesi ile oluşur. Bu sinirsel enerji beyinde işlenir ve işlemin sonunda algısal bir ürün ortaya çıkar”.⁷ Kişinin, geçmiş yaşantısı, toplumsal ve kültürel durumu işte

kimden bilmemeyi de kapsar.” (İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 221).

³ Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt:II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onuncu Bası, İstanbul 1994, s. 313; “Gerçekleşen ile tasavvur edilen arasındaki farklılığa yanılma adı verilmektedir.” (Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 380); Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s.194; “Hata, gerçeğin bilinmemesi veya yeter derecede bilinmemesi demektir.” (Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 228).

⁴ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989, s. 343; Erman, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul 2006, s. 3.

⁵ Kaufmann, Arthur, Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Verlag Krach, Mainz 1949, s.77 (naklen Barış Erman, s.4); benzer şekilde bkz. Karakurt, Ahu, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:4, S.:10, Ağustos 2009, s. 110.

⁶ Geniş bilgi için bkz. Çüçen, A.Kadir, Bilgi Felsefesi, Bursa 2001, s. 43.

⁷ “ (...) duyu, alıcı hücrelerin dış çevredeki fiziksel enerjileri yakalayarak sinirsel enerjiye çevrilmesiyle oluşur. Bu sinirsel enerji beyinde işlenir ve işlemin sonunda bir algısal ürün ortaya çıkar. Bu işleme algılama (perceiving) ve ortaya çıkan ürüne de algı (perception) adı verilir.

Algı, duyudan farklıdır. Algılama anında beyin, bireyin içinde bulunduğu durumdan beklentilerini, geçmiş yaşantılarını, diğer duyu organlarından gelen başka duyuları, toplumsal ve kültürel etkenleri hesaba katar. Gelen duyuları seçme, bazılarını ihmal etme, bazılarını kuvvetlendirme, arada olan boşlukları doldurma ve beklentilere göre anlam verme bu aşamada yapılır.

Duyu organlarının beyine ilettikleri duyular basittir, algılama ise geçmiş öğrenme ve deneyimlerimizin de işin içine girdiği son derece karmaşık bir süreçtir.” (Cüceloğlu, Doğan, İnsan ve Davranışı Psikolojinin Temel Kavramları, İstanbul 1991, s. 118, 119).

bu sinirsel enerjiyi beyinde işlerken, gerçekte farklılaştırmasına neden olur ki, bu durumda yanılma ile karşılaşırız.

Gerçeğin bilinmemesi veya yeteri derecede bilinmemesi hususunu ceza hukukunda ifade etmek için hata veya yanılma⁸ kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Hata, Arapça kökenli bir kelime olup, “*istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılğı*”⁹ anlamına gelmektedir. Yanılma ise Türkçe bir kelime olup hata ile aynı anlama sahiptir. Bu kapsamda kavramı ifade etmek için hata veya yanılma kelimelerinden birisi kullanılabilir. Türk Ceza Kanunu’nun, inceleme konumuzu düzenleyen 30’uncu maddesinde “hata” kelimesinin kullanılmasına karşılık çalışmamızda kavramı daha iyi ifade ettiğini düşündüğümüz “yanılma” kelimesini kullanacağız.

Ceza hukukunda yanılma kavramının çeşitli başlıklar altında incelendiği görülmektedir. Bu tasniflemede bazen hatanın konusu esas alınırken, bazen de hatanın ceza sorumluluğuna etkisi esas alınmaktadır. Bu kapsamda, genel olarak hukuki hata - fiili hata tasniflemesi yapılmasının yanı sıra, daha özellikli olarak suçun veya hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata, suçun maddi konusuna ilişkin hata, suçun mağduruna ilişkin hata, faillik sıfatına ilişkin hata ve iştirak durumuna ilişkin hata¹⁰ tasniflemeleri de yapılmaktadır.¹¹

Yanılma konusunda diğer bir ayırım da, “düz yanılma” - “tersine yanılma” ayırımıdır. Yanılmanın konusu olan nesne veya olgu, failin tasavvurunda bulunmaması durumunda düz yanılma söz konusudur ve çalışmanın konusu olan yanılmaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte fail gerçekte bulunmayan bir nesne veya olguyu var kabul etmiş ise tersine yanılmadan bahsedilecektir ve hukuki sorun teşebbüs ve mefruz suça ilişkin hükümlere göre çözülecektir.¹²

Netice ile irade arasında ortaya çıkabilecek muhtemel farklar, kural olarak irade lehine çözümlenecektir.¹³ Ancak ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, suç veya ağırlatıcı neden

⁸ Dönmezer-Erman, II, s. 313; Özbek, Veli Özer, “Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:3, S.:7, Ağustos 2008, s. 83.

⁹ <http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=hata>, Erişim tarihi: 27 Ocak 2011.

¹⁰ Aydın, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara 2009, s. 229 vd.

¹¹ Barış Erman, s. 7.

¹² Barış Erman, s. 7.

¹³ Dönmezer-Erman, II, s. 313.

olarak düzenlenmeyen bir hususa ilişkin yanılı hâlinde, irade değil, mevcut durum esas alınacaktır.

b. Benzer Kavramlardan Farkları (Şüphe, Bilmeme, Sapma)

Bilmeme, genel olarak değerlendirildiğinde yanılma kavramının içinde mütalaa edilmesi gereken bir kavramdır. Her bilmeme, yanılmaya sebebiyet verebilecekken; her yanılmanın bilmemeden kaynaklandığını söylemek mümkün olmayacaktır. Bilmeme, mahiyetinde olumsuz bir nitelik barındırmaktadır.¹⁴ Yanılmada ise olumlu bir nitelik söz konusudur. Zira yanlış da olsa yanılma hâlinde belirli bir kanaatin varlığı mevcuttur.¹⁵ Bilmeme hâli, iradenin oluşum sürecine olumlu veri girdisi sağlamadığı için yanılma ile sonuçlanabilecektir.

Bilmeme, bilginin tam olarak yokluğudur ve bilmeyen kimsenin bilgi alanında bir boşluğu söz konusudur.¹⁶ Yanılma ise bu kapsamda, “yanlış ve kusurlu bilgi”, “yanlış tanıma”, “yanlış veya eksik tanıma”, “yanlış bilgi” şekillerinde de tanımlanmaktadır.¹⁷

Şüphe ile yanılmanın da birbirinden ayrılması gerekir. “*Bir kanunun veya inancın oluşmasına engel olan bir düşünce ve yargı çatışması ve kargaşası var olduğu sürece şüphe vardır.*”¹⁸ Bu çatışma hâli devam ettiği müddetçe, kişide gerçeğe aykırı bir tasavvurun oluştuğundan, bir kanaatin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.¹⁹ Bilinmeyen bir şeyin varlığı imkânı düşünölmeye başlanınca şüphe alanına girilir.²⁰

¹⁴ Özen, Mustafa, “Ceza Hukukunda Bilmemek ve Hata” *Uğur Alacakaptan’a Armağan*. İstanbul 2008, s. 590; Dönmezer-Erman, II, s. 313; Karakurt, s. 110; Güngör, Fiil Üzerinde Hata, s. 23.

¹⁵ Dönmezer-Erman, II, s. 313; Karakurt, s. 110.

¹⁶ Ersoy, Yüksel, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki - Psikolojik Anlamı”, AÜSBFD, C.:22, S.:4, Ankara 1967, s. 253.

¹⁷ Ersoy, s. 253.

¹⁸ Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım. Ankara Ekim 2012, s. 234, 235; Benzer şekilde Karakurt, s. 111.

¹⁹ Güngör, Fiil Üzerinde Hata, s. 24; Aksi görüş için Karakurt, s. 112; “Kanımızca şüphenin bulunduğu her durumda hatanın oluşmayacağını kesin bir kural olarak söylemek doğru değildir. Çünkü kişi şüphesine rağmen hareket ettiyse aslında şüpheyi oluşturan iki zıt iradenin birini benimsemiş demektir. Bu irade ile gerçek çelişmekte ise hata söz konusu olacaktır. Çünkü hata failin sadece bir kural veya olaya ilişkin iradesinin gerçekte çelişmesi durumunu anlatır. Hatanın varlığı için gereken koşullar kişinin yanlış bir iradeye sahip olmada ne oranda kusurlu olduğu sorusuna verilen yanıtın bağımsızdır. Bir başka ifade ile hatanın varlığı ile hukuk düzeninin hataya itibar edip etmeyeceği konuları birbirinden ayrı değerlendirilmelidir.” (Karakurt, s. 112).

²⁰ Ersoy, s.255; “Bilmeme-şüphe’ diye de adlandırılabilir olan bu bilmeme konu-

Birbirlerine çok yakın kavramlar olmasına rağmen sapma (inhiraf)²¹ hâlinde aslen bir yanılma mevcut değildir.²² Bununla birlikte suçun icrasında seçilen araçların yetersiz olması, araçların uygun bir tarzda kullanılmaması veya suçun icrasını etkileyen diğer herhangi bir unsurun etkilemesinden dolayı failin irade ettiği netice değil, başka bir netice gerçekleşmektedir.²³ A'yı öldürmek isteyen kimsenin, karanlıkta A sandığı B'ye ateş ederek öldürmesi hâlinde yanılma (error in persona) söz konusudur. Bununla birlikte mağdurun kimliğinde herhangi bir yanılma içinde bulunulmadığı, elin titremesi, mağdurun hareketi veya nişan hattına başka bir kişinin girmesi gibi sebeplerle neticenin B üzerinde gerçekleşmesi hâlinde ise sapma (abberratio ictus) mevcuttur. Öğretide Dönmezer-Erman, şahısta hata ile sapmayı, neticede yanılma başlığı altında incelemekte ve sapma için "hedefte yanılma" kavramını kullanmaktadır.²⁴

Hedefte sapma, şahısta yanılmadan da farklılık arz etmektedir. Her ne kadar her ikisinde de irade edilenden farklı bir kişi üzerinde irade edilen suçun neticesi gerçekleşse de, şahısta yanılma (error in persona) iradenin oluşma aşamasında söz konusu iken sapmada, failin mağdurun şahsiyeti üzerinde herhangi bir yanılışı söz konusu değildir.²⁵ Bundan dolayı sapma, iradenin oluşumundan sonraki aşamada mevcut olacaktır.²⁶

sunda Frosalı şu örneği vermektedir; 'Şayet otomobilimi yol kenarında durdururken park yasağı olabileceğini düşünüyorsam, bu yasağı tasavvur ediyorum fakat varlığı hakkında hiçbir kaniya sahip değilim: bilakis var olabileceği gibi olamayacağına da hükmediyorum'. Örnekten de anlaşılabilirliği gibi, ipotetizlerden birinin gerçeğe daha yakın sayılması gerekmez; her iki ipotezin aynı derecede mümkün sayılması hâlinde de şüphe hâli söz konusudur. İpotetizlerden birinin gerçeğe daha uygun sayılması hâlinde de kişinin şüphede olduğu bellidir, ancak bu unsur şüphe hâlini bulunması için gerekli değildir." (Ersoy, s. 255, 256).

21 Özar, Süleyman, "Türk Ceza Hukukunda 'Sapma'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.:66, 2006, s. 225 vd; Kaşıkara, M.Serhat, "Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.:1, S.:2, 2010, s. 347 vd; Yalkut, Necdet, "Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Açısından Sözdde Suç ve İşlenemez Suç", *Yargıtay Dergisi*, C.:8, Ocak - Nisan 1982, S.:1-2, s. 252 vd.

22 Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Bası, Ankara, 2010, s. 231; İçel, s. 221.

23 Dönmezer-Erman, II, s. 314; Karakurt, s. 121; Koca - Üzülmöz, s. 231; İçel, s. 221.

24 Dönmezer-Erman, II, s. 322, 323.

25 Demirbaş, s. 380.

26 "Kişide yanılma ile sapma arasında psikolojik bakımdan şu fark vardır: kişide yanılma hâlinde, hata kastın oluş aşamasında etkisini gösterir; kastın yanlış bir şekilde ortaya çıkmasına âmil olur; sapma hâlinde ise yanılma kastın oluşundan

Özellikle hedefte sapma ve şahusta yanılma arasındaki bu ince ayırmadan ve 765 sayılı TCK zamanında hata ve sapmanın sonuçları yönünden aynı hükümlere tabi olmasından dolayı, alan yazında bazı yazarlarca sapma ve yanılma kavramlarından her ikisini de ifade etmek üzere tek bir kavramın kullanılmasının gerekliliği savunulmuştur.²⁷

Belirtmeliyiz ki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da, yanılma ve sapmanın birbirine yakınlığından dolayı her iki kavram aynı maddede düzenlenmiştir. Kanun'un 52'nci maddesinde yer alan "bir hata veya sair bir ârıza" ifadesindeki birinci kavram yanılmayı, ikincisi ise tek neticeli sapmayı belirtmekteydi.²⁸ 5237 sayılı TCK'da sapmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu duruma ilişkin gerekçede; "Keza, hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek duyulmamıştır. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimai hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimai ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır." denilmek suretiyle, hem sapmanın hukuki niteliğine, hem de hukuki sonucuna ilişkin belirlemelerde bulunulmuştur. Yargıtay, 5237 sayılı Kanun zamanında vermiş olduğu bir kararında, öğretilerdeki yaygın kanaate ve 30'uncu maddenin gerekçesine rağmen tek neticeli sapma hâlini yanılma olarak değerlendirmiş ve TCK m.30 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak karar incelendiğinde görüleceği üzere, TCK m.30 hükmünün uygulanacağı belirtilmesine rağmen mesele ilgili madde uyarınca değil suçların içtimai esaslarına göre çözülmüştür.²⁹ Yargıtay kararında, uygulanacak maddenin yan-

sonra ortaya çıkar, yani kast herhangi bir yanılma olmaksızın meydana geldikten sonra zuhur eden bir sebeple başka türlü gerçekleşir." (Dönmezer-Erman, II, s. 323).

²⁷ "Gerek hata ve gerekse sapmada failin yapmış olduğu hareket istediği değil, istemediği kişi üzerinde netice doğurmaktadır. Hata ve sapma birbirlerinden görünüş yönünden farklı olmalarına rağmen, her ikisi de aynı esaslara tabidir; yani hata için kabul edilen kural, sapma için de geçerlidir. Hata hâlinde failin kasten hareket ettiğini kabul eden kanun, sapmada da aynı esası benimseyip, tek suç kabul etmelidir." Demirbaş, s.380; "Her iki hâlde de irade ile gerçekleşen netice arasında farklılık bulunduğu için, bu farkın yanılma veya sapmadan ileri gelmesi arasında ayırım gözetmeksizin, meseleyi çözümlenmek ve bu nevi yanılma ya da sapmanın kusurluluğu etki biçimini incelemek gerekir." Dönmezer-Erman, II, s. 314.

²⁸ Dönmezer-Erman, II, s.323, Karakurt, s. 121.

²⁹ "Sanığın eniştesi ile aralarında çıkan tartışma sırasında, eniştesini kendisinden

liş tespitine rağmen, sonuç doğrudur. Zira TCK m.30 gerekçesinde de ifade edildiği üzere hedefte sapma, suçların içtimaı ve özellikle fikri içtima kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durumdur.³⁰

c. Yanılma Çeşitleri

Yanılma hâli iki şekilde ortaya çıkabilir; fail, işlediği fiili cezalandıran bir kuralın bulunduğu konusunda bilgi sahibi değildir veya mevcut bir kuralın uygulama alanını yanlış değerlendirmesi sonucu fiilinin mevcut kuralın uygulama alanı içinde bulunmadığını düşünür ki bu durumda hukukî bilgisizlik veya yasak yanılığından bahsedilir. İkinci durumda ise fail suçu oluşturan maddi unsurlarda, nitelikli hâllerde veya hukuka uygunluk hâllerinde bir hataya düşer ki, söz konusu durumda da fiili yanılma veya tipte yanılığın söz edilir.³¹

Bu temel ayrımın yanı sıra 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile beraber yanılma kavramını konusuna göre değil, hukukî sonucuna göre tasnifleme gayretlerinin artış gösterdiği ifade edilebilir. Bu kapsamda, kastı ortadan kaldıran yanılma ve kusurluluğa etki eden yanılma ayrımları kullanılmaktadır.³²

uzakta tutmak maksadıyla kokoreç yapımında kullandıkları bıçağı salladığı esnada araya giren maktulün bacağına bir kez isabet ettirerek kan kaybından ölümüne sebebiyet verdiği olayda, sanığın eylemi 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde hedef yanılığa yer verilmiş olmasına göre eniştesini silahla kasten yaralamaya teşebbüs, maktulü ise olası kastla yaralama sonucu ölüme neden olma suçlarını oluşturacağı dikkate alındığında; buna göre sanığın her bir eylemi yönünden uygulamanın denetime olanak verecek şekilde ayrı ayrı gösterilmesi, lehe olan yasanın tespiti gerekir." (Yargıtay 1CD, 20.11.2007, 8583) (Karar ve değerlendirmeler için Karakurt, s. 121).

³⁰ Koca - Üzülmüş, s. 231.

³¹ Dönmezer-Erman, II, s. 314.

³² Koca - Üzülmüş, s. 228; Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2009, s. 559 vd.; Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner, TCK Şerhi, C.:I, Ankara 2009, s. 765; aksi düzenlemeler için bkz. Karakurt, s. 113 vd.; Hakeri, s. 379 vd.; Özbek, s. 83 vd.; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2008, s. 404; Koca, Mahmut, "Türk Ceza Hukukunda Hata" in: 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009, s. 81 vd (Koca, Hata olarak zikredilecektir.); Öner, Hamdi, "Türk Ceza Kanununda Hata ve Taksirli Suçlar", *Adalet Dergisi*, Y.:36, S.:6, Haziran 1945, s. 779 vd.; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa R., Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Değişiklikler İşlenmiş 5. Bası, Ankara 2007, s. 70.

3. Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı

Kökleri Roma Hukukuna kadar uzanan, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (ignorantia juris non excusat) kuralı³³ özellikle Kilise Hukuku tarafından benimsenmiş bir kuraldır. Katı ve objektif ceza sorumluluğu anlayışının benimsendiği bu dönemde, kanunu bilmemek, dini kuralları bilmemekle eşdeğerde tutulmaktaydı. Bu kural, dinsel kuralların bilinmesinin dinsel bir zorunluluk olduğu anlayışından hareket ettiği için kendi içinde tutarlı bir görünüm arz etmektedir.³⁴

Kanuni bilmemek mazeret sayılmaz kuralının hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.³⁵ Kanunu bilmemek mazeret

³³ Güngör, Kural Üzerinde Hata, s. 24.

³⁴ Karakurt, s. 134; Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı ve getirilen eleştiriler hakkında geniş bilgi için bkz. Özek, Çetin, "Ceza Normunun Varlığında Hata", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, C.:3, İstanbul 2003, s. 818; Mahmutoğlu, Fatih Selami / Ünver, Yener, "Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Üzerine", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.:72, S.:4-5-6, 1998, s. 373.

³⁵ Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının hukuki esası konusunda bkz. Erman, Sahir, "Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma", *İÜHFİM*, C.:XII, S.:2-3, 1946, s. 518 vd.; Demirel, Hakkı, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata", *AÜHFİM*, C.:XII, S.:3-4, 1955, s. 100 vd.; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 554 vd.; Karakurt, s. 135 vd.; Card, Richard, *Card, Cross and Jones Criminal Law*, Eighteenth Edition, Oxford University Press 2008, s. 111; Erem - Danışman - Artuk, s. 119 vd.; Glanville, Williams, *Criminal Law. The General Part*, Second Edition, Reprint USA 1988, s. 288; Elliott, Catherine / Quinn, Frances, *Criminal Law*, Fourth Edition, Malaysia 2002, s. 273; Fitzgerald, P.J., *Criminal Law and Punishment*, Oxford University Press, 1962, s. 122 vd.; Findlay, Mark, (2007). *Criminal Law Problems in Context*, Second Edition, Reprint Australia 2007, s. 133-134; Herring, Jonathan, *Criminal Law Text, Cases and Materials*, Third Edition, New York 2008, s. 691 vd.; Loveless, Janet, *Criminal Law, Text, Cases and Materials*, New York 2008, s. 443 vd.; Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Fifth Edition, New York 2006, s.232 vd.; Reid, Sue Titus, *The Essentials Criminal Law*. New York 2009, s. 58-59; Padfield, Nicola, *Criminal Law*, 6 th Edition, New York 2008, s. 114 vd.; Ormerod, David, *Smith and Hogan Criminal Law*, 12 th Edition, New York 2008, s. 319 vd.; Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law*, New York 2002, s.683; Arzt, Gunther, "The Problem of Mistake of Law", *Brigham Young University Law Review*, 1986, s. 711 vd.; Yaffe, Gideon, "Excusing Mistakes of Law", *Philosophers' Imprint*, Vol.:9, No.:2, April 2009, s. 1 vd.; Christopher, Russell L., "Mistake of Fact in the Objective Theory of Justification: Do Two Rights Make Two Wrongs Make Two Rights...?", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol.:85, No.:2, 1994, s. 295 vd.; uluslararası ceza hukuku alanında yanılma konusunda bkz. Antonio Cassese, *International Criminal Law*. New York 2003, s. 251; Badar, Mohamed Elewa, "Mens Rea - Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 203-246; Scaliotti, Massimo, "Defences Before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility - Part 2", *International Criminal Law Review* 2, 2002, s. 1-46;

sayılmaz kuralını, kanunu öğrenmenin vatandaşlara yüklenmiş bir vazife olduğundan hareketle açıklayanlar “ödev teorisi”ni benimsemektedirler.³⁶ Diğer bir kısım müellifler, usulüne uygun olarak yayımlanan kanunun herkes tarafından bilindiğini karine olarak kabul ederler.³⁷ Her karine gibi, bunun da hilafı ispat edilebilir. Faraziye (aksiyom) teorisi ise kanunun herkes tarafından bilindiğini bir faraziye olarak kabul eder ve aksinin ispatını mümkün kılmaz.³⁸ Ayırma teorisinde ise kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı sadece doğal suçlar için uygulanabilir. Doğal suçlarda bütün insanlarda mevcut bulunan akli selim, bir fiilin suç olmadığını anlayabilir.³⁹ Bazı ceza hukukçuları ise söz konusu prensibi “pratik” mülâhazalarla kabul etmekte ve ceza siyaseti bakımından zorunlu olduğunu belirtmektedirler.⁴⁰

Öğretide yer alan ve kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının hukuki esasını açıklayan yukarıdaki görüşlerin bir sonucu olarak, kanun koyucu almış olduğu tedbirler uyarınca neşrolunan kanunu herkesin bildiğini var saymak hakkına sahiptir. Ancak kanunun bilinmesindeki maddi imkânsızlığın ispatı hâlinde faile de ceza verilememesi, yukarıda yer alan hukuki esasın bir sonucu olmaktadır.⁴¹ Ceza kanunlarını bilmemeyi bazı durumlarda ceza verilmesine engel bir hâl olarak saymak fikri Roma hukukunda da kabul görmüş idi. Zira Roma hukuku, tecrübesizlik ve şehirlere uzakta yaşamak sebebiyle kanunu bilmeme hâlinde cezai mesuliyeti kabul etmiyordu.⁴² Temyiz Mahkememiz de, vermiş olduğu eski bir kararında aynı usavurmada hareket etmiş ve Türkiye’ye yeni gelmiş bir yabancıya Türkçeyi bilmemesi sebebiyle kanunu öğrenmesindeki imkânsızlığı nazara alarak cezai mesuliyetinin olmadığını belirtmiştir.⁴³

³⁶ Demirel, s. 102; S.Erman, s. 519; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 557; Karakurt, s. 136; Özek, s. 819.

³⁷ Demirel, s. 102; S.Erman, s. 518; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 555; Karakurt, s. 135.

³⁸ Demirel, s. 102; S.Erman, s. 518; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 555; Karakurt, s. 135, 136.

³⁹ Demirel, s. 103; S.Erman, s. 521; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 556; Karakurt, s. 136.

⁴⁰ Demirel, s. 103; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 557; Karakurt, s. 136;

⁴¹ Demirel, s. 104.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, s. 104 vd.

⁴³ Yargıtay CGK 10.10.1942 tarihli kararı (Demirel, s. 104); “Ceza kanunlarını bilmemeyi bazı hâllerde ceza verilmesine mani bir sebep olarak saymak fikri, bilhassa son zamanlarda mevzu’ata da girmiş bulunmaktadır. Kanunların mer’iyetine

Hukuku bilmemek mazeret sayılmaz kuralı, hukuki yanılma kapsamında değerlendirilmektedir. Hukukun bilinmemesi veya yanlış bilinmesi olarak ifade edilen hukuki yanılma, 765 sayılı TCK zamanında, 44'üncü maddede mutlak olarak düzenlenmişti.⁴⁴ Söz konusu düzenlemeye göre hiç kimse kanunu bilmediğini mazeret olarak ileri süremeyeceği gibi hâkim de böyle bir mazereti kendiliğinden göz önüne alamayacaktır.⁴⁵ 5237 sayılı TCK'nun 4'üncü maddesinde ise "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesine yer verilerek, hukuki yanılmanın ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi ceza kanunları dışındaki kanunlar bakımından kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile 765 sayılı TCK ile mehz İtalyan Ceza Kanunu'nun 44'üncü maddesindeki farklılaştırma giderilmiş⁴⁶ ve 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndaki düzenleme esas alınmıştır. Mevcut düzenleme ile ceza kanunu dışındaki

dair 5.11.1870 tarihli bir Fransız kararnamesi, neşrinden itibaren 3 gün içinde işlenen kabahatlerde "Kanunu bilmiyordum" iddiasını kabule müsaade etmiştir. Avusturya (md.233), Küba (md.25) ceza kanunları da yabancılar hakkında istisnai hükümler koymuşlardır. Yeni İsviçre kanunu (md.20) bu hususta hâkime takdir hakkı tanımıştır. Kabahatlerden maada suçlarda failin haklı olarak hareket ettiğini savunması için kâfi sebepler varsa, hâkim cezayı serbestçe azaltabilir hatta hiç ceza vermeyebilir. Kolumbiya ceza kanunu da (md.23), taksirli olmamak şartıyla hukuki hata hâlinde ceza verilmemesini kabul etmiştir." (Demirel, s. 104) (Alıntı içindeki imla hataları, asıl metinde bulunduğundan düzeltilmemiştir).

44 "Diğer bir deyişle, 'kanunu bilmemek mazeret sayılmaz' kuralı, gerçekte, ceza sorumluluğu için, failin kanunu bilip bilmediğinin araştırılması zorunluluğunu ortadan kaldıran, 'kastın şumulü' kuralını sınırlandıran, 'hukuka aykırı fiilin tipikliğinin' bilinmesi konusunda objektif sorumluluk yaratan bir kuraldır. Böylece, 'kanunu bilmemek mazeret sayılmaz' kuralı, gerçekte, ceza sorumluluğunu genişletici, temel kurallara ayrıcalık getiren bir niteliktedir. TCK'nun 'kast' kuralını getiren 45.maddesinden hemen önce 44.maddede bu kurala yer verilmesi de, kuralın ceza sorumluluğu ile ilgili olduğunu ve 45.maddedeki genel kurala istisna getirildiğini göstermektedir. 'Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz' kuralını açıklamaya yönelik görüşler ne olursa olsun gerçekte bu kuralın getirdiği istisna, pratik zorluklardan doğmaktadır. Her olayda, failin yasayı bilip, bilmediğinin araştırılmasının yaratacağı sorunlar nedeniyle, bu kural kabul edilmiştir." (Mahmutoğlu / Ünver, s.377).

45 Erem / Danışman / Artuk, s.119.

46 Erem / Danışman / Artuk, s.124; "Mehaz Kanunumuzda (1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu) hiç kimse Ceza Kanununu bilmemeyi mazeret olarak dermeyer edemez, denmekte idi. Lâyhada da kanunu bilmemek mazeret sayılamayacağı yazılı iken kanunun kat'î metninin yazıldığı sırada Profesör Tolomei, medeni ve idari kanunları bilmemenin ceza hukuku sahasında haklı bir mazeret teşkil edeceğini söylemesi karşısında, metne Ceza Kanununu bilmemek şekli yazıldı. Mehaz kanunumuzun ilk 1325 tercümesinde ve Yargıtay Ceza Komisyonunun gayri matbu notlarında, 44 üncü madde böyle iken, son lâyhada Adalet Bakanlığı maddeyi bugünkü şekline çevirmiştir." (Sezgin, Servet, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata", Adalet Dergisi, Y.:42, Mayıs 1951, S.:5, s. 729).

kanunların bilinmemesi durumunun ceza sorumluluğunu etkilediği kabul edilmiştir.

Toplumsal hayatın, gelişen teknoloji ve insanlar arası ilişkilerin artması ile beraber karmaşık hale gelen yapısını düzenlemek, detaylı hukuk kurallarının kabulü ile mümkündür. Günümüzde hukukçuların bile tüm kanunları bildiğini söylemenin abartılı bir durum olduğu düşünülürse, normal bir vatandaşın tüm kuralları bildiğini ifade etmek gerçekle uyumlu olmayacaktır. TCK'nın 4'üncü maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği gibi 19'uncu yüzyılın ihtiyaçlarına cevap verebilecek olan böyle bir kuralın, günümüzde uygulanması hukuk devleti ve kusur ilkeleri karşısında mümkün görünmemektedir. Bundan dolayı, söz konusu kuralın günümüz çağdaş ceza hukuku sistemlerinde uygulanabilir olmadığını düşünmekteyiz. Çalışmanın müteakip bölümünde, hukuk devleti ve kusur ilkelerine uygun olarak uygulanabilir kabul ettiğimiz yasak yanılığısı açıklanırken hukuki yanılma - yasak yanılığısı ilişkisi izah edilecek ve TCK'nın 4'üncü maddesinde yer alan kuralın, TCK m.30 kapsamında durumu değerlendirilecektir.

4. Yasak (Haksızlık) Yanılığısı

a. Kavram Olarak Yasak Yanılığısı ve Hukuki Yanılma

Ceza hukukunda uzun süre hukuki yanılığısı - fiili yanılığısı ayrımı, yanılığısı kavramını analiz ederken kullanılmıştır. Bu kapsamda, fiili yanılığısı "*fiili bir durum ya da koşul hakkında yanlış bir değerlendirmede bulunmak*", hukuki yanılığısı ise "*yanılmanın bilinmemesi*" olarak tanımlanmıştır.⁴⁷

"Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralının bir uzantısı olan ve hukuki yanılığısının ceza sorumluluğunu etkilemediği anlayışı karşılaştırmalı hukukta bazı ülke ceza kanunları tarafından da benimsenmiştir. Örneğin Fransız Ceza Kanunu'nun 122-3'üncü maddesinde hukuki yanılığısından bahsedilmekte, İtalyan Ceza Kanunu'nun 47'inci maddesinde ise fiili-hukuki yanılığısı kavramları kullanılmaktadır.⁴⁸ Hukuki yanılığısı - fiili yanılığısı ayrımı öğretilde bazı yazarlar tarafından benim-

⁴⁷ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 416; Barış Erman, s. 8; Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 118.

⁴⁸ Barış Erman, s. 9.

senmekte iken⁴⁹, bazı yazarlar açısından ise yasak yanılığsı - tipte yanılığsı ayrımı önem kazanmaktadır.⁵⁰

Yasak yanılığsı - tipte yanılığsı ayrımı, birçok noktada hukuki yanılığsı - fiili yanılığsı ayrımı ile örtüşmesine rağmen, aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Yasak yanılığsında failin haksızlığın maddiyatına ilişkin bilgisi tamdır, ancak o haksızlık oluşturan hareketine hukuk düzeni tarafından izin verilmediğini bilmemektedir.⁵¹

Yasak yanılığsında fail, işlediği fiili yasaklayan bir normun varlığında veya söz konusu normun değerlendirilmesinde yanılığsıya düşmektedir. Fail tarafından işlenen fiili yasaklayıcı normun gözden kaçırılarak, fiile izin verildiği konusunda hataya düşülmesi yasak yanılığsının ilk görünüm şekli olmaktadır. Bu duruma öğretide de, “doğrudan haksızlık yanılığsı” veya “soyut haksızlık yanılığsı” adı da verilmektedir.⁵²

Yasak yanılığsının ikinci görünüm şekli ise failin işlemiş olduğu fiile hukuk düzeninin cevaz verdiği, hukuka uygun hâle getiren bir sebebin bulunduğunu düşünerek hareket etmesidir. Bu durumda fail, işlemiş olduğu fiilin genel olarak hukuk düzenince yasaklanmış olduğunu bilmektedir, ancak somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu zannetmektedir. Fail, bu ikinci görünüm şeklinde hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda hataya düşmektedir ki, bu duruma öğretide, “dolaylı haksızlık yanılığsı” veya “somut haksızlık yanılığsı” denmektedir.⁵³ Bu ikinci görünüm, çalışmamızda “hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma” başlığı altında incelenmiştir ve aslen “izin normunda yanılma” durumudur.

Hukuku bilmemekten kaynaklanan bir yanılığsın konusu aynı zamanda tipin bir unsurunu da oluşturmakta ise, söz konusu yanılığsı tipte yanılığsı olarak değerlendirilecektir. Bu duruma örnek olarak suçun normatif unsurları verilebilir. Tipte yer alan ve hukuki açıdan değerlendirmeyi gerektiren unsurlar da, bu şekliyle eylemsel unsurlarla eşit

⁴⁹ Hakeri, s. 380; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.554; Centel / Zafer / Çakmut, s. 416.

⁵⁰ Koca / Üzülmöz, s. 228.

⁵¹ Koca / Üzülmöz, s. 299.

⁵² Koca / Üzülmöz, s. 299; Karakurt, s. 144.

⁵³ Koca / Üzülmöz, s. 300; Karakurt, s. 144.

olarak kabul edilecektir.⁵⁴ Nitekim Alman Federal Mahkemesi Ceza Genel Kurulu, 1952 yılında vermiş olduğu bir kararında, tipte yanılğı - yasak yanılğısı ayırımına açıkça değinmiştir. Mahkemeye göre; *“Haksızlık bilincinin anlamı: Failin, yaptığı şeyin hukuken izin verilmiş değil, yasaklanmış bir davranış olduğunu bilmesidir. Yani konusu, hırsızlık suçunda malın başkasına ait olması (...) örneğindeki gibi hukuksal ilişkilerden veya bağlantılardan kaynaklansa dahi, suç tipine dâhil olan maddi unsurlar değildir. Bu unsurlardan birinin bulunmadığına ilişkin hatalı tasavvur (...) tipte yanılğıdır. Fail burada da davranışını meşru görmekle birlikte, bu tasavvuru ne yaptığı bilmemesinden kaynaklanmaktadır. İradesi, suç tipinin gerçekleşmesine yönelmiş değildir (...) bir yanılğının yalnızca hatalı bir hukuksal değerlendirmeden kaynaklanması, onun yasak yanılğısı olduğu anlamına gelmez. Hatalı hukuksal değerlendirmeler, yasal tipin unsurlarından birine ilişkin olduklarında tipte yanılğıya neden olurlar.”*⁵⁵

Tipte yanılma ve yasak yanılğısı kavramları birbiriyle kaplam bakımından ilişkilidir. Tipte yanılma, yasak yanılğısının kapsamı içindedir ve tipin unsurlarından biri üzerinde yanılan kişinin, eyleminin yasaklanmış olduğu konusunda da yanılğı içinde olduğu ifade edilmektedir.⁵⁶ Bununla birlikte belirtmeliyiz ki, suçun nitelikli hâllerinde yanılma durumunda kişi, eyleminin yasaklanmış olduğunu bilmekte ancak ağırlatıcı veya hafifletici sebeplerin varlığı konusunda yanılğı içindedir.

Türk ceza hukuku öğretisinde yanılma kavramı, TCK'nın 30'uncu maddesindeki düzenlemeden hareketle *“kasti kaldıran yanılma”* ve *“kusurluluğu etkileyen yanılma”* olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir.⁵⁷ Türk öğretisi, bu bağlamda yanılma kavramını, yanılmanın konusundan hareketle değil, yanılmanın ceza sorumluluğuna etkisinden hareketle tetkik etmektedir. Bu kapsamda tipte yanılma, kasti

⁵⁴ Barış Erman, s. 16; *“Örnek olarak, medeni hukuka ilişkin bir bilgisizlikten ötürü taşınır mülkiyetinin teslimle değil, satım sözleşmesinin kurulduğu anda devredilmiş sayıldığını sanan bir kimse, satın aldığı, fakat henüz kendisine teslim edilmemiş bulunan bir otomobili bulunduğu yerden alarak kullansa buradaki hukuksal bilgisizliği hukuksal bir yanılğıya neden olacak, ancak hırsızlık suçu açısından eşyanın “başkasına ait” olması yasal tipte yer alan bir unsur olduğundan, tipte yanılğı - yasak yanılğısı ayırımı bakımından “tipte yanılğı” gerçekleşmiş sayılacaktır.”* (Barış Erman, s. 16).

⁵⁵ Barış Erman, s. 18.

⁵⁶ Barış Erman, s. 16.

⁵⁷ Koca / Üzülmüş, s.228; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 553 vd.

ortadan kaldıran bir yanılma türü iken, yasak yanılışı, kaçınılmaz olması durumunda kusurluluğu etkileyen bir yanılma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuki yanılma - fiili yanılma ayrımının, hukuki yanılmanın özellikle ceza kanunları dışındaki hukuki yanılma durumu ile birlikte yorumlanması hâlinde, tipte yanılma - yasak yanılışı ayrımı ile aynı sonuçları vereceğini ifade etmiştik. Bu kapsamda, ceza kanunlarını bilmemeyi düzenleyen TCK'nın 4'üncü maddesinin, TCK'nın 30'uncu maddesi ve hukuki yanılma - fiili yanılma ve tipte yanılma - yasak yanılışı ikilileri karşısındaki konumunu da izah etmek gerekmektedir. TCK'nın 4'üncü maddesi "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*" şeklindeki ifadesi ile hukuki yanılma kavramının kanuni temeli olmaktadır.⁵⁸ Bu kapsamda, söz konusu maddenin yasak yanılışı kar-

⁵⁸ 29 Haziran 2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile değişiklik yapılmadan önce TCK'nın 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında "Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz" hükmü mevcuttu. Maddeye ilişkin gerekçede, "Tasarıda, kişinin bir fiilin hukuk düzenince yasaklandığına ilişkin kaçınılamayacak hatası dikkate alınmamaktaydı. Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesiyle açık biçimde çelişen bu durumun düzeltilmesi zorunluluğu nedeniyle maddeye ikinci fıkra eklenmiştir.

Bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukukun kabul görmez bir davranış olduğunu bilincinde olmalıdır. Ancak, işlenen fiilin kanunlarda suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez.

İşlenen fiilin hukukun kabul görmez bir davranış oluşturduğu hususundaki hatanın kaçınılamaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılamaz olduğunu belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır." denmektedir.

TCK m.4/2'yi ilga eden 5377 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin gerekçesi ise şu şekildedir;

"Kusurluluk açısından önemli olan, kişinin, işlediği fiilin hukukun tasvip edilmez bir fiil olduğunu bilincinde olmasıdır. Ancak, işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak, yani suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez. Hatta, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olduktan sonra; ayrıca cezaya layık bir haksızlık olduğunu bilip bilinmediğinin araştırılmasına gerek yoktur.

Bu bakımdan, 19. yüzyılda ceza hukukuna hâkim olan "Error iuris nocet" ("kanunu bilmemek mazeret sayılmaz") kuralı, yeni Türk Ceza Kanununda "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, klasik ceza hukuku anlayışının bir sonucu olan "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralının kapsamı, büyük ölçüde daraltılmış olmaktadır.

şısında gereksiz olduğu ve TCK'dan çıkartılması yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁵⁹ Belirtmeliyiz ki, yasak yanılıgısı - tipte yanılma kavramları, failin hukuki bilgisizliğine dair durumları da açıkça düzenlemesinden ve ceza kanunları dışındaki kanunların bilinmemesinin hukuki mazeret olarak öne sürülmesinin mümkün olmasından dolayı TCK'nın 4'üncü maddesinde yer alan düzenlemenin gereksiz olduğunu düşünmekteyiz.⁶⁰

Ancak, bu kural, Anayasamızla da güvence altına alınan ceza hukukunda kusura dayalı sorumluluk ilkesini bertaraf eder şekilde yorumlanmamalıdır.

Kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilememiş olabilir. Bu durumda, haksızlık oluşturan fiil açısından kişinin kastı varlığını devam ettirir. Ancak, söz konusu hata, kişinin işlediği haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır.

Bu hatanın kişi açısından kaçınılamaz olması hâlinde, kişi işlediği fiille ilgili olarak kusurlu telakki edilemez. Bu hata hâlinin, 30 uncu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle; kanunun bağlayıcılığı hükmünü düzenleyen 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının madde metninden çıkarılması gerekmiştir.”

⁵⁹ Koca / Üzülmüş, s. 301; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 559.

⁶⁰ Aksi görüş için, Karakurt, s. 139; “Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme yapıldıktan sonra 4. maddenin önemi kalmamıştır. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kast tanımını ‘suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi’ şeklindedir. TCK'nın 4. maddesindeki düzenleme olmasaydı, salt 21. maddede yer alan tanımdan hareketle suçun tipikliğinin de kastın kapsamında olduğunu söylememiz gerekecekti. Bu sonuç tipikliğin biçimsel yönünü düştüğü hukuki hata sebebiyle bilmeyen fakat yaptığı fiilin haksızlığının farkında olan failin cezalandırılmamasını gerektirecektir. Bir başka ifade ile tipikliğin biçimsel yönü konusunda değerlendirme hatası yapan fail 30. maddenin son fıkrasındaki düzenleme işlevini yitirmiş olacaktı. Oysa 4. madde tipikliğin biçimsel yönünü kastın kapsamından çıkarmış ve TCK'nın 30. maddesinin son fıkrasının uygulama alanını 21. madde karşısında güvence altına almıştır.” (Karakurt, s. 139, 140); “Zira kanunu/ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmadığı şeklinde bir hüküm ceza kanununda olmasaydı, kural üzerinde hata suçun manevi unsurunu, yani kusurluluğu kaldırmak suretiyle ceza sorumluluğuna etkide bulunurdu. Kural üzerinde hatanın mazeret sayılmaması ve kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmemesi ve bunun genel bir hüküm olarak kanunda düzenlenmesi, hükmün herkes hakkında ve her koşulda uygulanacağı anlamına gelir. Bu itibarla örneğin, tam olmayan akıl hastası, yaşı on iki yaşından büyük olup on sekiz yaşından küçük olan kimseler gibi ceza ehliyeti tam olmayanlar bakımından da söz konusu kural uygulanır. Dolayısıyla anlama ve isteme yeteneği tam olmayanların kanunu bilmeden suç işlemeleri kendilerini sorumlu olmaktan kurtarmayacaktır.” (Güngör, Devrim, “Kural Üzerinde Hata”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:68, 2007, s.148); “Haksızlık yanılıgısına ilişkin hüküm, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının mutlak bir şekilde uygulanması gerektiği yönündeki eleştirileri bertaraf etmek üzere kanunda alınmıştır. Önceleri hükmün, uygulamada kişileri suç isledikten sonra cezalandırılmaktan kurtarabilecek nitelikte bir düzenleme durumuna gelebileceği yolunda endişeler söz konusu olmuşsa da, bu endişelerin yersiz olduğu görüşü artık hâkimiyet kazanmış

b. Yasak Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Yasak yanılgısı (haksızlık yanılgısı), “kişinin işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemesidir”.⁶¹ Bu durumda failin, işlediği fiil ile oluşan haksızlığın maddiyatına ilişkin bilgisinde herhangi bir eksiklik bulunmamaktadır, ancak fail işlediği fiile hukuk düzenince izin verildiğini düşünmektedir.⁶²

Hukuki yanılma, “yasanın bilinmemesi” olarak tanımlanmaktadır.⁶³ Yasak yanılgısında ise, kişinin işlemiş olduğu fiilin suç teşkil ettiğini bilip bilmemesi önem arz etmediği gibi failin işlediği fiille hangi kanun hükmünü ihlal ettiğini bilmesinin de önemi yoktur. Failin, işlemiş olduğu fiilin hukukun gereklerine, içinde bulunduğu toplumdaki geçerli davranış kurallarına uygun olmadığını bilmesi yeterlidir.⁶⁴ Kişinin hukuki yanılgı içinde bulunduğu ancak haksızlık yanılgısı içinde bulunmadığı durumlar da olabileceğinden hukuki yanılgı ile yasak yanılgısı aynı kavramı ifade etmemektedir. Örneğin “failin içinde bulunduğu hukuki değerlendirme hatası nedeniyle hareketinin yağma değil hırsızlık olduğunu sandığı hâlde failin hukuki hatası bulunmakla birlikte hukuka aykırılık bilincinden yoksun olduğu söylenemez.”⁶⁵

Kanun koyucu, TCK’nın 30’uncu maddesinde suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimsenin, başka bir anlatımla tipte yanılan bir kimsenin kasten hareket etmiş sayılmayacağını düzenlemiştir. Aynı maddeye, 29 Haziran 2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi ile eklenen 4’üncü fıkrada ise “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi”nin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu, yasak yanılmasının doğru olarak kastı etkilemeyeceğini sadece ceza sorumluluğunu etkileyeceğini belirtmiştir. 5377 sayılı Kanun’un gerekçesinde ise işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olma-

bulunmaktadır.” (Güleç, s. 64).

⁶¹ Koca / Üzülmöz, s. 299; Koca, Hata, s. 100.

⁶² Koca / Üzülmöz, s. 299; Koca, Hata, s. 100.

⁶³ Centel / Zafer / Çakmut, s. 424.

⁶⁴ Koca / Üzülmöz, s. 299; Sözüer, yasak yanılgısını veya kendi ifadesi ile hukuka aykırılık bilincini “...fiilin toplumsal düzeninin gereklerine aykırı ve bundan dolayı da hukuk düzenince yasaklanmış olduğunun, diğer bir deyişle fiilin maddi hukuka aykırılığının bilinmesi biçiminde...” tarif etmektedir. (Sözüer, Adem, “Hukuki Hata”, *Yargıtay Dergisi*, C.:21, S.:1-2, Ocak-Nisan 1995, s. 480).

⁶⁵ Karakurt, s. 43.

şı hâlinde kişinin kusurlu sayılmayacağını belirtmek suretiyle, yasak yanılığının kaçınılmaz olması durumunun kusuru kaldırdığını ifade etmiştir. Yargıtay'ın, önceki kanun döneminde vermiş olduğu ve kastın yokluğuna dayandırdığı bazı kararlarında esasen manevi unsurun bulunamaması değil, işlediği fiilin haksızlık niteliği esas alınarak çözüme gidilmesi gereklidir.⁶⁶

Kusurluluk, işlediği fiille ilgili olarak kişinin iradesinin oluşum sürecindeki şartlarının tespiti ve bu tespite dayanılarak gerçekleştirdiği fiil dolayısıyla failin şahsen cezalandırılması gerekip gerekmediği, diğer bir anlatımla kınanabilirliği hususundaki yargıyı ifade etmektedir.⁶⁷ Kişinin gerçekleştirmiş olduğu bir haksızlıktan bahisle kınanabilmesi için toplumsal hayatı düzenleyen hukuk normlarının gereklerine uygun davranmak, haksızlık yapmamak imkân ve kabiliyetine sahip olmasına rağmen, hukuka aykırı davranışı gerçekleştirmesi gereklidir.⁶⁸ Bu kınanabilirlik için de, kişinin hukuka aykırı davranış içinde olduğunun bilincinde olması gereklidir ki, yasak yanılığı içinde olan kişi hukuka aykırılık bilincinden yoksun bir kişidir.

Yasak yanılığı kapsamında ceza sorumluluğunu kaldıran ve kişinin kusurlu olmadığı sonucuna bizi götüren yanılığın çeşidi, kaçınılmaz yanılığdır. Eğer failin düştüğü yanılığın veya eyleminin haksızlık oluşturduğu konusundaki yanılığı kaçınılabılır nitelikte ise ceza sorumluluğu, kınanabilirliğin azalmasına rağmen devam edecektir.⁶⁹

Yanılığın kaçınılabilirliği; kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları, kişisel yetenekleri, mevcut bilgisini kullanmasının ondan ne ölçüde beklenebilir olduğu ve hukuksal - ahlaksal değer yargıları göz önünde bulundurularak

⁶⁶ "İşyerinde atalarından intikal ettiğini söylediği bir adet II. Mahmut dönemine ait çeyrek altın bulunduran sanıkta suç kastının mevcut olup olmadığı karar yerinde tartışılmadan mahkûmiyetine karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır." (Yargıtay 1.CD., 26.9.2001, 8661) (Hakeri, s. 398).

"Failin, kocasının ölümü ile dul kalan kızını gayri meşru bir maksada mukarin olmaksızın ve himaye ve sahabet niyeti ile meşru bir hareket olduğu kanaatiyle zorla evine götürmesi" hâlinde suç kastı yoktur. (Yargıtay 1.CD., 23.12.1955, 3827) (Hakeri, s. 399).

⁶⁷ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 475; Koca / Üzülmez, s. 300.

⁶⁸ Koca / Üzülmez, s. 300; Karakurt, s. 141.

⁶⁹ Koca / Üzülmez, s. 300.

belirlenecektir.⁷⁰ Nitekim Yargıtay bir kararında, yasak yanılığının belirlenmesinde kişinin içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşullarını göz önüne almıştır.⁷¹ Söz konusu ölçütler uygulanarak kişinin içinde bulunduğu yasağa ilişkin yanılığın kaçınılmaz olduğu kanaatine varılması hâlinde kişi kusurlu sayılmayacak ve dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Ancak yanılığın kaçınılabilir olduğu durumlarda ise kusurun varlığı kabul edilecektir. Yanılığın kaçınılabilir olduğu durumlarda, kişinin kınanabilirliğinin azaldığı bir gerçeklik olduğu hâlde, ilgili kanun metninde cezada indirimle ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak madde gerekçesinde, yanılığın kaçınılabilir olması durumunun, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabileceği ifade edilmiştir. Belirtelim ki, Alman Ceza Kanunu'nun 17'nci maddesinde, yanılığın kaçınılabilir olması hâlinde aynı Kanun'un 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen şekilde cezada indirimle gidilebileceği açıkça ifade edilmiştir.⁷²

Öğretide yasak yanılığının yetkili makamların veya hukukçuların açıklama ve kararlarından büyük ölçüde etkilenilmesi durumunda kaçınılmaz sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır. Bu konuda öğretide iki farklı düşüncenin bulunduğunu belirtmeliyiz. Bir görüşe göre yetkili makamların ve hukukçuların açıklamaları ve kararları yasak yanılığını kaçınılmaz hâle getirir.⁷³ Bu konuda Yargıtay'ımızda, 765 sayılı Kanun zamanında vermiş olduğu bir kararında, sonucu hatalı olmakla birlikte bu konuya temas etmiş ve yetkili makamların yönlendirmele-

⁷⁰ Hakeri, s. 399.

⁷¹ "Mahkûmiyetlerine ilişkin kararlar kesinleşen diğer sanıkların devlet ormanında kaçak olarak kestikleri tespit edilen emvali nakletmenin, çevresinde orman bulunan bir yerleşim bölgesinde oturup nakliyecilik yapan ve orman yasası uyarınca suç oluşturduğunu bilmesi gereken sanık Ahmet'in..." (Yargıtay 3.CD., 07.07.1982, 236) (Karar için bkz. Hakeri, s. 385, 324).

⁷² Bkz. madde metni için Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried, 15 Mayıs 1871 tarihli *Alman Ceza Kanunu*, İstanbul 2009, s. 18.

⁷³ Ozansü, Mehmet Cemil, "Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı", in: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Ankara 2006, s. 400; "Böylece, örneğin; yerleşmiş bir yargısal içtihadı dayanarak hareket eden (...) veya bir savcıya bir eylemin suç oluşturup oluşturmadığını soran ve oluşturmadığı konusunda ayrıntılı bilgi aldıktan sonra eylemi gerçekleştiren kişinin sakınlamayacak bir hukuksal yanılığın içinde bulunduğu kabul etmek gerekecektir." (Hakeri, s.398), Roxin, Claus, "Yasağa İlişkin Yanılma", (Çev.:Osman İsfen), in: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Ankara 2006, s. 271; Karakurt, s. 148.

rine değer tanımıştır.⁷⁴ Sahir Erman, memurun görevi dâhilinde olan hususlarda yapmış olduğu işlemlerle, faili yanılmasının mazeret olarak kabul edilmesi gerektiğini, buna karşılık resmi merci bir yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ihmal ediyorsa, bu durumun mazeret olarak ileri süremeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca Yazara göre mahkeme kararlarının sadece tarafları bağlamasından dolayı, mahkeme kararlarının davanın tarafı olmayan faili yanılması hâlinde ortada bir mazeret bulunmamaktadır.⁷⁵

Diğer bir görüş ise idare tarafından kanun hakkında yapılan yanlış yoruma dayanarak suç işlenmesi hâlinde, yasak yanılığının kaçınılmaz olmadığını ve ceza sorumluluğunun devam ettiğini ifade etmektedir. Kanunun uzun zamandır uygulanmaması veya bir avukatın vermiş olduğu yanlış bilgiye dayanarak suç işlenmesi hâlinde, yasak yanılığının kaçınılmaz olmadığı da belirtilmektedir.⁷⁶

5. Tipte Yanılma

a. Suçun Maddi Unsurlarında Yanılma

Yanılmayı düzenleyen TCK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında "suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar"dan bahsedilmektedir. Suçun maddi unsurları, suç tipinde yer alan ve fiilin tipe uygun

⁷⁴ "Kolluk tarafından yapılan bu işlemlerin yasal olmadığı ve sanığa silah bulundurma ya da taşıma yetkisi vermeyeceği hiçbir duraksamaya yol açmayacak biçimde tartışmalıdır. Ancak, 6136 Sayılı Yasanın 13 nci maddesinde düzenlenen yasak silah taşımak veya bulundurmamak suçu bir cürümdür. Sanıkta suç işleme kastının (manevi unsur) bulunup, bulunmadığı üzerinde durmak gerekir. Sanık Jandarmanın telkin ve tavsiyesine uyarak edindiği suça konu yasak ve ruhsatsız silahı, Jandarma Bölük Komutanlığının muayenesine sunmuş, yapılan muayeneden sonra kendisine teslim edilen silahın, muayenesinin yapıldığına dair bir de yazı verilmiştir. Sanık, Jandarmanın verdiği yasal olmayan bu yazıya güvenerek ve dayanarak silahla mermilerini evinde bulundurmıştır. Olayın bu akışı içinde sanıkta suç kastının varlığından söz edilemez. Bu itibarla yüklenen suçun manevi unsuru (kast) yoktur. Ancak, sanıkta yakalanan silah ve mermiler yasal bir izne dayalı olarak bulundurulmadığından ve bizaatili bulundurulması taşınması yasak eşya olduğundan T.C.Y.nın 36/2 nci maddesi uyarınca zorunlu karar verilmesi isabetlidir." (YCGK, 24.12.1996, 296) (Karar için bkz. Karakurt, s. 148, sn.152; Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, I, s. 782); bu ayrımlar hakkında detaylı bilgi için Hafizoğulları, Hukuki Bilmeme, s. 199 vd.

⁷⁵ S.Erman, s. 526 vd.

⁷⁶ Karakurt, s. 148, 149; Güngör, s. 158; Avukat tarafından yapılan tavsiyelerin cezai sorumluluğa etkisi konusunda ayrıca bkz. Gur-Arye, Miriam, "Reliance on a Lawyer's Mistaken Advice - Should It be an Excuse from Criminal Liability", *American Journal of Criminal Law*, Vol.:29, 2002, s. 455 vd.

kabul edilmesi için bulunması zorunlu olan olay veya olgular şeklinde ifade edilebilir.⁷⁷ Suçun maddi unsurları konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Nitekim *Artuk-Gökçen - Yenidünya*, suçun maddi unsurlarını hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurları şeklinde ifade etmektedir.⁷⁸ *Hakeri*, suçun maddi unsurları içine hareket, netice, nedensellik bağı alırken; fail, mağdur, suçun konusu ve nitelikli hâlleri tipiklik başlığı altında incelemektedir.⁷⁹ *Koca - Üzülmez* ise *Artuk-Gökçen-Yenidünya*'ya benzer bir şekilde ama tipikliğin maddi unsurları başlığı altında hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurları incelemektedir.⁸⁰

Suçun maddi unsurlarına hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurların dâhil olması gerektiği fikrindedir. Bu maddi unsurlardan cezanın artırılması veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlar, TCK'nın 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında ayrıca düzenlendiği için bu başlık altında incelenmeyecektir. Suçun diğer maddi unsurları ise konumuzla ilgili olduğu ölçüde ele alınacak ve yanılma kavramı açısından değerlendirilecektir.

Suçun maddi unsurlarında yanılmanın, failin cezai sorumluluğuna etkisi konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar tarafından, suçun maddi unsurlarında yanılma durumunda, cezai sorumluluğun devam edip etmediği konusunda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre; yanılmanın kaçınılmaz olması durumunda yani failin aklı ve mantığını daha dikkatli ve özenli şekilde kullanması hâlinde dahi yanılığını önleyemeyecek durumda bulunması hâlinde kast ortadan kalkacaktır. Buna karşın, kaçınılması mümkün olan bir yanılma hâlinde manevi unsurda bir değişiklik olmayacaktır. Bu görüş, yanılmanın kaçınılabilir olduğu durumlarda, failde dikkat ve özen eksikliğinin başka bir anlatımla taksirin bulunduğu, kaçınılabilir hatanın kusurluluğu etkilediğinin doğru olmadığı, failin ancak taksiri sebebiyle cezalandırılabilirliği noktalarında eleştirilmiştir.⁸¹

⁷⁷ Karakurt, s. 115.

⁷⁸ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 388.

⁷⁹ Hakeri, s. 119 vd.

⁸⁰ Koca / Üzülmez, s. 103 vd.; Karakurt, suçun maddi unsurlarını suçun konusu, fiil, netice, fail, nedensellik bağı, mağdur ve suçun ağırlatıcı ve hafifletici sebepleri olarak ifade etmektedir (Karakurt, s. 115).

⁸¹ Dönmezer / Erman, II, s. 314, 315; Özgenç, açık bir şekilde yanılmanın kaçınılabilirliği ayırımına gitmeden yanılmanın kastı ortadan kaldıracağı ancak meydana

Suçun maddi unsurlarında yanılmanın esaslı veya kaçınılmaz olarak olup olmamasının önemli olmadığı, tipte yanılmanın da, hukuki yanılma gibi cezai sorumluluğun üzerinde etkisinin olmaması gerektiği, ancak kişinin cezai açıdan sorumlu tutulabilmesi için bir takım unsurları veya hâlleri bilmesinin gerekli olduğunun aranması durumunda tipte yanılmanın cezai sorumluluğunu etkileyeceği de savunulan diğer bir görüştür.⁸²

Diğer bir görüşe göre yanılma, taksirden ileri gelmemesi durumunda cezai sorumluluğu etkileyecektir. Eğer kişinin yanılığa düşmesinde taksiri yoksa yanılmadan irade lehine istifade edecek ve cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bununla birlikte kişinin yanılığısı taksirinden dolayıysa işlenen suçun niteliğinin göz önünde bulundurulması gereklidir. Eğer işlenen suç kasten işlenen bir suç ise ve taksirli hâli söz konusu değilse kişinin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.⁸³ Buna karşın işlenen suçun taksirli hâli söz konusu ise taksirli suçtan dolayı kişi sorumlu tutulacaktır.⁸⁴ Çalılık arkasında bir şeyin hareket etmekte olduğunu görüp de, bunu av hayvanı sanarak ateş eden fakat bir insanı öldüren avcının iradesi ile gerçek arasında bir uyumsuzluk bulunduğundan hata hâlinde olduğu açıktır.⁸⁵ İnsan öldürme suçu

gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ilke karşılaşılacağına sonucuna ulaşıldığı ve söz konusu hukuki değer in taksirle de ihlal edilebileceğinin kanunda düzenlenmesi hâlinde takdirde taksirli sorumluluğun gündeme geleceğini belirtmektedir. (Özgenç, s. 406; aynı şekilde Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Baskı, Ankara 2006, s.418).

⁸² Dönmezer / Erman, II, s. 315.

⁸³ "Minibüs şoförü olan sanığın, müştekiye ait bagajdaki bavulunu yanlışlıkla başka bir yolcuya vermesi şeklindeki eyleminde münnet suç unsurları itibarıyla oluşmadığından beraati yerine mahkûmiyetine hükmolunması, yasaya aykırıdır." (11. CD, 12.10.2000, 4407) (Hakeri, s. 382). Esasen olayımızda hataya düşülme idi herkes kendi bavulunu alacağından dolayı fiil suç teşkil etmeyecekti. Ancak minibüs şoförü gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bavulları karıştırmayacaktı. Hataya taksiriyle sebebiyet verdiği açıktır. Fiile uyan güveni kötüye kullanma suçunun (TCK m.155), taksirli hâli söz konusu olmadığından dolayı failin cezai sorumluluğu olmayacaktır. Bununla birlikte güveni kötüye kullanma suçunun taksirli hâli mevcut olsa idi, hataya taksiriyle sebep olduğundan dolayı taksirle işlenen fiilden cezai sorumlu olacaktır.

⁸⁴ Dönmezer / Erman, II, s. 315.

⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1995 yılında vermiş olduğu bir kararda, suçun maddi unsurlarında yanılma hâlini, doğrudan kastın yokluğuna gönderme yaparak çözmüştür. Karar şu şekildedir; "Olay gecesini saat 22.00 sıralarında sanığın duyduğu sesin atını ürkütmesi ve bu sesi ayı sesine benzetmesi nedeniyle paniğe kapılarak sesin geldiği tarafa doğru av tüfeği ile bir el ateş ettiği, fişegin maktule isabet

(TCK m.81) bakımından avcı, kastının bulunmamasından dolayı sorumlu olmayacaktır. Ancak insan öldürme suçunun taksirli hâli (TCK m.85) bulunduğu ve avcının gerekli dikkat ve özeni göstermesi hâlinde çalılığın arkasındaki varlığın insan olduğunu anlayacak olmasından dolayı taksirle öldürme suçundan sorumlu olacaktır.⁸⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2008 tarihli bir kararında verilen örneğe benzer bir durumda taksirle öldürme fiilinden dolayı sorumluluğun gerektiğine karar vermiştir.⁸⁷

Bu noktada, konunun yukarıda belirtilen görüşler doğrultusunda daha iyi anlaşılabilmesi için suçun maddi unsurlarında yanılmanın kasten işlenebilen ve taksirle işlenebilen suçlar bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Kasten işlenebilen bir suçun maddi unsurlarında yanılma hâlinde iki durum karşımıza çıkmaktadır. Fa-

sonucu ölümün meydana geldiği anlaşıldığından, öldürme kastı bulunmayan sanığın eylemi tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturur." (YCGK, 19.6.1995, K.217) (Hakeri, s. 381).

⁸⁶ Dönmezer-Erman, II, s. 315;

⁸⁷ "5237 sayılı Yasanın 30/1. fıkrasında yer alan düzenleme suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisizliği, eksik veya yanlış bilgiyi ifade eder. Fail suçun tanımındaki tüm maddi unsurları bilmelidir. Failin bilmesiyle gerçek arasında bir çelişki, uyumsuzluk varsa burada hata vardır. Bu hata suça ilişkin kastı ortadan kaldırır. Ancak, bu kişi gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, böyle bir netice ile karşılaşmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliriyorsa, taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olur. Bu haksızlık kanunda suç olarak tanımlanmışsa, fail taksirle sorumluluğundan cezalandırılır. Somut olayda, sanık kardeşini sınıp zannederek ona ateş etmiş ve onu öldürmüştür. Bu durumda, kasten öldürme suçunun konusu insan olduğundan, suçun maddi unsurlarından olan 'suç konusu'nda yanılıya düşen sanığın 'suç kastı' ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla 'kasten öldürme' veya 'olası kastla öldürme' suçlarından cezalandırılmayacaktır.

Kural olarak suçlar ancak kastla işlenebilir. Yasada açıkça gösterilen durumlarda ise taksirle de suç işlenebilir. 5237 sayılı Yasada 'öldürme' suçu taksirle işlenebilecek suçlar arasında düzenlenmiştir. Somut olaya dönüldüğünde, pencerenin önünde hareket eden cismin sınıp olduğunu zannederek ateş ettiği kabul edilen sanığın eylemi sırasında; 'suçun konusu' ile ilgili olarak hataya düşmesi nedeniyle, 'doğrudan kastla', orada bir insan olduğunu öngörmediği kanaati hâsıl olduğundan da 'olası kast' veya 'bilinçli taksirle' hareket ettiği söylenemez.

Buna karşılık; sanık, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi ya da başka bir deyişle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı, kardeşinin ölümü şeklinde gerçekleşen neticeyi öngörebilirdi. Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ortamdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sınıplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sınıp zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etmek suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi 'taksirle öldürme' suçunu oluşturacaktır." (CGK, 15.07.2008, 192) (Hakeri, s. 383).

ilin iradesi ile gerçek arasında bir uyum bulunması hâlinde fiil suç teşkil etmeyecek olması birinci durum; irade ile gerçek arasında bir uyum bulursa dahi fiil başka bir suçu teşkil edecek olması da ikinci durumdur.

Birinci durumda ortaya çıkan yanılma esaslı bir yanılmadır ve bu yanılma kastı ortadan kaldıracaktır. İkinci durumda ise yanılma esaslı bir yanılma olarak kabul edilmeyecek ve kişinin cezai sorumluluğu bulunacaktır.⁸⁸ Trenden inen bir yolcunun kendi bagajı yerine bir başkasına ait bagajı alması hâli birinci duruma örnektir.⁸⁹ Zira fail yanılığa düşmemiş olsa idi, yani iradesi ile gerçek arasında uyum bulursa idi kendi bagajını almış olacaktı. Kişinin kendi bagajını alması ise herhangi bir suça sebebiyet vermeyecektir. İkinci duruma örnek olarak kaybedilmiş bir nesne olduğu inancı ile başkasına ait bir eşyayı alan kişinin durumu verilebilir. Burada kişi yanılığa düşmemiş olsa idi, başka bir anlatımla iradesi ile gerçek arasında bir uyumsuzluk bulunmasa idi eylemi kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunu (TCK m.160) oluşturacaktır.⁹⁰ Failin böyle bir durumda cezai açıdan sorumlu olacağı açık olmakla birlikte hangi suçtan dolayı sorumlu olacağı hususu izaha muhtaçtır. İkinci durumda irade ile gerçek arasındaki ayrılık, irade lehine çözümlenecek ve fail gerçekte işlenmiş olan suçtan dolayı değil, gerçekleştirmeyi kastettiği suçtan dolayı sorumlu olacaktır.⁹¹

Taksirli suçlarda yanılmanın, taksirin mahiyetinde yanılmanın da bulunmasından dolayı cezai sorumluluğu etkilemeyeceği, kastı kaldırmasına rağmen taksirin varlığına engel olmayacağı yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe karşın taksirli suçlarda yanılmanın, taksirden dolayı sorumluluğu etkileyebileceği ileri sürülmüştür. Buna göre kişinin yanılığa düşmesinde taksirinin bulunup bulunmadığının araştırılması gereklidir. Kişi, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen yanılığa düşmüşse, yanılmanın mevcudiyetine rağmen taksirden dolayı sorumluluk mümkün değildir.⁹² Kanaatimizce de, taksirli suçlarda suçun oluşumu için gerekli olan manevi unsurun taksir olması, doğası gereği taksirin içinde yanılmanın da bulunması

⁸⁸ Dönmezer / Erman, II, s. 315, 316.

⁸⁹ Dönmezer / Erman, II, s. 316.

⁹⁰ Hakeri, s. 383; ayrıca bkz. Dönmezer-Erman, II, s. 319, 320; Karakurt, s. 117.

⁹¹ Hakeri, s. 383; Dönmezer-Erman, II, s. 317.

⁹² Dönmezer / Erman, II, s. 317, 318; Koca / Üzülmüş, s. 231.

farklı, kişinin iradesi ile gerçek arasındaki uyumsuzluğa kendi taksiri ile neden olup olmadığı farklı bir şeydir. Bazı durumlarda, taksirle işlenen bir suça rağmen, kişinin yanlıya düşmesinde taksiri bulunmayabilir. Doğaldır ki bu durumda, kişi cezai açıdan sorumlu olmayacaktır.

Bir eczacının, reçeteyi yanlış okuduğundan dolayı hatalı ilaç vererek hastanın ölümüne yol açması durumunda, yanlısının cezai sorumluluğunu etkilemeyeceği, taksirle öldürme fiilinden sorumlu olacağı açıktır. Eczacı, reçeteyi doğru okusa idi netice gerçekleşmeyecekti. Ancak, eczacının bilgisi dâhilinde bulunmaksızın ilaçların yerinin değiştirilmesinden dolayı yanlış ilacın verilmesi hâlinde, eczacının yanılma hâlinde taksirinin olduğundan bahsedilemeyeceğinden cezai sorumluluğu olmayacaktır.⁹³

Tipte yanılmada, failin suçun unsurlarının söz konusu olayda olduğu konusunda şüphesinin bulunması durumunu açıklığa kavuşturmak gereklidir. Yukarıda da izah edildiği üzere, şüphe yanılmadan farklı bir kavramdır. Şüphe hâlinde kişinin bilgisi mevcuttur ancak mevcut olan bilgi iki hareket şekline birini seçmesi için faille yeterli olmamaktadır. Bu durumda, failde suçun kanuni tanımındaki unsurların da gerçekleşebileceğine ilişkin küçük de olsa bir öngörü mevcuttur. Bu noktada failin doğrudan kast ile olmasa da olası kast ile hareket ettiği sonucuna varabiliriz.⁹⁴

Yukarıda ifade edilen ve suçun maddi unsurlarında yanılmanın, failin ceza sorumluluğuna etkisini izah eden tüm görüşler, yanılmanın kaçınılmaz/esaslı⁹⁵ veya kaçınılabılır/esaslı olmayan ayrımına göre sonuca gitmeye çalışmıştır. TCK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yanılma konusunda kaçınılmaz/esaslı veya kaçınılabılır/esaslı olmayan şekilde bir ayrım yapılmamıştır. Bununla birlikte, yanılma dolayısıyla taksirli sorumluluk hâlinin saklı tutulmasından dolayı,

⁹³ Hakeri, s. 384; Dönmezer / Erman, II, s. 318.

⁹⁴ Bkz. aynı şekilde Demirel, s. 107.

⁹⁵ "Hataya düşmek hususunda kişinin herhangi bir biçimde kınanamaması ve ortalama her insanın aynı hataya düşmesinin olağan kabul edilmesi hâlinde kaçınılmaz hata söz konusudur. Buna karşılık, dikkatli ve özenli davranılması hâlinde hatanın önüne geçilmesinin mümkün olduğu hâllerde, hatanın kaçınılabılır olduğu kabul edilir." (Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2011, s. 394).

maddi unsurlarda kastı kaldıran yanılmanın, dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etmek suretiyle önleyemeyeceği bir yanılma olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

Suçun maddi unsurlarına göre yanılma hâllerinin cezai sorumluluğa etkisinin ayrıca incelemesine geçmemiz gereklidir. Suçun konusunda yanılma da, maddi unsurlara ilişkin bir yanılmadır. Bu yanılma, suçun konusunun aidiyetine veya bir özelliğine ilişkin olabilir.⁹⁶ Suçun konusunun nevi'ne göre yanılma şahıs hakkında olabileceği gibi (error in persona), eşya üzerinde de (error in objekto) olabilir.⁹⁷ Failin suçun konusuna ilişkin tasavvuru ile gerçekleşen fiilin konusu aynı değerde olması veya failin hatalı olarak aynı değerde kabul etmesi durumunda suçun konusuna ilişkin yanılma önemsiz bir yanılma olacaktır. Failin A'yı öldürmek isterken B'yi öldürmesi durumunda, esaslı bir yanılma söz konusu değildir. Zira fail hataya düşmeseydi, fiil suç teşkil etmeyecekti denilemeyecektir. Kanun nezdinde suçun şu veya bu kimseye karşı işlenmesi bakımından bir farklılık söz konusu olmayacaktır.⁹⁸ Türk Ceza Kanunu'nun, insan öldürme suçunu düzenleyen 81'inci maddesinde A veya B kişinin öldürülmesini değil, insanın öldürülmesini düzenlemesinden hareketle de aynı sonuca çıkmak mümkündür. Şahısta yanılma, 765 sayılı TCK'da 52'nci maddede⁹⁹ düzenlenmişti. Buna göre, şahısta yanılma hâlinde, zarar gören şahsın sıfatından kaynaklanan ağırlatıcı hâller faile uygulanmamaktaydı. 765 sayılı Kanun'un 52'nci maddesine benzer bir hüküm, TCK Tasarısında mevcut olmasına rağmen yasalaşma çalışmaları esnasında metinden çıkarılmıştır. Söz konusu düzenlemenin metinden çıkarılmasına ilişkin gerekçede "*Şahısta hata*¹⁰⁰aslında bir ve ikinci fıkra hükümleri bağla-

⁹⁶ Koca / Üzülmüş, s. 230.

⁹⁷ Koca / Üzülmüş, s. 230; Özbek, s. 84.

⁹⁸ Koca / Üzülmüş, s. 230; Dönmezer / Erman, II, s. 323; Özbek, s. 85; Gözübüyük, Pulat, "Ceza Hukukunda Yeni Cereyanlar, Modern Ceza Hukukunda Hata Meselesi", *Adliye Ceridesi*, Y.:33, S.:1, 1942, s. 48).

⁹⁹ "Bir kimse, bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlemiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhafafeden istifade eder."

¹⁰⁰ "Sanık öldürücü nitelikte bir silah olan tabancasını insanların bulunduğu salon ve odaya doğru ufki vaziyette tutarak iki el ateş etmiş olmasına göre, orada bulunanlardan birinin vurulup ölebileceği bilinci içindedir. Sanık kalabalığa ateş ederek bir kişi öldürmüş olmasına göre adam öldürmek kastıyla hareket etmiş ve fakat

mında düşünülmesi gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür” denilmiştir. Kanaatimizce de, şahısta yanılma hâlinde, şahsın sıfatının suçun unsuru olarak düzenlendiği durumlarda TCK m.30/1, suçun nitelikli hâli olarak düzenlendiği durumlarda ise TCK m.30/2 uyarınca çözüme gidilebileceğinden ayrı bir hükme gerek bulunmamaktadır.

Failin tasavvur ettiği suç ile gerçekleşen suçun konusunun aynı değerde olmaması durumunda ise yanılmanın esaslı bir yanılma olduğu değerlendirilmektedir. Örneğin insan öldürme amacıyla tabancasını ateşleyen şahsın, eşyaya zarar vermesi hâli.

Suçun konusunda yanılma hâlinde, bir suçun mu yoksa birden fazla suçun mu işlenmiş olduğu hususunda öğretilerde, tek suçun oluştuğu noktasında bir uzlaşma bulunduğunu belirtebiliriz. *Koca-Üzülmez'in*, hedefte sapma için belirttiği tasavvur edilen konu bakımından teşebbüs, gerçekleşen konu bakımından ise eğer kanunda ayrıca öngörülmüşse taksirli sorumluluğunun gündeme gelebileceği görüşünü suçun konusunda yanılma bakımından belirtmemesinden dolayı, yazarların suçun konusunda yanılma hâlinde tek suçun oluşacağı kanaatinde olduklarını söylemek mümkündür.¹⁰¹ *Özbek, Koca-Üzülmez'e* benzer şekilde, ortada tek neticenin bulunduğundan bahisle, failin hem gerçekleştirmek istediği hem de gerçekleşen suçlardan ayrı ayrı sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir.¹⁰² *Dönmezer-Erman* ise 765 sayılı Kanun zamanında ifade edilen ancak 5237 sayılı Kanun zamanında da güncelliğini koruyan görüşlerinde; ortada biri kastedilip de gerçekleşmeyen netice bakımından teşebbüs hâlinde kalmış bulunan kasten işlenen suç, diğeri ise kasti olmayan şekilde gerçekleşen netice bakımından taksirli suç olarak iki suçun bulunduğu sonucuna varılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.¹⁰³ *Hakeri* ise, *Önder'e* atfen üzerinde ittifak bulunduğunu belirttiği görüşünde, “Gerçekten, fail iradenin gerçekleştirildiği safhada yanılmakta ve istemediği netice gerçekleşmiş olsa dahi, neticeyi gerçekleştirmek istediği konu ile gerçekleşen konu aynı nitelikte olduğu

özel olarak ölmüş olanı öldürmek istememiştir. Burada adam öldürmek istemisi kastın varlığı ve suçun sübutu için yeterlidir.” (YCGK, 5.3.1979, K.95) (Hakeri, s. 395).

¹⁰¹ Koca / Üzülmez, s. 231.

¹⁰² Özbek, s. 85.

¹⁰³ Dönmezer / Erman, s. 324.

taktirde, fiil kasten işlenmiştir, suç tektir; zira kanun aynı nitelikteki hukuki konuları aynı şekilde korur (...) Gerçekten de, şahısta yanılma (tek neticeli yanılma), hiçbir zaman esaslı bir yanılma olarak kabul edilemez.” hususlarını ifade etmektedir.¹⁰⁴ Öğretideki bu uzlaşmaya karşın Yargıtay 2008 tarihli bir kararında şahısta yanılma hâlinde iki ayrı suçun bulunduğuna karar vermiş ve iki suçtan ayrı sorumluluğa hükmetmiştir.¹⁰⁵

Suç ile korunan hukuki değer sahibi olan mağdurda yanılma hâlinde, kişi kasten hareket ettiği gibi kusurluluğunun da etkilenmeyeceği sonucuna varmamız gerekir. Zira suç ile korunan hukuki yararın kime ait olduğu ve kimlerin hukuki yararlarının zarar gördüğü hususunda yanılma hâlinde ceza sorumluluğu etkilenmeyecektir. A'nın, bir kişinin malına kasten zarar vermesi durumunda, malın B veya C'ye ait olmasının ceza sorumluluğu bakımından bir önemi bulunmayacaktır.¹⁰⁶

Nedensellik bağı da, suçun maddi unsurlarına dâhil olduğundan failin kastının kapsamı gereken bir unsurdur. Şekli suçlar veya neticesi harekete bitişik suçlarda, ayrı bir netice veya hareketten ayrı bir netice bulunmadığından dolayı nedensellik bağının tespiti ayrı bir sorun yaratmayacaktır. Ancak maddi suçlar veya neticesi hareketten ayrılabilen suçlar bakımından ise failin tasavvur ettiği nedensel süreçten farklılık göstermesi durumlarını ayrıca incelemek gereklidir. Nedensellik bağındaki önemsiz değişiklikler ceza hukuku bakımından önem arz etmeyecektir. Örneğin fail, mağduru köprüden atarak nehirde öldürmeyi planlasın, ancak köprüden atıldığında mağdur nehre düşmeden önce, kafasını kayalıklara çarparak ölmesi durumunda nedensel süreçteki yanılma önemsiz bir yanılma olacak ve kasten öldürme suçundan sorumluluk devam edecektir. Bununla birlikte nedensellik bağının, bağımsız başka bir sebeple kesilmesi durumunda neticeden faili

¹⁰⁴ Hakeri, s. 394.

¹⁰⁵ Yargıtay 1.Ceza Dairesinin, 26.9.2008 tarihli ve 6771 sayılı kararına “ (...) konu olayda kendisine hakaret eden kayınbiraderine yönelik olarak ateş eden ve kayınbiraderinin eve girerek saklanması üzerine pencerelerden evin içine ateş eden ve bu sırada evin kapısını açarak dışarı çıkan eşine de ateş ederek öldüren failin kayınbiraderini öldürmeye teşebbüs ve eşini ise olası kastla öldürme suçlarından dolayı sorumlu tutulması gerektiği açıklanmıştır.” (Hakeri, s. 396).

¹⁰⁶ Özbek, Veli Özer / Kanbur, M.Nihat / Bacaksız, Pınar / Doğan, Koray / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 404.

sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Örnek olarak öldürme kasıtlıya açılan ateş sonucu yaralanan mağdurun hastaneye kaldırılırken ambulansın kaza yapması sonucu ölmesi durumunda, fail tarafından tasavvur edilen nedensellik bağı, bağımsız bir sebep dolayısıyla ke-sintiye uğramaktadır. Bu durumda fail, adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.¹⁰⁷

Tipikliğe dâhil olmasına rağmen, suçun maddi unsurlarına dâhil olmayan şahsi cezazırlık sebepleri, cezayı ortadan kaldıran ya da azaltan şahsi sebepler, objektif cezalandırılabilme koşullarının varlığında düşülen hatanın kasta herhangi bir etkisi söz konusu olmayacaktır. Çünkü bahsi geçen durumların, failin kastına dâhil olması gerekli değildir.¹⁰⁸ Örneğin, görevi kötüye kullanma suçunda fail, görevini kötüye kullanmasına rağmen kişilerin mağduriyetine sebep olmadığını düşünse ancak gerçekte kişilerin mağduriyetine sebep olsa hatasından istifade edemeyecektir.¹⁰⁹ Objektif cezalandırılabilme koşulu olan kişilerin mağduriyetine sebep olma durumu, kastın kapsamına dâhil olmadığından dolayı bu konudaki hata kastı etkilemeyecektir.

Tersine unsur yanılığında ise fail, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları gerçekleştirdiği bilinciyle hareket etmekte ancak yanılığından dolayı maddi unsurları gerçekleştirememektedir. Başkasının yerine kendi malını alan kişi, tersine unsur yanılığında içindedir. Tersine unsur yanılığında, TCK m.30/1'de düzenlenmemiştir. Konu işlenemez suç¹¹⁰ kuralları kapsamında çözümlenecektir.¹¹¹

¹⁰⁷ Özbek, s. 86; Özbek / Kanbur / Bacaksız / Doğan / Tepe, s.406; Ayrıca bkz. Karakurt, s. 120, 121; "...failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, sadece hareket ve neticeyi değil, aynı zamanda nedensellik sürecinin esaslı noktalarını da bilmesi gerekmektedir. Fakat nedensellik sürecinin çoğunlukla eksiksiz bir şekilde bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle, fail neticeyi gerçekleştirmek istediği hâlde, bu neticenin gelişimi atipik olmadığı ve objektif olarak neticenin faille yüklenebilmesi mümkün olduğu takdirde, nedensellik bağındaki yanılmalar önemli değildir. Buna karşılık, failin tasavvuruna göre nedensellik bağındaki esaslı sağmalar istisnai tarzda failin başka bir şekilde hukuki değerlendirmesini gerektiriyorsa, bu takdirde kastı ortadan kaldıran bir unsur yanılığında söz konusu olacaktır." (Koca / Üzülmez, s. 232); Hakeri, s. 388.

¹⁰⁸ Hakeri, s. 385, 386; Koca / Üzülmez, s. 232.

¹⁰⁹ Hakeri, s. 386.

¹¹⁰ İşlenemez suç hakkında detaylı bilgi için bkz. Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından 223, Tarihsiz.

¹¹¹ Karakurt, s.114; Koca - Üzülmez, s.232; Özgenc, s.406; Özgenc, Gazi Şerhi, s.418.

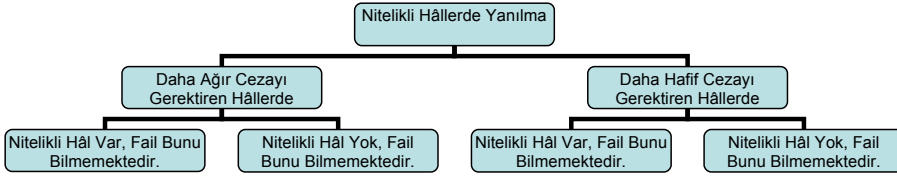
b. Suçun Nitelikli Hâllerinde Hata

Suçun nitelikli hâlleri, daha fazla veya daha az cezayı gerektiren hâlleridir. TCK'na göre; *“Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından...”* yararlanacaktır.

Kanun koyucu, suçun nitelikli hâllerinde yanılmanın ceza sorumluluğuna etkisini, ne suçun unsurlarında yanılmanın kastı ortadan kaldıracığı şeklinde, ne de ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan hâllerde olduğu gibi *“kaçınılmazlık”* kıstasına başvurarak düzenlemiş, sadece ilgili kişinin hatasından yararlanacağını belirtmiştir.

Suçun nitelikli hâllerinde fail, suçun temel şekline ilişkin unsurlarda herhangi bir yanılığa düşmüş değildir. Fail, suçun daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda yanılma içindedir. Suçun nitelikli hâllerinde yanılmanın, suçun maddi unsurlarıyla bağlantılı olarak değerlendirilerek failin kastını etkilediğini kabul etmek gerekmektedir.¹¹²

Nitelikli hâllerde yanılma karşımıza şu şekilde çıkabilir;



Daha ağır cezayı gerektiren hâllerde yanılma iki şekilde karşımıza çıkmaktadır;

(1) Failin işlediği suçta daha ağır cezayı gerektiren bir hâl vardır ancak fail bunu bilmemektedir. Bu durumda, işlenen suçta daha ağır cezayı gerektiren bir durum vardır, ancak fail bunu bilmediğinden dolayı nitelikli hâl bakımından kasten hareket etmiş sayılmaz ve cezası artırılmaz. TCK'nın 82'inci maddesine göre kasten öldürme suçunun *“üstsoy ve altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı”* işlenmesi, öldürme suçunun nitelikli hâllerinden birisidir. Failin, A'yı öldürme

¹¹² Koca / Üzülmüş, s. 234; Özbek, s. 88.

isterken, yanılma sonucunda babası B'yi öldürmesi durumunda, işlenen suçta daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hâl bulunacak, ancak bu nitelikli hâl, failin bilgisi dâhilinde olmayacaktır. Bu durumda, fail kasten öldürme suçundan sorumlu olacak, ancak nitelikli hâl dolayısıyla cezası artırılmayacaktır.¹¹³ Ünlü hukukçu *de Vabres*'in işaret ettiği gibi Yunan mitolojisinin ünlü meselinde, babasını bilmeden öldüren Oidipus'a ağırlatıcı neden uygulanmayacak ve yanılmadan dolayı sadece kasten öldürmeden sorumlu tutulacaktır.¹¹⁴

Bu olasılıkta netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara¹¹⁵ ilişkin özellikle bir durumun vurgulanması gereklidir. Eğer, gerçekte mevcut ancak fail tarafından bilinmeyen ağırlatıcı sebep, daha ağır bir neticenin faille yüklenmesinden kaynaklanıyorsa, başka bir anlatımla ortada netice sebebiyle ağırlaşmış suç var ise, söz konusu ağırlatıcı nedenin faille yüklenebilmesi için netice bakımından en azından taksirle hareket zorunludur (TCK m.23). Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin iradesinin cezayı arttıran nitelikli hâle yönelik olmasa bile, bu nitelikli hâlin gerçekleşmesinde taksir derecesinde kusurunun olması durumunda, nitelikli hâlin kendisine uygulanması gereklidir.¹¹⁶

(2) Failin işlediği suçta daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hâlin bulunmamasına rağmen failin bunu bilmemesi: Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerde yanılmaya ilişkin ikinci olasılıkta, fail temel suçu, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli de dâhil edecek şekilde işlemektedir ancak gerçekleşen suçta nitelikli hâl bulunmamaktadır. Bu duruma örnek olarak yukarıdaki örneğin tersi bir durum verilebilir. Fail, babasını öldürmek isterken yanılıp sonucu başkasını öldürmüştür. Bu durumda fail yanılığından yararlanacak ve nitelikli hâlden sorumlu tutulmayacaktır.¹¹⁷

¹¹³ Koca / Üzülmmez, s. 235; Özbek, s. 88; Karakurt, s. 123; Hakeri, s. 396.

¹¹⁴ Sezgin, s. 735.

¹¹⁵ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar hakkında bkz. Erdem, Mustafa Ruhan, "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 257-262; Karakehya, Hakan, "Netice Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda Ağırlaşan Neticenin Muhtemel Olmasının Cezai Sorumluluğa Etkisi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.:4, S.:9, Nisan 2009, s.156-167; ayrıca bkz. Kaymaz, Seydi, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4.Maddesinde Düzenlenen Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.:58, 2005, s. 73 vd.

¹¹⁶ Hakeri, s. 386.

¹¹⁷ Koca / Üzülmmez, s. 234; Özbek, s. 88; Karakurt, s. 123; Öğretide bu durum mefruz

Daha hafif cezayı gerektiren hâllerde yanılma iki şekilde karşımıza çıkmaktadır;

(1) Failin işlediği suçta daha hafif cezayı gerektiren bir hâl vardır ancak fail bunu bilmemektedir. Bu ihtimalde, faile uygulanacak ve daha az cezayı gerektiren nitelikli bir hâl vardır ancak fail suçu işlerken, düşmüş olduğu yanılığın sonucu bu nitelikli hâli bilmemektedir. Bu durumda, failin kastına nitelikli hâl dâhil olmamasına rağmen, fail düşmüş olduğu bu yanılığın hâlinde istifade edecek ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hâl kendisine uygulanacaktır. Örneğin TCK m.145 gereğince hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması, daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hâldir. Failin, çaldığı eşyanın değerinin az olduğunu düşündüğü yanılığın sonucu bilmemesi durumunda, söz konusu yanılığından istifade edecek ve TCK m.145'te yer alan indirim kendisi için uygulanacaktır.¹¹⁸

(2) Failin işlediği suçta daha hafif cezayı gerektiren nitelikli bir hâlin bulunmamasına rağmen fail daha az cezayı gerektiren nitelikli hâlin bulunduğu bahisle suçu işlemektedir: Değersiz zannederek, değerli bir eşyayı çalan kimse daha az cezayı gerektiren nitelikli hâl konusunda yanılığın içindedir. Bu kişi hakkında TCK m.145 uygulanacaktır.¹¹⁹

Bahsi kapatmadan önce son bir duruma değinilmesi gerekir. Bu durum da, failin gerçekleştirmeyi düşündüğü suçta ve gerçekleşen suçta farklı nitelikli hâller bulunması durumudur. Bunlardan ilki, hem gerçekleşen hem de gerçekleştirilmesi düşünülen suçta daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlin bulunmasıdır. Örneğin, (C) kendisine yüklüce bir miras kalacağı düşüncesiyle babası (B)'yi öldürmeyi planlamaktadır. Akşam namazından dönen babası olduğu düşüncesiyle açılan kapıya birkaç el ateş eder ve o sırada komşusundan gelen annesi (A)'yı öldürür. Bu durumda işlenen suçta bulunan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlden (C)'nin bilgisi bulunmadığından, annesini öldürmüş olmasından dolayı TCK 82/1 kendisine uygulanmaz.¹²⁰ Fail,

suç kapsamında da görülebilmektedir. (Ozansü, s. 388, 389, Hakeri, s. 325; Karakurt, s. 123, dn.58).

¹¹⁸ Koca / Üzülmüş, s. 235; Özbek, s. 88; Karakurt, s. 124; Hakeri, s. 385, 386.

¹¹⁹ Koca / Üzülmüş, s. 235; Özbek, s. 88; Karakurt, s. 124; Hakeri, s. 385, 386.

¹²⁰ Özbek, s. 88.

annesini değil babasını öldürmek istediğinden dolayı, gerçekleştirmek istenen suçta nitelikli hâl babanın öldürülmesidir ancak anneyi öldürdüğünden dolayı hatasından yararlanır ve TCK m.82/1 kendisi hakkında uygulanmaz. Dolayısıyla (C) kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu olur. İkinci ihtimalde ise hem gerçekleşen hem de gerçekleştirilmesi düşünülen suçta daha hafif cezayı gerektiren bir hâl mevcuttur. Örneğin fail, hırsızlık suçunu bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil edilmek amacıyla işlemiştir ancak böyle bir hukuki ilişki mevcut değildir (TCK m.144). Bununla birlikte, hırsızlık suçunun konusu olan malın değeri de azdır (TCK m.145). Bu durumda fail, yanılığısından istifade edeceğinden bir hukuki ilişki bulunmamasına rağmen, bir hukuki ilişki mevcut gibi TCK m.144'de yer alan indirim nedeninden istifade edecektir.

765 sayılı TCK zamanında da, failin irade etmediği şiddet sebeplerinin kendine uygulanmaması Kanun'un esası olarak kabul edilmiştir. Nitekim bu durumu, 52'nci maddedeki "*cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbab faile tahmil olunmaz*" ifadesinden ve iştirak müessesesinde şahsi ve fiili sebepler karşısında şeriklerin durumunu düzenleyen 66 ve 67'nci maddelerinde açıkça "*vukuf*" şartını aramasından çıkarabiliriz.¹²¹

6. Ceza Sorumluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Yanılma

Türk ceza hukukunda yanılmayı düzenleyen TCK m.30'da üçüncü fıkra olarak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşullarda yanılma düzenlenmiştir. Fıkraya göre; "*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*".

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, TCK'nın Birinci Kitabının, İkinci Kısımının İkinci Bölümünde düzenlenmiştir. Bunlar; kanunun hükmü ve amirin emri (TCK m.24), meşru savunma ve zorunluluk hâli (TCK m.25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m.26), sınırın aşılması (TCK m.27), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (TCK m.28), haksız tahrik (TCK m.29), hata (TCK m.30), yaş küçüklüğü (TCK m.31), akıl hastalığı (TCK m.32), sağır ve dilsizlik (TCK

¹²¹ Demirel, s. 107, 108.

m.33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK m.34)'dır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere bakıldığında, bazılarının hukuka uygunluk nedeni (TCK m.25, 26 gibi), bazılarının ceza sorumluluğunu kaldıran neden (TCK m.28, TCK m.30/4), bazılarının ise ceza sorumluluğunu azaltan neden olduğu (TCK m.29) görülmektedir. TCK'da ceza sorumluluğunu artıran veya azaltan nedenlerinin hukuki niteliğine değinmeden, hukuka uygunluk nedenlerini aşağıda farklı bir başlık altında inceleyeceğimizi belirtmeliyiz.

Genel olarak, hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma ile ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan diğer nedenlerde yanılma aynı hukuki sonucun doğmasını gerektirecektir. Bu sonuç, söz konusu yanılmanın kaçınılmaz olması durumunda kişinin yanılığısından yararlanmasıdır. Başka bir anlatımla yanılma hukuka uygunluk nedenine ait ise suç oluşmayacak, ceza sorumluluğunu kaldıran nedene ait ise ceza verilmeyecek, ceza sorumluluğunu azaltan nedene ait ise ceza indirilecektir.

Niteliği gereği ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan her nedenin maddi şartları üzerinde yanılma mümkün değildir. Mesela karşı koyamayacağı cebir altında suç işleyen kişinin, kendisine uygulanan cebirin maddi varlığı üzerinde yanılma içinde bulunması söz konusu değildir.¹²² Buna karşılık, bazı ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında yanılma mümkündür. Bu durumlara aşağıda kısaca değinilmiştir.

Yetkili amir tarafından verilen ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emrin ifası, ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak TCK'nın 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın 137'nci maddesi uyarınca kamu görevlileri, amirleri tarafından verilen emri hukuka aykırı görürlerse, durumu amirlerine bildirirler. Amirleri emrinde ısrar eder ve yazılı olarak yenilerse emri yerine getirirler. Eğer kişi, görevi gereği yerine getirmek zorunda olduğu hukuka aykırı bir emrin varlığı veya hukuka uygunluğu konusunda kaçınılmaz yanılığında ise söz konusu yanılığısından yararlanacaktır.¹²³

¹²² Koca / Üzülmez, s. 302.

¹²³ Dönmezer / Erman, II, s. 89; Koca / Üzülmez, s. 302.

Benzer şekilde ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olan haksız tahrikin maddi şartlarında kaçınılmaz bir yanılığın içinde bulunan kişi, söz konusu yanılığın istifade eder ve maddi olayda haksız tahrik varmış gibi cezasında indirimine gidilir. Yargıtay da, haksız tahrike konu fiilin varlığı konusunda yanılarak suç işleyen kişinin haksız tahrik hükümlerinden istifade etmesi gerektiği düşüncesindedir.¹²⁴

Kişi, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler olarak zorunluluk hali ve tehdidin maddi şartları konusunda da yanılığın içinde bulunabilir. Yukarıda ifade edildiği gibi ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartları içinde kaçınılmaz bir yanılığın içinde bulunan kişi, yanılığının kaçınılmaz olması halinde ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltan neden mevcutmuş gibi yanılmadan istifade edecektir.

7. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma

a. Genel Olarak

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılmanın hukuki niteliği konusu ceza hukuku öğretisinde en çok tartışılan konulardan biri olmaktadır. Atfedilen hukuki niteliğe göre hukuken varılan sonuçlar da birbirinden farklı olacaktır.¹²⁵

Söz konusu yanılmanın yasak yanılığı kapsamında düşünülmesi durumunda, kastın değil kusurun etkileneceğinden dolayı, yanılma-

¹²⁴ “Mağdurun Zekiye ile münasebetine inanan sanığın bunu namus meselesi sayarak üzüntüye kapıldığı, bu inançla mağduru öldürmeye kalktığı, olayın sebebinin bu inanç olduğunun mağdur tarafından da doğrulandığı anlaşıldığından, bu hususun sanık lehine kanuni tahfif sebebi oluşturduğunun kabulü ile TCK 51/1. maddesinin tatbikini gerektirmektedir.” (Yarg. 1.CD., 21.9.1995, K. 2485), “...Genel ilke bu olmakla birlikte, gerçekte bulunmayan fakat failin yanılarak var sandığı bir fiilin doğurduğu öfke veya elem halinin tepkisi olarak suç işlemesi durumunda, sanığa haksız tahrik hükmü uygulanmayacak mıdır? Mefruz tahrik denilen bu durumda, fail kusursuz yanılarak öfke veya elem haline sürüklenmişse, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekir. Zira tahrik durumunda failin kusuru, içerisinde bulunduğu heyecan hali nedeniyle azalmaktadır. Eğer, failin yanılarak mefruz tahrik durumuna düşmesinde kusuru yok ise, onun bu psikolojik durumdan yararlandırmamak, haksız tahrik esasına aykırıdır.” (Yarg. CGK, 15.5.1989, K. 186 muhalefet görüşü) (Kararlar için, Günay, Erhan, “Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik”, Ankara 2009, s. 258 - 260).

¹²⁵ Erman, s. 299 vd.

nın kaçınılmaz olup olmadığına bakılacak ve kaçınılmaz olması durumunda ceza sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Kaçınılabılır bir yanılmanın varlığı hâlinde ise kusur etkilendiği kabul edilmekle birlikte ceza sorumluluğu etkilenmeyecek ve kasten işlenmiş eylemden dolayı failin cezalandırılması yoluna gidilecektir.

Bununla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılmanın, suçun maddi unsurlarında yanılma veya tipte yanılma olarak nitelenmesi durumunda, failin kastının bulunmadığına karar verilecektir. Ancak bu durumda, yanılmanın kaçınılabılır olması hâlinde, failin ancak taksirli eyleminden cezalandırılması söz konusu olacağından dolayı, fail tarafından icra edilen eylemin taksirle de cezalandırılabilen bir suç tipine girmesi durumunda failin cezai sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

b. Kavram Olarak Hukuka Uygunluk Nedeni

Suçun oluşması için gerekli unsurlardan birisi de hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, failin sadece ceza hukuku ile değil tüm hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma hâlinde bulunmasıdır.¹²⁶

Kanuni tipte tanımlanan eylem, tipik eylem veya tipiklik ile hukuka aykırılık arasında ilişkinin ne olduğu konusunda temelde üç görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, tipe uygunluğu, hukuka aykırılığın oluş sebebi (ratio essendi) olarak gören görüştür. Bu görüşe göre, eylemin tipe uygunluğunun belirlenmesi ile beraber hukuka aykırılık da gerçekleşmiş olur. Bu bakış açısından, hukuka aykırılık, tipe uygunluğun negatif unsurudur. İkinci görüş, tipe uygunluğu hukuka aykırılığın karinesi olarak görmektedir. Bu bakış açısından, tipe uygun davranış, hukuka aykırılığı da, aksi kanıtlanmadığı sürece beraberinde

¹²⁶ Koca-Üzülmez, s. 237; "Suçun esasının hukuk ile çatışma ya da hukukun ihlalinde yatan bir haksızlık olarak kabul edilmesi hâlinde, bu haksızlığın hukuk düzeninin bütünü mü yoksa sadece ceza hukuku düzeni mi bakımından hüküm doğuracağı, haksızlığın ortaya çıkması için failin bütün hukuk düzeni ile mi yoksa sadece ceza hukuku düzeni ile mi çatışması gerektiği konusu tartışılmıştır. Bu noktada, bir grup yazar, hukuka aykırılıktan, sadece ceza hukuku düzenine aykırılığı anlarken bir diğer grup ise, ceza hukukunda hukuka aykırılığı, hukukun bütünü bakımından ele almıştır. Bu tartışma yapılırken, hukuka genel aykırılık ve özel aykırılık kavramları kullanılabilmiştir." (Katoğlu, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 21 vd.).

getirir. Burada aksi kanıtlanma hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı anlamına gelmektedir. Üçüncü görüşe göre tipe uygunluğun belirlenmesi ile beraber bir araştırma safhası azaltılmış, hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığının açıklanmasına geçilmiş olur.¹²⁷

Yukarıda belirtilen görüşlerden hangisi ele alınırsa alınsın, ceza hukuku dışındaki hukuk düzenlerinden birinin, bir eyleme cevaz vermesi, söz konusu düzen ile eylemin çatışma hâlinde bulunmaması hâlinde eylem hukuka aykırı sayılmayacaktır. Suçun hukuka aykırılık unsurunu kaldıran ve bundan dolayı işlenen fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hâle getiren sebeplere “*hukuka uygunluk sebepleri*” denmektedir.¹²⁸

Hukuka uygunluk sebeplerinin neler olduğu konusunda öğretilerde bir uzlaşma bulunmamaktadır. Söz konusu uzlaşmazlığın sebebi, TCK’da hukuka uygunluk nedenlerinin ayrı bir başlık altında değil, TCK’nın İkinci Kısım İkinci Bölümü’nde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler Başlığı” altında düzenlenmesidir. Hukuka uygunluk nedenlerinin sistematik yeri, kanunda yer alan düzenlemelerin semantik yorumu ve kanun maddelerine ilişkin gerekçeler bazı yazarlar tarafından hukuka uygunluk nedenlerini tespit ederken bir referans noktası olarak kullanılmıştır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin tasnifinde bazı yazarlar; kanun hükmünü yerine getirme, amirin emri, meşru savunma, zorunluluk hâli, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ederken¹²⁹, diğer bazı yazarlar; kanun hükmünü yerine getirme, amirin hukuka uygun olan emrini ifa, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedirler.¹³⁰ Belirtmeliyiz ki, hukuka uygunluk nedenleri sadece TCK’nın genel hükümlerinde düzenlenen nedenlerden ibaret değildir, ceza hukuku dışındaki alanlarda yer alan yazılı olan veya olmayan hukuka uygunluk nedenleri de ceza hukuku alanında uygulanabilecektir.¹³¹

¹²⁷ Koca / Üzülmez, s. 236 vd..

¹²⁸ Koca / Üzülmez, s. 236 vd.; ayrıca bkz. Karakurt, s.126.

¹²⁹ Centel / Zafer / Çakmut, s. 293; Özdemir, s. 510; Demirbaş, s. 232; Öztürk / Erdem, s.135; Karakurt, s. 126;

¹³⁰ Hakeri, s. 258 vd; Karakurt, s. 126; Özgenç hukuka uygunluk nedenlerini; hakkın kullanılması, görevin yerine getirilmesi, meşru savunma ve ilgilinin rızası olarak belirtmektedir. (Özgenç, s. 283 vd.).

¹³¹ Koca, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*,

Hukuka uygunluk nedenleri konusunda tam bir uzlaşa bulunmadığı, hatta hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlı bir şekilde ve *numerus clausus* olarak belirtilmediği dikkate alındığında, söz konusu nedenlerin ayırıcı özelliklerini ifade etmek gerekli olmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin ortak özelliklerini şu şekilde ifade edebiliriz;

(1) Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hâlinde, işlenen fiil, ceza kanununda tanımlanan tipe uygun olmasına rağmen, hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırı olmayan bir eylem, ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmeyeceği gibi, ceza hukuku dışında bir hukuk dalı da, söz konusu eyleme bir yaptırım getirmeyecek, hukuki bir sonuç bağlamayacaktır.¹³²

(2) Hukuka uygunluk nedenleri, sınırları aşılmamak koşuluyla başkasının hukuki alanına müdahale hakkı verir. Söz konusu müdahale hukuka aykırı olmadığından dolayı muhatabının katlanma yükümlülüğü mevcuttur.¹³³

(3) Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda değildir. Sadece ceza kanunlarında düzenlenenler ve yazılı olanlarla sınırlandırılmazlar. Bu kapsamda örf ve adet hukukundan da kaynaklanabilirler.¹³⁴

(4) Hukuka uygunluk nedenleri aynı olayla ilgili olarak birbirinden müstakil olarak veya birbirinin yanı sıra uygulanacak şekilde birleşme gösterebilirler.¹³⁵

c. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığında Yanılma

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma da, suçun unsurlarında yanılma gibi iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Fail, ya hukuk düzeninde mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var zannetmekte veya hukuk düzeninin kabul ettiği bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında yanılma içindedir ya da hukuk düzeninde mevcut olan bir hukuka uygunluk nedenini oluşturan koşulların somut olayda bulunmamasına rağmen bulunduğunu zannetmektedir. Bun-

Y.:1, S.:1, Ekim 2006, s. 119.

¹³² Koca, s. 126, 127; Koca / Üzülmöz, s. 241.

¹³³ Koca, s. 127; Koca / Üzülmöz, s. 242.

¹³⁴ Koca, s. 127; Koca / Üzülmöz, s. 242.

¹³⁵ Koca / Üzülmöz, s. 242.

lardan ilki hukuki yanılma-yasak yanılışı ile benzerlik gösterirken, ikincisi tipte yanılma-maddi yanılma ile benzerlik göstermektedir.¹³⁶ Çalışmamızda birinci durum için “hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma”, ikinci durum için ise “hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma” kavramları kullanılacaktır.

Failin, işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemesi durumunda yasak yanılışı nasıl söz konusu ise, tipe uygun eylemi hukuka uygun hâle getiren hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma durumunda da eyleme izin veren bir normda yanılma söz konusudur. Başka bir anlatımla, birinci durumda yasak normunda yanılma mevcut iken, ikinci durumda izin normunda yanılma söz konusudur.

İzin normunda yanılma (Erlaubnisirrtum), “failin gerçekte hukuk düzeninin kabul etmediği bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu sanarak veya hukuk düzenince kabul edilen bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını kendince geniş yorumlayarak eyleminin bu mefruz hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını girdiğini...” sanması durumunda söz konusu olacaktır.¹³⁷ İzin normunda yanılmaya örnek olarak mesleğe yeni başlayan doktorun, ötenazinin Türk hukuk sisteminde bir hukuka uygunluk nedeni olduğu düşüncesi ile amansız bir hastalığa yakalanan hastasının yaşam desteğini sona erdirmesi verilebilir.¹³⁸ Bu örnekte doktor, izin normunda yanılmaktadır. Çünkü ötenaziye, Türk hukuk

¹³⁶ Hakeri'nin vermiş olduğu bir örnek, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata ile maddi şartlarında hata ayrımını bize daha iyi izah edecektir. “Hekimin rızasının hukuksal şartları konusundaki yanılışı hukuksal yanılıştır. Buna göre, hekimin örneğin endikasyon mevcut bulunduğu ve tıbbi standarda uygun hareket ettiği için hastanın rızasına gerek olmadığını zannetmesi hâlinde, hukuksal yanılışı söz konusu olur.

Hekim yukarıda belirtildiği gibi, hastanın varsayılan rızası olduğu konusunda yanılırsa, başka ifadeyle örneğin ameliyatın genişletilmesi konusunun hastanın yararına görür ve hastanın ameliyat öncesinde sorulsaydı, bu konuda rıza vereceğini zannederse, hukuka uygunluk sebebinin şartları konusunda yanılmış olur. Buna karşılık hekim, hastanın rıza göstermeyeceğini bilir, fakaya yine de tıbbi müdahalenin hukuken caiz olduğunu, zira tıbben gerekli bir müdahaleyi yaptığını düşünürse hukuksal yanılışı söz konusu olur. Bu takdirde hekim, hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkını ihlal etmiş ve böylece hukuka uygunluk sebebinin sınırları konusunda yanılmış olur ve bu da kastını kaldırmaz. Bu yanılışı kaçınılabılır ise, hekim cezalandırılır” (TCK 30/4) (Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 177) (Hakeri, Tıp olarak anılacaktır).

¹³⁷ Barış Erman, s. 278.

¹³⁸ Özbek, s. 90.

düzeni izin vermemekte, söz konusu durumu bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlememektedir. Yanılma izin normunun varlığına ait olabileceği gibi kapsamında da veya sınırlarına da ait olabilir. Örneğin öğrencilerini terbiye ve tedip hakkının yaralama sınırlarına girebilecek eylemleri de kapsadığını düşünen bir öğretmenin yanılığısı, izin normunun sınırlarında yanılığısıdır.¹³⁹

Hukuka uygunluk nedeninin şartlarında yanılma da, hukuka uygunluk nedeninin yasal koşullarının betimleyici ve normatif unsurlarına ait olabilecektir. Sadece hukuka uygunluk nedeninin normatif unsurunda yanılma hâlinde izin normunda yanılma olduğu sonucuna varılamayacaktır. Nitekim normatif unsurda yanılma bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılma olarak kabul edilecektir. Ancak failin eyleminin genel olarak hukuka aykırı olmadığı bilincine sahip bulunması gerektiğinden, eylemin geneline ilişkin normatif unsurdaki yanılma hâlinde izin normunda yanılma bulunduğu sonucuna varılacaktır. Örnek olarak meşru savunma hukuka uygunluk nedeninde “saldırının haksız olması” normatif unsuru verilebilir. Eyleminin bütün koşulları hakkında bilgiye sahip olduğu hâlde, karşıdaki kişinin saldırısının haksız olduğu kanaatinde bulunan kişi, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında yanılma içinde değildir.¹⁴⁰ Burada yanılma, normatif unsurun eylemin genelini değerlendirip değerlendirmede olduğu sonucunda izin normunda yanılma veya hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılma kapsamında kabul edilecektir.

Öğretide Erman tarafından verilen örnek ile konuyu açıklayabiliriz. “Suçüstü hâlinde bulunan ve kaçmakta olan bir hırsıza çevredekilerin müdahalesi sırasında, özel kişilerin yakalama yetkisinden haberdar olmayan failin, kendisine yapılan müdahaleyi hukuka aykırı sanması ve kendisini yakalamaya çalışanlardan birisini öldürmesi”¹⁴¹ durumunda, hukuka uygun-

¹³⁹ “Öğretmenin öğrenciler üzerinde eğitim içi disiplinin sağlanması yönünden terbiye ve itaat ettirme hakları bulunmaktadır. Ancak, bu hak disiplin cezası vermek ile bedensel zarara yol açmayacak şekilde örneğin kulak tutmak, tek ayağı üzerinde durdurmak gibi davranış biçimleriyle sınırlı olup hiçbir zaman etkili eylemde bulunmayı kapsamaz. O hâlde öğretmenlerin terbiye hakkı kullanmaları onlara öğrenciyi dövme hakkı vermeyeceğinden, somut olayda mağdureye celtelle vuran sanığın etkili eylem kastının olmadığından söz etmek de olanaksızdır. Bu nedenle isabetsiz olan direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” (YCGK, 22.02.2000, 30)(Barış Erman, s. 278).

¹⁴⁰ Barış Erman, s. 282.

¹⁴¹ Barış Erman, s. 282.

luk nedeninin maddi şartlarında yanılma içinde değildir. Zira fail, eylemine ilişkin tüm hususları doğru değerlendirmekte ancak “suçüstü hâlinde özel kişilerin yakalama yetkisi” normatif unsurunda yanılma içinde bulunmaktadır. Burada normatif unsur eylemin genelini değerlendirmektedir ve bu husustaki yanılma, izin normunda yanılma kapsamında değerlendirilecektir.

Bununla birlikte, failin yanılışı “saldırının haksız olması” normatif unsuruna değil, saldırı eyleminin hukuka aykırılığını belirleyen maddi şartlara ilişkin ise başka bir anlatımla failin maddi şartlar konusundaki bilgisizliğinden dolayı eylem hukuka aykırı değerlendirilmiş ise artık hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılma söz konusudur.¹⁴² Örneğin “yolda giderken kendisine arkadan çarpmak üzere olan bir arabayı görmeyen ve çeşitli uyarıları duymayan sağır-dilsiz bir kişi(nin), kendisini kurtarmak için aniden üzerine atılan bir kimsenin eylemini hukuka aykırı”¹⁴³ olarak değerlendirmesi durumunda, eylemin hukuka aykırılığında ilişkin maddi şartlarda yanılma hâli mevcuttur.

İzin normunun varlığında veya sınırlarında yanılmanın hukuksal niteliğinin ne olduğu konusunda öğretide uzlaşa bulunmamaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinde yanılmayı düzenleyen TCK m.30/3’te, söz konusu yanılmanın hukuki niteliğinden bahsedilmeksizin, kaçınılmaz hatanın varlığı hâlinde failin bu hatadan yararlanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, izin normunun varlığında veya sınırlarında yanılma hâlinde yasak yanılışında olduğu gibi failin kusuru mu etkileneceği, yoksa kastının mı ortadan kalkacağı açık değildir. Bu durumda bazı yazarlar, TCK 30/1’de düzenlenen tipte yanılma hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle failin kastının kalkması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu yazarlara göre kast ortadan kalktığı için suçun taksirli hâlinin mevcut olması durumunda failin taksirli eylemden dolayı sorumlu tutulacaktır.¹⁴⁴ Diğer bazı yazarlar tarafından ise izin normunun varlığında veya sınırlarında yanılmanın yasak yanılışı kapsamında değerlendirilmesi ve dolayısıyla TCK m.30/4’ün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁴⁵

¹⁴² Barış Erman, s. 284.

¹⁴³ Barış Erman, s. 284.

¹⁴⁴ Özbek, s. 90.

¹⁴⁵ Barış Erman, s. 281; “Failin esasen hukuk düzenince kabul edilmemiş olan bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunu sanmasının önemi yoktur. Sözgelimi

İzin normunun varlığında veya sınırlarında yanılğı içinde bulunan failin, eylemine ilişkin bilgisi tamdır. Fail, eylemini gerçekleştirirken eylemine ilişkin tüm unsurları bilmekte ve bunlara ilişkin herhangi bir yanılığısı bulunmamaktadır. Fail, eylemine hukuk düzeninin izin verdiğini düşünmektedir ve hatalı tasavvuru da buna ilişkindir. Kanaatimizce izin normunun varlığında veya sınırlarında yanılğı içinde bulunan faile, TCK m.30/4 kıyasen uygulanmalı, işlediğı fiile hukuk düzeninin izin verdiğini konusunda kaçınılmaz bir hata içinde bulunması hâlinde kusuru bulunmadığından dolayı cezai sorumluluğuna gidilmemelidir.

d. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Yanılma

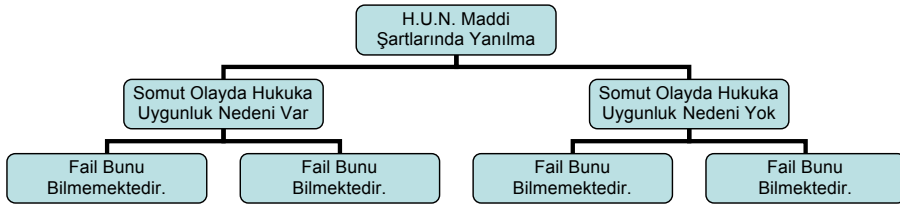
Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma kavramı¹⁴⁶ ile ifade edilmek istenen bir hukuka uygunluk nedenini oluşturan koşulların bir somut olayda gerçekleştiğine ilişkin failde oluşan olumlu tasavvurdur. Fail, eğer yanılmasaydı eylemi hukuka aykırı olmayacak, eylemin icra zamanından itibaren hukuka uygun bir eylem olacaktı. Bu noktada hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında

25 yaşındaki kızını tedip hakkının mevcut olduğunu sanıp da döven kimse mevcut olmayan böyle bir hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz (Önder, II, 177). Keza, kendisini bir başkasıyla aldatan kocasını öldürme hakkı olduğunu düşünen kadın da hukuk düzeninin kabul etmediğı böyle bir nedenden yararlanamaz. Bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinde yanılğı değil, TCK 30/4 anlamında hukuksal yanılğı söz konusu olur." (Hakeri, s. 388, 389); "Kanunda bulunmayan bir sebebi hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirmek haksızlık yanılığısı olacağından konumuz dışındadır." (Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 565).

¹⁴⁶ "Kanaatimizce bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılğıya düşülmesini, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki yanılğı ile karıştırmamak gerekir. Haksızlık yanılığısının söz konusu olduğu hâllerde işlenen fiilin maddi oluşumuna ilişkin bütün hususlar bilinmektedir. Fakat bu fiilin toplumda geçerli değerler sistemi açısından bir haksızlık teşkil ettiği hususunda yanılğıya düşülmektedir. Kısaca ifade edecek olursak; haksızlık yanılığısı bir değerlendirme yanılığısından ibarettir. Bu itibarla, haksızlık yanılığısı işlenen fiile ilişkin kastın varlığı üzerinde bir etki icra etmez. Buna karşılık; bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılğıya düşülmesi hâlinde; işlenen fiilin esasta bir haksızlık teşkil ettiği bilinmektedir. Fakat, işlenen fiili müşahhas olayda hukuka aykırı olmaktan çıkararak bir maddi sebebin varlığı hususunda yanılğıya düşülmektedir. Dolayısıyla, burada söz konusu olan yanılğı, bir maddi vakıya ilişkindir. Bu itibarla; işlenen fiille alâkalı olarak bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları konusunda yanılğıya düşülmesi hâlinde; failin bu fiile ilişkin kastının olmadığı ve dolayısıyla; meselenin, kusur kapsamında değil, suçun manevi unsuru yani *haksızlık* kapsamında mütalâa edilmesi gerektiğı sonucuna ulaşmaktayız." (Özgenç, s. 409; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 422).

yanılma, tipte yanılma ile ortak bir özellik göstermektedir. Zira gerek hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma, gerekse de tipte yanılma da maddi koşullara ilişkin bir yanılma söz konusudur.¹⁴⁷

Türk ceza hukuku öğretisinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma; hukuka uygunluk nedeninin mevcut bulunup bulunmadığı ve failin bunu bilip bilmediği ihtimallerine binaen matris bir yapı içinde incelenmektedir.¹⁴⁸ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma aşağıdaki ihtimaller dâhilinde incelenecektir.



Somut olayda hukuka uygunluk nedeni mevcuttur;

(1) Somut olayda mevcut olan hukuka uygunluk nedeni fail tarafından bilinmekte ise fail, söz konusu hukuka uygunluk nedeninden istifade eder. Bu durumda yanılma söz konusu olmadığından dolayı, konumuzun dışındadır.

(2) Somut olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunması ancak failin bunu bilmemesi durumunda, failin hukuka uygunluk nedeninden istifade edip edemeyeceği konusunda öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. 765 sayılı TCK zamanında da kabul gören ve klasik suç teorisini esas alan görüşe göre bir hukuka uygunluk nedeninin somut olayda objektif olarak bulunması yeterlidir. Ayrıca failin, söz konusu hukuka uygunluk nedenini bilmesine gerek yoktur.¹⁴⁹ Suç teşkil eden haksızlığın muhtevasını neticeye göre belirleyen bu görüşe göre hu-

¹⁴⁷ Barış Erman, s. 277.

¹⁴⁸ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 566; Hakeri, s. 389; Ahukurt, s. 127; Özbek, s. 90 vd.

¹⁴⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 566; Koca, s.121; "Hukuka uygunluk sebepleri objektif bir etkiye sahiptirler, yani sadece var olmaları etkilerini göstermeleri için yeterlidir. Failin bu konudaki düşüncesi, inancı önem taşımaz." (Toroslu, s. 136).

kuka aykırılık da neticeye göre tespit edilecektir.¹⁵⁰ Birinci görüşü şu örnek üzerinde açıklamak mümkündür. “(A) hasmı (B)’yi gece yarısı sokakta önünü keserek öldürse ve fakat daha sonra yapılan araştırmada (A), (B)’yi öldürmemiş olsa idi, (B)’nin pusu kurduğu yoldan geçmekte olan (C)’yi silahla ateş ederek tam o sırada öldüreceği anlaşılrsa, (A) üçüncü kişi lehine meşru...”¹⁵¹ savunma yapmış kabul edilecektir. Burada, objektif olarak üçüncü kişi lehine bir meşru savunma mevcuttur ancak fail bunu bilmemektedir.

Diğer görüşe göre ise kişinin hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için olayda objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı yeterli değildir. Ayrıca fail, fiilini hukuka uygun hâle getiren durumun varlığını bilmeli ve kendisine bu suretle hukuk düzeni tarafından verilen yetkinin icrası düşüncesiyle eylemini icra etmelidir.¹⁵² Burada *Hakeri* tarafından ifade edilen ayrıma işaret etmek gerekmektedir; “(...)ayrım kişinin hukuk düzeninin bir hukuka uygunluk sebebinin kabul ettiğini bilmesine gerek bulunmadığı; ancak kişinin hukuka uygunluk sebebinin koşulları içinde hareket ettiği bilincine sahip olması gerektiği yönündedir.”¹⁵³

İkinci görüşü savunan yazarlar hareketin haksızlığı ve neticenin haksızlığı arasında bir ayrım yapmaktadırlar. Bu yazarlara göre, somut olayda hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu bilmeyen, fiilini icra ederken hukuka uygunluk sebebinin varlığı bilinciyle hareket etmeyen kişinin hareketi haksızlık niteliğine sahiptir, buna karşın meydana gelen netice sonuç itibarıyla haksız olmadığından dolayı fail teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Yukarıda verilen örneğe dönecek olursak,

¹⁵⁰ Koca, s. 121.

¹⁵¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 566; Koca tarafından zikredilen başka bir örnek ise şu şekildedir; “A kendisine para vermeyen üvey babası B’yi öldürmek için gece yarısı yatak odasına girerek B’yi silahı ile öldürse ve fakat daha sonra yapılan araştırmada A, B’yi öldürmemiş olsa idi o anda B, karısı ile yaptığı tartışma sonucu silahını ateşleyerek karısı K’yı öldürmek üzere olduğu anlaşılırsa, A üçüncü kişi lehine meşru müdafaadan yararlanacaktır.” (Koca, s. 121, 122).

¹⁵² Koca, s. 122; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 566; benzer şekilde bkz. Özgenç, s. 408, 409; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 420.

¹⁵³ *Hakeri*, s. 389; “O hâlde, sonuçta failin bilincinin bu hukuka uygunluk nedenini de kapsamaması gerekir. Yani kullandığı hakkın bilincinde olmalıdır ki, “kendinde” hukuka aykırılık, “kendisi için” hukuka aykırılığa dönüşmesin” (Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s. 114).

(A)'nın hukuka uygunluk nedeninden istifade edebilmesi için hukuka uygunluk nedeninin koşulları içinde hareket ettiği bilincini taşıması gereklidir. Başka bir anlatımla "gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş(...)haksız bir saldırıyı(...)defetmek zorunluluğu ile..." fiilini işlemiş olması gereklidir. (A)'nın öldürmeye yönelik hareketi, kasten işlenmiş bir haksızlık olarak varlığını devam ettirmektedir. Ancak hukuka uygunluk nedeninin ortaya çıkmasından sonra netice haksız olmayacağından dolayı faile yüklenemeyecek ve (A) kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacaktır.¹⁵⁴

Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda objektif olarak bulunması, failin söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinin yararlanabilmesi için yeterli değildir. Ayrıca failin, hukuka uygunluk nedeninden istifade ettiği bilincine de sahip olması gereklidir. Bununla birlikte, böyle bir durumda tamamlanmış suçtan dolayı failin cezalandırılmasının, ceza adaleti bakımından sakıncalı bulmaktayız. Failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması ise ortada tamamlanmış bir eyle-

¹⁵⁴ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 567; Koca, s. 123; Erman tarafından "hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında tersine yanlış" olarak isimlendirilen bu durumda üç çözüm tarzının mevcut olduğu belirtilmiştir. Birinci çözüm tarzı "cezalandırılmayan eylem çözümü"dür. Buna göre, "hukuka uygunluk nedenleri objektif nitelikte oldukları için, bunların gerçekte var bulunması uygulanmaları açısından da yeterli olmaktadır. Failin hukuka uygunluğunun maddi koşullarının gerçekleştiğini ayrıca bilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu anlayış, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki yanlışlığı elverişsiz teşebbüs olarak dahi sınıflandırmamakta, doğrudan varsayımsal suçun söz konusu olduğunu kabul etmektedir". İkinci çözüm ise "tamamlanmış eylem çözümü"dür. Bu çözüm tarzına göre, "...hukuka uygunluk nedeni gerçekte bulunsa da, failin bundan yararlanabilmesi için hukuka uygunluk kastı ile davranması, yani eylemi gerçekleştiren hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarından haberdar olması gerekmektedir. Bu kast olmadan ancak tipin koşullarını bilerek gerçekleştiren fail, hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır". Son çözüm tarzı ise "teşebbüs çözümü"dür. Teşebbüs çözümüne göre; "...hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında tersine yanlış durumda failin tamamlanmış suçtan değil, ancak teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilecektir". Yazar, söz konusu çözüm tarzlarından birincisine taraftar gözükererek, "...gerçekte var olan bir hukuka uygunluk nedeninin olmadığından hareketle davranan bir kişinin işlenemez suç durumunda bulunduğu ve cezalandırılmayacağını..." savunmaktadır (Barış Erman, s.388 vd.); Karakurt, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif nitelikte olduğu belirtmekte, failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının gerçekleştiğini bilmemesi durumunda fiilin hukuka uygun hâle gelmeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşü ile yazar, "teşebbüs çözümü"nü benimsemekte ancak bu çözümün ortada tamamlanmış bir netice varsa da teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönündeki çözümünü yararlar dengesiyle bağdaştıramadığından hukuki dayanaktan yoksun bulmaktadır (Karakurt, s. 128, 129).

min mevcudiyetinden dolayı uygulanabilir olarak görülmemektedir. Bu durumda, Erman tarafından ifade edilen “*cezalandırılmayan eylem çözümü*” nün, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının varlığını bilmeden eylemi gerçekleştiren kişi hakkında uygulanabilecek en uygun çözüm olduğu kanaatindeyiz.

Somut olayda hukuka uygunluk nedeni mevcut değildir;

(1) Somut olayda hukuka uygunluk nedeninin mevcut olmamasına rağmen failin bunu bilmemesi durumunda, irade ile gerçek arasında bir çelişki mevcut olmadığından failin herhangi bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi mümkün değildir.

(2) Somut olayda hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen, fail yanılı sonucunda hukuka uygunluk nedeninin şartlarının oluştuğunu zannederek eylemini gerçekleştirmesi hâlinde failin söz konusu hukuka uygunluk nedeninden istifade edip edemeyeceğinin incelenmesi gereklidir. Issız ve soygunların yapıldığı bir yerde, karanlıkta bir kişinin kendisine koştuğunu gören failin, saldırıya uğradığını sanarak etkin eylemde bulunması veya kişiyi öldürmesi durumu örnek olarak verilebilir.¹⁵⁵ Bu durumda, TCK m.30/3’te yer alan düzenleme uygulama alanı bulacak ve fail, hukuka uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hata içinde ise bu hatasından istifade edecektir.

Failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılıya düşmesinde kusuru var ise dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etse idi hataya düşmeyecek idiyse, kaçınılabılır bir yanılmanın varlığından bahsedilecektir.¹⁵⁶ Başka bir anlatımla, failin “*somut olayın durumuna, bilgi ve yaşam deneyimlerine göre yanılıya düşmemek için gerekli bilgiyi elde etmek konusunda herhangi bir çaba gösterip göstermediği*”¹⁵⁷ göz önüne alınmalı ve yanılısının kaçınılmaz olup olmadığı belirlenmelidir. Bu değerlendirme sonucunda failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılıya düşmesinde kusuru yok ise diğer bir deyişle yanılısı kaçınılmaz ise hukuka uygunluk nedeninden yararlanır.

¹⁵⁵ Hakeri, s. 389.

¹⁵⁶ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 567; Hakeri, s. 389.

¹⁵⁷ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 568.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmanın hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde birçok teori bulunmaktadır. Bunlardan *katı kusur teorisine* göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma, yasak yanılışı ile benzer görülmeli ve kastı etkilememelidir. Bu teorinin sonucu olarak yanılmanın kaçınılmaz olması hâlinde failin kusuru bulunmadığından dolayı cezai sorumluluğu olmayacaktır.¹⁵⁸ Katı kusur teorisi öğretilerde, adalet düşüncesine aykırı olması ve dogmatik açıdan kendi içinde tutarlı olmasına karşın hukuksal sonuçları açısından düzeltilmeye ihtiyacı bulunduğu noktalarında eleştirilmektedir.¹⁵⁹

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmayı, tipte yanılma kapsamında düzenleyen teoriler ise kast teorileri, tipin olumsuz unsurları teorisi, sınırlı kusur teorileridir. *Kast teorilerinde*, hukuka uygunluk nedenlerinde yanılmanın hukuksal niteliği ne olursa olsun failin kastı ortadan kalkmakta, ancak taksirli eylemden sorumluluk devam etmektedir.¹⁶⁰

Tipin olumsuz unsurları teorisine göre tipiklik sadece kanuni tipte belirtilen maddi ve manevi unsurları değil, hukuka aykırılığı da kapsamaktadır. Bundan dolayı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları, aslında tipikliğin olumsuz şartları olarak algılanmalıdır. Fiil, ancak hukuka uygunluk nedenlerinin mevcut olmaması hâlinde hukuka aykırı olacağından dolayı, hukuka uygunluk nedenlerine ait olan bilgi kastın kapsamına dâhildir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında yanılışı, tipte yanılışı ile aynı hukuki sonucu doğuracak ve failin kastını kaldıracaktır. Bununla birlikte yanılışın kaçınılabilir olması durumunda ise taksirli sorumluluk söz konusu olacaktır.¹⁶¹

¹⁵⁸ Barış Erman, s. 303; Katı kusur teorisinin kurucusu olarak kabul edilen Welzel'e göre "Kendisinin saldırı altında bulunduğu inancıyla bir başkasını silahla vurarak öldüren bir kişi, onu kasten öldürmüştür, (...) zira § 212'de yer alan (kasten öldürme) suç tipinin bütününe kasten gerçekleştirmiştir. Yanılışı sonucunda varsaydığı maddi vakıa gerçekte bulunsaydı da adam öldürme kastı değil, eyleminin hukuka aykırılığı ortadan kalkacaktı. Yani yanılışı, gerçekleştirdiği adam öldürme eylemi üzerine değil -bu konuda en ufak bir şekilde bile yanılmamaktadır- yalnızca eyleminin hukuka aykırılığıdır." (Welzel, Hans, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, *NJW* 1952, s. 564, nakleden Barış Erman, s. 303); Koca - Üzülmüş, s. 263.

¹⁵⁹ Katı kusur teorisinin gerekçeleri ve getirilen eleştiriler hakkında geniş bilgi için Barış Erman, s. 309 vd.

¹⁶⁰ Barış Erman, s. 323.

¹⁶¹ Koca, s. 124, Tipin olumsuz unsurları teorisi ve söz konusu teoriye yapılan eleştiriler hakkında geniş bilgi için bkz. Erman, s. 324 vd; Koca / Üzülmüş, s. 262; Özgenç, s. 408; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 420.

Sınırlı kusur teorisi, katı kusur teorisine tepki ve tipin olumsuz unsurları teorisine alternatif olarak ortaya atılan bir teoridir.¹⁶² Bu teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları hakkında yanılığa düşülmesi durumunda, her ne kadar tipte yanılma yoksa da, ortaya çıkan hukuksal sorun tipte yanılma esaslarına göre çözülmeli ve failin kastının etkilendiği kabul edilmelidir.¹⁶³

TCK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında, failin kaçınılmaz hatasından istifade edeceği belirtilmekle birlikte, maddi şartlarda yanılmanın hukuki niteliğine değinilmemiştir. Öğretide, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın, failin kastını kaldıracığı konusunda bir uzlaşma görülmektedir.¹⁶⁴ Dolayısıyla kaçınılmaz yanılma içinde olan fail, eylemini hukuka uygun hâle getiren ve gerçekte olmayan hukuka uygunluk nedeninden istifade edecek ve sanki söz konusu hukuka uygunluk nedeni varmış gibi değerlendirilecektir.

Eğer failin yanılığa düşmesine dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali neden olmamış ise başka bir anlatımla fail, yanılığa düşme durumunu önleyemeyecekse kastı ortadan kalkacaktır.¹⁶⁵ Bu durum, TCK m.30/1'in kıyasen uygulanması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte failin taksirden doğan sorumluluğunun bulunup bulunmadığı TCK m.30/3'te açıkça düzenlenmemiştir. Kanunun, taksirli sorumluluk hâlinin saklı tutulduğunu açıkça düzenlememesi öğretide tartışmalara neden olmuştur.

TCK m. 30/3'te taksirli sorumluluk hâlinin açıkça düzenlenmese de, kastından dolayı sorumlu tutulamayan failin, taksirinden ötürü sorumlu tutulmasına engel olarak görülmemektedir. Bu kapsamda, dikkat ve özen eksikliğinden dolayı kaçınabileceği bir yanılmadan kaçınamayan failin, eyleminin taksirli şeklinin cezalandırılması hâlinde, meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir.¹⁶⁶

¹⁶² Barış Erman, s. 338; Koca / Üzülmez, s. 263.

¹⁶³ Koca, s. 125; Barış Erman, s. 338 vd; Özgüç, s. 409; Özgüç, Gazi Şerhi, s. 421.

¹⁶⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmayı, kastı kaldıran yanılma hâlleri içinde düzenleyen yazarlar için bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 567; Hakeri, s. 388, 389; Koca / Üzülmez, s. 262; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 2. Bası, İstanbul 2011, s. 334.

¹⁶⁵ Hakeri, s. 390.

¹⁶⁶ Hakeri, s. 390; Özgüç, s. 409.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma hususu, TCK m.30/3 kapsamında “ceza sorumluluğunu artıran veya azaltan nedenlere ait koşullar” da yanılma kapsamında değerlendirilecektir. Bu sonuca, TCK’da “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında hukuka uygunluk nedenlerinin de düzenlenmiş olmasından başka bir anlatımla Kanun’un sistematigiinden ulaşabiliriz.

TCK m.30/3’te “*hatasından yararlan*” madan bahsedilmiş ancak ceza sorumluluğunun mu bulunmayacağı, yoksa kastın mı ortadan kalkacağı belirtilmemiştir. Yukarıda bahsedildiği gibi öğretilerde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma hâlinde kastın kalkacağı belirtilmiş ve bu duruma ya gerekçe gösterilmemiş ya da kastın kapsamına dâhil olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma hâlinde kastın kalkacağı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına ait hususların kast kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu durum, ceza adaleti bakımından da uygun bir çözüm olacaktır. Ancak belirtmeliyiz ki, kastın kalkmasına sebep olan yanılma hâli, kaçınılmaz yanılmadır.

TCK m.30/3’te yer alan “*kaçınılmaz hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*” ifadesinden, *argumentum a contrario*¹⁶⁷ bir yorumla, hatanın kaçınılmaz olmaması durumunda¹⁶⁸ ceza sorumluluğunun etkilen-

¹⁶⁷ Aksi ile kanıt, zıt kavram argümanı, mefhumu muhalif (Feteris, Eveline T. Hukukî Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarını Gerekçeleştirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma, Türkçesi: Ertuğrul Uzun, İstanbul 2010, s. 14.)

¹⁶⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen şu kararda, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki yanılmanın kaçınılmaz yanılma olduğuna karar verilmiştir; “Gecenin çok geç bir saatinde apartmanın 4.katında ve ailesiyle birlikte kendisinin ve komşularının uykuya yattığı bir sırada, aşırı derecede alkollü olan bir kişi tarafından kapı ziline 10-15 dakika gibi aralıklarla 2 defa çalınması ve kapı açıldığında bıçağı ile içeriye hamle eden kişiye karşı, o sırada zaman ve yer itibarıyla her türlü yardımdan yoksun bulunan sanığın, içinde bulunduğu ruh hâli de göz önünde tutularak, gerek kendisinin ve gerekse diğer aile bireylerinin kişisel güvenliklerine yönelik ve ciddi bir korku doğuran saldırıyı savmak için maktulü öldürdüğüünün kabulü gerekir.” (YCGK, 03.3.1993, K.60) (Hakeri, s. 392). “60 yaşında tek başına yaşadığı iki katlı 6 dönüm ağaçlı ve duvarla çevrili köşkte geceleyin köpek sesine uyanıp yanına aldığı bıçakla silüetini gördüğü kişilerin yanına giderken yere düşüp kalktığına oldukça karanlık bir ortamda kendisini tanıtmadan arkasına sarılan maktulü haklı sayılabilecek sübjektif bir yanılma ile hırsız zannedip ciddi bir korkuya kapılarak öldüren sanığın eylemi (...)” (YCGK, 23.11.1999, k.287) (Hakeri, s. 392). Şu kararda da, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılma olmasına rağmen bozmada başka bir gerekçeye dayanılmıştır; “Kız kardeşinin kocası olan sanıkla uzun zamandan beri husumeti bulunan maktulün, omzunda av tüfeği, elinde tabanca olduğu hâlde, saat 18.00 sıralarında, araçla eşi ve çocuğu ile birlikte

meyeceği sonucuna ulaşılabilir.¹⁶⁹ Bu durumda ise faile verilecek cezada bir indirimin uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. Ancak madde gerekçesinde, kaçınılabilir hatanın, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir. Gerekçelerin kanun metnine dâhil olmaması ve hâkim için bağlayıcı bulunmamasını göz ardı ederek, “kaçınılabilir hata”nın¹⁷⁰ temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması durumunda dahi ceza adaleti bakımından istenmeyen sonuçlara yol açabileceğini ifade edebiliriz. 765 sayılı TCK zamanında hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılmanın hukuki sonucuna ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen, Yargıtay tarafından yanılmanın kastı etkileyeceğine ilişkin verilen kararlar da, yanılmanın kast üzerinde etkili olduğuna ilişkin kanaatimizi güçlendiren bir diğer nedendir.¹⁷¹

evine gitmekte olan sanığın önüne çıktığı, tabanca ile sanığa ateş etmeye başladığı, maktulün elindeki tabancanın kuru sıkı olduğunu bilmeyen sanığın, meşru savunma koşulları içinde, maruz (yanlış yazım doğrusu mazur) görülebilecek heyecan, korku ve telaşa kapılarak, araçta bulunan kayınpederine ait ruhsatsız tabancayı aldığı, araçtan indiği, önce havaya, daha sonra silahlı saldırının devamı sırasında, tabanca ile maktule iki el ateş ettiği, bu atışlar sonucu maktulün göğüs bölgesinden ve yüzünden isabet alarak öldüğü olayda; 5237 sayılı Yasa'nın 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine, yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi (...)" (Y 1.CD., 26.2.2008, K.1382) (Hakeri, s. 392).

¹⁶⁹ Aynı şekilde bkz. Barış Erman, s. 379.

¹⁷⁰ Yargıtay tarafından verilen 2002 yılına ait bir kararda, yanılmanın kaçınılmazlığı üzerine bir değerlendirme yapılmaktadır. Karar şu şekildedir; “ (...) terörle mücadele ödeviyle akşam vakti yola çıkan sanıkların, içinde buldukları teyakkuz ortamında, karanlıkta yaklaşan ışığın teröristlere ait olduğunu sanmalarının ve içlerinden birinin ‘baskına uğradık’ sözü üzerine denetimsiz şekilde o istikamete öldürme amacıyla ateş etmelerinin ‘hukuka uygunlukta yanılma olacağı ve bu tür yanılığın dahi hukuka uygunluk düzeyinde himaye göreceği’ düşüncesi savunulabilirse de, ‘hâl ve icabın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmesine karşın yanılığa düşmenin objektif ölçülerle önlenemez olduğu ahvalde hukuka uygunlukta yanılmanın hukuka uygunluk mertebesinde sayılabileceğine’ ve kolluğun silah kullanmasıyla oluşan ihlallerde de, yetki tanıyan normların gereğince eksiksizce uyulduğu durumlarda hukuka uygunluktan söz edilebileceğine ilişkin kurallar karşısında, köyde yaşamın sürdüğünü bilen ve ellerindeki ışıkla yola yaklaşanların, köy halkından birileri olmasının asıl, terörist olmasının ise istisna olacağını düşünmesi gereken sanıkların, hedefe ateş öncesinde hukuka uygunlukta yanılığa düşmemek için görev ve sorumluluklarının icabı olan özeni göstermediklerinin ve bu itibarla objektif ölçülerle sakınılmaz bir yanılma içinde olmadıklarının anlaşılması karşısında, hukuka uygunluk düzeyinin aşıldığını kabul zorunluluğu bulunduğu (...)” ifade edilmiştir. (Y 1.CD., 19.4.2002, K.1480) (Hakeri, s. 391; aynı karar ve değerlendirmesi için bkz. Özgenç, s. 412; Şirin, Osman, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, İstanbul 2005, s. 85 vd.).

¹⁷¹ “Sanığına davacının oturduğu evin sahibi olduğu ve aynı çatı altında, diğer bir dairede kendisinin ikamet ettiği, müştekilerin oturduğu kısım duvarlarından

*Erman'*ın da haklı olarak ifade ettiği gibi bir diğer konu ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmanın kastı etkilediğini kabul etmemiz hâlinde, TCK m.30/3'te düzenlenen mazeret nedenlerinin maddi şartlarında yanılma hâlinde farklı çözüme gitmemizin nasıl izah edileceğidir. Buna bir çözüm yolu olarak hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenlerinin hukuki nitelikleri arasındaki fark gösterilebilir. Nitekim mazeret nedenleri kusuru etkilerken, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları öğretide genel olarak kabul görüldüğü üzere kastın bir parçasıdır.¹⁷²

e. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılmasında Yanılma

TCK'nın 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasında; *"Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın*

rutubet dışarıya vurunca, su borularındaki patlama ihtimali ve böylece binanın tahribini önlemek için, bir defasında evde olan müdahilin muvafakati ile, sanığın getirdiği usta ile birlikte eve giderek arıza mahiyetini öğrendikleri, tamir için ikinci defa başka bir usta ile gelince, esasen memur olan müşteki ve eşinin evde bulunmadıklarını görünce, bir başka anahtarla kapıyı açarak, aralarındaki ilişkilere ve evvelce de aynı maksatla girmesine güvenen sanığın, bu defada getirdiği bu usta ile eve girerek, yeniden arızayı görüp çıktıkları, eve girdiğini akşam öğrenen müdahilin, sanığın eşi ile bu konuda tartıştığı, ancak ertesi sabah dairesine kadar giden sanık, müdahilin eşine; eve girmeğe mecbur kaldığını izah ettiği, böylece evini tamir etmeye matuf gerçek ve özel kastının mesken masuniyetini ihlal olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, TCK.nun 45. maddesi açıklığına göre, eylemde suç kastı bulunmadığını izah eden mahkemenin, oluşa uygun olan (kabul ve takdir usule ve yasaya uygun bulunmuştur." (YCGK, 31.3.1975, 72)(Karar için bkz. Karakurt, s. 129, dn.77).

"Tabur personelinin maaşlarını almak üzere silahlı ve hakiki mermi ile donatılmış muhafızlarla birlikte Kars'a gönderilen sanık astsubayın; dönüşte keyfiyetten habersiz olarak tabur komutanı tarafından bindiği askeri araca düzenlettirilen pusu ve soygun tatbikatı sırasında, kendisini araçtan indiren soyguncu kıyafetindeki er ile elindeki para çantasının çekiştirilmesi sırasında er'in vurularak ölümüne sebebiyet vermesinin kendisinin ve yanında bulunanların nefesine karşı vuku bulan haksız bir taarruzu (silahlı) def etmeye yönelik meşru müdafaa hâli olduğu ve T.C.K.nun 49/2 nci maddesi gereğince kendisine ceza verilmeyeceği gözetilmeden Dairece eylemin T.C.K.nun 455 nci maddesine girdiği ancak kusuru bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmesi gerektiği şeklindeki vaki bozmasında isabet görülmediğine karar verilmiştir." (As.Yrg. Drl. Kr., 11.12.1982, 164)(Karar için Karakurt, s. 129, dn.77).

¹⁷² Barış Erman, s. 384.

altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.” denmektedir. İlgili fıkrada her ne kadar ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler denilse de, gerek Kanun’un sistematik düzenlemesinden gerekse de haksızlık – kusur ayrımı çerçevesinde, söz konusu ibarenin hukuka uygunluk nedenleri olarak algılanması gereklidir.¹⁷³

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, söz konusu nedenlerin temelinde bulunan maddi şartlarında yanılmadan da kaynaklanabilir. Bu durumda ise hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında yanılma hususu ile karşılaşmaktayız. Nitekim hukuka aykırı bir saldırı ile karşılaşan ancak saldırının niteliğini yanlış değerlendirerek daha ağır sanan, bunun sonucunda da aşırı şiddet kullanan kişinin meşru savunmada sınırı aşma hâli yanılmadan kaynaklanmaktadır.¹⁷⁴ Ancak belirtmeliyiz ki, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, bir yanılma hâlinde kaynaklanmayabilir. Fail, kendisine yönelen tehlikeye ait bütün maddi şartları doğru değerlendirmiş, bu şartlara ait bilgisi tam ancak tehlikeyi bertaraf etmek için gerekenden fazlasını yapmış ise hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı yanılma hâli olmaksızın aşmıştır.¹⁷⁵

TCK m. 27/1’de yer alan düzenleme hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın ölçü yönünden aşılması durumunda uygulanabilecek bir hükümdür. Sınırın ölçü yönünden aşılması ile kastedilen meşru savunmada savunmanın ölçüsünü aşmak, ilgilinin rızasında rıza dışına çıkmak, görevin ifasında görevin sınırını aşmaktır.¹⁷⁶ Söz konusu sınır aşımının, kasten olmaması gereklidir. Zira madde metninde sınırın tak-sirle aşılması açık bir şekilde düzenlenmektedir. Sınırın kasten aşılması hâlinde zaten yanılmanın da söz konusu olması mümkün değildir.

¹⁷³ Koca / Üzülmüş, s. 266 vd.; Karakurt, s. 131; Erman, s. 287; Özgenç, s. 386, 387.

¹⁷⁴ Barış Erman, s. 287; “Bu gibi durumların sınırın aşılması kapsamında görülmemeye, bunlara yanılıya ilişkin hükümlerin uygulanması genel olarak kabul edilmiştir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi bu konuda verdiği kararlara benzer bir sonuca ulaşmıştır. Olayda, kendisine saldıran kişiyi etkisiz hâle getirmeye çalışan fail, saldırganın boynunu sıkışmış, ancak saldırgan bayıldıktan sonra da eylemini sürdürerek yaşamını tehlikeye sokmuştur. Mahkemeye göre, ‘sanığın önleyici koruma gerekse dahi, bunu yaparken son derece temkinli davranması gerekirdi (...). Bu maddi koşulları fark etmemiş olması hâlinde, ortada hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında bir yanılığın bulunduğu kabul edilmek gerekecekti (...); zira böyle bir durumda, gerçekten bulunan bir meşru savunma hâlinde yapabileceğinden fazlasını yapmış olmayacaktı”. (Barış Erman, s. 287, 288).

¹⁷⁵ Barış Erman, s. 288.

¹⁷⁶ Koca / Üzülmüş, s. 268.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması durumunda, hukuka uygunluk sebebinin somut olayda bulunmamasına rağmen fail tarafından bulunduğu tasavvur edilmesi hâlinde nasıl hareket edileceği de bu başlık altında incelenmesi gerekli konulardan birisidir. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması koşullarının uygulanabilmesi için öncelikle somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerektiği bazı yazarlarca ileri sürülmektedir.¹⁷⁷ Örneğin saati sormak üzere omzuna dokunan şahsın kendisine yumruk atacağından korkarak onu kalbinden bıçaklayan kişinin durumu verilebilir.¹⁷⁸ Bu durumda, fail tarafından yanılığın içine düşülen husus (kendisine yumruk atılacağı) doğru olsaydı bile savunma hakkı, söz konusu tasavvur ile sınırlı olacaktı. Alman öğretisinde, böyle bir durumda indirim veya cezasızlık hâlinin uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁷⁹ Ancak Alman öğretisindeki bu yorum, Alman Ceza Kanunu § 33'te yer alan düzenlemenin¹⁸⁰, TCK'da 27'nci maddenin 2'nci fıkrasına denk gelmesi ve 27'nci maddenin 1'inci fıkrasında yer alan genel bir düzenlemenin Alman Ceza Kanunu'nda bulunmamasından kaynaklanmaktadır.¹⁸¹

Fail, mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedenini mevcut gibi değerlendirerek ona karşı savunma içinde bulunmuş ancak savunmada sınırı taksirle aşmış olabilir. Faildeki bu yanılığın, kanaatimizce hem hukuka uygunluk nedeninin varlığına hem de sınırına ait yanılığın olarak ele alınmalıdır.¹⁸²

8. Sonuç ve Değerlendirme

Ceza hukukunda yanılma, faildeki tasavvur ile gerçek arasındaki farklılaşmadır ve kusur esasını benimseyen ceza hukuku sistemlerince söz konusu farklılaşmanın dikkate alınması bir zorunluluktur. TCK'da yanılma kavramı, sefeli olan 765 sayılı TCK'ya göre detaylı şekilde, 30'uncu maddede düzenlenmiştir.

¹⁷⁷ Koca / Üzülmez, s. 268; Özgenç, s. 387.

¹⁷⁸ Örnek için bkz. Barış Erman, s. 288.

¹⁷⁹ Barış Erman, s. 288.

¹⁸⁰ Madde 33 - Meşru savunmanın sınırının aşılması

Fail meşru savunmanın sınırlarını şaşkınlık, korku veya panik nedeniyle aşarsa, cezalandırılmaz. (Kanun metni için bkz. Yenisey / Plagemann, s. 24)

¹⁸¹ Barış Erman, s. 289.

¹⁸² Bkz. Barış Erman, s. 289; ayrıca Karakurt, s. 131.

Bilmemeyi de içine alacak şekilde, gerçeğin bilinmemesi veya yeterli derecede bilinmemesi nedeniyle iradenin yanlış şekilde oluştuğu yanılma; şüphe, bilmeme ve sapma kavramlarından sonuçları itibarıyla farklı bir kavramdır. Yanılma türlerinden şahısta yanılma, sapma türlerinden olan hedefte sapmadan farklılıklar arz etmektedir. Nitekim, şahısta yanılma iradenin oluşma aşamasında söz konusu iken, hedefte sağma iradenin oluşumundan sonraki aşamada mevcut olacaktır.

Yanılma temel olarak karşımıza iki şekilde çıkabilir;

a. Fail, işlediği fiili cezalandıran bir kuralın bulunduğu konusunda bilgi sahibi değildir veya mevcut bir kuralın uygulama alanını yanlış değerlendirmiştir. Bu durumda; hukuki yanılma veya yasak yanılığından bahsedilmektedir.

b. Fail suçu oluşturan maddi unsurlarda, nitelikli hallerde veya hukuka uygunluk nedenlerinden yanılma halindedir ki bu duruma da fiili yanılma veya genel olarak tipte yanılma denmektedir.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile beraber Türk ceza hukuku öğretisinde hukuki - fiili yanılma veya yasak yanılığısı - tipte yanılma kavramları incelenmekle beraber, yanılmanın ceza sorumluluğuna etkisinin esas alındığı bir dizge ile incelendiği görülmektedir. Bu kapsamda da, kusuru kaldıran yanılma ile kastı kaldıran yanılma hâlleri incelenmektedir.

Hukuki yanılma başlığı altında değerlendirebileceğimiz "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı, TCK'nın 4'üncü maddesinde, selevi olan 765 sayılı TCK'na göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Zira 765 sayılı TCK'nın 44'üncü maddesinde "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" denirken, 5237 sayılı TCK'da "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz." denilmek suretiyle, mazeret kabul edilmeyecek hukuki yanılmanın alanı daraltılmıştır.

TCK'nın 30'uncü maddesine 5377 sayılı Kanunla 4'üncü fıkra olarak eklenen haksızlık yanılığısı veya yasak yanılığısında fail, işlediği fiili yasaklayan bir normun varlığında veya söz konusu normun değerlendirilmesinde yanılığısıya düşmektedir. Burada failin, işlediği fiilin maddiyatına ilişkin bilgisi tamdır ancak fiiline hukuk düzeninin izin verdiğini düşünmekte ve söz konusu fiille bir haksızlık oluşturdu-

ğunu bilmemektedir. TCK 30/4'te yer alan bu düzenlemeden sonra, TCK'nın 4'üncü maddesinde yer alan "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" kuralının uygulama alanının kalmadığı kanaatindeyiz.

Yasak yanılığının ceza sorumluluğunu etkilemesi durumu, ancak yanılığın kaçınılmaz olması halinde söz konusu olacaktır. Yanılığın kaçınılmazlığı ise failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları, kişisel yetenekleri, mevcut bilgisini kullanmasının ondan ne ölçüde beklenebilir olduğu ve hukuksal – ahlaksal değer yargıları göz önünde bulundurularak belirlenecektir. Yanılığın kaçınılabılır olduğu durumlarda, kişinin ceza sorumluluğu etkilendiği halde cezasında herhangi bir indirim yapılmayacaktır. Her ne kadar gerekçede, bu durumun temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulunacağı ifade edilmişse de, gerekçenin kanun metnine dâhil olmaması karşısında, uygulamada sıkıntıların yaşanabileceği kanaatindeyiz. Bu durumda, Alman Ceza Kanunu'nun 17'nci maddesinde olduğu gibi kaçınılabılır yasak yanılığında cezada indirim yapılacağı hususunun Kanun metnine eklenmesini faydalı mütalaa etmekteyiz.

Suçun maddi unsurlarında ve nitelikli hallerinde yanılmayı ise tipte yanılma başlığı altında değerlendirmekteyiz. Bunlardan maddi unsurlarda yanılma halinde kişinin kasten hareket etmiş sayılmayacağı TCK 30/1'de ifade edilmiştir. Maddi unsurlar kapsamında, hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur ve konuyu ele almaktayız. Bunlarda yanılma halinde fail kasten hareket etmiş olmayacaktır ancak yanılma sonucunda meydana gelen suçun taksirli hâlinin mevcut olması durumunda fail, taksirli suçtan sorumlu olacaktır.

Suçun nitelikli halleri, maddi unsurlara dâhil olmasına rağmen TCK 30/2'de, suçun nitelikli hallerinde yanılma ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre suçun nitelikli hallerinde yanılma içinde bulunan kişi, bu durumdan yararlanacaktır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerde kaçınılmaz bir yanılma içinde bulunan fail de, bu yanılmadan yararlanacaktır. Hukuka uygunluk nedenleri, TCK'nın sistematüğinde, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler içinde düzenlenmiştir.

Hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma da iki şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Fail, aslen hukuk düzeninde mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var kabul etmekte veya hukuk düzeninin kabul ettiği bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında yanılma halinde olabilir ki, bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma söz konusudur.

İkinci olarak hukuk düzeninde mevcut olan bir hukuka uygunluk nedenini oluşturan koşulların somut olayda bulunmamasına rağmen var kabul edilmektedir. Bu durumda ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma söz konusudur.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında yanılma, yasak yanılmasına benzer şekilde izin normunda yanılmadır ve söz konusu yanılmanın kaçınılmaz olması durumunda failin yanılmasından yararlanabilmesi mümkündür. Bu kapsamda, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında kaçınılmaz yanılma, kusuru ortadan kaldıracaktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılma ise tipte yanılma gibi değerlendirilecek ve fail kasten hareket etmiş sayılmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından 223, Tarihsiz.
- Antonio Cassese, International Criminal Law. New York 2003.
- Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner, TCK Şerhi, C.:I, Ankara 2009.
- Arzt, Gunther, "The Problem of Mistake of Law", Brigham Young University Law Review, 1986.
- Ashworth, Andrew, Principles of Criminal Law, Fifth Edition, New York 2006.
- Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.

- Badar, Mohamed Elewa, "Mens Rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals", *International Criminal Law Review* 5, 2005.
- Card, Richard, Card, Cross and Jones Criminal Law, Eighteenth Edition, Oxford University Press 2008.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, İstanbul 2011.
- Christopher, Russell L., "Mistake of Fact in the Objective Theory of Justification: Do Two Rights Make Two Wrongs Make Two Rights...?", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol.:85, No.:2, 1994.
- Cüceloğlu, Doğan, *İnsan ve Davranışı Psikolojinin Temel Kavramları*, İstanbul 1991.
- Çüçen, A.Kadir, *Bilgi Felsefesi*, Bursa 2001.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2011.
- Demirel, Hakkı, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata", *AÜHFĐ*, C.:XII, S.:3-4, 1955.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt:II, *Yeniden Gözden Geçirilmiş Onuncu Bası*, İstanbul 1994.
- Dönmezer, Sulhi, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003.
- Elliott, Catherine / Quinn, Frances, *Criminal Law*, Fourth Edition, Malaysia 2002.
- Erdem, Mustafa Ruhan, "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.
- Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997.
- Erman, Ragıp Barış, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (Yayımlanmamıştır). İstanbul 2006.
- Erman, Sahir, "Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma", *İÜHFĐ*, C.:XII, S.:2-3, 1946.
- Ersoy, Yüksel, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki - Psikolojik Anlamı", *AÜSBFD*, C.:22, S.:4, Ankara 1967.
- Feteris, Eveline T., *Hukukî Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarını Gerekçeleştirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma*, Türkçesi: Ertuğrul Uzun, İstanbul 2010.
- Findlay, Mark, (2007). *Criminal Law Problems in Context*, Second Edition, Reprint Australia 2007.
- Fitzgerald, P.J., *Criminal Law and Punishment*, Oxford University Press, 1962.
- Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law*, New York 2002.

- Glanville, Williams, Criminal Law. The General Part, Second Edition, Reprint USA 1988.
- Gözübüyük, Pulat, "Ceza Hukukunda Yeni Cereyanlar, Modern Ceza Hukukunda Hata Meselesi", Adliye Ceridesi, Y.:33, S.:1, 1942.
- Gur-Arye, Miriam, "Reliance on a Lawyer's Mistaken Advice – Should It be an Excuse from Criminal Liability", American Journal of Criminal Law, Vol.:29, 2002.
- Güleç, Sesim Soyer, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılıgısı (M.30/4)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:10, S.:1, 2008.
- Güngör, Devrim, "Kural Üzerinde Hata", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:68, 2007.
- Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.
- Hafızoğulları, Zeki, "Hukukî Bilmeme ve Açık Ceza Normları", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C.:I, Ankara 1997.
- Hafızoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2011.
- Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- Herring, Jonathan, Criminal Law Text, Cases and Materials, Third Edition, New York 2008.
- <http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=hata>, Erişim tarihi: 27 Ocak 2011.
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.
- Karakehya, Hakan, "Netice Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda Ağırlaşan Neticenin Muhtemel Olmasının Cezai Sorumluluğa Etkisi", Ceza Hukuku Dergisi, Y.:4, S.:9, Nisan 2009.
- Karakurt, Ahu, "Türk Ceza Kanunu'nda Hata", Ceza Hukuku Dergisi, Y.:4, S.:10, Ağustos 2009.
- Kararlar için bkz. Günay, Erhan, "Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik", Ankara 2009.
- Kaşıkarı, M.Serhat, "Türk Ceza Hukukunda Şahusta Hata ve Hedefte Sapma", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.:1, S.:2, 2010.
- Katoğlu, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.
- Kaymaz, Seydi, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4.Maddesinde Düzenlenen Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:58, 2005.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2010.

- Koca, Mahmut, "Türk Ceza Hukukunda Hata" in: 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009.
- Koca, Mahmut, "YTCK' da Hukuka Uygunluk Sebepleri", Ceza Hukuku Dergisi, Y.:1, S.:1, Ekim 2006.
- Loveless, Janet, Criminal Law, Text, Cases and Materials, New York 2008.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami / Ünver, Yener, "Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Üzerine", İstanbul Barosu Dergisi, C.:72, S.:4-5-6, 1998.
- Ormerod, David, Smith and Hogan Criminal Law, 12 th Edition, New York 2008.
- Ozansü, Mehmet Cemil, "Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı", in: Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006.
- Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, Ankara 2007.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989.
- Öner, Hamdi, "Türk Ceza Kanununda Hata ve Taksirli Suçlar", Adalet Dergisi, Y.:36, S.:6, Haziran 1945.
- Özar, Süleyman, "Türk Ceza Hukukunda 'Sapma'", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:66, 2006.
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, M.Nihat / Bacaksız, Pınar / Doğan, Koray / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- Özbek, Veli Özer, "Türk Ceza Kanununda Hata (m.30)", Ceza Hukuku Dergisi, Y.:3, S.:7, Ağustos 2008.
- Özek, Çetin, "Ceza Normunun Varlığında Hata", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C.:3, İstanbul 2003.
- Özen, Mustafa, "Ceza Hukukunda Bilmemek ve Hata" Uğur Alacakaptan'a Armağan. İstanbul 2008.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2008.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Baskı, Ankara 2006.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa R., Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), Değişiklikler İşlenmiş 5. Bası, Ankara 2007.
- Padfield, Nicola, Criminal Law, 6 th Edition, New York 2008.
- Polat, Nihat, Türk Ceza Hukukunda Yanılma. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), Isparta 2005.
- Reid, Sue Titus, The Essentials Criminal Law. New York 2009.
- Roxin, Claus, "Yasağa İlişkin Yanılma", (Çev.:Osman İsfen), in: Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006.

- Scaliotti, Massimo, "Defences Before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility – Part 2", *International Criminal Law Review* 2, 2002.
- Sezgin, Servet, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata", *Adalet Dergisi*, Y.:42, Mayıs 1951, S.:5.
- Söztür, Adem, "Hukuki Hata", *Yargıtay Dergisi*, C.:21, S.:1-2, Ocak-Nisan 1995.
- Şirin, Osman, *Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, İstanbul 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara Ekim 2012.
- Yaffe, Gideon, "Excusing Mistakes of Law", *Philosophers' Imprint*, Vol.:9. No.:2. April 2009.
- Yalkut, Necdet, "Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Açısından Sözde Suç ve İşlenemez Suç", *Yargıtay Dergisi*, C.:8, Ocak - Nisan 1982, S.:1-2.
- Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried, *15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu*, İstanbul 2009.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 2. Bası*, İstanbul 2011.

İDARİ YARGILAMA USULU KANUNU VE VERGİ USUL KANUNU ARASINDAKİ ÇATIŞMALARIN KLASİK YÖNTEMLE ÇÖZÜMÜ

Oytun CANYAŞ*

Özet: Vergi Usul Kanunu'nda pek çok yargılama normu bulunmaktadır. Söz konusu normlar İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki normlarla çatışabilmektedir. Çalışmada, belirtilen çatışmaların "klasik yöntem" olarak adlandırdığımız lex posterior ve lex specialis ilkelere hareketle çözülmesi ele alınmıştır. Vergi yargılaması hukukunda klasik yöntemler sadece, İdari Yargılama Usul Kanunu m.31/2 yürürlüğe girdikten sonra Vergi Usul Kanunu'nda yapılan değişiklikler bakımından devreye girebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Norm çatışması, lex posterior, lex specialis, vergi yargılaması normları, İdari Yargılama Usulü Kanunu

Abstract: The Code on Procedural Tax Law includes many judicial norms. These norms may sometimes conflict with those in the Code on Administrative Procedural Law. In this study, the aforementioned conflicts are to be solved using "the classical method" as we named it which is based upon the principles of lex posterior and lex specialis. From the aspect of Procedural Tax Law, the classical method only intervenes with regard to the amendments in the Code on Procedural Tax Law after art. 31/2 of the Code on Administrative Procedural Law took effect.

Keywords: Norm conflicts, lex posterior, lex specialis, procedural tax norms, the Code on Procedural Administrative Law.

GİRİŞ

Hukuk normları arasında çatışma, bir normun uygulanmasının diğer bir normu ihlal etmesi olarak tanımlanabilir.¹ Normlar hiyerar-

* Yrd. Doç. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ A.O. Abdullatif /Elhag Joost/ A.P.J. Breuker/ Bob W. Brouwer, "On the Formal Analysis of Normative Conflicts", in H. Jaapvan den Herik et.al. (eds), Legal

şisinde yer alan normlar ister farklı katmanda ister aynı katmanda yer alsın sıklıkla çatışabilmektedir. Vergi yargılaması hukuku normları 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare, İdare Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun², 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu³, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu⁴ ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun⁵ ve hatta 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁶ gibi pek çok yasada yer almaktadır. Hiyerarşik olarak aynı düzeyde yer alan bu normlar arasında çatışma çıkabilmektedir. Bu çalışmada vergi yargılaması normlarından sadece İYUK ve VUK hükümleri arasındaki çatışmaların çözümü ele alınmaktadır. Başka bir anlatımla çalışmamız vergi yargılaması normları arasında vuku bulan bütün çatışmaları çözme amaçlanmamaktadır.

Çalışmanın kapsamıyla ilgili altı çizilmesi gereken bir diğer husus, bu çalışmanın İYUK ve VUK normları arasındaki hangi tür uyumsuzlukların çatışma olarak nitelendirilebileceği sorununu ele almadığıdır. Bu nedenle çalışmada “norm çatışması” kavramı, bu hususta yapılan sınıflandırmalar⁷ ve söz konusu bulgulardan hareketle İYUK-VUK normları arasındaki çatışmaların analizi yapılmamıştır. Böyle bir inceleme ayrı bir çalışma konusu olabilecek hacimdedir. Bunun yerine, öğretiyi ve yargı kararlarından hareketle bazı İYUK ve VUK normlarının çatıştığı -herhangi bir ek analiz yapılmaksızın- kabul edilmiştir.

İYUK ve VUK normları arasındaki çatışmaların çözümlenmesi meselesi klasik yöntem olarak adlandırdığımız “lex specialis ve lex posterior” ilkeleri çerçevesinde ele alınmıştır. Diğer bir anlatımla çalışma-

Knowledge Based System, *JURIX 1999*, TheTwelfth Conference, Nijmegen: GNI, 1999, s.35-36.

² Bundan sonra “BİİVMK” olarak ifade edilecektir.

³ Bundan sonra “İYUK” olarak ifade edilecektir.

⁴ Bundan sonra “VUK” olarak ifade edilecektir. VUK’da yer alan vergi yargılaması normu örneği için bkz. VUK m.377.

⁵ Bundan sonra “AATUHK” olarak ifade edilecektir. AATUHK’da yer alan vergi yargılaması normu örneği için bkz. AATUHK m.58.

⁶ Kabahatler Kanunu m.27 ve Ek m.1

⁷ Norm çatışması kavramı ve bu konu hakkındaki sınıflandırmalar için bkz. Stephen Munzer , “Validity and Legal Conflicts”, *The Yale Law Journal*, Vol.82, No.6, May 1973, s.1141 vd.; Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Law and Philosophy Library Volume 8, Springer, 2008, s.340; Alf Ross, *Law and Justice*, The Law-book Exchange Ltd., 1959, s.128 vd. Erich Vranes, “The Defination of Norm Conflict in International Law and Legal Theory”, *The European Journal of International Law*, Vol. 17, 2006, s. 396; Abdullatif/ Joost/ Breuker/ Brouwer,s. 35-46; Yasemin Işıқтаç/ Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003, s.259.

da norm çatışmalarını çözmeye yönelik tutarlılık standardı (standart of coherence)⁸, “ölçme ve dengeleme/weighing and balancing”⁹ gibi yöntemlere yer verilmemiştir. Öte yandan çalışmada klasik yöntemlerin hangi anda devreye girebileceğini saptamak bakımından İYUK ve VUK normları arasındaki ilişkiyi ele alan İYUK m.31/2¹⁰ hükmünün anlamı da incelenmiştir.

Bu doğrultuda çalışmada ilk olarak, öğreti ve yargı kararlarından hareketle İYUK ve VUK normları arasındaki çatışma alanları belirlenmiştir. Daha sonra normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan norm çatışmalarını klasik yöntemle çözülmesi ele alınmıştır. Çalışmanın son kısmında ise İYUK ve VUK arasındaki çatışmaların klasik yöntemle çözümü, İYUK m.31/2 hükmünün anlamından hareketle ortaya konulmuştur.

1. İYUK VE VUK NORMLARI ARASINDAKİ ÇATIŞMALAR

Vergi yargılaması normları¹¹, vergi uyuşmazlıklarının yargısal çözümüne katılan sùjelerin uyguladıkları davranış kalıplarıdır. Bilindiği üzere, vergi yargılaması normlarını düzenleyen temel yasalar Danış-

⁸ Dworkin norm çatışmalarının çözümünün yargıcın tutarlılık standardı uygulamasıyla olabileceğini ileri sürmektedir. Dworkin’e göre, ideal yargıç Hercules (Dworkin’in yarattığı ideal yargıç tipi) somut uyuşmazlığı hukuk etiğine (morality of law) en iyi uyan ilkelere hareketle çözümlerlidir. Böylelikle evrensel olarak en tutarlı çözüme ulaşılacaktır. (Gerard Conway, “Conflicts of Competence Norms in EU Law and the Legal Reasoning of the ECJ”, German Law Journal, Vol. 11, No. 9, 2010, s.981). Bu konuda bkz. Ronald Dworkin, Law’s Empire, Harvard University Press, 1986, s.228 vd.). Anılan yazar, tutarlılığın muğlak bir kavram olması noktasında eleştirilmektedir (Conway, s.981).

⁹ David Martinez Zorrilla, “The Structure Of Conflicts Of Fundamental Legal Rights”, Law and Philosophy (2011) 30, s.729. Bu yöntemde çatışma koşullara göre iki normdan birine ağırlık vererek çözümlenmektedir. Ancak bu yöntemde de göz ardı edilen norm muhakeme sonucu ortadan kalkmamakta geçerliliğini devam ettirmektedir (Jörg Kammerhofer, Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Routledge, New York, 2011., s.175).

¹⁰ İYUK m.31/2: “Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır”.

¹¹ Vergi yargılaması normlarından oluşan vergi yargılaması hukukunun tanımı için bkz. Ahmet Kumrulu, Vergi Yargılaması Hukukunun Kuramsal Temelleri, Çoğaltma, Ankara, 1989, s.23; Mualla Öncel/ Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara, 2003, s.5; Yusuf Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s.18. Bu konuda ayrıca bkz. Şerafettin Aksoy, Vergi Yargısı Ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.14.

tay Kanunu, BİİVMK ve İYUK'dur. Bununla birlikte, daha önce de ifade edildiği üzere özel idari usul yasaları olan VUK ve AATUHK'da ve maddi yasa olan Kabahatler Kanunu'nda vergi yargılamasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu yasalardan özellikle VUK'da oldukça fazla sayıda yargılama normu bulunmakta ve bu normlar İYUK'daki normlarla çatışabilmektedir. Öğreti ve yargı kararları ışığında İYUK-VUK normları arasında çatışma olduğu düşünülen temel hükümler şunlardır:¹²

- Ehliyet¹³ (İYUK m.2¹⁴-VUK m.377/1¹⁵; İYUK m.2-VUK mük. m.49/a-2¹⁶; İYUK m.2-VUK m.378/2¹⁷)
- Süre¹⁸ (İYUK m.7¹⁹-VUK mük. m.49/a-2²⁰; İYUK m.7-VUK Ek.

¹² Burada verilen liste tahdidi değildir. Buna ilaveten listede yer alan hükümler arasında çatışma içermediği ileri sürülebilecek normlar da yer alabilir. Bu noktada çalışmanın konusunun İYUK-VUK arasında çatışma olan hallerini saptamak olmadığı; çalışmanın sadece çatışma olduğu kabul edilen hükümler arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi yöntemlerini ele aldığı bir kez daha vurgulanmalıdır. Bu nedenle çalışmada ilgili normlar arasında çatışma olup olmadığı incelenmemiş; doğrudan öğreti ve yargı kararlarına atıf yapılmıştır.

¹³ Mustafa Akkaya, "Vergi Sorumlularının Vergi Yargısı Ve İdaresi Karşısındaki Konumu", 1997, AÜHFĐ, Cilt:46, S:1-4, 1997, s.194; Öncel/Kumrulu/Çağan, s.192. Candan, söz konusu hükümleri menfaat ilişkisinin kanun tarafından tayini olarak nitelendirmektedir. Bu konuda bkz. Turgut Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, 5.Baskı, Ankara, 2012, s.124 vd.

¹⁴ İYUK m.2/1-a) (İptal: Ana. Mah.nin 21/9/1995 tarih ve E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 8/6/2000- 4577/5 md.): İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları",

¹⁵ VUK m.377/1: "Mükellefler ve kendilerine vergi cezası kesilenler, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açabilirler".

¹⁶ VUK mük. m.49/a-2: " Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği bu bedellere karşı Resmî Gazete ile ilânını izleyen on beş gün içinde Danıştay'da dava açabilir"

¹⁷ VUK m.378/2: "Mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar..."

¹⁸ Karakoç, s.186 vd.; Candan, s.338-339

¹⁹ İYUK m.7/1: "Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür".

²⁰ VUK mük. m.49/a-2: " Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği bu bedellere karşı Resmî Gazete ile ilânını izleyen on beş gün içinde Danıştay'da dava açabilir"

m.7/4²¹; İYUK m.46/2²²-VUK mük.m.49/b-3²³)

- İdarenin Savunması ve Savunmaya Cevap²⁴(İYUK m.16/3²⁵-VUK mük. m.49/c²⁶)
- İspat²⁷(İYUK m.18/3²⁸-VUK mük m.378²⁹; İYUK m.18/3-VUK m.3/B-2³⁰; İYUK m.20/1³¹-VUK m.3/son³²)

hükümleri sayılabilir. Çalışmamız belirtilen hükümler arasındaki çatışmaların *lex specialis* ve *lex posterior* ilkeleriyle çözümünü ele almaktadır.

²¹ VUK Ek. m.7/4: "...Bu takdirde, dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddet tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olarak uzar".

²² İYUK m.46/2(Değişik:10/6/1994-4001/20 md.) : "Özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde,Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilir".

²³ VUK mük.m.49/b-3: "Vergi mahkemelerince verilecek kararlar aleyhine on beş gün içinde Danıştay'a başvurulabilir".

²⁴ Candan, s.618.

²⁵ İYUK m.16/3: "Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verebilirler. Bu süre, ancak haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Sürenin geçmesinden sonra yapılan uzatma talepleri kabul edilmez".

²⁶ VUK mük. m.49/c: " Yukarıdaki fıkralara göre, Danıştay ve vergi mahkemelerinde dava açılması halinde, davalının on beş gün içinde vereceği tek savunma ile dosya tekemmül etmiş sayılır".

²⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan, s.202

²⁸ İYUK m.18/3: "Duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilir. Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir; hiç biri gelmezse duruşma açılmaz, inceleme evrak üzerinde yapılır".

²⁹ VUK mük. m.378: "Danıştay ve Vergi Mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile, mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler".

³⁰ VUK m.3/B-2: "... vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz".

³¹ İYUK m.20/1: "Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verebilirler. Bu süre, ancak haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Sürenin geçmesinden sonra yapılan uzatma talepleri kabul edilmez".

³² VUK m.3/son: " 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". İYUK m.20/1-VUK m.3/son arasında çatışma olduğunu dolaylı bir şekilde ifade ettiğini düşündüğümüz içtihat için bkz. DŞ.3.D. T:8.12.1989, E:1989/988, K:1989/2756.

II. NORM ÇATIŞMALARININ KLASİK YÖNTEMLE ÇÖZÜLMESİ

A. GENEL ÇERÇEVE

Norm çatışmalarının çözümünüyle ilgili iki yaklaşım söz konusu olabilir. İlk olarak yasa koyucu, bir pozitif hukuk düzenlemesiyle norm çatışmalarının nasıl çözümleneceğini belirleyebilir. Böyle bir düzenleme o hukuk sisteminde geçerli tüm norm çatışmalarını kapsayabilir ya da belirli normlar arasındaki çatışmalara odaklanabilir. Bu bağlamda İYUK m.31/2³³, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.3³⁴, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.5³⁵, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.17³⁶ belirli normlar arasındaki çatışmaları çözümlleyen normlara örnek teşkil etmektedir. Çalışmada bu tür normlar “çatışma normu” olarak adlandırılmıştır. Çatışma normları, belirli normlar arasındaki çatışmaları genellikle *lex specialis* veya *lex posterior* gibi ilkelerin uygulanmasıyla çıkabilecek sonuçların tam tersini öngörerek çözülemeye çalışırlar. Söz gelimi TCK m.5 hükmü, sonraki tarihli genel kanun ile (TCK genel hükümlerinin) önceki tarihli özel hükümler çatıştığında sonraki tarihli genel hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir. Halbuki aşağıda ortaya konacağı üzere, bu hüküm olmasaydı, *lex specialis* ilkesi çatışmayı önceki tarihli özel kanunlar lehine çözümlenecekti. Bazı çatışma normlarının ise, herhangi bir tereddüt doğmaması için klasik yöntemlerle ulaşılabilecek sonuçları pekiştirmek amacıyla ihdas edildikleri söylenebilir. MTK m.17 bu konuda güzel bir örnek teşkil etmektedir.

Bu tür “çatışma normları”nın hukuk sistemlerinde bulunmadığı hallerde norm çatışmaları belirli yöntemler izlenerek çözümlenmek-

³³ İYUK m.31/2: “Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır”.

³⁴ Kabahatler Kanunu m.3: “ (1) Bu Kanunun;
a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,
b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır”.

³⁵ Türk Ceza Kanunu m.5: “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”.
Bundan sonra “TCK” olarak anılacaktır.

³⁶ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.17: “Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz”. Bundan sonra “MTK” olarak anılacaktır.

tedir. Hukuk teorisinde norm çatışmalarını deontik mantığa³⁷, feshedilebilir (defeasible) mantığa³⁸, tutarlılık standardına (standart of coherence)³⁹, “ölçme ve dengeleme/weighing and balancing”⁴⁰ yöntemine, pragmatist yöntem⁴¹ ve son olarak lex superior, lex posterior ve lex specialis gibi klasik ilkelere göre⁴² çözmeyi konu edinen pek çok yöntem bulunmaktadır. Norm çatışmalarının bu yöntemlerle çözümlenebilmesi kullanılan yöntemin meşrulaştırılması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Bu tartışma klasik yöntemlerle sınırlı olmak üzere aşağıda ortaya konmuştur.

³⁷ Norm çatışmalarını deontik mantığa göre inceleyen çalışmalar için bkz. E. Alchourrón Carlos, “Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems”, *Law and Philosophy*, Vol. 10, No. 4 (Nov., 1991), pp. 413-425; M. J. Kollingbaum/ W. W. Vasconcelos/Garcia Camino/ T. J. Norman, “Managing Conflict Resolution in Norm-Regulated Environments?”, 2008, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.161.716,09/08/2013>.

³⁸ Feshedilebilir(defeasible) mantık, belirli öncelik kuralları vasıtasıyla işleyen bir mantık türüdür. Anılan mantığa dayalı hukuki muhakeme, büyük önermenin önbileşenin evetlendiği(modus ponens) klasik hukuk mantığından farklılık gösterir. Feshedilebilir (defeasible) mantık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jerzy Stelmach/ Bartosz Brozek, *Methods of Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht, 2006, s.49 vd. Norm çatışmalarının feshedilebilir (defeasible) mantığa göre çözümlenmesi için geliştirilen öneriler için bkz. Lamber Royackers/ Frank Dignum, “Defeasible Reasoning with Legal Rules”, in M.A. Brown and J.Carno, editors, *Deontic Logic, Agency and Normative Systems (Workshops in Computing)*, pages 174-193, Springer-Verlag, 1996; Giovanni Sartor, “Inconsistency And Legal Reasoning”, *Legal reasoning and normative conflicts*: J.A.P.J. Breuker, R.V. De Mulder, J.C. Hage (eds.), *Legal knowledge based systems JURIX 91: Model-based legal reasoning*, The Foundation for Legal Knowledge Systems, Lelystad: Koninklijke Vermande, pp. 92-112.Bu konuda ayrıca bkz. Laurence Cholvy/ Frederic Cuppens, “Solving Normative Conflicts by Merging Roles”, <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3134-3128-1-PB.pdf,7/8/2013>.

³⁹ Conway, s.984

⁴⁰ Bkz. Zorrilla, s.729. Bu yöntemde çatışma koşullara göre iki normdan birine ağırlık vererek çözümlenmektedir. Ancak bu yöntemde de göz ardı edilen norm muhakeme sonucu ortadan kalkmamakta geçerliliğini devam ettirmektedir(Kammerhofer, s.175). Bu konuda ayrıca bkz. Peczenik, s.61 vd.

⁴¹ Pragmatistler, norm çatışmalarının her iki normun da geçerli olduğundan hareketle çözümlenemeyeceğini ileri sürmektedir. Zira norm çatışmaları emredici-yasaklayıcı normlardaki gibi ampirik gözlemin aynı anda yapılamamasından kaynaklanabilmektedir. Bu normlar geçerli oldukları sürece çatışmaya devam edeceklerdir. Bu nedenle pragmatistler, bir normun diğerini ilga etmesi yerine somut olayla daha bağlantılı/ilişki olan normun uygulanması gerektiğini belirtmektedir(Kammerhofer, s.175).

⁴² Bkz. Conway s. 984; Işıқтаç/Metin, s.258 vd.; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 9.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s.341 vd.; Ross, s.131 vd. Peczenik, s.342 vd.; Kammerhofer, s.175 vd.

Daha önce de ifade edildiği üzere çalışmamız bu yöntemlerden sadece klasik yöntem olarak adlandırdığımız *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerini esas almaktadır. Dolayısıyla diğer yöntemler kapsam dışı bırakılmıştır. Klasik çatışma çözme yöntemi bakımından da bir sınırlama yapmak gerekir. Zira klasik yöntem çatışan normların hiyerarşik konumuna göre ikiye ayrılmaktadır.⁴³ Normlar hiyerarşisinde birbiriyle farklı konumlarda bulunan (altlık-üstlük) normlar arasındaki çatışmalar *lex superior* ilkesiyle çözümlenir.⁴⁴ Buna karşılık, hiyerarşik olarak aynı düzeydeki normlar (iki yasa gibi) arasındaki çatışmaları çözümleneyen klasik yöntemler ise *lex posterior* ve *lex specialis*'dir.⁴⁵ Çalışmamız hiyerarşik olarak aynı düzeydeki normlar (vergi yargısı normları) arasındaki çatışmaların çözümlenmesini konu edindiğinden, klasik yöntemlerden sadece *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri irdelenecektir.

B. NORMLAR HİYERARŞİSİNDE AYNI DÜZEYDE YER ALAN NORMLAR ARASINDAKİ ÇATIŞMALARIN KLASİK YÖNTEMLE ÇÖZÜMÜ

Çalışmanın bu bölümünde *lex specialis* ve *lex posterior* ilkelerinin anlamı, bunların haklılaştırılması sorunu ve bu ilkelerin uygulanma koşulları incelenecektir.

⁴³ Ross, s.129; Gözler, s.341

⁴⁴ Ross, s.132

⁴⁵ Ross, s.129. Norm çatışmaları iki farklı norm yerine aynı norm içerisinde de doğabilir. ROSS, çok ender rastlandığını belirttiği bu duruma örnek olarak 1920 Danimarka Anayasası'nda yer alan iki hükmü vermektedir. Bunlardan ilki, meclis üye tamsayısının 78 üyeyi geçemeyeceğini öngörmekteyken ikincisi 79'u geçemeyeceğini düzenlemektedir. Aynı norm içinde ortaya çıkan bu tür bir çatışmanın ne şekilde çözümleneceği belirsizdir(Ross, s.129). Buna karşılık, aynı norm içinde genel hüküm özel hüküm çatışması herhangi bir problem yaratmamaktadır. Zira özel hüküm, genel hükmün istisnası niteliği taşımaktadır (Ross, s.130). Gözler, Ross'un işaret ettiği bu tür durumları "gerçek çatışma" olarak adlandırmaktadır. Yazara göre, aralarında altlık-üstlük, önceki-sonraki, özel-genel ilişkisi kurulmayan iki norm arasındaki çatışmalar gerçek çatışmalardır(Gözler, s.350-351). Bunların çözümü için Karayalçın, MK.1'den hareket etmektedir. Yazara göre, birbiriyle çatışan bu tür iki normun birbirini yok ettiğini kabul etmek ve gerçek bir kanun boşluğu varmış gibi MK.1'e dayanarak yeni bir kural koymak gerekmektedir. (Yaşar Karayalçın, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 14. Baskı, 994, s.115). Hiç şüphesiz, yazarın MK.1'e dayanan bu görüşü kamu hukuku bakımından geçerli değildir. (Gözler, s.351).

1. LEX POSTERIOR İLKESİ

Lex posterior ilkesi⁴⁶, iki norm arasında çatışma olduğunda sonraki tarihli normun önceki tarihli normu ilga ettiğini esas almaktadır.⁴⁷ Bu bağlamda anılan ilke, yasa koyucunun birbiriyle çatışan iki normu aynı anda geçerli kılamayacağı; bu normlardan yeni tarihli normun ihtiyacı eskisinden daha fazla karşılayacağı varsayımına dayanmaktadır.⁴⁸

Öğretide, lex posterior ilkesi “zımni ilga” ile özdeş kabul edilmektedir.⁴⁹ Bilindiği üzere yeni tarihli normun eski tarihli bir normu yürürlükten kaldırması “ilga” kavramıyla ifade edilmektedir.⁵⁰ Dolayısıyla “ilga”yı, norm koyucunun önceki tarihli normun geçerliliğine son veren irade açıklaması olarak tanımlamak mümkündür.⁵¹ Normlar ya açık olarak ya da zımnen ilga edilir.⁵² Açık ilga genellikle bir başka norm aracılığıyla gerçekleşir.⁵³ Bu tür normlar “ilga edici norm” olarak adlandırılabilir. Bazı durumlarda yasa koyucu (norm ihdas eden) bu tür bir norm olmaksızın önceki norm hükümleriyle çatışan yeni bir norm ihdas eder. Ancak hangi normun geçerli olacağı hususundaki iradesini açıkça ortaya koymaz.⁵⁴ İşte bu tür durumlarda önceki normun yeni tarihli norm ile çatışan hükümlerinin zımnen ilga edildiği kabul edilmektedir.⁵⁵

Lex posterior ilkesinin yasa türünden normlar bakımından uygulanmasında yasanın kabul edilmiş tarihi esas alınır. Diğer bir anlatımla, bir yasanın sonraki yasa olup olmadığının belirlenmesinde yasanın yayın veya yürürlük tarihi dikkate alınmaz.⁵⁶ Zira anılan ilkenin uygulanması bakımından önemli olan yasa koyucunun iradesinin son

⁴⁶ Tam ifadesi “lex posterior derogat legi priori” biçimindedir.

⁴⁷ Ross, s.129; Kammerhofer, s.157; Gözler,s.342; Conway, s. 988

⁴⁸ Kammerhofer, s.157; Conway, s. 988

⁴⁹ Gözler, s.342

⁵⁰ Gözler, s.243

⁵¹ Gözler, s.243

⁵² Selahattin Keyman, Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2010, s.55

⁵³ Keyman, s.55. İlga edici normlara 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun “yürürlükten kaldırılan hükümler” başlıklı 36.maddesi örnek olarak verilebilir. Anılan hüküm şu şekildedir: “3/6/1949 tarihli ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile ek ve değişiklikleri yürürlükten kaldırılmıştır”.

⁵⁴ Keyman, s.55, Gözler, s.244

⁵⁵ Keyman, s.55; Gözler, s.244

⁵⁶ Gözler, s.345.

halini saptamaktadır. Daha önce de açıklandığı üzere *lex posterior* ilkesinin uygulanmasında, yasa koyucunun önceki ile çatışan yeni bir norm yaratmak suretiyle eski tarihli yasayı zımnen ilga ettiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla yasa koyucunun iradesinin bu yönde olduğu varsayılabilir⁵⁷. Ancak kabul tarihinin esas alınması yaklaşımının iki normun da yürürlükte olduğu varsayımı altında geçerli olabileceğini vurgulamak gerekir. Uyumsuz normlardan biri henüz yürürlükte değilse, hukuk sisteminde henüz çatışma gerçekleşmemiştir.

2. LEX SPECIALIS İLKESİ

Tam ifadesi “*lex specialis derogat legi generali*” (özel kanun genel kanunu ilga eder)⁵⁸ olan bu ilke, normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan iki normun çatışması durumunda özel hüküm niteliğindeki normun uygulanacağını öngörmektedir.⁵⁹ Bu bağlamda *lex specialis* ilkesinin uygulanması bakımından önemli olan hangi normun özel hangi normun genel olduğunu saptamaktadır. Uygulama alanı daha dar olan hükmün özel hüküm, daha geniş olanın ise genel hüküm olduğu söylenebilir.⁶⁰

Bu çerçevede özel-genel norm ilişkisi mantıktaki “kaplam” kavramıyla açıklanabilir⁶¹. Kaplam bir kavramın işaret ettiği konu ve nesnelere⁶² Bu anlamda kaplam, iki kavram arasında genel-özel ilişkisi kurmamızı sağlar. Çalışma konumuzdan bir örnek vermek gerekirse, bütün idari işlemlerin yargısal denetimi İYUK normlarına tabi iken bunlardan bazılarının -yine idari işlem kaplamındaki vergilendirme işlemlerinin- yargısal denetimi VUK’da da düzenlenmiştir. Dolayısıyla kaplamı daha geniş olan İYUK, VUK’a göre genel normdur. Aynı şekilde, bütün mamullerinin tüketimini kamu binalarında yasaklayan bir normun kaplamı tüketimi hastane ve okullar bakımından yasaklayan bir norma göre daha geniştir.

Hukuk teorisinde *lex specialis* ilkesinin işleyişinin açıklanması ayrı bir tartışma konusudur. Bu konuda iki yaklaşım bulunmaktadır.

⁵⁷ Gözler, s.345

⁵⁸ Gözler, s.343; Conway, s. 985

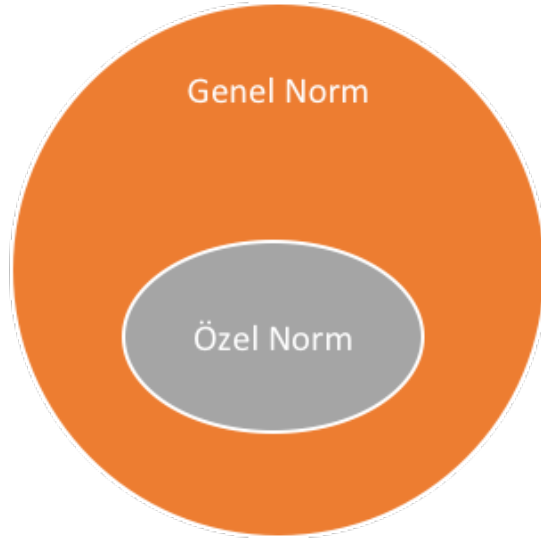
⁵⁹ Gözler, s.343; Conway, s. 985

⁶⁰ Gözler, s.346

⁶¹ Klasik mantıkta geçerli olan kaplam-içlem kavramları için bkz. Doğan Özlem, *Mantık*, Ara Yayıncılık, İstanbul, 1990, s.78 vd.

⁶² Özlem, s.78-79.

İlk yaklaşıma göre, özel norm, genel normun istisnasını teşkil ettiği için uygulanır.⁶³ İkinci yaklaşıma göre ise, lex specialis ilkesi daha genel olan normun uygulanmamasını haklılaştıran bir araçtır.⁶⁴ Her iki yaklaşım arasında daha çok kabul göreni birinci yaklaşımdır.⁶⁵ Buna göre, özel norm, genel normun istisnasını teşkil ettiğinden özel norm genel normun kapsamı içinde bir boşluk yaratmaktadır.⁶⁶ Dolayısıyla bu yaklaşımda özel norm daha dar ve somut kapsamı aracılığıyla genel normu kısmen ilga etmektedir. Bu durumda özel norm genel normun geçerli olduğu alanı azaltmaktadır.⁶⁷ İkinci yaklaşımdaysa, genel norm var olmaya devam etmekte ancak değiştirilmektedir. Ancak burada genel normun kapsamı daraltılmaz; genel norm aynı kapsam ile geçerli olmaya devam eder.⁶⁸ Bizim görüşümüz birinci yaklaşımı benimseme yönündedir. Zira özel norm-genel norm çatışması iki normun uygulanma alanlarındaki farklılıktan hareketle saptandığına göre, uygulama alanı daha sınırlı olanın genel olandan daha farklı koşullar belirlemesi söz konusudur. Bu farklılıklar kaplamı daha geniş olan norma getirilmiş istisnalardır. Özel norm-genel norm ilişkisi aşağıdaki biçimde gösterilebilir:



⁶³ Kammerhofer, s.148

⁶⁴ Kammerhofer, s.148

⁶⁵ İbid., s.151

⁶⁶ İbid., s.151

⁶⁷ İbid., s.148-150

⁶⁸ Kammerhofer, s.151

3. LEX POSTERIOR VE LEX SPECIALIS İLKELERİNİN HAKLILAŞTIRILMASI SORUNU

Yukarıda da açıklandığı üzere norm çatışmalarının ne şekilde çözümleneceği pozitif hukukta öngörölmüş olabilir. Bu tür bir düzenleme varsa düzenlemenin içerdiği yöntemin ayrıca haklılaştırılması gerekmemektedir. Buna karşılık, kullanılan yöntem pozitif hukukta düzenlenmemişse uygulayıcının o yöntemin kullanımını meşrulaştırması gerekir. Lex specialis ve lex posterior ilkeleri çok ender olarak pozitif hukukta yer bulabilmektedir.⁶⁹ Diğer bir anlatımla, anılan ilkelerin kullanımı çoğu zaman herhangi bir norma dayanmamaktadır. Bu hallerde, söz konusu ilkelerin bağlayıcılığı, ilkelerin haklılaştırılmasıyla sağlanabilir.

Her iki ilkenin de haklılaştırılması sorunun temelinde “zımnî ilga” kurumu yatmaktadır. Hatırlanacağı üzere, lex posterior ilkesi sonraki tarihli normun önceki tarihli normu zımnî ilga ettiği varsayımına dayanmaktadır. Aynı şekilde lex specialis ilkesi de özel normun genel norm ile çatıştığı kısmı zımnî ilga ettiği iddiası üzerine inşa edilmiştir.⁷⁰ Dolayısıyla her iki ilkeyi haklılaştırma çabalarının dolaylı yoldan zımnî ilga kurumunu haklılaştırma çabası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Anılan ilkeleri haklılaştırmak için pek çok görüş ortaya atılmıştır.⁷¹ Bunlardan bazıları her iki ilkeyi de birlikte haklılaştırmaya çalışırken bazıları bu ilkelerden sadece birini ele almaktadır. Her iki ilkeyi de birlikte haklılaştırmaya çalışan görüşlerin başında norm çatışmalarını mantık sorunu olarak ele alan yaklaşım bulunmaktadır. Buna göre iki norm çatıştığında, önceki norm veya genel normun çatışan kısmı, hukuk düzenin birliği ve çelişmezlik ilkesi uyarınca “yanlış” değeri alacak ve hukuk düzeninden kaldırılacaktır.⁷² Ancak bu görüş hukuk

⁶⁹ Örnekler için bkz. İYUK m.31/2; TCK m.5, Kabahatler Kanunu m.3 ve MTK m.17.

⁷⁰ Aynı çaba lex specialis ilkesini açıklayan ikinci yaklaşım bakımından da geçerlidir. Zira bu yaklaşımda, özel norm genel normun uygulanmamasını haklılaştırmakta ve genel normun normatif kapsamına ilave hüküm ekleme işlevi görmektedir. Ancak her iki normu ilişkilendirmek ve genel norma bir ikinci katman eklemek için de genel norm değiştirilmelidir. Değişiklik yapmak da bir çeşit ilgadır (Kammerhofer, s.165).

⁷¹ Bu görüşler için bkz. Kammerhofer, s.152 vd.; Peczenik, s.342; Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, Beta Yayınları, İzmir, 2008, s.51.

⁷² Robert Walter, “Über den Widerspruch von Rechtsvorschriften (unpublished doctoral

normlarının doğru ya da yanlış değeri alamayacağı ileri sürülerek eleştirilmektedir.⁷³ Gerçekten de hukuk sisteminde çatışan her iki norm da geçerliliğini devam ettirdiğinden doğruluk değeri alamayacaktır. Bu nedenle mantık kuralları *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerini haklılaştıramamaktadır.

Her iki ilkeyi haklılaştırmaya yönelik bir diğer görüş yorum yöntemlerini esas almaktadır.⁷⁴ Buna göre, pozitif hukukta düzenleme bulunmadığı durumlarda *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri sistematik yorum ile meşrulaştırılabilir.⁷⁵ Bilindiği üzere, sistematik yorum, normun anlamının, normun ait olduğu yasa hükümleri, ait olunan hukuk dalı ve tüm hukuk sistemi içindeki konumuna göre saptanmasıdır.⁷⁶ Bu çerçevede sistematik yorumda madde, kenar, bölüm vs. başlıkları ve diğer hükümlere atıfta bulunan normlar büyük önem arz etmektedir. Kanaatimizce bu yöntem *lex posterior* veya *lex specialis* ilkelerinin pozitif hukukta düzenlendiği durumları açıklamaktadır. Söz gelimi, İYUK m.31/2 hükmü vergi uyuşmazlıklarının çözümünde belirli koşullar altında VUK hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Anılan hüküm uyarınca vergi uyuşmazlığının çözümünde VUK'a başvurulması sistematik yorum yapmaktır. Ancak bu tür hükümlerin bulunmadığı hallerde anılan ilkelerin kullanımı zimni ilga müessesine dayandığından sistematik yorumla meşrulaştırılamaz. Zira madde, kenar, bölüm veya genel olarak hukuk sistemi içerisindeki konumu gibi argümanlardan hareketle sonraki tarihli normun öncekini, özel normun da genel normu zimnen ilga ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu durumda da çatışan normlar geçerliliğini devam ettirmektedir.⁷⁷

thesis)", University of Vienna 1955, s.90'dan aktaran KAMMERHOFER, s.158; CONWAY de *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerini a priori mantık önermeleri olarak kabul eden yaklaşımdan bahsetmektedir(Conway, s. 984).

⁷³ Kammerhofer, s.152; s.159

⁷⁴ Peczenik, s.342; Sözer, s.51

⁷⁵ Sözer, s.51

⁷⁶ Sözer, s. 51.

⁷⁷ Diğer taraftan anılan ilkelerin "düzeltici yapım/corrective construction" ile haklılaştırılacağını ileri süren görüş de vardır. Zor davaların(hard cases) çözümlenmesinin yöntemlerinden biri olan düzeltici yapım, normun barındırdığı kavramlara verilebilecek anlamların ötesine geçilerek yeniden inşası olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda adı geçen yazar, indirgeme ve kıyas yoluyla yeni norm yaratmanın yanı sıra çatışma normları olarak adlandırdığı *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinin kullanımını da düzeltici yapım yöntemi olarak ele almaktadır(Peczenik, s.305-306, s.342).

Lex specialis ilkesine münhasır haklılaştırma çabaları içerisinde de yorum yönteminden hareket eden görüşlere rastlamak mümkündür. Buna göre özel norm, yasa koyucunun iradesini daha çok yansıtmaması nedeniyle genel normdan önce uygulanmalıdır.⁷⁸ Bu çerçevede, lex specialis gibi klasik çatışma çözme yöntemleri yasa koyucunun güncel iradesini saptamaya yarayan pratik araçlardır. Ancak, KAMMERHOFER bütün normların yasa koyucunun iradesini yansıttığı noktasından hareketle bu görüşe muhalefet etmektedir.⁷⁹ Gerçekten de yasa koyucunun iradesini yansıtmaması bakımından normlar arasında herhangi bir ayırım yapmak olanaklı değildir. Dolayısıyla özel normun yasa koyucunun iradesini daha çok yansıttığını ileri sürmek anlamsızdır. Diğer taraftan bu görüşün varmak istediği nokta, subjektif amaçsal yorumun haklılaştırma sorununu çözümleyeceği ise, bu görüşe de katılmak olanaklı değildir. Zira yorum, hukuk normlarını anlamlandırma faaliyettir. Bu nedenle yorum hiçbir zaman bir normun diğer bir normu kısmen de olsa zımnen ilga ettiği sonucunu veremez.⁸⁰

Öğretide lex specialis ilkesi etkinlik (effectiveness) kavramından hareketle de haklılaştırılmaya çalışılmaktadır.⁸¹ Buna göre, lex specialis ilkesi, özel normun daha etkin olması nedeniyle genel normdan önce uygulanmalıdır.⁸² Ancak bu görüş de çeşitli gerekçelerle eleştirilmektedir. Bir kere, daha dar kapsamlı normun, genel normdan daha etkin olduğu görüşü savdan ibarettir.⁸³ Bu savın ampirik olarak ispatı henüz yapılmamıştır. Kaldı ki özel normun genel normdan daha etkin olduğu savı ispatlansa bile, bu olgu genel normun geçerliliğini kaybettiği veya lex specialis ilkesi aracılığıyla özel norm tarafından değiştirildiği anlamına gelmemektedir.⁸⁴ Dolayısıyla yorum yöntemlerindeki benzer eleştiriler bu görüş bakımından da getirilmiştir.

⁷⁸ Joost Pauwelyn, *Conflicts Of Norms In International Law*. How WTO law relates to other rules of international law (2003) , s.388'den aktaran Kammerhofer, s.153; Aynı doğrultuda Conway, s. 985

⁷⁹ İbid.

⁸⁰ KAMMERHOFER, s.166

⁸¹ Pauwelyns, 388'den aktaran Kammerhofer, s.153; Aynı doğrultuda Conway, s. 985

⁸² Pauwelyns, 388'den aktaran Kammerhofer, s.153; Aynı doğrultuda Conway, s. 985

⁸³ Kammerhofer, s.153

⁸⁴ İbid.

Münhasıran *lex posterior* ilkesini haklılaştırmaya yönelik bir başka görüş ise, hukukun sürekli bir değişim içinde olmasından hareket etmektedir.⁸⁵ Buna göre, sonraki normun önceki normu ilgasıyla normatif sisteme yeni bir norm eklenmektedir. Bu görüş, norm yaratma yetkisinin önceki normu otomatik olarak ilga etme yetkisi olmadığından hareketle eleştirilmektedir.⁸⁶ Bir normun yürürlüğe girmesi önceki normu otomatik olarak değiştirmedığından her iki norm da geçerli olmaya devam edecektir.⁸⁷ Bu durumda da normlar arasındaki çatışmaları çözmek mümkün olamayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımız göstermektedir ki, pozitif hukuktaki düzenlemeler dışında *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinin bağlayıcılığı oldukça zayıf temellere dayanmaktadır. Zira hukuk sistemlerinde çatışan her iki norm da geçerliliğini devam ettirmektedir. Hangi gerekçe ileri sürülürse sürülsün normlardan birinin zımnen ilga edildiği ortaya konulamamaktadır. Bu nedenle anılan ilkeleri çatışma çözme ilkeleri olarak geçerli kılabilmek, pozitif hukukta bu yönde bir normun varlığını gerekli kılmaktadır. Bunun dışındaki tüm haklılaştırma çabaları sonuçsuz kalmaktadır. Ne var ki, adı geçen ilkelerin a priori ilkelermişçesine uygulandığı söylenebilir. Gerçekten de hukuk uygulayıcılarının *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinin geçerliliği-pozitif hukuktaki yeri noktasında herhangi bir tereddüde düşmeksizin anılan ilkeleri uyguladığı gözlemlenebilmektedir⁸⁸. Bu nedenle, söz konusu ilkelerin uygulanma koşulları, haklılaştırma sorunundan bağımsız olarak ele alınmıştır.

⁸⁵ Kammerhofer, s.165

⁸⁶ İbid.

⁸⁷ İbid.

⁸⁸ Örnek kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T.15.6.2012, E.2012/21-96, K.2012/396; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T.27/1/1984, E.1983/6-360, K.1984/32' deyer alan karşı oy yazısı. Yargıtay İBK. 22.1.1988 tarih ve E.1986/5, K.1988/1' de yer alan karşı oy yazısı: "...Eğer, öğretilerdeki egemen görüşe göre, T. Y. Yasasının 143/2. maddesindeki özelleştirici öğelerin daha ağır bastığı ileri sürülerek Borçlar Yasasına göre özel olduğu görüşü benimsenirse, yine çoğunluk görüşünün vardığı sonuca varılarak, bu maddenin Borçlar Yasasını tamamladığı ileri sürülemez. Çünkü, normların yarışmasında ya da içtimanda, özel hüküm genel hükmün önüne geçerek onun uygulanmasını kesinlikle önleyecektir..."

4. LEX POSTERIOR VE LEX SPECIALIS İLKELERİNİN UYGULANMASI

Daha önce de pek çok kez belirtildiği üzere, lex posterior ve lex specialis ilkeleri pozitif hukukta norm çatışmalarını çözümleyecek herhangi bir çatışma normu bulunmadığında devreye girecektir. Böyle bir çatışma normu, lex posterior veya lex specialis ilkeleri doğrultusunda çatışmaları çözümlemiş olabileceği gibi bu ilkelerin önerdiği çözümlerin tam tersini de öngörmüş olabilir. Hiç şüphesiz yasa koyucunun tamamen farklı bir çatışma çözme yöntemi düzenlemesi de olasılık dâhilindedir. Ancak bu tür düzenlemeler bulunmuyorsa çatışmaların çözümünde klasik yöntem olarak adlandırdığımız ilkeler devreye girebilecektir. Buna ilaveten yasa koyucunun çatışma normu yürürlüğe girdikten sonra yeni bir düzenleme yapması ve çatışma normunu etkisiz kılması da mümkündür. Bu olasılığın gerçekleşmesi halinde de iki norm arasındaki çatışmalar klasik yöntemle çözümlenebilir. Bu nedenle anılan ilkelerin hangi tür çatışmalarda devreye girdiği ve sorunu hangi normun uygulanması lehine çözümlendiği-kısaca uygulama koşullarını- belirlemek gerekir.

Lex posterior ve lex specialis ilkelerinin uygulanma koşulları çatışan normların genel veya özel olmasına göre belirlenmektedir.⁸⁹ Bu konudaki ilk olasılık önceki ve sonraki tarihli normların her ikisinin de genel norm olmasıdır. Bu durumda lex posterior ilkesi uyarınca sonraki tarihli genel norm uygulanacaktır.⁹⁰ İki özel norm arasındaki çatışmalarda da, çatışma yine lex posterior ilkesinden hareketle çözümlenecektir.⁹¹ Dolayısıyla bu olasılıkta da sonraki normun uygulanması söz konusudur.⁹² Önceki normun genel norm, sonraki normun ise özel norm olması halinde ise hem lex posterior hem lex specialis ilkesi aynı sonucu vermektedir.⁹³ Dolayısıyla hem lex posterior hem lex specialis ilkesinin gereği olarak sonraki tarihli özel norm uygulama alanı bulacaktır.⁹⁴

⁸⁹ Gözler, s.349; Sözer, s.58; Işıktaç/Metin, s.261; Keyman, s.55

⁹⁰ Sözer, s.58; Gözler, s.349; Işıktaç/Metin, s.261; Keyman, s.55

⁹¹ Sözer, s.58; Gözler, s.349; Işıktaç/Metin, s.261; Keyman, s.55

⁹² Sözer, s.59

⁹³ Ross, s.132; Gözler, s.350. Işıktaç/Metin, sonraki tarihli özel yasanın önceki tarihli genel yasayı ilga etmesini salt lex specialis ilkesine dayandırmıştır(Işıktaç/Metin, s.261).

⁹⁴ Gözler, s.350. Keyman ise bu olasılıkta hangi normun uygulanması gerektiğinin

Bu konudaki görüş farklılıkları son olasılık üzerinde yoğunlaşmaktadır. Önceki normun özel, sonraki kanunun genel norm olduğu bu olasılıkta öğretici ikiye ayrılmaktadır. Birinci görüş, bu olasılıkta da kural olarak özel normun uygulanması gerektiğini ifade etmekle birlikte; somut olaya daha yakın, daha adil, hakların kullanımını sınırlamayan, yasa koyucunun amacına, tarafların menfaatlerine, hukukun genel ilkelerine uygun normun –özel ya da genel niteliğine bakılmaksızın- seçilerek çatışmanın sonlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁹⁵ Bu görüş özellikle sonraki tarihli genel yasanın bir kodifikasyon hareketinin parçası olduğu durumlarda, *lex specialis* ilkesini bertaraf edeceğini belirtmektedir.⁹⁶ Bu görüşü savunanlara göre bu olasılıkta önceki tarihli özel kanunun sonraki tarihli genel kanun tarafından ilga edildiği noktasında bir karine bulunmaktadır.⁹⁷ Bu konuda ikinci bir yaklaşım, sonraki normun genel, öncekinin özel norm olduğu durumların tamamında -*lex specialis* ilkesi gereği- önceki tarihli özel normun uygulanması gerektiği yönündedir.⁹⁸

Kanaatimizce bu görüşlerden ikincisi kabul edilmelidir. Şöyle ki; bir kere çözüm yolu eğer adil, hakların kullanımını sınırlamayan, yasa koyucunun amacına, tarafların menfaatlerine, hukukun genel ilkelere uygun gibi ölçütlere bağlanıyorsa çatışmanın, *lex posterior* veya *lex specialis* ilkelerine göre çözümlendiği söylenemez. Zira bu ölçütler, ölçme ve dengeleme ölçütü⁹⁹ gibi değer yargısı temelli başka yöntemler tarafından esas alınabilir. Diğer bir anlatımla, norm çatışmalarını *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri gibi biçimsel yöntemlerle çözmeyi

tartışmalı olduğunu, sorunu çözmenin en kesin yönteminin yasa koyucunun açık düzenlemesi olacağını belirtmektedir. (Keyman, s.56).

⁹⁵ Işıқтаç/Metin, s.261;Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001,s.169; Sözer, s.60

⁹⁶ Işıқтаç/Metin, s.261

⁹⁷ Işıқтаç/Metin, s.261. Tartışılan olasılıkta *lex specialis* ilkesinin kural olarak uygulanacağını belirten ROSS'un gösterdiği istisnanın da benzer bir yaklaşımı sergilediği söylenebilir. Önceki tarihli genel norm yürürlüğe girdikten sonra, anılan normda pek çok değişiklik yapan istisnai normun yürürlüğe sokulması varsayımı altında ROSS; belirtilen genel norm, istisnaların durumuna ilişkin hüküm içermeyen yeni bir genel normla değiştirilirse *lex specialis* ilkesinin uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Bu durumda uygulanacak norm, diğer veri ve değerlendirmelere göre saptanmalıdır(Ross, s.131-132). Ross'un kendi sınıflandırmasında *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinin uygulanması için bkz. Ross, s.131-132.

⁹⁸ Gözler, s.350

⁹⁹ Ölçme ve dengeleme ölçütü hakkında bkz. Peczenik, s.61 vd.

öneren bir yöntemin içerisinde bu tür değer yargısı esaslı yaklaşımların yeri bulunmamaktadır.¹⁰⁰ Sonraki tarihli genel kanunun o alanı kodifiye eden bir hüküm olması durumunda eski tarihli özel normun uygulanamayacağı görüşü de klasik yöntemler bakımından anlamlı gözükmemektedir. Zira o alanı tamamen değiştiren genel norm yeni davranış koşulları yaratmış ise ortada zaten norm çatışması kalmadığı sonucuna varmak zor olmayacaktır. Hukuk sistemlerinde iki norm arasında mantıksal çatışmadan bahsedebilmek için bir normun uygulanabilmesinin diğerinin ihlali sonucunu doğurması gerekir. İki normun koşulları genel normun yürürlüğe girmesiyle farklı hale geldiyse ortada klasik yöntemlerle çözümlenecek bir norm çatışması kalmamış demektir.

Buna karşılık, sonraki tarihli normun genel norm olduğu durumlarda, *lex specialis* ilkesi gereği eski tarihli özel normun uygulanması daha tutarlı gözükmemektedir. Hatırlanacağı üzere, *lex specialis* ilkesi uyarınca önceki tarihli özel norm, genel normun kapsamı içerisinde değişiklik meydana getirmektedir. Dolayısıyla çatışan alan itibariyle özel norm uygulanmaktadır. Bu durumda sonraki tarihli genel norm sadece önceki tarihli genel norm alanında değişiklik meydana getirecektir. Bu değişikliğin özel normun uygulama alanına etkisi yoktur. Bu nedenle, aksi pozitif hukukta öngörülmediği sürece, sonraki tarihli genel norm ile önceki tarihli özel norm çatıştığı hallerde de özel norm uygulanmaya devam edilir. Aşağıdaki bu açıklamalarımız, şekil aracılığıyla gösterilmiştir:

¹⁰⁰ Bu bağlamda Sözer'in verdiği örnek ve çözüme katılmıyoruz. Adı geçen yazar, 4207 sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun m. 2 (özel norm-önceki tarihli) ile sonraki tarihli ve genel norm niteliği taşıyan Kabahatler Kanunu m.39'un çatıştığını ve her iki normun amaç ve içeriğinden hareketle bu çatışmanın açık bir şekilde sonraki tarihli genel normun(Kabahatler Kanunu) uygulanması yoluyla çözümleneceğini ileri sürmektedir(Sözer, s.61). Genel kanunun özel kanuna nazaran tütün yasağını genişletmesi bu görüşün temel dayanağını oluşturmaktadır. Gerçekten de Kabahatler Kanunu'nun 39.maddesi tütün mamülleri kullanma yasağını eski tarihli özel norm niteliğindeki 4207 sayılı Kanun'un 2.maddesine göre daha da genişletmiştir. Ancak bize göre sonraki genel normun ilk defa yasakladığı yerlerde salt Kabahatler Kanunu(dolayısıyla o kanundaki yaptırım); buna karşılık her iki kanunun örtüştüğü yerlerde ise eski tarihli özel kanun olan 4207 sayılı Kanun(dolayısıyla bu Kanunda yer alan yaptırım) uygulanmalıdır.



I. Alan: Sonraki tarihli genel normun değiştirebileceği alan

Buraya kadar ki açıklamalarımız aşağıda tablo ile gösterilmiştir¹⁰¹.

ÖNCEKİ NORM	SONRAKİ NORM	UYGULANACAK İLKE
Genel Norm	Genel Norm	Lex Posterior
Özel Norm	Özel Norm	Lex Posterior
Genel Norm	Özel Norm	Lex Specialis/Lex Posterior
Özel Norm	Genel Norm	Lex Specialis

III. İYUK VE VUK'UN VERGİ YARGILAMASI NORMLARI ARASINDAKİ ÇATIŞMALARIN KLASİK YÖNTEMLE ÇÖZÜMLENMESİ

İYUK ve VUK'un yargı normları arasındaki çatışmaların çözümü iki yaklaşım altında incelenebilir. İlk olarak her iki norm arasında vuku bulabilecek bazı çatışmaların İYUK m.31/2'deki "çatışma normu" nun öngördüğü yöntemle göre çözüleceği söylenebilir. İYUK m.31/2'de yasa koyucu, İYUK-HMK¹⁰²-VUK arasındaki çatışmaların belirli bir öncelik sırasına göre çözüleceğini ifade etmiştir. Gerçekten de İYUK m.31/2, "Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır"

¹⁰¹ Gözler, s.348-349.

¹⁰² Çalışmada 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, "HMK" olarak ifade edilmiştir.

ifadesiyle, İYUK-VUK arasındaki çatışmaların çözümünde önceliği İYUK normlarına vermiş gözükmektedir.¹⁰³ Dolayısıyla İYUK m.31/2, lex posterior veya lex specialis ilkelerinin kullanımının dışında bir çözüm yolu öngörmüştür. Bu hükmün İYUK-VUK arasında öngördüğü sıralamanın belirlenmesi bir yorum sorunu olup aşağıda ele alınmıştır.

İYUK ve VUK normları arasında ortaya çıkan çatışmaların bir kısmı ise İYUK m.31/2'deki düzenlemeye göre değil; klasik yönetime göre çözülmektedir. İYUK m.31/2'deki çatışma normu yürürlüğe girdiği dönemde İYUK-HMK ve VUK arasındaki çatışmaları şekli olarak çözmüştür. Ancak, yasa koyucu İYUK yürürlüğe girdikten sonra gerek VUK'da gerek İYUK'da pek çok değişiklik yapmıştır. Söz konusu değişikliklerin meydana getirdiği yeni çatışmaların pozitif hukuktaki çatışma normuyla (İYUK m.31/2) çözümlenmesi mümkün değildir. Bu hallerde çözüm yukarıda ele alınan klasik yöntemler vasıtasıyla sağlanacaktır.

Bu çerçevede aşağıda öncelikle İYUK m.31/2'in norm çatışmalarını ne şekilde çözdüğü ve hangi durumlarda uygulanabilir olduğu örnek verilerek sergilenecektir. Sonraki kısımda ise, İYUK yürürlüğe girdikten sonraki dönemde, VUK ve İYUK'da yapılan değişiklikler nedeniyle ortaya çıkan çatışmaların klasik yöntemlerle çözümü aktarılacaktır. Dolayısıyla bu son kısım İYUK m.31/2 hükmünün uygulanamayacağı durumların saptanmasını konu edinmektedir.

A. ÇATIŞMALARIN İYUK m.31/2 HÜKMÜ UYARINCA ÇÖZÜLMESİ

Yukarıda belirtildiği üzere, İYUK m.31/2 hükmü İYUK ve VUK normları arasında belirli bir öncelik sırası kurmak suretiyle çatışmaların çözüleceğini öngörmüştür. Söz konusu sıralamanın belirlenmesi bir yorum sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. İYUK m.31/2'nin yorumunda kilit nokta "saklı kalmak" ibaresinin anlamının belirlenmesidir. Anılan hükümde yasa koyucu "saklı kalmak" ibaresini elde tutulan, mahfuz anlamında kullanmıştır.¹⁰⁴ Bu çerçevede yasa koyucu,

¹⁰³ Çalışma, İYUK-VUK çatışmalarının çözümünü konu edindiğinden HMK'nın bu iki norm ile ilişkisi ihmal edilmiştir.

¹⁰⁴ "Saklı" kelimesinin anlamları için <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option>

“Bu kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere” ibaresiyle vergi uyuşmazlıklarının çözümünde VUK’dan önce, İYUK’un ve HMK’nın atıf yapılan hükümlerinin elde tutulduğunu, bu normların uygulanacağını düzenlemiştir. Buna göre yasa koyucu bazı yasaların saklı kaldığını ifade etmek suretiyle vergi uyuşmazlıklarında saklı kalan normlara uygulama önceliği vermiştir.

Yasa koyucunun İYUK’un çeşitli hükümlerinde “saklı kalmak” ibaresini benzer bir şekilde kullanmış olması söz konusu lafzi yorumu desteklemektedir. Nitekim İYUK m.55/5’deki “53, 54 ve bu madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın yenilenmesinde ve kararın düzeltilmesinde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır” hükmü ile İYUK m.33/4’deki (Ek: 2/7/2012- 6352/60 md.) “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” hükmü, “saklı kalmak” ibaresinin anlamına ilişkin görüşümüzü desteklemektedir.

Benzer bir sonuca amaçsal ve sistematik yorum yöntemleriyle de ulaşmak mümkündür. Zira yasa koyucunun 2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanunlar ile idari yargı reformu yaptığı söylenebilir. Bu reformun ayaklarından biri de 2576 sayılı Kanun ile vergi mahkemelerinin kurulması ve İYUK m.63 hükmünde yer alan “Vergi Usul Kanununun vergi uyuşmazlıklarına ilişkin 379 ila 412 nci madde hükümleri, bu Kanunla kurulan vergi mahkemelerinin göreve başladıkları tarihte yürürlükten kalkar” hükmüyle VUK’un vergi uyuşmazlıklarının çözümünde oynadığı rolün son bulmasıdır. Dolayısıyla, yasa koyucunun İYUK ve 2575-2576 sayılı Kanunları ihdas etmesi, İYUK m.63 ve İYUK m.31/2’deki “saklı kalmak” ibaresiyle birlikte okunduğunda, vergi uyuşmazlıklarının hüküm barındırdığı ölçüde İYUK aracılığıyla çözmek istediği söylenebilir.

Tarihsel yorum yöntemi ise çelişkili sonuçlar vermektedir. Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları'ndan İYUK ve HMK'nın öncelikle uygulanacağı sonucunu çıkarmak mümkün olduğu gibi VUK'un uygulama önceliği almasının istendiği sonucu da çıkarılabilir¹⁰⁵. Bu durum hukuk metodolojisinde tarihsel yoruma getirilen eleştirileri de haklı çıkarmaktadır¹⁰⁶. Zira norm ihdas eden organa tutarlı tek bir görüş atfetmek çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Tartışma konusu bakımından tarihsel yorum yöntemiyle tereddütsüz olarak elde edilebilecek tek sonuç, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde İYUK ve HMK'ya ilaveten VUK'un da uygulanmasının istendiğidir. Bu sonuç İYUK m.31/2'nin lafzından da açıkça anlaşılmalıdır. Buna karşılık anılan yöntemle, yasa koyucunun çatışmaları İYUK ve HMK'nın atfı yaptığı hallere öncelik vermek suretiyle mi yoksa VUK'a öncelik vermek suretiyle mi çözmeye çalıştığı tam olarak belirlenememektedir.

Bu durumda fıkranın kurduğu basamaklı yapı uyarınca, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde İYUK, HMK ve VUK arasındaki sıralama:¹⁰⁷

- Vergi uyuşmazlıklarında öncelikle İYUK hükümleri,
- İYUK'da hüküm bulunmaması nedeniyle HMK'ya atfı yapılmış hallerde HMK,
- Yukarıda belirtilen iki kanunda da hüküm bulunmayan hallerde

¹⁰⁵ Söz gelimi, İYUK m.31/2'nin teklif edilen ilk halinde "saklı kalmak" ibaresi yerine "ayrık kalmak" ibaresi bulunmaktadır. Kanaatimizce İYUK'un uygulanma önceliğini vurgulamak bakımından "ayrık kalmak", "saklı kalmak"tan daha açık bir ibaredir. Bununla birlikte, Milli Güvenlik Konseyi'nin 6.1.1982 tarihli oturumunda İYUK'un diğer maddelerinde "ayrık kalmak" ifadesi kullanılmadığı gerekçesiyle bu ibare, "saklı kalmak" ibaresiyle değiştirilmiştir. Diğer taraftan bazı üyelerin (söz gelimi, Adalet komisyonu üyesi/Maliye Bakanlığı Temsilcisi Mehmet Karaduman'ın) ifadelerinden hükmün amacının VUK'un bazı maddelerini (VUK m.3/B gibi) vergi uyuşmazlıklarında öncelikli olarak uygulanır kılmak olduğu sonucuna da varılabilir(Bkz. Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları B:91, 61.1.1982, O:2). Şüphesiz hükmü yüklenmek istenen fonksiyon üyelerin kendi öznel değerlendirmelerine dayanmaktadır. Hükmün mevcut anlamıyla o fonksiyonu görüp göremeyeceği ise ayrı bir tartışma konusudur.

¹⁰⁶ Tarihsel yorum yöntemine getirilen eleştirilen için bkz. Işıktaç/Metin, 2003, s. 212 vd.

¹⁰⁷ Oytun Canyaş, *Yeminli Mali Müşavirlerin Vergisel Sorumluluğu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006, s.56 vd.

VUK'un uygulanacağı yönündedir.

Pozitif hukuktaki bu anlama karşın öğretide vergi uyuşmazlıklarında öncelikle VUK'un uygulanması gerektiği düşüncesi egemendir.¹⁰⁸ Yasa koyucunun İYUK m.31/2 hükmünü ihdas etmiş olması karşısında, bu görüşe hak vermek mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, bu görüş ancak ve ancak pozitif hukukta İYUK m.31/2 olmasaydı doğru olabilirdi. Gerçekten de pozitif hukukta İYUK m.31/2 hükmü yer almasaydı; İYUK-VUK arasındaki norm çatışmaları, *lex specialis* ilkesi gereği VUK lehine çözümlenecekti. Zira İYUK-VUK çatışmaları kural olarak¹⁰⁹, önceki tarihli özel kanun(VUK)-sonraki tarihli genel kanun (İYUK) çatışmasıdır. Bu durumda çatışma *lex specialis* ilkesine göre çözümlenmektedir. Halbuki yasa koyucu İYUK m.31/2'yi ihdas ederek vergi uyuşmazlıklarının çözümünde VUK hükümlerinin ancak saklı tutulan İYUK ve HMK'da(atıfta bulunulan hallerle sınırlı) hüküm bulunmaması hallerinde uygulama bulacağını öngörmüştür. Dolayısıyla aynı konuda İYUK ve HMK ile VUK hükümleri çatışıyorsa, uygulanacak olan normlar İYUK m.31/2 gereği, İYUK ve HMK'dır. VUK, ancak ve ancak İYUK-HMK'da hüküm bulunmaması durumunda devreye girebilmektedir.

Görüldüğü üzere İYUK m.31/2 hükmü, *lex specialis* ilkesinin aksinin pozitif hukukta düzenlenmesine ilişkin çarpıcı bir örnektir. Ne var ki yasa koyucu, İYUK'un yürürlüğe girmesinden sonra VUK'un bazı hükümlerinde yeni düzenlemeler yapmıştır. Söz konusu düzenlemeler, İYUK'un hükümleriyle çatışma halinde olabilmektedir. Aşağıda gösterileceği üzere bu durumda çatışma klasik yöntemle çözülecektir. Ancak İYUK ve VUK'un çatıştığı alanda, VUK'da İYUK yürürlüğe girdikten sonra herhangi bir düzenleme yapılmamışsa, çatışma İYUK m.31/2 gereği İYUK lehine çözümlenecektir. Başka bir anlatımla uygulanacak norm, İYUK'ta yer alan normdur. Belirtilen olasılık, aşağıda İYUK m.20/1 ve VUK m.3/son arasında ortaya çıkan çatışma üzerinden gösterilmiştir.

¹⁰⁸ Akkaya, s.193; Öncel/Kumurulu/Çağan, s.200. Hükmün belirsizliği hakkında bkz. Candan, s.883-884.

¹⁰⁹ Çatışan iki normdan VUK'un sonraki tarihli olması durumunda da çatışma VUK lehine çözümlenir. Zira bu durumda VUK sonraki tarihli özel kanun niteliği taşımaktadır.

Örnek: İYUK m.20/1-VUK m.3/son çatışmasınının İYUK m.31/2 uyarınca İYUK m.20/1 lehine çözümü

Genel Norm Yürürlük Tarihi ¹¹⁰ : 20/1/1982	Özel Norm Yürürlük Tarihi: 30/12/1980 ¹¹¹
<p>İYUK Madde 20 - 1. Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar.</p>	<p>VUK m.3/son : “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”.</p>
<p>AÇIKLAMA: Vergi yargılaması hukukunda İYUK m.20/1 (re’sen tahkik ilkesi) ve VUK m.3/son arasındaki çatışma, İYUK m.31/2 uyarınca, İYUK m.20/1’in uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Zira, İYUK (genel norm) yürürlüğe girdikten sonra özel normda(VUK m.3/son) herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bu nedenle İYUK m.31/2’de yer alan sıralama gereği çatışma, İYUK m.20/1’in uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Diğer bir ifadeyle, belirtilen hüküm gereği İYUK’un yürürlüğe girdiği 20/1/1982 tarihinden itibaren İYUK m.20/1 ile çatışan VUK m.3/son hükmünün uygulanma olanağı kalmamıştır. Ne var ki, öğreti ve yargı içtihadı aksi görüştedir¹¹².</p>	

Aynı şekilde İYUK m.18/3¹¹³ ve VUK m.3/B-2¹¹⁴ hükümleri arasındaki çatışma da İYUK m.31/2 gereği, İYUK lehine çözümlenir. Başka bir anlatımla, İYUK m.31/2 uyarınca, vergi uyuşmazlıklarının

¹¹⁰ Yasaların yürürlük tarihleri bakımından herhangi bir tereddüt doğmadığından lex posterior ilkesinde yapılan açıklamaların aksine “kabul tarihi” değil, yürürlük tarihi esas alınmıştır. Kabul tarihinin esas alınması durumunda da sonuç değişmemektedir. Takip eden örneklerde de aynı gerekçeyle yürürlük tarihi esas alınmıştır.

¹¹¹ 2365 sayılı Kanun’un 1. Maddesiyle değiştirilmiştir.

¹¹² Öğreti için bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan, s.203; Karakoç, s.212. VUK m.3/B-2’nin yargılama normu olduğu yönündeki görüş için bkz. Kumrulu, s.76. Örnek yargı kararları için bkz. DŞ.7.D., 19.11.2002,E:2000/8006, K:2002/3641; DŞ. 3.D. 5.10.1988, E:1987/2617, K:1988/2259(Candan, s.932, dn:1330-1331).

¹¹³ İYUK m.18/3: “Duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilir. Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir; hiç biri gelmezse duruşma açılmaz, inceleme evrak üzerinde yapılır”..

¹¹⁴ VUK m.3/B-2: “... vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz”.

çözümünde vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olsa bile tanık dinlenemez. Zira VUK m.3/B-2'de, İYUK yürürlüğe girdikten sonra herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

B. ÇATIŞMALARIN KLASİK YÖNTEMLERLE ÇÖZÜMÜ

Yukarıda açıklandığı üzere, İYUK m.31/2, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde VUK'un, ancak ve ancak İYUK ve HMK'ya atıf bulunan hallerde düzenleme yer almıyorsa uygulanacağını hükme bağlamıştır. Anılan hüküm İYUK ve VUK normları arasındaki çatışmaları, yürürlüğe girdiği 20/1/1982 tarihi itibarıyla çözümlenmiştir. Ancak yasa koyucu gerek VUK'da gerek İYUK'da bu tarihten sonra pek çok değişiklik yapmıştır. Anılan normlarda yapılan her değişiklik yeni norm çatışmalarının doğmasına yol açmıştır. Bu çatışmaların çözümü İYUK m.31/2 hükmüne göre değil; klasik çatışma çözümlerine göre olabilecektir.

Vergi yargılaması hukukunda İYUK m.31/2 normu yürürlüğe girdikten sonra çoğunlukla VUK'da değişiklik yapılmıştır. Dolayısıyla bu çatışmaların büyük kısmı *önceki tarihli genel norm (İYUK)* ve *sonraki tarihli özel norm (VUK)* çatışmasıdır. Bu tür çatışmalar daha önce açıklandığı üzere, gerek *lex posterior* gerek *lex specialis* ilkeleri uyarınca *sonraki tarihli özel kanun* lehine çözümlenmektedir. Dolayısıyla, İYUK m.31/2 yürürlüğe girdikten sonra VUK'da yapılan değişiklikler, vergi yargılaması hukukunda çatışmaya neden olmuşsa, söz konusu çatışma VUK uygulanarak çözülecektir.

Diğer taraftan vergi yargılaması hukukunda İYUK-VUK çatışmaları daha karmaşık bir hal alabilmektedir. Bazı çatışma alanlarında İYUK m.31/2 hükmü yürürlüğe girdikten sonra çatışan VUK hükmü değiştirilmiş; ancak daha sonra İYUK, ilgili normu tekrar düzenlenmiştir. Bu hallerde de çatışma, klasik yöntem kullanılarak VUK lehine çözümlenebilmektedir. Bu durumda normların kronolojik sıralaması *genel norm (İYUK)*-*özel norm (VUK)*-*genel norm (İYUK'ta değiştirilen norm)* biçiminde olacaktır. Hatırlanacağı üzere, önceki tarihli özel norm (VUK) ile sonraki tarihli *genel norm (İYUK)* çatıştığında uygulanacak norm *özel norm (VUK)*'tur. Zira genel norm önceki tarihli özel normun uygulama alanını değil; bu norm dışındaki alanı değiştirmektedir. Her iki olasılık aşağıda örnekler yoluyla açıklanmıştır.

1. Birinci Olasılığın Örnek Üzerinden Gösterimi:

<p>Önceki Tarihli Genel Norm (İYUK)</p> <p>Yürürlük Tarihi: 20/1/1982</p>	<p>Sonraki Tarihli Özel Norm(VUK)</p> <p>Yürürlük Tarihi: 21/1/1983</p>
<p>İYUK m.18/3: “Duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilir. Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir; ...”.</p>	<p>Mükerrer Madde 378 - (Ek : 21/1/1983 - 2791/13 md.):“Danıştay ve Vergi Mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile, mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler”.</p>
<p>AÇIKLAMA: Yukarıdaki çatışmada, İYUK m.18/3 hükmü “önceki tarihli genel norm”; VUK mük.m.378 hükmü ise “sonraki tarihli özel norm” niteliği taşımaktadır. Bu durumda çatışma lex posterior ve lex specialis ilkeleri uyarınca VUK mük. m.378 hükmünün uygulanmasıyla çözülmüştür. Bu olasılıkta klasik yöntemlerin sunduğu çözümü değiştiren İYUK m.31/2 normu uygulanmaz. Burada çatışma artık önceki tarihli genel norm-sonraki tarihli özel norm çatışmasıdır.</p>	
<p>SONUÇ: VUK mük. m. 378 uygulanır.</p>	

İYUK-VUK normları arasında çıkan çatışmaların büyük kısmı yukarıda ele alınan olasılık dahilinde lex posterior ve lex specialis ilkeleri uyarınca VUK’un (sonraki tarihli özel normun) uygulanmasıyla çözülecektir. Bu çerçevede İYUK m.2-VUK mük m.49/a-2; İYUK m.2-VUK m.378/2; İYUK m.7-VUK mük m.49/a-2; İYUK m.16/3-VUK mük m.49/c; İYUK m.7-VUK Ek. m.7/4; İYUK m.46/2-VUK mük.m.49/b-3 arasındaki çatışmalar klasik yöntem gereği VUK hükümlerinin uygulanmasıyla çözülecektir. Diğer bir anlatımla bunlar arasındaki çatışmalarda İYUK m.31/2 uygulanamayacaktır.

2. İkinci Olasılığın Örnek Üzerinden Gösterimi:

Yürürlükte Kaldırılan Genel Norm (İYUK m.2)	Önceki Tarihli Özel Norm (2686 sayılı Kanun m. 50 ile değişik VUK m.377)	Sonraki Tarihli Genel Norm (4577 sayılı Kanun m.5 ile değişik İYUK m.2/1-a)
Yürürlük tarihi: 20/1/1982	Yürürlük tarihi: 23/6/1982	Yürürlük tarihi: 15/6/2000
İYUK m.2/1-a: "İdari dava türleri şunlardır: a)İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları"	VUK m.377/1 (Değişik): 23/6/1982 - 2686/50 md.): "Mükellefler ve kendilerine vergi cezası kesilenler, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açabilirler".	İYUK m.2/1-a (İptal: Ana.Mah. nin 21/9/1995 tarih ve E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 15/6/2000-4577/5 md.): "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları"
<p>AÇIKLAMA: İYUK m.2/1-a'nın ilk ve son halleri ile VUK m.377, idare ve vergi yargılaması hukukunda sübjektif ehliyet koşulunu düzenlemektedir. Çatışma, kronolojik bakımdan ele alındığında şu sonuca varmak mümkündür:</p> <p>İlk olarak İYUK m.2/1-a normunun (ilk hali) yürürlüğe girdiği tarihten sonra VUK m.377'de değişiklik yapılmıştır. Dolayısıyla İYUK m.31/2 uyarınca uygulanması gereken sonraki tarihli genel norm, vergi uyumsuzluklarının çözümünde yerini VUK m.377'ye bırakmıştır. Ancak daha sonra 15/6/2000 tarihinde yasa koyucu sübjektif ehliyet koşulunu düzenleyen genel normda (İYUK m.2'de) yeni bir düzenleme yapmıştır¹¹⁵. Başka bir deyişle sürecin son halinde, önceki tarihli özel norm (VUK m.377), sonraki tarihli genel norm (4577 sayılı Kanun m.5 ile değişik İYUK m.2/1-a) ile değiştirilmiştir. Hatırlanacağı üzere, önceki tarihli özel normun uygulama alanı, daha sonra genel norm ile yapılan değişiklikten etkilenmemektedir. Diğer bir anlatımla, bu durumda klasik yöntem gereği <i>özel norm (VUK m.377)</i> uygulanmaya devam etmektedir.</p>		
<p>SONUÇ: VUK m.377 uygulanır.</p>		

¹¹⁵ Esasen İYUK m.2/1-a'nın ilk hali 10/6/1994 tarihinde yürürlüğe giren 4001 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilmiştir. Ancak söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 21/9/1995 tarih ve E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararından sonra belirli bir süre boşluk olmuş ve daha sonra 15/6/2000 tarihinde 4577 sayılı Kanunun 5. maddesiyle İYUK m.2/1-a yeniden ihdas edilmiştir. Örnekte boşluk olunan durum ihmal edilmiştir. Ancak bu dönemde vergi uyumsuzlukları bakımından çatışmanın ortadan kalktığı; VUK m.377'nin vergi yargılaması hukukunda sübjektif dava ehliyetini düzenleyen tek norm olarak uygulanması gerektiği söylenebilir.

SONUÇ

Norm çatışmalarının çözümü hukuk teorisinin en karmaşık konularından biridir. Bu konuda deontik mantığı esas alan çözüm yöntemi, “weighing and balancing/ölçme ve dengeleme” yöntemi gibi pek çok yöntem önerilmiştir. Söz konusu yöntemler içerisinde en çok başvuru alan yöntem “lex posterior ve lex specialis ilkeleri”ni esas alan yöntemdir. Klasik yöntem olarak adlandırdığımız bu yöntem çalışmada ortaya konan sorunun çözülmesinde kullanılmıştır.

Pozitif hukukta düzenlenmediği hallerde haklılaştırılması zayıf temellere dayanan klasik yöntem ilkeleri (lex posterior-lex specialis), İYUK-VUK’daki yargılama normları arasındaki çatışmaların çözümünde kullanılabilir. Ancak bu yöntem, sadece İYUK m.31/2 hükmünün yürürlüğe girdiği 20/1/1982 tarihinden sonra, VUK veya İYUK’da yapılan değişikliklerin neden olduğu çatışmaların çözümünde kullanılabilir. Zira İYUK m.31/2 vergi uyuşmazlıklarının yargısal yolla çözümünde İYUK-HMK-VUK normları arasında çıkabilecek olası çatışmaları çözümleyen bir çatışma normudur. Bu çerçevede anılan hükmün yorumundan çıkan sonuç; vergi uyuşmazlıklarının çözümünde öncelikle İYUK ve HMK’ya atıfta bulunulan normların uygulanacağı; VUK’daki yargılama normlarının ancak belirtilen normlarda düzenleme bulunmaması halinde dikkate alınacağıdır.

İYUK m.31/2, yürürlüğe girdiği tarih itibariyle vergi uyuşmazlıklarının yargısal çözümünde doğabilecek norm çatışmalarını çözümlenmiştir. Ancak yasa koyucu, anılan normun yürürlüğe girdiği tarihten sonra İYUK ve VUK’ta yeni yargılama normları ihdas etmiştir. İşte bu normların uygulanmasından doğan çatışmaların çözümünde klasik yöntem olarak adlandırdığımız lex posterior ve lex specialis ilkeleri devreye girecektir. Bu çerçevede İYUK m.31/2 hükmü yürürlüğe girdikten sonra VUK’da değişiklik yapılmışsa, lex posterior ve lex specialis ilkeleri gereği VUK’da yer alan yargılama normu uygulanacaktır.

Bazı hallerde ise, İYUK m.31/2 hükmü yürürlüğe girdikten sonra önce VUK, sonra İYUK’un ilgili normunda değişiklik yapılmıştır. Bu olasılıkta sonraki tarihli genel norm olan İYUK’da yapılan değişikliğin bir etkisi olmayacaktır. Başka bir anlatımla, İYUK m.31/2 yürürlüğe girdikten sonra VUK’da değişiklik yapan norm uygulanmaya devam edecektir. Zira, sonraki tarihli norm genel norm ile önceki tarihli özel

normun çatıştığı hallerde de *lex specialis* ilkesi gereği özel norm uygulanmaya devam etmektedir. İYUK m.31/2 hükmü yürürlüğe girdiği tarihten sonra VUK'un çatışan normunda herhangi bir değişiklik yapılmamışsa, İYUK m.31/2 uyarınca İYUK hükmü uygulanacaktır.

KAYNAKLAR

- Akkaya, Mustafa, "Vergi Sorumlularının Vergi Yargısı Ve İdaresi Karşısındaki Konumu", 1997, AÜHFD, Cilt:46, S:1-4, 1997, s.184-207.
- Aksoy, Şerafettin, Vergi Yargısı Ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990
- Alchourrón, Carlos E., "Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems", Law and Philosophy, Vol. 10, No. 4 (Nov., 1991), pp. 413-425.
- A.O, Abdullatif, Joost, Elhag, Breuker, A.P.J. and Brouwer, Bob W., "On the Formal Analysis of Normative Conflicts", in H. Jaapvan den Herik et.al. (eds), Legal Knowledge Based System, JURIX 1999, The Twelfth Conference, Nijmegen: GNI, 1999, p.35-46
- Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, Filiz kitabevi, 2001.
- Candan, Turgut, İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Canyaş, Oytun, Yeminli Mali Müşavirlerin Vergisel Sorumluluğu, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006.
- Cholvy, Laurence, CUPPENS, Frederic, "Solving Normative Conflicts by Merging Roles", <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3134-3128-1-PB.pdf>, 7/8/2013
- Conway, Gerard, "Conflicts of Competence Norms in EU Law and the Legal Reasoning of the ECJ", German Law Journal, Vol. 11, No. 9, 2010, pp. 966-1005.
- Dworkin, Ronald, Law's Empire, Harvard University Press, 1986.
- Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 9.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.
- Işıktaç, Yasemin, METİN, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003.
- Kammerhofer, Jörg, Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Routledge, New York, 2011.
- Karakoç, Yusuf, Vergi Yargılaması Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.
- Karayalçın, Yaşar, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 4. Baskı, Ankara, 1994.
- Keyman, Selahattin, Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2010
- Kollingbaum, M. J, Vasconcelos, W. W., Camino, Garcia, Norman, T. J., "Managing Conflict Resolution in Norm-Regulated Environments?", 2008, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.161.716,09/08/2013>

- Kumrulu, Ahmet, Vergi Yargılaması Hukukunun Kuramsal Temelleri, Çoğaltma, Ankara, 1989, s.23
- Munzer, Stephen, "Validity and Legal Conflicts", The Yale Law Journal, Vol.82, No.6, May 1973, s.1140-1174
- Öncel, Mualla, Kumrulu, Ahmet, Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Özlem, Doğan, Mantık, Ara Yayıncılık, İstanbul, 1990.
- Peczenik, Aleksander, On Law and Reason, Law and Philosophy Library Volume 8, Springer, 2008.
- Ross, Alf, Law and Justice, The Lawbook Exchange Ltd., 1959.
- Royackers, Lamber, Dignum, Frank, "Defeasible Reasoning with Legal Rules", in M.A. Brown and J.Carno, editors, Deontic Logic, Agency and Normative Systems (Workshops in Computing), pages 174-193, Springer-Verlag, 1996.
- Sartor, Giovanni, "Inconsistency And Legal Reasoning", Legal reasoning and normative conflicts: J.A.P.J. Breuker, R.V. De Mulder, J.C. Hage (eds.), Legal knowledge based systems JURIX 91: Model-based legal reasoning, The Foundation for Legal Knowledge Systems, Lelystad: Koninklijke Vermande, pp. 92-112.
- Sözler, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, Beta Yayınları, İzmir, 2008
- Stelmach, Jerzy, Brozek, Bartosz, Methods of Legal Reasoning, Springer, Dodrecht, 2006.
- Vranes, Erich, "The Defination of Norm Conflict in International Law and Legal Theory", The European Journal of International Law Vol. 17, 2006, p.395-418
- Zorrilla, David Martinez, "The Structure Of Conflicts Of Fundamental Legal Rights", Law and Philosophy (2011) 30:729-749
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52502719a1aa93.65864817, 25.09.2013

TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLEME YETKİSİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE NİTELİĞİ

HISTORICAL DEVELOPMENT AND CHARACTERISTIC OF REGULATORY AUTHORITY IN TURKISH LAW

Harun YILMAZ*

Özet: Kural koyma yetkisi, bir devletin varlık sebebidir. Bu yetki, niteliği ve sınırları açısından son derece dikkatli bir incelemeye tabi tutulmalıdır. Özellikle devleti oluşturan organların bu yetkilerden alacakları pay, konuyu çok daha önemli hale getirmektedir. Zira söz konusu yetki ve bu yetkinin paylaşımının sınırları, devleti oluşturan organların faaliyet alanını da doğrudan etkileyecektir. Bu çalışmada öncelikle tarihsel gelişim süreci ışığında düzenleme yetkisi genel hatları ile ele alınacaktır. Ardından, 1982 Anayasası'ndan hareketle, bu yetkinin kapsam ve niteliği yargı kararları ışığında incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Düzenleme Yetkisi, Düzenleyici İşlemler, Hükümet Sistemleri, Yürütme Organı, Yürütmenin Güçlendirilmesi.

Abstract: The reason of being a state is to have the rule-making authority. In terms of the nature and limits of such authorization should be analysed very carefully. Especially the share of the state-forming organs from this authority makes it a much more important issue. Because of this authority and its limits and sharing will directly affect the state organ's field of activity. In this study, first, in general terms the authority to regulate will be discussed in the light of the historical development. Then movement based on the 1982 Constitution, the scope and nature of the of the present authorization will be examined in the light of judicial decisions.

Keywords: Regulatory Authority, Regulatory Transactions, Systems of Government, Executive Branch, Empowerment of Execution.

GİRİŞ

Devlet faaliyetlerinin birbirinden farklı ve belirli kuvvetlerce yerine getirilmeye başlanması, bahsedilen faaliyetlerin kuvvetlerden hangisinin yetki sahasına girdiği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. İşte *devletin kural koyma yetkisi*¹ de bu tartışmalara ilişkin önemli

* İl Han Özay, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004, s.426:

bir alanı ihtiva etmektedir. Özellikle kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edilmesi ile birlikte yasama ve yürütme organlarına verilen yetkilerin niteliğinin belirsizliği, bu yetkilerin kapsamı ve sınırları konusunda da sürekli tartışmalar yaşanmasına sebebiyet vermiştir. Doğaldır ki, yetkilerle donatılan her bir organ, faaliyet alanını olabildiğince genişletmek eğiliminde olmuş ve olmaya devam edecektir.

Genel anlamda bir değerlendirme yapıldığında, yasama organının, toplumu doğrudan ilgilendiren konularda başlı başına söz sahibi olabilmesini sağlayan genel düzenleme yapma yetkisini diğer organlarla paylaşmama; buna karşılık yürütme organının ise, bahse konu yetkiyi olabildiğince kullanma sahası bulabilme çabasında olduğu görülmektedir. Bu noktada asıl sorun, yürütmenin, anayasaya uygun biçimde kullanılabilen bir yetki şeklinde ortaya çıkmasıyla birlikte yasamaya bağımlılıktan kurtulup, onun düzeyine kavuşup kavuşmadığı meselesidir².

Çalışmamızın temelini teşkil eden ve yürütmenin bir kolu olan idarenin düzenleme yetkisi ise, idari yapılanmanın içinde kendine yer bulan bir kurum ya da makamın, bireylerin hukuksal durumları üzerinde genel ve soyut normlar ihdas edebilme yetkisidir. Bu noktada yürütme organı tarafından meydana getirilen düzenlemeler, genel olarak *idarenin düzenleyici işlemleri*³ başlığı altında hukuk dünyasında yerini almaktadır⁴. İdarenin düzenleyici işlemleri esas itibari ile tüzükler ve yönetmeliklerdir. Ancak pratikte, tüzük ve yönetmeliklere ek olarak kaide kararnamelemleri ile birlikte genelge, tebliğ, ilan gibi isimler taşıyan düzenleyici işlemlerin yapıldığı da görülmektedir. Derleyici

"Sözlük anlamı ile 'düzenli hale koymak, düzen vermek, tanzim ve tertip etmek' olarak tanımlanan 'düzenleme', kamu hukukunda 'kural koyma' ile eş anlamlıdır. Yine sözlüklerde 'bir işlemin doğru bir sonuç vermesi için tutulacak veya bir oluştta tutulacak belli yol' şeklinde anlatılan 'kural', hukukta sürekli, soyut ve nesnel, genel durumları belirleyen norm olarak karşımıza çıkar."

² Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2005, s.352. 11. Bası, İstanbul,

³ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, Ekim 2006, s.63 vd.

⁴ Bülent Kent, "Türk ve Alman Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXIX, S.1-2, 2011, s.485-504, s.488: "Türk hukuk doktrininde yürütmenin ve idarenin düzenleme yetkileri genellikle birlikte ele alınmıştır. Bunda idarenin Anayasada yürütme içinde düzenlenmiş olmasının katkısı büyüktür."

bir yaklaşımdan hareketle *adsız düzenleyici işlemler*⁵ denilen bu işlemler, şayet tüzük ve yönetmelik unsur ve şartlarını taşıyor ise geçerli işlemler olarak kabul edilmektedir.

Türkiye’de, yürütme organı özelinde idarenin düzenleme yapma yetkisi açısından tarihsel süreç baz alındığında söylenebilir ki, idare, öteden beri düzenleyici işlemler yapagelmıştır. Ancak bu yetkinin dayanağı ve kapsamı, siyasi rejimlere göre değişik olmuştur⁶.

Osmanlı Devletinde mutlakiyet dönemi devlet yapılanması göz önüne alındığında, yasama-yürütme erklerine benzer bir ayırım söz konusu olmadığından düzenleme yetkisinin kullanımına ilişkin bir sorun olduğu da söylenemez. Zira tüm yetkiler padişahın şahsında toplanmaktadır. Modern anlamda kanun ve düzenleyici işlem devrinin Gülhane Hattı Hümayunu ile başladığı kabul edilebilirse de⁷, düzenleme yetkisi açısından tarihi dönüşümün 1876 Kanun-ı Esasisi ile yaşandığı belirtilmelidir. Ardından sırasıyla 1921, 1924, 1961 ve nihayet 1982 Anayasaları ile düzenleme yetkisinin niteliği ve kullanımına, her bir anayasanın ortaya çıkışında egemen olan anlayış uyarınca farklı anlamlar yüklenmiştir.

Yukarıda sözü edilen anayasal süreç eşliğinde düzenleme yetkisine ilişkin bir analiz yapma amacı güden bu çalışmanın çıkış noktası, yürütme organı ve bu organın bir parçası kimliğinde olan idarenin düzenleme yetkisidir. Ancak yapılacak bu analiz sırasında, yasama organının sahip olduğu düzenleme yetkisini göz ardı etmek olanaksızdır. Zira yasama ve yürütme organlarının düzenleme yetkileri arasındaki ilişki ve sınırlar incelenmeden konuya yönelik sağlıklı bir çözüme ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle çalışma, her iki organın düzenleme yetkisine dair verilen bilgiler ışığında ilerleyecektir.

⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yeliz Şanlı Atay, Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, TODAİE Yayınları, 1. Basım, Ankara, 2011, s.61 vd.

⁶ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.448.

⁷ Veli Yılmaz, İdarenin Düzenleyici İşlemleri ve İptalinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s.7.

I. DÜZENLEME YETKİSİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Düzenleme Yetkisinin Doğuşu

1. 1876 Kanun-ı Esasisi

Türkiye’de düzenleme yetkisinin doğuşunu esas itibari ile yasa-yürütme ayrımında aramak gerekmektedir. Buna göre, Osmanlı Devleti’nde 1876 yılına kadar böyle bir ayrım var olmadığından düzenleme yetkisine ilişkin tartışmalı bir husus gündeme gelmemiştir. Dolayısıyla Türkiye’de düzenleme yetkisinin doğuşu sürecinin yasa-yürütme ayrımına yer veren ilk anayasa metni olan 1876 Kanun-ı Esasisi ile başladığını söylemek yanlış olmaz⁸. Buna karşılık Kanuni Esasi’nin siyasi koşullar nedeniyle yürürlükte olduğu sürenin kısa olması ve pratikte uygulamasına pek rastlanılamaması neticesinde, düzenleme yetkisinin 1924 yılına kadar tam anlamıyla ortaya çıktığı söylenemez. Bu süreç düzenleme yetkisinin bir bakıma *emekleme dönemi*dir. Bu nedenle, 1876 tarihli ve anayasa niteliği haiz Kanun-ı Esasi’den 1924 Anayasası’na kadar geçen süreci düzenleme yetkisinin doğuşu şeklinde isimlendirilmesi uygun bulunmuştur.

1876 yılında Sultan II. Abdülhamit tarafından ilan edilen Kanun-ı Esasi’nin özellikle Tanzimat Döneminde yükselen anayasacılığın *görece* başarılı bir sonucu olduğu söylenebilir⁹. Kanun-ı Esasi’nin kabul edilmesi ve böylece meşrutiyet yönetimine geçilmesinin altında iki büyük etkenin olduğu öngörülmektedir. Bunlardan ilki, Genç Osmanlılar olarak isimlendirilen hareketin bu yönde ortaya koyduğu çabadır. İkinci etken ise, Balkan ulusçuluk hareketlerinin ortaya çıkardığı ivmedir. Ancak bu noktada, meşrutiyetin arka planında kapsayıcı bir toplumsal tabanın olmadığını ve bu durumun olası anayasal gelişmeleri sekteye uğrattığını söylemekte fayda vardır.

⁸ K. Burak Öztürk, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.50.

⁹ Niyazi Berkes, Türkiye’de Çağdaşlaşma, İstanbul, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul Matbaası, t.y. s.319 : “Kanun-u Esasi rejimi demek, temel bir kanuna göre hükümetin yönetilmesi demektir. Osmanlı Devleti bir İslam devletiydi; temeli ve kuralları şeriattı. Böyle oluşuyla o, aslında zaten bir Kanun-u Esasi devletidir. Ancak, şeriatin kurallarının uygulanmaması yüzünden bir mutlakiyetçilik yönetimine dönüşmüştür. Şimdi ümmet, hükümeti ve hükümdarını bir meşrut(şartlı) yönetime döndürmek istegindedir. Bu, ümmeti, hükümeti denetler durumuna getirmekle yani halkı temsil eden bir meclisin kurulmasıyla olabilir.”

Kanun-ı Esasi, padişahın iradesi ile kurulmuş bir komisyon (Cemiyet-i Mahsusa) tarafından hazırlanmıştır. Padişah tarafından kurulan bu komisyon, padişahın yetkilerini sınırlandıracak ve keyfi rejime son verecek bir metin hazırlamakla görevlendirilmiştir¹⁰. Ancak padişah tarafından kurulan bir komisyonun, padişahın yetkilerini sınırlandırmakla görevlendirilmesi durumunda ortaya hukuken ne kadar tatmin edici bir anayasa çıkacağı da izaha muhtaçtır¹¹.

Kanun-ı Esasi'nin içerik analizi yapıldığında birçok sorunla karşılaşmaktadır. Öncelikle Anayasa'nın din-devlet ayrımı açısından ileriye yönelik olmayıp, aksine, geriye gidişe sebebiyet veren bir anayasa olduğu görülmektedir. Bunun yanında Anayasa, çağdaş anayasa doktrininde temel bir ilke durumuna gelen yetkilerin ayrılması, aralarında karşılıklı kontrol ilişkileri kurulması fikrinden de yoksundur¹².

Şöyle ki, Anayasa bütün kuvvetleri padişahın etrafında toplamaktadır. Yürütme organının başında bulunan padişah, yasama organını denetlemekle kalmamakta, aynı zamanda yasama organının fonksiyonlarını kendi iradesini kullanarak etkileyebilecek bir kudreti de elinde bulundurmaktadır. Dolayısıyla padişah, temsilcilerden kurulu yasama organına karşı üstündür. Kanun-ı Esasi'nin doğuşunu hazırlayan hürriyet mücadelesi ekseninde padişahın bu yetkileri değerlendirildiğinde görülecektir ki, padişahın yetkilerinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Aradaki tek fark, o zamana dek yazılı anayasası bulunmayan imparatorlukta egemen olan padişahın, bundan böyle yazılı anayasa düzeni içinde aynı egemenliğe sahip olmasıdır¹³.

¹⁰ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, Fakülteler Matbaası, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1978, s.56.

¹¹ Recai G. Okandan, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957, s.148-149 : "...Fakat, esas itibari ile mütehassıslardan tereküp etmeyen bu Cemiyet-i Mahsusa'nın faaliyeti, nihayet, Ahmet Mithat Paşa'nın, Ziya Paşa ve Namık Kemal'in yardımı ile yabancı memleketlerin Esas Teşkilat Kanunlarından mülhem olmak suretile evvelden hazırlamış olduğu muayyen bir projeyi incelemeye ve onu kanadı ve tüyü yolunmuş bir kuşa benzetmeye, onu cinsi ve mahiyeti ne olduğu belirsiz bir hale getirmeye, inhisar etmiştir. Tabiatile, bunun sonucu olarak, tam mükemmel ve orijinal bir hukuki eser yerine, kaynaklarını Fransa ve Belçika Esas Teşkilat Kanunlarında bulan ve her cepheden eksik bir mahiyet arzulemekten geri kalmayan, hükümleri arasında hiçbir siyasi ve hukuki ahenk bulunmayan 1293 Kanun-u Esasisi vücuda getirilmiştir."

¹² Berkes, a.g.e., s.326.

¹³ Aldıkaçtı, a.g.e., s.56.

Kanun-ı Esasi uyarınca padişah, yürütme organının başıdır ve hatta kendisidir¹⁴. Bakanlar Kurulu'nun tayini ve azli sadece padişahın yetkisindedir (m.7). Göreve başlarken ya da görev esnasında alınması gereken bir güvenoyu müessesesi de yine Anayasa'da düzenlenmemiştir. 1876 Anayasası, başkanlık sistemindeki başkanın denetime tabi olması ilkesini de göz ardı etmekte, padişaha bakanlar kurulunun tamamı ile kendisine bağlı olarak hareket etmesini sağlama imkanı tanımaktadır. Anayasa'nın yukarıda sayılan hükümleri dahi padişahın ne kadar geniş bir düzenleme yetkisine sahip olduğunu göstermek için yeterlidir.

Daha önce de bahsedildiği üzere, 1876 yılından 1908 yılına kadar Kanun-ı Esasi'nin uygulandığı zaman dilimi çok kısadır. 1878 yılında padişahın isteği doğrultusunda Meclis-i Umumi'nin tatil edilmesinden sonra Kanun-ı Esasi yürürlükten kaldırılmamakla birlikte, fiilen uygulanmamış ve bir bakıma yeniden sınırsız mutlak monarşi rejimine geri dönmüştür¹⁵.

1908 yılında II. Meşrutiyet'in ilanı ile birlikte padişah, tekrar Kanun-ı Esasi'yi uygulamaya koymak zorunda kalmıştır. Konuya ilişkin bizi ilgilendiren husus ise, 1909 yılında Kanun-ı Esasi'nin geçirdiği önemli değişikliklerdir¹⁶. Bu değişiklikler doğrultusunda padişahın yetkileri olabildiğince sınırlanmış, buna karşılık, 1876 Kanun-ı Esasisi ile padişaha verilmiş olan nizamname yapma yetkisi yeni metinde de korunmuştur. Özellikle Anayasa'nın 7. maddesinde yapılan değişiklikler, düzenleme yetkisinin kapsamını sınırlamakta ve bu yetkinin yürütme işlevine bağlı niteliğini de ortaya koymaktadır. Buna göre, "... *devair-i hükümetin muamelatına ve kavaninin suver-i icrasiyesine müteallik nizamnameler tanzimi*" padişahın yetkileri arasında sayılmaktadır. Değişik metinde kullanılan ifade, Kanun-ı Esasi'nin ilk metnindekinden daha da açık şekilde, düzenleme yetkisini kanunların yürütülmesi kavramına bağlamaktadır¹⁷.

¹⁴ Okandan, a.g.e., s.153.

¹⁵ Padişah'ın meclisi tatil etmesinin pratik sonucu asıl itibari ile Kanun'un yürürlükten kaldırılmasıdır. Padişahın Kanun'u resmen yürürlükten kaldırma yoluna gitmeyerek bu konuda gelebilecek olası eleştirileri bertaraf etmeyi amaçladığı ve bir bakıma hukuki hile yolunu tuttuğu söylenebilir.

¹⁶ 1909 yılında ortaya çıkarılan metin, doktrinde kimi yazarlarca yeni bir anayasa olarak tanımlansa da ortaya çıkarılan yeni metnin Kanun-ı Esasinin bir devamı niteliğinde olduğu görüşü daha akla yatkın görünmektedir. Dolayısıyla çalışmamızda "değişiklikler" ifadesini kullanmayı uygun bulduk.

¹⁷ Öztürk, İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, s.55.

1876 Kanun-ı Esasisi ile başlayan süreç göz önüne alındığında öncelikle şu çıkarım yapılabilir ki, düzenleme yetkisi bizzat anayasal metinlerde yer almıştır. Ancak metnin tam anlamı ile tatbik edilememesi nedeni ile yasamadan ayrışık bir düzenleme yetkisinin gün ışığına çıktığının savunulması da mümkün gözükmemektedir.

2. 1921 Anayasası

1921 Anayasası'nın, hazırlanma sürecinde içinde bulunulan siyasi konjonktürden ayrı biçimde değerlendirilmesi söz konusu olamaz. 1920 ve 1924 yılları arasında Ankara'da kurulan TBMM Hükümeti, yasama ve yürütme yetkilerinin tek elde toplandığı bir düzen oluşturmaktadır. Ulusal kurtuluş savaşının tüm hızıyla sürdüğü olağanüstü bir dönemde tüm yetkilerin tek elde toplanıp daha kararlı ve hızlı hareket edilmesi gerekliliği, bu yönde bir anayasaya zemin hazırlamıştır. Sebep-sonuç ilişkisi içinde bakıldığında, hazırlanan 1921 Anayasası'nda da kuvvetler birliği sistemi benimsenmiş ve böylece yürütmenin sahip olduğu düzenleme yetkisi başlı başına bir yetki olarak ortaya çıkmamış ve yasama yetkisi ile iç içe geçmiştir.

1921 Anayasası'nda benimsenen kuvvetler birliği sistemi ile halen varlığını koruyan padişahın olası müdahalelerinin önüne geçilmesi ve bahsi geçtiği üzere devam eden olağanüstü durumun üstesinden daha hızlı ve kolay gelenebilmesi amaçlanmıştır. Bu anayasa ile TBMM'nin anayasanın ruhuna ve hükümlerine uygun bir biçimde, kanunları yapmakla kalmayıp aynı zamanda onların yürütülmesi görevini de bizzat üstlendiği görülmektedir¹⁸.

1876 Kanun-ı Esasisi ve 1921 Anayasası ile *ilk görüntülerini veren* düzenleme yetkisi, izleyen anayasalarda kendine daha *belirgin* alanlar bulmakta ve bize daha ayrıntılı inceleme yapma imkanı sunmaktadır.

¹⁸ Bunun yanında 1921 Anayasası ile yürütme işlerinden sorumlu olduğu kabul edilen İcra Vekilleri Heyeti'nin de özellikle 1920 yılından itibaren kanunların yürütülmesini sağlamak üzere "nizamname" adıyla düzenleyici işlemler yaptıkları görülmektedir. Bu işlemlere, 66 sayılı İstiklal Madalyası Kanunu'na dayanılarak çıkarılan nizamname örnek olarak verilebilir.

B. Düzenleme Yetkisinin Kökleşmesi

1. 1924 Anayasası

Türk hukukunda düzenleme yetkisinin unsurları ile birlikte ortaya çıkması sürecinin 1924 Anayasası ile başladığını kabul etmek yanlış olmayacaktır.

1924 Anayasası'nda belirlenen sistemin, 1921 Anayasası'nda düzenlenen kuvvetler birliği sistemi ile parlamenter sistemin *harmanlandığı* bir *yarı-parlamentarizm* olduğunu söylemek mümkündür¹⁹. Cumhuriyet tarihimizin ilk anayasası olma özelliğini taşıyan bu anayasa, yürütme organının düzenleme yetkisini açıkça öngörmekle birlikte kimi hükümleri ile bazı belirsizlikleri de bünyesinde barındırmaktadır. 1924 Anayasası öngördüğü sistem uyarınca, bir yandan kuvvetler birliği ilkesine -bir ölçüde- bağlı kalmakta, diğer yandan ise, 1921 Anayasası'na göre daha bağımsız bir yürütmenin oluşumuna olanak vermektedir²⁰.

1924 Anayasası'nın hükümleri incelendiğinde, Anayasa'nın 52. maddesi haricinde doğrudan düzenleme yetkisinin konusunu teşkil edebilecek bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, "*Bakanlar Kurulu, kanunların uygulanışını* göstermek yahut kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere içinde yeni hükümler bulunmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzük çıkarır"²¹.

Madde metni, pratikte bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Öncelikli sorun, anılan maddenin üçüncü fıkrasına ilişkindir. Fıkra, tüzüklerin kanuna aykırılığı iddialarının TBMM tarafından çözüme

¹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, 2011, s.31; Mümtaz Soysal, Anayasaya Giriş, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s.130-131'de 1924 Anayasasının kabul ettiği sistemin parlamentarizm olduğunu savunmaktadır. Soysal, bu görüşüne, Cumhurbaşkanının durumunun parlamenter sistemlerdeki devlet başkanlarının durumundan pek farklı olmadığını, bununla birlikte yürütme organı içindeki sorumlu kısmın(bakanlar kurulunun) meydana gelişi ile sistemde aldığı pozisyonu dayanak yapmaktadır.*

²⁰ Öztürk, *İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, s.61.

²¹ "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu" nun dili, 10.01.1945 tarihli ve 4695 sayılı "*Anayasa*" ile sadeleştirilmiştir. Ancak 24.12.1952 tarihli ve 5997 sayılı Kanunla "*Teşkilat-ı Esasiye Kanunu*" tekrar yürürlüğe konmuştur. Alıntılanan madde metni, 10.01.1945 tarihli ve 4695 sayılı "*Anayasa*" da yer alan metindir.

kavuşturulacağını hüküm altına almaktadır. Bu hüküm, haliyle tüzüklerin niteliği konusunda kuşkulara neden olmuş, tüzüklerin yasama işlemi niteliğinde olup olmadığı tartışmaları yapılmıştır²². Bunun yanında ortaya çıkan diğer sorun ise, kanunlarla idareye talimatname çıkarma yetkisi tanınmasıdır²³. Bu yönde bir gelişme olarak, çeşitli idareler de talimatname adı altında bazı düzenleyici işlemler tesis etmiştir. Böyle bir işlemin anayasa metni ile uyumsuzluğu ortadadır.

Değnilmeden geçilemeyecek bir başka husus ise, 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ile yürütmeye tanınan etkili düzenleme yetkisidir²⁴. Sözü edilen Kanun'un ilgili maddesi ile Bakanlar Kurulu'na, Anayasa'nın ruhuna aykırı biçimde geniş bir düzenleme alanı bırakılmıştır²⁵. Ancak bu noktada, dönemin gerek siyasi gerekse de ekonomik göstergeleri çerçevesinde konunun değerlendirilmesinin, rasyonel bir sonuca ulaşılmasına katkı sağlayacağı unutulmamalıdır.

2. 1961 Anayasası

1924 Anayasası'nı takiben yürürlüğe giren 1961 Anayasası ile birlikte Türkiye' de artık tam anlamıyla parlamenter sisteme geçildiği söylenebilir. Gerçekten de, Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı gerekçede parlamenter hükümet tarzını kabul ettiğini açık-

²² Bu görüşten hareketle varılacak sonuç, yürütmenin düzenleme yetkisinin hali hazırda yasama yetkisinden ayrı şekilde değerlendirilemeyeceğidir. Bunun aksi ancak yasama yetkisinin devri ile söz konusu olabilir. Zira bu devir ile yasama yetkisini elinde bulunduran kanun koyucu, kendisine ait olan bu yetkisini belirli bir alanla sınırlandırmak şartıyla idarenin düzenleme alanına sokmaktadır.

²³ Örnekler için bkz. Öztürk, İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, s.63.

²⁴ 1567 sayılı Kanun'un 15.02.1954 tarihli ve 6258 sayılı Kanunla değişik birinci maddesi şu şekildedir; "Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına Bakanlar Kurulu salâhiyetlidir."

²⁵ Ragıp Sarıca, Türkiye' de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943, s.255: "Tanzim salâhiyetini mevzuat bakımından incelerken Türk parasının kıymetini koruma kanununa da temas etmek zorundayız. Filhakika bu kanun, İcra Vekilleri Heyetine istisnai ve fevkalade bir tanzim salâhiyeti tanımaktadır. Bu sahaya dahil mevad ve hususâtı -adeta kanun vazii yerine kaim olmak suretiyle- tanzim etmek salâhiyetini hükümete bırakmaktadır."

ça belirtmesi bu tespiti doğrular niteliktedir. Dolayısıyla artık anayasanın yürütme organı ile ilgili hükümlerinin yorumlanmasında parlamenter hükümet ilkelerine dayanılmalıdır²⁶.

1924 Anayasası'nda karşılaşılan problemlerden biri, kanunların anayasaya uygunluk denetiminin öngörülmemiş olmasıdır. Bu nedenle çoğunlukla bir kanuna dayanan düzenleme yetkisinin uygulamadaki görünümü de tartışma konusu yapılamamaktaydı. İşte 1961 Anayasası, idarenin hiçbir işlem ve eylemine karşı yargı yolunun kapatılmayacağını öngörerek (A.Y. m.114) tüzüklere ilişkin idari yargı yerlerinde iptal davası açabilme olanağını gündeme getirmiştir.

Buna ek olarak 1961 Anayasası, 1924 Anayasası yürürlükte iken özellikle talimatnameler konusunda yaşanan sorunları da bertaraf edecek çözümler sunmaktadır²⁷. Zira 1924 Anayasası, tüzükler haricinde düzenleyici işlem türü öngörmediğinden talimatnamelerin varlığı sorun teşkil etmekteydi. Bu soruna bir çözüm bulmak adına, 1961 Anayasası'nın 113. maddesi, bakanlıklara ve kamu tüzel kişilerine kendi görev alanlarına ilişkin konularda kanunların uygulamasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarma yetkisi tanımaktadır. Hükümde, Bakanlar Kurulu tarafından yönetmelik çıkarılabileceği açıkça belirtilmemesine rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.1969 tarihli ve E.1967/41 K.1969/57 sayılı kararı ile Bakanlar Kurulu'nun da yönetmelik çıkarılabileceği belirtilmiştir²⁸.

1961 Anayasası'nın uygulandığı döneme ilişkin tartışmaların odak noktası, güçlü bir yürütmeye duyulan özlemdir. Zira 1961 Anayasası'nın tamamı ile yaşamaya bağlı bir yürütme yarattığı düşünülmekte ve zamanın zorlu koşullarının üstesinden ancak yasamanın boyunduruğu altında olmayan, güçlü ve basiretli bir yürütme ile gelişebileceği vurgulanmaktadır²⁹.

²⁶ Aldıkaçtı, a.g.e., s.313.

²⁷ Bkz. y. I, B, 1.

²⁸ "İdarenin Düzenleyici İşlemleri" başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Sevilay Satı'e aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuk sitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.

²⁹ Turgut Tan, "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)", *Anayasa Yargısı*, C.I, 1984, s.31-47, s.31 : "1961 Anayasasında egemenliğin düzenleniş biçimi yürütme organını zayıflatıcı nitelikte görünüyordu. Bu görüşe göre egemenliği Türkiye Büyük Millet Meclisinin tekelinden çıkarmak ve başka organlarca da kullanılabilir hale getirmek, ilk bakışta yalnız parlamentoya yönelmiş bir zayıflatma çabası olarak görülmekteyse

Kuşkusuz yürütmenin güçlendirilmesinin bir boyutu da, yürütmenin düzenleme yetkisinin genişlemesi ya da özerkleşmesini sağlamaktır³⁰. Tam da bu noktada, yukarıda zikredilen güçlü yürütme gereksiniminin bir yansıması olarak, 1971 yılında yapılan köklü anayasa değişiklikleri ile hukuk dünyamıza “kanun hükmünde kararname³¹” kurumu dahil olmuştur. Bu kurum ile yürütme organına, bir yetki kanununa dayanmak şartıyla kanun gücünde düzenlemeler yapma yetkisi bahşedilmiştir.

Sonuç itibari ile düzenleme yetkisi açısından bakıldığında, 1961 Anayasası, 1924 Anayasası’ndan kaynaklanan sorunların önemli bir bölümüne çözüm getirmekte ve yürütme görevinin kanunlar çerçevesinde yerine getirileceğini öngörmekle³², aşağıda incelenen düzenleme yetkisinin türev ve ikincil nitelikli bir yetki olduğunu hüküm altına almaktadır.

Düzenleme yetkisinin tarihsel gelişimi bu yönde olmakla birlikte, bu yetkinin niteliğine ilişkin ilerleyen bölümlerde yapılacak açıklamalarda halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası’nın hükümlerinin esas alınacağı belirtilmelidir.

II. DÜZENLEME YETKİSİNİN KAPSAMI

Genel hatları ile yürütmenin düzenleme yetkisinin niteliği ve kapsamı, ilk bakışta teknik bir idare hukuku sorunu gibi görünse dahi, anayasal sistem içinde kuvvetler arası ilişkilerin değerlendirilmesini de gerektiren geniş boyutlara sahiptir³³.

Yürürlükte bulunan 1982 Anayasası esas alınarak söylenmelidir ki, var olan anayasal metin ile varılmak istenen nihai hedef, önceki dönem anayasal tartışmaların da kaynağı olan güçlü bir yürütmeyi or-

de, bundan asıl zarar gören parlamentodaki çoğunluğa dayalı yürütme organı oluyordu.”

³⁰ Öztürk, İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, s.68.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Burhan Kuzu, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s.10 vd.

³² Kazım Öztürk, Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa, Bilgi Yayınevi, 12. Bası, İstanbul, 975, s.25 : “1961 Anayasasının 5, 6, 7. maddelerinin ortak gerekçesi: T.B.M.M, herhangi bir sahayı Anayasaya uygun olmak şartıyla düzenleyebilir. Halbuki yürütme sadece kanunların uygulanması demektir. Kanun olmayan yerde Türk hukukuna göre yürütme de yoktur. Yürütme organı kaynağını kanundan almayan bir tasarrufta bulunamaz.”

³³ Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı*, C.III, 1986, s.203-216, s.205.

taya çıkarmaktır³⁴. Buna uygun bir örnek olarak, 1982 Anayasası'nın yapım sürecinde Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Hukuk Fakültesi'nin birlikte hazırlamış olduğu "Gereçeli Anayasa Önerisi"nde³⁵ "Yürütmenin Güçlendirilmesi Sorunu" ele alınmıştır. Bahse konu Anayasa Önerisi incelendiğinde, yürütmenin güçlendirilmesi amacına yalnızca yasama organı üzerinde yapısal değişikliklerle değil, aynı zamanda yürütme organının da kendi içinde ve yasama organı ile ilişkilerinde yeni düzenlemelere gidilerek ulaşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Yani yürütmenin güçlendirilmesi, parlamenter sistemin mantığı çerçevesinde, devlet başkanı ile birlikte hükümeti kapsayan bir bütünlük içinde düşünülmüştür³⁶.

Türk hukukunda 1982 Anayasası'nın yürütmeyi güçlendirme eğilimi taşımasına rağmen, düzenleme yetkisinin türev niteliğinin değiştirildiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Düzenleme yetkisinin türev niteliği ise, genel anlamı ile bu yetkinin ancak kanunun öngördüğü sınırlar içinde kullanılmalıdır. 1982 Anayasası'nda da düzenleme yetkisi kanunlar çerçevesinde ve kanunlara uygun olarak kullanılır³⁷. Düzenleme yetkisinin türev ve ikincil nitelikte olduğu, Anayasa'nın ilgili maddelerinden de çıkarılabilir. Örneğin, yönetmeliklerin düzenlendiği Anayasa'nın 124. maddesi, yönetmeliklerin *ancak kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla* çıkarılabileceğini hükme bağlamıştır. Yine Anayasa'nın 8. maddesinde, *yürütme yetkisi ve görevinin* anayasa ve kanunlara uygun olarak kul-

³⁴ Konuya ilişkin Burhan Kuzu, *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s.168'de kuvvetli bir yürütme organının çağımız gerekleri açısından sadece meşru değil aynı zamanda gerekli olduğunu da savunmaktadır. Kuzu'ya göre, parlamenter rejimde yürütme zayıf, güçsüz olursa, devlet sosyal görevlerini yerine getiremez duruma düşer. Günü gününe izlenmesi ve surat ile halledilmesi gereken ve bünyeleri gereği oldukça karmaşık olan çağımızın sorunlarını, belirli prosedüre bağlı ve bu yüzden de günün ihtiyaçlarını pek yakından takip edemeyen kanunlarla çözümlenmek oldukça zordur. Bu konuda yürütmenin yetkili kılınması çağımızda bir zaruret halini almıştır.

³⁵ AÜHF-AÜSBF, *Gereçeli Anayasa Önerisi*, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982.

³⁶ Kürşat Erdil, *Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğiliminin 1982 Anayasası'ndaki Normatif Düzenlemeye Yansımaları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 1997, s.55.

³⁷ Aynı yönde görüşler için bkz. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1965, s.80 vd. ; Lütfi Duran, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", İHİD, Y.4, S.1-3, 1983, s.33-42, s.42; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2011, s.226 vd.

lanılıp yerine getirileceği belirtilmektedir. 1961 Anayasası'ndan farklı biçimde, 1982 Anayasası'nda yürütmenin *yalnızca bir görev değil yetki* olarak da düzenlenmiş olması³⁸, düzenleme yetkisinin türev niteliği açısından kafalarda soru işaretleri yaratmaya açıktır³⁹.

Sonuçta 1982 Anayasası'na göre, yürütmenin düzenleme yetkisinin doktrinde de sıkça vurgulandığı üzere, türev nitelikte olduğu kabul edilmelidir⁴⁰.

Bu değerlendirmeye karşılık, düzenleme yetkisinin özerk niteliğinden de kısaca bahsetmek, konunun zihinlerde daha iyi canlanması açısından yararlı olacaktır. Düzenleme yetkisinin özerk niteliği, yetkili organ ve makamların düzenleyici işlemleri yapmaya girerken, anayasada veya kanunlarda bir dayanak aramak ve bulmak zorunda olmadan, herhangi bir konuyu serbestçe ve diledikleri gibi düzenleyebilmeleri şeklinde tanımlanabilir⁴¹.

1982 Anayasası'na göre, yürütmenin düzenleme yetkisinin türev nitelikte olduğu kabul edilse de, Anayasa'da yer alan bazı özel hükümler bu kuralı mutlak olmaktan çıkarmaktadır. Örneğin, Anayasa'nın 107. maddesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ni düzenlemektedir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerden olup yargı denetimine kapalıdır (A.Y. m.125). Kuşkusuz böyle bir durumda, kararnamenin ne denli hukuka uygun hükümler barındırıp barındırmadığının incelenememesi de tereddütler oluşturmaktadır. Bu tereddütlere karşı net bir çözüm öngörülemez de savunulabilecek bir görüş olarak söylenebilir ki, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti ilkesi, herhangi bir organa sınırsız yetkiler

³⁸ Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında yürütmenin yetki olarak da düzenlenmiş olmasının maksatlı olduğunu ve dolayısıyla düzenleme yetkisinin kapsamı belirlenirken bu durumun da göz önüne alınması gerektiğini içtihat etmiştir. Örnek olarak bkz. AYM., T.15.10.1991, E.1990/29 K.1991/37, R.G. T.05.02.1992, S.21133.

³⁹ Öztürk, İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, s.121 : "8. madde metninde verilen yetki sözcüğünün de, düzenleme yetkisinin türev niteliğini değiştirecek bir etkiye sahip olduğu düşünülemez(...)yürütmenin bir yetki olduğunun öngörülmesi, aynı zamanda görev olarak da düzenlenmesi karşısında, 1961 Anayasası'nda olduğundan farklı sonuçlara ulaşmaya izin vermemektedir."

⁴⁰ Örnek olarak bkz. Dan. 7. D., T.26.09.2002, E.2002/3190, K.2002/2962, DBB: "... Kanunlara uygun olarak kullanılacak yürütme yetkisi, özerk düzenleme yetkisini içermez ve sadece türevsel ve bağımlı düzenleyici işlemler yapılmasına olanak verir."

⁴¹ Duran, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", s.34-35.

tanınmasına engel teşkil etmektedir. Her organ ancak belli sınırlar dahilinde yetkilerini kullanabilmektedir⁴².

Bunun yanı sıra, Anayasa'nın 107. maddesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile öngörülen özerk düzenleme yetkisinin sınırlı alanı, bu yetkinin istisnai nitelik taşıdığını göstermekte ve bu yönüyle Türk hukukunda düzenleme yetkisinin türev nitelikte olduğu kuralını teyit etmektedir⁴³.

III. DÜZENLEME YETKİSİNİN DAYANAĞI

A. Anayasal Dayanak Sorunsalı

Türk hukuku açısından bu zamana kadarki anayasalarda düzenleme yetkisinden doğrudan doğruya bahseden bir hükmün bulunmadığı söylenmelidir. Ancak böyle bir yetkinin anayasanın *ruhundan* ya da başka hükümlerinden çıkarılmasında zorunluluk bulunmaktadır⁴⁴. Zira anayasanın idareye böyle bir düzenleme yetkisini vermediği kabul etmek, bizi içinden çıkılmaz bir duruma götürecektir. Çünkü böyle bir kabulde idarenin tüzük, yönetmelik, kararname gibi düzenleyici işlemler yapması da mümkün görünmemektedir. Bilindiği üzere, tüzük, yönetmelik, kararname gibi işlemlerin her biri idarenin iradesini ortaya koyduğu tasarruflardır. Bu düzenlemeye ilişkin tasarrufların da bir yetkiye dayanması zorunluluk arz etmektedir⁴⁵. Bahse konu düzenleyici işlemleri idarenin yapmasına imkan olmadığını söylemek bu zamana kadar yapılmış ve yapılacak olan tüm düzenleyici işlemleri de hukuken dayanaksız bırakmaktadır. Böyle bir sonucun ortaya çıkmasının da ne denli telafisi zor -hatta mümkün olmayan- durumlara sebebiyet vereceği de tartışmadan uzaktır.

⁴² Halil Kalabalık, "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", GÜHFD, C.I, S.1, 1997, s.172-211, s.172: "Bütün yetkilerin meşru ve yasal sınırları olduğu gibi, kamu otoritelerine verilen takdiri yetkiler de sınırsız değildir; bilakis meşru ve yasal sınırları söz konusudur(...)Takdir yetkisinin sınırlarından maksat, bu yetkilerin hangi sınırlar içerisinde ve hangi ilke ve kurallara dayanılarak ve uyularak kullanılacak alanın tanımlanmasıdır. Bu sınırlar, anayasal, kanuni ilke ve kurallar ile yazılı olmayan ve fakat mahkeme kararlarıyla ortaya konulan hukukun genel ilkeleridir."

⁴³ Öztürk, İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, s.123.

⁴⁴ Sarıca, a.g.e., s.27.

⁴⁵ Guido Zanolini, İdare Hukuku -Umumiyet İtibari ile İdari Nizam-, Çev. Atıf Akgüç, Sahir Erman, C.I, İstanbul, M. Sadık Kağıtçı Matbaası, 1945, s.50 : "Sırf maddi manada kanunların en geniş ve en mühim nevi, icra kuvvetine mensup mercilerin, **anayasaya veya bu mahiyette diğer her hangi bir kanunun kendilerine verdiği salahiyyete binaen**, ısdar eyledikleri hukuk kaidelerinden terekkep eder." (Vurgu tarafımıza aittir.)

Dolayısıyla hukuk düzeninde yürütme organının, düzenleyici işlemler yaptığı görülüyor ise, mevcut hukuki düzende bu organ ya da makama düzenleme yetkisi açıkça ya da örtülü olarak verilmiş demektir⁴⁶. Her hukuk düzeninin temelinde anayasa yer aldığından, bu düzenleme yetkisinin *menşei* de bizatihi anayasa olacaktır. Zira anayasa, hukuk düzeninin *kurucu unsurudur*.

Özellikle hizmetlerin zamanında ve doğru biçimde verilmesi gerekliliği, yasama organının işleme usullerinin ağır olması ve yine yasama organının teknik bilgi gerektiren konularda yetersiz kalma ihtimalinin yüksek olması gibi unsurlar bu tezi destekleyen diğer verilerdir. Kısaca söylenebilir ki, yürütme organı düzenleyici işlem yapma yetkisine kendiliğinden sahiptir. Böyle bir yetkinin açıkça anayasada öngörülmüş olması gerekli değildir⁴⁷.

1982 Anayasası'nda düzenleme yetkisinin dayanağı sorunu asıl itibari ile iki ana başlık altında incelenebilir: Bunlardan ilki, yürütmenin görev ve yetki olduğunu öngören Anayasa'nın 8. maddesidir. İkinci başlık ise, Anayasa'nın tüzük ve yönetmeliklere ilişkin 115 ve 124. maddeleridir.

İdarenin genel düzenleme yetkisine dayanak olarak anılan Anayasa'nın 115 ve 124. maddeleri, Anayasa'nın 8. maddesine oranla daha kesin delil görüntüsünde karşımızda durmaktadır. Zira bu maddeler⁴⁸, neredeyse düzenleme yetkisini kullanabilecek tüm idareleri kapsamına alacak geniş bir niteliğe haizdir. Bu çıkarımın yanı sıra, Anayasa'nın 8. maddesinin düzenleme yetkisine dayanak yapılması noktasına da değinmekte fayda vardır. Düzenleme yetkisinin, yürütmenin görev ve yetki olduğu hükmünü koyan bu maddeye dayan-

⁴⁶ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, Hak Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1966, s.371: "Tüzükler ve yönetmelikler yapmak suretiyle idareye tanınan tanzim salahiyeti anayasanın 107 ve 113. maddelerinde bahis mevzuu olmakla beraber idarenin maddi bakımdan kendi fonksiyonuna yabancı olan böyle bir salahiyeti haiz olması, icra fonksiyonun ve amme hizmetlerinin hususiyetiyle de izah edilebilir. Yani anayasada mevcut bu sarıh bir hüküm olmasa da idare gene kendine düşen fonksiyonu ifa edebilmek için bir tanzim salahiyetine sahip olmak mecburiyetindedir, çünkü idare ifa edeceği amme hizmetinin işlemesi ve hatta kuruluşu, fertlerin bunlardan istifade tarzları hakkında umumi kaideler koymak mecburiyetindedir."

⁴⁷ Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 22. Bası, Ankara, Eylül 2005, s.331.

⁴⁸ Bu çıkarımı destekleyici bir görüş olarak Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş I, Ankara, TODAİE Yayınları, 1968, s.122' de 1961 Anayasası yönünden genel düzenleme yetkisinin, 113. maddede hayat bulduğunu söylemektedir.

dırılması, özel olarak idarenin düzenleme yetkisine özgülenmiş hükümlerin yanında (A.Y. m.115 ve m.124) *zorlama bir yorum* görüntüsü vermektedir. Zira bu halde Anayasada konuya ilişkin özel düzenlemelere yer verilmesinin sebebinin açıklanması da son derece zor olacaktır.

Bu bakımdan Türk hukukunda düzenleme yetkisinin dayanağı, spesifik bir hüküm olmayıp, Anayasanın münferit hükümleridir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, bakanlar ile kamu kurum ve kuruluşlarının sahip olduğu türev düzenleme yetkisi, kaynağını Anayasa'nın 115 ve 124. maddelerinde bulmakta; Cumhurbaşkanı'nın istisnai olarak sahip olduğu özerk düzenleme yetkisi ise Anayasa'nın 107. madde hükmünde belirmektedir. Bunlara ek olarak, Türk hukukunda anayasal bir dayanağı bulunmayan, ancak uygulamada örnekleri ile sıkça karşılaşılan adsız düzenleyici işlemler kategorisi de yine varlığını sürdürmektedir⁴⁹.

B. Kanunla Olan İlişkisi

Türk hukukunda, idarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için o alanın daha önceden kanunla düzenlenmiş olması gerektiği kuralı konuya ilişkin araştırma ve tespitlerde sıkça karşımıza çıkmaktadır⁵⁰. Gerek tüzük ve yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını göstermek üzere çıkarılacağını öngören Anayasa'nın 115 ve 124. mad-

⁴⁹ Atay, a.g.e., s.72 : "Adsız düzenleyici işlemlerin, idarenin kural koyma yetkisi bağlamında ortaya çıkardığı sorun, 1924 Anayasası'nda düzenlenen 'nizamname' ve 1961 ve 1982 Anayasalarında düzenlenen 'tüzük ve yönetmelik' olmak üzere, belirli işlem türlerinin Anayasada yer alması karşısında, nizamname, tüzük ve yönetmelik işlemlerin dışında kalan kural koyucu işlemlerin hukuki dayanağıdır. Bu hukuki dayanak sorunu, idarenin kural koyma yetkisinin kaynağı sorusuna verilecek yanıtla ilgilidir. Zira, idarenin kural koyma yetkisi, kural koyucu işlemlerin düzenlendiği Anayasal hükümlerden kaynaklanıyorsa, idarenin bu işlemler dışında kural koyucu işlem yapma yetkisi söz konusu olmayacak, fakat somut Anayasal hükümler, zaten mevcut kural koyma yetkisinin bir sonucu iseler, dayanak sorunu kalmayacaktır."

⁵⁰ Güneş, a.g.e.s.147 : "Düzenleyici işlemler ile yasama işlemi arasındaki sınırlar(ı) 'genel esaslar' 'temel hükümler' gibi kategorilerde aramaya imkan yoktur. Belli bir konuda temel hükümlerin de pek ala bir idari düzenlemede bulunması mümkündür. Yeter ki kanun idarenin yapabileceği işleri bir çerçeve teşkil edecek ölçüde göstermiş olsun. Mamafih bu çerçeve içinde yapılabilecek olan şeyler de, belli bir anda mevcut kanunlar blokunun hükümlerine ve bu hükümlerin kanun koyucu tarafından belirtilmiş bulunan bağlayıcılık derecesine bağlıdır. Çünkü idare her halde kanunların içinde kalmaya mecburdur." (Vurgular tarafımıza aittir.) Ayrıca bkz. Lütfi Duran, "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", İÜHFİM, C.XXX, Y.1964, S.1-2, s.466-492, s.473 vd.

deleri, gerekse de idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini hüküm altına alan Anayasa'nın 123. maddesi, varılan bu sonucu doğrular niteliktedir. Düzenleme yetkisi idareye üstlendiği görevleri yerine getirmek üzere tanınacağına ve bu görevler de ancak kanunla düzenlenebileceğine göre, anılan bu maddeler, kanuna dayanmayan düzenleme yetkisi olamayacağına dolaylı bir göstergesi sayılabilir⁵¹.

İdarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için bir kanunun varlığı aranmakta ise de, kural olarak, bu yetkinin kanunda açıkça zikredilmesine gerek yoktur. Anayasa'nın düzenleme yetkisini içeren ilgili hükümleri de bu yönde bir zorunluluk öngörmemektedir. Dolayısıyla söylenebilir ki, bir kanunun uygulanmasının sağlanabilmesi için, ilgili kanunun bunu açık bir şekilde öngörmesi gerekmez. Bir kanun çıkarıldığı anda *buna paralel biçimde* idare de, o kanunun uygulanmasını sağlamak bakımından bir düzenleme yetkisine sahip olmaktadır.

Doktrinde kabul edilen bir başka görüşe⁵² önemi nedeniyle burada temas etmek faydalı olacaktır. Bu görüş uyarınca, idarenin düzenleme yetkisi, her zaman Anayasa ve kanundan kaynaklanmaz. Bazen de "*eşyanın tabiatı*"ndan kaynaklanır. Kanun koyucunun her şeyi düzenleme imkanının bulunmaması, kamu hizmetinin iyi işlemesi, kamu düzeninin ve kamu yararının sağlanması⁵³, takdir yetkisinin objektifleştirilmesi gibi etkenler, idarenin bir kanuna dayanmasa dahi, düzenleme yetkisine sahip olmasını sonuçlamaktadır. İdarenin eşyanın tabiatından kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahip olması, bu yetkinin kanuna dayanmak (*secundum legem*) zorunda olmadığını da göstermektedir.

Bu görüşten çıkarılacak sonuç olarak, idare, kendisine kanunla yetki verilmemiş olsa dahi ilk elden o alanda düzenleme yapma yetkisine haizdir. Bu yetki de, idarenin *asli* (*muhtar, otonom*) düzenleme yetkisine sahip olduğunu göstermektedir⁵⁴. Konuya ilişkin Danıştay, bir

⁵¹ Öztürk, İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, s.143.

⁵² Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.I, Ekin Kitabevi, Bursa, Nisan 2003, s.1034 vd.

⁵³ DDK., T.28.04.1972, E.1968/709, K.1972/364, AİD, C.5, S.4, 1972, s.201-202: "Kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindedir. Bu nedenle, idarenin toplum ve hizmet yararına bir alanı düzenlemesi için, mutlak surette, idareye bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu değildir."

⁵⁴ Gözler, a.g.e., s.1034 : "Ancak burada şu noktanın altını çizmek gerekir: İdare eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisine sahip olduğu durumlarda

örnek olayda, Türkiye üzerinden karayolu transit taşımaları ile Türkiye’de transit eşyanın taşınması esaslarına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı ile tırlardan geçiş ücreti alınmasını “Devletin egemenlik hakkı ve idarenin genel düzenleme yetkisi”ne dayandırarak bu tezi destekleyici bir içtihat ortaya koymuştur⁵⁵.

IV. DÜZENLEME YETKİSİNE ANAYASA MAHKEMESİ’NİN BAKIŞI

Türk hukukunda düzenleme yetkisine ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşundan bugüne kadarki içtihatları incelendiğinde, Yüksek Mahkeme’nin yürüme organı özelinde idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarını yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi çerçevesinde çizdiği gözlemlenmektedir⁵⁶. Yüksek Mahkeme birçok kararında içtihat ettiği üzere, idarenin herhangi bir konuda asli düzenleme yetkisi yoktur. Dolayısıyla idarenin düzenleme yetkisi, ancak Anayasa ve kanunların çizdiği çerçeve içinde kullanılabilir bağımlı ve türev bir yetkidir⁵⁷.

Yüksek Mahkeme’ye göre, idareye düzenleme yetkisi, ancak düzenlenecek alanın esaslı hükümleri, temel esasları ve uyulacak genel

dahi, kanuna dayanmadan olağan dönem kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik çıkaramaz. Bu üç işlem Anayasamıza göre daima kanuna dayanmak, secundum legem nitelikte olmak zorundadır. O halde, idare, Türkiye’de, eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisini, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik dışındaki düzenleyici işlemlerle (...) adsız düzenleyici işlemlerle yapmalıdır.”

⁵⁵ Fatih Aydın, Türk Pozitif Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisi, T.C Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000, s.41.

⁵⁶ Taner Ayanoglu, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği”, İÜHFİM, C.65, S.1, 2007, s.39-83, s.69.

⁵⁷ AYM, T.06.07.1993, E.1993/5, K.1993/25, R.G.25.02.1995, S.22213: “Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin Başlangıç’ ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış, 176. maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan ‘Başlangıç’ bölümünde ise, güçler ayrılığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı yetkileri kullanacak organlar Anayasa’nın 7., 8. ve 9. maddesinde gösterilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa’nın 7. Maddesinde, yasama yetkisinin T.B.M.M’nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Bu kural karşısında Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. **Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir.** Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte bir kural koyma yetkisi verilemez.” (Vurgu tarafımıza aittir.)

kuralları yasama organınca belirlendikten sonra verilebilir⁵⁸. Bu görüşten çıkan sonuç olarak, idarenin düzenleme yapabilmesi için, kanunun, idareye bırakılan düzenleme alanının temel ilkelerini koyması, başka bir ifadeyle, çerçevesini çizmesi gerekmektedir⁵⁹. Anayasa uyarınca, yasama organı ilkel ve asli düzenleme yetkisine sahip olmasına rağmen, yasama organı bu yetkisini devretme yetkisine ya da bu yetkinin devri sonucu doğuracak yasa yapma yetkisine sahip değildir.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, yasama organının düzenleme yetkisini açıklarken güzel bir benzetme yapma yoluna giderek şu yönde hüküm tesis etmiştir: *"...Kuşkusuz ki Yasama Organının geniş bir düzenleme alanı vardır. Ancak bu alan ne kadar geniş olursa olsun Anayasa'ya dayanmak zorundadır. Çünkü bir 'Hukuk Devleti'ndeki düzenlemeler muhteşem bir ağaca benzer. Anayasa bu ağacın kökünü (temelini), kanunlar gövdesini, tüzük ve yönetmelikler kollarını, tebliğ ve genelgeler dallarını, çeşitli açıklamalar ise yapraklarını oluşturur. Bir ağacın kaynağını kökünden almayan bir 'uzvunun' hayatta kalması mümkün olmadığı gibi, bir 'Hukuk Devleti'nde kaynağını Anayasa'dan almayan bir düzenlemenin hukuk aleminde varlığını sürdürmesi düşünülemez⁶⁰."*

Genel kabul gören görüş uyarınca, idareye sınırları belirsiz bir takdir yetkisi tanınması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır. Mahkeme bu teze ilişkin verdiği bir kararında şu hükme varmıştır: *"İlkel bir yetki olan yasama yetkisine sahip yasa koyucu, belli konuda gerekli kuralları eksiksiz olarak koyacak, eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları iyice gösterilmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içindeki takdir yetkisine dayanarak, yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyup yasanın uygulanmasını sağlayacaktır. (...) Devlet içinde yürütmenin görevleri ise, ancak yasa kurallarını uygulamaktır⁶¹."*

⁵⁸ AYM., T.29.11.2006, E.2004/102, K.2005/96, R.G.07.09.2006, S.26282; AYM., T.23.02.2006, E.2005/42, K.2006/27, R.G.23.03.2007, S.26471.

⁵⁹ AYM., T.01.06.2005, E.2004/60, K.2005/33, R.G.23.03.2006, S.26117: *"...657 sayılı Yasa'nın 29. maddesinde belirlenen sınırlar içinde hangi nitelik ve nicelikteki hediyein insani ilişkilerin kabul edilebilir ölçüsünü aştığını günün koşullarına göre belirleme yetki ve görevinin Kurul'a verilmesi, kamu görevlisine getirilmiş yeni bir yükümlülük olmadığı gibi yasama yetkisinin devri anlamına gelmez."*

⁶⁰ AYM., T.11.06.2003, E.2001/346, K.2003/63, R.G.08.11.2003, S.25283 (Altı tarafımızdan çizilmiştir.)

⁶¹ AYM., T.23,24,25.10.1969, E.1967/41, K.1969/57, R.G.12.03.1971, S.13776.

Anayasa Mahkemesi'nin idareye düzenleme yetkisi verilmesi konusunda getirdiği bir başka önemli ölçüt de, yasa koyucunun genel kuralları koyup idareye takdir yetkisine göre düzenleyebileceği alan bırakırken⁶², idarenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallar koymasındır⁶³. Hukuk Devleti'nde, yargı denetiminin sağlanabilmesi için idarenin görev ve yetkilerine ilişkin sınırın yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur⁶⁴.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin yanı sıra Danıştay'ın da konuya yaklaşımını irdelemekte fayda vardır. Danıştay'a göre, "Yönetmelikler, yasa tekniğine uygun olmaması ve güçlükler bulunması nedeniyle yasal düzenlemelerde yer almayan ancak idarenin işleyişi ve kamu yararı için önceden belirlenmesi zorunlu bulunan teknik konu ve ayrıntıları, yasal çerçevede içerisinde kalmak koşuluyla düzenleyebilir. Kamu idaresi tarafından görev alanına giren konularda yönetmelikler yapılırken yasanın bütününe bağlı kalınması zorunlu olduğu gibi, yasayı ve yasanın amacını aşar veya yasa konusuna alanlara girer nitelikte düzenleme yapma olanağı da bulunmamaktadır"⁶⁵.

SONUÇ

Konuya ilişkin tartışmaların odağı, devletin düzenleme yetkisinin kapsam ve sınırlarının net biçimde çizilmemesi ve bu durumun da hukuksal sorunların doğmasına neden olmasıdır. Bahse konu sorunların önüne geçebilmek ise, ancak, her devlet organının kendilerine pozitif hukuk tarafından çizilen çerçevenin dışına çıkmaması ile mümkün görülmektedir. Buradan yola çıkarak öncelikle söylenmelidir ki, mevcut ya da yapılacak her düzenlemenin pozitif hukuk kurallarının en üstünü niteliği taşıyan anayasaya uygun olması gerektiği, genel hukuk ilkelerindedir. Bu nedenle yapılan her düzenleme, şayet özü ya da

⁶² Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", GÜHFD, C.I, S.2, 1997, s.205-232, s.207: "İdarenin takdir yetkisi tanınması hem kaçınılmaz hem gerekli ve hem de makbul bir husustur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, idarenin takdir yetkisi, yürütme ve idare fonksiyonunun mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Bir kere, devlet hayatının pratik zorunlulukları, böyle bir sonuca varmayı gerekli kılmaktadır. Özellikle karmaşıklaşmış, uzmanlaşmış ve çok geniş alanlara yayılmış olan modern devlet hayatı içerisinde, idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yasama organı tarafından önceden düzenlenmesi gerektiğini savunmaya imkan yoktur. Buna yasama organının ne çalışma süresi, ne uzmanlığı ve ne de hayli ağır işleyen çalışma usulleri müsaittir."

⁶³ Ayanoglu, a.g.m., s.73.

⁶⁴ AYM, T.11.06.2003, E.2001/346, K.2003/63, R.G.08.11.2003, S.25283.

⁶⁵ Dan. 13. D., T.24.01.2006, E.2005/75, K.2006/474, DD., S.113, s.146;

Ayrıca Dan. 5. D., T.25.05.1988, E.1987/2545, K. 1988/1659, DD., S.72-73.

sözüyle anayasaya aykırılık taşıyorsa, o düzenlemenin geçerli olamayacağı tartışmasızdır. Ancak anayasada doğrudan doğruya bu yetkinin kullanımına ilişkin bir hüküm bulunmaması, tek başına yapılan düzenlemenin geçersiz olduğu sonucunu doğurmamalıdır. Ayrıca düzenleme yetkisi kullanılırken, yapılan düzenlemenin anayasanın yanı sıra ilgili kanuna da uygun olması, gözden uzak tutulmaması gereken bir husus olarak vurgulanmalıdır. Düzenleme yetkisi açısından öncelikle bu yönde bir hassasiyet geliştirilmelidir.

Bununla beraber düzenleme yapan organın sahip olduğu takdir yetkisi, düzenleyici işlemin yargısal denetimi açısından sorun oluşturmaktadır. Zira söz konusu takdir yetkisi, mahkemelerin iş bu düzenleyici işlemler üzerindeki incelemelerinde yerindelik denetimine kayabilme tehlikesini beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, alınacak bir önlem olarak, hem düzenleme hem de yargısal denetim yetkisinin sınırları çok iyi belirlenmeli ve düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminde çok dikkatli ve titiz davranılmalıdır.

KAYNAKLAR

- Aldıkaçtı, Orhan : Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Atay, Yeliz Şanlı : Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, 1. Basım, Ankara, TODAİE Yayınları, 2011.
- AÜHF-AÜSBF : Gerekçeli Anayasa Önerisi, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982.
- Ayanoğlu, Taner : "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği", İÜHF, C.65, S.1, 2007, s.39-83.
- Aydın, Fatih : Türk Pozitif Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisi, T.C Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000.
- Balta, Tahsin Bekir : İdare Hukukuna Giriş I, Ankara, TODAİE Yayınları, 1968.
- Berkes, Niyazi : Türkiye'de Çağdaşlaşma, İstanbul, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul Matbaası, t.y.
- Duran, Lütfi : "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", İHİD, Y.4, S.1-3, 1983, s.33-42.
- Duran, Lütfi : "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", İÜHF, C.XXX, Y.1964, S.1-2, s.466-492.
- Duran, Lütfi : İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Erdil, Kürşat : Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğiliminin 1982 Anayasası'ndaki Normatif Düzenlemeye Yansımaları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 1997.
- Gözler, Kemal : İdare Hukuku, C.I, Bursa, Ekin Kitabevi, Nisan 2003.
- Gözübüyük, Şeref : Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 22. Bası, Ankara, Turhan Kita-

- bevi, Eylül 2005.
- Günday, Metin : İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.
- Güneş, Turan : Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1965.
- Kalabalık, Halil : "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", GÜHFD, C.I, S.2, 1997, s.205-232.
- Kalabalık, Halil : "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", GÜHFD, C.I, S.1, 1997, s.172-211.
- Kent, Bülent : "Türk ve Alman Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXIX, S.1-2, 2011, s.485-504.
- Kuzu, Burhan : Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.
- Kuzu, Burhan : Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1985.
- Okandan, Recai G. : Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957.
- Onar, Sıddık S. : İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, 3. Bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.
- Özay, İl Han : Günışığında Yönetim, İstanbul, Filiz Kitabevi, Ekim 2004.
- Özbudun, Ergun : Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Öztürk, Kazım : Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa, 2. Bası, İstanbul, Bilgi Yayınevi, 1975.
- Öztürk, K. Burak : Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009. (İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı)
- Sarıca, Ragıp : Türkiye'de İcra Uzununun Tanzim Salahiyeti, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1943.
- Satı, Sevilay : "İdarenin Düzenleyici İşlemleri", (Çevrimiçi) <http://www.turkhukuksite.com>, 16.03.2012.
- Soysal, Mümtaz : Anayasaya Giriş, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.
- Tan, Turgut : "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)", Anayasa Yargısı, C.I, 1984, s.31-47.
- Tan, Turgut : "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", Anayasa Yargısı, C.III, 1986, s.203-216.
- Tanör, B./ Yüzbaşıoğlu, N. : 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi, Ekim 2005.
- Teziç, Erdoğan : Anayasa Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, Ekim 2006.
- Yılmaz, Veli : İdarenin Düzenleyici İşlemleri ve İptalinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.
- Zanobini, Guido : İdare Hukuku -Umumiyet İtibari ile İdari Nizam-, Çev. Atıf Akgüç, Sahir Erman, C.I, İstanbul, M. Sadık Kağıtçı Matbaası, 1945.

SEÇİM SİSTEMİMİZ, SEÇİM ŞAİBELERİ VE ÖNERİLER

TURKISH ELECTORAL SYSTEM, GERRYMANDERING AND PRECAUTIONS

Ömer Lütfi TAŞCIOĞLU*

Özet: 2003 ve 2008 yıllarında yapılan kanun değişiklikleri ile seçimlerde yazılım alt yapısı olarak SEÇSİS sistemi uygulamaya konulmuş ve seçmen kayıtlarının tutulmasında İçişleri Bakanlığınca yürütülen MERNİS, seçim sonuçlarının aktarılmasında ise Adalet Bakanlığı'nca yürütülen UYAP projesi kullanılmaya başlanmış, böylece anayasaya göre YSK tarafından yürütülmesi gereken seçim sistemi idareye devredilmiştir.

Bu çalışmada seçim sistemleri hakkındaki genel değerlendirmeyi müteakip, MERNİS, UYAP ve SEÇSİS projeleriyle seçimlerin yürütülmesinde ortaya çıkan aksaklıklar ve bunların sonucu olarak referandum ve seçimler yoluyla halkın gerçek iradesinin sandığa tam olarak yansımamasının sonuçları mukayeseli olarak incelenmiş ve sonuç bölümünde bu tür aksaklıkların ortadan kaldırılması için alınabilecek tedbirler ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Seçim, Seçmen, YSK, SEÇSİS, Seçim Hileleri

Abstract: SECSIS system is being used as the software infrastructure in elections, MERNIS system which is conducted by the Ministry of Interior is started to be used for the registration of voters, and UYAP system which is conducted by the Ministry of Justice is started to be used for the evaluation of elections; after the changes in legislative acts of 2003 and 2008. Thus, the right of election which should be conducted by YSK according to the constitution was handed over to the government.

In this study, the general elections have been evaluated. It has been demonstrated that the will of voters has not been reflected to the results of the referendum and elections because of the short comings of MERNIS, UYAP and SECSIS systems. In the conclusion section the measures that can be taken to eliminate such shortcomings were submitted.

Keywords: Election, Voters, Supreme Board of Election (YSK)

* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Bölümü Doktora Öğrencisi ve Temiz Seçim Platformu Kurucu Üyesi

GİRİŞ

Seçim konusunda Türk ve yabancı birçok bilim adamının çalışmaları mevcuttur. Ancak bunlar daha ziyade seçim usulleri, seçimlerde kullanılan farklı yöntemlerin halk iradesini yansıtırma oranları, temsilde adaleti sağlamak için alınabilecek yöntemler gibi konuları içermektedir. Oysa Türkiye'deki sorun seçim sistemlerinden ziyade devletin resmi kurumlarının açıkladığı nüfus ve seçmen verilerine ait bilgiler arasındaki büyük farklılıklar, seçmen kayıtlarının tutulmasında ve seçimlerin uygulanmasında karşılaşılan sorunlar ve seçim hileleri ile ilgilidir ki bu alandaki bilgilerin çoğu seçmen verilerine ve seçimlerde bizzat tanık olunan olaylara dayanmaktadır. Bu nedenle geçmişten günümüze kadar kullanılan seçim sistemleri ile ilgili bilgiler özet olarak ele alınmış, konunun asıl can alıcı noktası olan ve günümüzde meclisin yapısını dolayısıyla ülkemizin kaderini etkileyen seçmen verileri ve seçim hileleri ile ilgili bilgilere ise daha geniş şekilde yer verilmiştir.

SEÇİM SİSTEMLERİNİN ÖNEMİ VE SEÇİM UYGULAMALARI

Seçim sistemi seçimlerden sonra seçime katılan parti ve bireylerin seçim sonuçlarının semeresini almasını, başka bir deyişle alınan oyların Parlamentoda sandalyeye dönüşmesini sağlayan en önemli yöntemdir.¹ Seçim sisteminin belirlenmesi, aynı zamanda anayasa ya da kanun koyucunun önündeki en önemli siyasal tercihlerden birini de oluşturmaktadır. Çünkü seçim sistemi, başta siyasal partilerin sayısı olmak üzere, siyasal sistemin birçok unsurunu derinden etkilemektedir.² Seçim sisteminin hem oy verenlerin tercihlerini yansıtan, hem de istikrarlı bir hükümet oluşturan bir meclisin oluşumunu sağlayabilmesi yıllar geçtikçe daha da önem kazanmaktadır.³ Bu açıdan bakıldığında seçimlerin ülkelerin kaderini doğrudan etkilediğini söyleyebiliriz.

Türkiye'de kullanılan seçim sistemleri çoğunlukla seçim konusundaki deneyimleri daha fazla olan ülkelerin sistemlerinden alınmış

¹ Charles King, "Electoral Systems", GeorgeTown University, 2000

² Ergun Özbudun, "Seçim Sistemleri ve Türkiye", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, Cilt 44, Sayı 1-4

³ Türkmen Göksel, Yetkin Çınar, "Mevcut Seçim Sisteminin İyileştirilmesine Yönelik Sayısal Analizler ve Politika Önerileri", TEPAV Yayınları No: 58, Eylül 2011

ve zaman zaman bu sistemler kendi bünyemize uyarlanarak kullanılmıştır. Osmanlı Devleti'nde II. Meşrutiyet ile başlayan seçim sürecine ilişkin ilk kanun 2 Ağustos 1908 tarihli Milletvekili Seçimi Geçici Kanunu'dur. Cumhuriyet'in kuruluşunu takiben milletvekili seçimi esasları 1924 Anayasası ile belirlenmiş, daha sonra 14 Aralık 1942 tarih ve 4320 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu çıkarılmış ve çok partili sisteme geçişe paralel olarak 5 Haziran 1946 tarih ve 4918 sayılı seçim kanunu, müteakiben, 16 Şubat 1950 tarih ve 5545 sayılı seçim kanunu ve 26 Nisan 1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun çıkarılmıştır.

Türkiye'de 1950-1960 dönemi arasında gerçekleştirilen üç seçimde de liste usulü çoğunluk sistemi uygulanmıştır. Bu sistemde, bir seçim çevresinde birden çok milletvekili seçilmekte ve siyasi partiler, seçilecek milletvekili kadar aday belirleyerek listelerini oluşturmaktadırlar. Çoğunluk kuralı uygulandığından bir çevrede en çok oy alan parti, o seçim çevresindeki temsilciliklerin tümünü kazanmaktadır. Bu sistem, temsilde adaleti sağlamadığı gerekçesiyle artan tepkiler üzerine kaldırılmıştır.⁴

1950 seçimlerinde Demokrat Parti oyların yüzde 53,4' ü ile TBMM üyeliklerinin yüzde 83,6'sını kazandığı halde, Cumhuriyet Halk Partisi oyların yüzde 39,8'i ile milletvekilliklerinin ancak yüzde 14,4' ünü elde edebilmiştir. 1954 ve 1957 seçimleri de benzer sonuçlar vermiştir. Bu aşırı orantısızlık 1950'li yıllarda demokrasinin kesintiye uğramasında önemli bir etken olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, 1961 Anayasasını ve seçim kanunlarını hazırlayan Kurucu Meclis, Millet Meclisi seçimleri için seçim çevresi barajı d'Hondt sistemini,⁵ Cumhuriyet Senatosu seçimleri için de çok isimli basit çoğunluk sistemini kabul etmiştir. 1964 yılında yapılan değişikliklerle, her iki Meclis seçimlerinde de d'Hondt usulünün uygulanması kararlaştırılmıştır. 1965 yılında seçim kanunu bir kere daha değiştirilerek, her iki Meclis için milli bakiye (ulusal artık) sistemi kabul edilmiştir.⁶ Bu kapsamda kontenjan uygulamaları yapılmış, ülke seçim bölgelerine bölünmüş, bölge ve / veya

⁴ Göksel, Çınar; "agm", 2011

⁵ 1882'de Victor d'Hondt tarafından ortaya atılan "En büyük ortalama" yöntemi olarak da adlandırılan sistemdir

⁶ Ergun Özbudun, "Seçim Sistemleri ve Türkiye", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, Cilt 44, Sayı 1-4

ülke geneli bazında baraj düzenlemeleri getirilmiştir. Bazı seçimlerde ise bunların tümü bir arada uygulanmıştır.⁷

1961-1980 döneminde Nispi Temsil Sistemi'nin uygulamasıyla birlikte, parlamentoda temsil edilen partilerin sayısında bir artış meydana gelmiştir. Millet Meclisinde, 1961 seçimlerinde 4, 1965 seçimlerinde 6, 1969 seçimlerinde 8, 1973 seçimlerinde 7, 1977 seçimlerinde 6 parti temsil edilmiştir. %10 barajının uygulandığı mevcut seçim sisteminin ise küçük partilerin parlamentoda temsilini engellediği açıktır. Nitekim 1983 ve 1987 seçimlerinde ancak üçer parti parlamentoya girebilmiştir. Buna karşılık 1991 seçimlerinde beş partinin parlamentoda temsil sağladığı görülmektedir.⁸ 1987 ve 1991 seçimlerinde hem ülke ve bölge (seçim çevresi) barajı, hem de kontenjan uygulaması kullanılmıştır. 1995 ve 1999'dan sonra da uygulamaya devam edilen %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi özellikle 2002 seçiminde ciddi dengesizlikler yaratmış, iki parti dışındaki partilerin ve % 45 civarında oyun temsil edilememesine yol açmıştır.⁹

Seçim sistemleri tercihinde dikkate alınması gereken en önemli husus halkın tüm kesimlerinin temsil edildiği dolayısıyla sesini duyurabildiği bir Parlamento yapısının oluşmasına imkân sağlanmasıdır.

Bu yapılmadığı takdirde tek başına iktidara gelen bir parti diğer partilerin görüşlerini alma ihtiyacı bile duymayan bir eğilim içine girebilir ki bu tür bir yönetimi bir tür diktatörlük olarak adlandırmak da mümkündür.¹⁰

2002 MİLLETVEKİLİ GENEL SEÇİMLERİ

Türkiye üzerinde hedefi olan ülkelerin özellikle Atatürk'ün ölümünden sonraki süreçte kendi çıkarlarına hizmet edebilecek liderleri Türkiye'de iktidara getirmek için çaba harcadıkları gerçeği o dönemde algılanamamışsa da günümüzde artık halkın bir kısmı tarafından bilinmektedir.

⁷ Göksel, Çınar; "agm", 2011

⁸ Özbudun; "agm", 1995, Cilt 44, Sayı 1-4

⁹ Göksel, Çınar; "agm", 2011

¹⁰ Pippa Norris, Harvard University, "Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems", For Contrasting Political Institutions special issue of the *International Political Science Review* Vol 18(3), edited by Jean Lapointe and Bernard Saint-Jacques, July 1997

2002 yılı milletvekili genel seçimlerinde kesinleşmiş hapis cezası olduğu için AKP Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan Anayasa'nın 76. maddesine göre milletvekili adayı olamamış, Erdoğan'ın önünün açılması için CHP Genel Başkanı Deniz Baykal'ın da oluru alınarak ilgili Anayasa maddesinin değiştirilmesi sonucu, Erdoğan "yasaklı" olmaktan kurtarılmıştır. Daha sonra Yüksek Seçim Kurulu (YSK), bir köydeki birkaç yüz oyun kaybı nedeni ile Siirt seçimlerini iptal etmiş ve Siirt milletvekili olanların milletvekillikleri düşmüştür. Siirt'ten birinci sırada seçilmiş olan milletvekilinin yeniden yapılacak seçimlere girmeyeceğini YSK'ya bildirmesini müteakip kanuna göre, 2002 seçimlerinde AKP'nin ikinci sıradaki adayının birinci sıraya yükseltilmesi gerekirken ve dışarıdan yeni bir aday atanması da mümkün değilken, Erdoğan Siirt'ten aday yapılmış ve kanuna aykırı olan bu işlem YSK tarafından onaylanarak Erdoğan TBMM'ne milletvekili olarak sokulmuştur.¹¹

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi'nce kapatılan HADEP'in yerine kurulan DEHAP'ın yöneticileri seçim evrakında sahtecilik suçundan hüküm giydiğinden DEHAP'ın aldığı oyların geçersiz kalması ve seçimlerin yenilenmesi gerekirken, baraj altında kalan diğer partilerin bu konudaki müracaatları YSK tarafından reddedilmiş ve böylece DEHAP'a ve 2002 seçimlerine YSK eliyle meşruiyet kazandırılmıştır.¹²

Cumhuriyet tarihinin en adaletsiz seçimi 2002'dir. Seçimde % 1'in üzerinde oy almış olmasına karşın 9 parti mecliste temsil edilememiştir. Bu anlamda baraj uygulaması en fazla % 9,54 oy almış olan DYP'yi etkilemiştir. Temsil edilemeyen partinin ve oy oranının en fazla olduğu 2002 seçimlerinde % 1'lik oy 327.530 seçmene (41.407.027 kayıtlı seçmen x % 79,1 katılım oranı x % 1) karşılık gelmektedir. Meclise giremeyen DYP'ye verilen yaklaşık 3 milyon 125 bin oy söz konusu partide temsil edilmezken, toplam 14.846.935 (% 45,33) oy parlamento dışında kalmıştır. Bu seçimlerden sonra birçok siyasi parti adeta siyasetten silinmiş¹³ ve meclise sadece AKP ve CHP girebilmiştir. 2002 seçimlerinin Türk siyasi hayatına nasıl yansıdığına biraz dikkat edildiğinde çok partili sisteme geçtiğimiz 1946 yılından beri her seçimde ya iktidar, ya

¹¹ Ufuk Kesici, "YSK'ye 2002 Seçimleri Hatırlatması", Milliyet, 11 Ekim 2011

¹² "Meclis dışı kalanların son umudu DEHAP oldu", <http://dosyalar.hurriyet.com.tr/almanak2003/> Aralık 2003

¹³ Göksel, Çınar, "agm", 2011

da muhalefet olarak TBMM’de temsil edilen merkez sağın birden bire TBMM dışında kalarak yerine AKP’nin konumlandığı görülmektedir. Bu durum, makalenin devamında ele alınan seçim hileleri ve özellikle elektronik seçim hileleri ile birleştirildiğinde Türkiye’de iktidara istenen partinin taşınabilmesi için Merkez sağın planlı bir şekilde meclis dışında bırakıldığı konusundaki şüphelere ağırlık kazandırmaktadır.

YÜKSEK SEÇİM KURULU (YSK) VE SEÇİMLERDEKİ ROLÜ

YSK ilk kez 1961 Anayasası ile teşkil edilmiştir. 1982 Anayasası’nda da muhafaza edilen YSK, “Cumhuriyetin Temel Organları” bölümünde ve “Seçimlerin Genel Yönetimi ve Denetimi” başlığı altında yer almıştır.

1982 Anayasası’nın 79. Maddesinde; “Seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır. Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve TBMM üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi YSK’ nındır. YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. YSK ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir. YSK, yedi asil ve dört yedek üyeden kuruludur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay genel kurullarınca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyu ile seçilir. Bu üyeler salt çoğunluk ve gizli oyla aralarından bir Başkan ve bir Başkanvekili seçerler” hükmü yer almıştır.

MERNİS, UYAP VE SEÇSİS

Kısa adı **MERNİS** olan “Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi” kapsamında Türkiye Cumhuriyeti’nin tüm vatandaşlarına sayısal kimlik numarası verilerek nüfus kayıtları veri tabanı oluşturulmuştur. Ancak MERNİS projesi İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’ne (NVİGM) bağlı bir sistemdir. Yani idareye bağlı bir birim tarafından yürütülmektedir. Projenin başlatıldığı 1960’lı yıllardan bu yana sistem veri tabanına girilen ölü ve sağ kişi sayısı 120 milyonu geçmiş durumdadır. Buna göre Türkiye’nin nüfusu 75 milyon, kayıtlı

kişi sayısı ise 120 milyondur.¹⁴ MERNİS sisteminde adres göstermek kaydıyla inşaat halindeki evlere bile seçmen kaydı yapmak mümkündür. Nitekim farklı illerde yaşayan bazı vatandaşlar, kendileri ve aile fertleri ile hiçbir ilgisi bulunmayan ve hiç tanımadıkları kişilerin kendi evleri adres gösterilmek suretiyle seçmen kaydedildiklerini bildirerek İlçe Seçim Kurulu vasıtasıyla YSK' ya başvuruda bulunmuştur.

MERSİN'in Erdemli İlçesi'ne bağlı Ayaş Beldesi'nde, Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi verilerine göre nüfusun 4224, seçmen sayısı ise 2693 olarak gözükmekte olduğunu tespit eden Ayaş Beldesi Merkez Mahallesi'nde oturan 100 kişi, muhtarlıklarda asılan listelerde hayali isimler olduğu ve kendi evlerinde tanımadığı kişilerin oturduğunun gözüktüğü iddiasıyla İlçe Seçim Kurulu'na itirazda bulunmuştur. 22 Temmuz seçimlerinde mahallesinde 145 seçmenin bulunduğu hatırlatan Çanakçı Mahalle Muhtarı Hasan Okur, "mahallede askıya çıkan listede 210 seçmen gösterildiğini, listeyi tek tek inceleyerek 55 yabancı isim saptadığını ve bu isimleri tanıyan da bilen de çıkmadığını, bu nedenle Erdemli İlçe Seçim Kurulu'na itiraz ettiğini ve diğer mahallelerde de hayali seçmenlerin bulunduğunu iddia etmiştir.¹⁵

Ayaş Beldesi'nin Merdivenlikuyu Mahallesi'nde oturan Ahmet Dölek ise seçmen listesini incelediğinde kendi evinde tanımadığı 8 kişinin daha oturduğunun görüldüğünü belirterek bu seçmenlerle ilgili itirazda bulunduğunu bildirmiş, Yemişkumu Mahallesi'nde oturan Kemal Kabar ise, "Listeleri incelediğimde kendi ev adresinde oturan 2 kişi daha saptadığını, bu kişileri tanımadığını, beldeye yabancı kişilerin kayıtlarının yapılmaması ve yapılanların ise yetkililer tarafından silinmesini istediğini belirtmiştir.¹⁶

İstanbul Beylikdüzü'nde ise CHP İlçe Başkanı Güzel Yücel Aslıoğlu, CHP adayı Vecdet Öz'ün az bir farkla seçimi kaybetmesinin ve AKP adayı Yusuf Uzun'un 942 oy farkla belediye başkanlığını kazanmasının ardından kendisine ulaşan ihbarlar üzerine Büyükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığı'na seçimlere hile karıştırıldığı iddiasıyla

¹⁴ A.Erdem Akyüz, Hukukun Egemenliği Derneği Genel Başkanı, "SECSİS, MERNİS, UYAP VE SEÇİM", İlk Kurşun, 10 Mayıs 2011

¹⁵ Mehmet Doğaner, " Beldede Hayali Seçmen İddiası", (DHA), Milliyet, 4 Aralık 2008

¹⁶ Doğaner, " agm", 4 Aralık 2008

suç duyurusunda bulunmuştur. Aslıoğlu, şikayet dilekçesinde, “Otel konaklama listesinden de anlaşılacağı gibi 390 kişi ilçe dışından bölgemize dönemin belediye başkanı eski AKP’li, bağımsız aday Vehbi Orakçı tarafından getirilmiş, seçim sabahı 07.30’da otelden çıkış yapan bu kişiler görevli oldukları sandıklara dağıtılmıştır. Kayıtlı olmadıkları için Beylikdüzü’nde oy kullanamayacak olan bu kişiler eski başkanın yandaşı olması dolayısıyla sandık kurullarında görevli gösterilmiş ve oy kullanmaları sağlanmıştır” iddiasında bulunmuş, ayrıca “Büyükkçekmece İlçe Seçim Kurulu Başkanı İbrahim Doğan’ın da maddi menfaat beklentisinde olduğunu, şikayetlerini dikkate almadığını, oylarının kasıtlı olarak geçersiz sayıldığını, sahte oy pusulalarının ele geçirildiğini” öne sürmüştür. 15 ay süren soruşturmanın ardından 23 Haziran’da iddianameyi tamamlayan savcılık; seçimlerde bazı usulsüzlükler yapıldığını belirterek, İlçe Seçim Kurulu Başkanı İbrahim Doğan hakkında “görevi kötüye kullanmak” suçundan dava açmış, Polis tarafından kaybolduğu ve imha edildiği iddia edilen oy pusulalarıyla ilgili olarak da 29.03.2009 tarihinde tutanak tutulduğuna yer verilen iddianamede, “Sandık kurullarında belirtilen kişilerden sadece 3 tanesinin Beylikdüzü ilçesi seçim listesinde kayıtlı olduğu tespit olunmuştur” ifadesi yer almış ve 387 sandık bulunan Beylikdüzü’nde sadece sandık görevlisi olarak 384 kişinin başka yerden gelerek oy kullandığı tespit edilmiştir.¹⁷

Basına yansıyan bu örneklerin benzerlerinin Türkiye’nin başka yerlerinde de meydana geldiğini ve aynı adrese birden fazla aile yazıldığını da düşündüğümüzde iktidarın elindeki MERNİS’in seçim hileleri için önemli bir araç olarak kullanılabileceği ortaya çıkmaktadır.

Kısa adı **UYAP** olan “Ulusal Yargı Ağı Projesi”, sistemin bir diğer ayağını teşkil etmektedir. Esasen yargı faaliyetlerinin tek bir merkezde toplanarak kontrol edilmesi amacıyla hazırlanan UYAP sisteminin seçim sonuçlarının işlenmesinde kullanılmaya başlanmasıyla YSK’ya ait olan bu görev ve yetki de Anayasa’ya aykırı olarak idareye devredilmiş olmakta, başka bir deyişle seçim sonuçları ile ilgili tüm bilgilere Adalet Bakanlığı’nca dolayısıyla hükümet tarafından erişilebilmekte ve müdahale edilebilmektedir.

¹⁷ Gürkan Akgüneş, Musa Kesler, “Seçime Hile Karıştı”, Milliyet, 14 Temmuz 2010

AKP iktidara geldikten sonra 25 Nisan 2003 tarihinde “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısını TBMM’ne göndermiş¹⁸ ve tasarı kabul edilerek **SEÇSİS** (Bilgisayar Destekli Merkezi Seçmen Kütüğü Sistemi) uygulamaya konulmuştur.

Yazılım alt yapısı olarak **SEÇSİS**’e geçişe paralel olarak seçmen kayıtlarının tutulmasında İçişleri Bakanlığı kontrolündeki **MERNİS**, seçim sonuçlarının aktarılmasında ise Adalet Bakanlığı kontrolündeki **UYAP** projesi kullanılmaya başlanmış, böylece anayasanın 79. Maddesinde belirtilen; “*Seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır*” hükmüne göre yargı (YSK) tarafından yürütülmesi gereken seçimler, YSK’ nın kendi rızasıyla, ya da göz yummasıyla YSK’ dan alınarak dolaylı olarak hükümetin eline teslim edilmiştir. YSK’ nın teşkil edildiği 1961 yılından itibaren yapılan tüm mahalli ve genel seçimler YSK yetki ve sorumluluğunda icra edildiği halde YSK’ nın seçmen kayıtlarının tutulması, seçimlerin icrası ve seçim sonuçlarının işlenmesi ve değerlendirilmesi yetkisinin YSK’ dan alınarak dolaylı yoldan hükümete (idareye) devredilmesi Türk siyasi tarihinde bir ilktir ve kuvvetler ayrılığı ilkesine tamamen aykırıdır. Bu suretle hükümet yürütmenin yanı sıra yargının iktidarları belirleyen seçimleri kontrol etme yetkisine de sahip olan en önemli bölümünü de ele geçirmiş olmaktadır. 12 Eylül referandumuyla yüksek yargı organlarının yapısını değiştirerek yeni ihdas edilen kadrolara atanacakları belirleme imkânını da elde ettiği dikkate alındığında bu son uygulama ile yüksek yargı organlarının neredeyse tamamının hükümetin denetimine girdiğini söylemek abartılı bir değerlendirme olmayacaktır.

SEÇSİS İLE İLGİLİ ÇALIŞMALAR

SEÇSİS sistemiyle ilgili çalışmalara 1986 yılında Hacettepe Üniversitesinde başlanmış, 1987 yılında Sistem Çözümleme ve Tasarım Raporu hazırlanmış ve Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğüne 45 uçlu veri giriş sistemi alınmıştır. 1988 yılında ilk pilot uygulama olarak Ankara’ nın Çankaya, Bala, Şereflikoçhisar ilçelerinde seçmen yazımı

¹⁸ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Md.lüğünün 25 Nisan 2003 tarih ve Sayı: B.02.0.KKG.010/101-626/1794 sayılı yazısı

yapılmıştır. 1989 yılında, aynı Üniversite tarafından hazırlanan SEÇSİS Projesi Olurluluk Raporu Yüksek Seçim Kurulu'nca kabul edilmiş ve 2004 yılına değin kullanılan "çevrim-dışı" (off-line) SEÇSİS Sisteminin geliştirilmesi kabul edilmiştir. Bu sistemde, ilçelerden posta yoluyla gelen seçmen yeni kayıt, değişiklik-düzeltilme gibi formlardaki bilgilerin Merkezi Seçmen Kütüğüne işlenmesi, bu kütükten yararlanılarak, Merkezde (Ankara'da) seçimlerde kullanılmak üzere, sandık seçmen listeleri, seçmen bilgi kâğıtları ve diğer listelerin dökülmesi ve nakil araçlarıyla ilçelere ulaştırılması öngörülmüştür.

1990 yılında 7, 1991'de 4 il seçmen bilgileri Merkezi Seçmen Kütüğüne katılmıştır. 1992 yılında 110 uçlu UNISYS A16 bilgisayar sistemi satın alınmış ve geliştirilen "Çevrimdışı SEÇSİS Uygulama Yazılımı" kullanılmaya başlanmıştır. 1996 yılında 5, 1997'de 3, 1999'da 2, 2000'de 8, 2002'de 2, 2003'de 1 ve 2004'de de 2 ilde seçmen bilgilerinin Merkezi Seçmen Kütüğüne girişine devam edilmiş ve toplam 35 (otuz beş) ilimize bağlı 421 İlçedeki yaklaşık 26 milyon seçmene ilişkin bilgilere göre Ankara'da hazırlanan listeler kamyonlarla ilçelere gönderilerek 28.03.2004 tarihinde yapılan Mahalli İdareler Seçimi'nde kullanılmıştır.

2004 yılı Mahalli İdareler Seçiminden itibaren tüm seçimlerde ve referandumlarda kullanılan **SEÇSİS**'de 81 İl, 957 İlçe ve **MERNİS**'e göre belirlenen seçmenlerle ilgili tüm bilgiler, yapılan seçimler, kullanılan oylar ve seçim sonuçları tek bir merkezde toplanarak düzenlenip kontrol edilmektedir. SEÇSİS kapsamında ilçe seçim kurullarının yazılım programı ile Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğü'nün tüm ilçelerle bağlantı kurabilmesi için Sun Fire E 6800 sistemini içeren bilgisayar sistemi satın alınmıştır.¹⁹

SEÇSİS kapsamında Türkiye'de merkezi seçmen kütüğünü kuran "Sun Microsystems" projesi; "The Network is The Computer (iletişim ağı bilgisayardır)" vizyonu ile "herkesin ve her cihazın ağa bağlandığı bir dünyayı" yani "kontrol kulesindeki tek bir el tarafından yönetilebilen dünyayı" öngörmektedir.²⁰ Sun Microsystems; finans, üretim, medya, savunma sanayii, kamu kesimi gibi alanlarda 100'ün üzerin-

¹⁹ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 25 Nisan 2003 tarih ve Sayı: B.02.0.KKG.010/101-626/1794 sayılı yazısına ek Genel Gerekeççe 4. Paragraf

²⁰ Akyüz, "SECSİS, MERNİS, UYAP ve Seçim" ..agm, 2011

de ülkede faaliyet göstererek, bu ülkeleri ve dünyayı kontrolü altına almakta ve bu sistemler aracılığı ile “Büyük Ağabey” sistem kurduğu ülkelerin vatandaşlarını gözetlemekte, izlemekte, kontrol etmekte, yönlendirmekte ve denetlemektedir. Gizli servislerin en gizli sistemlerine, en korunaklı bankaların yazılım altyapılarına girip, bilgi ve para aktarımı yapılabildiğine göre, sisteme egemen olan “gizli bir el tarafından” böyle bir şeyin “kullanılan oyların gideceği adres için” yapılabirliği de göz ardı edilmemelidir. Elektronik aletleri getirip bu sistemi kuranlar, alt yapısını, veri tabanını oluşturanlar ve danışmanlık yapıp düzenleyenler yabancılar olduğuna göre, sisteme hükmetme, verilere sahip olma ve “efendilerinin” istekleri dahilinde sisteme dışarıdan girerek verileri değiştirme olanağına da sahiptir. Sanal iletişimin geçerli olduğu çağımızda, bilgilere ulaşmak için, pencereyi kırarak binalara girmek gerekmemekte, şifreleri kırmak yeterli olmaktadır.²¹ Sistemin şifresi elinde bulunan biri tarafından, herhangi bir ülkeden elektronik oy sayımına dışarıdan müdahale edilebilmekte ve istenilen partiye istenilen miktarda oy çıkartılabilmektedir.²²

SEÇSİS’ İN SEÇİMLERDE KULLANILMASI

Türkiye’de ilk kez AKP’nin oyunun yüzde 34’den yüzde 47’ye fırladığı 22 Temmuz 2007 seçimleri, tamamen bilgisayar destekli yapılmıştır. SEÇSİS sisteminde YSK yabancı bir şirketin (Ofer’lerin) sahibi olduğu Telekom alt yapısını kullanmaktadır. YSK merkezinde mevcut kurulu ana bilgisayar, Sun Fire E 6800’dür).²³ Ayrıca Adalet Bakanlığı’nın UYAP sistemi ile YSK’ nın SEÇSİS sistemi arasında 10 Mbs. hızında “Metro Ethernet” hattı bulunmaktadır. Her terminalde yapılan işlem ve kayıt, SEÇSİS Java tabanlı yazılım tarafından işlenerek sonuçlar ana bilgisayarda toplanmakta ve istenen bilgiler toplu olarak elde edilmektedir. Sandık kurullarında oyların sayılıp sonuçların elle yazıldığı tutanaklar, ilçe seçim kurulundaki bilgisayarda yüklü olan SEÇSİS yazılımı üzerindeki tutanağa geçirilmekte, daha sonra ilçe seçim kurulları tutanak toplamlarını il seçim kurullarına, bu kurullar da SEÇSİS üzerinden YSK’ ya bildirmektedir. Telekom alt yapısı kullanı-

²¹ Akyüz, “agm”, 2011

²² Cihan Dura, www.cihandura.com, 21.02.2011

²³ Dura, “agm”, 2011

arak oluşturulmuş olan bu dışa kapalı ağ ortamı (intranet) dış müdahalelere karşı sadece firewall (güvenlik duvarı) ve VPN' nin sağladığı MD5 güvenlik seviyesi ile korunmaya çalışılmaktadır ve merkezi sistem ile terminaller arasında her hangi bir özel şifreleme mevcut değildir. SEÇSİS projesinde kullanılan veritabanı (bilgilerin toplandığı yer) yazılımı Java teknolojisi destekli Oracle' dir ve bu yazılımın önemli güvenlik açıkları mevcuttur. Bu nedenle firma sürekli olarak güncellemeler/güvenlik yamaları yayınlamaktadır.²⁴ YSK, seçimlerde kullanılan "Bilgisayar Destekli Merkezi Seçmen Kütüğü Sistemi" için, yetkili tek kurum olan İstanbul Teknik Üniversitesi Ulusal Yazılım Sertifikasyon Merkezi'nden sertifika da almamıştır.²⁵ Yani sistemin güvenlik sertifikası yoktur.

Ülkemizde yapılan seçimlerde il ve ilçe seçim kurullarında kullanılan Windows işletim sistemlerinin Microsoft mamulü en büyük "bilgi çalar" sistemi olduğunu öne sürenlerin sayısı azımsanmayacak kadar çoktur. Almanya'da, ABD tarafından askeri sırların bu sistemle transfer edildiği yıllar önce tespit edilmiştir. Windows işletim sistemleri ve bu sistem üzerine kurulu ağ ortamları yıllardır "hacker"ler (bilgisayar sistemine izinsiz girenler) tarafından delik deşik edilmektedir²⁶ ve 5-6 yıldan beri Avrupa ülkeleri başta olmak üzere birçok büyük ülkede devlet kurumlarında kullanımı yasaklanmıştır.

ALMANYA'DA KULLANILAN SEÇİM SİSTEMİ VE OY SAYIM YÖNTEMİ

2009 yılında Almanya Federal Seçimlerinde oyların bilgisayar yoluyla toplanması ve sonuçların bu yolla hesaplanması konusu kamuoyu ve partiler tarafından tartışılmıştır. Bilgisayarlı sistemin oy sahteciliğine yol açacağı görüşünün hakim olması üzerine konu Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmiştir. Konuyu inceleyen Federal Alman Anayasa Mahkemesi Almanya'da seçimlerden sonra yapılacak oy hesaplarının bilgisayar ile yapılamayacağı sonucuna varmış ve klasik yöntemlerin kullanılmasına devam edilmesine karar

²⁴ Dura, "agm", 2011

²⁵ Neval Kavcar, "Bu Seçim Sistemiyle AKP 1000 Yıl Daha Seçilir", Son Sayfa, 30.09.2010

²⁶ Dura, "agm", 2011

vermiştir. Federal Almanya seçim sisteminde mahalle veya köylerde sandıklara atılan oylar orada bulunan ve tüm siyasi partilerin temsil edildiği kurullarca ortak olarak sayıldıktan sonra sayım sonuçları ilçelere, ilçelerden illere, illerden eyaletlere, eyaletlerden de Federal Seçim Bürosu Başkanlığı'na gelmektedir. Tüm bu aşamalarda her siyasi partinin temsilci bulundurma zorunluluğu vardır.²⁷

İlçe, şehir düzeylerinde oylar sayılırken bilgisayar yardımı sadece ilk ve kesin olmayan seçim sonuçlarını erken yansıtabilmek amacıyla kullanılmaktadır. Ancak bu sayımlar seçim sonuçlarının kesin tespitine yönelik değildir. Kesin seçim sonucu tespiti için ilçe, il, eyalet ve federal düzeyde her partiden oluşan kurullar elle sayım yaparak sonuçları tek tek toplamaktadır. Birbirine paralel yürüyen bu çok kontrollü sayım ve sonuç sisteminin yanı sıra, bir de Federal Seçim Bürosu'nun sonuçlarını kontrol eden ve tüm siyasi partilerden oluşan bir kurul mevcuttur. Federal Seçim Bürosu sayım sonuçlarını bu kurula teslim ettikten sonra bu kurul tüm oy zincirini yeni baştan ve klasik sayım yöntemiyle yeniden kontrol etmektedir.²⁸ Türkiye'de ise, her aşamada tüm siyasi parti temsilcilerinin sayım ve toplamada bulunma şartı olmamasının yanı sıra, paralel olarak yürüyen birden fazla zorunlu kontrol sistemi bulunmamaktadır.

PARDUS-LINUX İŞLETİM SİSTEMİ VE SEÇSİS'LE MUKAYESESİ

Linux işletim sistemi 1991 yılında Finlandiyalı üniversite öğrencisi Linus Torvalds tarafından geliştirilen ve bilgisayarlar başta olmak üzere sunucular, mobil telefonlar, iş istasyonları, televizyonlar, oyun konsolları, eğitim simülatörleri, otomobiller ve hatta uçaklar tarafından kullanılan güvenlik sertifikası bulunan bir sistemdir. Dünya üzerinde halen 16 ülkenin resmi ve özel kuruluşlarında kullanılan sistemin Türkiye'ye özgün sürümü TÜBİTAK BİLGEM tarafından 2003 yılında Pardus-Linux adıyla milli yazılım sistemi olarak geliştirilmiştir. Pardus'²⁹un ilk ürünü olan Pardus CD 1.0. sürümü 1 Şubat 2005

²⁷ Dr. AYTEKİN ERTUĞRUL, <http://www.toplumsalbilinc.org/forum/index.php?topic=3952.0>, SEÇSİS (Bilgisayarlı Seçim Sistemi Güvenli Değil), 02.12.2008

²⁸ ERTUĞRUL, "agm", 2008

²⁹ Anadolu parsının bilimsel adı olan Panthera Pardus Tulliana'ya atfen bu isim verilmiştir.

tarihinde piyasaya sürülmüş olup, bugüne kadar bireysel kullanıcılar için 5 ana, 9 ara sürüm ile, kurumsal kullanıcılar için 2 ana sürüm geliştirilmiştir. Son olarak 2012 yılında sistemin Debian tabanlı yeni bir sürümü piyasaya sürülmüştür. Pardus yazılımı Türkçe'nin dışında Almanca, Azerice, Fransızca, Hollandaca, İngilizce, İspanyolca, İtalyanca, Katalanca, Lehçe, Portekizce, İsveççe, Rusça ve Macarca dillerini de desteklemektedir. Türkiye'de Pardus-Linux sistemini kullanan kurumlar ile Pardus'un desteklediği diller **EK-A'** da, Linux işletim sistemi kullanan yabancı ülkelere ait bilgiler ise **EK-B'** de sunulmuştur.

Günümüzde birçok ülke işletim sistemi olarak Linux altında çalışan kendi işletim sistemlerini kullanırken ve Türkiye'nin kendi geliştirdiği milli yazılım olan PARDUS-Linux işletim sistemi mevcutken, seçim yazılımı gibi güvenlik açısından hayati önemi haiz bir alanda güvenlik sertifikası olmayan ve ABD tarafından müdahaleye açık Windows işletim sistemi altında çalışan SEÇSİS sisteminin kullanılması düşündürücüdür.

SEÇSİS projesinde omurga ve portal anahtarı, portal güvenlik duvarı, portal saldırı tespit ve korunma sistemi ve portal yük dengeleyicisi olarak "CISCO" güvenlik ürünlerinin kullanıldığı YSK sitesinde bilgi olarak yer almaktadır. CISCO bir ABD firmasıdır. CISCO güvenlik sistemlerinin nasıl "hack" ³⁰ edilebileceğine ve güvenlik açıklarına dair çok sayıda makale ve yazı bulunmaktadır.

ABD Columbia Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Bilgisayar Bilimleri Bölümü'nde doktora öğrencisi Ang Cui ve Cui'nin tez danışmanı Profesör Salvatore Stolfo, Cisco'nun VoIP telefonlarında ciddi güvenlik açıkları tespit ettikleri, yönlendirici (router) ve yazıcılar gibi gömülü sistemlerde çalışacak bir güvenlik yazılımı hazırlarken bu açıklardan bazılarını bulduklarını ve söz konusu açıklar sayesinde Cisco VoIP telefonların rahatlıkla birer dinleme aygıtı olarak kullanılabileceğini ortaya çıkartmıştır.³¹

Bilişim uzmanı Ertan Kurt ise Cisco IOS yazılımı ağ adres çevirme (NAT) özelliğinin sistem protokollerin çevriminde çeşitli servis kul-

³⁰ Bir bilgisayar sisteminin gizli, ulaşılamayan bilgilerini ele geçirmek

³¹ Çağdaş Aru, Cisco'nun VoIP Telefonlarını Birer Dinleme Cihazına Çeviren Güvenlik Açığı Keşfedildi, <http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=40647>, 14 Ocak 2013

lanımı engelleme (DoS) açıklarından etkilendiğini ve birden fazla güvenlik açığının bulunduğunu rapor etmiştir.³²

Cisco IOS yazılımının güvenlik açıklarına ilişkin olarak ABD başta olmak üzere yabancı basında da birçok bilgi mevcuttur. Konuyla ilgili detaylara Cisco'nun kendi web sayfasında; "Cisco IOS Software Protocol Translation Vulnerability" başlığı altında da yer verilmiştir.³³

ABD'NİN SİBER CASUSLUK İMKÂN VE KAABİLİYETİ

Diğer yandan, SEÇSİS yazılım sistemi kesinlikle üçüncü bir güvenlik yazılımıyla içsel olarak korunmamakta ve/veya çalışmasının doğruluğu kontrol edilmemektedir. Yani mevcut yazılıma dışarıdan bir Script(küçük program) ile müdahale edilebilir. Daha açık bir ifadeyle sistem veritabanı, işletim sistemi, yazılım ve güvenlik olarak tamamen ABD teknolojisi olan SEÇSİS sisteminin bütün anahtarları ABD'nin elindedir ve sisteme her an dışarıdan müdahale edilmesi, dolayısıyla hile yapılması mümkündür. Washington'un 15 mil kuzeyinde bulunan National Security Agency(NSA) vasıtasıyla son dönemde büyük ölçüde elektronik ve data istihbaratına yönelik ABD ihtiyaç duyduğu bilgilere büyük ölçüde bilgisayar ağları üzerinden erişmektedir. ABD eski Başkanı George W. Bush'un Milli İstihbarat Direktörlüğü'nü yapan Mike Mc.Connell, Başkan Obama'ya verilen günlük istihbarat brifinglerindeki bilgilerin en az % 75'inin siber casusluk yoluyla elde edildiğini bildirmektedir.³⁴ Başkan Bush döneminde NSA başkanlığı, daha sonra ise CIA başkanlığı görevini yürüten Michael Hayden, konuyu şu sözlerle özetlemektedir; "İhtiyaç duyduğunuz bilgileri diğer ülkelerin network sistemlerine girerek elde ediyoruz. Bu işi yapan en başarılı ülke biziz".³⁵

NSA için internet ağı üzerinden bilgi hırsızlığı yapan kuruluşun adı Tailored Access Operations(TAO)'dur. TAO görevlilerinin büyük bölümü siber casusluk konusunda özel eğitim almış ordu mensupla-

³² Erta Kurt, Cisco IOS NAT güvenlik açıkları, <http://www.olympus.net/guvenlik-aciklari/router/cisco-ios-nat-guvenlik-aciklari>, 29 Eylül 2011

³³ <http://tools.cisco.com/security/center/content/CiscoSecurityAdvisory/cisco-sa-2013.03.27-pt>

³⁴ Michael Riley, " How the US Government Hacks the World , Bloomberg, May, 23, 2013

³⁵ Riley, , "agm", 2013

ından oluşmaktadır. TAO personeli bilgi çalmak üzere hazırlanmış özel yazılımlar yüklenmiş bilgisayarlar üzerinden dünya üzerindeki tüm bilgisayarlara girebilmekte ve elde ettiği bilgileri değerlendirilmek üzere Fusion Center (Birleştirme Merkezi)denilen merkeze aktarmaktadır. ABD, NSA üzerinden yabancı ülkelerin bilgisayar ağlarına girerek saatte 2 petabytes (2,1 milyon gigabytes) bilgi toplamaktadır ki bu miktar yüz milyonlarca sayfa dokümana denk düşmektedir.³⁶ Bu veriler ışığında Çin Halk Cumhuriyeti'nde yayınlanan Official People's Daily gazetesinin ABD'yi; Real Hacking Empire (Gerçek Bilgi Hırsızlığı İmparatorluğu) olarak adlandırmasına şaşırılmamalıdır.

ABD VE YUNANİSTAN SEÇİMLERİNDE BİLGİSAYAR KULLANIMI

Yukarıda verilen bilgiler ışığında benzer bilgisayar destekli seçim sistemi, ABD'nin bazı seçimlerinde kullanılmış ve bazı bölgelerde hile yapıldığı tespit edilmiştir.

2000 yılında ABD başkanlık seçimlerinde George W. Bush lehine seçimlere hile karıştırıldığı iddialarından sonra bizzat hileyi yazılımı üreten bilgisayar programcısı Clint Eugene Curtis'in 13 Aralık 2004 tarihinde ABD Temsilciler Meclisi Adalet Komisyonu Demokrat Parti üyeleri önünde verdiği yeminli ifadenin bant çözümü **EK-C'de** sunulmuştur.

Clint E. Curtis; yeminli ifadesinde; "seçim sonuçlarını dışarıdan fark edilmeyecek, anlaşılamayacak şekilde ayarlayabilecek yazılımların üretildiğini, 2000 yılı Ekim ayında, şu anda Kongre üyesi olan Tom Feeney için Oviedo Florida'da çalıştığı şirket adına bir prototip programı bizzat kendisinin ürettiğini, söz konusu yazılımlarla seçimleri kazanması istenen adayın oy miktarı istendiği oranda yükseltirken, rakibinin oy miktarının düşürüldüğünü, yapılan hileyi sandık görevlilerinin de, seçim kurulunun da görmesinin imkânsız olduğunu, böyle bir hileli yazılımın seçim programı içine yerleştirildiğinin ancak bilgisayar programcıları tarafından yazılımın içine girerek araştırma yapılması sonucunda saptanabileceğini, ya da tüm oy pusulalarının elle tek tek sayılarak çıkan sonucun ilan edilen sonuçla karşılaştırıl-

³⁶ Riley, , "agm", 2013

ması suretiyle belirlenebileceğini, gizli yazılımın başka türlü belirlenmesinin imkânsız olduğunu, bu kapsamda Ohio’da yapılan başkanlık seçimlerinin de hileli olduğunu, söz konusu hilenin belirlenebilmesi için tüm partilerin ortak çaba harcayarak bilişim uzmanlarına seçim yazılımlarını inceletmeleri gerektiğini³⁷ belirtmektedir.

14 Eylül 2007 Yunanistan seçimlerinde de benzer bir yazılım kullanılmak istenmişse de ABD seçimleri örnek gösterilerek yapılan yoğun baskılar sonucu kullanılmaktan vazgeçilmiştir.

Dünyanın en büyük yatırım bankalarından JP Morgan’ın seçim sonuçlarının sanal ortamda aktarılmasını sağlayan Sun Microsystems şirketine bu sistemi kurabilmesi için kredi kullandırmış ve Sun Microsystems’ın benzer bir yazılım programı için Yunanistan’da da ihaleyi kazanmış, ancak Yunan hükümeti “Bu şirketin Amerika’daki seçimlere hile karıştırdığı yolunda bilgiler var” gerekçesiyle ihaleyi iptal etmiştir.³⁸ Türkiye’nin ihaleyi bu şirkete verirken bunu göz önüne alıp almadığı ise merak konusudur. Bunun da ötesinde JP Morgan’ın seçimlerden önce bir anket yaptırmış, Bankanın anket yaptırdığı Türk kamuoyu araştırma şirketinin “AKP’nin 2007 seçimlerini yüzde 48 oyla kazanacağı bilgisini verdiği, seçim skandalı iddialarının ortaya çıkmasından sonra şirketin sahibinin, sanki kendi araştırması kastediliyormuş gibi “Hile yok, varsa söyleyen belgesini getirsin” diyerek öfkelenildiği bilinmektedir.³⁹

SEÇSİS SİSTEMİNDE UYGULANABİLECEK HİLELER

Yukarıda aktarılan bilgiler ışığında; “SEÇSİS sisteminde hile yapmak mümkün müdür?” sorusunun yanıtı, “evin anahtarını emanet ettiğimiz bekçi, isterse evi soyabilir mi?” sorusunun yanıtı ile aynıdır.⁴⁰ Ancak konuya ilişkin olarak medyada yer alan tüm eleştirilere rağmen Türkiye’de yapılan referandum ve seçimlerde SEÇSİS sisteminin kullanılmasına devam edilmektedir.

Bu sistemle uygulanabilecek iki aşamalı bir hile senaryosu şöyle olabilir: Sandık tutanakları Windows XP işletim sistemi yüklü bilgi-

³⁷ <https://www.youtube.com/watch?>

³⁸ Can Ataklı, “Skandal büyüyor, muhalefet korkuyor”, Vatan, 25.08.2007

³⁹ Ataklı, “agm”, 2007

⁴⁰ Dura, “agm”, 2011

sayarların bulunduğu ilçe seçim kurulundaki bilgisayara işlenir. Bu sırada minik bir programcık sisteme girerek, (A) sütunundaki (X) partisinin oy toplamını % 20 arttırıp, (B) ve (C) sütunlarındaki (Y) ve (Z) partilerinin oy toplamını % 10'ar düşürür. Tuşa basıp genel toplam alındığında, yapılan müdahaleyi ancak o ilçedeki tüm sandık sonuçlarını elle tek tek sayıp toplayabilirsek tespit edebiliriz. Aksi halde, itiraz süresi sonunda, bilgisayar tuşuna basılarak alınan hileli rakamlar, resmî seçim sonucu haline gelecektir!⁴¹ Bunu önlemenin tek yolu ise YSK' nın siyasi partilere oy sayım ve sonuçlarını izleyebilme ve kaydedebilme imkânını tanınmasından geçmektedir. Bu imkân tanındığı takdirde partiler SEÇSİS sonuçlarıyla sandık sonuçlarını karşılaştırarak farklılıkları ortaya çıkarabilecektir. 2007 seçimlerinden sonra bu konudaki eleştirilerin artması üzerine YSK 2011 seçimlerinde siyasi partilere bu imkânın tanınacağını bildirmiş ancak il seviyesinden aşağıdaki bilgilere erişilmesine izin vermemiştir.

Bu konudaki bir diğer iddia; "Türkiye genelinde kayıtlı seçmen sayısının % 25'i kadar oyun, seçim bittiği andan itibaren ilk bir saat içinde merkez bilgisayarı üzerinden tamamen AKP' ye aktarıldığı ve AKP sayıma % 25 oyla başlarken, diğerleri sıfır oyla başladığı, sonraki oylar ise normal dağılıma bırakıldığı" şeklindedir.⁴² Bu görüşe göre AKP'nin gerçek oyları % 47 değil, % 22 - % 28 arasındadır.⁴³ Bu görüşü savunanlar bunun en büyük kanıtı olarak tüm YSK sonuçlarında AKP nin oy alması beklenmeyen illerde bile hiçbir sandıkta AKP oyunun % 25' in altına düşmemesini göstermektedir. Gerçekten de Türkiye'nin her sandık bölgesinde dört kişiden en az birinin AKP'ye oy vermesi matematik olarak milyonda bir ihtimaldir. Bu görüşe göre seçimden Türkiye'nin verdiği oylar değil, AKP'nin iktidara gelmesini isteyen güçlerin istediği sonuçlar çıkmıştır. Peki bu % 25'e karşılık olan yaklaşık 7- 8 milyon oy nereden ortaya çıkmıştır? Nüfus kütükleriyle seçmen kütükleri arasındaki 7 milyon farktan mı, yoksa diğer partilerin oylarının seçimin ilk bir saatinde sıfırlanıp AKP'ye aktarılması ve diğer partiler % 0 ile başlarken AKP' nin % 25 ile başlamasından mı? Her ikisi de mümkündür. Fakat bir gerçek var ki kesinlikle göz ardı edilemez; seçimin ilerleyen

⁴¹ Dura, "agm", 2011

⁴² "Secimlerde Bilgisayar mı Bilgiçalar mı Kullanılıyor" Türk Hukuk Enstitüsü, <http://www.the.org.tr>, 5 Nisan 2010

⁴³ "Secimlerde Bilgisayar mı Bilgiçalar mı Kullanılıyor", a.g.m.5 Nisan 2010

saatlerinde oyları düşen AKP'nin kaybetmesi imkânsızdı. Çünkü ilk bir saatte % 25' i garanti idi! İlk seçim sonuçlarının gelmeye başladığı saat 17.30 civarında, onbeş-yirmi dakikada bir bilgisayar başındaki görevli tarafından programa müdahale edilmiş ve AKP % 25 oyla seçim yarışına başlarken diğerleri de % 0 oyla başlamış ve daha sonra o ana kadar alınan sonuçların Türkiye'nin % 50' si olduğu ilân edilmiştir.⁴⁴ Bu ayarlamadan sonra AKP'nin oyları düşse de seçimi kaybetme ihtimali ortadan kalkmış olmaktadır. Plân AKP'nin en az 367 milletvekili çıkaracak kadar, yani Türkiye'nin en az % 50 oyunu alabilecek şekilde yapılmış, ilerleyen saatlerde yeni bir müdahale yapılamamış ve bu yüzden AKP'nin oyları düşmeye, CHP ve MHP'nin oyları yükselmeye başlamıştır. GP ve DP'nin oyları da sıfırdan başladığından oyları yükselse bile artık % 10 barajını aşma şansları kalmamıştır. Seçim sonuçlarına müdahale edilmemiş olsaydı AKP'nin gerçek oyları % 22 + % 6 veya % 8 = % 28 - % 30 civarında olacaktı. Bu görüşe göre CHP, MHP ve diğer partilerin gerçek oyları, seçim sonucunda ilan edilen oylarının bir buçuk katlarına yakındır. CHP özellikle İzmir'de 1 milyon seçmen üzerinden oyların % 60' ını alıp 5 milletvekili yerine 8-9 milletvekili çıkaracaktı ve AKP'nin İzmir'deki toplam oy oranı % 13 olacaktı. Aynı oranı Türkiye'ye uygularsak AKP'nin gerçek milletvekili sayısı 190, CHP'nin 190, MHP'nin ise 150 olacaktı.⁴⁵

2007 seçimlerinde yukarıda belirtilen hile yönteminin bir benzerinin uygulandığı ve AKP oylarının 1,6 rakamıyla, muhalefet oylarının ise 0,7 rakamıyla çarpılmak suretiyle gerçekte % 29 olan AKP oylarının 17,4 puan artırılarak % 46,4'e çıkarıldığı, toplam % 71 olan muhalefet partilerinin oylarının ise 21,3 puan azaltılarak % 49,7'ye indirildiği, bu iki oy yüzdesinin toplamından artan % 3,9'luk oyun ise sayılmadan çöpe atıldığı da öne sürülmektedir.⁴⁶ Türkiye'nin birçok bölgesinde çöp bidonlarından oy pusulalarının çıkması bu tezi savunanlara da haklılık kazandırmaktadır.

2004 yılı mahalli seçimlerinde DYP'nin Dikili Belediye Başkan adayı Yüksel Uçar, AA muhabirine yaptığı açıklamada, seçim sandık kurullarında oy sayımı sırasında 200 kadar hatalı oyun iptal edildiğini,

⁴⁴ "Secimlerde Bilgisayar mı Bilgiçalar mı Kullanılıyor", a.g.m.5 Nisan 2010

⁴⁵ "Secimlerde Bilgisayar mı Bilgiçalar mı Kullanılıyor", a.g.m.5 Nisan 2010

⁴⁶ "22 Temmuz Seçimlerinin Formülü", www.acikistihbarat.com, 07.12.2007

seçim sonuçlarına CHP, DYP, MHP ve YTP'nin de itiraz ettiğini ve çöp bidonlarında mühürlü oyların bulunduğunu bildirmiştir. Uçar, Dikili Lisesi önündeki çöp bidonunun yanında bir vatandaşın dağınık halde mühürlü oy pusulaları bulduğunu, oy pusulalarının arkasının mühürlü olduğunun tespit edildiğini ve konunun Emniyet Müdürlüğü'ne aktarıldığını, savcılığın olay yerinde inceleme yapılması ve tutanak tutulması için talimat verdiğini belirtmiştir. Yüksel Uçar, 12.500 nüfusa sahip olan ilçede 10.431 kişinin seçmen olarak oy kullandığını belirterek, "seçim günü dışarıdan adam getirildiğini, ayrıca ölümler adına da oy kullandırıldığını saptadık" iddiasında bulunmuştur.⁴⁷

2009 yılı mahalli seçimlerinde adayların birbirine çok yakın oy aldığı Adana'da üç okuldaki çöp konteynerinde oy pusulaları ve tutanaklar bulunması üzerine seçimi dört puan farkla kaybeden CHP'nin büyükşehir adayı Ümit Özgümüş, konuyu yargıya taşımıştır.⁴⁸ Bu ve benzeri iddialar Türkiye'nin birçok bölgesinde gündeme taşınmıştır. Ancak basına yansıyanlar sadece tespit edilebilen iddialarla sınırlı kalmıştır.

Seçim hileleri konusundaki şüpheler sadece genel ve mahalli seçimlerle sınırlı olmayıp, referandumlarla da doğrudan ilgilidir. Zira tüm referandumlarda mevcut seçim sistemi altyapısı ve usulleri kullanılmaktadır.

Yüksek yargı organlarının iktidarın eline geçmesi sonucunu doğuran, 12 Eylül döneminin yargılanmasının önünü açan referandumundaki bazı uygulamalar halkın bir bölümünün haklı tepkisine neden olmuştur. Referandum tarihi olarak 12 Eylül gününün seçilmesi suretiyle 12 Eylül'de mağduriyet yaşadığı için 12 Eylül'e tepki duyan kitlelerin hayır oyu vermeleri yönünde bu kitleler üzerinde bir tür psikolojik baskı kurularak 12 Eylül'den rövanş alma dürtüsü harekete geçirilmiştir. Diğer yandan hayır oyu verecekler bile evet mührü basmak zorunda bırakılarak oy kullanan halkta kafa karışıklığı yaratılmıştır. Konuyu gündeme taşıyan Hürriyet yazarı Ayşe Arman "evet" ve "hayır" seçenekleri bulunan bir referandumda basılacak mührün üzerinde "evet" yazmasının oy kullananları ikilem içinde bıraktığını, ayrıca "sen hayır da desen, sonuç evet çıkar" hissi uyandırarak bir tür psikolojik baskı etkisi yarattığını köşesine taşımıştır.⁴⁹ Aynı konu Ne-

⁴⁷ "Dikili'de Seçimlere itiraz", İHA/İzmir, 30 Mart 2004

⁴⁸ "Çöp konteynerinden oy pusulaları çıktı", Milliyet, 31 Mart 2009

⁴⁹ Ayşe Arman, "Referandum mühründe neden 'Evet' yazıyor?", Hürriyet, 11.08.2010

cati Doğru tarafından da gündeme taşınmış ve kötü niyetli bir iktidarın ABD ve Yunanistan'da terk edilen seçim yazılımını kullanarak hile yapabileceğini ve oy sonuçlarının istediği gibi resmileştirilmesini sağlayabileceğini belirtmiştir.⁵⁰ Referandum öncesinde seçmen sayısının 7 milyon kişi artması bazı kişilerin birden fazla sandıkta kayıtlı olduğu ve mükerrer oy kullanacağı şüphesini akla getirmektedir. Referandum öncesinde bir açıklama yapan CHP Adana milletvekili Tacider Seyhan ise referandumun oy tasnifinde kullanılan bilgisayar yazılımının % 53 evet oyu çıkacak şekilde ayarlandığını ve oy kullanmayanların bir kısmının oy kullanmış gibi gösterilerek evet hanesine kaydırılacağını öne sürerek elektronik hileye vurgu yapmıştır.⁵¹ Tüm bu iddialar karşısında YSK'nın sessizliğini koruyarak tatminkâr bir açıklama yapmaması ve referandum sonucunda Türk halkının beklentilerinin ve kamuoyu araştırmalarının aksine % 56 evet oyu çıkması referandum öncesinde yapılan açıklamalarda dile getirilen hile senaryoları konusundaki şüphelere haklılık kazandırmaktadır.

SEÇSİS SİSTEMİNDE İZMİR ÖRNEĞİ

Özellikle İzmir'de ortaya çıkan durum yukarıdaki tezleri savunanları doğrular niteliktedir. Milliyetçi Hareket Partisi (MHP)'nin İzmir'de yaptığı tespitler partinin Karşıyaka İlçe Başkanı Cengiz Önbaş tarafından yargıya taşınmıştır. Önbaş'ın tespitlerine göre 27 sandıkta MHP'nin 820 olan oy sayısı 578'e, CHP'nin 3390 olan oy sayısı 2436'ya düşürülürken, AKP'nin oyu 1507'den 2433'e çıkarılmıştır (Öztürk, 2007). Bu sonuçlara göre Karşıyaka ilçesindeki **gerçek dağılım** aşağıdaki şekilde ortaya çıkmaktadır:

CHP 3390 (% 59,29)

AKP 1507 (% 26,35)

MHP 820 (% 14,34)

Toplam oy: 5717

YSK ise bu ilçedeki 27 sandığa ait seçim sonuçlarını aşağıdaki şekilde ilan etmiştir:

CHP 2436 (% 42,60) (954 oy eksik ve **CHP oylarının % 28'i kayıp**)

⁵⁰ Necati Doğru, "Referanduma Hile Girebilir", Sözcü, 3 Eylül 2010

⁵¹ Can Ataklı, "Yüksek Seçim Kurulu halkı rahatlatmak zorunda", Vatan, 2 Eylül 2010

AKP 2433 (% 42,55) (926 oy ilave edilerek **AKP'ye aldığı oyların % 61,44 fazlası eklenmiştir**).

MHP 578 (% 10,11) (242 adet oy eksik ve **MHP oylarının % 29,5'i kayıp**)

Toplam oy: 5447

YSK toplam oy sayısını 5447 olarak bildirdiğine göre toplam oyların % 4,47'sinin sayılmadan çöpe gittiği anlaşılmaktadır. Nitekim bir sandıktan 161 oy çıkarken sonuçta 16 oya düşürülmüştür.⁵² Bu sayının Türkiye'nin bir ilçesindeki 27 sandığa ait olduğu dikkate alındığında Türkiye genelinde yapılan oy sahtekârlığının boyutlarının nerelere varabileceği daha iyi anlaşılmaktadır.

BİR BİLGİSAYAR MÜHENDİSİNİN ELEKTRONİK MÜDAHALEYE İLİŞKİN TESPİTLERİ

Seçim hileleri ilgili olarak bir bilgisayar mühendisinin verdiği bilgilere dayanarak çok önemli bir tespit de gazeteci Hasan Mutlu tarafından okuyuculara aktarılmıştır.

Aylin Yorulmaz adlı bilgisayar mühendisi bir vatandaşımız, bir web sitesinin ana sayfası için iki anket hazırlamış, "ilk ankette 'Genel seçimlerde hangi partiye oy vereceksiniz' diye sormuş ve daha anketi sayfaya koyar koymaz denemek için ilk oyu kendisi vererek CHP' yi işaretlemiş. Sonuçlara baktığında; 1 oy CHP' ye giderken, 1 oyun da AKP' ye verilmiş olduğunu tespit etmiş. Bu sitenin varlığından bile henüz kimse haberdar olmadığını söyleyen Aylin Yorulmaz, ertesi gün ilk oyu AKP'ye vermiş bu sefer başka bir partiye oy verilmediğini görmüş!

İkinci anketi, 'Seçimlerden sonra AKP Hükümeti Yüce Divan'a gönderilmeli mi' diye yapan Aylin Yorulmaz sistemin çalışıp çalışmadığını test etmek için "evet"i tıkladığında 6 adet de hayır oyunun kaydedildiğini görmüş! AKP ile ilgisi olmayan, örneğin 'Kedi mi seversiniz köpek mi' diye başka anketler de hazırlayan A.Yorulmaz onların ise düzgün çalıştığını tespit etmiş. Bilgisayar Mühendisi Aylin Yorulmaz söz konusu çalışmalardan ulaştığı sonuçları şu şekilde açıklamıştır: "Dolayısıyla internet ortamında AKP lehine anketleri tarayan ve otomatik olarak oylayan programlar olduğundan kuşku duyuyorum.

⁵² Işıl Öztürk , "Her Sandıktan Oy Tırtıklanmış", Tercüman, 26.08.2007

Sitesi olanlar benzer bir anket yaparak bunu denerlerse bu müdahaleyi gözleriyle görecekler. Sitemizin hosting'i (İnternet kullanıcılarına sunucu desteği sağlayan ana firma) Amerika'da bulunmaktadır... Bunu da belirtmekte yarar var...".⁵³

SEÇİM SONUÇLARININ AÇIKLANMASI VE SEÇSİS KONUSUNDA TBMM'NDE VERİLEN ÖNERGELER

Seçimlerde dikkati çeken bir diğer uygulama da seçim sonuçlarının açıklanması süreci ile ilgilidir. Önceki seçimlerde seçimler bittikten 20 gün sonra bile bazı yörelerdeki seçim sonuçları kesinleştirilemezken ve en gelişmiş teknolojiye sahip ABD'de ve dünyanın en gelişmiş ülkelerinde bile seçim sonuçları yaklaşık bir hafta süre sonunda ancak kesinleşirken, Türkiye'de oy verme işlemi takip eden iki saat içinde seçim sonuçları açıklanmış, hatta bazı TV kanalları ve gazeteler milletvekili isimlerini bile vermiştir.

SEÇSİS sistemi ile yapılan seçimler hakkında 18 Ocak 2010 tarihinde, başbakan tarafından cevaplandırılması istemiyle TBMM'ne bir önerge veren MHP Adana Milletvekili Yılmaz Tankut; "YSK'nın güvenliği çok tartışmalı olan bir işletim sistemi kullandığını, bu sistemin Avrupa'da devlet kurumlarında yasaklandığını bildirerek, SEÇSİS projesi ile ilgili olarak mevcut şaibe ve iddiaların ortadan kaldırabilmesi için, uzmanlardan kurulu siyasi parti temsilcilerinin de katılacağı bağımsız bir bilişim heyetine projenin incelettilerle güvenlik testlerinin yapılması ve sonuç raporunun kamuoyu ile paylaşılması" talebinde bulunmuştur.⁵⁴

Konuyu başbakan yerine cevaplayan Adalet bakanı Sadullah Ergin 17.03.2010 tarihinde gönderdiği yazılı cevabında özetle; "kurulun görev alanına giren konular hakkında başbakan ve bakanlardan yazılı soru yoluyla bilgi istenilmesinin, Anayasanın ve yasama bölümünde yer alan Yüksek Seçim Kurulu'nun yargısal niteliği ve konumu ile bağdaşır görünmediği ve soru önergesi ile sorulan hususlara cevap verilmesine ilişkin istemin uygun bulunmadığı değerlendirilerek istemin oybirliği ile reddine karar verildiğini" bildirmiştir.⁵⁵ Adalet Bakanı'nın başbakan adına ver-

⁵³ Mustafa Mutlu, "Seçimin Kaderini Sandık Görevlileri Belirleyecek", Vatan, 20.07.2007

⁵⁴ [http://www.yilmaztankut.org/faaliyetler_\(Cevaplanan\)18.01.2010](http://www.yilmaztankut.org/faaliyetler_(Cevaplanan)18.01.2010)

⁵⁵ Adalet Bakanlığı'nın 17.03.2010 tarih ve Sayı: B.03.0.KGM.0.00.00.05/684/1470 sa-

diği cevabın konunun üzerinin örtülmesi amacıyla kaleme alındığı ve sorulan soruların cevabı ile hiçbir ilgisinin olmadığı açıktır.

Benzer şekilde 22 Eylül 2010 tarihinde CHP Eskişehir Milletvekili Tayfun İçli, 12 Eylül 2010 referandumunda yaşanan bazı olaylarla ilgili olarak İçişleri Bakanı Beşir Atalay'ın cevaplandırması istemiyle TBMM Başkanlığı'na soru önergesi vermiştir. Önergenin Bakan tarafından cevaplandırılmaması üzerine 12 Ocak 2011 tarihinde yeni bir soru önergesi veren Tayfun İçli; seçmen sayısının yılda ortalama olarak 1 milyon kadar arttığını, YSK verilerine göre 22 Temmuz 2007 seçimlerinde 42.799.303 kişi olan seçmen sayısının 12 Eylül 2010 referandumunda 9.252.525 kişi artarak 52.151.828 kişiye çıktığını bildirerek bu anormal artışın gerekçesinin açıklanmasını talep etmiş, ancak ikinci önergesine de cevap alamamıştır.

SEÇMEN KAYITLARININ İDAREYE DEVRİ

AKP 2007 seçimlerinden sonra 13.03.2008 tarih ve 5749 sayılı Kanunla 298 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinde değişiklik yapılarak daha önce YSK yetkisinde bulunan seçmen tespiti işlemlerinin "Adres Kayıt Sistemi" esas alınarak oluşturulması⁵⁶ hükmünü getirmiş, böylece seçmen kayıtlarının oluşturulması yetkisi dolaylı olarak İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'ne (NVİGM) devredilmiştir.

Daha önce YSK yetkisinde bulunan seçmen tespiti ile ilgili yetkinin Anayasa'nın 79. Maddesine aykırı olarak yapılan yasa değişikliğiyle NVİGM'ye (MERNİS sistemi) devrine seyirci kalan Meclisteki siyasi partiler Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmadıkları takdirde bundan sonraki referandumlarda ve seçimlerde yapılabilecek hilelere de rıza göstermiş olacaktır ve bu nedenle hileli referandum sonuçlarıyla yargı sisteminin idarenin emrine verilmesinden, yeni yargı sistemiyle yapısı değiştirilen yüksek yargı organlarının vereceği hatalı kararlardan ve hileli oylarla iktidara taşınan partilerin ülkenin bölünmesi sonucunu doğurabilecek uygulamalarından doğrudan sorumlu olacaklardır. Ancak bu konuda halkı aydınlatacak bilgi ve yayınlara merkez medya tarafından yer verilmediğinden halkın önemli bir kısmı

⁵⁶ yılı resmi yazısı
<http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2011MilletvekiliSecimi/SecSay01062011.pdf>
 (01.06.2011 tarihli YSK Duyurusu)

durumdan habersizdir. Konuya ilişkin olarak çeşitli kanallarda programlara çıkan ve tartışmalara katılanlar aydınların önemli bir bölümü ise yapılan hileleri halkın algılamasını önlemekle görevli oldukları izlenimini vermektedir.

YSK ise Anayasa ile kendi yetkisine ve sorumluluğuna verilen seçmen tespiti yetkisinin İçişleri Bakanlığı'na bağlı bir Genel Müdürlüğe dolayısıyla hükümete devredilmesi karşısında hiçbir tepki ortaya koymamış ve NVİGM tarafından düzenlenen seçmen kayıtlarını seçime esas veri olarak kabul etmiştir. YSK'nın kendisine ait olan Anayasal yetki ve sorumluluğun bir başka makama devrine seyirci kalmasının sebeplerini Türk halkına açıklaması gerekmektedir.

SEÇMEN SAYILARININ MUKAYESESİ

YILLAR	SEÇMEN SAYISI	BİR ÖNCEKİ SEÇMEN SAYISINA GÖRE ARTIŞ/AZALIŞ	ARTMA/ EKSİLME (%)	OLUŞAN FAZLA SEÇMEN SAYISI
18 Nisan 1999 Genel ve Yerel Seçimleri	37.495.217			
3 Kasım 2002 Genel Seçimi	41.407.027	+ 3.911.798	+ % 10,43	
28 Mart 2004 Yerel Seçimi	43.552.931	+ 2.145.904	+ % 5,18	
22 Temmuz 2007 Genel Seçimi	42.571.284	- 981.647	- % 2,25	
29 Mart 2009 Yerel Seçimi	48.049.446	+ 5.478.162	+ % 12,86	
12 Eylül 2010 Anayasa Referandumu	49.495.493	+ 1.446.047	+ % 3	
12 Haziran 2011 Genel Seçimi	52.806.322	+ 10.235.038 ⁵⁷	+ % 24	+ 6.235.038

Kaynak: <http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2011MilletvekiliSecimi/SecSay01062011.pdf>

⁵⁷ 2007 Genel Seçimlerindeki seçmen sayısında meydana gelen artıştır

Yukarıdan beri incelenen veriler ışığında seçmen sayılarını mukayese edebilmek için önce YSK' nın belirlediği yıllık seçmen sayısı artış oranına bakmakta yarar vardır. YSK, 01.06.2011 tarihli açıklamasında yıllık ortalama seçmen sayısı artış oranını 1 milyon kişi olarak belirtmektedir.⁵⁸

Yukarıdaki tabloya bakıldığında 1999 yılında 37.495.217 kişi olan seçmen sayısının YSK' nın belirttiği yıllık artış oranına uygun şekilde 3 yıl 7 aylık sürede 4 milyon kadar artarak 2002 yılında 41.407.027'ye çıktığı, ancak 2004 yılı yerel seçimlerinde 43.552.931 olan seçmen sayısının 2007 seçimlerinde 3,5 milyon kadar artması gerekirken tersine 1 milyon kadar azalarak 42.571.284'e indiği görülmektedir.

Benzer şekilde 2007 seçimlerinde 42.571.284 kişi olarak tespit edilen seçmen sayısının 1 yıl 8 ay sonra yapılan 2009 yılı yerel seçimlerinde 1,7 milyon kadar artması gerekirken 5.478.162 kişi artarak 48.495.493 kişiye ulaştığı görülmektedir.

YSK' nın resmi verilerine göre hazırlanan yukarıdaki tabloda 2007 yılı genel seçimlerindeki seçmen sayısı ile 2011 yılı genel seçimlerindeki seçmen sayısı arasında ise uçurum vardır. 2007 yılında 42.571.284 kişi olan seçmen sayısının 2011 yılında 10.235.038 kişi artarak⁵⁹ 52.806.322'ye çıktığı görülmektedir.

YSK, bu konudaki eleştirilerin artması üzerine kendini aklamak için 1 Haziran 2011 tarihinde bir açıklama yaparak; seçmen sayısındaki artışın 13.03.2008 tarih ve 5749 sayılı Kanunla, 298 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinde değişiklik yapılarak daha önce YSK yetkisinde bulunan seçmen tespiti işlemlerinin İçişleri Bakanlığı NVİGM kontrolündeki "Adres Kayıt Sistemi" esas alınarak oluşturulmasından, ayrıca yurtdışı seçmenlerin de listelere ilavesinden kaynaklandığını bildirmiştir. YSK' nın kendi açıklamasında verilen sayılar da ilave edilse bile seçmen sayısı hiçbir şekilde 52.806.322'ye ulaşmamaktadır. Diğer yandan YSK' nın gerekçesi sadece yasal değişikliğin yapıldığı 2008 yılı Mart ayı sonrasını kapsamaktadır. Oysa 2004 yılı yerel seçimlerindeki seçmen sayısının 2007 yılı yerel seçimlerinde 4 milyon kişi artması gerekirken nasıl olup da 1 milyon kişi azaldığına açıklık getirememekte-

⁵⁸ <http://www.ysk.gov.tr/ysk/> (01.06.2011 tarihli YSK Duyurusu)

⁵⁹ <http://www.ysk.gov.tr/ysk/> (01.06.2011 tarihli YSK Duyurusu)

dir. 2007 seçimleri ile 2011 seçimleri arasındaki 10.235.038 kişilik farkı seçim kanununda yapılan değişiklikle seçmen tespit yetkisini İçişleri Bakanlığı'na devreden kanun değişikliğine bağlayan YSK, yapılan kanun değişikliği Anayasa'ya aykırı olduğu halde bu hukuksuzluğa neden sessiz kaldığını da açıklayamamaktadır.

Diğer yandan AKP hükümetinin 2014 yerel seçimlerinde bazı bakanlarını Belediye Başkan adayı olarak açıklamasını takiben kamuoyunda sürdürülen söz konusu bakanların bakanlık görevlerinden ayrılmaları gerektiğine ilişkin eleştirileri müteakip AKP hükümeti 28.11.2013 tarihinde YSK'ya başvuruda bulunarak⁶⁰ kabine üyelerinin görevlerinden ayrılmaksızın yerel seçimlerde aday olup olamayacaklarının açıklığa kavuşturulması talebinde bulunmuştur. 28.11.2013 tarihinde konuyu görüşen YSK; "30 Mart 2013 seçimlerinde kabine üyelerinin(bakanların) aday olabilmek için görevlerinden çekilmelerine gerek olmadığına" oy birliği ile karar vermiştir.⁶¹ Bırakın bizzat aday olmayı, Anayasa'nın 114. maddesi gereğince genel seçimler öncesinde kamu görevinin yanlı kullanılmasının seçim sonuçlarını etkileme ihtimalini ortadan kaldırmak üzere, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanları'nın görevlerinden ayrılmalarına ilişkin Anayasa hükümleri ortadayken YSK'nın bakanlara görevden ayrılmadan yerel seçimlerde aday olma hakkını tanıması YSK'nın tarafsızlığı konusunda ciddi şüpheler uyandırmıştır.

19 MİLYON FAZLA OY PUSULASI BASILMASI VE TIRNAK BOYASININ KALDIRILMASI

Bir an için Türkiye'de 2007- 2011 yılları arasındaki seçmen sayısının % 24 arttığını ve İçişleri Bakanlığı'nın MERNİS sistemi ile belirleyerek YSK' nın önüne koyduğu seçmen sayısının doğru olduğunu varsayalım. 52 milyon seçmen için ne kadar oy pusulası basılır? 52 milyon. Ancak uygulama böyle olmamıştır. 2011 seçimleri için olması gerekenden 19 milyon fazla oy pusulası basılmıştır.⁶²

Liberal Demokrat Parti (LDP) Genel Başkanı Cem Toker, Yüksek Seçim Kurulu'na dilekçe vererek, fazladan basılan 19 milyon ve kulla-

⁶⁰ AKP'nin 28.11.2013 tarih ve SEÇ.81.03/2013-2154 sayılı başvuru yazısı

⁶¹ <http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/Kararlar/2013Pdf/2013-543.pdf> (YSK'nın 28.11.2013 tarih ve 543 sayılı kararı)

⁶² Yılmaz Özdemir, "Hokus pokus...", Hürriyet, 2 Haziran 2011

nılmayan 6 milyon olmak üzere 2011 seçimlerinde kullanılmayan toplam 25 milyon oy pusulasının akıbetini” sormuştur. YSK’nun LDP’ye verdiği cevapta da 25 milyon rakamı teyit edilmektedir. Bu rakam YSK tarafından ilan edilen seçmen sayısının % 47’ sini, oy kullanan seçmenlerin ise % 57’sini oluşturmaktadır. Bu durumda SEÇSİS üzerinden yapılabilecek elektronik hileleri göz ardı etsek bile kullanılan oyların önemli bir kısmının kanuna aykırı olarak kullanılan mükerrer oy olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Konuyu değerlendiren CHP eski İstanbul Milletvekili Bülent Tanla; “2002 yılında 41.407.000 olan seçmen sayısının 800.000 kişi artarak 2007 yılında 42.799.000’e çıktığını, 12 Haziran 2011 seçimlerinde ise bu sayının 10 milyon kişi artarak 52.700.000 olarak açıklandığını, yaşanan anormal artışın YSK yetkilileri tarafından açıklanması gerektiğini, önceki rakamlar yanlış ise parlamentonun meşruiyet sorunuyla karşı karşıya olduğunu, bir yanlışlık yok ise artışın nedeninin açıklanması gerektiğini, söz konusu artış nedeniyle % 10 baraj sayısının bir anda yükseldiğini ve bu suretle baraj limitinde olan partilerin oylarının durup dururken yükselip azaldığını, ancak bu çok önemli konunun kimsenin dikkatini çekmediğini”⁶³ belirtmiştir. Esasen Tanla’nın açıklamalarına YSK’nın DTP’li bağımsız milletvekili adaylarını önce veto edip son anda seçimlere katılmalarına izin vermesi ve böylece diğer partiler baraj altında kalırken DTP’lilerin seçimden sonra grup oluşturarak TBMM çatısı altında partileşmesine fırsat sağlamasını da katmakta yarar bulunmaktadır.

Diğer yandan, AKP hükümeti 13.03.2008 tarih ve 5749 sayılı Kanunla 298 sayılı kanunun bazı maddelerini değiştirirken kanunun altıncı maddesinde yaptığı değişiklikle parmak boyası uygulamasını da kaldırmıştır.⁶⁴ Seçimlerde hile yapılmasını ve mükerrer oy kullanılmasını önlemenin en önemli şartı olan parmak boyasının kaldırılması mükerrer oy kullanıcıların tespitini imkânsız hale getirmiş ve seçimler konusundaki şüpheleri artırmıştır. Yıllık seçmen artış oranının üzerinde kaydedilen 6 milyon seçmen ve fazladan bastırılan 19 milyon oy pusulasına bir de parmak boyasının kaldırılmasının⁶⁵ eklenmesiyle İçişle-

⁶³ “Seçmen Artışı Kuşkulu”, Milliyet, 28 Mayıs 2011

⁶⁴ 298 sayılı kanunun bazı maddelerini değiştiren 13.03.2008 tarih ve 5749 sayılı Kanun

⁶⁵ Hamdi Türkmen, Erol Yaraş, Erdal İzgi, “Parmak Boyansın Seçim Rahatlasın”,

ri Bakanlığın kontrolünde oluşturulabilecek 23 milyon seçmene birden fazla oy pusulası düzenlenerek farklı sandıklarda oy kullanılması imkân dahilinde girmiş ve mükerrer oy kullanılması konusundaki şüpheleri artırmıştır.⁶⁶ TUIK Başkanvekili Ömer Toprak'ın da "Biri sahte, iki TC numarasıyla mükerrer oy kullanmak mümkündür" açıklamasında bulunması mükerrer oy kullanılması iddialarını doğrular niteliktedir. Bu açıklamalar nüfus idarelerinin art niyetli desteğiyle, farklı adreslerde, kayıtlı gösterilmiş birden çok sahte TC kimlik numarası ve nüfus cüzdanı alınabilmesinin mümkün olduğunu göstermektedir.⁶⁷

Bunlara, isterse kendi sandığında isterse görevli olduğu sandıkta oy kullanma hakkı verilen 2 milyon sandık görevlisini de eklediğimizde parmak boyasının kaldırılmasının sonuçlarının nerelere varabileceği daha iyi anlaşılacaktır. İşin garip tarafı 12 Haziran günü sandık görevi isteyen ama görev alamayanların nedense hepsi aynı sendika üyeleridir.⁶⁸

Diğer yandan 2011 yılında oy pusulası basım ihalesini 12 milyon 980 bin liraya kazanan hükümet yanlısı firma, Danıştay'ın ihaleyi usulsüzlük nedeniyle iptal etmesinden sonra yenilenen ihaleyi bu kez 925 bin liraya kazanmış ve yukarıda açıklandığı üzere fazladan 19 milyon oy pusulası bastırılmıştır. Bu konudaki şaibeler ortadayken Hükümet bu defa Kamu İhlale Kanunu'nun 22. Maddesinde yapılan değişikliklerle, cumhurbaşkanlığı seçimi, anayasa referandumu, yerel ve genel seçimlerde kullanılacak oy pusulaları ile zarfların basımını ve alımını ihale yasasının dışına çıkarmıştır.⁶⁹ Böylece oy pusulası basımında artık ilana çıkılmasına gerek kalmayacağından fazladan kaç milyon oy pusulası basıldığıнын tespiti de imkânsız hale getirilmiş olacaktır.

NÜFUS VE SEÇMEN SAYILARI ARASINDAKİ FARKLAR

Konuya ilişkin olarak resmi kurumların yaptıkları açıklamalarda verdikleri nüfus ve seçmen sayıları arasında da büyük farklılıklar mev-

Milliyet, 24 Nisan 2011

⁶⁶ Türkmen, Yaraş, İzgi, "agm", 24 Nisan 2011

⁶⁷ Mehmet Tomanbay, "İleri Demokrasi ve Seçim Sistemi", Cumhuriyet, 21 Aralık 2011

⁶⁸ "Fazla Basılan Oy Pusulalarının Başrolde Olduğu Bir Sandık Senaryosu", Milliyet, 5 Haziran 2011

⁶⁹ "AKP oyun peşinde", Yeniçağ, 2 Kasım 2013

cuttur. Gazeteci Neval Kavcar, 27 Mart 2010'da Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü (NVİGM)'den Türkiye'nin nüfus sayısına ilişkin bilgi talep ettiğinde NVİGM 2008 yılı nüfus rakamını 76.175.083 olarak⁷⁰ bildirmiştir. Oysa Başbakanlığa bağlı Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) 31 Aralık 2009 tarihi itibarıyla (yaklaşık bir yıl sonra) nüfus sayım sonucunu 72.561.312 olarak vermiştir. Yani Türkiye'nin nüfusunun bir yıl sonra artması gerekirken, tersine 4,5 milyon azalmış görünmektedir ki nüfus artış hızı pozitif olan bir ülke için bu mantıken imkânsızdır.

NVGİM verilerine göre 2008 yılı için 18 yaş ve üstü vatandaş, yani seçmen sayısı 53.950.192 kişidir.⁷¹ Oysa YSK verilerine göre kayıtlı seçmen sayısı: 48.049.446 olarak⁷² gösterilmektedir. TÜİK verileriyle YSK verileri arasındaki farklılık daha küçük ölçeklerde il ve ilçe bazında da mevcuttur. Mardin'in Midyat ilçesi Gelinkaya Beldesi'ndeki nüfus sayısı ile seçmen sayısı neredeyse aynıdır. TÜİK'in 2009 Verilerine göre Gelinkaya Beldesi'nin toplam nüfusu 5.738 kişi, YSK'nın 2009 yılı verilerine göre ise seçmen sayısı 5.394 kişidir. Bu durumdan Gelinkaya'da yaşayan nüfusun neredeyse tamamının, 2009 yerel seçiminde seçmen kaydedildiği ve yazarın makalesinin başlığında belirttiği gibi Gelinkaya'da bebeklerin bile oy kullanmış olduğu ortaya çıkmaktadır.⁷³

YSK verilerine göre 29 Mart 2009 yerel seçimlerinde Gelinkaya'da 4590 kişi oy kullanırken, 1,5 yıl sonra 12 Eylül 2010 referandumunda 2939 kişinin oy kullandığı görülmektedir. 1,5 yıl sonra artması gereken seçmen sayısı bu kez tersine 1451 kişi azalmıştır. Bu tür anormalliklerin seçim hilesinin dışında açıklanması mümkün görülmemektedir. Neval Kavcar "Bu seçim sistemiyle AKP bin yıl daha seçilir" demektedir.

Seçimlere ilişkin bir diğer mesele de ölümlere oy kullandırılmış olması ihtimalidir. Gazeteci Arslan Bulut; kendisine gönderilen bir seçmen bilgi kâğıdında 1957 yılında doğan ve 2 yaşında iken ölen Hasan Türkmaya adlı merhuma ölümünden 50 yıl sonra seçmen kâğıdı gönderilmesinin ve ölü vatandaşa TC kimlik numarası verilmesinin ölümler

⁷⁰ http://www.nvi.gov.tr/Hizmetler/Istatistikler,Nufus_Kutukleri_Istatistikleri.html 31 Mart 2010

⁷¹ http://www.nvi.gov.tr/Hizmetler/Istatistikler,Nufus_Kutukleri_Istatistikleri.html 2008

⁷² <http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2009Mahallildareler/ResmiGazete/IIGenel.pdf> 2009

⁷³ Neval Kavcar, " Bu beldede bebekler bile oy kullandı", Son Sayfa, 27.12.2010

adına da seçmen kaydı yapılarak oy kullandırıldığını ortaya koyduğunu ve son üç yılda seçmen sayısında 6 milyonluk artış yapılmasının ölümlere seçmen kaydı yapılmasından kaynaklandığını söylemekte ve bir CFR⁷⁴ memorandumunu program haline getirerek kurulmuş bir parti olan AKP'nin, seçimleri ve referandumları bu tür yöntemleri kullanarak kazandığını ifade etmektedir (Bulut, 2010).⁷⁵ Bu iddiaya bugüne kadar doyurucu bir cevap verilmemiş olması düşündürücüdür.

MEKANİK HİLE İDDİALARI

Başından beri aktardığımız bilgiler seçimlerde elektronik hile yapıldığını ve mükerrer oy kullanıldığını göstermektedir. Ancak elektronik seçim hilelerine 2009 yerel seçimleri, 2010 Anayasa referandumu ve 2011 seçimlerinde mekanik seçim hileleri de eklenmiştir. 2009 yerel seçimleri sırasında Ankara'nın Yenimahalle ilçesinde elektrik kesintisi ardından çuvallarla oy pusulalarının taşınması, 2011 seçimlerinde Sarıyer'de bir apartmanın 5 numaralı dairesine ev halkının yanı sıra Türkiye'nin farklı yörelerinden seçmen kaydedilerek 5 olan hane halkı sayısının 17'ye çıkarılması, İstanbul'da AKP'ye evet mührü basılı milyonlarca oy pusulası taşıyan bir kamyonun yakalandığı haberlerinin⁷⁶ basında yer alması, Türkiye'nin çeşitli yerlerinde AKP dışındaki partilere verilmiş oy pusulalarının çöplere atıldığının tespit edilmesi, Ordu'da seçimlerden sonra parklara sıra yapılmak üzere Park ve Bahçeler Müdürlüğü'ne gönderilen oy sandıklarından bir kısmının içlerinden AKP dışındaki partilere verilmiş çok sayıda oy pusulasının çıkması gibi olaylar halâ hatırlardadır.

BİRLEŞTİRME TUTANAKLARI UYGULAMASI

Seçim hilelerinin en önemlilerinden biri de birleştirme tutanaklarında ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere sandık sonuçları ilçe seçim kurullarında birleştirme tutanaklarına kaydedilerek ilçe ve daha sonra il sonuçları ortaya çıkmaktadır. Halen bir Kamu kuruluşunda görevli olan arkadaşımın bizzat yaşadığı bir olay bu konuda yapılan hilele-

⁷⁴ CFR: Council of Foreign Relations (Dış İlişkiler Konseyi); Walter Lippman önderliğinde kurulan ve ABD'yi Tek Dünya Devleti haline getirmek için çaba harcayan ABD'nin Dış İlişkiler Konseyi

⁷⁵ Arslan Bulut, "AKP'nin Seçim Kazanma Sırları", Yeniçağ, 1 Ekim 2010

⁷⁶ AKP'nin Oyu Yüzde Otuzun Altındadır", Oda TV, 16.06.2011

rin boyutlarını gözler önüne sermektedir. Arkadaşım 2007 seçimlerinde Ankara'nın bir ilçesinde sandık başkanıdır. Kendi sandığında oy kullananların sayımını yaptırarak sandık sonuç tutanağını imzalar ve üyelere de imzalattıktan sonra bizzat İlçe Seçim Kurulu'na götürür. Birleştirme tutanaklarını kaydeden kişinin arkasındaki kuyruğa girer. Sıra kendisine gelince tutanaktaki sonuçları görevliye yazdırmaya başlar. Ancak görevlinin tutanakta yer alan rakamları bir parti lehine ve diğer partiler aleyhine değiştirerek yazdığını görünce itiraz eder. Bunun üzerine görevli bağırarak başlayarak binadaki polisleri çağırır. Görevine müdahale edildiğini söyleyerek sandık başkanı olan arkadaşımı gözaltına almalarını ister. Bu arada arkadaşım, İlçe Seçim Kurulu'nda görevli olan bir hakimi görerek kendisine seslenir ve durumu anlatarak yardımını ister. Hakim, arkadaşımın göz altına alınmasını engeller ve birleştirme tutanaklarını kaydetmekle görevli olan kişiyi uyararak tutanağa doğru rakamların yazılmasını sağlar. Ancak görevlinin arkasında bekleyen uzun bir kuyruk mevcuttur. Hakim ve arkadaşım oradan ayrıldıktan sonra birleştirme tutanakları görevlisinin benzer uygulamaya devam ettiğine şüphe yoktur. Ankara'nın tek bir ilçesinde meydana gelen bu olayın özel olarak seçilmiş sandık ve birleştirme görevlileri tarafından tüm Türkiye'de uygulanabileceğini dikkate alındığında yapılabilecek sahtekârlığın boyutları ve seçim sonuçlarının halkın iradesini gösterip göstermediği sorusunun cevabı ortaya çıkacaktır. Diğer yandan YSK'nın birleştirme tutanaklarının veri girişini sağlayan taratılmış imzalı sandık sonuçları yerine, sadece birleştirme tutanaklarının sonuçlarını açıklaması bu konudaki endişelerin haklılığını teyit eder mahiyettedir.

SEÇİMLERE İLİŞKİN ANKET ÇALIŞMALARI VE KAMUOYU ARAŞTIRMA ŞİRKETLERİNİN FAALİYETLERİ

Bu ve benzeri hilelerin perde arkasında planlanmasına paralel olarak bir yandan da birtakım Kamuoyu Araştırma Şirketleri kullanılarak tasarlanan seçim sonuçları anket sonucu adı altında TV kanalları ve yazılı basın üzerinden halka aktarılmakta ve halk kitleleri seçimlerden çıkacak hileli sonuçları gerçek sonuçlar gibi algılayacak şekilde istenilen kıvama getirilmektedir.⁷⁷

⁷⁷ Neval Kavcar, "22 Temmuz 2007 Seçimi Mercak Altına Alınmalıdır", kavcar [ne-

Bu şirketlerden bazıları “seçim sonuçlarını virgülden sonraki iki hanesine varıncaya kadar doğru olarak tahmin ettik” demek suretiyle halkı seçimlerin adil yapıldığına inandırmaya çalışmakta ve müteakip seçimlerde de bu şirketler üzerinden seçim sonuçlarını yönlendirmek ve meşrulaştırmak isteyen çevrelerin çıkarına hizmet etmektedir. “Seçim sonuçlarını virgülden sonraki iki hanesine varıncaya kadar bildiğini” söyleyen kişiye, “seçimlerden önce 6 milyon fazla seçmen kaydı yapılan, 19 milyon fazla oy pusulası basılan, parmak boyası kaldırılarak mükerrer oy kullanılmasının önü açılan ve güvenlik sertifikasız bir elektronik sistem kullanılan oldukça şaibeli bir seçimin sonucunu virgülden sonra iki hanesine varıncaya kadar bildiğinize göre siz bu işin neresindesiniz?” sorusunu sormak gerekecektir!

Türk halkının bir kısmı seçim hilelerine sadece genel ve mahalli seçimlerde başvurulduğu gibi yanlış bir izlenime sahiptir. Oysa referandumlarda kullanılan oylara ilişkin kayıtlar ve referandum sonuçları da seçimlerde kullanılan sistemler üzerinden işlenmekte ve değerlendirilmektedir. Dolayısıyla tıpkı seçimlerde olduğu gibi referandumlar yoluyla ulaşılan sonuçlar ve yapılan değişiklikler de halkın iradesini yansıtmamasının yanı sıra, 12 Eylül referandumunda olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin tüm hukuk sisteminin değiştirilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Vasat bir akla sahip olan herkes, yargıyı üçüncü kuvvet olmaktan çıkararak hükümetin emrine verecek olan dolayısıyla demokrasinin vazgeçilmez ilkesi olan kuvvetler ayrılığı prensibini ortadan kaldırarak yasama⁷⁸ ve yürütmenin yanı sıra yargıyı da hükümetin emrine veren referandumun gerek AKP, gerekse Türkiye'yi parçalamayı hedefleyen güçler açısından ne kadar büyük önem taşıdığını görecektir.

Bu konuda gerekli tedbir alınmadığı takdirde halen TBMM'de sürdürülen anayasa çalışmalarının referanduma götürülmesi suretiyle gerçekte halkın onay vermediği bir anayasa değişikliğinin halkın isteği olarak sunulması Türk halkının aldatılması ve Türkiye Cumhuriyeti'nin hileli bir referandum sonucuna dayanarak bölünmesi ihtimali gözden uzak tutulmamalıdır.

⁷⁸ valkavcar@yahoo.com], 20.08.2007
Meclis'te sahip olduğu milletvekili sayısı nedeniyle AKP dolaylı olarak yasama gücüne de sahip bulunmaktadır

Ancak işbirlikçi televizyon kanalları, gazeteler ve kamuoyu araştırma şirketleri kullanılarak, Türk halkı, referandum ve seçim sonuçlarının doğru olduğuna ve halkın iradesini yansıttığına inandırılmaktadır. Televizyon kanallarına çıkan siyasetçiler, akademisyenler ve gazetecilerin bir bölümü Türk halkının aldatılması planında görev aldıklarından, diğer bölümü ise seçim hilelerinden habersiz olduklarından seçim sonuçlarını meşrulaştıran ifadeler kullanmakta ve Türk halkının iktidara sandıkta gereken dersi vereceğini söylemektedir. Oysa mevcut seçim sistemi değiştirilmediği sürece halkın gerçek iradesinin sandığa yansması mümkün değildir.

SONUÇ

Seçimler halkın iradesinin Meclis'e yansmasını sağlayan en önemli araçtır. Bu aracın doğru kullanılması demokrasinin sağlıklı işleminin olmazsa olmaz şartıdır. Bu şartın gereğinin yerine getirilmesi ise hem siyasi partilerin hem de devlet kavramının temel unsurları olan kurumların temel görevidir. Bu kurumlar içinde yer alan en önemli unsur yargıdır. Nitekim anayasamız seçimlerin adil bir şekilde planlanması ve icra edilmesi görev ve sorumluluğunu bir yargı organı olan YSK'ya vermiştir. Ancak hükümet gerek 12 Eylül referandumundan sonra yüksek yargı organlarının yapısı içine nüfuz etme imkânını elde ederek, gerekse YSK'nın uhdesinde olan bir takım yetki ve sorumlulukları İçişleri Bakanlığı, Adalet bakanlığı gibi idarenin parçası olan kurumlara devretmek suretiyle kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı olarak adeta yargıyı kendine bağlı bir kurum haline getirmiştir. YSK ise kendisine ait olan seçimlere ilişkin yetkilerin idareye devredilmesine adeta seyirci kalmaktadır. Bu şartlar altında yapılacak seçimlerde ulaşılabilecek sonuçlar halkın iradesini değil, iktidarların ve onların yönetiminde olmasından fayda umanların iradesini temsil edecektir. Halkın gerçek iradesinin Meclis'e yansması isteniyorsa mevcut seçim sistemimiz mutlaka ıslah edilmeli ve bu konuda alınacak tedbirlerle seçim hileleri konusunda kamuoyunda yerleşik şüphelerin ortadan kaldırılması sağlanmalıdır.

Siyasetçiler, aydınlar ve vatanseverler, yabancı güçlerin çıkarlarına uygun şekilde Türkiye'yi idare edeceği değerlendirilen kadroların iktidara taşınmasının aracı olarak seçimlerin kullanılmakta olduğunu

algılamadıkça iktidara gelenlerin halkın oylarıyla seçildiğini zanneden Türk halkı seçimleri ve referandumları meşrulaştırmanın aracı olarak kullanılmaya devam edilecektir.

HALK İRADESİNİN SANDIĞA YANSIMASI İÇİN ÖNERİLER

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında Türkiye'yi işbirlikçi iktidarlardan kurtarmak için seçim sisteminin halkın gerçek iradesini sandığa yansıtacak şekilde yeniden düzenlenmesi şarttır. Bu amaçla alınması gereken tedbirler aşağıda sunulmuştur:

1. Türkiye'nin nüfusunun ve seçmen sayısının sağlıklı olarak belirlenebilmesi için acilen nüfus sayımı yapılmalıdır.
2. Seçimler elektronik ortam yerine mekanik usullerle yapılmalıdır.
3. Seçim sandıkları seçime katılan bütün partilerin temsilcilerinin huzurunda açılmalıdır
4. Eğer elektronik sistemde ısrar edilirse seçimlerde TÜBİTAK'ın geliştirdiği ve milli yazılım olan güvenlik sertifikalı PARDUS-Linux işletim sisteminin kullanılması sağlanmalıdır. Bu konudaki talep, YSK' nın daha önce yaptığı gibi "bu değişikliği yapmak için yeterli süre yok" bahanesinin arkasına sığınmaması için bir an önce YSK' ya iletilmelidir.
5. Anayasa'nın 79. Maddesine göre YSK' nın yetki ve sorumluluğunda olan ancak yapılan kanun değişikliğiyle NVİGM' ye devredilen seçmen belirleme yetkisi tekrar YSK' ya verilmelidir. Bu yetkinin Nüfus İdaresi Genel Müdürlüğü'ne devredilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile açılan ancak sürüncemede olduğu belirtilen davanın takibi ve sonuçlandırılması için siyasi partilerce çaba harcanmalıdır.
6. Parmak boyası uygulaması geri getirilmelidir. YSK' nın süre yetersizliği gerekçesini öne sürmemesi için bu konudaki talep de bir an önce YSK' ya bildirilmelidir.
7. YSK' nın oy sayımı aşamasındaki seçimle ilgili verilerine tüm siyasi partilerin eş zamanlı olarak ulaşmasına imkân sağlanmalıdır.

8. YSK'nın seçim sonuçlarının kendi sonuçları ile karşılaştırılabilmesine ve denetlenebilmesine imkân sağlamak üzere Siyasi partiler kendi network sistemini kurmalı ve YSK'dan önce sandık sonuçlarını belirleyebilmelidir.
9. Seçim kurullarında görev yapacak başkan ve üyeler ile sandık başkanları, üyeleri ve seçim güvenliği için görevlendirilecek emniyet personeli kura yoluyla belirlenmelidir. Bunlar önceden ilan edilmeli ve partiler tarafından bu personelin hem kendi sandıklarında hem de görev yaptıkları sandıkta oy kullanıp kullanmadıkları denetlenmelidir.
10. Seçim kurullarında, ayrıca birleştirme tutanaklarının yazılmasında görev alan kişilerin yanında, bilgi işlem merkezlerinde ve terminallerin başında mutlaka her partiden temsilci bulunması sağlanmalıdır.
11. Oy pusulalarında seçim bölgesi ve sandık numarası yazılı olmalı ve sandık sonuçları YSK'nın ilgili sayfasına YSK'nın elektronik ortamda oluşturduğu tablolar şeklinde değil de, tarayıcıdan geçirilmiş imzalı nüshalar halinde yüklenmelidir.
12. Mükerrer oy kullanılmasının ve fazla basılan pusulaların başka sandıklara kaydırılmasının önlenmesi için oy pusulalarının üzerine il kodları, ilçe kodları yazılmalıdır.
13. Oy pusulalarında bağımsız adayların isimleri partilerle aynı büyüklükte yazılmalıdır.
14. Kamu kuruluşları ve yerel yönetimlerin seçimlerde siyasi partilere ve adaylara desteği önlenmeli, destek veren kuruluşlara ve seçimlerde hile yaptığı belirlenen partilere ve kişilere verilecek cezalar ağırlaştırılmalıdır.
15. TSK personelinin siyasetin içine çekilmesine, birlik içindeki disiplinin zedelenmesine ve gruplaşmalara yol açan askerlerin oy kullanması uygulaması kaldırılmalıdır.
16. Oy oranı düşük olan Partilerin Meclis dışında kalmasına neden olan seçim barajı kaldırılmalı veya düşürülmelidir. Ancak barajın kaldırılmasının seçenekleri gibi sunulan dar bölge ve daraltılmış

bölge sistemleriyle yapılacak seçimlerin gerçekte barajı daha yüksek oranlara çıkardığı dikkate alınarak bu tür yaklaşımlara itibar edilmemelidir.

17. Ankara, İstanbul, İzmir gibi nüfusu fazla olan illerde ortalama 100.000 seçmenin oyuyla bir milletvekili seçilebilirken Hakkâri, Bitlis gibi nüfusu az olan illerde ortalama 34.000 seçmenin oyuyla milletvekili seçilebilmektedir . Seçmenler arasında eşitsizliğe neden olan ve halk iradesinin doğru olarak seçim sonuçlarına yansımaya engel teşkil eden bu uygulama değiştirilmelidir.
18. Seçim sonuçlarını halkın zihninde meşrulaştıran TV kanallarının, yazılı basının ve kamuoyu araştırma şirketlerinin yurtiçi ve yurtdışı bağlantıları araştırılmalı ve yurtdışından parasal yardım almalarını önleyecek hukuki düzenlemeler getirilmelidir.
19. Seçim sisteminde ve referandumlarda hile yapılmasını önleyecek değişiklikler yapılıncaya kadar siyasi partiler seçimleri ve referandumları boykot etmelidir. Bu yapılmadıkça gerek siyasi partiler, gerekse Türk halkı, hile ile seçilecek partilerin iktidarını ve referandum sonuçlarını meşrulaştırmanın araçları haline gelerek ülkenin gelecekteki durumundan sorumlu olacaklardır.
20. TV ekranlarına çıkan siyasetçiler, aydınlar ve gazeteciler referandumla yapılan değişikliklerin ve seçim sonuçlarının şaibeli olduğunu, dolayısıyla referandum sonuçlarına dayanarak yapılan ve yapılacak olan hukuki düzenlemelerin ve seçim sonuçlarının yok hükmünde olduğunu halka anlatmalıdır. Böylece seçim hilelerine karşı halk bilinçlendirilmeli ve oyuna sahip çıkması sağlanmalıdır.

KAYNAKLAR

- 298 sayılı kanunun bazı maddelerini değiştiren 13.03.2008 tarih ve 5749 sayılı Kanun Adalet Bakanlığı'nın 17.03.2010 tarih ve Sayı: B.03.0.KGM.0.00.00.05/684/1470 sayılı resmi yazısı
- Akgüneş Gürkan, Kesler Musa, "Seçime Hile Karıştı", Milliyet, 14 Temmuz 2010
- "AKP'nin Oyu Yüzde Otuzun Altındadır", ODA TV, 16.06.2011
- AKP'nin 28.11.2013 tarih ve SEÇ.81.03/2013-2154 sayılı başvuru yazısı
- "AKP oyun peşinde", Yeniçağ, 2 Kasım 2013
- Akyüz, A. Erdem , Hukukun Egemenliği Derneği Genel Başkanı, "SECSİS, MERNİS, UYAP VE SEÇİM", İlk Kurşun, 10 Mayıs 2011
- Arman Ayşe, "Referandum mühründe neden 'Evet' yazıyor?", Hürriyet, 11.08.2010
- Aru, Çağdaş, Cisco'nun VoIP Telefonlarını Birer Dinleme Cihazına Çeviren Güvenlik Açığı Keşfedildi, <http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=40647>, 14 Ocak 2013
- Ataklı, Can, "Skandal büyüyor, muhalefet korkuyor", Vatan, 25.08.2007
- Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Md.lüğününün 25 Nisan 2003 tarih ve Sayı: B.02.0.KKG.010/ 101-626/1794 sayılı yazısı
- Bulut, Arslan, " AKP'nin Seçim Kazanma Sırları ", Yeniçağ, 1 Ekim 2010
- "Çöp konteynerinden oy pusulaları çıktı", Milliyet, 31 Mart 2009
- "Dikili'de Seçimlere itiraz", İHA/İzmir, 30 Mart 2004
- Doğaner, Mehmet, " Beldede Hayali Seçmen İddiası", (DHA), Milliyet, 4 Aralık 2008
- Dura, Cihan, www.cihandura.com, 21.02.2011
- Ercilasun, Ahmet B., "Seçimler Milli İradeyi Yansıtıyor mu?", Yeniçağ, 13 Ocak 2010
- Ertuğrul Aytekin, <http://www.toplumsalbilinc.org/forum/index.php?topic=3952.0>, SECSİS (Bilgisayarlı Seçim Sistemi) Güvenli Değil, 02.12.2008
- "Fazla Basılan Oy Pusulalarının Başrolde Olduğu Bir Sandık Senaryosu", Milliyet, 5 Haziran 2011
- Göksel, Türkmen; Çınar, Yetkin, Mevcut Seçim Sisteminin İyileştirilmesine Yönelik Sayısal Analizler ve Politika Önerileri, TEPAV Yayınları No: 58, Eylül 2011
- Türkmen, Hamdi; Yaraş, Erol; İzgi, Erdal; "Parmak Boyansın, Seçim Rahatlasın", Milliyet, 24 Nisan 2011
- Kavcar, Neval, " SECSİS'in Sertifikası Yok İddiası", Ortadoğu, 5 Mart 2010
- Kavcar, Neval, "22 Temmuz 2007 Seçimi Mercek Altına Alınmalıdır", kavcar [neval-kavcar@yahoo.com], 20.08.2007

- Kavcar, Neval, "Bu Seçim Sistemiyle AKP 1000 Yıl Daha Seçilir", Son Sayfa, 30.09.2010
- Kavcar Neval, " Bu beldede bebekler bile oy kullandı", Son Sayfa, 27.12.2010
- Kesici, Ufuk, "YSK'ye 2002 Seçimleri Hatırlatması", Milliyet, 11 Ekim 2011
- King, Charles, "Electoral Systems", GeorgeTown University, 2000
- Kurt, Ertan, Cisco IOS NAT güvenlik açıkları, <http://.www.olympus.net/guvenlik-aciklari/router/cisco-ios-nat-guvenlik-aciklari>, 29 Eylül 2011
- Mutlu, Mustafa, "Seçimin Kaderini Sandık Görevlileri Belirleyecek", Vatan, 20.07.2007
- Norris, Pippa, Harvard University, "Choosing Electoral Systems:Proportional, Majoritarian and Mixed Systems", For Contrasting Political Institutions special issue of the International Political Science Review Vol 18(3), edited by Jean Laponce and Bernard Saint-Jacques, July 1997
- ODA TV, 16.06.2011, "AKP'nin Oyu Yüzde Otuzun Altındadır"
- Önkibar, Sabahattin, "Bu YSK ile Güvenli Seçim Olur mu?", Yeniçağ, 20 Nisan 2011
- Özbudun, Ergun, "Seçim Sistemleri ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 44, Sayı 1-4
- Özdil, Yılmaz, "Hokus pokus...", Hürriyet, 2 Haziran 2011
- Öztürk , Işıl , "Her Sandıktan Oy Tırtıklanmış", Tercüman, 26.08.2007
- 298 sayılı kanunun bazı maddelerini değiştiren 13.03.2008 tarih ve 5749 sayılı Kanun
- Riley, Michael, "How the US Government Hacks the World , Bloomberg, May, 23, 2013
- "Seçmen Artışı Kuşkulu", Milliyet, 28 Mayıs 2011
- Tomanbay, Mehmet, "İleri Demokrasi ve Seçim Sistemi", Cumhuriyet, 21 Aralık 2011
- Türkmen Hamdi, Yaraş Erol, İzgi Erdal, "Parmak Boyansın Seçim Rahatlasın", Milliyet, 24 Nisan 2011
- Yenerer, Vedat, "YSK Neden Saklıyor?", Yeniçağ, 06.07.2007
- Zeyrek, Deniz, " SEÇSİS Alarm Veriyor, YSK Sessiz", Radikal, 06.09.2010
- "22 Temmuz Seçimlerinin Formülü", www.acikistihbarat.com, 07.12.2007
- <http://tools.cisco.com/security/center/content/CiscoSecurityAdvisory/cisco-sa-2013.03.27-pt>
- <https://www.youtube.com/watch?>
- <http://dosyalar.hurriyet.com.tr/almanak2003/>"Meclis dışı kalanların son umudu DEHAP oldu", Aralık 2003
- http://www.nvi.gov.tr/Hizmetler/Istatistikler,Nufus_Kutukleri_Istatistikleri.html, 2008

http://www.nvi.gov.tr/Hizmetler/Istatistikler,Nufus_Kutukleri_Istatistikleri.html,31Mart 2010

<http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2009MahalliIdareler/ResmiGazete/IIGenel.pdf>.29.03.2009

[http://www.yilmaztankut.org/faaliyetler_\(Cevaplanan\)18.01.2010](http://www.yilmaztankut.org/faaliyetler_(Cevaplanan)18.01.2010)

<http://www.the.org.tr//secimlerde-bilgisayar-mi-bilgicalar-mi-kullaniliyor/TürkHukukEnstitüsü>, 5 Nisan 2010

<http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2011MilletvekiliSecimi/SecSay01062011.pdf>
(01.06.2011 tarihli YSK Duyurusu)

<http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/Kararlar/2013Pdf/2013-543.pdf> (YSK'nın 28.11.2013 tarih ve 543 sayılı kararı)

<http://www.temizsecim.org>

BARIŞÇIL TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ YAPMA HAKKI VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

**Barışçıl Gösterilere Orantısız Güç Kullanımının Avrupa İnsan
Hakları Sözleşmesi'ne Uygunluğu Sorunu Üzerine**

RIGHT TO FREEDOM OF ASSEMBLY AND PEACEFUL

DEMONSTRATION AND THE OBLIGATIONS OF THE STATE

**On the Question of the Compatibility with the European Convention
on Human Rights of the Use of Disproportionate Force Against Peaceful
Demonstrations**

Ümit KILINÇ*

Özet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile korunan ve demokratik bir toplumdaki temel haklardan biri olan barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı kullanılırken ve kullanıldıktan sonra devletin yükümlülükleri nelerdir? Göstericilere karşı kullanılan orantısız gücün sonuçları nelerdir? Bu makalede yazar, yukarıdaki sorulara, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ışığında cevap vermeye çalışmıştır.

Anahtar Kelimeler: AHİM, AHİS, Orantısız güç, Toplanma ve gösteri yapma hakkı, Pozitif yükümlülük, Negatif yükümlülük, Etkili soruşturma, Orantılılık ilkesi, Biber gazı, İfade özgürlüğü, Demokratik toplum, İzinsiz gösteri.

Abstract: What are the obligations of the State during and after the exercise of the right to freedom of assembly and peaceful demonstration, which is guaranteed under Article 11 of the European Convention on Human Rights and which constitutes one of the fundamental freedoms in a democratic society? What are the consequences of the use of disproportionate force against demonstrators? In this article, the author attempts to respond the aforementioned questions in the light of the case-law of the European Court of Human Rights.

Keywords: ECtHR, ECHR, Disproportionate force, Right to freedom of assembly and peaceful demonstration, Positive obligation, Negative obligation, Effective investigation, Principle of proportionality, Tear gas, Freedom of expression, Democratic society, Unauthorised demonstration.

* Dr., Avukat-Strasbourg Barosu ve İzmir Barosu ve Öğretim Görevlisi-Fransa Strasbourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatlarına göre toplanma ve gösteri yapma hakkı, demokratik toplumda korunan temel haklar arasında yer almakta ve 10. madde ile korunan ifade özgürlüğüyle birlikte, demokratik toplumun temelini oluşturmaktadır. Toplanma ve gösteri yapma hakkının güvence altına alınmadığı bir ülkede demokrasiden bahsetmek mümkün olmadığından, bu hak demokrasinin vazgeçilmez bir koşuludur ve onun ayrılmaz bir parçasıdır¹. Bu hak sayesinde vatandaşlar, politikacıların ve ülkeyi yönetenlerin davranışlarını eleştirme, ülkede uygulanan politik uygulamalar ve projeler üzerinde etkide bulunma ve demokratik taleplerini dile getirme imkanına sahip olmaktadır². Bu yönüyle toplanma özgürlüğüne ve göstericilerin ifade özgürlüklerine müdahale yapılması demokrasiyi işlevsiz kılmakta, hatta demokratik toplumun varlığını tehlikeye sokmaktadır. Toplanma ve gösteri yapma hakkı kullanılırken, ulaşılmak istenen amaç ve kullanılan ifadeler ne kadar rahatsız ve şok edici olursa olsun, devlet makamlarının bu hakka müdahaleden kaçınmaları gerekmektedir³.

Sözleşme'nin 11. maddesi⁴ “[h]erkes[in] barışçıl olarak toplanma (...) hakkına sahip” olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla ilke olarak,

¹ Gökçen Alpkaya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Temmuz-Eylül 2001, Cilt 56, Sayı 3, s. 2.

² Ziya Çağa Tanyar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, *AÜHFD*, 60 (3) 2011, s. 598.

³ AİHM, *Alekseyev/Rusya*, n° 4916/07, n° 25924/08 ve n° 14599/09, 21 Ekim 2010 tarihli karar, § 80 ve *Serguei Kouznetsov/Rusya*, n° 10877/04, 23 Ekim 2008 tarihli karar, § 45.

⁴ Sözleşme'nin 11. maddesindeki haklar (toplanma özgürlüğü hakkı ve örgütlenme özgürlüğü hakkı), kişinin başkalarıyla birlikte kullandığı haklar olduğundan, toplu haklar kategorisinde değerlendirilmektedir. Fakat bu hakların toplu olarak kullanılması, bireylerin tek başına bu haklardan faydalanmayacağı anlamına gelmemektedir. 11. maddedeki haklardan gerçek kişi/tüzel kişi veya şahıs/topluluk ayrımı olmadan “herkes” faydalanmaktadır. Bu nedenle Sözleşme'nin bu hükmünde korunan haklar, hem toplu haklar hem de bireysel haklar kategorisine girmektedir (Osman Doğru & Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 2. Cilt, Avrupa Konseyi/Yargıtay, Ankara, 2013, s. 429). Ancak bu hakkı diğer bireysel haklardan ayıran en önemli yanı, kolektif olarak başkalarıyla birlikte de kullanılabilmesidir (Jean Raymond, “La liberté de manifester selon la Convention européenne des droits de l’homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n° 4, 1990, s. 332).

barışçıl olmayan ve şiddet içeren silahlı bir toplantı veya gösteri yürüyüşü Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında korunmamaktadır⁵. Mahkeme, bu durumu *Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İinden/Bulgaristan* kararında⁶ açıkça belirtmiş ve 11. maddede korunan toplanma özgürlüğünün şiddet içeren veya şiddeti yayma amacıyla olan bir gösteriye ve göstericilere uygulanmayacağını ifade etmiştir.

Gerçekten de AİHM, Sözleşme'ye uygunluk denetimini yaparken şiddet kullanan göstericiler ile barışçıl göstericiler arasında ayırım yapma yoluna giderek, sadece barışçıl göstericilerin 11. madde ile korunan toplanma ve gösteri yapma hakkından faydalandıklarını belirtmektedir⁷. Buna karşın şiddet içeren, şiddete çağrı niteliğinde olan ve demokratik değerlerin ortadan kaldırılmasının savunulduğu gösteriler dışında, toplanma ve gösteri yapma özgürlüğüne müdahale edilmesi demokratik toplumda gerekli değildir ve çoğu zaman demokratik toplumun varlığını tehlikeye sokmaktadır⁸.

⁵ Her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü Sözleşme'nin 11. maddesinin kapsamına girmemektedir. Bir toplantı veya yürüyüşün Sözleşme tarafından korunması için, bir kamusal niteliğine sahip olması, demokratik bir niteliğe sahip olması ve ifade özgürlüğü ile karakterize edilmesi gerekmektedir (Gökçen Alpkaya, a.g.e., ss. 5-7).

⁶ AİHM, *Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İinden/Bulgaristan*, n° 29221/95 ve n° 29225/95, 2 Ekim 2001 tarihli karar, § 77. Ancak bu tespite rağmen, toplantı veya gösteri yürüyüşü şiddet içerse de Mahkeme, yapılan başvuruyu konu bakımından yetkisizlik (*ratione materiae*) nedeniyle reddetmemektedir ve çoğu zaman, 11. maddeyi davaya uygulayarak bu durumu orantılılık incelemesini yaparken dikkate almakta ve başvuruyu genelde reddetmektedir (Bkz., örnek olarak, AİHM, *Kamil Kartal ve diğeri/Türkiye*, n° 29768/03, 16 Aralık 2008 tarihli kabuledilemezlik kararı).

⁷ Bu duruma en iyi örnek *Ezelin/Fransa* (n° 11800/85, 26 Nisan 1991 tarihli karar) kararıdır. Bu davada, avukatlar derneğinin başkan yardımcısı olan başvurucu, mahkeme kararlarını eleştirmek için bir gösteri düzenlemiştir. Gerekli izin alınmış ve gösteri yapılmıştır. Bu gösteride, göstericiler polise küfürler savurmuş ve duvarlara mahkemeleri eleştiren afişleri asmışlar. Savcının talebi üzerine başvurucu hakkında bir disiplin soruşturması açılmış ve sonuç olarak disiplin cezasına çarptırılmıştır. Baro disiplin cezasının verilmesinin yerinde olmadığını karar vermiş ancak bu karar, istinaf mahkemesi tarafından bozularak başvurucuya kınama cezası verilmesine karar verilmiştir. İstinaf mahkemesi gerekçe olarak, başvurucunun küfürlere karşı çıkmadığını ve bu durum karşısında kortejden çıkması gerekirken çıkmadığını öne sürmüştür. Aynı tespitleri *Yargıtay*'da yapmıştır. AİHM, bazı göstericilerin şiddete başvurduğunu kabul etmiştir ancak, başvurucunun şiddete başvurduğunu ve küfür ettiğinin tespit edilmediğini ve eleştiri sınırlarını aşacak hiç bir hareketinin olmadığını ifade ederek Fransa'yı mahkum etmiştir.

⁸ AİHM, *Alekseyev/Rusya*, a.g.k., § 80 ve *Serguei Kouznetsov/Rusya*, a.g.k., § 45.

AİHM'in Sözleşme'nin 11. maddesi ile ilgili denetim kontrolü, 8, 9 ve 10. maddeler ile aynıdır. AİHM toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne yapılan müdahalenin, "yasa" ile öngörülüp öngörülmediğini, bu müdahalenin 11. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan birine yönelik olup olmadığını ve "demokratik toplumda gerekli" olup olmadığını incelemektedir. Müdahalenin "yasa" ile öngörülebilmesi için, müdahalenin temelinde yatan mevzuat hükmünün ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterleri karşılaması gerekmektedir. Başka bir deyişle söz konusu "yasadan" halkın haberdar olması (ulaşılabilirlik kriteri) ve bu "yasanın" vatandaşların kendi davranışlarını düzenlemelerine imkan verecek kadar açık ve anlaşılır hükümler içermesi (öngörülebilirlik kriteri) gerekmektedir. "Demokratik toplumda gereklilik" konusunda ise AİHM, toplanma ve gösteri yapma hakkının sınırlandırılmasının "zorlayıcı bir sosyal gereksinime" cevap verip vermediğini, bu hakkın sınırlandırılmasında iç hukuk yargı organları tarafından kullanılan gerekçelerin sınırlamayı haklı kılmak için "yeterli" ve "yerinde" olup olmadığını ve "orantılılık ilkesi" gereği, sınırlama ve ulaşılmak istenen meşru amaç arasındaki orantı olup olmadığını incelemektedir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü değişik şekiller alabilmektedir : klasik toplanma ve gösteri yapmanın dışında, kamusal bir alanda hareketsiz kalma, oturma eylemi yapma⁹ ve hatta yol kesme¹⁰, grev yapma¹¹ ve bir yerin işgali¹² dahi Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında korunan toplanma ve gösteri yapma hakkının kapsamında girmektedir¹³. Sözleşme'nin bu hükmü aynı zamanda, özel toplantıları ve kamuya açık yerlerde yapılan toplantıları da kapsamaktadır¹⁴. Ayrıca, bir gösterinin veya toplantının yasal olmaması, bu gösterinin veya toplantının barışçıl olmadığı anlamına gelmemektedir : Sözleşme'nin 11. maddesi barışçıl ama yasal olmayan gösteri ve yürüyüşlere de uygulanmaktadır¹⁵.

⁹ Örnek olarak, Samüt Karabulut/Türkiye, n° 16999/04, 27 Ocak 2009 tarihli karar.

¹⁰ AİHM, Barraco/Fransa, n° 31684/05, 5 Mart 2009 tarihli karar.

¹¹ AİHM, Urcan ve diğerleri/Türkiye, n° 23018/04, 23042/04, 23034/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 ve 23676/04, 17 Temmuz 2008 tarihli karar.

¹² AİHM, Cissé/Fransa, n° 51346/99, 9 Nisan 2002 tarihli karar.

¹³ Ziya Çağa Tanyar, a.g.e., s. 604.

¹⁴ Frédéric Sudre vd, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 6. baskı, Puf, Paris, 2011, 689.

¹⁵ Mahkeme bu tespite Cissé/Fransa kararında (a.g.k.) varmıştır. Mahkeme bu davada, Fransa'da kaçak yaşayanların yasalara aykırı bir şekilde bir kiliseyi işgal etmesini ve burada açlık grevi yapmasını barışçıl bulmuş ve Sözleşme'nin 11.

Barişçıl bir şekilde toplanma özgürlüğü hakkını kullanan şahıslar aynı zamanda ifade özgürlüklerini de kullandıkları için, Sözleşme'nin 11. maddesi, 10. madde ışığında incelenmektedir¹⁶. Bu yönüyle ifade özgürlüğü gibi, toplanma özgürlüğünün geniş buna karşın, bu özgürlüğe getirilen sınırlamaların dar yorumlanması gerekmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesi ile 11. maddesi arasındaki bağ dikkate alındığında¹⁷, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı da bir dereceye kadar abartma ve tahrik etme hakkını da kapsamaktadır. AİHM, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı kapsamında, iktidarı, toplumun bir kesimini veya çoğunluğunu ve kamu makamlarını rahatsız edici ifadeler kullanılabileceğini belirtmektedir¹⁸.

Aynı şekilde, kamuoyunu ilgilendiren ve kamusal sorunları işleyen toplantı ve gösteri yürüyüşleri Sözleşme sisteminde geniş bir korumadan faydalanmaktadır¹⁹. AİHM'e göre, toplantı ve gösteri yapma hakkını kullanan şahısların bir azınlık grubuna ait olması²⁰ veya azınlıkta kalan bir fikri²¹ veya bir etnik aidiyeti²² veya ayrılıkçı düşün-

maddesinin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, rahibin onayıyla kiliseyi işgal eden yabancıların ibadet edenleri engellemediğini, herhangi bir şiddet gösterisinde bulunmadıklarını ve kamu düzenini bozmadıklarını belirtmiştir. İşgalcilerin amaçları halkın dikkatini, Fransa'da yabancıların başvurularının idare tarafından incelenme biçimi ve başvurularına uygulanan yasa maddesi konusunda çekmekti. AİHM Sözleşme'nin 11. maddesinin bu davaya uygulandığına ancak, bu maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Gerekçe olarak, iki ay süren işgalde başvurucuların açlık grevi yaptıklarını, bu süre içinde polisin müdahale etmediğini, ancak iki aydan sonra açlık grevi yapanların sağlık sorunlarıyla karşı karşıya kaldıklarını ve kilisede kalma şartlarının ağırlaştığını söyleyerek kiliseden çıkarmak için yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 11. maddesi ile uyumlu olduğu sonucuna varmıştır.

¹⁶ AİHM, Ollinger/Avusturya, n° 76900/01, 29 Haziran 2006 tarihli karar, § 38 ve Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)/Türkiye, n° 23885/94, 8 Aralık 1999 tarihli karar, § 37.

¹⁷ Bazı yazarlar toplantı yapma ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ifade özgürlüğünün doğal bir uzantısı olarak görmektedirler. Örnek olarak, bkz., Michele de Salvia, Compendium de la CEDH : Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme, 1. Vol., N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, Va, 2003, s. 532.

¹⁸ AİHM, Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İlinden/Bulgaristan, a.g.k., § 86.

¹⁹ Osman Doğru & Atilla Nalbant, a.g.e., s. 430.

²⁰ AİHM, Baczkowski ve diğerleri/Polonya, n° 1543/06, 3 Mayıs 2007 tarihli karar ve Alekseyev/Rusya, a.g.k.

²¹ AİHM, Barankevich/Rusya, n° 10519/03, 26 Temmuz 2007 tarihli karar.

²² AİHM, Tourkiki Enosi Xanthis ve diğerleri/Yunanistan, n° 26698/05, 23 Temmuz 2008 tarihli karar.

celeri²³ savunmaları durumunda, çoğunluğun veya çoğunlukta olan fikirlere sahip olanların bunlara saygılı davranması gerekmektedir²⁴ çünkü, hoşgörü ve başkalarının fikirlerine saygı demokratik toplumun en önemli özelliklerinden birini oluşturmaktadır²⁵.

Bu çalışmada ele alınacak konu, devletin AİHS'in 11. maddesi altında korunan barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili yükümlülüklerinin neler olduğudur. AİHM içtihatlarına göre devletin sadece, toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında (I) değil ama aynı zamanda, bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden sonra²⁶ da bazı yükümlülükleri bulunmaktadır (II).

I- BARIŞÇIL TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİ SIRASINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Özellikle göstericilere karşı tazyikli su sıkma, kaba dayak atma, gaz bombaları kullanma ve zorla dağıtma ve gözaltına alınma işlemleri başta olmak üzere, polis tarafından orantısız güç kullanımı ve kamu makamlarının bu konudaki yaklaşımları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) bazı hükümlerini ihlal edebilmektedir. Halbu ki, devletin izin almayan barışçıl bir gösteri grubuna müdahaleden kaçınma negatif yükümlülüğü ile birlikte (A), bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün sağlıklı bir şekilde yapılması konusunda gerekli tedbirleri alma pozitif yükümlülüğü vardır (B).

A) Devletin barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale etmeme negatif yükümlülüğü

Türkiye'de toplantı ve gösteri yapma bildirim sistemine tabi tutulmuştur. AİHM içtihatlarına göre, barışçıl bir gösteri yapmak için önceden izin almak veya bildirimde bulunmak gerekmemektedir. Buna karşın, bir gösterinin veya yürüyüşün izne veya bildirime bağlanması

²³ AİHM, Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İlinden/Bulgaristan, a.g.k., §§ 95-98.

²⁴ AİHM, Oya Ataman/Türkiye, n° 74552/01, 5 Aralık 2006 tarihli karar, § 48 ve Bukta ve diğerleri/Macaristan, n° 25691/04, 17 Temmuz 2007 tarihli karar, § 37.

²⁵ AİHM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/Türkiye, n° 20641/05, 25 Eylül 2012 tarihli karar, § 48, § 58 ve § 67.

²⁶ Devletin aynı zamanda toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden öncede yükümlülükleri vardır. Örneğin, barışçıl bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılmak isteyen şahısları engellememe yükümlülüğü (bu konuda bkz., Djavit An/Türkiye, n° 20652/92, 20 Şubat 2003 tarihli karar).

başlı başına Sözleşme'nin 11. maddesine aykırı değildir²⁷ ve devletler kamu düzenini ve ulusal güvenliği korumak için bir toplantıyı veya gösteriyi belli bir prosedüre bağlayabilirler²⁸.

Bildirim ve/veya izin prosedürü devletin yükümlülüğü konusunda iki yönüyle önemlidir: ilk olarak bu prosedür, devlete ve devlet makamlarına bir gösteri yürüyüşünün barışçıl olduğu konusunda teminat vermektedir. İkinci olarak, bu prosedür devlet makamlarına, toplantı ve gösteri yürüyüşünün sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri alma imkanı vermektedir. Başka bir deyişle, izin alındıktan sonra devletin, toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale etmeme negatif yükümlülüğü ile birlikte, bu toplantı ve gösteri yürüyüşünün sağlıklı yapılması için gerekli tedbirleri alma pozitif yükümlülüğü oluşmaktadır²⁹.

Gösteri yürüyüşünün yapılmasının izne bağlandığı durumlarda AİHM, iznin gösterinin düzenlenmesini imkansız hale getirecek şekilde verilmemesi gerektiğini söylemektedir³⁰. İznin çok geç verilmesi veya gereğinden fazla bilgi ve belge istenmesi buna örnek olarak gösterilebilir. İznin verilmemesi ve buna karşın göstericilerin barışçıl bir şekilde yürümeleri durumunda bu gösteriye müdahale edilmesi, Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında sorun çıkarabilmektedir. Yine soyut kamu düzeninin korunması öne sürülerek gerekçesiz bir şekilde bir barışçıl toplantının yasaklanması, toplanma ve gösteri yapma hakkını ihlal etmektedir³¹. İzin alınmasının imkansız olduğu veya kamuoyunun dikkatini çekmek için güncel konularda hemen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesi gerektiği durumlarda, izin alınmadan barışçıl gösteriler düzenlenebilir³². Kısacası, barışçıl olması durumunda izinsiz yapılan bir gösteriye veya toplantıya devletin müdahaleden kaçınması³³ ve bu gösteri ve yürüyüşe kamu makamlarının hoşgörüsü göstermeleri gerekmektedir³⁴.

Mahkeme ayrıca, iznin verilmemesi için öne sürülen gerekçelerin ikna edici olması gerektiğinin altını çizmektedir. Örneğin, bir gösteri-

²⁷ AİHM, Skiba/Polonya, n° 10659/03, 7 Temmuz 2009 tarihli kabuledilemezlik kararı.

²⁸ AİHM, Gün ve diğerleri/Türkiye, n° 8029/07, 18 Haziran 2003 tarihli karar, § 80.

²⁹ Frédéric Sudre vd, a.g.e., 689.

³⁰ AİHM, Skiba/Polonya, a.g.k.

³¹ AİHM, Makhmudov/Rusya, n° 35082/04, 26 Temmuz 2007 tarihli karar.

³² AİHM, Bukta ve diğerleri/Macaristan, a.g.k.

³³ Örnek olarak, AİHM, Baczkowski ve diğerleri/Polonya, a.g.k.

³⁴ Ziya Çağa Tanyar, a.g.e., s. 520.

nin terörist bir saldırının varlığı öne sürülerek dağıtılması başlı başına yeterli değildir. Bu saldırının var olduğunun şüpheye yer bırakacak şekilde ortaya konulması gerekmektedir³⁵. Ayrıca, barışçıl bir gösterinin sırf yasadışı bir örgüt istemiş ve planlamış diye yasaklanması da, Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında yeterli değildir³⁶. *Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İlinden/Bulgaristan* davasında³⁷ AİHM, Anayasa'ya aykırı bulunan bir derneğin organize ettiği toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin sadece bu nedenle yasaklanamayacağını, bir gösteride şiddete çağrı veya şiddete başvurma söz konusu değil ise veya göstericilerin demokrasiyi şiddet yoluyla devirme amaçları yok ise, kamu otoritelerinin bu tür gösteri yürüyüşlerini yasaklayamayacağını ve bu yürüyüşlere müdahalede edeseyeceğini belirtmiştir.

Bir gösteride ayrılıkçı sloganlar atılması³⁸ veya bir gösterinin terör örgütünü ve liderini desteklemek için yapılması da başlı başına bu gösterinin yasaklanması için yeterli değildir. Dikkate alınacak tek kriter şiddete başvurmanın ve şiddete çağrının söz konusu olup olmamasıdır³⁹. AİHM, başvurucunun organize ettiği bir toplantıda şiddete çağrıda bulunmuşsa ve akabinde yapılan gösterilerde şiddet kullanılmışsa, verilen 1 sene 3 ay hapis cezasının Sözleşme'nin 11. maddesine uygun olduğuna karar vermiştir⁴⁰.

Aynı şekilde barışçıl gösteriye katılmak için de izin almak gerekmemektedir ve gösterilere katılmaktan dolayı alınacak tedbirlerden göstericilerin korunması, Sözleşme'nin 11. maddesinin kapsamına girmektedir⁴¹. AİHM önünde, polisin şahısların gösteri yürüyüşüne katılımlarının engellenmesi, onların şiddet kullanarak dağıtılması ve göstericiler hakkında disiplin veya cezai soruşturma açılarak cezalandırılmaları sorun çıkarmaktadır. Toplanma özgürlüğü hakkına yapılan bu müdahaleler, dernek üye ve yöneticileri⁴², meslek örgütü

³⁵ AİHM, İvanov ve diğerleri/Bulgaristan, n° 46336/99, 24 Kasım 2005 tarihli karar.

³⁶ AİHM, Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İlinden/Bulgaristan, a.g.k.

³⁷ a.k.

³⁸ a.k., § 95-98.

³⁹ AİHM, Turan Biçer/Türkiye, n° 3224/03, 30 Kasım 2010 tarihli karar.

⁴⁰ AİHM, Osmani ve diğerleri/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, n° 50841/99, 11 Ekim 2001 tarihli kabuledilemezlik kararı.

⁴¹ Örnek olarak, AİHM, Gazioğlu ve diğerleri/Türkiye, n° 29835/05, 17 Mayıs 2011 tarihli karar.

⁴² AİHM, İzmir Savaş Karşıtları Derneği ve diğerleri/Türkiye, n° 46257/99, 2 Mart 2006 tarihli karar ve Çetinkaya/Türkiye, n° 75569/01, 27 Haziran 2006 tarihli

mensupları⁴³, politikacılar⁴⁴, işçiler ve memurlar⁴⁵ başta olmak üzere demokratik haklarını arayan tüm kesimlerini ilgilendirmektedir⁴⁶.

Sadece mutlak surette zorunlu olan durumlarda barışçıl bir gösteriye müdahale edilmesi kabul edilebilir. Ancak, böyle bir müdahalenin mutlak surette gerekli olması yeterli değildir : müdahale esnasında kullanılan gücün de orantılı olması gerekmektedir. Kullanılan gücün orantılı olma gerekliliği sadece polisi ve amirlerini ilgilendirmemektedir. *Aşıcı/Türkiye n° 2* kararında AİHM, orantılılık konusunda bir adım daha da ileri giderek, yargı organlarının da barışçıl bir gösteriye yapılan müdahalenin gerekliliğini ve güç kullanımının orantılı olup olmasını inceleme yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir⁴⁷.

AİHM önünde Türkiye aleyhine 11. madde ile ilgili olarak verilen mahkumiyet kararlarının incelenmesinden, Türkiye’de gösteri yürüyüşlerine şiddet kullanarak müdahale edilmesinin bir gelenek olduğu izlenimine varmaktayız. AİHM polisin, şiddetten mutlaka kaçınması ve devlet makamlarının gösteride ifade edilen fikir ve görüşlere tolerans göstermesi gerektiğinin altını çizmektedir. Bu konuda verilen ilk ilke kararı *Oya Ataman/Türkiye*⁴⁸ kararıdır. Avukat ve İstanbul İnsan Hakları Derneği üyesi olan başvuruçunun ve beraberindeki grubun toplanıp basın bildirisi okumalarına izin verilmemiş ve polis, göstericilere karşı gaz bombası kullanmış ve biber gazı sıkmış ve başvuruçuyla birlikte 39 göstericiyi gözaltına almıştır. AİHM, bu davada herhangi bir izin alınmadan yapılan gösterinin yasalara aykırı olduğunu kabul etmiştir. Ancak, bu durumun, gösterinin ve basın açıklamasının yapılmayacağı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. AİHM, başvuruçunun katıldığı gösterinin kamu düzenini bozduğunu ve göstericilerin şiddete başvurduğunu gösteren hiçbir verinin olmadığını tespit etmiş ve gösterinin konusunun güncel olduğunu ve kamuoyunu yakından ilgilendirdiğini söylemiştir.

karar.

⁴³ AİHM, Ezelin/Fransa, a.g.k.

⁴⁴ AİHM, Güneri ve diğerleri/Türkiye, n° 42853/98, n° 43609/98 ve n° 44291/98, 12 Temmuz 2005 tarihli karar.

⁴⁵ AİHM, Urcan ve diğerleri/Türkiye, a.g.k., ve Karaçay/Türkiye, n° 6615/03, 27 Mart 2007 tarihli karar.

⁴⁶ Sıradan vatandaşların toplanma özgürlüğüne müdahale ile ilgili olarak, Çiloğlu ve diğerleri/Türkiye, n° 73333/01, 6 Mart 2007 tarihli karar.

⁴⁷ AİHM, Aşıcı/Türkiye n° 2, n° 26656/04, 31 Ocak 2012 tarihli karar, § 46.

⁴⁸ AİHM, Oya Ataman/Türkiye, a.g.k.

Barışçıl bir gösteri ile ilgili olarak kamu makamlarından beklenen, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılan şahıslara ve savundukları görüşlere saygı duymak ve bu haklarını kullanma konusunda onlara engeller çıkarmaktan çok, bu haklarını yerine getirebilmeleri için gerekli tedbirleri almak olmalıdır⁴⁹. Dolayısıyla demokratik taleplerini öne sürmek için barışçıl gösteri yapan göstericilerin bu haklarını yerine getirmeleri için devletin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.

B) Devletin barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerin yapılabilmesi için gerekli tedbirleri alma pozitif yükümlülüğü

Bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün sağlıklı bir şekilde yapılması konusunda devletin pozitif yükümlülüğü vardır. Başka bir deyişle, bir gösterinin devlet yetkilileri dışında başka gruplar veya şahıslar tarafından engellenmesi ve bu gösteriye müdahale edilmesi durumunda devlet yetkililerinin, toplanma özgürlüğünü korumak için gerekli tedbirleri almaları gerekmektedir⁵⁰.

AİHM'e göre devletin pozitif yükümlülüğü, kamu makamlarına altlarından kalkamayacakları bir yük yüklememektedir ve sınırsız bir şekilde devletten gerekli tüm tedbirleri almasını zorunlu kılmamaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini belirlemek için, hakkın kullanılması için kamu makamları tarafından gerekli olan araçlara bakılmaktadır; alınan tedbirlerin sonucu herhangi önem arzetmemektedir. Devlet makamları kendi güçleri oranında tüm tedbirleri almışlarsa ve buna rağmen göstericiler gösteri yapma haklarını kullanamamışlarsa, devletin pozitif yükümlülüğü yerine getirdiği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca AİHM'e göre, Sözleşme'nin 11. maddesi anlamındaki pozitif yükümlülük ile ilgili olarak devletin takdir yetkisini geniştir⁵¹.

Toplanma ve gösteri yapma özgürlüğü ile ilgili olarak devletin pozitif yükümlülüğü, özellikle iki karşıt görüşlü grubun toplanması ve gösteri yapması durumunda ortaya çıkmaktadır. Mahkeme ilk defa, kürtaja karşı gösteri yapmanın söz konusu olduğu *Plattform "Arzte*

⁴⁹ AİHM, Djavit An/Türkiye, a.g.k.

⁵⁰ AİHM, Plattform "Arzte Für das Leben"/Avusturya n° 10126/82, 21 Haziran 1988 tarihli karar ve Ollinger-Avusturya, a.g.k.

⁵¹ AİHM, Sindicatul "Pastorul Cel Bun"/Romanya, n° 10126/82, 9 Temmuz 2013 tarihli karar, §§ 131-133.

Für das Leben"/Avusturya davasında⁵² toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili devletin pozitif yükümlülükleri olduğu sonucuna varmıştır. AİHM'e göre, karşıt görüşlü grupların karşılıklı gösteri yapmalarının toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanılamaz hale getirmemesi ve şiddet içermeyen her iki taraftaki göstericilerin bu haklarını kullanmaları için gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir. Devlet, karşıt iki görüşlü grubun varlığına dayanarak, barışçıl olan gösteri ve yürüyüşleri yasaklayamaz. Aksi durum dernekleri ve sivil toplum örgütlerini kendi fikir ve düşüncelerini toplantı ve gösteri yoluyla yayma haklarını kullanmaktan caydırmak anlamına gelmektedir. Halkın her iki karşıt düşünceyi de bilmesi gerekmektedir. AİHM'e göre, demokratik bir toplumda karşı gösteri yapmak, gösteri yapma hakkını paralyze etmemesi gerekmektedir. Sonuç olarak AİHM *Plattform "Arzte Für das Leben"/Avusturya* davasında Avusturya Hükümetini, barışçıl gösteri yapan başvuruçuları, karşı göstericilere karşı korumadığından ve başvuruçuların gösteri yapmaları için gerekli tedbirleri almadığından dolayı mahkum etmiştir.

Aynı şekilde *Ollinger/Avusturya* davasında⁵³ da AİHM yine, Avusturya Hükümetini daha önce varolan bir gösteriyi veya toplantıyı gerekçe göstererek bir karşı gösteriyi yasaklanmasından dolayı mahkum etmiştir. Bu davada, paskalya bayramında 2. Dünya Savaşında Nazi ordusunda ölen subaylar için mezarlıkta anma töreni yapılacaktır. Bundan haberdar olan başvuruçu, bu törene karşı 2. Dünya Savaşında ölen Yahudileri anmak için gösteri yapma talebinde bulunmuştur. Ancak bu talebi, diğer anma töreninin varlığı ve bu nedenle kamu düzeninin bozulacağı gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. AİHM bu davada, çatışma halinde olan iki hakkın söz konusu olduğunu söylemektedir : bir tarafta Nazi subaylarının dini bir günde anma töreni yapması nedeniyle bu göstericilerin Sözleşme'nin 9. maddesiyle korunan din ve vicdan özgürlükleri ; diğer taraftan başvuruçunun toplanma ve gösteri yapma özgürlüğü.

AİHM bu davada, başvuruçunun kamuyu ilgilendiren bir konuya halkın dikkatini çekmek istediğini ve kendisinin gösteri yapma talebinin şartsız bir şekilde reddedilmesinin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmadığını belirtmiştir. Başka bir yürüyüşün veya toplantının

⁵² AİHM, *Plattform "Arzte Für das Leben"/Avusturya*, a.g.k.

⁵³ AİHM, *Ollinger/Avusturya*, a.g.k.

olması başlı başına bir gösterinin yasaklanması için yeterli değildir. Ayrıca Mahkeme, başvuru düzenlemek istediği gösterinin, mezarlıkta toplananların dini inançlarına yönelik değil, 2. Dünya savaşında ölen nazi subaylarını desteklemelerini protesto etmeye yönelik olduğunu ifade etmiştir. Başvurucunun ve beraberindekilerin yapmak istedikleri gösteri barışçıl bir nitelikteydi; şarkılar eşliğinde ve bandroller taşıyarak yapılmak istenmiştir. Başvurucunun ve beraberindekilerin şiddet kullanacaklarını gösteren hiç bir belirti bulunmamaktaydı. Kamu makamları tarafından gerekli önlemler alınarak başvuru ve diğer göstericiler gösterilerini mezarlığın etrafında hiç sorunsuz yapabilirlerdi. Ulusal makamlar bu tedbirleri almak yerine, mezarlıktaki toplantıya daha fazla değer biçerek, haklar arasında gerekli olan dengeyi kuramamışlardır. Bu nedenle AİHM, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Son olarak *Hristiyan Demokrat Toplum Partisi/Moldova n° 2* kararında⁵⁴ AİHM, toplanma ve gösteri yapma özgürlüğü konusunda devletin pozitif yükümlülüklerinin altını çizmiştir. Bu davada, siyasi parti olan başvuru kamuoyunu ilgilendiren politik konularda gösteri yürüyüşü yapma talebinde bulunmuştur. Ancak, karşıt görüşteki başka gruplarında da gösteri yapacağı öne sürülmüş ve ortaya çıkacak çatışmalı durumu engellemek ve kamu düzenini korumak için bu talebi reddedilmiştir. AİHM, bu yasaklanmanın yerinde olmadığını, çünkü karşıt görüşlü grupların varlığı ve bunlarla çatışma olacağı ihtimalinin başlı başına bir gösteri yürüyüşününün yasaklanması için yeterli olmadığını ifade ederek Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yukarıda ifade edildiği gibi Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında, barışçıl gösteri yürüyüşü sırasında devletin yükümlülükleri bulunmaktadır. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden sonra da aynı şekilde devletin yükümlülükleri bulunmaktadır.

II- TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİ SONRASINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Yukarıda belirtildiği üzere Türkiye ile ilgili davalarda AİHM önünde ortaya çıkan sorun, barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine

⁵⁴ AİHM, *Hristiyan Demokrat Toplum Partisi/Moldova n° 2*, n° 25196/04, 2 Şubat 2010 tarihli karar.

yapılan müdahalenin orantısızlığı ile ilgilidir⁵⁵. Kullanılan bu orantısız gücün, 11. madde dışındaki AİHS'in diğer hükümleri altında bazı sonuçları vardır (A). Bununla birlikte bu orantısız güç kullanımının sonuçları ile ilgili olarak kamu makamlarının bazı yükümlülükleri bulunmaktadır (B).

A) Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine yapılan orantısız müdahalenin sonuçları

Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine orantısız bir şekilde müdahale edilmesi, sadece toplanma ve örgütlenme özgürlüğü düzenleyen AİHS'in 11. maddesine değil, ama aynı zamanda kişi güvenliği hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 5. maddesine, her türlü kötü muameleyi yasaklayan 3. maddesine ve yaşam hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olabilmektedir.

Gerçekten de polisin göstericilere aşırı güç kullanarak müdahale etmesi AİHS'nin 5. maddesi altında sorun çıkarabilmektedir. AİHS'nin 5. maddesine göre, kişi özgürlüğüne saygı esastır ve ancak istisnai durumlarda hürriyetten mahrumiyet söz konusu olabilmektedir. 5. maddenin ilk fıkrası, hürriyetten mahrumiyet durumunun hukuka uygun sayıldığı halleri düzenlemektedir. Bu fıkraya göre, bir kişi ancak aşağıdaki hallerde hürriyetinden mahrum bırakılabilir :

- yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş bir mahkumiyet kararının icrası için⁵⁶,
- bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uyulmaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla⁵⁷,
- şahsın bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğunu doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde⁵⁸,

⁵⁵ Aynı tespit için, Ziya Çağa Tanyar, a.g.e., s. 526-528.

⁵⁶ Bu duruma örnek olarak, AİHM, Polatlı/Türkiye, n° 38665/09, 26 Nisan 2001 tarihli karar.

⁵⁷ Örnek olarak AİHM, Vasileva/Danimarka, n° 52792/99, 25 Eylül 2003 tarihli karar.

⁵⁸ Örnek olarak, AİHM, Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, n° 12244/86, n° 12245/86 ve 12388/86 ve 26 Nisan 2001 tarihli karar.

- bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir kararın verilmesi durumunda⁵⁹,
- bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin kamu düzenini bozmaları durumunda⁶⁰,
- kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulması veya onun hakkında devam eden bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle hürriyetinden mahrum bırakılabilir⁶¹.

Hürriyetlerinden mahrum bırakılan barışçıl göstericilerin suç işledikleri konusunda makul nedenlerin bulunduğunu iddia etmek zordur çünkü, ortada işlenen bir suç veya suç şüphesi yoktur ; tam tersine şiddetten uzak göstericiler, gerek ulusal hukukta ve gerekse uluslararası hukukta kendilerine tanınan demokratik haklarını kullanmak için toplanmakta ve gösterilere katılmaktadırlar. Dolayısıyla, protesto gösterilerinde yakalanan barışçıl göstericiler için, AİHS'nin 5. maddesi ile güvence altına alınan kişi güvenliği hakkı ihlal edilebilmektedir.

Bununla birlikte, barışçıl göstericilere karşı polis tarafından oranısız güç kullanımı, AİHS'nin 3. maddesi anlamında sorun çıkarabilmektedir. Bilindiği üzere Sözleşme'nin 3. maddesi, her türlü işkenceyi, insanlıkdışı veya aşağılayıcı ceza ve muameleyi yasaklamaktadır⁶². Bir davranışın 3. maddenin kapsamına giren bir muamele olarak kabul edilebilmesi için bu davranışın minimum bir ağırlığa varması gerekmektedir⁶³. Barışçıl bir şekilde yapılan gösteri yürüyüşlerine polisin müdahalesi AİHS'nin 3. maddesi anlamında kötü muamele olarak kabul edilebilir mi ?

Barışçıl göstericilere karşı kullanılan gazın miktarı, gösterilerin da-

⁵⁹ Bu duruma örnek olarak, AİHM, Bauamar/Belçika, n° 9106/80, 29 Şubat 1988 tarihli karar.

⁶⁰ Örnek olarak, AİHM, Winterwerp/Hollanda, n° 6301/73, 24 Ekim 1979 tarihli karar.

⁶¹ Örnek olarak, AİHM, Saadi/Birleşik Krallık, n° 13229/03, 28 Ocak 2008 tarihli karar.

⁶² Bu kavramların tanımları için, AİHM, Labita/İtalya, n° 26772/95, 6 Nisan 2000 tarihli karar, § 120 ve Wieser/Avusturya, n° 2293/03, 22 Şubat 2007 tarihli karar, § 36.

⁶³ AİHM, Costello-Roberts/Birleşik Krallık, n° 13134/87, 25 Mart 1993 tarihli karar, § 30.

ğıtılması için polis tarafından sıkılan tazyikli su, kaba dayak ve bu tür davranışların göstericilerin sağlık durumları üzerindeki etkisi dikkate alındığında, polis tarafından aşırı güç kullanılması, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında yasaklanan kötü muamele olarak kabul edilmektedir. AİHM bu soruya Türkiye ile ilgili birçok davada pozitif bir şekilde cevap vermiş ve toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında, polisin göstericileri dağıtmak için orantısız güç kullanmasının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir.

Arpat-Türkiye kararı bu duruma bir örnek olarak gösterilebilir⁶⁴. AİHM bu davada, polislerin basvurucuyu gözaltına alırken orantısız güç kullandıklarını belirterek, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Karatepe ve diğerleri-Türkiye*⁶⁵ kararında da aynı şekilde, polisin orantısız güç kullanımına maruz kalan göstericiler için Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu konuda AİHM tarafından verilmiş ve Türkiye'de polisin göstericileri dağıtmak için aşırı güç kullanması hususu ile ilgili onlarca karar bulunmaktadır ve bu kararların yaklaşık olarak tamamında AİHM, polisin gösterilerde güç kullanmasının orantısız olduğuna karar vermiş ve Türkiye'yi mahkum etmiştir⁶⁶.

Göstericilere karşı orantısız güç kullanımı konusunda AİHM'nin "biber gazı" ile ilgili pozisyonuna değinmekte fayda vardır. AİHM, *Ali Güneş/Türkiye* kararında⁶⁷ biber gazı kullanımının solunum problemleri, bulantı, kusma, soluk borusunda yanma, gözün yanması, spazm, göğüs ağrısı, dermatit ve alerji gibi sorunlara yol açabileceğini ve aşırı şekilde kullanılması halinde, bu gazın, solunum ve sindirim borularında doku ölümüne, akciğer ödemi ve iç kanamaya yol açabileceğini açıkça ifade etmiştir. AİHM bu kararda ayrıca, biber gazının insan sağlığı üzerindeki etkisine ve kullanılmaması gerektiğini belirten İşkence'ye Karşı Komite'nin beyanlarına dayanarak,

⁶⁴ AİHM, *Arpat/Türkiye*, n° 26730/05, 15/06/2010 tarihli karar.

⁶⁵ AİHM, *Karatepe ve diğerleri/Türkiye*, n° 33112/04, 36110/04, 40190/04, 41469/04 ve 41471/04 ve 7 Nisan 2009 tarihli karar.

⁶⁶ AİHM, *Çelik/Türkiye* n° 3, n° 36487/07 ve 15 Kasım 2012 tarihli karar; *Gülizar Tuncer/Türkiye*, n° 12903/02 ve 8 Şubat 2011 tarihli karar; *Umar Karatepe/Türkiye*, n° 20502/05 ve 12 Ekim 2010 tarihli karar; *Ekşi ve Ocak/Türkiye*, n° 44920/04 ve 23 Şubat 2010 tarihli karar; *Aytaş ve diğerleri/Türkiye*, n° 6758/05 ve 8 Aralık 2009 tarihli karar; *Kop/Türkiye*, n° 12728/05 ve 20 Ekim 2009 tarihli karar; *Serkan Yılmaz ve diğerleri/Türkiye*, n° 25499/04 ve 13 Ekim 2009 tarihli karar ve *Cemalettin Canlı/Türkiye*, n° 26235/04 ve 9 Şubat 2010 tarihli karar.

⁶⁷ AİHM, *Ali Güneş/Türkiye*, n° 9829/07 ve 10 Nisan 2012 tarihli karar.

basvurucunun yüzüne gaz sıkılmasının, kendisinin yoğun fiziksel ve ruhsal acı duymasına neden olduğunu ve bu durumun kendisinde korku, acı ve aşağılanma duyguları uyandırdığını belirtmiştir. AİHM biber gazı kullanımı konusunda *Ali Güneş* davasında, her türlü kötü muameleyi yasaklayan AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Göstericilere karşı orantısız güç kullanımı aynı zamanda yaşam hakkını güvence altına alan AİHS'nin 2. maddesine de aykırı olabilmektedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine polisin orantısız bir şekilde güç kullanarak müdahale etmesi, göstericilerin hayatlarını kaybetmelerine, yaralanmalarına ve hayati tehlikeye maruz kalmalarına neden olabilmektedir. Özellikle aşırı derecede gaz kullanılması, vücudun ölümcül yerlerine vurulması ve yoğun bir şekilde kaba şiddet kullanılması, göstericilerin sağlık durumları üzerinde ölümcül ve telafi edilmeyecek sonuçlar doğurabilmektedir.

Polisin orantısız bir şekilde şiddete başvurması konusunda, AİHS'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının metnine baktığımızda, polis memurlarının, a) bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması, b) bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını sağlama veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasının önlenmesi ve c) bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması nedeniyle, mutlaka zorunlu olan durumlarda ve orantılı olmak şartıyla güç kullanımına başvurabilmektedirler⁶⁸.

Barışçıl bir gösteride şiddete başvurmak için bu üç istisnai durum, normal şartlarda yoktur ve polis tarafından kullanılan güç, mutlak anlamda zorunlu değildir ve ulaşılmak istenen amaç ile orantılı değildir. Başka bir deyişle, barışçıl bir şekilde ve demokratik taleplerini dile getirmek için toplanan ve gösteri yapan şahıslara karşı ölümcül güç kullanımının mutlak bir şekilde zorunlu olduğunu ve göstericileri dağıtmak olan meşru amaç ile orantılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca AİHS'in 2. maddesinin bir davada uygulanabilmesi için, zorunlu olarak şiddete maruz kalan şahsın hayatını kaybetmesi zorunlu değildir; kullanılan gücün ilgili şahsın hayatını tehlikeye sokması, 2. maddenin uygulanması için yeterlidir⁶⁹.

⁶⁸ AİHM, *McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, n° 18984/91 ve 27 Eylül 1995 tarihli karar, § 148.

⁶⁹ AİHM, *Makaratzis/Yunanistan*, n° 50385/99 ve 20 Aralık 2004 tarihli karar, §§

Bir gösteri yürüyüşü sırasında polis tarafından orantısız güç kullanılması yoluyla göstericilerin yaşam haklarına müdahale edilmesi ile ilgili olarak AİHM, devletin ölümcül güç kullanımından her halükarda kaçınması gerektiğinin altını çizmektedir. Mahkeme gösterinin şiddet içermesi durumunda bile, polis tarafından kullanılan gücün gerekli ve orantılı olmasını zorunlu koşturmaktadır⁷⁰. Güç kullanımına başvurma ancak çok istisnai durumlarda, özellikle gösterinin şiddet içermesi ve güvenlik kuvvetlerinin can güvenliği için açık ve gerçek bir tehlikenin olması ve bu tehlikenin açıkça ortaya konulması durumunda söz konusu olabilmektedir⁷¹.

Dolayısıyla, gösterilerin ve toplantıların barışçıl olmasına rağmen, polisin aşırı ve ölümcül güç kullanması AİHS'in 2. maddesi ile korunan yaşam hakkının ihlal edilmesine yolaçabilmektedir. Halbu ki, Sözleşme'nin 2. maddesi devlete, yaşam hakkına saygı gösterme, yaşam hakkını korumak için gerekli tedbirleri alma ve yaşam hakkına müdahale yapıldığı zaman etkin bir soruşturma yaparak sorumluların yargı önüne çıkarılmalarını ve gerektiğinde mahkum edilmelerini sağlama pozitif yükümlülüğü yüklemektedir⁷². Devletin ayrıca, yaşam hakkına müdahale edilmesini engellemek için caydırıcı bir ceza mevzuatına sahip olması gerekmektedir⁷³.

AİHM *İzci-Türkiye*⁷⁴ kararında, orantısız güç kullanımının ortaya çıkardığı sonuçlar ve bu konunun vehameti konusunda Türkiye ile ilgili çok önemli tespitler yapmıştır. AİHM kırktan fazla davada, güvenlik kuvvetlerinin toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahalelerinden dolayı Sözleşme'nin 3 ve/veya 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığını belirtmiştir. AİHM, tüm bu davaların ortak özelliğinin, güvenlik güçlerinin barışçıl gösterilere tolerans gösteremedi yetersiz olduklarının ve bazı durumlarda gaz kullanımı dahil olmak üzere orantısız güç kullandıklarının altını çizmiştir. Bu davaların yirmiden fazlasında AİHM, göstericilere karşı orantısız güç kullanan ve bu nedenle kötü muamelede bulunan güvenlik kuvvetleri hakkında yapılan soruşturmanın etkili olmadığı sonucuna varmıştır. Halihazırda poli-

49-55.

⁷⁰ AİHM, Güleç/Türkiye, n° 21593/93 ve 27 Temmuz 1998 tarihli karar.

⁷¹ AİHM, Giuliani ve Gaggio/İtalya, n° 23458/02 ve 24 Mart 2011 tarihli karar.

⁷² AİHM, Osman/Birleşik Krallık, n° 23452/94 ve 28 Ekim 1998 tarihli karar.

⁷³ AİHM, Makaratzis/Yunanistan, a.g.k., §§ 57-59.

⁷⁴ AİHM, İzci/Türkiye, n° 42606/05 ve 23 Temmuz 2013 tarihli karar.

sin orantısız güç kullanmasından dolayı Türkiye'ye karşı AİHM önünde açılan yüz otuza yakın davanın derdest olduğu ifade edilmiştir.

AİHM *İzci* davasında daha da ileri giderek, orantısız güç kullanımının Türkiye'de "yapısal" bir problem olduğunu ve bu nedenle bu tür ihlallerin giderilmesi için Sözleşme'nin 46. maddesi anlamında ulusal çapta alınması gereken genel tedbirlerin neler olduğunu belirtmiştir. AİHM özellikle, polisin Sözleşme'nin 3. maddesi ile 11. maddesindeki haklara saygılı davranması ve polis şeflerinin kendi fiillerinin hesabını vermeleri için ve yargı makamlarının kötü muamele iddialarıyla ilgili olarak 3. maddenin kendilerine yüklediği etkili soruşturma yapma yükümlülüklerini yerine getirmeleri için, Türk makamlarının gerekli tedbirleri almaları gerektiğini ifade etmiştir. AİHM son olarak, gösteriler sırasında, özellikle şiddet kullanmayan göstericilere karşı güç ve silah kullanımı ve özellikle gaz kullanımı ile ilgili daha açık ve anlaşılabilir kuralların kabul edilmesi gerektiğinin altını çizmiştir⁷⁵.

İzci kararı Türkiye'de barışçıl gösterilere karşı orantısız güç kullanma ile ilgili tabloyu tüm açıklığıyla gözler önüne sermektedir. Göstericilere ve gösteriler sırasında ifade edilen fikirlere hoşgörü eksikliği, yapılan müdahalelerin temelinde yatmaktadır ve Türkiye, bu yönüyle AİHM önünde devamlı bir şekilde mahkum edilmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önünde dört yılda bir yapılan toplantılarda, toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili Türkiye aleyhine günden güne yeni davalar eklenmektedir. Bu nedenle polisin ve amirlerinin gösteri ve toplantı yürüyüşü yapma hakkının çoğulcu bir demokrasinin temeli olduğunu kavramaları ve Strasbourg'ta Türkiye'nin mahkum edilmesini önlemek için, yargı makamlarının bu konuda AİHM tarafından ortaya konulan ilkeleri uygulamaları gerekmektedir⁷⁶.

Orantısız güç kullanımının ortaya çıkardığı bu sorunlar nasıl çözümlenebilir? İlk olarak AİHM'in, gösterilerde güç kullanımı ile ilgili iç hukuktaki kurallara açıklık getirilmesi gerektiği yönündeki tespitine katılıyoruz. Bununla birlikte, emniyet mensupları için insan hakları konusunda meslek içi eğitim programlarının yoğunlaştırılması, acilen yapılması gereken bir başka öneridir. Ancak bunun meyveleri ancak uzun vadede alınabilecektir. Kısa vadede ise sorunun çözümü, tamamen siyasal iktidarın bu konudaki tavrına bağlıdır. Siyasal iktidar isterse, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde şiddet ortamının ortadan

⁷⁵ a.k., §§ 94-99.

⁷⁶ Aynı şekilde, bkz., Ziya Çağa Tanyar, a.g.e., s. 595 ve s. 630.

kaldırılması, barışçıl gösterilere tahammül edilmesi ve şiddete başvurulmaması için üst düzey emniyet mensuplarına bir genelge gönderilerek sorun kısa sürede çözümlenebilir.

Bununla birlikte, orantısız güç ve gaz kullanımı konusunda mevzuatta bazı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. *Abdullah Yaşa-Türkiye* kararında AİHM, polisin orantısız güç kullanımından ve özellikle gaz kullanımından dolayı Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini belirttikten sonra, bu sorunun çözümü için ulusal çapta alınması gereken tedbirler ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 46. maddesi anlamında aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur :

"Mahkeme, olayların meydana geldiği dönemde Türk hukukunun, gösteriler sırasında gözyaşartıcı gaz mermilerinin kullanımını düzenleyen herhangi bir özel hüküm içermediğini ve bunların kullanılma şekli konusunda [iç hukukta] güvenlik kuvvetlerinin dikkatine sunulacak hiçbir talimatın olmadığını tespit etmiştir (...). Mahkeme, gözyaşartıcı mermilerin kullanılmasına bağlı olan ölüm ve yaralanma riskini en asgari düzeye indirmek için, (...) daha detaylı bir şekilde yasal ve düzenleyici hükümlerin kabul edilmesi yoluyla, gözyaşartıcı mermilerin iyi bir şekilde kullanımı konusundaki güvenceleri güçlendirmek gerektiği kanaatinde-dir"⁷⁷.

Şimdi de devletin, orantısız güç kullanan kamu görevlileri hakkında etkin soruşturma yapma yükümlülüğüne değinmek gerekmektedir.

B) Orantısız güç kullanan kamu görevlileri hakkında etkili soruşturma yapma yükümlülüğü

AİHM içtihatlarına göre, barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılan şahıslar hakkında adli soruşturma açılması ve cezalandırılmaları, orantılılık ilkesi gereğince Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında sorun çıkarmaktadır. İlgili şahısların ceza mahkemeleri tarafından mahkum edilmeleri ulaşılmak istenen amaç ile orantısız olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Buna karşın yargı makamlarının, barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine orantısız bir şekilde müdahale ederek göstericilerin vücut bütünlüğüne zarar veren kamu görevlileri hakkında soruşturma açma yükümlülüğü bulunmaktadır.

⁷⁷ AİHM, Abdullah Yaşa/Türkiye, n° 44827/08 ve 16 Temmuz 2013 tarihli karar, § 61.

⁷⁸ AİHM, Akgöl ve Gül/Türkiye, n° 28495/06 ve n° 28516/06 ve 17 Mayıs 2011 tarihli karar.

Barışçıl şekilde toplanan göstericilere orantısız güç kullanımı, göstericilerin yaşam hakkına ve vücut bütünlüklerine zarar verebildiği için, Sözleşme'nin 2. maddesi ile 3. maddesi bu tür davalarda uygulanabilmektedir. Bu hükümlerle korunan yaşam hakkı ve kötü muameleye maruz kalmama hakkı ulusal yargı organlarına, orantısız güç kullanımı yoluyla barışçıl gösterilere yapılan müdahaleler ile ilgili olarak yapılan şikayetler konusunda etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu konuda etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, kötü muamelenin ve yaşama hakkına yapılan müdahalenin kamu görevlileri tarafından yapılması durumunda daha büyük bir önem taşımaktadır.

Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde hayatını kaybeden veya hayati tehlikesi olan veya yapılan müdahalelerden dolayı hayati tehlike geçiren şahısların AİHS'nin 2. maddesi anlamında yaşam hakkının çiğnenmesi veya çiğnenme riski nedeniyle savcılık makamının, sorumlu polis memurları ve amirleri hakkında hızlı, kamuya açık ve etkili bir şekilde soruşturma açması gerekmektedir. Bu niteliklere sahip olan soruşturma açma, devletin pozitif yükümlülükleri gereğidir. Yapılan soruşturmanın bağımsız makamlar tarafından yapılması, sorumluları ortaya çıkaracak nitelikte, etkili ve hızlı bir şekilde yapılması gerekmektedir. Suçların ispatlanması durumunda sorumlulara verilecek cezaların, yaşam hakkına yapılacak müdahaleleri caydırıcı nitelikte olması zorunludur. Ayrıca, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında mağdurlara bir tazminat yolunun da öngörülmüş olması gerekmektedir⁷⁹.

Aynı durum kötü muameleye maruz kalmama hakkı için de söz konusudur. Gerçekten de, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı davranışlardan kaçınma yükümlülükleri ile birlikte, bu tür fiillerin işlenmesi nedeniyle sorumluların yargı önüne çıkarılarak cezalandırılması için kamu makamlarının gerekli tedbirleri alma pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır⁸⁰. Bu nedenle, şikayet olmadan bile savcıların devletin pozitif yükümlülükleri gereği, barışçıl gösterilerde orantısız güç kullanan polisler ve bu yönde emir veren amirler hakkında adli takibat yapma yapmaları gerekmektedir. Adli makamların bu konuda gerekli özeni ve hassasiyeti göstererek, vatandaşların adalete olan güveni ko-

⁷⁹ AİHM, Batı ve diğerleri/Türkiye, n° 33097/96 ve n° 57834/00 ve 3 Haziran 2004 tarihli karar, §§ 133-135.

⁸⁰ AİHM, Özalp Ulusoy/Türkiye, n° 9049/06 ve 4 Haziran 2003 tarihli karar.

rumaya çalışmaları ve vatandaşlarda kötü muamele yapan görevlilerin cezasız kalacağına intibasını vermekten kaçınmaları önemlidir⁸¹.

AIHM yukarıda ifade edilen *Aşıcı/Türkiye* n° 2 kararında bu konuda aynı tespitlerde bulunarak, Türk yargı organlarının barışçıl bir gösteriye müdahalenin gerekliliğini ve güç kullanımının orantılı olup olmadığını inceleme ve orantısız güç kullanıldığını tespit etmeleri durumunda sorumlular hakkında gerekli işlemleri yapma yükümlülükleri olduğunu açıkça ifade etmiştir⁸².

Aydan/Türkiye davası⁸³, Türkiye’de yapılan gösteri yürüyüşleri ile ilgili sorumluların cezalandırılması konusunda mevzuatta yapılması gerekenleri açıkça ortaya koymaktadır. Bu davada, kendilerine taş fırlattığı iddia edilen bir gösterici gruba ateş eden bir asker hakkında açılan davanın, Ceza Kanununun 27 § 2 maddesi uygulanarak cezasızlıkla sonuçlanması söz konusudur. AIHM, söz konusu askerin silaha başvurup gösteri yapan başvuruçuların yakınına öldürmesinde, mutlak bir zorunluluk olmadığını ve kullanılan şiddetin açıkça orantısız olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Ceza Kanununun 27 § 2 maddesinin Sözleşme’nin 2. maddesi ile uyumsuz olduğunu çünkü, aşırı ve orantısız güç nedeniyle güvenlik kuvvetlerine karşı açılan davaların cezasızlıkla sonuçlanmasına neden olduğunu ve bu maddenin, yaşam hakkına müdahale yapılmasını engellemek için caydırıcı bir hüküm olmadığını belirtmiştir.

Görüleceği üzere, yaşam hakkı ve kötü muamelede bulunmama hakkı ile ilgili davalarda etkin soruşturma yapma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sadece uygulamalarla sınırlı değildir: *Aydan/Türkiye* davasında belirtildiği gibi mevzuattan kaynaklanan durumlar da vardır. Genel olarak şu ana kadar yaşam hakkı ile ilgili 32 davada ve işkence ve kötü muamele ile ilgili 51 davada Türkiye, etkin soruşturma yükümlülüğünü yerine getirme konusunda AIHM önünde mahkum edilmiştir⁸⁴. Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerine orantısız bir şekilde müdahale edilmesi ve sorumlular hakkında soruşturma açılması bu sayıları yükseltecektir.

⁸¹ AIHM, El Masri/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, n° 39630/09 ve 13 Aralık 2012 tarihli karar, § 91 ve §§ 182-185. Aynı zamanda, Kamil Uzun/Türkiye, n° 37410/97, 10 Mayıs 2007 tarihli karar, § 62.

⁸² AIHM, *Aşıcı/Türkiye* n° 2, a.g.k., § 46.

⁸³ AIHM, *Aydan/Türkiye*, n° 16281/10 ve 12 Mart 2013 tarihli karar.

⁸⁴ Osman Doğru, “Soruşturma(ma)”, Radikal Gazetesi, 14 Temmuz 2013.

SONUÇ YERİNE

AİHM *İzci ve Abdullah Yaşa* kararlarında, Türkiye’de toplantı ve gösteri yürüyüşlerine polis tarafından orantısız bir şekilde müdahale edilmesin konusunda Türk Hükümetinin dikkatini çekmiştir. Mahkeme, bu durumun bir yapısal sorun olduğunu ve bu sorunun çözülmesi için yapılması gerekenleri açıkça belirtmiştir. Yeni demokratikleşme paketinde, 2911 sayılı toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili yasada bazı değişiklikler yapılması planlanmaktadır ve toplantı ve gösteri yapma hakkının geniş bir şekilde düzenlenmesi düşünülmektedir.

Kanaatimizce Türkiye’nin, orantısız güç kullanımı konusunda sadece mevzuatında değişiklik yapmakla yetinmemesi gerekmektedir, ama aynı zamanda uygulamada da orantısız güç kullanımından vazgeçilmesi konusunda gerekli tedbirleri alması zorunludur. Bu aşamadan sonra, AİHM kararlarında belirtilen tespitlerin Türkiye tarafından yerine getirilip getirilmediğini ve orantısız güç kullanımı konusunda yapısal sorunun ortadan kaldırılıp kaldırılmadığını izlemek, AİHM kararlarının icrasından sorumlu Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne aittir.

KAYNAKLAR

Kitaplar

- David Harris & Michael O’Boyle & Ed Bates & Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. baskı, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Frédéric Sudre vd, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, 6. baskı, Puf, Paris, 2011.
- Michele de Salvia, *Compendium de la CEDH : Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l’homme*, 1. Vol., N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, Va, 2003.
- Osman Doğru & Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 2. Cilt, Avrupa Konseyi/Yargıtay, Ankara, 2013.

Makaleler

- Gökçen Alpkaya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Temmuz-Eylül 2001, Cilt 56, Sayı 3.
- Jean Raymond, “La liberté de manifester selon la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n° 4, 1990.
- Osman Doğru, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü”, *TBB Dergisi*, Sayı 64, 2006.
- Osman Doğru, “Soruşturma(ma)”, *Radikal Gazetesi*, 14 Temmuz 2013.

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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Abdullah Yaşa/Türkiye, n° 44827/08 ve 16 Temmuz 2013 tarihli karar

Akgöl ve Gül/Türkiye, n° 28495/06 ve n° 28516/06 ve 17 Mayıs 2011 tarihli karar

Alekseyev/Rusya, n° 4916/07, n° 25924/08 ve n° 14599/09, 21 Ekim 2010 tarihli karar

Ali Güneş/Türkiye, n° 9829/07 ve 10 Nisan 2012 tarihli karar

Arpat/Türkiye, n° 26730/05, 15/06/2010 tarihli karar

Aşıcı/Türkiye n° 2, n° 26656/04, 31 Ocak 2012 tarihli karar

Aydan/Türkiye, n° 16281/10 ve 12 Mart 2013 tarihli karar

Aytaş ve diğerleri/Türkiye, n° 6758/05 ve 8 Aralık 2009 tarihli karar

Baczowski ve diğerleri/Polonya, n° 1543/06, 3 Mayıs 2007 tarihli karar

Barankevich/Rusya, n° 10519/03, 26 Temmuz 2007 tarihli karar

Barraco/Fransa, n° 31684/05, 5 Mart 2009 tarihli karar

Batı ve diğerleri/Türkiye, n° 33097/96 ve n° 57834/00 ve 3 Haziran 2004 tarihli karar

Bauamar/Belçika, n° 9106/80, 29 Şubat 1988 tarihli karar

Bukta ve diğerleri/Macaristan, n° 25691/04, 17 Temmuz 2007 tarihli karar

Cemalettin Canlı/Türkiye, n° 26235/04 ve 9 Şubat 2010 tarihli karar

Cissé/Fransa, n° 51346/99, 9 Nisan 2002 tarihli karar

Costello-Roberts/Birleşik Krallık, no 13134/87, 25 Mart 1993 tarihli karar

Çelik/Türkiye n° 3, n° 36487/07 ve 15 Kasım 2012 tarihli karar

Çetinkaya/Türkiye, n° 75569/01, 27 Haziran 2006 tarihli karar

Çiloğlu ve diğerleri/Türkiye, n° 73333/01, 6 Mart 2007 tarihli karar

Djavit An/Türkiye, n° 20652/92, 20 Şubat 2003 tarihli karar

Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/Türkiye, n° 20641/05, 25 Eylül 2012 tarihli karar

Ekşi ve Ocak/Türkiye, n° 44920/04 ve 23 Şubat 2010 tarihli karar

El Masri/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, n° 39630/09 ve 13 Aralık 2012 tarihli karar

Ezelin/Fransa, n° 11800/85, 26 Nisan 1991 tarihli karar

Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, n° 12244/86, n° 12245/86 ve 12388/86 ve 26 Nisan 2001 tarihli karar

Gazioğlu ve diğerleri/Türkiye, n° 29835/05, 17 Mayıs 2011 tarihli karar

Giuliani ve Gaggio/İtalya, n° 23458/02 ve 24 Mart 2011 tarihli karar

Güleç/Türkiye, n° 21593/93 ve 27 Temmuz 1998 tarihli karar

Gülizar Tuncer/Türkiye, n° 12903/02 ve 8 Şubat 2011 tarihli karar

Gün ve diğerleri/Türkiye, n° 8029/07, 18 Haziran 2003 tarihli karar

Güneri ve diğerleri/Türkiye, n° 42853/98, n° 43609/98 ve n° 44291/98, 12 Temmuz 2005 tarihli karar

Hristiyan Demokrat Toplum Partisi/Moldova n° 2, n° 25196/04, 2 Şubat 2010 tarihli karar

İzci/Türkiye, n° 42606/05 ve 23 Temmuz 2013 tarihli karar

İzmir Savaş Karşıtları Derneği ve diğerleri/Türkiye, n° 46257/99, 2 Mart 2006 tarihli karar

- İvanov ve diğerleri/Bulgaristan, n° 46336/99, 24 Kasım 2005 tarihli karar
Karaçay/Türkiye, n° 6615/03, 27 Mart 2007 tarihli karar
Karatepe ve diğerleri/Türkiye, n° 33112/04, 36110/04, 40190/04, 41469/04 ve 41471/04 ve 7 Nisan 2009 tarihli karar
Kamil Kartal ve diğerleri/Türkiye, n° 29768/03, 16 Aralık 2008 tarihli kabuledilemezlik kararı
Kamil Uzun/Türkiye, n° 37410/97, 10 Mayıs 2007 tarihli karar
Kop/Türkiye, n° 12728/05 ve 20 Ekim 2009 tarihli karar
Labita/İtalya, no 26772/95, 6 Nisan 2000 tarihli karar
Makaratzis/Yunanistan, n° 50385/99 ve 20 Aralık 2004 tarihli karar
Makhmudov/Rusya, n° 35082/04, 26 Temmuz 2007 tarihli karar
McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, n° 18984/91 ve 27 Eylül 1995 tarihli karar
Ollinger/Avusturya, n° 76900/01, 29 Haziran 2006 tarihli karar
Osman/Birleşik Krallık, n° 23452/94 ve 28 Ekim 1998 tarihli karar
Osmani ve diğerleri/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, n° 50841/99, 11 Ekim 2001 tarihli kabuledilemezlik kararı
Oya Ataman/Türkiye, n° 74552/01, 5 Aralık 2006 tarihli karar
Özalp Ulusoy/Türkiye, n° 9049/06 ve 4 Haziran 2003 tarihli karar
Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)/Türkiye, n° 23885/94, 8 Aralık 1999 tarihli karar
Plattform "Arzte Für das Leben"/Avusturya n° 10126/82, 21 Haziran 1988 tarihli karar
Polatlı/Türkiye, n° 38665/09, 26 Nisan 2001 tarihli karar
Saadi/Birleşik Krallık, n° 13229/03, 28 Ocak 2008 tarihli karar
Samüt Karabulut/Türkiye, n° 16999/04, 27 Ocak 2009 tarihli karar
Stankov ve Birleşik Makedonya Organizasyonu İlinden/Bulgaristan, n° 29221/95 ve n° 29225/95, 2 Ekim 2001 tarihli karar
Serguei Kouznetsov/Rusya, n° 10877/04, 23 Ekim 2008 tarihli karar
Serkan Yılmaz ve diğerleri/Türkiye, n° 25499/04 ve 13 Ekim 2009 tarihli karar
Skiba/Polonya, n° 10659/03, 7 Temmuz 2009 tarihli kabuledilemezlik kararı
Sindicatul "Pastorul Cel Bun"/Romanya, n° 10126/82, 9 Temmuz 2013 tarihli karar
Tourkiki Enosi Xanthis ve diğerleri/Yunanistan, n° 26698/05, 23 Temmuz 2008 tarihli karar
Turan Biçer/Türkiye, n° 3224/03, 30 Kasım 2010 tarihli karar
Umar Karatepe/Türkiye, n° 20502/05 ve 12 Ekim 2010 tarihli karar
Urcan ve diğerleri/Türkiye, n° 23018/04, 23042/04, 23034/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04 ve 23676/04, 17 Temmuz 2008 tarihli karar
Vasileva/Danimarka, n° 52792/99, 25 Eylül 2003 tarihli karar
Wieser/Avusturya, no 2293/03, 22 Şubat 2007 tarihli karar
Winterwerp/Hollanda, n° 6301/73, 24 Ekim 1979 tarihli karar

BAĞIMSIZ ÇALIŞAN AVUKATLARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

THE SOCIAL SECURITY OF SELF-EMPLOYED LAWYERS

Recep LEVENT*

Özet: Bağımsız çalışan avukatların sosyal güvenliği tartışma konusu olmuş, bu nedenle, 1/10/2008 tarihi öncesinde normal statüler dışında, bağımsız avukatlar SSK kapsamında “topluluk sigortası” kapsamına alınmıştır. Ancak, 1/0/2008 tarihinden sonra esasen tartışmalara da son verilerek, statüleri “kendi nam ve hesabına bağımsız çalışan” olarak kabul edilmiş ve sosyal güvenliklerinde bütünlük sağlanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Avukat, Bağımsız Çalışma, Sosyal Güvenlik

Abstract: The social security of self-employed lawyers has been a matter of debate, therefore, prior to the date 1/10/2008 except for normal statutes, self-employed lawyers were included group insurance as a service contract insurance status. However, the debates essentially brought to an end after the date of 1/10/2008, their status had been accepted as “working on his/her own name and account” and thus the integrity in their social security was provided.

Keywords: Lawyer, Freelance, Social Security

1-GİRİŞ

Bağımsız çalışan avukatların, mesleki özellikleri gereği, sosyal güvenlik statülerinin belirlenmesi yıllardır tartışma konusu yapılmıştır.

Mesleki özelliklerinden kaynaklanan nedenlerle, sosyal güvenlik reformu öncesinde bağımsız çalışan avukatların sosyal güvenliği, esasen statü olarak sosyal güvenlik sisteminde yer almayacak şekilde mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 86 ncı maddesiyle “topluluk sigortası”ya sağlanmış ve emeklilik statüleri de SSK kapsamında sayılmıştır.¹

* SGK Başmüfettişi

¹ 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu R.G.. 17/7/1964, 11766-11779

Topluluk sigortasıyla, bağımsız avukatların sosyal güvenliklerinin tam olarak sağlandığını aslında söylemek mümkün değildir. Zira, bu sigortaya tabi olmada sağlık yardımı alınmamakta ve çalışma hayatı riskleri (hastalık ve analık) sosyal güvenlik koruması altında zorunluluk kapsamında olmadığı gibi, iş kazası ve meslek hastalığı gibi önemli mesleki risklerin karşılanması da söz konusu değildi.

Sosyal güvenlik reformu, daha doğrusu 5510 sayılı Kanunla, bağımsız çalışan avukatlar, özel sosyal güvenlik statüsünden çıkarılarak, statüleri “kendi nam ve hesabına bağımsız çalışan (eski Bağ-Kur)” şeklinde belirlenmiştir.²

Sosyal güvenlik reformunun devamı olarak, 2011 yılında çıkarılan 6111 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle de, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanların, dolayısıyla avukatların sosyal güvenlikleri konusunda önemli sayılabilecek imkanlar getirilmiştir.³

Buna göre, 1/10/2008 tarihinden sonra da sigortalılıkları devam eden bağımsız avukatların; emeklilik şartları çalışmaya başladıkları tarihteki mevzuat hükümlerine (1479 sayılı Kanun), emeklilik aylıklarının hesaplanması çalışma sürelerinde geçerli olan Kanun hükümlerine göre orantılı olarak (1479 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun) ve maluliyet ve ölüm aylığı bağlanmasıyla diğer tüm işlemlerinin ise 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütüleceği öngörülmüştür.⁴

2. KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1- Sosyal güvenlik reformuyla, daha doğrusu 5510 ve 6111 sayılı kanunlarla bağımsız avukatlara getirilen hak ve imkanlar

- Bağımsız avukatlardan gelir vergisi mükellefi olanların bildirim vergi dairelerine, gelir vergisi mükellefi olmayanların bildirim de baro başkanlıklarına verilmiştir.

² 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu R.G.. 31/5/2006, 26200

³ Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.. R.G. 13/2/2011, 27857

⁴ 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu.. R.G. 14/9/1971, 13956

- Bağımsız avukatlar, bakmakla yükümlü kişileriyle birlikte genel sağlık sigortası kapsamına alınmıştır.
- Yıl içindeki gelir düzeyleri de dikkate alınmak suretiyle, yani gelir vergisi mükellefi olmayan bağımsız avukatların, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2008 yılından başlayarak, günlük kazancı yürürlükte olan günlük asgari ücretin 15 katı tutarından, takip eden yıllarda da birer puan artırılmış tutardan az ise, bu avukatlar sigortalılık kapsamı dışında tutulmuştur.
- Topluluk sigortasında yer almamakla birlikte, bağımsız avukatların iş kazası geçirmeleri, meslek hastalığına tutulmaları halinde kendilerine istirahatli kaldıkları sürece geçici iş görmezlik ödeneği verilmesi, meslekte kazanma gücünü en az % 10 yitirmeleri halinde iş göremezlik geliri bağlanması ve ölümleri halinde bu gelirin hak sahiplerine intikal ettilmesi, emekli olup da doğum yapanlar için yine emzirme ödeneği verilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır.
- Yıl içindeki gelir düzeyleri de dikkate alınmak suretiyle, yani gelir vergisi mükellefi olmayan bağımsız avukatlara 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2008 yılından başlayarak, günlük kazancın 15 katı tutarında, takip eden yıllarda da birer puan artırılsın ve 30 katını geçmemek üzere prim ödenerek 30 gün hizmet kazanmaları öngörülmüştür.
- Sağlık hizmetlerinden yararlanmak hiç prim borçlarının bulunmaması gerekmekte iken, 60 günlük prim borcu bulunanların veya prim borcu süresi ne kadar olursa olsun borçlarını tecil ve taksitlendirmiş olanların sağlık yardımlarından yararlanabilmelerine imkan tanınmıştır.
- Önceki uygulamada bulunmamakla birlikte, prim borcu olsa da acil durumlarda sağlık yardımlarından yararlanma hakkı verilmiştir.
- Aynı zamanda hizmet akdiyle bir işyerinde çalışan avukatların aynı zamanda bağımsız olarak da faaliyet göstermeleri durumunda, her iki çalışmadan prim ödenmesi, dolayısıyla emekli olmaları durumunda daha yüksek emekli aylığı bağlanması imkanı verilmiştir.

2.2- Bağımsız avukatların sosyal güvenlik sistemine dahil edilmesi

2.2.1- Bağımsız avukatların çalışma (sigortalılık) statüsü

Bağımsız avukatların sigortalılık statüsü; 1/10/2008 tarihinden öncesi için SSK (5510 sayılı Kanuna göre 4/a) sonrası için de 4/b (eski Bağ-Kur) kapsamında sayılmıştır.

2.2.2- Bağımsız avukatlar için uygulanan zorunlu sigorta kolları

Bağımsız avukatlar 1/10/2008 tarihinden itibaren zorunlu olarak;

- Kısa vadeli sigorta kolları (iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık),
 - Uzun vadeli sigorta kolları (yaşlılık (normal emeklilik), malullük ve ölüm aylığı),
 - Genel sağlık sigortası,
- hükümlerine tabi tutulmuştur.

2.2.3- Bağımsız avukatlar için zorunlu sigortalılığın istisnaları

Yıl içindeki gelir düzeyleri de dikkate alınmak suretiyle, yani gelir vergisi mükellefi olmayan avukatların, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2008 yılından başlayarak, günlük kazancı yürürlükte olan günlük asgari ücretin 15 katı tutarından, takip eden yıllarda da birer puan artırılmış tutardan az ise, bu bağımsız avukatlar sigortalılık kapsamı dışında tutulmuştur.

Ancak, bu karşılaştırmanın 30 günle sonlandırılması öngörülmüştür.

Örneğin, 2013 yılı Temmuz-Aralık dönemi için kademeli artış gün sayısı 20 olduğundan, aylık geliri (1.021,50 TL/30X20=) 681 TL'nin altındaki avukatlar sigortalılık kapsamında olmayacaktır.

2.2.4- Bağımsız avukatların sigortalılık başlangıcı ve bildiri mi

Bağımsız avukatların sigortalılıkları; gelir vergisi mükellefi olanların vergi mükellefiyetlerinin başladıkları tarihten, gelir vergisinden

muaf olanların ise baro başkanlıklarına kayıtlı oldukları tarihten itibaren başlamakta, gelir vergisi mükellefi olanların ilgili vergi dairesince, gelir vergisinden muaf olanların da baro başkanlıklarınca en geç 2 aylık süre içerisinde SGK'ya elektronik ortamda yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluğu yerine getirmeyen vergi daireleri ve baro başkanlıklarına SGK'ca idari para cezası uygulanmaktadır.

2.2.5- Bağımsız avukatların sigortalılıklarının sona ermesi ve bildirim

Gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıkları; faaliyetlerine son verdikleri tarihten, gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıkları baro başkanlıklarından kayıtlarının silindiği veya aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın, prime esas günlük kazanç alt sınırının yıllar itibarıyla belirlenen miktardan veya en nihayetinde 30 katının altına düştüğü tarihten itibaren sona ermekte ve bildirim 10 içinde yukarıda belirtilen kuruluşlarca SGK'ya yapılması gerekmektedir. Yine, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda SGK'ca idari para cezası uygulanmaktadır.

2.3. Bağımsız avukatların primleri

2.3.1- Primlerin matrahBağımsız avukatların, SGK'ya bildirilecek aylık kazançları, belirlenen aylık kazanç alt sınırı (asgari ücret) ile üst sınırı (asgari ücretin 6,5 katı) arasında kalmak şartı ile kendileri tarafından beyan edilecek kazanç olarak belirlenmiştir.

Kazançlar, SGK'ca belirlenen sürelerde beyan edilmektedir. Beyanda bulunmayanların aylık kazancı, asgari aylık kazanç (asgari ücret) olarak kabul edilmektedir.

Bağımsız avukatların, birden fazla bağımsız faaliyetinin bulunması halinde, birden fazla kazançları dikkate alınarak ve asgari ücretin 6,5 katını geçmemek kaydıyla tek bir kazanç beyanında bulunması öngörülmüştür.

Avukat aynı zamanda işveren ise, yani avukat veya işçi çalıştırıyorsa, aylık kazancı, çalıştırdığı avukatın veya işçilerin SGK'ya bildirilen aylık kazançtan az olamamakta, az olması halinde aradaki fark gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanmak suretiyle tahsil edilmektedir.

2.3.2- Prim oranı

Bağımsız avukatların prim oranı, kendilerince belirlenecek olan aylık kazancın % 34,5 olup, bunun % 2'si kısa vade sigorta kolları, % 20'si uzun vadeli sigorta kolları ve % 12,5'u da genel sağlık sigorta primi olarak belirlenmiştir.

2.3.3- Hem bağımsız avukat hem de hizmet akdi statüsünden prim ödeme

2011 yılında 6111 sayılı Kanunla yapılan yeni bir düzenlemeyle; hizmet akdiyle çalışan ve bu statüden prim ödeyen avukatlara, aynı işyerinde olmamak kaydıyla ve talepte bulunmak kaydıyla bağımsız avukat olarak da prim ödeme imkanı getirilmiştir. Bu durumda, aynı ay içerisinde her iki statüden de ödenen primlerin toplamı aylık bağlanmasında dikkate alınarak ödenen bu toplam primler emeklilik açısından da 4/a (eski SSK) statüsünde sayılmakta, dolayısıyla, emeklilik açısından hem erken emeklilik hem de kazanç miktarının artırılmasıyla bu durumda olanlara daha yüksek emekli aylığı imkanı sağlanmıştır.

2.4- Bağımsız avukatlar için kısa vadeli sigorta kollarının uygulanması

Daha önce de belirtildiği üzere; kısa vadeli sigorta kolları, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerini kapsamaktadır.

Bu haller nedeniyle, bağımsız avukatlara;

- İş kazası ve meslek hastalığı da dahil hastalık ve analık hallerinde çalışılmayan süreler için geçici işgöremezlik ödeneği verilmesi,
 - Doğum öncesinde 5510 sayılı Kanunda belirlenen süreler içinde çalışılması durumunda bu sürelerin doğum sonrasına eklenerek, ikiz doğum yapanlara ek süre dahilinde geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi,
 - İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü en az % 10 yitirenlere sürekli iş göremezlik geliri bağlanması ve bu şekilde gelir alanların ölümleri halinde hak sahiplerine bu gelirin intikal ettirilmesi,
 - Hem çalışan ve hem de emeklilere doğum için emzirme ödeneği verilmesi,
- hakkı tanınmıştır.

2.5- Bağımsız avukatların genel sağlık sigortalılığı

2.5.1- Genel sağlık sigortalılık şartları

5510 sayılı Kanunun tüm hükümleriyle yürürlüğe girdiği 1/10/2008 tarihinden önce bağımsız avukat statüsünde olanlar ile bunların bakmakla yükümlü kişileri herhangi bir işleme gerek kalmadan genel sağlık sigortalısı sayılmış ve sağlık yardımları devam almaya başlamışlardır. 1/10/2008 tarihinden sonra ilk defa ve tekraren bağımsız avukat statüsünde çalışmaya başlayanların sağlık yardımı almaları için 30 günlük prim ödeme süresi aranmaktadır.

Yalnız, bağımsız avukatlarla bunların bakmakla yükümlü kişilerinin sağlık yardımlarından yararlanabilmeleri için 60 günden fazla prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması veya borçlarını tecil ve taksitlendirmiş olmaları gerekmektedir.

2.5.2-Bağımsız avukatların bakmakla yükümlü sayılan kişileri

Bağımsız avukatların, sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı sayılmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan;

- Eşi,
- 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirdiği SGK Sağlık Kurulu tarafından tespit edilen evli olmayan çocukları,
- Her türlü kazanç ve irattan elde ettiği gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olan ve diğer çocuklarından sağlık yardımı almayan ana ve babası,

bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak kabul edilmektedir.

2.5.3- Bağımsız avukatlarla bakmakla yükümlü kişilerinin gelir testine tabi tutulup tutulmayacağı

Öncelikle, bağımsız avukatların kendisiyle eşi, bağımsız avukatın sigortalılığı devam ettiği sürece gelir testine tabi tutulmadan sağlık yardımı almaya devam edecektir. Eşinin çalışmaya başlaması, isteğe bağlı prim ödemesi ya da kendi çalışmalarından dolayı gelir/aylık

almaya başlamış olması halinde de bu defa kendi sigortalılığı veya emekliliği üzerinden otomatikman sağlık yardımı alacağından, bu durumda eşi yine gelir testine tabi tutulmayacaktır.

Bağımsız avukatın kız ve erkek çocukları ilköğretim için 18, orta-öğretim için 20 ve yükseköğrenim için de 25 yaşını tamamlamış olmaları durumunda gelir testine tabi tutulacaktır.

Bağımsız avukatın anne ve babasının ise her türlü kazanç ve irat-tan elde ettiği gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az fazla seviyeye ulaşması durumunda anne ve baba için de gelir testi söz konusu olacaktır.

2.5.4- Gelir testinin yaptırılmaması

Zorunlu olduğu halde kişiler gelir testi yaptırmazlarsa, genel sağlık sigortası kapsamına girmiş oldukları tarih esas alınarak bu durumun tespit edildiği tarihten geriye doğru genel sağlık sigortası tescilleri resen yapılacak, gelirleri asgari ücretin 2 katı (en yüksek matrah) olarak sayılacak ve tespit tarihinden genel sağlık sigortası kapsamına girdikleri tarihe kadar prim tahakkuk ettirilerek bu miktarlar gecikme zammıyla tahsil edilecektir.

2.5.5- Gelir testi için başvuru

Gelir testi yaptırmak için kişinin ikametgahının bulunduğu ildeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına başvurulmaktadır. Bu konuda bilgi için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının "<http://www.aile.gov.tr>" veya "<http://www.sydgm.gov.tr/tr/vakif>" web adreslerine erişilebileceği gibi, ayrıca gelir testine müracaat edeceklerin ikametlerinin bulunduğu il veya ilçelerdeki valilik/kaymakamlıklardan da bilgi alınması mümkündür.

Gelir testi için matbu formla müracaat edilecek olup, bu form Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının web adresinden veya vakıflara bizzat müracaat edilerek temin edilebilmektedir. Aynı aileden birden fazla kişinin gelir testi için başvurması durumunda, o zaman aynı formla, başvuru yapılacaktır.

2.5.6- Gelir testi ve ödenecek prim miktarı

Aile içinde kişi başına düşen gelirin aylık tutarının tespitinde, puanlama formülünün gelir, harcama ve servet verileri dikkate alınarak geliştirilen gelir tespit ölçütleri kullanılmaktadır.

Gelir tespiti yöntemi olarak kullanılacak olan puanlama sisteminde ayrıca "taşınır ve taşınmazlar ile bunlardan doğan haklar", "bankaların muvafakati alınmak suretiyle SGK tarafından Bakanlığa sağlanacak olan aile bireylerinin bankalardaki tüm hesaplarına ilişkin bilgiler", "sürekli olarak alınan nakdî sosyal yardımlar" gibi unsurlar da dikkate alınmaktadır.

Aile için toplam bir gelir tespit edildikten sonra bu toplam gelir aile bireyi sayısına bölünerek işlem yapılmakta ve ödenecek prim tutarları yapılacak gelir tespitine göre kişinin hangi gelir gurubuna dâhil olduğuna göre saptanmaktadır.

Aile içindeki kişi başına düşen gelir asgari ücretin üçte birinden az ise aynen yeşil kart uygulamasında olduğu gibi primler Devlet tarafından ve aile içinde kapsamda olmayan her birey için ayrı ayrı ödenmektedir. Yani, bu durumda ailede biri diğerinden dolayı sağlık yardımı alamamaktadır.

Ancak,

- Aile içinde kişi başına aylık gelir asgari ücretin üçte biri ile asgari ücret arasında geliri bulunan ailenin kapsam dışında bulunan bireyleri asgari ücretin üçte birinin % 12'sini,
- Aile içinde kişi başına aylık gelir asgari ücret ile asgari ücretin 2 katı arasında geliri bulunan ailenin kapsam dışında bulunan bireyleri ise asgari ücretin % 12'sini,
- Aile içinde kişi başına aylık geliri asgari ücretin 2 katından fazla üzerinde olan ailenin kapsamı dışında bulunan bireyleri ise asgari ücretin 2 katının % 12'sini,

her ay ödemek zorunluluğu bulunmaktadır.

Gelir testi başvurusu sırasında, aile içinde kişi başına düşen gelirin asgari ücretin iki katından fazla olduğunu beyan edenler için gelir testi yapılmaksızın, beyan edilen gelir esas alınarak genel sağlık sigortası tescili yapılmaktadır.

2.5.7- Avukatlık stajı yapanların genel sağlık sigortalılığı

Avukatlık stajı yapanlar, anne veya babasından dolayı bakmakla yükümlü kişi olarak sağlık yardımı almıyorlarsa, bunların genel sağlık sigortası primi Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenmektedir. Bunların prim miktarı asgari ücretin % 6'sı olarak belirlenmiştir.

2.5.8- Emeklilik yaşını bekleyenlerin genel sağlık sigortalılığı

Bağımsız avukatlar, prim ödeme gün sayısı doldurmalarından dolayı sigortalılıktan çıkmış ve emeklilik yaşı bekleniyorsa, genel sağlık sigortası 1/1/2012 tarihi itibarıyla zorunlu olduğundan, bu durumda olanlar eşlerinden dolayı sağlık yardımı almıyor ise gelir testine başvurmaları gerekmektedir.

2.5.9- Sigortalılık sona erdikten sonra sağlık yardımlarının süresi

Bağımsız avukatın, zorunlu sigortalıklarının sona erdiği tarihten itibaren 10 gün süreyle genel sağlık sigortasından yararlanması dışında, sigortalılık niteliğini yitirdiği tarihten geriye doğru bir yıl içinde 90 günlük zorunlu sigortalılığı varsa, sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten itibaren 90 gün süreyle bakmakla yükümlü olduğu kişileri dahil sağlık hizmetlerinden yararlandırılmaktadır.

Yani, özetle, bağımsız avukatların faaliyetlerine son verdikleri tarihten itibaren, bakmakla yükümlü olduğu kişilerle birlikte 100 gün daha genel sağlık sigortasından yararlandırılmaktadır.

2.5.10- Genel sağlık sigortası prim oranı

Bağımsız avukat statüsünde çalışanların genel sağlık sigortası prim oranı % 12,5'tür. Bu oranın tamamı kendi hissesidir.

2.6. Bağımsız avukatların emekliliği, maluliyetleri veya ölümleri

Bu bölümde, bağımsız avukatların emeklilik, maluliyet halinde kendilerine ve ölümleri halinde de hak sahiplerine aylık bağlanması konularından önce, emeklilik için önemli olan bazı hususlara değinilecektir.

2.6.1- Aylık bağlanması açısından yaş tespiti ve yaş düzeltmeleri

Bağımsız avukatlarla bunların hak sahiplerinin ilk defa sigortalı oldukları tarihteki;

- Nüfus cüzdanlarındaki doğum tarihleri ile nüfus kayıtlarındaki doğum tarihleri arasında fark varsa nüfus kayıtlarındaki tarih,
- Birden fazla nüfus kaydı bulunanların, bu kayıtları arasında fark varsa nüfus kayıtlarındaki eski tarihli kayıt,
- Birden fazla nüfus kaydı bulunanlardan, kayıtlarının birisinin idare veya kaza mercilerinden verilmiş bir kararla yapılmış veya düzeltilmiş olması durumunda kararların kesinleşmiş olması şartıyla nüfus kayıtlarına geçirilmemiş olsa bile bu kayıt, esas alınmaktadır.

Dolayısıyla ve özetle, ilk sigortalı olduktan sonra yapılan yaş düzeltmeleri sosyal güvenlik açısından dikkate alınmamaktadır.

2.6.2- Sigortalılık süresinin belirlenmesi

Bağımsız avukatlar için sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısına denk gelen süreyi ifade etmektedir.

2.6.3- Borçlanmalar

a) Borçlanma türleri: Bağımsız avukatlara bazı durumlarda prim ödeme gün sayısına eklenmek üzere borçlanma hakkı getirilmiştir.

Şöyle ki;

- Zorunlu sigortalılıkları devam edenler hariç olmak üzere, er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreler,
- Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal stajda geçen sürelerin,

Bağımsız avukat ya da hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları halinde borçlanması imkanı bulunmaktadır.

b) Borçlanma şartları: Bağımsız avukat olarak geçen sürelerin borçlanılabilmesi için ilgili kanunlara göre tescil edilmiş olmak yeterli olup, borçlanma talep tarihi veya ölüm tarihi itibarıyla sigortalı olma şartı aranmamaktadır.

c) Borçlanma tutarının tespiti: Bağımsız avukatların veya hak sahiplerinin talepte buldukları tarihte, asgari ücret ile asgari ücretin 6,5 katı arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazancın % 32'si üzerinden hesaplanarak tespit edilmektedir.

ç) Borçlanmaların ödenmesi: Hesaplanacak primlerin borcun tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmeleri şartı ile borçlandırılan süreler sigortalılık sürelerinden sayılmaktadır.

Eğer borçlanmanın tamamı bir ay içinde hiç ödenmezse borçlanma tamamen geçersiz sayılmakta, bunun için yeniden borçlanma talebinin alınması gerekmektedir.

Borçlanmanın bir ay içersinde kısmi ödenmesi durumunda sadece süresinde ödenen miktar geçerli olacak, diğer geri kalan kısım için yeniden talep istenmektedir.

d) Sigortalılıktan önceki sürelerin borçlanması: Bağımsız avukatlık veya başka statüdeki çalışma başlangıç tarihinden önceki sürelerin borçlandırılması halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülmektedir.

Örneğin, bir kişi ilk defa işe 1/1/2000 tarihinde girmiş olmakla birlikte askerliğini 12 ay olarak 1/1/1998-31/12/1998 tarihleri arasından yapmış ise bu kişinin sigortalılık başlangıcı borçlanılan askerlik süresi kadar geriye götürülmek suretiyle 1/1/1999 olarak belirlenecektir.

e) Sigortalılıktan sonraki sürelerin borçlanması: Eğer borçlanma yapılacak süre ilk defa bağımsız avukat veya başka statülerdeki çalışma tarihinden sonra ise bu borçlanma hiçbir şekilde sigortalılık başlangıcını etkilememekte, borçlanılan süreler sadece /prim ödeme gün sayısı/hizmet süresine ilave edilmektedir.

Bu tür borçlanmalarda, sigortalılık başlangıcı değişmeyeceğinden dolayısıyla emeklilik yaşında da bir değişiklik olmayacaktır.

f) Kısmi borçlanma: Borçlanabilecekleri sürelerin tamamını borçlanmaları zorunlu değildir. Bu sürelerin bir kısmını borçlanma hakkına da sahiptirler.

Kısacası, bu sürelerin tamamı borçlanılacağı gibi istenilen süresi kadar da borçlanma yapmak imkanı söz konusudur.

ğ) Borçlanma başvurusu ve usulü: Borçlanma yapmak için SGK'nın internet sitesinden alınabilecek borçlanma formunun doldurularak ve gerekli onaylatıldıktan sonra bulunulan SGK il müdürlüğü/merkezi-ne başvurulması gerekmektedir.

2.6.4- Malül çocuğu bulunan bağımsız çalışan kadın avukatın erken emekliliği

5510 sayılı Kanunla, kadın sigortalılara bazı haklar ve imkanlar getirilerek, bunların daha erken emekli olmalarına imkan sağlanması konusunda düzenleme yapılmıştır.

Bu çerçevede; yaşlılık aylığı (emekli aylığı) bağlanması talebinde bulunan bağımsız kadın avukatlardan başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul çocuğu bulunanların, 1/10/2008 tarihinden sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte birinin, prim ödeme gün sayısından ve emeklilik yaş hadlerinden indirilmesi öngörülmüştür.

Örneğin, kadın avukatın doğum tarihi 14/2/1968 olup emeklilikte aranacak yaş haddi 58 ve prim ödeme gün sayısı da 9000 gündür. Emeklilik talebinde bulunduğu tarihte sürekli bakıma muhtaç çocuktan dolayı bu kapsamda 2000 gün prim ödemesi bulunmaktadır. Bağımsız kadın avukatın yaşından indirilecek gün sayısı $2000/4=500$ gün= 1 yıl 4 ay 20 gün olacağından ve bu durumda yaşa ve prim ödeme gün sayısına indirim süresi kadar ekleme yapılacağından, kişinin yaşı 56 yaş, 3 ay ve 7 gün ve prim ödeme gün sayısı da 8500 olarak dikkate alınarak erken emekli olacaktır.

2.6.5- Hizmet birleştirmelerinde emeklilik, maluliyet ve ölüm aylığı bağlanmasında statülerinin belirlenmesi

Bilindiği üzere, sosyal güvenlik reformundan öncesinde olduğu gibi sonrasında da çalışma statülerine göre emeklilik şartları farklılık içermektedir. Buna göre;

1/10/2008 tarihinden önce bağımsız avukat olarak sigortalı sayılanlardan birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların yaşlılık aylığı (emeklilik aylığı) bağlanma taleplerinde, son 7 yıl içinde en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali (1260 gün) esas alınmaktadır. Dolayısıyla, 1/10/2008 tarihinden önce sigortalı olanların müktesep hakları korunmuştur.

Ancak bu durum, bu tarihten önce bağımsız avukat olarak faaliyet gösterip topluluk sigortasına tabi olanların aleyhine olmuştur. Zira, 1/10/2008 tarihinden önce emeklilik statüleri SSK kapsamında olan bağımsız avukatların, statülerinin bu tarihten sonra 4/b (eski Bağ-Kur) kapsamında sayılmasıyla, 1/4/2012 tarihinden sonra emeklilik olacakların 4/b kapsamında prim gün sayıları 3,5 yılı (1260 günü) geçeceğinden, prim ödeme gün sayıları açısından 8/9/1999 tarihinden önce çalışmaya başlayanlar için 5000 ile 5975, 9/9/1999-30/4/2008 döneminde işe girenler için 7000 gün yerine 9000 gün (25 yıl) şartları aranacaktır.

1/10/2008 tarihinden sonra ilk defa bağımsız avukat olanlardan birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların yaşlılık aylığı (emeklilik aylığı) bağlanma taleplerinde, en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali esas alınmaktadır. Yeni düzenlemeyle, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra ilk defa işe girenler için emeklilik statüsünün belirlenmesinde son 7 yıldaki çalışmaların esas alınması uygulamasına son verilerek, tüm çalışma süresindeki primlere bakılarak bu süreçte hangi statüde prim daha fazla ödenmişse o statü dikkate alınarak emeklilik şartlarının belirlenmesi öngörülmüştür.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce veya sonra bağımsız avukat olarak birden fazla statüye tabi olarak çalışmış olanların malullük ve ölüm aylığına hak kazanma açısından son sigortalılık hali esas alınmaktadır.

2.6.6- Emeklilik, maluliyet, ölüm aylığı bağlanması şartları

2.6.6.1-Normal emeklilik (yaşlılık aylığı bağlanması)

a) **Emeklilik şartları:** Bağımsız avukatlar için emeklilik şartları farklı emeklilik şartlarını içeren dönemlere göre değişiklik göstermektedir. Bu göre emeklilik şartları açısından 3 farklı dönem söz konusudur.

- **8/9/1999 tarihinden önce çalışmaya başlayanlar:** Bu dönemdeki emeklilik şartları kademeli yaşa tabi olup, yaş hadleri de 1/6/2002 tarihine kadar olan toplam prim ödeme gün sayısına göre belirlenmiş ve bu dönemdeki emeklilik şartları kadın ve erkekler için aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:

TAM AYLIK KADEMELİ EMEKLİLİK ŞARTLARI			
1/6/2002 tarihi itibarıyla kadın ise 20, erkek ise 25 tam yıl prim ödeme süresinin dolmasına kalan süre		Emeklilik Yaşı	
Kadın	Erkek	Kadın	Erkek
2 tam yıl veya daha az	2 tam yıl veya daha az	40	44
3 tam yıl veya daha az	3 yıl 6 ay veya daha az	41	45
3 tam yıldan fazla, 4 tam yıl veya daha az	3 yıl 6 aydan fazla, 5 tam yıl veya daha az	42	46
4 tam yıldan fazla, 5 tam yıl veya daha az	5 yıldan fazla, 6 yıl 6 aydan veya daha az	43	47
5 tam yıldan fazla, 6 tam yıl veya daha az	6 yıl 6 aydan fazla, 8 tam yıl veya daha az	44	48
6 tam yıldan fazla, 7 tam yıl veya daha az	8 tam yıldan fazla, 9 yıl 6 ay veya daha az	45	49
7 tam yıldan fazla, 8 tam yıl veya daha az	9 yıl 6 aydan fazla, 11 tam yıl veya daha az	46	50
8 tam yıldan fazla, 9 tam yıl veya daha az	11 tam yıldan fazla, 12 yıl 6 ay veya daha az	47	51
9 tam yıldan fazla, 10 tam yıl veya daha az	12 yıl 6 aydan fazla, 14 tam yıl veya daha az	48	52
10 tam yıldan fazla, 11 tam yıl veya daha az	14 tam yıldan fazla, 15 yıl 6 ay veya daha az	49	53
11 tam yıldan fazla, 12 tam yıl veya daha az	15 yıl 6 aydan fazla, 17 tam yıl veya daha az	50	54
12 tam yıldan fazla, 13 tam yıl veya daha az	17 tam yıldan fazla, 18 yıl 6 ay veya daha az	51	55
13 tam yıldan fazla, 14 tam yıl veya daha az	18 yıl 6 aydan fazla, 20 tam yıl veya daha az	52	56
14 tam yıldan fazla, 15 tam yıl veya daha az	20 tam yıldan fazla, 21 yıl 6 ay veya daha az	53	57
15 tam yıldan fazla, 16 tam yıl veya daha az	21 yıl 6 aydan fazla, 22 tam yıl	54	58
16 tam yıldan fazla veya 17 tam yıl		55	

Ayrıca, bu dönemde ileri yaşta olanlar için kısmi aylık bağlanması düzenlemesi de söz konusu olup, bu tür emeklilikte 15 yıl prim ödeme şartı aranmakta, yaş hadleri de 1/10/1999 tarihine ödenen toplam prim ödeme gün sayısına göre tespit edilmektedir.

Bu çerçevede; bağımsız avukatlar için kısmi aylık bağlanmasına ilişkin emeklilik şartları da aşağıda kadın ve erkekler için ayrı ayrı gösterilmiştir:

KİSMİ AYLIK EMEKLİLİK ŞARTLARI		
KADINLAR		
1/10/1999 tarihi itibarıyla emekliliğe kalan süre	Asgari Emeklilik Yaşı	Asgari Prim Ödeme Süresi
2-4 Yıl arasında olanlar	51	15 Yıl
4-6 Yıl arasında olanlar	52	15 Yıl
6-8 Yıl arasında olanlar	53	15 Yıl
8-10 Yıl arasında olanlar	54	15 Yıl
10 Yılden fazla olanlar	56	15 Yıl
ERKEKLER		
1/10/1999 tarihi itibarıyla emekliliğe kalan süre	Asgari Emeklilik Yaşı	Asgari Prim Ödeme Süresi
2-4 Yıl arasında olanlar	56	15 Yıl
4-6 Yıl arasında olanlar	56	15 Yıl
6-8 Yıl arasında olanlar	57	15 Yıl
8-10 Yıl arasında olanlar	57	15 Yıl
10 Yılden fazla olanlar	58	15 Yıl

-8/9/1999 ila **30/4/2008** tarihleri arasındaki emeklilik şartları: Bu dönemde ilk defa serbest avukat veya başka statüde çalışanların emeklilik şartları “kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve 25 tam yıl sigorta primi ödenmesi” olarak belirlenmiştir.

Bu dönemde ileri yaşta olanlar için kısmi aylık bağlanması da söz konusu olup, bunun için de “kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını doldurması ve en az 15 tam yıl malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemesi” şartları aranmaktadır.

-30/4/2008 tarihinden (5510 sayılı Kanunla) sonraki emeklilik şartları: 30/4/2008 tarihinden sonra ilk defa bağımsız avukat veya başka statüde çalışanların emeklilik şartları ise 2036 yılına kadar kadınlar 58 ve erkekler 60 yaş ile 9000 gün prim ödeme gün sayısı, 2036 ile 2048 yılları arasında yaşların kademe olarak artışı ve 2048 yılından sonra hem kadın hem erkek için yaş 65 olarak belirlenmiştir.

2036 yılından sonra yaş olarak kademeli geçiş süreci de;

- 1/1/2036 ilâ 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,
- 1/1/2038 ilâ 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,
- 1/1/2040 ilâ 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,
- 1/1/2042 ilâ 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,
- 1/1/2044 ilâ 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65,
- 1/1/2046 ilâ 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,
- 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65,

olarak uygulanmaktadır.

Bu dönemde bilinmesi gereken bir husus da, yaş hadlerinin uygulanmasında asgari prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadlerinin esas alınmasıdır.

Örneğin, bağımsız avukat kapsamında çalışan bir kişi asgari prim ödeme gün sayısını 2036 yılından önce doldurmuşsa, yaşını 2042 yılında dolduracak olsa da bu yılının kademeli yaşına denk gelen 64 yaş değil, 2036 yılından önceki yaş haddi olan 60 uygulanacaktır.

Ayrıca, bu dönemde ileri yaşta olanlar için, yukarıda belirtilen yaş hadlerine 3 yıl eklenmek suretiyle 5400 gün prim ödeme gün sayısı ile emekli olmalarına imkan tanınmıştır.²

Buna göre hem normal hem de kısmi aylık emeklilik şartları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:

EMEKLİLİK TARİHİ	PRİM ÖDEME GÜN SAYISI	YAŞ	
		KADIN	ERKEK
1/1/2036 ilâ 31/12/2037	9000	59	61
1/1/2036 ilâ 31/12/2037	5400	59+3=61	60+3=63
1/1/2038 ilâ 31/12/2039	9000	60	62
1/1/2038 ilâ 31/12/2039	5400	60+3=63	62+3=65
1/1/2040 ilâ 31/12/2041	9000	61	63
1/1/2040 ilâ 31/12/2041	5400	61+3=64	65
1/1/2042 ilâ 31/12/2043	9000	62	64
1/1/2042 ilâ 31/12/2043	5400	62+3=65	65
1/1/2044 ilâ 31/12/2045	9000	63	65
1/1/2044 ilâ 31/12/2045	5400	65	65
1/1/2046 ilâ 31/12/2047	9000	64	65
1/1/2046 ilâ 31/12/2047	5400	65	65
1/1/2048 tarihinden sonra	9000	65	65
1/1/2048 tarihinden sonra	5400	65	65

- **Özel emeklilik şartları:** Bağımsız avukatlar için bazı özel durumlar için yaş/prim ödeme gün sayısı şartı aranmadan bazı emeklilik imkanları da söz konusu olup, bunlar;

-- Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten malûl sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya özürlü bulunan ve bu nedenle malûllük aylığından yararlanamayan esnafın 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gün sayısı,

--“SGK’ca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurullarınca usûlüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu SGK Sağlık Kurulunca çalışma gücündeki kayıp oranının % 50 ilâ % 59 veya % 40 ilâ % 49 arasında olduğu anlaşılmanın SGK’ca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurullarınca usûlüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî

belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulunca çalışma gücündeki kayıp oranının; % 40 ilâ % 49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 18 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4680 gün, % 50 ilâ % 59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 16 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4320 gün,

şartlarıyla,

--"Erken yaşlanmış olduğu tespit edilenler için ise erken yaşlanmış olduğu tıbbi raporlarla tespit edilen esnaflarımız için de prim ödeme gün sayısı şartı aranmadan 55 yaşını doldurmuş olmaları halinde,

emekli aylığı bağlanması imkanı bulunmaktadır.

b) Prim borcu olan bağımsız avukatların emekliliği: Öncelikle, bağımsız avukatlara emekli aylığı bağlanması için prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması gerekir. Ancak, eğer borç Mali Bütçe Kanunuyla belirlenen ve terkin edilebilecek miktarın altında ise, emekli aylığı bağlanmakta ve bu cüzi tutar ilk emekli aylığından tahsil edilmektedir.

Bunun dışında, prim ve prime ilişkin borcu olan esnaflara, prim borçlarının tamamen ödedikten sonra, daha doğrusu borcun ödendiği tarihi takip eden aybaşından itibaren emekli aylığı bağlanmaktadır.

c) Emeklilik başvurusu: Emeklilik aylığı şartlarını taşıyan bağımsız avukatların bağlı bulunduğu sosyal güvenlik il/merkez müdürlüğüne başvuru yapmaları gerekmektedir. 2012 yılında başlatılan uygulamayla, internet üzerinden de başvuru yapılması imkanı getirilmiştir.

ç) Emekli aylığı bağlanmış emeklilerin aylıklarının kesilmesi ve sosyal güvenlik destek primi ödemeleri

Bağımsız avukatların emekli aylığı almakta iken 4/a (eski SSK'lı) statüsünde çalışmaya başlamaları halinde sosyal güvenlik destek primi ödenmemesi durumunda, memur olarak çalışmalara başlamaları durumunda sosyal güvenlik destek primi ödeme imkanları olmadan aylıkları kesilmekte, yine bağımsız avukat veya kendi nam ve hesabına bağımsız çalışma (eski Bağ-Kur) kapsamında çalışmaya başlamaları halinde de tercih söz konusu olmadan sosyal güvenlik destek primi ödemeleri gerekmektedir.

Sosyal güvenlik destek primi; 4/a (eski SSK'lı) olarak çalışılması

halinde SGK'ya bildirilen kazancın % 32'si, avukatlık da dahil kendi nam ve hesabı kapsamında çalışılmaya başlanması halinde ise emekli aylığının % 15'dir. 4/a kapsamında sosyal güvenlik destek primi sigortalı hissesiyle birlikte işveren tarafından ödenmekte, esnaf statüsünde ise emekli aylığından kesilmektedir.

2.6.6.2-Malullük aylığı bağlanması

a) Maluliyet şartları: Maluliyet aylığı bağlanması için 5510 sayılı Kanun öncesi ve sonrası ayrımı yapılmamış, dolayısıyla 1/10/2008 tarihinden önce ve sonra faaliyete başlayan bağımsız avukatlar için maluliyet şartları;

- Malul olduğunun tıbbi raporla ortaya konması ve bu raporun SGK Sağlık Kurulları tarafından onaylanması,
- 3600 gün prim ödeme gün sayısı, maluliyet talebinde bulunan kişinin başkasının bakımına muhtaç olması halinde 1800 gün prim ödeme gün sayısı aranması,
- Kişinin işinden ayrılması, faaliyetine son vermesi ve görevinden ayrılması (maluliyet için sevk aşamasında bu şart aranmamaktadır),

olarak belirlenmiştir.

Ayrıca, maluliyet için SGK'ca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usûlüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ının kaybedilmiş olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

b) Maluliyet aylığının başlangıcı: Malullük aylığı, esas olarak;

- Malûl sayılmasına esas tutulan rapor tarihi yazılı istek tarihinden önce ise yazılı istek tarihini,
- Malûl sayılmasına esas tutulan rapor tarihi yazılı istek tarihinden sonra ise rapor tarihini,

takip eden ay başından itibaren başlatılmaktadır.

Ayrıca, bağımsız avukat, aylığın başlangıç tarihinde geçici iş göremezlik ödeneği almakta ise malullük aylığı geçici iş göremezlik öde-

neğinin verilme süresinin sona erdiği tarihten sonraki aybaşından başlamaktadır.

Diğer yandan, maluliyet aylığının bağlanması için prim ve prime ilişkin her türlü borcun olmaması gerektiğinden, bu durumda maluliyet aylığı borcun ödendiği tarihi takip eden aybaşından itibaren başlatılmaktadır. Yalnız, bunların talepte buldukları tarihteki borçları, Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenen, muhasebe kayıtlarından çıkarılacak tutarlar ve tahsil edilmeyecek alacaklara ilişkin miktar ve bu miktarın altında olanların aylıkları talep tarihini takip eden aybaşından başlar ve borçları ilk aylıklarından kesilerek tahsil edilmektedir.

c) Malullük aylığının kesilmesi: Malullük aylığı;

- 4/a statüsünde çalışanlar için; 1/10/2008 tarihinden önce sigortalı olanların özel sektör için sosyal güvenlik destek primi ödenmemesi halinde, 1/10/2008 tarihinden öncesi ve sonrasında ise sosyal güvenlik destek primi tercihi olmadan özel ve kamu sektöründe çalışma halinde aylıklar kesilmektedir.
- Tekrar avukatlık da dahil kendi nam ve hesabı kapsamında çalışanlar için; 1/10/2008 tarihinden önce sigortalı olanların aylıkları kesilmemekte ve ayrıca sosyal güvenlik destek primi de alınmaktaki, 1/10/2008 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanların ise aylıkları kesilmektedir.
- Devlet memuru olarak çalışmaya başlayanlar için, 1/10/2008 tarihi öncesinde sigortalı olanların aylıkları kesilmemekte, bu tarihten sonra sigortalı olanların aylıkları kesilmektedir.

Yukarıda sayılanlar için kontrol muayenesi sonucu malullük durumunun ortadan kalkması halinde de (çalışma gücü veya meslekte kazanma gücü kaybının % 60'ın altına düşmesi) yukarıdaki şartlara bakılmadan aylıklar kesilmektedir.

c) Maluliyet için başvuru ve aranan belgeler: Maluliyet için bulunulan yerdeki veya en yakın sosyal güvenlik il veya sosyal güvenlik merkezine yazılı olarak başvurulması gerekmektedir.

Bağımsız avukatın yazılı olarak başvurusunun ardından yetkili sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarına sevkini yaptıracaktır.

Bu sağlık kurullarınca düzenlenen raporun incelenmesi sonucu SGK Sağlık Kurulu, sigortalının maluliyet şartlarını taşıyıp taşımadığına karar verilecektir.

2.6.6.3- Hak sahipleri için ölüm aylığı bağlanması

a) Ölüm aylığı bağlanma şartları: Ölüm aylığı için 5510 sayılı Kanun öncesi ve sonrası ayrımı yapılmamış olup, 1800 gün prim ödeme gün sayısı şartı aranmaktadır.

Tabi bu şartların yanı sıra, aylık bağlanacak kişilere ilişkin şartların da yerine getirilmesi gerekir. Şöyle ki;

-Eş: Ölenin dul eşine aylık bağlanabilmesi için ölüm tarihinde sigortalı ile resmi olarak evli olması gerekmektedir.

Eşin, çalışması aylık almasını bağlanmasını engellememle birlikte bu durum sadece bağlanacak aylığın miktarını etkilemektedir. Yani, eşe her halükarda aylık bağlanmakta, yukarıda belirtilen durumlar sadece eşe bağlanacak aylığın miktarını değiştirmektedir.

-Kız Çocukları: Ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki atölyelerde çalışan hükümlü ve tutuklular, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve mesleki eğitim gören öğrencilerle, meslek liselerinde veya yükseköğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi olanlar, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme kurslarına katılanlar hariç olmak üzere Kanuna tabi olarak ya da yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmayan kız çocuklarının evli olmayanları, evli olup da sonradan boşanan veya dul kalan kız çocuklarına talep etmeleri halinde ölüm aylığı bağlanmaktadır.

-Erkek çocukları: Ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki atölyelerde çalışan hükümlü ve tutuklular, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve mesleki eğitim gören öğrencilerle, meslek liselerinde veya yükseköğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi olanlar, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme kurslarına katılanlar hariç olmak üzere Kanuna tabi olarak ya da yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan çocuklardan öğrenci değilse 18 yaşını, orta öğrenim görüyorsa 20 yaşını, yükseköğrenim görüyorsa da 25 yaşını doldurmamış olanlara ölüm aylığı bağlanmaktadır. Ancak kişi orta öğretimi 20 yaşından, yükseköğrenimi 25

yaşından önce bitirmişse bitirdiği zaman aylığı kesilmektedir. Erkek çocuklarının aylıkları bu süre içinde evlendikleri zaman kız çocuklarından farklı olarak kesilmemektedir.

-Malul Çocuklar: Ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki atölyelerde çalışan hükümlü ve tutuklular, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve mesleki eğitim gören öğrencilerle, meslek liselerinde veya yükseköğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi olanlar, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme kurslarına katılanlar hariç olmak üzere Kanuna tabi olarak ya da yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmayan ve SGK Sağlık Kurulu Kararı ile çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirip malul olduğu anlaşılanlara ölüm aylığı bağlanmaktadır. Malul durumda olan çocuklar evli olsalar da, öğrenci olmasalar da ve ileri yaşlarda olsa dahi kendilerine aylık bağlanmaktadır.

-Anne ve baba: Anne veya babaya aylık bağlanabilmesi için; elde ettikleri tüm gelirlerin asgari ücretin net tutarından daha az olması, varsa diğer çocuklardan elde ettikleri gelir veya aylık dışında kendilerine aylık bağlanmaması, vefat eden esnafın hak sahibi eş ve çocuklarından artan hisse olması gerekmektedir. Ancak anne ve baba 65 yaşın üzerinde ise artan hisse olması şartı aranmamaktadır. Anne ve baba evli ise aranan şartlar için anne ve babanın durumu beraber araştırılmakta, eğer boşanmışlarsa durumlarına ayrı ayrı bakılmaktadır.

b) Ölüm aylığının başlangıcı: Ölüm aylığı, hak sahiplerinin bu tarihte gerekli koşulları taşımaları halinde ölüm tarihini takip eden aybaşından itibaren bağlanır. Kişiler aylık bağlanması için gereken şartları sonradan kazanırlarsa aylık, hakkın kazanılmasını takip eden aybaşından itibaren bağlanmaktadır.

c) Ölüm aylığının hak sahiplerine paylaşılması: Ölen bağımsız avukatın;

- Dul eşine hesaplanan aylığın % 50 si bağlanmaktadır. Ancak dul eşin çocuklarına aylık bağlanmamışsa ve dul eş çalışmıyor ya da kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık almıyorsa o zaman eşe bağlanacak aylığın oranı % 75'tir.
- Aylığa hak kazanan çocukların her birine % 25 oranında aylık bağlanmaktadır. Ancak hak sahibi çocuk, sigortalının vefatı du-

rumunda yetim kalıyorsa, kendisinden başka aylık alan yoksa bu durumda hak sahibi çocuğa % 50 oranında aylık bağlanmaktadır.

- Anne ve babanın her birine aylık bağlanacaksa % 12,5, ancak sadece birine aylık bağlanacaksa % 25 oranında aylık bağlanmaktadır.

Bununla birlikte hak sahiplerine bağlanacak aylığın toplamı sigortalıya ait aylığın toplamını geçmemektedir.

Hak sahibi sayısı fazla ise oranlama yapılarak aylık garameten paylaştırılmaktadır.

ç) Ölüm aylığının kesilmesi: Hak sahiplerinin aylıkları, hak sahipliğini kazanmalarını sağlayan durumlarında herhangi bir değişiklik olması halinde durum değişikliğini takip eden ödeme dönemi başından itibaren değişmektedir.

-Eş: Durum değişikliği eş için sadece evlenme hali olup, dul eş evlenirse aylığı kesilmektedir. Eş için diğer durum değişikliklerinde ise sadece aylığın miktarı değişmektedir.

-Kız Çocukları: Ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki atölyelerde çalışan hükümlü ve tutuklular, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve mesleki eğitim gören öğrencilerle, meslek liselerinde veya yükseköğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi olanlar, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme kurslarına katılanlar hariç olmak üzere Kanuna tabi olarak ya da yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayan ve evlenen kız çocuklarının aylıkları durumun oluşmasını takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilmektedir.

-Erkek çocukları: Ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki atölyelerde çalışan hükümlü ve tutuklular, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve mesleki eğitim gören öğrencilerle, meslek liselerinde veya yükseköğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi olanlar, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme kurslarına katılanlar hariç olmak üzere Kanuna tabi olarak ya da yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmış olan, erkek çocuklardan öğrenci değilse 18 yaşını, orta öğrenim görüyorsa 20 yaşını, yüksek öğrenim görüyorsa da 25 yaşını doldurmuş olanların aylığı durumun oluşmasını takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilmektedir.

-Malul çocuklar: Ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki atölyelerde çalışan hükümlü ve tutuklular, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve mesleki eğitim gören öğrencilerle, meslek liselerinde veya yükseköğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi olanlar, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme kurslarına katılanlar hariç olmak üzere Kanuna tabi olarak ya da yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayan ve SGK Sağlık Kurulu Kararı ile çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirmedeği tespit edilen çocukların aylıkları yeni malullük raporunu izleyen ödeme dönemi başından itibaren kesilmektedir.

-Anne ve baba: Elde ettikleri tüm gelirlerin asgari ücretin net tutarından daha fazla olması, varsa diğer çocuklardan elde ettikleri gelir veya aylık dışında kendilerine aylık bağlanması durumlarında, anne ve babanın durumun tespit edilmesini takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilmektedir.

d) Ölüm aylığı başvurusu: Bağımsız avukatların hak sahiplerinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik il/merkez müdürlüğüne, başvuru yapmaları gerekmektedir.

Ölüm aylığı bağlanabilmesi için, hak sahiplerinin örneği SGK'ca hazırlanacak tahsis talep dilekçesini doğrudan SGK'ya vermesi veya posta yoluyla ya da elektronik ortamda göndermesi gerekmektedir.

e) Ölüm aylığında zamanaşımı: Öncelikle, ölüm aylığının alınmasında zamanaşımı süresi söz konusu olup, hak düşürücü süre söz konusu değildir. Bu konuda 1/0/2008 öncesi ve sonrası farklılık söz konudur.

1/10/2008 öncesinde hak kazanılan ölüm aylığı için ölüm tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmakta iken, 1/10/2008 tarihinden sonra hak edilen ölüm aylıklarında zamanaşımı süresi ölüm aylığı talep tarihinden geriye doğru uygulanmaktadır.

Buna göre; eğer hak edilen ölüm aylığı 1/10/2008 tarihinden önce ise bu ölüm tarihinden itibaren de 5 yıllık süre dolmuş ise, bu durumda kişiye ölüm aylığı 1/0/2008 tarihinden itibaren, eğer yine ölüm aylığının hak edilme tarihi 1/10/2008 tarihinden önce, ancak 5 yıllık süre dolmamış ise bu defa ölüm aylığı doğal olarak ölüm tarihinden itibaren ödenecektir.

2.6.7- Hak sahibi kızları için evlenme ödeneği

Bağımsız avukatların hak sahibi olarak kendilerine aylık bağlanan kız çocuklarının evlenmeleri halinde aylıkları kesilmektedir.

Ancak, evlenmeleri nedeniyle gelir veya aylıkları kesilen kız çocuklarının talep etmeleri halinde kendilerine almakta oldukları aylıkların 2 yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere peşin olarak verilmektedir. Verilen bu paraya da “çeyiz parası” da denilmektedir.

Eğer kız çocuğu 2 yıl içerisinde boşanırsa, 2 yıl tamamlanmadan tekrar anne veya babasından dolayı aylık bağlanmamaktadır. Bu durumda aylığa yeniden ancak 2 yıl onunda hak kazanılmaktadır. Bunun mantığı da, 2 yıllık aylığın kendisine evlenme ödeneği olarak peşin olarak ödenmesine dayanmaktadır.

Hak sahiplerinin, evlenme ödeneği alması için Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sigortalı Emeklilik Daire Başkanlığına veya bulunulan yerdeki il müdürlüğüne/sosyal güvenlik merkezine SGK’ca belirlenen Tahsis Talep ve Beyan Taahhüt Belgesiyle başvurmaları gerekmektedir.

Evlenme yardımı, evlenme tarihinden itibaren 5 yıl içinde talep edilmez ise, artık istenme hakkı düşmektedir. Yani buradaki 5 yıllık süre hak düşürücü süre olarak uygulanmaktadır.

2.6.8- Cenaze ödeneği

Cenaze ödeneği, SGK’dan emeklilik, malullük ve ölüm aylığı almakta iken veya kendisi için en az 360 gün emeklilik primi ödenmiş olup da ölen bağımsız avukatın yakınlarına verilmekte olup, bu ödeneğin miktarı SGK Yönetim Kurulunca belirlenip Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı tarafından onaylanan tarife üzerinden belirlenmektedir.

Bu ödenek, sırasıyla sigortalının eşine, yoksa çocuklarına, o da yoksa ana babasına, o da yoksa kardeşlerine verilmektedir.

Bu kişilerin olmaması halinde; esnafın cenazesinin gerçek veya tüzel kişiler tarafından kaldırılması durumunda, tespit edilen cenaze

ödeneği tutarını geçmemek üzere belgelere dayanan masraflar, masrafı yapan gerçek veya tüzel kişilere ödenmektedir.

Bu ödeneğin alınması için hak sahiplerince ölüm tarihini belirten bir dilekçe ile sosyal güvenlik il/merkezine başvurulması gerekir.

2.6.9- Emeklilik (yaşlılık)/ölüm toptan ödemesi ve ihya

Herhangi bir nedenle faaliyetine son veren ve emeklilik aylığı bağlanması için gerekli yaş şartını doldurduğu halde malulük veya emekli aylığı bağlanmasına hak kazanamayan veya ölüm tarihinde hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanması şartlarının bulunmaması halinde bağımsız avukatın kendisi veya hak sahiplerine, başvuru halinde ödenen emeklilik primlerinin her yıla ait tutarı toptan ödeme şeklinde verilmektedir.

Toptan ödeme yapılarak prim ödeme gün sayıları tasfiye edilmiş bulunan olanlar, bir şekilde aylık bağlanma şartlarını kazanmaları halinde tasfiye etmiş oldukları bu primleri tekrar geri ödeyerek canlandırabilmektedirler.

2.6.10- Aylıkların hesaplanması

a) Emekli aylığının hesaplanması: 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden (1/10/2008) önce sistemde olanların 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki prim ödeme gün sayıları Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tabi oldukları kanunlara göre, bunların Kanunun yürürlük tarihinden sonraki prim ödeme gün sayıları da Kanuna göre hesaplanacak ve her dönemde geçen süreler aylıklara orantılı bir şekilde yansıtılmaktadır.

Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce faaliyete başlayan bağımsız avukatların da aylık hesaplanması yönünden müktesep hakları korunmuştur.

Emeklilik aylıklarının hesaplanmasında günümüz itibarıyla "1/1/2010 tarihi öncesi" - "1/1/2010 ila 1/10/2008 dönemi" - "1/10/2008 tarihi sonrası" olmak üzere 3 farklı dönem bulunmaktadır. Buna göre;

-Çalışmaları “1/1/2000 tarihi öncesi”, “1/1/2000 ve 1/10/2008 tarihleri arasında” ve “1/10/2008 tarihi sonrası”nda olanlar (yani her 3 dönemde de çalışması bulunanlar):

--1/1/2000 tarihi öncesinde çalışması bulunanlar için basamak ve kazançlarına denk gelen “Basamak Karşılığı Gösterge Tablosu”ndaki rakamın aylık bağlama oranıyla çarpılması sonucunda bulunun miktarı, bu dönemdeki çalışma süresinin toplam çalışma süresine oranlanmasıyla birinci kısmi aylık bulunmaktadır.

--1/1/2000 ila 1/10/2008 döneminde çalışması bulunanlar için de, primi ödenen gelir basamaklarındaki bekleme süresi dikkate alınarak bulunan “Ağırlıklı Ortalama”ya aylık bağlama oranı uygulanmakta ve bulunun miktarın, bu dönemdeki çalışma süresinin toplam çalışma süresine oranlanmasıyla ikinci kısmi aylık bulunmaktadır.

--1/10/2008 tarihi sonrası çalışmalar için ise, ödenen prim miktarları (kazançlar) her yıl bazında (emeklilik yılı ile bir önceki yıl hariç) güncelleme katsayısıyla güncellenip güncellenen miktarın prim ödeme gün sayısına bölünüp 30’la çarpılması sonucu bulunan “aylık ortalama kazanç” ve çalışma süresine göre tespit edilen “aylık bağlama oranı” çarpımıyla hesaplanan aylık, bu dönemdeki prim ödeme gün sayısının toplam prim ödeme gün sayısına oranlanmasıyla ikinci kısmi aylık bulunmaktadır.

Her üç dönem için hesaplanan kısmi aylıklardan, 1/1/2000 dönemi öncesine ait kısmi aylık 2008/Ekim ayına kadar ayrıca güncelleme katsayısıyla güncellenmesi sonucunda, her üç kısmi aylığın toplamı kişiye bağlanacak aylık miktarını vermektedir.

-Çalışmaları “1/1/2000- 1/10/2008” ve “1/0/2008 tarihi sonrası”nda olanlar:

--1/1/2000 ila 1/10/2008 döneminde çalışması bulunanlar için de, primi ödenen gelir basamaklarındaki bekleme süresi dikkate alınarak bulunan “Ağırlıklı Ortalama”ya aylık bağlama oranı uygulanmakta ve bulunun miktarın, bu dönemdeki çalışma süresinin toplam çalışma süresine oranlanmasıyla birinci kısmi aylık bulunmaktadır.

--2008/Ekim sonrası çalışmalar için ise, ödenen prim miktarları (kazançlar) her yıl bazında (emeklilik yılı ile bir önceki yıl hariç) güncelleme katsayısıyla güncellenip güncellenen miktarın prim ödeme gün sayısına bölünüp 30'la çarpılması sonucu bulunan "aylık ortalama kazanç" ve çalışma süresine göre tespit edilen "aylık bağlama oranı" çarpımıyla hesaplanan aylık, bu dönemdeki prim ödeme gün sayısının toplam prim ödeme gün sayısına oranlanmasıyla ikinci kısmı aylık bulunmaktadır.

Her iki dönem için hesaplanan kısmi aylıklardan, 1/1/2000 dönemi öncesine ait kısmi aylık 2008/Ekim ayına kadar ayrıca güncelleme katsayısıyla güncellenmesi sonucunda, her üç kısmi aylığın toplamı kişiye bağlanacak aylık miktarını vermektedir.

-Çalışmaları **sadece 1/10/2008 tarihi sonrası olanlar:** 2008/Ekim döneminden sonra ilk defa çalışmaya başlayanların aylıklarının hesaplanmasında, ödenen prim miktarları her yıl bazında (emeklilik yılı ile bir önceki yıl hariç) güncelleme katsayısıyla güncellenip güncellenen miktarın prim ödeme gün sayısına bölünüp 30'la çarpılması sonucu bulunan "aylık ortalama kazanç" ve çalışma süresine göre tespit edilen "aylık bağlama oranı" çarpımıyla aylık hesaplanmaktadır.

b) Malullük aylığının hesaplanması: Malullük aylığı da aynen emekli aylığı mantığıyla hesaplanmaktadır. Yalnız, 1/10/2008 tarihinden sonraki süreler için aylık bağlama oranı asgari % 50, 9000 günden fazla prim ödemesi olanlar için ise her yıl için % 2 olarak uygulanmaktadır.

c) Ölüm aylığının hesaplanması: Ölüm halinde hak sahiplerine bağlanan aylığın hesaplanmasında Esnafın almakta olduğu veya bağlanmasına hak kazandığı malullük veya emeklilik aylığı esas alınmaktadır. Bu durumda hak sahiplerine bağlanacak ölüm aylığının hesabı da aynen emeklilik aylığı mantığıyla hesaplanmaktadır. Yalnız, 1/10/2008 tarihinden sonraki süreler için aylık bağlama oranı asgari % 50, 9000 günden fazla prim ödemesi olanlar için ise her yıl için % 2 olarak uygulanmaktadır.

2.6.11- Emekli aylıklarının artırılması

Gerek 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce gerekse sonra bağlanan bağımsız avukatların aylıkları ve bunların hak sahiplerinin aylıkları her yılın Ocak ve Temmuz ödeme tarihlerinden geçerli olmak üzere, bir önceki altı aylık döneme göre Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan en son temel yıllık tüketici fiyatları genel indeksindeki değişim oranı kadar artırılacağı öngörülmüştür.

3-SONUÇ

Öncesinde, topluluk sigortasına tabi olan bağımsız avukatların 1/0/2008 tarihinden sonra sosyal güvenlikleri 5510 sayılı Kanunla "kendi nam ve hesabına çalışan" statüsü olarak belirlenerek, bu tarihten sonra sosyal güvenlikleri tam olarak sağlanmaya başlanmıştır.

KAYNAKLAR

- Bkz. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu R.G.. 17/7/1964, 11766-11779
- Bkz. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu R.G.. 31/5/2006, 26200
- Bkz. Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.. R.G. 13/2/2011, 27857
- 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu.. R.G. 14/9/1971, 13956

ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMAYA DAYALI İŞ SÖZLEŞMESİ

Selin SERT*

Özet: Bu çalışmada iş hukukunun yeni ve güncel konularından olan çağrı üzerine çalışma konusu incelenmiştir. Çağrı üzerine çalışmanın bir iş sözleşmesi olması sebebiyle Borçlar Hukuku ile köprüler kurularak konunun daha iyi anlaşılması sağlanmaya çalışılmıştır. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin unsurları hükümleri ve sonuçları da ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Sözleşmesi, Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesi, Sözleşmenin Kurulması, Sözleşmenin hüküm ve sonuçları.

Abstract: In this study, a new labor law, and the call-to-date on the subject of the study subjects were examined. Call on the Law of the study due to an employment contract with the bridges was ensured by establishing a better understanding of the subject. Call on the elements of the employment contract terms and the results are also based on the work conducted under examination.

Keywords: Agreements, Agreements Based on the study on Call of the Convention Establishing the Contract terms and the results.

I. GİRİŞ

Gelişen sosyal ve ekonomik koşullar ile teknolojik yenilikler, sosyo-ekonomik yaşamı ve çalışma hayatını büyük ölçüde etkilemektedir. Endüstri toplumlarında teknolojiye ve üretim sistemlerinde meydana gelen değişimler, uluslararası rekabet, artan işsizlik gibi faktörler ça-

* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

İşma sürelerinde esneklik yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır¹. Bu husustaki talepler, öncelikle işverenden gelmiştir².

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi gibi iş şartlarında esneklik sağlayan düzenlemeler yapılmasının temelinde, işçinin varlık ve refahının, işletmenin güvence altına alınmasıyla doğrudan ilgili olduğunun anlaşılması yatmaktadır³. İşletmelerin biriken taahhütlerine karşılık personel açığının kapatılması da çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi yoluyla sağlanabilecektir⁴.

Çalışma sürelerinde esneklik, çalışma sürelerinin belirli başlangıç ve bitiş zamanlarının olmaması veya çalışma sürelerinin firma ve işveren tarafından standart çalışma biçiminden farklı olarak düzenlenmesidir⁵. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde işçi, işverene ve üretim koşullarına bağlı olarak farklı çalışma süresi uygulamalarına tabi tutulmaktadır⁶.

¹ Kenar, Necdet: "Dünya Uygulamaları Çerçevesinde Türk Çalışma Hayatında Esneklik İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler", İşveren XL, 6 (Mart 2002), s.1-2; Bacak, Bünyamin- Şahin, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Esnek Çalışma Biçimlerinin Değerlendirilmesi: Fırsatlar ve Tehditler", <http://www.iibf.kou.edu.tr/ceko/armaganlar/tokerdereli/18.pdf>; Serter, Nur: "Kısmi Çalışma", Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara 1991, s. 107-108; Yavuz, Arif: "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türkiye İçin Öneriler", Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Ankara 2000, (Öneriler), s. 619; Evren, Gülnur: Esnek Çalışma ve İstihdama Etkileri, Ankara 2007, s.20-21.

² Ekin, Nusret: "Esneklik Çağrı", Mercek Özel Sayı, (Temmuz 1999), s. 13 ; Erdut, Tijen: "Esneklik ve İş Süresi", Mercek Özel Sayı, Temmuz 1999, s.109; Eryiğit, Süleyman: "Esnek Üretim, Esnek Organizasyon, Esnek Çalışma", Kamu-İş, Y.2000, C.5, S.4, s.12,

³ Centel, Tankut: "Esneklik Uygulamaları ve Türk Çalışma Yaşamı", Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, (Esneklik), s. 740-741.

⁴ Centel, Tankut: "İş Güvencesi ve Dünya Uygulamaları Çerçevesinde Türk Çalışma Yaşamında Esneklik Gereksinimi", İşveren XL, 6 (Mart 2002), (Gereksinim), s.28 vd.

⁵ Başkan, Recai: "Çalışma Başarısı ve Esneklik Yaklaşımlarına Farklı Bir Yaklaşım", Mercek Özel Sayı (Temmuz 1999), s. 37; Eryiğit, Süleyman: s.13; Günay, Cevdet İlhan: "Çalışma Sürelerinde Esneklik", Kamu-İş, C.7, S.3, (Esneklik), s. 4; Kenar, Necdet: s.2-3; Bacak, Bünyamin- Şahin, Levent: <http://www.iibf.kou.edu.tr/ceko/armaganlar/tokerdereli/18.pdf>; Serter, Nur: s. 107-108; Yavuz, Arif: Öneriler, s. 622 .

⁶ Şen, Sabahattin: "Esnek Üretim ve Esnek Çalışma", TÜHİS, Kasım 1999- Şubat-2000, s.49-50 (Esnek Üretim); Şen, Sabahattin: "Esnek Üretim ve Esnek Çalışma", TÜHİS, Mayıs 2000, (Esnek Çalışma), s.56 .

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, iş kapasitesi değişik işyerleri için uygulanan, iş sürelerinde esnekliği sağlayarak, maliyetlerin azalmasına imkan sağlayan bir uygulamadır⁷. Ekonomik durgunluk dönemlerinde talebin ve üretimin azalması halinde çalışma sürelerinin azaltılarak, işverenlerin işçileri işten çıkarmasının önlenmesi⁸ bakımından da çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi önemlidir⁹.

II. ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMAYA DAYALI İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞ KANUNUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi¹⁰, İş Kanununun 14. maddesi hükmünde düzenlenmiştir. İş Kanununun 14. maddesi hükmüne göre; “Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır¹¹. İşçiden iş görme borcunu yerine getir-

⁷ “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, <http://www.insankaynaklari.net/Dokuman.asp?s=10&Desteno=1&v=110>; Yavuz, Arif: Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, Kamu-İş Yayını, Ankara 1995, (Esnek Çalışma),s.68-69.

⁸ Centel, Tankut: Gereksinim, s.29-30.

⁹ “Çağrı Üzerine Çalışma”, Para Dergisi, 01.08.2004, http://www.yaklasim.com/basinda_mevzuat/kanunlar_/013/01368030.htm, Yavuz, Arif: Esnek Çalışma, s.68-69.

¹⁰ “Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, Alman “İstihdamı Teşvik Yasası” hükümleri dikkate alınarak düzenlenmiştir”, Eyrenci, Öner: “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004, C.I, (Yeni Düzenleme), s. 28; Şen, Sabahattin: Esnek Üretim, s.50; Eyrenci, Öner: “İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliği”, TÜHİS, Mayıs- Ağustos 2001, (Esneklik), s. 4; Tuncay, A.Can: “Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar”, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, (Hizmet Akdinin Türleri), s.27; Şen, Sabahattin: Esnek Çalışma, s.57-58; Kutal, Metin: “Kısmi Süreli Çalışmanın Hukuki Esasları ve Sorunları”, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara 1991, s. 61; Centel, Tankut: Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, (Kısmi Çalışma), s. 42.

¹¹ “Haftalık yirmi saat olarak belirlenen çalışma süresi içerisinde işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanmaktadır”, Tunçomağ, Kenan- Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, s. 70; Gerşil, Gülşen: “4857 Sayılı İş

mesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat çalıştırmak zorundadır” şeklinde düzenlenmiştir¹².

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, bir esnek kısmi süreli çalışma türüdür¹³. Dolayısıyla, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde hüküm bulunmayan hususlarda kısmi çalışmaya ilişkin genel hükümler uygulanmalıdır¹⁴.

Kanunu Uyarınca İş Kanunu”, Ege Giyim Sanayicileri Derneği 4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca İş Kanunu Semineri, Aralık 2005, <http://www.egsd.org.tr/index.php?sayfa=gecmismakale2&id=7>.

¹² Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin nitelikleri belirtilirken sınırları tam olarak çizilmemiştir”.

Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, s. 77.

¹³ Eyrenci, Öner-Taşkent, Savaş-Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 75; Güven, Ercan- Aydın, Ufuk: İş Hukuku, Eskişehir 1999, s. 39-40; Süzek, Sarper: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2006, s. 222; Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2005, (İş Hukuku), s. 275; Akyiğit, Ercan: Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, Ankara 2006, (İş Hukuku), s. 127; Andaç, Faruk: “Yeni İş Kanununun Öngördüğü Yükümlülükler”, TİSK- İşveren Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=760&id=45; Zeytinoğlu, Emin: “Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı Kanundaki Görünüm”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.62, S.1-2, 2004, (Kısmi Süreli Çalışma), s. 460; Seçkin, Nazlı: “Kısmi Çalışmanın Türk Çalışma Hayatına Uygunluğu Üzerine Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, İstanbul 2004, s.242; TİSK-Güncel: “Yeni İş Kanunumuz Neler Getiriyor?”, Temmuz 2003, <http://www.tisk.org.tr/hukuk/ yazdir.asp?nedir= guncel&nasil=sayfa&id=2>; Gerşil, Gülşen: <http://www.egsd.org.tr/index.php?sayfa=gecmismakale2&id=7>; Işıklı, Alparslan: “Esneklik”, http://www.yol-is.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=239; Mollamahmutoglu, Hamdi: “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, Kamu-İş, C.7, S.4, 2004, (Yenilik), s. 12; Tuncay, A.Can: Hizmet Akdinin Türleri, s 26; Büyüksulu, Ali Rıza: “Çalışma Hayatında Yeni İş Kanunu”, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, s. 18; Şafak, Can: “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Kısmi (Part-Time) Çalışma”, <http://www.geocities.com/ceteris-paribus-tr/c.safak.pdf>; Işıklı, İbrahim: “İş Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma”, <http://www.iskanunu.com/icerik/acikacik/is-hukukunda-cagri-uzerine-calisma.html>; Kutal, Metin: s. 61; Çelik, Aziz: “Yeni İş Yasasının Anlamı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim 2003, S.48, s. 16; Ünal, Ayşe: “Avrupa’da Kısmi Çalışma ve Genel Özellikler”, Kamu-İş, C.8, S. 2005/1, s. ; Ayan, Serkan: “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, AÜHFD, C.54, S. 4, 2005, s.432 .

¹⁴ Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, (İş Hukuku), s. 92; Tunçomağ, Kenan- Centel, Tankut: s. 70; Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, (Şerh), s. 417-418; Kılıçoğlu, Mustafa: s. 77; Zeytinoğlu, Emin: “İş Hukukunda Es-

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, diğer kısmi çalışma türlerinden farklı olarak iş süresinin uzunluğunu ve konumunu belirleme yetkisini işçi yerine işverene tanıyan bir çalışma biçimidir¹⁵. Çağrı üzerine çalışmada, işçi ve işveren aralarında anlaşarak işçinin hizmet edimini, ne şekilde ve hangi zamanlarda, ne miktarda yerine getireceğini kararlaştırabilecekleri gibi, hizmet ediminin yerine getirilmesinin ne zaman ve ne şekilde olacağını belirleme yetkisini tamamen işverene de verebilirler. Yani, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi iki türlü ortaya çıkabilmektedir. Taraflar ya önceden belirli bir süre içinde işçinin ne kadar süre çalışacağını saptar ki, bu durumda işverene işçiyi çağrı yoluyla işe davet etme imkanı verilmektedir ya da işçinin belirlenen süre içinde toplam ne kadar süre ve ne zaman çalışacağını belirleme yetkisi tamamen işverene tanınabilir. Türk İş Hukukunda birinci tür çağrı üzerine çalışma şekli düzenlenmiştir¹⁶.

Türk İş hukuku uygulamasında ve öğretide karşılaşılan bir iş ilişkisi olmasına rağmen, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ancak 4857 sayılı iş kanunu ile yasal bir düzenlemeye kavuşma imkanı bulabilmiştir.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi özellikle, otellerde, medya sektöründe, fabrikalarda ve eğlence yerlerinde çalışan işçilerin varlığı ile yaygınlaşan bir iş sözleşmesi türüdür¹⁷.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi; iş sözleşmesinde zorunlu bir çağrı süresinin kararlaştırılarak yahut kararlaştırılmadan

neklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Çeşitli Yansımaları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.5, S.10, Güz 2006/2, (Esneklik), s. 199.

¹⁵ Centel, Tankut: Kısmi Çalışma, s. 41.

¹⁶ Eyrenci, Öner: Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, (Kısmi Süreli Çalışma), s. 32-33; Centel, Tankut: Kısmi Çalışma, s. 41.

¹⁷ Çelik, Nuri: İş Hukuku, s. 91; Eyrenci, Öner: Esneklik, s. 4; Tuncay, A.Can: Hizmet Akdinin Türleri, s.27; Aktay, Nizamettin-Arıç, Kadir- Kaplan, Tuncay: İş Hukuku, Ankara 2006, s. 93; Şahlanan, Fevzi: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, İstanbul 2003, s. 81; Süzek, Sarper: s. 222; Eyrenci, Öner: "4857 Sayılı Yeni İş Kanunu", TİSK-İşveren Dergisi, Temmuz 2003, (Yeni İş Kanunu), http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=758&id=45; Eyrenci, Öner: Yeni Düzenleme, s. 28; Eyrenci, Öner: Esneklik, s. 4; Zeytinoğlu, Emin: Esneklik, s. 198; Demir, Fevzi: Sorularla Bireysel İş Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, C.I, Ankara 2006, s. 95; Tuncay, A.Can: "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, (Yeni İstihdam Biçimleri), s. 137.

işçinin fiilen çalışacağı süreyi işverenin ihtiyacına göre belirlediği ve işçiyi iş görmesi için çağırması olarak ifade edilebilir. Yapılan çağrı üzerine çalışmaya başlayan işçi, çalışmayı bitirince iş yerinden ayrılmakta ve yeni bir çağrıya kadar beklemektedir¹⁸. İş ilişkisinin niteliğini belirleyen, işçinin işverenin çağrısı üzerine çalışmayı kabul etmesi ve çağrıyı beklemesidir.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde hafta, ay, yıl gibi belirli bir zaman dilimi içerisinde ve periyotlarda işçinin çağırılması, işçinin çağrıldığı anda çalışması, sözleşme gereği çağırılması gerektiği halde çağrılmadığı zamanlarda ise o dönemde çalışmış gibi ücrete hak kazanması çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin önemli bir özelliğidir.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, sürekli biçimde işçiye ihtiyaç duyulmayan işlerde veya işyerlerinde olan işe göre işin görülmesine cevap verilmesi niteliğini taşıyan bir iş sözleşmesi türüdür.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, işin yoğunlaşması veya işçiye ihtiyaç duyulması durumunda işyerine çalıştırılması ve geçici bir ihtiyacı karşılaması bakımından geçici iş ilişkisine benzemektedir. Geçici iş ilişkisinde, çıkan ihtiyaç durumuna göre işçi ile genelde belirli süreli sözleşme yapılır ve ihtiyacın giderilmesiyle de ilişki son bulmaktadır. Yani, bu durumda geçici iş ilişkisi tam veya kısmi süreli olabilmektedir. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ise, esnek kısmi süreli çalışma çeşididir. Dolayısıyla, iş ilişkisinin sürekli ve düzenli olması gerekmektedir¹⁹.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde her çağrı ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmez, tüm çağrılar tek bir sözleşme ile düzenlenir.

III. ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMAYA DAYALI İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, İş Kanununun 14. maddesi hükmünde işçi ile işverenin aralarında yaptıkları yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç

¹⁸ Akyiğit, Ercan: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006,(Şerh), s. 553.

¹⁹ Centel, Tankut: Kısmi Süreli Çalışma, s. 32 vd; Ayan, Serkan: s. 433.

duyulması halinde iş görme edimini yerine getireceğinin kararlaştırıldığı kısmi süreli iş ilişkisi olarak tanımlanmıştır. Tanım, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin ana unsurlarını da içermektedir.

1) İş Sözleşmesine Dayalı İş İlişkisinde İş Kanununa Tabi Sürekli Bir İşin Olması

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin meydana gelebilmesi için, işçinin iş görme edimini yerine getireceği işin İş Kanunu m. 14 hükmüne göre sürekli bir iş olması gerekmektedir. İş Kanununun 10.maddesinin 2. fıkrasında, süreksiz işlerde uygulanmayacak maddeler içinde m.14 hükmü de sayılmıştır. Bu hükmün emredici nitelikte olmaması sebebiyle, taraflar aralarında aksini yani, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin sürekli olmayan işlerde de uygulanmasını kararlaştırabilirler²⁰.

2) Hizmet Sözleşmesinin Çağrı Üzerine Çalışmaya Yönelik Olması

Çağrı üzerine çalışmaya yönelik iş sözleşmesinin meydana gelebilmesi için öncelikle, tarafların anlaşmaları gerekmektedir. Hizmet sözleşmesinin²¹ çağrı üzerine çalışmayı düzenlemesi²², hizmet sözleş-

²⁰ "... Temizlik işi sürekli yapılması gereken bir iş olup, davacının çağrı usulü ile işyerinde çalıştırılması, bu işin sürekli yapılması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Çağrı usulü çalışma, kısmi süreli bir iş sözleşmesi olup, işin kısmi süreli olması, belirli süreli iş sözleşmesi niteliğini kazandırmaz. Somut olayda, bir yılda on bir ay çalışan davacının, 234 gün çalıştığı da göz önüne alındığında yapılan temizlik işi, süreye bağlı bir iş olmadığına göre çağrı usulü iş sözleşmesinin imzalanmasını gerektiren objektif esaslı bir neden de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu kabul edilerek, buna göre karar verilmelidir" ., Yarg. 9. Hukuk Dairesi, 2006/5115 E., 2006/14969 K., 22.05.2006 T., www.kazanci.com.tr.

²¹ "Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri, sadece hizmet sözleşmesi ile yapılabilirler. Toplu iş sözleşmeleri ile çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi yapılamaz" ., "Çalışma Sürelerinde Esneklik", <http://www.insankaynaklari.net/Dokuman.asp?s=10&Desteno=1&v=110>.

²² "... Davacı tanıkları birbirlerini doğrular şekilde davacının uzun yıllar işyerinde mercimek toplama, yükleme, boşaltma ve paketleme işlerinde çalıştığını söylemişlerdir. Davalı tanıklarının ayrıntılı ifadelerinden de davacının işyerinde çalıştığı izlenimi uyanmaktadır. Gerçekten bu tanıklardan bazıları ihtiyaç duyulduğu zaman telefon defterindeki numaralardan çağrılarak çalıştırıldıklarını, bazıları da mercimek mevsiminde kısa ve uzun süre çalıştırıldıklarını açıklamışlardır. Öte yandan makbuz koçanlarının incelenmesinden de muhtelif tarihlerde davacı işçiye yükleme, boşaltma ve paketleme gibi işler için ödemeler yapıldığı sonucuna varılmakta-

mesinin kuruluşu aşamasında kararlaştırılabileceği gibi, hizmet sözleşmesinin kuruluşu aşamasında başka nitelikte kurulan bir iş sözleşmesi sonradan tarafların anlaşması ile de çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi haline dönüşebilmektedir. Daha önceden yapılmış olan herhangi bir sözleşmenin çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi haline gelmesi durumunda, yapılan sözleşme eski sözleşmenin devamı niteliğini taşır, yapılan yeni sözleşme ile sadece çalışma koşullarında ve süresinde bir değişiklik yapılmış olmaktadır.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin meydana gelebilmesi için, mutlaka yazılı olarak yapılması²³ gerekmektedir²⁴. Bu yazılı şeklin, özel bir usul öngörülmediğinden, adi yazılı şekil olarak anlaşılması gerekmektedir. Yazılı biçimde yapılan hizmet sözleşmesinden sözleşmenin türü tam olarak anlaşılamiyorsa, sözleşmenin çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi olmadığı kabul edilir. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ile ilgili yazılı yapılma zorunluluğu, işçinin korunması düşüncesiyle getirilmiş bir düzenlemedir. İş hukukunda işçinin korunması ilkesi ile yapılan düzenlemeler, genellikle nisbi emredici nitelik taşımaktadır. İş Kanunu m.14 hükmünde ifadesini bu-

dır. Günümüz koşullarına uygun şekilde çalışma hayatında bir esneklik husule geldiği gözlenmektedir. Gerçekten bu çalışma türlerinden biri de ihtiyaç duyulduğu zaman daha önce isimleri tespit edilen kişilerin adreslerinden telefonla ya da başka bir şekilde çağrılmak sureti ile çalışma şeklinde tezahür etmektedir. Buna çağrı usulü ile çalışma denilmekte ve öğretilde dayanakları gösterilmektedir. Davaya konu olayda da böyle bir çalışmanın kabulü işçinin korunması ilkesi bakımından önem taşımaktadır. Bu açıklamaların sonucu olarak somut olayda taraflar arasında hizmet akdi ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir. Dosya içeriği mahkemece dikkate alınarak İş Hukuku kuralları uyarınca ihbar ve kıdem tazminatını gerektirecek şekilde akdin sona erip ermediği ve ayrıca fesih ile irtibat kurulmaksızın yıllık ücretli izin ve fazla mesai alacakları yönünden de bir değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir"., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.06.1998, 9346/10881 (Akyiğit, Ercan: Şerh, s. 564; Günay, Cevdet İlhan: Şerh, s. 420).

²³ Sevimli, Ahmet: "İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı", Çimento-İşveren, Mart 2003, s.11-12.

²⁴ "Çağrı üzerine çalışmaya dayalı hizmet sözleşmesinin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartı değil, ispat koşulu olarak düşünülmelidir"., Eyrenci/Taşkent/ Ulucan: s.75; Andaç, Faruk: http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=760&id=45; Zeytinoğlu, Emin: Kısmi Süreli Çalışma, s. 461; Mollamahmutoglu, Hamdi: Yenilik, s. 8; Şafak, Can: <http://www.geocities.com/ceteris-paribus-tr/c.safak.pdf>; Işıklı, İbrahim: <http://www.iskanunu.com/icerik/acikacik/is-hukukunda-cagri-uzerine-calisma.html>; Aydemir, Murteza: "97/81/EC Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak 4857 Sayılı İş Kanununda Kısmi Süreli Çalışma ve Bu Çalışmadan Kaynaklanan İşçilik Hakları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 217; Tuncay, A.Can: "Yeni İstihdam Biçimleri, s. 138.

lan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri ile ilgili hükümler de nisbi emredici nitelikte olduğundan²⁵, ancak işçi lehine getirilecek hükümlerle değiştirilebilecek, aksi halde m.14 hükmü uygulanacaktır²⁶.

3) Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesinde Çalışma Koşullarının Düzenlenmesi

İşçi ve işveren işçinin hafta, ay veya yıl ya da hangi zaman için çağrılacağını yapacakları sözleşme ile serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflar aralarında bu konuda herhangi bir sözleşme yapmamışlarsa, İş Kanununun 14. maddesi hükmüne göre, haftalık yirmi saat olarak çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi kurulmuş kabul edilmektedir²⁷. Yasada yirmi saat en az ya da en fazla olarak miktar olarak nitelendirilmediğinden²⁸, bu süreyi tarafların anlaşmasıyla değiştirebilecekleri kabul edilmelidir²⁹. İşverenin yapacağı çağrının her çağrıda en az dört saat olması gerekliliğinden bahsedildiği için, taraflar çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesini haftada dört saatten daha kısa bir zaman dilimi için kararlaştıramamaları gerekliliği anlaşılmalıdır.

²⁵ Aksi görüş için, "Haftalık yirmi saat çalışma süresi, nisbi asgari çalışma süresi değil, yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Dolayısıyla, taraflar haftalık çalışma süresini yirmi saatin ve çağrının yapılma süresini dört günün altında kararlaştırabileceklerdir"., Eyrenci, Öner: Yeni İş Kanunu, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=758&id=45; Eyrenci, Öner: Yeni Düzenleme, s. 28; Zeytinoglu, Emin: Esneklilik, s. 199; Demir, Fevzi: s. 96.

²⁶ Eyrenci/Taşkent/Ulucan: s.75; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, s. 275.

²⁷ "İş Kanununun 14. maddesi hükmü, nisbi emredici nitelik taşıdığı için sadece işçi lehine hüküm konulması durumunda tarafların kendi aralarında yaptıkları çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi geçerli olacaktır.Örneğin; işçi ve işveren haftalık çalışma süresinin yirmi saatten fazla olarak belirlendiği bir sözleşme yapabilecek iken, yirmi saatten az bir çalışma düzenini öngören bir sözleşme imzalamayacaklardır". Eyrenci/Taşkent/Ulucan: s.75.

²⁸ "Taraflar yazılı olarak aralarında işçinin ne kadar saat çalışacağını belirlememişlerse, işçi çağrılmasa bile en az yirmi saat çalışmış kabul edilerek kendisine ücret ödenmelidir"., TİSK-Güncel, "Yeni İş Kanunumuz Neler Getiriyor?", Temmuz 2003, <http://www.tisk.org.tr/hukuk/yazdir.asp?nedir=guncel&nasil=sayfa&id=2>; Şafak, Can: <http://www.geocities.com/ceteris-paribus-tr/c.safak.pdf>.

²⁹ Akyiğit, Ercan: Şerh, s.556; Şahlanan, Fevzi: s. 81; Zeytinoglu, Emin: Kısmi Süreli Çalışma, s.461; Süzek, Sarper: s. 223; Çelik, Nuri: İş Hukuku, s. 92; Aktay, Nizamettin-Arıç, Kadir- Kaplan, Tuncay: s. 94; Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, s. 127; "Haftalık yirmi saat çalışma süresi, nisbi asgari çalışma süresi değil, yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Taraflar, yirmi saatin üzerinde bir süre kararlaştırabilecekleri gibi, daha az bir süre de kararlaştırabilirler"., Eyrenci, Öner: Yeni İş Kanunu, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=758&id=45; Eyrenci, Öner: Yeni Düzenleme, s. 28; Çelik, Aziz: s. 16.

İş Kanununun 63. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre, işçinin haftalık çalışma süresi 45 saati aşmamaktadır. Kısmi çalışmaya dayalı sözleşmelerinde ise, işçinin haftalık çalışma süresinin normal çalışma süresinin en az 1/3 oranında az olması gerekliliğine değinilmiş olmasına karşın, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresi kararlaştırılmamış aksine, ay ve yıl gibi zaman dilimleri için de sözleşme yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, bir çeşit kısmi süreli çalışma olduğu için, İş Kanunu m.13/1 ve m.63/1 hükmü birlikte düşünüldüğünde, haftalık çalışma süresi en fazla otuz saat olabilecektir.

Taraflar, çağrı üzerine dayalı iş sözleşmesini ay veya yıl gibi bir zaman dilimini esas alarak da yapabilirler. İşçi ve işveren yapacakları sözleşmede ayda veya yılda işçinin garanti olan çalışma süresini belirtebilirler. Ay veya yıl zaman hesabına dayalı çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işçinin çalışma süresi hesaplanırken, haftalık yirmi saat çalışma süresinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Ay ve yıl zaman dilimlerine dayalı olarak yapılan sözleşmede her çağrıda işçinin en az dört saat çalışması zorunluluğu ve haftalık yirmi saat çalışma dikkate alınarak, örneğin; ay esas alınarak yapılan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işçinin garanti çalışma süresi bir ayın dört hafta ile çarpılması yoluyla hesaplanabilecektir.

İş Kanununda işçinin ayda veya yılda maksimum çalışma süresi ile ilgili herhangi bir bilgi bulunmadığı için, kısmi süreli iş sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla yani haftada en fazla otuz saat olarak hesaplama yapıldığında, aydaki hafta sayısı ile en fazla otuz saatin çarpılması ile aylık; bir yıl içindeki tatil olmayan hafta sayısı ile en fazla otuz saatin çarpılması ile de yıllık çalışma süresi hesaplanabilecektir.

İş Kanununun 14. maddesi hükmünün son fıkrasına göre, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işçiye çalıştırılacağı süreden en az dört gün önce çağrının yapılması gerekmektedir. Maddedeki "en az dört gün önce" ifadesinden, bu sürenin emredici nitelikte değil, aksine, taraflarca dört günden az olmamak koşulu ile kararlaştırılabile-

cek bir süre olduğu³⁰ sonucuna ulaşılmaktadır³¹. Kanunun bu şekilde bir süre belirlemesinin amacı, işçinin boş olarak ayarlanan zamanlarda başka işlerde de çalışma olasılığının bulunmasıdır. Tarafların dört günden daha az bir sürede çağrılmayı kararlaştırdıkları herhangi bir sözleşme³² hüküm ifade etmeyecektir³³.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde çağrının, işveren veya işveren tarafından yetkili kılınan kişi tarafından yapılması gerekmektedir. İşveren çağrı üzerine çalışmaya dayalı sözleşme yapma hususunda bir kişiyi yetkilendirebileceği gibi, işveren vekili de işveren adına çağrıyı yapabilmelidir.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde çağrının yapılması usulü hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İşyerinin bu hususta alışılmış usullerinin olması durumunda, çağrının o usulle yapılması daha uygun olacaktır. Özel bir çağrı usulü belirlenmemişse, yazılı, sözlü, faks, telefon hatta elektronik çağrı bile çağrı olarak kabul edilebilmelidir. Çağrı yapılması usulünde önemli olan, çağrının yapıl-

³⁰ “İşverenin işçiye çağrı üzerine çalışmaya dayalı işi en az dört gün önceden bildirmesi gerekliliği, İş Kanununda nisbi emredici nitelikte düzenlenemediği için, bu hüküm işveren lehine görünmekte ve işverene çağrıyı bir işin yapılmasına bir saat kala dahi işçiye çağırma imkanı vermiş gibi bir izlenim bırakmaktadır. Dolayısıyla, bu durum işçi de sürekli ne zaman işe çağrılacağı endişesi duymasına sebep olacaktır”., Akkaya, Yüksel: “Yeni İş Kanunu: Çalışma Hakkı Yaşam Hakkına Karşı”, Evrensel Kültür Dergisi, S. 138, Haziran 2003, s.13-14; Işıklı, Alparslan: http://www.yol-is.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=239; Eyrenci, Öner: Esneklik, s. 5-6; Eyrenci, Öner: Kısmi Süreli Çalışma, s. 33.

³¹ “Dört gün, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesindeki çağrıların en az kaç gün önceden yapılması gerektiğini belirten bir ön koşul niteliği taşımaktadır. Yani, işçi dört gün önceden yapılmış bir çağrıya uymakla yükümlü tutulmamalıdır”. Kılıçoğlu, Mustafa: s. 77.

³² “Taraflar, işçi lehine olmak kaydıyla, İş Kanunu m.14 hükmünde belirtilen süreleri azaltabileceklerdir”. Çelik, Nuri: İş Hukuku, s. 86; “İş Kanunu m.14 hükmündeki süreler, taraflarca kararlaştırılarak azaltılamaz, belirtilen süreler asgari sürelerdir ancak işçi lehine artırılabilir”., Ulucan, İş Sözleşmesi Türler, s. 65; Aynı görüş için bkz. Kılıçoğlu, Mustafa: s. 78; “ İş Kanunu m.14 hükmünde belirtilen süreler, yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu için, taraflar sözleşme yapma özgürlüğü gereğince serbestçe belirleyebileceklerdir”., Eyrenci, Öner: Yeni İş Kanunu, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=758&id=45; Süral, Nurhan: “Esnekliğin Sosyal Güvenlik Boyutu”, TİSK-İşveren, Ocak-Şubat-Mart 2005, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1153&id=63; “Taraflar, çağrı süresini ve çalışma süresini serbestçe belirleyebilirler. Yani, anılan sürelerin altına inilebileceği gibi, üstüne de çıkılabilir”., Zeytinoglu, Emin: Kısmi Süreli Çalışma, s. 462; “Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işçi ve işverenin aralarında yaptıkları sözleşmede işçinin ne kadar süre ile çalışacağı kararlaştırılmış ise, işçi sadece bu süre kadar çalıştırılabilir”., Seçkin, Nazlı: s.242.

³³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan: s.76; Süzek, Sarper: s. 222.

dığının bilinmesi ve gerektiği zaman bu çağrının kanıtlanabilir nitelikte olması ve çağrının işçiye ulaştırılmış olmasıdır.

4) Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanılması

İşçi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde belirledikleri çağrı yöntemine uygun olarak yapılan çağrılar üzerine çalışacaktır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, işçi sadece çağrılması gereken süre için ücrete hak kazanır, aksi halde çağrılmayı beklediği süre için kendisine bir ücret ödenmesi söz konusu değildir. İşverenin süresinde ya da belirlenen zamanda çağrı yapmamış olması durumunda³⁴, işçi geç kalan veya yapılmayan çağrıya uymakla yükümlü değildir. İşçi, bu durumda dahi ücrete hak kazanmıştır³⁵. İşçinin bu durumda ücrete hak kazanabilmesi için, işverenin çağrılarının kesin ve sürekli nitelik taşıması da gerekmektedir. Aksi halde, sürekli yapılan ve daha önceden tarihleri kesin olarak belirlenen çağrılar olması durumunda, çağrı yapılmasa dahi işçi ücrete hak kazanamaz. İşçi, kendisine yapılan geç çağrıya rağmen çalışırsa, sadece geciken süre için çalışmış gibi işlem görerek, gerçekte çalışmadığı süre için de ücrete hak kazanacaktır.

İşçi, çağrı yöntemine uygun olarak çağrılıp işe geldiği zaman, çalışma borcunu yerine getirmek zorundadır. İşçi, çağrıldığı zaman ne kadar çalışması gerektiğini önceden bilmelidir. Taraflar, çağrı üzerine ne kadar çalışılacağını belirlemişlerse, belirledikleri zaman kadar, eğer belirlememişlerse, günde en az dört saat üst üste³⁶ olarak kararlaştırılmış sayılacaktır³⁷. Çağrılacak süre içinde işçi, üst üste en az dört saat çalışmak zorundadır. Bu sürenin dağınık olarak belirlenmesi mümkün değildir. İşçinin çalışması üst üste ve sürekli olmak zorunda olsa da bu

³⁴ "Çağrı süresine uyulmadan bir çağrı yapılması durumunda, durum işçinin inisiyatifindedir. İşçi, isterse işe başlayabilir, ama işe işverenin talep ettiği erken zamanda gitmemesi işverene sözleşmeyi fesih hakkı vermez"., Zeytinoglu, Emin: Kısmi Süreli Çalışma, s. 462.

³⁵ Kılıçoğlu, Mustafa: s. 77.

³⁶ "İşçinin dört saatten daha az çalıştırılması halinde dört saatlik ücretin ödenmesi gerekir"., Ulucan, İş Sözleşmesi Türleri, s. 65; Tuncay, A.Can: Yeni İstihdam Biçimleri, s. 138; Eyrenci/Taşkent/Ulucan: s.76 .

³⁷ "Kanun koyucu, işçinin en az dört saat üst üste çalışması zorunluluğundan bahsetmiş olmasına karşın, işverenin çağrısı üzerine bu çalışmanın bir çağrı için en fazla kaç saat olabileceğini düzenlememiştir. İş Kanununun 63.maddesi hükmüne bakıldığı zaman, işçinin her çağrıda en fazla 11 saat çalıştırılabileceği hususu ortaya çıkmaktadır"., Mollamahmutoğlu, Hamdi: Yenilik, s. 14.

işçinin aralıksız çalışması zorunluluğunu ifade etmez. İşçi, çalışma süresi içinde, çalışma süresine uygun olarak kendisine ara dinlenme hakkının tanınması gerekmektedir. İşçiye ara dinlenmesi hakkının verilmesi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı işin süreklilik niteliğini etkilemez.

İşçinin yasaya veya sözleşmeye uygun olarak düzenli biçimde çağrılmaması veya çağrılması fakat üst üste çalıştırılmaması durumunda da işçi ücrete hak kazanacaktır³⁸. İşçinin, çağrıldığı halde en az dört saat üst üste çalıştırılmaması, işçi için çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin haklı fesih nedenini oluşturur. Bu durumda, işçi için iş koşullarının uygulanmaması söz konusudur. Usulüne uygun olmayan her çağrıyı haklı fesih nedeni olarak kabul etmemiz hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Dolayısıyla, somut olayın özelliklerine göre çağrılmamanın işçinin yeteneği v.s. gibi önem taşıyan hallerde haklı fesih imkanı kabul edilmelidir.

5) Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesinde Kıdem Tazminatının Hesaplanması

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işçinin kıdemi³⁹ ve kıdeme bağlı hakları⁴⁰ işçinin çağrıldığı veya çağrılması gereken

³⁸ Çelik, Nuri: İş Hukuku, s. 92 (dnp. 47) ; Eyrenci/Taşkent/Ulucan: s.76; Aktay, Nizamettin-Arıcı,Kadir- Kaplan, Tuncay: s. 94 .

³⁹ “... Toplanan delillerden davacının mahkemece kabul edildiği gibi mevsimlik işçi olmadığı, haftanın belirli günlerinde çalışan devamlı işçi olduğu, 21.10.1993 tarihinde sendika üyesi olan davacının üyeliğinin 24.10.1993 günü işverene tebliğ edilmek istendiği işverenin tebellüğ etmediği, bunun üzerine durumun 25.10.1993 günlü işverene faksla bildirildiği, işverenin aynı gün davacının hizmet akdini sona erdirdiği ve bir daha işe çağırmadığı anlaşılmalı olup, bu durumda davacının ihbar ve kötüniyet tazminatı talep etmekte de haklı olduğu kabul edilmelidir. Buna rağmen mahkemece gerekçe dahi gösterilmeden anılan isteklerin reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir”., Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 01.11.1995, 13458/33266 (Akyiğit, Ercan: Şerh, s. 562).

⁴⁰ “Dosya içinde bulunan 15.05.1995 tarihli taahhütname ve bunun kabulü ile ilgili davacı işçinin beyanına göre, davacı işyerinde işlerin yoğunluğu ve özelliği gerektirdiği takdirde işveren tarafından çağrılıp çalışmayı taahhüt etmiş, böyle bir durum söz konusu olmadığı hallerde ise serbest kalma durumunda bulunmuştur. Son yıllarda ülkemizde de çokça görülen esnek çalışma türlerinden olan “çağrı usulü” çalışma şekli söz konusudur . Davacı işçi bu şekilde beş yıl kadar bir dönem içinde fiilen 2 yıl 352 gün çalışmıştır. Dosya içindeki çalışma cetvellerinden davacının birbirini takip eden aylarda 3 gün+ 7 gün ve daha fazla çalıştığı, bir ya da iki takvim ayında da hiç çalışmadığı anlaşılmaktadır. Son defa davacı yaklaşık iki ay kadar çağrılmayı beklemiş, fakat çağrılmadığı için iki ayın dolmasına üç gün kala 03.04.2000 tarihli ihtarname çekerek ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığını bildirmiştir. Davalı ise, 10.04.2000 tarihli cevabi ihtarnamesinde kendinin çağrılıp usulü yöntemiyle çağrıldığını sözleşmesinin devam etmekte

sürelerden değil, hizmet sözleşmesinin tamamından⁴¹ oluşmaktadır⁴².

Yıllık ücretli izin, fesih bildirim önelleri, ihbar⁴³ ve kötü niyet tazminatında ve iş güvencesinde aranması gereken en az altı aylık çalışma süresinin hesaplanmasında da işçinin hizmet süresi, hizmet sözleşmesinin tamamı olarak hesaplanmalıdır⁴⁴.

Yargıtay, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde işçinin, kıdem/ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin sürelerinin hesaplanmasında, işçinin çalışma süresinin dikkate alınması gerekliliğini belirtmiştir⁴⁵. Bu durumda bu sürenin içine nelerin gireceği -çağrı dönemi, çağrılıp iş verilmeyen dönem- tartışma konusu olmaktadır. İşçinin hizmetini sunmaya hazır olması, onun iş şartlarını yerine getirdiğini göstermektedir. Belirli bir süre önceden çağrı bildirim yapılsa da, işçinin hazır olarak beklemesi, onun diğer iş ilişkilerini de etkileyeceğinden,

olduğunu vurgulamıştır. 13.04.2000 tarihinde de davacı bu davayı açarak davalı tarafından çağrılmamak suretiyle sözleşmesinin feshedildiğini iddia ederek feshe bağlı tazminatlarla bir kısım işçilik hakları isteklerinde bulunmuştur.

Açıklanan olayın bu özelliklerine göre davacı esnek bir kapsam içinde çağrı usulüyle çalıştığı gerçeği ortada ise de iki ay dışında hemen hemen her takvim ayı çağrılmış olduğu görülmektedir. İki aya yakın yani mevcut uygulamayla bağdaşmayan uzunca bir süre çağrılmaması durumunda kalan davacı işçi ihtarname ile önce durumu açıklığa kavuşturmak istemiş, sonra da bu davayı açmıştır ki davalı işveren sözleşmenin sürmekte olduğunu bildirdiğine göre kendisi iş şartlarında bir değişiklik, başkalaşma bulunduğu farkında olarak bu davayı açmakla sözleşmeyi fesih yoluna gitmiştir. Böyle bir durumda haklı da olsa sözleşmeyi feshettiğinden ihbar tazminatı hakkı doğmamış, ancak kıdem tazminatına hak kazanmıştır"., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 17.04.2001, 1039/6436 (Akyiğit, Ercan: Şerh, s. 562, Tunçay, A.Can: Yeni İstihdam Biçimleri, s. 137).

41 "...Kısmi süreli olarak haftada iki gün çalışan işyeri hekiminin kıdem tazminatının hesabında çalışma gün sayısının toplanması ile bulunan yedi yüz on sekiz günlük hizmetin değil, sözleşmenin sürmüştüğü olduğu altı yıl on ay yirmi günlük sürenin eşas alınması gerekmektedir"., Yarg., 9. Hukuk Dairesi, 21.05.2001, 6063/8620, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.60; Aynı görüşte, Çelik, Nuri: İş Hukuku, s. 80; Karşı görüşte, Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut: s. 225.

42 Süzek, Sarper: s. 220.

43 "Kısmi süreli çalışan işçilere de ihbar tazminatı ödenmesi gerekmektedir"., Yarg. 9. Hukuk Dairesi, 07.10.2003, 2828/16324, YKD, Nisan 2004, s.548-549.

44 "Dairemizin Mahkemece uyulan bozma kararında davacı işçinin çağrı usulü ile çalıştırıldığı ve ihtiyacı karşılanmadıkça işverence çağrılıp çalıştırıldığı vurgulanmıştır. Bu çalışma tarzına göre davacı işçinin yılın tamamında çalıştırıldığı kabulü hatalıdır. Bu durumda işyerinde davacıya yaptırılan işin niteliği, başkaları tarafından aynı şekilde veya serbest iradesi ile başka işlerde çalıştırılıp çalıştırılmadığı konuları mahalli adetler dikkate alınmak üzere değerlendirilmeye tabi tutularak ve dosya içeriği de dikkate alınmak suretiyle çalışılan sürelerin tespit edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde yılın tamamının değerlendirilmiş olması hatalıdır. Öte yandan, her yıl çalışılan süre tespit edildikten sonra davacı işçinin yıllık ücretli izne hak kazanıp kazanmadığı konusu üzerinde durulup hasıl olunacak sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır"., Yarg. 9. Hukuk Dairesi, 27.09.1999, 1999/11675 E., 1999/14527 K. (Günay, Cevdet İlhan: Şerh, s. 419).

45 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.09.1999, 11675/14527, www.kazanci.com.tr.

kıdem tazminatının süresinin hesaplanmasında hizmet sözleşmesinin başlangıç ve bitiş süresinin dikkate alınması daha uygun olacaktır⁴⁶.

Kanun koyucu, işçinin çalışmadığı günlerin, işçinin çalışmış olduğu günlerden sayılmaması gerektiğini düzenlediğine göre, işçinin kıdem tazminatı hakkında da çalışmadığı günlerinin kıdem tazminatına hak kazanması hususunda, sayılıp sayılmaması gerekliliği ile ilgili de bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunundaki “orantılılık ilkesi” gereğince, kısmi süreli çalışan işçiyle tam zamanlı çalışan işçi arasında ücret ve paraya ilişkin menfaatlerde orantı kurularak işçinin çalıştığı sürenin göz önüne alınması suretiyle kısmi zamanlı çalışan işçiye de orantılı da olsa tam zamanlı işçinin haklarından yararlanma imkanı verilmiştir. Bu ilke göz önüne alındığında, kısmi çalışan işçinin kıdem tazminatı hakkının çalıştığı süreler orantı kurulmak suretiyle hesaplanması gerekliliği hususu ortaya çıkmaktadır⁴⁷.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde kıdem tazminatının hesaplanması konusunda diğer önemli olan husus; çağrı üzerine işçinin çalışmaları çok uzun aralıklarla yapılan kısa süreli çalışmalar şeklinde de ortaya çıkması durumudur. O takdirde tazminata esas alınacak kıdem hesabında akdin devam süresinin göz önünde bulundurulup bulundurulmaması karışıklığa neden olabilir. Bu durum karşısında tazminatın amacından saptırılmaması için, çalışılan sürelerin makul uzunlukta olmasının gerektiği düşünülebilir ve kıdem tazminatının hesaplanmasında hizmet akdi süresinin tamamının göz önünde bulundurulması gerekir. Yani; kısmi süreli olarak çalışan bir işçinin kıdem tazminatı hesabına esas hizmet süresinin belirlenmesinde hizmet akdinin başlangıcı ile sona ermesi arasındaki çalışılan ve çalışılmayan günler ayırımı yapılmaksızın tüm süre göz önüne alınmalıdır⁴⁸.

Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Hükümlerinin Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesine Uygulanabilmesi

İş Kanunu m.14 hükmünde düzenlenmiş bulunan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin sosyal güvenlik boyutu düzenlenmemiştir. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde kısmi sü-

⁴⁶ Zeytinoglu, Emin: Kısmi Süreli Çalışma, s. 462.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu, Hamdi: Yenilik, s. 14.

⁴⁸ Çelik, Nuri: “Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı”, *Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan*, Kamu-İş, Ankara 2002, S.4, (Kıdem Hesabı), s.5-6.

reli çalışmaya dair SSK hükümlerinin uygulanması mümkündür⁴⁹. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde, işçinin sosyal sigorta primlerinin ödenmesinde de çeşitli problemlerle karşılaşılabilir. İşçinin çalıştığı sürelerin mi yoksa hizmet sözleşmesinin tamamının mı sigorta primlerinin ödenmesi hususunda dikkate alınacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır⁵⁰.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 08.06.1995 Tarih ve 5048/5358 sayılı kararında, "Dosyadaki bilgi ve belgeler ile tanık sözlerinden davacının, davalı işverenin işyerinde buğday boşaltma ve yükleme işi yaptığı, olay günü boşaltma işi yaparken elini makineye kaptrarak parmaklarının koptuğu, kendisinin bu işyerine bağımlı olarak çalıştığı, sair zamanlar işyerinde veya kahvehanede beklediği anlaşılmaktadır. Görülüyor ki davacı hizmet akdinin unsurlarından olan bağımlılık ve zaman unsuru gerçekleşecek şekilde çalışmıştır. Zira, işveren kendisini çağırdıkça işe başlamakta, işini işverenin gözetimi ve denetimi altında yapmaktadır. Piyasa hamalı olmayan, bir işverene bağımlı olarak çalışan hamalların sigortalı sayılacakları Dairemizin yerleşmiş görüşlerindedir. Ücretin maktu olmayıp boşaltılan buğdayın tonu başına alınmış olması hizmet akdinin varlığını ortadan kaldırmaz. Başka bir anlatımla, ücretin ödeme şekli sigortalı olma koşulunu ortadan kaldırmaz. Öte yandan, tüm iş saatinde sürekli çalışmanın gerçekleşmemesi de hizmet akdinin varlığını ortadan kaldırmaz. Olayda, davacının çalışma saatlerinin tamamında değil, sadece yükleme ve boşaltma zamanları çalıştığı anlaşıldığına göre kısmi çalışma söz konusudur. İşverenin kapasitesi, niteliği, iş hacmi saptandıktan sonra gerektiğinde bilirkişi düşüncesine de başvurularak davacının günde kaç saat çalışmış olabileceği belirlenmeli, iddia edilen tarihler arasında o kadar sürenin tespitine karar verilmelidir"⁵¹. Bu Yargıtay kararından anlaşılacağı üzere, işçiye çalıştığı hizmet edimine göre ücret ödenmesi, işçinin sürekli ve iş saatlerinde çalışmasını zorunlu hale getirmemektedir. Dolayısıyla, işçi sadece kesin olarak belirlenen zamanlarda çalıştığı takdirde de sigortalıdır ve sigorta primlerinin ödenmiş olması ve sigortanın sağladığı imkanlardan yararlanabilmesi gerekmektedir.

⁴⁹ Süral, Nurhan: http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi.id=1153&id=63.

⁵⁰ Emeklilik Sigortaları Kanunu Tasarısı, yazılı hizmet sözleşmesinde taraflar arasında çalışma hafta veya ay olarak belirlenmişse prim ödeme gün sayısının kısmi süreli çalışmadaki gibi hesaplanmasını öngörmektedir.

⁵¹ Akyiğit, Ercan: Şerh, s. 563.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri, kısmi süreli iş sözleşmelerinin bir türü olduğu için, kısmi süreli çalışanlara uygulanacak paraya ilişkin bölünebilir menfaatler konusunda da İş Kanununun 13. maddesi hükmü uygulanacaktır. Yani; kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenecektir. Kısmi süreli işçi, tam süreli işçiye ödenen asgari ücretin, ikramiyenin çalıştığı süre kadar kendisine ödenmesi gereken kısmının ödenmesini talep edebilecektir. İşyerinde yakacak, giyecek veya yemek yardımı gibi işçilere ödenen bazı ek ödenekler varsa, kısmi süreli olarak çalışan işçi bu ücretin de kendi çalıştığı süreye orantılanması suretiyle kendisine ödenmesini isteyebilecektir⁵².

İşçi, birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi yapma özgürlüğüne sahiptir. İşçinin sözleşme yapma özgürlüğünün tek sınırı, haftalık 45 saat çalışma süresinin aşılmamasıdır. Haftalık 45 saat çalışma süresi, kısmi süreli iş sözleşmelerinde en çok haftalık 30 saat olabileceği için, işçi birden fazla iş sözleşmesini en çok haftalık 30 saat olarak yapabilecektir. İşçinin çalıştığı birden fazla işyerinde toplam çalışma süresi azami yasal iş süresini aşıyorsa daha sonra kurulan kısmi süreli iş akdindeki çalışma süresi kısaltılarak toplam iş süresi yasal azami süreye indirilir.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş ilişkisi de bir iş sözleşmesine dayandığı için, toplu iş hukukuna ilişkin haklardan yararlanırlar⁵³ yani sendikalara üye olabilirler⁵⁴, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girebilirler, yasal greve⁵⁵ katılabilirler.

Çağrı üzerine çalışan işçinin başka işlerde çalışmadığı, hizmet birleşmesinden ve sigortadan yararlanmadığı durumlarda yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁶.

⁵² Süzek, Sarper: s. 219; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, s. 271; Evren, Gülnur: s. 70.

⁵³ Alpagut, Gülsevil: "Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1533-1534.

⁵⁴ "Sendikalar Kanunu, işçi ve işverenlerin aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamayacaklarını düzenlemiştir. Dolayısıyla, çağrı üzerine çalışan işçi, çalıştığı birden fazla işin farklı işkolunda olması durumunda, birden fazla sendikaya üye olabilecektir"., Eyrenci, Öner: Kısmi Süreli Çalışma, , s. 69-70.

⁵⁵ Eyrenci, Öner: Kısmi Süreli Çalışma, s. 76-77; Demir, Fevzi: s.98.

⁵⁶ Süral, Nurhan: http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi.id=1153&id=63.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin kısmi süreli çalışmanın bir türü olması sebebiyle, hizmet sözleşmesi devam ettiği sürece işçinin yıllık ücretli izin hakkından yararlanması mümkündür⁵⁷. Kanun koyucu, işçinin çalışmadığı günlerin, işçinin çalışmış olduğu günlerden sayılmaması gerektiğini düzenlediğine göre, işçinin yıllık ücretli izin hakkında da işçinin çalışmadığı günlerinin yıllık izin hakkına hak kazanma da sayılıp sayılmaması gerekliliği ilgili de bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunundaki “orantılılık ilkesi” gereğince, kısmi süreli çalışan işçiyle tam zamanlı çalışan işçi arasında ücret ve paraya ilişkin menfaatlerde orantı kurularak işçinin çalıştığı sürenin göz önüne alınması suretiyle kısmi zamanlı çalışan işçiye de orantılı da olsa tam zamanlı işçinin haklarından yararlanma imkanı verilmiştir. Bu ilke göz önüne alındığında, kısmi çalışan işçinin yıllık ücretli izin hakkının çalıştığı sürelerle orantı kurulmak suretiyle hesaplanması gerekliliği hususu ortaya çıkmaktadır⁵⁸.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesine bağlı olarak işçilerin, ulusal bayram ve genel tatil ücret haklarından da⁵⁹ yararlanmaları gerekir⁶⁰. Taraflar, çağrının bu günlerde yapılmayacağını ya da işçinin bu günlerde de çalıştırılmayacağına dair aralarında anlaşma yapabileceklerdir⁶¹. İşçinin, ulusal bayrama ya da genel tatile denk gelen günde yapılan hizmet sözleşmesi gereğince çalışması gerekiyorsa, işçi o günlerde, kanunda belirlenen fazla ücrete de hak kazanacaktır⁶².

İşçi, İş Kanununun 18-21. maddeleri hükümlerinde düzenlenen iş güvencesinden de, İş Kanununda sayılan iş güvencesinden yararlanma koşullarını taşıması koşuluyla yararlanabilecektir⁶³.

⁵⁷ Aydemir, Murteza: s. 230.

⁵⁸ Mollamahmutoglu, Hamdi: Yenilik, s. 14.

⁵⁹ “Davacının davalıya ait araçta özel şoför olarak çağrı esasına göre çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı hafta tatillerinde ve bayram tatillerinde çalıştığını somut delillerle kanıtlayabilmiş değildir. Bu nedenlerle hafta ve bayram tatili çalışması ücret alacağı isteklerinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Yarg. 9. Hukuk Dairesi, 2005/21516 E., 2006/2130 K., 02.02.2006 T., www.kazanci.com.tr .

⁶⁰ “Hafta tatiline hak kazanma hususunda ölçüt; hafta tatili hakkı tanınacak kişinin bu izne gereksinim duyup, duymadığıdır. Tek bir kısmi çalışma içinde kalmayıp, birden çok kısmi çalışma içerisine giren ve toplam çalışma süresi tam zamanlı çalışan işçiye yaklaşan işçinin hafta tatili ücretinden yararlanması gerekmektedir”. Centel, Tankut: Kısmi Çalışma, s. 65.

⁶¹ Aydemir, Murteza: s. 231; “Hafta tatiline hak kazanabilmek için, işyerinde tatil olarak belirlenen sürelerin dışında işverenin çağrısına uygun olarak çalışılması yeterlidir”. Eyrenci, Öner: Kısmi Süreli Çalışma, s. 45-46.

⁶² Centel, Tankut: Kısmi Çalışma, s. 65.

⁶³ Aydemir, Murteza: s. 232-233.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde fazla çalışmanın söz konusu olup olamayacağı da ayrıca incelenmesi gereken bir husus olmaktadır. İşçi, işveren ile aralarında yaptıkları hizmet sözleşmesindeki haftalık çalışma süresini tamamlamasına rağmen, işveren tarafından işe çağrılmış ve çalıştırılmışsa işçi fazla çalışma ücretine hak kazanmış demektir. İşçinin alacağı fazla çalışma ücreti tarafların anlaşması ile tam zamanlı bir işçinin alacağı fazla çalışma ücretinin altında bir miktar olarak belirlenebilecektir. İşçi, eğer birden fazla işyerinde çalışıyorsa her bir işyeri için değil, toplam iş süresine göre fazla çalışma ücretinin hesaplanması gerekecektir⁶⁴.

IV. ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMAYA DAYALI İŞ SÖZLEŞMESİNE UYMAMANIN YAPTIRIMI

1) Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesinin Geçersizliği

İş Kanununun 14. maddesi hükmünde düzenlenen çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin hazırlanması ve uygulanması sırasında belirlenen şartlara uyulmaması durumunda, sözleşme taraflarca fesih edilerek geçersiz hale getirebilecektir. İş Kanununda belirtilen fesih nedenleri, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde de uygulanabilecektir.

2) İdari Para Cezası

İş Kanununun 99. maddesinin (b) fıkrası hükmüne göre, “İş Kanununun 14. maddesi hükümlerine aykırı davranılması halinde işveren veya işveren vekiline ayrı ayrı her bir işçi için 50 YTL idari para cezası verileceği” hükme bağlanmıştır.

V. SONUÇ

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı hizmet sözleşmesi, İş Kanununun 14. maddesi hükmünde düzenlenmiştir. Ekonominin ve teknolojinin gelişmesi, makinelerin artmasına ve işgücüne duyulan ihtiyacın azalmasına sebep olmuştur. Azalan bu ihtiyaç, beraberinde katı işyeri kurallarının terk edilerek, daha esnek ve sistemli çalışma biçimlerinin doğmasını sağlamıştır. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi de, katı işyeri kurallarının terk edilmesinin bir örneği olarak, ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu ile yasal olarak düzenlenmiştir.

⁶⁴ Kutal, Metin: s. 71-72-73; Centel, Tankut: Kısmi Çalışma, s. 68.

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin nasıl ve ne şekilde uygulanacağı madde metninde açıkça düzenlenmiş de olsa, tarafların aksini kararlaştırabilecekleri gibi ifadelerle de yer verilmesi isabetli olmamış, işverene iş sözleşmesine kendi lehine hüküm koyma olanağı verilmiştir. Bu açıdan düşünüldüğünde, tarafların haftalık yirmi saatten az bir çalışmayı ya da çağrılarının en az dört gün önceden yapılmasını öngören anlaşmalarının geçersiz kabul edilmesi, ya da bu tür düzenlemeler yapılacaksa da sadece işçi lehine yapılacak düzenlemelere izin verilmesi gerekmektedir.

İş Kanununun 14. maddesi hükmünde ayrıntılı olarak düzenlenen çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesinin bir türü olarak belirtildiğinden, 14. madde hükmünde düzenlenemeyen tüm hususlarda kısmi süreli iş sözleşmelerine uygulanan hükümler uygulanma imkanı bulacaktır.

Kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin, genel tatil ücreti v.s. gibi hususların çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde ne şekilde uygulama imkanı bulabileceği tam olarak düzenlenmediğinden, yargı içtihatlarının gelişmesi ile tartışmalı olan bu hususlar da aydınlanacaktır.

KAYNAKLAR

- Akkaya, Yüksel: "Yeni İş Kanunu: Çalışma Hakkı Yaşam Hakkına Karşı", Evrensel Kültür Dergisi, S. 138, Haziran 2003.
- Aktay, Nizamettin-Arıci, Kadir- Kaplan, Tuncay: İş Hukuku, Ankara 2006.
- Akyiğit, Ercan: Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, Ankara 2006 (İş Hukuku).
- Akyiğit, Ercan: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006 (Şerh).
- Alpagut, Gülsevil: "Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001.
- Andaç, Faruk: "Yeni İş Kanununun Öngördüğü Yükümlülükler", TİSK- İşveren Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=760&id=45.
- Ayan, Serkan: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", AÜHFD, C.54, S. 4, 2005.
- Aydemir, Murteza: "97/81/EC Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman Hukukuyla Karşılaştırılmalı Olarak 4857 Sayılı İş Kanununda Kısmi Süreli Çalışma ve Bu Çalışmadan Kaynaklanan İşçilik Hakları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- Bacak, Bünyamin- Şahin, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Esnek Çalışma Biçimlerinin Değerlendirilmesi: Fırsatlar ve Tehditler", <http://www.iibf.kou.edu.tr/ceko/armaganlar/tokerdereli/18.pdf>.
- Başkan, Recai: "Çalışma Başarısı ve Esneklik Yaklaşımlarına Farklı Bir Yaklaşım", Mercek Özel Sayı Temmuz 1999

- Büyükuslu, Ali Rıza: “Çalışma Hayatında Yeni İş Kanunu”, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003
- Centel, Tankut: “Esneklik Uygulamaları ve Türk Çalışma Yaşamı”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, (Esneklik).
- Centel, Tankut: “İş Güvencesi ve Dünya Uygulamaları Çerçevesinde Türk Çalışma Yaşamında Esneklik Gereksinimi”, İşveren XL, 6 (Mart 2002), (Gereksinim)
- Centel, Tankut: Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, (Kısmi Çalışma).
- Çelik, Aziz: “Yeni İş Yasasının Anlamı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2003, S.48.
- Çelik, Nuri: “Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş, Ankara 2002, S.4, (Kıdem Hesabı).
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, (İş Hukuku).
- Demir, Fevzi: Sorularla Bireysel İş Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, C.I, Ankara 2006.
- Ekin, Nusret: “Esneklik Çağı”, Mercek Özel Sayı, Temmuz 1999.
- Erdut, Tijen: “Esneklik ve İş Süresi”, Mercek Özel Sayı, Temmuz 1999
- Eryiğit, Süleyman: Esnek Üretim, Esnek Organizasyon, Esnek Çalışma”, Kamu-İş, Y.2000, C.5, S.4.
- Eyrenci, Öner: “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2004, C.I, s. 28, (Yeni Düzenleme).
- Eyrenci, Öner: “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, TİSK-İşveren Dergisi, Temmuz 2003, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=758&id=45, (Yeni İş Kanunu).
- Eyrenci, Öner: “İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği”, TÜHİS, Mayıs- Ağustos 2001, (Esneklik).
- Eyrenci, Öner: Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, (Kısmi Süreli Çalışma).
- Eyrenci, Öner- Taşkent, Savaş- Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2005.
- Evren, Gülnur: Esnek Çalışma ve İstihdama Etkileri, Ankara 2007.
- Gerşil, Gülşen: “4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca İş Kanunu”, Ege Giyim Sanayicileri Derneği 4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca İş Kanunu Semineri, Aralık 2005, http://www.egsd.org.tr/index.php?sayfa=gecmis_makale2&id=7.
- Günay, Cevdet İlhan: “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, Kamu-İş, C.7, S.3, (Esneklik).
- Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, (Şerh).
- Güven, Ercan- Aydın, Ufuk: İş Hukuku, Eskişehir 1999
- Işıklı, Alparslan: “Esneklik”, http://www.yol-is.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=239.
- Işıklı, İbrahim: “İş Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma”, <http://www.iskanunu.com/icerik/acikacic/is-hukukunda-cagri-uzerine-calisma.html>
- Kenar, Necdet: “Dünya Uygulamaları Çerçevesinde Türk Çalışma Hayatında Esneklik İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler”, İşveren XL, 6 (Mart 2002)
- Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, s. 77.
- Kutal, Metin: “Kısmi Süreli Çalışmanın Hukuki Esasları ve Sorunları”, Hukuki Esasla-

- rı ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara 1991.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: "4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler", Kamu-İş, C.7, S.4, 2004, (Yenilik).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2005, (İş Hukuku).
- Seçkin, Nazlı: "Kısmi Çalışmanın Türk Çalışma Hayatına Uygunluğu Üzerine Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul 2004.
- Serter, Nur: "Kısmi Çalışma", Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara 1991.
- Sevimli, Ahmet: "İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı", Çimento-İşveren, Mart 2003.
- Süral, Nurhan: "Esnekliğin Sosyal Güvenlik Boyutu", TİSK-İşveren, Ocak-Şubat-Mart 2005, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi.id=1153&id=63.
- Süzek, Sarper: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2006.
- Şafak, Can: "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Kısmi (Part-Time) Çalışma", <http://www.geocities.com/ceteris-paribus-tr/c.safak.pdf>.
- Şahlanan, Fevzi: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, İstanbul 2003.
- Şen, Sabahattin: "Esnek Üretim ve Esnek Çalışma", TÜHİS, Kasım 1999- Şubat-2000, (Esnek Üretim).
- Şen, Sabahattin: "Esnek Üretim ve Esnek Çalışma", TÜHİS, Mayıs 2000, (Esnek Çalışma).
- TİSK-Güncel, "Yeni İş Kanunumuz Neler Getiriyor?", Temmuz 2003, <http://www.tisk.org.tr/hukuk/yazdir.asp?nedir=guncel&nasil=sayfa&id=2>.
- Tuncay, A.Can: "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar", TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, (Hizmet Akdinin Türleri).
- Tuncay, A.Can: "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, (Yeni İstihdam Biçimleri).
- Tunçomağ, Kenan- Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.
- Ünal, Ayşe: "Avrupa'da Kısmi Çalışma ve Genel Özellikleri", Kamu-İş, C.8, S. 2005/1.
- Yavuz, Arif: Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, Kamu-İş Yayını, Ankara 1995, (Esnek Çalışma).
- Yavuz, Arif: "Çalışma Hayatında Esneklik ve Türkiye İçin Öneriler", Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Ankara 2000, (Öneriler).
- Zeytinoğlu, Emin: "İş Hukukunda Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Çeşitli Yansımaları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.5, S.10, Güz 2006/2, (Esneklik).
- Zeytinoğlu, Emin: "Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı Kanundaki Görünüm", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.62, S.1-2, 2004, (Kısmi Süreli Çalışma).
- "Çağrı Üzerine Çalışma", *Para Dergisi*, 01.08.2004, <http://www.yaklasim.com/basindamevzuat/kanunlar/013/01368030.htm>.
- "Çalışma Sürelerinde Esneklik", <http://www.insankaynaklari.net/Dokuman.Asp?s=10&Desteno=1&v=110>.
- www.kazanci.com.tr

İNŞAATIN YASALLIK KAZANMASI İÇİN MAHKEMENİN TARAFLARA SÜRE VE YETKİ VERMESİ

İlker Hasan DUMAN*

I. Genel Olarak

Bir inşaat imar mevzuatına ve sözleşmeye aykırıdır diye hemen ve kesin olarak sözleşmeden dönülmesine ve inşaatın yıkılmasına olanak verilemez.

Öncelikle imar mevzuatına ve sözleşmeye aykırı inşaatın yasal duruma getirilmesi olanağı bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Bu inceleme isteği sözleşmenin ve davanın taraflarından gelmese bile, mahkeme tarafından görevi gereği yapılacaktır.

Bir inşaat imar mevzuatına aykırı olmakla birlikte aykırılığın giderilmesi olanaklıysa, arsa sahibinden alacağını veya haklarını ya da haklılığının saptanmasını isteyen yükleniciye “uygun süre” ve “yetki” vermek gerekir.

Uygun süre ne demektir? Verilen yetkinin kapsamı ne olmak gerekir?

* Avukat, İstanbul Barosu

I. Sözleşmenin veya Davanın Tarafına Süre Verilmesi

Süre, aykırılığın giderilmesini sağlayacak kadar olmalıdır.

Sürenin yeterli olup olmadığı konusunda tereddüt doğarsa, bilirkişiden görüş alınacaktır. Zira yasal duruma getirme iş ve işlemleri çoğunlukla teknik niteliktedir.

Bilirkişiden görüş alarak veya almayarak verilen sürenin uygun olmadığı belirtilerek, mahkemeden ek süre istenebilir.

Mahkeme, ek süre istemini değerlendirirken, bir yandan yetki verilen tarafın yaptığı veya yapması gereken iş ve işlemlerin önemi, karmaşıklığını, parasal maliyetini, zaman alıcı özelliğini dikkate alırken, öte yandan sürüncemede bırakma ve kötü niyetle davranma olasılığını da dikkate alacak, sürüncemeye ve kötü niyete fırsat veremeyecektir.

Sürenin uygunluğu bazen özellik arz edebilir. Şöyle ki, turistik bölgelerde yaz aylarında inşaat yasağı bulunduğundan, mahkeme süre verirken bu noktaya dikkat edecektir. Bir başka örnek de, belediyenin yeni imar planı çalışmalarının devam ettiğini bildirdiği bir durumda, mahkeme süre verirken imar planı çalışmalarının sonuçlanmasını dikkate alacaktır. Yine Bakanlık deprem veya başka bir gerekçeyle dava konusu inşaatın bulunduğu bölgede inşai faaliyetleri veya inşaat ruhsatlarını geçici bir süre için durdurmuşsa, mahkeme süre verirken bakanlığın işlemini dikkate alacaktır.

II. Davanın veya Sözleşmenin Tarafına Yetki Verilmesi

Mahkemenin davanın veya sözleşmenin tarafına (örneğin, yükleniciye) yetki vermelidir. Yetkinin kapsamı, aykırılığın giderilmesi için gerekli iş, işlem ve çalışmaların yapılmasına olanak verecek nitelikte olmalıdır. O denli yeterli olmalıdır ki, yetki verilen kişi veya kişiler başka bir mahkemede salt bu konuda kendilerine yetki verilmesine yönelik olarak dava açmak zorunda kalmamalıdır.

Yetkinin kapsamı hakkında örnekler verelim:

- İnşaatın yasallık kazanması proje değişikliğini gerektiriyorsa, yüklenici mahkemenin verdiği yetki ile bu değişikliği gerçekleştirebilir.

rebilmelidir. Özellikle arsa sahibinin proje değişikliği için harekete geçmemesi, vekaletname vermemesi, verilen vekaletnameyi geri alması durumunda mahkemenin vereceği yetki önemli olacaktır.

- İnşaatın yasallık kazanması, arsada bazı alanların belediyeye bırakılması, parsellerin ayrılması veya birleştirilmesi, çekme uzaklığının ayarlanması gibi işlemlerin yapılmasına bağlı ise, yüklenici mahkemenin verdiği yetki ile bu işlemleri gerçekleştirebilmelidir. Özellikle arsa sahiplerinin bu işlemler için harekete geçmemesi, vekaletname vermemesi, verilen vekaletnameyi geri alması, muvafakatname verilmesi gereken durumlarda muvafakatname verilmemesi durumunda mahkemenin vereceği yetki önemli olacaktır.
- İnşaatın yasallık kazanması inşai müdahaleyi gerektiriyorsa, mahkemenin yükleniciye verdiği yetkinin bu müdahaleyi yapmasına olanak vermelidir.
- Yetki kararı, arsa sahiplerinin kötü niyetli ve keyfi tutum ve inatlarına set çekecek bir olanaktır.
- Yüklenicinin bu olanağın değerini bilerek kullanması ne denli önemli ise, yetkinin mahkeme kararına geçmiş olmasından sonra yüklenicinin artık başka kişi, kurum ve kuruluştan olur, onay, temsil belgesi almaya gereksinim duymaması da o kadar önemlidir. Başka bir anlatımla, mahkemenin bu yetkiyi şekilsel bir gereklilik olarak değil, sorunu çözmeye olanak verecek biçimde yetkinin içini doldurması gerekir.

III. Sonuç

Mahkeme, süre ve yetki verme hükmünü içeren Yargıtay bozmasına uyduktan sonra, "yetki" kelimesinin içini doldurmamışsa, başka bir anlatımla süre ve yetkinin kapsamı yüklenicinin inşaatı yasal duruma getirmek için yapması gereken tüm iş ve işlemler ile çalışmalarını başlatmasına, sürdürmesine ve sonuçlandırmasına olanak verecek nitelikte olmaması durumunda, mahkemenin bozma kararına şeklen uymakla birlikte gerçekte ise direndiği kabul edilerek dosyanın Hukuk Genel Kuruluna gönderilmesi gerekir.

Süre ve yetki kararı, ara karardır; bu nedenle koşullar ve gereksinimler süre ve yetkinin kapsamını daraltmayı ve genişletmeyi gerektirirse, mahkemenin başlangıçtaki kararında ısrar etmemesi, tarafların adalete duyduğu gereksinimi gözeterek esnek davranması gerekir.

DÖRDÜNCÜ YARGI REFORM PAKETİ

4TH REFORM OF LAW

İsa ÇELİK*

Özet: 6459 sayılı “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 30/4/2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun ile, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu işleyenler hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 220 nci maddesinin altıncı fıkrasının uygulanmayarak örgüt üyesi olmayan sanıkların işlemiş oldukları suç/suçların yanında ayrıca, örgüte üye olmak suçundan cezalandırılmaları sonucu asil işledikleri suç/suçlar nedeniyle aldıkları cezalardan daha fazla ceza almaları nedeniyle ortaya çıkan adaletsizliğin giderilmesi amaçlanmaktadır. Ancak, düzenleme bu haliyle Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu açısından adaletsizlikler yaratacak mahiyettedir.

Anahtar Kelimeler: Örgüt, Örgüt Adına Suç İşleyen Kişi, Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü, Düzenleyen veya Yöneten, Düzenleyen veya Yönetenlerin Hareketlerine Katılma.

Abstract: Law No: 6459 concerning the “Amendment of Certain Laws within the context of Human Rights and Freedom of Expression” was published in the Official Gazette and entered into force on 30 April 2013.

The Law, by not enforcing Article 220 paragraph 6 of the Turkish Penal Code No: 5237 for those who commit the crime of participating in an unlawful meeting and demonstration as defined in Article 28 Paragraph 1 of the Law on Meetings and Demonstrations, aims at overcoming the injustice stemming from the fact that defendants, who are not members of an illegal organization, are sentenced to further penalties because of being punished for the crime of being a member of an illegal organization, in addition to the penalties of the crime(s) they have actually committed. Nevertheless, this arrangement, in its present form, is in a nature to create injustices vis-à-vis the Law on Meetings and Demonstrations.

Keywords: Illegal Organization, Individual committing crime on behalf of an illegal organization, Illegal Meeting and Demonstration, Organizer or Orchestrator, Participation in the acts of Organizers or Orchestrators.

Dördüncü Yargı Reform Paketi olarak bilinen 6459 sayılı “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca 11/4/2013 tarihinde kabul edilmiş ve 30/4/2013 tarihli 28633 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun ile; Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) ve idarî yargıda açılan tam yargı davalarında nihai karar verilinceye kadar talep edilen tazminat miktarının artırılabilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen kesinleşmiş ihlâl kararlarının AYİM’nde görülen davalar bakımından yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmesi; suç örgütleri ile terör örgütlerinin propagandasını yapma, terör örgütlerinin bildirimleri ve açıklamalarını basma ve yayınlama suçlarının ancak, örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterme, övme veya bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme suretiyle işlenebilmesi; terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgütün propagandasını yapanlar, bildiri ve açıklamalarını basan ve yayınlayanlar ile kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme veya yönetme fiiline katılanların ayrıca örgüte üye olmak suçundan cezalandırılmaması; işkence suçlarında zanaşımının işlememesi; suçu ve suçluyu övme suçunun kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması şartıyla işlenebilmesi; duruşma dışındaki salıverilme talepleri hakkında karar verilirken tarafların görüşünün alınmaması, yargılama sırasında şüphelinin tutukluluk hâlinin devam edip etmeyeceğine dair kararın şüpheli veya müdafinin dinlenilerek verilmesi; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılması; tutuklamaya veya tahliye talebine ilişkin kararlara karşı yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüşün şüpheli, sanık veya müdafine bildirilmesi ve şüpheli, sanık veya müdafinin üç gün içinde görüşünü bildirebilmesi ve 4/2/2003 tarihi itibarıyla AİHM’de derdest olup da, sonradan ceza hükmünün İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye aykırı olarak verildiği tespit edilen ve icra süreci Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmekte olan kararlar bakımından yargılamanın yenilenmesi yolunun açılması gibi bir çok konuda düzenlemeler öngörülmektedir.

Kanunun çerçeve 8 inci maddesi ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun (TMK) 7 nci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilerek maddeye yeni bir fıkra eklenmiş olup eklenen fıkra; "Terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına;

- a) İkinci fıkrada tanımlanan suç,¹
- b) 6 ncı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç,²
- c) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu,

işleyenler hakkında, 5237 sayılı Kanunun 220 nci maddesinin altıncı fıkrasında tanımlanan suçtan dolayı ayrıca ceza verilmez." hükmünü içermektedir.

Kanun ile, TMK'nun 7 nci maddesinin ikinci fıkrası ile 6 ncı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan

¹ (Değişik ikinci fıkra: 11/4/2013-6459/8 md.) Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

- a) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması.
- b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşme dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1. Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması,

2. Slogan atılması,

3. Ses cihazları ile yayın yapılması,

4. Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.

İkinci fıkrada belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyasi parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur.

² (Değişik ikinci fıkra: 11/4/2013-6459/7 md.) Terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayımlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu işleyenler hakkında uygulanmayacağı öngörülen 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 220 nci maddesinin altıncı fıkrası; "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır." şeklinde bir düzenleme içermektedir.

Madde ve Kanunun genel gerekçesine göre; TCK'nun 220 nci maddesinin altıncı fıkrasının hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere sanığın 5237 sayılı Kanunu'nun 220 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre cezalandırılabilmesi "örgüt üyesi olmaması" ve "örgüt adına bir suç işlemesi" gerekmektedir. İşlenen bu suçun niteliği konusunda maddede bir açıklık bulunmadığından örgüt adına herhangi bir suç işlenmesi durumunda TCK'nun 220 nci maddesinin altıncı fıkrasında tanımlanan suç oluşmaktadır. Buna göre, kişinin 3713 sayılı TMK'nun 6 ncı maddesinde düzenlenen terör örgütünün bildiri ve açıklamalarını basma ve yayma veya 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen propaganda suçlarını işlemesi durumunda ayrıca bu kişi örgüt üyeliği suçunda da cezalandırılmaktadır. Yine aynı şekilde, örgüt üyesi olmayan sanığın, örgütün çağrı ve talimatları üzerine düzenlenen gösteriye katılarak bir suç işlemesi halinde de, işlemiş olduğu bu suçların yanında ayrıca, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan da cezalandırılmasına karar verilmektedir. Bu durum da, kişinin asıl işlediği suç nedeniyle aldığı cezanın, TCK'nun 220 nci maddesinin altıncı fıkrası uyarınca alacağı cezadan çok daha az olması nedeniyle adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

Kanun ile, terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgütün propagandasını yapanlar, bildiri ve açıklamalarını basan ve yayınlayanlar ile kanuna aykırı olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme veya yönetme fiiline katılanların ayrıca örgüte üye olmak suçundan cezalandırılmaması ve örgüt üyesi olmayan sanıkların işlemiş oldukları suç/suçların yanında ayrıca, örgüt adına suç işledikleri için örgüte üye olmamakla birlikte örgüte üye olmak suçundan cezalandırılmaları sonucu asıl işledikleri suç/suçlar nedeniyle aldıkları cezalardan daha fazla ceza almaları nedeniyle ortaya çıkan adaletsizliğin giderilmesi amaçlanmaktadır.

6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile; toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller ile gerçek ve tüzelkişilerin düzenleyecekleri toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yeri, zamanı, usul ve şartları, düzenleme kurulunun görev ve sorumlulukları, yetkili merciin yasaklama ve erteleme halleri, güvenlik kuvvetlerinin görev ve yetkileri ile yasaklar ve ceza hükümleri düzenlenmektedir. Kanun yürürlüğe girdiği 8/10/1983 tarihinden bugüne kadar 4378, 4748, 4771, 4963, 5728 ve 6008 sayılı Kanunlarla çeşitli değişikliklere uğrayarak mevcut halini almış ve ceza hükümleri 28 ila 34 üncü maddeler arasında düzenlenmiştir.

2911 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi³ ile kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü tanımlanarak;

³ Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri
Madde 23 - a) 9 ve 10 uncu madde hükümlerine uygun biçimde bildirim verilmeden veya toplantı veya yürüyüş için belirtilen gün ve saatten önce veya sonra;
b) (Değişik: 30/7/1998 - 4378/1 md.) Ateşli silahlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler ile yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşınarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyilerek veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma ve kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenerek veya ses cihazları ile yayınlanarak,
c) 7 nci madde hükümleri gözetilmeksizin,
d) 6 ve 10 uncu maddeler gereğince belirtilen yerler dışında,
e) 20 nci maddedeki yöntem ve şartlara ve 22 nci maddedeki yasak ve önlemlere uyulmaksızın,
f) 4 üncü madde ile Kanun kapsamı dışında bırakılan konularda kendi amaç, kural ve sınırları dışına çıkılarak,
g) Kanunların suç saydığı maksatlar için,
h) Bildirimde belirtilen amaç dışına çıkılarak,
i) Toplantı ve yürüyüşün 14, 15, 16, 17 ve 19 uncu maddelere dayanılarak yasaklanması veya ertelenmesi halinde tespit edilen erteleme veya yasaklama süresi sona ermeden,
j) 13 üncü maddenin 3 üncü fıkrasına göre hükümet komiserince toplantının sona erdirildiği halde,
k) 21 inci madde hükmüne aykırı olarak,
l) 3 üncü maddenin 2 nci fıkrası hükmüne uyulmadan,
Yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri Kanuna aykırı sayılır.

28 inci maddesinde,⁴ kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanların bir yıl altı aydan üç yıla kadar,

32 nci maddesinde,⁵ kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılarak ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar edenlerin altı aydan üç yıla kadar,

33 üncü maddesinde,⁶ kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü-

⁴ Yasaklara aykırı hareket

Madde 28 - (Değişik: 23/1/2008-5728/422 md.)

Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

10 uncu madde gereğince verilecek bildirimde düzenleme kurulu üyesi olarak gösterilenlerden 9 uncu maddede belli edilen nitelikleri taşımayanlar, toplantı veya yürüyüşün yapılması hâlinde, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

11 ve 12 nci maddelerde yazılı görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Güvenlik kuvvetlerine veya hükümet komiserine veya yardımcısına veya hükümet komiseri tarafından toplantı veya yürüyüş safahatının teknik araç ve gereçlerle tespit için görevlendirilenlere bu görevlerini yaptıkları sırada cebir ve şiddet veya tehdit veya nüfuz ve müessir kuvvet sarfetmek suretiyle mani olanlar hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

⁵ Direnme (1)

Madde 32 - (Değişik: 22/7/2010 - 6008/1 md.)

Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur.

İhtara ve zor kullanmaya rağmen kolluk görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanılarak direnilmesi halinde, ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 265 inci maddesinde tanımlanan suçtan dolayı da cezaya hükmolunur.

23 üncü maddede yazılı hallerden biri gerçekleşmeden veya 24 üncü madde hükmü yerine getirilmeden yetki sınırı aşılarak toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin dağıtılması halinde, yukarıdaki fıkralarda yazılı fiilleri işleyenlere verilecek cezalar, dörttebire kadar indirilerek uygulanabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

⁶ Toplantı ve yürüyüşe silahlı katılanlar

Madde 33 - (Değişik: 22/7/2010 - 6008/2 md.)

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine 23 üncü maddenin (b) bendinde sayılan silah veya araçları taşıyarak katılanlar, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Silah veya aracın ateşli silah ya da patlayıcı veya yakıcı madde olması

şüne 23 üncü maddenin (b) bendinde sayılan silah ve araçları taşıyarak katılanların altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması, silah veya aracın ateşli silah ya da patlayıcı veya yakıcı madde olması durumunda cezanın alt sınırının bir yıldan az olmaması öngörülmüştür.

Düzenleme ile 220 nci maddenin altıncı fıkrasının uygulanmıyacağı öngörülen 2911 sayılı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç, kanuna aykırı toplantı ve gösteri düzenlemek, yönetmek veya düzenleyen ve yönetenlerin hareketlerine katılmak suçudur.

Söz konusu Kanun değişikliği üzerine birçok basın yayın organında örgüt üyesi olmadığı halde örgütün çağrı ve talimatları üzerine düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların artık örgüt üyesi olarak cezalandırılmayacakları yönünde haber ve yayın yapılmıştır.

2911 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenlemek" fiili; hazırlıklar da dahil olmak üzere toplantı veya yürüyüşün yapılabilmesi için gerekli her türlü işlemi yapmak; "yasadışı toplantı ya da gösteri yürüyüşünü yönetmek" fiili; topluluğun dağılmaması, amaçlanan doğrultuda devam etmesi için topluluğa ya da etkin bazı kişilere gerekli talimatları vermek, duruma göre inisiyatif geliştirmek, gerekli idare işlemlerini yapmak, topluluğu hareketlendirmek ve yönlendirmek; "kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşünü düzenleyen ve/veya yönetenlerin hareketlerine katılmak" fiili ise, bu toplantı veya yürüyüşü düzenleyen ve yönetenlerden olmamakla birlikte, bizzat toplantı ve yürüyüşte hazır bulunarak bu kişilerin hareketlerini paylaşmak anlamına gelmektedir.⁷ Yargıtay 9. Ceza Dairesi de 12/7/2011 tarihli ve 2011/3395 esas, 2011/9536 karar sayılı kararında; "2911 sayılı

durumunda, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Silah veya aracın bulundurulmasının suç oluşturması halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da ilgili hakkında kanun hükümlerine göre cezaya hükmolunur.

7 Toplantı ve gösteri yürüyüşünün kanuna aykırı olması halinde ve dağılmamak için direnildiği takdirde, ayrıca 32 nci madde hükümlerine göre cezaya hükmolunur. Anayasa Mahkemesinin 2011/39 Esas, 2012/37 Karar sayılı kararı. Resmi Gazete Tarih-Sayı: 13/10/2012-28440

Kanun'un 28/1. maddesi ile kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanların cezalandırıldığı, dosya kapsamına göre sanığın kanuna aykırı olarak yapılan ve kolluk kuvvetlerinin uyarılarına rağmen devam eden toplantı ve gösterileri düzenlediği, yönettiği veya düzenleyen ve yöneten kişilerin fiillerine iştirak ettiğinin kabul edilemeyeceği, ancak ihtar ve zor kullanmaya rağmen güvenlik kuvvetlerine taş atmak suretiyle cebir kullanarak kolluk görevlilerine direnen sanığın eyleminin 2911 sayılı Kanun'un 32/2. maddesi aracılığı ile 5237 sayılı TCK'nın 265. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden" yazılı şekilde hüküm kurulmasını Kanuna aykırı görmüş ve kararı bozarak benzer bir görüşü benimsemiştir. Yargıtay uygulamalarında doğru ve haklı bir şekilde 2911 sayılı Kanun'un 28 inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyenlerin ve yönetenlerin hareketlerine bilerek iştirak etme biçiminde yorumlamaktadır.⁸

Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın kararlarında da açıklandığı ve anlaşılacağı üzere 2911 sayılı Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılardan anlaşılması gereken; toplantı veya yürüyüşü düzenleyen ve yönetenlerden olmamakla birlikte, bizzat toplantı ve yürüyüşte hazır bulunarak bu kişilerin hareketlerini paylaşandır. Kanuni düzenlemenin basına yansıdığı şekliyle kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların tümünü kapsadığı iddiası gerçeği yansıtmamaktadır.

Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşüne silahsız bir şekilde katılarak ihtar ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar etme suçu 2911 sayılı Kanun'un 32 nci maddesinde, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine 23 üncü maddenin (b) bendinde⁹ sayılan silah veya

⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.6.1979 tarihli, 1979/8-232 Esas, 1979/303 Karar sayılı kararı.

⁹ b) (Değişik: 30/7/1998 - 4378/1 md.) Ateşli silahlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı

araçları taşıyarak katılma suçu 33 üncü maddesinde düzenlenmiş ve her iki maddede de bu suçları işleyenlerin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları hükme bağlanmıştır. Her iki şekilde de Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılmak suçunun oluşması için kolluk görevlilerinin ihtar ve zor kullanmasına rağmen yasadışı toplantı veya gösteriye katılan kimsenin eylemini sürdürmesi şarttır. 28 inci maddede ise, yasadışı gösteriyi düzenleme ya da yönetme eylemine katılanlar, kolluk görevlilerinin herhangi bir uyarı ve zor kullanmasına gerek kalmadan, sırf bu katılma fiilleri nedeniyle cezalandırılmaktadır.

Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken hangi fiillerin suç sayılacağı, bunların hangi tür ve miktardaki ceza müeyyideleri ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki kullanılırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasının sağlanması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi esaslar dikkate alınır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının tespitinde ise o suçun toplumda doğurduğu infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike ve zarar ile bunların azlığı veya çokluğu, suçun işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir. Aksi takdirde, yapılan düzenleme gerçek amacının dışında sonuçlar doğurabileceği gibi toplumun adalete olan güven duygusunun sarsılmasına da sebep olur.

Sonuç olarak; kanun koyucu tarafından kısa bir süre içerisinde 2911 sayılı Kanunun 32 nci maddesinde düzenlenen kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşüne katılarak ihtar ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar edenleri ve 33 üncü maddesinde düzenlenen toplantı

eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler ile yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşınarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyilerek veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma ve kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenecek veya ses cihazları ile yayımlanarak,

ve yürüyüşe silahla katılanları kapsayan yeni bir düzenleme yapılması halinde, daha ağır bir suç olan 28 nci maddede düzenlenen suçu işleyenler örgüt elemanı olarak ceza almadıkları halde, Kanun ile daha hafif suçlar olarak tanzim edilen 2911 sayılı Kanunun 32 inci ve 33 üncü maddelerin de düzenlenen suçları işleyenler Kanunun amacının aksine örgüt elemanı olarak ceza almaları sonucunu yaratacak, toplumun adalete olan güven duygusunun sarsılmasına sebep olacaktır.

GEZİ PARKI GÖSTERİLERİ İLE YENİDEN GÜNDEME GELEN POLİSİN HUKUKA AYKIRI DAVRANIŞLARI VE POLİS EĞİTİMİNDE HUKUKUN YERİ*

Ozan CAN*

GİRİŞ

28 Mayıs 2013 tarihinden bu yana “Gezi Parkı Protestoları” adı altında, ülkemizin birçok ilinde gösteriler düzenlenmekte, polisin müdahalesi göze çarpmaktadır. Polisin sert müdahalesi nedeniyle birçok vatandaşımız yaralanmış, hatta bazı göstericiler hayatını kaybetmiştir. Bu olaylar nedeniyle, yeniden, polislerin aşırı veya orantısız güç kullanımını gündeme gelmiştir. Bu çalışmada, bir ders döneminin ardından elde ettiğim deneyim kapsamında, eğitim odaklı bir bakış açısıyla, bazı polislerin hukuka aykırı davranışlarına (aşırı güç kullanımı) yönelik bir çözüm önerisi sunulacaktır.

I. Öğrencilerin Verdikleri Yanıtlar Şöyleydi¹:

- *Okula geldiğim ilk gün işleyeceğimiz dersler arasında hukuka giriş dersini gördüğümde birçok arkadaşım gibi ben de “ne gereği var hukukçu mu olacağız, polis mi” diyordum. Ama daha sonra anladım ki hukuk dersi,*

* Bu makaleyi, öncelikle, insan hakları, demokrasi gibi evrensel değerleri özümseyememiş polislerin hukuka aykırı davranışı nedeniyle Gezi Parkı Gösterilerinde yaralanan ve hayatını kaybeden tüm vatandaşlarımıza, bir dönem derslerine girdiğim ve şu anda ülkemizin değişik yerlerinde binbir zorlukla ve hukuka uygun şekilde görevini ifa eden Kırıkkale Polis Meslek Yüksek Okulu öğrencilerim ile hukuka, demokrasiye ve insan haklarına saygıyı esas alarak görev yapan polislerimize armağan ediyorum.

** Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Yazılarda tekrar olmaması için öğrencilerin cevaplarının çarpıcı kısımları alınmıştır. Her yerde olduğu gibi polis meslek yüksek okullarındaki öğrencilerde de bazı anlatım bozuklukları, gramer hataları göze çarpmaktadır. Bu tür yanlışlıklara mümkün olduğunca müdahale edilmemeye, üslupları korunmaya çalışılmıştır.

sadece polislerin değil tüm insanların görmesi ve öğrenmesi gereken bir ders. Öncelikle hukuk dersi bana olaylara hukuksal açıdan bakmayı öğretti. Bana, insan olmanın ne büyük bir şans olduğunu öğretti. Çünkü insanlar için hazırlanmıştır haklar. Belli bir kesimi değil, toplum düzeni için hazırlanmış genel haklar ve kurallar bütünüdür. Polislik mesleğinde, dediğim gibi, gereksiz diye düşünüyordum, ama asıl önemli olan polisin bu hukuki bilgiyi bilmesidir. Halk ile sürekli iç içesiniz ve yapacağımız tek bir hareketten meslekten ihraç edilebilirsiniz. Tabi ki eğer haklarımızı bilirsek ona göre hareket edebiliriz.

- İlk başlarda gereksiz olduğunu düşündüğüm bu ders meğerse mesleki dersler kadar önemliymiş. Çünkü mesleğe başladığımızda kendi hakkımızı, vatandaşın haklarını bilmeliyiz ve işimizi kurallar çerçevesinde yapmalıyız. Çağımızda halk kendini geliştiriyor ve hepsi birer avukat gibi, bütün kuralları biliyor. Görevimizi yaparken hukuk kurallarını bilmezsek, halk bizden çok iyi biliyor zaten, yanlış yaptığımız dakika, ipimiz çekilir. Medya sürekli polisin karşısında, teşkilat da arkamızda durmazsa vay halimize...
- Nasıl yaşamamız gerektiğini, nasıl hareket etmemiz gerektiğini, yaptırım gücünü bu derste öğrendim. Bir polis, hukuk kurallarını açıkça bilmelidir. Hem kendisi açısından hem de vatandaş açısından. Örneğin, polis, zor kullanma yetkisini, hukukun verdiği yetkileri aşarak ifa ederse kendini hukuksal bir süreç içinde bulabilir ve zor durumda kalabilir. Sonra da vatandaş zarar görür ve güvensizlik oluşur. Bu yüzden polis, hukuk kurallarını çok iyi bilmeli, öncelikle de bildiklerini uygulamalıdır.
- Bir polis memuru hukuk bilgisinden yoksun, tam takır kuru bakır bir şekilde hiçbir kişiye hukuki bir işlem yapamaz.
- Bu ders bana haklarımızın sandığımızdan fazla olduğunu öğretti. Bu derse girmeden önce kafamdaki düşünce "kim dava ile uğraşacak " iken, şimdiyse, hakkımız neden başkasına kalsın olmuştur. Polislik mesleğinde ise bana olan yararları, her şeyin görüldüğü gibi olmadığıdır. Örneğin eskisi gibi bir kişiyi yaka paça alıp götürmeyeceğimi öğretti. Böyle şeyler olursa ufak bir dilekçeyle soruşturma geçirebileceğimi öğretti.
- Belki de ileride meslekte yapacağım birçok hatayı şimdiden görmemi sağlamış ve bu hataları yapmadan hataları göstermiştir. Hepimiz insanız katili de insan, hırsız da insan polisi de insan ve her insanın hukuken korunan,

karşılığında o insana faydalanma çıkarı veren hakları olduğunu öğretmiştir. Bu haklara da öncelikle insan olduğumuz için sahip olduğumuzu öğretmiştir. En önemlisi de her zaman hakkımızı sonuna kadar savunmamız gerektiğini, sonunda da bu hakkımıza mutlaka ulaşacağımızı öğretmiştir.

- *Haklarımızın ne olduğunu bilmek, hukuki bilgide önemli bir aşamaya gelmek, en iyi silahtır.*
- *Toplum hukuk kurallarına göre yönetildiği için bizim hukuk bilgisini, hukuk kurallarını iyi bilmemiz gerekir.*
- *Polislik mesleğinde hukuki bilgi çok önemlidir. Çünkü karşımızdaki ne suç işlemiş olursa olsun onun da hukuk karşısında hakları vardır. Biz polisler de onun bu haklarını görmezden gelip, kaş yapalım derken göz çıkarmamalıyız. Bir diğer bakış açısıyla biz polisler, insan haklarının savunucusu rolündeyken, ince bir çizgi olan aradaki sınırı aşarak insan haklarını ihlal eden bir suçlu oluruz. Aradaki dengeyi hukuki bilgi ile kurmaktayız.*
- *Hukuka giriş dersi ilk başlarda ilgimi çekmiyordu. Fakat zaman ilerledikçe belirli konuları öğrendikçe ilgimi çeker hale geldi. Kişilerin, devletin, polisin, toplumun vs. birimlerin haklarını, özgürlük çerçevelerini öğrendim. Kendimi ait olan haklarımı öğrendim. Bunun bana çok faydası oldu. Kendime ait haklarımı bilir hale geldiğimde özgüvenim daha da arttı. Emin adımlarla yürümeye başladım. Biz polis olacağız. Toplumdaki kişilerin haklarını ve kendi haklarımızı bildiğimizde mesleğimizde bir sıkıntı yaşamayız. Polis olarak ne yapmamız gerektiğini bilmezsek küçük düşeriz. Suçlu kişiyi göz altına aldığımızda “ben ne yaptım, hangi sebepten götürüyorsunuz beni?” dendiğinde, “şu kanunun şu maddesine göre seni gözaltına alıyoruz” diyebilmeliyiz. Hukuki bilgimiz olmazsa, olur olmaz yerde silahımızı çekeriz ve vururuz insanları. Bunun sonucunda şahıs olarak bizim adımız çıkmaz televizyonlarda. “Polis şunu yaptı, polis bunu yaptı” olur. Teşkilata güven azalır.*
- *Hukuka giriş dersi bana, hukukun yaptırımları olduğunu, bu yaptırımlara uymayanların cezalandırılacağını, hukukun üstünlüğünü, bir ülkede hukuk olmazsa kargaşa ve yolsuzluğun, suçların artacağını, hukuk olmadan hiçbir şeyin çözülemeyeceğini öğretti.*
- *İleride çevreden gelen tepkiler, kışkırtmalar gibi kötü nedenlerle mesleğimizden ihraç durumuna getirilmesi söz konusudur. Örneğin bir polis memuru, molotof kokteyli atan çocukları uyarmayıp anlara doğrudan doğ-*

ruya biber gazı veya cop gibi araçlarla karşılık verirse, bu, toplumda çok kötü tepkilere yol açar. İşte insanlarımıza adaletli davranmayı, asla ve asla kışkırtmalara imkân vermeyecek şekilde davranmamızı hukuk dersinde öğrendik. Zaten ulu önder Atatürk'ün "herkesin vicdanı kendi polisidir" sözü de, kişilerin, vicdanının sesini dinleyerek insanların hakkını gözetmesi ve kimsenin hakkını gasp etmemesi gerektiğini ifade etmektedir.

- *Geleceğin polisleri olarak kimsenin malına, canına, hakkına göz dikmemeyi öğrendim. Bilhassa insanların o değerlerinin koruyucusu biziz.*
- *Polisin, kanunun uygulayıcısı olduğu için, hukuk bilgisinin çok iyi olması gerekir. Örneğin, yasalarda belirtilen silah kullanma yetkisini bilmeyen bir polis olmadık zamanlarda kullanırsa toplumda kargaşa çıkar.*
- *Meslek hayatımızdaki karşılaşılabileceğimiz olaylar karşısında yetki ve görevlerimi bilmemiz gerekir. Çünkü polis, hukukun elçisidir. Her zaman belli bir bilgi gerektirecek vakalar olacaktır ve bu hukuki bilgiye sahip olmadığımızda da nasıl müdahale edeceğimizi, nasıl işlemler yapacağımızı bilmezsek hem kendimiz hem geleceğimizi tehlikeye atarız. Bu yüzden her polisin belli seviyede hukuk bilgisine sahip olması gerekir.*
- *Polis, hukuk bilgisiyle kendini yetiştirmelidir ki mesleğinin hakkını veren bir polis olsun.*
- *Günümüz şartlarında insanların polisten beklentileri değişti. İnsanlar artık polisten asayiş sağlamaktan başka, yeri geldiğinde bir hukukçu gibi davranabilmesini bekliyor. Bir kişi bize gelip yardım istediğinde, ona haklarının ne olduğunu anlatabilmeliyiz. Biz polis olarak hukukun savunucusu olmalıyız. Hukukun işlemesine yardımcı olmalıyız. Hukuk kurallarını bilirsek, bu bildiğimiz hukuk kurallarıyla insanlara yardımcı olarak görevimizi layıkıyla yerine getirmiş oluruz.*
- *Bir hukuk devletinin en önemli vitrinidir polis. Hukuk bilgisi olmazsa polis, hukuksuz iş yapar. Hukuk kurallarına aykırı davranışlar gösterir, bilinçsizce ortaklıkta dolanır. Hukuk devletinin aslında hukuksuz olduğunu gösterir. Kısacası hukuk bilgisi olmayan polis gerçek anlamda polis olamaz ve işini yapamaz.*
- *Polis en az bir hukukçu kadar hukuki bilgiyle donanımlı olmalıdır.*
- *Hukuku bilip ona uygun davranmalıyız çünkü biz gelecekte polis olacağız, hukuka aykırı fül yapıp vicdansızca hareket etmemeliyiz.*

- *Bir polisin vatandaşa her zaman kendi yerine koyarak hoşgörülü, merhametli ve saygıyla yaklaşacağını aklıma koydum. Asla ve asla bir polisin teşkilatına ve devletine ihanet etmemesini, rüşvet almamasını, bazı olaylara göz yummasını, en önemlisi kanunda ne varsa oluşan olayda kanun çerçevesinde uygulama ve işlem yapması gerektiğini öğrendim.*
- *Polis olunca kadroya geçtiğim gün itibariyle yanımda hep T.C. Anayasası bulundurmam gerektiğini ve kimsenin hakkını çiğnemeyeceğimi, hem de kendi hakkımı koruyacağımı düşünüyorum.*
- *Ayrıca ben bir polisim ve görevimin gerektirdiği niteliklere göre benim, yasaları bilen, haklıyı haksızı ayırt edebilen, halkını, vatanını ve bayrağını koruyan, ülkemizdeki hukuksal uyumsuzlukların giderilmesi için yetkili mercilerle işbirliği içinde çalışabilen bir statüye sahip olmam gerekir. Ve ben hukuka giriş dersinden sonra kendimde bu özelliklerin daha da işlevsel hale geldiğinin bizzat kanıtıyım. Hukuka giriş dersine saygı duyuyor ve hocama bize verdiği emekler ve bilgiler için teşekkürlerimi sunuyorum. Saygılarımla.*
- *Hukuka giriş dersi aslında hayatımda bazı olaylara yön verdi. Bu okula gelip bu dersi görmeden önce ben kendimi tek başıma hissedirdim. Hukuka girişte ben olayların arka tarafını gördüm yani içyüzünü desek de olur. Sorunlarımı kendim hallederdim. Ama şimdi arkamda benim haklarımı koruyan bir devletin olduğunu daha iyi anlıyorum. Önceden mağdur duruma düştüğümde haklarımı aramazdım daha doğrusu aramasını bilmezdim. Ama şimdi herhangi bir sorunla karşılaştığımda haklarımı arar, dilekçe yazarım. Benim bu dersi görmem bana ayrı bir güven verdi. Çünkü siz dava açıyorsunuz ve hâlâ davalarınız var, yani peşini bırakmıyorsunuz. Dedemgil de çocukluğumdan beri tarla davasıyla uğraşıyorlar. Önceden “salla gitsin” derdim ama şimdi haklı olduğum bir davadan çekinmenin salaklık olduğunu daha iyi anlıyorum. Açıkçası hukuka giriş dersi bana, kaybolan güvenimi geri getirdi diyebilirim.*
- *Bu dünyada hiçbir insanın hiçbir insandan üstün bir yanının olmadığını, her şeyin kendi elinde olduğunu, hak ve adaleti, toplumsal düzen kurallarını, kanunların işlevlerini ve daha birçok şeyi hukuk dersi sayesinde öğrendim diyebilirim.*
- *Sonuç olarak hukuk bilgisinin meslekteki önemi, kimse ne hakkımızı yiyebilir ne de biz yanlışlıkla hukuk kurallarını çiğneriz.*

- *Polislik mesleğinde hukuk bilgisi hakkında şu anda aklıma çok fazla bir şey gelmiyor, ama sonuçta bu mesleği seçtiğimiz için çok dikkatli davranmamız gerektiğini, kanunların dışına çıkmamız gerektiğini ve üstümüz bize kanuna aykırı bir emir verdiğinde bunu yerine getirmememiz gerektiğini öğrendik. Eğer getireceksek bile bunu yazılı bir emir ile yerine getirmeliyiz ve mesleğe geçtiğimizde biz, sadece kendimizi temsil etmeyip tüm polis teşkilatını temsil ettiğimiz için çok dikkatli davranmalıyız ve hata yapmamaya gayret göstermeliyiz. Çünkü biz bir hata yaptığımız zaman medya bunu bütün polis teşkilatına mâl ediyor. Şu ana kadar yapılan hatalardan ben hiç duymadım ki Mehmet polis hata yaptığı diye, sadece polis yaptı diyorlar.*
- *Hukuk kurallarını, vatandaşın hakkını bilmeyen bir polis memurundan ne beklenebilir ki... hukuki bilgiye sahip olmayan bir polis memuru istemeyerek de olsa vatandaşın hakkını çiğner.*
- *Biz polis adaylarımızın karşılaştığımız olaylar karşısında doğru müdahale edebilmemiz için sürekli hukuki bilgi öğrenmeli, polis okullarında verilen hukuk derslerini iyi öğrenmemiz gerekmektedir.*
- *Güçlüyle güçsüzün, zenginle fakirin, okumuşla cahilin belki de tek eşit olduğu yer hukuktaki konumudur.*
- *Geçmişte toplumda kötü imaj yaratmış polislerin aksine artık daha bilinçli polisler yetişiyor. Olması gereken, polisin halkı ezmesi, sömürmesi değil, halkına hizmet etmesidir. Bu anlayışı sağlamak, insan haklarını iyi bilmeden geçer. Görevimizde her an hukuk kuralları çerçevesinde hareket edeceğimize inanıyorum. Hukuk devleti anlayışı da bunu gerektirir. Düzensiz bir toplum düşünülemez. Hukuk olmadan da düzen var olamaz.*
- *Polis demek hukukun ve kanunun yerine getiricisi demektir. Polis artık hukukla özdeşleşmiştir. Polis kafasına göre hareket edemez, hukuku işleyici devlet adamıdır. Örneğin trafik polisi olduğumuzda birine bir ceza yazmak istesek eğer o kişinin hukuk bilgisi bizden çoksa bizi susturup alt edebilir onun için hukuku bilmek, uygulamak şart.*
- *Polislik mesleği devlet eliyle hukuk kurallarına uygun yürütülen bir meslektir. Polis demek devlet demektir. Bu nedenle polisin hukuk kurallarına aykırı davranması devletin aykırı davranması anlamına gelir. Bu da devletle halkı karşı getirerek büyük sıkıntılara yol açar. Örneğin bir polis*

memurunun suçluya müdahalede orantısız güç kullanması polisi zor durumda bırakır zor durumda da bırakmakla kalmayıp polise olan güveni sarsar. Polise güveni olmayan bir ortam da düşünülemez. Bu nedenle polisin hukuk kurallarına uygun olarak davranması bir zorunluluktur.

- ... Bunun için Emniyet Genel Müdürlüğü'nün polislere hukuki bilgileri iyi bir şekilde öğretmesi lazım. Yoksa hem polislere hem de polislik mesleğine zarar verir.
- Hukuk kurallarını bilmek polise olan saygınlığı artırır. Bu saygınlık polisin mesleğine olan hayranlığı artırır.
- Hukuki bilgiye sahip olan bir polisle, bilgisi olmayan polis aynı kefeye konamaz. Bir olayda kişilere nasıl davranılacağını hukuk bilgisi iyi olan polis dahi iyi bilir. Bir polisin işini en iyi yapabilmesi için hukuki bilgi şarttır. Ülkesini en çok seven işini en iyi yapandır.
- Polis, yürüyen mevzuattır.
- Benim görüşüm, polisler, hukuk adamıdır. Halka en yakın olan birim de yine bizleriz. Biz iyi bilirsek çevremizdekilere iyi anlatırsak, doğru olanı gösterirsek, toplum refahı artar, düzensizlikler ortadan kalkar, kimse hakkını bilmiyor diye ezilmez.
- Atatürk'ün bir sözünde "polis bir hukukçu gibi kanunları ve hukuku iyi bilmelidir" demiştir. Bu sözden de anlaşılacağı gibi hukuku iyice öğrenip kavramalıyız. Allah'ın izniyle iki sene sonra polis olacağız. Halk, polise, kanunları iyi bilen, güvenlik uzmanı, dürüst insanlar olarak bakıyor. Kanunları, hukuku iyi bilmeliyiz ki halkın güveni teşkilatımıza karşı sarsılmasın.
- Hukuki bilgiler polislik mesleği için hayati önem taşımaktadır. Hele günümüzde bir şeyleri bilmeden hareket edersen bittiğin an, o andır. Zaten medya olmuş polis düşmanı. Hukuka aykırı en ufak bir şey yap, piyeyi deve yaparlar. Onun için hukuku bilmek önemlidir.
- Hakkımızı nasıl ve nerede arayacağımızı bilmezken, şimdi haksızlığa uğradığımızda hakkımızı biraz sürünerek ama karşı tarafı süründürerek almasını biliyorum.
- Polislik mesleği hukuk kurallarının tam uygulandığı yerdir. Bu yüzden hukuka giriş dersi polis okullarının olmazsa olmazıdır.

- *Halkın hakkını, hukukunu korumak olan bizler için hukuki bilgi, harp meydanına çıkmış, bir yiğidin kılıcı gibidir. Bu örnek her şeyi açıklar diye düşünüyorum.*
- *Benim öğrendiğim şey, eğer haklıysan açacaksın davayı. Hakkını yedirmeyeceksin ve göz yummayacaksın. Başkalarının da hakkını yemeyeceksin yoksa davalı duruma düşersin ve ayrıntılı olarak öğrendiğim şey, mahkemenin bağımluluk yaptığıdır.*
- *Hukuka giriş dersi bana insanların haklarının farkında olması gerektiğini, yani hakkı neyse onu adı gibi bilmesi gerektiğini kazandırmıştır. Bizde şöyle bir cümle çok telaffuz edilir. Kişinin hakkı yenir şu cümleyi söyler. "Allah'ından bulsun.". Tamam Allah'ından bulsun ama sen önce hakkını ara, bu dünyada gerekeni yap, haklıysan davayı aç, sonuna kadar hukuki mücadeleni ver o, zaten ahirette Allah'ından bulur. Bizim toplumumuza bu bilincin yerleştirilmesi gerektiğine inananlardanım. Bu bilinci bana da hukuka giriş dersi kazandırmıştır.*
- *Bu hukuk dersi de bana haklarımı bilirsem sırtımın yere gelmeyeceğini öğretmiştir. Tabi karşı tarafta sağlam bir dayı veya torpil olmadığı sürece.*
- *Kısaca hukukta şunu öğrendik. Herkes birbirinin hakkına riayet etse bu ülke gül gülüstanlık olur.*
- *Polisin hukuksal bilgiyi bilmesi demek, kendiliğinden olayların hallolduğu anlamına gelir. Onun içindir ki polis toplum içerisinde öğrenen değil, öğretici konumda olmalıdır.*
- *Kısaca ben bu derste hayatı öğrendim. Hayatta nasıl ayakta duracağımı, mutlu bir sürebilmem için gerekli her şeyi öğrendim.*
- *Tüm bunlarla beraber bu dersin kazandırdığı önemli bir şey de hukukçulardan uzak durulması gerektiğidir. Çünkü hukuk kurallarını kendi lehine çok iyi kullanabildikleri için uzak durmakta fayda vardır.*
- *Yarın öbür gün vatandaşın biri gelip soru soracak ben de ağızım açık, bakacağım, olmaz. Ben insanların karşısında küçük düşmem dedim ve hukuku öğrenmeye çalıştım.*
- *Hakkını hukukunu bilmeyenin bırakın çalıştığı teşkilata faydalı olmayı, kendisine dahi faydası olmayacaktır. Yani hukuki bilginin seviyesi, polisi rezil de eder vezir de.*

- *Hukuka giriş dersi bana ne mi kattı? Hukuka giriş dersi mesleğe geçtiğimizde boğazımızdan helal para geçmesini sağladı. Çünkü görevini düzgün ve eksiksiz yapamayan kişinin o görevden aldığı para haramdır. Görevimizi yerine getirebilmek için de hukuku ve anayasayı iyi bilmemiz gerekir.*
- *Ben, hukuka giriş dersini diğer hukuk dersinden daha faydalı görüyorum. Çünkü "hukuka giriş" adında da anlaşıldığı gibi temelden öğretimdir.*

II. Sonuca Varmaya Daha Çok Yolumuz Olduğundan: "Sonuca Doğru"

Son günlerde Gezi parkı protestoları çerçevesinde polisin güç kullanımını, güç kullanımından orantısızlık gibi kavramlar temelinde tartışmalar yaşanmaktadır.

Polisin güç kullanımı ve güç kullanımında orantısızlık hususunda her meslek grubunun kendi bakış açısıyla söyleyeceği şeyler vardır. Yoksa da, olmalıdır. Memlekette, bilim insanları dışında herkes konuşmaktadır. Biraz da bilim insanlarına söz hakkı verilmelidir. Gerçekten konuşması ve dinlenilmesi gereken bilim insanlarıdır. Bilim insanlarının sustuğu yerde doğruyu bulmak mümkün değildir. Bir psikolog veya sosyolog gibi alanında uzman kimseler çıkmalı, gezi parkı olaylarında halkın ve kolluk güçlerinin davranışlarını analiz etmeli, çözüm önerileri sunmalıdır. Bilimsiz gidilen yolun sonu karanlıktır. Karanlıkta debelenip duruyor gibiyiz.

Her neyse, biz de bir hukukçu olarak, bir bilim insanı olarak, hem de polis meslek yüksek okulunda bir dönem ders vermiş bir eğitmen olarak, yaşadığım deneyimler çerçevesinde polislik ve hukuk mesleğine ilişkin bazı tespitler ve değerlendirmeler yapmak, gezi parkı olayları nedeniyle yeniden gündeme gelen polisin hukuka aykırı davranışlarını irdelemek istiyorum. Günümüzde, okuyucunun vaktinin azlığı, seçici olduğu da dikkate alındığında, vurucu bir giriş yapmak istediğimizden sevgili öğrencilerimin cümleleri ile başlamak istedim.

2011 yılı içinde Kırıkkale Polis Meslek Yüksek Okulu'nda hukuka giriş dersini verdim. Bu ders 2 yıllık olan Polis Meslek Yüksek Okulunun 1. sınıfında okutulan bir ders idi. Derste genel olarak hukukun tanımı, amacı, kaynakları, hukukun ayrımları, hukuk kurallarının di-

ğer kurallarla farkı, davalar, haklar, özgürlükler, yaptırım gibi genel konular ele alınmakta, hukukun temel kavramları öğrencilere verilmektedir.

Hukuk, hayatın ta kendisidir. Esasında hukuk dersi, polislik mesleğinde gerek personelin kendi haklarını gerek vatandaşın haklarını koruması açısından çok önemlidir. Bunu çok iyi bildiğimden, müfredata bağlı kalmakla birlikte, dersi sadece teorik boyutu ile değil pratik boyutuyla da ele aldım. Ezberi yasaklayıp yorumu mihenk taşı yaptım. Hukuk yaşamımda karşılaştığım birçok olayı sergilemek ve bazı yargı kararlarından örnekler vermek suretiyle dersi somutlaştırmaya, renklendirmeye çalıştım. Olaydan kurama ve kurala doğru yol aldım. Örneğin, hukukun tanımını yaparken, hukukun aslında sosyal ihtiyaçları karşılamak için getirilmiş hükümler olduğunu göstermek için ayda uygulanacak hukuk kurallarından 5 tanesini yazmalarını istedim. İlginç yanıtlar gelmişti: Örneğin, ayda herkes mülkiyet hakkına sahiptir. İzinsiz inşaat yapılmaz. Ay yüzeyini kirletmek ceza ile karşılanır gibi cevaplar aldım. Hukuk kuralları ile diğer sosyal hukuk kuralları arasındaki ilişkiyi anlatmak için kız kaçırmak, beşik kertmesi, imam nikahı gibi töre ile hukukun kesiştiği, çatıştığı veya birbirini tamamladığı birçok kuraldan bahsettim. Ceza hukukunu anlatırken, kolluk görevini ifa ederken birden suçlu olabileceklerini ve bir polis kelepçesi ile adliyeye sevk edilebileceklerini canlı canlı örneklerle gazete küpürleri ile anlattım. Onların birer savcı veya hâkim olmadıklarını, sadece yargıya yardımcı olan unsurlar olduklarını zikrettim. Daha sonra meşru müdafaaayı anlatırken orantısızlığı anlattım. Ayrıca toplumsal olaylarda aşırı güç kullanımı halinde suçlu konuma düşülebileceğini belirttim. Masumiyet karinesinden söz ettim. Bu çerçevede, elinde kanlı bıçağı ile birisini yakalasanız dahi, onu, suçu sabit olana kadar, masum kabul etmeleri gerektiğini hatırlattım. İnsanların kişilik haklarından bahsedip, suçlularda da sizli-bizli konuşmalarını söyledim. Suçüstü halinde dahi bir kimseyi yakalasanız, onunla kişilik haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde konuşmalarını gerektiğini söyledim. Suçludan delile değil, delilden suçluya ulaşılması gerektiğini, zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağını, hukuka aykırı delil elde edilmesinin sonucunu anlattım. İdare hukuku ile ilgili davaları anlatırken idareye karşı haklarını ve hak arama yollarını öğrettim. Nitekim aslında 4 ay boyunca, öğrencilerin, hukuk kurallarına uymalarını, hukuki sınırlar içinde

görevlerini ifa etmelerinden başka bir şeyi açıklamadım. İşin özüne bakıldığında da bu dersin polis adaylarına verilmesi, polisin hukuka uygun ve en iyi şekilde görev ifa etmesini sağlamaktır.

Acaba polis adaylarına anlattığımız bu dersin onlarda ne gibi bir etkisi olmuştu? Bu sorunun cevabını almak, bir bakıma kendi kendimizin, eğitimimizin, hukuka giriş dersinin etki analizini de yapmak idi. Bu çerçevede final sınavında *“Hukuka giriş dersi sizlere ne katmıştır, polislik mesleğinde hukuk bilgisinin önemini açıklayınız”* şeklinde bir soru sordum. Sınav kâğıtlarını değerlendirirken özellikle bu sorunun yanıtını çok merak ediyordum. Acaba hukuka giriş dersinde neler öğrenmişlerdi ve bu dersin, bir polis olarak, onlara kattığı şey neydi? Meslek hayatına adım attıklarında, bu ders onların davranışlarına nasıl bir etkiye bulunacaktı? Onlarda nasıl bir iz bırakmıştı? İşte ilk başlık altında okuduğumuz yazılar onların birebir cevapları idi. Saf ve çocuksu bir üslupla, bilgiyi özümsemiş şekilde verdikleri cevaplar böyleydi. Bu yanıtları veren benim öğrencilerim, şu anda, gezi parkı olaylarında görev sınırlarını aşmayan, ceza hukuku yönüyle suç işlemeyen, temel haklardan olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü özümsemiş, bunun evrensel bir hak olduğunu, demokrasinin bir gereği olduğunu bilen ve bir zaman kendisinin de bu özgürlükten yararlanabileceğini bilen ancak görevini de hukuka uygun tarzda en iyi şekilde yapan polislerdir. Suç işleyen, karşıdaki vatandaşı düşman olarak gören bir ruh haliyle hareket eden polis değillerdir.

Bu makaleyi ve mesleğe adım atmak için eğitim gören bu polis adaylarının yazılanları okuduktan sonra polislerin görev sınırlarını aşmasının, hukuka uygun davranmasının çözümünün nerede olduğu galiba anlaşılacaktır.

Polislerin aşırı güç kullanımı vs. gibi konularda yaşanan hukuka aykırılıkların çaresinin yine eğitimden geçtiği açıktır. Gezi parkı olaylarına değin polislerin toplumsal olaylardaki hukuki disiplini sevindirici bir durumda idi. Son dönemde basına yansıyan olaylarda gördük ki, polisimizin birçoğunun hala hukuk eğitimine ihtiyacı olduğu açıktır. Bu durumun, teşkilat içindeki kimseler tarafından da dile getirildiğini yine basına yansıyan haberlerden okumaktayız.

Ayrıca her şeyin hukuk içinde bir karşılığının bulunduğu dikkate alındığında, polisimizi, toplumsal olayların büyümesine neden olan

davranışlara yönlendirdiği, bu tür davranışlara engel olmadığı, hatta polislerin hukuka aykırı davranış sergilemesi durumunda teşhisini zorlaştırıcı girişimlere göz yuman ve polisin hukuka uygun davranışına engel olucu nitelikte çalışma koşullarına (uykusuzluk, stres, ağır çalışma koşulları vs.) gark eden üst amirlerin ve yetkililerin hukuken sorumlu ve hukuk eğitime aşırı derecede muhtaç olduklarını hatırlatmadan geçemeyeceğiz.

Bir öğrencimin şu cümlesi, toplumsal sorunlarda kitlelerin önüne durdurulan ve şamar oğlana dönüştürülen kolluğa yönelik tavsiyem olacaktır. Eğer bu tavsiyeme uyulursa, toplumun sevgisi yeniden kazanılabilecek, küçük çocuklara “büyüyünce ne olacaksınız” diye sorulduğunda ilk cevapları gene “polis” olacaktır.

POLİS BİR ASKER KADAR DİSİPLİNLİ, ANNE KADAR MERHAMETLİ VE BİR HUKUKÇU KADAR HUKUKSAL BİLGİYE SAHİP OLMALIDIR.

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ

SECRET ENQUIRER APPOINTMENT

Mehmet IŞIK*

Özet: Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ceza muhakemesine ilk olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile girmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesi ile de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bu tedbir hukukumuzda ikincil nitelikte bir tedbirdir ve başka suretle delil elde edilememesi durumunda ve ancak kanunda sayılan suçlar açısından uygulanabilir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kanun, yönetmelik ve yargı kararları doğrultusunda açıklanmaya çalışılarak, bu tedbirin uygulamada uygulanabilirliği ve geçerliliği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Örgütlü suçlar, ikincil nitelik, kamu görevlisi, gizli kimlik, Ceza Muhakemesi Kanunu.

Abstract: The precaution for the secret enquirer appointment was firstly included in the Criminal court by the 4422 struggle code against the known benefit purposefully criminal organizations. It was arranged in detailed by the The article number 139 of the Criminal Procedure Law.

This precaution is the ancillary precaution in our legal system and it can be applied to the crimes which is said only in the law in the case of non finding proof in other case.

The secret enquirer appointment is to be tried to make known according to law, regulations and jurisprudence and also how applicable this precaution is and how validity it has.

Keywords: The organized crimes, The secondary quality, The public official, The secret identification, The Criminal Procedure Law

GİRİŞ

Gizli Soruşturmacı, 5271 sayılı 04. 12. 2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) koruma tedbirleri başlıklı 4. kısmın gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme başlıklı 6. bölümünde 139. maddesinde düzenlenmiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri özel olarak düzenlenen olağanüstü tedbirlerden biridir. CMK'nın 139. maddesinin başlığı "gizli soruşturmacı görevlendirilmesi" olup, maddede gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, görevlendirilmenin koşulları ve usulü, gizli soruşturmacının kimliği ve suç örgütüne üyeliği durumunda korunması, elde ettiği delillerin muhafazası ile gizli soruşturmacının suç işlemesi durumunda sorumluluğu ve son olarak hangi suçlar için görevlendirileceği belirtilmiştir.

Çalışmamızda gizli soruşturmacının tanımı yapılarak, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin koşulları üzerinde durularak, gizli soruşturmacı ile tartışmalı konulara değinilmiş, yargı kararları ile ve diğer yazarların görüşleri ile tartışmalı noktalara ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ışık tutulmaya çalışılmıştır.

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRME

I. GENEL OLARAK

Suçları aydınlatmak ve failleri ele geçirmek amacıyla gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ceza muhakemesine ilk olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile girmiştir. Bu tedbir 4422 sayılı Kanun'un 5. maddesinde "Gizli görevli kullanılması" başlığıyla düzenlenmiştir¹. Bu kanunun "gizli görevli" terimini kabul etmesine karşılık, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu "gizli soruşturmacı" terimini tercih etmiş ve görevlendirilmesinin koşullarını 139. maddede ve Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik²'in 23 - 28. maddelerinde ayrıntılı olarak

¹ Göksel Yüksel, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2011/3, s. 289.

² RG. 14. 02. 2007/26434.

düzenlemiştir. 1412 Sayılı CMUK' nunda gizli soruşturmacı tedbiri düzenlenmemiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi örgütlü suçlarda başvurula-
bilecek bir soruşturma faaliyetidir³. Hangi suçlarda mümkün olabile-
ceği CMK m. 139/7 'de düzenlenmiştir. Hükûmet Tasarısının mad-
deyle ilgili gerekçesinde; kısıktıcı ajan kullanılmasının hukuk devleti
ilkesi bakımından büyük sorunlar ortaya çıkarması karşısında, Batı
ülkelerinde giderek artan ve buna paralel olarak da toplum hayatın-
da tamiri kabil olmayan yaralar açan organize suçlulukla mücadelede
gizli soruşturma yapan görevliden yararlanma düşüncesinin ortaya
çıktığı açıklanmıştır⁴.

Ne 4422 Sayılı kanun da ne de 5271 sayılı CMK'da gizli soruştur-
macının tanımı yapılmamıştır.

Gizli soruşturmacı: Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen
Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli
Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına
İlişkin Yönetmeliğin tanımlar başlığı altında 4/1-ç maddesinde "Ge-
rektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her
türü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser,
emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendiril-
en kamu görevlisi" şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdan yola çıkarak
gizli soruşturmacıyı tanımlayacak olursak; gizli soruşturmacı, örgütlü
suçlarla mücadele amacıyla kimliği değiştirilerek örgütün içine sızan,
o örgütle ve örgütün işlediği suçlarla ilgili her türlü araştırmada bulu-
nup delileri toplayıp soruşturmayı yürüten ve bu görevini yerine geti-
rirken herhangi bir süre ile sınırlı olmayan kamu görevlisidir.

Başka bir tanıma göre; gizli soruşturmacı, değiştirilmiş bir kimlik
altında, belli bir olay ve süreyle sınırlı olmadan soruşturma faaliyeti
yürüten bir kamu görevlisidir⁵.

Örgütlü suçlarla etkin mücadele amacıyla, çeşitli ülkelerde, örgüt
içerisine elaman sokma, örgüt içindikilerden yararlanma ve benzeri

³ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, 1. Baskı, 2006, s. 274.

⁴ Erdal Noyan, Ceza Davası - İddia, Duruşma, Hüküm, Adalet Yayınevi, Ankara
2007, s. 589.

⁵ Turhan, s. 274.

değişik yöntemler uygulanmaktadır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi de bu yöntemlerden biridir⁶.

II. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Şartları

A. Soruşturma Konusu Suçun İşlendiği Konusunda Kuvvetli Şüphe

Kanun, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde soruşturma konusu suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını aramıştır(CMK m. 139/1). Kuvvetli şüphe sebepleri katalogda yer alan suçlar bakımından olmalıdır. Bu şart, katalogda yer alan suçlar da bile her zaman bu yola kolaylıkla başvurulmasını engelleyici bir şarttır. Bu tedbire ancak, delil elde etmek için halen işlenmekte olan bir suçun soruşturulması için başvurulabilir. Kuvvetli şüphe sebepleri, gizli soruşturmacı görevlendirilecek örgütün yasa dışı eylemlerde bulunduğu ve suç işlediğine dair bulguların var olması halinde yetkililerin elinde buna ilişkin somut ve yeterli neden olmasını ifade eder. Suçun işlendiği veya buna katılmanın gerçekleştiği konusunda yaşanmış somut olaylara dayanan olguların varlığı ile dinlenecek kişinin yasayı ihlal eden suçlarla ilişkilerini ortaya koyabilecek nitelikteki belirtilerin bulunması halinde kuvvetli şüphe var sayılmalıdır⁷.

Bunu takdir edecek olan hakimdir. Bazı yazarlara göre suçun işlendiğinin bildirilmesi, somut olay gösterilmesi ve faillerden söz edilmesi durumunda gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verilebilecektir⁸. Bana göre de, suçun işlendiğinin bildirilmesinden sonra, faillerin belli olması ve faillerin suçu işlediği konusunda yeterli ve kuvvetli şüphe bulunmalıdır. Kanaatimce, bu yola başvurmak kolay olmamalıdır.

B. Başka Surette Delil Elde Edilememesi

Bu tedbire başvurulabilmesi için, katalogda yer alan suçların işlendiği hususunda “ kuvvetli şüphe sebepleri “ bulunması yeterli de-

⁶ Yüksel, s. 290.

⁷ İsmail Malkoç/Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara 2008, s. 650.

⁸ Malkoç/ Yüksektepe, s. 650.

ğildir. Bunun yanı sıra başka suretle delil elde edilmesi imkanında bulunmaması gerekir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ikincil niteliktedir. Diğer tedbirlerle sonuç elde edilemeyecekse yani son çare olarak bu yola başvurulmalıdır. Delillere, faillere, suç konusuna başka surette ulaşılabilecekse bu yola başvurulamaz. Yani başka bir tedbirle delillere ulaşılabilir, tanıklar, mağdurlar, failler belirlenebiliyorsa bu tedbire başvurulamaz. Ancak elde edilen deliller o suçun çözmek için yeterli gelmiyorsa bu yola başvurulabilecektir⁹.

İkincillik koşulu, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder. Bu durumda söz konusu suç açısından uygulanabilecek tedbirler arasında bir karşılaştırma yapılmalı ve bunlardan en ılımlısı hangisi ise o seçilmelidir. Yani arama, el koyma ve tutuklama gibi koruma tedbirleri gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi göz önüne alındığında diğer tedbirler gizli soruşturmacı tedbirine göre önceliğe sahip olacaktır. Ancak “gizli soruşturmacı görevlendirme” ile “iletişimin denetlenmesi tedbiri” (CMK 139) ve “teknik araçlarla izleme” (CMK 140) tedbirleri arasında öncelik-sonralık ilişkisi olup olmadığını tespit etmek daha güçtür. Kanundaki düzenlemeye göre bu tedbirlerin her biri için “başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması” koşulu öngörülmüştür. Bu durumda orantılılık ilkesine göre bir değerlendirme yapılmalıdır ve somut olayda söz konusu tedbirlerden hangisi temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale oluşturacaksa, o tedbire başvurulmalıdır. Bunun yanı sıra, gerektiğinde aynı olayda birden fazla tedbire başvurmak da mümkün olacaktır¹⁰.

Malkoç/Yüksektepe; Bir örgütlü suç işlenmesi durumunda büyük ihtimalle ifade alarak, beyanlara başvurarak delil elde edilemez. Madenin sözel yorumundan hareketle, delil elde edilmeye çalışılması, elde edilemediğinin anlaşılması üzerine bu yola gidilmesi pek pratik değildir. Failler bu durumda çok dikkatli olacak adımlarını daha dikkatli atacak, tanımadığı kişilere daha temkinli davranacaklardır. Bir ön tahmin ve değerlendirme ile diğer yollardan yeterli delil elde edile-

⁹ Halil Polat/Aynur Arslan Polat, Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 2493.

¹⁰ Fatih S. Mahmutoğlu, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.

meyeceğinin anlaşılması durumunda ve bu değerlendirme ile bu yola gidilebileceğini düşünmektedirler¹¹. Bana göre de bu tespit ve değerlendirme doğru olmakla beraber, bu sefer de hakimler tahminlerine ve yaptıkları değerlendirmeye göre diğer yollar yetersiz kalacağından bu yola başvurduklarını söyleyerek, bu tedbirin son çare olma özelliğini bertaraf etme riskleri ile karşı karşıya kalma tehlikeleri vardır. Burada hakimlerimiz tarafından bir denge ve orantı kurulması gerekmektedir.

C. Hakim veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı Bulunmalı

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararı kural olarak hakim verecektir. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı kararı ile de gizli soruşturmacı görevlendirilebilir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi sadece soruşturma evresinde başvuru bir koruma tedbiridir, kovuşturma evresinde mahkeme tarafında bu tedbire karar verilemez¹².

Soruşturma işlemlerinde “yazılılık” ilkesi geçerli olduğundan, bu kararın mutlaka yazılı olması gerekir. Yazılı olması gerektiği Kanunda açıkça belirtilse daha iyi olurdu, ancak belirtilmese bile bu karar mutlaka yazılı olmalıdır. Çünkü Kanunda sayılan suçlardan birisine ilişkin olduğu, başka türlü aydınlatılmasına hangi nedenle imkan olmadığına gerekçesi ve tedbire Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilmişse gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu yazılı olarak

Gizli soruşturmacı görevlendirme kararını sulh ceza hakimi veya özel görevli ağır ceza mahkemesi üyesi verir.

Kolluğun gizli soruşturmacı görevlendirmesi kabul edilmemiştir. C. Savcısının gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin verdiği kararın hakim onayına sunulmaması gerekmektedir¹³. Kanun koyucu böyle bir düzenleme yapmasının sebebi, gizli soruşturma faali-

¹¹ Malkoç/ Yüksektepe, s. 650, Turhan, s. 268.

¹² Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Cilt I (madde 1218), Ankara. 2008, s. 609.

¹³ Mustafa Albayrak, Ceza Muhakemesi Kanunu-Öz Kitap, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 230.

yetlerinin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil etmeyeceği düşüncesi olabilir. Ancak, her zaman bu sonuca varmak doğru değildir. Bu nedenle gizli soruşturmacı görevlendirme kararının hakim onayına tabi tutulması gerektiği düşüncesindeyim¹⁴.

Bazı yazarlara göre, C. Savcısının gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde hakim onayı aranmamasının sebebi, CMK'nın 139/3. maddesinde gizli görevliyle ilgili karar ve belgeler C. Başsavcılığınca saklı tutulur hükmünün olmasıdır. Bu hüküm Kanunda yer aldığından gizli soruşturmacı yargıçtan gizli olarak görevlendirilebilirken, C. Savcısından gizli olarak görevlendirilemez¹⁵.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararlar kolluğa yazılı olarak bildirilir. Gizli görevli tedbirinin uygulanması sırasında, Kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir C. Savcısının yazılı emri ile kaldırılır¹⁶.

D. Görevlendirilecek Gizli Soruşturmacı Kamu Görevlisi Olmalı

Gizli soruşturmacı olarak ancak kamu görevlileri görevlendirilebilir (CMK m. 139/1). Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır(TCK m. 6/c).

Gizli soruşturmacı, maddede sayılan suçlarla ilgili özel yetiştirilmiş ve eğitilmiş olan görev, yetki ve sorumluluklarını bilen bir kamu görevlisi olabilir. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişilerin başında polis memurları gelmekle birlikte, bu kamu görevlisinin mutlaka bir polis memuru olma zorunluluğu yoktur¹⁷. Ancak, emekli polis memurunun gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi söz konusu olamaz¹⁸.

Aynı soruşturma konusu suçun delillerinin elde edilmesi amacıyla gerektiğinde birden fazla gizli soruşturmacı görevlendirilebilir. Gizli

¹⁴ Turhan, s. 275.

¹⁵ Malkoç/ Yüksektepe, s. 700.

¹⁶ Malkoç/ Yüksektepe, s. 700.

¹⁷ Turhan, s. 276, Malkoç/ Yüksektepe, s. 700.

¹⁸ Turhan, s. 276.

soruşturmacı olarak seçilecek olan kamu görevlisinin, maddi ve kişisel ve psikolojik açıdan bu görevi gereği gibi yerine getirecek özellikleri taşıması gerekir¹⁹.

Gizli soruşturmacı soruşturma faaliyetlerinde görev yapan diğer benzer kişilerden farklıdır.

Gizli soruşturmacı belli bir olayla ilgili olarak soruşturma faaliyeti yapmaz, soruşturmacının faaliyeti belli bir olayla sınırlı değildir, sürekli olarak soruşturma faaliyetini yürüterek örgüt hakkında bilgi edinmeye çalışır²⁰. Kışkırtıcı ajandan çok farklıdır. Kışkırtıcı ajan, devletin himayesi ve kontrolü altında kişileri suç işlemeye teşvik eden kişidir. Bu kişiler gizli soruşturmacı gibi suçu aydınlatmak için soruşturma yapmazlar, kişileri suç işletip yakalatmak için onları azmettiren kişilerdir. Uyuşturucu satıcılarını suçüstü yakalamak için alıcı kılığına giren polis memuru, kışkırtıcı ajan değildir²¹. Çünkü bu kişileri kışkırtmaz, teşvik etmez, bu kişilerde suç işleme kararı zaten vardır sadece suçüstü yapmak için alıcı kılığına girmektedir. Bu polis memurları gizli soruşturma yapan polis memurudur. Gizli soruşturmacı değildir. Çünkü bunlar sahte isim kullansa bile kimlikleri değiştirilmeden soruşturma yaparlar ve soruşturma faaliyetleri belli bir olayla ilgilidir, sınırlıdır²².

CMK'nın 139. maddesine aykırı olarak kamu görevlisi olmayan veya maddede belirtilen diğer şartların gerçekleşmeden bir kamu görevlisinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi sonucunda elde edilen deliller hukuka aykırı delil kapsamında kalır ve CMK m. 217/2 uyarınca hükme esas alınamaz²³.

E. Suç, CMK m. 139/7'de Sayılan Suçlardan Olmalı

Kanun koyucu gizli soruşturmacı görevlendirilmesini, diğer gizli soruşturma tedbirlerinden farklı olarak, sınırlı sayıda suçlar için kabul etmiştir. Gizli soruşturmacı görevlendirilebilecek suçlar şunlardır;

¹⁹ Parlar, s. 610.

²⁰ Turhan, s. 276.

²¹ Turhan, s. 277.

²² Turhan, s. 276.

²³ Malkoç/ Yüksektepe, s. 703.

1) Türk Ceza Kanununda Yer Alan Suçlar

- a) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188).
- b) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (2, 7 ve 8. fıkralar hariç, m. 220)
- c) Silahlı örgüt (m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (m. 315).

2. Özel Kanunlarda Yer Alan Suçlar

- a) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı suçları (m. 12).
- b) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

Gizli soruşturmacı örgütlü suçların soruşturmasında görevlendirilmektedir. Kanunda sayılan bu suçlar da örgütlü olarak işlenen veya örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardandır²⁴.

Koruma tedbirlerinin temel özelliklerinden olan geçicilik niteliği, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde uygulama bulmamıştır²⁵. İletişimin denetlenmesinden²⁶ farklı olarak gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde kanunda herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Görevin niteliğine göre tedbirin süresi belirlenebilir ve gerektiğinde uzatılabilir. Örgütsel suçun aydınlatılması amacıyla oldukça amaca uygun bir düzenlemedir. Gizli görevli ne kadar çalışması gerekiyorsa o kadar çalışmalıdır²⁷. Tedbire ilişkin olarak getirilecek sürenin, gizli soruşturmacının amacına hizmet etmesine engelleyecek kadar az olmaması gerekirken, oranlılık ilkesinin gereklerini aşacak kadar da fazla olmaması gerekir²⁸. Uygulamada bu tedbire gereksinim kalmadığı hallerde, derhal son verilmelidir²⁹.

²⁴ Turhan, s. 278.

²⁵ Yüksel, s. 293.

²⁶ CMK m. 135/3'e göre, iletişimi denetleme süresi en çok üç aydır. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda hakim, gerekli gördüğü takdirde, her defasında bir aydan fazla olmamak üzere süreyi uzatabilir. Bu uzatma bir defadan fazla olabilir.

²⁷ Osman Şirin, "Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri (Gizli Koruma Tedbirleri)", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.

²⁸ Parlar, s. 609.

²⁹ Yüksel, 293.

Alman hukukunda da bu konuda bir süre sınırlaması getirilmemiştir³⁰. Kanaatimce örgütlü suçların yapısı gereği süre sınırlaması öngörülmemesi isabetli bir düzenlemedir.

IV. Gizli Soruşturmacının Görev ve Yetkileri

CMK'nın 139/4 maddesine göre " Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür". Gizli soruşturmacının görevini ifa ederken yapması gereken yükümlülükler maddeye göre iki tanedir:

- 1) Faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak.
- 2) Bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delil toplamak.

Gizli soruşturmacının bu görevini yapabilmesi için örgütün içine sızması bir örgüt üyesi gibi davranması ve örgüt içinde belirli bir güvenilirlik sağlaması gerekmektedir³¹. Gizli soruşturmacı içine girdiği suç örgütünden gerçek kimliğini gizlemeli ve bu örgüt üyelerinin güvenini kazanmalıdır. Aksi takdirde örgüt içine sızabilmesi mümkün olamayacaktır³².

Gizli soruşturmacının, soruşturma faaliyetlerini yürütürken, gerçek kimliğini gizlemek suretiyle elde ettiği rızaya dayanarak başkasının konutuna girebilmesine yönelik bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir³³. Rıza ile eve girilmesi gizli soruşturmacıya evde delil toplama yetkisini verir, ancak gizli izleme gibi tedbirlere başvuramaz, eve dinleme aleti veya kamera yerleştiremez.

Çünkü evde dinleme yapılması yasal olarak yasaktır³⁴. Gizli soruşturmacının konuta girmesi söz konusu ise, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde hakimın onayı da gerekmektedir. Türk hukukunda

³⁰ Turhan, 278.

³¹ Parlar, s. 610.

³² Kubilay Taşdemir/ Ramazan Özkepir, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt I, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 532.

³³ Turhan, 278.

³⁴ Yüksel, 294.

açık bir düzenleme olmadığı için gizli soruşturmacının konuta giremeyeceği sonucu çıkmaktadır³⁵. Aynı şekilde gizli soruşturmacının kayda alması, dinleme vs. yapması içinde hakim kararı gereklidir. Ancak Yargıtay'a göre, birden fazla sanık varsa ve iletişimin tespiti kararı bunlardan sadece birisi için alınmışsa, suç faili olan ve hakkındaki iletişimin tespiti kararıyla dinleme, kayıt vs. yapılan kişiye ilişkin elde edilen delillerin hakkında herhangi bir nedenle iletişim tespiti kararı alınmayan/alınamayan sanık açısından hukuka aykırı hale getireceği söylenemez³⁶.

Gizli soruşturmacı CMK m. 139/4'deki görevlerini yerine getirirken bir takım hususlara dikkat etmesi gerekmektedir. Bu hususlar CMK m. 139/5'de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; "Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz". Mevcut hukuk düzeni gizli soruşturmacı açısından işlenen fiilin tipikliğini, hukuka aykırılığını veya kusurluluğunu ortadan kaldıran herhangi bir neden öngörmemektedir. AİHM Teixeira de Castro/Portekiz Kararında da polis memurlarının rolünün gizli ajan rolü yapmakla sınırlı olduğunu vurgulamıştır³⁸³⁹. Gizli soruşturmacı, içine sızdığı örgütün işlemekte olduğu suçlara katılmışsa, CMK gizli soruşturmacı açısından bir hukuka uygunluk nedeni öngörmediğinden gizli soruşturmacı, işlediği bu suçlardan sorumlu tutulacaktır³⁷. Gizli görevli, sızdığı ortam içinde gerçek kimliğinin ortaya çıkmasını engelleyecek olsa bile, zorunluluk bulunduğu gerekçesiyle bir suçu işleyemez. Bazı durumlarda gizli soruşturmacının suça bulaşmaması çok zor olabilir. Deşifre olma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Bu durumda Malkoç/Yüksektepe'ye göre;

³⁵ Turhan, 278.

³⁶ Y. 10. CD. 'nin 28. 05. 2013 tarih ve 2013/7825-2013/4810 E-K sayılı kararı. "hukukun ve ceza muhakemesinin genel ilkeleri ile CMK'nın 135 ve 138. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde suç faili olan ve hakkındaki iletişimin tespiti kararıyla dinleme, kayıt vs. yapılan kişiye ilişkin elde edilen delillerin, hakkındaki iletişimin tespiti kararı alınmayan/alınamayan sanık açısından hukuka aykırı hale getireceği söylenemez. Olması gereken hukuk açısından en doğru olan yöntemin her bir fail/şerik hakkında ayrı ayrı iletişimin denetlenmesi kararıyla dinleme ve kayıt yapılmasının olduğu söylenebilirse de, muhalefet şerhinde de isabetle belirtildiği üzere- hukuka kesin aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde korunan hukuki değerler arasında bir denge kurulmak suretiyle, hukuka aykırı olmayan delillerin değerlendirilmesi ve böylece maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmasının bireylerin ve toplumun yararına olacağı açıktır".

³⁷ Parlar, s. 610.

soruşturmacı kimliği anlaşıldığında öldürülme veya çok ağır yaralanma veya başkaca mali bir zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Bu durumda TCK m. 25/2 kapsamında ve koşullarında hareket edebilmelidir³⁸.

Gizli soruşturmacı zorunluluk doğduğu hallerde mümkün olabilecek en hafif şekilde suça katılabilir. Kanaatimce gizli soruşturmacının örgüt içinde tutunabilmesi için bazı hafif ve basit ve az zararlı suçları işleyebilmesi kanunda düzenlenmeliydi³⁹. Aksi takdirde gizli soruşturmacının örgüt içinde deşifre olmadan kalabilmesi çok zor bir durumdur.

Gizli soruşturmacının güvenilirliğini test etmek için kendisine suç işlettirmek istendiği takdirde, bu suçu işlemeyen örgüt içinde tutunması mümkün olmayacaksa, soruşturma faaliyetlerine son verip örgütten çıkması gerekecektir⁴⁰.

Soruşturmacı örgütün faaliyeti dışında kalan kendi şahsi suç teşkil eden eylemleri için sorumluluğu mutlak olup bunlar nedeniyle kendisi sorumlu tutulacaktır⁴¹.

V. Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması

CMK'nın 139. maddesinin 6. fıkrasına göre "Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi gizli soruşturmacının görevlendirildiği suç dışında elde ettiği kişisel bilgiler delil olarak kullanılamaz. Ancak kanunda kişisel bilgiler dediği için, lafzının tersi yani, elde edilen bilgilerin kişisel bilgi olmaması halinde ve katalog suçlardan olmak koşuluyla diğer suçlarda da kullanılabilir⁴². Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 30/2 maddesinde de bu husus

³⁸ Malkoç/Yüksektepe, s. 705.

³⁹ Aynı yönde; Yüksel, s. 294, Malkoç/Yüksektepe, s. 705.

⁴⁰ Turhan, s. 278-279, Taşdemir/Özkepir, s. 533.

⁴¹ Malkoç/Yüksektepe, s. 705, Taşdemir/Özkepir, s. 533.

⁴² Parlar, s. 611.

açıklanmıştır. Anılan maddeye göre; “yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, bu Yönetmeliğin 26. maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığına derhala bildirilir”. Ancak savcı bu delilleri kullanmaz. Çünkü soruşturmacı başka bir suç nedeniyle görevlendirilmiştir. Savcı söz konusu delilleri yeterli şüphe sebebi sayarak yeni koruma tedbirleri alınmasını ister. Bu yolla elde edilen delillere dayanarak dava açabilir, yargılama yapabilir⁴³. CMK, gizli soruşturmacının elde ettiği tesadüfi deliller konusundaki düzenleme diğer tedbirler yoluyla elde edilen tesadüfi delillerden farklıdır. Örneğin, iletişimin denetlenmesi veya teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanırken elde edilen tesadüfi deliller, katalog suçlardan olmak koşuluyla diğer bir suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilir⁴⁴. Kanun bu maddelerde elde edilen delilin kişisel bilgi olup olmaması ayrımı yapmamıştır. Gizli soruşturmacının örgüte ve örgüt üyelerine diğer tedbirlerden daha yakın olmasından kaynaklanmış olabilir.

VI. Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenmesi

Soruşturmacının kimliğinin duruşma sırasında tanıklık yapması gerektiği takdirde de gizli tutulup tutulmaması hususu tartışmalıdır.

Gizli soruşturmacının bizzat olayı gören tanık olması mahkemede tanıklık yapmasını gerektirmektedir. Ancak gizli soruşturmacı için tanık olarak huzurda dinlenmesi tehlike arz edebilir.

Bazı yazarlara göre gizli soruşturmacı tanık olarak dinlenmemelidir. Bu iki sebepten dolayı olmalıdır. Şöyleki; başka soruşturmalarda da görevlendirebilmek ve gizli soruşturmacıyı korumak için gereklidir. Eğer dinlenmesi zorunlu olursa m. 58’de yer alan tanıkların korunmasına ilişkin hükümlere göre dinlenmelidir⁴⁵. Kanaatimce doğrudan doğruyalık ilkesi gereği olayın en önemli tanığı olan gizli soruşturmacının duruşmada dinlenmesi gerekir ve tanık için tehlike teşkil eder.

⁴³ Yüksel, s. 294-295.

⁴⁴ Mustafa Ruhan Erdem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adal.et.gov.tr/makale2.htm> E. T; 30. 11. 2013.

⁴⁵ Turhan, s. 279.

cekse bu tanıklık CMK m. 58'e göre yapılabilir. Söz konusu maddeye göre, "(2) Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

(3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır. "

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gizli tanığa, duruşmaya çıkarılmayan bir kişiye dayanarak hüküm verilmesini, sanığın doğrudan doğruya soru sorma hakkını ihlal ettiği için kabul etmemektedir. Ancak destekleyici başka deliller varsa ve tek delil gizli soruşturmacının duruşma dışında verdiği beyandan ibaret değilse istisnai durumlarda kimliğin duruşmada gizli tutulması kabul edilebilir⁴⁶.

Bazı yazarlara göre "gizli soruşturmacının tanıklık yapmasında, dolaylı tanıklıktan yararlanabilir ya da gizli soruşturmacının kendini görevlendiren makamlara verdiği ifadenin tutanağı veya yaptığı yazılı açıklamalar duruşmada okunabilir. Bu durumda, tutanakların veya yazılı açıklamaların okunmasını, ortadan kaldırılmayan bir engel nedeniyle belirsiz bir süre tanığın duruşmada hazır bulunmasının mümkün olmaması (CMK m. 211/1-b) şeklindeki hükmün uygulanması olarak nitelendirmek gerekir. Aksi takdirde, hem gizli soruşturmacıdan bir daha yararlanılması engellenmiş hem de soruşturmacının ve yakınlarının hayatı tehlikeye atılmış olur. Gizli soruşturmacının bizzat dinlenmesinin zorunlu görüldüğü hallerde ise, CMK'nın 125. maddesi hükmü kıyasen uygulanarak, gizli soruşturmacı sadece mahkeme başkanı veya heyeti tarafından dinlenebilir"⁴⁷.

⁴⁶ Taşdemir/Özkepir, s. 534.

⁴⁷ Parlar, s. 611.

VII.Gizli Soruşturmacının Korunması

Gizli soruşturmacı örgüt içerisindeki faaliyetlerini kendi kimliğinden başka uydurma bir kimlik altında gerçekleştirir. Zaten örgüt içerisinde tutunabilmesi için bu husus şarttır. Gerçek kimliğinin deşifre olmaması gerekir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilebilmesi için gerekli belgeler hazırlanabilir ve değiştirilebilir (CMK m. 139/2).

Gizli soruşturmacıya değiştirilmiş, sahte kimlik verilmesi için gerçek dışı resmi belgelerin düzenlenmesi ve kullanılması, kanun hükmünün yerine getirilmesi olduğu için belgede sahtecilik suçu açısından hukuka uygunluk nedenidir⁴⁸. Örneğin; gizli soruşturmacıya sahte bir kimlik belgesi, ehliyet belgesi keza pasaport düzenlenebilir, bunların geçerli olabilmesi için tüm resmi işlemler yapılabilir, resmi belgeler düzenlenebilir.

Uydurma kimlik oluşturmak, hem uzun zaman almakta hem de bunun maliyeti yüksek olmaktadır. İşte bu yüzden CMK gizli soruşturmacının görevinin sona ermesinden sonra da kimliğinin gizli tutulmasını düzenlemiştir⁴⁹.

Gizli soruşturmacının korunması amacıyla, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler savcılıkta muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği gizli tutulur. Ancak bu gizlilik, savcı ve hakime karşı söz konusu değildir⁵⁰.

SONUÇ

Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Günümüzde suç ve suçluluk ile mücadele her geçen gün zorlaşmaktadır. Özellikle örgütlü suçlarla mücadelede diğer suçlara nazaran bir takım özel tedbirlerin alınması ve uygulanması gerekmektedir. Gizli soruşturmacı tedbiri de bu tedbirlerden yani, olağanüstü tedbirlerden biridir. Çünkü bu tedbir ikincil nitelikte bir tedbirdir ve suçun işlendiği konusunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi durumunda başvurulabilecek bir yöntemdir. Çalışmamızda gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri CMK ve 14. 02. 2007 tarihli yönetmelik çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır.

⁴⁸ Turhan, s. 279.

⁴⁹ Yüksel, s. 296.

⁵⁰ Turhan, s. 279.

KAYNAKLAR

- Malkoç İsmail/ YüksektepeMert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara 2008.
- Polat Halil/ PolatAynur Arslan, Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Parlar Ali/ HatipoğluMuzaffer, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Cilt I (madde 1-218), Ankara 2008.
- Albayrak Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu-Öz Kitap, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2012.
- Taşdemir Kubilay/ Özkepir Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt I, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.
- Erdem Mustafa Ruhan, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 30. 11. 2013.
- Yüksel Göksel, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/3.
- Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, 1. Baskı, 2006.
- Noyan Erdal, Ceza Davası - İddia, Duruşma, Hüküm, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Karabeyoğlu Hamdi Ünal, "1 Açıklamalarla Ceza Muhakemesi Kanunu", Yalova 2007, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.
- Şirin Osman, "Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri (Gizli Koruma Tedbirleri)", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.
- Cengiz Serkan/ DemirağFahrettin/ ErgülTeoman/ McBrideJeremy/ TercanDurmuş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları", Ankara2008, ŞenMatbaa, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf E. T: 11. 12. 2013.
- Mahmutoğlu Fatih S., "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.
- Hamdi Ünal Karabeyoğlu, "Açıklamalarla Ceza Muhakemesi Kanunu", Yalova 2007, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013. s. 104.
- AİHM'nin Teixeira de Castro/Portekiz 25829/94, 9 Haziran 1998 tarihli kararı, "AİHM öncelikle söz konusu davanın, Lüdi / İsviçre davasından farklı olduğunu belirtmektedir... Lüdi / İsviçre davasında polis memuru içeri sızmıştır, soruşturma hâkimi görevinin bilincindedir ve Alman polisini bilgilendirilen İsviçre makamları, hazırlık soruşturması başlatmıştır. Polis memurlarının rolü, gizli ajan rolü yapmakla sınırlanmıştır.
- Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tercan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları" Kasım 2008, Ankara, Şen Matbaa, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf E. T: 11. 12. 2013. s. 85.

DURUŞMA ESNASINDA AYAĞA KALKMA MESELESİ

DURING THE TRIAL,
IT'S A MATTER OF GET UP STAND UP

Mesude ALTUNEL*

Özet: Duruşma esnasında hangi durumlarda ayağa kalkılması gerektiği hususunda farklı yorum ve uygulamalar bulunmaktadır. Bu farklılıklar, bilhassa avukatları zor durumda bırakabilmektedir. İşbu çalışmada, duruşma sırasında ayağa kalkılması lazım gelen durumlar, Ceza ve Hukuk Yargılaması bağlamında ayrı ayrı irdelenmiştir.

Abstract: At the trial, in which cases there are different interpretations and applications about to stand up. These differences, especially lawyers, leaving a difficult situation. This article describes situations that require to stand up in court, in terms of Criminal Proceedings and Legal Proceedings were examined separately.

GİRİŞ

Yargılama faaliyeti, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yapılır. Adaletin kutsiyetine olan saygı ve mahkemelerin de adalet dağıtılan yerler olması nedeniyle; yargıya, yani mahkemeye saygı göstermek, adalet talep eden herkes için bir görevdir. Yargılama esnasında ayağa kalkılması meselesinin de, bu saygı ile alakadar bir husus olduğu düşünülebilir.

Uygulamada bazı hâkimler, duruşma sırasında sadece hüküm açıklanması sırasında değil; ara kararın okunması sırasında dahi ayağa kalkılmasını istemekte; ayağa kalkmayanları (özellikler avukatları), ayağa kalkmaları konusunda uyardıklarıdır. Aynı husus, yargılama sırasında iddia veya savunma amaçlı yapılan konuşmalar sırasında da cereyan etmektedir. Ayağa kalkmayan avukatlara karşı kimi yargıçların, hemen ayağa kalkılması hususunda bazen gurur kırıcı şekle

* Avukat, Ankara Barosu

varan ikazlar yaptığı görülmüştür. Bu durumda, avukatlar genellikle ikaza uyarak ayağa kalkmakta; kimi avukatlar ise haklı gerekçelerini sunarak kalkmamakta direnmektedir. Böylesi bir direnme karşısında mahkemelerin tutumu ise:

- Ya avukatın bu davranışını rencide edici şekilde eleştirmekle yetinmek;
- Ya bu husus duruşma zaptına geçirilerek avukatın bir dahaki duruşmada aynı tavrı göstermemesi hususunda uyarılması;
- Ya da durum, duruşma tutanağına yazılarak avukat hakkında işlem yapılması (örneğin mahkemeye saygısızlık gerekçesiyle) için Baro ve ilgili kurumlara iletilmesi şeklinde olabilmektedir.

Bu hususta karşılıklı direktmeler, yargılamanın gergin bir ortamda yapılmasına ve hâkimin öfkelenip kararındaki objektifliğini yitirmesine yol açabilmektedir.

Binaenaleyh, duruşma esnasında hangi durumlarda ayağa kalkılması gerektiğini (özellikle Avukatlar yönünden), Ceza ve Hukuk Yargılaması bağlamında ayrı ayrı irdelenmeye çalışacağız.

1. CEZA YARGILAMASI AÇISINDAN

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemelere bakacak olursak; duruşma sırasında kimlerin hangi durumlarda ayağa kalkacaklarını düzenleyen maddeler 55. ve 231. maddelerdir.

5271 sayılı CMK'nın 55. maddesinde (2. fıkra) "*Yemin edilirken herkes ayağa kalkar*" denilmektedir. "*Yemin*" sırasında mahkeme içerisinde bulunan hiç kimseye istisna tanınmadan, herkesin ayağa kalkacağı düzenlenmiştir.

CMK'nın 231. maddesinde, "*Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir*" denilerek hükmün okunması/açıklanması esnasında ayağa kalkma zorunluluğu getirilmiş ve fakat kanunun gerekçesinde mahkeme kurulu ve Cumhuriyet savcısı, bu zorunluluktan muaf tutulmuştur.¹

¹ 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin gerekçesinde: "*Hüküm açıklanırken mahkeme kurulu ve Cumhuriyet Savcısı hariç duruşma salonunda bulunan herkes ayağa kalkmak zorundadır.*"

Yasa koyucu, hangi kararların “hüküm” sayılacağını tahdidi olarak saymıştır. Buna göre CMK’nın 223/1 maddesinde, “beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararı” hüküm olarak belirlenmiştir. Bu madde gereğince, “hüküm” açıklanırken duruşma salonunda bulunan herkesin ayağa kalkması gerekmektedir (kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, mahkeme kurulu ve Cumhuriyet savcısı, bu zorunluluktan muaftır).

“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kararı ise, “hüküm” olmadığından, bu karar esnasında ayağa kalkılması da gerekmemektedir.

Dolayısıyla yargılamayı sona erdirmeyip dosyadaki eksikliklerin giderilmesi için duruşmanın ertelenmesine yönelik veya hüküm mahiyetinde olmayan kararların açıklanmasında, ayağa kalkmasını gerektiren bir düzenleme, ceza usulünde yer almadığı gibi; avukatlar yönünden Avukatlık Kanunu ve Türkiye Barolar Birliği Meslek İlke ve Kuralları’nda da mevcut değildir.

Nitekim Pendik Asliye Ceza Mahkemesi’nde, duruşmada ara karar için “Gereği Düşünüldü” denildiği sırada, avukatların ayağa kalkmadıkları zapta geçirilerek, bu hususta değerlendirme yapmak üzere, mahkeme tutanağının İstanbul Barosu Başkanlığı’na gönderilmesi sonucu; İstanbul Barosu Başkanlığı’nın 22 Nisan 2009 tarihli yazısında yaptığı değerlendirme bu yöndedir.² Ayrıca Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün görüşü³ de bu hususu teyit etmektedir.

Filhakika, avukatların, yargılama esnasında konuşurken, soru sorarken, savunma yaparken de ayağa kalkma zorunluluğu yoktur. Avukatların, konuşurken kendilerini daha rahat ifade etme veya alışkanlık gereği ayağa kalkmaları ya da hüküm dışındaki kararlar okunurken de kendi istekleriyle ayağa kalkmayı tercih etmeleri dışında, oturan avukatlara müdahale ederek ayağa kalkmalarının istenmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

² <http://www.istanbulbarosu.org.tr> (İstanbul Barosu Başkanı Av. Muammer Aydın imzalı 22 Nisan 2009 tarih ve 11241 gündem sayılı yazı)

³ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün “duruşma sırasında bir kısım işlemlerde ayağa kalkılması” konulu yazısı (16.3.2009 tarihli ve 2009/433/16232 sayılı)

2. HUKUK YARGILAMASI AÇISINDAN:

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, delil türlerinden olan "taraf yemini" konusunda, "yeminin şekli" başlıklı 233. maddeye göre: "Yemin eda edilirken, hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar" (5. fıkra).

HMK'nın tanığın yapacağı yemin konusunda "yeminin zamanı ve şekli" başlıklı 258. maddesi: "yemin eda edilirken, hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar" (2. fıkra).

HMK'nın "Hüküm, Hükmün Verilmesi ve Tefhimi" başlıklı 294. maddesinde (5. fıkra): "Hükmün tefhimini, duruşmada bulunanlar ayakta dinler" denilmek suretiyle, hükmün açıklanmasının ayakta dinlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Burada "hüküm" den kastın ne olduğu ise, yine aynı maddede açıklanmıştır. 294. maddede: "Mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirir. Yargılama sonunda uyumsuzluğun esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür" (1. fıkra). "Hükme ilişkin hususlar, niteliğine aykırı düşmedikçe, usule ilişkin nihai kararlar hakkında da uygulanır" (6. fıkra) denilmektedir.

Dolayısıyla hukuk yargılamasında, taraf yemin ederken, tanık yemin ederken ve hüküm tefhim olunurken ayağa kalkılması, yasal bir zorunluluktur. Bunun dışında kalan durumlarda (örneğin ara karar okunurken, taraflar veya vekilleri beyanda bulunurken) ayağa kalkılması mecburi olmayıp; kişilerin kendi tercihinin bırakılmıştır. Bu bağlamda, yargılama makamlarının aksi yöndeki talep ve uygulamalarını, gözden geçirmeleri gerekmektedir.

KAYNAKLAR

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

<http://www.istanbulbarosu.org.tr> (İstanbul Barosu Başkanı Av. Muammer Aydın imzalı 22 Nisan 2009 tarih ve 11241 gündem sayılı yazı)

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün "duruşma sırasında bir kısım işlemlerde ayağa kalkılması" konulu yazısı (16.3.2009 tarihli ve 2009/433/16232 sayılı)

BİREYSEL BAŞVURUYA KONU EDİLEBİLECEK HAKLAR

Melek ACU*

Anahtar Kavramlar: Bireysel başvurunun tanımı, bireysel başvurunun niteliği, bireysel başvuruya konu edilen haklar ve özgürlükler,

GİRİŞ

İnsanlık tarihi boyunca yapılan savaşlar ve anlaşmalar bize insanoğlunun varlık mücadelesini vererek, ayakta kalmayı başardığını göstermektedir. İnsanın sahip olduğu hakların gün geçtikçe değişen zamana, gelişen bilim ve teknoloji ile birlikte kapsamı büyümektedir. İnsan haklarındaki evrensellik olgusu kamu gücünün sınırlarını zorlamaktadır. Gelişen insan haklarının ülkemizdeki hukuk sisteminde en son başvurulacağı yolun, bireysel başvuru kurumu olduğunu ortaya koymuştur.

Bu çalışmada Türk Hukukunda uygulanmaya başlanılan bireysel başvuru hakkının tanım ve niteliklerine kısaca değinilerek, bireysel başvuruya konu edilebilecek hak ve özgürlüklerin, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelenmesi amaçlanmıştır.

BİREYSEL BAŞVURU KAVRAMI, NİTELİĞİ VE İŞLEVİ

Bireysel başvuru, bireyin¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler hakkında ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi² (AİHS) kapsamındaki haklardan ve buna

* Anayasa Mahkemesi Raportörü

¹ Birey: Bireyle ilgili olan, bireye özgü olan, ferdi, Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>. Erişim tarihi 20.6.2012

² 18 Mayıs 1954'te sözleşmeyi onaylamış, 28 Ocak 1987'de bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini ise 28 Ocak 1990'da kabul etmiştir. www.kpsshazirlik.net/.../109-turkiye-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi

ek Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kabul ettiği protokollerde³ düzenlenen haklardan herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma yoludur.

Bir başka ifadeyle bireysel başvuru kurumu; adli, idarî ve askerî yargının kararlarında ve kamu gücünün işlem ve eylemlerinde, ihmal suretiyle yaptığı müdahalelerde, ihlal iddiasının irdelenerek insan hak ve özgürlüklerinin yargılanmasıdır.

Bireysel başvuru hakkının özü, ihlal iddiasına dayanmaktadır. İhlal⁴ kavramı; temel hak ve özgürlüğün koruduğu alanı, hukuka aykırı işlem, eylem veya ihmal suretiyle müdahale etmektir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlük kapsamında bulunan bir davranışın mevzuatta düzenlenen hukuka uygunluk sebebi olmadığı halde kamu gücü tarafından sınırlanması, zorlaştırılmasıdır. Bu sınırlama temel hak ve özgürlüğünü kullanmak isteyen bireyin davranışının yasaklanması veya bu ölçüde olmasa bile idari işlem veya eylem nedeniyle zahmet oluşturmasıdır.

Bireysel başvuru yolunun ikincil yol olduğunu mevcut yasal düzenlemelere bakarak anlayabiliriz. Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesinin "Görev ve yetkileri" başlıklı 148. maddesinin 3. fıkrası "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından,*

³ 1. Protokol Türkiye tarafından 10.3.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2. Protokol Türkiye tarafından 21.9.1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir, 3. Protokol Türkiye tarafından 21.9.1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir, 4. Protokol Türkiye tarafından 9.6.1994 tarihinde imzalanmıştır ancak yürürlüğe girmemiş ve taraf değiliz, 5. Protokol Türkiye tarafından 20.12.1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir, 6. Protokol Türkiye tarafından 1.12.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir, 7. Protokol Türkiye tarafından 14.3.1985 tarihinde imzalanmış ancak yürürlüğe girmemiş ve taraf değiliz, 8. Protokol Türkiye tarafından 1.1.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir 9. Protokol Türkiye tarafından 6.11.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir, 10. Protokol Strasbourg'da 25.03.1992 tarihinde kabul edilmiş ancak Sözleşmenin tarafı olan tüm ülkeler tarafından kabul edilmediği için yürürlüğe girmemiştir. Protokol, 32. maddede değişiklik öngörmekteydi. Bu düzenleme 11 No'lu Protokol ile gerçekleşmiştir. 11. Protokol Türkiye tarafından 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir, 13. Protokol Türkiye tarafından 1.6.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 14. Protokol Türkiye tarafından 8.8.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
Bkz. http://www.ihd.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=2170:avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-ve-eki-protokollerde-yer-alan-haklar-ve-ozgurlukler&catid=47:makaleler&Itemid=125

⁴ İhlal: bozma, zarar verme, yasaya ve düzene uymama, Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>.

ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” şeklinde düzenlendiği, 3.4.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin 2. fıkrası ise “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.” ve 47. maddesinin 5. fıkrası “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketiildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir...” hükümlerine,

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “Başvuru süresi ve mazeret” başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketiildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.” şeklinde düzenlendiği dikkate alınarak; yasa koyucu, bireysel başvuru hakkını diğer hukuk yolları tüketiildikten sonra kullanılabilineceğini öngördüğünden, ikincil nitelikte anayasal yargı yolu olduğu anlaşılmaktadır. Kişi, bireysel başvuruda bulunarak olağanüstü kanun yoluna gitmiş olmaktadır.⁵ Dolayısıyla bireysel başvuruyu tek cümle ile ifade edersek, Türkiye’deki hukuk platformunda en son uğranılabilecek duraktır, diyebiliriz.

Bireysel başvuruyu özümseyebilmek için olağan kanun yolu ve olağanüstü kanun yolu kavramlarının irdelenmesinde fayda mülahaza edilmektedir. Mahkemelerin verdiği kararlarda; yapılan yanlışlıkların düzeltilmesi ve kanunların uygulanmasında birliğin sağlanması için, kanun koyucu olağan kanun yolunu ve olağanüstü kanun yolunu öngörmüştür.

Olağan kanun yolu teoride çoğunlukla ifade edildiği üzere, mahkemelerin verdiği nihai kararların kesinleşmesine engel olan yoldur.⁶

⁵ Bahadır, Kılınc, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008, s.23.

⁶ Bkz. www.devrinmaydin.com/docs/kanun_yollari.pdf, s.1. http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006_X_2_16.pdf, s.1. Av. Sadak, Murat, Mağdurun Kanun Yollarına Başvuru Hakkı, s.15, <http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad1/68.pdf>. Baki Kuru 1 Ramazan Arslan 1 Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, ders kitabı, Ankara 1986, s. 458.

Olağanüstü kanun yolu ise, mahkemelerin verdiği nihai kararların, olağan kanun yolu izlenerek veya kanun yoluna gidilmeden nihai kararların kesinleşmesi halinde, kanun koyucunun öngördüğü sebepler dahilinde gidilen kanun yoludur.

Kanun yollarının asıl işlevi, ilk veya üst derece mahkemelerince verilen kararların sonuçlarının denetimlerini sağlayan birer araç olmalarıdır. Bu yolun varlığı; hukuk devletinde adaletin gerçekleştirilmesinde ve toplumda kanunların istikrarlı ve en ideal olarak uygulanmasında önemli bir adımdır. Bireysel başvurunun amacı, olağan kanun yollarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerçekleştirememesi halinde, bu hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır.⁷ Anayasa'nın 7.5.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile değiştirilen 148/3. maddesinin özünde hak ve özgürlüklerin daha etkin korunması amacı vardır, diyebiliriz.

Bireysel başvurunun iki önemli işlevi vardır. Birinci işlevi, kişilerin kendilerini ilgilendiren anayasa ve uluslar arası metinler⁸ tarafından teminat altına alınan hakların korunmasını sağlar. İkinci işlevi ise; bireysel başvuru sonucu verilen kararlar aracılığıyla Anayasa'nın uygulanmasından kaynaklanan sorunlara açıklık getirilmesi, toplumsal paradoksların çözümünde, Anayasa'nın yorumlanarak geliştirilmesinde ve Anayasal düzenin korunmasında katkı sağlamasıdır.⁹

Doktrinca ifade edilen diğer bir işlevi de, ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapılan başvuruların azalmasına önemli ölçüde katkı sağlayacak olmasıdır.¹⁰ Bu bağlamda ülkemizde yapılan Anayasa değişikliklerinin gerekçesinde bu hususa açıkça yer verildiğini görmekteyiz.¹¹

⁷ M.Yavuz Sabuncu, Selin Esen Arnwine, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 21, s.230.

⁸ Bkz. Kişinin bireysel başvuruda bulunacağı devletin çekince koymadan kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen haklar ve Protokollerde düzenlenen haklar, v.b.

⁹ M.Yavuz Sabuncu, Selin Esen Arnwine, a.g.e., s.2.

¹⁰ Serap Yazıcı, Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikâyeti-Konuşma, AİHM ve Türkiye II, Anayasa Şikâyeti ve AİHM, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 8, Ankara, 2010, s. 10

¹¹ bkz. Anayasa'nın 148. maddesinde değişiklik yapan 5982 sayılı Kanun'un gerekçesine.

Bireysel başvurunun diğeri bir işlevi, kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden başvurucular, karşılarında muhatap olarak Anayasa Mahkemesini bulduklarında, başvurucular nezdinde hukuk devleti ilkesinin soyut kavramdan çıkarak somuta gerçekliğe dönüşmesi anlamına gelmektedir.¹²

Bireysel başvuruya konu haklar denildiğinde hem Anayasa'da düzenlenmiş hem de Sözleşme'de yer alan haklar anlaşılmalıdır. Sadece Sözleşme'de veya salt Anayasa'da yer alan haklar bireysel başvuruya konu edilemeyecektir. Bu kural ek protokoller için de geçerlidir. Örneğin salt Yedinci Protokol'de düzenlenen sınır dışı etme ile ilgili hükümler Anayasa'da yer almadığından bireysel başvuruya konu edilemeyecek durumlardandır.

Bireysel başvuru kurumu ile daha etkin korunması hedeflenen hak ve özgürlük kavramlarının irdelenerek, içeriklerinin somutlaştırılmasında yarar görülmektedir. Hak ve özgürlük kavramları genellikle bir arada kullanılan ancak birbiri ile karıştırılan kavramlardır. Özgürlük: "Herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumudur."¹³ Bireyin devlet veya herhangi bir güç tarafından herhangi bir şey için zorunda bırakılmamasını ifade eder. Hak kavramı ise özgürlük kavramından daha geniş anlamı vardır. Hak, özgürlükteki gibi salt serbest olmayı değil bunun yanı sıra devletten veya toplumdan bazı taleplerde bulunmayı gerektirir. Örneğin eğitim özgürlüğü ile eğitim hakkı birbirinden farklı kavramlardır.¹⁴

Anayasa'da güvence altına alındığı halde AİHS ya da Ek Protokollerde yer almadığından dolayı bireysel başvurunun kapsamı dışında kalacak bazı haklar bulunmaktadır. Bu haklar, Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı ve ödevi, 50. maddesinde düzenlenen çalışma şartları ve dinlenme hakkı, 60. ve 61. maddelerinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı olarak sıralayabiliriz.

¹² Hakan Atasoy, Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu, Türkiye Adalet Akademisi, S.9, s.96.

¹³ Türk Dil Kurumu sitesinden alınmıştır, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay, Uygun, Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Dizisi 3, Ankara, 1996, s. 9

Öte yandan Anayasa'da güvence altına alınan haklardan olduğu halde, AİHS'nde yer almayıp, Türkiye'nin taraf olmadığı 4., 7. ve 12. Protokollerde yer alan birtakım haklar da bireysel başvurunun kapsamı dışında kalmaktadır.

Bireysel başvuruyu düzenleyen 6216 sayılı Kanun'da, bireysel başvuruya konu olabilecek haklar sayma yöntemi ile belirlenmemiştir. Bireysel başvuru kurumunun sınırlarını anlamak için bu hakların çoğunun sayılmasında ve kısaca açıklanmasında yarar görülmektedir.

BİREYSEL BAŞVURU KONUSU OLABİLECEK HAKLAR

1- Yaşama Hakkı: İnsana ait en temel haktır. Evrensel veya bölgesel uzlaşma ile oluşan belgelerde yaşam hakkının, insan hakkı olduğu vurgulanır. Evrensel kabul edilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (İHEB) 3. maddesi,¹⁵ bölgesel bazda AİHS'in 2. maddesi buna örnektir. AİHS'in 2. maddesinde ifade edilen ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Daha sonraki zamanlarda ek Protokoller'de yapılan düzenleme ile, 2. maddenin ilk fıkrasında ölüm cezasına izin veren hüküm ilga edilmiştir. Altıncı Protokol sadece savaş ve çok yakın savaş tehlikesi zamanlarında işlenen suçlarda ölüm cezasına izin verirken Onüçüncü Protokol, ölüm cezasını istisnasız olarak tamamen kaldırmıştır.

Sözleşme'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasında yaşama hakkının ihlali sayılmayacak durumlar belirlenmiştir. Buna göre somut olayın gerektirdiği mutlak zorunlu olanı aşmayacak ölçüde güç kullanılarak; kişiyi yasa dışı şiddetten koruma eylemlerinde, meşru dairede kişinin yakalanmasını sağlama veya tutuklu kişinin kaçmasını önleme eylemlerinde veya bir isyanın yasaya uygun olarak bastırılması sırasında meydana gelen ölümlerin, yaşama hakkının ihlali olarak kabul edilmemektedir.

Diğer taraftan Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde, 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 38. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda ölüm cezası, Türk Hukuk Sisteminden tamamen kaldırılarak, bu konuda Sözleşme ile uyum sağlanmıştır.

¹⁵ Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. maddesi şöyledir :“ Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır”, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf>.

Sözleşme'nin 2. maddesinde açıklıkla ifade edilmediği halde AİHM'in kararları yorumlanarak yaşama hakkının, devlete üç tür yükümlülük yüklediği kabul edilmektedir.

Birincisi kamu görevlisinin kişiyi kasten öldürmemesi, ikincisi ise; devletin kişinin yaşama hakkını kendisine ve diğer unsurlardan gelecek tehditlere karşı gerekli tedbirleri alarak hukuk yoluyla koruması ve üçüncüsü devletin kişinin ölümüne sebebiyet verenleri tespit ederek, cezalandırılması için etkili soruşturma yapma yükümlülükleridir.

Öldürmeme yükümlülüğü; kolluk kuvvetlerinin kanun uyarınca güç kullanmaları gerektiği durumlarda dahi, mutlak olarak gerekli olandan fazla güç kullanmayı önleyerek, yaşama hakkını güvence altına almayı hedefler.¹⁶ Devletin yaşamı koruma yükümlülüğü kapsamında gözaltı, cezaevi veya zorunlu askerlik hizmeti sırasında kişinin kendi isteğiyle bile olsa, intiharına karşı gerekli tedbirleri devletin alması beklenmektedir.¹⁷ Anayasa Mahkemesinin yaşama hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda, AİHM'in belirlediği bu esasları dikkate alacağı düşünülmektedir.

Anayasa'nın 15/2. maddesinde de; savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler haricinde kişinin yaşama hakkına dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın 17/1. maddesinde "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*" denilmektedir. Bu cümle ile yaşama hakkı diğer bazı haklarla birlikte ifade edilmiştir. "*Maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı*" Sözleşmenin 3. maddesinde düzenlenen "*işkence yasağı*" ve 8. maddesinde düzenlenen "*özel ve aile hayatına saygı*" ve 9. maddede düzenlenen "*düşünce, vicdan din özgürlüğü*" hakları ile birlikte veya kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Anayasa'nın 17/4. maddesinde; meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması,

¹⁶ Osman, Doğru, ve Atilla, Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s. 14.

¹⁷ Bkz. AİHM'nin Salman.Türkiye: Başvuru No: 21986/93, 27.6.2000 tarihli karar, Paul ve Audrey Edwards. Birleşik Krallık: Başvuru No: 46477/99, 14.3.2002 tarihli karar, Kılınç ve Diğerleri -Türkiye: Başvuru No: 40145/98, 7.6.2005 tarihli karar, www.echr.coe.internet sitesinden ulaşılabilir.

sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun izin verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiillerinin, yaşama hakkını ihlal etmediği düzenlenmiştir.

Yaşama hakkını düzenleyen metinlerde kullanılan “herkes” tabiri ile bu hakkın insana mahsus olduğu, hayvanların yararlanamayacağı anlaşılmaktadır. İnsanın doğumla mı? Hayata başladığı¹⁸, cenin iken yaşama hakkına sahibi olup olamayacağı, kürtajın ceninin yaşam hakkını ihlal edip etmediği konularında Avrupa’da ortak bir kabul olmadığından, AİHM bu konuyu, ulusal makamların cevabını vereceği bir sorun olarak görmektedir.¹⁹

Yaşama hakkının korunması, evrensel belgeleri kabul eden devletler açısından bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük hem negatif yükümlülük yani müdahale etmeme, ihlal etmeme, yani devletin bizzat ölümüne neden olmaması, hem de pozitif yükümlülüktür. İnsan haklarını koruyarak özellikle yaşamı riskte olanlar için bu riski devletin bertaraf etmesine yönelik uygun önlemleri alma yükümlülüğüdür.

Yaşam hakkının ihlali iddiasını somutlaştırmak amacıyla bireysel başvuruya konu yapılan olaylardan bazılarını sayabiliriz; güvenlik görevlilerince yürütülen operasyonlar sırasında planlama eksikliğinden veya tedbirini yeterince alınamaması veya orantısız eylem nedeniyle oluşan ölüm vakıaları,²⁰ özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin devletin kontrolü altında iken ölmesi yani kişi diğer mahpusların saldırısı nedeniyle ölmüş olsa bile yine devletin pozitif yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Özellikle göz altında iken ölüm vuku bulmuşsa,²¹ keşif, yer gösterme gibi adli delillerin toplanmasında, yani devletin

¹⁸ Yargıtay; “kimse” sıfatının çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılabileceğinden bebeğin doğum sırasında ana karnından tam olarak doğmadan ölmesi sebebiyle “kimse” sayılamayacağına karar vermiştir. 9. Ceza Dairesi 2008/16443 E.N , 2008/14064 K.N., Karar Tarihi:24.12.2008, <http://www.kararara.com/yargitay/9cd/k2004.htm> (Erişim Tarihi:03.08.12)

¹⁹ Bkz. AİHM nin VO. Fransa;Başvuru No: 53924/00, 8.7.2004 tarihli karar, A. , B. Ve C. *İrlanda*; Başvuru No:25579/0516 Eylül 2010 tarihli karar, *Tysiac v. Polonya*; Başvuru No:5410/03 20 Mart 2007 tarihli karar, www.echr.coe.int

²⁰ Gül / Türkiye, 14 Aralık 2000 tarihli karar, Başvuru no.22676/93, www.echr.coe.int, 27.4.2013.

²¹ Salman / Türkiye, 27 Haziran 2000 tarihli karar, Başvuru no.21986/93, paragraf.99, www.echr.coe.int, 27.4.2013

öncelikli olarak güvenliği sağlaması gerektiği durumlarda ölüm vuku bulmuşsa, yaşama hakkının ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yapılabilir olacaktır. Henüz Anayasa Mahkemesinin bu konuda içtihadı olmadığı için AİHM'nin içtihatlarından örneklenmektedir.

Ümraniye çöplüğünün patlaması, dere yatağına imar izni verilerek sel nedeniyle oluşan ölümlerde yani çevresel felaketlerde, sosyal güvencesi olmadığı için acil hastaların hastaneye kabul edilmemesi nedeniyle ölüm gerçekleştiyse, devletin sağlık tedbirini alması gereken durumlarda ihmali var ise yaşama hakkı bireysel başvuruya konu edilebilecektir. Devletin etkili soruşturma görevinin usulünce yerine getirmede olduğu durumlarda yaşama hakkının ihlali söz konusudur. Özellikle güvenlik görevlileri ile vatandaşın taraf olduğu olaylarda Cumhuriyet Savcısının yönettiği soruşturma döneminde tüm delillerin usulünce toplanması, etkili ve usulünce yapılan soruşturma ile failin bulunup yargılanmasının sağlanması, devletin asli görevlerindedir.²²

2- İşkence Yasağı: İşkence eyleminin ayrıntılı tanımının yapıldığı İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme'nin²³ 1. maddesine göre işkence; *"bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden ya da üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırmak, sindirmek için; ya da ayrımcılığın her hangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel gerekse manevi, zihinsel ağır acı ve ıstırap veren her hangi bir eylemdir."²⁴ şeklinde belirlenmiştir.*

²² Ahmet Özkan ve Diğerleri / Türkiye, 6 Nisan 2004 tarihli karar, Başvuru no.21689/93, www.echr.coe.int

²³ İşkence kavramının tanımının yapıldığı bu Sözleşme, 10 Aralık 1984'te Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edildi ve 26 Temmuz 1987'de yürürlüğe girdi, <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r046.htm>.

²⁴ İşkence kavramının tanımı hakkında daha fazla bilgi için, bkz. APT, The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar, Cenevre, APT, 2003 ve Rodley, Nigel, he Treatment of Prisoners under International Law,, Oxford Uni. 1999, s. 75-107.

18 Bkz. AİHS'nin 3. maddesi şöyledir: "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64>.

Diğer bir deyişle işkence; bir kamu görevlisi tarafından veya resmi bir sıfatla hareket eden kimsenin teşviki veya gizli ya da açık onayı ile yapılan acı veren eylemdir. Söz konusu eyleme işkence diyebilmek için nirengi noktası, kamu görevlisi tarafından veya kamu görevlisinin bilgisi dahilinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Eylemi yapan kamu görevlisi değilse, uluslar arası suç olan işkence suçundan bahsedilemez. Eylemin niteliğine göre mevzuat uygulanarak sorumlu olan yargılanır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında kanuna uygun yaptırımların sadece uygulanmasından doğan veya bu yaptırımların kendisinde var olan yahut arızı biçimde oluşan acı ve ıstırapın işkence olarak tanımlanamayacağı düzenlenmiştir.

AİHS.'in 3. maddesinde,²⁵ İHEB.'in 5. maddesinde, v.b. işkenceye karşı sözleşmelere taraf devletler tarafından yerine getirilmesi için işkenceyi önlemeyi, engellemeyi amaçlayan yükümlülükler içerir.

Anayasa'nın 17. maddesinde tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. İşkence, insanların ruhlarına ve duygularına çoğu kez onarılamaz zararlar verirken, bedenlerini aşağılayarak insanın insan olma özelliğini yok eder.

Bu düzenleme bana göre en önemli anayasal ilke olan insan onurunun hukuksal değerini korumayı amaçlamıştır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında insan onuru kavramı şöyle tanımlanmıştır; "*insanın ne durumda ve hangi koşullar altında olursa olsun salt insan olmasının kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce ve davranış ona muhatap olanı insan olmaktan çıkartmaktadır.*"²⁶

²⁵ 19 Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. maddesi şöyledir: "Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez." <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64>.

²⁶ Anayasa Mahkemesi E.1963/132, K.1966/29, 28/6/1966, AMKD. S.4, s. 187.

Devlet bireyi işkenceye karşı korumak için hukuki ve fiili tedbirler almak zorundadır. Hukuki tedbirlerin en önemlisi, devletlerin işkence suçunu cezalandıran normları²⁷ düzenleyerek uygulamalarıdır. Fiili tedbirlerden önemli birkaçı; kamu görevlisinin şiddet veya ihmeline karşı kişiyi korumak amaçlı kamera sistemi kurma, gözaltında, tutukevinde veya cezaevinde insanî yaşama koşullarını sağlama, çocuk şüpheli ve sanıkların büyüklerin kaldığı yerde tutulmaması sayılabilir.

Yasa koyucu işkence suçu faileri için çok daha ağır cezalar öngörseydi bile, toplum bilinçlendirilmedikçe ve özellikle kanunları uygulayan kamu görevlileri eğitilmedikçe işkence suçları artarak bireysel başvuru konusu olmaya devam edeceği, unutulmamalıdır.

3- Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasası: Anayasa'nın 18. maddesinin ilk cümlesinde hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı, angaryanın yasak olduğu, belirlenmiştir. İkinci cümlesinde "*Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalışmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.*" denilerek AİHS'in 4. maddesindeki²⁸ düzenleme ile aynı içeriktedir.

"Zor" kelimesi; cebir zorunluluk, sıkıntı, üzüntü anlamlarında tanımlanmıştır.²⁹ "Angarya" kelimesi; bir kimseye veya bir topluluğa zorla ücret vermeden yaptırılan iş, yükleni, kölelik düzeninde köylünün

²⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde işkence suçunu işleyenler için 3 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür

²⁸ Bkz. AİHS'nin 4. maddesi şöyledir:

"1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz
2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.
3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma" sayılmaz:

a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş;

b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet;

c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet;

d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet." <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64>

²⁹ Kelimenin daha geniş anlamı için; bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

derebeyine zorunlu yaptığı ücretsiz hizmet, olarak tanımlanmıştır.³⁰ Zorunlu çalıştırma ile angarya terimleri hukuken eş anlamlı değildir. Zorunlu çalışma kavramı angaryadan daha geniş ve kapsayıcıdır.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında “angarya” kavramını şöyle tanımlamıştır: “Angarya” mükellef olmadığı halde vatandaşa zorla iradesi harici bir iş yaptırılması demek” tir.³¹ Bu niteliği ile angarya kavramı, ücreti ödenen mecburi çalıştırma kavramından tamamıyla ayrılmaktadır. Zorla çalıştırma ve angaryada çalışma mecburiyetinin olması ortaktır ancak zorla çalıştırmada karşılıklı angaryada ise karşılıksız olması, iki kavram arasında ayırıcı noktadır.

Zorunlu çalıştırma ve angaryanın geleneksel uygulamaları yanında günümüzdeki uygulamaları de bütün insan hakları belgelerinde ve özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmelerinde³² zorunlu çalışma sayılmış ve yasaklanmıştır.

4- Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı; Anayasa’nın 19. maddesinde “kişi hürriyeti ve güvenliği” başlığı altında bu hak düzenlenmiştir. Kişi özgürlüğü fiziki olarak hareket edebilme, beden olarak gidip gelme, yer değiştirme özgürlüğüdür. Kanun koyucu kamu gücü kullanılarak kişi özgürlüğüne hangi durumlarda müdahale edileceğini ayrıntılı düzenleyerek, bu hakka verdiği önemi göstermektedir. Anılan madde, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin korunması ilkesi ile birlikte kişi özgürlüğü ve güvenliğini korumak için alınan önlemleri içermektedir.

Kişinin özgürlüğünün korunması iki sebeple önem arz eder. Birinci sebep, kişinin temel haklarını kullanabilmesi özgür olmasına bağlıdır. Örneğin mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, seçme seçilme hakkı gibi haklar kişi özgür olduğunda gelişip, yaygınlaşabilmektedir. İkinci sebep, kişi özgür olmadığından yani ceza veya tutuk evlerinde yaşayabileceği tehlikelerdir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının AHİS’in 5. maddesindeki şekliyle³³ ayrıntılı düzenlenmesinin nedeni, kişilerin keyfi olarak ya-

³⁰ Kelimenin daha geniş anlamı için; bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

³¹ 6.3.1964 tarihli 1963/358 Esas, 1964/17 Karar sayılı karara <http://www.anayasa.gov.tr/>, kararlar bilgi bankasından ulaşılabilir.

³² Sözleşme metinleri için bkz. <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/sozlesmeler.htm>

³³ Bkz.AİHS’nin 5. maddesinin metnine,

kalanması ve tutuklanmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.³⁴ Kişinin maddi manevi varlığına yönelik yapılan müdahaleler, özgürlüğü kısıtlı iken yani tutuklu veya gözaltında iken yaşanılsa bile bu durum, AHİS'in 5. maddesi kapsamında kabul edilmeyerek, 3. maddede düzenlenen işkence yasağı kavramı içerisinde görülmektedir. İnsanların birbirini özgürlükten mahrum bırakması AHİS'in 5. maddesi veya Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında değerlendirilemez. Yani kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun mağduru "benim özgürlük ve güvenlik hakkım ihlal oldu" diyerek bireysel başvuruda bulunsa bile, bu iddia söz konusu hak kapsamında yorumlanamaz. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, genel anlamda devlet organlarından kaynaklanan sınırlamalara karşı uygulanmaktadır.³⁵ Adli, idarî ve askerî kurumların eylemleri nedeniyle bu özgürlük sınırlandığında, bireysel başvuru yoluna başvurulabilecektir.

Kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına yönelik kamu gücü tarafından yapılan müdahale, hukuki yani şekil ve esas bakımından kanunlara uygun olmalıdır. Müdahalenin kanuna uygun olması yalnız başına yeterli değil, aynı zamanda kanunların ruhu ve amacı ile uyumlu yani keyfi olmaması gerekmektedir. Örneğin gözaltına alınma kaydının olmaması halinde gözaltına alınan kişinin geleceği, kolluğun insafına terk edilmiş demektir. Salt özgürlüğün kısıtlandığı an değil, salıverilmesine dair kayıtların da açık, çelişkiden uzak olması gerekmektedir.

Yakalama, tutuklama, adli kontrol uygulaması, eğitim, ıslah veya tedavi amacıyla kişinin tutulması vb. kişinin özgürlüğünü yoksun bırakan tedbirlerdir. Kişinin özgürlüğünü sınırlayan, yoksun bırakan işlemlerin, öncelikle hakim kararına dayanması ilkesi hukukumuzda esastır. Suç işlediği şüphesi altında olan kişilerin gözaltına alınarak özgürlüğünün kısıtlanması, Cumhuriyet Savcısı'nın emri ve denetimine tabidir. Hem mahkûmiyet kararları hem de kişinin özgürlüğünü sınırlayan kararların gerekçeli olması zorunludur.

5- Adil Yargılanma Hakkı; Herkesin, önceden belirli olan hukuk kuralları karşısında, dürüst bir yargılama sürecinden geçerek yargı-

³⁴ A.Feyyaz, Gölcüklü, A.Seref, Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2003, s. 221.

³⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.m., s. 222.

lanmasının sağlanmasıdır.³⁶ Kişinin hem özel hukuk mahkemelerinde ve idare mahkemelerinde hem de ceza mahkemelerindeki yargılanmasında uyulacak esasları düzenlemektedir. Ancak kişinin taraf olduğu her türlü dava değil, AHİS'in 6. maddesinde ilk cümlesinde ifade edildiği gibi medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili olan davalar bu kapsamdadır. Adil yargılama³⁷ yapabilmek için; “yargı yeri önünde hak arama hakkı,” “yasalar ve yargı yerleri önünde eşit olma hakkı,” “kanunla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı,” “makul sürede (gereksiz gecikme olmaksızın) yargılanma hakkı,” “aleni duruşma hakkı, gerekçeli karar hakkı,” “hakkaniyete uygun yargılanma (adil duruşma) hakkı” ve “duruşmada hazır bulunma hakkı” gibi hakların sağlanmış olması gerekir.

AHİS'in 6. maddesinde düzenlenen bu hak, Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu anayasal teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin esaslar düzenlenerek, adil yargılanma ilkesini oluşturan unsurlar kurallaştırılmıştır. Anayasa'nın 138. maddesinde mahkemelerin bağımsız olduğu, hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğu vurgulanarak adil yargılanma kurumunun olmazsa olmaz koşulu olan yetkili ve bağımsız mahkeme tanımlanmıştır. Anayasa'nın 142. maddesinde bağımsız mahkemenin kanunla kurulacağı düzenlenmiştir.

Adil yargılama demokratik ve adil toplum hayatının vazgeçilmezidir, diyebiliriz. Makul süre kavramında “Makul” kelimesi ile ifade edilmek istenen hususun; hukukun temelinde yer alan “sosyal bakımdan kabul edilebilir davranışların sınırı”nı belirlediği, ileri sürülmektedir.³⁸ Adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürenin belirlenmesinde her davanın niteliği, başvurunun davanın uzamasına katkısının veya çabasının olup olmadığı, adli ve idarî mercilerin tutumu, başvurunun yitirdiği hakların niteliği bir arada değerlendirilmelidir.

³⁶ Muhammet, Özkes, “Oyun Teorisi-Hukuk Uygulaması ve Adil Yargılanma Hakkı”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 14. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s. 82.

³⁷ Adil yargılama hakkı; silahlarda eşitlik ilkesi, çelişmeli yargılanma ilkesi, yargılamaya etkili katılma hakkı, delillere ilişkin ilkeler, davanın düzgün bir şekilde incelenmesi hakkı, gerekçeli karar haklarını kapsamaktadır.

³⁸ Feyyaz, Gölcüklü, “Yargılama Makamları Önünde Makul Süre”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs-Eylül 1991, C:I, S:2-3.

Bireysel başvurularda adil yargılanma hakkı irdelenirken, örneğin bu dava ceza yargılaması ise başvuruçunun küçük olup olmadığı, yargılanılan suçun niteliği, örgütlü suç veya kompleks suç olup olmadığı, sanıkların sayısı, bir arada değerlendirilerek başvuruçunun hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirleneceği düşünülmektedir.

6- Suç ve Cezaların Kanuniliği; Anayasa'nın 15/2. maddesinde masumiyet ilkesi düzenlenmiştir. Hakkında suç iddiası bulunan kişinin, adil bir yargılanma sonucunda suçluluğu mahkemenin mahkûmiyet kararı ile saptanıncaya kadar, masum sayılacağı öngörülmektedir.

Doğal afetler ve savaş hukukuna uygun fiiller nedeniyle oluşan ölümler dışında hiçbir kimsenin yaşama hakkına, maddi manevi bütünlüğüne müdahale edilemeyeceği, düzenlenmiştir. Suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği ilkesi ya da ceza kanunlarının geçmişe uygulanmaması kuralı, suç ve cezanın kanuniliği ilkesi ile bağlantılı bir kuraldır. Bir fiilin suç olarak kabul edilmesi ve cezalandırılabilmesi için, söz konusu fiilin ve o fiil için verilecek cezanın açıkça kanunda gösterilmesinin yanında, bu kanunun fiilin işlenmesinden önce yürürlükte olması aranmaktadır. Lehe olan kanunun geçmişe uygulanması ilkesi ceza kanunlarının geçmişe uygulanması yasağının bir istisnasıdır. Bu istisna Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasının 2. cümlesinde "*kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş cezadan daha ağır bir ceza verilemez*" şeklinde zımnen düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu maddesi açıkça sonradan yürürlüğe giren ve sanığın lehine olan kanunun uygulanması gerektiğini düzenlememektedir. Bununla beraber bu durumu da yasaklamamaktadır.³⁹ Böylelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 7. maddesinde suçun işlendiği zamanda yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun arasında sonuçları farklı ise sanığın lehine olan kanunun uygulanıp infaz edileceği düzenlenmiştir.

AİHS'in 7. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi öngörülerek keyfi yargılama yapılmasını, haksız mahkûm etmelerin ve cezalandırmaların önlenmesi amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi kapsamı-

³⁹ Beytullah, Özer, "1982 Anayasası'nda suç ve cezalara ilişkin esaslar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bölümler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Anayasa Hukuku Bölümü, Ankara, 2008, s.42.

na, yazılı olmayan hukuk, içtihat hukuku da girmektedir.⁴⁰ Söz konusu hukukta aranan koşul; öngörülebilir ve ulaşılabilir olmasıdır.⁴¹

7- Özel Yaşama, Aile Yaşantısına, Konut ve Haberleşme Özgürlüğüne Saygı: Özel hayatın gizliliği kavramının tanımlarındaki ortak hususun “başkalarınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar” olduğu görülmektedir.⁴²

Anayasa'nın 20. maddesi ile kişinin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı düzenlenmiştir. Özel hayat; bireyin kişiliğini geliştirip özgürce yaşayabileceği, diğer insanlarla ve dünya ile iletişim kurabileceği alandır. Aile hayatı, kişinin yakınları ile hayatını paylaştığı, devletin müdahale edemeyeceği kişilere özgü olan alandır.

Anayasa'nın 21. maddesinde hiç kimsenin konutuna dokunulamayacağı, belirtilen sınırlama durumları oluştuğunda konut gibi özel bir yere girilebilmesi için hakim kararının gerekli olduğu vurgulanmıştır. Konut, kişinin özel hayatını ve aile hayatını yaşadığı sınırlı fiziki mekandır. Bu maddede özel sınırlama sebepleri olarak millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması, kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması halinde konut dokunulmazlığı hakkının sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesi gereğince gecikmesinde sakınca bulunan hallerde örneğin delillerin gizlenip, değiştirilme, karartma şüphesi var ise, öncelikle Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile, Cumhuriyet Savcısı'na ulaşamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri üzerine kolluk görevlilerince arama yapılır ve bu durum derhal ilgili Cumhuriyet Savcısı'na bildirilir. Anayasa koyucu, konut dokunulmazlığına verdiği önemi göstermek ve bu hakkı bir suçun aydınlatılmasına dair adlî işlemler sürecinde teminat altına

⁴⁰ Avrupa Konseyini oluşturan 47 ülkenin hukuk sistemleri birbirinden farklıdır. Bu nedenle kanunilik ilkesini şekli anlamda anlamamak gerekir.

⁴¹ Yasemin, Özdek, “İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye”, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004. s. 218.

⁴² Ersan, Şen, “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. İstanbul, 1996, s.7.

almak için hakim kararını esas almıştır. Adli işlemlerdeki kamu yararı ile konut dokunulmazlığı hakkındaki kişinin özel alanına girme arasında dengeyi, hakim gerekçeli kararıyla kuracaktır.

Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyeti düzenlenmiştir. Haberleşme hürriyetine herkesin sahip olduğu ve bu hürriyetin gizliliğinin esas olduğu, yapılacak müdahale için hakim kararının olması ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 20., 21. ve 22. maddelerinde düzenlenen haklara müdahalenin gerekçesini ve müdahalenin yapılma usulünü, 13. maddede ise temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlığı altında müdahalede uyulması gereken hususlar düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesinde⁴³ düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanabileceği durumları tek tek anayasa koyucu saymıştır.

Türk Hukuku'nda özel hayatın gizliliği ve korunmasına dair kanun düzeyinde özel hukuk alanında Türk Medeni Kanunu'nda, Borçlar Kanunu'nda düzenlemeler vardır. Özel hayatın kamu hukukunda korunmasına yönelik, 5237 sayılı Kanun ve 5271 sayılı Kanun'da düzenlemeler mevcuttur.⁴⁴

AİHS'in 8. maddesinde⁴⁵ düzenlenen bu hakka ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyla ilgili olarak verdiği kararlarında, kişinin bedeni ve sosyal kimliğini, ismini, vücut bütünlüğü ve manevi bütünlüğünü, şahsi bilgilerini, şahsına özgü alanını, iş ilişkilerini, dış dün-

⁴³ Bkz. Anayasa'nın 26. maddesine, <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23., 24., 25., 26. ve 27. maddelerine, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine, 5237 sayılı TCK'nun 132 ile 140. maddeler arasındaki düzenlemeler, 5271 sayılı CMK'nun 75 ile 82. maddeler arasındaki düzenlemeler, 116 ile 134. maddeler arasındaki düzenlemeler, 135 ile 140. maddeler arasındaki düzenlemeler, v.b. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>, sitesinden ulaşılabilir.

⁴⁵ Bkz. AİHS'nin 8. maddesi şöyledir:

“Özel hayatın ve aile hayatının korunması

1. Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, âmme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64>

yada diğer insanlarla ilişki kurup geliştirmesini, kişiliğinin gelişmesini ve moral gelişimini, sosyal faaliyetlerini, özel hayatına ilişkin bilgilerin açıklanmasını “özel hayat” kavramı kapsamında değerlendirmektedir.⁴⁶

8- Düşünce, İfade, Din ve Vicdan Hürriyeti Anayasa'nın 25. maddesi ile kimsenin düşüncesini açıklamaya zorlanamayacağı düzenlenmiştir. Düşüncenin hiçbir sınır olmadan edinilebilmesi, kişinin düşüncesini geliştirilebilmesi ve düşüncesinden dolayı kınanmaması bu özgürlüğün özüdür. Düşünce, insanı diğer canlılardan ayıran ve salt insana has özelliktir. Descartes “*düşünüyorum o halde varım*” diyerek insan ile düşünce arasındaki olmazsa olmaz ilişkiyi ifade etmiştir.⁴⁷ Anayasa'nın 25. maddesi ve 15/2. maddesinde düşünce ve ifade hürriyeti düzenlenmiştir.

“Vicdan” kavramının lügat anlamı; “*kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç*”⁴⁸ olarak tanımlanmıştır. Anayasa'nın 24. maddesinde “*Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.*” cümleleri ile; herkesin inanma özgürlüğünün varlığı kadar inanmama özgürlüğünün varlığı da anayasal teminat altına alınmaktadır.

Dinin açığa vurulması konusunda Anayasa'nın 14. maddesindeki sınırlar öngörülmüştür. Ayrıca din özgürlüğünün devleti ve milleti bölmek veya insan haklarına dayanan, demokratik, laik cumhuriyeti ortadan kaldırmak hedefi ile kullanılamayacağı vurgulanmıştır.

AHİS'in 9. maddesinin ilk fıkrasında herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu, din ve inancını değiştirme özgürlüğüne de sahip olduğunu, din ve inancını açığa vurma özgürlüğünü, bu hak kapsamında düzenlemiştir. Buradaki “*din ve inancı açığa vurma özgürlüğünü*” kişinin inancı nedeniyle davranışlarının dış dünyada algılanabilmesi, dışa vurması (toplu ibadet yapma, ayin yapma, uygulama ve öğretim vb) olarak anlamak gerekmektedir. İnancını söz ile ifade etmesi, Sözleşme'de yer alan diğer haklar kapsamına girebilecektir.

⁴⁶ Sultan, Üzeltürt, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, 2004, İstanbul, s. 171.

⁴⁷ Niyazi M., Öktem, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, İstanbul, 1977, s.56-57.

⁴⁸ Bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/sitesinden> alınmıştır.28.11.2012

İfade özgürlüğü, özel hayata ve aile hayatına saygı, toplantı ve dernek özgürlüğü, vs.

Anılan maddenin ikinci fıkrası, din ve inancı açıklama özgürlüğünün bazı sebeplerle sınırlandırılmasını izin vermektedir: Kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlak ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

9- Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti: Düşünceyi ifade hürriyeti, kişinin bilgiyi, fikri, haberi ulaşma, alma, araştırma, öğrenme, özgürlüğünü sahip olması ile başlayarak, kendi düşüncesini oluşturup, geliştirebilmesi ile devam eden süreçtir. Birey sahip olduğu düşünce nedeniyle dışlanma, horlanma veya tehdit görme kaygısını yaşamamalıdır. İfade özgürlüğünün kullanılmasında bilginin doğru olup olmadığı, içeriği önemli değildir. Açıklanan her türlü fikir nerede ve nasıl açıklanmış olursa olsun bu hürriyetin, koruma alanına girmektedir.⁴⁹ İnancını ve düşüncelerini açıklamaya zorlanmaması güvencesinin sağlanması, hedeflenmiştir.

Bir sonraki aşama fikirlerini her türlü, salt söz ve yazı ile değil, sembolle, sanatla dış dünyaya açıklama ve yayma hürriyetidir. Anayasa koyucu bu özgürlüğü, genel olarak Anayasa'nın 26. maddesinde "*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" başlığı altında tanımlamıştır. Anayasa'da düzenlenen bilim ve sanat hürriyeti, basın ve yayınla ilgili düzenlemeler, radyo ve televizyon yayıncılığına ilişkin düzenlemeler, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin farklı boyutlardaki görünümüdür.

Sözleşme'nin 10. maddesinin ilk fıkrasında "*herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Bu özgürlük demokratik toplumun olmazsa olmaz koşuludur. Herkes kavramının içinde tüzel kişiler, insan toplulukları, devlet dışı her türlü teşekkül girmektedir.⁵⁰ AİHM. bu özgürlüğü oldukça geniş yorumlamaktadır. Yazılı basın, radyo, TV., sinema gibi ifade araçları bu madde kapsamındadır. İfadenin politik, ticari, sanatsal görünümleri de bu alana dahildir. Örneğin AİHM, düşüncenin yayılma araçlarına yapılacak kısıtlamayı da, dolaylı olarak düşünceyi ifade hürriyetine müdahale kabul etmektedir.⁵¹

⁴⁹ Bedri, Eryılmaz, "Avrupa İnsan Haklarına Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku, İfade Özgürlüğü ve Türkiye", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 58, S:2001/1, s. 253.

⁵⁰ Gölcüklü/Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi, Ankara 1998, s. 318.

⁵¹ Bkz. AİHM'nin Öztürk. Türkiye; 28.9.1999 tarihli kararın Türkçe çevirisi için Yargı Mevzuatı Bülteni, 20.9.2000, S. 122, s.25.

İkinci fıkrasında bu özgürlüğün sınırlanabileceği durumları saymıştır. Bunlar; ulusal güvenliğin sağlanması, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan sınırlamaların yapılabileceğini öngörmektedir. Devletlere tanınan sınırlama hakkı sınırsız değil, ilkeleri vardır. Demokratik toplumda hukuk tarafından yapılması zorunlu olan bir sınırlama olmalı, ve bu sınırlar demokratik toplumda hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olmalıdır.⁵²

10- Örgütlenme ve Toplantı Özgürlüğü: Anayasa genel bir örgütlenme özgürlüğü tanımlamaktan ziyade farklı maddelerinde çeşitli örgütlenme biçimlerini tanımlayan ve güvenceye bağlayan hükümler içermektedir. Dernek ve vakıflar 33. maddede, sendika kurma hakkı⁵³ ve siyasi partiler ise 68. ve 69. maddelerde düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 33/1. maddesinde herkesin izin almadan dernek kurabileceği, üye olabileceği veya üyelikten ayrılabilmesi düzenlenmiştir. Öte yandan altıncı fıkrası "*Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensupları ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurları*" bakımından maddenin ilk fıkrasında düzenlenen haklara sınırlamalar getirilmesine izin vermektedir. Anayasa'nın 34. maddesinde, herkese tanındığı toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını düzenlemektedir. Bu konuda sözleşme ile Anayasa arasında fark yoktur.

AİHS.'in 11. maddesinin birinci fıkrası herkese toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü vermekte ve bu özgürlük kapsamında özel olarak sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı güvence altına alınmaktadır. İkinci fıkrasında, bu özgürlüğün sınırlanabileceği durumlar yani meşru amaçlar düzenlenmiştir. Bunlar ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

⁵² Bkz. AİHM'nin Gerger. Türkiye; 8.7.1999 tarihli kararın Türkçe çevirisi için Yargı Mevzuatı Bülteni, 24.10.2000, S. 125, s.51.

⁵³ Gölcüklü/Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara 1998, s. 318.

Bu özgürlüğe yapılacak müdahalelerin “*hukuken öngörülmüş*” olmasını, AİHM aramaktadır.⁵⁴ “*Hukuken öngörülmüş*” olma söz konusu müdahale veya tedbirin iç hukukta yasal alt yapısının olması, aynı zamanda ilgili hukuk kuralının kişiler için ulaşılabilir nitelikte olması ve ilgili kurula uyulmamasının sonuçlarının öngörülebilir durumda olması, gerekmektedir. Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü, sayılan sınırlama sebepleri nedeniyle demokratik toplumda gereklilik koşullarına uygun olarak müdahale edildiğinde, AİHM ölçülülük ilkesini olaya uygulamaktadır. Sınırlama sebebi ile getirilen müdahale arasında ölçülülük tespiti yapılmaktadır.⁵⁵ Yani takip edilen meşru amaçla getirilen kısıtlama arasında bir oran olup olmadığına bakılmaktadır.

AİHM söz konusu ilkeleri uygulayarak, kişilerin ortak çıkarlarını koruyup geliştirmede araç olarak kullandıkları örgütlerin, demokratik ve gelişmiş sivil toplumun olmazsa olmaz unsurlarından olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca örgütlenme ve toplantı özgürlüğünün Sözleşme’nin 9. maddesi ile düzenlenen düşünce, vicdan, din özgürlüğü ve 10. maddesi ile düzenlenen ifade özgürlüğü ile birlikte yorumlanması gerektiğini, çünkü bu maddelerin özü itibarıyla şahsi düşüncenin korunması ortak amacına hizmet ettiği görüşündedir.⁵⁶

AİHS ile Anayasa’nın örgütlenme ve toplantı özgürlüğünde belirlediği sınırlama nedenleri, benzerlik göstermektedir. Sözleşme’nin 11/2. maddesi; Anayasa’nın 33/3. maddesi dernekler ve vakıflar hakkında, 51/2. ve 51/5. maddesi sendikalar hakkında, özel sınırlama nedenleri ile birlikte, 34/2. maddesini toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkında birlikte karşılaştırıldığında Anayasa’nın Sözleşmeye göre bu özgürlük için daha ayrıntılı ve geniş kapsamlı sınırlama nedenleri düzenlediği anlaşılmaktadır. Bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda; ayrıntılı geniş kapsamlı anayasal düzenlemeyi Sözleşmede teminat altına alınan hak ve özgürlüklerin korunma düzeyini azaltmayarak ve uyumlu yorumlayarak karar vermesi beklenmektedir.

⁵⁴ Rekvenyi V. Hungary - : Başvuru No: 25390/94, .6.2005 tarihli karar, www.echr.coe.int sitesinden ulaşılabilir

⁵⁵ Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, Feyyaz, a.g.e, s. 379.

⁵⁶ Yasemin, Özdek, a.g.e., s. 259-260.

11- Mülkiyet Hakkı: Mülkiyet, kişi ile eşya arasındaki ilişkiden kaynaklanan, hukuk düzeni tarafından eşya üzerinde kurulmasına izin verilen, korunup düzenlenen, en geniş hakimiyet hakkıdır.⁵⁷ Kişi mülkiyet hakkına sahip olduğu eşyayı, kullanma, yararlanma, devretme, yok etme hakkına sahip olduğundan herkese karşı da bu hakkını ileri sürebilir. Aynı zamanda mutlak ve aynı bir haktır. Diğer tüm hakların mülkiyet hakkından türediği kabul edildiğinden hakların anası olarak adlandırılan⁵⁸ bu hak, temel hak ve özgürlükler içerisinde önemli bir yere sahiptir.

Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenlediği 35. maddesinde gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyet hakkı yanında miras hakkına da sahip olduğu, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi mülkiyet hakkının da içinde yer aldığı temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama sebeplerini düzenlemiştir.

Sözleşme'nin ek Birinci Protokol'ün ilk maddesinin birinci paragrafında, gerçek kişiler ve tüzel kişilerin sahip olduğu mülkiyet hakkını herkesin saygı duyması gerekliliğini, ifade etmektedir. Yani devletler sınırları içerisinde mülkiyet hakkının dokunulmazlığını sağlamak zorundadırlar. Anılan maddede, mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde uyulması gereken ilkeler de sayılmaktadır: Sınırlamanın kamu yararı meşru amacıyla yapılması, müdahalenin ulusal veya uluslararası hukuka uygun olması ve kamu yararı meşru amacı ile kullanılan aracın makul bir orantılılık ilişkisi içinde bulunması⁵⁹ ayrıca devlete, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını kontrol etme hakkını vermektedir.⁶⁰

Madenin ikinci paragrafında, devletlerin kamu yararı çerçevesinde egemenliklerinden kaynaklanan yetkilerini belirtmektedir. Bunlar "*mallar, vergiler, para cezaları ve diğer yükümlülükler*" dir. Bu düzenleme-

⁵⁷ Fikret, Eren, *Mülkiyet Kavramı*, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF Yayınları, No.351, Ankara 1974, s.766

⁵⁸ Şeref, Ertaş, (2006) "*Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu*", Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 135

⁵⁹ Bu ilke, AİHM içtihadı ile kabul edilmiştir

⁶⁰ Musa, Sağlam, *Bireysel Başvurusu Konusu Haklar, (1982 Anayasası ve 6216 Sayılı Kanun Çerçevesinde)*, s. 48.

den ayrıcalığı ifade eden kavramların da, mülkiyet hakkının unsurları arasında olduğu anlaşılmaktadır.

Taşınır ve taşınmaz mallar ile alacaklar, parasal olan somut veya soyut her türlü değer mal mülk kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Soyut parasal değer kavramını açıklamakta fayda mülhaza edilmektedir. Soyut parasal değer mal olarak kabul edilmesinin şartı, meşru beklenti olarak tezahürünün olmasıdır. Meşru beklentinin gelecekte mevcut olacağı konusunda kişisel bir ümide değil, somut nitelikte kanun maddesine veya yargı kararı gibi bir hukuki belgeye dayanması aranmaktadır. Örneğin bir işletmenin müşteri çevresi, günlük hayatta sıkça kullanılan taksitli satışlar mülkiyet hakkının kazanılmasında meşru beklentiyi oluşturur. Birikimler, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Parasal değerlerin ulusal mevzuata uygun elde edilmiş olması gerekmektedir. AİHM, hukuka aykırı elde edilmiş parasal değerleri, “*hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi*” uyarınca Sözleşme kapsamında görmemektedir.⁶¹ Vergiler, para cezaları da mülkiyet hakkına konu kabul edilmektedir.⁶² Enerji ve doğal güçler, fikri ve sınaî mülkiyet hakları, bitkiler, tazminatlar, alacak hakları da mülkiyet hakkına konu olabilmektedir. Mülkiyet hakkı kavramını yukarıda ifade edildiği gibi geniş yorumlayan AİHM, korumanın boyutlarını konusunda aynı yaklaşımı göstermemiştir. Korumanın edilmiş mallara yönelik olduğu, gelecekteki beklentileri kapsamadığı, verilen kararlardan çıkarılan sonuçtur.

Mülkiyet hakkından yoksun bırakma, kullanımının sınırlandırılması ve hakkın özü bakımından yapılan müdahaleler, mülkiyet hakkının ihlal şekilleridir. Mülkiyet hakkına müdahaleyi, salt kamu

⁶¹ Bkz. Phillips-Birleşik Krallık davası: Başvuru No: 41087/98, 5 Temmuz 2001, kararında uyuşturucu satan kişinin mallarının müsadere edilmesini mülkiyet hakkının ihlali olarak görmemiştir. Özellikle parag. 35 ve 53. www.echr.coe.int sitesinden ulaşılabılır.

⁶² Akkuş /Türkiye, Başvuru No: 19263/92, Karar Tarihi: 23.10.1997, kararında özetle; arazisinin kamulaştırma bedeli düşük tutulduğu iddiasıyla başvurunun Asliye Hukuk Mahkemesi’nde dava açtığı, kamulaştırma tarihinden itibaren işletilecek %30 faiz oranı ile ek bir bedel ödenmesine mahkemece karar verildiği, kararın temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay’ın onama kararından 17 ay sonra kendisine ödeme yapıldığından; AİHM, devletin kendi alacaklarına %84 oranında faiz uygularken, yıllık enflasyon oranının %70 olduğu bir durumda, kamulaştırma bedelinin %30 temerrüt faizi ile ödenmesi kararı sonucunda oluşan durumu, mülkiyet hakkının ihlali kabul etmiştir. www.echr.coe.int sitesinden ulaşılabılır.

organları tarafından yapılması gerekmemektedir. Bireyler arasındaki uyumsuzlukların çözümünde uygulanan hukuka aykırılıklar veya çözümsüzlüğün kurumsallaştırılması gibi durumlar, kamusal güçlerin işleyişiyle doğrudan bağlantılı olduğundan; bireylerin oluşan zararlarının tazmini için fatura, devlete gönderilmektedir.

Sözleşme'nin 6. maddesinde “*medeni hak ve vecibelerle ilgili bir niza*” kavramı düzenlendiği için, AİHM mülkiyet hakkını içeren başvuruda aynı zamanda adil yargılanma ilkesini de uygulamaktadır. Mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla başvurucu, AİHM'e gelmeden önce iddiasını yetkili ulusal bir makama başvurma olanağından yoksun bırakılmışsa, Sözleşme'nin 13.maddesinin ihlali olup olmadığı değerlendirilmektedir. Ya da başvurucu ile emsal davalarda ulusal makamlar tarafından herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmış ise; 14. madde de düzenlenen “*Ayrımcılık Yasağı*” uygulanabilmektedir.

Bireysel başvuru kapsamında; Anayasa'nın 35. maddesi ile örneğin kamulaştırmayı düzenleyen Anayasa'nın 46. maddesi ve mülkiyet hakkı ihlali iddiasında yargılamanın uzunluğu noktasında adil yargılanma hakkı birlikte değerlendirilmesi beklenmektedir.

12- Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi: Eğitim hakkı, insanı öne çıkaran, insana değer veren, insanın şahsiyetine, yeteneklerine, onuruna saygıyı bütünleştiren, bireysel, sosyal ve kültürel bir haktır.⁶³ Eğitim hakkı evrensel, temel insan hakkı olarak kabul edilmiş olup, devletler bu hakkı kendi koşullarına uygun anayasalarında ve yasalarında düzenlemişlerdir.

Anayasa'nın 42. maddesinde hiç kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacağı belirlenerek, din, dil, ırk, cinsiyet ayrımı yapılmadan her ortamdan gelen bireylerin bu hakka sahip olduğu anayasal teminat altına alınmıştır. İlköğretimin tüm vatandaşlar için zorunlu olduğu, eğitim ve öğretimin “*Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre ...*” yapılacağı ve milletlerarası antlaşmalar saklı kalmak şartıyla “*Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez*” ilkeleri düzenlenmiştir. Anayasa'nın 24/4.

⁶³ Mevlani, Ulusoy, *Eğitimin Anayasal ve Yasal Temelleri*, <http://www.amatorce.edebiyat.com/eser.asap?id=15368,2.12.2012>

maddesinde “*Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır*” denilerek, bu ders kişilerin tercihine bırakılmamıştır. Yoksul, başarılı öğrencileri burs veya başka yollarla destekleme, özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak hale gelmeleri için gerekli tedbirleri alma ödevi, devlete yüklenmiştir.

Sözleşmenin Birinci Protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkında; hakkın içeriği ve unsurları belirlenmemiş, devlete çocukların eğitim ve öğretiminde ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına uygunluğu sağlama görevi verilmiştir.⁶⁴ Devletin dini felsefi inançlara aykırı olacak şekilde eğitim vermesi yasaklanmıştır.⁶⁵ Maddenin birinci cümlesi tek başına ele alındığında devletleri özel okulları destekleme ve desteklememe konusunda özgür bıraktığı anlaşılmaktadır.⁶⁶

Bireysel başvuru kapsamında yer alan eğitim hakkı; Anayasa’nın 42., 24/4. ve 174. maddeleri ile birlikte değerlendirilerek Anayasa Mahkemesince karar verileceği, anayasal düzenleme ile Sözleşme arasında çatışma olmadığı görülmektedir.

13- Serbest seçim hakkı: AİHS’in Ek Protokolü’nün 3. maddesinde; devletlere, Yasama organlarını oluşturmak için “*serbest seçim*” yapma görevi verilmiştir. “*Serbest seçim*” kavramı; seçmenin belli taraf lehine oy kullanmak zorunda bırakılmamasıdır. Seçimler, herkesin düşüncelerini özgürce açıklayabileceği koşullarda, makul aralıklarla, gizli oyla yapılır. Halkın düşüncelerini özgürce ifade etmesinin güvence altına alındığı koşulları öngören madde; açıkça belirtilmemiş ise de,

⁶⁴ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, Başvuru No: 1448/04, Karar Tarihi 9.10.2007, kararında özetle; Türkiye’de zorunlu olarak okutulan din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin içeriği nedeniyle, alevi olduğunu söyleyen vatandaşımızın çocuğunun bu dersten muaf olması talebini, iç hukuk yollarını tüketerek AİHM’e başvurmuştur. Türk eğitim sisteminde ailelerin inancını saygıyı garantileyen uygulamalar irdelendiğinde, okul yönetiminin muaf tutulma isteğini her zaman geri çevirme yetkisinin olduğu, okutulan ders kitabının içeriği itibarıyla Sünni mezhebe göre hazırlandığından, farklı mezhebe mensup ailenin çocuğunun inancı arasında çatışma olabileceği değerlendirilerek eğitim hakkının ihlaline karar verilmiştir.

⁶⁵ Kjeldsen Busk Madsen ve Pedersen-Danimarka, Başvuru No: 5095/71, , Karar Tarihi 7/12/1976, bkz. Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, cilt 1, 2004, s. 181.

⁶⁶ Osman, Doğru, Çeviri, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, cilt 1, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1998, s. 36-46; Aktaran Mesut Gülmez; Eğitim ve ‘İnsan Hakları Eğitimi’ Hakları; İnsan Hakları; Cogito; Yapı Kredi Yayınları; 1. Baskı; İstanbul: Aralık 2000; s. 320.

ifade özgürlüğü yanında tüm vatandaşların seçme ve seçilme haklarını kullanırken “eşit muamele görme” ilkesini de içermektedir.⁶⁷

Sözleşme bireylere oy hakkı ve seçimlerde aday olma hakkı gibi, sübjektif haklar tanımıştır. Sözleşmeye taraf devlet iç hukuk sisteminde oy kullanma yaşı, aday olma yaşı gibi sübjektif hakları sınırlandırabilir, marjinal takdir hakkı⁶⁸ vardır. Anayasa'nın 67/3-5. maddesinde; on sekiz yaşını doldurmayanların, silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrencilerin, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacakları düzenlenmiştir. Bu bağlamda Türkiye Devleti marjinal

takdir hakkını kullanarak oy kullanma hakkını sınırlandırmıştır. Sözleşmeci devletler iç hukuklarında seçimlerin hangi aralıklarla yapılacağını, seçim sistemini ve seçimlerde uygulanacak barajları, belirleme hak ve yetkisine sahiptirler. Bu hak ve yetkinin sınırı; hakkın özüne dokunmama, sınırlandırmanın meşru amaca yönelik olması, müdahale için kullanılan araçların amaçla orantılı olmasıdır.

Anayasa'nın 67. maddesinde vatandaşların oy hakkı, seçimlerde aday olma hakkı ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile seçimlerde uygulanacak ilkeler düzenlenmiştir:

Sözleşme seçme ve seçilme hakkını, makul süre ile seçim yapılma esaslarını tek madde ile düzenlediği, Anayasa'nın 76. maddesinde ise Yasama organına milletvekili seçilme yeterliliğinin düzenlendiği, Sözleşme'de “makul aralıklarla” seçim yapılma esasına karşılık Anayasa'nın 77. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin seçim dönemi düzenlenmiştir. Seçimlerin olmazsa olmazı partiler ilişkin mevzuatın uygulanmasından kaynaklanan ihlal iddiaları, bireysel başvuru kapsamında olduğu düşünülmektedir. Serbest seçim hakkına

⁶⁷ Aziz-Kıbrıs, Başvuru No: 69949/01, Karar Tarihi: 22.6.2004, kararında özetle; Güney Kıbrıs'ta yaşayan Kıbrıs Türk'ü İbrahim Aziz'e seçimlerde oy kullandırılmamasını, eşit muamele görme ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bkz. ECtHR, Case of Aziz v. Cyprus.

⁶⁸ Kıta Avrupa Hukuku'ndan faydalanarak geliştirilen bir kurumdur. AİHM bu kavramı geliştirerek esneklik sağlamıştır. Günlük hayatta insan ve toplumla doğrudan muhatap olan kurumlarda, ulusal makamlara tanındığı takdir hakkıdır. Marjinal takdir hakkının uygulandığı alanlarda Ortak Avrupa Standardı belirlenmemiştir, diyebiliriz. Örneğin dinle ilgili durumlar, kürtaj gibi her ülkede farklı yorumlanan kurumlarda uygulanmaktadır.

ilişkin bireysel başvurularda; ifade ve örgütlenme özgürlüğü kurumlarının bir arada değerlendirilmesinin söz konusu hak ve özgürlüklerin amacına ve ruhuna uygun olduğu düşünülmektedir. Milletvekili seçilme kriterleri, seçim sistemi gibi düzenlemeler AİHM’nce Türkiye Devleti’nin marjinal takdir hakkı içinde değerlendirilse de; Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda hak ve özgürlükleri, üstün norm olan Anayasayı yorumlayarak koruyabileceği unutulmamalıdır.

14- Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması (Etkili başvuru hakkı): Sözleşme’nin 13. maddesi, taraf devletlerin Sözleşme’deki haklarından birinin ihlali iddiasını dile getiren kişinin, iç hukukta hak ihlalini ve sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte bir başvuru yoluna sahip olmasını anlatır. İç hukuktaki bu yolun etkili kabul edilebilmesi için hem teori hem de uygulamada etkili, yeterli ve ulaşılabilir olması gerekir.

Diğer yandan bu madde “*Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes*” ibaresine yer vererek hakkın kapsamını, AİHS’de güvenceye alınan haklarla sınırlı tutmaktadır. Ayrıca AİHS koruma sisteminin ulusal otoriteler karşısında ikincil niteliğinin sonucu olarak kabul edilen iç hukuk yolunun mutlaka yargısal olması gerekmemektedir. Etkili kabul edilmesi için önemli olan o yolun teorik ve hayali olmaması gerçekten mevcut olması, yani sonuç doğurucu nitelikte olmasıdır.

Sözleşmeye göre daha geniş bir hak ve özgürlükler listesi ortaya koyan Anayasa ise 40. maddesinde “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes*” e ilgili makama başvuru hakkının verilmesini, devletin işlemlerinde onlara karşı gidilebilecek hukuk yollarını göstermesini ve devletin verdiği zararı karşılama yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Bireysel başvuru hakkının kapsamını belirlerken her iki metnin çakıştığı noktaların dikkate alınması gerektiğine göre etkili başvuru hakkı ihlali iddiaları, Sözleşme’deki haklarla sınırlı olarak yapıldığı takdirde mi dikkate alınabilecektir? Anayasa’nın bireysel başvuru kurumunu düzenleyen 148/3. maddesinde herkesin “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin” ihlali halinde başvuru yapabileceği belirlenmiştir.

Etkili başvuru hakkı, ileri sürülen ihlale ilişkin yeterli bir çare oluşturabilmesi yani ihlalin meydana gelmesini veya devam etmesini önleyebilmesi yada başvuruçunun ihlal karşısında tatmin sağlama yetkisine sahip olması gerekir.⁶⁹

15- Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Anayasa'nın Genel Esaslar başlıklı Birinci Kısımın 10. maddesinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Eşitlik ilkesinin yorumunu Anayasa Mahkemesi pek çok kararında⁷⁰ yapmıştır. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilke, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlarda bulunanlara aynı, ayrı hukuksal durumlarda bulunanlara ayrı kurallar uygulanırsa, Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı kuralından maksat bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma durumunda hiçbir ayrımcılık yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Yedinci Protokolün 5. maddesinde eşler arasında eşitlik olarak, Onikinci Protokolün 1. maddesi ile bu Protokole taraf olan bir devletin iç hukukunda tanıdığı bütün haklar bakımından ayrımcılığı yasaklayan genel bir kural olarak düzenlenmiştir. Oysa Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin kapsamı çok daha geniştir ve mevzuatta yer alan bütün haklar bakımından eşit olmayan işlemleri yasakladığı anlaşılmaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin korunması başlığı altında Anayasa'nın 40. maddesinde olduğu gibi 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin kapsamı Sözleşmeye göre geniş düzenlenmiştir. Anayasa'nın bireysel başvuruyu düzenleyen maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından henüz Yedinci ve Onikinci Protokoller onaylanmadığından Sözleşmenin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı kuralı genel çerçeveyi belirleyecektir.

⁶⁹ Özcan, Özbey, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2. Baskı; Ankara 2013, s.303.

⁷⁰ AnayasaMahkemesi,E.2009/47,K.2011/51,17/3/2011,http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage_karar&ref=show&action=search&id=24

SONUÇ

Hukukun üstünlüğü, kamu yararı, orantılılık, silahların eşitliği gibi insan hakları bakımından önemli olan bu gibi kavramlara kazandırdığı anlam ve belirlediği standartlar ile AİHM'in içtihatlarının, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin hukuk dünyalarında oluşturduğu etki önem arz etmektedir.⁷¹ Bireysel başvuru kurumunun uygulanmaya başlandığı 23 Eylül 2012 tarihinden sonra ise, Türk Hukuk dünyasında evrensel ilkelerin yorumunu, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında AİHM'nin belirlediği asgari düzeye paralel veya bir adım ötesine giderek daha ileri bir koruma arzusunu Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirmesi beklenmektedir.

Anayasal içtihat oluşturma konusunda en yetkin olan Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin ihlalleri hakkında vereceği kararlar ile ülke içinde hukukun objektifleştirilmesine yani belirlilik kazandırma, tereddütlerden arındırma işlevi istikrar kazandıkça kamunun tüm organlarına yol gösterme ve hukuk güvenliğini sağlama rolü tartışılmaz olacaktır.

Ülkemizin Yargı dünyasında yaşanan, yapısal sorunları oluşturan yoğun iş yükü ve sık aralıklarla yapılan mevzuat değişiklikleri, uygulayıcıların AİHM'nin içtihatlarından haberdar olmayışları ve hatalı yorumları aynı zamanda AİHM'in verdiği ihlal kararlarının sebebinin oluşturmaktadır. Ancak yapılan yasal düzenlemeler, bireysel başvuru kurumunun yürürlüğe girmeden önce ve halen aralıklarla devam eden bilgilendirme seminerleri, sempozyumlar, uygulayıcıların eğitilmesine yönelik büyük adımlardır.

Üniversitelerin bilimsel toplantıları ve yayınları, akademik çalışmalarını ile yapacakları teorik destek, yargı organlarının kendi görev alanları ile ilgili karşılaştıkları sorunlar ve çözüm önerilerini içeren yapıcı diyaloglar, baroların, insan hakları örgütleri gibi sivil toplum kuruluşlarının bilgilendirilme çalışmaları, bireysel başvuru kurumunun toplumda anlaşılmasını sağlar iken ihlale neden olan işlem ve eylemlerin azalmasını sonucunu oluşturacaktır.

⁷¹ Özcan, Özbey, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 3. Baskı, 2008, Önsöz.

Bireysel başvuruyu başarılı uygulayan ülkelerin Anayasa Mahkemeleri ile yapılacak müzakereler, AİHM'si ile yürütülecek işbirliği, dayanışma, güvene dayalı platform oluşturulması önemli görülmektedir.

Türkiye AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini 1987'de kabul etmiş olsa da, 23.9.2012 tarihinden sonra bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınması ile, başta yargı mensupları olmak üzere tüm kamu otoritelerini Anayasa'ya ve Sözleşme'ye uygun davranmayı teşvik ederek zorlayacağı değerlendirilmektedir.⁷²

KAYNAKLAR

- A.Feyyaz, Gölcüklü, A.Seref, Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2003, s. 221.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*
- APT, The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar, Cenevre, APT, 2003 ve Rodley, Nigel, he Treatment of Prisoners under International Law,, Oxford Uni. 1999, s. 75-107.
- Av. Sadak, Murat, Mağdurun Kanun Yollarına Başvuru Hakkı, s.15
- Bahadır, Kılınç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008, s.23.
- Baki Kuru 1 Ramazan Arslan 1 Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, ders kitabı, Ankara 1986, s. 458.
- Bedri, Eryılmaz, "Avrupa İnsan Haklarına Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku, İfade Özgürlüğü ve Türkiye ", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 58, S:2001/1, s. 253.
- Beytullah, Özer, "1982 Anayasası'nda suç ve cezalara ilişkin esaslar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bölümler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Anayasa Hukuku Bölümü, Ankara, 2008, s.42.
- Doğru, Osman, Çeviri, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, cilt 1, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1998, s. 36-46; Aktaran Mesut Gülmez; Eğitim ve 'İnsan Hakları Eğitimi' Hakları; İnsan Hakları; Cogito; Yapı Kredi Yayınları; 1. Baskı; İstanbul: Aralık 2000; s. 320
- Dr. Musa, Sağlam, Bireysel Başvurusu Konusu Haklar, (1982 Anayasası ve 6216 Sayılı Kanun Çerçevesinde), s. 48.

⁷² Özcan, Özbey, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2012, S.11, s.43.

- Ersan, Şen, "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. İstanbul, 1996, s.7.
- Feyyaz, Gölcüklü, "Yargılama Makamları Önünde Makul Süre", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs-Eylül 1991, C:I, S:2-3.
- Fikret, EREN, Mülkiyet Kavramı, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF Yayınları, No.351, Ankara 1974, s.766
- Gölcüklü/Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara 1998, s. 318.
- Hakan Atasoy, Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu, Türkiye Adalet Akademisi, S.9, s.96.
- Kjeldsen Busk Madsen ve Pedersen-Danimarka, Başvuru No: 5095/71, , Karar Tarihi 7/12/1976, bkz. Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, cilt 1, 2004, s. 181.
- M.Yavuz Sabuncu, Selin Esen Arnwine, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 21, s.230.
- Muhammet, Özkes, "Oyun Teorisi-Hukuk Uygulaması ve Adil Yargılanma Hakkı", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 14. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s. 82.
- Niyazi M., Öktem, Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul, 1977, s.56-57.
- Oktay, Uygun, Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Dizisi 3, Ankara, 1996, s. 9
- Osman, Doğru, ve Atilla, Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s. 14.
- Özcan, Özbey, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 3. Baskı, 2008, Önsöz.
- Özcan, Özbey, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2. Baskı; Ankara 2013, s.303.
- Serap Yazıcı, Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikâyeti-Konuşma, AİHM VE Türkiye II, Anayasa Şikâyeti ve AİHM, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 8, Ankara, 2010, s. 10
- Sultan, Üzeltürt, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, 2004, İstanbul, s. 171.
- Şeref, Ertaş, (2006) "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 135.
- Yargı Mevzuatı Bülteni, 20.9.2000, S. 122, s.25.
- Yasemin, Özdek, "İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye", TODAİE Yayınları, Ankara, 2004. s. 218.
- Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>
www.kpssshazirlik.net/.../109-turkiye-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi.

Türk Dil Kurumu sitesinden alınmıştır,<http://tdkterim.gov.tr/bts>
<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf>.
www.echr.coe.internet sitesinden ulaşılabilir
<http://www.kararara.com/yargitay/9cd/k2004.htm>
<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r046.htm>
<http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad1/68.pdf>. www.devrimaydin.com/docs/kanun_yollari.pdf,s.1.http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006_X_2_16.pdf,s.1.
<http://www.anayasa.gov.tr/>, http://www.ihd.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=2170:avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-ve-eki-protokollerde-yer-alan-haklar-ve-ozgurlukler&catid=47:makaleler&Itemid=125.
<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/sozlesmeler.htm>. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>.
<http://www.amatorceedebiyat.com/eser.asap?id=15368>

BAKANLAR HAKKINDA FEZLEKE PRATIĞI VE KAYDADEĞER BİR İÇTÜZÜK BOŞLUĞU

Şeref İBA*

Başbakan ve bakanlar hakkındaki görevsel suçlamalarda Meclis soruşturması mekanizması dışında başkaca bir araç bulunmamaktadır. Bakanlık göreviyle ilgili olmak şartıyla, en az 55 Milletvekilinin imzasıyla re'sen Meclis soruşturması önergesi hazırlanabilmesi her zaman mümkündür. Ancak, eski/yeni başbakan ve bakanlar hakkında yargı kuruluşlarınca ya da teftiş kurullarınca yürütölen soruşturma ve çalışmalarda bakanlık görevleriyle ilgili bir suç şüphesi halinde düzenlenecek fezlekenin milletvekillerinin bilgisine sunulması, mevcut içtüzük boşluğu sebebiyle geçmiş uygulamaların kaynaklık ettiği bir parlamento teamölü niteliğini kazanmıştır. Söz konusu uygulamayı açıklamak üzere, öncelikle yasama dilinde “fezleke” ile “milletvekili” ve “bakan dokunulmazlığı” kavramları arasındaki ilişkilere ana hatlarıyla işaret edilmesi gerekmektedir.

Yasama dilinde “fezleke”

Fezleke, bir yargı kararının ya da soruşturmanın özetine denir. İdari soruşturma kapsamında düzenlenen raporlara da fezleke adı verilmektedir. Yasama dilinde, “fezleke” daha çok milletvekillerinin suçlandıkları dosyalarla ilgili yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasını isteyen talepleri ifade eder.

Milletvekili dokunulmazlığı

Başbakanlık kanalıyla Meclise iletilen yasama dokunulmazlığının kaldırılması istemleriyle ilgili yürütölecek işlemlerde tereddüt yoktur.

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Faköltesi

Milletvekili dokunulmazlığı konusunda Başbakanlık ve TBMM aşamasında takip edilecek hukuki usuller, TBMM İçtüzüğünde kazuis-tik yöntemle düzenlenmiştir. Anayasanın “yasama dokunulmazlığı” başlıklı 83. Maddesi ile TBMM İçtüzüğünün “Yasama Dokunulmazlığı” başlığını taşıyan 9. Kısım Birinci Bölümde 131, 132, 133 ve 134. Maddelerde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu tip fezlekelerin gideceği yer, sırasıyla, Anayasa ve Adalet komisyonlarından kurulu “Karma Komisyon” ve Genel Kuruldur.

Parlamento dışından atanan bakanlar da milletvekili dokunulmazlığına sahip olmaktadır. Anayasanın 112. Maddesinin son fıkrasında geçen “*Bakan sıfatını taşıdıkları sürece milletvekillerinin tabi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar ve yasama dokunulmazlığına sahip bulunurlar.*” Hükmü gereğince, milletvekili sıfatına sahip olmayan bakanlar da, bakanlık sıfatını taşıdıkları müddetçe milletvekili dokunulmazlığı ayrıcalığına sahiptirler. Bununla birlikte, bakanlık görev alanıyla ilgili bir isnat söz konusu olunca yargılanabileceği mahkeme “Yüce Divan” olduğu için bununla ilgili özgün usulün devreye girmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle milletvekili olmayan bakanlar da dahil olmak üzere bütün hükümet üyeleri, milletvekili dokunulmazlığından faydalanmakta ve ilaveten “Meclis soruşturması” sayesinde “bakan dokunulmazlığı” diye ifade edilebilecek bir güvenceye de tabi olmaktadır. Şu halde, bakan dokunulmazlığı, milletvekili dokunulmazlığı ya da yasama dokunulmazlığını da içine alan daha geniş bir kavram olarak değerlendirilebilir.

Bakan Dokunulmazlığı

Başbakan ve bakanlar hakkındaki görevsel suçlamalarda, takip edilecek usul farklı ve özgün niteliklere sahiptir. Bu kapsamda yöneltilen suçlamalarla ilgili olarak Anayasanın 100. Maddesinde gayet detaylı bir şekilde düzenlenen “Meclis soruşturması” yolunun işletilmesi şarttır. 55 milletvekilinin ortaklaşa iradesiyle hazırlanacak Meclis soruşturması önergesi, eski ya da yeni başbakan/bakanlar hakkında göreviyle ilgili suçlama yapabilmeyen formel nitelik taşıyan tek yöntemidir.

En az 55 milletvekilinin imzasıyla sunulabilen Meclis soruşturması önergesi, Yüce Divan yargılamasına kadar gidebilecek uzun ince

bir yolun başlangıç noktasını oluşturmaktadır. 1982 Anayasası öncesi, Meclis soruşturması, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu'nun birleşik toplantısında ele alındığı için öncelikle "hazırlık komisyonu" aşamasından geçmekteydi. 1982 Anayasasıyla birlikte bu aşama kaldırılmış ancak, Meclis soruşturması istemi için gerekli milletvekili imzası sayısı, üye tam sayısının %10'una yani, 55'e yükseltilmiştir. Başka bir ifadeyle, eski/yeni hükümet üyeleri hakkında görevleriyle ilgili cezai sorumluluğu gerektiren bir konu varsa, yeter sayıda imza bulunduğu takdirde Meclis soruşturması yolu her zaman çalıştırılabilir. Kaldı ki, bunun için illa bir fezleke gelmesi de gerekmez.

Görevi başındaki ya da eski bakanlarla ilgili Anayasanın 100. Maddesine göre, Meclis soruşturması konusu olması gereken herhangi bir bilgi, belge, ihbar ya da mahkeme kararı, TBMM başkanlığına ulaştığında takip edilecek yolun ne olacağı konusunda Anayasa ve İçtüzükte yazılı bir kural bulunmamaktadır. Ancak, görevsel suçlamalarda bakanlık göreviyle ilgili getirilmiş anayasal bir korunak ya da özgün bir güvence niteliğindeki meclis soruşturması mekanizmasının işletilmesi dışında başka bir seçenek de bulunmamaktadır.

Meclis soruşturması için "bilgiye sunma" uygulaması

Yargı organlarınca yürütülen soruşturmalarda, bakanlık göreviyle ilintili bir suç isnadına dayanak oluşturan bilgi ve belgelerden milletvekillerinin haberdar edilmesi için bir çıkış yolu bulunması ihtiyacı ortaya çıktığında, hazırlanan bilgi notunun Başbakanlık aracılığıyla TBMM Başkanlığına bir "tezkere" şeklinde gönderilmesi yöntemi geliştirilmiştir. Uygulamayla bulunan yol, fezlekeyi TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunmaktan ibarettir.

Meclis tutanaklarına yansıyan geçmiş örneklerde, Meclis Başkanı'nun aracılığıyla, gelen dosya (ekler dahil) hakkında Meclise bilgi verilerek, dosya ve eklerinin konuya ilgi gösteren milletvekillerinin incelemesine açılması şeklinde uygulama birliği sağlandığı görülmektedir.

Başbakanlık tezkeresi ekinde TBMM Başkanlığına gönderilen Bakan/başbakan hakkındaki dosya, TBMM Başkanlığı tezkeresi şeklinde Genel Kurulun bilgilerine sunulmaktadır.

21. Yasama Döneminde 5.10.1999 tarihli Genel Kurul Tutanağı-

na yansıyan örnek uygulamada; Gündemin “Sunuşlar” bölümünde, “Tezkereler ve Önergeler” kısmında “TBMM Başkanlığının bir duyurusu vardır.” İfadesinden sonra tezkere okunarak bilgiye sunulmuştur. Söz konusu uygulamaya ilişkin Tutanak özeti şöyledir.: “*Anayasanın 100 üncü maddesi gereğince, Meclis soruşturması açılmasına ilişkin önergelerin, sadece milletvekilleri tarafından en az 55 imzayla verilebileceğine, aksi takdirde TBMM Başkanlığının, Meclis soruşturması açılmasına ilişkin bir işlemi re’sen yürütmesine imkân bulunmadığına ilişkin TBMM Başkanlığı tezkeresi*”.

Yıldırım Akbulut imzası taşıyan Devlet eski Bakanı Aysel Baykal hakkındaki “Tezkere” de, dosyanın milletvekillerinin incelemesine açıldığı ve konuyu takdir etmeleri halinde meclis soruşturması hazırlayabilecekleri yönünde çağrı yapıldıktan sonra;

“Konuya ilişkin Başbakanlık tezkeresi okutulup, Genel Kurulun bilgisine sunulduktan sonra Başkanlığımızda bulunan dosya sayın milletvekillerinin tetkikine açılacaktır.

Yüce Heyetin bilgilerine sunulur.

Yıldırım Akbulut

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı”

Ardından da, konuya ilişkin “*Başbakanlık Tezkeresi*” de okutulmuştur.

Milletvekillerinin dosya üzerinde yapacağı incelemenin anlamı, meclis soruşturması önergesi hazırlama iradesine ya da hazırlanmış bir önergeye imza koyma takdirine dayanak sağlamaktır. Bakanlar veya Başbakan hakkında sunulan fezlekelerin, teamüle uygun olarak TBMM Genel Kurulunda “bilgiye sunma” aşamasına kadar tamamlanması otomatik yürütülmesi gereken bir işlemdir. Bununla birlikte, bu tip bir fezlekenin meclis soruşturması önergesi verilmeden, öylece kalması da mümkündür.

22. Yasama Döneminde 16.10.2003 tarihli 8. Birleşim Tutanağındaki başka bir örnek uygulamada ise “*daha önce yapılan uygulamalar doğrultusunda*” vurgusu yapılmıştır. Bu husus şöyle ifade edilmiştir: “*Böyle bir önerge olmadan, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığının söz konusu dosyalarla ilgili olarak Meclis soruşturmasına ilişkin bir işlemi resen*

yürütmesi mümkün bulunmadığından, daha önce yapılan uygulamalar doğrultusunda, konunun Genel Kurula sunulması ve anılan dosyaların milletvekillerinin tetkik ve takdirlerine açılması Başkanlığımızca uygun mütalaa edilmiştir.

Bu tezkere okutulup Genel Kurulun bilgisine sunulduktan sonra Başkanlığımızda bulunan dosyalar sayın milletvekillerinin tetkik ve değerlendirmelerine açılacaktır.

Yüce Heyetin bilgilerine sunulur. Bülent Arınç -Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı"

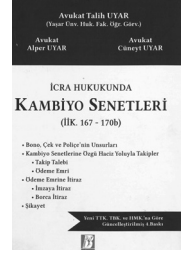
Şu halde, Başbakan/Bakanlar hakkındaki görev suçlarına ilişkin fezlekeler konusunda takip edilecek hukuki prosedürle ilgili TBMM İçtüzüğünde kayda değer bir boşluk vardır. Meclis Tutanağına yansıyan iki geçmiş uygulamadan da anlaşılacağı üzere İçtüzükteki mevcut boşluk fiili nitelikte bir çözümle doldurulmuştur. Özellikle 1990'lı yıllarda çok sayıda örneği görülen uygulamalarda tutulan yol aynı yönde olduğundan "teamül düzeyinde" bir usulü çözümden söz etmek mümkündür. Kısacası, yerleşik uygulamalarla bulunan çözüm formülü, Adalet Bakanlığı'nın yazısına dayanan "Başbakanlık tezeresi" şeklinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan fezlekelelerin, Gündemin Sunuşlar Kısmında TBMM Genel Kurulunda okunmak suretiyle inceleme ve takdirlerine esas olmak üzere milletvekillerinin bilgilerine sunulması şeklinde olmaktadır.

İCRA HUKUKUNDA KAMBIYO SENETLERİ

(İİK.167-170/b)

Av. Talih Uyar-Av. Alper Uyar-Av. Cüneyt Uyar,
Yeni TTK, TBK ve HMK'na Göre Güncelleştirilmiş
4.Baskı

Bilge Yayınevi, Ankara 2013

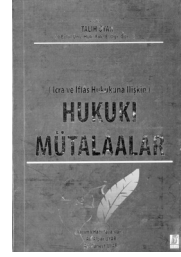


HUKUKİ MÜTALAALAR

Avukat Talih Uyar,
(İcra ve İflas Hukukuna İlişkin)

Yayına Hazırlayanlar:

Av.Alper Uyar-Av.Cüneyt Uyar
Bilge Yayınevi, Ankara 2014



İcra-İflas ve hukuk yargılama sürecinin öncü hocası Prof.Dr.Baki Kuru'nun "Hukuki Mütalaalar" kitabından sonra öğrencisi Avukat Talih Uyar da icra-iflas hukuku alanında kişi ve kuruluşlar arasındaki uyumsuzluk konularında mahkemelere sunulmak üzere hazırlamış olduğu mütalaalardan bir bölümünü kitap halinde yayımlamış bulunmaktadır.

Önsözde, "1998 yılından bugüne kadar" hazırlanmış 69 mütalaaya yer verildiği belirtilmektedir. Yazar, bundan böyle verilecek mütalaaları da www.e-uyar.com sitesinde yayımlayacağı sözü vermektedir. Eserin sonunda kavramlara ve kanun maddelerine göre birer arama cetveli konulmuştur.

Avukat Talih Uyar diğer ar-

kadaşları ile birlikte İİK.167-170/b maddeleri arasında düzenlenmiş kambiyo senetleri ile ilgili sorunları bin sayfayı aşkın bir kitapla irdelemektedir. Ayrıntılı, özenli klasik bir Talih Uyar kitabı ile karşı karşıya bulunmaktayız. Kitabın özelliği Yargıtay kararlarını tam metin halinde vermemesi, isteyenlerin yukarıda yazılı siteden Yargıtay kararlarına ulaşımının sağlanmasıdır.

Avukat Talih Uyar, Alper ve Cüneyt Uyar ile birlikte meslektaşlarımızın bu alanda karşılaştıkları sorunları çözmeleri konusunda arama cetvelleri ile yardımcı olabilecek kitaplarına bir yenisini eklemiştir. Kendilerini kutlar, kitaplığımızda diğer kitapları yanında en kısa zamanda yer almaları gerektiğini meslektaşlarımızın dikkatlerine sunarız.