

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2408

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

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. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

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

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

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

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

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

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

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 06. 07. 2018

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- 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: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- 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.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 Mehmet ALKAN

İfade Özgürlüğü Kışlanın Kapısında Mı? / Is Freedom of Expression at the Gate of Barracks

37 Ümit GÜVEYİ

Türkiye'de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü / A Brief History of Democratization Process within the Scope of Right to Vote and Stand for Election in Turkey and the Role of the Ancient Turkish Culture within This Process

67 Ömer KESKİNSOY / Semih Batur KAYA

Türkiye'nin Hükümet Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme / An Evaluation on Governmental systems of Turkey

97 M. Süheyl KARAKAYA

5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü / Internet Blockade within the Scope of the 9th Article of Law Numbered 5651: Wolf Provision in Sheep's Clothing

133 Kenan OK / Uğur URUŞAK / Osman Korkut KANADOĞLU

7139 Sayılı Kanun Kapsamında Ormancılık ve Su Tahsisi ile Arazi Toplulaştırılmasının Anayasallığı / Constitutionality of Land Aggregation, Water Allocation and Forestry within the Scope of Act Numbered As 7139

217 Sinem TOP

Müdafi Yardımından Yararlanma Hakkına Uygulanan Sınırlamalar / Limitations Applied to the Right to Defense Counsel

241 A. Uğur ERİŞ

Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi / Reconciliation in Criminal Procedure Law and Reconciliation Training

273 Egemen KARACA

Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları / Elements of the Confiscation without Expropriation and Judicial Procedures to Confiscation without Expropriation

311 Emre Burak ONAT

Vergi Kaçaklığı Suçunda İştirak / Participate of Tax Evasion Offenses

337 Mehmet ŞENGÜL

Kat Mülkiyeti Kanunu Çerçevesinde Kiracının Bağımsız Bölüm, Ortak Yerler ve Eklentiler Üzerindeki Kullanma ve Yararlanma Hakkı / Tenant's Right to Use of the Independent Sections, Common Areas and Insertions within the Scope of the Flat Ownership La

375 İbrahim KAPLAN

"İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi" "Evaluation of New Provisions on the Protection of Swiss Civil Code (ZGB's) Adults"

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu olarak 24 Haziran'da gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı ve milletvekili genel seçimleri öncesi gazetelere verdiğimiz ilanda, cumhurbaşkanı ve milletvekili adaylarından taleplerimizi sıraladık.

Demokrasi ve hukuk devletinin olmazsa olmazının kuvvetler ayrılığı olduğunun altını çizdik. Yargı, bağımsız ve tarafsız olmaz ise, toplumda hiç kimsenin güvencesinin olmayacağını; hukuki güvenceden yoksun bir toplumun kendini geliştiremeyeceğini ve yargının hukuki güvence sağlamakta yetersiz kaldığı ölkelere yerli ve yabancı yatırımın gelmeyeceğini, dolayısıyla iş ve istihdam yaratılamayacağını ve istikrarlı bir refah toplumu olmayacağını söyledik.

Hangi etnik kökenden, anadilden, dinden, mezhepten, inançtan, cinsiyetten veya cinsel yönelimden olursa olsun 81 milyon vatandaşımızın milli birlik ve beraberlik içinde vatanın birliğine ve bölünmezliğine sahip çıkmasının hepimizin adalet paydasında kucaklaşmasına bağlı olduğuna dikkat çektik.

“Bir olursak varız. Dağılırsak yokuz” dedik.

Avukat, vatandaşın savunma hakkının güvencesi ve temsilcisidir. Bu görevi dolayısıyla avukat, yargının birbirine eşit üç kurucu unsurundan biridir. Kurucu unsurluk statüsünün aşındırılmasının yargının güvenilirliğini zedeleyeceğini, keyfiliğe yol açabileceğini belirttik.

Bu taleplerimizin, 81 milyon vatandaşımız adına dile getirdiğimiz talepler olduğunu ifade ettik ve bunların yansıması olan hususları 79 baro, 112 bin meslektaşımız ve aileleri ile 25 bin stajyer avukat ve avukat bürolarında çalışanlar adına tüm Cumhurbaşkanını ve milletvekili adaylarının dikkatine sunduk.

İlan metnimiz şöyle:

1. Anayasa Mahkemesi'nin avukatlık sınavını kaldıran kanunu iptal ederken ortaya koyduğu üzere, savunma mesleği, yargının kurucu unsuru ve hukuk devletinin vazgeçilmezidir. Bu sebeple, avukatlık stajına giriş ve avukatlığa kabul, bir an önce sınav koşuluna bağlanmalıdır.
2. Öğretim üyesi ve eğitim kalitesi yetersiz olan hukuk fakülteleri kapatılmalı ya da öğrenci alımı durdurulmalıdır. Mevcutların seviyesi dünya standartlarına ulaşmaya kadar, yeni hukuk fakültesi açılmamalıdır. Fakültelerin öğrenci kontenjanları, öğrenciler ile öğretim üyelerinin en sağlıklı şekilde ders yapabilecekleri makul sayılara indirilmelidir.
3. Son yıllarda avukatlara yönelik saldırılarda büyük bir artış görülmektedir. Avukata saldırı, vatandaşın savunma hakkına ve hak arama özgürlüğüne saldırıdır. Bu saldırıların önlenmesi ve sorumlularının bulunarak cezalandırılması amacıyla devletin yetkili tüm kurumları, en üst seviyede hassasiyet göstermelidir. Avukatlar ile müvekkillerini özdeşleştirmek konusunda olumsuz ve haksız bir toplumsal kanaat oluşturabilecek beyan ve davranışlardan kaçınılmalıdır.
4. Avukatlık stajına girişin sınava tabi tutulması koşuluna bağlı olarak, staj kredisi, karşılıksız bursa dönüştürülmelidir.
5. Ülkemizde, yabancı hukuk büroları, adeta fiili bir adli kapitülasyona yol açacak şekilde faaliyet gösterir hale gelmiştir. Devletimizin bağımsızlığıyla bağdaşmayan, adalet hizmetlerini yabancıların tekeline sokmaya başlayan bu keyfilik muhakkak ve derhal engellenmelidir.
6. Avukatların meslek alanı Avrupa ülkelerindeki emsaller dikkate alınarak genişletilmelidir. Böylece, koruyucu avukatlık hizmetleri toplumda yerleştirilerek, yargının yükünün azaltılması sağlanmalıdır. Aynı gerekçeyle, mesleğimizin mevcut alanlarının ihlaline de derhal son verilmelidir.
7. Adalet hizmeti, devletin üstlendiği en önemli ve asli hizmetlerdendir. Bu sebeple adalet hizmetlerinin özelleştirilmesi anlamına gelecek girişimlerden kaçınılmalıdır.

8. Adalet hizmetinin vazgeçilmezi olan avukatlık hizmetlerinden alınan KDV'nin oranı makul seviyeye çekilmeli, vatandaşın savunma hakkını kullanması kolaylaştırılmalıdır.
9. Mesleğe yeni başlayanlar için, ilk beş yıl gelir vergisi muafiyeti getirilmelidir.
10. Adil yargılamanın ve sosyal devlet ilkesinin somut uygulamaları olan CMK avukatlığı (ceza soruşturma ve kovuşturmalarında adil yargılamayı sağlamak üzere avukatı olmayana baro tarafından avukat atanması) ve adli yardım avukatlığı (maddi durumu elverişli olmayana baro tarafından hukuk mahkemelerinde avukat atanması) hallerinde KDV, tamamen kaldırılmalıdır.
11. Çok zor şartlar altında ve büyük fedakârlıklarla sunulan CMK hizmetlerinde avukata ödenecek ücret, TBB Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne eşitlenmelidir.
12. Adli yardım için ayrılan bütçe yetersizdir. Meslektaşlarımızın ödemeleri 1-1,5 yıl geriden yapılmaktadır. Bu sebeple söz konusu adli yardım bütçesi yeni kaynaklar bulunarak yeterli hale getirilmelidir.
13. Özellikle dava şartı haline getirilen arabuluculukta başta iş uyuşmazlıklarında işçi tarafı olmak üzere, güçsüz olan tarafın avukatla temsili zorunlu olmalıdır. Avukatlık ücreti de, güçlendirilmiş olan adli yardım bütçesinden karşılanmalıdır.
14. Yargının hızlandırılması amacıyla, UYAP sistemi üzerinden TAKBİS, MERNİS, POLNET ve SGK kayıtları, meslektaşlarımızın kullanımına açılmalıdır.
15. Özellikle Avrupa ülkelerinde yaşayan Türk nüfus dikkate alındığında, birçok farklı ülkede faaliyet göstermesi gereken meslektaşlarımızın vize sorunu yaşamadan görevlerini yerine getirebilmeleri için, belirli kıdemden itibaren (örneğin kamuda çalışan avukatlar ölçü alınarak) serbest çalışan avukatlara hizmet pasaportu (yeşil pasaport) hakkı tanınmalıdır.
16. Yıllardır mağdur edilen kamuda çalışan avukatların maaş ek göstergeleri en az 3600 olarak belirlenmelidir.

17. Serbest çalışan avukatların emeklilik hakları, hakim ve savcılara eşitlenmelidir.
18. Vatandaşların, barolar aracılığı ile avukat vekâletnamesi düzenlemesi mümkün kılınmalıdır.
19. Esas itibariyle avukatların yargının kurucu unsuru olduğu ilkesini benimsemekte zorlanan yöneticilerin tutumlarından kaynaklanan ve herkes için hayatı zorlaştıran adliye içi yanlış uygulamaların önlenmesi için baro başkanları, adliye yönetimi ile görevli komisyonlarda yer almalıdır.
20. Başkent Ankara başta olmak üzere, hizmete elverişli adliye binası olmayan illerin bu sorunları bir an önce çözülmelidir.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KIŞLANIN KAPISINDA MI? IS FREEDOM OF EXPRESSION AT THE GATE OF BARRACKS

Mehmet ALKAN*

Cumhuriyet sizden fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür nesiller ister.
Mustafa Kemal Atatürk (1924, Ankara)

Özet: Düşünce, insanı diğer canlılardan ayıran temel özellik olup, insanın özüdür. Düşünce özgürlüğü ve onun dış dünyaya yansımaları ifade özgürlüğü 1950'lerden itibaren dünyada yükselen değerler arasına girmiş ve uluslararası anlaşmalara konu olmuş, Türk Anayasalarında da yer verilmiştir. Her özgürlük gibi ifade özgürlüğü de sınırsız değildir. Kanunla öngörülme, sınırlandırma sebeplerinden birinin kapsamına girme, demokratik toplumda gereklilik, öze dokunmama ve ölçülülük ilkeleri kapsamında sınırlandırılabilir.

Anayasada yer alan istisna hükümleri doğrultusunda silahlı kuvvetler personeline yönelik başta personel, ceza ve disiplin konularında olmak üzere birçok Kanun bulunmaktadır. Bu farklı düzenlemelerin evrensel kabul gören gerekçesi silahlı kuvvetlerin ülke savunmasına yönelik özel ve önemli görevidir. Silahlı kuvvetler personeli seçme ve seçilme hakkı, sendika kurma ve üye olma hakkı, dernek kurma ve üye olma hakkı, kanunilik ilkesinden muafiyet, disiplin cezalarının yargı denetimi dışında tutulması, cezaların seçenек tedbirlere çevrilememesi konularında istisnai hükümlere tabidir.

İfade özgürlüğü ayırım yapmadan herkes için vardır, askerlerin bu hakkın kapsamı dışında olduğuna dair doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda yol gösterici olan yargı kararlarıdır. Kararlara göre askerlere yönelik sınırlamalar meşru amaç gütmeli, ulaşılmak istenen amaca uygun olmalı ve özgürlüğün içini boşaltmamalıdır. Askeri Yargıtay da özellikle siyasi faaliyette bulunma konusunda benzer nitelikte birçok karar vermiştir.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, yedinci-mehmett@hotmail.com

AİHM kararlarına göre düşünce ve ifade özgürlüğü kışlanın kapisında durmamaktadır. Sınır kaçakçılığı, çözüm süreci ve hendek savaşları ile zorunlu askerlik ve istihdam politikası askerlerin düşünce ve ifade özgürlüğü konusunda incelenebilecek somut olaylardır.

Anahtar Kelimeler: Asker, Silahlı Kuvvetler, Düşünce, İfade Özgürlüğü, Siyaset

Abstract: Thinking is the basic feature of a humanbeing which differentiates it from other living beings. Freedom of thought and its reflection to external world, freedom of expression have become one of the rising values in the world, subject of international treaties and part of Turkish Constitution since the 1950s. Freedom of expression which includes having, expressing and disseminating opinion and freedom of information access is not limitless like all other freedoms. It can be restricted without touching its essence and basing on the principle of proportionality if it is envisaged by law, which is one of the reasons for restriction and is necessary in a democratic society.

There are various codes regulating personnel, penalty and discipline issues related with military personnel in accordance with exception clauses in Turkish Constitution. The universally recognized justification for the existence of these different regulations is based on the vital duty of armed forces for national defence. Military personnel is subject to exceptional clauses in the fields of right to vote and stand for election, right to establish and become a member of trade unions, right to form and become a member of association, immunity from principle of legality, exempting non-judicial punishment from judicial review and inability of turning punishments into alternate measures.

Freedom of expression is for everyone without any exception and there is not any direct regulation which exempts military personnel. According to judicial decisions, which is the main guide on this issue, restrictions on military personnel should be based on a legitimate purpose, should be suitable to intended purpose and should not make the freedom meaningless. Military Court of Cassation's verdicts are in the same way in the case of carrying out political activity.

According to decisions of European Court of Human Rights, freedom of thought and expression does not stay at the gates of military quarters. Cross-border trafficking, settlement process, trench warfare, compulsory military service and conscription are concrete cases which can be examined within the context of freedom of thought and expression of the military personnel.

Keywords: Military Personnel, Armed Forces, Opinion, Freedom of Expression, Politics

GİRİŞ

Makalenin konusu askerlerin düşünce ve fikir özgürlüğünün sınırlarıdır.¹ Fransız düşünür Descartes tarafından dile getirilen ve rasyonel düşüncenin temeli sayılan “*Düşünüyorum, o halde varım*” ve matematikçi/düşünür Blaise Pascal’ın “*tüm onurumuz düşünmekte yatmaktadır ve düşünce insanın özüdür*” vecizeleri, insanları diğer canlılardan ayıran temel hususun bir düşünceye sahip olmaları olduğuna işaret etmektedir.

Büyük savaş ve yıkım dönemlerinin sonunda Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından 1948 yılında kabul edilen bir karar olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) ile insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmeyi amaçlayan Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), günümüz dünyasında düşünce ve ifade özgürlüğünü modern demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları haline getirmiştir.² Atatürk’ün önderliğinde kurulan ve çağdaş medeniyetler seviyesine ulaşmayı amaçlayan Türkiye Cumhuriyeti de mezkûr Karar ve Sözleşmeyi ilk imzalayan ülkelerden olmuştur.

1924 Anayasası’nın “Türklerin Kamu Hakları” bölümündeki 70’inci maddesi, “*Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarından*” hükmüyle bu haklara verilen önemi ortaya koymuştur.

1982 Anayasası’nın düşünce ve kanaat hürriyetini düzenleyen 25’inci maddesine göre; “*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*”

¹ Makalenin yazarı 26 yıl fiili olarak TSK içinde yer almış olup, bu tecrübesini yer yer anlatımına yansıtmıştır.

² Kalıplaşmış bu ifade yerinde olmakla birlikte ifade özgürlüğünün yalnızca demokratik sistemler için gerekli olduğunu ileri sürmek doğru değildir. Demokratik olmayan sistemlerde de yöneticiler halkının görüş ve düşüncelerini, huzurunu ve huzursuzluklarını önemseyebilir. Hatta bu durum totaliter yöneticilerin yönetimlerinin devamını sağlamak için başvurdukları bir araç olabilir. Demokratik sistemlerdeki özel konumu hak olmanın yanında görev olmasıdır. Kemal Şahin, İfade Özgürlüğü “Hak”kı ve İktidar “Ben” ile Demokrasi Arasındaki Çelişki, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, S.3-4, s.72-73.

Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26'ncı maddesine göre; *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..."*

Düşünce ve fikir özgürlüğünün sınırlanması halleri ise maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir; *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanununun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."*

Bu hakların kullanımının sınırlanma halleri Anayasa'nın 90'ıncı maddesine istinaden iç hukukumuzun bir parçası olan İHAS 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında *"Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir"* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere ifade özgürlüğü, incelememiz açısından, kanaat sahibi olma, bilgi ve kanaat açıklama ve ulaşma özgürlüklerini kapsar.³ İfade özgürlüğü ancak *"kanunla öngörülme, sınırlandırma sebeplerinden birinin kapsamına girme ve demokratik toplumda gereklilik, öze dokunmama ve ölçülülük"* şartlarıyla sınırlandırılabilir.⁴

³ Oluşum aşamasında bilgi edinme, kanaat ve açıklama özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü kullanıma aşamasında basın, iletişim, toplantı ve gösteri gibi diğer hakları kapsar. Sultan Başar, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, Özel Sayı, Ocak-Aralık 2015, s.1071.

⁴ AİHM ve Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün ihlali iddialarında metinde sayılan kriterlere ilave olarak müdahalenin varlığının tespitinin yer aldığı "beşli test" uygulamaktadır. Selami Turabi, İfade ve Basın Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Nisan 2016, Ankara, s.8 vd.

Sözleşmedeki diğer haklardan farklı olarak kişilere hem hak hem görev yükleyen ifade özgürlüğünün sınırları herkes için aynı değildir, kişinin içinde bulunduğu özel duruma göre değişmektedir.⁵ Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin en yüksek karar organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) konuyla ilgili davalarda ifade özgürlüğüne müdahalenin bulunduğu tespit ettikten sonra müdahaleyi yukarıdaki hükme göre uygunluk testinden geçirmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlama bu hakkın tamamı değil ancak belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir, başka bir deyişle yapılması gereken kişilerin ifade özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılması değil kötüye kullanımın engellenmesidir.⁶ Yaşam hakkının diğer tüm hakların ön şartı olması gibi ifade özgürlüğü de toplantı ve gösteri hakkı, seçme seçilme hakkı, dernek/sendika kurma ve üye olma hakkı gibi başka hakların kullanılmasına ve korunmasına açısından merkezi bir rol oynamaktadır.⁷

SİLAHLI KUVVETLERE MÜNHASİR MEVZUAT HÜKÜMLERİ

Genel

Konuşma dilinde askerlik yükümlülüğü altındaki erbaş ve erleri kastetmek üzere kullanılan “asker” kavramı 211 sayılı Kanun’da; “askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (erbaş ve erler) özel kanunlarla Silahlı Kuvvetlere intisabeden ve resmi bir kıyafet taşıyan şahıslar” şeklindeki tanımlanmıştır. Çok da açıklayıcı olmayan bu tanıma göre asker kavramı, sanılanın aksine sadece yükümlü erbaş/erleri değil, TSK’daki tüm personeli (sivil işçi ve devlet memurları hariç) kapsamaktadır. Makalemizde askeri şahıslardan kasıt, askerliği bir meslek olarak süreli (sözleşmeli) veya sürekli (muvazzaf) olarak yapan kişiler olan subay, astsubay, askeri öğrenci, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli

⁵ Feyyaz Gölcüklü/A.Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Seçkin Yayınları, Ocak 2016, s.53.

⁶ Monica Macovei, İfade Özgürlüğü, AİHS’in 10. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitabı-2, s.53, 35. <http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/io-aihs.pdf>

⁷ Macovei, age, s.8.

erbaş/er'lerdir. TSK'dan kasıt ise Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığının 668 ve 681 sayılı KHK'larla yapılan düzenlemelerle silahlı kuvvetlerin bir parçası olmaktan tamamen çıkarılmasıyla Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarıdır.

Vazifesi; *Yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmak*⁸ olarak belirlenmiş olan TSK personeli hakkında farklı düzenlemeler yapılabileceğine ilişkin birçok anayasal hüküm mevcuttur. Dernek kurma hakkı (md.33), idare tarafından kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran müeyyide yasağı (md.38), siyasi partilere üyelik (md.69), disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması (md.129), yükseköğretim kuruluna bağlılık (md.132) ve kanunsuz emrin yerine getirilmesi (md.137) bu konudaki başlıca düzenlemelerdir.

Askeri şahıslara ilişkin başlıca mevzuat; 1961 tarihli 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu, 1967 tarihli 926 sayılı TSK Personel Kanunu, 1929 tarihli 1453 sayılı Zabitan ve Askeri Memurların Maaşatı Hakkında Kanun, 1963 tarihli 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, 1932 tarihli 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 1964 tarihli 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun ve 2013 tarihli 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'dur.

Kanuna göre, *silahlı kuvvetler harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle vazifelidir. Bu vazifenin ifası için lazım gelen tesisler ve teşkiller kurulur ve tedbirler alınır.*⁹ TSK'nın geleneklerine göre vazifenin gerçekleştirilmesinde en önemli araç disiplindir. Kanundaki tanımıyla disiplin: *"Kanunlara, nizamla ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir."* Tanımın devamında ise *"Askerliğin temeli disiplindir. Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamla idari tedbirler alınır"* ifadelerine yer verilmiştir.

⁸ Yasadışı darbelere yasal dayanak teşkil ettiği gerekçesiyle! 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanununun 2013 yılında değiştirilen 35'inci maddesinin son halidir.

⁹ 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu Madde 36.

Askerliğin temeli olan disiplin kavramı uygulamada TSK'daki faaliyetlerin ana belirleyicisidir. Bu nedenle yapılan veya yapılacak olan faaliyetlerin disiplini bozup bozmayacağı değerlendirmesi faaliyete verilecek izin için en başta gelen onay şartı olarak görülmüştür. Silahlı kuvvetlerle ilgili olaylar söz konusu olduğunda hem yasama hem yürütme hem de yargı organları askerin vazifesini ve disiplin kavramını öne çıkararak işlem yapmış ve karar vermiştir. Bu bakımdan askeri şahıslara yönelik olarak mevzuatta çok sayıda sınırlayıcı düzenleme bulunmaktadır. Bunların başlıcaları şu şekildedir.

Seçme ve Seçilme Hakkı

Demokratik bir ülkede periyodik olarak yapılan yerel ve genel seçimler ile halkın çeşitli siyasi ve toplumsal olaylar karşısındaki görüşünü belirlemek için başvurulmuş referandumlar özü itibarıyla düşünce ve fikir özgürlüğünün sıklıkla kullanıldığı siyasi faaliyetlerdir. Seçimlerle ilgili 298 sayılı Kanun'a göre; izinli olsalar dahi silâh altında bulunan erbaş ve erler, askeri öğrenciler seçmen olabilmelerine karşın oy kullanamazlar.

Görüldüğü gibi incelememiz kapsamındaki askeri şahısların seçme hakları konusunda bir kısıtlama bulunmamaktadır. Askeri şahıslar düşünce ve fikir özgürlüğünün kullanılmasının esaslı şekillerinden olan seçimlerde ve referandumlarda oy kullanma hakkına sahiptir ve seçimlere katılarak mevcut siyasi partilerden birine oy vererek seçme hakkını kullanmaktadırlar.

Seçilme hakkı konusunda ise kısaca devlet memuru olarak niteleneceğimiz tüm kişilerin kısıtlanması söz konusudur. Memur şahısların ve askerlerin genel ve yerel seçimlerde milletvekili, belediye başkanı, meclis üyesi olmak için görevlerinden istifa etmeleri gerekmektedir.¹⁰ Memur şahısların aday gösterilmemeleri veya aday gösterildikleri halde seçilememeleri halinde bir ay içinde memuriyete dönmeleri mümkündür. Seçimlerde aday olarak siyasi tercihini geri dönülmez şekilde ortaya koyan askeri şahısların ise memuriyete dönmeleri mümkün değildir.¹¹

¹⁰ 926 sayılı Kanun'un 112'nci maddesine göre muvazzaf (askeri okul mezunu olan veya sonradan katılıp sözleşmeli olmayan) subay ve astsubayların 15 yıl mecburi hizmet şartı vardır.

¹¹ 1990 yılında 3617 sayılı Kanun'la, seçimlerde aday olan memurlara memuriyete

Sendika Kurma ve Üye Olma Hakkı

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15'inci maddesine göre silahlı kuvvetler mensupları sendika üyesi olamaz ve sendika kuramazlar.¹² Kanun'un, MSB ve TSK kadrolarında çalışan sivil memurlar ve kamu görevlilerine sendika yasağı getiren hükmü ise Anayasa Mahkemesi tarafından; *asker kişi sayılmayan ve silah kullanımını gerektirmeyen kimi teknik ve lojistik hizmetleri yürüten sivil personel yönünden bu şekilde bir disiplin anlayışını zorunlu kılan haklı bir neden bulunmamaktadır, sivil personelin sendika kurma hakkına sahip olması, askerliğin temelini teşkil eden disiplini zaafa uğratan bir unsur olarak görülemez gerekçesiyle iptal edilmiştir.*¹³

Dernek Kurma ve Üye Olma Hakkı

Dernek, kazanç paylaşma dışında, belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını ifade eder. Dernek kurma hakkı düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında değerlendirilen ve özel önem atfedilmesi nedeniyle İHAS 11. maddesinde "Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü" başlığı altında özel olarak düzenlenen temel haklardandır. Sözleşmeye göre bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar getirilebilir.¹⁴ Benzer yönde Anayasa'nın 33/son maddesine istinaden 5253 sayılı Dernekler Kanunu "*fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir. Ancak, TSK ve kolluk kuvvetleri mensupları*

dönme yönünde ilk defa düzenleme yapılırken askerlerin bu düzenlemenin dışında tutulması konusunda bir gerekçe sunulmamıştır.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/tutanak/TBMM/d18/c042/tbmm18042086ss0283.pdf> Erişim tarihi: 30.04.2018

¹² Askeri vasıfları ortadan kaldırılmasına rağmen, 682 sayılı KHK ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş/er'lerin sendikalara üye olmayacağı ve sendika kuramayacakları hükmü getirilmiştir.

¹³ Anayasa Mahkemesi'nin 12.07.2013 tarihli, 2013/21 Esas ve 2013/57 Karar sayılı kararı için bkz.: www.anayasa.gov.tr

¹⁴ İHAS Madde 11/2; Bu konuda 20.01.1987 tarihli "Kamu Hizmet Sendikaları Konseyi Birleşik Krallık Davası, Başvuru No.11603/85" için bkz.: AİHM Kararlarından Örnekler, s.405 vd.

ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklıdır” hükmünü içermektedir.

211 sayılı Kanun’un 43’üncü maddesine göre TSK mensupları siyasi faaliyette bulunamaz. Bundan ötürü Silahlı Kuvvetler mensuplarının siyasi parti veya derneklere girmeleri bunların siyasi faaliyetleri ile münasebette bulunmaları, her türlü siyasi gösteri, toplantı işlerine karışmaları ve bu maksatla nutuk ve beyanat vermeleri ve yazı yazmaları yasaktır. Silahlı Kuvvetler mensupları MSB tarafından adları yayınlanan ve siyasi olmayan cemiyetler ile spor kulüplerinin faal olmayan üyeliklerine girebilirler. Girenler durumlarını en kısa zamanda MSB’ye bildirmeye mecburdurlar. Bu yasağın yaptırımını ise 6413 sayılı Kanun’un 19/k maddesinde “Hizmet yerini terk etmeme” disiplin cezası olarak düzenlenmiştir.

Mevzuat ve uygulamaya göre askeri şahıslar dernek kuramaz ancak MSB tarafından yayınlanan listede yer alan derneklere üye olabilirler. Bunun dışında tüzüklerinde siyasi parti, işçi ve işveren sendikaları ile mesleki kuruluşlardan maddi yardım alabilecekleri ve anılan kuruluşlara maddi yardımda bulunabilecekleri belirtilen dernekler hariç olmak üzere; kamuya yararlı derneklerin, bilimsel amaçlı derneklerin, yardım amaçlı derneklerin, spor kulüpleri, gençlik kulüpleri ile gençlik ve spor kulüplerinin faal olmayan üyeliklerine girebilirler ancak yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar. Ancak askerler bu derneklere doğrudan üye olamazlar, üyelik başvurusundan önce MSB nezdinde kurulu Dernek Üyeliği Komisyonunun MSY 46-1 TSK Personelinin Dernek Üyeliği İşlemleri Yönergesi kapsamında yapacağı tahkikatın olumlu sonuçlanması gereklidir. Netice olarak, gerek İHAS gerekse Anayasa hükümleri bakımından askerlerin dernek kurma hakkına getirilen sınırlamanın yerinde olduğu değerlendirilmektedir.

Kanunilik İlkesinden Muafiyet

Evrensel hukuk kurallarına göre suç oluşturan eylem tanımları ve ceza içeren tedbirler ancak kanunla düzenlenebilir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği bunların idare veya kıyas yoluyla yargı organları tarafından belirlenmesi mümkün değildir. Anayasaya göre, yasama organına verilen bu yetkinin tek istisnası Silahlı Kuvvetlerin iç düzenidir. Bu istisnanın somutlaştığı mevzuat ise 1632 sayılı Askeri

Ceza Kanunu (Mülga madde 162-191) ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu'dur. Bu kanunlara göre disiplin amirlerinin maiyetine "oda hapsi" ve "göz hapsi" cezası verme yetkisi vardır. Kışlada tahsis edilen bir odada infaz edilen oda hapsi cezasının hürriyeti kısıtlayıcı olduğu konusunda kuşku bulunmamakla beraber kışlayı terk etmeme şeklinde infaz edilen göz hapsi cezasının bu niteliği yoktur.¹⁵

İdari yaptırımlarla kişi hürriyetinin kısıtlanması hususunda 1961 Anayasası'nda silahlı kuvvetler açısından bir istisnaya yer verilmemesine rağmen 1632 sayılı ve 477 sayılı Kanunlarda oda hapsi cezasına yer verilmiştir. Başka bir deyişle 1961 Anayasası suç ve cezaların kanuniliği ilkesine silahlı kuvvetler bakımından bir istisna tanımamasına rağmen bu anayasa döneminde oda hapsine kanunlarda yer verilmiştir. 1982 Anayasası ise 38/11 maddesinde bu yönde istisnaya yer vererek kanuna uygun anayasa yapımına örnek olmuştur! Disiplin amirlerinin bir seferde 28 güne varan oda hapsi cezası verme yetkisi zaman içinde AİHM'e taşınmış ve ihlal kararı verilmiş böylece Anayasanın kanunilik konusundaki evrensel ilkeye aykırılığı tescillenmiştir. AİHM birçok konuda silahlı kuvvetler bakımından farklı düzenlemeler yapılabileceğini kabul etmektedir. AİHM'in eleştirdiği nokta disiplin amirlerine verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın kanunla kurulmuş bir mahkeme veya hâkimlik denetimine tabi olmamasıdır.¹⁶

AB tam üyelik hedefi ve AİHM kararları doğrultusunda 2013 yılında yürürlüğe giren 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'yla oda hapsi cezası, *Türk karasuları dışındaki gemiler hariç*, barış zamanında kaldırılmıştır.¹⁷

Disiplin Cezalarının Yargı Denetimi Dışında Bırakılması

Soyut bir varlık olan devletin iş ve işlemlerini somutlaştıran devlet memurlarının; kamu hizmetlerini gereği gibi yürütmesini, mevzuatın emrettiği ödevleri yerine getirmelerini sağlamak ve yasak faaliyetlerde

¹⁵ AİHM'e göre göz hapsinde personelin kışla içinde kalmakla birlikte bir odaya kapatılmaması nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza sayılmaz. 23.11.1976 tarihli, Engel vd./Hollanda kararı, Başvuru no.5100/71.

¹⁶ A.D-Türkiye Başvuru No.29986/96; 26.04.2011 tarihli, Pulatlı-Türkiye kararı, Başvuru no: 38665/07. Bu konuda başlıca kararlar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur#>

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Alkan, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun Esasları, *TBB Dergisi*, S.117, s.167-200.

bulunanları ikaz etmek için disiplin cezası verilmektedir. Anayasa'nın 129/3-4 fıkrası "*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır*" şeklindedir.

2010 yılında yapılan değişikliğe kadar memurlar hakkındaki uyarma ve kınama cezaları yargı denetimi dışındayken bu tarihten sonra tüm disiplin cezaları yargı denetimine tabi kılınmıştır. Memurlar için uyarma ve kınama cezasıyla sınırlı olan denetimsizlik hali askerler için 2013 yılına kadar istisnasız tüm disiplin cezaları hakkında uygulanmıştır.¹⁸

AIHM kararlarına da konu olduğu üzere TSK'daki hürriyeti bağlayıcı cezalar yargı denetimi dışında tutulmuş ve itiraf etmek gerekirse amirler tarafından hoyratça uygulanmıştır. AIHM kararlarının tetikleyici olduğu çalışmalar sonunda 2013 yılında yürürlüğe giren 6413 sayılı Kanun'la disiplin amirleri ve disiplin kurullarının ceza limitleri oldukça sınırlanarak aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme (*kışladan ayrılmama şeklinde infaz edilen, eski göz hapsi cezasının isim değiştirmiş hali*) oda hapsi ve silahlı kuvvetlerden ayırma cezalarına karşı yargı yolu açılmıştır.¹⁹ Başka bir deyişle askerler hakkındaki uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezalarına, yükümlü erbaş erler hakkında ise tüm disiplin cezalarına karşı yargı yolu halen kapalıdır. Tüm cezalar yerine nispeten ağır olan cezalara karşı yargı yolunun açılmasının gerekçesi, aksi durumun TSK'daki disipline zarar verebileceği olarak belirtilmiştir.²⁰

Kanaatimizce, disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık olması disiplin amirlerinin cezalandırma yetkisini ortadan kaldıran veya engelleyen bir hal değildir. Yargı yolunun açık olması amirlerin cezalandırma yetkilerini mevzuata ve usule uygun kullanmasını sağlayan bir araç olmaktan ibarettir. Ancak yaptığı işlemin hukuka uygunluğuna güvenmeyenler ve cezalandırma yetkisini ölçsüz ve sınırsız olarak kullanmak isteyenler için yargı yolu onları engelleyen bir ayak bağı ve suçluları koruyan gereksiz bir kurum olsa gerektir.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan Erdagöz, Askeri Hukukta Disiplinin Tesisi İçin Tutuklama Yetkisi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.12, s.391-425.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Alkan, s.167-200.

²⁰ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0730.pdf> Erişim tarihi:30.04.2018

Cezaların Seçenek Tedbirlere Çevrilememesi

Modern ceza hukuku anlayışında cezanın bir intikam aracı değil ıslah aracı olmasından hareketle failin ilk defa suç işlemesi, suçun niteliği, sonuç cezanın düşük olması gibi nedenlerle hürriyeti bağlayıcı ceza yerine seçenek tedbirlere hükmedilmesi mümkündür. TCK'ya göre, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırılan bir yıl ve daha az süreli hapis cezası başta adli para cezası olmak üzere 50'nci maddede belirtilen birçok seçeneğe çevrilebilir; sonuç cezanın iki yıl ve daha az olması halinde 51'inci maddeye göre ertelenmesi mümkündür. Yine bu kapsamda olmak üzere iki yıl ve daha az olan cezalar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararları verilene kadar 1632 sayılı Kanun'da bu konudaki ayırık düzenlemeleri aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür;

Madde 47/A'ya göre; Kanun'un Üçüncü Babının Dördüncü Faslında (*Madde 79-81; Kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak*) yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez.

Aynı Kanun'un Üçüncü Babının Üçüncü Faslı (*Madde 63-78; Yoklama kaçağı, bakaya, saklı, firar vb.*) ile 84'üncü maddesi hariç olmak üzere 5'inci faslında (*Madde 82-107, Askeri itaat ve inkıyadı bozan suçlar*) yer alan suçlar; 130'uncu maddesi hariç olmak üzere sekizinci faslında (*Madde 130-133, Mallara karşı yapılan diğer cürümler*) yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez.

Ek Madde 8'e göre; TCK'nın genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanasımına ilişkin 49'uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır (*Hükme göre; Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askerî mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar*).

Sırf askerî suçlar (*Firar, emre itaatsizlikte ısrar, üste/amire hakaret, mukavemet, isyan gibi sadece askerî ceza kanununda yer verilen ve ancak as-*

ker kişilerin işleyebileceği suçlar) ile Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında (Madde 79-81; Kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak) yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz

Ek Madde 10 ikinci fıkraya göre; CMK'nın HAGB'ye ilişkin hükümleri askeri ceza kanununda yer alan suçlar hakkında uygulanmaz.

Bu düzenlemelere göre, askeri şahıslar hakkında, örneğin bir emri yapmadığı için emre itaatsizlikte ısrar suçundan asgari haddenden verilen 25 gün hapis cezası infaz kanunu gereği 17 gün cezaevinde kalınarak infaz edilmekteyken diğer şahısların iki yıla kadar hapis cezası ertelenmekte veya HAGB kararı verilebilmekteydi. Bu düzenlemeler askeri mahkemeler tarafından Anayasa Mahkemesine taşınmış olup, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmiştir. Kararlarda özetle;

Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir. Askeri ceza hukukunda, daha hafif kabul edilebilecek suçlar yönünden, her sanığın cezalandırılması yerine, sanığa davranışlarının sonuçlarını ve sorumluluklarını yeniden değerlendirebilmesi için bir denetim sürecinden geçirilmesine olanak tanınması, bu arada suçtan zarar görenin tatmininin de sağlanması çağdaş ceza hukukunun bir gereğidir. Düzenlemeler Anayasa'nın 2'nci maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelerle ölçülülük ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiş olup, eşitliğe ilişkin 10'uncu madde yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.²¹

Mezkûr iptal kararlarından sonra kanun koyucu tarafından 6722 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemelerle; 47'nci maddede ertelemeye; kısa süreli hapis cezası hakkında seçenек tedbirler bakımından ek

²¹ 21.11.2012 tarihli, 2012/9 Esas ve 2012/103 Karar; 23.01.2013 tarihli, 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar; 10.10.2013 tarihli, 2012/143 Esas ve 2013/48 Karar sayılı kararlar için bkz. www.anayasa.gov.tr

madde 8’de; HAGB bakımından 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kanunu ek madde 4’de sırf askeri suçlar ve suçun disipline etkisini esas alan nispeten ölçülü düzenlemeler getirilmiştir.

Yargı makamlarının bu konudaki yaklaşımına bir örnek olarak 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” gösterilebilir. Bu kanunun uygulanmasında, daha ağır cezayı gerektiren suçların kapsama alınmasına karşılık Askerî Ceza Kanunu’nun 79-81, 88, 91 ve 131’inci maddelerindeki suçların kapsam dışı bırakılmasının Anayasa’nın eşitlik ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi *itiraz konusu kuralların askerlik mesleğinin ve hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesini sağlamaya yönelik ve bu yönü ile diğer ceza yasalarındaki suçlardan farklı olmaları ve bunların kendi fasıllarındaki suçlardan daha ağır cezayı gerektirmeleri nedeniyle kapsam dışında tutulmalarında Anayasa’nın 2’nci maddesine aykırılık yoktur diyerek*, kanaatimizce çok isabetsiz bir şekilde, iptal istemini reddetmiştir.²²

ASKERLERİN DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İHAS ve Anayasaya göre herkes; düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir, kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz. Sadece gerçek kişiler değil tüzel kişiler, insan toplulukları ve diğer hükümet dışı kuruluşlar herkes kapsamında bu haklara sahiptir.²³ İnsanı diğer canlılardan ayıran aklı ve toplumsal yaşamı nedeniyle herkes mutlaka bir düşünceye sahiptir. İnsanın beyninde yer alan düşüncenin engellenmesi, bastırılması, isteği dışında ortaya çıkarılması elbette mümkün değildir. Başka bir deyişle insanın düşünmesi ve bir düşünceye sahip olması engellenemez dolayısıyla düşünme ve düşünceye sahip olma açısından tüm şahıslar gibi asker kişiler açısından da bir sorun yoktur. Bu bakımdan düşünce özgürlüğünün bir özgürlük olarak anayasal güvence altına alınması gereksiz görünmektedir.²⁴

²² Anayasa Mahkemesinin 27.10.2001 tarihli, 2001/4 Esas ve 2001/332 Karar sayılı kararı için bkz. www.anayasa.gov.tr

²³ Feyyaz Gölcüklü/A.Şeref Gözübüyük, s.42.

²⁴ Zafer Gören, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.24, s.33.

Sorun, düşünme özgürlüğü değil düşüncenin dış dünyaya yansımaları olan ifade özgürlüğüdür. Anayasaya göre, herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.²⁵ Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Temel haklar söz konusu olduğunda; meşru amaca hizmet etme, araç ile amaç dengesine uygun olma, demokratik toplumda zorunlu olma ve kanunilik ilkeleri geçerlidir.²⁶

Mevcut anayasal sınırlamalar incelendiğinde; sınırlama nedenlerinin genel ve muğlak olması bir tarafa, askerlerin düşünceyi açıklama özgürlüklerine doğrudan dayanak olabilecek bir düzenleme bulunmadığı değerlendirilmektedir. İfade özgürlüğünün kısıtlanma gerekçeleri sınırlı olarak sayılmıştır, kıyas veya çıkarsama yoluyla yeni gerekçeler eklenemez.²⁷ Yukarıda örneği verilen anayasal düzenlemelerde görüldüğü gibi anayasa koyucu silahlı kuvvetlere özgü düzenleme yapılmasını istediği hususları açıkça belirtmiş, düşünce ve ifade özgürlüğü bakımından ise açık bir kısıtlama nedeni öngörülmemiştir. AİHM kararlarına göre ifade özgürlüğüne; şiddete teşvik etme ve şiddeti mazur gösterme, terörü ve savaş suçlarını övme, nefret söyleminde bulunma, dini hoşgörüsüzlüğe, ırk ayrımcılığına ve ulusal nefrete teşvik etme hallerinde sınırlama getirilebilir.²⁸ Devlet memurlarının siyasi parti-

²⁵ Düşünce ve kanaatleri açıklama özgürlüğünün koruma alanı, klasik açıklama tarzlarını aşacak biçimde tüm iletişim yollarını kapsamaktadır. Bu nedenle madenin koruduğu hukuksal alanı ifade özgürlüğü olarak nitelendirmek gerekir. Osman Can, *Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.19, s.505.

²⁶ Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, *Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları*, 2001, s.73 vd.

²⁷ N.Kaan Karcıoğlu, *Demokratik Sistemin Unsuru Olarak İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukukunun Etkisi*, *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C.1, s.461.

²⁸ *Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi, İfade Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunmasıyla İlgili Avrupa Konseyi Belgeleri*, s.87 vd.

lere üye olmaması, devletin tarafsızlığını koruma yönünde alınan bir tedbir olarak düşünülmektedir. Ancak bu durum, bir yandan da devlet memurlarının siyasal özgürlüklerini kısıtlamaktadır. Burada emniyet, yargı ve güvenlik işlerini yürüten memurların politize olmasından kaygı duyulduğu anlaşılmaktadır.²⁹

Nitekim AİHM, asker ve polis gibi kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olamayacaklarına ve siyasi faaliyetlerde bulunamayacaklarına ilişkin düzenlemenin Sözleşmeye uygun olduğuna karar vermiştir.³⁰ Bir görüşe göre askerleri de içine alan memurların ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının nedeni otorite ve hiyerarşiden ziyade kamu hizmetlerinde tarafsızlığın sağlanmasıdır.³¹ AİHM'e göre; kamu görevlileri açısından görev ve sorumluluk kavramı dikkate alınarak, ulusal mercilerin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda belirli bir takdir alanının olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu takdir alanı kullanılırken, kişinin konumu, ifadenin niteliği ile hedeflenen meşru amaçlara ulaşma bağlamında orantılı olup olmadığı hususları göz önünde bulundurulmalı, müdahalenin orantılı olup olmadığı hususu değerlendirilirken, niteliği ve ağırlığı da dikkate alınmalıdır.³²

211 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesine göre; *TSK mensupları siyasi faaliyette bulunamaz. Bundan ötürü Silahlı Kuvvetler mensuplarının siyasi parti veya derneklere girmeleri bunların siyasi faaliyetleri ile münasebette bulunmaları, her türlü siyasi gösteri, toplantı işlerine karışmaları ve bu maksatla nutuk ve beyanat vermeleri ve yazı yazmaları yasaktır.* Bu yasağın yaptırımları hem ceza kanununda hem de disiplin kanununda yer almaktadır.

1632 sayılı Kanun'un "*Siyasi faaliyette bulunanlar*" başlıklı 148'inci maddesine göre; *"Askeri şahıslardan; siyasi bir partiye üye olmak için müracaat eden veya herhangi bir suretle siyasi partilere girenler, siyasi amaçla toplantı yapan veya aynı amaçla siyasi gösterilere katılanlar, siyasi amaçla nutuk söyleyen, demeç veren, yazı yazan veya telkinde bulunanlar, siyasi top-*

²⁹ İhsan Dağı/Metin Toprak, Türkiye'de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü, Temmuz 2003, Ankara, s.48. http://www.liberal.org.tr/upresimler/insan_haklari_ifade_ozgurlugu_24.pdf Erişim tarihi:30.04.2018

³⁰ 20.05.1999 tarihli Rekvenyi/Macaristan kararı, Başvuru No.:25394/94.

³¹ Helena Pauliat, Memurlar ve İfade Özgürlüğü, Düşünce Özgürlüğü HFSA-3, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, Mayıs 1998, s.276.

³² Abdî Sağlam, AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı, TAAAD, S.25, s.91.

lantılara resmi veya sivil kıyafetle katılanlar, herhangi bir sebeple yalnız veya toplu olarak siyasi mahiyette beyanname hazırlayan, hazırlanmış beyannameyi imzalayan, imzalatan veya yayın organlarına ulaştıran veya dağıtanlar bir aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Bu cürümler, seferberlikte işlenirse ceza iki misli olarak hükmolunur."

Bu maddenin mevcut halinin yasalaşma çalışmalarında dile getirilen görüşler özet olarak; Silahlı Kuvvetlerin üstlenmiş olduğu görevin önem ve niteliği dolayısıyla TSK mensuplarının her türlü siyasi faaliyet ve eylemlerin dışında olmaları gerektiği, disiplinin devamı, tarafsızlığın ve sahip olunan yüksek değerlerin korunabilmesi için silahlı kuvvetler mensuplarının siyasi faaliyet ve etkinliklerin dışında ve üstünde tutulması gerektiği şeklindedir.

Siyasi faaliyette bulunmak konusunda daha önce disiplin mevzuatında yer almayan benzer bir hüküm 6413 sayılı Kanun'la getirilmiştir. Silahlı Kuvvetlerden Çıkarma disiplin cezası gerektiren 20/d) maddesindeki düzenleme şu şekildedir: *İdeolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak: Siyasi partilere girmek, ideolojik veya siyasi faaliyetlere karışmak, ideolojik veya siyasi amaçlarla disiplini bozucu tavır ve davranışlarda bulunmaktır.* Oldukça muğlak ifadelerin yer aldığı düzenlemenin silahlı kuvvetlerden çıkarma şeklinde en ağır disiplin yaptırımı gerektirmesi kanun koyucunun konuya yaklaşımının set ve müsama hasız olduğuna işaret etmektedir. Yaptırım uygulamak için ideolojik veya siyasi faaliyetin yasal veya yasadışı olmasının önemi yoktur.³³ Kanımızca bu disiplin cezası eylemle orantısız ve ifade özgürlüğünü işlevsiz kılacak niteliktedir. Örneğin, özlük haklarına yönelik olarak bir parti veya sendika tarafından düzenlenen toplantı veya gösteriye katılan asker kişi bu yaptırımla karşılaşabilecektir.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde siyaset; *"Devlet işlerini düzenleme ve yürütme sanatıyla ilgili özel görüş veya anlayış"* olarak tanımlanmış olup, genel kabule göre insan yönetme sanatıdır. Fransız Akademisi sözlüğünde siyaset, bir devleti yönetme ve diğer devletlerle olan ilişkilerine yön verme sanatına ilişkin her şeyin bilgisi olarak açıklanmış; Duverger siyaseti devletlerin yönetim bilimi olarak tanımlamıştır.³⁴ Neticede siya-

³³ Murat Yaman, TSK Disiplin Kanunu, Adalet Yayınevi, 2013, Ankara, s.221.

³⁴ Maurice Duverger, Siyaset Sosyolojisi, Çeviren: Şirin Tekeli, Varlık Yayınları, 1982, İstanbul, s.24.

set, devlet yönetimiyle, birey-devlet ilişkileriyle, birey-birey ilişkileriyle uğraşır. Amaç, toplumu oluşturan bireyleri ve dolayısıyla toplumu, daha müreffeh, daha özgür ve daha gelişmiş kılmaktır. Başka bir deyişle ülkemizdeki kötü algının aksine siyaset iyi ve gerekli bir kurumdur.

Kendisi de siyasi bir organ olan, modern siyasetin vazgeçilmez organlarından siyasi partilere üye olan yasa koyucu, askerlerin siyaset yapmasına o kadar mesafelidir ki, belki de bu düzenlemeyi talep eden asker siyasetten o kadar nefret etmektedir ki, askeri ceza kanununda siyasi bir partiye üye olmak için müracaat etmek, siyasi toplantılara sivil kıyafetle katılmak, hazırlanmış beyannameyi imzalamak, imzalatmak, ulaştırmak ve dağıtmak eylemleri dahi suç kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeye karşın TSK üst yöneticilerinin yakın zamana kadar adeta gelenek haline gelen mevcut siyasete yönelik açıklama ve eylemlerinin herhangi bir soruşturmaya konu olmaması ilginçtir.³⁵

AIHM'in 10. madde kapsamında doğrudan kamu görevlilerini ve askerleri ilgilendiren bazı kararları konuya ışık tutacak niteliktedir. Mahkeme düşünce açıklamasında bulunan kişinin kimlik ve statüsünü, açıklamanın yeri ve zamanını, verilen cezanın ağırlığını, şiddet ve itaatsizliği teşvik edip etmediğini dikkate almaktadır.³⁶

- Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi (VDSÖ/Avusturya) davasında; sözleşmenin diğer vatandaşlar gibi askerler için de uygulanacağını, iç düzeni korumak amaçlı müdahalenin meşru bir amaca yönelik olsa da demokratik bir toplumda gereklilik oluşturmadığını, ifade özgürlüğünün devletin veya toplumun bir bölümüne muhalif olan onlara çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve fikirler için de uygulanacağını, bu tür ifadelerin çoğulculuk hoşgörü ve açık fikirlilik üzerine kurulu demokratik toplumun gerekleri olarak askerler için de geçerli olduğuna, derginin disipline ve ordunun etkililiğine karşı bir tehlikeye oluşturduğuna dair somut bilgi ve belgeler sunulmadığından 10.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁷

³⁵ Bu gerçeklik, kanunların güçlülerin delip geçtiği zayıfların takıldığı örümcek ağı olduğu yönündeki görüşü destekler niteliktedir.

³⁶ Enver Bozkurt/Süleyman Dost, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, *SDÜ İİBF Dergisi*, C.7, S.1, 2002, s.69.

³⁷ 19.12.1994 tarihli, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs And Gubi/Avusturya kararı, Başvuru no:1989/15153.

- Akkoç/Türkiye davasında; öğretmen olan Nebahat Akkoç bir yerel gazeteye verdiği mülakatta Milli Eğitim Müdürü tarafından öğretmenlere sözlü olarak kötü muamele edildiğini, tacizde bulunduğunu ve bazen saldırıda bulunulduğunu ifade etmiştir. Bunun üzerine Akkoç'a izinsiz beyanat vermeden dolayı bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiş, AİHM Danıştay tarafından verilen "devlet memurunun görev alanı dışında kişisel görüşlerini açıklamasının suç olmadığı" yönündeki kararın ifade özgürlüğü kapsamında yerinde olduğuna karar vermiştir.³⁸
- Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında; silahlı kuvvetlerin iç düzeni için askeri personele getirilen bir kısım sınırlamaların demokratik toplum için gerekli olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre askeri düzenin, askeri personelin askeri düzeni bozmasına yönelik önlemler alınmadan, yerine getirilmesi imkânsızdır.³⁹
- Grigoriades/Yunanistan davasında; askeri disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması halinde, Sözleşmeciler Devletlerin ifade özgürlüğüne kısıtlamalar koyabilmelerinin mümkün olduğunu ancak ifade özgürlüğünün kışlanın kapısında durmadığını, bu maddenin sözleşmeciler devletlerin egemenlik alanında bulunan diğer insanlara olduğu gibi askerlere de uygulanacağını, ifade edilen görüşler bir kurum olarak bizzat ordunun kendisine karşı yöneltilmiş olsa bile, bu özgürlüğün içini boşaltmaya yönelik uygulama yapılamayacağını belirtmiştir.⁴⁰

Askeri Yargıtay'ın konuyla ilgili bazı kararlarına göre;

- Sanığın, iktidar partisinin çalışmalarını övdüğü, başörtülü insanlara yaşam hakkı tanınmadığı, cumhurbaşkanının nasıl hareket etmesi gerektiği vb. hususlarda hazırladığı mektubu iktidar partisiyle uyumlu çalışmadığını değerlendirdiği Cumhurbaşkanı'na göndermesi siyasi bildiri hazırlamak anlamında suç oluşturmaktadır.
- Sanık astsubayın övdüğü Milli Nizam Partisinin siyasi karakterde olması nedeniyle astlarına bu partiyi övmesi siyasi maksatla şifahi telkinde bulunmaktır.

³⁸ 10.10.2000 tarihli, Akkoç/Türkiye kararı, Başvuru no:1993/22947.

³⁹ 23.11.1976 tarihli, Engel vd./Hollanda kararı, Başvuru no:1971/5100.

⁴⁰ 25.11.1997 tarihli, Grigoriades/Yunanistan kararı, Başvuru no:1994/24348.

- Astsubay olan sanıkların Sosyalist Parti Sivas İl Teşkilatınca düzenlenen geceye parti amblemi taşıyan bilet alarak girmeleri, konuşmaları dinlemeleri vb. eylemleri siyasi faaliyette bulunmak suçunu oluşturur.
- Sanığın, bölücü örgüt lideri için açlık grevi yapılan HADEP Parti İl Başkanlığına giderek iki saat kalması, iki gün sonra yapılacak etkinlik davetiyelerini buradan temin etmesi siyasi maksatla hareket ettiğine delalet etmektedir.
- Sanığın karakoldaki erbaş erlere; İran'ın şeriatla yönetilmesi nedeniyle laikliği kabul eden Türkiye'den ileride olduğu, milliyetçiliğin ve Aleviliğin kötü yollar olduğu vb. yönlerdeki telkinleri siyasi faaliyette bulunmak suçunu oluşturmaktadır.
- Sanığın görev aldığı ve başlangıçta konser niteliğinde olmakla beraber sonrasında kısmen siyasi havaya bürünen konser alanını terk etmemesi etkinliğin başlangıçta siyasi nitelikte olmaması nedeniyle suçun oluşumuna vücut vermez.⁴¹

Başka kararlarında; kaymakam, hâkim, cumhuriyet savcısı ve askerlik şube başkanının bulunduğu sohbet toplantısında kişisel siyasi görüşlerini açıklayan jandarma komutanının özel kastla hareket etmesinin kabul edilemeyeceğine (As. Yrg.1.D. 01.10.1997, 1997/618 Esas, 1997/614 Karar)⁴²; Sanık Asteğmenin milli duygulardan uzak kutlandığını düşündüğü 23 Nisan kutlamaları hakkındaki eleştirilerini içeren mektubun gazetede yayınlanmasının siyasi içerik yokluğu nedeniyle suç oluşturmayacağına (As. Yrg.2.D. 19.04.2006, 2006/543 Esas, 2006/534 Karar)⁴³ hükmetmiştir.

Kararlardaki ortak nokta bu suçun oluşumu için sanığın eylemlerinde mutlaka "siyasi amaç" özel kastının bulunması gerektiğidir. Bu hususun ispat edilememesi halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir.

Siyasetin, ülke yönetimi devlet işlerini yürütme ve yönetme, bu amaçlara varmak için izlenen yöntem olduğu dikkate alındığında askerleri siyasetten tamamen uzak tutmanın çok da mantıklı ve müm-

⁴¹ Karar özetleri için bkz. Cihan Koç, TSK İç Hizmet Kanunu, Askeri Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, 23.Baskı, 2016, Ankara, s.790-792.

⁴² Yayınlanmamıştır.

⁴³ Yayınlanmamıştır.

kün olmadığı görülmektedir. Siyasilerin ülke yönetiminde izlediği yöntemlerin askerleri öncelikle vatandaş olarak sonrasında ise asker olarak yakından ilgilendirmesi ve etkilemesi karşısında askerlerin siyasete yönelik eleştiri hakkının olmadığını kabul etmek onları kul köle yerine koymak olacaktır.

Türkiye özelinde düşünüldüğünde, 1984 yılında başlayan ve binlerce sivil, korucu, asker ve polisin hayatına ve sağlığına mal olan bölücü terör sorununu çözecek politikalar üretmek siyasetin öncelikli görevidir. Terörün nedenlerini ortaya koyacak, kalıcı çözüm yolları üretecek yani önce teşhis edecek sonra uygun tedavi uygulayacak olan elbette ülkeyi yöneten siyasilerdir. Ancak sorunu temelden çözmek yerine askere silah ve para vererek onun savaşmasını ve ölmesini beklemek onun vatandaş olduğunu inkâr ederek askeri tebaa olarak görmek anlamına gelir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Düşünme yeteneğinin ve aklın sonucu olan ifade özgürlüğünün insanı diğer canlılardan ayıran en önemli özellik olduğu konusunda kuşku yoktur. Bu konu 1924'ten itibaren Türk Anayasalarında yerini almış, ikinci dünya savaşından sonra modern dünyaya ayırıcı özelliğini veren uluslararası karar ve sözleşmelerle gelişmiştir.

Sözleşmedeki diğer haklardan farklı olarak kişilere hak yanında görev de yükleyen ifade özgürlüğü, sınırsız olmayıp her hak gibi bazı sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamaların bir sonucu da belli statüde olanların ifade özgürlüğünden diğer bireylere göre daha az yararlanmasıdır. Sınırlamaya tabi başta gelen gruplar yargı mensupları, askeri personel ve diğer memurlardır.

Yargı, istihbarat ve silahlı kuvvetler gibi belirli devlet memurlarına mutlak ve sınırsız bağlılık ve gizlilik kısıtlamaları getiren her türlü mevzuat İHAS 10. maddeyi ihlal eder niteliktedir.⁴⁴ Türk yargı kararlarına da aynen aktarıldığı gibi ifade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulcu-

⁴⁴ Macovei, age, s.41.

luğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Kaldı ki herkesin hemfikir olduğu düşünceyi korumak için yasal düzenlemeye ihtiyaç yoktur ve ifade özgürlüğü farklı fikirlerin korunması için vardır.

Anayasa; seçme ve seçilme, dernek kurma ve üye olma, siyasi partilere üyelik, sendika kurma ve üye olma gibi haklar yanında idare tarafından kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran müeyyide yasağı, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması, yükseköğretim kuruluna bağlılık ve kanunsuz emrin yerine getirilmesi hususlarında askeri personel bakımından farklı düzenleme yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Nitekim askerlerin görevden istifa etmedikçe seçimlerde aday olamayacakları, seçimden sonra görevlerine geri dönemeyecekleri, siyasi partilere üye olamayacakları, sendika kuramayacakları ve üye olamayacakları tamamıyla yasaklanmışken derneklere üye olmaları ise belli şartlar altında izne tabi kılınmıştır.

Sözleşme ve Anayasada ifade özgürlüğünün herkes tarafından kullanılacağı belirtilmiş, askerlerin ifade özgürlüğü bakımından kısıtlanmasına ilişkin doğrudan bir hükme yer verilmemiştir.⁴⁵ Buna karşın gerek Askeri Ceza Kanunu'nda gerekse TSK Disiplin Kanunu'nda siyasi partiye girme, üye olma, etkinliklerine katılma, dernek ve vakıflara izinsiz üye olma konularında yaptırımlara yer verilerek dolaylı bir kısıtlamaya gidilmiştir. Askerlik mesleğinin diğer mesleklere göre farklı gereklerinin olması karşısında askerlerin bazı sınırlamalara tabi olması makul olmakla birlikte bu sınırlamaların meşru amaç gütmesi, ölçülü olması, zorunlu olması ve kanunla düzenlenmesi şarttır. Bireysel ve toplumsal gelişme ve değişimin temel şartlarından olan ifade özgürlüğünün kullanılması asıl sınırlanması istisna olmalıdır.

Ülkelerini korumakla görevli askerler demokratik ülkelerde neicede bir vatandaşlardır, vatandaşların sahip olduğu tüm anayasal temel hak ve özgürlüklere sahiptirler.⁴⁶ Sözleşmenin en üst uygulayı-

⁴⁵ Mehmet Yüksek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları, *TAAD*, S.25, s.151.

⁴⁶ 02.09.1996 tarihli Vogt/Almanya kararı, Başvuru no.17851/91. Devlet memurlarının devlete sadakat görevi getirmesi statüleri göz önüne alındığında meşru olsa da, devlet memurları da birer bireydir ve bu nitelikleriyle AİHS'in 10.maddesi'nden yararlanmaya hak kazanırlar. Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C.I, II, Avrupa Konseyi ve Yargıtay Başkanlığı Yayınları, I.Baskı, 2013, s.220.

cısı olan AİHM, askeri disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması halinde, Sözleşmeci Devletlerin ifade özgürlüğüne kısıtlamalar koyabilmelerinin mümkün olduğunu, bu maddenin sözleşmeci devletlerin egemenlik alanında bulunan diğer insanlara olduğu gibi askerlere de uygulanacağını kısaca ifade özgürlüğünün kışanının kapısında durmadığına dair kararlar vermiştir. AB Adalet Divanına göre de kurumların faaliyetlerine giren alanlarda ve hatta kendilerini istihdam eden kurumların görüşleri ile çatışsa ya da bu görüşlerden ayrılrsa bile personel ifade özgürlüğünden yararlanmalıdır.⁴⁷

İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10. maddesindeki bazı istisnalara tabidir; ancak bu istisnalar dar yorumlanmalıdır ve kısıtlamaların gerekliliği ikna edici bir şekilde ortaya koyulmalıdır.⁴⁸ Temel hak ve hürriyetler söz konusu olduğunda asıl sınırlama değil serbestlik olmalıdır. Askerleri sadece emir alan, "evet, hayır, emredersiniz" dışında kelime kullanmayan, düşünmeyen, düşündüğünü ifade etmeyen ve konuşmayan kişiler olarak görmek çağımız anlayışına uygun düşen bir tarz değildir.

Askerlerin görev alanlarında kendilerini doğrudan ilgilendiren konulardaki siyasi faaliyetleri veya eksiklikleri eleştirmesi, dile getirmesi en doğal haklarıdır. Bu hakkın kullanılması ülkenin savunma sistemine ve ordunun etkinliğine bir tehdit oluşturmadığı sürece engellenmemeli, bilakis gelişim ve değişim için teşvik edilmeli ve koruma altına alınmalıdır. Herkesin olduğu gibi askerlerin de yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı vardır. Bir hata varsa bedelini öncelikle ödemesi gereken o hatayı yapanlardır. Askersen sorgusuz sualsiz öleceksin diye bir kural kabul edilemez. İfade özgürlüğü birey olmanın önde gelen şartıdır, *insan düşüncesiyle vardır ve düşündüğü sürece insandır.*

Vatan senden hayat umar, Sen yaşarsan o canlanır;

*Vatan için ölmek de var, Fakat borcun yaşamaktır.**

⁴⁷ Paul Mahoney, Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Serbest Konuşma Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, AİHM Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Avrupa Konseyi Yayını, s.240.

⁴⁸ 07.12.1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararı, prg.49, Başvuru no.5493/72; 08.07.1986 tarihli Lingens/Avusturya kararı, prg.41, Başvuru no.9815/82; 23.09.1994 tarihli Jersild/Danimarka kararı, prg.37, Başvuru no.15890/89.

* Tefvik Fikret, "Küçük Asker" şiirinden.

Kaynakça

- Alkan Mehmet, 6413 Sayılı TSK Disiplin Kanununun Esasları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.117, 2013, s.167-200.
- Başar Sultan, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlaması, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, Özel Sayı, Ocak Aralık 2015, s.1067-1090.
- Bozkurt Enver/Dost Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, *SDÜ İİBF Dergisi*, C.7, S.1, 2002, s.47-74.
- Can Osman, Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.19, s.503-532.
- Dağı İhsan/Toprak Metin, Türkiye’de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü, Temmuz 2003, Ankara.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C.I, II, Avrupa Konseyi ve Yargıtay Başkanlığı Yayınları, I. Baskı, 2013.
- Duverger Maurice, Siyaset Sosyolojisi, Çeviren: Şirin Tekeli, Varlık Yayınları, 1982, İstanbul.
- Erdagöz Özcan, Askeri Hukukta Disiplinin Tesisi İçin Tutuklama Yetkisi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.12, s.391-425.
- Gölcüklü Feyyaz/Gözübüyük A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, 2016, Ankara.
- Gören Zafer, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.24, s.31-60.
- Karcıoğlu N.Kaan, Demokratik Sistemin Unsuru Olarak İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukukunun Etkisi, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.1, s.451-466.
- Koç Cihan, TSK İç Hizmet Kanunu, Askeri Ceza Kanunu. ... ve İlgili Mevzuat, 23.Baskı, 2016, Ankara.
- Macovei Monica, İfade Özgürlüğü, AIHS’in 10. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitabı-2, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/io-aihs.pdf>
- Mahoney Paul, Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Serbest Konuşma Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, AIHM Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Avrupa Konseyi Yayını, s.239-256.
- Özbey Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, *TBB Dergisi*, S.106, s.41-92.
- Pauliat Helena, Memurlar ve İfade Özgürlüğü, Düşünce Özgürlüğü HFSA-3, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, Mayıs 1998, s.268-273.
- Pekel Abdulkadir, İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVIII, S.2, Nisan 2014, s.367-394.
- Sağlam Abdi, AIHS’ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı, *TAAD*, S.25, s.79-104.

- Sunay Reyhan, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 2001.
- Songu Öktem, Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.15, Özel Sayı, 2013, s.609-650.
- Şahin Kemal, Farklı Özgürlük Anlayışları Çerçevesinde İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi ve Sınırlandırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.
- Şahin Kemal, İfade Özgürlüğü "Hak"ı ve İktidar "Ben" ile Demokrasi Arasındaki Çelişki, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV, S.3-4, s.69-81.
- Turabi Selami, İfade ve Basın Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Nisan 2016, Ankara.
- Yalçın Soner, Galatı Meşhur, Kırmızıkeçi Yayınları, 2016, İstanbul.
- Yaman Murat, TSK Disiplin Kanunu, Adalet Yayınevi, 2013, Ankara.
- Yüksek Mehmet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları, *TAAD*, S.25, s.115-162.
- Düşünce Özgürlüğü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, No.3, Afa Yayıncılık, Mayıs 1998, İstanbul
- AİHM Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2003.
- Cm/Rec (2010)/4 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Silahlı Kuvvetler Mensuplarının Sahip Oldukları İnsan Hakları Konusunda Verdiği Tavsiye Kararı.

TÜRKİYE'DE SEÇME VE SEÇİLME HAKKI BOYUTUNDA YAŞANAN DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİNİN KISA TARİHÇESİ VE BU SÜREÇTE KADİM TÜRK KÜLTÜRÜNÜN ROLÜ

A BRIEF HISTORY OF DEMOCRATIZATION PROCESS
WITHIN THE SCOPE OF RIGHT TO VOTE AND STAND
FOR ELECTION IN TURKEY AND THE ROLE OF THE ANCIENT
TURKISH CULTURE WITHIN THIS PROCESS

Ümit GÜVEYİ*

Özet: Bilindiği üzere demokrasinin dünyadaki gelişimi, zamana bağlı olarak, tedricen yaşanmaktadır. Çok boyutlu niteliği haiz demokratik gelişim sürecinde, seçme ve seçilme hakkının büyük önem arz ettiği aşikârdır. Zira demokrasi, meşhur ve kısa tanımına göre, halkın yönetimidir. Seçme ve seçilme hakkı ise kişilere devlet yönetimine iştirak imkânı tanımaktadır. Bu itibarla seçme ve seçilme hakkı demokrasi bakımından olmazsa olmaz bir unsur niteliğindedir. Çalışmada, seçme ve seçilme hakkı boyutuyla Türkiye'de yaşanan demokratik dönüşüm irdelenmektedir. Bu kapsamda seçme ve seçilme hakkının dönüşümü meselesi, kadim Türk kültüründen itibaren ele alınmak suretiyle demokrasi ile kadim Türk kültürü arasındaki irtibat da tahlil edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Seçme ve Seçilme Hakkı, Demokrasi, Türk Demokrasi Kültürü, Töre ve Demokrasi, Türk Anayasalarında Seçme ve Seçilme Hakkı

Abstract: As is known the development of democracy in the world is progressing gradually over time. It is obvious that the right to vote and stand for election is of great importance in the process of democratic development with multidimensional character. Because democracy according to its famous and brief definition is the rule of the people. The right to vote and stand for election gives people the opportunity to participate in government. In this respect, the right to vote and stand for election is an indispensable element for democracy. The democratic transformation in Turkey in terms of the right to vote and stand for election is examined in the study. In this context, the transformation of the right to vote and stand for

* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, umit.guveyi@idu.edu.tr.

election is discussed from the beginning of the ancient Turkish culture. Thus the interaction between democracy and the ancient Turkish culture is also be analyzed.

Keywords: Right to Vote and Stand for Election, Democracy, Turkish Democracy Culture, Convention and Democracy, Right to Vote and Stand for Election with in the Turkish Constitutions

GİRİŞ

Seçme ve seçilme hakkının dönüşümüne genel olarak bakıldığında, Türkiye’de söz konusu haklar konusundaki gelişim sürecinin artan bir ivmeyle devam ettiğini söylemek mümkündür. Demokratik gelişim olgusunu yalnızca seçme ve seçilme hakkı ile sınırlı olarak değerlendirmek elbette ki yeterli değildir. Demokratik bir devlette, diğer hak ve özgürlüklerin de *hukuk devleti ilkesi* çerçevesinde güvence altına alınması gerekir. Ancak seçme ve seçilme hakkı, halk ya da millet egemenliği olarak adlandırılan anlayışın temelinde yer alması nedeniyle demokratik gelişimin ana iskeletini oluşturmaktadır. Çalışmada, kadim Türk tarihi boyunca yaşanan demokratikleşme süreci, seçme ve seçilme hakkının gelişimi boyutuyla ele alınmaktadır. Bu bağlamda kadim Türk kültürünün Türkiye’de yaşanan demokratik gelişim sürecine olan etkileri, seçme ve seçilme hakkı çerçevesinde irdelenmektedir.

I. SEÇME VE SEÇİLME HAKKININ TANIMI VE NİTELİĞİ

Seçme ve seçilme hakkı, kişiye devlet yönetiminde yer alacak kimse-leri seçebilme imkânı ile birlikte, kişinin kendisinin devlet yönetimine seçilebilmesini mümkün kılan, böylelikle kişinin devlet yönetimine iştirakini sağlayan, siyasal nitelikteki iki ayrı hakkı ifade etmektedir. Bu bağlamda *seçme hakkı*, kişinin devlet yönetimine talip olan adaylara yönelik tercihini yansıttığı bir seçim imkânı sunmaktadır. *Seçilme hakkı* ise kişinin, devlet yönetimine *talip*, seçme hakkına sahip olan kişilerin tercihlerine ise bir *seçenek* olabilmelerini mümkün kılmaktadır.

Seçme ve seçilme hakkından faydalanma yetkisine sahip olan kişinin, diğer bir ifadeyle hak süjesinin, *herkes* değil de yalnızca *vatan-daşlar* olarak belirlenmesi, Batı demokrasilerinin dahi genel eğilimidir. Dünya çapında yalnızca yaklaşık olarak 45 devletin vatandaş olmayanlara da seçme hakkı tanıdığı gözlenmektedir. İrlanda, İskandinav devletleri, Hollanda, Lüksemburg ve Belçika gibi devletler sakinlerine,

vatandaşlık koşulu aramaksızın, *yerel düzeyde* seçme hakkı tanımaktadır.¹ Bu durum, seçme ve seçilme hakkının *tam bir insan hakkı* olarak görülememesine dayanak teşkil etmektedir.² Zira insan hakları, geniş kapsamlı niteliği gereği, salt insan olmak nedeniyle doğuştan sahip olunan hakları ihtiva etmektedir.³ İnsan haklarının süjesi, herhangi bir siyasal sınırlandırmaya gitmeksizin, *herkes* olarak ifade edilebilmektedir. Bu nedenle seçme ve seçilme hakkını, insan haklarından ayırmak adına, *kamu hürriyetleri kapsamında yer alan bir vatandaşlık hakkı* olarak değerlendirmek (nitelendirmek) mümkündür.⁴

Seçme ve seçilme hakkı, kişinin devlet yönetimine katılımını sağlaması hasebiyle *aktif statü hakları, siyasal haklar ya da katılma hakları* gibi sınıflara da dâhil edilebilmektedir. Bir diğer sınıflandırma olan *klasik hak-sosyal hak* ayırımına göre ise seçme ve seçilme hakkının *siyasal hak* olması nedeniyle *klasik haklar* kategorisinde yer aldığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan seçme ve seçilme hakkının ortaya çıkış sürecine göre *birinci kuşak haklar* arasında yer aldığı da kabul edilmektedir.⁵ Ancak bahse konu hak sınıflandırmalarının, aynı hakkın birden fazla sınıflandırmaya girebilmesi nedeniyle günümüzde önemini yitirdiği ve mutlak olmadığı unutulmamalıdır.⁶

II. SEÇME VE SEÇİLME HAKKININ DEMOKRASİ BAKIMINDAN İHTİVA ETTİĞİ DEĞER

Egemenlik anlayışının *teokratik* yaklaşımdan uzaklaşarak *demokrasi* yönündeki gelişimi, *halk egemenliği* ya da *millet egemenliği* olarak anılan günümüz *demokratik egemenlik anlayışının* ortaya çıkışına zemin hazırlamıştır.⁷ Gerek halk egemenliği gerekse millet egemenliği anlayışının günümüzde kazandığı ortak nitelik, *demokratik temsil* kurumu-

¹ Sarah Song, "Democracy and Noncitizen Voting Rights", *Citizenship Studies*, Cilt 13, 2009, s. 608, <http://dx.doi.org/10.1080/13621020903309607>, (06.06.2017).

² Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara 2012, (İnsan Hakları), s. 267-268.

³ Anıl Çeçen, *İnsan Hakları*, Gündoğan Yayınları, Ankara 1995, s. 26.

⁴ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları*, Ankara 1993, s. 11-12.

⁵ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku: Kavram, Uygulama, Hak ve Ödevler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 61-65.

⁶ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* Cilt 2, Legal Yay. İstanbul 2012, s. 674; Kalabalık, s. 59.

⁷ Şeref İba, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 53.

na duyulan ihtiyaçtır. Bu nedenle demokrasi bakımından seçme ve seçilme hakkının *sine qua non* (olmazsa olmaz) bir nitelik taşıdığını peşinen belirtmek gerekir. Öyle ki seçme ve seçilme hakkı, demokrasinin farklı tanımlarının kesişen ortak değeridir. Bu durumu kısaca izah etmek için demokrasi tanımlarında esas alınan *normatif tanım* ile *ampirik (deneysel) tanıma* özetle değinmek gerekir.

Normatif demokrasi, etimolojik bir yaklaşımla, *halkın yönetimi* olarak anlaşılmaktadır.⁸ 18’inci yüzyıla kadar demokratik bir uygulamanın ancak küçük ölçekli topluluklarda uygulanabileceği görüşü hâkim kalmıştır.⁹ Örneğin *Rousseau*’ya göre demokrasi, yurttaşların büyük bir kısmının devlet yönetiminde yer aldığı bir hükümet modeli olarak tanımlanmaktadır. *Rousseau*, büyük ölçekli toplumlarda halkın her bir siyasi mesele ile ilgili olarak bir araya gelebilmesi mümkün olmadığı için gerçek anlamda demokrasinin uygulanamayacağını ifade etmektedir.¹⁰ Benzer şekilde *Montesquieu*, yönetim yetkisinin tüm millete ait olduğu cumhuriyet hükümetini bir demokrasi olarak tanımlamakta ve *doğrudan demokrasi* uygulamalarını desteklemektedir. *Montesquieu*’ya göre, millet layıkıyla yapabileceği her şeyi bizzat yapmalıdır ve demokrasilerde halkın memurları bizzat seçmesi temel bir kuraldır.¹¹ Başta etkili olan ve *temsil* kurumundan mümkün olduğunca arındırılmış bahsi geçen *doğrudan demokrasi* anlayışı, özellikle Amerika’da 18’inci yüzyılın sonlarına doğru toplanan meclislerdeki *temsil* uygulamaları ile birlikte etkisini büyük ölçüde kaybetmiştir. 19’uncu yüzyıla gelindiğinde ise temsil kurumunun demokrasi bakımından gerekli olduğu açıkça kabul edilir hale gelmiştir.¹² Böylelikle siyasal sistemlerdeki ölçek genişlemesi neticesinde seçme ve seçilme hakkı, günümüzde temsil kurumuna muhtaç hale gelmiş olan demokrasi bakımından adeta bir zorunluluk halini almıştır.¹³

⁸ Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş* (Çev. Tunçer Karamustafaoglu ve Mehmet Turhan), Sentez Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 39; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi*, Ankara 2015, (Anayasal Demokrasi), s. 244.

⁹ Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 124.

¹⁰ Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Ahmet Şensilay), Anahtar Yayınevi, İstanbul 2010, s. 116-120.

¹¹ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınları, İstanbul Tarihsiz, s. 50.

¹² Robert Alan Dahl, *Demokrasi Üzerine* (Çev. Betül Kadioğlu), Phoenix Yayınları, Ankara 2010, s. 108-109; Uygun, s. 125-126.

¹³ Cem Eroğul, *Anatüzeeye Giriş* (“Anayasa Hukuku”na Giriş), İmaj Yayınevi, Anka-

Deneysel demokrasi ise demokrasinin mevcut uygulamalardaki somut niteliklerini ortaya koymaktadır. Bu itibarla demokrasinin deneysel tanımında; siyasal makamların seçimlerle belirlenmesi, muhalefetin iktidar olabileme imkânının bulunması, seçimlerin belirli aralıklarda, serbest ve adil olarak düzenlenmesi gibi şartlar yer almaktadır. Söz konusu şartlar açıkça *demokratik seçim* hususuna vurgu yapmaktadır.¹⁴

Seçim, seçme ve seçilme hakkı da dâhil olmak üzere çok boyutlu bir niteliği haizdir. *Demokratik seçimler* en kısa ifade ile özgür ve adil seçimler olarak tanımlanabilir. Devlet, kişiler ve siyasal partiler demokratik seçimlerin tesisi bakımından farklı yükümlülöklere tabidirler. Seçimlerin demokratik (ya da özgür ve adil) bir nitelik kazanabilmesi için taşınması gereken şartlar, yalnızca oy hakkının demokratik ilkeleri ile sınırlı değildir. Bunun yanında, seçme ve seçilme hakkına doğrudan ya da dolaylı olarak etki eden hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvence altına alınması da gerekir.¹⁵

Seçme ve seçilme hakkının demokrasi bakımından taşıdığı hassasiyet ve önem, uluslararası insan hakları belgelerinde ayrıca perçinlenmektedir. 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler (BM) tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) m. 21 kapsamında, seçme ve seçilme hakkı tanımlanmaktadır. Söz konusu maddenin ilk fıkrası kapsamında, serbest seçim ve yönetime katılma hakkına değinilmekte, ikinci fıkrasında kamu hizmetine girme hakkı korunmakta ve son fıkrasında ise halk egemenliğı ile demokratik seçimlere yer verilmektedir.

Bilindiğı üzere İHEB, insan haklarına yönelik bir *ilkeler bildirisi* olması itibariyle bağlayıcılık taşımamaktadır. BM, İHEB sonrasında taraf devletler için hukuken bağlayıcı olan iki ayrı uluslararası sözleşme daha kabul etmiştir. Bu sözleşmelerden biri olan *Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS)*, 1966 yılında kabul edilmiş ve

ra 2012, s. 91-92.

¹⁴ Deneysel demokrasinin unsurları için ayrıca bkz. Dahl, s. 99-100; G. Bingham Powell, *Çağdaş Demokrasiler: Katılma, İstikrar ve Şiddet* (Çev. Mehmet Turan). Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasal İlimler Derneğı Ortak Yayını, Ankara 1990, s. 5; Erdoğan, *İnsan Hakları*, s. 312-317; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 634-637.

¹⁵ Ümit Güveyi, *Demokratik Devlet İlkesi Çerçevesinde Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 48-59.

kabul edilmesinden yaklaşık 10 yıl sonra yürürlük kazanabilmiştir.¹⁶ MSHS m. 25 kapsamında, seçme ve seçilme hakkı güvence altına alınmaktadır. Sözleşme kapsamında ayrıca bir denetim mekanizması da işletilmektedir.¹⁷

Uluslararası insan hakları belgeleri gibi bölgesel insan hakları düzenlemeleri de seçme ve seçilme hakkına yer vermektedir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 1 Numaralı Protokol m. 3, *demokratik seçim hakkını* güvence altına almaktadır. Bahse konu 3’üncü maddeye ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında, seçme ve seçilme hakkının demokrasi bakımından taşıdığı öneme yapılan belirgin vurgular mevcuttur. Mahkemeye göre, 3’üncü madde kapsamında güvence altına alınan haklar, *hukukun üstünlüğü* ilkesinin hâkim olduğu, *etkin ve anlamlı bir demokrasinin* ortaya çıkışına temel teşkil etmektedir. AİHM, 3’üncü madde kapsamında seçme ve seçilme hakkının da güvence altına alındığını ifade etmektedir.¹⁸

Gerçekleştirilmeye çalışılan bu kısa değerlendirme neticesinde, seçme ve seçilme hakkının, günümüz demokrasi anlayışının (teoriden, pozitif düzenlemeye ve uygulamaya kadar) farklı boyutlarında, emsalsiz bir değer kazandığını söylemek mübalağa olmayacaktır. Buraya kadar değinilen konular çerçevesinde, seçme ve seçilme hakkı ile demokrasi arasındaki ilişki, elden geldiği ölçüde özetle tasvir edilmeye çalışılmıştır. İşbu kısa girizgâh sonrasında, çalışmanın devamında ise seçme ve seçilme hakkı boyutuyla yaşanan evrensel nitelikli demokratik gelişimin Türkiye ölçeğindeki görünümü ele alınmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda tarihsel bir yaklaşım çerçevesinde demokrasi anlayışının kadim Türk kültüründeki yeri ortaya konmak istenmektedir.

III. KADİM TÜRK KÜLTÜRÜNDE DEMOKRASİ ANLAYIŞININ TEMEL İZLERİ

Genel olarak İslamiyet öncesi Türk devletlerinde, *monarşik* bir yapı olmakla birlikte, hükümdarın iktidarının toplum nezdinde aranan

¹⁶ Kapani, s. 65-66.

¹⁷ Denetim mekanizması için bkz. İnsan Hakları Komitesi, “Human Rights Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact Sheet No. 15 (Rev. 1)”, United Nations- Turkey Resmi İnternet Sitesi, <http://www.un.org.tr/humanrights/vp/resources/civil-and-political-rights.php> (07.06.2017).

¹⁸ AİHM, Davydov and others v. Russia (Başvuru No: 75947/11 Karar Tarihi: 30.05.2017), Par. 271-272, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-173805> (07.06.2017).

meşruiyet dâhilinde kısmen sınırlandırıldığı söylenebilir.¹⁹ Eski Türk devletlerinde, devlet yönetiminde etkin rol üstlenen bir takım meclislerin de var olduğu bilinmektedir. Örnek vermek gerekirse Asya Hun İmparatorluğu'nda, M.Ö. 209 yılından itibaren, senenin farklı zamanlarında, farklı mahiyette toplantıların düzenlendiği bilinmektedir. Bu toplantılardan ilkbahar döneminde tertiplenen toplantıda (mecliste), yasama faaliyeti ve hükümdarlık (tanhu) seçimi de dâhil olmak üzere, önemli siyasal konularda müzakerelerde bulunulmaktaydı. Söz konusu meclisin, zaman içinde Türk tarihinde önemli bir yer edinen *toy* adlı devlet meclisine dönüştüğü kabul edilmektedir. Göktürk ve Uygur Devletleri'nde aynı meclisin benzer geniş yetkilere sahip olarak varlığını sürdürdüğü bilinmektedir. Bahsi geçen *toy* adlı meclise katılan kimselerin *toy üyesi* anlamına gelen *toygun* kelimesiyle anıldığı ve *toygun*ların birçoğunun hükümdar ailesine mensup olmayan kişilerden olduğu ifade edilmektedir.²⁰ Dolayısıyla *toy* adlı meclisin organik yapısının, salt *aristokratik* bir yapıdan uzak bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu olgu bahse konu meclisin, hem işlevsel hem de organik bakımdan öncü demokratik *bir model* niteliğinde bulunduğunu anlamına gelmektedir.

Eski Türk devletleri, organik olarak *boy* ya da *birlik* denilen daha küçük topluluklardan oluşmaktadır. *Boy* ya da birliğin başında bulunan *baş* ya da *bey*, sürekli savaş halinde olan boyunun güvenliğinden sorumludur. Bu itibarla kişi, askeri başarıları çerçevesinde toplulukta ön plana çıkmakta ve komutan olmasının büyük etkisiyle *beylik* ya da *başlık* sıfatını kazanabilmektedir. *Hun Devleti'*nde *hakan* seçimi için il beylerinden oluşan bir *seçim kurultayı* ile birlikte ayrıca *seçim toyu* da toplanmaktadır. *Hakan* seçimi için tertiplenen bu toplantıya (*toya*) halkın da iştirak etmesi, çağın diğer devlet uygulamalarına (örneğin Çingiz Han Devleti'ne) göre daha demokratik bir nitelik taşımaktadır. Diğer taraftan bu uygulama, Türk kültüründe *hakan ile halk arasındaki münasebete* ve *meşruiyete* verilen önemi de açıkça göstermektedir.²¹

¹⁹ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 10.

²⁰ İbrahim Kafesoğlu, *Türk Millî Kültürü*, Ötüken Neşriyat, İstanbul 1998, s. 259-263.

²¹ Bahaeddin Ögel, *Türklerde Devlet Anlayışı - 13. Yüzyıl Sonlarına Kadar-*, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2016, s. 87-93.

Türk kültürünün derin temellerinde yer alan *meclise dayalı yönetim sisteminin* ortaya çıkışında töre ilkelerinin etkisi büyüktür.²² Başer’e göre töre, yalın bir biçimde *kanun* olarak anlaşılmalıdır. Yazara göre töre, aynı zamanda *kâinat düzeni* anlamına da gelmektedir. Törenin esas kaynağı, Tanrı olarak kabul edilmektedir. Organik temeli dinsel niteliği haiz bulursa da törenin *akıl merkezli* ilkeleri, Türk devletlerinin *laik* bir görünüm kazanmalarına neden olabilmıştır.²³

İslam öncesi Türk devletlerinde egemenlik, tanrısal kaynaklı görülmekteydi. *Kut* olarak adlandırılan siyasal egemenliğin, Tanrı (Gök Tanrı) tarafından hükümdar ailesine bahşedilmiş olduğu farz edilirdi.²⁴ Ancak tanrısallığına inanılmış olsa dahi bu dönemdeki egemenliğin *teokratik* bir nitelik taşımadığı kabul edilmektedir. Zira *Arsal*’ın ifade ettiği üzere, ancak dini teşkilat devlet teşkilatından üstün, devlet dine tabi ve siyasal iktidar ruhani sıfatı haiz kimselerde ise *teokratik* bir devletten söz edilebilir. *Yarı teokratik* devletlerde ise devlet dini teşkilattan üstün olmakla birlikte, siyasal kararlarda dinin ya da din ulemasının nüfuzu büyük rol oynamaktadır. Bir devlette, din ve devlet işleri birbirinden ayrılmış, vicdan ve din hürriyeti hâkim kılınmış ve devlet tüm dinlere tarafsız bir şekilde bulunmakta ise bu devlet *laik* bir devlet olarak nitelendirilebilmektedir. İslam öncesi Türk devletlerinde ise teokratik niteliğin bir delili sayılan, hükümdarın dini lider vasfını üstlendiği hiç görülmemiştir.²⁵

Töre gereği, Türk kültüründe hükümdar tabiri caizse *halkın hizmetkârı* olarak görülmüş, keyfi yönetim bu bağlamda peşinen reddedilmiştir.²⁶ Töre sayesinde eski Türk devletlerindeki siyasal yapı, *demokratik* bir yönetime yaraşır biçimde hoşgörülü, serbest ve adil bir niteliğe bürünebilmiştir.²⁷ Töre, *halka hizmet etmektedir*.²⁸ Bu suretle töre, esasen demokrasi lehine tavır almaktadır. Törenin söz konusu demok-

²² Mehmet Saray, “İslam Öncesi Türklerde Demokrasi ve Parlamento Anlayışı”, Cumhuriyet Dönemi Demokratikleşme Faaliyetleri Sempozyum Bildirileri 28 Ekim 2005-İstanbul, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2010, s. 13.

²³ Sait Başer, Kutadgu Bilig’de Kut ve Töre, İrfan Yayınevi, İstanbul 2011, s. 115, 175.

²⁴ Ögel, s. 75-82.

²⁵ Sadri Maksudi Arsal, “Teokratik Devlet ve Lâik Devlet”, Tanzimat 1, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1999, s. 59-76.

²⁶ Yusuf Has Hacıb, Kutadgu Bilig (Çev. Ayşegül Çakan), İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2017, Beyit 2147, 2160, 2161.

²⁷ Saray, s. 4-5.

²⁸ Başer, s. 41-42.

ratik ilkeleri, doğal olarak Türk siyasal yaşamının kurumsal yapısını da etkilemiş, böylelikle *zamanına göre* demokratik niteliği haiz sayılabilecek olan kurumların ortaya çıkışını mümkün kılabilmiştir.

IV. İSLAMİYET'İN TÜRK DEMOKRASİ GELENEĞİNE ETKİSİ

Karahanlı Devleti'nden önce de Türkler, küçük gruplar (aileler) halinde Hilafet hizmetine katılarak, İslamiyet ile tanışmışlardır. Bununla birlikte Türklerin topluca, bir devlet boyutunda İslamiyet'i ancak Karahanlı Devleti döneminde kabul ettikleri bilinmektedir.²⁹ Bu dönemden sonra, İslamiyet ile geçmiş dönemin demokratik temelleri kaynaşmak durumunda kalmıştır. *Büyük Selçuklu Devleti'*nde devlet yapılanmasında, İslamiyet öncesi yönetim geleneklerinin büyük oranda muhafaza edildiği gözlenmektedir. 1057 yılında Bağdat'a giren *Tuğrul Bey*, egemenliği halifeden almıştır. Ancak bu dönemde, hükümdardan ayrı olarak *halife, dini otorite* sıfatıyla varlığını halen korumaktadır. Selçuklu hükümdarları, İslami kurallar çerçevesinde devleti yönetmişler, dünyevi iktidarın kendilerinde, dinsel iktidarın ise halifede olduğunu kabul etmişlerdir. Bu durum, İslam devlet başkanı adına okutulan dua da (hutbe) halifenin zikredilmesi ve fakat paranın ise hükümdar adına basılması yönündeki uygulamadan anlaşılabilir.³⁰ Söz konusu nitelikleri itibariyle Selçuklu Devleti'nin de (İslam öncesi Türk devletleri gibi) teokratik bir nitelik taşımadığını söylemek mümkündür.

Osmanlı Devleti ise *teokratik* bir devlet olarak nitelendirilebilmektedir.³¹ Osmanlı Devleti kurulduğunda *halifelik* kurumu, 1258 yılında, Moğollar tarafından sona erdirilmişti. Bu bağlamda, Osmanlı Devleti'nin ilk zamanlarında devlet yapısının *teokratik* bir yapıdan uzak bulunduğunu kabul etmek mümkündür. Öyle ki başlarda Osmanlı Devleti, devlet yönetiminde Selçuklu geleneğini büyük ölçüde takip etmiştir. *Fatih Sultan Mehmet* ile birlikte, Osmanlı Devleti'ndeki egemenlik anlayışı olgunlaşmış ve kuvvetlenmiştir. *Yavuz Sultan Selim* döneminde, Mısır'ın fethedilerek orada bulunan sözde halifeliğin sona erdirilmesi ise Osmanlı Devleti'nde *mutlak hükümdar* modelinin ortaya

²⁹ Kafesoğlu, s. 356.

³⁰ Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, Ankara 2002, s. 148-151.

³¹ Cem Eroğul, Anatüzeve Giriş ("Anayasa Hukuku"na Giriş), İmaj Yayınevi, Ankara 2012, s. 176.

çıkması olarak değerlendirilmektedir. 18’inci yüzyılda, padişahların halife sıfatını da almaları ise dünyevi ve dinsel iktidarın hükümdar nezdinde birleşmesi demektir. Bu durum aynı zamanda, Osmanlı Devleti’nin *teokratik* bir surete bürünmesi ve İslam öncesi eski Türk anlayışından uzaklaşması anlamına da gelmektedir.³²

Ancak söz konusu uzaklaşma durumunun, demokratik temellerden de uzaklaşma yahut demokrasi geleneğinden bir kopuş şeklinde anlaşılması gerekir. Zira İslamiyet, demokrasiden ve demokratik kurumlardan uzak bir din değildir. Bu durumun açık bir göstergesi olarak, kelime manasıyla *danışma, söyleşme, görüş ve düşünce alma* anlamına gelen ve İslam yönetim anlayışının esaslarından biri olarak kabul edilen şûra *ilkesi* önem arz etmektedir. Şûra anlayışı, İslamiyet’in kabulü ile birlikte kadim Türk devlet geleneğinde hali hazırda var olan *istişare* geleneğini perçinlemiştir.³³

İslamiyet’in kabulü, Türk devletlerinde zamanla *teokratik* bir yapının yerleşmesine yol açmıştır. Başlarda teokratik yapıya karşı direnç gösteren kadim anlayış, ülke ölçeğinin genişlemesi nedeniyle merkezi otoriteye duyulan ihtiyaca bağlı olarak değişime uğramıştır. Buna rağmen, yukarıda kısaca değinilen İslamiyet öncesi dönemden kalma *kadim demokrasi geleneği*, İslamiyet sonrası dönemde *meşveret* yöntemi ve hatta yasama meclisleri gibi yeni usullerin Türk siyasal yaşamında yer edinmesine ayrıca dayanak oluşturmuştur.³⁴ Özetlemek gerekirse İslamiyet’in kabulü ile birlikte, kadim Türk demokrasi anlayışının kaybolmadığı ve hatta *danışma ya da tartışma kültürü* yönüyle kuvvetlendiğini söylemek mümkündür.

V. OSMANLI DEVLETİNDE MEŞVERET YÖNTEMİ VE İLK SEÇİMLER

Meşveret, devlet sorunlarının bir mecliste tartışılması anlamına gelmektedir. Osmanlı İmparatorluğu döneminde meşveret, yeni bir padişahın tahta geçişi ya da büyük devlet bunalımları gibi mühim

³² Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 170-171.

³³ Ayhan Ceylan, “Meşrutiyete Bir Dayanak Olarak Meşveret Düşüncesi”, 100. Yılında II. Meşrutiyet Gelenek ve Değişim Ekseninde Türk Modernleşmesi Uluslararası Sempozyumu 22-24 Ekim 2008 Bildiriler, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 52, 54.

³⁴ Saray, s. 13.

olaylar nedeniyle tertiplenmektedir. Söz konusu yöntem, hükümdarlığa bir sınırlama getirir niteliği haiz değildir. Diğer taraftan meşveret, teşekkülü itibariyle demokratik temsilden de uzak bir yapıdır. Zira oluşumunda halkın temsilcileri bulunmamakta olup, devlet yönetiminde çalışmış ya da çalışmakta olan kişiler yer almaktadır.³⁵ Padişah iradesine dayalı olarak toplanan meclis, aynı şekilde salt padişah iradesi ile feshedilebilmektedir. Esas itibariyle yalnızca *istişari görüş* bildirme konusunda yetkilendirilmiş olan meşveret meclisi, Avrupa'da mevcut anayasal monarşilerde kurulu yasama meclislerinden son derece uzaktır.³⁶ Bununla birlikte, toplantıya katılanların özgürce tartışabildikleri ve görüş beyan edebildikleri kabul edildiğinde, en azından işleyiş açısından meşveret yönteminin, ilkel de olsa demokrasiye katkı sunan bir yöntem olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.³⁷ Bu itibarla *meşveret* yöntemi Türk demokrasinin temellerinde yer alan tarihi bir uygulama niteliğini haizdir.

Osmanlı Devleti'ndeki *hak* kavramının 1876 Anayasası'ndan önce de var olduğu bilinmektedir. Kuruluş döneminden 16'ncı yüzyılın sonlarına kadar Osmanlı Devleti'nde, Batı'da mevcut temel haklara benzemeyen tek bir hakkın var olduğu söylenebilmektedir. Bu hak Mumcu tarafından, *vatandaşın devletten adalet talep etme ve ya adaletsizlikleri gidermeyi isteme hakkı* olarak ifade edilmektedir. Adaletli davranmak, Osmanlı hükümdarlarının en temel görevi olarak görülmektedir. Temel hakların korunması adına büyük anlam ifade eden *adalet* ilkesinin varlığına rağmen Osmanlı Devleti'nde, temel haklar için *olmazsa olmaz (sine qua non)* bir diğer unsur olan *eşitlik ilkesinin* varlığından söz edilememektedir. 16'ncı yüzyılın sonlarına kadar, dönemin şartları ve zamanın ileri toplumlarındaki eşitsizlik durumu göz önüne alındığında, Osmanlı Devleti'ndeki bahsi geçen eşitsizlik hali maruz görülebilmektedir. Ancak Batı'da 17 ve 18'inci yüzyıllarda yaşanan hak ve özgürlüklerin gelişim sürecinden Osmanlı Devleti müspet herhangi bir etki alamamıştır. Buna ek olarak aynı dönemde, Osmanlı Devleti'ndeki adalet ilkesi de dâhil olmak üzere devlet yapısının ciddi anlamda yıprandığı görülmektedir.³⁸

³⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 216.

³⁶ Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2017, s. 289.

³⁷ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 216.

³⁸ Ahmet Mumcu, "Osmanlı Devletinde 1876 Anayasasına Değin Temel Hak ve Öz-

İşte bu olumsuz gelişmelerin yaşandığı bir dönemde, Osmanlı Devleti’nde, meşveret usulünün kurumsal karşılığı, ilk önce *Divan-ı Hümayun* olarak ortaya çıkmıştır. *Divan-ı Hümayun*, *Fatih Sultan Mehmet’e* kadar her gün toplanırken, 17’nci yüzyıl itibariyle toplantıları iyice seyrekleşmiş ve işlevsel bakımdan zayıflamıştır. 18’inci yüzyılda *Divan-ı Hümayun* fiilen işlevini yitirmiş ve varlığını yalnızca bir *merasim aracı* olarak koruyabilmiştir.³⁹ Söz konusu *kurumsal aşınma* olgusu, Osmanlı Devleti’nin gerileme döneminde uğradığı en hayati kayıplardan biri olarak kabul edilmektedir.⁴⁰

III. *Selim’in* giriştiği reformların başında, meşveret usulünün etkinleştirilmesi gelmektedir. Bu bağlamda, *Divan-ı Hümayun’un* yokluğunu telafi etmek amacıyla 1789’da *Meclis-i Meşveret* kurulmuştur.⁴¹ *Kubalı*, söz konusu gelişmeye *meşrutiyet rejimini hazırlayan bir girişim* olarak değer atfetmektedir.⁴² Gerçekten de *Yeni Osmanlılar* düşüncesine göre, devletin kötü gidişatının asıl nedeni keyfi yönetime bağlanmaktaydı. Keyfi yönetimin Batı uygulamalarındaki etkin bir parlamenter sistem ile aşılabileceği düşünülmekteydi. Bu bağlamda kurulmak istenen yeni, yasama meclisli (parlamentolu) sistem (diğer adıyla *meşrutî monarşi düzeni*) İslami kökeni bulunan meşveret yöntemine dayandırılmak suretiyle meşrulaştırılmaya çalışılmıştır.⁴³

II. *Mahmut*, devlet sisteminde devam eden çöküşün engellenmesi için bir dizi reforma gidilmesi gerektiğinin farkına varmıştır. Bu dönemde, III. *Selim* zamanındaki *Meclis-i Meşveret*, idari, adliye, eğitim ve ordu alanlarında faaliyet gösteren ve süreklilik arz eden, *Dâr-ı Şûra-yı Bâb-ı Âlî*, *Meclis-i Ahkâm-ı Adliye* ve *Dâr-ı Şûra-yı Askerî* adlı üç farklı meclise evrilmiştir.⁴⁴ Böylece meşveret usulünün demokratikleşme yolundaki etkisi, kurumsal boyuttaki yansımalarını sürdürmüştür.

gürlükler ile 1876 Anayasasının Temel Yapısı”, Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Ajans - Türk Gazetecilik ve Matbaacılık Sanayii Yayınları, Ankara Tarihsiz, s. 33-35.

³⁹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 213-214.

⁴⁰ Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015, s. 23.

⁴¹ Tanör, s.36-37; Berkes, s. 91.

⁴² Kubalı Hüseyin Nail, Türk Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, Tan Matbaacılık, İstanbul 1960, s. 46.

⁴³ Ceylan, s. 56-57.

⁴⁴ Berkes, s. 173-174.

II. *Mahmut* vefat etmeden önce, döneminde tanıklık ettiği devlet kurumlarındaki bozulmayı ifade eden ve bu aşınmanın engellenebilmesi için uygulanması gereken bir dizi çareyi içeren bir ferman tasarlamıştır. Ancak kendisi, söz konusu fermanı ilan ettirmeden vefat etmiştir. Sonrasında tahta çıkan *Abdülmecit*, bahse konu fermanın son şeklini *Mustafa Reşit Paşa*'ya hazırlatmış ve 3 Kasım 1839 günü *Gülhane Parkı*'nda ilan ettirmiştir.⁴⁵ *Gülhane Hatt-ı Hümayunu* ya da *Tanzimat Fermanı* olarak adlandırılan bu *Ferman*, bir anayasa olmasa dahi *anayasal nitelikte bir belge* olarak önem arz etmektedir. *Tanzimat Fermanı*, kendi kendini sınırlama yöntemi dâhilinde *sınırlı iktidar* anlayışını ve demokratik tartışma ortamı olarak meşveret yönteminin yeniden etkinleştirilmesini öngörmektedir. Bu bağlamda *Tanzimat Fermanı*, parlamentolu rejime geçişin habercisi olarak nitelendirilebilmektedir.⁴⁶

Tanzimat döneminde, çok sayıda reforma imza atılmışsa da yeni bir anayasa ilan edilerek meşruti bir rejime geçiş sağlanamamıştır. *Abdülmeccid*'in vefatı sonrası (1861) tahta çıkan *Abdülaziz* bir takım yasal düzenlemeler yapsa dahi Tanzimat hareketinin destekçilerini tamamen memnun edememiştir. *Abdülaziz* tahtan indirilerek 1876 yılında yerine önce *V. Murad* sonra da yine aynı yıl *Abdülhamid* getirilmiştir. *Abdülhamid* tahta çıktıktan sonra, 1876 yılında, ilk anayasa olan *Kanun-u Esasî*'yi (1876 Anayasası) ilan etmiştir.⁴⁷ 1876 Anayasası ile birlikte, Osmanlı Devleti'nin ilk yasama meclisi olan *Meclis-i Umumi* ortaya çıkmıştır. Bu durum aynı zamanda, Osmanlı Devleti'nin ilk seçimlerinin de habercisidir.

1876 Anayasası'na göre *Meclis-i Umumi*, seçimle oluşan *Heyet-i Mebusan* ile padişah tarafından atanan üyelerden oluşan *Heyet-i Ayân* olmak üzere çift meclisli bir yapıyı haizdir (1876 Anayasası m. 42, 60, 65). *Heyet-i Mebusan* üyeleri, diğer bir ifade ile *mebuslar* ya da *milletvekilleri*, her elli bin nüfusa bir vekil düşecek şekilde, dört yılda bir yapılan genel seçimler ile belirlenmektedir (1876 Anayasası m. 65, 69). Anayasa'nın 66'ncı maddesi, seçim esaslarının ayrı bir kanun ile dü-

⁴⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 271.

⁴⁶ Tanör, s. 88, 91.

⁴⁷ Üçok, Coşkun ve Mumcu Ahmet, "Tanzimat Döneminde Türk Hukuku", Adalet Kitabı (Ed. Bülent Arı, Selim Aslantaş ve Halil İnalçık), Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2015, s. 223.

zenleneceğine işaret etmektedir. Bahse konu Seçim Kanunu, *Meclis-i Umumi’nin Suret-i İntihabına ve Tayinine Dair Talimat-ı Muvakkate (Geçici Talimat)* adlı düzenlemedir.⁴⁸ *Anayasa* ile *Geçici Talimat*, bir takım seçim düzenlemeleri konusunda ayrı düşmektedir. Örneğin, *Anayasa* seçilebilme yaşını otuz olarak kabul ederken, *Geçici Talimat* seçilebilme yaşını yirmi beş olarak öngörmektedir.⁴⁹ Bu farklılık, Talimatın *Anayasa*dan daha önce hazırlanmış olmasından kaynaklanmaktadır.⁵⁰ Söz konusu ayrımlaşma kapsamında, *Geçici Talimat* hükümleri esas alınmak suretiyle Türkiye’de ilk genel seçim, Osmanlı Devleti dönemine denk düşen 1877 yılında yapılmıştır.⁵¹

1877 *Seçimi* günümüz demokrasi anlayışı çerçevesinde ele alındığında, başta parlamentonun kısıtlı yetkisi ve padişahın mutlak iktidarının teokratik bir anlayışla devam ediyor olması gibi nedenlerle eleştirilebilmektedir.⁵² Ancak her meselenin kendi zaman ve şartları dâhilinde değerlendirilmesi gerekliliğinden hareket edildiğinde, dönemin demokrasi kavramının günümüzde büründüğü nitelikten son derece uzak olduğu aşikârdır. Öyle ki anılan dönemde, Avusturya ve Rusya gibi Avrupa’daki büyük siyasal sistemler dahi günümüz demokrasi anlayışı ile bağdaşmamaktadır.⁵³ Bu nedenlerle 1877 *Seçimi*, ilk Türk yasama meclisinin ortaya çıkışının yanı sıra, seçme ve seçilme hakkının Türkiye’de *ilk kez* kullanılması bakımından da, demokratikleşme süreci bağlamında büyük önem arz etmektedir. Seçme ve seçilme hakkının sonraki dönemde yaşadığı zamana bağlı olan değişiminin en belirgin izlerine ise Türk Anayasaları kapsamında rastlamak mümkündür.

⁴⁸ Geçici Talimat metni için bkz. Erdem Tarhan, *Anayasalar ve Seçim Kanunları 1876-1982*, Milliyet Yayınları, İstanbul 1982, s. 135-137.

⁴⁹ Servet Armağan, “Türkiye’de Parlamento Seçimleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1967, C. 33, S. 3-4, s. 52; Oya Araslı, *Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1972, s. 90; Tanör, s. 153.

⁵⁰ Armağan, s. 50.

⁵¹ Emine Yavaşgel, *Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri ve Türkiye’deki Durum*, Nobel Yayıncılık, Ankara 2004, s. 149.

⁵² Yavaşgel, s. 151.

⁵³ İlber Ortaylı, “İlk Osmanlı Parlamentosunun Yapısında Eyalet İdare Meclislerinin Etkisi”, *Türk Parlametnocaluğunun İlk Yüzyılı* (Hazırlayan: Siyasî İlimler Türk Derneği), Ajans-Türk Gazetecilik ve Matbaacılık Yayınları, Ankara 1976, s. 434.

VI. TÜRK ANAYASALARINDA SEÇME VE SEÇİLME HAKKININ DEĞİŞİMİ

Türk Anayasalarında seçme ve seçilme hakkının dönüşümü konusunun, seçme hakkı ve seçilme hakkı olmak üzere ikili bir ayrım gözetilerek irdelenmesi gerekir. Zira seçme ve seçilme hakkının dönüşümü çok boyutlu bir süreçtir. Bahse konu çok boyutluluk hali meselenin karmaşık ve ayrıntılı olması anlamına da gelmektedir. Bu nedenlerle, seçme hakkı ve seçilme hakkı ayrımı yanında, meselenin daha net kavranabilmesi adına, konuya ilişkin dönüşüm süreci elden geldiği ölçüde tablolar üzerine de yansıtılmaya çalışılmaktadır.

A. Türk Anayasalarında Seçme Hakkının Değişimi

Seçme hakkı konusunda zaman içinde yaşanan çok boyutlu değişim olgusunun daha rahat anlaşılabilmesi adına, aşağıda iki adet tabloya yer verilmektedir. *Tablo1*, seçme hakkının şartlarında yaşanan dönüşümü, Türk Anayasa dönemleri kapsamında göstermektedir. *Tablo 2* ise oy hakkının demokratik ilkeleri dâhilinde seçme hakkının gelişim sürecini ortaya koymaktadır.

Tablo 1. Türk Anayasa Dönemlerinde Seçme Hakkının Şartları

Anayasa Dönemi →	1876 Anayasası	1921 Anayasası	1924 Anayasası	1961 Anayasası	1982 Anayasası
Vatandaşlık şartı →	Vatandaş olmak şarttır.	Vatandaş olmak şarttır.	Vatandaş olmak şarttır.	Vatandaş olmak şarttır.	Vatandaş olmak şarttır.
Yaş şartı →	25 yaş	18 yaş ¹	22 yaş ³	21 yaş	18 yaş ⁵
Cinsiyet şartı →	Yalnızca erkeklerle tanınmıştır.	Yalnızca erkeklerle tanınmıştır.	Yoktur ⁴	Yoktur	Yoktur
Vergi şartı →	Vergi vermek şarttır.	Yoktur ²	Yoktur	Yoktur	Yoktur

¹ 1923 yılında yapılan değişiklikle 18'e indirilmiştir.

² 1923 yılında yapılan değişiklikle vergi şartı kaldırılmıştır.

³ 1934 yılında kabul edilen 2599 sayılı Kanun ile seçmen olabilme yaşı 18'den 22'ye çıkarılmıştır.

⁴ 1934 yılında kabul edilen 2599 sayılı Kanun ile kadınlara seçme hakkı tanınmıştır.

⁵ Anayasanın ilk halinde 21 olarak belirlenen seçmen olabilme yaşı, önce 1987 yılında 20'ye, sonrasında 1995 yılında ise 18'e indirilmiştir.

Tablo 1 kapsamında yer verilen seçme hakkı şartlarına bakıldığında, ilk olarak *vatandaşlık* şartının tüm anayasalar kapsamında arandığı göze çarpmaktadır. Seçme hakkının (genel seçimler açısından) vatandaşlık şartına bağlanarak süje bakımından sınırlı tutulması, çalışmanın henüz başında belirtildiği üzere, dünya genelinde çoğu devletin kabul ettiği ortak bir tavidir. Bu itibarla, seçme hakkı için vatandaşlık koşulunun 1876 Anayasası’ndan bu yana korunmasının demokrasi bakımından herhangi bir menfi etkisinin bulunmadığı söylenebilir.

Tablo 1’de yer alan ikinci koşula, *seçmen olabilme yaşına* bakıldığında, yaş şartının yıllar içinde değişkenlik gösterdiği anlaşılmaktadır. 1876 Anayasası döneminde, seçme hakkı 25 yaş şartına bağlanmıştır. Bir geçiş dönemi anayasası olan 1921 Anayasası, bilindiği üzere niteliği itibarıyla *yumuşak* bir anayasa idi. 1921 Anayasası döneminde, 1876 Anayasası yürürlüğünü halen sürdürmekteydi. Aynı zamanda, *Milli Mücadele* dönemi anayasası olan 1921 Anayasası döneminde, Cumhuriyet ilan edilinceye kadar eski mevzuat büyük ölçüde uygulanmaya devam etmiştir. Söz konusu durum seçme hakkı için de büyük ölçüde geçerlidir. Bu bağlamda 1921 Anayasası döneminde seçmen olabilme yaşı 1923 yılına kadar 25 yaş olarak muhafaza edilmiştir. 1923 yılında yapılan değişiklik ile seçmen olabilme yaşı 18’e çekilmiştir. Böylece 1923 yılında, yaş şartının düşürülmesi suretiyle seçme hakkının kapsamı genişletilmiştir. 1934 yılına kadar bu durum değişmemiştir. Ancak 1934 yılındaki değişiklikte birlikte, seçmen olabilme yaşı 18’den 22’ye çıkarılmış ve bu yolla seçme hakkının kapsamı daraltılmıştır. 1961 Anayasası ile birlikte seçmen olabilme yaşı 1 yaş indirilerek 21 olarak belirlenmiştir. 1982 Anayasası’nın ilk halinde, seçmen olabilme yaşı 21 olarak muhafaza edilmiştir. Sonraki dönemde, ilk olarak 1987 değişikliği ile seçmen olabilme yaşı önce 20’ye, sonrasında 1995 yılında ise 18’e indirilmiştir. Diğer bir ifade ile ancak 1995 değişikliği kapsamında, 1923 yılındaki düzenlemeye geri dönülebilmektedir.

Tablo 1’de yer alan üçüncü koşul *cinsiyet* şartıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, 1934 değişikliği seçmen olabilme yaşını 18’den 22 yaşa çıkarmıştır. Aynı değişiklik ile oy hakkının kadınlara tanınması da öngörülmüştür. Bu nedenle, 1934 değişikliği ile seçme hakkının kapsamı yaş bakımından daraltılmış, cinsiyet şartı bakımından ise genişletilmiştir. Bahse konu değişikliğin demokratik gelişim bakımından

tahlili için kanaatimizce *seçme hakkının demokratik ilkelerine* başvurmak gerekir.⁵⁴

Bilindiği üzere, seçme hakkının demokratik ilkeleri; *genel oy*, eşit *oy*, *serbest oy*, *gizli oy*, açık sayım ve döküm ile *hukuki güvence* ilkelelerinden ibarettir. *Genel oy ilkesi*; oy hakkının cinsiyet, servet, yetenek ve ırk gibi kısıtlamalar olmaksızın seçme yeterliliğine sahip olan herkese tanınması anlamına gelmektedir. *Seçme yeterliliği şartları* ise *vatandaşlık*, *yaş* ve *seçmen listesine kayıtlı olmak* olarak kabul edilmektedir.⁵⁵ Seçme hakkına ilişkin cinsiyet ayrımı yapılmaması, seçme hakkının demokratik ilkelerinden *genel oy ilkesinin* bir gereğidir. Yaş şartı ise (aşırı kısıtlayıcı bir nitelik taşımadığı müddetçe) seçme yeterliliği şartlarından biri olması hasebiyle meşru bir koşul olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kadınlara oy hakkının tanınması ile genel oy ilkesinin gerçekleştirilmesi, seçmen olabilme yaşının üç yaş yükseltilmesi yönündeki düzenlemenin olumsuz etkisini büyük ölçüde gölgede bırakabilecek nitelikte mühim ve olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilir.

Tablo 1’de yer alan dördüncü koşul olan *vergi şartı* da yine, genel oy ilkesinin ve demokratik seçme hakkının önünde yer alan mühim bir engel niteliğindedir. 1876 Anayasası döneminde aranan *vergi şartı*, 1923 yılında terkedilmiştir. Vergi şartının kaldırılması yönündeki 1923 değişikliği, Türkiye’de genel oy ilkesine geçiş bağlamında atılan ilk önemli adım olarak nitelendirilebilir. Sonrasında, 1934 yılında *kadınlara oy hakkının tanınması* ile birlikte Türkiye’de genel oy ilkesinin tümüyle yerleştiği kabul edilebilmektedir.

Tablo 1 ışığında, Türkiye’de seçme hakkının, kapsam bakımından zaman içinde artan bir ivme ile demokrasi yönünde evrildiğini söylemek mümkündür. Zira seçme hakkını kullanan kişi sayısı zaman içinde sürekli yükseliş göstermiştir. Ancak seçme hakkının demokratikleşmesi meselesi, yalnızca seçme hakkının şartları boyutu ile sınırlı bulunmamaktadır. Demokratik seçme hakkının tesisi için seçme hakkına sahip olan kişilerin niceliğinin (genel oy ilkesi) yanında; *eşit oy*, *serbest oy*, *gizli oy*, *açık sayım ve döküm* ile *hukuki güvence* şartlarının karşılanması da gerekir.

⁵⁴ Söz konusu ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçer Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 1-93.

⁵⁵ Güveyi, s. 41-48.

Tablo 2. Türkiye’de Oy Hakkının Demokratik İlkeleri Dâhilinde Seçme Hakkının Gelişimi

İlke	Yıl	Yaşanan gelişme
Genel oy ilkesi →	1934	Kadınlara seçme ve seçilme hakkının tanınması.
Eşit oy ilkesi →	1876	Seçme hakkının ilk uygulamasından bu yana eşit oy ilkesi mevcut.
Gizli oy ilkesi →	1950	5545 sayılı Kanun m. 90-91 kapsamında mühürlü zarf ve kapalı oy verme yerinin seçmene sağlanması.
Açık sayım ve döküm ilkesi →	1950	5545 sayılı Kanun m. 101 ile aleni sayımın kabul edilmesi.
Serbest oy ilkesi →	1950	Gizli oy ilkesinin tesisi ve Yüksek Seçim Kurulu’nun kuruluşu.
Hukuki güvence ilkesi →	1954	YSK’nın seçimlerin yönetimi ve denetimi konusunda tekeli yetkiye kavuşması.

Türkiye’de, eşit oy ilkesinin sapması olan çoğul ya da *katmerli oy* uygulamasına hiçbir zaman başvurulmamıştır. Diğer bir ifadeyle Türkiye’de eşit oy ilkesi, seçme hakkının ortaya çıkışından bu yana varlığını sürdürmektedir. 1876 Anayasası’ndan bu yana, seçme hakkına sahip olan *her bir kimsenin yalnızca tek bir oy hakkının olduğu* kabul edilmektedir.⁵⁶ Eşit oy ilkesinin diğer unsuru ise *her oyun eşit ağırlığa sahip olmasıdır*. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi tarafından 2011 yılında verilmiş olan iptal kararı önem arz etmektedir. Bahsi geçen kararında Mahkeme, nüfusuna bakılmaksızın her ile asgari iki temsilci verilmesini öngören yasa değişikliğini eşit oy ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, “...*Dava konusu kuralla... nüfusu az olan illerde kullanılan oylar daha ağırlıklı hale getirilmekte, böylece bu illerde yaşayan seçmenlerle nüfusu daha fazla olan illerde yaşayan seçmenler arasında, kullanılan oyların ağırlığı konusunda farklılık yaratılarak eşitsizliğe yol açılmaktadır...*”⁵⁷ Böy-

⁵⁶ Karamustafaoğlu, s. 137.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, 10 Şubat 2011 tarih ve E. 2009/88, K. 2011/39 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ee68b180-5e36-4f2d-ba33-52fc6cff7c81?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (03.06.2018).

lelikle Anayasa Mahkemesi, eşit oy ilkesini pekiştirir nitelikte, *nüfus ile orantılı temsil prensibi* lehine tavır takınmıştır.⁵⁸

Serbest oy ilkesi, kişinin oy hakkını kullanırken hür iradesine zarar verecek nitelikte herhangi bir dış baskıya maruz kalmamasını ifade etmektedir.⁵⁹ *Gizli oy ilkesi*, serbest oy ilkesi bakımından olmazsa olmaz niteliği haizdir. Ancak serbest oy ilkesi, gizli oy ilkesinden daha geniş bir koruma alanına sahiptir.⁶⁰ Gizli oy ilkesi de kişinin dış baskılardan korunabilmesi amacına hizmet etmektedir.⁶¹ *Gizli oy ilkesi*, oy pusulası için *kapalı zarf ile gizli oy kullanma yerinin* seçmene sağlanması suretiyle uygulanır. Türkiye’de 1950 yılına kadar gizli oy ilkesinin benimsenemediği kabul edilmektedir.⁶² *Açık sayım ve döküm ilkesi* ise gizli oy ilkesinin adeta tamamlayıcısıdır. Açık sayım ve döküm ilkesi, kullanılan oyların kamuoyuna açık ve şeffaf bir biçimde, denetim altında sayılmasını ifade etmektedir. Söz konusu ilke temelinde, seçim yolsuzluklarının önlenmesine hizmet etmektedir.⁶³

Hukuki güvence ilkesi, seçim uyumsuzluklarının yargısal çözümü ilkesi ya da seçimlerin yargı organlarının gözetim ve denetiminde yapılması ilkesi gibi farklı ifadelerle anılabilmektedir. Bahsi geçen ilke, oy hakkına ilişkin demokratik ilkelerin hukuken tanınması ve yargı eliyle korunmasını öngörmektedir. Böylelikle oy hakkının demokratik ilkelerinin uygulanırlık kazanması sağlanabilmektedir. Türkiye’de bu mecradaki en mühim gelişme, *Yüksek Seçim Kurulu (YSK)* konusunda yaşanmıştır. 1950 yılında kurulan YSK, seçimlerin yönetimi ve denetimi konusundaki tekeli yetkisini ancak 1954 yılında, 6272 sayılı Kanun ile kazanabilmiştir.⁶⁴ Bu bağlamda, 1954 yılından itibaren Türkiye’de hukuki güvence ilkesinin de pozitif hukuk çerçevesinde tesis edildiğini söylemek mümkündür.

⁵⁸ Kararın ayrıntılı tahlili için bkz. Hikmet Tülen, “Milletvekillerinin Seçim Çevrelerine Dağıtım Sorunu ve Anayasa Mahkemesi’nin 2011/39 sayılı Kararı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 4, 2011, s. 289- 325.

⁵⁹ Karamustafaoğlu, s. 157; Yavaşgel, s. 74.

⁶⁰ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 266; Gözler, s.715.

⁶¹ Güveyi, s. 45-46.

⁶² Karamustafaoğlu, s. 157-158.

⁶³ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 91; Gözler, s. 716.

⁶⁴ Güveyi, s. 118-119.

Diğer taraftan 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi ve YSK’nın kendisi, YSK’nın mahkeme niteliğini haiz olmadığını kabul etmiştir. Bu durum, YSK tarafından uygulanan hukuki düzenlemelerin anayasaya uygunluk denetimi dışında kalması anlamına geldiğinden öğretilerde haklı olarak sıklıkla eleştirilmektedir.⁶⁵ Oysa en başta Anayasa m. 79’da YSK bir yargı organı olarak nitelendirilmiştir. Fonksiyonel bakımdan da YSK hem idari hem de yargısal nitelikli işlev sürdürmektedir. Bu nedenlerle yapılacak bir anayasa değişikliği ile 79’uncu madde kapsamında YSK’nın bir mahkeme olarak tanınması, öğretilerdeki haklı eleştirileri karşılayacak ve *hukuki güvence ilkesini* pekiştirecek bir adım olarak önerilebilir.⁶⁶

B. Türk Anayasalarında Seçilme Hakkının Değişimi

Seçilme hakkının gelişim sürecini de yine, 1876 Anayasası’ndan itibaren izlemek gerekir. 1876 Anayasası’ndan günümüze, seçilme hakkı konusunda yaşanan dönüşümün daha kolay görülebilmesi amacıyla *Tablo 3* hazırlanmıştır. Tablo 3 kapsamında, Türk Anayasaları dönemlerine göre seçilme hakkının şartları, ana hatlarıyla ortaya konulmaktadır.

Tablo 3. Türk Anayasa Dönemlerinde Seçilme Hakkının Şartları¹

Anayasa Dönemi →	1876 Anayasası	1921 Anayasası	1924 Anayasası	1961 Anayasası	1982 Anayasası
Vatandaşlık şartı →	Vatandaş olmak şarttır.	Vatandaş olmak şarttır.	Vatandaş olmak şarttır.	Vatandaş olmak şarttır.	Vatandaş olmak şarttır.
Dil /Eğitim şartı →	Resmi dil olan Türkçenin bilmesi şarttır.	Resmi dil olan Türkçenin bilmesi şarttır.	Türkçe okuma yazma bilmek şarttır.	Türkçe okuma yazma bilmek şarttır.	En az ilkokul mezunu olmak şarttır.
Yaş şartı →	25 yaş	25 yaş	30 yaş	30 yaş	18 yaş ⁶

⁶⁵ Özyörük, Yayla, Başlar ve Gönenç gibi yazarlar Yüksek Seçim Kurulunun mahkeme niteliğine sahip olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Bkz. Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972-1973, s. 44; Yıldızhan Yayla, Anayasa Hukuku Ders Notları, 2’nci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 140; Kemal Başlar, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma Yayınları, Ankara, 2005, s. 44; Levent Gönenç, “Yüksek Seçim Kurulu’nun ‘Mahkeme’ Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Mümtaz Soysal’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009, s. 288-289.

⁶⁶ Güveyi, s. 130.

Emlak şartı →	Az çok emlak sahibi olmak gerekir.	Az çok emlak sahibi olmak gerekir.	Yoktur.	Yoktur.	Yoktur.
Cinsiyet şartı →	Yalnızca erkeklerle tanınmıştır.	Yalnızca erkeklerle tanınmıştır.	1934 sonrasında yoktur ³	Yoktur.	Yoktur.
Askerlik hizmeti şartı →	Yoktur.	Yoktur.	Yoktur.	Askerlik hizmetini yapmak	Askerlikle ilişgin bulunmaması ⁷
Seçilmeye engel diğer şartlar	Mevcuttur ²	Mevcuttur ²	Mevcuttur ⁴	Mevcuttur ⁵	Mevcuttur ⁸

¹ Tablonun hazırlanmasında şu kaynaklardan yararlanılmıştır: Armağan, s. 48-54; Arası, s. 89-94.

² Diğer şartların yanında, bir yabancı devletin hizmetinde bulunan kişiler, iflasa mahkûm olup da iadei itibar etmemiş kişiler, seçildiği vakit bir kimsenin hizmetinde bulunan kişiler, siyasi veya cinayet suçundan mahkûm olan kişiler, kötü vaziyeti (ahlâkı) ile tanınan kişiler, haklarında kısıtlılık kararı bulunan kişiler, medeni haklarını kullanamayan kişiler, yabancı tabiiyeti iddiasında bulunan kişiler ve memur olup da seçildikten sonra memurluktan ayrılmamış olan kişiler mebus olamamaktaydı.

³ 1934 yılında kabul edilen 2599 sayılı Kanun ile kadınlara seçme hakkı tanınmıştır.

⁴ Diğer şartların yanında, yabancı devlet resmi hizmetinde bulunanlar, yabancı devlet uyruklüğünü ileri sürenler, müebbet veya muvakkat ağır hapis, beş seneden fazla hapis veya müebbet sürgün cezalarından biri ile hüküm giyenler, hırsızlık, sahtecilik, dolandırıcılık, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, kısıtlılar ve kamu hizmetlerinden yasaklılar yukarıda sayılan şartları taşıyıcılar dahi milletvekili seçilemezler.

⁵ Diğer şartların yanı sıra; kısıtlanmak, izinsiz olarak yabancı bir devlet hizmetinde bulunmak, kamu hizmetinden yasaklı olmak, ağır hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı mahkûm olmak, taksirli suçlar hariç olmak üzere beş yıldan fazla hapis cezası ile mahkûm olmak, zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçların herhangi birinden mahkûm olmak seçilmeye engel teşkil etmektedir.

⁶ Anayasanın ilk halinde 30 olarak belirlenen seçilebilir yaş, önce 2006 yılında 25'e, sonrasında 2017 yılında ise 18'e indirilmiştir.

⁷ Anayasanın ilk halinde (m. 76/2), askerlik hizmetinin ifa edilmesi aranmaktayken, 2017 değişikliği ile askerlikle ilişginin bulunmaması şeklinde değiştirilmiştir.

⁸ Diğer şartların yanı sıra; kısıtlılar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

Tablo 3'te görüldüğü üzere, seçme hakkı gibi seçilme hakkı da tüm Türk Anayasalarında öncelikle *vatandaşlık* şartına bağlı tutulmuştur. *Süje* bakımından getirilen vatandaşlık koşulu nedeniyle seçme hakkı ile seçilme hakkının aynı zamanda birer *vatandaşlık hakkı* olarak nitelendirildiği ve söz konusu tutumun, Batı demokrasilerinin genelinde aynı yönde kabul edildiği yukarıda belirtilmişti. Vatandaşlık şartının, seçme ve seçilme hakkının doğasından kaynaklanan bir şart olarak görülmesi gerekir. Bu nedenlerle, söz konusu süje kısıtlaması, seçme ve seçilme hakkının demokratik niteliğini zedeleyen bir durum olarak algılanmamalıdır.

Dil ya da eğitim şartı, halkın temsiline talip olan kimselerin asgari düzeyde okuma yazma becerisine sahip olmasını öngörmektedir. Bu şartın, yasama meclisinde bürokratik işlerle meşgul olacak kimselerde aranması genel mantık çerçevesinde dahi makul karşılanmalıdır. Zira halkı ya da milleti temsil rolünü üstlenen temsilcinin tercihini sağlıklı bir şekilde kullanabilmesi büyük ölçüde, resmi dili bilme ve okuryazar olma şartının varlığına bağlıdır. Bu nedenlerle, seçme hakkından farklı olarak, asgari eğitim ya da dil şartının aranması da yine seçilme hakkının esasından kaynaklanan bir zorunluluk olarak anlaşılmalıdır. Türkiye’de seçilebilmek için resmi dili bilme şartı, 1876 Anayasası’ndan itibaren benimsenen bir koşuldur. Aynı şart, 1924 Anayasası ve 1961 Anayasası’nda, Türkçe okuryazarlık olarak; 1982 Anayasası’nda ise asgari ilkokul mezunu olmak şeklinde lafzi bir değişiklik geçirmek suretiyle varlığını korumuştur.

Yaş şartı, seçme ve seçilme hakkı için aranan önemli bir diğer koşuldur. Hukuk açısından *yaş*, kişinin idrak kabiliyetini kazanması bakımından belirleyici bir kıstas niteliğindedir. Öyle ki yaş, belirli medeni hakların kullanılması için aranan bir şart olması yanında, ceza sorumluluğu konusunda ayrıca önemli bir işlev üstlenmektedir. Kişinin iyi ile kötü arasındaki farkı idrak edebilmesinde objektif bir kıstas olan *yaş*, seçme ve seçilme hakkı bakımından da büyük önem arz etmektedir. Seçilme hakkı bakımından da *temsil* işlevini üstlenecek kişinin, söz konusu mühim görevi sağlıklı bir biçimde yerine getirmesi asgari bir idrak kabiliyetini gerekli kılmaktadır. 1876 Anayasası ile 1921 Anayasası döneminde Türkiye’de seçilebilme yaşı, asgari 25 yaş olarak belirlenmiştir. 1924 Anayasası ile 1961 Anayasası’nda ise seçilebilme yaşı 30’a çıkarılmıştır. 1982 Anayasasının ilk halinde 30 olarak muhafaza edilen seçilebilme yaşı, 2006 yılında önce 25’e, 2017 yılında ise 18 yaşa çekilmiştir. Böylece 1982 Anayasası döneminde seçilme hakkı konusunda, yaş şartı bakımından büyük bir kapsam genişlemesi yaşanmıştır. Söz konusu dönüşüm, seçilme hakkının kullanımında nicelik bakımından artışa neden olması hasebiyle *demokratik* bir nitelik arz etmektedir.

Emlak sahibi olmak şartı, seçme hakkı bakımından *servet şartı* olarak da adlandırılmakta ve genel oy ilkesinin bir sapması olması hasebiyle demokratik anlayışa aykırı görülmektedir.⁶⁷ Seçilme hakkı bakımın-

⁶⁷ Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987, s. 269.

dan da söz konusu şartın demokratik yaklaşımla bağdaştırılması güçtür. Zira *temsil* işlevinin niteliğiyle servet sahibi olmak arasında meşru bir irtibat kurabilmek mümkün değildir. 1876 Anayasası ile 1921 Anayasası döneminde, Türkiye’de milletvekili seçilebilmek için az çok emlak sahibi olmak şartı aranmış, 1924 Anayasası ile birlikte söz konusu antidemokratik uygulama terkedilmiştir.

Cinsiyet şartı ise *genel oy* ilkesinin önünde yer alan ve dünya genelinde en geç aşılabilen seçilebilme engellerinden biri olarak nitelendirilmektedir. Kadınlara seçme ve seçilme hakkının tanınması ile çağdaş demokrasinin olgunlaşması arasında mühim bir bağ olduğu kabul edilmektedir.⁶⁸ Türkiye’de kadınlara seçme ve seçilme hakkı, Avrupa’daki diğer birçok devletten daha önce, henüz 1934 yılında tanınmıştır. Örnek vermek gerekirse kadınlara seçme ve seçilme hakkı İngiltere’de 1928, Fransa’da ise 1946 yılında tanınmıştır.⁶⁹ Kanaatimizce bu durumun, kadim Türk kültüründe saklı bulunan *kadına verilen değer* anlayışının demokratik bir yansıması şeklinde anlamlandırılabilmesi de mümkündür.

Askerlik hizmetinin ifası, 1961 Anayasası kapsamında bir seçilebilme şartı olarak öngörülmüştür. Aynı koşul, 1982 Anayasası kapsamında da korunmuştur. *Milli Mücadele* döneminin hemen sonrasında dahi öngörülmemiş olan askerlik şartının 1961 Anayasası ile birlikte getirilmesi düşündürücüdür. Bu durumun nedeni ise her iki Anayasanın yapılış biçimlerindeki benzerlik çerçevesinde çözümlenebilir. Şöyle ki her iki Anayasa da *askeri müdahale* neticesinde kabul edilmiştir. Söz konusu Anayasalarda, askeri kanadın *militarist* izlerini görebilmek mümkündür. Zorunlu askerlik hizmetinin ifası koşulunun, belki de bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir. Bahsi geçen askerlik şartı, 2017 yılındaki değişiklik çerçevesinde esnetilmiştir. Buna göre, seçilebilmek için kişinin *askerlik hizmetini ifa etmesi koşulu* yerine, *askerlikle ilişkisinin bulunmaması şartı* getirilmiştir. Böylelikle, askerlik görevini yerine getirmemiş olan 18 yaşındaki erkek vatandaşların da seçilebilmelerine imkân sağlanmıştır. Bu itibarla söz konusu değişiklik aynı zamanda, seçilebilme yaşının 18’e indirilmesinin bir uzantısı ya da gereği olarak görülebilir.

⁶⁸ Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi*, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1996, s. 41-42.

⁶⁹ Yavaşgel, s. 23.

C. Seçme ve Seçilme Hakkına Etki Eden Güncel Bir Sorun Olarak %10 Seçim Barajı Uygulaması Üzerine Kısa Bir Not

Bu noktaya kadar genel olarak seçme ve seçilme hakkının tarihsel birikim süreci mecrasında müspet bir biçimde evrildiğini söylemek mümkündür. Diğer taraftan Türkiye’deki bahse konu demokratikleşme sürecini menfi olarak etkileyen bir takım olguların varlığı da aşikârdır. Bu bağlamda seçme ve seçilme hakkına doğrudan sirayet eden *temsil* meselesi ve Türkiye’de temsil denildiğinde akla ilk gelen konulardan biri olan *seçim barajı* uygulamasına kısaca değinmeyi faydalı kılmaktadır.

Bilindiği üzere Türkiye’de genel seçimlerde uygulanmakta olan %10 oranındaki seçim barajı öğretilde genel olarak diğer devlet uygulamalarına kıyasla yüksek bir baraj olmakla eleştirilmektedir. Gerçekten de Avrupa uygulamasına bakıldığında Türkiye’de uygulanmakta olan %10 seçim barajının en yüksek orana sahip olduğu görülmektedir. Seçim barajı sıralamasında Türkiye’yi takip eden ikinci en yüksek oran ise Liechtenstein’da uygulanan %8’lik seçim barajıdır. Bunun akabinde en yüksek üçüncü seçim barajı, %7 ile Rusya tarafından uygulanmaktadır. *Temsilde adalet, yönetimde istikrar* (1982 Anayasası m. 67/5) dengesinin sağlanmasında bir araç olarak kabul edilen seçim barajı uygulaması, başvurulması noktasından ziyade oranın miktarı bağlamında orantılılık çerçevesinde önem arz etmektedir. Daha sade bir ifadeyle Türkiye’de yönetimde istikrarı koruyacak ve fakat temsilde adalet ilkesine zarar vermeyecek bir seçim barajı yüzde kaç oranında uygulanmalıdır?

Bu sorunun değerlendirilmesi bakımından *yönetimde istikrar* kavramının ne olduğuna bakmak gerekir. Zira bu gibi soyut kavramların yanlış anlamlara büründürülmek suretiyle basitleştirilmesi ve tabiri caizse siyasi bir demagoji malzemesi olarak hatalı biçimde kullanılabilmesi mümkündür. Bu itibarla şunu peşinen belirtmek gerekir ki yönetimde istikrar, siyasi iktidarın değişmezliği olarak anlaşılmamalıdır. *Yönetimde istikrar* olgusunun iki temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar, *düzen* ve *sürekliliktir*. Daha somut bir anlatımla; temel anayasal yapı ve ilkelerin muhafazası, siyasal değerlerin korunması, siyasal şiddet olayları ve hükümet darbelerinin yaşanmaması hali yönetimde istikrarı betimlemek bakımından örnek gösterilebilir.⁷⁰

⁷⁰ Meltem Dikmen Caniklioğlu, “Seçim Sistemlerinin Siyasi İstikrarı Sağlamasındaki Yeri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 16, 1999, s. 18-19.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi %10 seçim barajını 1995 yılında irdelemiştir. Bahse konu karara göre; “...*Yasama organının anayasal çerçeveye bağlı kalarak takdir ettiği sınırlama ve aşırı sayılmayacak düzeydeki baraja rakam ve oran olarak elatmak, yargısal denetimin amacıyla bağdaşmaz. Kaldı ki % 10'luk baraj yönetiminde istikrar ilkesine uygundur ve temsilde adalet ilkesiyle de bağdaşmaktadır...*”⁷¹ Kararda Anayasa Mahkemesi aktivist bir tutum takınmaktan kaçınmış ve seçim barajının oran bakımından temsilde adalet ilkesiyle uyumlu bulunduğunu ifade etmiştir.

2008 yılına gelindiğinde seçim barajı meselesi bu kez AİHM tarafından incelenmiştir. *Yumak-Sadak Kararı*'nda AİHM, %10 oranındaki seçim barajının AİHS'ne aykırılık teşkil etmediği yönünde hüküm kurmuş; diğer taraftan Mahkeme aynı kararında, Türkiye'de uygulanmakta olan seçim barajı oranının Avrupa uygulamaları karşısında *aşırı yüksek* olduğuna işaret etmiştir.⁷² AİHM'nin konuya ilişkin görüşünün ifadesi özetle şu şekildedir;

*...Türkiye haricinde yalnızca üç devletin, yüksek seçim barajı kabul ettiğini anlaşılmaktadır. Liechtenstein seçim barajını %8, Rusya Federasyonu ve Gürcistan ise %7 olarak tespit etmiştir. Devletlerin üçte biri %5'lik, on üçü ise daha düşük bir seçim barajı belirlemiştir. Nisbi seçim sistemine sahip diğer devletler baraj uygulamamaktadır... Sonuç olarak AİHM, genel olarak %10'luk seçim barajının aşırı yüksek olduğu kanısındadır.*⁷³

Böylelikle AİHM; Türkiye'de uygulanmakta olan seçim barajının, Sözleşme'nin ilgili pozitif hükmüne aykırılık teşkil etmiyor dahi olsa, demokratik uygulamalar nezdinde demokrasi bakımından sıkıntılı bir nitelik taşıdığını vurgulamaktadır. Gerçekten de %10 oranındaki seçim barajının temsilde adalet bakımından demokrasiye aykırılık teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Zira eleştiriye konu *yüksek seçim barajı* sebebiyle 1987 seçimlerinde %19,5, 1991 seçimlerinde %0,5, 1995 se-

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, 18 Kasım 1995 tarih ve E. 1995/54, K.1 995/59 sayılı Karar, Resmi Gazete, 21 Kasım 1995, Sayı: 22470, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1242&content=temsilde%20adalet, (01.06.2018).

⁷² Güveyi, s. 99.

⁷³ AİHM, Yumak ve Sadak-Türkiye Davası, (Başvuru Numarası: 10226/03, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2008), <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/10226-03.pdf>, (01.06.2018).

çimlerinde %14, 1999 seçimlerinde %18,5 ve 2002 seçimlerinde %45 tutarındaki oy değerlendirme dışı bırakılmıştır. *Sabuncu’nun* da haklı olarak belirttiği üzere, temsilde adalet “...kullanılan her oyun mutlaka yasama organında karşılığını bulması anlamına kuşkusuz gelmez. Ama oyların %45’ini yasal kural gereği önceden değerlendirme dışı tutan bir seçim sisteminin, siyasal katılmanın en önemli kanalı olan seçimlerin demokratik niteliğini zedeleyeceği kesindir...”⁷⁴ Bu sebeplerle sıklıkla eleştiri alan %10’luk yüksek seçim barajının Türk demokrasi kültürü birikimine daha uygun ve *makul bir orana*⁷⁵ çekilmesi, temsilde adalet ve demokrasi bakımından son derece faydalı olacaktır.⁷⁶

SONUÇ

Gerçekleştirilen bu kısa çalışma dâhilinde, Türkiye’de yaşanan demokratik dönüşüm olgusu, seçme ve seçilme hakkı çerçevesinde irdelenmeye çalışılmıştır. Türkiye’de yaşanan her siyasal ve anayasal olgunun temelinde, M.Ö. 3’üncü yüzyıla kadar uzanan kadim Türk kültürünün izlerini görebilmek mümkündür. Zira anayasal kültür, hukuk kültürü ya da siyasal kültür gibi oluşumlar, tarihi birikim niteliğini haizdirler. Bu nedenle, bahsi geçen tarihsel birikimden soyutlanmış tahlillerin büyük oranda yanıltıcı ve hatalı olacağı söylenebilir. Anılan durum Türkiye’nin demokratik dönüşümü açısından da geçerlilik arz etmektedir.

Monarşik bir yapıda olan Osmanlı Devleti’nin akabinde kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin, kuruluş yılı (1923) bakımından henüz *genç bir demokrasi* olduğu söylenebilmektedir. Diğer taraftan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin sahip olduğu kültürel birikim ise bilinen tarih ışığında, M.Ö. 3’üncü yüzyıla kadar uzanmaktadır. Dolayısıyla genç bir demokrasi olarak nitelendirilebilen Türkiye Cumhuriyeti

⁷⁴ M. Yavuz Sabuncu, “Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 23, 2006, s. 195.

⁷⁵ Seçim barajının oranı konusunda matematiksel değerler üzerinden yapılan bir çalışmaya göre Türkiye’de uygulanmakta olan seçim barajının % 4 seviyesine çekilmesi halinde yönetimde istikrar ilkesine zarar verilmeksizin temsilde adaletin kuvvetlendirilmesi mümkündür. Söz konusu çalışma için bkz. Türkmen Göksel ve Yetkin Çınar, “Seçim Barajını Yönetimde İstikrarı Azaltmayan Bir Seviyeye’ Düşürmek Mümkün mü?”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV) Politika Notu, Yayın Numarası: N201121, 2011, s. 2-4.

⁷⁶ Güveyi, s. 100.

Devleti'nin aynı zamanda kadim bir *anayasal, siyasal ve kültürel birikimi* bulunmaktadır.

Seçme ve seçilme hakkı, tarihsel bir dönüşüm çerçevesinde ele alındığında, meseleyi eski Türk devletlerinde mevcut demokratik temellere kadar dayandırmak gerekir. Zira Eski Türk devletlerinde yerleşmiş bulunan, *danışma kültürü, meclise dayalı yönetim anlayışı, devlet idaresinde ve toplumda kadına atfedilen değer* gibi *kültürel miraslar*, Türkiye'deki cari anayasal düzene dahi sirayet etmektedir. Bu nedenle, Osmanlı Devleti'nden itibaren Türkiye'de yaşanan demokratikleşme hareketlerini, Türk tarihine ve Türk kültürüne yabancı, bir dizi ithal oluşumdan ibaret görmemek gerekir.

Türk tarihinde demokrasi kesintileri elbette yaşanmıştır. Seçme ve seçilme hakkına dair bir takım uygulamalar da diğer tüm devletlerde olduğu gibi zaman zaman demokrasi bakımından eleştirilebilmektedir. Ancak söz konusu kısa süreli, geçici kesinti ya da aksaklıkların, asırlara dayanan kadim bir demokrasi anlayışını kolayca silebilmesi mümkün değildir. Meseleye bu boyutuyla bakıldığında, demokratik gelişim bakımından Türkiye'nin birçok devletten daha şanslı olduğu söylenebilir. Bilindiği üzere, dinamik bir yapıyı haiz olan demokrasi, aynı zamanda bir idealin de ifadesidir. Bu bağlamda, temelleri kadim Türk kültürüne dayanan demokratik gelişim sürecinin, diğer birçok boyutta olduğu gibi seçme ve seçilme hakkı bakımından da sürdürülmesi haklı olarak beklenmektedir.

Kaynakça

- AIHM. Davydov and others v. Russia (Başvuru No: 75947/11 Karar Tarihi: 30.05.2017), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-173805> (07.06.2017).
- AIHM, Yumak ve Sadak-Türkiye Davası, (Başvuru Numarası: 10226/03, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2008), <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/10226-03.pdf>, (01.06.2018).
- Anayasa Mahkemesi, 18 Kasım 1995 tarih ve E. 1995/54, K.1 995/59 sayılı Karar, Resmi Gazete, 21 Kasım 1995, Sayı: 22470, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1242&content=temsilde%20adalet, (01.06.2018).
- Anayasa Mahkemesi, 10 Şubat 2011 tarih ve E. 2009/88, K. 2011/39 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content /ee68b180-5e36-4f2d-ba33-52fc6cff7c81?excludeGerekce=False&woldsOnly=False>, (03.06.2018).

- Aldıkaçtı Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.
- Araslı Oya, Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1972.
- Armağan Servet, “Türkiye’de Parlamento Seçimleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1967, C. 33, S. 3-4, s. 45-100.
- Arsal Sadri Maksudi, “Teokratik Devlet ve Lâik Devlet”, *Tanzimat 1*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1999, s. 59-95.
- Başer Sait, *Kutadgu Bilig’de Kut ve Töre*, İrfan Yayınevi, İstanbul 2011.
- Başlar Kemal, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma Yayınları, Ankara, 2005.
- Berkes Niyazi, Türkiye’de Çağdaşlaşma, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2017.
- Ceylan Ayhan, “Meşrutiyete Bir Dayanak Olarak Meşveret Düşüncesi”, 100. Yılında II. Meşruyet Gelenek ve Değişim Ekseninde Türk Modernleşmesi Uluslararası Sempozyumu 22-24 Ekim 2008 Bildiriler, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 49-66.
- Çeçen Anıl, İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, Ankara 1995.
- Dahl Robert Alan, Demokrasi Üzerine (Çev. Betül Kadioğlu), Phoenix Yayınları, Ankara 2010.
- Dikmen Canıklıoğlu Meltem, “Seçim Sistemlerinin Siyasi İstikrarı Sağlamasındaki Yeri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 16, 1999, s. 18-19.
- Erdem Tarhan, Anayasalar ve Seçim Kanunları 1876-1982, Milliyet Yayınları, İstanbul 1982.
- Erdoğan Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara 2012 (İnsan Hakları).
- Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, (Anayasal Demokrasi).
- Eroğul Cem, Anatüzeğe Giriş (“Anayasa Hukuku”na Giriş), İmaj Yayınevi, Ankara 2012.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, Legal Yay. İstanbul 2012.
- Göksel Türkmen ve Yetkin Çınar, “Seçim Barajını ‘Yönetimde İstikrarı Azaltmayan Bir Seviyeye’ Düşürmek Mümkün mü?”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV) Politika Notu, Yayın Numarası: N201121, 2011.
- Gönenç Levent, “Yüksek Seçim Kurulu’nun ‘Mahkeme’ Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Mümtaz Soysal’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009, s. 281-292.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.
- Güveyi Ümit, Demokratik Devlet İlkesi Çerçevesinde Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- İba Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

- İnsan Hakları Komitesi, "Human Rights Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact Sheet No. 15 (Rev. 1)", United Nations- Turkey Resmi İnternet Sitesi, <http://www.un.org.tr/humanrights/vp/resources/civil-and-political-rights.php> (07.06.2017).
- Kafesoğlu İbrahim, Türk Millî Kültürü, Ötüken Neşriyat, İstanbul 1998.
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku: Kavram, Uygulama, Hak ve Ödevler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- Karamustafaoğlu Tunçer, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- Kubalı Hüseyin Nail, Türk Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, Tan Matbaacılık, İstanbul 1960.
- Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (Çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınları, İstanbul Tarihsiz.
- Mumcu Ahmet, "Osmanlı Devletinde 1876 Anayasası'na Değın Temel Hak ve Özgürlükler ile 1876 Anayasası'nın Temel Yapısı", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Ajans - Türk Gazetecilik ve Matbaacılık Sanayii Yayınları, Ankara Tarihsiz, s. 31-48.
- Ortaylı İlber, "İlk Osmanlı Parlamentosunun Yapısında Eyalet İdare Meclislerinin Etkisi", Türk Parlatmetnoculuğunun İlk Yüzyılı (Hazırlayan: Siyasî İlimler Türk Derneğı), Ajans-Türk Gazetecilik ve Matbaacılık Yayınları, Ankara 1976.
- Ögel Bahaeddin, Türklerde Devlet Anlayışı - 13. Yüzyıl Sonlarına Kadar-, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2016.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Özyörük Mukbil, İdare Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972-1973.
- Powell G. Bingham, Çağdaş Demokrasiler: Katılma, İstikrar ve Şiddet (Çev. Mehmet Turan). Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasî İlimler Derneğı Ortak Yayını, Ankara 1990.
- Rousseau Jean Jacques, Toplum Sözleşmesi (Çev. Ahmet Şensılay), Anahtar Yayınevi, İstanbul 2010.
- Sabuncu M. Yavuz, "Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 23, 2006, ss. 191-197.
- Saray Mehmet, "İslam Öncesi Türklerde Demokrasi ve Parlamento Anlayışı", Cumhuriyet Dönemi Demokratikleşme Faaliyetleri Sempozyum Bildirileri 28 Ekim 2005-İstanbul, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2010.
- Sartori Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş (Çev. Tunçer Karamustafaoğlu ve Mehmet Turhan), Sentez Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Song Sarah, "Democracy and Noncitizen Voting Rights", *Citizenship Studies*, Cilt 13, 2009, s. 607-620, <http://dx.doi.org/10.1080/13621020903309607>, (06.06.2017).
- Soysal Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987.
- Tanilli Server, Devlet ve Demokrasi, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1996.

- Tanör Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015.
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Tülen Hikmet, “Milletvekillerinin Seçim Çevrelerine Dağıtım Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin 2011/39 Sayılı Kararı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 4, 2011, s. 289- 325.
- Uygun Oktay, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Üçok Coşkun, Mumcu Ahmet ve Bozkurt Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınevi, Ankara 2002.
- Üçok Coşkun ve Mumcu Ahmet, “Tanzimat Döneminde Türk Hukuku”, *Adalet Kitabı* (Ed. Bülent Arı, Selim Aslantaş ve Halil İncalıcık), Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2015, s. 217-237.
- Yavaşgel Emine, *Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri ve Türkiye’deki Durum*, Nobel Yayıncılık, Ankara 2004.
- Yayla Yıldızhan, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, 2’nci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- Yusuf Has Hacib, *Kutadgu Bilig* (Çev. Ayşegül Çakan), İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2017.

TÜRKİYE’NİN HÜKÜMET SİSTEMLERİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON GOVERNMENTAL SYSTEMS OF TURKEY

Ömer KESKİNSOY*

Semih Batur KAYA**

Özet: Bu çalışmada hükümet sistemi kültürel, siyasal ve hukusal sürecin hem bir sonucu hem de bir unsuru olarak değerlendirilmiştir. Ancak burada ileri sürülen bir sav söz konusudur. Buna göre Osmanlı’dan Cumhuriyet’e dikkat çeken bir olgu olarak modernleşme anayasal belgeler üzerinden bir gelişim göstermiştir. Bu modernleşmenin en önemli parametresi ise Türk siyasal sisteminin demokratik hukuk devletine evrilmesidir. Bu noktada da yine dikkat çeken bir olgu olarak söz konusu demokratik hukuk devletine evrilme sürecinin mutlak monarşiden sınırlı, meşruti monarşiye dönüşme ve buradan da parlamenter sisteme geçiş süreci ile tamamlanmış olmasıdır. Şu halde parlamenter sistem Türk demokratikleşme süreci içerisinde önemli bir merkez olgu konumundadır. Bu bağlamda Türk hükümet sisteminin son zamandaki değişim ve dönüşümü Türk demokrasi seyrini olumsuz anlamda değiştirebileceğine ilişkin bir endişemiz söz konusudur. Üstelik bu endişe yapay değildir. Zira burada bir “hükümet devleti” ile karşı karşıya olduğumuzu belirtmemiz gerekir.

Anahtar Kelimeler: Hükümet Sistemleri, Demokrasi, Hukuk Devleti, Kuvvetler Ayrılığı, Anayasa Değişikliği

Abstract: In the present study, the government system is described as both an outcome and element of the cultural, political and legal processes. However, there is also an argument brought forward in this context. Accordingly, modernization, a phenomenon drawing attention from Ottoman Period to the Republican Period, developed based on the constitutional documents. The most important parameter of this modernization is the evolution of Turkish political system into a democratic state of law. At this point, another remarkable point is the completion of the process of transition into democratic state of law, through transition from absolute monarchy into constitutional monarchy and subsequent transition

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Öğretim Üyesi

** Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

into the parliamentary system. Therefore, parliamentary system is an important central element of the democratization process in Turkey. Accordingly, we are concerned that recent changes and transformation in Turkish government system may lead to an adverse effect on the course of Turkish democracy. Yet, this concern is not unnatural. In this context, it is worth noting that we are subject to a "government state".

Keywords: Government Systems, Democracy, State of Law, Segregation of Powers, Constitutional Amendment

Giriş

Gerek Batı'da olsun gerek Türkiye'de olsun mutlak monarşiden sınırlı monarşiye ve buradan da klasik parlamenter sisteme geçiş kültürel, siyasal ve hukuksal boyutları olan bir olgudur. Gerçekten de hükümet sistemi geçişleri her ülkenin kendi tarihi deneyimleri dikkate alınarak en iyi şekilde kavranabilir. Çünkü bir ülkedeki hükümet sisteminin değişim ve dönüşümünü, pratiğini değerlendirebilmek için kültürel, siyasal ve hukuksal serüvenini ortaya koymak onun kendine özgü yanlarını belirleyebilmek gereklidir.

Öte yandan burada hükümet sistemleri ve demokrasi ilişkisine yönelik bir ön yargıya dayalı koşullandırma da yapmamak gerekir ki, bu çalışmada bundan mümkün olduğunca sakınılmıştır. Ne parlamenter sistem ne de başkanlık sistemi veya bunların ön formları demokratik hukuk devletinin ön koşuludur. Nitekim bir ülkenin hükümet sistemi hangisi olursa olsun söz konusu bu ülke kendine özgü siyasi, kültürel ve hukuki boyutlarına göre demokratik hukuk devleti olabileceği gibi olmayabilir de.

İşte bu çalışmada da hükümet sistemi kültürel, siyasal ve hukuksal sürecin hem bir sonucu hem de bir unsuru olarak değerlendirilmiştir. Ancak burada ileri sürülen bir sav söz konusudur. Buna göre Osmanlı'dan Cumhuriyet'e dikkat çeken bir olgu olarak modernleşme anayasal belgeler üzerinden bir gelişim göstermiştir. Bu modernleşmenin en önemli parametresi ise Türk siyasal sisteminin demokratik hukuk devletine evrilmesidir. Bu noktada da yine dikkat çeken bir olgu olarak söz konusu demokratik hukuk devletine evrilme sürecinin mutlak monarşiden sınırlı, meşruti monarşiye dönüşme ve buradan da parlamenter sisteme geçiş süreci ile tamamlanmış olmasıdır. Şu halde parlamenter sistem Türk demokratikleşme süreci içerisinde önemli bir merkez olgu konumundadır.

Dolayısıyla son yaşanan hükümet sistemi değişikliğinin Türk demokrasi seyrini olumsuz anlamda değiştirebileceğine yönelik bir endişe söz konusudur. Bu endişe yukarıda da değinildiği gibi basit bir endişe vakası değil aksine Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Türk demokrasinin gelişimi dikkate alınca ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan Cumhurbaşkanının konumu üzerinden alevlenen ve hükümet sistemi değişikliğine varan bu gelişmeleri dikkatle incelemek gerekir. İşte bu noktada başlarken Bahri Savcı'nın 1961 Anayasası'na yönelik Cumhurbaşkanlığı-hükümet sistemi ilişkisi ve endişesini burada olduğu gibi almakta yarar vardır.

Savcı parlamenter sisteme yönelik savlarını Türkiye açısından oldukça isabetli bir şekilde ortaya koymaktadır. *“Devlet Başkanının halkın seçiminden gelmesi hususuna gelince... Devlet Başkanının halk seçiminden çıkması hayati değildir. Devlet Başkanının halk seçiminden çıkmaması Türkiye'nin ihtiyaç ve zaruretleri bakımından bana bir zaruretmiş gibi gözüküyor. Çünkü Devlet başkanları, Türk siyasi hayatında Orta-Asya'dan ve Bozkır devletlerinden gelen bir gelenekle, çok kuvvetli olmuşlardır. Cumhurbaşkanları da bu gelenek içerisinde kalmıştır. Türk siyasi zihniyeti Devlet Başkanına büyük bir otorite atf ve isnadetme eğilimindedir. İslamiyet'in ululemir mefhumu, Halife-Sultanın icra ettiği iktidarın ilahi bir kaynaktan geliştiği telakkisi, ululemre itaatin Allah'a kulluk etmenin bir şartı oluşu, bizim zihniyetimizde, Devlet başkanlarını mümtaz bir mevkie getirmiştir. Cumhuriyetimizin ilk iki Başkanında yeni rejimin kurucusu, koruyucusu, devam ettiricisi, görevlerine sahiboluşları onları ayrıca bir ihtiram ile telakki etmeye yol açmıştır... Türk zihniyetinde devlet başkanları pek müessir bir mevkie gelmişlerdir. Şimdi onların bu memuriyetlerini, bir de doğrudan halk seçiminden gelmeden doğan bir memuriyet ile kuvvetlendirme sistemimizin icaplarına sığmaz. Bir kere artık rejimin kurucusu ve koruyucusu devam ettiricisi anlamında bir görev, Devlet başkanlarında, yoktur... Bu itibarla iktidarın politikasının onlarda temerküzüne yol açacak ihtimallere yer vermemek gerekir.”¹*

III. GENEL OLARAK HÜKÜMET SİSTEMLERİ

A. Kavramsal Çerçeve

Hükümet sisteminin ne olduğuna dair bir tanım verme noktasında doktrinde farklılıklar mevcuttur. Bu nedenle aşağıdaki tanımın mutlak

¹ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 19.04.1961, B. 48, O. 4, s. 482.

nitelikli bir tanım olmadığı gerçeğinden hareketle şu şekilde bir tanım vermek mümkündür: Devletin özellikle yasama ve yürütme şeklindeki kuvvetlerinin/erklerinin ne tür bir denge gözetilmek suretiyle dağıtılacağı esasından hareketle anayasal demokrasilerde ve demokratik olmayan rejimlerde tatbik edilen kural ve kurumlar manzumesine hükümet sistemi denir.²

Hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasında, yasama ile yürütmenin hangi organda birleştiği veya bunlar arasındaki ilişkinin yoğunluğu temel hareket noktası olmuştur. Dolayısıyla hangi hükümet sistemi olursa olsun, yargının yasama ve yürütme organlarından bağımsız tutulması esastır.

Öte yandan yargının, yasama ve yürütme kuvvetlerinden ayrı, bağımsız bir kuvvet olup olmadığı hukuk doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bir devlette mantıken yalnızca iki kuvvetin varlığı söz konusudur: Kanunları yapan kuvvet ve bunları icra eden kuvvet. Yargı fonksiyonu ise bir uyumsuzluk dolayısıyla, kanunun uygulanmasından ibarettir. Bu nedenle yargı fonksiyonu da, yürütme kuvvetinin bir unsuru, bir parçası saymak gerekir. Hatta bazı yazarlara göre, yargının tam manasıyla bağımsız bir kuvvet olabilmesi, ancak hâkimlerin, egemenliğin tek ve gerçek sahibi bulunan halk tarafından seçilmeleri koşuluna bağlıdır.³

Bununla beraber Özbudun'un belirttiği gibi yargının üçüncü bir kuvvet olup olmadığı tartışmasında varılabilecek sonuç ne olursa olsun, şu gerçeği önemle belirtmek gerekir ki, bu tartışmanın hâkimlerin bağımsızlığı sorunu ile bir ilişkisi söz konusu değildir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hukuk devletinin vazgeçilmez bir koşulu olarak tüm demokratik hukuk devletlerinde benimsenmiş olan bir ilkedir. O halde hâkimlerin bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı teorisinin bir sonucu olmadığı gibi, bağımsız bir yargı kuvvetinin varlığına da bağlı değildir.⁴

Genel olarak Hükümet sistemlerini kuvvetler birliğine dayanan ve kuvvetler ayrılığına dayanan sistemler olmak üzere ikiye ayırmak

² Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınları, Ankara 2007, s. 13.

³ Ergun Özbudun, *TürkAnayasaHukuku*, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2008, s. 384.

⁴ Özbudun, *TürkAnayasaHukuku*, s. 384-385.

mümkündür. Ayrıca hükümet sistemi ile devlet sistemi farklı şeylerdir. Bu çerçevede; federal devlet türünde başkanlık sistemi uygulanabileceği (örneğin ABD) gibi, parlamenter sistem (örneğin Almanya), meclis hükümeti sistemi (örneğin İsviçre gibi) veya yarı-başkanlık sistemi de (örneğin Rusya) uygulanabilir. Aynı şekilde üniter devlet türünde yarı-başkanlık sistemi (örneğin Fransa), benzer şekilde parlamenter sistem (örneğin Yunanistan, Türkiye 1961-2018) uygulanabileceği gibi, başkanlık sistemi de (örneğin, Şili, Azerbaycan gibi) uygulanabilir.

B. Kuvvetler Birliğine Dayanan Yönetim Şekilleri

Kuvvetler birliğine dayanan hükümet modellerinden birincisi olan diktatörlükte; yasama, yürütme bazen yargı yetkisi dâhil yetkilerinin tek kişide toplanması söz konusu olup,⁵ yönetim önceden belli ve müesses bir nizama göre işlemez.⁶Günümüzde diktatör yapılanmaya dayalı devlet örneği yoktur.

Kuvvetler birliğine dayanan hükümet modellerinden ikincisi olan monarşide; yasama ve yürütme erkleri yürütmede toplanır. Lakin diktatörlükten farklı olarak, yönetim yetkisine sahip padişah, kral, hakan, ya da hükümdar bakımından önceden belirlenmiş kurallar manzumesi muvacehesinde işleyen bir istem vardır.

Kuvvetler birliğine dayanan hükümet modellerinden üçüncüsü olan meclis hükümeti sisteminde; yasama ve yürütme yetkileri yasamada toplanır.⁷Prototipi İsviçre olan meclis hükümeti modeli 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'yla bir dönem Türk tarihinde de uygulanan bir hükümet modelidir.⁸ "Konvansiyonel sistem" olarak da ifade edilen bu sistemde, yasama ve yürütme güçleri mecliste toplanır ve düzenleme yetkisini haiz meclis, çıkardığı kanunların icrasını kendi üyeleri arasından seçtiği icra vekilleri eliyle deruhte eder.⁹

⁵ Hüseyin Nail Kubalı, Anayasa Hukuku Dersleri, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971, s. 366.

⁶ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2008, 181.

⁷ Kubalı, s. 367.

⁸ İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukuku'nun Umumî Esasları, Ankara 1962, s. 46 ve 66.

⁹ Bilal Canatan, Anayasa Hukuku, DetayYayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 3.

C. Kuvvetler Ayrılığı ve Kuvvetler Ayrılığına Dayanan Yönetim Şekilleri

1. Kuvvetler Ayrılığının Anlamı

Kuvvetler ayrılığının Aristoteles'e dayandığı ve onun "danışılan ve yol gösteren," "yöneten" ve "yargılayan" şeklinde güçleri birbirinden ayırdığı söylenir. Ancak Doehring, bu tasvir ve anlayışın modern güçler ayrımı ile sadece dış benzerliği vardır demektedir.¹⁰ Kavramın oluşması ise John Locke, LordBolinbroke ve özellikle Montesquieu'nun çalışmalarına dayanmaktadır.¹¹ Ancak kuvvetler ayrılığının düşünsel ve kurumsal temelleri İlk Çağ'a kadar gider.¹²

Kuvvetler ayrılığı devlet niteliği taşıyan her toplulukta birbirinden farklı kuvvetler bulunduğu ve bunların yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrılabilmesi, özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için bu üç kuvvetin birbirinden ayrı ve bağımsız ellere verilmesi gerektiği temeline dayanır.¹³ Nitekim 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesinde "erkler ayrılığının uygulanmadığı bir toplumda Anayasanın da olmayacağı" belirtilmiştir.¹⁴ Dolayısıyla erkler ayrılığı hak ve özgürlüklerin başlıca güvencesi olarak değerlendirilmektedir.¹⁵

Montesquieu iktidarı yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç ayrı kuvvet arasında bölmektedir. Ona göre insan tabiatı elindeki gücü kötü kullanmaya meyillidir. Özgürlük ise ancak iktidarın kötü kullanılmadığı ortamda söz konusu olabilir. Peki, bu durumun önüne nasıl geçilebilir? İşte bunun için bir kuvvetin diğerini dengelemesi, durdurması gerekir. Kanunlara uyulsa dahi bu kuvvetlerden ikisi veya üçü bir yerde toplandığında bireyin hürriyeti yine tehlikeye girer. "Yasama yetkisi ile yürütme kuvveti aynı şahısta veya aynı heyette toplanacak olursa, müstebit bir şekilde tatbik edilmek üzere, müstebidane ka-

¹⁰ Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılapKitapevi, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 192.

¹¹ Doehring, s. 193.

¹² İlhan Akipek, "Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Amil Olan Fikirler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 1952, (167-182), s. 167-182.

¹³ Zafer Gören, Anayasa Hukuku, SeçkinYayınları, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 142.

¹⁴ Gören, s. 143.

¹⁵ Gören, s. 143.

nunlar yapılacaktır. Yargı hakkı yasama yetkisi ile birleştiği takdirde, yargıç aynı zamanda kanun yapıcı olacak ve vatandaşların hayat ve hürriyetleri üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilecektir. Yürütme kuvveti ile birleşen yargı hakkı bir zulüm vasıtası haline gelecek; yürütme kuvveti adaleti hor görerek ona istediği istikameti verebilecektir.”¹⁶

Doehring’e göre kuvvetler ayrılığının hedefinde yatan düşünce bir hayli negatiftir. Buna göre temel amaç bir devlet organında onun denetimsiz kalmaması, kötüye kullanılmaması için yoğun güç toplamasından sakınılmasıdır. Bu bağlamda iktidar yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerine ayrılmıştır ve bunlardan her biri diğeri karşısında özerk bir yapıdadır. Kuvvetler bu mekanizma içinde güvenceye bağlanmış şekilde kendi aralarında etkinlik gösterir. Ancak her bir özerk duruma gelen kuvvetlerin sınırlarının da belirlenmesi gerekir. Her bir kuvvet yalnızca kendi alanında faaliyetini gerçekleştirmeli diğer alanların içrisine girmemelidir ve bu durum tam bir güvenceye bağlanmalıdır. Bu şekilde kuvvetler özerkleşir ve sınırlanır. Eğer bu sağlanamaz ise bu kuvvetlerin birbirlerinden ayrı olmaları niteliği zedelenir.¹⁷ Bununla beraber kuvvetler ayrılığının başka çeşitli araçları da vardır. Bu bağlamda kuvvetlerin federal devlet ile federe devlet arasında bölüştürülmesi, parlamentoda muhalefetin varlığı için anayasal güvenceler bulunması, yasama ve yürütme kuvvetlerinin temel haklara müdahale etmeleri olasılığını ortadan kaldırmak için aşılması olanaksız güvenceler tanınması, anayasa yargısı yoluyla diğer tüm devlet organlarının güç denetimlerinin sağlanması gibi örnekler verilebilir.¹⁸

Kuvvetler ayrılığında birinci kuvvet olarak yasama iradesi, ikinci kuvvet olarak yürütme iradesi ve üçüncü kuvvet olarak yargı iradesi şeklinde üç temel kuvvetten söz edilebilir. Bunlar iradenin iktidarı, iktidarın saf biçimi ve normun iktidarı olarak da ifade edilebilir. Bu üç kuvvetin gerek kendi aralarında gerek kendi içlerinde sürekli bir gerilim halinde oldukları söylenebilir. Her kuvvetin birer yutan elemana dönüşme potansiyeli vardır. Dolayısıyla her kuvvetin birbiriyle iletişim ve etkileşimini ve kendi içerisindeki değişim ve dönüşümlerini hassas bir zeminde değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirmeye geç-

¹⁶ Turhan Feyzioğlu, “Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal-Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, (50-60), 1947, s. 51-52.

¹⁷ Doehring, s. 193-195.

¹⁸ Doehring, s. 193-194.

meden önce belirtmek gerekir ki, kuvvetler ayrılığı iktidarı sınırlayamaz; ancak iktidarı nötrleyebilir. Sıfır iktidar bu bağlamda teorik olarak mümkün iken pratik açıdan mümkün değildir; fakat nötr iktidar mümkündür. O halde burada bunun peşine düşmek gerekir.

Kuvvetler ayrılığı, iktidarın bölüştürülmesi mahiyetinde tortulaşmasını birikmesini, bir merkezde odaklaşmasını önler. Önemli olan burada iktidarın bütün dinamizmiyle dengede durmasıdır. Kuvvetler ayrılığı bu özelliği ile iktidarın denge ile koşullandırır. Kuvvetler ayrılığında denge ve denetim ön plana çıkar. Ancak kuvvetler ayrılığında iktidarın bölünüp parçalaması denge için yetmemektedir; çünkü bu parçalar eşit kuvvette olmayabilirler veya zamanla bir parça dönüşüp değişebilir ve diğer iki parçayı yutmaya kalkabilir. Peki, bu durumda ne yapılmalıdır? Burada bir moment gereklidir. Doehring'e göre bu denge bir hakem olmalıdır. Gerçekten de bu mantıklıdır. Ancak bu hakem ideolojik, dinsel, siyasi vb. yönlerden bütünüyle nötr olmalıdır. Öyle ki bu hakem cinsiyetsiz olmalıdır.

Böylelikle kuvvetler ayrılığının da nihayetinde bir norm sorununa dayandığı söylenebilir. Gerçekten de deyim yerindeyse norm, kuvvetlerin kullanım kılavuzudur. Şu halde norm biçimi ve yapısı ile bir bütün olarak nitelikli olması gerekir; zira ancak bu şekilde kuvvetlerin etkileşimi, iletişimi ve işleyişi doğru anlamda gerçekleştirilebilir.

2. Kuvvetler Ayrılığına Dayanan Yönetim Şekilleri

Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan hükümet modellerinden birincisi olan başkanlık sistemi; yasama ve yürütme erklerinin sert bir şekilde birbirinden ayrıldığı bir hükümet modelidir.¹⁹Prototip olarak ilk örneği ABD olan²⁰ bu sistem Peru, Arjantin, Şili, Azerbaycan, Brezilya gibi başka ülkelerde de uygulanan bir hükümet modelidir. Yasama ve yürütme yetkilerinin sert bir şekilde birbirinden ayrılmış olması ve yürütme gücünün tek elde toplanmış olması esasına dayalı başkanlık sisteminde; yürütmenin başındaki başkanın yasamayı feshetme, yasamanın da siyasal sorumluluk elde etmeye matuf mekanizmaları devreye sokarak başkanı görevden alma yetkisi yoktur. Ancak Tür-

¹⁹ Kubalı, s. 369-371.

²⁰ Murat Yanık, Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 8.

kiye Cumhuriyeti Anayasasının 100 üncü maddesinde²¹ düzenlenen meclis soruşturmasına benzer bir mekanizma olarak başkanın “impeachment” (cezai sorumluluk) yoluyla denetlenmesi mümkündür.²²Bu yolun işletilmesi neticesinde başkan mahkûm olursa dolaylı olarak siyasal açıdan da hesap vermiş olur. Zira bu durumda başkanlık görevi sona erer. Ancak impeachment doğrudan siyasal sorumluluk elde etmek amacıyla işletilen bir mekanizma olmayıp asıl amacı başkanı bazı suçlarından dolayı yargılamaktır.

Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan hükümet modellerinden ikincisi olan parlamenter sistemde²³ yasama ve yürütme yetkileri yumuşak bir şekilde birbirinden ayrılır. En tipik özelliği, yürütme organının iki başlı (düalist) bir yapı arz ediyor olmasıdır. Bu bağlamda, yürütme organı, sistemin temel bir özelliği olarak siyasal bakımdan sorumsuz devlet başkanı (cumhurbaşkanı)²⁴ ve siyasal bakımdan sorumlu bakanlar kurulundan (kabine-hükümet) oluşur. Cumhurbaşkanının siyasal bakımdan sorumsuzluğu, klasik parlamenter sistem itibarıyla, onun yetkilerinin azlığına dayanmaktadır. Zira parlamenter sistemde asıl olan cumhurbaşkanının bakanlar kurulu olmaksızın tek başına tasarrufla bulunmamasıdır.²⁵ Bu nedenle cumhurbaşkanının yetkileri sembolik-törenselleşmiş nitelikli yetkilerle sınırlıdır. Çünkü cumhurbaşkanının asli görevi Devletin manevi şahsiyetini temsil etmeye matuf vazifeleri ifa etmek ve gerektiğinde devlet organları arasında insicam sağlamak amacıyla hakemlik yapmaktır. Dolayısıyla parlamenter sistemde cumhurbaşkanının yetkisiz olması asıl yetkili olması istisnadır. Bundan dolayıdır ki, parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanlarının yetkileri sayma yoluyla belirlenir ve mevzuata işlenir. İcrai yönü olan muamele ise bakanlar kurulunun uhdesinde olup bunlar üzerinde

²¹ 2017 Anayasa değişikliği paketi çerçevesinde 100 üncü madde kaldırılmıştır. Anayasa değişikliklerinin hepsinin yürürlüğe girmesiyle meclis soruşturmasının dayanağı; Cumhurbaşkanı, yardımcısı ve bakanları kapsayacak şekilde, yeniden düzenlenen 105 ve 106 ncı maddelerdeki hükümlerdir.

²² Impeachment (suçlama), başkanın cezai sorumluluğuna yol açabilecek bir meclis soruşturmasıdır. Bu usulde Temsilciler Meclisi suçlama, Senato da görevden alma yetkisine sahiptir. Senato, üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla Başkanın başkanlıktan düşürülmesine karar verebilir. Gözler: s. 578.

²³ Kubalı, s. 371-385; Okandan: s. 452.

²⁴ Regai G. Okandan, Umumi Âme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 471.

²⁵ Okandan, s. 473, 474.

cumhurbaşkanının yetkisi sadece idar-ilan-yayımlamadan ibarettir. Bunun nedeni karşı-imza kuralı²⁶ gereği sorumluluğun cumhurbaşkanına değil bakanlar kuruluna ait olmasıdır. Ayrıca cumhurbaşkanının halk tarafından ya da Meclis tarafından seçiliyor olması sistemin ayırt edici özelliği değildir. İngiltere, Almanya, Hollanda, İtalya, Belçika, Yunanistan, Hindistan, Türkiye ve başka bazı ülkelerde uygulanmakta olan bir hükümet modelidir. Son 70-80 yıl içerisinde, dünyada ve özellikle 1982 Anayasası'yla Türkiye'de yürütme içerisinde Cumhurbaşkanının yetkilerinin, onun siyasal açıdan sorumsuz kabul edilmesinin mesnediyle bağdaşmayacak düzeyde artırıldığı görülmektedir. Parlamento sistemde bakanlar kurulu oybirliğiyle karar alır, görüşmeleri gizlidir. Bunların yanı sıra bakanlar kurulu üyeleri arasında muhalefet olmaz (kollejjallık ilkesi). Dolayısıyla bakanlar kurulu neredeyse aynı çizgide hareket eden kişilerden oluşur (homojenlik ilkesi).

Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan hükümet modellerinden üçüncüsü olan yarı-başkanlık sistemi; parlamento sistemdeki cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği, ona göre yetkilerinin ziyadesiyle artırıldığı, öyle ki, yürütme bakımından icraatın başındaki asıl yetkili kişi konumuna cumhurbaşkanının getirildiği ve bu halliyle parlamento sistemdeki başbakanı gölgede bırakan parlamento sistemden başka bir şey değildir. Örneğin Rusya, Fransa, Finlandiya gibi.

D. Türk Tarihinde Hükümet Sisteminin Gelişim ve Dönüşüm Sürecinin Değerlendirilmesi

1. Kuvvetler Birliği

Türk tarihinde; 1876 Kanun-ı Esasi dönemi monarşinin, 1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu dönemi 1921-1923 yılları itibariyle meclis hükümeti modelinin benimsendiği bir dönemdir.

2. Kuvvetler Birliğinden Kuvvetler Ayrılığı Modeline Geçişin İlk Adımı

1876 Kanun-ı Esaside 1909 yılında yapılan değişiklikler saklı kalmak üzere, 1921 Anayasası'nda 1923 yılında yapılan değişikliklerle

²⁶ Karşı-imzakaralı, devlet başkanının yazılı bir işlemde devlet başkanının imzasının altına, bu işlemde kaynaklanan sorumluluğunun üstlenilmesi amacıyla başbakan veya ilgili bakanın veya her ikisinin attığı imzadır.

parlamente sistemine geçiş sürecinin ilk adımlarının atıldığı ifade edilebilir. Dolayısıyla 1923 yılında yapılan değişikliklerle meclis hükümetinden sapış, parlamente sistemine kayış mahiyetinde düzenlemelere ilk kez yer verilmiştir. Zira bu tarihte cumhurbaşkanlığı makamı ihdas edilmiş ve icranın teşekkülü parlamente sistemine benzetilmeye çalışılmıştır. Böylece egemenliğin kullanılması yetkisi TBMM'nin tekelinden çıkmaya başlamış, ayrı erk olarak yürütme lehine evrilme sürecine girmiştir. 1924 Teşkilatı Esasiye dönemi, meclis hükümeti ile parlamente sistemin ortak özelliklerini ihtiva eden karma hükümet modelinin benimsendiğine dair düzenlemelere Anayasada yer verildiği bir dönemdir.

3. Yumuşak Kuvvetler Ayrılığı Modelinin Benimsenmesi

1961 Anayasası klasik parlamente sistemin benimsenmiş olduğu bir dönemdir.

1982 Anayasası dönemi 2007 Anayasa değişikliklerine değin güçlendirilmiş parlamente sistemin uygulandığı, 2007 Anayasa değişiklikleriyle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceğinin kabul edilmesiyle yarı-başkanlık sistemine geçiş mahiyetinde önemli bir adım atıldığı bir dönemdir.

2007 Anayasa değişiklikleri doğrultusunda 2014 yılında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle yarı-başkanlık sistemini aşan bir sürecin başladığı bir döneme girilmiştir.

4. Sert Kuvveler Ayrılığı Modelinin Benimsenmesi Süreci

2017 Anayasa değişiklikleriyle, başkanlık sisteminden mülhem Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sistemine geçişi sağlayıcı düzenlemelerin getirildiği bir sürecin ön adımı niteliğinde düzenlemeler yapılmıştır.

5. Türk Tarihinde Hükümet Modellerinin Değişimi ve Dönüşümü

Türk tarihinde hükümet modelinin nasıl değişip dönüştüğü kısaca şu şekilde izah edilebilir.

- a. Kanun-ı Esasi Dönemi
- aa. Genel Olarak

1876 yılında Padişah II. Abdülhamit Han döneminde Kanun-ı Esasi ilan edilmiştir. Kanun-ı Esasi'nin ilanı I. Meşrutiyet süreci bakımından bir milattır. Böylece mutlak monarşik devlet yaklaşımından meşruti monarşiye geçiş süreci başlamıştır. Lakin 1876 Kanun-ı Esasi ferman vasfını haiz bir anayasadır. Zira her şeyden evvel bu Anayasada Padişahın sorumluluğunu ihtiva eden bir hükmün yoktur. Aksine 5 inci madde ile padişahın sorumsuzluğu anayasal teminat altındadır. Tersine bir durum eşyanın tabiatına aykırı olurdu. Mutlak monarşik devlet geleneğinden mütevellit bir şekilde sorumluluğu bulunmayan Padişahın bu statüsü 5 inci madde hükmü ile sadece pekiştirilmiştir.²⁷

1876 Kanun-ı Esasi döneminin öncesi ve sonrası bakımından geçerli olmak üzere bu dönemler yetkilerin padişahın uhdesinde toplandığı yürütme yapısında ibarettir. Zira Kanun-ı Esasi'nin 5 inci maddesine göre; "*Zatı Hazreti Padişahinin nefsi hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür.*"²⁸ Aşağıda ifade edileceği üzere, Padişahın yasama ve dola-yı olarak yargı üzerinde de hâkimiyeti söz konusudur. Bu nedenlerle Kanun-ı Esasi ile Osmanlı İmparatorluğunun mutlak monarşik yapısından taviz verilmemiştir.

Kanun-ı Esasi, Osmanlı İmparatorluğunun teokratik niteliğinden de taviz vermemiştir.²⁹ Zira Anayasada yer alan düzenlemeler gereği; Padişah, dini bir makam olan halifelik makamını temsil eder ve halifelik gereği İslam Dininin hamisidir (KE. m. 3, 4). Osmanlı Devletinin dini İslam dinidir (KE. m. 11). Şeriat hükümlerini tatbik etmek padişahın görevidir (KE. m. 7). Padişahın ismi hutbelerde zikredilir (KE. m. 7). Şeyhülislam heyeti vükelanın (bakanlar kurulu) mensubudur (KE. m. 27). Çıkarılacak kanunların dinin emirlerine uygun olup olmadığını denetlenmesi gerekir ve bu görev Ayan Meclisine aittir (KE. m. 64). Şer'i hükümlerden mütevellit davaların şer'ie mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştır (KE. m. 64).

Bunların yanı sıra Anayasada, Padişahı yürütmenin merkezine alan düzenlemelere ilave olarak Padişahın yasama ve dolaylı olarak yargı üzerindeki hâkimiyetine dair hükümlere de yer verilmiştir.

²⁷ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4 üncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 57, 58.

²⁸ A. Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasaları*, 5. Bası, TurhanKitabevi, Ankara 2005, s. 11.

²⁹ Gözübüyük, (2005): s. 5.

bb. Yasama Bakımından

Padişahın yasama üzerinde hâkimiyeti bulunmaktadır. Çünkü Padişah Meclis-i Umumiyi vaktinden evvel açmak, çalışma zamanını kısaltmak ve uzatmak yetkilerini haizdir. Bunların yanı sıra Meclis kuralı olarak padişahın, dâhili ve harici hususlarda önemli gördüğü konuları havi nutku ile açılır (KE. m. 44, 45). Meclisi Umumi (Mebusan Meclisi-Ayan Meclisi) üyelerinin vatana bağlılık yeminin yanı sıra padişaha da bağlılık yemini etmeleri gerekir (KE. m. 46). Heyeti Ayan azalarını padişah atar (KE. m. 60). Kanun teklifi verme yetkisi vükela heyetine (bakanlar kurulu) aittir. Meclisi Umumi üyeleri ancak padişahın izni ile kanun teklifi verebilir (KE. m. 55). Padişahın anayasa değişiklikleri hakkında kanunlar dâhil, kanunlar üzerinde 'mutlak veto' yetkisi vardır. Dolayısıyla padişahın onaylamadığı bir kanunun, hiçbir şekilde yürürlük kazanması mümkün değildir. Daha önce bir kanun için padişahın izninin bulunması, hakeza meclisler tarafından kanunun oybirliğiyle kabul edilmiş olması neticeyi değiştirmez (KE. m. 54, 116).

bb. Yürütme Bakımından

Padişahın yürütmenin tek hâkimi konumunda olduğu muhakkaktır. Zira Kanun-ı Esasi ile Saltanat kaldırılmamış, bilakis "... sülalei âli Osman'dan usulü kadimesi veçhile ekber evlada aittir." hükmüyle anayasal güvenceye kavuşturulmuştur (KE. m. 3). Padişahın hukuki açıdan; cezai, hukuki ve siyasi sorumluluğunun bulunmadığı hususu, "*Zatı Hazireti Padişahinin nefsi hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür.*" hükmüyle anayasal garanti altına alınmıştır (K.E. m. 3).

Padişahın; bakanları atama, azletme yetkilerinin bulunması, icranın başındaki tek yetkili oluşu, orduların komutanı vasfını taşıması, savaş veya barış ilanı yetkisine sahip olması, uluslararası anlaşma yapma yetkisinin uhdesinde bulunması, af yetkisine sahip olması, para basılmasına karar verme yetkisinin padişaha ait olması sistemin mutlak monarşik yapıya dayandığını gösteren ve padişahın sahip olduğu önemli yetkilerinden bir kısmıdır.³⁰ Ayrıca, hükümetin güvenliğini bozanları sürgün etme yetkisi padişaha aittir (KE. m. 113).

³⁰ Bu yetkilerin dayanağı olan 7 inci maddeye göre; "Vükelânınazilvenasbiverütbeve emenasıptevcihivenişanitasuveeyalâtümüntazeninşeraitiimtiyaziyelerinetevfikani crayıtevcihatvemeskukatdarbivehutbelerdenamınınzıkrivedüveliecnbebiyeilemuahedatakdiveharbvesulhilânıvekuvvemberriyevabahriyeninkumandasıveharekatıaskeriyeveahkâmıseriyevekanuniyeninicrasıvedevairiidareninmuamelatınamütealliknizamnamelerintanzimivemücazaatkanuniyenintahfiliveaaffivemeclisiumumininaktvetatilivelodeliktizaheyetimebusanınazasıyenidenintihapolunmakşartilefeshihukukumukaddeseiPadişahicümlesindendir." Bkz. Gözübüyük (2005): s. 5; "https://anayasa.tbmm.gov.tr/1876.aspx", E.T: 30.04.2016.

dd. Yargı Alanı

Türk-İslam geleneğinin en muteber uygulama alanının adalet ve bunun pratiğe döküldüğü yargı alanı olduğu söylenebilir. Bu minvalde olmak üzere; Kanun-ı Esasiye göre; yargılama alenidir, hâkimler azledilemez, mahkemeler her nevi müdahaleden azadedir. Mahkemeler, görevine giren işlere bakmaktan imtina edemez ve aksi yönde karar alınmadıkça onların yargılama ve neticeleri ile ilgili haber yapma hakkı vardır.

Bunlara ilave olarak Anayasa; tabii yargı ilkesini garanti altına almış, olağanüstü yargının önünü kapatmıştır ve savunma hakkı bakımından meşru yollar dâhilinde olmak kaydıyla delil serbestisini kabul etmiştir (KE. m. 81-84, 86, 89). Kanun-ı Esasinin düzenlemelerine göre yargı; Divanı Âli, şer'îye ve nizamiye mahkemeleri şeklinde üçe ayrılabilir. 30 üyeden oluşan Divanı Âli,³¹ iddia ve yargılama olmak üzere iki daireye ayrılmaktaydı ve görevi, bakanlar ile temyiz mahkemelerinin başkan ve üyelerini yargılamaktı (KE. 92, 93).

Anayasada ve alt mevzuatta yargı ile ilgili önemli düzenlemeler olarak; şeri hükümlerden doğan uyuşmazlıkları çözmekle görevli şer'iyemahkemeleri, şeri hükümler haricinde kalan hususlardan doğan uyuşmazlıkları çözmekle görevli nizamiye mahkemeleri, kamu harcamalarının denetimini sağlamak amacıyla bugünkü Sayıştay'ın karşılığı olarak ifade edilebilecek Divan-ı Muhasebat,³² bir siyasal denetim mahiyetinde olmak üzere çıkarılacak kanunların dini hükümler bakımından aykırı maddeler içerip içermediğini denetleme görevi Heyeti Ayan, adli alanla ilgi kanunların 'tefsir edilmesi' yetkisi mahiyetinde Temyiz Mahkemesine, aynı görevi idari alanla ilgili hususlarda icra etmek üzere Şurayı Devlete, Kanun-ı Esasi ile ilgili olması halinde ise Heyeti Âyanın bu görevi ifa edeceğine dair düzenlemelerin varlığı zikredilebilir.³³

³¹ 1876 Kanun-ı Esasi döneminde Divanı Âlide hiç yargılanan olmamıştır. 1924 Anayasası'nda da düzenlenen bu mahkemeye ilk sevkedilen kişi Mahmut Muhtar Paşadır: Bkz. Kumaş, Rahmi: İktidardan Yüce Divana, Tekin Yayınevi, Ankara 1980, s. 24.

³² Kanun-ı Esasi m. 106'ya göre; "Divanı Muhasebatın âzası on iki kişiden mürettep olacak ve herbiri Heyeti Mebusandan ekseriyetle azlinin lüzumu tastik olunmadıkça memuriyetinde kaydı hayat ile kalmak üzere bairadeiseniyen asbolunacaktır."

³³ Zira Kanun-ı Esasi m. 117'ye göre; "Bir maddei kanuniyenin tefsiri lâzım geldikte umuru adliyyeye müteallik ise tâyini manası Mahkemei Temyize ve idarei mülkiye-

cc. Değerlendirme

1876 Kanun-ı Esasi ile Osmanlı İmparatorluğunun geleneksel devlet yapısından taviz verilmemiştir. Tam tersine bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Dolayısıyla her ne kadar Anayasada; yasama, yürütme ve yargı ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da bu durum kuvvetler ayrılığının benimsendiği ve bir firenler-dengeler mekanizmasının varlığı mahiyetinde düzenlemelerin tercih edilmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Kısaca Kanun-ı Esasi ile malumun ilanından ibaret ve ferman nitelikli bir Anayasadan öteye geçilememiştir.

II. Meşrutiyet süreci de dâhil olmak üzere 1876 Kanun-ı Esasi'de gerçekleştirilen 1909 değişiklikleri kapsamında padişahın sorumluluğuyla alakalı yukarıda aktarılan 5 inci maddede değişiklik yapılmamıştır. Böylece, Osmanlı İmparatorluğu'nda, I. ve II. Meşrutiyet dönemleri dâhil, Padişahın hukuki, cezai ve siyasi olmak üzere sorumluluğunu ihtiva eden bir düzenleme yoktur.

1909 değişiklikleriyle padişah ile meclis arasında yetkilerin paylaşılması esasına dayalı meşrutî monarşiye geçiş mahiyetinde düzenlemelerin yapılması suretiyle parlamenter monarşiye dönüşmeye başlayan yeni bir yürütme yapısı ortaya çıkmıştır.

b. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Dönemi

1921 Anayasası; Devlet güçlerinin yürütmede ve onu temsil eden padişahıta toplanması esasına dayanan 1876 Kanun-ı Esasiye tepki olarak,³⁴ kuvvetler birliği esas dayanan³⁵ ancak erklerinin yasamada toplandığı³⁶ meclis hükümeti modeliyle ilgi düzenlemeler getirmiştir. Dolayısıyla bu Anayasa, yasama ve yürütme kuvvetlerinin seçilmiş bir mecliste toplandığı³⁷ ve meclisin mutlak üstünlüğünün kabul edildi-

ye dairise Şurayı Devlete ve iş bu Kanunu Esasiden ise Heyeti Ayana aittir.”
³⁴ Gamze İrez, 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Seçimi ve Görevleri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009, s. 19.

³⁵ Ergün Taşçı, 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Konumu, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, s. 13.

³⁶ Yavuz Abadan ve Savcı Bahri, Türkiye'de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1959, s. 55; Atilla Özer, Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Sistemin Türkiye'de Uygulanabilirliği, 2 inci Baskı, Şekerbank, Ankara 1998, s. 79.

³⁷ Ergun Özbudun, 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu

ği³⁸ devletin ve icranın başında meclis başkanının bulunduğu, kısaca meclis hükümeti modeliyle ilgili hükümlere yer veren bir anayasadır.³⁹ 1921 Anayasası'nın 9 uncu maddesine göre; "*Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiyesi tarafından intihap olunan reis bir intihap devresi zarfında Büyük Millet Meclisi Reisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Heyeti Vekile mukarreratını tasdika salâhiyettardır. İcra Vekilleri heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi vekiller heyetinin de reisi tabiisidir.*" Bu maddede geçen; Meclis namına imza vaz'ına ifadesine yer verilmiş olmakla Meclis Başkanının Devlet Başkanı gibi Devleti temsil etme yetkisine sahip olduğu anlamına gelir. Heyeti Vekile mukarreratını tasdika ifadesine yer verilmiş olmakla ise; Meclisten ayrı, icra salahiyetini haiz Heyeti Vekilenin varlığının kabul edilmiş olduğu ve bunların kararlarının Meclis Başkanı tarafından tasdik edileceğinin belirtilmek istendiği ifade edilebilir. 1921 Anayasası'nda bir devlet başkanlığı makamının ve onu temsil eden bir devlet başkanının olduğu, ancak kavram olarak devlet başkanlığı ve devlet başkanı ifadeleri yerine Meclis Reisliği ve Meclis Reisi ifadelerinin tercih edildiği söylenebilir. Zira Atatürk Nutuk'ta, Saltanat taraftarlarının tepkisinin engellemesi ve bu yolla Milli Mücadeledeki yekvücutluğa hanel gelmesinin önlenmesi amacıyla her ne kadar görünüşte devlet başkanlığı ve devlet başkanından açıkça söz edilmemiş olsa da, fiiliyatta bu makamın aslında bulunduğunu ve devlet başkanının görevinin Meclis Başkanı tarafından yerine getirildiğini ifade etmiştir.⁴⁰

Yukarıda ifade edilenleri destekleyici mahiyette olmak üzere, 29.10.1923 tarihinde çıkarılan 364 sayılı Kanun'la, 1921 Anayasası'nda

Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1992, s. 51.

³⁸ Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002, s. 117.

³⁹ 1921 Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun, Meclisin mutlak üstünlüğüne dayanan meclis hükümeti modelini benimsemiş olduğu Anayasa'nın 2 inci ve 3 üncü maddelerinde açıkça ifade edilmiştir. Bu çerçevede Anayasa'nın 2 inci maddesi; "*İcra kudreti ve teşri salahiyeti milletin yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder*" hükmünü, 3 üncü maddesi ise; "*Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti "Büyük Millet Meclisi Hükümeti" unvanını taşır*" hükmünü havidir. Bkz. "<http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa21.htm>", Erişim tarihi: 20.11.2012.

⁴⁰ M. Kemal Atatürk, Nutuk Söylev, C. I, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1984, s. 11; Atatürk, M. Kemal: Nutuk Söylev, C. II, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1984, s. 567.

bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede; Türkiye devletinin kurulduğuna delalet etmek üzere; Cumhuriyet ilan edilmiş ve onu temsil edecek olan Cumhurbaşkanlığı makamıyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır.⁴¹Değişiklikler çerçevesinde; Cumhurbaşkanı, Meclisi Umumi Heyeti tarafından ve kendi üyeleri içerisinde, tekrar seçilme yolu açık olmak üzere bir intihap dönemi dâhilinde görev yapmak üzere seçileceğini ihtiva eden madde ile (10 uncu madde) meclis hükümetinden sapış manasına gelen bir devlet başkanlığı-cumhurbaşkanlığı makamının ihdas edildiğini ve bu makamı temsilen devlet başkanı-cumhurbaşkanı ile ilgili düzenlemelerin açıklığa kavuşturulduğunu belirtmek gerekir. Böylece, ismen zikredilmemiş olmakla beraber fiilen mevcut olduğu Atatürk tarafından Nutuk'ta ifade edilen devlet başkanlığı makamına ve onu temsil eden gerçek kişi olarak cumhurbaşkanına yönelik düzenlemelerin getirilmesiyle sadece fiili durumun hukuken mesnetli hale getirilmiş olduğu açıktır. Bu yargıyı destekleyici olmak üzere, 364 sayılı Kanun'la, Cumhurbaşkanının Devlet başkanı olduğu, bu sıfatıyla lüzum gördüğü takdirde Meclise ve Vekiller Heyetine başkanlık edeceğine dair düzenlemelere de yer verildiği (m. 11) ifade edilmelidir.

1921 Teşkilâtı Esasiye dönemi, 1923 yılında yapılan değişikliklere değin yetkilerin Meclis uhdesinde toplanmış olduğu, yani meclis hükümeti modelinin uygulandığı bir dönemdir. 1923 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle meclis hükümetinden sapış, parlamenter sisteme kayış niteliğinde değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

c. 1924 Anayasası Dönemi

1923 yılında başlayan parlamenter sisteme geçiş süreciyle ilgili değişiklikler 1924 Anayasası'yla devam ettirilmiştir. 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun 7 inci maddesine göre; *"Meclis, icra salâhiyetini, kendi tarafından müntahap Reiscumhur ve onun tâyin edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder."* 32 inci maddesinin ilk cümlesine göre ise; *"Reiscumhur Devletin Reisidir. Bu sıfatla merasimi mahsusada Meclise ve lüzum gördükçe İcra Vekilleri Heyetine Riyaset eder."* 7 inci maddede geçen, *"Meclis, icra salâhiyetini, kendi tarafından müntahap Reisi-*

⁴¹ Fethi Kılıç, 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Görev Ve Yetkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1998, s. 2.

cumhur ve onun tâyin edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder." Koyu puntolu kısımda dikkat çekildiği üzere, Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin başı olduğu vurgulanmıştır. 32 inci maddede geçen, *Reisicumhur Devletin Reisidir* tümcesiyle ise Cumhurbaşkanı'nın devletin başı olma sıfatına vurgu yapılmak istenmiştir.

Böylece, 1924 Anayasası'ndaki düzenlemelerle hem makam olarak devlet başkanlığı, hem de şahıs olarak devlet başkanı kavramları açıklığa kavuşturulmuştur. Başka bir ifadeyle, 7 inci maddedeki düzenlemeyle yürütmenin başı olarak bir gerçek şahıs sıfatıyla *cumhurbaşkanı*, 32 inci maddedeki düzenlemeyle de devlet hükmi şahsını, dolayısıyla bu makamı temsil eden kişi olarak *cumhurbaşkanı* sıfatına dikkat çekilmek istenmiştir. Daha öz bir anlatımla, 7 inci maddedeki düzenleme gereği yürütme erkinin başı olan Cumhurbaşkanı'na, yürütmenin diğer üyelerinden yani icra vekillerinden farklı olarak, 32 inci maddedeki düzenlemeyle devletin başı olma sıfatı da verilmiştir.⁴²

d. 1961 Anayasası Dönemi

1909 yılında Kanun-ıEsaside yapılan değişikliklere kadar götürülebilecek parlamenter sisteme geçiş süreci, 1921-1923 yılları arasındaki kısa süreli meclis hükümeti denemesi hariç tutulursa, 1923 yılında yapılan değişikliklerle sürdürülmüş, 1924 Anayasası'nda yapılan düzenlemelerle hızlanarak 1961 Anayasası'yla klasik parlamenter sisteme dair hükümlerin getirilmesiyle son bulmuştur.

1961 Anayasası'nın 6 ıncı maddesine göre; "Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir." Anayasa'nın 97 inci maddesinin ilk fıkrasında; "Cumhurbaşkanı Devletın başıdır. Bu sıfatla, Türkiye Cumhuriyetini ve Milletın birliğini temsil eder." hükmüne, aynı maddenin ikinci fıkrasının ilk tümcesinde; "Cumhurbaşkanı, gerekli gördükçe, Bakanlar Kuruluna başkanlık eder." hükmüne yer verilmiştir. 1924 Anayasası'nın düzenlemeleri çerçevesinde, devlet başkanlığı, devlet başkanı kavramları hakkında ifadeler, 1961 Anayasası'nın düzenlemeleri için de geçerlilik arz etmektedir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı'nın, aynen 1924 Anayasası'nda olduğu gibi, 1961 Anayasası'nda da hem yürütmenin başı olma, hem de devletin başı olma şeklinde iki farklı görevi bulunmaktadır.⁴³

⁴² Cem Eroğul, "Cumhurbaşkanı'nın Denetim İşlevi", *AÜSBFD*, C. 33, S. 1-2, s. 42.

⁴³ Eroğul: s. 38.

Bununla birlikte hükümet sistemi bakımından oldukça önemli bir gelişmeye 1961 Anayasası kapı aralamıştır. İşte 1961 Anayasası'nın en önemli katkılarından biri de devlet iktidarının ve egemenliğin kullanılmasının çeşitli organlar ve kurumlar arasında bölüştürülmesi ve bunlar arasında adeta bir frenler ve dengeler mekanizmasının kurgulanmasıdır. Daha önceleri Padişahın şahsında yürütme etrafında birleşen kuvvetler süreç içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisi etrafında birleşmiştir. İşte 1961 Anayasası bu kuvvetleri, yani yasama ve yürütmeyi yumuşak bir kuvvetler ayrılığına tabi tutup bunları paylaşmıştır. Bu sonuç egemenliğin kullanımına yönelik demokratik hukuk devletine varma tırmanışında ilk adımı teşkil etmektedir. Bununla beraber Meclis artık egemenliği kullanan tekil ve tekel bir iktidar alanı değil bunlardan yalnızca bir tanesidir. Üstelik Meclis bu yetkisine kullanırken oldukça önemli bir yargısal denetime, Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulmuştur.

e. 1982 Anayasası Dönemi

Anayasa'nın 8 inci maddesine göre; *“Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”* Anayasanın 104 üncü maddesinin ilk fıkrasına göre; *“Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.”*

1961 Anayasası'nın 6 ıncı maddesinin karşılığı olarak 1982 Anayasası'nda yer alan 8 inci maddenin en temel farkı, parlamenter sistemi benimsemiş birçok ülkedeki eğilimden esinlenilerek, yürütmenin sadece bir görev olduğuna değil, bunun yanı sıra yetki olduğuna da maddede yer verilmiş olmasıdır.

1982 Anayasası'nın 8 inci maddesinde yürütmenin aynı zamanda yetki olarak kabul edilmesinin yürütme içerisinde yer alan Cumhurbaşkanı bakımından en temel somut sonucu, Anayasa'nın 104 üncü maddesindeki düzenlemelerle Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerinin ziyadesiyle arttırılmış olmasıdır. Oysa bu durum, parlamenter hükümet modeli açısından doğru bir yaklaşım değildir. 1961 Anayasası'nın 97 inci maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, 1982 Anayasası'nın 104 üncü maddesinin ilk fıkrasına, *“Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir”* ibareleri eklenmek

suretiyle, Cumhurbaşkanının devlet erkleri arasında uyum sağlama ya da "denge rolü"⁴⁴ üstlenme görevinin olduğu vurgulanmıştır.

1961 Anayasası'nın Cumhurbaşkanının yetkilerini düzenleyen 97 inci⁴⁵ maddesi, klasik parlamenter sistemle örtüşür şekilde semboliktir. Oysa 1982 Anayasası'nın 104 üncü maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanının yetkileri klasik parlamenter sistemden sapış olarak düşünmeye sevk edici,⁴⁶ bazılarına göre ise sistemi, yarı-başkanlık sistemine dönüştürücü⁴⁷ düzeyde olmuştur.

⁴⁴ Özkan Tikveş, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, Acargil Matbaası, İzmir 1982, s. 184.

⁴⁵ Cumhurbaşkanının yetkilerinin düzenlendiği şimdi aktarılabilecek olan 1961 Anayasası'nın 97 inci maddesinin ikinci fıkrası ile bir sonraki dipnotta aktarılabilecek olan ve 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanının yetkilerini düzenleyen 104 üncü maddesinin ikinci fıkrası mukayese edildiğinde, 1961 Anayasası'nda düzenlenen yetkilerin 1982 Anayasası'ndaki yetkiler karşısında çok cılız kaldığı zaten hemen anlaşılacaktır. 1961 Anayasası'nın 97 inci maddesinin ilk fıkrasına göre; "Cumhurbaşkanı, gerekli gördükçe, Bakanlar Kuruluna başkanlık eder; yabancı Devletlere Türk devletinin temsilcilerini gönderir ve Türkiye'ye gönderilen yabancı Devlet temsilcilerini Kabul eder; milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayınlar; sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir."

⁴⁶ Erdal Onar, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 77, Ankara 2005, s. 104; O. Korkut Kanadoğlu, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı", Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, s. 132; Muammer Oytan, "Fransa, Almanya ve Türkiye'de ve Yürütme Organının Kanun Hükümünde Kararname Çıkarma Yetkisi", Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 541 ve 616; Adil Özkol, *Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi*, Ankara Ü. HFD., C.XXVI, S. 1-2, s. 43 ve 47; Mehmet Turhan, "Anayasa Hukukunda Hükümet Sistemi Tartışmaları", Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, s.780; Sevtap Yokuş, "1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine, Yasalara ve Kanun Hükümünde Kararnamelere İlişkin Yetkileri", Bülent Tanör Armağanı, İstanbul 2004, s. 762, 763; Necmi Yüzbaşıoğlu, "Parlamenter Rejimlerde ve Türkiye'de Yürütme Kuvveti", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1986, s. 442; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, Ankara 2003, s. 203; Burhan Kuzu, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul 1990, s. 74- 79; Mustafa Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara 2001, s. 197; Bülent Tanör-Yüzbaşıoğlu Necmi: *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2001, s. 423; Ömer İzgi-Gören, Zafer, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, C. 2, Ankara 2002, s. 975; Ersel Aldabak, "57. Hükümet Dönemindeki Bazı Gelişmeler Işığında 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı", *İÜHF.M.*, C. LX, S. 1-2, İstanbul 2002, s. 4-10; Ozan Erözden, "1982 Sisteminde Cumhurbaşkanını Sorgulamak", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 13, 1991, s. 144; İ. Halis Asilbay, "Parlamenter Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", *TBB. Dergisi*, S. 104, Ankara 2013, s. 262.

⁴⁷ Zafer Üskül, *Türkiye'nin Anayasa Sorunu*, İstanbul 1991, s. 46; Ancak; doktrinde Türkiye bakımından, sistem henüz yarı-başkanlık sistemi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Levent Gönenç, "Türkiye'de Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Güncel Hukuk Dergisi*, S.2011/6-90, s. 15. Levent Gönenç, "Hükümet

f. Sonuç ve Değerlendirme

1982 Anayasası'nın güçlendirilmiş parlamenterizme dair düzenlemeleri, 2007 Anayasa değişiklikleri ile daha ileri bir noktaya taşınmıştır.

İki başlı yürütme yapısı arz eden ve yumuşak kuvvetler ayrılığı rejimi olan parlamenter sistem, "yürütme iktidarının yasamadan kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi tipi"⁴⁸dir şeklinde tanımlanmıştır. Bu çerçevede parlamenter sistemde yasama ve yürütme erkleri bir işbölümü dâhilinde hareket etmekle beraber, devlet başkanının sahip bulunduğu yetkilerle parlamentoyu frenleyebilmesi, parlamentonun da siyasal sorumluluk mekanizmalarını işleterek yürütmenin sorumlu kanadı olan bakanlar kurulunu denetleme imkânına sahip olması söz konusudur. Bu bakımından parlamenter sistemi, yasama ve yürütmenin birbirlerinin tesiri altında olduğu bir hükümet modeli olarak görmek mümkündür.⁴⁹

Yukarıda verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, başkanlık sisteminden farklı olarak, parlamenter sistemde iki başlı yürütmenin bakanlar kurulu kanadının yasama karşısında siyasal sorumluluğu bulunmaktadır.

Parlamenter sistemin ilk halinde, daha çok sembolik yetkileri haiz olacak şekilde yetkilendirilen cumhurbaşkanına, yetkilerinin azlığına

Sistemi Tartışmalarında "Başkanlık Parlamenter Sistem" Seçeneği", *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 44, 2007, s. 40; "Başkanlı parlamenter sistem" nitelemesini 1982 Anayasasının ilk hali bakımından uygun gören görüş için bkz. Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi*, 1 inci Basım, Kardeşler Matbaası, İstanbul 1989, s. 286. Başkanlı parlamenter sistem nitelemesini doğru bulan bir diğer görüş için bkz. Bilgen Kükner, "Başkanlı Parlamenter Sistem Seçeneği ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara 2012, s. 300.

⁴⁸ Mustafa Erdoğan, "Başbakanlık Hükümeti Mi?", *AÜSBFD.*, C. 44, S. 3, s. 229; Çağlar: s. 272. Ancak tanımda ifade edilen; yürütmenin yasamadan doğması ve ona karşı sorumlu olması, yasama kuvvetinin yürütme ve yargı kuvvetleri karşısında mutlak üstün güç olduğu anlamına gelmez. Bkz. Şeref İba, "Türkiye'de Parlamenter Rejimin İşleyişi Açısından 3 Kasım 2002 Seçimlerinin Sonuçları", *AÜSBFD.*, C. 58, S. 2, s. 99, 100; Şeref İba-Bozkurt, Rauf: 100 Soruda Parlamento, 2 inci Bası, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2004, s. 3. Kaldı ki, 1982 Anayasası'nın başlangıç metninin 4 üncü paragrafında da ifade edildiği üzere, kuvvetler ayrımının bir üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, sadece iş bölümünden ibaret olduğu ifade edilmiştir.

⁴⁹ Leon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev: SüheypDerbil), İstiklal Matbaacılık, Ankara 1954, s. 103; Erdoğan (1987): s. 16.

istinaden ve daha ziyade hükümete bağlı olarak tali konumda hareket etmesi hasebiyle siyasi ve cezai sorumluluk yüklenmemiştir.⁵⁰

1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanına tanınan, özellikle yürütme ile ilgili yetkiler, siyaset kökenli aktif bir Cumhurbaşkanının elinde, parlamenter sistemde yürütme organının başındaki asıl icracı yetkileri haiz başbakanı ikinci planda bırakacak şekilde sistem krizine dahi yol açacak boyutlarda olmuştur. Bu durumda, çözüm yolu olarak, başkanlık sistemine geçmek ve yürütmeyi tek başlı hale getirmenin fiili yolu açılmıştır. Oysa kanaatimizce ülkemizde yaklaşık olarak 50-60 yıldır uygulanmakta olan parlamenter sistemin terk edilmesi yerine, mevcut sistem korunup, ancak Cumhurbaşkanının yetkileri azaltılarak, yani törensel yetkiler seviyesine indirilerek bir çözüm yolunun tercih edilmesi daha isabetli olabilirdi.⁵¹ Böylece, yetkileri az olduğu için sorumluluğu bulunmayan cumhurbaşkanının⁵² tartışılır yetkilerinin önü kapatılmış ve cumhurbaşkanının oldukça fazla olan yetkilerini etkin kullanmak suretiyle sistem krizlerine sebebiyet vermesi engellenmiş olurdu. Böyle bir tercihin yapılmış olması; yeni bir sistem olarak başkanlık sisteminden mülhem Türkiye tipi cumhurbaşkanlığı sisteminin muhtemel risklerini (mesela sisteme önyargılı muhalefeti, sistemin meşruiyeti gibi sorunları) engellerdi. Bu nedenle parlamenter sisteminden kaynaklandığı düşünülen sorunlar, başkanlık sistemi veya başka herhangi bir sistem benimsendiğinde, o sistemden sapma mahiyetindeki uygulamaların söz konusu olması halinde de gerçekleşmeye açıktır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile yürütmenin tek elde toplanmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Kısaca, icranın tek elde toplandığı monarşik bir yapıdan meclis lehine yetkilerin everilmeye başladığı bir süreç, daha sonra meclis karşısında kolektif bir yürütmenin varlığı şekline dönüşmeye doğru bir seyir izlemiştir.

Daha sonra bu süreç yürütme içerisinde belli şahıslarda yetkilerin toplandığı bir yapıya dönüşmeye başlamış ve ilk başa dönülmesi mahiyetinde kabulü kabil olacak şekilde yetkilerin Cumhurbaşkanında toplandığı bir hükümet modelinin tercihi ile sonuçlanmıştır.

⁵⁰ Yıldızhan Yayla, Anayasa Hukuku Ders Notları, 2 inci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s. 68-71.

⁵¹ Onar (2005): s. 102-104; Kükner: s. 302; Asilbay: s. 260-263.

⁵² Yılmaz Altuğ, Parlamento Hukuku, Çağlayan Kitabevi, İstanbul 2003, s. 8.

Türk tarihinde icranın yapısı, demokratik ve hukuki açıdan farklılık arz eden hususları saklı kalmak üzere icranın tek elde toplandığı bir yapıdan icracı yetkilerin mecliste toplanması şeklinde bir gelişim izlemiştir. Bu bağlamda 1876 Kanun-ı Esasi öncesi ve sonrası dâhil olmak üzere bütün yetkilerin merkezinin padişah olduğu mutlak monarşik bir yapı söz konusudur.

1909 yılında 1876 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle padişahın yetkilerinin meclisle paylaşılması esasına dayalı meşrutî monarşiye geçilmiştir.

1921 Anayasası'yla ise yetkilerin tümünün mecliste toplandığı meclis hükümeti sistemiyle ilgili düzenlemeler getirilmiştir.

1923 yılında meclis hükümeti modelinden parlamenter sisteme sapış mahiyetinde değişiklikler yapılmıştır. Bu yöndeki değişiklikler 1924 Anayasası'yla devam etmiştir. 1921 Anayasası'nın ilk şekli itibarıyla yetkilerin mecliste toplanması esasına dayalı meclis hükümeti modeli, 1923 yılı değişiklikleri ve 1924 Anayasası'nın düzenlemeleriyle meclis karşısında ayrı bir yürütmenin doğması şeklinde olmuştur.

1961 Anayasası'nın düzenlemeleriyle yasama karşısında ayrı bir yürütmenin söz konusu olduğu, yumuşak kuvvetler ayrılığı modeli olan klasik parlamenter sisteme geçilmiştir.

1982 Anayasası'yla, icracı yetkiler bakımından yürütme içerisinde başbakanı ve Cumhurbaşkanını merkeze alan düzenlemeler tercih edilmiştir. Böylece kısmen de olsa klasik parlamenter sistemden sapılmış ve yaygın ifade edilmiş şekliyle güçlendirilmiş parlamenter sistemle ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

2007 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanını halkın seçeceğine dair düzenlemelerin getirilmesiyle yürütme içerisinde güçlü yetkilere sahip Cumhurbaşkanının halk nezdindeki meşruiyetini kuvvetlendirici adım atılmıştır. Bu değişiklikler gereği 2014 yılında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle Cumhurbaşkanı karşısında başbakan fiilen pasif bir pozisyon almaya başlamıştır. Cumhurbaşkanının başbakan karşısındaki gücü, öz ifade şekliyle fiili duruma uygun bir hukuki durum meydana getirmek amacıyla 2017 Anayasa değişiklikleriyle icra yetkilerinin tümünün Cumhurbaşkanında toplandığı yeni bir hükümet modelinin benimsenmesi sonucunu doğurmuştur.

Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sistemi olarak isimlendirilen bu modelin ilham kaynağı başkanlık sistemidir. Ancak başkanlık sisteminden farklı olarak Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanının başkanlık sistemine göre meclise karşı daha güçlü olmasını sağlayıcı düzenlemelere yer verildiği kuşkusuzdur.

Şöyleki; başkanlık sisteminden farklı olarak Meclisin Cumhurbaşkanını bütçe kanununun kabulü sürecinde deyim yerindeyse köşeye sıkıştırması mümkün değildir. Zira Cumhurbaşkanının teklif ettiği bütçenin Meclis tarafından kabul edilmemesi halinde bir önceki yılın bütçe kanununun yeniden değerlendirilmesine göre uygulanması yönünde düzenleme getirilmiştir. Bunun yanı sıra, Meclisin genel seçim kararı almasının nitelikli çoğunluk şartına bağlanmış olmasına rağmen, Cumhurbaşkanı bu yetkiyi tek başına kullanabilir. Bu bağlamda Meclisin seçim kararı alması üye tamsayısının asgari beşte üçü ile mümkünken aynı sonucu doğuran kararı Cumhurbaşkanı tek başına alabilir. Bunlar gibi, Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclisin seçim kararı alması halinde Cumhurbaşkanının tekrar aday olması mümkündür. Ayrıca üst düzey bürokratlarından hiçbirinin atanmasında meclisin onayı şartı yoktur.

Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sisteminin başkanlık sistemiyle örtüşen yönleri de bulunmaktadır. Bunlar arasında; yasama ve yürütmenin sert ayrımı esasının benimsenmiş olması, aynı kişinin hem yasamada hem yürütmede görev alamaması, icra yetkilerinin tek merkezde toplanmış olması, icranın başının aynı zamanda devletin de başı olarak kabul edilmiş olması, kanunlar üzerinde Cumhurbaşkanına güçleştirici veto yetkisinin tanınmış olması, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ve göreve başlayabilmesi için yasama organının güvenoyuna ihtiyacının olmaması gibi hususlar sayılabilir.

Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sistemi başkanlık sisteminden mülhem bir sistemdir. Şu farkla ki, Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sisteminde başkanlık sistemindeki başkanın tek merkezli yetkileri alınmış, meclisin başkan karşısında varlığını hissettirmesine yönelik araçların alınmaması bir tarafa, onlar Cumhurbaşkanı lehine olacak şekilde çok güçlü silahlar haline döndürülmüştür. Bu tercihin başkanlık sistemindeki aksayan yönlerin Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sisteminde

yaşanması amacıyla olduğunun ifade edilmesi mümkündür. Ancak daha önemli sorunlara gebe olduğu da kuvvetle muhtemeldir. Çünkü frenler ve dengeler mahiyetinde TBMM'nin Cumhurbaşkanı'nı frenleyebileceği araçlarla ilgili düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu durum otoriterleşmeye hatta daha ötesine gidilmesi için ciddi riskler taşımaktadır.

Burada ifade edilmesinde yarar vardır ki, devlet türü ile hükümet sisteminin aynı şeyler olmadığı malumdur. Federal devlet türü olmalarına rağmen Amerika Birleşik Devletleri'nde başkanlık sistemi, Almanya'da parlamenter sistem, Rusya'da yarı-başkanlık sistemi, İsviçre'de meclis hükümeti sistemi uygulanmaktadır. Hakeza üniter devlet olmalarına rağmen İngiltere'de parlamenter sistem, Fransa'da yarı-başkanlık sistemi, Endonezya'da başkanlık sistemi uygulanmaktadır. Türk tarihi bakımından da aynı değerlendirmeler yapılabilir. Zira 1876 Kanun-ı Esasi'nin ilanına kadar bütün yetkilerin merkezinde padişahın olduğu tam bir mutlak monarşi söz konusudur. 1876 Kanun-ı Esasi'nin ilanı ile meşrutî monarşiye geçiş mahiyetinde bir adım atılmış, 1909 yılında Kanun-ı Esasi'de yapılan değişikliklerle meşrutî monarşiye geçilmiştir. 1921-1923 yılları arasında meclis hükümeti modeli uygulanmıştır. 1923 yılında başlayan 1924 Anayasası'yla devam eden değişikliklerle parlamenter hükümet modeliyle meclis hükümeti modelinin karması bir hükümet modeli uygulanmıştır. 1961 ve 1982 Anayasalarıyla ise parlamenter hükümet modeli uygulanmıştır/uygulanmaktadır. 2017 Anayasa değişiklikleriyle ise merkezinde Cumhurbaşkanı'nın olduğu Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı modeliyle ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Bu durumda isim farklılığı saklı kalmak üzere, özellikle icracı yetkiler bakımından en başa dönülmesi gibi bir sorunun sorulması oldukça iyimser kalmaktadır.

Hangi hükümet sistemi olursa olsun hükümet sistemlerinin ve bunların başarılı bir şekilde uygulanmalarının doğrudan kendilerinden menkul olamayacağı kuşkusuzdur. Her şeyden evvel hükümet sistemleri parti ve seçim sisteminden bağımsız düşünülemez. Bu çerçevede iki parti sisteminin varlığı halinde her hükümet modelinin başarılı uygulanacağı gayet olağandır. Mesela, İngiltere'de iki parti sistemi

olduğu için parlamenter sistem, aynı durum Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu için başkanlık sistemi başarılı bir şekilde uygulanmaktadır. İki turlu seçim sisteminin uygulandığı Fransa'da ve kısmen iki turlu seçim sisteminin uygulanmakta olduğu Rusya'da yarı-başkanlık sistemi başarılı sonuçlar doğurmaktadır. Kuvvetlerin yasamada toplandığı meclis hükümeti modelinde ise parti ve seçim sisteminin çok önem arz etmediği ifade edilebilir. Bu çerçevede günümüzde İsviçre meclis hükümeti sistemi başarılı bir şekilde uygulanmaktadır. Bunların yanı sıra, bir partinin parlamentoda çoğunluk sahibi olması ve yürütme erkinin de aynı çizgide olması halinde her tür hükümet modelinin sorunsuz uygulanabileceği muhakkaktır.

Türkiye bakımından da benzer değerlendirmeler yapılabilir. 2018 yılının başlarında seçim ve siyasi partiler mevzuatında yapılan değişikliklerin oyların dağılmasını önlemek ve iki parti sistemini avantajlı hale getirmek amacıyla yapıldığı çok açıktır. Mesela, partilerin ittifak halinde seçime katılmalarının mümkün hale getirilmesi, kahir ekseriyet tarafından eleştirilmesine rağmen %10'luk seçim barajının düşürülmemesi, tam tersine ittifak halinde seçime katılma halinde ittifakın barajı geçmesiyle ittifaka dâhil partilerin tamamının barajdan adeta muaf hale gelmesi gibi düzenlemeler oyların dağılmasını önlemek ve iki parti sistemini hayata geçirmek üzere yapılan değişikliklerdir. Sistem değişikliğine ve dolayısıyla Anayasada değişiklik yapmaya gerek kalmaksızın aynı değişikliklerin yapılması suretiyle parlamenter sistemin sorunlarının bertaraf edilebileceğini ifade etmek mümkündür. Böyle bir tercihin, daha geniş bir uzlaşma zemininin temininde ve kurumsal yapının korunmasında isabetli kalacağı gerçeği göz ardı edilememeliydi.

Makale sonlandırılmadan değinilmesi gereken bir husus olarak, 1876 Kanun-ı Esasi'den bil itibar 2017 Anayasa değişiklikleriyle getirilen düzenlemeler dâhil olmak üzere devlet başkanlarının sorumluluğuyla ilgili düzenlemelerin sadece Anayasada dayanaklı hale getirilmekten öte bir anlam ifade etmediğinin belirtilmesi gerektiğidir. Devlet başkanının siyasi, hukuki ya da cezai sorumluluğu hususlarının; hukuk devletinin gereklerinden, bununla bağlantılı olarak devletleri sınırlandırmaya yönelik metinler olan anayasalardan bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kuvvetler birliğine dayanan,

monarşi ve diktatörlük rejimlerinde devlet başkanlarının sorumlulğundan bahsedilemez. Kuvvetler birliğine dayanan meclis hükümeti modelinde ve kuvvetler ayrılığı modelleri olan; başkanlık, yarı-başkanlık sisteminde ve parlamenter sistemde, kapsamı farklı olmakla beraber devlet başkanlarının sorumluluğu kabul edilmektedir. Devletbaşkanlarının sorumluluğunun Anayasalarda anayasal dayanağa kavuşturulmasının, evvela siyasal sorumlulukla başladığını ve ceza sorumluluğuyla devam ettiğini ifade etmek mümkündür. Hukuki sorumluluk konusunda ise, anayasal bir düzenleme cihetine gidilmediği, bunun sebebinin ise, daha çok temenni mahiyeti taşıyan bir yaklaşım sonucu, herkes gibi sorumluluk sahibi olduğu düşüncesiyle anayasalarda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğu söylenebilir. Hangitür siyasal rejim veya hükümet modeli olursa olsun, devlet başkanlarının sorumluluğunun bulunduğu Anayasalarda yer verilmesi pratik değerden uzaktır. Dünyada, devlet başkanlarının sorumluluğu, savaş, darbe, devrim gibi olağan dışı haller hariç, işletilmiş olsa bile sonuçsuz kalmıştır. 2017 Anayasa değişiklikleriyle getirilen düzenlemeler sadece Cumhurbaşkanı bakımından değil, yardımcılarını ve bakanlar bakımından da geçerli olmak üzere ceza sorumluluğunun ve Yüce Divana sevkini daha en başından zorlaştırıcı mahiyette kaleme alındığı aşikârdır. Çünkü ceza sorumluluğunun başlatılması süresini doğuran teklif ancak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile soruşturma açılması beşte üç çoğunluğu ile Yüce Divana sevk ise üçte iki çoğunluğun sağlanmasıyla mümkündür. İttifak halinde seçime girme, parti liderliği ile cumhurbaşkanı ve yardımcılığının bağdaşması gibi hususlar dikkate alındığında yürütme mensuplarının Yüce Divana sevkini imkânsızlığını ile sürmek abartılı bir çıkarım olmayacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere, TBMM'nin fren ve denge mekanizmaları mahiyetindeki araçlardan hiçbirine sahip olmaması ve bu yönde düzenlemelerin Anayasada yer alamamasının yanı sıra Cumhurbaşkanı ve yardımcılarının parti liderlerinden olacağı gerçeği karşısında yürütme mensuplarının ceza sorumluluğunun pratikte değeri olma ihtimali ziyadesiyle düşüktür. Çünkü Türkiye tipi Cumhurbaşkanlığı sisteminde yasamanın da dolaylı bir şekilde yürütme kontrolüne gireceği kuvvetle muhtemeldir. Hatta bu durum parlamenter sisteme nazaran daha elverişli şartları taşımaktadır.

Netice olarak başkanlık sistemindeki gibi siyasal sorumluluğu bulunmayan Cumhurbaşkanı ve yürütmenin diğer görevlilerinin ceza sorumluluğunun elde edilmesinin zorluğu karşısında fren ve denge mekanizmalara yer verilmeyen bir hükümet modeli benimsendiği söylenebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilk elden ve asli düzenleme yetkisini haiz Cumhurbaşkanı ve en azında dolaylı etkisi altındaki yasama ile ilgili düzenlemeler dikkate alındığında, iddia edildiğinin aksine yasamanın oldukça silik esamesi okunmaz bir duruma düşmesi kaçınılmaz olabilir.

Kaynakça

- Abadan Yavuz-Savcı Bahri, Türkiye'de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1959, s. 55;
- Aldabak Ersel, "57. Hükümet Dönemindeki Bazı Gelişmeler Işığında 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı", *İÜHFM.*, C. LX, S. 1-2, İstanbul 2002.
- Aldıkaçtı Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4 üncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Altuğ Yılmaz, Parlamento Hukuku, Çağlayan Kitabevi, İstanbul 2003.
- Arsel İlhan, Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları, Ankara 1962.
- Asilbay İ. Halis, "Parlamentar Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", *TBB. Dergisi*, S. 104, Ankara 2013.
- Atatürk M. Kemal, Nutuk Söylev, C. I, TürkTarihKurumuYayınları, Ankara 1984, s. 11
- Atatürk M. Kemal, Nutuk Söylev, C. II, TürkTarihKurumuYayınları, Ankara 1984, s. 567.
- Canatan Bilal, Anayasa Hukuku, Detay Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Çağlar Bakır, Anayasa Bilimi, 1 inci Basım, Kardeşler Matbaası, İstanbul 1989.
- Erdoğan Mustafa, "Başbakanlık Hükümeti Mi?", *AÜSBFD.*, C. 44, S. 3.
- Erdoğan Mustafa, Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, Ankara 2001.
- Erdoğan Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Yayınları, Ankara 2007.
- Eroğul Cem, "Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi", *AÜSBFD.*, C. 33, S. 1-2.
- Erözden Ozan, "1982 Sisteminde Cumhurbaşkanını Sorgulamak", İnsan Hakları Yılı, C. 13, 1991.
- Duguitt Leon, Kamu Hukuku Dersleri, (Çev: SüheypDerbil), İstiklal Matbaacılık, Ankara 1954.
- Gönenç Levent, "Türkiye'de Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Güncel Hukuk Dergisi*, S.2011/6-90.
- Gönenç Levent, "Hükümet Sistemi Tartışmalarında "Başkanlı Parlamentar Sistem" Seçeneği", *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 44, 2007.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, 1. Baskı, Bursa 2000.

- Gözübüyük, A. Şeref: Türk Anayasaları, 5 inci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- İba Şeref, "Türkiye'de Parlamenter Rejimin İşleyişi Açısından 3 Kasım 2002 Seçimlerinin Sonuçları", *AÜSBFD.*, C. 58, S. 2.
- İBA Şeref-BOZKURT Rauf, 100 Soruda Parlamento, 2 inci Bası, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2004.
- İrez Gamze, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Seçimi ve Görevleri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.
- İzgi Ömer-Gören, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. 2, Ankara 2002.
- Kanadoğlu O. Korkut, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı", Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001.
- Karamustafaoglu Tuncer-Turhan Mehmet, 1961-1982 Anayasaları, 1 inci Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1993.
- Kılıç Fethi, 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Görev Ve Yetkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1998.
- Kubalı Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971.
- Kumaş Rahmi, İktidardan Yüce Divana, Tekin Yayınevi, Ankara 1980, s. 24.
- Kuzu Burhan, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990.
- Kükner Bilgen, "Başkanlı Parlamenter Sistem Seçeneği ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara 2012.
- Okandan Recai G., Umumi Âme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- Onar Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 77, Ankara 2005.
- Oytan, Muammer, "Fransa, Almanya ve Türkiye'de ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", Onar Armağanı, İstanbul 1977.
- Özbudun Ergun, 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1992.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2008.
- Özdemir Hikmet, Atatürk'ten Günümüze Cumhurbaşkanlığı Seçimleri, Remzi Kitabevi, İstanbul 2007.
- Özer Attila Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Sistemin Türkiye'de Uygulanabilirliği, 2 inci Baskı, Şekerbank, Ankara 1998.
- Özkol Adil, Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi", *Ankara Ü. HFD.*, C.XXVI, S. 1-2.
- Sabuncu Yavuz, Anayasaya Giriş, Ankara 2003.
- Taşçı Ergün, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Konumu, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005.
- Turhan Mehmet, "Anayasa Hukukunda Hükümet Sistemi Tartışmaları", Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012.

- Üskül Zafer, Türkiye'nin Anayasa Sorunu, İstanbul 1991.
- Yanık Murat, Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Yazıcı Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.
- Yayla Yıldızhan, Anayasa Hukuku DersNotları, 2 inciBaskı, FilizKitabevi, İstanbul 1986.
- Yokuş Sevtap, "1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine, Yasalara ve Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin Yetkileri", Bülent Tanör Armağanı, İstanbul 2004.
- Yüzbaşıoğlu Necmi, "Parlamenter Rejimlerde ve Türkiye'de Yürütme Kuvveti", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1986.

**5651 SAYILI KANUN’UN 9. MADDESİ VE
ERİŞİMİN ENGELLENMESİ:
KOYUN POSTUNDA KURT HÜKMÜ**
INTERNET BLOCKADE WITHIN
THE SCOPE OF THE 9TH ARTICLE OF LAW NUMBERED 5651:
WOLF PROVISION IN SHEEP’S CLOTHING

M. Süheyl KARAKAYA*

Pelle sub agnina latitat mens saepe lupina
(Koyun postunun altında kurt aklı yatar)

Özet: 2007 yılında çıkarılan 5651 sayılı Kanun kapsamında internette işlenen suçlara karşı mücadelede bir adım atılmış ancak yapılan düzenlemelerle tabiri caizse iki geri bir ileri gidilmiştir. Bu makalede ise biz, yalnızca 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesi kapsamında internetteki yayınlara erişimin engellenmesi rejimini, problemleri yanlarını inceledik.

Temel problemimiz bu kanunun ilgili maddesinin, birey-toplum hürriyetleri dengesinde birey lehine tanıdığı ölçsüz korumanın istismar ediliyor olmasıdır. Bugün kanunun ilgili maddesi, hemen her konuda başvurulabilen ve hızlıca karar aldırır bir “genel sansür” normuna dönüşmüştür. Bunun en büyük sebebi ise kanun koyucunun normun düzenlerken, medeni hukuka ait olması gereken bir kavramı ceza hukuku alanına ait tedbirlerle korumaya çalışmasından doğan karmaşadır.

Bu tespitlerimizin anlaşılabilir kılınması amacıyla 5651 sayılı Kanun’un kullandığı terminolojiyi açıkladıktan sonra, sırasıyla 9. maddedeki tedbirin değişiklikler öncesi halini ve mahiyetini ele aldık. Yargıtay’ın konu hakkındaki içtihatlarının seyrini analiz ettikten sonra, 9. maddenin ceza ve medeni hukuk alanlarının hangisinin içinde yer alması gerektiği ve hakimleri bu noktadaki durumunu inceleyerek çalışmamızı bitirdik.

Anahtar Kelimeler: 5651 sayılı Kanun, Erişimin Engellenmesi, Özel-Genel Hüküm, Kişilik Hakkı İhlalleri, Ceza ve Medeni Hukuk İlişkisi

Abstract: Key problem in this paper is the exploitation of protection of personality in Article 9 of Law numbered 5651, which at the same time violates the essence of balance between personal rights and freedom of others.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

Today, Article 9 of related Law, has turned into a general “clause of censor” which lets anyone to limit opinions in Internet quickly. Real reason of this chaos is the frustration of lawgiver in protection a concept of civil law with sanctions of criminal law.

To clarify our points, we started by explaining the key terms, followingly we analysed the character of the measure provided by Article 9 before and after the amendments. We finished the paper with the analysis of case law developed by Court of Cassation on this topic and by questioning which area of the law, this Article 9 ought to belong and what judges have to do with it.

Keywords: Law numbered 5651, Internet Blockade, Lex Specialis-Lex Generalis, Infringement of Personal Rights, Relation Between Criminal and Civil Law

1. Tanımlar

1.1 İnternet

1.1.1 Tarihi Esasları

Çağımız bilgiyi ana üretim kaynağı yapmış ve internetle her an her yere iletilmesini sağlamıştır. Bu nedenle çağımızın bilişim çağı olarak adlandırılması uygundur.¹ 1969 yılında ARPA öncelikle askeri, sonrasında akademik kullanım için ARPANET’i kurmuştur. İnternetin git-tikçe sivilleşen yapısı ile 1989’da dünyayı saran ağ demek olan “World Wide Web” diğer deyişle “www” geliştirilmiş ve ARPANET’in yerini almıştır. Ülkemizde ise ilk internet bağlantısı 1993 yılında ODTÜ ve TÜBİTAK iş birliğiyle Amerika ile yapılmıştır.²

Bugün internet hayatın her alanına nüfuz etmiştir. Canlılar arasında kurulan iletişim Web 2.0 ile çok farklı seviyelere taşınmıştır. Bir sonraki adım olarak IoT³ ile cansız varlıklarla da olan iletişimimiz de-

¹ Okan Tanşu, Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar, (Derleyen: Yeşim Atamer), İstanbul, 2004, s. 142.

² Sibel Özel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2004, s. 151; Mine Kaya, Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2015, s. 63-64. (Elektronik diye kısaltılacaktır.)

³ Nesnelerin İnterneti (Internet of Things): Nesnelerin kablosuz ağlar aracılığıyla birbirleriyle tamamen etkileşebilir hale gelmesine denir. <http://internetofthingsagenda.techtarget.com/definition/Internet-of-Things-IoT> (Son Erişim Tarihi: 16.05.2017)

ğışecektir.⁴ Artık internetin tarihinin insanlığın tarihinin seyrine büyük etkileri olacağını söyleyebiliriz

1.1.2 Teknik Esasları

İnternet dünyamızı değiştiriyor olmakla beraber, kendi kavramlarıyla da bir dünya oluşturmaktadır. Bu dünyaya nüfuz etmek için bazı teknik esasların açıklığa kavuşturulması gerekir. İnternetteki en önemli kavramlardan bir kaçını bir temsil üzerinden açıklamak gerekirse: Zimmerling'in⁵ internet/kitap kıyası genişleterek şöyle özetlenebilir : HTTP bir kitabın yazıldığı alfabeyi simgelediği kabul edilirse, web sitesi bir kitapken; web sayfası kitabın her bir sayfasını, içindekiler kısmı da sitenin anasayfasını ifade eder. TCP taşınması gereken bir sayfanın yeniden harflerine ayırıp paketlenmesinden, IP ise bu harflerin paketler halinde doğru adrese iletilmesinden sorumludur. URL adresi de o kitabın içinde bizi belli bir sayfaya götüren aracıyı simgeler.

1.1.3 Hukuki Esasları

Siber uzay yeni bir hukuk alanı mıdır? Bu soru makalenin kapsamına girmemektedir. Bununla birlikte internetin bir yerinin ve sahibinin olmaması onu farklı kılmaktadır. Her devletin kontrolü altında ancak hiçbir devlete ait olmayan bu yapının hukukiliği hala tartışılmaktadır.⁶

Ancak dünya devletlerinin bazıları interneti hala yeni bir araç olarak görmekte ve sadece kıyas sonucu kanunlar yaparak onu kısıtlamaya çalışmaktadır. Bununla birlikte özellikle internetin ulusal sınırları görünmez kılarak bilgi sistemlerini küreselleştirdiği unutulmaktadır.⁷ Böyle olunca bir ülkede meşru (*legal*) olabilen diğer ülkede gayrimeşru (*illegal*) olabilmektedir. Bu itibarla internetin adem-i merkeziliği (*decentralized*) ve hudutsuzluğu onun tek bir büyük yönetim kuruluşu

⁴ Gerrit Hornung/Ralf, Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2015, s. 15.

⁵ Jürgen Zimmerling, Schutz vor Rechtsproblemen im Internet, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2001, s. 6 ve 8.

⁶ Tekin Memiş, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar , (Derleyen: Yeşim Atamer), İstanbul, 2004, s. 100-101. (Haksız Rekabet)

⁷ Yaman Akdeniz, İnternette Irkçılık, İstanbul, 2016, s. 21

altında kontrol edilmesini imkansız kıldığını söyleyebiliriz. Yine onun bu özelliği otoriter rejimlerde yöneticilerin, özgürlükçü rejimlerde ise aydınların halkın düşüncelerine yön vermesini güçleştirmektedir.⁸

Yine denebilir ki internet eski iletişim usullerine göre çok hızlıdır. İnternette yapılacak kişilik hakkı ihlallerinde kişinin çoğu kez nasıl bir ortamda olduğunun farkında olmadığı söylenebilir. Oluşturulmuş olan bu "sanal" (*virtual*) gerçeklik kişinin çoğu kez gerçek hayatın hukuki sınırlarından da uzak hissetmesini sağlamaktadır.⁹ Dolayısıyla klasik hukukî veya cezaî müeyyide teorisine alternatifler aranması yerinde olacaktır. Örneğin Fransa'da yürürlüğe giren "LCI"¹⁰ ile internette üç defadan fazla telif hakkını ihlal eden kişinin internet erişimi 1 yıl süreyle ve hakim kararıyla yasaklanabilmektedir.

Bununla birlikte genelde devletler internete karşı savunmacı bir yaklaşımı benimsemektedir. Amerika'da 2012 yılında yürürlüğe giren PIPA,¹¹ Aaron Swartz¹² gibi bir çok internet aktivistinin tepkisini çekmiş ve büyük protestolarla karşılanmıştır. Bizde de 2011 yılında BTK'nın hazırladığı özgürlükleri kısıtlayan kanun taslağına¹³ karşı yurt genelinde protestolar düzenlenmiştir. Denilebilir ki ülkeler inter-

⁸ Jürgen Habermas, 'Towards a United States of Europe', sightandsight.com, 2006, (Çevrimiçi): <http://www.signandsight.com/features/676.html> (30.01.2017'de erişildi); Akdeniz, s. 24; Lesley Hitchens, Commercial Content and its Relationship to Media Content: Commodification and Trust, Routledge Handbook of Media Law, Routledge, 2013, s. 90.

⁹ Özel, s. 21 ve 148.

¹⁰ Eski adı ile HADOPI, yeni adıyla İnternette Saydamlık ve Fikri Mülkiyeti Korumaya dair Kanun (Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet) Kademeli müeyyide anlayışının benimsendiği bu sistemde kullanıcı önce maille, ardından resmi tebligatla ve en son olarak internet kesintisi ile uyarılır. İnternet sağlayıcısının mahkeme kararı olmaksızın internet kesintisi yapmasını Fransız Anayasa Mahkemesi hukuka aykırı bulmuştur. Ayrıntılar için bak.: https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_favorisant_la_diffusion_et_la_protection_de_la_cr%C3%A9ation_sur_internet (Son Erişim Tarihi: 31.01.2016)

¹¹ Fikrî Mülkiyet Hırsızlığı ve Ekonomik Yaratıcılığa Tehdit Eden Çevrimiçi Tehlikelerin Önlenmesinde dair Kanun (Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act)

¹² RSS 1.0'ın kodlanmasında, "Creative Commons" un geliştirilmesinde ve açık erişim konusunda çalışmalarıyla ünlü "hacktivist". Açık erişim konusundaki fiillerinden dolayı Amerika'da yargılanmış ve odasında ölü bulunmuştur. 2012 yılında Tim Berners-Lee (www kurucusu) ve Vint Cerf (IP'nin kurucusu) ile birlikte "Internet Hall of Fame" listesinde dahil edilmiştir. Ayrıntılar için bkz: https://en.wikipedia.org/wiki/Aaron_Swartz ve <http://www.aaronsw.com/> (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

¹³ İnternetime Dokunma! eylemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: https://tr.wikipedia.org/wiki/İnternetime_Dokunma! (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

nete karşı ne kadar tutucu yaklaşırsa, internet kullanıcılarının tepkisi de o kadar kuvvetli olacaktır. İzlenecek yol dengeli uzlaşım dır.

1.2 Sosyal Medya

1.2.1 Tarihi Esasları

2016 yılı verilerine göre dünya genelinde yedi milyar nüfusa oranla: İnternet kullananlar %46, sosyal medya kullananlar %31, ve mobil uygulamalar aracılığıyla sosyal medya kullananlar %27'dir.¹⁴ Türkiye'de ise toplam nüfusa oranla 2016 verileri şöyledir: Aktif internet kullanıcıları %58,¹⁵ aktif sosyal medya kullanıcıları %53, mobil uygulamalar aracılığıyla sosyal medya kullananlar ise %46'dır.¹⁶

Ülkemizde ise sosyal medya kavramının kökenleri eskiye dayanmaktadır. 1999 yılında Sedat Özkapan tarafından kurulmuş ekşisöz-lük.com ve takip eden yıllarda incisöz-lük, uludağsöz-lük gibi sosyal medya ortamları bugün de popülerliklerini sürdürmektedirler.

1.2.2 Teknik Esasları

İnternet Web 1.0 zamanında çoğunlukla tekil katmanlı olarak işlemekteydi. Erken topluluklar çoğunlukla; e-mailler, forumlar veya haber grupları(newsgroups) ile kuruluyordu.¹⁷ Ancak bugün Web 2.0 düzeninde yani sosyal medya temelli iletişimde çok katmanlı hale gelmiştir.

Sosyal medyayı diğer internet sitelerinden ayıran en önemli özelliklerden bir diğeri de içeriğin kullanıcı kaynaklı olmasıdır.¹⁸ Web 2.0 öncesinde yalnızca tüketici (consumer) olan internet kullanıcısı yeni ortamda aynı zamanda üretici (producer) rolünü de üstlenip, üretici (prosumer) ye dönüşmektedir.¹⁹

¹⁴ <http://wearesocial.com/uk/special-reports/digital-in-2016> (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

¹⁵ <http://www.internetworldstats.com/europa2.htm#tr> (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

¹⁶ <http://www.smartinsights.com/social-media-marketing/social-media-strategy/new-global-social-media-research/> (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

¹⁷ Andreas Splittgerber, (Tarafından düzenlenmiş), Praxishandbuch Rechtsfragen Social Media, 2014, De Gruyter Berlin, s. 1 ve 2; Hornung/Müller-Terpitz, s. 12; Kaya, 77.

¹⁸ Splittgerber/Diğerleri, s. 164; Kaya, s. 77 ve ilgili OECD raporu için bkz: s. 85.

¹⁹ van den Bulck, Hilde, Routledge Media Law, s. 18; Splittgerber/Diğerleri, s. 4; Kaya, s. 78.

1.2.3 Hukuki Esasları

Sosyal medyada hukuk, hayatın her alanında olduğu gibi kontrol edilir. Bununla birlikte görünüş şekilleri farklılık arz edebilmektedir. Öyle ki kişiler iradelerini de farklı şekilde yansıtır. Mesela usûlüne uygun yapılmış bir icaba tıklama yoluyla kabul beyanını iletmek mümkündür.²⁰ Yine bir siteye üye olmak, kullanıcı sözleşmesi altında düzenlenmiş genel işlem şartlarını kabul etmek mânasına gelebilir.²¹ Yine birine yapılmış bir hakareti “tekrardan paylaşmak” (mesela *retweet* etmek) kişisel haklara tecavüz teşkil edebilir.²² Görüldüğü gibi sözleşmeler hukukundan tutun da, kişiler hukuku sahasına kadar her türlü ihtilafın çıkabileceği bu alan gittikçe kendine özgü problemler ortaya çıkarmaktadır. Bu alana tatbik edilecek hukukun ilerde daha farklı bir hukuk olarak telakki edilmesi öngörülebilir bir sonuçtur.

1.3 Erişim Engellenmesinde Aktörler

5651 sayılı Kanun'un birinci maddesinde internetin çeşitli aktörleri tanımlanmıştır. Kanunun genel işleyişinin anlaşılabilmesi için bu kavramların tanımlarının incelenmesi gerekir. Bu minvalde; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve hizmet sağlayıcının ne ifade ettiğini kısaca inceleyeceğiz.

1.3.1 İçerik Sağlayıcı

1.3.1.1 Tanımı

Kanuni lafza göre içerik sağlayıcı: “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder. Bilgi veya veri üretmek; internete bir yazı, fotoğraf, video yüklediği her durumda söz konusu olabilir. İçerik sağlayıcılar internet ortamında kullanıma sunduğu her şeyden kural olarak sorumludur. Bu açıdan bakınca internete bir şey

²⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.B, Ankara, 2011, s. 71. (Borçlar olarak anılacaktır)

²¹ Kılıçoğlu, (Borçlar) s.118.

²² “Sanığın, twitter adlı sosyal paylaşım sitesinde diğer sanık tarafından paylaşılan tweeti retweetlediğinin, kendi ikrarı ile de sabit olması karşısında, kamu görevlisine görevinden dolayı zincirleme şekilde hakaret suçunun unsurları itibarıyla oluştuğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi...” Yargıtay 18. CD., E. 2015/10377, K. 2015/12777, T.07.12.2015 (emsal.yargitay.gov.tr)

yükleyen, kanaat bildiren herkes ilgili kanuna göre içerik sağlayıcı olabilir. Ancak kanun koyucunun iradesinin bu olup olmadığı şüphelidir. Biz, kavramın bu kadar geniş yorumlanmaması gerektiğini düşünüyoruz.

1.3.1.2 Yükümlülükleri

Örnek kabilinden olmak üzere içerik sağlayıcı: Kanun'un 4/3. maddesine göre BTK'nın bildirdiği tedbirleri almakla, yine Kanun'un 3/1. maddesinde ise tanıtıcı bilgilerini kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüklerin bir sosyal medya sitesinde ad yerine mahlas isimler kullanmakla ihlal edildiğini söylemek pek güçtür. Öğretide bu yükümlülüklerin yalnızca ticari içerik sağlayıcıları için getirildiği savunulmuştur²³. Maddenin lafzının bu yorumu mantıklıdır. Ancak kanunun, sıradan bir habere yorum yazan kullanıcı ile bir haber sitesi sahibinin sorumluluğunu aynı yerde düzenlemesi, hukuk tekniği açısından sorunludur.²⁴

1.3.1.3 Sorumluluğu

İçerik sağlayıcı başkasına ait içeriği de paylaşabilir. Bunu iki şekilde anlamak gerekir. Eğer kişi, başkasına ait bir veriyi, internete ilk defa kendisi yüklüyorsa bu durumda sorumluluğu devam etmektedir. Ancak daha önce paylaşılmış bir içeriğe bağlantı vermesinde kural olarak sorumluluğu yoktur.²⁵ Özellikle sosyal medyada yapılan paylaşımlar ve "retweet"ler bu bağlamda değerlendirilmelidir.²⁶ Bununla birlikte Kanun'un 4. maddesine göre sunuş biçiminden bağlantı sağladığı içeriği benimsediği veya kullanıcılara ulaştırmaya çalıştığı anlaşılıyorsa ge-

²³ Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, İstanbul, 4. Baskı, 2014, s. 776; Kaya, s. 237.

²⁴ Zorlu, Süheyl, İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010, s. 36. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

²⁵ Özellikle bloglarda kullanılan RSS yani içeriğin abonelik yoluyla otomatik olarak dağıtıldığı sistemde benimseme ve kullanıcılara ulaştırma kastı kural olarak yoktur. Yalnızca teknik bağlantı vermenin sonuç doğurmayacağını destekler yönde bkz: Kaya, (Elektronik) s. 241. Aksi yönde: Kaya, Mehmet Bedii, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Erişimin Engellenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.136 (Erişim diye kısaltılacaktır.) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>); Dülger, 780.

²⁶ Kaya, (Elektronik), s. 187.

nel hükümlere göre sorumluluğu devam eder.²⁷ Genel hükümlere göre sorumluluktan ne anlaşılması gerektiği ise henüz tartışmalıdır.²⁸ Mahkemelerin içtihatları ile sorun somut düzlemde incelenebilecektir.²⁹

1.3.2 Yer Sağlayıcı

1.3.2.1 Tanımı

Web sayfalarına başka kişilerce hızlı bir şekilde ulaşılmasını ve verilerin depolanmasını temin amacıyla hizmet veren kişiler "hosting" yani barındırma (yer sağlama) işlemi yapmaktadırlar.³⁰ Yer sağlayıcıların tek başlarına internete erişim imkanları yoktur, onlar da erişim sağlayıcılar aracılığıyla sunma işlemi gerçekleştirirler.³¹ 5651 sayılı Kanun'da ise yer sağlayıcı: "Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Kişiler kendi web sitelerini kendi kurdukları web sunucuları üzerinden de paylaşabilirler. Çok maliyetli olan bu durumda dahi, yer sağlayıcılığı faaliyet belgesi almak gerekmektedir. Bu sayede, internette kilit rol oynayan yer sağlayıcıları bulmak ve onlara ulaşmak kolaylaşmıştır. Bugün BTK'nın sitesinde yer sağlayıcıların adres ve isimleri yer aldığı gibi, 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına göre de bu kişiler isim ve adreslerini internet sitesinde açıkça göstermek zorundadırlar.

²⁷ Bir bilgi kamuoyuna mal olmuşsa ilk defa duyuran haricindeki kaynaklar sorumlu olmaması gerektiğine dair eleştiri için: Koç, Serhat, Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 147. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

²⁸ Bir görüş bunun hem hukuki hem cezai sorumluluk olduğunu savunmaktadır. bkz: Volkan Sırabası, İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2007. (Aktaran Zorlu, s. 36); aynı yönde Kaya, (Elektronik) s. 247-248. Diğer bir görüş cezai sorumlulukta iştirak şartlarının buraya uygulanmayacağını bunun ancak bir hukuki sorumluluk olduğunu savunmaktadır: Kaya, (Erişim), s. 136.

²⁹ Haber sitesinin okuyucu yorumları kısmında kendisine hakaret edildiği için sitenin imtiyazlı sahibine dava açılmıştır. Mahkeme, imtiyazlı sahibin 5651 sayılı Kanun'da sorumluluğu olan kişilerden olmadığından bahisle tazminat talebini reddetmiştir. Yargıtay tarafından sorumluluğun "ilgili yerlere" sorulduktan sonra belirlenmesi gerektiği için verdiği bozma kararı için : Yargıtay 4. HD., E. 2013/15828 K. 2014/9951 T. 16.06.2014 (Lexpera)

³⁰ https://tr.wikipedia.org/wiki/Bar%C4%B1nd%C4%B1rma_hizmeti (Son erişim tarihi 17.04.2017)

³¹ Muharrem Özen, İhsan Baştürk. Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim İnternet ve Ceza Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011 s. 79 (Nakleden: Esra Peker Demir, İnternet Aracılığıyla Kişilik Haklarına Saldırı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 56. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>))

1.3.2.2 Yükümlülükleri

Yer sağlayıcının en önemli işlevi depolanan verilere ulaşım hızını arttırmasıdır.³² Dolayısıyla yüzlerce müşterisinin binlerce içeriğini depolayan kişinin sorumluluğu, bu minvalde değerlendirilmelidir.³³ Nitekim 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesi yer sağlayıcının yer sağladığı içeriği kontrol etme yükümlülüğü olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte aynı yerde, yer sağlayıcıların BTK'nın istediği bilgileri vermek ve gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır.

1.3.2.3 Sorumluluğu

Esas problem ihlallerin gerçekleştiği web sayfalarının (çoğu sosyal medya sitesinin) yurt dışından barındırma hizmeti aldıkları durumda söz konusu olur. Çünkü bu durumda, yabancı "hosting" şirketleri ne iç mevzuattaki yükümlülüklerle ne de iç mevzuatın suç/hukuka aykırılık tanımlarına bağlı değildirler. Uluslararası anlaşmalarla etkin suçla mücadelenin sağlanması etkili ancak, meşakkatli bir yoldur. O yüzden kanun koyucu, mücadelede esas görevi erişimin engellenmesi tedbirine ve dolayısıyla özel hukuk kişileri olan erişim sağlayıcılarının omuzlarına yüklemiştir.³⁴ Bu durum öğretilerde eleştirilmekte, özellikle ünlü sosyal medya sitelerinin kanunun tanımladığı şekilde içerik, yer veya erişim sağlayıcı olmadıkları belirtilmektedir. Kanun'da bu tür "ortam" sağlayıcılarının sorumluluğunun ayrıca düzenlenmesi acil bir ihtiyaçtır.³⁵

1.3.3 Erişim Sağlayıcı

1.3.3.1 Tanımı

Kullanıcıların bir barındırma hizmeti aracılığı ile yahut kendilerinin internete erişimlerini sağlayan kişi erişim sağlayıcısıdır. Erişim sağlayıcısı işlevi itibariyle telefon servis sağlayıcılarına benzemektedir. Genel olarak bu hizmeti verenlere İnternet Servis Sağlayıcısı (İnternet

³² Zorlu, s. 35.

³³ Düzenlemenin Avrupa Birliği e-Ticaret Direktif'ine uygun olduğuna dair: Dülger, s. 782.

³⁴ Kaya, Mehmet Bedii, "The regulation of Internet intermediaries under Turkish law: Is there a delicate balance between rights and obligations?", *Computer Law&Security Review* (32), 2016, s. 768-769. (Çevrimiçi: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/02673649>) (Son Erişim Tarihi: 17.04.2017)

³⁵ Koç, s. 64.

Service Provider) dense de bu geniş bir terimdir ve mevzuatımızda yalnızca erişim hizmeti veren internet servis sağlayıcısına erişim sağlayıcı denmiştir.³⁶

5651 sayılı Kanun ise erişim sağlayıcıyı: "Kullanıcılarına internete erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek ve tüzel kişi" diye tanımlamıştır. Kanun gerçek kişi dese de, Faaliyet Belgesi Yönetmeliği'nin³⁷ 4. maddesi erişim sağlayıcının yalnızca sermaye şirketi olabileceğini belirtmektedir. Yönetmeliğin 7.maddesinde belirtilen esaslara göre erişim sağlayıcıların listesini BTK güncel olarak ilan eder. BTK'nun sitesinde şu anlık sadece yer sağlayıcılar yayınlanmakta, erişim sağlayıcılara ise <http://yetkilendirme.btk.gov.tr> aracılığıyla internet servis sağlayıcısı adı altında ulaşılabilmektedir.

1.3.3.2 Yükümlülükleri

Erişim sağlayıcılarına getirilmiş temel yükümlülükler 5651 sayılı Kanun'un yanında İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Buna göre ilgili yönetmeliğin 8. maddesine göre BTK bildirimlerinde ve ESB tüzüğüne göre bildirimlerde erişim engellemekle yükümlüdür. Yine mevzuatla kendine verilen görevleri yerine getirmek için 1 yıl boyunca trafik verilerini saklamak zorundadır.

1.3.3.3 Sorumluluğu

Erişim sağlayıcı içeriği kontrol etmekle yükümlü değildir.³⁸ Erişim sağlayıcı, 5651 sayılı Kanun'un 8, 9 ve 9/A maddelerine göre verilen erişim engellenmesi kararını, süresinde veya hiç yerine getirmese para ceza ile karşılaşır. Kendisine bildirim yapıldığı tarihten itibaren içeriği kaldırmaz ve diğer gerekli şartlar da sağlanırsa haksız fiil sorumluluğu da saklıdır.

³⁶ Peker Demir, s. 47.

³⁷ Tam adı: Telekomünikasyon Kurumu Tarafında Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik. 24.10.2007 tarih, 26680 sayılı R.G.

³⁸ Davalının "bosch" markası adına daha önce tescil edilmiş bir internet sitesini benzer bir adla satmak için alan adı olarak tahsis edilmesinde ilgili adrese erişim sağlayan erişim sağlayıcının sorumlu olmayacağı yönünde: Yargıtay 11. HD., E. 2013/11855 K. 2014/1986 T. 5.2.2014 (Kazancı İçtihat Bankası)

1.3.4 Erişim Sağlayıcıları Birliği

1.3.4.1 Tanımı

Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB) 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesiyle birlikte kurulmuştur. ESB bir özel hukuk tüzel kişisidir, bununla birlikte birliğe üye olmak zorunludur ve üye olmayan erişim sağlayıcılar faaliyet verememektedir. Birliğin tüzüğü de Kurum incelemesinden geçerek yayınlanmıştır.³⁹ Bu düzenlemenin erişim sağlayıcıların mahkeme kararlarını daha etkili bir şekilde uygulaması için getirilmiş olduğu anlaşılrsa da, çeşitli itirazlarla karşılanmıştır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 2016 yılında gördüğü davada⁴⁰ ESB'ye üye olma zorunluluğunun Anayasa'da düzenlenen dernek kurma hürriyetine, çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise böyle bir zorunluluk getirilmediği takdirde erişim engellenmesi kararlarının etkin şekilde gerçekleşmeyeceği, ayrıca "Birliğin yapısı, işleyişi ve kurulması ile ilgili olarak getirilen kurallar belirli ve öngörülebilir" olduğu kanaatine varmıştır.

1.3.4.2 Yükümlülükleri

6/A maddesinin gerekçesine ve ESB tüzüğüne göre düzenlemenin amacı 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi haricindeki erişim engellenmesi kararlarının etkin şekilde yerine getirilmesini sağlamaktır.⁴¹ Özellikle 5651 sayılı Kanun'un 9 ve 8/A maddelerinde erişim engellenmesi kararları direk ESB'ye gönderilmektedir. Birlik aynı zamanda hükümsüz kalan erişim engelleri kararlarını da kaldırmakla da mükelleftir. Diğer bazı görevler de ESB tüzüğü'nün beşinci maddesinde düzenlenmiştir.

³⁹ <https://www.esb.org.tr/sites/default/files/tuzuk.pdf>

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 08.12.2015 tarih, ve E. 2014/87, K. 2015/112 sayılı Karar (5651/9 Kararı), RG., 28/1/2016, Sayı: 29607. (çevrimiçi) Karara ulaşmak için: <http://www.anayasa.gov.tr>

⁴¹ İnternette erişim engeli yalnızca 5651 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8/5-k maddesindeki gibi bazı özel kanunlarda 5651 sayılı Kanun'a atıf yapılarak; Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun gibi bazı özel kanunlarda ise 5651 sayılı Kanun'a atıf yapılmadan, özel bir şekilde erişim engeli düzenlenmiş bulunabilmektedir. Kaya, (Elektronik), s. 212; Özen/Baştürk, s. 202-203. Öte yandan, TMK gibi genel kanunlara göre de verilen ihtiyati tedbir şeklindeki erişim engelleri tedbirlerinin de infazını ESB tüzüğü 5.maddeye göre yine ESB gerçekleştirecektir. Aksi yönde bkz: Kaya, (Elektronik), s. 374.

1.3.4.3 Sorumluluğu

Her şeyden önce Erişim Sağlayıcıları Birliği erişimleri bizzat engellemekle değil, üyelerinin bu işlemleri gerçekleştirmelerini teminle yükümlüdür. Bu minvalde, Kanun'un 6/A maddesinin yedinci fıkrası uyarınca ESB'ye yapılmış tebligatlar erişim sağlayıcıya yapılmış sayılacaktır. Dolayısıyla ESB'nin sorumluluğu ancak kendine gönderilen mahkeme kararını erişim sağlayıcılara bildirmediği durumda söz konusu olabilir.

1.4 Kişilik Hakları

Kişilik hakları aşağıda kişi ve kişilik kavramları kapsamında tanımlanmaya çalışılacaktır. Bir sonraki başlık ise ceza hukuku ve kişilik hakkı arasındaki ilişki ve farkı inceleyecektir.

1.4.1 Kişi ve Kişilik Kavramları

Manevi ve fizikî değerlere sahip olabilen canlıya insan deriz. Kişi ise hukuk düzleminde hak ehliyetine sahip kişiyi ifade eder. Gerçek ve tüzel kişiler çeşitli ölçülerde bu değerlere sahip olurlar (MK 28). Bazı yazarlar hukukî manada kişiliği dar anlamda almakta ve onun hak ehliyetine eşdeğer olduğunu söylemektedir.⁴² Bazı yazarlar ise, «kişilik» in kişiden farklı olarak daha geniş bir mefhumu ifade ettiğini, hak ve fiil ehliyetinin bu mefhumun birer parçası olduğunu ifade eder.⁴³ Katıldığımız bu görüşe göre, kişilik hakları da kişiliğin içinde kalan ve hukuken korunmaya değer bulunan haklardır.⁴⁴

1.4.2 Kişilik Haklarının Nitelikleri

Kişilik hakları sınırlı şekilde sayılmak yoluna gidilmemiş, kanun-koyucu tarafından dinamikliği sağlamak üzere hakime bir “çerçeve

⁴² Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 4.B, İstanbul, 1995, s. 254. Bu görüşlerin hukuku şahsiyetsizleştirdiğine dair eleştiri için bkz: August Egger / Çeviren: Volf Çernis., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku-Gerçek Kişiler, Ankara, 1948, s. 152)

⁴³ M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 10. B, İstanbul, 2010, s. 2; Jale G. Akipek./Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Kişiler Hukuku, 7.B, İstanbul, 2009, s. 234.

⁴⁴ Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 11. B, İstanbul, 2011, s. 9; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, 4.B, İstanbul, 2012, s. 22; Egger s. 202'de tek bir şahsiyet hakkı vardır derken “kişilik”i kastetmektedir”

hüküm" verilmiştir.⁴⁵ Bununla beraber kişilik hakkı mutlak bir haktır. Dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilirler.⁴⁶ Kişilik hakkı aynı zamanda münhasırdır yani başkasına devredilemez, ancak kullanımın bırakılması mümkündür.⁴⁷ Yine kişilik hakkı şahısvarlığı değerlerindedir, ancak ihlal edilmesi malvarlığı yönünden sonuç doğurabilir ve tazmin borcuna konu olabilir.

1.4.3 Kişilik Hakkı İhlalleri ve Ceza Hukuku

Ceza hukuku da kişilik ile ilgilenmektedir. Buna göre, devlet kişiye kişiliğini istediği gibi geliştirebileceği ortamı sağlamaya çalışmakla yükümlüdür.⁴⁸ Dolayısıyla ceza hukuku, medeni hukukun aksine, kişiliğin bazı veçhelerine net bir hukuki değer atfeder bazılarını ise dışlar.⁴⁹ Suçta ve cezada kânunilik ilkesi gereğince seçilen bu hukuki değerler yazılı davranış normlarıyla desteklenir.⁵⁰ Bu davranış normlarına aykırı davranışlar, medeni hukukun aksine, karşı tarafa zarar verdikleri için değil, o ideal hükmü tanımadıklarını dışavurdukları için cezalandırılırlar.⁵¹

Dolayısıyla suç tipiyle kesişen kişilik haklarını korumak ceza hukukun da görevidir. Bu koruma mekanizmaları internette kendini en çok erişim engeli olarak göstermektedir. İnternet bir özgürlük rejimi ortamıdır. Bu özgürlüğün sınırsız olduğu manasına gelmez. Ancak, kişinin hakim elinde "açık bono"⁵² olan bir kişilik hakkını ihlal yüzünden "cezaî" karakterdeki bir tedbirle paylaştığı veriye erişim engellenmesi de ölçüsüzüdür. İnternette kendini gerçekleştiren kişi kendini "mayın tarlasında" hissetmemelidir. Bu tarz düzenlemelerin sakıncaları ilerleyen bölümlerde inceleyeceğiz.⁵³

⁴⁵ Egger, s. 270; Kılıçoğlu, Ahmet M., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuki Sorumluluk, 4.B, Ankara, 2013, (Basın diye kısaltılacaktır), s. 4.

⁴⁶ Kılıçoğlu, (Basın) s. 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 142; Dural/Öğüz, s. 97.

⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 142, Dural/Öğüz, s. 97.

⁴⁸ 1982 Anayasa'sının 5. maddesi şöyledir: "Devletin temel amaç ve görevleri ... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

⁴⁹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 9.B, Ankara, 2013, s. 34.

⁵⁰ Özgenç, s. 109.

⁵¹ Özgenç, s. 157; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, 6.B, 2013, s. 30.

⁵² Kılıçoğlu, (Basın), s. 4.

⁵³ Egger, s. 295'te konuyu veciz şekilde aktarmaktadır : "Şahsi varlıkların hudutsuz

2. Kişilik Hakkı İhlalleri ve Korunma Yolları

Bu bölümde, ilk önce kişilik haklarının korunması için 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında getirilen düzenlemeler incelenecektir. Ardından kişilik haklarının korunmasında çerçeve genişletilecek ve Medeni Kanun ile 5651 sayılı Kanun arasında internette gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerindeki özel-genel kanun ilişkisi ele alınacaktır. Nihayet, internette gerçekleşen kişilik hakkı ihlalinin aynı zamanda bir suç teşkil ettiği durumda, ceza ve hukuk hakiminin birbirlerinin kararları ile olan bağılılığı ele alınacaktır.

2.1 5651 sayılı Kanun Kapsamında

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi bu bölüm altında ayrıntılı incelenecektir. Öncelikle ilgili maddede zaman içinde yapılan değişiklikler ele alınacaktır. Sonrasında "araf" ta düzenlenmiş bir hüküm olan 9. maddede öngörülen yaptırımlar ihtiyati tedbir ve koruma tedbiriyle kıyas edilerek mahiyeti tespit edilmeye çalışılacaktır.

2.1.1 Kanunun 9.Maddesi Değişiklikleri

9. madde metni 2016 yılında AYM'nin bir kararı⁵⁴ ile değişmiştir.⁵⁵ Ancak esaslı bir değişiklik 2014'te gerçekleşmiştir. 2014'ten önce maddenin başlığı içeriğin yayından kaldırılması ve cevap hakkını taşıyordu. Önemli bazı değişikliklerin başlıklarını zikretmek gerekirse: 1) Cevap hakkı kaldırılmıştır. 2) Doğrudan sulh ceza hakimine başvuru imkanı getirilmiştir. 3) Erişim engeli imkanı açıkça tanınmıştır.

Erişim engeli değişikliği incelendiğinde, maddenin önceki metninde içeriğin kaldırılmasından bahsedildiği görülecektir. Yeni dü-

himâyesi, şahsi hürriyetlerin ölümü olurdu. Bu takdirde himâye bizzat şahsiyete cephe almış bulunurdu."

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 08.12.2015 tarih, ve E. 2014/87, K. 2015/112 sayılı Karar (5651/9 Kararı), RG., 28/1/2016, Sayı: 29607. (çevrimiçi) Karara ulaşmak için: <http://www.anayasa.gov.tr>

⁵⁵ AYM'nin kanunilik şartını sağlamadığını ifade ederek iptal ettiği husus, hakim kişilik haklarının ihlal ettiği gerekçesiyle yayına erişim engeli verdikten sonra "aynı mahiyetteki yayınların" ESB tarafından hakim kararı olmaksızın engellenbilmesiydi. İlgili kararın 120. paragrafı aynen şöyledir: "Kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği ayrıntılı inceleme gerektirmektedir. Bu durumda, tarafların; siyasi, ekonomik, toplumsal konumları ve ifade özgürlüğünün sınırları tetkik edilmelidir." Mahkemenin, hakim bu ağır görevi 24 saat içinde nasıl yerine getirebileceğini tartışmamış olması gariptir. Bununla birlikte ESB'nin, hakim gibi, bu mahiyet değerlendirmesini yapmasının uygun olmayacağını tespiti yerindedir.

zenlemeye göre verilen erişim engelleme kararları, Erişim Sağlayıcılar Birliği'ne gönderilir ve Birlik erişim sağlayıcısı ile iletişime geçip engellemeyi sağlar. (5651/md. 9/5) Bunu yerine getirmeyen erişim sağlayıcıları ise cezai müeyyide ile karşılaşırlar. (5651/md. 9/10)

Yeni düzenlemenin dördüncü fıkrasında engellemede esas olanın yalnızca kişinin hakkının ihlal edildiği ilgili yer, link, URL vs. olduğu belirtilmiştir. (5651/md. 9/4) Hakimin istisnai olarak tüm sayfaya erişimi engellemesi için: 1) Bu zorunlu olmalı 2) Kısmi engellemeyle ihlal giderilemeyecek olmalı ve 3) İlk iki şartın oluştuğuna dair gerekçeyi açıklamalıdır.⁵⁶

2.1.2 5651 9. madde Tedbirinin Mahiyeti

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde getirilen mekanizmaya göre kişi sulh ceza hakiminden ilgili sayfaya erişimi engelledikten sonra ona başka herhangi bir yükümlülük yüklenmiş değildir. Talep sonrasında kişi, ne yetkili makamlara şikayette bulunmak, ne de hukuk mahkemesinde dava açmak zorundadır.

Şüphesiz kendisine yaptırım uygulanan kişi 5651 sayılı Kanun madde 9 fıkrası 6'ya göre CMK sistemine göre itirazda bulunabilecektir. Ancak itiraz sürecinden olumlu sonuç alamazsa, alınan tedbir kesinleşecek dolayısıyla site/içerik erişime "kalıcı" olarak engellenmiş olacaktır. Bu durumda hukukun her türlü alanına ait olan tedbirlerin ana fikri olan "geçicilik"⁵⁷ ihlal edilmiş olacaktır. Kişi burada bir tedbir kararıyla sonuca erişmektedir. Burada hakkın sınırlaması hakim kararıyla gerçekleşmekte ancak gerçekte daha güvenceli bir sonuç sağlamamaktadır.⁵⁸

⁵⁶ Tüm sayfaya erişim engellenmesi çoğu defa teknolojik imkansızlıklardan kaynaklanmaktadır. Birçok örnekte yurt dışı kaynaklı siteler mahkeme uyarılarına rağmen URL bazlı içerikleri çıkarmamakta mahkeme de URL'ye ulaşamadığından tüm siteye erişim engel kararı vermek zorunda kalmaktadır. Bu konuda hükümetin açıklamaları için: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, 01.12.2015. par. 12. Kararın Türkçe tercümesi için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167696> (çevrimiçi)

⁵⁷ Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, 2015, s. 506; Abdürrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4.B, İstanbul, 2014, s. 685.

⁵⁸ Kemal Gözler, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan (*Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, Aralık 2014), İstanbul, Legal, 2014, Cilt I, s. 1065.

Bu tedbire karşı ne yapılabileceği, bu tedbirin nasıl Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine uyumlu hale getirileceği önemli problemlerdir. Bu problemlerin çözümü bu tedbirin hukukî mâhiyetini tespitten geçmektedir. Dolayısıyla, aşağıda çeşitli hukuk alanlarının tedbir türleri ile 5651 sayılı Kanun'un 9. madde tedbiri karşılaştırılacaktır.

2.1.2.1 İhtiyati Tedbir Kıyası

İhtiyati tedbir, kişinin dava sonunda ulaşmayı umduğu hukuki durumun dava öncesinde yahut esnasında koruma altına alınmasıdır.⁵⁹ Mahkeme böyle bir koruma sağlamazsa, hakkın elde edilmesi önemli ölçüde zorlaşmalı yahut imkansız hâle gelmelidir. Ayrıca, gecikme sebebiyle ciddi bir zarar doğacaksa da yine ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Özellikle son şart internet ortamındaki hak ihlallerinde çoğunlukla gerçekleşmektedir.

Mahkemeler 5651 sayılı Kanun öncesinde ihtiyati tedbir yöntemiyle erişimin engellenmesine karar vermekteydi.⁶⁰ Bugün de, 5651 sayılı Kanun kapsamına girmeyen hususlarda ihtiyati tedbirle aynı sonuca ulaşılabilmektedir.⁶¹ Bu açıdan mahkemelerin verdiği ihtiyati tedbir kararları klasik teminat amacını değil edâ amacını güderler.⁶²

İhlale müdahale ne kadar gecikirse, ihlal o kadar yayılma imkanı bulmaktadır. Kanun bunu öngörmüş ve dolayısıyla ihtiyati tedbir kararı için yaklaşık ispatı yeterli görmüştür. Yaklaşık ispat, ispat kurallarının göz ardı edilmesini ifade etmez,⁶³ aksine hâkime durumun aciliyeti ile tedbirin şiddeti arasında denge kurmasına yardım eder. Öyle ki, hakim aciliyet ağır bastığında⁶⁴ karşı tarafı dinlemeden karar verebileceği gibi (HMK m. 390/2); tedbirin şiddeti ağır bastığında tedbir isteyen kişinin teminat yatırmasını (HMK m. 392) gerektiğinde

⁵⁹ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, 14.B, Ankara, 2013, s. 1009; Kuru, s. 498.

⁶⁰ Dülger, s. 761; Ne var ki bu imkan biraz gecikmeli olarak açıklığa kavuşmuştur: Yargıtay'ın 2001 yılında "haberinin internetteki yayınının durdurulması" talebini "yasal düzenleme" bulunmadığı gerekçesiyle reddetmesi uygulamada da duraksamaya sebep olmuş, doktrinde de eleştirilmiştir. Kayıhan İçel; Yener Ünver, Kitle İletişim Hukuku, Yeniden İncelenmiş 9.B, İstanbul, 2012, s. 458.

⁶¹ İçel/Ünver, s. 458.

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 1019; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları, 2.B, İstanbul, 2001, s. 399.

⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 1026; Karşı, s. 676.

⁶⁴ Alangoya, s. 404; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 1026.

duruşma yapılmasını⁶⁵ isteyebilecektir. Oysa 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre sulh ceza hâkimi bu değerlendirme imkânlarından yoksundur.

Bir kere, yalnızca yirmi dört saat içinde ve duruşmasız şekilde karar verir. Yani durumun âciliyetini, Kanun "kendiliğinden" varsaymıştır. Yine talep sahibinden herhangi bir teminat istenmesi de söz konusu değildir. Kişinin kendine karşı işlenen bir suça karşı himaye isterken teminat yatırmasını beklemek yersiz olur. Fakat "kişilik hakkı ihlali" ibaresinin, uygulamada ve öğretide medeni hukuk kriterlerine göre anlaşılması gerektiğini savunan görüşler vardır.⁶⁶ Dolayısıyla, medeni hukuka göre ihlalin tespit edildiği ihtimalde, yüksek ziyaretçili bir siteye erişimin engellendiği durumda, sitenin zararının giderilebilmesi için bir teminat mekanizması getirilmesi elzemdir. Yine hüküm medeni hukuk sahasına uygun düzenlendiği halde, kişinin haksız ihtiyati tedbirden dolayı tazminat açma hakkı da saklı olacaktır.⁶⁷ Bizim iddia ettiğimiz gibi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesini bugün için cezaî bir hüküm olarak ele alındığında ne teminat, ne de koruma tedbirlerinden doğan tazminat sorumluluğu ile sitenin doğacak zararı giderilememektedir. Çünkü koruma tedbirlerinden doğan tazminat CMK m. 141'e göre sadece bir kaç koruma tedbirinin haksızlığına (yakalama, gözaltı, tutuklama, arama) hasredilmiştir. Bunların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.⁶⁸ 5651 sayılı Kanun uygulamasında kişiler devlet cebrinden yararlanmakta ve doğan zararlar için yine devletin arkasına saklanmaktadır.

Yine HMK m. 397'de tedbiri tamamlayıcı işlemler öngörülmüştür. Buna göre dava açılmadan önce tedbir alan kişi, bu kararın uygulanmasını talep ettiği günden itibaren 14 gün içinde esas hakkında dava açmak zorundadır. (HMK m. 397/1) Aksi halde tedbir, geçiciliğin bir sonucu olarak, kendiliğinden kalkar.⁶⁹ 5651 sayılı Kanun'da ise böyle bir zorunluluğun olmadığından, olmasının problemlili taraflarında bahsetmiştik.

⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1026.

⁶⁶ Kaya, (Elektronik), s. 374; Dülger, s. 871.

⁶⁷ Alangoya, s. 409; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1046.

⁶⁸ Aycı, Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Sorumluluk, Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 125. <http://acikerisim.iku.edu.tr> (Son erişim tarihi: 29.04.17).

⁶⁹ Alangoya, s. 406; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1037.

Son olarak tedbire muhalefet açısından çeşitli farklar vardır. Buna göre, karşı taraf veya menfaati ihlal edilen üçüncü kişi yokluklarında verilen ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilirler. Bunun süresi karşı taraf için tedbir uygulanmasına dair tutanağın tebliği, üçüncü kişi içinse öğrenmeden itibaren bir haftadır.⁷⁰ Huzurunda aleyhine tedbir uygulanan taraf veya menfaati haleldar olan 3. kişi teminat yatırarak yahut şartların değişmesiyle hiç teminata gerek kalmaksızın, tedbirin kaldırılmasını talep edebilir.⁷¹ Bu, itiraz şeklinde gerçekleşir ve talebin reddi durumunda kanun yolu (istinaf) açıktır.

5651 sayılı Kanun sistematüğinde ise iki farklı mekanizma düzenlenmiştir. İlkinde, ihlale mahal veren içeriğın yayından kaldırılması durumunda hakim kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı belirtilmiştir. Bunun sağlanması ise ESB'nin görevidir. İçerik ve yer sağlayıcısı içeriğın kaldırıldığını, ESB Tüzüğü 5. madde 'ye göre, elektronik posta dâhil olmak üzere bir şekilde ESB'ye bildirmelidir. ESB bunun üzerine uygulanan kararı kaldırır. Bu yol, HMK m. 396'da düzenlenen ihtiyati tedbir kararının şartların değişimi ve talep üzerine kaldırabilmesi imkanının mukâbilidir ve yerindedir. İkinci yol ise itirazdır. İtirazın buradaki karşılığın ise aşağıda koruma tedbirleri kıyası bölümünde inceleyeceğiz.

2.1.2.2 Koruma Tedbiri Kıyası

Bu bölümde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan tedbirin cezai mahiyet arzettiğinin kabulü durumunda koruma tedbiri olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılacaktır. Bu bağlamda koruma tedbirlerinin temel özellikleri zikredilerek 9. maddedeki tedbir analiz edilmeye çalışılmıştır.

2.1.2.2.1 Genel Olarak Tedbirin Cezai Mahiyeti

Koruma tedbirleri, kanuna dayanan, ileride verilecek hükümün işlevini kaybetmemesi için araç ve geçici olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına imkan veren tedbirlerdir.⁷² 5651 sayılı Kanun'un 9.

⁷⁰ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 1040.

⁷¹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 1042 ve 1044.

⁷² Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2. B, 2010, s. 379; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.B, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 833; Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 8.B, 2011, s. 312.

maddesindeki erişim engellenmesi tedbiri ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanına aittir⁷³ ve bir koruma tedbiridir.⁷⁴ Bu tespitin üç temel sebebi vardır. Evvel emirde, 5651 sayılı Kanun'un tam ismi "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" dur. İnternette işlenen suçlarla mücadelede etkili olup olmaması bir yana, Kanun'un "Amaç ve Kapsam" başlıklı ilk maddesinde amaç "internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek" olarak belirtilmiştir. Kanun koyucunun özellikle 8, 8/A ve 9/A maddelerinde maddi unsur olarak suç oluşturan filleri belirtmiş olduğu durumda 9. maddenin kasten dışlandığı ileri sürülebilir. Ancak maddelerin muhtevası kıyaslandığı vakit birbirlerine ne kadar benzedikleri anlaşılacaktır. Örneğin 8⁷⁵ ve 9. maddelerde hakim kararını yirmi dört saat içinde vermek zorundadır. Yine verilen erişim engellenmesi kararları; 8, 8/A, 9, ve 9/A maddeleri uyarınca erişim sağlayıcı tarafından dört saat içinde yerine getirilmek zorundadır.⁷⁶

Kaldı ki, ikinci sebep olarak yukarıda ayrıntılı olarak değişiklikler bölümünde incelediğimiz üzere, 2014 değişikliklerinden sonra medenî hukuka özgü olan cevap hakkı gibi hukuki neticeler de maddede metninden çıkarılmıştır. Bu durumda artık kanun maddesinin her iki hukuk alanından müterkip bir "sui generis" madde olduğu görüşüne katılmıyoruz.⁷⁷

⁷³ Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, "İnternete Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır", s. 24. http://www.cyber-rights.org/reports/internet_yasak_siyah.pdf (Son erişim tarihi: 30.04.2017)

⁷⁴ Koruma tedbirleri her zaman yalnızca delil elde etme amacı taşımazlar. CMK 133 (Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini) tedbirinde görüldüğü gibi işlenmekte olan suçun kontrol altına alınmasına da hizmet edebilirler. Nitekim 5651 sayılı kanunla getirilen erişimin engellenmesi tedbirin koruma tedbiri olmakla beraber suçun işlenmeye devam edilmesini engellediğinden "önleyici" nitelikte olduğuna dair: Centel/Zafer, s. 429.

⁷⁵ 8. madde açısından hakimnin yirmi dört saat içinde karar verme zorunluluğu, özellikle gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının verdiği erişim engellenmesi kararını sonradan hakime sunması durumunda söz konusu olur. Ancak internet ortamının hızı ve işlenen suçların mahiyeti dikkate alındığında hemen her durumda gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu kabul edilebilecektir.

⁷⁶ Yine 8. maddede cezai karakteri tamamlayıcı olarak erişim engeli kararı alındıktan sonra BTK Başkanına ilgili fiiller hakkında suç duyurusunda bulunma görevi getirilmiştir.

⁷⁷ Medeni hukuka özgü bu tedbirlerin kanunu cezai nitelikten uzaklaştırıp "sui generis" hale getirdiğine dair: Kaya, (Erişim), s. 142; Dülger, s. 770.

Nihayet, aşağıda bu konuda içtihad seyrini ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Yargıtay'ın son 2016 içtihadı sebep gösterilebilir.⁷⁸ Yüksek mahkeme, bu içtihadında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile Medeni Kanun madde 25'i erişim engeli açısından kıyaslamış, 5651 sayılı Kanun'un yalnızca cezai sorumluluğu düzenlediğini belirtmiştir. Hem yüksek yargı organlarınca hem de kanun maddelerinin sistematikleme cezâi mâhiyeti tasdik edilen 9. maddedeki "kişilik haklarının ihlali" ifadesinin bu itibarla Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap ikinci kısmında -kişilere karşı suçlar- kısmında tanımlanan bir fiilin işlenmesi olarak anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz.⁷⁹ Yalnız, 5651 sayılı Kanun'da suç kataloğu (8. madde) veya özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK 134) gibi muayyen suç tipi belirten⁸⁰ (9/A maddesi) maddelerin maddi unsurları 9. madde uygulama alanına girse bile uygulanmayacaktır. Çünkü o maddeler "*lex specialis derogat legi generali*" genel hukuk kaidesine göre özel hüküm teşkil ederler.

2.1.2.2.2 Şikayet ve Koruma Tedbiri İlişkisi

Soruşturma başlamadan koruma tedbirine karar verilmesi kural olarak mümkün değildir⁸¹. Dolayısıyla 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi tedbirine koruma tedbiri diyebilmek için soruşturmanın başlamış olması gerekir. Soruşturma, cumhuriyet savcısının suç şüphesini öğrenmesinden, iddianamenin kabul edilmesine kadar olan süreci ifade eder.⁸²

Şikayet, suçtan zarar görenin belirli süreler içinde, belirli makamlara fiilin cezalandırılması isteğini bildirmesidir.⁸³ Şikayet baskın görüşe göre bir muhakeme şartıdır.⁸⁴ Şikâyetin muhakeme şartı olarak kabul edildiği durumda şikâyete bağlı suçlarda soruşturma başlamadan koruma tedbiri kararı verilmesi kural olarak mümkün değildir.⁸⁵

⁷⁸ Yargıtay, 4. HD., E. 2015/13252 K. 2016/2190 T. 22.2.2016. (Lexpera Çevrimiçi)

⁷⁹ Bu kataloğun çok geniş olduğu eleştirisi yerinde olacaktır. İlerleyen bölümünde biz de bu kısım altında yer alan bazı suçların katalog olarak gösterilmesi gerektiğini vurgulayacağız. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun sistematikleme incelendiğinde görülecektir ki, bu geniş katalogdan zaten pek azı internet vasıtasıyla gerçekleştirilebilmektedir.

⁸⁰ Dülger, s. 871.

⁸¹ Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 380; Centel/Zafer, s. 86.

⁸² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 705; Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 486.

⁸³ Centel/Zafer, s. 85.

⁸⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 664; Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 46; Centel/Zafer, s. 590.

⁸⁵ Devrim Güngör, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Yetkin

Dolayısıyla sulh ceza hakiminin bir koruma tedbiri olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki erişim engellenmesi kararını soruşturma başlamadan verememesi gerekir. Diğer ihtimalde zorlama bir yorumla soruşturmanın geriye yönelik olarak tedbir kararının verilmesi ile başladığı söylenebilir. Her halde, şikâyetin cumhuriyet savcısına iletilmesi ile işin gerçekliği araştırılmaya başlanır. Bu bakımdan sulh ceza hakimine 5651/9 kapsamında "kişiye karşı işlenen suçlar" dan herhangi birinin gerçekleştiğinden bahisle internetteki yayının engellenmesi istendiğinde cumhuriyet savcının bundan bir şekilde haberdar edilmesi gerekir. Sulh ceza hakiminin bu başvuru üzerine yapması gerekenleri tartışmak uygun olacaktır.

Şikâyet CMK 158'de gösterilen makamlara yapılabilir.⁸⁶ Bu makamlardan biri de mahkemelerdir. Bu bağlamda sulh ceza hakimine yapılan şikâyet mahkemeye yapılmış sayılabilecek midir? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Öncelikle bağlayıcılığı tartışılrsa da, CMK 158'in madde gerekçesinde açıkça şikâyetin sulh ceza hakimliklerine yapılabileceği yazılmıştır. Diğer yandan, sulh ceza hakiminin şikâyeti savcılığa iletmekle memur bir makam olmadığının kabulü durumunda dahi, öğretide⁸⁷ kanun yolunun belirlenmesinde yanılmayı düzenleyen CMK m. 264'ün⁸⁸ buraya da uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Bu şekilde hatalı makama yapılan şikâyet, evrak esas mercie gönderilene kadar yahut şikâyetin hatalı makama yapıldığı şikâyet edene bildirilene kadar, esas makama yapılması gereken şikâyetin etkisini doğuracaktır. Yapılan kıyasın istisnai bir hükme dair olmaması ve hak arama özgürlüğünü koruması yönünden bu görüş isabetlidir.⁸⁹

Yayınları, Ankara, 2009, s. 33. (Aktaran: Can, Sibel, Ceza Hukukunda Şikâyet, 2016, Kırıkkale, s. 57.) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

⁸⁶ CMK 158'e göre şikâyet makamları esas olarak Cumhuriyet Başsavcılığı ve kolluktur. İstisnaen valilik, kaymakamlık veya mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Bazı özel şartların gerçekleşmesi durumunda Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına, yahut kamu kurum ve kuruluşlarına da, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmek üzere şikâyet yapılabilir. (Centel/Zafer, s. 90)

⁸⁷ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.B, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 103-104.

⁸⁸ CMK 264. maddenin tam metni şöyledir: "- (1) Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya mercii belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. (2) Bu hâlde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhâl görevli ve yetkili olan mercie gönderir."

⁸⁹ Aynı yönde: Can, s. 57. Aynı yönde Yargıtay 16. HD, 16.2.2009-9489 (Centel/Za-

Bir sonraki adımda, erişim engellenmesini talep eden kişinin bu talebi aynı zamanda şikâyet olarak kabul edilebilir mi? sorusunu sormak gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu şikâyetin yazılı veya tutanağa geçirmek şartıyla sözlü olarak yapılabileceğini belirtmekle yetinmiştir. Ancak şikâyetin formüle edilmesinde kuralın serbestlik olduğu, özellikle suç tavsifi veya faili işaretin⁹⁰(özellikle internetteki anonim saldırılar için) şikâyet için gerekli olmadığı genel olarak kabul olunmaktadır.⁹¹ Bu itibarla “şikâyetçiyim”, “davacıyım”, “işlediği suça erişimi engelleyin” tabirleri de şikâyet iradesinin tezahürleri olarak kabul edilebilecektir.⁹²

2.1.2.2.3 Cumhuriyet Savcısı ve Kamu Davasının Açılması

Cumhuriyet savcısı, sulh ceza hakiminin bildirimini alır almaz, kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere, hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. (CMK m.160/1) Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinde toplanan delillere göre yeterli şüpheye ulaşıldığını düşünüyorsa iddianame düzenler. (CMK m.170/2) Ancak yeterli şüpheye ulaşma sürecinde savcıyı sınırlayan bir süre yoktur. Burada sınır ancak dava zamanaşımı ve keyfî hareket etme yasağı ile çizilebilir.

Savcının düzenleyeceği iddianame CMK m. 170 ve 174'e uygun olmalıdır. CMK m. 170'e göre savcının iddianamede göstermesi gereken hususlardan biri de şüphelinin kimliğidir. Bu husus internetteki ihlaller açısından özellikle önem taşır. Çünkü internette işlenen suçlar çok kez anonim olarak işlenmekte bunların takibi ise yapılamamaktadır.⁹³ Bu durumda kural olarak savcı kovuşturmaya imkan olmadığından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilir. Uygulamada

fer, s. 92)

⁹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 670.

⁹¹ Erdoğan Demirtaş, Ceza Muhakemesinde Muhakeme Şartı Olarak Şikâyet, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 77. (Orada zikredilen isimler) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

⁹² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 668; Koca/Üzülmez, s. 306.

⁹³ Bunun en büyük sebeplerinden birinin ilgili aktörlerin “port” kaydı tutmakla yükümlü olmaması yönündeki eleştiri için: İlker Kara, Ümit Sönmez, “5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Kanununun Uygulama Yönünden Değerlendirilmesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2015, s. 53.

da bu yönde fezleke düzenlenmekte ve fakat fail belirlenemediğinden kovuşturma evresine geçilememekte, dava zamanaşımına kadar bu rapor bekletilmektedir. Bu süre içerisinde failin IP adresi doğrudan veya dolaylı yollarla elde edilebilirse, iddianame düzenlenip kovuşturma aşamasına geçilebilmektedir.

Failin kimliğinin açıkça tespit edilebildiği durumda ise diğer unsurları da tamam bir iddianameyle kamu davası açılmak üzere iddianame mahkemeye sunulur. Bu noktada daha önce erişim engellemesi tedbirine itiraz edildiği ihtimalini değerlendirmek gerekir. Aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, itiraz üzerine verilen karar kural olarak kesinleşir. Bu karar artık esas hakkında yargılama yapılan ilk derece mahkemesinde kaldırılamaz. Ancak istinaf edildiğinde esas hükümler birlikte incelenip kaldırılabilir. Bununla birlikte denetim mekanizması kararına dokunulmaksızın, şartlar gerektirdiğinde mahkeme aynı konu üstünde yeni bir koruma tedbiri kararı verebilecek yahut kaldırabilecektir.

2.1.2.2.4 İtiraz Usulü

İtiraz yolu 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre 5271 sayılı CMK'ya göre işletilecektir. İtiraza ve genel kanun yoluna başvurabilecekler arasında sınırlı olmaksızın; cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, katılan ve katılan sıfatı alabilecek kişilerin olduğu belirtilmiştir. (CMK m. 260)⁹⁴ Yine hakları ihlal edilen,⁹⁵ hukuki çıkarları zedelenen üçüncü kişiler de bu başvuru yolundan yararlanabilir.⁹⁶ Erişim engellerinde ayrıca ESB'ye de açıkça bu yetki tanınmıştır (5651 m. 6A/8) Katılan olmak içinse mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olmak gerekir. (CMK m. 237/1) Ancak kanun yolu muhakemesinde katıl-

⁹⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 1677; Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 564.

⁹⁵ Bu noktada AİHM Türkiye'nin davalı konumda olduğu dosyalarda farklı yönde kararlar vermiştir: Yıldırım davasında, Google Sites'a verilen erişim engellenmesi kararına karşı 3. kişi itiraz başvurusunu "internet kullanıcılarının haklarına büyük ölçüde zarar verildiğini ve önemli dolaylı etkiler oluşabileceğini hâkimlerin dikkate almaları gerektiği kanaati" ile kabul edilmesi gerektiğini söylerken (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, 18.11.2012. Kararın Türkçe tercümesi için: <http://www.inhak.adalet.gov.tr>) Telif haklarını ihlal ettiği öne sürülen müzik sitelerine erişim engellenmesinde başvurucunun site kullanıcı bir 3.kişi olarak olaylardan doğrudan etkilenmediğini söylemiştir. (Akdeniz/Türkiye (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 20877/10, 11.03.2014)

⁹⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 1654; Centel/Zafer, s. 727.

ma başvurusunda bulunulamaz. (CMK m. 237/2) Mutlaka ilk derece mahkemesindeki aşamada başvuru olmalıdır.

Çeşitli ihtimalleri problemimiz kapsamında düşünürsek: İçeriği erişime engellenenin karara itiraz edebilmesi için sanık veya şüpheli vasfını alması gerekmektedir. Bu da ancak bir soruşturma başlatılmış olması ile mümkündür. Yine kullanıcısının bir içeriği yüzünden sitesine erişim engellenen kişi nasıl itiraz edecektir? Bu kişi hükmün sonuçları kendini etkileyeceğinden malen sorumlu olarak katılabilir ve dolayısıyla itirazda bulunabilir. Görüldüğü üzere her iki halde de, itiraz hakkının kullanılması soruşturmaya bağlanmıştır. Hukukî çare, ihlâlin niteliği yalnızca cezâi olduğu durumda sağlandığından, hakkın korunmasının ölçülüğü de hakkın ceza hukuku bağlamında yorumlanmasının kabulüyle mümkündür.

İtiraz kanun yolu, kararın hem maddi hem de hukuki açıdan incelendiği bir denetim mekanizmasıdır.⁹⁷ Dolayısıyla, denetim makamı gereken durumlarda soruşturma işlemlerini yapabilir veya yaptırabilir.⁹⁸ Bu minvalde, duruşma yapılamasa da; soruşturma kapsamında tanık dinlenilebilir, keşif yapabilir veya bilirkişi dinlenilebilir.⁹⁹ İtiraz üzerine verilen kararlar kural olarak kesindir ve infazı durdurmaz.¹⁰⁰ Bu itibarla, denetim makamının tüm bu yetkileri kullanmasının bir soruşturma açılmış olmasına bağlı olduğu söylenecektir.

2.2.1 Özel-Genel Kanun İhtilafı ve Yargıtay

İnternette gerçekleşen kişilik haklarını korumak için hangi kanunun uygulanacağı tartışmalıdır. İhlalin giderilmesi ilk bakışta genel bir kanun olduğu kabul edilen Medeni Kanun'a göre mi giderilecektir? Cevap olumluysa özel kanunun öncelikle uygulanacağı kuralı dışlanmış olmaz mı? Cevap olumsuzsa, Medeni Kanun'un yaptırımları tamamlayıcı olarak uygulanabilir mi? Bu sorulara bu bölümde cevap aranmaya çalışılacaktır.

⁹⁷ Sadece delil tartışması gerekmeyen konuların ele alınabileceği yönünde: Centel/Zafer, s. 742.

⁹⁸ Gerekli görüldüğünde duruşma da yapılabileceğine dair: Centel/Zafer; s. 741.

⁹⁹ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 1678.

¹⁰⁰ Gözlem altına alma tedbirinin (CMK m. 74/4) bunun istisnası olduğuna dair: Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 566.

2.2.1.1 Teorik Çerçeve

Hukuk sisteminde aynı olaya uygulanabilecek birden fazla norm bulunabilir. Bunlar farklı hukuk alanlarında (kamu/özel) ise aynı anda uygulanabilirler. Aynı hukuk alanında iseler bakılır: Aralarında önceki-sonraki kanun (*lex posterior*) ya da özel-genel (*lex specialis*) ilişkisi yahut yarışma (telâhuk) ya da yığılma ilişkisi mevcut mudur?

Özel ve genel sıfatları kanunlara/hükümlere ancak izafeten verilebilir.¹⁰¹ Örneğin, Medeni Kanun'a göre özel kanun olan Dernekler Kanunu, Sendikalar Kanun'una göre genel kanun hükmündedir.¹⁰² Esasında, özel-genel kanun ilişkisinden ziyade özel-genel hüküm ilişkisinden bahsetmek daha doğrudur.¹⁰³ Çünkü aynı kanun içinde, bir hüküm genel düzenleme diğer hüküm özel düzenleme oluşturabilir.¹⁰⁴ Yine izâfi olarak genel olan bir kanunun hükmünün, bir özel kanun hükmünden daha özel olması mümkündür.¹⁰⁵

Özel hüküm, genel hükmün hukuki neticesini belirli bir alanda ortadan kaldıran ya da sınırlayan hükme denir.¹⁰⁶ Bu hükümlerin birbirlerine etkisini de nimet külfet dengesi gözeterek tespit ederiz.¹⁰⁷ Önceki-sonraki kanun olma ihtimallerini bir yana bırakarak şu üç ihtimali sayabiliriz.¹⁰⁸

¹⁰¹ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, 17.B, 2011, s. 81; Tahir Çağa, "Özel Kanun Hükmü Genel Kanun Hükmünü Daima Bertaraf Eder Mi?", *TBB Dergisi*, 1991/3, s. 370.

¹⁰² Oğuzman/Barlas, s. 81; Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk'a Giriş, İstanbul, 6.B, 2012, s. 57.

¹⁰³ Nejat Aday, 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında "Özel Kural" Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 179.

¹⁰⁴ İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüt hükümlerinin (TBK 125-126) genel temerrüt hükümlerine nazaran (TBK 117-122) özel hüküm olduğuna dair: Çağa, s. 370.

¹⁰⁵ Nitekim, Sayıştay Temyiz Kurulu 14.3.2006 tarih ve 28414 sayılı kararında, avukatlık vekalet ücretine dair bir ihtilafı, Avukatlık Kanunu'na nispetle genel kanun olan Devlet Memurları Kanun'unun hükümlerine dayanmış ve ilgili konuda daha özel düzenleme oluşturduğuna karar vermiştir. Kararı Aktaran: Aday, s. 180.

¹⁰⁶ Rona Serozan, Hukukta Yöntem, 1.B, İstanbul, 2015, s. 147.

¹⁰⁷ Serozan, s. 145 ve özellikle 148.

¹⁰⁸ Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.B, Berlin, 1995, s. 89.

1) Özel hüküm, genel hükmün uygulanmasını dışlar. Bu da iki sebeple olabilir:

a) Kanun koyucu “genel hükümler burada uygulanmaz” gibi ifadelerle bunu açıkça ortaya koyar.¹⁰⁹

b) Kanun yorumlandığında,¹¹⁰ genel kanun hükmüne başvurulup daha az külfetle daha çok/aynı nimete ulaşılma,¹¹¹ dolayısıyla kanunu dolanma imkanının engellemek istediği anlaşılmaktadır.¹¹²

2) Özel hüküm genel hükmü dışlamaz, genel hüküm özel hükmün uygulanmasında yol gösterir.¹¹³

3) Hem özel hüküm, hem de genel hüküm nimet-külfet dengesi açısından denktir. Taraf istediğine başvurabilir.¹¹⁴

Bu teorik çerçeve ışığında Yargıtay içtihatları incelenmeye geçilebilir.

¹⁰⁹ Çağa, s. 368; Aday, s. 180.

¹¹⁰ Bu ihtimalde dolaylı işarete örnek, kanun koyucunun genel hükmün içine “aksine hüküm yoksa” lafzını eklemesidir. Bu durumda özel hüküm, genel hükmün aksine bir hüküm içerirse artık kanunun dolaylı işaretiyle genel hükmü dışlanmış olur. Çağa, s. 374.

¹¹¹ Ancak kanun koyucu dolaylı veya doğrudan bir işaret koymadığında hükümlerin “illet” (ratio) leri incelenmelidir. Bu da, nimet külfet dengesinin ölçülmesi ile olur. Bu en nihayetinde bir yorum meselesidir. Konu somut bir tartışmayla daha da açığa kavuşacaktır: Mesela kanun koyucu, ölüme bağlı tasarrufun hukuka ve ahlaka aykırı yaptırımlar içermesi durumunda ilgili tasarrufu hükümsüz kılmak isteyen mirasçının MK m. 557/b.3'e göre bir iptal davası açması külfetini yerine getirmesini istemiştir. Bir görüşe göre, bu durumda mirasçı aynı elverişli sonuca daha az bir külfetle TBK m. 27 hükmüne göre varmamalıdır. Burada özel hükmün (m. 557) genel hükmü (m. 27) dışlaması söz konusudur. Rona Serozan, Baki İlkey Engin, Miras Hukuku, 4.B, Seçkin, Ankara, 2014, s. 337.; ayrıca Serozan, s. 148. Oysa bazı yazarlar MK 557/b.3 hükmünün, TBK m. 27 hükmüne kıyasla daha iyi bir nimet sunmadığını, bu durumda yararlanana ekstra bir külfet (süresi içinde iptal davası açma) getirmenin kanun koyucunun amacı olmadığını ileri sürmektedirler. Dolayısıyla bu yazarlara göre MK. m. 556/b.3 genel hüküm TBK m. 27'yi dışlamamaktadır. (Bu görüşteki yazarlar için: Mustafa Dural, Turgut Öz, Miras Hukuku, Filiz, 9.B, İstanbul, 2015, s. 230.)

¹¹² Yukarıdaki dipnotta zikredilen durumun aksine, katlanılan az külfete çok elverişli olmayan sonuçlar veren sözleşmeye aykırılık hükümleri ile çok külfete iyi elverişli sonuçlar veren ayıp hükümlerinin yarışmasında sakınca olmayacağına dair: Serozan, s. 145.

¹¹³ Aksi kararlaştırılabilen genel yorumlayıcı/tamamlayıcı hukuk kuralları bu kabildendir. Örnekler için: Oğuzman/Barlas, s. 85; Aday, s. 179.

¹¹⁴ “...Özel hükmün daima, her hâlükarda genel hükmü bertaraf edeceğini söylemek asla doğru ve isabetli değildir.” Çağa, s. 368; Serozan, s. 145; Aday, s. 180.

2.3.1 Yargıtay İçtihatları Seyri

Yargıtay'ın bu konuya dair içtihatları ilginç bir seyir izlemiştir. 5651 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden iki sene sonra, 2009 yılındaki içtihadında¹¹⁵ Yargıtay, internette gerçekleşen haksız fiillerde Medeni Kanun'a başvurulabileceğini belirtmiştir.¹¹⁶ İlgili davada, davacı hukuka aykırılığın tespiti, düzeltilmesi ve üçüncü kişilere duyurulmasını istemiştir. O dönemde 5651/9'da henüz erişim engellenmesi tedbiri olmadığından ve davacı da böyle bir talep iletmediğinden mahkeme bunu incelememiştir. Bununla birlikte dikkat çeken nokta, cevap hakkının o dönemde hem Medeni Kanun'da hem de 5651 sayılı Kanun'da bulunmasına rağmen mahkemenin uyuşmazlığı özel hukuka ait olarak tavsif etmesi ve asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararını bozmasıdır.

2012 yılından sonra ise Yargıtay içtihatlarında öncekiyle çelişen kararlar gündeme gelmiştir. Kararlarında, içerikten çıkarma talebinin tek başına yahut tazminat talebiyle de olsa asliye hukuk mahkemesinden istenemeyeceğinden,¹¹⁷ mahkemenin tedbir kararı açısından görevsizlik kararı vermesi gerektiğinden¹¹⁸ bahisle hukuk mahkemelelerinin talebi kabulü yönünden kararları bozmuş, görevsizlik kararlarını onanmıştır.¹¹⁹ Bu kararlarda sunulan gerekçe, 5651 sayılı Kanun'un Medeni Kanun bakımından özel kanun sayılacağı, dolayısıyla Sulh Ceza Mahkemesinin internetteki yayınların durdurulması talepleri bakımından özel olarak yetkilendirildiği, hukuk mahkemelerinin görev açısından bu konuda dışlandıdır.¹²⁰

Ancak mahkemenin içtihatları bu yönde seyrederken bir yandan da yerleşik bir karşı oy oluşmaya başlamıştır.¹²¹ Karşıoy, istenilirse MK

¹¹⁵ Yargıtay 4. HD., E. 2009/8571 K. 2009/9921 T. 15.9.2009 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹¹⁶ Bir içtihadında ise özellikle suç kataloğu sayılmış olan 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi ve ceza karakterdeki 9. maddesini haksız fiilleri düzenlediğini isabetsiz şekilde söylemiştir.: 4. HD., E. 2014/14066 K. 2014/14606 T. 05.11.2014 (Lexpera İçtihat)

¹¹⁷ 4. HD., E. 2012/6581 K. 2012/10331 T. 13.6.2012 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹¹⁸ 4. HD., E. 2012/2045 K. 2013/1218 T. 29.1.2013 (Kazancı İçtihat Bankası) Yine Dördüncü Daire bir kararında "yayının nihâi olarak durdurulması" yönünden hukuk mahkemesinin görevsiz olduğunu söylemiştir. Bundan kasıt sanıyoruz tecavüzün durdurulması kararıdır. : 4. HD., E. 2012/13534 K. 2013/9321 T. 21.5.2013 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹¹⁹ 4. HD., E. 2014/608 K. 2014/1490 T. 3.2.2014 (Lexpera İçtihat)

¹²⁰ 4. HD., E. 2014/7187 K. 2014/8832 T. 28.5.2014 (Lexpera İçtihat); 4. HD., E. 2013/10125 K. 2014/5825 T. 7.4.2014 (Lexpera İçtihat)

¹²¹ Bu karşıoy gerekçesinin yer aldığı son karar karar düzeltme ile bozulmuştur: 4. HD., E. 2015/6149 K. 2015/7354 T. 4.6.2015 (Lexpera İçtihat)

hükümlerine göre istenirse 5651 sayılı Kanun hükümlerine göre Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulabileceğini belirtiyordu. Karşıoylardaki gerekçe metin hep şu olmuştur :“Öğretide belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanun aynı zamanda yürürlükte olduğu durumlarda yasaların olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa sorun da yoktur.”¹²²

Bu tespit netice olarak doğrudur. Gerekçelendirilmesi ise açıklanılmaya muhtaçtır. Çünkü burada hükümlerin birinin cezai sorumluluk alanına birinin hukuki sorumluluk alanına hitap ettiği göz ardı edilmiştir. Tasdik mahiyetinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sorumluluğa ilişkin bir davada HMK ve CMK hükümlerini kıyaslamış ve : “Bir usul kanununun sorumluluğun süjesini devlet, diğerinin ise hakim olarak ele alması karşısında birinin diğerine nazaran özel kanun olduğunun kabulüne olanak yoktur.” demiştir.¹²³ Aksi durumda, yani her iki hükümün de hukuk alanına ait olduğu kabul edildiğinde ise verdiğimiz kıstaslara göre nimet-külfet dengesi kurmak gerekir. 5651 sayılı Kanun çok daha az külfete daha farklı veriyor olduğu durumunda genel hükümler daha fazla külfetle daha farklı neticeler vermektedir. Bu durumda elverişli hükümün uygulanmasında beis olmayacak, karşıoyun gerekçesi de isabet taşımayacaktır.

Nitekim hukukî netice olarak aynı konu üzerinde tezahür etmelerine rağmen her iki kanun da farklı imkanlar sağlamaktadır. Yargıtay da bir içtihadında¹²⁴ bunu fark etmiş, rol aldığı sinema filmindeki fotoğrafları izinsiz olarak bir gazetede yayınlanan davacının, 5651/9'a göre erişim engeli almak için Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurusu ardından asliye hukuk mahkemesinden de saldırıya son verilmesi ve manevi tazminat talep etmesini hukuka uygun bulmuştur.

Bir başka dikkat çeken konu, Yargıtay'ın önüne gelen bazı davalarda hukuk mahkemelerinin içeriğin yayından ihtiyati tedbir yoluyla kaldırılması taleplerini “uyuşmazlığın esası hakkında verilecek sonuçta tedbir kararı ile ulaştırılması” tehlikesinden dolayı reddetmeleridir.¹²⁵

¹²² 4. HD., E. 2014/2231 K. 2014/4277 T. 12.03.2014 (Lexpera İçtihat); 4. HD., E. 2013/12487 K. 2013/14479 T. 18.9.2013 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹²³ Yargıtay HGK, E. 2010/4-553, K. 2010/537 (Kazancı) Kararı Aktaran: Aday, s. 177.

¹²⁴ 4. HD., E. 2014/11219 K. 2014/15371 T. 17.11.2014 (Lexpera İçtihat)

¹²⁵ 4. HD., E. 2013/7417 K. 2013/10004 T. 27.5.2013 (Kazancı İçtihat Bankası); 4. HD., E. 2012/6581 K. 2012/10331 T. 13.6.2012 (Kazancı İçtihat Bankası)

Yargıtay çoğu kararında bu hususu değerlendirmemiştir. Nitekim daha önce vurguladığımız gibi bu tehlike Sulh Ceza Hakimliği kararlarında da sürmektedir.

Nihayet Yargıtay 2016¹²⁶ yılında bir karar düzeltme başvurusunda içtihadını doğru bir şekilde değiştirmiştir. Hükümlerden 5651/9'un cezai sorumluluğu, TMK 24 ve 25'in hukuki sorumluluğu düzenlediğini belirtmiş, davacının bunlara başvurmakta serbest olduğunu, yani bir özel-genel hüküm ilişkisi olmadığını vurgulamıştır.

Kanaatimizce içtihat doğru yoldadır, ancak 5651/9'un madde metninden ne anlaşılması gerektiği Yargıtay'ca ortaya konulmamıştır. Bu "kişilik hakkı ihlal edilen" lafzını da bu içtihat ışığında bir suçun hukuki değeri olarak almak gerekir. Yargıtay'ın doğru olan son içtihadından önceki içtihatlarının seyri de anlaşılabilir: 5651 sayılı Kanun'da 2014 değişikliği öncesi 9. madde ile ulaşıp da MK 25 hükümleriyle ulaşılamayan pek bir şey yoktu. Öyle ki, ilgili hem içeriği yayından kaldırabiliyor, hem de cevap hakkını kullanabiliyordu. Bu imkanlar maddeye özellikle bir özel hukuk normu havası katıyordu. Bu durumda Yargıtay'ın, MK 25 hükmünün ayrıca başvurulduğunda daha iyi bir menfaat sağlayan bir genel hüküm olmadığı tespiti yerinde denebilirdi.

Ancak özellikle 2014 değişikliğinden sonra durum değişmiştir. Yukarıda incelediğimiz gibi kanun koyucu, madde başlığından cevap hakkını çıkarmış, yalnızca yayından çıkarma ve erişimin engellenmesi neticelerini bırakmıştır. Bu neticeler MK 25'in yalnızca tecavüzün durdurulması neticesini karşılamaktadır. Dolayısıyla eski içtihatlardaki normun karakteri konusundaki belirsizlik de ortadan kalkmıştır.

2.3.2 Ceza Kararlarının Hukuk Hakimine Genel Olarak Etkisi

Ceza muhakemesi ve medeni muhakemenin kesiştiği alanlar olabilir. Ancak bu durumda ilk bakışta koruduğu haklar benzer gözükün bu alanların ulaşmak istedikleri hedef¹²⁷ açısından farklılıklar vardır.¹²⁸

¹²⁶ 4. HD., E. 2015/13252 K. 2016/2190 T. 22.2.2016 (Lexpera İctihat Bankası)

¹²⁷ Hedefi burada umûmi menfaat olarak kullanıyoruz. Hususi olarak maddi gerçeğin mi şekli gerçeğin mi arandığı tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz: Alango-ya, s. 25 ve 26.

¹²⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 854.

Yine başka bir açıdan, ceza hukuku bozulan toplum düzenini eski haline getirmek ve suçun tekerrürünü engellemeyi hedeflerken, medeni hukuk hakkın tespitini ve varsa ihlali ve şartlar oluşmuşsa bundan doğan bireysel zararı gidermeyi hedefler.¹²⁹ Ceza hukukunda kast arandığı için suç teşkil etmeyen bir hareket hafif kusurla haksız fiil sayılabileceği gibi, ceza hukukunda suç sayılmayan bir şeyin de medeni hukuk bağlamında tazminat doğurabilmesi mümkündür¹³⁰.

2.3.2.1 5651 sayılı Kanun Özelinde

Öğretide 5651/9'a göre sulh ceza hakiminden erişim engellemesi tedbiri alan kişinin sonradan hukuk mahkemesinde haksız fiile dayalı tazminat davası açması durumunda bu yargılamaların ilişkisinin ne olacağı tartışılmıştır.

5651/9'daki normun maddi unsurunun (kişilik hakları ihlali) ve dolayısıyla hukuki neticesinin (erişim engellenmesi) medeni hukuk hükümlerine göre anlaşılmasının bu noktada ortaya çıkardığı bazı problemler öğretide Kaya tarafından isabetle tespit edilmiştir.¹³¹ Bu üç problemin, normun cezai karakterinin tanınmasıyla nasıl çözüleceğini inceleyelim.

İncelenecek ilk soru: Hukuk mahkemesinde dava açıldığında hukuk hakimi, sulh ceza hakiminin kararını gözden geçirip, kaldırabilecek midir? Aynı hukuki neticeyi (erişim engellenmesi) doğursalar da, (ratio legis) bakımından HMK'ya göre verilen ihtiyati tedbirle, 5651/9'un koruma tedbiri birbirinden farklıdır. Dolayısıyla hukuki neticeleri aynı olsa da maddi unsur açısından farklı normlara dayandıklarından birbirlerinin kararlarını değiştiremezler. Zaten bir koruma tedbiri olarak öngörülen bu hükme karşı muhalefet imkanı 5271 sayılı CMK'nın itiraz kanun yolu ile getirilmiştir. Bu açıdan sulh ceza hakiminin kararının yerindeliği hukuk hakimince tartışılmaz.

Öte yandan, burada hukuk hakiminin ilk nazara alması gereken hüküm TBK 74'tür. Buna göre hukuk hakimi, kanuni istisnalar saklı kalmak kaydıyla, ceza hakiminin sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağ-

¹²⁹ Kemal Tahir Gürsoy, "Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31/Sayı 1, 1971, s. 154; Alangoya, s. 27.

¹³⁰ Gürsoy, s. 155; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 855.

¹³¹ Kaya, (Elektronik), s. 374 vd.

lı değildir. Yine, ceza hakiminin beraat kararı ile kusur/zarar tespitleri de hukuk hakimini bağlamaz. Yargı kararları¹³² ve öğretide,¹³³ istisnaen ceza hakiminin fiilî vaka tespitlerinin hukuk hakimini bağlaması gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁴. Bu yorumun dayanağı ise, ceza hakiminin delil araştırması bakımından daha geniş imkanlara sahip olduğunun varsayılmasıdır.¹³⁵

Oysa 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi sistematığına göre dosya üzerinden 24 saat üzerinde verilen bir kararın hâkiminin, hukuk hâkiminden daha fazla araştırma imkânı olduğu söylenemez. O halde bu meselede hukuk hakimi, ceza hakiminin verdiği tedbirdeki hiç bir hususla bağlı olmamalıdır. Mesela, sulh ceza hakiminin hakaret suçuna konu olan fiilin sanığın IP adresinden gerçekleştiği tespiti hukuk hakimi için yeterli olmayabilir.¹³⁶ İsterse yine taraflardan iddialarını açıklığa kavuşturmalarını (HMK 31) isteyebilir.

İkinci bir husus olarak şu sorulabilir: Tazminat talebi hukuk mahkemesince reddedilirse, sulh ceza hakiminin kararına ne olacaktır? Sulh ceza hakiminin kararı bir koruma tedbiri olduğundan geçerliliğini korumaya devam edecektir. Usulüne uygun yapılmış itiraz ile bu tedbir kaldırılabilir yahut devamına karar verilebilir. Yine kamu davası açıldığında esasa bakan mahkemenin kararı istinaf edildiğinde kesinleşmiş olan bu tedbir kararı incelenebilecektir.

Son olarak cevap aranacak soru: Yapılan ceza yargılaması sonucunda beraat eden kişinin tedbir dolayısıyla uğradığı zarar nasıl tazmin edileceği sorusudur. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi CMK m. 141 yalnızca bir kaç koruma tedbiri için tazminat öngörmektedir.¹³⁷ Dolayısıyla internet sitesi kısmen veya tamamen erişime engelledikten sonra site sahibi veya kullanıcısı reklam geliri kaybı ve ziyaretçi sayı-

¹³² "Ceza hâkiminin bir olayın vukua gelmemiş olduğuna ilişkin kararı hukuk hâkimini bağlar" (4. HD. 23.3.1957, 7866/1596, Olgaç, N. 851) Buna benzer birçok içtihadın nakli için: Gürsoy, s. 157.

¹³³ Ahmet M. Kılıçoğlu, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29/Sayı 3, 1973, s. 208 ve orada sayılan isimler. (Haksız Fiil) olarak zikredilecektir.

¹³⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 59.

¹³⁵ Kılıçoğlu, (Haksız Fiil) s. 208; Kuru, s. 596.

¹³⁶ 5651 sayılı Kanun'a göre IP tespitinin "somut delillere dayalı kuvvetli şüphe" oluşturup oluşturmayacağı tartışması için: Kara/Sönmez, s. 54.

¹³⁷ Aycı, s. 125.

sının azalması gibi zararlarını bu yolla gidermeyecektir.¹³⁸ Ancak şartlar oluşursa sulh ceza hâkimine karşı HMK 46'da yer alan esaslarla sonradan rücu edilmek üzere devletin sorumluluğuna gidilmesi yolu açıktır.¹³⁹ Öğretide belirli şartlarda ESB'ye tazminat davası açılabileceği öne sürülse de bu çok düşük bir ihtimaldir.¹⁴⁰

Esasında ESB bir özel hukuk tüzel kişisi olması hasebiyle haksız fiil gerçekleştirebilir. Ancak TBK 49'a göre haksız fiil davası açılması için gerekli ilk unsur hukuka aykırı bir fiildir. Fiiller nitelik itibariyle bir şeyi yapmak gibi olumlu veya yapmamak gibi olumsuz şekilde tezahür edebilir. Sonraki adımda, olumsuz (yapmamak) şeklinde tezahür eden fiilin hukuka aykırılığının tespit edilmesi gerekir. Buna göre hukuka aykırı sayılmak için ancak yapılması mecburi olan bir şeyin yapılmaması gerekmektedir.¹⁴¹ Kusuru bir yana alırsak tazminat için, ESB'ye mevzuat tarafından yüklenmiş bir mecburiyet ve bunun yerine getirilmemesi sonucunda erişime engellenen sitenin zararı ile hukuki illiyet bağı kurmak gerektir. ESB'nin yükümlülüklerini incelediğimiz bölümden¹⁴² sitenin zararı ile illiyet bağı kurulabilen tek hüküm vardır, o da, 6/A maddesinin 8. fıkrasıdır: Birlik, kendine uygulaması için gönderilen ve mevzuata aykırı olduğunu düşündüğü erişim engellemesi kararlarına karşı itiraz 'edebilir'. Maddenin lafzı herhangi bir mecburiyetten bahsetmediğinden bu hükme dayanılarak tazminat talep edilmesi mümkün değildir.

3. SONUÇ

İnternetin özgürlük üzerine kurulu bir ortamdır. Ancak bu özgürlük, devlet otoritesini ve hukukun üstünlüğünü kabulden masuniyet sağlamaz. Teknolojik imkanların gelişmesi ile birlikte bu özgürlük artık baş döndürücü bir hızda yaşanılmakta dolayısıyla hak ihlalleri de bu hızda ve kendine özgü şekilde gerçekleşmektedir. Ortaya çıkan

¹³⁸ Dülger, s. 864.

¹³⁹ HMK 46 gerekçesi de bu yöndedir: "Hükümde geçen "hâkim" kavramı, genel anlamda kullanılmıştır. Buna, yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dahildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimleri de buraya dâhildir." Ayıcı, s. 115.

¹⁴⁰ Kaya, (Elektronik), s. 375.

¹⁴¹ Kılıçoğlu, (Borçlar) s. 275; M.Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10.B, Cilt 2, 2013, s. 13 ve 20.

¹⁴² bkz: Yukarıda bölüm: 1.3.4.2

sosyal ve hukuki problemler, adet olduğu üzere kanunlaştırma yoluna gidilerek çözülmeye çalışılmış, her zaman olduğu gibi yeni problemleri de beraberinde getirmiştir.

İşte 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi de, internetin bu hızlı yapısına ayak uydurulmak üzere düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanun koyma sanatının temel kaideleri göz ardı edilmiş, medeni hukuk alanına ait olması gereken kavramlar ceza hukuku tedbirleriyle korunmaya çalışılmış ve bir kaos yaratılmıştır. Bugün kişiler en basit kişilik hakkı ihlalleri için devlet cebrinden yararlanmakta ve doğan zararlar için yine devletin arkasına saklanmaktadır. Tedbirler çok kısa sürede alınabilmekte, sonra da itiraz mekanizması ile de süreç tıkanmaktadır. Dolayısıyla biz, özellikle; adil yargılanma, hukuki dinlenilme, mülkiyet hakkı gibi önemli hakların cezai müeyyidelerle sınırlandırılmasına esas teşkil eden normun maddi unsurunun da ceza hukukuna ait bir kavram olarak ele alınması gerektiğini savunduk.

Bu bağlamda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin cezaî bir mahiyet taşıdığını koruma tedbiri ve ihtiyati tedbir kavramlarıyla kıyaslayarak ileri sürdük. İlgili hüküm koruma tedbiri kabul edildiği vakitte ne tür problemlerin ortaya çıkabileceğini de ilgili bölümde ortaya koyduk.

Ayrıca, ceza kararlarının hukuk hakimini etkilemesi başlığı altında hukuk hakiminin sulh ceza hakiminin verdiği erişimin engellenmesi kararını kaldıramayacağını gerekçeleriyle belirttik. Bununla beraber hukuk hakiminin, önüne gelen ihtilafta 5651 sayılı Kanun kapsamında sulh ceza hakiminin vaka tespitleriyle dahi bağlı olmadığını belirrttik. Yine son olarak yapılan ceza yargılaması sonucu beraat eden kişinin erişimin engellenmesi tedbiri dolayısıyla uğradığı zararları hakimden ve ESB'den tazmin etme ihtimalini değerlendirdik.

Bu yolda Yargıtay'ın da içtihatlarındaki değişimi inceleyerek çalışmamızı sonlandırdık. Gördük ki, yüksek mahkeme de kanun koyucunun kafa karışıklığından nasibini almış ve fakat sonunda hakikat ile içtihatlarını örtüşürmeyi başarmıştır. Bu tarz düzenlemelerin iyi niyet temelleri üzerine inşa edildiğinden şüphemiz yok ancak Platon'un eleştirisi bugün dahi bâkidir: "Kanun koyarken; güzellik, iyilik, doğruluk üstüne aldanmak, bir adamı yanlışlıkla öldürmekten daha ağır bir suçtur."¹⁴³

¹⁴³ Platon, Çeviren: Sabahattin Eyüboğlu, Devlet, 2014, s. 151.

Kaynakça:

- Aday Nejat, 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında "Özel Kural" Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 1, s. 174-184, 2016.
- Akdeniz Yaman, İnternette Irkçılık, 1.B, İstanbul, 2016.
- Akdeniz Yaman/Altıparmak Kerem, İnternete Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, http://www.cyber-rights.org/reports/internet_yasak_siyah.pdf (Son erişim tarihi: 30.04.2017)
- Akipek Jale G/Akıntürk Turgut/Ateş Karaman, Derya, Kişiler Hukuku, 7.B, İstanbul, 2009.
- Alangoya Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, 2.B, İstanbul, 2001.
- Ataay Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 4.B, İstanbul, 1995.
- Aycı Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Sorumluluk, Doktora Tezi, İstanbul, 2012 <http://acikerisim.iku.edu.tr> (Son erişim tarihi: 29.04.17).
- Centel Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 8.B, 2011.
- Çağa Tahir, "Özel Kanun Hükümü Genel Kanun Hükümünü Daima Bertaraf Eder Mi?", *TBB Dergisi*, 1991/3, s. 366-375.
- Demirtaş Erdoğan, Ceza Muhakemesinde Muhakeme Şartı Olarak Şikayet, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 11. B, İstanbul, 2011.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 9.B, İstanbul, 2015
- Dülger Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, İstanbul, 4.B, 2014.
- Egger August /Çeviren: Volf Çernis., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku-Gerçek Kişiler, Ankara, 1948.
- Güngör Devrim, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Ankara, 2009.
- Gürsoy Kemal Tahir, "Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31/Sayı 1, s. 149-184, 1971
- Gözler Kemal, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan (*Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, Aralık 2014), İstanbul, Legal, 2014, Cilt I, s.1059-1120.
- Habermas Jürgen, 'Towards a United States of Europe', [sightandsight.com](http://www.signandsight.com), 2006, (Çevrimiçi): <http://www.signandsight.com/features/676.html> (30.01.2017'de erişildi)
- Hatemi Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, İstanbul, 6.B, 2012
- Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, 4.B, İstanbul, 2012
- Hornung Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf, *Rechtshandbuch Social Media*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2015

- İçel Kayıhan/Ünver Yener, *Kitle İletişim Hukuku, Yeniden İncelenmiş 9.B*, İstanbul, 2012
- Kara İlker/Sönmez, Ümit, "5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Kanununun Uygulama Yönünden Değerlendirilmesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2015, s. 49-57.
- Karslı Abdürrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku, 4.B*, İstanbul, 2014
- Kaya Mehmet Bedii, "The regulation of Internet intermediaries under Turkish law: Is there a delicate balance between rights and obligations?", *Computer Law&Security Review* (32), 2016, s. 759-774. (Çevrimiçi: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/02673649>) (Son Erişim Tarihi: 17.04.2017)
- Kaya Mehmet Bedii, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Erişimin Engellenmesi, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2009 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)
- Kaya Mine, *Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara, 2015
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.B*, Ankara, 2011
- Kılıçoğlu Ahmet M., "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî Hukuk İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29/Sayı 3, s. 185-222, 1973
- Kılıçoğlu Ahmet M., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuki Sorumluluk, 4.B, Ankara, 2013
- Koca Mahmut, Üzülmüş, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.B*, 2013
- Koç Serhat, *Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2013 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.B*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010
- Kuru Baki, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, 2015
- Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.B*, Berlin, 1995.
- Memiş Tekin, "Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar" , (Derleyen: Yeşim Atamer), İstanbul, 2004, s. 93-139 (Haksız Rekabet)
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, *Medeni Hukuk, İstanbul, 17.B*, 2011
- Oğuzman M.Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10.B*, Cilt 2, 2013
- Oğuzman M.Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 10. B, İstanbul, 2010
- Özel Sibel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara, 2004
- Özen Muharrem, Baştürk, İhsan. *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim İnternet ve Ceza Hukuku*. Ankara, 2011
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler)*, 9.B, Ankara, 2013

- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2. B, 2010
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14.B, Ankara, 2013
- Peker Demir Esra, İnternet Aracılığıyla Kişilik Haklarına Saldırı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014
- Platon, Çeviren: Sabahattin Eyüboğlu, Devlet, İstanbul, 2014
- Serozan Rona, Hukukta Yöntem, 1.B, İstanbul, 2015
- Serozan Rona, Engin, Baki İlkay, Miras Hukuku, 4.B, Ankara, 2014
- Sırabaşı Volkan, İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku), 2. B, Ankara, 2007
- Splittgerber Andreas (Tarafından düzenlenmiş), Praxishandbuch Rechtsfragen Social Media, De Gruyter Berlin, 2014
- Tanşu Okan, Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar, (Derleyen: Yeşim Atamer), İstanbul, 2004. s. 139-154
- Ünver Yener, Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.B, Ankara, 2016
- van den Bulck, Hilde; Hitchens, Lesley, Commercial Content and its Relationship to Media Content: Commodification and Trust, Routledge Handbook of Media Law, Routledge, 2013
- Zimmerling Jürgen, Schutz vor Rechtsproblemen im Internet, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2001
- Zorlu Süheyla, İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

7139 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ORMANCILIK VE SU TAHSİSİ İLE ARAZİ TOPLULAŞTIRILMASININ ANAYASALLIĞI

CONSTITUTIONALLY OF LAND AGGREGATION, WATER ALLOCATION AND FORESTRY WITHIN THE SCOPE OF ACT NUMBERED AS 7139

Kenan OK*
Uğur URUŞAK**
Osman Korkut KANADOĞLU***

Özet: Türkiye Büyük Millet Meclisi, 19 Nisan 2018 günü, 7139 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'u kabul etmiştir. Bu makalede, 7139 sayılı Kanun, anayasa hukuku ve ormancılık tekniği açısından irdelenmiştir. Kanunun, özellikle su hakkı, arazi toplulaştırması ve ormancılığa ilişkin bazı maddeleri anayasaya uyumluluk açısından tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Su hakkı, Orman, Çevre, Anayasa, Hukuk

Abstract: Grand National Assembly of Turkey approved a new act numbered 7139 on the changing of organization and task of General Directorate of State Water Affairs and some acts and executive order on organization and tasks of Ministry of Food, Agriculture and Livestock. In this study, the act numbered 7139 is investigated regarding constitutional law and forestry. Articles in the act, especially on water right, land aggregation and forestry were discussed by focusing on constitutionality.

Keywords: Water Right, Forest, Environment, Constitution, Law

Giriş

19 Nisan 2018 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edilen 7139 sayılı "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi, Orman Fakültesi, kenanok@istanbul.edu.tr

** Dr. Öğr., Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ugururusak@klu.edu.tr

*** Prof. Dr., Girne Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, korkut.kanadoglu@kyrenia.edu.tr

Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 28 Nisan 2018 gün ve 30405 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Toplam 63 maddeden oluşan 7139 sayılı Kanun, 9 Mart 2018 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından tasarı olarak TBMM'ye sunulmuş ve hızlı bir şekilde Meclis Komisyonları ve Genel Kuruldan geçerek kanunlaşmış ve yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanlığına sunulmuştur. Kanun, Devlet Su İşleri (DSİ) ile Orman Genel Müdürlüğü (OGM) gibi iki köklü kurumun görev alanına giren ve ülkemizin önemli sorunlarıyla ilgili kapsamlı teknik bilgi gerektiren konuları içermektedir. Bu bakımdan torba yasa olarak da tanımlanmaya elverişlidir.

Bu hızlı kanunlaşma sürecinde konuya ilişkin teknik bilgi dikkate alınmadığı gibi, mevcut mevzuat ve evrensel hukuk normlarıyla uyumu sağlayacak bir çaba da gösterilmemiştir. Meclis Komisyonlarında yapılan tartışmalar ile muhalefet şerhlerinden, kanunlaşan düzenlemeler üzerinde bir toplumsal mutabakatın oluşmadığı görülmektedir. Bu makalenin amacı teknik ve hukuksal bir bakışla, 7139 sayılı Kanun'un, özellikle çevre, orman ve su konularında getirdiği yeni düzenlemeleri eleştirel biçimde kamunun bilgisine sunmaktır.

1. 7139 sayılı Kanun'da Çevre ve Orman

1.1. Güneş Enerji Sistemleri Kurulması İçin Su Kenarlarının Kiralanması

7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi, ilk görünüşte yenilenebilir güneş enerjisi üreterek çevresel açıdan makul kabul edilebilecek bir kiralama işlemiyle ilgili gibi görünse de, aslında ekosistem üzerinde "çevresel etkileri" yüksek bir idari işlemle ilgilidir.

Bu değişikliklerle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (r) bendine "*baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri bedeli karşılığında kiralamak*" ibaresi eklenmiştir.

Yapılan eklemenin hukuki değerlendirmesini sağlıklı yapabilmek

için, öncelikle çevresel anlamını ortaya koymak gereklidir. Maddede geçen “*su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerler*”, bir ekosistem içerisinde **su kenarları** veya **kıyıları** olarak işlev gören alanlardır. Beton bir baraj gövdesinin yüzeyinde veya su nakil kanalı söz konusu olduğunda “su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerler” sözcükleriyle tarif edilen yerlerin, ekolojik etkileri sınırlı olabilir. Ancak, baraj ve göletlerin çevresinde “*su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerler*” tanımına giren ve aslında toprak zeminli, bitki örtüsü içerebilen **su kıyıları** da, 7139 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yapılan değişiklikle, **kiralalanabilir yerler** arasına girmektedir.

Orman rejimi içerisinde kalan arazilerde de baraj ve göletlerin inşa edildiği bilinmektedir. Ormanlık yazınında bu gibi yerler **su kıyısı bölgeleri (riparian zone)** olarak adlandırılmaktadır. Bu yerler biyolojik çeşitliliğin en yüksek olduğu yerlerdir. Su kıyıları, özellikle kıyı erozyonu açısından en hassas toprak koruma alanlarıdır. Su kenarlarındaki bitki örtüsü, suya erişen ışığın şiddetini değiştirmekte ve göl veya göletin ekolojisini etkilemektedir. Su kenarları tamamen çıplak bir betonla kaplı bir su birikintisinin ekolojisi ile çevresi bitkilerle örtülü bir göletin canlı popülasyonu - ışık, besin materyali ve su kalitesi değiştiğinden - farklılaşmaktadır. Su kenarları kuşlar için suya erişim, konaklama, beslenme ve çiftleşme ortamı işlevleri görmektedir. Bazı kuşların yaşam alanları (habitatlari) ise tamamen suya bağımlıdır. Kuşlar dışındaki yaban hayvanları da, gerek su, gerek avlanma ve saklanma alanları olarak su kenarlarına ihtiyaç duymaktadır.¹

Bu nedenle, Türkiye ve Dünya ormancılık yazınında su kenarlarına artık daha fazla özen gösterilmektedir. Mülkiyetin kamuda veya özel kişilerde olmasına bakılmaksızın, bu gibi sahaların bırakınız başkaca kullanımlara tahsisinde kontrolsüz bir yetki devrine yönelmeyi, ormancılık amaçlı kullanımlara dahi kurallar getirilmekte; malikin davranışları idare tarafından kontrol edilmektedir.² Türkiye’deki

¹ Taner Öymen, Yaban Hayatı Bilgisi, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 2010, s.

² Kelly S. , Fielding, Deborah J. Terry, Barbara M. Masser, Prashant Bordia, Michael A. Hogg, 2005: Explaining landholders’ decisions about riparian zone management: The role of behavioural, normative, and control beliefs, *Journal of Environ-*

kamu veya özel tüm ormanların yönetiminde geçerli olan, 05.02.2008 tarihli Orman Amenajman Yönetmeliği'nin 52. maddesi k bendinde;³ "Dere, nehir, ırmak ve baraj gibi su yüzeyine sahip alanların etrafında oluşturulan ve ekosistem sağlığı açısından önemli olan ormanlık alanlar ayrılarak buralara uygulanacak özel silvikültürel işlemler önerilir." denilmektedir. Balcı'nın belirttiğine göre, bu gibi yerlerde bir orman şeridi bırakılmalı ve bu şeridin genişliği arazi eğimi % 1 arttığında 0,6 m artmalıdır.⁴ Görüldüğü gibi, su kıyıları çevresel ilişkileri dışlanarak yönetilebilecek yerler değildir. Bu yerler, orman olarak kullanıldığında daha özel bir ilgiyi gerektirmektedir.

7139 sayılı Kanun'un 2. maddesini, sistematik yorum gereği Anayasa'nın 43, 56, 63, 168 ve 169. maddeleri ile birlikte ele almak gerekir. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 43'üncü maddesi, kıyıların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceğini ifade etmektedir. 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinin de, tüm kıyıları kapsamasa da, Anayasa'nın ifade ettiği kıyı tanımının içerisinde yer aldığı açıktır. Bu nedenle, maddenin konu edindiği yerlerde güneş enerjisine yapılacak kiralamanın yarattığı kamu yararı ile bu alanların doğal halleriyle oluşan kamu yararını karşılaştırmadan yapılacak, kiralama veya arazi tahsislerinin, Anayasa'nın 43. maddesine uyan bir işlem olacağını iddia etmek güçtür. Diğer yandan, güneş enerjisi paneli yerleştirilen bir yerde, başkaca kamusal yararlanmayı, örneğin amatör veya profesyonel balıkçılık yapabilmeyi, birlikte düşünmek olanaksızdır. Bu nedenle, güneş enerjisi panelleriyle aynı mekânı kullanmayı gerektiren faydalarla ilgili toplumsal kesimlerin, bu alanlardan yararlanamaması, söz konusu yerlerin devletin hüküm ve tasarrufundan çıkması konuları birlikte değerlendirildiğinde, yine Anayasa'nın 43. maddesine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır.

Baraj ve göletlerin çevresiyle ilgili bir kararın, Anayasa'nın 56. maddesinden bağımsız düşünülmesi olanaksızdır. Bu nedenle, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle yapılacak güneş enerjisi sistemlerinin,

mental Management 77 (2005) 12-21.

³ Çevre ve Orman Bakanlığı, 2008: Orman Amenajman Yönetmeliği, Orman Genel Müdürlüğü, Ankara.....

⁴ Nihat Balcı, Toprak Koruması, İstanbul Üniversitesi Yay. İstanbul 1996, s.

Anayasa'nın 56. maddesine aykırı olmaması için habitat tahribi yaratmaması gerektiği gibi çevreyi geliştiren sonuçlar da vermelidir.

Anayasa'nın 63'üncü maddesi, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunması yükümlülüğünün Devlete ait olduğunu ifade etmekte, fakat 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yapılan düzenlemede, bu maddenin gereği özen ve kontrolün nasıl sağlanacağına dair bir işaret bulunmamaktadır. Maddede belirtilen yerler bakımından herhangi bir istisna getirilmediğine göre; bu yerlerde; tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerleri de olabilir. Bu bakımdan kurulacak güneş enerjisi sistemleri, bu varlık ve değerlere zarar vereceğinden, hüküm Anayasa'nın 63. maddesine aykırıdır.

Yine Anayasa'nın 168. maddesi, tabii servetler ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu, bunların aranması ve işletilmesi hakkının Devlete ait olduğunu, Devletin bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebileceğini, hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılmasının, kanunun açık iznine bağlı olduğunu, bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyidelerin kanunda gösterileceğini de hüküm altına almıştır. Oysa 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yenilenebilir bir tabii kaynak olan güneş enerjisinin, kıyı alanlarında işletileceği çok açıkken, "Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ile müeyyideler" açıklanmamıştır.

Her ne kadar DSİ tarafından yapılan ve yönetilen bir baraj veya gölet söz konusu olsa da, bu tesislerin orman rejimi içerisindeki yerlerde de yapıldığı bilinmektedir. Bu durumda, ormana ilişkin mevzuat ile 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesini birlikte değerlendirmek zorunludur. Anayasa'nın 169. maddesinde de bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, Devlet ormanlarının; mülkiyetinin devredilemeyeceği, kanuna göre Devletçe yönetilip işletileceği, zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olmayacağı, yine ormanlara zarar verebilecek hiç bir faaliyet ve eyleme izin verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinin; baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri bedeli karşılığında kiralama yetkisini DSİ'ye bırakan hükmü; Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır. Ormanlık alanlarda bir tahsis söz konusu olduğunda da, gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı tesis edilebilmesi için, **yerine getirilmek istenen kamu hizmetinin üstün bir kamu yararına dayanması**, Devlet ormanlarına ait alanların kullanılmasının zorunlu bulunması, bir başka deyişle, **kamu yararı taşıdığı kabul edilen hizmetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin imkânsız olması** zorunludur. Nitekim Anayasa Mahkemesi içtihadıyla⁵ kastedilen ölçüt budur. Bu çerçevede güneş enerjisi sistemlerinin, orman ekosistemi dışında kurulması herhalde mümkündür.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin 2014/116 karar sayılı kararında⁶ da belirtildiği gibi, Devlete yüklenen sürdürülebilir ekonomik kalkınmanın sağlanması ödevinin yerine getirilmesi amacıyla, Anayasa'nın 169. maddesi dışında anılan Anayasa hükümleri ve uluslararası sözleşmelerin koruduğu hak ve menfaatlere müdahalede bulunulması mümkündür. Ancak bu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca **demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun** ve ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Hukuk devleti ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 2. maddesinin gereği de budur. Hukuk devleti, adaleti (eşitliğin, ölçülülüğün, temel hakların ve güçsüzün korunması) ve hukuki güvenliği, dengeli ve uyumlu biçimde sağlamalıdır.

⁵ E. 2000/75, K. 2002/200, Kt. 17.12.2002.

⁶ E. 2013/89, K. 2014/116, Kt. 03.07.2014.

Bu çerçevede, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi; baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri bedeli karşılığında kiralama yetkisini DSİ'ye bırakırken, devasa panellerin kurulabileceği göz önüne alındığında, ölçülülük ilkesinin gereği içermesi gereken (özellikle doğal varlıklar, yaşam alanları, ekosistem ilişkileri ve biyolojik çeşitlilik etkileri) noktalarda istisnai hükümleri içermemesi, bu konuyu sadece uzmanlığı su tesisleri kurmak olan tek bir idarenin takdirine bırakması, adalet ilkesine, dolayısı ile Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Üstelik Anayasa'nın 56. maddesinde güvence altına alınan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını ihlal etmektedir.

Baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerin enerji firmalarına kiralanması, suyu veya yaban hayatını yöneten kurumlarla, enerji firmaları arasında çatışmalara sebep olabilecektir. Bu haliyle 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinin gerçekçi, işlevsel ve yararlı olmadığı; kısaca olumlu ve yararlı toplumsal etkiler doğurmayacağı ortadadır. Üstelik baraj, gölet ve kanal gibi su tesislerini işleten kurum ve firmalar bakımından, **süregeleceğine güvenilen durumları** bozarak, onların haklı beklentileri ortadan kaldırılmakta; istikrar ve kalıcılık ortadan kaldırarak hukuksal güvenlik yok edilmektedir.

DSİ'nin amacı "yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek ve/veya bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak"⁷ iken, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın görevi; "toprak, su kaynakları ve biyoçeşitliliğin korunması, verimli kullanılmasının sağlanması"dır.⁸ OGM'nün görevi ise; "Orman kaynaklarını; ekolojik, ekonomik ve sosyo-kültürel faydalarını dikkate alarak, bitki ve hayvan varlığı ile birlikte, ekosistem bütünlüğü içinde idare etmek" dir.⁹ Doğa Koruma

⁷ 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesi.

⁸ 639 sayılı Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesi.

⁹ 3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un "Görev" başlıklı 2. maddesi.

ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü'nün yasal görevleri,¹⁰ su kıyısı alanlarda bu Kuruma önemli misyonlar vermektedir.

Belirtilen yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri bedeli karşılığında kiralamak yetkisinin DSİ'ye aktarılması; TBMM'nin, kanun koyma münhasır yetkisini kötüye kullanarak, amaç saptırması yaparak, ölçsüz ve çelişik davranmasıdır ki bu hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur. Asıl amacı yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek, bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak olan ve buna göre teşkilatlanan DSİ'ye, kendi uzmanlık alanı ve teşkilatlanması ile ilgili olmayan bir görev ve yetki verilirken, bu işin uzmanı olan Teşkilatlar yok sayılmaktadır.

DSİ'nin, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ifade edilen yerlerde güneş enerjisi sistemlerinin kurulmasına yönelik taleplerden uygun görülenleri kiralama işini yönetebilecek ne personeli ne de donanımı vardır. Bu birikim, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ile OGM ve Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü'nde bulunmaktadır. Bir an için, bu Kurumların yetkilerinin ve yeteneklerinin DSİ'ye devri kabul edilebilir bulunsa dahi, bu devir sürecinin de Kanun'da ayrıca düzenlenmesi gerekirken, böylesi bir duyarlılık 7139 sayılı Kanun'da saptanamamıştır.

Buraya kadar yapılan anayasal irdellemelere ek olarak, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesini Türkiye'nin imzaladığı, tarafı olduğu, taahhüt ettiği yükümlülükler ve **uluslararası anlaşmalara, sözleşmelere uygunluk** açısından da değerlendirmek gereklidir. Bu sözleşmeler,

¹⁰ 4 Temmuz 2011, Resmî Gazete Sayı: 27984 (Mükerrer). Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK 645, Madde 8/a) Milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma alanları ve sulak alanların ayrılması, korunması, planlanması, düzenlenmesi, geliştirilmesi, tanıtılması, yönetilmesi, işletilmesi ve işletirilmesi ile ilgili işleri yürütmek, c) Yaban hayatı ve kara av kaynakları ile orman içi su kaynakları, dere, göl, gölet ve sulak alanların ve hassas bölgelerin korunması, geliştirilmesi, kara avcılığının düzenlenmesi, av kaynaklarının işletilmesi ve kontrolü ile ilgili her türlü etüt, envanter, planlama, projelendirme, uygulama ve izlemeye ilişkin iş ve işlemleri yapmak veya yaptırmak, bu hizmetlerle ilgili tesisleri kurmak veya kurdurmak, d) Uluslararası koruma sözleşmeleri ile belirlenen yörelerdeki koruma ve kullanma esaslarını belirlemek, e) Uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınan bitki ve hayvan türleri ile alanların korunması konusunda tedbirler almak, ilgili kuruluşlarla işbirliği yapmak ve g) Görev alanıyla ilgili olarak bitki ve hayvan türü genetik kaynaklarının muhafazası ve iyileştirilmesi ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek.

imzalanma tarihi dikkate alınarak aşağıda verilmiş ve ilgili madde ile ilişkisi aşağıda açıklanmıştır.

01 Aralık 1966 tarih ve 797 sayılı Kanunla onaylanarak, 17 Aralık 1966 tarih ve 12480 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren **Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme’nin 1 ve 2.** maddeleri, bütün kuşların korunması yükümlülüğünün devlete ait olduğunu belirtmektedir. Baraj, gölet ve kanal gibi su yüzeyleri ile rezervuar alanında azami su kotu ile işletme kotu arasında kalan yerlerde kurulacak güneş enerjisi sistemlerinin bütün kuşlara zarar verdiği¹¹ ifade edilmektedir. Kurulacak güneş enerjisi sistemlerinin, kuşlara zarar verebileceğinden, 7139 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle verilen yetkinin, Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme’nin 1 ve 2. maddelerine aykırı sonuç vermeyecek şekilde nasıl kullanılacağına açıklanması gereklidir.

25 Mayıs 1982 tarih ve 8/4788 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 14 Şubat 1983 tarih ve 17959 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren **Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi’nin 1, 2, 3, 4, 5, ve 6.** maddeleri, istisnaî evrensel değeri olan (sit alanları, kültürel anıtlar, eserler) oluşumlar ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesinlikle belirlenmiş alanların korunması yükümlülüğünün devlete ait olduğunu belirtmektedir. Bilindiği gibi, insan yerleşimleri çoklukla su kıyılarına kurulmuştur. Bu nedenle 7139 sayılı Kanun’a göre güneş enerjisine kiralanmak istenen yerler arasında kültürel miras değerlerinin bulunma olasılığı yüksek yerler ile tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesinlikle belirlenmiş alanlar da girebilir. 7139 sayılı Kanun’da bu durumu dikkate alan bir düzenleme bulunmamakta; bu Sözleşmelerden doğan yükümlülüklerimizin yerine getirilmesini sağlayacak önlemler yer almamaktadır.

09 Ocak 1984 tarih ve 84/7601 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 20 Şubat 1984 tarih ve 18318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren **Avrupa’nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi’nin 1, 2, 3, 4, 5, 6 ve 7.** maddeleri, yabani flora ve fauna ile doğal yaşama ortamlarının, bilhassa nesli teh-

¹¹ Tsoutsos Theocharis, Frantzeskaki, Niki, Gekas Vassilis, Environmental impacts from the solar energy technologies, Energy Policy 33 (2005) 289-296.

likeye düşmüş ve düşebilecek türlerin, özellikle endemik olanlarının ve tehlikeye düşmüş yaşama ortamlarını koruma yükümlülüğünün Devlete ait olduğunu belirtmektedir. 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi incelendiğinde, kurulacak güneş enerjisi sistemlerinin, yabani flora ve faunanın, özellikle nesli tehlikede ve endemik olanların yaşama ortamlarına zarar verecek, diğer yaban hayvanlarının suya erişimini engelleyebilecek bir yerin kullanımıyla ilgili bir yetkilendirmenin yapıldığı, fakat yetkinin nasıl kullanılacağına açıklanmadığı görülmektedir. Yukarıda kısaca özetlendiği gibi, su kenarları veya sulak alanlarla yaban hayatı ilişkisi hatırlandığında, kiralama işlemi yapılmadan önce verilecek iznin yaban hayatına olası etkilerinin irdelenmesi gerektiği ve 2. maddede bu düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir.

15 Mart 1994 tarih ve 94/5434 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 17 Mayıs 1994 tarih ve 21937 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren **Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşmenin (Ramsar Sözleşmesi)** 1, 2, 3, 4 ve 5. maddeleri, bütün sulak alanların ve onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarının korunması yükümlülüğünün, Devlete ait olduğunu ortaya koymaktadır. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi ile Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle çelişen yönlerini bu Sözleşmede de görmek olanaklıdır. Bu yerler, su kuşları yaşama ortamı veya daha genel bir ifade ile suya bağlı bitki ve hayvan topluluklarının doğal yaşam alanlarıdır. Bu bakımdan söz konusu Kanun ile kurulacak güneş enerjisi sistemleri, su kıyası yaşam alanlarını temelden etkileyen, onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarına zarar verebilen özellikleri nedeniyle Ramsar Sözleşmesinin **1, 2, 3, 4 ve 5. maddelerine aykırıdır.**

21 Kasım 1996 tarih ve 96/8857 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 27 Aralık 1996 tarih ve 22860 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren **Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin** 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11. maddeleri, biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı için gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğünün Devlete ait olduğunu ifade etmektedir. 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle ifade edilen yerler biyolojik çeşitlilik bakımından değerli ve önemli bitki ve doğa alanları da olabilir. Bu bakımdan kurulacak güneş enerjisi sistemlerinin, yüzeyi değiştirerek, ışık ısı, albedo (top-

raktan ışığın yansımaları) etkileri yaratarak, mikro yaşam koşullarını farklılaştıracağı ve türlerin yaşam olanaklarını bozabileceği dikkate alınmalıdır. Su kenarlarının hem bitki hem hayvan çeşitliliği açısından taşıdığı önem dikkate alınarak, 7139 sayılı Kanun'un, bu gibi alanlarda bir izin vermeden önce gerekli inceleme ve değerlendirmeleri yapabildiğini zorunlu kılan hukuki içeriğe sahip olması gerekir. Bu bakımdan düzenlemenin, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ne aykırı bir kurgu içerdiği ortadadır.

1.2. Orman Kadastro: Komisyon Üyeleri, İtiraz ve Yetkili Mahkemeler

7139 sayılı Kanununun 9. maddesi ile 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 7/3 maddesi; **"Orman kadastro komisyonları, Orman Genel Müdürlüğünce atanacak bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisinin başkanlığında, bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi veya bunların bulunmaması halinde orman teknikeri, bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisi veya bunların bulunmaması halinde ziraat teknisyeni ile beldelerde belediye encümenince, mahalle ve köylerde muhtarlıkça bildirilecek bir temsilci olmak üzere bir başkan ve üç üyeden teşekkül eder"** şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklik öncesinde ise Orman Kadastro Komisyonu; *"Orman Genel Müdürlüğünce atanacak bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisinin başkanlığında, bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi veya bunların bulunmaması halinde orman teknikeri, bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisi veya bunların bulunmaması halinde ziraat teknisyeni, mahalli ziraat odalarınca bildirilecek bir temsilci ile beldelerde belediye encümenince, mahalle ve köylerde muhtarlıkça bildirilecek bir temsilci olmak üzere bir başkan ve dört üyeden teşekkül eder."* şeklinde düzenlenmişti.

Eski ve yeni düzenleme karşılaştırıldığında, komisyon üye sayısının, bir eksiltilecek, 5'den 4'e düşürüldüğü, **"mahalli ziraat odalarınca bildirilecek bir temsilcinin"** ise komisyondan çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Yapılan değişikliğin anlamını kavrayabilmek için Orman Kadastrounun amacını, bu güne kadar çalışmalarda elde edilen deneyimi ve hukuki anlamını birlikte irdelemek gereklidir. Ülke ormanları-

nın kadastro sorunu Osmanlı'da başlamış ve Cumhuriyet döneminde de devam etmiş bir sorundur. Kadastro çalışmalarıyla hem bir arazi parçasının hukuken ve bilimsel olarak orman olup olmadığı kararlaştırılmakta hem de mülkiyetinin devlet, kamu veya özel orman şeklinde kime ait olduğu kayıt altına alınmaktadır. Bu işi yapabilmek için, orman, haritacılık, kadastro ve orman mevzuatı, yerel geçmiş hakkında bilgi sahibi olmak gereklidir. Komisyon üyelerinin; orman tanımı kapsamına giren yerleri, istisna bentleri de dikkate alarak ayırabilme, sınırlandırma, orman tanımı kapsamına girdiği halde 31.12.1981 tarihinden önce orman niteliğini kaybetmiş belirli nitelikteki yerlerin orman sınırları dışına çıkarılmasına karar verebilecek birikimde olmaları gereklidir. İşin mahiyeti dikkate alındığında, yapılan çalışmaların, incelenen arazi parçasının bilim ve hukuk açısından orman olup olmadığını kavrayabilecek birikime sahip kişilere emanet edilmesi gerektiği açıktır. Bununla birlikte, özellikle çalışılan alanın yerel isimleri ile harita bilgilerinin örtüştürülmesi, tapu kaydı dışında zilyetlik belgelerine sahip kişiler hakkında yerel düzeyde bilgi sahibi kişilerin desteği, kadastro çalışmalarında yararlı sonuçlar vermiştir.

Bütün bu gereklilikler ve deneyimler dikkate alındığında, kadastro komisyonlarındaki ziraat mühendis ve teknikerleri ile ziraat odası temsilcilerinin işlevleri tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de, niteliğine karar verilen varlık bir tarım alanı değil, ormandır. Ziraat mühendislerinin bitkilerle ilgili bir deneyim ve birikimleri olsa da, orman konusundaki birikimleri bir biyolog veya botanik uzmanına benzer niteliktedir. Ziraat odası temsilcilerinin de, bugüne kadar ne orman, ne de yerel bilgi noktasında, birikimli kişiler arasından seçilmesi garanti edilebilmiş; çoklukla komisyonlarda yasa gereği var olan, yolluk ve yevmiye alan, bulunamadığında komisyon kurulamadığı için çalışmaları aksatan bir üye olarak görülmüştür. Bu nedenle, orman kadastro komisyonlarında yer alacak başkan ve üyelerin ormancılık eğitimi almış bireylerden oluşması, hukuki bir deneyimin beklenmesi bir zorunlulukken, ziraat odası temsilcilerinin işlevleri tartışmalı bir konudur.

Yasalaşması sürecinde Mecliste yapılan tartışmalar dikkate alındığında, yapılan değişikliğin, yerelin komisyonlardaki temsil düzeyini düşürdüğü için eleştirildiği görülmektedir. Diğer yandan, komisyona

harita mühendislerinin dâhil edilmesini önerenler de olmuştur.¹² Ancak il veya ilçe merkezinden gelen ziraat odası temsilcisinin köy düzeyinde ne kadar yereli temsil edebildiği kuşkuludur. Diğer yandan, kadastro komisyonunun bir yerin orman olup olmadığına karar vermesi ile komisyon kararlarının haritalara bağlanması işleri, içerik olarak farklı işlerdir. Hatta ayrı ayrı ekiplerin dahi yapabileceği niteliktedir. Bu nedenle, harita mühendislerinden özellikle, kadastrosu yapılmış ormanların haritalandırma çalışmalarında yararlanılması düşünülecek bir husustur. Ancak bunun için komisyon üyesi olmalarına gerek yoktur. Bu noktada, 5' den 4'e düşen üye sayısının tartışma konusu yapılması daha anlamlıdır. Çift sayılı bir komisyon yapısı, geleneksel komisyon anlayışına uymamaktadır.

1.3. Ormanlarda Tahsis ve İzinler

7139 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 18. maddesi "**Devlet ormanlarında; arkeolojik kazı ve restorasyon yapılmasına ve bu alanların kullanımına, tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesislere, odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılmasına, balık üretmek üzere tesis kurulmasına ve göl, baraj ve deniz yüzeyinde yapılan balık üretimi için karada yapılması mecburi tesislere ve yeraltında depolama alanı kurulmasına Orman Genel Müdürlüğüne bedeli alınarak yirmi dokuz yıla kadar izin verilebilir. Bu süre sonunda her türlü bina ve tesis eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğü tasarrufuna geçer ve söz konusu bina ve tesisler Orman Genel Müdürlüğü ihtiyaçları için kullanılabilir veya kiraya verilmek suretiyle değerlendirilebilir. Genel bütçe kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarına bu madde kapsamında verilen izinlerden bedel alınmaz. Ancak bedelsiz izne konu tesisler de dâhil olmak üzere tesislerin; izin sahibince üçüncü kişilere kiralanması halinde orman sayılan alana isabet eden kira bedelinin yüzde ellisi her yıl Orman Genel Müdürlüğü bütçesine gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimi hesabına izin sahibi tarafından yatırılır. Yangın görmüş ormanlarla, gençleştirmeye ayrılmış veya**

¹² Anonim, TBMM Tarım, Orman ve Köy İşleri Komisyon Raporu ve Muhalefet Şerhleri, Ankara 2018, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic (12.05.2018).

ağaçlandırılan sahalarda birinci fıkradaki faaliyetlere hiçbir surette izin verilemez.” hükmüne dönüşmüştür.

Bu maddeyi, Anayasa'nın 2, 7, 13, 56, 63, 169. maddeleri açısından incelemek gerekir. Bu maddelerden, 2, 56, 63 ve 169. maddeler yukarıdaki irdelemelerde de gündeme gelmiştir. Hatırlanacağı gibi, Anayasa'nın 7. maddesi, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'de olduğunu ve bu yetkinin devredilemezliğini; 13. maddesi ise, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve (...) ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hüküm altına almıştır.

7139 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle yapılan değişiklikleri, maddede ele alınış sırası ve içeriklerinin farklılıkları nedeniyle; arkeoloji, hızar şerit benzeri tesisler, balıkçılık amaçlı karasal tesisler, yer altı depolaması ve izin bedelleri açısından ayrı ayrı incelemek gereklidir.

Orman arazisinde **“arkeolojik kazı veya restorasyon yapmak”** ile **“tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak”** birbiriyle ilişkili fakat farklı içerikte işlerdir. Zamanında insan yerleşim alanı olan, fakat tarihin akışı içerisinde orman halini almış bir arazinin Anadolu'nun her yerinde bulunma olasılığı vardır. Bu nedenle orman içerisinde arkeolojik kazı yapmak veya arkeolojik bir yerleşim kalıntısının restorasyonu zorunlu olabilir. Bu noktada doğanın korunması ile kültürel varlıkların korunması şeklinde iki alanın rekabeti ortaya çıkmaktadır. Bu zorunluluk nedeniyle, **“arkeolojik kazı veya restorasyon yapmak”** şeklindeki düzenleme makul görülebilirken, aynı bakışı **“tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak”** noktasında savunmak olanaksızdır. Arkeolojik eserlerin yakınında ve insan yerleşimleriyle ilişkili mekânlarda da, biraz taşıma maliyetlerini göze alarak, **“tarihi eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak”** olanaklıdır. Hatta tarihi ve kültürel birikimlerle, yerel insanları bütünleştirmek, yaratılacak işlen-dirme ve dolaylı ekonomik etkilerinden yararlandırmak açılarından, orman dışında bu tesisleri kurmak daha doğru bir yaklaşımdır. Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, orman yetiştirmeye uygun bir yer,

orman kurmak için zorunlu ve gerekliyken, 7139 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ifade edilen tarihi eser restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak için, bu nitelikte bir yere ihtiyaç yoktur, orman dışında da kurulabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin K.2002/200 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere, **Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi**, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya **tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlıdır**. Önemli olan, bu bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının, orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı halleri irdelemeden, talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi olanağını kontrol etmeden, dolayısıyla irtifak hakkına konu olan hizmetin, orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve bu hizmetin daha büyük kamu yararı yaratması gibi koşulları incelemeyen, sadece "**kamu yararı**" ve "**zaruret**" gibi, her hizmette varlığı iddia edilebilecek sözcükleri kullanarak izin veren kurallar, Anayasa'nın 2. ve 169. maddelerine aykırıdır.

6831 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinde yapılan diğer bir değişiklikle, "Devlet ormanı" sayılan yerlerde ormancılık dışı amaçlarla yapılabilecek etkinliklerle ilgili yeni düzenleme yapılmaktadır. Yapılan düzenlemeyle; "**Devlet ormanları sınırları içinde veya bu orman sınırlarına bir kilometreye kadar olan yerlerde... hızar, şerit kurulmasına izin verilmesi**" uygulaması kaldırılmıştır. Yapılan değişiklikle, devlet ormanlarında "işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılmasına, yeraltında depolama alanı kurulmasına" bedeli karşılığında yirmi dokuz yıllığına izin verilebilmektedir. Bu hüküm doğrultusunda ormanlarda, izin almadan odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocaklar" açabilmenin yolu açılmıştır. Odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılması, orman dışında da yapılabilecek işlerdir. 7139 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre orman ürünü işleyecek her türlü tesis, OGM'den izin alınması koşuluyla girişimciler tarafından, Devlet ormanlarında açılacaktır.

Geçmişte bu tesislerin izne tabi tutulmasının nedeni, ormanları koruma sorunu yaratabilecek yerlere tesis kurulmasını engelleyerek, ormanlardan kaçak odun hammadde elde etmek isteyebileceklere engel olmaktır. Bu değişikliklerle birlikte OGM, bu tesislerin kullandığı orman ürünlerini denetleme, kontrol etme görevini daha zor koşullarda gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. Yapılan değişiklik, **“bütün ormanların gözetimini Devlete”** veren anayasal hükmün gerçekleştirilmesini zorlaştıracak; hatta bu Kanun kapsamında değiştirilen diğer hükümlerle birlikte ele alındığında, gözetim görevi yerine getirilemez hale gelecektir. Anayasa'nın 169. maddesinde ifade edilen **“Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez”** hükmünün gereği olarak, OGM'nin ormanlarla yakın ilişkili tüm faaliyetleri takip etmesi gerekirken, getirilen değişikliklerle, orman ürünü işleyerek, kaçakçılığı teşvik edebilecek, böylelikle ormanlara zarar verebilecek tesisler konusunda OGM'nin yetkileri elinden alınarak, Anayasa hükmünü yerine getirmesi imkânsız haline gelecektir.

Öte yandan, ilgili maddenin gerekçesinde belirtildiğine göre yapılacak değişikliklerle; *“...orman ürünü işleyen her çeşit fabrikanın açılmasındaki engeller...”* kaldırılacak, *“...küçük ölçekli orman ürünü işleyen tesis sayısı...”* azaltılacaktır. Gerekçeye göre orman ürünü işleyen fabrikaların kurulması izne tabi bir husustur ve gereksiz bürokrasiye, engelleme neden olmakta ve bu fabrikaların açılmasındaki engellerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Bu yeni düzenlemede, sözgelimi *“küçük ölçekli”* tanımına bir açıklama getirilmemektedir. Böylece, yaklaşık % 70'i küçük ölçekli olan Türkiye orman ürünü işleme tesislerinin hammadde sağlama olanakları kısıtlanabilecektir.

7139 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle getirilen değişikliklerle, orman alanları için son derece zararlı olabilecek kullanım biçimlerine tahsisin önü açılmaktadır. Orman içinde veya ormana 1 veya 4 kilometre mesafede özel mülkiyete tabi arazilerde kurulacak tesisler bile, özel izne tabi iken, düzenlemeyle bu kısıtlama kaldırılmakta, izin verilmesi yanında 29 yıl gibi uzun bir süre verilerek, neredeyse sınırsız bir kiralamaya imkân sağlanmaktadır.

Yukarıda, **arkeolojik eserlerin restorasyonu ve korunması için gerekli tesis kurmak** ifadesiyle ilgili olarak yapılan değerlendirmeyi, maddeye eklenen **“baraj ve deniz yüzeyinde yapılan balık üretimi**

“için karada yapılması mecburi tesislere” ifadesinde de yapmak mümkündür. Ancak, burada geçen **“karada yapılması mecburi”** ifadesinin, **“karada ve ormanlık alanda yapılması mecburi”** şeklinde düzenlenmemiş olması nedeniyle, belirsizlik içerdiği, kamu yararı ve zaruret noktalarında duyarlı davranmayı garanti edemediği görülmekte ve Anayasa’nın 2. ve 169. maddelerine aykırı düşmektedir.

Yine aynı madde ile ormanlarda **yer altı depolama tesislerine** de izin verilme yolu açılmıştır. Buna karşılık, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 1. maddesi, tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık topluluklarının **yerleriyle birlikte** orman sayılacağı hükmünü getirmiştir. Orman ekosistemi belli bir yerdeki çevrenin içerdiği tüm cansız fiziksel faktörlerle (toprak, rüzgâr, eğim ve ışık vb.), başta orman ağaçları olmak üzere, diğer bitki örtüsünün, hayvan varlığının, mikro organizmaların ortak ve karşılıklı ilişkilerini içerir. Bir orman, bu ilişkilerin orman kurmaya uygun bir sonuç vermesi halinde, ortaya çıkabilir. Ekosistem ilişkileri yok olduğunda ise orman da ortadan kalkar.

6831 sayılı Kanun’da ormanın hukuki bir tanımı yapılmıştır. Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü (FAO) de bir orman tanımı yapmıştır. FAO’ya göre; 5 metreden fazla boya ve yüzde 10’dan fazla tepe kapalılığına sahip olan ya da tabii sahasında bu eşik değerlere ulaşabilecek olan ağaçların bulunduğu 0.5 hektarı aşkın arazi¹³ orman olarak kabul edilir.

6831 sayılı Kanun’un 1. maddesinde yer bulan **“yerleriyle birlikte”** ifadesi, ormancılık bilimi ve ekosistem ilişkileri açısından özel anlam taşımaktadır. Orman canlı bir varlık olarak, önce genç bireylerden oluşmaktadır. Ormanın gençlik çağında, ortada ağaç görünümü taşıyan bireyler henüz yoksa da, orman niteliği ortadan kalkmamaktadır. Benzer şekilde, kesime olgun ağaçları traşlama kesilerek gençleştirilmiş bir orman arazisinde, FAO tanımına göre 5 metre boyda tek bir birey kalmamış olsa dahi, **“yeri orman”** olduğu için, orman niteliği devam etmektedir. Bir dönem bitki örtüsünü kaybetmiş bir alan, orman yetişme koşulları devam ettiği sürece, yeniden orman olma fırsatı taşımaktadır. Bu nedenle, gerek Türkiye’de gerek dünyada, kanun ko-

¹³ Lund, Gyde H. , Orman Nedir? Tanımlar Farklı Sonuçlar Doğurur Türkiye Örneği, (Çev. Bekir Kayacan), *Avrasya Terim Dergisi*, Yıl, 2014, Sy: 2, s. 9-16.

yanlar ormanı sadece bir bitki örtüsü olarak görmemiş “**yerleriyle birlikte**” ele almışlardır. “Ormanın vazgeçilmez unsurlarından biri,” ormanı oluşturan ağaç ve ağaççıkların üzerinde bulunduğu, **topraktır**.¹⁴ Orman topraklarını, orman ekosisteminden ayrı düşünmek mümkün değildir. Orman topraklarının tek başına sunduğu birçok ekosistem hizmeti bulunmaktadır. Bunlardan biri, **su üretim** fonksiyonudur.¹⁵ Bitkilerin yetiştiği yerin toprak yapısı değiştiğinde orman yetiştirme olanakları değişmekte, orman bozulabildiği gibi, üretilen su miktarı da değişmektedir. Eski orman arazilerinde açılan açık maden sahalarının ıslah edilmediğinde, orman niteliğini kaybettiği bilinmektedir. Toprak yapısı sadece toprağın fiziki özellikleri veya morfolojik yapısının değişmesiyle değişmemekte, yer altı su kaynaklarının değişmesiyle de farklılaşmaktadır. Gerçekten de, aşırı çekilen, akış yönleri değiştirilen yer altı su kaynakları, ormanın yetişeceği toprağın veya “yerin” değişmesine neden olmaktadır.

Bu nedenle, 7139 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle ormanlık alanlarda yer altı depoları yapılabilme fırsatının verilmesini, orman dışında yapılabilecek pek çok atıl alanın mevcudiyetini dikkate alarak hem **zaruret** kuralı gereği, hem de orman yerlerini orman yetiştirmeye uygun olmaktan uzaklaştıracak **toprak, su zararları** nedeniyle irdelemek zorunludur. Anayasa Mahkemesi içtihadında yer bulan kamu yararı ve zaruret durumu, yer altı depoları için de geçerlidir ve 7139 sayılı Kanun’un 11. maddesi bu koşulları yerine getirmemektedir.

Yer altı depolarının toprak su zararları ve orman ilişkisini, bir defa da, Anayasanın 169. maddesi kapsamında ele almak gerekir. Anayasa Koyucusu, bu maddenin birinci fıkrasında, ormanların korunmasını emretmekle yetinmemiş, ormanlık sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak görevini de Devlete vermiştir.

Yapılmasına izin verilen **yer altı depolama alanlarının** orman ile etkileşimi incelendiğinde; yukarıda da değinildiği gibi, orman ekosis-

¹⁴ Necmettin Çepel, Toprak - Su - Bitki İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1993, s.

¹⁵ TEMA Vakfı, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” hakkında TEMA Vakfı Görüşü, http://www.tema.org.tr/web_14966-2_1/entitiefocus.aspx?primary_id=1969&target=categori1&type=2&detail=single, (11.06.2018)

temi üzerinde; orman, toprak, su ilişkilerini bozabilen, toprakların su tutma yeteneğini değiştiren, yer altı su akışlarını etkileyen bir müdahale anlamına geleceği açıktır. 7139 sayılı Kanun'da, bu tür tesislerin açılmasına ilişkin hiçbir kısıtlama getirilmemiştir. Orman ağaçları, su ihtiyacını yeraltı toprak tabakaları içerisindeki suların sağlamaktadır. Yer altına kurulacak depolar ise topraktaki su geçişini etkileyerek ormana doğrudan zarar verebilecektir. "Yeraltı depolamasına" izin verilmesiyle, orman ekosistemlerinin, başta nükleer ve kimyasal atık depolama alanları ile otopark benzeri tesislere dönüştürülmesi olasılığını da akla getirmektedir. Hiçbir sınırlama olmaksızın orman topraklarında her türlü depolamanın önünün açılması, ormanların su üretim hizmetinin zarar görmesine ve olası sızıntılarla sularının kirlenmesine sebep olma riskini de getirmektedir. Bunun yanı sıra, toprak altı depolama tesisleri ile birlikte bu tesislerin yapılması için yapılacak yol, gerekli görülecek başka tesis ve yapılar da, her ne kadar kanun metninde yer almamışsa da, izin kapsamına dâhil olabilecektir.

Kanun'un bu maddesinde belirtilen hizmetlerin orman ekosistemi dışında yapılmasının mümkün olup olmadığı ayrımı gözetilmeksizin, önemli orman alanlarının özel teşebbüse tahsis edilebilmesinin yolu açılmıştır. Bu nedenle ormanın tahsis edildiği özel kişilerin çıkarlarıyla kamu yararı arasında bulunması gereken hakkaniyete uygun makul denge kurulamamıştır. Bir an için orman ekosistemi dışında gerçekleştirilme imkânının olmadığı düşünülse bile, hükümde hiçbir istisnanın ve şartın getirilmemiş olması, nesli tükenmekte olan flora ve faunanın yaşam alanları, orman ekosistemi için olmazsa olmaz alanlar ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmasını sağlama yükümlüsü olduğumuz çevresel etki değerlendirme raporları göz önüne alındığında, istisnai hükümlerin bulunması gerekirken, bulunmaması, adalet ilkesine, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

7139 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ifade edilen arkeolojik kazı, balık üretimine yardımcı tesis vb. konularda izin istendiğini ve 29 yıllığına izin verildiğini varsaydığımızda, örneğin kazı yapılmış ve bir arkeolojik eser bulunamamış olsa bile bunlara ilişkin yapılacak yapı ve tesislerin kalıcı olacağı ve bir daha ormana dönüş gerçekleşmeyecek¹⁶

¹⁶ Türkiye Ormancılar Derneği, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve

zararlar bırakacağı kesindir. Yine odun kömürü, terebentin, katran, sakız gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılması ve yeraltında depolama tesislerinin kurulmasına izin verilmesi de Anayasa'nın 169. maddesinin "devlet ormanları devlet tarafından yönetilir ve işletilir." hükmüne aykırıdır. Ayrıca verilen izin süresinin sonunda her türlü bina ve tesisin kullanımı veya kiraya verilmesi de, orman alanlarını daraltıcı etki yapacağından yine Anayasa'ya aykırıdır. Orman Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile ormanlarımıza ve onların sunduğu hizmetlerden yararlanan tüm canlılara ciddi zararlar verme riski ortaya çıkmıştır. Belirtilen tesislerin yapımı için kamu yararı ve zorunluluk şartlarının aranmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadıyla çelişen¹⁷ bir düzenleme gerçekleşmiştir.

7139 sayılı Kanun'un izin bedelleri hakkında getirdiği anlayışın üzerinde ayrıca durmak gereklidir. 6831 sayılı Kanun'un 18. maddesinin eski halinde, verilecek izinlerin ruhsata bağlanması ve alınacak rüsumlar saklı tutulmuşken, kabul edilen 11. maddenin ikinci paragrafı ile "genel bütçe kapsamındaki kurumlara verilen izinlerden bedel alınmayacağı"nın hüküm altına alınması, ormancılık kurumları açısından **kamunun zararına** neden olmaktadır. Bu da özel ve kamusal yarar arasındaki ölçsüzlüğü artırmaktadır. Bu düzenleme ile bir orman alanının orman olarak yarattığı kamu yararının, kullanım izni alanlarca ortadan kaldırılmasının yarattığı toplumsal maliyet görmezden gelinmektedir.

Üstelik "izin sahibince üçüncü kişilere yapılacak kiralamalardan" elde edilecek gelirlerin sadece yarısının OGM'ye yatırılacağı belirtilerek, genel bütçe kapsamındaki olası kurumlar lehine, **gelir transferinin yolu açılmaktadır**. Madde bu haliyle, kamu adına değer yaratan, kamu yararı üreten bir orman parçasını, bedelli veya bedelsiz olarak OGM'den almakta ve tahsis alan genel bütçe kapsamındaki kurumlara, hiçbir değer yaratmadan üçüncü kişilere kiralayarak, kira bedelinin yarısı kadar haksız kazanç elde etme fırsatı vermektedir. Bu kurumlara böyle bir ayrıcalık verilmesinin hiçbir makul sebebi bulunmama-

Görevleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında Türkiye Ormancılar Derneği Görüşü, https://www.ormancilarderneği.org/dosyalar/files/dsi_teski-lat_kanuntasirisi.pdf (11.06.2018)

¹⁷ E. 2017/134, K. 2017/169, Kt.13.12.2017.

tadır. Bu nedenle, **hem kamu yararı yerine zararı oluşturan** hem de **toplumsal adaleti zedeleyen** bir düzenlemedir. Bedelsiz devredilen tesislerin 3. kişilere kiralanması halinde, ödenecek kira bedelinin nasıl belirleneceği de Kanun'da açık biçimde düzenlenmemiştir. Bu nedenle öngörülebilir değildir.

7139 sayılı Kanun'un 11. maddesinin son paragrafı, Kanun'un eski halinin tekrarı gibi görünse de, "**baraj havzalarında**" ifadesinin metinden çıkarıldığı görülmektedir. Bir yandan ormanda izin verilen faaliyet çeşitleri artırılırken, diğer yandan izne konu olabilecek orman alanının kapsamı daha da artırılmış, "**ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli**" tedbirleri içermeyen bir düzenleme getirilmiştir. İzin verilebilecek alanlara "baraj havzalarının" da girmesiyle birlikte, verilecek izinlerin bu barajlarda toplanan suları kullananların, yararlandıkları suyun miktarı ve niteliğini de değiştireceğinden, konu Anayasanın **su** ve **yaşam hakkıyla** ilgili maddelerini de ilgilendirir bir hal almaktadır.

Her şeyden önce 18. maddenin son fıkrasında, yangın görmüş ormanlarda, gençleştirmeye ayrılmış veya ağaçlandırılan sahalarda arkeolojik kazı ve restorasyon veya odun kömürü, terebentin, sakız, katran vb. faaliyetlere izin verilemeyeceği şeklinde bir hüküm bulunması da aslında izin istenen bu faaliyetlerin üstün bir kamu yararı taşımadığını göstermektedir.

1.4. Dikili Satışlar ve Orman Köylülerinin Hakları

7139 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 30. maddesi, "**Devlet ormanlarından elde edilen dikili ağaç da dâhil orman ürünlerinin piyasa satışlarında açık artırma esastır. Kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaçları ile lüzum ve fayda görülen veya acele olarak satış yapılmasını gerektiren hallerde, her türlü orman ürünü piyasa fiyatı üzerinden tahsisen satılabilir. Amenajman plan verilerine uygun olarak dikili ağaç da dâhil orman ürünlerinin satışları beş yıllık süreleri geçmemek üzere, yıllara sâri olarak da yapılabilir.**" şeklini almıştır.

7139 sayılı Kanun'un 12. maddesini de Anayasa'nın 2, 7, 13, 17, 56, 63 ve 169. maddeleriyle ilişkilendirmek mümkündür. Yukarıda bu maddelere yönelik açıklamalar yapıldığından, burada yalnızca 17 ve

170. maddelerin hatırlatılmasında yarar görülmüştür. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 17. maddesinde orman köylülerini de kapsayacak şekilde, "herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu" hüküm altına alınmaktadır. Anayasa'nın 170. maddesi ise doğrudan orman köylüleriyle ilgilidir ve "orman köylülerinin kalkındırılması, orman koruma ve yönetimde köylülerin gözetilmesi, iş birliği yapılması, (...) Devletin, bu halkın işletme araç ve gereçleriyle diğer girdilerininin sağlanmasını kolaylaştırıcı tedbirler alması" hüküm altına alınmıştır.

7139 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilmeden önce, maddenin eski halinde ilk cümle "Devlet ormanlarından elde edilen ürünlerin piyasa satışlarında açık artırma esastır" şeklinde düzenlenmişken, yeni düzenlemeyle "**dikili ağaç da dâhil**" kelimeleri eklenmiştir. Bu ekleme teknik bir düzenleme gibi görülse de, 6831 sayılı Kanun'un 40. maddesi başta gelmek üzere, kesim işiyle ilişkili olarak **orman köylülerine** tanıdığı tüm haklar ile Anayasa'nın 170. maddesinde ifade edilen "Ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması" konusuyla yakından ilişkilidir. Nitekim OGM'nin bu ekleme öncesi yaptığı dikili satışlar, orman köylülerini temsilen Türkiye Ormancılık Kooperatifleri Merkez Birliği (ORKOOP) ile OGM arasında idari dava konusu olmuştur. ORKOOP tarafından, 21.04.2015 tarihinde Danıştay'da açılan davada, çıkarılan yönetmeliğin yasal bir dayanağının bulunmadığı, Anayasa'nın 169 ve 170. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından, "Orman Ürünlerinin Satış Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (ö) bendinde yer alan "**ve 6831 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi uyarınca belirlenen dikili ağaçlar**" ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.¹⁸ Bu nedenle, 7139 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle "**dikili ağaç da dâhil**" kelimelerinin ilgili yasaya eklenerek, uygulamaya kanuni bir dayanak oluşturulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Yapılan eklemenin uygulamadaki yasal dayanak eksikliğini gidermiş olduğu iddia edilebilecek olsa da, ORKOOP veya orman köylülerinin iddia ettikleri anayasaya aykırılığı gideremeyeceği açıktır. Bu uyumsuzluğu görebilmek için "dikili satışın" ne anlama geldiğinin ortaya koyulması zorunludur.

¹⁸ <https://www.ogm.gov.tr/SitePages/OGM/OGMDuyurular.aspx?List=bab5d875-bc9e-415b-99c6-f5088acdaf36&ID=876&Web=6b9add1f-52c2-4e71-826c-3f6be57bbc5d>. (12.05.2018)

Türkiye’de ağaç satışı devlet orman işletmeleri tarafından, önceden ve sonradan satış olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. Önceden satışın bir diğer adı **dikili satış**tır ve dikili gövde halinde bulunan ve kesime uygun oldukları belirlenmiş ağaçların, kesilmeden satışına denir. Bu çeşit bir satışta ağacı kesim sorumluluğu alıcıya aittir. Sonradan satış ise; ağaçların orman sahibi tarafından kesilip, ürün çeşitlerine ayrıldıktan sonra, belirli bir rampadan veya depodan alıcıya satılmasıdır. Dikili satışta, kesime ek olarak, sürütme, orman dışına taşıma işlemleri de alıcı tarafından yapılmaktadır.¹⁹ Dikili satış, Osmanlı döneminde başlayan ve Cumhuriyetin ilk yıllarında da devam eden bir satış yöntemidir. Bu yöntemin tercih edilmesinin nedeni ise henüz devlet orman işletmelerinin ya kurulmamış ya da çok yetersiz bir kapasitede bulunması, kesim işleri için gerekli sermaye birikiminin bulunmamasıdır. Bu zorunluluklar nedeniyle, uygulanan dikili satışların, karlılık durumu zayıf fakat bakım bekleyen ormanlarda uygulanamaması, alıcıların kesilmemesi gereken ormanlara verdikleri zarar, kesim tekniklerinin orman ekosistemini olumsuz etkilemesi gibi nedenlerle terk edilmiştir. OGM, Türkiye’de terk edilmiş bu dikili satış yöntemini, 1996 yılında yayınladığı bir tamim ile tekrar uygulamaya sokmuştur. Dikili satışa yeniden yönelmenin nedeni, hâkim özelleştirmeci yaklaşımların etkisi ile OGM’nin kesim ve hasat sorumluluğundan kurtulmak istemesidir. Ancak, 1996 yılından beri bu uygulamanın hukuken, iktisaden, sosyal ve çevresel açılardan sakıncalı olduğu yönünde, ormancılık camiasında bir tartışma devam etmektedir. 7139 sayılı Kanun’un 12. maddesi ile 6831 sayılı Kanun’un 30’uncu maddesi yeniden düzenlenmekte ve dikili satış uygulamasına yasal dayanak sağlanmaktadır.

7139 sayılı Kanun’un 12. maddesinde yapılan bir diğer değişiklik ise **“beş yıllık süreleri geçmemek üzere, yıllara sâri olarak”** dikili satışların yapılabilmesidir. Bilindiği gibi, sari ihale veya satış, birden fazla yılda uygulanacak ihaleleri, satışları tanımlamakta kullanılmaktadır. Sari ihale veya satışlarla, orman işletmeciliğinin temel etkinliklerinden birisi olan orman ürünü hasadı işleri **“bir dönem için”** alıcı kişi ve kuruluşların sorumluluğuna geçmektedir. Bir ağacın kesilebil-

¹⁹ Ergün İlter - Kenan Ok, Ormancılık ve Orman Endüstrisinde Pazarlama İlkeleri ve Yönetimi, yayınevi.....Ankara 2012,

mesi için bağlanması gereken silvikültürel planlar, usulünce yapılması gereken damgalar ve tutulması gereken tutanaklar bulunmaktadır. Bunları hazırlama yetkisi devlet orman işletmelerindeyken, çok yıllık satışlarda kim tarafından ve nasıl gerçekleştirileceği belirsizdir. Her ne kadar amenajman planlarına bağlansa da, bir ormandaki ürünün hasat işlerinin beş yıla varan bir sürede bir başka kişi veya kuruma bırakılması, ormanın belirli bir süre için **“işletmesinin devri”** anlamına gelmektedir. Bu nedenle, yapılan değişiklik, Anayasa’nın 169. maddesinde ifade edilen *“Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir”* hükmünün; özellikle *“işletilir”* kısmına aykırıdır.

Ülkemiz orman amenajman planları, kızılçam, karaçam gibi türlerde 10 yıllık, meşe gibi daha uzun idare süreli ağaç cinslerinde ise 20 yıllık bir dönem için hazırlanır. Bu planlarda aynı yaşlı orman veya değişik yaşlı orman yönetim biçimleri temel alınarak, ilk plan döneminde gençlik bakımı, sıklık bakımı, aralama, gençleştirme ve son hasılanın alım yer ve zamanları belirlenir. Bununla birlikte, bu planlarla verilen kararlar, yıllık çalışmalara yön göstermekle beraber, hava halleri, piyasa koşulları, yangın ve kar devirmeleri, sosyal baskılar gibi pek çok dışsal nedenle **“işletmeci tarafından ve yıl bazında”** uygulanır. Üstelik doğal gençleştirme sahalarında bol tohum yılı, hava halleri veya kuraklık gibi faktörlerin etkisi daha fazladır ve aynı yıl içinde dahi uygulamanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği duruma göre kararlaştırılır. Hal böyleyken, beş yılı bulabilecek dönemler için satış yapılması ormancılık pratiğine uygun değildir. Yapılan işlem, bu açıdan da Anayasa’nın 169. maddesine aykırıdır.

Açık satışlarda, satışa çıkan orman ürününün tanımının yapılmış olması, açık artırmanın başlayacağı muhammen satış fiyatının usulünce belirlenebilmesinin ön koşuldur. Çok yıllık satışlarda, satışa çıkacak orman ürünleri yılı içerisinde yapılan satışlara göre daha büyük belirsizlikler içerecektir. Açık artırmaya katılabilecek potansiyel alıcı sayısı düşecek, beraberinde rekabet azalacaktır. Çok yıllık bir dönem için iktisadi analiz yapmak zorunda kalan alıcılar daha büyük belirsizliklere göre fiyat teklif edecek ve açık artırma sonunda daha düşük bedellerle orman ürünleri satılacak ve dolayısıyla *“kamu zararı”* oluşacaktır. Bu da yapılan düzenlemenin ekonomik sonuçlarının kamu yararı üretmekten uzak olduğunu göstermektedir. Bu düzenleme ile piyasayı

daha yakından takip eden, bir anlamda piyasa düzenleme rolü de üstlenen devlet orman işletmeleri, pazar koşullarına yabancılaşan, esnek bir işletme yapısından, sadece “idarî” işleri yürüten bürokratik bir kuruma evrilecektir.

Ağacın dikili halde ve orman içinde satılmasının gerekli olduğu iddiası, madde gerekçesinde; orman ürünlerinin en iyi standartlarla üretilerek kullanım alanlarına en kısa sürede kaliteli ve taze olarak ulaştırılması, süreçteki yüksek maliyetlerin böylece giderilmesi, üreticiye hammadde garantisinin sağlanması ve orman köylülerinin alacağı payların arttırılmasının sağlanması şeklinde savunulmuştur. Bu savunu bilimsel temellere sahip değildir. Dikili satışların hasat masraflarını azaltıcı etkisi dile getirilirken, ürünün satış fiyatını düşürücü etkisi gözden uzak tutulmaktadır. Üstelik burada kısa vadeli ekonomik sıkıntıları aşmayı önceleyen ve uzun vadeli ekolojik kaygıları arka plana iten amaç ve hedef açıkça dillendirilmiştir. Ayrıca gerekçede “orman köylülerinin alacağı payların arttırılması” ifadesiyle, orman köylüsünün statüsünün dönüştürülmesi hedefi de dolaylı olarak ifade edilmektedir.

Orman Kanunu’nun 30. maddesinde yapılan değişiklikle orman köylerini kalkındırma kooperatifleri önemli ölçüde işlevini yitirmektedir. İleride 40. madde değişikliği kapsamında ayrıca ele alınacak olmakla birlikte, ormanların müteahhitler tarafından işletilmesinin hedeflendiği ve bunun orman köylüleri ve kooperatifler için bunun önemli kayıplara yol açacağı açıkça görülmektedir. Anayasadaki koruyucu hükümlere rağmen, köylülerin öncelikli iş yapma imkânları ortadan kaldırılmaktadır. Bu türden yasal değişiklikler, toplumun en mağdur kesimi olan orman köylülerini daha da yoksullaştıracaktır. Madde, bu yönüyle Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen “sosyal devlet” ilkesine aykırıdır.

Aynı yasal düzenlemede yer alan “*kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaçları ile lüzum ve fayda görülen veya acele olarak satış yapılmasını gerektiren hallerde, her türlü orman ürünü piyasa fiyatı üzerinden tahsisen satılabilir.*” ifadesi belirsizlikler içermektedir. Hangi hallerin acele satış gerektirdiği, piyasa fiyatının nasıl belirleneceği belirsizdir. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının sınırlandırılmasında da geçerli olan genel ilkeleri düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesi “hak ve özgürlüklerin an-

çak kanunla sınırlanabileceğini” belirtmektedir.²⁰ Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir.²¹ Kanun’un varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle, kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir.²² Buna karşılık madde kapsamında kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaçları, lüzum ve fayda görülen haller, acele olarak satış yapılmasını gerektiren hallerin belirsiz olduğu, somutlaştırılmadığı ve takdir yetkisini yürütme ve idareye devrederek Anayasa’nın 7. maddesine aykırı davranıldığı ortadadır.

7139 sayılı Kanun’un 12. maddesini sadece yaptığı eklemelerle ele almak yeterli değildir. Bu madde ile 6831 sayılı Kanun’un 30. maddesinin ikinci cümlesini oluşturan **“Açık artırmaya arz edilen orman ürünlerinin miktar ve vasıf itibarıyla mahalli ihtiyaçlara ve satış icaplarına uygun partiler halinde ayarlanması zorunludur.”** hükmü kaldırılmıştır. Oysa bu cümle ile *“yerel orman endüstri kurumlarının hammadde tedarikinde sıkıntı yaşamaması, ormanların gelir getirici etkilerinden öncelikle yerel endüstri kuruluşları ile esnafın yararlandırılması”* hedeflenmiştir. Gerçekten de, küçük ve orta ölçekli orman endüstri kurumları ile yerel marangoz atölyelerinin, el sanatları imalatçılarının, küçük sermaye birikimleriyle büyük hacimli satış partilerinden mal alabilmesi oldukça güçtür. Yasa koyucu bu durumu dikkate alarak, böyle bir cümleyi mevzuata eklemişken, yapılan yeni düzenleme ile yerel ihtiyaçlar, orman - yerel toplum bağı koparılmakta, ormanlarından yararlanamayan, ormanlarına yabancılaşan, böylelikle ormanlarına duyarlı olma ihtiyacı hissetmeyen toplum kesimleri oluşturulmak istenmektedir. Bu nedenle, belirtilen cümlenin çıkarılması, Anayasa’nın 170. maddesindeki orman köylülerinin kalkındırılması anlayışına zarar verebilecek, anayasaya aykırı bir düzenlemedir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da görülebileceği gibi, 7139 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle yapılan düzenlemenin, hangi tip or-

²⁰ Ali Ekber Akyol ve diğerleri, B. No: 2015/17451, 16.2.2017, § 51.

²¹ Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12.11.2014, § 44.

²² Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30.12.2014, § 55.

manlarda veya orman çağlarında yapılacağına belirsizliği nedeniyle orman tahribine neden olması, longoz ormanları gibi su basar ormanlarda da uygulanabilmesi hallerinde, Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Doğal Yaşama Ortamlarının Korunması Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 9.; Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 6, 7, 8, 9, 10, 11. ve 14.; Ramsar Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4 ve 5; Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5 ve Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme'nin 1 ve 2. maddeleriyle de ilişkilendirilebileceği görülmektedir.

7139 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler arasında "orman köylülerini" ilgilendiren bir diğer madde 13. maddedir. 7139 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 40. maddesi "**Devlet ormanlarında yaptırılan ağaçlandırma, bakım, imar, kesme, toplama, taşıma, imal gibi orman işleri; işyerinin ve işyerinde çalışacakların hangi mülki hudut ve orman teşkilatı hudutları içerisinde kaldığına bakılmaksızın, öncelikle işyerinde veya civarındaki orman köylerini kalkındırma kooperatiflerine ve işyerindeki köylülere veya işyeri civarındaki orman işlerinde çalışan köylülere, işyerine olan mesafeleri ile iş güçleri dikkate alınarak yaptırılır. Ancak; ağaçlandırma faaliyetlerine ait arazi hazırlığı işlerinin makine gücü ile yapılmasının gerektiği hallerde bu fıkra hükümleri uygulanmaz.**" hükmüne dönüştürülmüştür.

Yapılan değişiklik Anayasa'nın 2, 7, 13, 169 ve 170. maddeleriyle olduğu kadar 171. maddesiyle de ilişkilidir. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 171. maddesi, "*Devletin, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alacağını*" hüküm altına almıştır.

Yapılan düzenleme ile esasen 6831 sayılı Kanun'un 40. maddesine "**Ancak; ağaçlandırma faaliyetlerine ait arazi hazırlığı işlerinin makine gücü ile yapılmasının gerektiği hallerde bu fıkra hükümleri uygulanmaz.**" hükmü eklenerek, orman köylülerine tanınan haklar, makineli ağaçlandırma çalışmaları alanında daraltılmıştır. Bu daraltma makul gerekçelere dayandırılmadığı gibi, "*makine gücü ile yapılması gerektiği haller*" şeklinde **belirsiz bir koşula** bağlanmıştır. Bu haliyle orman idaresi "*işin makineli çalışmayı gerektiğini*" ifade ederek, ormanların yarattığı iş ve gelir olanaklarından öncelikle orman köylülerinin yararlanma hakkını ortadan kaldırabilecektir.

Üstelik orman köylülerinin veya kooperatiflerinin de iş makinesi sahibi olmaları olanaklıdır ve ağaçlandırma alanında da iş alabilmeleri teşvik edilmelidir. Arazi eğiminin uygun olduğu her yerde ve ekonomik olarak avantajlı olan her durumda, makineli arazi hazırlığı yapılabilir. Bu tür faaliyetin özellikle orman kooperatiflerince yerine getirilemeyeceğini ileri sürmek, en azından günümüzün teknolojik gelişme düzeyiyle bağdaşmamaktadır. Bu madde ile idareye istediği zaman ve özel şirketler lehine orman köylüsünün çalışma olanağını daraltma fırsatı verilmektedir. Üstelik arazi koşulları uygun olduğunda, orman köylüsü de makineli arazi hazırlığı yapabilecekken, köylülerin bu yetenekleri dışlanmakta ve orman köylüsü olmayan makine sahipleri lehine bir düzenleme yapılmaktadır. Bu nedenle, yapılan değişiklik, hem aynı maddenin ilk cümlesi ile çelişmekte, hem de Anayasa'nın kooperatifçilikle ilgili 171. maddesine aykırılık taşımaktadır. Yapılan düzenlemeyle, zaten fakir olan orman köylüsü iyice fakirleştirilmekte ve Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesine aykırılık oluşturulmaktadır.

Öte yandan orman köylüsünün Anayasa'nın 170. maddesiyle garanti altına alınan hakkına, kanun ile müdahale edilirken, müdahaleyle ilişkin kural, yeterince öngörülebilir değildir. Madde metninde kullanılan **"ağaçlandırma faaliyetlerine ait arazi hazırlığı işlerinin makine gücü ile yapılmasının gerektiği haller"** ifadelerinin belirsiz olduğu, **somutlaştırılmadığı** ve takdir **yetkisini** yürütme ve idareye **devrederek** Anayasa'nın 7. maddesine aykırı davranıldığı ortadadır.

1.5. Orman Yangınları ve Yangın İşçileri

7139 sayılı Kanun'da, orman yangınlarıyla mücadelenin önemli bir bileşeni olan mükellefler (yükümlüler) ve gönüllü katkıları ile yangın işçilerinin hakları konularında düzenlemeler yapılmıştır.

7139 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 69. maddesinde "Orman idaresi, orman yangınlarını önlemek ve söndürmek maksadıyla her türlü hizmeti yapar veya yaptırır." şeklinde değişiklik yapılmıştır.

Görüldüğü gibi, yapılan değişikliklerle, 6831 sayılı Kanun'un 69. maddesinin ilk fıkrası "Orman idaresi, orman yangınlarını önlemek ve söndürmek maksadıyla her türlü hizmeti yapar veya yaptırır" şek-

linde düzenlenmektedir. Gerçekten de orman idaresi, eğitim öğretim işlerinden, yanıcı madde azaltıcı bakımlara, yangın emniyet yol ve şeritlerinin inşasına kadar pek çok hizmeti, daha yangın çıkmadan yapmakta, yangın çıktığında ise helikopter ve uçak kiralamaya kadar çeşitlenen pek çok hizmetin alımını gerçekleştirmektedir. OGM bugüne kadar yangınla mücadelede Akdeniz havzasının en başarılı örgütü olmakla övünmüştür. Hizmet alımı konusunda hiçbir hukuki sorun yaşamamıştır. Hal böyleyken, kanun koyucunun ilk cümleye eklediği “**yaptırır**” kelimesiyle hedeflenenin ortaya konması gereklidir. Kanun’un gerekçesine bakıldığında, “günün şartlarının dikkate alındığı” belirtilmekte fakat söndürme çalışmalarını yaptırmaya neden olan şartlar açıklanmamaktadır.

Getirilen yeni hükümlerle, orman idaresinin dışında yangınla mücadele birimlerinin oluşturulabilmesi ve bunlara yangın yönetimi sorumluluğu verilebilmesinin yolunu açan bir düzenleme yapılmıştır. Bu ifadedeki “veya yaptırır” eklemesi, orman idaresine yangın yönetimi konusundaki yetki ve sorumluluklarını sınırsızca **devretme** olanağı vermektedir. Dolayısıyla bu ekleme, Anayasa’nın 169. maddesinde yer alan “Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır.” hükmüne aykırıdır.

7139 sayılı Kanun’un 14. maddesinde geçen “**Devlet ormanlarında izin sahipleri, hususi ve hükmi şahsiyeti haiz amme müessesesine ait ormanlarda ise sahipleri, orman yangınlarının önlenmesi ve söndürülmesi ile ilgili her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.**” ifadesinin üzerinde özellikle durmak gereklidir. Bu ifadenin içerdiği “*hususî orman ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait orman*” ayrımı, “devlet olmanın getirdiği sorumluluğa ve kurumsal anlayış bütünlüğüne” aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre; “169. maddede herhangi bir ayrıma gidilmediği, tüm ormanlarda devlete koruma ve genişletme için gerekli kanunları koyma ve tedbirleri alma yükümlülüğünün verildiği, bütün ormanların gözetiminin devlete ait olduğu, dolayısıyla devlet ormanlarının işletilmesinde gözetilmesi gereken anayasal ilkelerin, özel ormanlar ile kamu tüzel kişilerine ait ormanlar yönünden de geçerli olacağı”²³ açıktır.

²³ E. 2017/134, K. 2017/169, Kt.13.12.2017.

Nasıl ki bir devlet kurumu olan itfaiye birimlerinin yangınla mücadele ederken, söndürdüğü varlığın özel kişilere veya kamu kurumlarına ait olup olmadığı ayırt etmeksizin, bir hizmet sorumluluğu bulunuyorsa, orman yangınları ile mücadelede en deneyimli, en donanımlı kamu kurumu olan OGM'nin de, ayrımcı bir tutum içerisinde olmaması gereklidir. Polislin kamu bankalarını ücretsiz korurken, özel bankalardan soygunlara müdahale masraflarını talep etmesi düşünülmemeyeceği gibi yangınla mücadeleye katılım fırsatı verilen gönüllülerin masraflarının orman sahiplerinden istenmesine ilişkin "Gönüllülerin yangına ulaşımı ile yangın söndürmeye yarayacak aletleri ve giyecekleri, Devlet ormanlarında orman idaresi, diğer ormanlarda ise sahipleri tarafından karşılanır." hükmü Anayasa'nın 2. ve 169. maddelerine aykırıdır.

6831 sayılı Kanun'un 69'uncu maddesi, çevredeki köy ve kasaba halkının orman yangınlarının söndürme çalışmalarına katılma yükümlülüğünü düzenlemektedir. 7139 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile bu maddedeki; "**yangın söndürme mükellefiyeti**" kaldırılarak, yerine "**gönüllülük**" esas getirilmektedir. Bu şekilde gönüllü insanların da yangın söndürme çalışmalarına katılması sağlanmak istenmektedir. Ancak, esasen bu gönüllü katılıma herhangi bir engel bulunmamakta, sadece gönüllülerin olası zararlarını telafi edici düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle gönüllülük esasının yeni bir uygulama gibi sunulması da yükümlülüğü ikame eden bir uygulama olarak gösterilmesi de doğru değildir. Yangın söndürme çalışmalarında insan gücünün temel dayanağını oluşturan mükellefiyet esasından, gönüllülerle ilgili bir düzenleme yapıldı diye vazgeçilmesi, ormanlara zarar verebilecek bir düzenlemedir. Zira sadece gönüllülük esaslı söz konusu olduğunda, OGM yangın söndürmek için yeterli insan gücü bulamayabilir. Bu nedenle yangın söndürme çalışmaları ciddi bir zaafa uğrayabilir ve orman idaresi ciddi tazminat davaları ile yüz yüze gelebilir. Öte yandan halkın orman yangınlarını söndürme çalışmalarına katılma yükümlülüğünün ortadan kaldırılması, ormanı korumanın bir vatandaşlık görevi olmasıyla bağdaşmamaktadır. Bu düzenleme ile vatandaşın ormanla bağı biraz daha koparılmakta, ormanlara karşı yükümlülükler, özellikle orman köylüleri bakımından azaltılmaktadır. Bir yandan Devletin dışındaki kişi ve kurumların da, orman sahibi

olması teşvik edilirken, diğer yandan da yangın gibi büyük boyutlu bir felaket karşısında orman sahiplerine ek yükler getirilmesi bir çelişkidir.

7139 sayılı Kanun'un 15. maddesi ise ne zaman çıkacağı bilinmeyen orman yangınlarıyla mücadele etmeleri için işlendirilen orman işçilerinin çalışma hayatıyla ilgilidir. 7139 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun değiştirilen 72. maddesinin **"Orman yangınlarını önleme ve söndürme işlerinde görevlendirilen işçilerin, orman yangın ekip bina ve yangın gözetleme kulelerinde bulunan sosyal tesisler ve lojmanlarda çalışma saatleri dışında geçirdiği süreler, 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63 üncü maddesinde düzenlenen çalışma süresinden sayılmaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin yapılacak fazla çalışma ve diğer hususlar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın görüşü alınarak, Orman Genel Müdürlüğüne hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir."** hükmünü getirmektedir.

Bilindiği gibi, Anayasa'nın 18. maddesi, *"hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağını, angaryanın yasak olduğunu, şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere, (...) olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetlerin; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının, zorla çalıştırma sayılmayacağını"* hüküm altına almıştır.

Orman yangınlarını önleme ve söndürme işlerinde görevlendirilen işçilerin çalışma saatlerini düzenleyen 72. maddede yapılan düzenlemeyle, bu işçilerin çalışma saatleri dışında kaldığı kule, bina vb. ortamlarda geçirecekleri süreler çalışma süresinin hesaplamasına katılmayacaktır. Böylece yangında çalıştırılacak işçilerin **"boş"** geçirdikleri sürelerin çalışma süresinden sayılmayacağına dair yeni bir hüküm getirilerek, özel bir çalışma usulü getirilmiştir. Bir başka deyişle, mevzuatta kabul gören çalışma süresini tamamladığı halde, evinin ulaşılabilir uzaklıkta olmaması vb. nedenlerle çalışma mekânlarında kalmak zorunda kalan ve bu esnada olası yangın durumlarında sorumluluk almaya hazır bekleyenler, **"boş"** bekliyor şeklinde tanımlanmaktadır. Yangın kulelerinin yerleri ile yangına müdahale merkezi olarak kurulan birimlerin kuruluş mekânları dikkate alındığında, çoklukla köy-

lerden uzak, orman en yakın yerlerde kuruldukları görülmektedir. Bir yangın kule bekçisi, köyüne çok uzak bir mekânda, sekiz saatlik bir mesaiden sorumlu olsa da, evine gidiş geliş güçlükleri nedeniyle, dinlenme sürelerini de kulede geçirmek zorunda kalmakta ve bu arada çıkabilen yangınlara kayıtsız kalmayarak müdahale etmektedir. OGM ise bu fedakâr yangıncıları, çalışma saatleri dışında evlerine götürmek sorumluluğu almamakta, bunun yerine 7139 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki gibi bir çalışma düzeni önererek, zor durumlarından yararlanmaktadır.

Yangın söndürme işçileri ile yangın gözetleme kulelerinde çalışan işçiler, yangınlarla mücadelede görev alan mühendisler, normal mesai saatleri dışında, günlerce yangın söndürmekle mücadele etmek zorunda kalmaktadır. Getirilen düzenlemeyle, bu gibi durumlarda çalışma saatlerine yönelik yapılabilecek itirazlarda idare güvence altına alınmak istenmiş, fakat idare - çalışan dengesi kurulamamıştır. Yangın çıktığında, mesai saatleri içinde olsun veya olmasın, göreve gitmek ve görevi başında olmak yükümlülüğü bulunan, yangın devam ettiği sürece görev yerini terk edemeyen fedakâr yangıncıların, normal mesai saatleri dışında da görev başında olmalarına rağmen bu saatlerde çalışmamış kabul edilerek ücret ödenmemesi, Anayasanın 2. ve 18. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti; temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi; bu arada çalışanları durumlarına uygun düzenlemelerle sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir. Bu kapsamda, güçlü olanı temsil eden OGM'nin, normal çalışma saatleri dışında yangıncıların ya evlerine ulaşmasına destek olması ya da "çalışma ortamında kaldıkları süre boyunca, ek bir sorumluluk almaları halinde, bunu ilave bir ödemeyle dengelemesi" gereklidir.

Bu düzenleme sebebiyle sürekli göreve hazır olmak durumunda kalan orman işçilerinin, bu süre boyunca belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle kamuca karşılanması gerektiğinden, orman işçilerinin kule veya ekip binasında kaldığı ve yangın önleme faaliyetlerine devam ettiği süreyi çalışma saati olarak değerlendirmeyen bu yeni düzenleme, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır. Buna göre, "angaryanın varlığından söz edebilmek için, öncelikle kişinin emeğinin **karşılığı** ödenmeden çalıştırılması ve bu çalıştırmanın zorla gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁴ Maddede yer alan düzenlemeye göre, orman işçileri mesai saatlerine bağlı olmayacak şekilde çalıştırılabilmektedirler. Bu açıdan anılan kişilere, mesai gerçekleştiği halde, icra edilen bu faaliyetleri karşılığında herhangi bir ödeme yapılmayacaktır. "Angarya" yasağının ihlali için emeğin karşılığının ödenmemesi gerekmektedir. Bu kural orman yangınına önleme ve söndürme işinde çalışacak olan işçilere ödeme yapılmaması bir yana, ilave ödeme de yapılmamasını öngörmektedir. Yangın merkezinde olduğu halde, bir işçinin mesaisi bitmesine rağmen çıkan bir yangına müdahale çağrısına uyması çeşitli nedenlerle zorunludur. Dolayısıyla karşılığı ödenmeksizin yaptırılacak bu çalışmalar, angarya yasağını ihlal edecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Bu madde kapsamında fazla çalışma sürelerinin belirlenmesinin, OGM'nin çıkaracağı yönetmeliğe bırakılması da, orman işçilerinin kendilerine düşen yükümlülükleri öngörebilmelerine ve davranışlarını ayarlayabilmelerine olanak tanımamaktadır.

²⁴ E.2012/97, K. 2013/51, Kt.3.4.2013.

1.6. Kamulaştırmaz El Atma

7139 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile Orman Kanunu'na eklenen Ek Madde 15; **"Orman kadastrosu yapılmayan veya orman kadastro-su yapılmış olup da orman sınırları dışında kalan yerlerde bulunan, gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri adına tapuda tescilli olduğu halde, ağaçlandırma ve erozyon kontrolü çalışmaları sırasında kamulaştırılmaksızın orman idaresince 31.12.2017 tarihinden önce ağaçlandırılmış olan taşınmazlardan, orman olarak kullanılmasında yarar görülen taşınmazlara karşılık; aynı bölgede bulunan 19.4.2012 tarihli ve 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmeyen 2/B taşınmazlarından, bunun mümkün olmaması halinde diğer hazine taşınmazlarından eşdeğer taşınmaz verilebilir./Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Maliye Bakanlığından görüş alınarak Orman Genel Müdürlüğü tarafından belirlenir"** hükmünü getirmektedir.

Getirilen bu hüküm, Anayasa'nın 2, 7, 13, 35, 56, 169 ve 170. maddelerine aykırılıklar içermektedir. Bu maddede, diğer Anayasa hükümleri yanında, 35. madde özellikle dikkat çekmektedir. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 35. maddesi, "herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğunu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini" ifade etmektedir.

Ek Madde 15, aslında Türkiye'nin bir başka gerçeğini ortaya koyması açısından ilginç bir içeriğe sahiptir. Bugüne kadar, devletin ormanlarını işgal edenlerden koruyamadığı, bu nedenle 2B benzeri düzenlemelerle, sürekli işgalci lehine orman sınırlarını daralttığı kamuoyunun malumudur. Bunun yanında, kendi ormanını koruyamayan devletin, bazı vatandaşların tapularını iptal ettirebildiği de bilinmektedir. Bu madde ise **"özel kişilerin mülkiyetindeyken, bir kamulaştırma ihtiyacı duymadan, bu yerlerin kendi malı olup olmadığına bakmaksızın devletin işgalci gibi girip, ağaç dikerek orman kurduğu yerlerin"** varlığını, sahiplerince haklı bir sorun haline getirildiğini ortaya çıkarmakta ve devlet vatandaş çatışmasına çözüm arandığını göstermektedir.

Gerçekten de, ağaçlandırma ve erozyon kontrolü çalışması nedeniyle, kamulaştırılmaksızın orman idaresince ağaçlandırılan ve daha sonra tapu iptal davaları açılarak, arazileri ellerinden alınan malikler tarafından, mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle açılan tazminat davaları ciddi bir problem haline gelmektedir. Kanun koyucu bu madde ile bir çözüm arayışına girmiştir. Ancak, Ek Madde 15'in içerdiği "orman olarak kullanılmasında yarar görülen taşınmazlara karşılık; aynı bölgede bulunan 2/B taşınmazlarından, bunun mümkün olmaması halinde diğer hazine taşınmazlarından eşdeğer taşınmaz verilebilir" hükmü, bir çözüm olamayacağı gibi, Anayasa'nın 2, 13, 35, 169 ve 170. maddelerine de aykırıdır.

Ek madde 15 incelendiğinde, öncelikle, kamulaştırmasız el konulan taşınmazlara **ne kadar yakınlıktaki** taşınmazların "**aynı bölgede**" kabul edileceği, eşdeğerliğin nasıl belirleneceği konuları hazırlanacak yönetmeliğe bırakılmıştır ve bu aşamada çıkabilecek çatışmalara nasıl çözüm bulunabileceği belirsizdir. Bu sebeple Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, "**orman olarak kullanılmasında yarar görülenlerde**" bir takas önerilirken, "**yarar görülmeyenlerin**" sahibine iade edilip edilmeyeceği, ağaçlandırılan dönem boyunca sahibinin kullanım hakkının engellenmesiyle doğan hak kayıplarının nasıl telafi edileceği düzenlenmemiştir. Hangi nitelikteki ağaçlandırma alanlarının orman olarak kalmasında yarar görüleceği de belirsizdir.

Diğer yandan, Ek 15. Madde bu haliyle, devletçe ağaçlandırılmış, bakılmış, korunmuş ve üzerinde kayda değer bir ekonomik servet oluşmuş ve **bir şekilde** "orman olarak kullanılması yarar görülmeyen" yer olarak nitelendirilen yerleri sahiplerine iade ederek, bazı arazi sahiplerine dengesiz bir kazanç elde etme ve bu yolla haksız zenginleşme fırsatı doğurmaktadır. Üstelik aradan uzun yıllar geçtikten sonra, arazisini bu süre boyunca kullanma fırsatından mahrum bırakılmış kişilerin, bu mahrumiyetlerinden doğan hak kayıplarının, arazinin "ormanlık" olarak iade edilmesiyle tazmin edilip edilmeyeceği de belirsizdir. Bu nedenle, kurulan çözüm düzeneğinin sorunu ortadan kaldırması mümkün görünmemektedir.

Bilindiği gibi orman idaresi, uzun süredir, hazine veya orman arazilerinde verdiği izinlerle, özel kişileri ağaçlandırma yapmaya teşvik

etmektedir. Bir başka değişle, kendi arazisinde, hazine arazisinde veya orman rejimine giren yerlerde özel kişileri ağaçlandırma yaparak, ormancılık alanına sokmaya çaba sarf etmektedir. Oysa Ek Madde 15’de, orman idaresinin bu politikasına ters bir şekilde hareket edilmektedir. Bu bakımdan, Ek madde 15’deki hüküm, yapılan uygulamanın tersini yansıtmaktadır. Bu defa devlet, özel kişinin arazisinde ağaçlandırma yapmıştır ve ortaya çıkan mülkiyet sorununun sınırlı bir süre için **“bir kamu – özel ortak ormancılık işletmesi kurularak”** çözülmesi de olanaklıdır. Her ağaçlandırma çalışmasının başlangıçta belirlenmiş bir idare amacı, bu amaca uyan bir idare süresi vardır. Yoksa bile belirlenebilir. Belirlenen bir idare süresinin bir kısmı geçmiştir. Kalan süreyi kapsayan ve bugüne kadar tarafların katlandıkları maliyetleri dikkate alarak, kalan süreyi kapsayan bir hak ve sorumluluk paylaşımı tanımlanarak, sorun olan sahayı “kamu özel ortaklığında” bir girişime dönüştürmek mümkündür. Bu durumda taraflar daha hakkaniyete uyan bir maliyet ve hak paylaşımı yapabileceği gibi, arazi sahibinin mülkiyet ve miras hakkı da korunabilecektir. Bu olanak mevcutken ve bu güne kadar uygulanan “özel ağaçlandırmaları teşvik etmek” politikalarına daha uygun bir anlayışken, kanun koyucunun, kişilerin mülkiyet haklarını koruyarak, geleneksel arazi kullanım biçimlerini değiştirmeden bir çözüm bulmak yerine, yeni çatışmaları getirecek bir düzenleme yapmasında **kamu yararı** bulunmamaktadır.

Üstelik Ek madde 15’de bugüne kadar tapusu iptal edilerek mülkü elinden alınmış kişilere ait bir çözüm de önerilmemektedir. Bu kişilerin istemeleri halinde mülklerinin iadesi, mülkü kullanmaktan mahrum bırakıldıkları dönemdeki kayıplarının tazmini konularında çözüm üretilmemiştir. Kamulaştırmasız el atma nedeniyle ödenmesi gereken bedel, mülkiyet hakkına müdahalenin orantılılığıyla ilgili bir meseledir. Orantılılık, müdahaleyle elde edilen kamusal yarar ile kişinin yüklendiği külfet arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Malikin mülkiyet hakkına kamulaştırmasız el atma yoluyla yapılan müdahaleden, kamunun elde edeceği yarar ile kişinin yükleneyeceği külfet arasındaki adil denge, ancak kişiye *taşınmazın ve taşınmazı kullanmaktan mahrum bırakılmanın gerçek bedelinin* ödenmesi suretiyle sağlanabilir.²⁵ Oysa Ek Madde 15’le, kamulaştırmasız el atılan

²⁵ E. 2013/95, K.2014/176, Kt. 13.11.2014.

taşınmazın gerçek değerinin malike ödenmesi öngörülmemekte “gerçek bedel” ibaresi “eşdeğer taşınmaz” ibaresine dönüştürülmektedir. Böylelikle Anayasa’nın 35. maddesiyle koruma altına alınan mülkiyet ve miras hakkına orantısız bir müdahalede bulunmaktadır. Ağaçlandırma sahalarının çoklukla kırsal alanlarda ve orman köylülerinin mülkiyetinde olduğu dikkate alındığında, köylüler aleyhine bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Bu da Anayasa’nın 170. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, bu taşınmazlara karşılık öncelikle 2/B diye bilinen arazilerin tazminat olarak verilmesi, Devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağı, bunun istisnasının, “orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31.12.1981 tarihinden önce, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerde, bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler olduğu” düşünüldüğünde, Anayasa’nın 169. maddesine de aykırı düşecektir.

1.7. Orman - Hazine Arazisi Değişimi veya Ormanlarda Yeni bir Daraltma

7139 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle, Orman Kanununa Ek Madde 16 eklenmektedir. Eklenen bu madde “**Orman ve Su İşleri Bakanlığına, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına dönüştürülmesi de mümkün olmayan yerler ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlardan, Orman ve Su İşleri Bakanlığı’nın teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlar, Bakanlar Kurulunca belirlenecek usul ve esaslara göre Orman Genel Müdürlüğünce orman sınırları dışına çıkartılarak tapuda Hazine adına tescil edilir. Orman sınırları dışına çıkartılan alanın iki katından az olmamak üzere Devletin hüküm ve tasarrufu altında veya Hazinesinin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar Orman Genel Müdürlüğü’ne orman tesis etmek üzere tahsis edilir. ...**” hükmünü getirmektedir.

Ayanoğlu'nun haklı tespitiyle, hukuk araç yapılarak, yasalarla da Türkiye ormanlarına zarar verilmiştir.²⁶ Gerek 1961 Anayasası'nın 131. maddesinde yer bulan **"bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş"**²⁷ ifadesi, gerekse 1982 Anayasası'nın 169. maddesinde yer verilen **"orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen"** ifadesi kadar, hukuk eliyle ormanlara zarar verilmesine zemin hazırlamış başka bir ifade olmasa gerekir.

Bu defa, Ek Madde 16'da benzer tanımlama yeniden **(bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen)** ortaya sürülmektedir. Bu ibareye göre, **orman olup, orman olarak hiçbir yarar üretmeyen yerler vardır.** Oysa günümüz ormancılık bilim dünyası, tüm ormanların faydalar ürettiğini, sadece üretilen faydanın, içeriğinin ormandan ormana değiştiğini kabul etmektedir. Örneğin bir orman, yapısı itibarıyla çok iyi odun hammaddesi üretimi yaparken, bir başka orman; toprağı koruyarak, selleri önleyerek, suların akış rejimlerini düzenleyerek, küresel ısınmayı yavaşlatarak, biyolojik çeşitliliği geliştirip insanlığa varlık, seçenek ve miras değerleri sunarak, yabanıl yaşamın devamlılığını sağlayarak fayda sağlamaktadır. Üstelik bu faydaların yararlananı, bazen özel bir müşteri grubu olarak karşımıza çıkarken, bazen yerel halk, bazen tüm insanlık şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmediği iddia edilen yerlerin yerleşim yerine dönüştürülebilmesine imkân veren bu düzenlemede, orman niteliğinin kaldırılmasının hangi kritere göre yahut yöntemle yapılacağı belirsizdir. Söz konusu düzenleme bu açıdan mevcut orman alanlarını tehlikeye atacak; taşlık, kayalık, verimsiz ya da fiilen orman vasfı taşımadığı belirtilen bu orman içi veya bitişiğindeki alanlarda yaşayan alana özgü flora ve faunanın azalmasına, arazi bozulmasına sebep olabilecektir. Yerleşim yerleri ifadesi de hukuki açıdan muğlak bir tanım olduğundan her türlü yerleşimi kapsayacak şekilde çok geniş bir kapsamda ormanların daraltılması riskini içermektedir.²⁸

²⁶ Sedat Ayanoğlu, *Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız*, Türkiye Çevre Vakfı Yayınları, Ankara 1999, s.

²⁷ Selahattin İnal, *Türkiye'de Anayasa Ormancılık İlişkileri*, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1971, s.

²⁸ TEMA Vakfı, "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hak-

Öte yandan Anayasa'nın 169 maddesi, affa kesinlikle konu edilmeyecek şekilde orman suçunu düzenlemekle birlikte, ormanlık alanlardaki mevcut hukuksuz yapılaşmalara meşruluk kazandırılmaya²⁹ çalışılmaktadır. Hâlbuki Anayasa'nın ormanlar konusunda yöneticilere verdiği yetki açıktır. Ormanlık alanların devlet eliyle tahribine yol açan bu düzenleme açıkça Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır. Bu düzenlemeyle, Devlet ormanlarına yasal olmayan bir biçimde yerleşmiş olanlara bir kez daha pirim verilerek, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı davranılmıştır. Kamu malı sayılan ormanlara suç işleyerek yerleşen kişiler yine ödüllendirilmektedir. Aksine, verimsiz ya da niteliği zarar görmüş ormanların, tekrar orman niteliğine kavuşturulması için çalışmalar yapmak Ormanlık Örgütünün Anayasa'nın 169. maddesi gereğince temel görevleri arasındadır. Bu nedenle öncelikle bu madde kapsamında değerlendirilen alanların tekrar orman ekosistemi özelliğine kavuşması için adımlar atılmalıdır.³⁰

Bunun yanında bu madde ile yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanların da orman rejimi dışına çıkarılmasına çalışılmaktadır. Orman Kanunu'ndaki orman tanımı, üzerinde ağaç bulunan alanları orman olarak kabul etmektedir. Ancak orman içindeki ağaçsız taşlık, kayalık alanlar orman ekosisteminin önemli bir parçasıdır. Bu alanlar özellikle yaban hayatı için son derece önemlidir. Hatta kayalık alanlar dağ keçileri, yırtıcı kuşlar gibi birçok hayvan türü için özel habitatlar oluşturmaktadır. Üstelik bu gibi alanların AB Habitat Direktifine göre de korunması gerekmektedir. Ormanlık alanlar içinde taşlık, kayalık olarak nitelenen yerler orman ekosisteminin bir parçası olup, bu alanlar biyoçeşitliliğin en zengin olduğu, yaban hayatının yaşam alanları, meralar, odun dışı ürünlerin zengin olduğu ve su kaynaklarını besleyen, hukuken ve bi-

ında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" hakkında TEMA Vakfı Görüşü, http://www.tema.org.tr/web_14966-2_1/entitiffocus.aspx?primary_id=1969&target=categorial1&type=2&detail=single, (11.06.2018).

²⁹ Türkiye Ormanlılar Derneği, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında Türkiye Ormanlılar Derneği Görüşü, https://www.ormancilarderneği.org/dosyalar/files/dsi_teskilat_kanuntasirisi.pdf (11.06.2018).

³⁰ İbid

limsel yönden orman sayılan alanlardır. Buraların orman rejimi dışına çıkarılarak yerleşime açılması taraf olduğumuz Biyolojik Çeşitlilik Yasası'na da açıkça aykırıdır. Bu nedenle çevresel-ekolojik açıdan birçok işlevi yerine getirmekte olan bu alanların insan kullanımı odaklı başka kullanım tiplerine dönüştürülmemesi gerekir.³¹

Maddenin ilk fıkrasının sonuna eklenen "orman sınırları dışına çıkartılan alanın iki katından az olmamak üzere Devletin hüküm ve tasarrufu altında veya Hazinesinin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar Orman Genel Müdürlüğü'ne orman tesis etmek üzere tahsis edilir." şeklindeki hüküm yanaltıcıdır. Ormanların korunmasında esas olan orman örtüsünün, orman niteliğinin kaybolmamasıdır. Orman sayılmayan bir takım hazine arazilerinin orman vasfını kazanması yüz yılları aşan uzun bir süreyi gerektirir. Dolayısıyla orman alanı dengelense de orman varlığının dengelendiği söylenemez. Orman olarak kullanılması gereken yerlerin orman rejimine alınması hiçbir koşul veya karşılık olmaksızın zaten devletin görevidir. Başka bir orman alanı oluşturmak, bir ormanı tahrip etmek, kalıcı olarak yok etmek hakkı doğurmaz. Getirilen Ek Madde 16. Anayasa'nın 10. ve 169. maddelerine açıkça aykırıdır.³²

Ayrıca bu düzenlemenin fiiliyatta uygulanabilme olasılığı da çok düşüktür. Bugün ağaçlandırılabilir hazine arazisi bulunabildiğinde, zaten ağaçlandırma için tahsis talebi yapılabilmekte, fakat uygun arazi bulunamadığı için bu olanak kullanılamamaktadır. Dolayısıyla, getirilen hüküm hayata geçirilebilecek bir hüküm değildir. Bu kanun tasarısı, ormanların devlet eliyle tahrip edilmesine, Sultanbeyli gibi orman alanlarına kurulan yerleşim yerlerini yasal hale getirmeye, devlete sıcak para girişi sağlamaya yönelik bir düzenlemedir.

Anayasa'nın 169. maddesinde devlet ormanlarında yapılacak daraltma, 31.12.1981 tarihinden önce yasadaki orman tanımına göre orman vasfı kaybolmuş alanlar ile orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile sınırlıdır. Ancak yasa tasarısındaki "bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına dönüştürül-

³¹ İbid.

³² İbid.

mesi de mümkün olmayan yerler” hükmü, **Anayasa’da belirlenen 2A ve 2B alanı olarak bilinen iki düzeydeki sınırlılığı aşarak, üçüncü bir düzeyde orman alanlarını daraltacak kritik bir düzenlemedir.**³³

Bunun yanı sıra, yine Anayasa’nın 169. maddesinde, 2B olarak bilinen fiilen orman vasfını yitirmiş olan alanlar için 31.12.1981 tarihinden önce olması ön koşul olarak belirtilmişken, Kanun **zamansal sınırlama da olmayan yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.** “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte üzerinde yerleşim yeri bulunan ya da yerleşim yeri oluşturulması uygun olan taşlık, kayalık, verimsiz ve fiilen orman vasfı taşımayan alanlar” hükmü bu sebeple de Anayasa’ya aykırıdır.³⁴

Hukuksal statü olarak orman alanı dışına çıkarılan yerlere sahip olanların ya da bu alanlara kurulacak konut ve sınai tesislerin, bu alanlara bitişik ormanlara verebilecekleri zararın nasıl önlenebileceği ise, ayrı bir sorun olarak önemini korumaktadır.

Anayasa’nın 170. maddesinde, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması, orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsis edileceği öngörülmüştür.

Anayasa, bu işlerin yapılmasını Devlete görev olarak yüklemiş, ekonomik sıkıntı çeken orman içi veya bitişik köyler halkına Devlet eliyle ihya edilmiş tarım ve yerleşim alanları sağlamak istemiştir. Anayasa ile güdülen amaç, bilim ve fen bakımından artık orman olarak işletilmesinde yarar görülmeyen yerleri orman içinde ikamet eden halkın yararına tahsis etmek suretiyle değerlendirmektir. Şu halde, orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyleri halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi olanaklıdır.

³³ TEMA Vakfı, “Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” hakkında TEMA Vakfı Görüşü, http://www.tema.org.tr/web_14966-2_1/entitiefocus.aspx?primary_id=1969&target=categorial1&type=2&detail=single, (11.06.2018)

³⁴ İbid

Böylece, orman köylüsünün ormanları tahribi önlenerek ulusal ekonomiye katkıda bulunması sağlanmak suretiyle üretici haline getirilip kalkınması amaçlanmıştır.³⁵ Ek madde 16 ile getirilecek düzenlemelerin, Anayasa'nın 170. maddesinde öngörülen amaca uygun olması gerekeceğinde kuşku yoktur. Orman niteliğini yitirdiği için orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, orman köylüsünün yararlanmasına tahsis edilmesi gerekir. Başka bir söyleyişle, ormanların tahribinin önlenerek ulusal ekonomiye katkısının sağlanması ve orman köylüsünün üretici haline getirilip kalkındırılması için orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyleri halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi öngörülmüştür.³⁶

Orman niteliğini yitiren yerleri kullanan kimselerin orman köylüsü olup olmadıkları gözetilmeden, fiili kullanım durumları dikkate alınarak orman arazisinin özel mülkiyete geçmesini öngören Ek Madde 16'daki bu düzenleme, Anayasa'nın 170. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklanan tüm sebeplerle Ek Madde 16, Anayasa'nın 2, 7, 10, 13, 56, 63, 169, 170. maddeleri ile Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6 ve 7; Ramsar Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4 ve 5; Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11; Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme'nin 1 ve 2 ve Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5 ve 6. maddelerine aykırıdır.

1.8. Milli Parklar

7139 sayılı Kanun her ne kadar DSİ ve OGM çalışmalarına odaklanmış görülse de Milli Park yönetimiyle ilgili maddeler de içermektedir. 7139 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle "9.8.1983 tarihli ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu'nun 17 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır". Yürürlükten kaldırılan cümle ise "**Bu gelirler, münhasıran bu Kanun gereği ihtiyaç duyulan mal, hizmet ve yatırımların finansmanında kullanılır.**" hükmünü içermekteydi.

Maddenin ifade ettiği gelirler, aslında kamu gelir kaynaklarıyla karşılaştırıldığında pek de büyük sayılamayacak gelirlerdir. Ancak, milli parklara ve diğer korunan alanlara ayrılan kamu bütçesinin sınırlılığı dikkate alındığında, önemsenebilecek bir gelirdir. Yapılan

³⁵ E. 2009/24, K. 2011/75, Kt. 12.5.2011.

³⁶ E. 1995/13, K. 1995/51, Kt. 27.9.1995; E. 2001/382, K. 2002/21, Kt. 23.1.2002.

değişiklikle, temel amacı doğal varlıkları koruma olan faaliyetlerde kullanılması gereken bütçe daraltılmakta, bu alandaki kamu kaynakları azaltılmaktadır. Yapılan değişiklikle, devletin elde ettiği kaynakları öncelikle doğa koruma alanında kullanma zorunluluğunu ortadan kaldırılmakta ve nasıl kullanacağı konusunda bağlayıcı hükümlerden kurtulmak istemektedir. Bu nedenle, doğa koruma ile ilgili devletin yükümlülüklerini ifade eden sözleşmelere aykırı bir düzenlemedir.

2. 7139 sayılı Kanunda Arazi Toplulaştırması ve Mülkiyet Hakkı

7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile "**Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütmek**" DSİ Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasına eklenmiş ve bu görevin nasıl yerine getirileceği de aynı Kanun'un 7. maddesi ile ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu maddeler, Anayasa'nın 2, 7, 13, 17, 35, 43, 44, 45, 56, 63, 168, 169, 170 ve 171. maddeleri ile Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi, **Özellikle Su Kuşları** Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öne Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşmesi (Ramsar **Sözleşmesi**), Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme ile Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'ne aykırı hükümler içermektedir. Bu hükümler ve aykırılık nedenleri şöyle sıralanabilir;

2.1. DSİ'ye Yetki Aktarımı

a) 7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen 9. maddede "**Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerinin yürütülmesinde DSİ uygulayıcı kuruluş olarak yetkilidir. DSİ dışındaki kurum ve kuruluşlar DSİ'nin iznine tabi olarak proje idaresi sıfatıyla arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütmeye yetkilidir**" hükmü yer almaktadır.

İlkesel olarak arazi³⁷ toplulaştırması, tarımda verimliliğin artırılması, üreticinin konforlu tarım ve yaşama koşulları elde etmesi için

³⁷ Sınırları seçilmeye yeterli araçlarla belirlenmiş yeryüzü parçaları anlamında kullanılan arazi kavramına ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde şu hüküm yer almaktadır; "Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer."

yapılır. Tarımdaki yapısal sorunların ve miras hukukunun yarattığı tahribatların giderilmesinde tarihi bir fırsat yaratabilir. Arazi toplulaştırması başarıyla uygulandığında, kırsal alanın ve köylerin yapısal sorunları bir bütün olarak büyük ölçüde çözülmekte, araziye yönelik huzur sağlanmakta, üretimde çalışma koşulları iyileşmekte, masraf ve maliyet azalmakta, örgütlenme kolaylaşmakta ve kente göç azalmaktadır.

Anılan hükümlerle arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütme görev ve yetkisi, DSİ'ye aktarılmıştır. DSİ dışındaki kurum ve kuruluşlar da DSİ'nin iznine tabi olarak proje idaresi sıfatıyla arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütmeye yetkili kılınmıştır. Ancak asıl amacı yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek ve/veya bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak olan ve buna göre teşkilatlanan bir Kuruma, hem kendi uzmanlık alanı ve teşkilatlanması ile ilgili olmayan bir görev verilmiş, hem de bu işin uzmanı olan Teşkilat (Tarım Reformu Genel Müdürlüğü) yok sayılmıştır. Oysa hukuk devletinin bir gereği olarak Devlet faaliyetleri, idare edilenlerce önceden belirli şekilde öngörülebilir olmalıdır. Somut olarak belirtmek gerekirse, DSİ'nin arazi toplulaştırması yapacak ne birikimi, ne personeli, ne de donanımı vardır. Bu birikim, gerek personel ve donanım, gerekse kuruluş amacı olarak Tarım Bakanlığına bağlı olan Tarım Reformu Genel Müdürlüğünde bulunmaktadır.

Tarım Reformu Genel Müdürlüğü uygulama alanlarında toprağın verimli olarak işletilmesi, verimliliğinin korunması ve geliştirilmesi, toprağın erozyonla kaybedilmesi ve tarım arazisinin parçalanmasının önlenmesi, az topraklı ve topraksız çiftçilerin topraklandırılması, desteklenmesi ve eğitilmesi, tarımda istihdam imkânlarının geliştirilmesi alanlarında çalışmakta ve teknolojik gelişmeyi hızlandıran, ekonomik verimliliği ve değerlendirmeyi ön planda tutan bir yapı olarak dikkat çekmektedir. 7139 sayılı Kanun'la, Tarım Bakanlığı'nın sahip olduğu bu olanakların DSİ'ye devredilip, yetkilerinin bu Kurumca kullanılması gibi bir amaç güdülmüş olsa da, bu devir sürecinin, Kanun'da ayrıca düzenlenmesi gereklidir. Bununla birlikte, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nda, bu Kanun kapsamındaki arazi toplulaştırmalarında, ilgili veya uygulayıcı kuruluş olarak "Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına bağlı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü" öngörülmüştür. Bu durumda ben-

zer yetkilerin DSİ Genel Müdürlüğü'ne verilmesi suretiyle arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerinin yürütülmesi bakımından bir kanun karmaşası da ortaya çıkabilecektir.

Kanun'un bu maddesiyle öngörülen çözümün pratik sonuçları ve ülke gerçekleri göz önüne alındığında, işlevselliği ve yerindeliği de bulunmamaktadır. Kuralın gerekçesinde, "3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nda yer alan yetkilerin DSİ Genel Müdürlüğü'ne verilmesi suretiyle arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri ile sulama faaliyetlerinin birlikte yürütülmesi hedeflenmekte olup, böylece bu hizmetlerin kamusal faydasının artırılması hedeflenmektedir" denmektedir. Ancak ortaya çıkan sonuç, sulama alanlarının dışındaki tüm tarım alanlarının toplulaştırma yetkisinin DSİ'ye verilmesidir.

Burada, görünüşte somut olaya uyan ama pratikte uygulanması açık bir adaletsizliğe yol açabilecek bir yasa koyularak, kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin ihlaline yol açılmıştır.³⁸ Arazi toplulaştırma konusunda uygulamada süreklilik sağlanamadığı gibi hukuki istikrar da tesis edilememiştir. Bu durum kamusal hizmetlerin yeknesak biçimde yürütülmesini de engelleyecek niteliktedir. Böylece hukuki güvenlik de zarar görecektir.

b) 7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen 9. madde şu hükmü de içermektedir; "Arazi toplulaştırma sahası olarak tespit edilen yerlerde bulunan Hazinesinin özel mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve arazi toplulaştırması maksatlarına uygun olarak değerlendirilmesi mümkün olan tarım arazileri, DSİ'nin talebine istinaden vafına ve mevcut kullanım şekline bakılmaksızın Maliye Bakanlığınca DSİ'ye veya proje idaresine tahsis edilir."

Yukarıda da belirtildiği gibi, 7139 sayılı Kanun 2 ve 7. maddeleri birlikte okunduğunda, DSİ ve "Proje İdaresi" adı altında yetkilendirilmiş şirket; hazinenin mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki su havzalarını, orman ekosistemine dahil alanları, çayır ve meralar ile tarım arazisine dönüştürülmüş orman arazilerini, deniz,

³⁸ Bkz. Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 334.

göl ve akarsu kıyılarını, tarih, kültür ve tabiat varlıklarını, yabani flora ve fauna ile doğal yaşama ortamlarını da kapsayan tüm arazileri, tarımsal kullanıma ve ticarileştirilmeye açmaya yetkili kurum haline getirilmiştir.

Kanunda geçen “**vasfına ve mevcut kullanım şekline bakılmaksızın**” ifadesi halen boş görünen, fakat özellikle tarımsal üretim için önemli bir üretim alanı işlevi gören hazine arazileri için tehdit oluşturmaktadır. Tarımda önemli gelişmeler sağlayacak tür ıslahları için gerekli yabani türler, tarım arazileri arasında kalmış hazine arazilerinde bulunmaktadır. Tarım uzmanları bu alanlardan yabani arpa, buğday türleri bulmakta ve kuraklığa, hastalığa dayanıklı yeni bitki çeşitleri üretmektedir. Bu gibi yerler, yeni tarımsal fırsatları barındırdığı için seçenek değeri olan üretim alanları olarak kabul edilmektedir. Bu gibi yerlerin, tanımlanmaksızın DSİ veya bitki koruma ve seçenek değeri gibi konularda uzmanlaşmamış bir proje idaresine emanet edilmesi doğru değildir.

2.2. Toplulaştırma ve Belirlilik İlkesi

a) Arazi toplulaştırılması kapsamına girecek arazi belirginleştirilmemiştir. Gerek bu Kanun, gerekse Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkındaki Kanun ile DSİ'ye arazi toplulaştırma yetkisi verilmişse de, her iki Kanun kapsamında hangi arazilerin buna dâhil olduğu açık ve net değildir. Tarım arazisinin, çayır ve mera arazilerini de kapsadığı açıkça madde metninden anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye’de sayı ve alanları sınırlı da olsa, “Hükmi Şahsiyeti Haiz Amme Müesseselerine ait Ormanlarla, Hususi Ormanlar” da bulunmaktadır. Bu ormanların da Anayasa’nın 169. maddesi gereği orman olma vasıflarının korunması gereklidir. Oysa 7139 sayılı Kanun, her türlü orman arazilerinin de bu toplulaştırma uygulamalarının kapsamına girebilecek şekilde geniş düzenlenmiş; genel bir arazi kavramı kullanılmıştır. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, toplulaştırılacak araziler bakımından herhangi bir istisna getirilmediğine göre, bu araziler orman alanı içinde de olabilecektir. Bu durumda Devlet ormanları üzerinde gerçek ve tüzel kişiler yararına irtifak hakkı tesis edilebilmesi için, bu yolla yerine getirilmek istenen kamu hizmetinin üstün bir kamu yararına dayanması ve Devlet ormanlarına ait alanların kullanılmasının zorunlu bulunması; diğer bir ifade ile kamu yararı

taşıdığı kabul edilen hizmetin, orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin imkânsız olması koşulunun mutlak surette gerçekleşmesi gerekecektir. Aksi takdirde, Anayasa Mahkemesi'nce aranan ölçütler ihlal edilmiş olacaktır.³⁹ Bu çerçevede arazi toplulaştırması ile gerçekleşmesi beklenen amacın, orman ekosistemi dışında elde edilmesini mümkün kılan her düzenleme, Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, üzerinde orman ağacı bulunduran ve büyüklüğü 3 hektardan az olduğu için hukuken hususi (özel) orman sayılmayan ağaçlık alanların orman ağaçlarından faydalanma şekli, Orman Genel Müdürlüğü'nün (OGM) izniyle belirlenmektedir. Bu alanlar genelde tarım alanları içerisinde kalmış; fakat eskiden orman olan kalıntı yerlerdir ve biyolojik çeşitliliğin, kuş barınma alanlarının son kalıntıları olarak önemli ekolojik işlevler görmektedir. OGM bu alanlardaki ağaçlardan faydalanmayı, yaban hayatı ve kuşlarla ilgili uluslararası yükümlülükleri dikkate alarak kısıtlayabilmektedir. Bu gibi alanların, toplulaştırma sırasında, nitelik değiştirmesi olasıdır ve bu değişim yetkisi, ilgisiz ve birikimi olmayan DSİ'ye geçmiş durumdadır.

Yine, arazi toplulaştırması kapsamına girecek araziler bakımından herhangi bir istisna hükmü getirilmediği için;

- Toplulaştırılacak araziler, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerleri de olabilir. Arazi toplulaştırması bu varlık ve değerlere zarar vereceğinden, bu hüküm Anayasa'nın 63. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.
- Toplulaştırılacak araziler, yabani flora ve fauna ile doğal yaşama ortamları, bilhassa nesli tehlikeye düşmüş ve düşebilecek türlerin, özellikle endemik olanların yaşama ortamları da olabilir. 3 hektardan küçük alana sahip olduğu için orman sayılmayan özel kişilerin ellerindeki tüm ağaçlık alanlar bu niteliktedir. Tarım arazileri arasında kalmış kamu tüzel kişilikleri ile hazine arazilerinin de özellikle tarımsal biyolojik çeşitlilik ve yaban hayatı açısından önemli işlevler gören son sığınaklar olduğu bilinmektedir. Bu nitelikteki arazilerin toplulaştırılmasına da imkân veren yasal düzenleme, Avrupa'nın Yaban Hayatı Ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddelerine de aykırıdır.

³⁹ E. 2000/75, K. 2002/200, Kt. 17.12.2002.

- Toplulaştırılacak araziler, su kuşlarının yaşama ortamı da olabilir. Daha genel bir ifade ile bütün sulak alanlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarının yaşam alanları, göç yolları üzerindeki konaklama alanları da toplulaştırılabilir. Hem tarım, hem sulak alan yönetimi açısından özellikli yerler olan, Bursa Uluabat, Manyas veya Samsun Bafra yarımadası bu durumun en tipik örnekleridir. Ekolojik işlevleri dikkate almayan bir arazi toplulaştırması, sulak alanlara ve onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarına zarar verebileceğinden, bu hüküm Ramsar **Sözleşmesi**'nin 1, 2, 3, 4 ve 5. maddelerine aykırı düşecektir.
- Toplulaştırılacak araziler, biyolojik çeşitlilik bakımından, önemli bitki alanları (ÖBA), önemli doğa alanları (ÖDA), tabiat parkları, milli parklar, habitat alanları, özel çevre koruma bölgeleri, doğal sit alanları olabilir. Bu bakımdan arazi toplulaştırılması, biyolojik çeşitliliğe zarar vereceğinden söz konusu hüküm, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11. maddelerine aykırıdır.
- Toplulaştırılacak araziler, istisnaî evrensel değeri olan oluşumlar ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesin olarak belirlenmiş alanlar olabilir. Bu bakımdan arazi toplulaştırması, istisnaî evrensel değeri olan oluşumlara ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerine zarar vereceğinden bu hüküm, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5 ve 6. maddelerine aykırıdır.
- Toplulaştırılacak araziler, madde metninde de açıkça ifade edildiği gibi, çayır ve meralar olabilir. Bu bakımdan arazi toplulaştırması, çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasına yol açacağından Anayasa'nın 45. maddesine aykırıdır.

Sonuç itibarıyla 7139 sayılı Kanun'un 2 ve 7. maddeleri birlikte okunduğunda, DSİ ve "Proje İdaresi" adı altında yetkilendirilmiş şirket; suyu -su havzalarını-, toprakları -orman ekosistemini- kullanıma ve ticarileştirmeye yetkili kurum haline getirilmektedir. Tarım alanlarında, ormanlarda ve suda endüstriyel üretim yapılabilmesi için DSİ ve yetkili şirket arazi toplulaştırabilmekte, bunun için tapu kadastro nun tapu üzerindeki işlevi de devre dışına çıkarılmaktadır. Bağlı bahçesi, tarlası olan şahısların yaşam hakkı bağlamında yaşam alanlarına

müdahale edilmekte, mülklerine el konulabilmektedir. Vatandaşın mülkiyet hakkı, bağ bahçesinden geçimini sağlayan tarım hayvancılık yapan çiftçinin geçimlik yaşam hakkı yok sayılmaktadır. Toprak toplulaştırma ile tarlalara, bağlara bahçelere zorla el konarak endüstriyel tarıma açılmaktadır. Çiftçilerin yönetiminde olduğu demokratik kitle örgütü sulama birlikleri bu yolla işlevsizleştirilmekte, çiftçilerin kurumu olmaktan çıkarılmaktadır. Topraklarını toplulaştırarak çiftçinin, geçimlik üretimden yoksun bırakacak, endüstriyel tarımı öne alan bu düzenlemeler, genetiği değiştirilmiş organizmaların (GDO) üretimlerinin de önünü açacaktır. Bu haliyle bu hükümler, Anayasa'nın 17, 35, 44, 45, 56, 63, 170 ve 171. maddelerine de aykırıdır.

b) 7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ek 9. madde ile eklenen **"Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar DSİ'nin bağlı olduğu Bakanlık tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir."** hükmüne ilişkin şu değerlendirmeler yapılabilir;

Tek bir kanun maddesinde (Ek md. 9) çok sayıda maddede düzenlenmesi gereken konular yer almaktadır. 15 fıkrada düzenlenen bu çok geniş madde kapsamında, son fıkra hükmü dışında ayrıca fıkralarda da yürütme ve idarenin çıkaracağı yönetmeliklere göndermede bulunulmuştur. Ancak Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gereği açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık madde kapsamında proje idaresinin niteliği, tahsis edilecek arazinin özellikleri gibi konuların belirsiz olduğu, somutlaştırılmadığı gibi bu konularda düzenleme yetkisi yürütme ve idareye devredilerek Anayasa'nın 7. maddesine aykırı davranılmıştır.

2.3. Toplulaştırma Yoluyla Mülkiyet Hakkının İhlali

a) 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un ek 9. maddesinde yer alan; **"Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri uygulanacak arazi üzerinde, DSİ veya proje idaresi tarafından yapılacak fiili uygulamalar, hak sahiplerinin iznine tabi değildir. Arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri yürütülen alanlarda tarımsal faaliyetleri kısıtlamaya DSİ veya proje idaresi yetkilidir"** hükmü de Anayasa'ya aykırıdır. Şöyle ki;

Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.⁴⁰ Gayrimenkul malların (arazilerin) mülkiyet hakkının kapsamına dâhil olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Mülkiyet hakkı kişiye (başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla) sahip olduğunu dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder. Anılan hükümler uyarınca arazisi zorunlu toplulaştırma kapsamında kalan arazi sahipleri, mülkiyetlerinde bulunan taşınmazlarından yoksun kalabileceklerdir.

Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrasında mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Zira mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamaması, devletin mülkiyetin kullanımını toplum yararına uygun olarak düzenleyebilmesini gerektirmektedir. Ayrıca Anayasa'nın kıyılara ilişkin 43, toprak mülkiyetine ilişkin 44, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63, tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168, ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddeleri ile müsadereye ilişkin 28. maddesinin sekizinci fıkrası, 30. maddesi ve 38. maddesinin onuncu fıkrasında, devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir.

Mülkiyet hakkına arazi toplulaştırılması yoluyla müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Yukarıda anılan hükümler, arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri uygulanacak arazi üzerinde, DSİ veya proje idaresine, hak sahiplerinin iznine tabi olmaksızın fiili uygulamalar yapma ve bu alanlarda tarımsal faaliyetleri kısıtlama yetkisi vermektedir. Fıkranın,

⁴⁰ E.2015/39, K.2015/62, Kt. 1.7.2015, § 20.

mülkiyet hakkına müdahaleyi proje idaresi adı altında özel şirketlere bırakması, Anayasaya aykırı bir yetki devridir. Zira yasal düzenleme, özel şirketlerin hangi koşullara tabi olarak bu kamusal yetkileri kullanabileceğine ilişkin usul ve esasları açık ve somut biçimde belirlememiştir. Dolayısıyla özel kişiler eliyle mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin dayandığı Kanun hükmü, müdahalenin kanuni temelini ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımamaktadır. Düzenleme bu kapsamıyla, Anayasa'nın 35. maddesi anlamında müdahalenin meşruiyet unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamamaktadır.⁴¹

6200 sayılı Kanun'a Ek 9. maddeye göre; **"Bakanlar Kurulu kararı, arazi toplulaştırması ve diğer işlemler yönünden kamu yararı kararı sayılır."** Bu çerçevede Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup, objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Kamuya yararlı olmasından kastedilen ise, sınırlamanın adaletli ve hakkaniyetli olması yanında, gerçekçi, işlevsel ve yararlı olmasıdır. Başka bir deyişle uygulanabilir ve benimsenebilir olmalıdır.

Arazi toplulaştırması ve diğer işlemler yönünden Bakanlar Kurulu kararının otomatik olarak kamu yararını içerdiği varsayılmaktadır. Oysa böyle bir kararın gerçekten kamu yararına yönelik olup olmadığı, dava açılması halinde idari yargı tarafından her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bilindiği gibi hukuk devleti, hak ve özgürlükleri yaşama geçirmek, onları genişletilip güçlendirilmek için oluşturulmuş ve bu yoldaki güvenceleriyle saygınlık ve onur kazanan bir yapıdır. Hukuk devleti, bu nitelikleriyle değil de, istediğini hiçbir ölçü tanımadan yapabilen bir güç olarak düşünülürse, devlet hukuk dışına kolayca kayabileceği gibi hak ihlaline yol açan işlem ve eylemler, devlet adına ve devlet adı kullanılarak kolaylıkla gerçekleştirilebilecektir. Oysa devletin her şeyden önce güven vermesi gerekir. Mülkiyet hakkının anlamına ve anayasal normların gereklerine aykırı biçimde sınırlama ve elatmalar, arazi toplulaştırmalarının, bu hakkı ihlal etmesine; hatta bu hakkın özüne dokunmasına neden olacaktır.

⁴¹ Bkz. Halime Sare Aysal, [GK], B. No: 2013/1789, 11.11.2015, § 69.

Bu sebeple Bakanlar Kurulu'nun arazi toplulaştırması açısından alacağı tüm kararları otomatik şekilde kamu yararı olarak kabul etmek, yargı erkinin fonksiyonunu ve yargı denetimini sınırlandıracak biçimde yorumlanmaya elverişlidir. Arazi toplulaştırmalarında doğrudan toprakla ilgili olan Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın devre dışı bırakılıp suyun özelleştirilmesinin temel aktörlerinden olan DSİ'nin ana aktör haline getirilmesi, özellikle tarım arazileri bakımından alınacak kararların ne ölçüde kamunun yararına olacağı sorularını beraberinde getirecek uygulamalara da neden olabilecektir. Kamu yararı kararı otomatik olarak var sayılan bütün plan ve yatırımlar için tarım arazilerinin amacı dışında kullanılmasına izin verilmesi halinde, Anayasa açıkça ihlal edilmiş olacaktır.

Öte yandan verimli tarım toprakları, ülkenin gıda bağımsızlığı ve güvenliği ile doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla kamu yararı gözetilirken kısa vadeli ekonomik çıkarlardan ziyade devletin unsuru olan toprağı ve oradaki verimle sağlıklı bir yaşam sürecektir toplumu birlikte düşünüp fayda - maliyet analizini buna göre yapmak elzemdir. Aynı arazinin farklı kullanım biçimlerinin farklı kamu yararları üretebileceğı ve bunlar içerisinde birinin en üstün kamu yararı anlamına gelebileceğı bir gerçektir. Dolayısıyla, farklı kullanım biçimlerinin yaratabileceğı kamu yararlarını karşılaştırmadan oluşan kamu yararının en üstün olduğunu varsaymak, gerçekçi bir yaklaşım değildir.

Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı amacına dönük olması yeterli olmayıp ayrıca ölçülü olması gerekir. Öngörülen tedbirin, ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında maliki olağandışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez.

Arazi toplulaştırılmasının, Kanun'da belirtilen kamusal amaca ulaşılabilmesi bakımından elverişsiz bir araç olmadığı söylenemez.

DSİ tarafından zorunlu arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri yapılabilmesi veya yaptırılabilmesine yönelik bu düzenlemede göze çarpan en önemli noktalardan birisi, arazi toplulaştırma işlerinin DSİ dışında özel şirketlerce de yapılabilecek olmasıdır. Bu yönüyle söz konusu hüküm, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına, hatta ortadan kaldırılmasına olanak vermektedir. Ancak yurttaşın arazisi üzerindeki mülkiyet ve işletim hakkının bir başka özel tüzel kişinin

veya bir başka gerçek kişiye geçecek olması, mülkiyet sınırlanmasına ilişkin anayasal kurumlar olan kamulaştırma ve devletleştirme dışındaki kısıtlamalara geçerlik tanımak anlamına gelecektir. Bu durum, Devlete tanınan bir usulün kötüye kullanılarak, özel kişilerce, mülkiyet hakkına tanınan anayasal güvencenin aşılmasına yol açacaktır. Bu suretle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Son olarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığı da incelenmelidir. Orantılılık ölçütü bakımından Ek 9. maddede yer alan; **“Bu suretle oluşturulan araziler; öncelikle arazi toplulaştırmasına veya kamulaştırma konusu olan arazi maliklerine, bu kişiler satın almadığı takdirde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünde tarım arazisi bulunmayan yöre çiftçilerine rayiç bedeli üzerinden DSİ’nin veya proje idaresinin talebi üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslara göre satılır.”** hükmü önem taşımaktadır. Anılan hükme göre, asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki araziler toplulaştırma veya kamulaştırılma sonrasında, öncelikle maliklerine, bu kişiler satın almadığı takdirde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünde tarım arazisi bulunmayan yöre çiftçilerine rayiç bedeli üzerinden satılacaktır. Özel mülkiyette bulunan arazilerin toplulaştırmaya tabi tutulmasının malike sağladığı menfaatler gözetilerek rayiç bedelden de olsa özel kişilere devredilmesinin öngörülmesinde kamusal yarar bulunmakla birlikte bu yolla malike aşırı ve orantısız bir külfet yüklenmektedir. Bu bağlamda malikin, toplulaştırma uygulamasından elde ettiği parasal yarar ile arazisinin -tamamını- özel kişiye devredilmesi ile yüklendiği külfet arasında bir kıyaslama yapılmalıdır. Bu çerçevede toplulaştırma sonucu arazide ortaya çıkan değer artışından, eski malik mahrum kalabilecektir. Öte yandan eğer ilgili araziler tarım arazisi ve malikin de çiftçi olması halinde, Anayasa’nın 44. maddesi kapsamında “Toprak mülkiyeti” ile 45. maddesi kapsamında “Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması” hakkındaki düzenlemelerine de aykırılıklar gündeme gelebilecektir. Zira Devlet, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırma ve yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu durumda arazi maliki çiftçi ve köylüye aşırı bir külfet yüklemekte ve

kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi çiftçi ve köylü aleyhine bozmaktadır. Hele ki müdahale edilen malvarlığı değerinin arazi sahiplerinin geçimlerinin sağlanmasında başat rol oynamasının dikkate alınmadığı durumlarda, İHAS'ın 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi ve Anayasa'nın 13. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık çok daha açık bir şekilde görülebilecektir.⁴² Küçük toprak sahiplerinin böyle bir külfete katlanma yükümlülüğüne maruz bırakılmaları, mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir.

Özellikle bu düzenleme ile küçük ölçekli aile işletmeleri ortadan kaldırılmakta, geleneksel bilginin yok edilmesine ve yerel kültürlerin tahrip olmasına zemin hazırlanmaktadır. Adeta büyük şirketler lehine bir büyüme teşvik edilmektedir. Uzun yılların tecrübesiyle elde edilmiş geleneksel bilgi, ait olduğu yörenin ikliminden, suyuna, bitkisinden hayvanına kadar uzanan geniş bir birikimi ifade etmektedir. Geleneksel bilginin korunması ancak üretimin sürekliliği ile sağlanabilmektedir. Devletin küçük üreticilere karşı büyük şirketleri, yerel bilgi ve kültüre karşı küresel anlayışları tercih etme hakkı bulunmalıdır. Farklı kişilerde olan parçalı arazileri birleştirme ve toplulaştırma yetkisini eline geçiren DSI, şahıslara ait geçimlik tarım-hayvancılık yapılan arazilere, sahiplerinin oluru ve uzlaşısı aranmadan el koyabilecektir. Bu, devlet gücü kullanılarak küçük arazi sahiplerinin özel mülkiyet haklarının bir şekilde gaspı anlamına gelecektir. Üstelik böylece toplulaştırılan arazinin, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından maden, sanayi, endüstriyel tarım vb. amaçlı olarak devredebilmesi ve ihale edebilmesinin yolu da açılmış olacaktır.

Nihayet bu Kanun öncesinde toplulaştırma için arazi sahiplerinin yarısından bir fazlasının onayı gerekmesine karşın, bu yeni yasal düzenlemede **"... maliklerin muvafakati aranmaksızın zorunlu arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri yapılabilir"** hükmü yer almaktadır. Bu maddede geçen ifade ile arazi toplulaştırması işleminin toprak sahibinin izni aranmaksızın, getirilen mali külfetlere hazır olma fırsatı verilmeden gerçekleştirilmesinin önü açılmakta ve toplulaştırma işlemi toprak gaspına dönüştürülmektedir. Toprak sahibinin rızası aranmaksızın toplulaştırma yapmak, mülkiyet hakkının ihlalidir. Ayrıca anılan hükümler gereğince, açıkça tarım arazisinin ni-

⁴² Aynı yönde bkz. Devecioğlu v. Türkiye, App. No. 17203/03, 13.11.2008, prg. 40.

teliğine, kalitesine, mevcut kullanımına bakılmaksızın DSİ'nin karar alma yetkisini düzenlemektedir. Bu düzenleme biçimi, Anayasa'nın 44. maddesiyle de çelişmektedir. Öte yandan verimli bir toprak, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının da önemli bir unsuru olmasından ötürü Anayasa'nın 56. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

b) 7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ek 9. madde ile eklenen "Arazi toplulaştırması sonucu oluşturulan parsellerin alanı ve arazi özellikleri birlikte değerlendirilir ve arazilerden yol, kanal, tahliye kanalı gibi kamunun ortak kullanacağı yerler için en fazla %10'u kadar ortak tesislere katılım payı düşülür. Çayır ve meralardan da ortak katılım payı kesintisi yapılarak toplulaştırmaya dâhil edilip mümkün olduğunca sulama, tahliye ve yol sisteminden yararlandırılır. Katılım payı için bedel ödenmez. Katılım payı dışında kesilen arazi öncelikle varsa eş değer tahsisli arazilerden karşılanır, yoksa kamulaştırılır." hükmü; Anayasanın 13 ve 35. ile 1. Ek Protokolün 1. maddelerine aykırıdır.

Anılan hüküm uyarınca toplulaştırılan arazilerden yol, kanal, tahliye kanalı gibi kamunun ortak kullanacağı yerler için en fazla %10'u kadar ortak tesislere katılım payı düşüleceği ve bu pay için bedel ödenmeyeceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı konusunda ise gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek ise Anayasa Mahkemesi içtihatları bireyin hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulmasının zorunluluğuna işaret etmektedir.⁴³ Kanun'daki bu düzenlemede ise onda biri aşan oranda mülkün karşılıksız elden alınması ve ortak tesislerin işletilmesi sebebiyle ayrıca ücret talep edilecek olması, bu adil denge kavramına uygun düşmemektedir. Bu durum mülkiyet hakkının kullanılmasına ağır bir yük getirmekte ve devletin kamu yararını sağlamaya dönük yükümlülüğü, kamu gücü eliyle arazi sahiplerine yükletilmektedir. Bu bağlamda kamu menfaatinin genel gereklilikleri ile hakların güvence altına alınması zorunluluğundan doğan adil dengenin korunmasını sağlayacak bir kamulaştırma bedeli veya tazminat da öngörülmemektedir.⁴⁴

⁴³ B.No 2013/1239, Kt 20.03.2014.

⁴⁴ Karş. Ari ve Diğerleri v.Türkiye, App. No. 65508/01, 03.04.2007

Ayrıca ortak tesislerin kamu ya da özel tüzel kişilerin ya da gerçek kişilerin mülkiyetine geçecek olması, mülkiyet hakkının ihlalinin gerisindeki sosyal amacı ortadan kaldırdığı gibi, kamu hizmetlerinin paylaşılması ve katılım olgusunu da ortadan kaldırmaktadır. Sahibinin rızası olmadan ve değerine göre makul değer ödemediği zorla el konulan arazi üzerinde kamusal ya da özel tüzel kişiler ortak tesisler adı altında işletmeler oluşturacaklar; seçeneği olmayan bu hizmetleri zorunlu olarak arazi sahipleri satın alacaktır. Böylelikle yapılacak ortak tesislerden ücreti karşılığında yararlanılacak olmasını öngören kuralın, Anayasa Mahkemesi'nin aradığı hukuksal nedenden yoksun kaldığı da açıkça ortaya çıkmaktadır.⁴⁵ Bu da kamu yararı ile temel hakların korunması arasında oluşturulması gereken doğru dengeyi ortadan kaldırmış olacaktır.

Anılan hükmün son cümlesinde, katılım payı dışında kesilen arazinin öncelikle varsa eş değer tahsisli arazilerden karşılanması, yoksa kamulaştırılmasına yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Oysa mülkiyet hakkının ortadan kaldırılabilmesinin yöntemi, Anayasa'nın 46. ve 47. maddelerinde gösterilen kamulaştırma ve devletleştirmedir. Anayasa bu yöntemlerle mülkiyet hakkı ortadan kaldırılabilir; fakat gerçek karşılığı olan para ödendiği sürece, bu ortadan kaldırma demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sayılamaz. Gerekli yöntemlere uyulmayan ve gerçek karşılığı olan paranın ödenmediği durumlar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturur. Aslında kamulaştırma niteliği taşıdığı halde, bu niteliği yokmuş gibi gösterilmeye çalışılan bu düzenleme, mülkiyet hakkını sınırlamanın ötesinde, belli oranda ortadan kaldırdığı için Anayasa'nın 46. maddesine de aykırı düşmektedir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 10.3.2009 günlü, Rimer ve diğerleri/Türkiye kararında, tabiat ve ormanların, daha genel anlamda çevrenin korunması amacıyla mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklara müdahalede bulunulabileceği ancak mülkün gerçek değerine göre makul kabul edilebilecek bir tazminat ödemediği mülkiyetten mahrum bırakmanın, kamu yararı ile temel insan haklarının korunması arasında oluşturulması gereken doğru dengeyi başvuranlar aleyhine bozduğu sonucuna varmıştır.⁴⁶

⁴⁵ E. 1963/65, K. 1963/278, Kt. 22.11.1963.

⁴⁶ E. 2012/108, K. 2013/64, Kt. 22.5.2013.

2.4. İştirak Halinde Mülkiyetin Paylı Mülkiyete Dönüştürülmesi

7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ek 9. madde ile eklenen hüküm, arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri projelerinin uygulanması esnasında hisse hataları ile 3.7.2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8 inci maddesi hükümlerine tabi olmayan iştirak halinde mülkiyet olarak tescilli parsellerin paylı mülkiyete dönüştürülmesi işlemlerinin, DSİ veya proje idaresi tarafından resen düzeltilmesini öngörmektedir. İştirak halinde mülkiyetin paylı mülkiyete, maliklerinin rızası olmadan dönüştürülmesi, mülkiyet hakkına Anayasaya aykırı bir müdahaledir.

Bu durum, her şeyden önce Devletin mülkiyet hakkının korunmasına yönelik pozitif yükümlülüğünü ihlal edecektir. Söz konusu düzenleme, mülkiyet hakkı özelinde öngörülebilirlik ve kesinlik ölçütlerine de uygun değildir. Aynı zamanda bu alanda birlikte mülkiyet sahibi olanların hukuksal girişimlerinin işlevsiz kalmasına da yol açacaktır. Kamu makamlarının, Kanun'un sağladığı bu olanakla, hak sahiplerini hukuki süreç hakkında bilgilendirmesi zorunlu olmadığı gibi bu konuda kendi iradeleriyle bir uzlaşma sağlayamayan ilgililerin bağımsız yargıya başvurma hakları da ellerinden alınmaktadır. Sonrasında DSİ veya proje idaresi tarafından resen alınan karara karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği düşünülse bile özel hukuk uyumsuzluğunun idari yargının konusu haline getirilmesi gibi bir risk de ortaya çıkacaktır. Böyle bir sonuç, Anayasanın adli - idari yargı kolları arasında öngördüğü ayrılığa da aykırıdır.

Birlikte mülkiyet durumunda, birlikte mülkiyetin elbirliği halinde mi olacağı yoksa paylı mülkiyet şeklinde mi olacağı, maliklerin özgür iradesine bağlı bir durumdur. Sahibinin rızası dışında yapılacak bir değişim, mülkiyet hakkını idarenin müdahalesiyle sınırlandıracak, hatta ortadan kaldıracaktır. Tapu İdaresinin de devre dışı bırakılması suretiyle DSİ ve "Proje İdaresi" adı altında özel bir şirket, tüm tapu kayıtlarını düzenleme ve tapu üzerindeki şerhleri kaldırma yetkisine kavuşmaktadır. Bu idari işlem, maliklerden bazılarının, diğerlerine göre arazinin daha değerli kısmına sahip olması gibi hakkaniyete aykırı bir durumu da ortaya çıkarabilecektir. Bu çerçevede mülkün ger-

çek değerine göre makul kabul edilebilecek bir tazminat ödemediği kişiyi mülkiyetten mahrum bırakmak, mülk sahipleri bakımından aşırı zarar oluşturacaktır. Bu zarar sebebiyle mülk sahiplerine hiçbir tazminat ödenmemesi, kamu yararı ile temel hakların korunması arasında oluşturulması gereken doğru dengeyi mülk sahipleri aleyhine bozmaktadır.

3. Su Hakkı ve Su Tahsisi

7139 sayılı Kanun ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen gerek 2. maddenin 1. fıkrasının (u) bendi gerekse ek 7. maddesi, esas itibarıyla "su tahsisini" düzenlemektedir. Su tahsisine ilişkin bu düzenlemeler ister istemez "su hakkı" üzerinde durulmasını gerektirmektedir.

Su, çeşitli insan toplulukları açısından kültürel bir değer taşımakla birlikte, yine insanlar / insan toplulukları açısından "mülkiyetin" konusunu da oluşturmaktadır. Su üzerindeki mülkiyet, en ilkel haliyle bedensel ya da çevresel temizlik için ve doğrudan / dolaylı temel besin üretimi / tüketimi ve de barınma için olabileceği gibi, başta enerji üretimi olmak üzere birçok teknolojik, ticari veya endüstriyel kullanımın da esasını oluşturmaktadır.⁴⁷ Temel su hakkı, insanların herhangi bir idari sürece tâbi olmaksızın temel normdan (anayasadan) kaynağını alan haklarını ifade etmektedir. "Su hakkı" ifadesi yalnızca özel hukuk ilişkileri açısından mülkiyetin bir parçası olarak değil, geniş anlamıyla kullanılmalıdır.

3.1. Uluslararası Hukukta Su Hakkı

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin (İHEB) "herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır" biçiminde bir hüküm içeren 25'inci maddesi, su hakkı çıkarımına zemin hazırlamaktadır. Çünkü su hakkı, bu maddenin açıkça atf yaptığı "yeterli yaşama standardına" kesinlikle dâhildir.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 11-29 Kasım 2002 tarihinde Cenevre'de düzenlediği 29'uncu oturumunda, 15

⁴⁷ Tolga Şirin "Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri" MÜHF - HAD, İstanbul 2014, C. 16, S. 3-4, s. 86.

no'lu genel yorum ile birlikte su hakkı, ilk kez resmi olarak değerlendirilmiş ve Sözleşme metninde su hakkından açıkça bahsedilmese de, bu hakkın metnin içeriğinde yer aldığı sonucuna varılmıştır.⁴⁸

15 no'lu genel yorumdaki "bir kimsenin su için bedel ödeyememesinden kaynaklanması halinde, kişilerin ödeyebilme kapasitesi dikkate alınmalıdır. Bir kimse hiçbir şekilde ihtiyacı olan asgari su miktarından mahrum bırakılmamalıdır." biçimindeki ifadeden suyun, sadece ekonomik bir değer olarak değil, sosyal ve kültürel bir değer olarak ele alınması gerektiği, bir var olma - varlık değeri taşıdığı da ortaya çıkmaktadır. Genel Yorum'da hakkaniyet ilkesi gereği özellikle suyun bedelinin ödenebilir olması için "bedelsiz veya düşük bedelli su gibi uygun fiyatlandırma politikalarının" uygulanmasının gerektiği salık verilmiştir.

Benzer yaklaşım, bölgesel düzeyde üretilen metinlerde de görülmektedir. Örneğin 2001'de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kabul ettiği Avrupa Su Kaynakları Şartı'nın 5'inci maddesi şu şekildedir: "Herkes kendi temel ihtiyaçları için yeterli miktarda su hakkına sahiptir. Uluslararası insan hakları belgeleri (instruments) tüm insanların açıktan kurtulma ve kendileri ve aileleri için yeterli yaşam standardı haklarını tanımaktadır. Bu iki ihtiyacın, sağlık ve hijyen bakımından yeterli kalitede, asgari miktarda su hakkını içerdiği açıktır. Su temininin insanları mahrum bırakacak şekilde kesilmesini önlemek için sosyal tedbirler yürürlüğe konmalıdır."

Nihayet Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu, suyun insan haklarının temel bir parçası olduğuna karar vermiştir. Bolivya'nın girişimiyle 28 Temmuz 2010'da bir araya gelen genel kurul üyeleri; güvenli ve temiz içme suyuna erişim ve sanitasyon hakkını tanıyan tarihi bir karar⁴⁹ almıştır.

3.2. Ulusal Hukukta Su Hakkı

Türkiye'de su hakkı Anayasada açıkça güvence altına alınmamıştır. Ancak Hindistan'da da benzer bir boşluk bulunmasına rağmen su

⁴⁸ 15 no'lu genel yorum için bkz. <http://tiny.cc/omn8j> (12.05.2018).

⁴⁹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin Su ve Hıfzıssıhha Hakkı Konusundaki İkinci Protokol Seçeneği için bkz. <https://www.suhakki.org/2015/05/dunya-su-protokolu/> (12.05.2018).

hakkı, içtihat yoluyla yaşam hakkından türetilmiştir. Bu noktada, Anayasanın 17'inci maddesinde düzenlenen "yaşam hakkı" önem taşımaktadır. Bu açık maddeye ek olarak, Anayasa'nın 56'ncı maddesine göre "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkında sahiptir."

Su hakkının, anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği çevre ile olan ilişkisi de kurulabilir. Nitekim Anayasa'nın 63. maddesi çok açık bir şekilde devlete bir tabiat varlığı olan suyun korunması yükümlülüğü getirmektedir. Suyun sadece bir tabiat varlığı olmadığı, aynı zamanda bünyesinde bir biyoçeşitlilik taşıdığı, ekosistemlerin temel bir bileşeni olarak ilişkili tüm canlılar ile çevresinde yaşayan halkın konut, çalışma, beslenme hakları ile doğrudan ilgisinin bulunduğu tartışmasızdır. Bu nedenle su tam anlamıyla doğal, tarihsel ve kültürel bir değer olmaktadır. Yine 56. maddenin 2'inci fıkrasında, çevre hakkına yönelik devlete ve vatandaşlara bir ödev de yüklendiği görülmektedir: "Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir." Anayasa'da çevre hakkı ile su hakkının açıkça kesiştiği bir nokta da kıyılarına ilişkin olan 43. maddedir.

Bunun dışında Anayasa'da suyun üzerindeki mülkiyete ilişkin bir düzenleme de bulunmaktadır. 168'inci maddeye göre; su üzerindeki arama ve işletme hakkı devredilebilecektir. Kanun'a dayalı böyle bir devir için Devletin denetim ve gözetimiyle, imtiyazın belli bir süreyle sınırlı olması koşulları aranacaktır.

Çevre hakkının bir parçası olması yanında su hakkı bir bütün olarak ele alındığında özellikle beslenme ve sağlık hakları gibi sosyal boyutu ve yoksulların bu zeminde güvencelenmesi açısından başta sosyal devlet ilkesi (md.2) olmak üzere, Devletin temel amaç ve görevlerini "(...), kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak..." biçiminde ortaya koyan 5. maddesi göz ardı edilmemelidir.

3.3. Su Tahsisinin Anayasallığı

Giderek artan nüfus, sanayi, tarım ve gelişmiş dünyanın su talebi, dünyanın sınırlı su stoklarından olması gerekenden daha fazla su çekilmesi sonucunu yaratmaktadır. Su hakkı için ve suyun kamunun yukarıda belirtilen hukuksal güvencesinin altında kalmaya devam etmesi için ilgili Kanun'da suyun açık pazarda alınıp satılacak bir meta haline getirilmesinden kaçınılmak gerekmektedir. Aksi takdirde su lisanslarının genellikle özel şirketler ya da endüstriyel tarımsal işletmeler tarafından alınıp satılması, ticaretinin yapılması mümkün hale gelmektedir. Bütün bu durumlarda su, onu satın alabilecek araçlara sahip olanların özel mülkü olmakta ve yeterli geliri olmayanlar ona erişemez hale gelmektedir. Bu durumda küçük çiftçiler, köylüler ve yoksullar bu şirketlere karşı korumasız kalmaktadır.⁵⁰

Suyun bu şekilde özel sektöre devri, insanların su ile olan ilişkisine "kâr" faktörünü dâhil etmektedir ki bu, insan hakkı ile potansiyel olarak çelişmektedir. Çünkü kamu hizmetinde amaç kâr değil, kamu yararadır. İkinci olarak bunun, suyun kamusalılığı sorunu olmaktan ziyade, bir yönetim sorunu olduğu söylenebilir. Bu yönetim sorununun anayasal sınırlar içerisinde çözümü, suyun temel bir insan hakkı olduğunun ve devletin fiziksel, ekonomik ve eşit olarak suya ve suya ilişkin bilgiye erişme hakkını gerçekleştirme ödevinin, emredici biçimde açıkça düzenlenmesidir. Bilindiği gibi, doğal tekel niteliğinde olan varlıkların kamu yönetiminde olması, olası istismarları önlemenin en temel yoludur. Bir bölgenin ikame edilemez bir su kaynağı da, yaşam için doğal bir tekel demektir ve kamu tarafından, kar amacı gütmeyen yönetilmesi gereklidir.

Buna karşılık 16 Aralık 1960 tarihli ve 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun'un 4. maddesine 2003 yılında 4916 sayılı Kanun'la eklenen düzenleme esasen potansiyel olarak büyük şirketleri muhatap almıştır. Belirli bir kira karşılığında ticari faaliyet gören tarım ve sanayi şirketlerinin her gün kullandıkları tonlarca suyu ücretsiz olarak kullanmaları olanaklı hale getirilmiştir.

⁵⁰ Maude Barlow (Çev. Arife Köse), Su Hakkı, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2016, s. 20.

Devletlerin, su hakkına ilişkin olarak, bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi için mümkün olduğu kadar hızlı ve etkili şekilde hareket etme ve su hakkıyla ilgili geriye götürücü tedbirler almama konusunda değişmez ve devamlı bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda su hakkının tam anlamıyla gerçekleşmesini engelleyen ticaretin liberalleşmesi yönünde kanunlar yapılmamalıdır. Suyun bir kâr metası haline getirilmesi ve suyun özelleştirilmesi durumunda kamusal güvenceye nazaran, pazar koşullarının gereği olarak kalite ve miktarda düşüş ve fakat bunun aksine ücretlerde yükselme olacağı dünyanın pek çok yerinde yaşanmış örneklerden yola çıkarak kestirilebilir. Piyasa odaklı fiyatlandırma, yatırımcıların kar elde etmelerine yönelik tarifelerde keskin artış ile birlikte su ücretlerinin orantısız biçimde pahalılaşmasına yol açacaktır. Su ve suya dayalı hizmetler, kamunun sahip olduğu ve hesap verebilir bir kuruluş tarafından salt kâra bağlı olmayan bir yöntemle verilen bir kamu hizmeti olmaktan çıkarılmamalıdır. Yalnızca kar odaklı bir fiyatlandırma, su hakkına ölçsüz bir müdahale oluşturacaktır.

Bu konuda en belirgin örneği Bolivya oluşturmaktadır. 1999 yılının Haziran ayında Bolivya'nın Cochabamba kentinde su durumuna ilişkin olarak, Dünya Bankası'nca hazırlanan rapor çerçevesinde su sistemleri özelleştirilmiştir. Söz konusu raporda, Bolivya devletinin su hizmetindeki fiyat artışlarını önlemeye yönelik ayırdığı kamusal ödeneğin, bütçe için bir yük olduğu ve ülkenin borçlarının ödenmesi için özelleştirilmeye gidilmesi gerektiği önerilmiştir. Bu öneriler ışığında çıkartılan 2029 sayılı yasa çerçevesinde, su kaynaklarının özel bir şirkete devri söz konusu olmuştur. Su, bir defa piyasa koşullarına açıldıktan sonra, yurttaşların - yağmur suyunun biriktirilmesi dâhil - başka türlü su temin etmesi yasaklanmıştır. Diğer deyişle, yağmur suyu dahi özelleştirilmiştir. Ayrıca, yapılan sözleşmelerde, şirketlere her sene yatırımlarının belli bir oranında (bu örnekte %16) "kâr" garantisi verilmiş, bu nedenle de sürekli olarak suya zam uygulanmıştır. Bu sürecin sonunda ise faturalarda %300'lere varan fiyat artışları söz konusu olmuştur. Arjantin, Gana, Nikaragua gibi ülkelerde de benzer süreçler yaşanmış, fiyat artışlarının bebek ölümlerindeki artışı etkilediği tespit edilmiştir.⁵¹

⁵¹ Bkz. <https://www.suhakki.org/2014/06/su-hakki-ve-su-varliginin-korunmasi->

3.3.1. Su Tahsisi ve Yasama Yetkisinin Devri

7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile DSİ Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasına **"Su tahsislerini yapmak"** da eklenmiştir. Yine aynı Kanun'un 7. maddesine göre; **"İlgili kanunların verdiği yetkiye istinaden su kaynaklarının diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca tahsisi, kiralınması, ruhsatlandırılması gibi işlemlerde DSİ'nin görüşü alınır. Bu halde DSİ tarafından ayrıca tahsis işlemi yapılmaz. Su tahsisine ilişkin usul ve esaslar DSİ tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir."** Yukarıdaki tespitler ışığında 7139 sayılı Kanun'daki su tahsisine ilişkin düzenlemelerin anayasallığı çeşitli açılardan irdelenmelidir.

Her şeyden önce su tahsisine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır. Hangi kurum ve kuruluş tarafından kimlere, hangi miktarda ve ne gibi koşullarda su tahsis edileceğinin yasa koyucu tarafından belirlenmeyip, idareye bırakılması, Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeye ilişkin çok sayıda kararından çıkan sonuç şöyledir; "Mahkemeye göre, yasama organı yürütme organına veya idareye yetki verirken, bunun yasama yetkisinin devri niteliğinde olmaması için, düzenlenecek alanın "esaslı konular"ının kanunda "yeterince belli" edilmiş, "temel ilkelerinin hepsinin kanunda konulmuş", "amaç ve hedefinin" açıklanmış, "sınırlarının ve çerçevesinin yeterince iyi belirlenmiş" olması gerekir. (...) Böyle bir kanuna dayanarak, yürütme organının yapacağı işlemler de, objektif nitelik taşımaları, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi verilmemelidir".⁵²

Bu içtihadı aykırı olarak 7139 sayılı Kanun'un su tahsisini düzenleyen maddelerinde, bu alanın esaslı konuları yeterince belli edilmemiştir. Temel yönlerde idarenin düzenleyici kurullar koyması Anayasa'ya uygun olmayacaktır. Nitekim tahsis edilecek suyun miktarının açık ve somut olarak belirlenmemesi, nehir ve yeraltı sularının gereğinden fazla çekilmesine ve sonuçta çölleşme tehlikesine yol açacaktır. Bir zamanlar Washington'un üç katı büyüklüğünde olan Akşe-

⁵² için-hukuki-dayanaklar-tolga-sirin/. (12.05.2018)
Cengiz Arıkan, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 122.

hir gölünün yok oluşu akıldan çıkarılmamalıdır. Tahsis edilen suyun, şirketler tarafından insafsızca çekilmesini önleyen düzenlemeler 7139 sayılı Kanun'da yer almamaktadır.

Üreticinin ücretini ödeyemediği takdirde zorunlu ve temel su hizmetlerinden yoksun bırakılamayacağına dair devletin üstlendiği anayasal yükümlülüğün, sonradan çıkarılacak yönetmelik ile korunacağına ilişkin yasal bir güvence bulunmamaktadır. Köylüler ve geçimlik tarımla uğraşan çiftçiler, bu güvencenin yokluğunda kendi topraklarından zorla çıkarılmanın kurbanı olabileceklerdir. Su fiyatlarının adil ve insafli biçimde belirlenmesinde kamunun nasıl dâhil olacağına ilişkin bir açıklık da bulunmamaktadır.

7139 sayılı Kanun'un su tahsisine ilişkin düzenlemeleri, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de; "Temel hakları etkileyen konularda sınırsız bir yetki anlamına gelecek şekilde yürütmeye takdir yetkisi verilmesi, Sözleşme'de demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olur. Sonuç olarak hukuk, yetkililere tanıdığı böylesi bir takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama şeklini yeterli açıklıkta göstermelidir".⁵³

7139 sayılı Kanun'la getirilen bu hükümler, bu konuda daha önce var olan hukuksal rejimde bir farklılık da yaratmamıştır. DSİ suyun şirketlere devri için gereken idari düzenlemeyi 2003 yılında çıkarmıştır. Suların, çıkarılan yönetmelik kapsamında su kullanım hakkı anlaşmaları ile şirketlere devrinin önünü açmıştır. 2000'li yıllardan itibaren derinleşen finansal kriz, doğal alanların metalaştırılıp endüstriyel üretimlere açılmasıyla aşılmaya çalışılmaktadır.

Doğal alanların sermaye birikiminin tasarrufuna sokulma sürecinde doğanın varlığı için gereken ve tüm canlılara yaşam sağlayan su; havzası ile birlikte şirketlerin kullanımına ve sermaye birikimine "bütünleşik" olarak sokulmaya çalışılmaktadır. Dereler üzerinde dağıtılan hidroelektrik santral (HES) lisansları ve su kullanım hakkı sözleşmeleri ile Anadolu'nun ve Trakya'nın her yerinde derelerin kullanım hakkı, son birkaç yıl içinde hızlıca, 49 yıllığına şirketlere devredilmektedir.

⁵³ Sunday Times v. Birleşik Krallık, prg. 49, Tolstoy Miloslavsky v. Birleşik Krallık prg. 84, Meastri v. İtalya, prg. 30.

Doğaya ait alanların kullanım hakkı şirketlere devredilirken sadece su metalaştırılmamakta, su havzaları da ticarileştirilmektedir. Bu Kanun ile şirketlere kullanım hakkı devredilen suyun su havzası içinde var olan diğer endüstriyel üretimler arasında dağıtım konusunda, DSİ yetkili kurum haline getirilmektedir. Su havzalarında sürdürülebilir yaşam sadece o havzada var olan şirketlerin inisiyatifine bırakılmaktadır. Havzada var olan halkın, orman, mera ve su ekosistemlerinde yaşayan canlıların yaşam hakkı ağır ihlale uğramakta, geçimlik tarım ve hayvancılık ile ormancılık sona erdirilmektedir. Su tahsisi ile tüm bu konularda yetkili kurum DSİ ve şirketler haline getirilmiştir.

Buna karşılık tarım ve hayvancılık yalnızca DSİ'nin ve "yetkilendirilmiş" bir şirketin kararlarına bağlanamaz. DSİ ve bağlı bulunduğu bakanlık ile şirketler bu konularda salt yetkili kılınmaz. Bu Kanun ile suların ticarileştirilmesi ve yeraltı suları dâhil olmak üzere su havzalarının özel sermaye açılması mümkün hale getirilmiştir. Kanun Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmelerine aykırı olduğu gibi daha da önemlisi, doğanın yasalarına aykırıdır.

Sonuç olarak su ticaretinin yolunu tümüyle açan bu Kanun, su kaynakları giderek azalan dünyamızda, su mirasını koruyacak, gerekli kamusal denetim ve gözetimi sağlayacak, su ve yaşam döngüsünün çevresel deformasyona uğramasını önleyecek açıklığa sahip değildir.

"Su tahsislerini yapmak" ibaresi, Maddede orman alanı bakımından herhangi bir istisna getirilmediği için Anayasa'nın 169. maddesine de aykırılık oluşturabilecektir. Devlet ormanlarında, gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı tesis edilebilmesi, kamu yararı taşıdığı kabul edilen hizmetin, orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesinin mutlak surette imkânsız olması koşuluna bağlıdır. Bu çerçevede suyun orman ekosistemi dışından temin edilmesi mümkün olduğu herhalde anayasa aykırılık gerçekleşmiş olacaktır.

Ayrıca bu sular;

Pamukkale travertenlerine hayat veren sular örneğinde olduğu gibi, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerleri de olabilir. Suyun tahsisi bu varlık ve değerlere zarar vereceğinden, bu hüküm Anayasa'nın 63. maddesine aykırıdır.

Longos su basar ormanlarına hayat veren dere sistemlerinde örneği görüldüğü gibi, yabancı flora ve fauna ile doğal yaşama ortamları, bilhassa nesli tehlikeye düşmüş ve düşebilecek türlerin, özellikle endemik olanların yaşama ortamlarında da olabilir. Bu bakımdan suyun tahsisi, yabancı flora ve faunanın, özellikle nesli tehlikede olan ve endemik olanların yaşama ortamlarına zarar vereceğinden, bu hüküm Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddelerine aykırıdır.

Türkiye'nin pek çok yerinde çok nadide örnekleri bulunan su kuşları yaşama ortamı veya daha genel bir ifade ile bütün sulak alanların ve onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarının yaşam alanlarında olabilir. Bu bakımdan suyun tahsisi, sulak alanlara ve onlara bağlı bitki ve hayvan topluluklarına zarar vereceğinden bu hüküm, Ramsar Sözleşmesinin 1, 2, 3, 4 ve 5. maddelerine aykırıdır.

ÖBA, ÖDA, tabiat parkları, milli parklar, habitat alanları, özel çevre koruma bölgeleri, doğal sit alanlarında olabilir. Bu bakımdan kurulacak suyun tahsisi, biyolojik çeşitliliğe zarar vereceğinden söz konusu hüküm, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11. maddelerine aykırıdır.

Bu çerçevede, 7139 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile "su tahsislerini yapmak" yetkisi DSİ'ye bırakılırken, belirlilik ilkesi gereği içermesi gereken (özellikle çevresel, tarih, kültür doğa varlıkları, flora, fauna özellikle nesli tehlikede olan ve endemik olanların yaşama ortamları, sulak alanlara ve onlara bağlı bitki ve hayvan toplulukları, biyolojik çeşitlilik, böcekler ve kuşlar bakımından, kısaca su altı, ve üstü biyolojisine ve havza alanına ve ekosisteme olası çevresel etkileri açısından) istisnai hükümleri içermemesi, bu konuyu sadece idarenin takdirine bırakması (DSİ'nin kararı ile tüm suların ilgili firmalara doğrudan tahsisi ve bu firmalarca doğrudan suyun işletilmesine imkan tanınması), yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır.

Suyun tahsisi yetkisinin DSİ'ye aktarılması, hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturur. Zira asıl amacı yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek ve/veya bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmak olan ve buna göre teşkilatlanmış bir Kuruma, kendi uzmanlık alanı ve teşkilatlanması ile ilgili olmayan bir iş verilmekte, hem de bu işin uzmanı olan kamu kurumları yok sayılmaktadır. Oysa hukuk devletinin

bir gereği olarak Devlet faaliyetleri idare edilenlerce önceden belirli şekilde öngörülebilir olmalıdır.

Olgusal olarak bir kez daha vurgulamak gerekir ki, DSİ'nin su tahsisi yapacak ne birikimi, ne personeli ne de donanımı vardır. Bu birikim, personel ve donanım esas olarak Tarım Bakanlığında bulunmaktadır. Böylelikle suyun tahsisi konusunda uygulamada süreklilik sağlanamadığı gibi hukuki istikrar da tesis edilememiştir. Bu durum kamusal hizmetlerin yeknesak biçimde yürütülmesini de engelleyecektir.

3.3.2. Su Tahsisi ve Mülkiyet Hakkı

a) Küçük çiftçi ve köylüler açısından değerlendirdiğimizde, tahsis yoluyla suyun kullanımını özelleştiren söz konusu bu Kanun, bu kişiler bakımından Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Tapulu taşınmazdan çıkan ve sadece o taşınmazın ve malikinin şahsî ihtiyacını karşılamaya yeterli olan özel sular üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Su hakkının kullanılmasının, bu minimum standartta uyulmaksızın DSİ ve ilgili Kanunlarda belirtilecek diğer kamu kurumlarınca özel şirketlere tahsisi, mülkiyet hakkını ihlal edecektir.

Bu kişilerin Anayasa ve yasalarca önceden sahip oldukları sınırlı su kaynaklarından tamamen yoksun bırakılmaları, Anayasa'nın Hukuk Devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesine de aykırıdır. Zira bu kural kişilerin özel mülkiyetinde bulunan araziden çıkan suların tahsisini DSİ'ye bırakarak, mevcut hukuksal düzen ve barışı bozmakta, yeni hukuki sorunlar çıkarmaktadır. Bu nedenle hukuki güvenliği ortadan kaldırmakta; istikrar ve kalıcılığı zedelemektedir.

Unutulmasın ki, genel sulardan yararlanmada temel kural "kadim hak"tır. Bu hak, mahallî bilirkişilerle ve şahitle ispat edilebilir. Kadim hak yoksa teamül araştırılır. İçme ve kullanma suyu öncelikli olmak üzere zarurî ihtiyacını karşılamak için, herkes genel sudan bu oranda pay alabilir. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir.⁵⁴ Buna göre; "...mahalli bilirkişilerin beyanlarına nazaran kötügöz suyun-

⁵⁴ Bkz. HGK. T. 6.2.1976, E. 1976/6-155, K. 1976/194 (KBİBB., 743/679); HGK. T. 31.01.1979, E. 1978/6-239, K. 1979/67.

dan alınan ve davalıların tarlalarından geçerek davacıların tarlasına kadar uzanan kadim bir arkin bulunduğu ve bu arkin 1930 yıllarında davacılar tarafından temizlenerek işler bir hale getirildiği ve halen kullanıldığı anlaşılmaktadır. Arkin bir süre terk edilmiş olması yani bir müddet kullanılmaması kadim hakkı ortadan kaldırmaz." Diğer taraftan Yüksek Mahkeme, bir İçtihadı Birleştirme Kararında, sulama kanalından su alınarak arazi sulamanın, TCK. m. 491'de (5237 sayılı TCK. m. 141) düzenlenen hırsızlık suçunu oluşturmayacağını kabul etmiştir,⁵⁵ "İzinsiz ve habersiz olarak DSİ'ne ait sulama kanalındaki suyu alarak arazisini sulayan sanığın eylemi, TCK'nın 491/ilk maddesine mümas (mümasil olmalıdır) "hırsızlık" suçunu teşkil etmez." Sulardan yararlanmada kadim hakkı ortadan kaldırarak tahsisi DSİ'ye bırakmak, yurttaşların haklı beklentilerini hakkaniyete aykırı olarak ortadan kaldıracaktır.

Medeni Kanun'un 756/1. maddesi de bu sonucu teyit etmektedir: "Kaynaklar, arazinin bütünleyici parçası olup, bunların mülkiyeti ancak kaynadıkları arazinin mülkiyeti ile birlikte kazanılabilir." Görüldüğü gibi, MK. m. 756'ya göre, özel mülkiyete konu olabilecek sular kaynaklar olarak tanımlanmıştır. Yargıtay'a göre, özel suyun varlığından söz edebilmek için tapulu araziden çıkması, miktarı itibariyle, üzerinde çıktığı taşınmazın sınırlarından taşmaması gerekir. Buna göre tapulu taşınmazdan çıkan ve sadece o taşınmazın ve malikinin şahsî ihtiyacını karşılamaya yeterli olan su, özel sudur.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin süreklilik kazanan içtihadına göre; "Çağdaş demokrasiler, temel hak ve hürriyetlerin en geniş ölçüde sağlanıp, teminat altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve hürriyetleri büyük ölçüde sınırlayan veya kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar, bu hakkın özüne dokunur. Mülkiyet hakkının muhtevasını ve sınırlarını tespit yetkisi kanunlara bırakılmış ise de, bu konuda kanun koyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü, mülkiyet hakkının Anayasa teminatı altına alınmış olmasına aykırıdır. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise, bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır."

⁵⁵ İBK. T. 29.4.1985, E. 1985/1, K. 1985/4.

Yine Anayasa Mahkemesi kararında açıkça ifade edildiği gibi, “Demokratik hukuk devletin amacı, kişilerin hak ve hürriyetlerinden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan, hukukî düzenlemelerde insanı öne çıkararak bir yaklaşımın esas alınması gerekir”.⁵⁶ Hukukta istikrarın, kalıcılığın ve kararlılığın simgesi olan hukuki güvenlik ilkesiyle çelişecek biçimde, kendi ihtiyaçlarıyla sınırlı olarak su kullanan kişiler için koruyucu hükümlere 7139 sayılı Kanun’da yer verilmemektedir.

Anayasa’nın anılan hükümlerindeki esneme ve sınırları yasaya bırakma keyfiyeti, başta sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri olmak üzere birçok anayasal hüküm ile çelişkili bir durum yaratmaktadır. Sonuç itibarıyla suyun kamusal mülkiyeti, su hakkına ilişkin bir güvence oluşturmaktadır. Nitekim bu güvence, insan haklarına ilişkin kamu hizmetlerinin özelleştirilememesi ilkesinin gereğidir. Dolayısıyla bu konunun normatif açıdan açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Buna karşılık 7139 sayılı Kanun’da su tahsisine ilişkin yer alan belirsiz düzenlemeler, su hakkını tüm unsurlarıyla herkesin sahip olduğu bir hak olarak görmemekte ve devleti de bu hakkı yerine getirmek konusunda emredici biçimde yükümlü kılmamaktadır. Bu noktada sorun, hakkın özüne varabilecek kayıtlamaların hiçbir anayasal çerçeve çizilmeksizin yasaya bırakılmış olmasıdır. Su kaynaklarının, kâr amacı güden bir özel kişiye devri ve devir-denetim koşullarının da sadece DSİ’nin çıkaracağı yönetmeliğe bırakılmış olması, bu konudaki güvencesizliği daha da artırmaktadır.

Bununla birlikte 7139 sayılı Kanun’daki ifadeler, suyu salt fiziksel bir nesne olarak görmekte ve onun fiziksel bütünlüğünü yok saymaktadır. Oysa su, havza içinde bulunan yeraltı, yüzey, atmosferik suları, yaşam alanlarıyla birlikte tüm canlıları ve havzaya bağlı yaşayan insan topluluklarını içeren bütündür. Bu bütünlüğü yok saymak, suyu salt ekonomik bir kaynak olarak görmeye yol açar. Örneğin İspanya, Uruguay ve Bolivya’da suyla ilgili yasal metinlerde su varlıkları bir bütün olarak tanımlanmakta, sosyal ve kültürel boyutlarıyla ele alınmaktadır.⁵⁷

⁵⁶ E. 1999/33, K. 1999/51, Kt. 29.12.1999.

⁵⁷ Bkz. <https://www.suhakki.org/2014/06/su-kanunu-tasarisi-degerlendirme-ve-oneriler-birinci-bolum/>. (12.05.2018)

Belirtilmesi gereken bir başka husus da, Anayasa hukuku anlamında eşitlik, aksini haklı kılan akla uygun (makul) özel nedenler bulunmadıkça, eşit kişiye ve olguya eşit, eşit olmayan kişiye ve olguya, bu eşitsizliğe uyacak şekilde, eşit olmayan işlemin yapılmasıdır. Bu anlamıyla, eşitlik ve dolayısıyla “adalet” buyruğu, anayasa hukukunda “akıl dışı keyfi ayrımcılık yapma yasağı” olarak algılanır. Farklı bir anlatımla; kimin aynı, kimin ayrı konumda olduğu, hangi özel durumlarda kişiler arasında ayırım gözetileceği, ölçülülük ilkesinin merceğinden ve akılcılık ölçüğü ile belirlenir.⁵⁸ 7139 sayılı Kanun’un 2. ve ek 7. maddeleri bu ölçüğe uymamaktadır.

b) 7139 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’a ek 11. madde ile sulama işletme ve bakım ücretlerini veya su kullanım hizmet bedelini ödemeyen çiftçilerin tarımsal destek ödemelerinin mahsup edilerek, DSİ veya işletme bakım sorumluluğu devredilen gerçek veya tüzel kişilere ödenmesi hüküm altına alınmaktadır. Oysa çiftçinin hak etmiş olduğu ve Ziraat Bankası’na yatırılmış olan destekleme ödemeleri bu tür amaçlar için kullanılmalıdır. Su tarımsal üretimin en önemli ve yaşamsal girdilerinden olup, su kullanımına getirilecek olan ve ödenbilmesi mümkün olmayacak olan izinsiz kullanımlardan kesilecek idari para cezalarının tarımsal üretimi sekteye uğratması söz konusu olacağından sadece üretici değil aynı zamanda tüm yurttaşlarımızın ve ülke ekonomimizin zarar göreceği ortadadır. Ayrıca, su borçlarının tarımsal destekleme ödemelerinden kesilmesi yoluyla mahsup edilmeleri “tarımsal desteklemelerin” amacına ve ruhuna aykırı düşmektedir. Bu madde ile tarımda üretimin ciddi bir tehdit altına gireceği çok açıktır. Bu düzenlemeyle esas itibariyle, çiftçilerimize Tarım Kanunu’nun 21. maddesi uyarınca gayri safi yurt içi hasılanın en az %1’i kadar yapılması zorunlu olan ve Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından her ne kadar bu orana ulaşmasa da ödenek ayrılan destekleme ödemelerine, DSİ’nin el koymaya çalıştığı söylenebilir.

Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından “tarımsal destekleme ödemesi” alan çiftçiler, “bakım ve işletme ücretleri” adı altında borçlandırılmaktadır. DSİ de bu ücretleri çiftçilerden alıp, özel gerçek ve tüzel kişilere ödeyecektir. Bir bakıma devlet (DSİ), bu kişilerin tah-

⁵⁸ Bkz. Rona Serozan, Hukukta Yöntem, İstanbul 2015, s. 60.

sildarlığını yapacaktır. Çiftçinin hak etmiş olduğu bankaya yatırılmış olan destekleme ödemeleri bu tür amaçlar için kullanılmamalıdır. Su tarımsal üretimin vazgeçilmez bir unsurudur. Ayrıca bu işi yapan şirketler her türlü harcamadan muaf kılınırken, vatandaş veraset gibi üzerine düşen vergileri de ödemeye devam edecektir. Hem toplulaştırma ile arazisine el konulacak, hem de vergi ödeyecektir. Şirketler ise “toplulaştırma” kurumu üzerinden arazilerin maliki olabilecek, aynı zamanda çeşitli vergilerden muaf tutulacaktır. Böylece toprak sahibi çiftçi üreticiler ise o şirket sahiplerinin ücretli çalışanlarına dönüşeceklerdir.

Ödeme gücü azalan çiftçi, su kullanma bedelini ödeyemediği için ayrıca ceza ile karşı karşıya kalacaktır. Suyun patronu, suya sahip olan şirket ve DSİ olacaktır. Vadide/ havzada/ bölgede su, DSİ’den alınacaktır. Ayrıca vatandaş, su hatlarının bakım ve onarım ücretini de ödemekle yükümlü olacaktır. Belirtilen bu olası sonuçlarıyla Ek madde 11, her şeyden önce Devlete tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması yükümlülüğünü getiren Anayasa’nın 45. maddesine aykırıdır. Bu maddeye göre, “Devlet tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır.”

Dünya su protokolü⁵⁹ de bu konuya ilişkin olarak; yeterli beslenme ve bir iş yoluyla geçimini sağlama hakkının kullanılabilmesi için, marjinalleştirilmiş ya da dezavantajlı durumdaki çiftçilere ve diğer hassas gruplara temel ihtiyaçları için suya erişim konusunda öncelik verilmesini öngörmektedir. Anılan hüküm bu hali ile su hakkına aykırıdır.

Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. Devlet tarafından yapılacak destekleme ödemesinden doğan alacaklarının mülkiyet hakkı kapsamında bulunduğu açıktır. Dolayısıyla bu alacağın ödenmeyen sulama işletme ve bakım ücreti veya su kullanım hizmet bedeli borcundan mahsup edilmesi, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır. Kanun ko-

⁵⁹ <https://www.suhakki.org/2015/05/dunya-su-protokolu/> (12.05.2018).

yucunun kamu alacağının tahsilinin güvenceye bağlanması yolunda düzenleme yapmasında kamu yararı bulunmadığı söylenemez. Ancak buradaki su kullanımdan doğan alacak, yalnızca kamuya ait olması söz konusu bir alacak değildir. Özel kişilere su tahsisini mümkün kılan yasal düzenlemeler sonrasında bu konudaki alacak artık kamunun alacağı olmaktan çıkmış, özel kişilere ait bir hak haline gelmiştir. Özel kişilerin haklarını nasıl arayacağı ise zaten hukuken tanımlanmış durumdadır ve bu konuda ayrıcalıklı bir konum yaratmaya gerek yoktur.

Ayrıca ilgili Kanun hükmünde, su bedeli alacağının tahsilinin riske girmesi koşulu da öngörülmemiştir. Dolayısıyla mahsup kararının alınabilmesi için bu alacağın tahsilinin riske gireceğine ilişkin ciddi karinelerin bulunması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir denetim süzgeci de temin edilmemiştir.⁶⁰

Bütün bu hususlar dikkate alındığında, su hizmeti sunucusunun alacaklarının ödenmesi için gereken koşulların Kanunda açık, net ve anlaşılır bir biçimde düzenlenmediği ve Kanun'un, tarımsal faaliyette bulunan köylü ve çiftçinin menfaatlerini göz ardı ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, su bedeli borçlusu çiftçi için katlanılamaz bir yük getirdiği ve teşvik alacaklarının ödenmesinin durdurulması tedbirinin açıkça ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Açıklanan bu sebeplerle anılan hüküm, mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.

Maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, DSİ tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği de hüküm altına alınmaktadır. Ancak kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir.⁶¹ Buna karşılık maddede kapsamında vadesi geldiği halde ödenmeyen borcun belirsiz olduğu, somutlaştırılmadığı ve bu konuyu düzenleme yetkisi yürütme ve idareye devredilerek Anayasa'nın 7. maddesine aykırı davranıldığı ortadadır.

c) 7139 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Kanunu'nun değiştirilen 25/1-b maddesinin içerdiği "Genel Müdürlük tarafından gerçekleştirilen arazi toplulaştırması işlemleri için yapılan harca-

⁶⁰ Krş. E. 2014/177, K. 2015/49, Kt. 14.5.2015.

⁶¹ Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30.12.2014, § 55.

malar ile baraj, gölet gibi depolama tesislerinin sulama maksadına ilişkin yatırım bedeli ve sulama tesislerinin yatırım bedeli amortismanına tabi değildir. Yeraltı suyu sulama kooperatiflerinden sulama tesisinin mülkiyetinin devrinden vazgeçenlerden tesis bedeli alınmaz” hükmü, yeraltı suyu sulama kooperatifinin, sulama tesisi bedeli için, bu hüküm çıkıncaya kadar yaptığı ödemeler göz önüne alındığında, hak kayıplarının nasıl telafi edileceğine ilişkin bir çözüm getirmektedir. Bu bakımdan DSİ’ye dengesiz bir kazanç elde etme fırsatı doğurmaktadır. Bu durum mülkiyet hakkına müdahalenin orantılılığıyla ilgili bir meseledir. Malikin sulama tesisi üzerindeki mülkiyet hakkına yapılan müdahalede, kamunun elde edeceği yarar ile kişinin yükleneceği külfet arasındaki adil denge, ancak kişiye malının gerçek bedelinin ödenmesi suretiyle sağlanabilir.⁶² Oysa 25/1-b maddesiyle, el konulan yeraltı sulama tesisi için yapılan ödemeler bakımından tesisin bugünkü değerinin malike ödenmesi öngörülmediğinden mülkiyet hakkına yapılan müdahale orantısızdır.

7139 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’a eklenen 7. madde, su tahsisine ilişkin usul ve esasların DSİ tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği öngörmektedir. Hangi kurum ve kuruluş tarafından kimlere, hangi miktarda ve ne gibi koşullarda su tahsis edileceğinin yasa koyucu tarafından belirlenmeyip, idareye bırakılması, Anayasa’nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlal etmektedir. 7139 sayılı Kanun’un su tahsisini düzenleyen maddelerinde, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadına aykırı olarak, söz konusu alanın esaslı konuları yeterince belli edilmemiştir. Esaslı konularda idarenin düzenleyici kurullar koyması Anayasa’ya uygun olmayacaktır. Tahsis edilecek suyun miktarının açık ve somut olarak belirlenmemesi, nehir ve yeraltı sularının gereğinden fazla çekilmesine ve sonuçta çölleşme tehlikesine yol açacaktır.

Bu Kanun ile suların ticarileştirilmesi, doğal alanlara, şahıslara ve kamuya ait arazilere şirketlerin müdahalesi meşrulaştırılmaktadır. Bu müdahaleler, tüm ekosistemin yıkımı, geçimlik tarım ve hayvancılığın sonu demektir.

⁶² E. 2013/95, K.2014/176, Kt. 13.11.2014.

3.4. Sulama Kooperatifleri

7139 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a ek 10. madde ile eklenen **"Sulama kooperatiflerinin kurulmasına izin vermek, sulama kooperatiflerini denetlemek, bunların eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak neticelendirilmesi için gerekli tedbirleri almak, DSİ'nin yetkisindedir./DSİ'nin sulama tesislerini işleten kooperatiflerden finansal ve mali yapısının sürdürülemez olduğu tespit edilenlerle yapılmış olan devir sözleşmeleri DSİ'nin teklifi ve Bakanın onayıyla feshedilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar DSİ tarafından belirlenir"** hükmü Anayasa'nın 2, 7, 35, 48 ve 171. maddelerine aşağıdaki gerekçelerle aykırıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik ilkesi"* dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Yine Anayasa'nın 7. maddesinde göre, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Kanun koyucu, sulama kooperatiflerinin denetimi yönünden bir ayrıma gitmiştir. Bu kooperatiflerin diğer kooperatiflerden farklı olarak kurulmalarına izin verilmesi, denetlenmesi, eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak neticelendirilmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi DSİ'ye verilmiş, ayrıca sulama tesislerini işleten kooperatiflerden finansal ve mali yapısının sürdürülemez olduğu tespit edilenlerle yapılmış olan devir sözleşmelerinin DSİ'nin teklifi ve Bakanın onayıyla feshedileceğini kurala bağlamıştır.

Sulama kooperatiflerinin denetiminin idare tarafından yapılabilmesine yönelik herhangi bir objektif ölçüt getirilmemiştir. Bu ölçütlerin belirtilmemesi, bir eksiklik oluşturmaktadır. Bu niteliği itibarıyla, kuralla idareye bırakılan denetleme yetkisinin çerçevesinin çizilmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bu konudaki yetkileri idareye devreden kural, yasama yetkisinin devri niteliğini taşıyan belirsiz bir içeriğe sahiptir.⁶³

⁶³ Krş. E. 2013/66, K. 2014/19, Kt. 29.1.2014.

Ayrıca sulama kooperatifleri, dernek veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olmayıp; tüzel kişiliği bulunan bazı özellikleriyle derneklere bazı özellikleriyle de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına benzeyen kendine özgü bir meslek örgütlenmesidir. Bu niteliği ile Anayasa'nın 135. maddesinde düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamında değerlendirmek de uygun değildir. Bu açıdan "finansal ve mali yapının sürdürülemez olduğunu tespit" gibi özel hukuk kavramlarıyla denetim yapılmasını ve DSİ'ye Sulama Kooperatifini, bakanın onayı ile feshedebilme yetkisi veren bu düzenleme Anayasayla kooperatiflere tanınan faaliyet özgürlüğünü ve teşebbüs serbestisini ihlal etmektedir. Bu durumun mevcut sulama kooperatiflerinin işleyişlerinde aksamalara ve sorunlara neden olabileceği de açıktır.

Öte yandan Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, sulama kooperatifleri konusunda gerekli birikim, personel ve donanımına sahiptir. Bakanlıktan bu yetkinin devralınıp kullanılması, su kooperatifleri konusunda uygulamadaki süreklilik ve hukuki istikrarı bozacaktır.

3.5. Sulama Birlikleri

7139 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen 12. maddede, Sulama Birlikleri Kanunu'na göre tüzel kişiliği sona eren sulama birlikleri tarafından işletme ve bakım hizmetleri yerine getirilen sulama tesisleri ile DSİ tarafından inşa edilen sulama tesislerinin belediyelere veya il özel idarelerine devredilebileceği hükme bağlanmıştır. Sulama tesislerinin hizmet alımı ile özel sektöre devredilmesinin de önu açılmıştır.

Sulama tesislerinin suyu kullananlar tarafından yönetilmesinin esas olması gerekmektedir. Bu bağlamda DSİ'nin teklifi üzerine Bakan tarafından onaylanan sulama tesislerinin belediyelere veya il özel idarelerine devredilmesi sadece su yönetim hakkının devredilmesi sorunu değil, aynı zamanda devir işlemlerinde siyasi kararların alınmasına da zemin hazırlayacaktır. Diğer bir deyişle sulama tesislerinden yararlanma hakkı siyasi ayrımcılığa maruz bırakılabilecektir.

Yüksek Seçim Kurulu tarafından bölgelerinde seçimi yapılan, 14.487 meclis üyesi bulunan, 378 adet Sulama Birliği lağvedilmeye ça-

İşilmektedir. Ayrıca, “Sulama Birlikleri, işletme hakkı devri yoluyla özel hukuk tüzel kişilerine işlettirilebilir” ifadesi, Ek madde 11 ile birlikte okunduğunda su birliklerinin bir şekilde devre dışı bırakılmaya çalışıldığı anlamı da taşımaktadır. Bu maddeden anlaşılacağı üzere suyun özel şirketler tarafından yönetilmesinden, suyun ve tesislerin kullanılmasına olanak sağlanarak yüksek kar amacı hedefiyle yönetileceği anlaşılmaktadır.

Bu maddedeki değişikliği, hükümet tasarısında yer alıp da sonradan tasarı metninden çıkarılan 28. maddenin 1. fıkrasının d bendine eklenmesi önerilen “Sulama sahası içerisinde sulama yapan ve yapacak olan gerçek ve tüzel kişiler sulama tesisinden faydalanma sözleşmesini imzalamak şartıyla tesisin sağladığı hizmetten faydalanma hakkına sahiptir.” hükmü⁶⁴ ile 32. maddesine eklenmesi önerilen “İşletme, bakım ve yönetim sorumluluğu kamu kurum ve kuruluşları dışındaki tüzel kişilere devredilmiş olan sulama tesislerinde, faydalananların ödeyeceği ücretler ve bunların ödeme süresine ilişkin hususlar devir sözleşmesi ile belirlenir. Bu ücretlerin tahsilatı devralan tarafından sağlanır. Zamanında ödenmeyen ücretler için İcra İflas Kanunu Hükümlerine göre takip işlemleri yapılır.” fıkra hükmü birlikte değerlendirildiğinde, sulardan yararlanmada kadim hakkın ortadan kaldırılması, yurttaşların hukuka duydukları güveni de sarsacaktır.

Ayrıca maddede yer alan, su kullanım hizmet bedelinin en düşük ücret tarifesinin “Bakan” tarafından tespit edileceğine yönelik düzenleme, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Su hakkına bir müdahale teşkil eden bu yetkinin kapsamı, çerçevesi ve sahibinin tam olarak belirlenmemesi, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan bir devlette mümkün olmaması gerekir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Kanundaki belirsiz düzenlemeler, bu koşulları sağlamamaktadır.

⁶⁴ Hükümet tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0929.pdf>. (12.05.2018).

4. Eşitlik, Adil Yargılanma ve Etkili Başvuru Hakkı

1.1. Sanık DSİ Çalışanlarının Ayrıcalığı

Soruşturulma ve yargılanma konusunda kamu görevlilerine tanınan ayrıcalıklar, bu kişileri hesap verme endişesi taşımayan, imtiyazlı ve hukukun üstünde bir toplumsal sınıfa dönüştürebilmektedir. Bu durum hak ve adalet gibi toplum yaşamının temel taşlarının yerini kaba güç ve nüfuz teslim olmaya bırakmasına, rüşvet ve yolsuzluğun sıradanlaşmasına, kayırmacılığın, liyakat ilkesinin yerini almasına yol açmaktadır. Kamu hizmetlerinin bu yüzden uğradığı kalitesizlik, yurttaşların gözünde hizmetlerin ve sistemin meşruluğunun da sorgulanmasına neden olmaktadır.⁶⁵

Bu koşullarda özel sektör, Devletin sözde “beceremediği” hizmetleri, talebin yoğun olduğu en temel sektörlerden başlayarak piyasa koşulları içinde sunmaya aday olmuştur. Kanun yapma gücünü elinde tutanlar ile özel girişimciler arasında kurulan şüpheli ilişkiler sonucu, kamu hizmetlerinin piyasa koşullarıyla bile bağdaşmayacak biçimde sunulması için gereken kanuni değişiklikler yapılmış ve yurttaşlar, en temel kamu hizmetleri için, yüksek parasal karşılıklar ödemek ile kamu yönetiminin niteliksiz görevlilerine muhtaç kalmak ikileminde bırakılabilmektedirler.⁶⁶

Soruşturulma ve yargılanma ayrıcalıklarının imtiyazlı bir sınıf yarattığı, kamu görevlilerinin korunduğu algısına yol açtığı, hesap verebilirlik ve cezasızlık yönünden önemli olumsuz etkileri bulunduğu ortada iken ve ayrıcalıkların tümünün kaldırılması gerekirken, 7139 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 6200 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 8 ile getirilen ve hakkında ceza davası açılan DSİ çalışanlarının, avukatlık ücretlerinin ve dava masraflarının DSİ tarafından ödenmesini de içeren düzenlemenin, bu ayrıcalıkları daha da güçlendireceği ve olumsuzlukları arttıracacağı kuşkusuzdur.

Böyle bir düzenleme, zaten mevcut olan ve cezasızlık olarak isimlendirilen, kanun hükümleri kullanılarak veya doğrudan yargılama-

⁶⁵ Kemal Berkarda, “İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları”, TESEV İyi Yönetişim Raporları, TESEV Yayınları, İstanbul 2017,s.10 - 11, (http://tesev.org.tr/wp-content/uploads/2017/06/EtikRapor.son_.pdf),(12.05.2018).

⁶⁶ İbid.

dan muaf tutma veya daha az ceza verme uygulamasını⁶⁷ güçlendireceğinden, İHAS'ın 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlalini⁶⁸ oluşturur.

Öte yandan düzenleme, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunması şeklinde ifade edilen⁶⁹ silahların eşitliği ilkesini, hukuki yardım ve dava masrafları bakımından DSİ görevlilerine avantaj sağlaması bakımından ihlal ettiğinden, Anayasa'nın 36. maddesine de aykırıdır.

Kısaca, böyle bir hüküm karşısında, hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia edenler ile ihlale yol açan DSİ personeli arasında, Sözleşme'nin 13. maddesi ile Anayasa'nın 40. maddesi çerçevesinde mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitlik bulunmamaktadır. Mahkemeye başvuruda bulunanların, DSİ görevlileri ölçüsünde yargısal koruma altında oldukları söylenemez.

4.2. Uygulanamaz Hüküm

Aynı düzenlemede "görev ve sorumluluklarının yerine getirilmesinden dolayı haklarında ceza davası açılmış olma" durumundan söz edilmektedir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi Anayasa'nın 129. maddesi göz önüne alındığında mümkün görülmemektedir. Zira Anayasa'nın 129. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlileri, Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Kastedilen anayasaya, kanunlara ve görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri iddiasıyla haklarında ceza davası açılması ise, bu durum zaten idari merciin iznine bağlanmıştır. Bunun istisnaları ise, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri, mal bildiriminde bulunulmaması, irtikâp, rüşvet, zimmet, kaçakçılık, resmi ihale ve satıma fesat karıştırmak, devlet sırlarının açıklanması suçlarıdır. Yoksa gerekçede belirtilen taksirle öldürme suçundan DSİ görevlisinin lüzumu muha-

⁶⁷ Kerem Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 10 (<http://insanhaklari-savunuculari.org/dokumantasyon/files/original/7c6d3da3ad26d676fe7189ce53b3f539.pdf>).

⁶⁸ İbid.

⁶⁹ Bkz. Del court/Belçika 1970, Monnel ve Morris/İngiltere 1987, Ekbatani/İsveç 1988.

keme kararı olmadan yargılanması mümkün değildir. Bu çerçevede anılan hüküm bu haliyle uygulanamaz niteliktedir.

4.3. Atamalarda Sözlü Sınavın Ağırlığı

Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmetine girişte görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği vurgulanarak, kamu hizmetine girişte liyakat ve bilgi esasını benimsenmiştir. Liyakat ve bilgi esasının uygulamaya yansıtılmasının en etkili yolu, hizmete alınacakların niteliklerinin saptanmasında, objektif yöntemlerin uygulanmasıdır. İdarenin kamu personelinin atanmasını bu çerçevede gerçekleştirmesi, hizmetin gerekli kıldığı özellikler dışında subjektif değerlendirmelere yol açacak ya da bu izlenimi verecek davranışlardan kaçınması, Anayasa'nın 70. maddesinin gereğidir. Kamu hizmetine alınmada objektif esasların uygulanmasını engelleyen kuralın ise bu ilkeyle bağdaşmadığı açıktır.

Bilindiği gibi yazılı sınav adayın bilgi ve liyakatini, sözlü/uygulamalı sınav ise, yazılı sınavla saptanamayacak ancak talip olunan kamu hizmetinin gerekleri bakımından önem taşıyabilecek mesleki bilgi, beceri ve tutumların ortaya çıkarılması bakımından önem taşımaktadır.

Adayların başarı sıralamasında asıl bilgisini ortaya koyan yazılı sınavın sonuçlarını, subjektif yönü ağır basan sözlü/uygulamalı sınavın aşırı derecede ağırlık taşımaya yol açacak şekilde, yazılı sınav başarı sıralamasında en yüksek puan alandan başlamak üzere ilan edilen kadronun dört katı adayın sözlü/uygulamalı sınava ve değerlendirmeye alınması, üstelik yazılı sınavın mühendislik bilgisi ile ilgisi olmayan KPSS sınavı olması düşünüldüğünde, subjektif yönü ağır basan sözlü/uygulamalı sınavın tek belirleyici olduğu, dolayısıyla liyakat ve bilgi esasından çok, subjektif değerlendirmelere yol açacak ya da bu izlenimi verecek bir yöntemin benimsendiği söylenebilir. 7139 sayılı Kanun'un 7 maddesi ile 6200 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 13'de öngörülen bu yöntemin kamu hizmetine girişte objektif ve liyakat ölçülerine dayalı esasların öngörülmesini, Anayasa Mahkemesi'nin aksine içtihadına⁷⁰ rağmen amir olan Anayasa'nın 70. maddesine aykırı olduğu ortadadır.

⁷⁰ E. 2011/113, K. 2012/108, Kt. 18.7.2012.

4.4. Sözlü ve/veya Uygulamalı Sınavın Kayda Alınmaması

Kamu hizmetinin özelliğine göre istihdam edilecek kişilerde hangi niteliklerin aranacağı ve göreve alınmada nasıl bir yöntem uygulanacağına objektif esaslara göre belirlenmesi ve hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde sonuca ulaşılmasının sağlanması idarenin sorumluluğu altındadır. Bu doğrultuda sözlü/uygulamalı sınavda delil olarak değerlendirilecek olan tek belge, sınav komisyonu başkan ve üyelerinin subjektif değerlendirmelerini yansıtan, başkaca bilgi ve kayıt içermeyen, sadece puan miktarını gösteren tutanak olacaksa, böyle bir tutanak ile adaylarda Kanun'un aradığı özelliklerin bulunup bulunmadığının yargı mercileri önünde kanıtlanması mümkün olamayacaktır.

Böyle bir tutanak ile saydamlık sağlanamayacağı gibi adil yargılanma hakkı ile varılmak istenen amaca ulaşılmayacağı da açıktır. Bu sebeple kanun koyucunun, sözlü/uygulamalı seçme usulünü benimsediği sınavlarda, idarenin işlemlerinin kanuna uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin yargı organınca denetlenebilmesine imkân sağlayacak nitelikte, adaylarda aranacak özellikler de gözetilerek bilgi, belge ve kayıtların tutulması yönünde kurallar konması gerekmektedir. Bu çerçevede kişisel ve subjektif bir değerlendirme olan sözlü/uygulamalı değerlendirmenin, kamu hizmetine alınmada adaylar arasında haksızlık yaratmaması için ek bir güvence sağlayan kayda alma yönteminin kullanılıp kullanılmamasının idarenin takdirine bırakılması, kamu hizmetine alınmada haksızlık ve eşitsizliklere yol açabilecek, saydamlığı, dolayısıyla denetlenebilirliği ve hesap verilebilirliği ortadan kaldıracak, kısaca idari bir işlem olan sözlü/uygulamalı sınavın yargı denetimini ortadan kaldıracaktır. Sonuç olarak böyle bir uygulama kayırmacılığı ve kadrolaşmayı yaygınlaştırabilecek ve liyakat esasını ortadan kaldıracaktır.

Öte yandan, yukarıda da ifade edildiği gibi, demokratik bir devletin üç temel unsurundan birini oluşturan saydamlığın, yani devletin denetlenebilir ve hesap verebilir olmasının gereği, bireysel hakları etkileyen her birel-özel işlemde, işlemin dayanağını oluşturan maddi ve hukuki temelleri gösteren uygun gerekçelerin ortaya konması ve

bunların uygun araçlarla ilgiliye tebliğ edilmesi gerekmektedir.⁷¹ Anılan düzenleme bu gerekliliği de yerine getirmeyebilecektir.

4.5. Orman Kadastro ile İlgili İşlemlerin İlanı

Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınmış hakların, kuramsal ya da hayali değil, uygulanabilir ve etkin olarak koruma altına alınması gerekmektedir. Bu çerçevede idarenin eylem ve işlemlerinin, yalnızca yargı denetimine açık olması diğer bir ifade ile bu eylem ve işlemlere karşı yargı yoluna başvuru imkânının bulunması yeterli değildir. Başvuru sahibinin içinde bulunduğu şartlar göz önüne alındığında, bu imkânını etkili bir şekilde kullanabilmesi gerekir.⁷²

Orman Kadastro tutanaklarının her an dava tehdidi altında bulunması, kadastro keskinleşmesine engel olarak kamu hizmetinin aksamasına neden olacağı, açılacak davalar için bir süre sınırlaması getirilmesinde kamu yararının bulunduğu açık olmakla birlikte, bu konudaki duyuruların askı suretiyle ilan edilerek yapılması ve ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmünde kabul edilmesi, kabul edilen otuz günlük hak düşürücü süre göz önüne alındığında, arazi sahiplerinin dava açma hakkını ortadan kaldırdığından, kişilerin mülkiyet haklarının sona ermesine sebep olabilecektir. İlgili kişi bu ilanı görebilirse haberdar olabilecek, aksi takdirde, kadastro komisyonunun kararı kesinleşerek ilgilinin mülkiyet hakkı sona erecektir.

Düzenleme bu hali ile Anayasa ve İHAS ile güvence altına alınan haklardan etkili olarak yararlanılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri göz ardı etmekte,⁷³ özellikle ve her şeyden önce hakkında dava açılan kişinin durumdan haberdar edilmesi gerekliliğini⁷⁴ ortadan kaldırmaktadır.

4. Sonuç

Sadece aşağıdaki tabloda belirtilen maddeleri bile 7139 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın birçok hükmüne aykırılık iddiasını beraberinde getirdiğini göstermektedir.

⁷¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı, Danıştay Dergisi, sy.116, 2007.

⁷² Soumare/Fransa B. No: 23824/94, 24.8.1998, § 41.

⁷³ VaudeLLe/Fransa, B. No: 35683/97, 3.1.2001, § 52.

⁷⁴ Dilipak ve Karakaya/Türkiye, B. No: 7942/05, 24838/05, 4.3.2014, § 77.

7139 Madde No	Öz Tanımlama	Aykırlık Saptanan Anayasa Maddeleri
2	Su kenarlarında güneş panelleri	43, 56, 63, 168, 169
10	Kadastro itirazları	2, 36
11	Ormanlarda tahsis	2, 7, 13, 56, 63, 169
12	Dikili satışlar	2, 7, 13, 17, 56, 63, 169, 170
13	Orman köylülerinin hakları	2, 7, 13, 169, 170, 171
14	Yangınlarda mükellef ve gönüllüler	2, 169, 170
15	Yangın işçileri	2, 18
17	Kamulaştırmaksızın el atma – Ek Madde 15	2, 7, 13, 35, 56, 169, 170
17	Ormanlarda yeni daraltma – Ek Madde 16	10, 169, 170

Yapılan düzenlemeler hukuki ve teknik anlamda ülke birikimlerini yansıtmamakta, gerçekleriyle örtüşmemektedir. Ülke tarımı veya ormancılığı için çözüm olarak önerilen maddeler kronikleşmiş sorunları çözmekten çok yeni sorunlar çıkaracak şekilde düzenlenmiştir. En önemlisi de ülkenin doğal kaynaklarının denetimsiz biçimde özel sektörün kullanımına açılacak olmasıdır. 7139 sayılı Kanun bu yönüyle, ekonomik kaynak yaratamayan iktidarların, orman ve su gibi ülkenin anayasal korunma altındaki doğal kaynaklarını paraya nasıl tahvil edebildiklerinin tipik bir örneğidir. Ancak bu yönelim, farklı sosyal kesimler arasında yeni çatışmalar yaratabileceği gibi, ciddi ekolojik sorunlara da neden olabilecektir.

Kaynakça

- Altıparmak Kerem, Kerem Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, İHOP Yayınları, Ankara 2016 (<http://insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/files/original/7c6d3da3ad26d676fe7189ce53b3f539.pdf>) (12.05.2018)
- Anonim, Tarım, Orman ve Köy İşleri Komisyon Raporu ve Muhalefet Şerhleri, Ankara 2018 http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic (12.05.2018)
- Arıkan Cengiz, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011
- Ayanoğlu Sedat, Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız, Türkiye Çevre Vakfı Yayınları, Ankara 1999

- Balcı Nihat, Toprak Koruması, İstanbul Üniversitesi Yay. İstanbul 1996
- Barlow Maude (Çev. Arife Köse), Su Hakkı, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2016
- Berkarda Kemal, “İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları”, TESEV İyi Yönetişim Raporları, TESEV Yayınları, İstanbul 2017, (http://tese.org.tr/wp-content/uploads/2017/06/Etik-Rapor.son_.pdf) (12.05.2018)
- Çepel Necmettin, Toprak - Su - Bitki İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1993
- İÜ Yayın No: 3794, OF Yayın No: 5, ISBN 975-404-320-5, 236 sayfa. İstanbul.
- Çevre ve Orman Bakanlığı, Orman Amenajman Yönetmeliği, Orman Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2008
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2011
- İlter Ergün-Ok Kenan, Ormanlık ve Orman Endüstrisinde Pazarlama İlkeleri ve Yönetimi, Form Ofset Matbaası, Ankara 2012
- İnal Selahattin, Türkiye’de Anayasa Ormanlık İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1971
- Kelly S., Fielding, Deborah. J. Terry, Barbara M. Masser, Prashant Bordia, Michael A. Hogg, Explaining landholders’ decisions about riparian zone management: The role of behavioural, normative, and control beliefs, *Journal of Environmental Management* 77 (2005) 12-21.
- Lund Gyde H. (Çev. Bekir Kayacan), Orman Nedir? Tanımlar Farklı Sonuçlar Doğurur *Türkiye Örneği, Avrasya Terim Dergisi*, Yıl, 2014
- Öymen Taner, Yaban Hayatı Bilgisi, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 2010
- Serozan Rona, Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015
- Şirin Tolga, “Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri” *MÜHF - HAD*, İstanbul 2014, C. 16, S. 3-4
- TEMA Vakfı, “Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” hakkında TEMA Vakfı Görüşü, http://www.tema.org.tr/web_14966-2_1/entitalfocus.aspx?primary_id=1969&target=categorial1&type=2&detail=single, (11.06.2018).
- Türkiye Ormanlılar Derneği, “Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” Hakkında Türkiye Ormanlılar Derneği Görüşü, https://www.ormancilarderneği.org/dosyalar/files/dsi_teskilat_kanuntasirisi.pdf (11.06.2018).
- Tsoutsos Theocharis, Frantzeskaki, Niki, Gekas Vassilis, Environmental impacts from the solar energy technologies, *Energy Policy* 33 (2005) 289-296.

MÜDAFİ YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKINA UYGULANAN SINIRLAMALAR

LIMITATIONS APPLIED TO THE RIGHT TO DEFENSE COUNSEL

Sinem TOP*

Özet: Şüpheli haklarından müdafî yardımından yararlanma hakkına soruşturma aşamasında farklı süreçlerde bazı sınırlamalar uygulanmaktadır. Müdafî görevlendirilmesine uygulanan kısıtlamalar, görevinden yasaklanması veya yetkilerinin kısıtlanması şüphelinin haklarını dolayısıyla adil ve hukuka uygun yargılamayı etkilemektedir. Özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile getirilen bazı kısıtlamaların Olağanüstü Hal Kararnamesi (OHAL KHK) düzenlemeleriyle değiştirilip genişletilmesi ve aynı zamanda olağanüstü hal sürecine özel olarak belirlenen bazı kısıtlamalarla gelinen son durum, şüphelilerin adil yargılanma hakkına ciddi bir müdahale oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi ilkeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları gözetildiğinde bu müdahalelerin uygulama şekillerine göre sözleşmenin açıkça ihlaline ve dolayısıyla hukuka aykırı yargılamalara neden olabileceği dikkate alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı, Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi, Müdafî, Olağanüstü Hal (OHAL) Kısıtlamaları, Ceza Muhakemesi Kanunu

Abstract: The right to defense counsel, which is one of the rights of suspect, is subject to some limitations in various processes of investigation. The restrictions applied on the appointment of defense counsel, the termination of his/her task or the restriction of his/her powers affect the fair and lawful proceedings, as well as the rights of the suspect. In particular, some restrictions imposed by the Criminal Procedure Code which have been amended and extended by the Emergency Decree regulations, and at the same time, the final situation which is faced due to certain restrictions specific to the state of emergency has seriously interfered with the right of the suspects to a fair trial. Considering the principles of criminal proceedings and the case law of the European Court of Human Rights, it should be taken into account that depending on the forms of practice, these interventions may lead to clear violations and therefore unlawful proceedings.

Keywords: The Right to Defense Counsel, Defense Counsel, Power of Counsel to Examine The File, Restrictions of State of Emergency, Criminal Procedure Code

* Avukat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, sinemtop@izmir.av.tr

GİRİŞ

Bu çalışmamızda ceza muhakemesinde şüphelinin sahip olduğu haklardan “*müdafî yardımından yararlanma hakkı*” kapsamında özellikle soruşturma evresinde müdafî yardımına erişiminin şüpheli veya sanık ile müdafî dışında yasal olarak veya uygulama tarafından kısıtlandığı durumları, bu hususta mevzuattaki düzenlemelerle ve fiili uygulama sonucunda ortaya çıkan sorunları incelemeye çalışacağız. Savunmanın kısıtlanamaması ve terörle etkili mücadele gibi iki olgunun çatıştığı bu sınırlamalarla korunan ve korunması ihmal edilen değerlere, temel haklara verebileceği zararlara değinerek, bu sınırlamaların uzun vadede oluşturacağı sakıncalı ihtimallere açıklık getirmeye çalışacağız.

I. Genel Olarak

Ceza yargılamasında şüpheli, CMK mad. 2 gereğince soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunana kişiyi, müdafî ise şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı ifade etmektedir. Öğretide, şüpheli bu sıfatı kazandığı ilk ceza muhakemesi işlemi öncesinde kendisine yasal mevzuat ile tanınan hakların bildirilmesi; kendisi ile ilk temasa geçildiği anda kendisine hatırlatılması gerektiği ifade edilmektedir.¹ Her ne kadar CMK mad. 147 düzenlemesinin ilk görünümünde şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması ya da sorgusunun yapılması öncesinde uyulacak düzenlemeler içerisinde haklarının hatırlatılması ve bu hakları kullanma imkânının sağlanması belirtilmişse de bu maddedeki şüpheli hakları katalogunun CMK mad. 90/4. fıkrasında şüpheliye yakalama anında derhal bildirileceği de emredici şekilde düzenlenmiştir. Şüphelinin hakları, CMK ve ilgili yönetmelikler kapsamında isnadı öğrenme hakkı, susma hakkı, muhakemeye yön verme hakkı, yakınlarına haber verebilme hakkı, lekelenmeme hakkı ve müdafî yardımından yararlanma hakkı olarak belirlenmiştir.

Müdafî yardımından yararlanma hakkı, CMK mad. 147/1-c bendinde “*Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından*

¹ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2016, s.202.

faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.” düzenlemesi ile belirtilmiştir. Bu hakkın genel tanımlaması veya üst başlığının savunma hakkı olduğu, savunma hakkı kapsamında şüpheli veya sanığın müdafî yardımından yararlanma hakkı olduğu kabul edilmektedir.²

Müdafî, yargının kendine özgü şekilde hem hukukun ona yüklemiş olduğu maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacındaki rolde hem de savunduğu şüpheli veya sanığa vekâlet sözleşmesi ile bağlı olarak müvekkili lehine savunmayı üstlenerek ceza yargılamasındaki görevini yerine getirmekle yükümlüdür.³

Müdafî yardımından yararlanma hakkı, bir başka deyişle şüpheli veya sanığa etkin ve yeterli hukuki güvencelerle donatılmış bir savunma hakkının teminini ifade etmektedir. Çünkü bu hakkın gerçek anlamda kullanılabilmesi için müdafîin yetkilerini gereği gibi kullanabilmesi ve ödevlerini yerine getirmesinde uluslararası ve ulusal mevzuattaki istisnai sınırlamalar dışında kısıtlama getirilmemesi gerekmektedir. Bu çalışmamızda müdafî yardımından yararlanma hakkının sınırlamaları başlığı ile inceleyeceğimiz temel konu, müvekkili ile müdafîin arasındaki iç ilişkiye ve bu yolla savunma hakkına getirilen sınırlamalar olacaktır.

I. Anayasal Boyutu

Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında “*Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmiş yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*” düzenlemesi ile ceza yargılamasında masumiyet karanesinin Anayasa'da belirlenen, ülkenin tehdit altında olduğu, olağanüstü durumlarda dahi kısıtlanamayacağı açıkça belirlenmiştir.

² Yener Ünver, Hakan Hakeri s.215. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 218 vd.

³ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 181 vd.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilmiştir. Bu maddede belirtilen hak arama özgürlüğü başlığı altındaki düzenlemede açıkça savunmanın ve adil yargılanmanın teminatı da tahsis edilmiştir. Bu noktada aslında ceza muhakemesi hukukuna dair düzenlemeler Anayasa'nın 38. maddesinde zikredilmiş ise de görüşümüzce savunmanın ve adil yargılanmanın bu maddeden ayrı düşünülmesi mümkün değildir.

Nitekim T.C. Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında da bu görüşümüzü destekleyen, ilkesel değerlendirmelere yer verilmektedir. AYM görüşüne göre "*Şüpheli ve sanığa salt savunma hakkının tanınması yeterli değildir. Şüpheli ve sanığın savunma için Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen "meşru vasıta ve yollardan" yararlandırılması da gerekir. Savunmada başvurulacak meşru vasıta ve yollar arasında avukatların teknik bilgilerinden ve tecrübelerinden yararlanma olanağı da bulunmaktadır. Şüpheli ve sanık için Anayasa'nın 36. maddesinde sözü edilen meşru vasıta ve yollardan en önemlisi müdafî yardımından yararlanmaktır. Diğer bir ifadeyle müdafî yardımından yararlanma hakkı, Anayasanın 36. maddesinde belirtilen "meşru vasıta ve yollar" kavramının kapsamındadır. Bu itibarla müdafî yardımından yararlanmanın adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğine dâhil ve bu hakkın doğal sonucu olduğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla suç isnadı altındaki kişi, adil yargılanma hakkı kapsamında kendisini bizzat savunma veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanma hakkına sahiptir. (...) Müdafî yardımından yararlanma hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından başka bir önemi, suç isnadı altında olan kişinin bu haktan yararlandırılması yönünden devletin pozitif bir yükümlülüğü olduğunun kabul edilmesidir. Anayasa'nın 36. maddesinde suç isnadı altında bulunan kişinin ekonomik durumunun elverişli olmaması veya ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için gerekli görülmesi hâlinde resen atanacak bir müdafinin yardımından yararlandırılması da gerekir. (...) Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişiden kendisini bizzat savunması istenemez. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için şüpheli/sanığa müdafî atanması zorunlu ise müdafî görevlendirme konusundaki pozitif yükümlülüğün yerine*

getirilmesi gerekir."⁴ Bireysel başvuru sonucunda verilen bu karardaki hakların tanınması ve kullanılması konusunda hukuki değerlendirmeler büyük önem arz etmektedir.

Bu hak, temel haklar kapsamında yer almasından dolayı ancak Anayasa mad. 13 gereğince sınırlandırılabilir. Getirilecek sınırlandırma yasal bir düzenlemeye dayanmalı, anayasada karşılık bulan meşru amaçlara dayanarak sınırlama yapılmalı, hakkın özünü zedelemeyecek nitelikte, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine göre uygulanmalıdır.⁵

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi İctihatlarını Boyutu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrası c bendine göre bir suç ile itham edilen kişilerin (ulusal hukuka göre şüpheli veya sanığın) "*Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, re`sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek*" hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Sözleşmenin bu düzenlemesinin uygulanışı ve kapsamı ise AIHM kararlarında görülmektedir. Şöyle ki, *Imbrioscia/İsviçre* davasında Mahkeme, AIHS m.6/3-c bendinin yargılama öncesi yani soruşturma işlemleri yönünden de düşünülmesinin zorunlu olduğunu; bu kararla müdafî yardımından yararlanma hakkının soruşturma aşamasında da gözetilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir.⁶ Şüpheli veya sanığın soruşturma aşamasında sessiz kalması veya tam tersine bir itirafta bulunmasına bir sonuç bağlanabilmesi ve yargılamanın adil bir yargılama olarak korunması için açıkça feragat edilmediği müddetçe müdafî yardımının sağlanması gerektiği husu-

⁴ AYM, 1. Bölüm, Yusuf Karakuş ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2014/12002, 08.12.2016 tarihli kararı.

⁵ Semih Gemalmaz, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi - Sınırlama ve Güvence İlkeleri, İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu, Yeni Anayasa Çalıştayı, İstanbul, 2012, s. 6.

⁶ *Imbriosia v. İsviçre* kararı, başvuru no: 13972/88, Mahkemenin 23.12.1993 tarihli kararı. İsa Başbüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Pasifik Ofset, İstanbul 2013, s. 1353.

sunda daha kapsamlı değerlendirmelerde bulunmuş ise de geçerli nedenlerle yapılan kısıtlamanın yargılamaya hâlel getirmeyeceğini de kabul etmiştir.⁷ Mahkeme, müdafî yardımından yararlanma hakkından açık feragatin geçerli olabilmesi için hak hatırlatılması konusunda da titiz davranılmasına önem vermektedir.⁸ *Türk/Türkiye*⁹ kararında başvurana ilk yapılan hak hatırlatmasında genel olarak sahip olduğu hakların yazılmasının yeterli olmadığını, suçlama kapsamında bu haklarını kullanıp kullanmaması konusunda bir hatırlatma olmadığını, bu noktada hakkındaki yakalama kararı farklı ve görece daha basit bir suçtan (6136 sayılı Yasa'ya muhalefet) olduğu sanıyla avukatın hukuki yardımından yararlanmak istemediğini belirten başvuranın müdafî yardımından yararlanma hakkı konusundaki güvenceler sağlanmadığından adil yargılanma hakkının m.6/3-c kapsamında ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM Büyük Dairesi aynı olaya ilişkin ihlal kararı vermeyen daire kararının aksine yaptığı inceleme sonucunda, *Salduz/Türkiye* kararında, "(...)kural olarak, her davanın kendine has koşulları ışığında bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler olmadıkça, şüpheliye, polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanmalıdır. Avukata erişim hakkının sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, böylesi bir kısıtlama savunma haklarına zarar vermemelidir. Avukat erişimi sağlanmayan sanığa polis soruşturması sırasında yapılan suçlayıcı ifadelerin sanığın mahkûmiyet kararında kullanılmaları durumunda sanığın savunma haklarına zarar verilmiş sayılır.(...)" diyerek müdafî yardımından yararlanma hakkının kısıtlanması konusundaki çerçeveyi ortaya koymuştur.¹⁰ Mahkeme verdiği birçok kararında *Salduz/Türkiye* kararını referans göstererek Türkiye'deki müdafî yardımı ve 2005 yılı itibariyle değişen yasa ve uygulamaya dikkat çekmekte ancak geçmişte yaşanan ihlallerden dolayı Türkiye'yi tazminata mahkûm etmeye devam etmektedir.¹¹

⁷ Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov,, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çeviri: Serkan Cengiz, Strazburg 2012, s. 102.

⁸ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 519, 520.

⁹ Türk v. Türkiye kararı, başvuru no: 22744/07, Mahkemenin 05.09.2017 tarihli kararı. (<https://hudoc.echr.coe.int>)

¹⁰ Salduz v. Türkiye kararı, başvuru no: 36391/02, Mahkemenin 27.11.2008 tarihli kararı. (<https://hudoc.echr.coe.int>)

¹¹ Bayram Koç v. Türkiye kararı, başvuru no: 38907/09, Mahkemenin 05.09.2017 ta-

AİHM tarafından müdafî yardımından yararlanma hakkına getirilen kısıtlamalar konusunda, mahkemenin yargı yetkisini tanıyan diğer ülkeler açısından verilen kararlarda da müdafî yardımından yararlanma hakkının mutlak olmadığı ancak kısıtlamaların gerekçelendirilmesi ve adil yargılamaya zarar vermeyecek şekilde uygulanması gerektiği belirtilmiştir. *A.T./Lüksemburg*¹² kararında dosyaya erişim hakkına getirilen sınırlamanın sürecin devamında giderilerek adil yargılamanın zedelenmemesi sebebiyle ihlal olmadığını söylerken başvuran için sorgu öncesinde usulen avukat görevlendirmesi yapılmasının etkin bir avukat yardımı alabildiğini doğrulamaya yetersiz olduğunu belirtmiştir.

Dvorski/Hırvatistan kararında ise mahkeme kişinin bir müdafî yardımından hiç yararlandırılmaması karşısında kendi seçtiği müdafinin yardımından yararlandırılmamasının daha önemsiz bir mesele gibi görülebileceğini ancak kendisi veya ailesi tarafından seçilen müdafî konusunda bilgilendirilmemesi ve bu yolla atanmış müdafinin yardımından yararlanmaya zorlanması, sonuç olarak kendi seçtiği (özel) müdafî ile görüşmesinin yetersiz gerekçeyle kısıtlanmasının adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir.¹³

Vyerentsov/Ukrayna kararında mahkeme "(...)başvuran İdari Suçlar Kanunu'nda öngörüldüğü üzere yasal temsilci talebinde bulunmuş olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi başvuranın bir insan hakları savunucusu olarak yasal geçmişi nedeniyle bu talebi reddetmiştir. Bu gerekçelere dayanarak talebin reddedilmesi hem yasaya aykırı hem de keyfi olmuştur.(...)" değerlendirmesi ile müdafî yardımından yararlanma hakkı konusunda kişinin özelliklerinin belirleyici olamayacağını, şüpheli veya sanığın kişisel yeterlilikleri gerekçe gösterilerek hakkın kısıtlanamayacağını belirtmiştir.¹⁴

rihli kararı. *Abdulgafur v. Türkiye* kararı, başvuru no: 44023/09, Mahkemenin 24.05.2016 tarihli kararı. (<https://hudoc.echr.coe.int>) *Yiğitdoğan v. Türkiye* kararı, başvuru no: 72/174/10, Mahkemenin 03.06.2014 tarihli kararı.

¹² *A.T. v. Lüksemburg* kararı, başvuru no: 30460/13, Mahkemenin 09.04.2015 tarihli kararı. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168595>)

¹³ *Dvorski v. Hırvatistan* kararı, başvuru no: 25703/11, Mahkemenin 20.10.2015 tarihli kararı. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168423>) *Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 338.*

¹⁴ *Vyerentsov v. Ukrayna* kararı, başvuru no:20372/11, Mahkemenin 11.04.2013 tarihli kararı. ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-170222\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\))

AİHM kararlarında kişinin tecrit edilmesi, ailesi ile görüştürülmesi gibi durumlarda müdafî yardımından yararlanma, mahkemenin tabiriyle “*right to legal assistance/avukata erişim hakkı*”nın özüne dokunur bir ihlalin yaşandığını kabul etmektedir. Nitekim *Adamkiewicz/Polonya* kararında altı ay içinde çok sınırlı sayıda ailesi ve avukatı ile görüştürülen, avukatı ile yalnız görüşmesine müsaade edilmeyen onsekiz yaşından küçük başvuranın bu koşullar altında avukata erişiminin esnek ve geniş zamanlı olarak uygulanması gerektiğine vurgu yaparak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵

IV. Ceza Muhakemesi Kanunu Genel Düzenlemeler Boyutu

A. Şüphelinin veya Sanığın Müdafî Seçimi İle İlgili Sınırlamalar

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mad. 150/1 bendi uyarınca isteğe bağlı olarak bir müdafî seçebilme hakkı tanınması yanında bu kanun ile birlikte zorunlu müdafîliğin de kapsamı genişletilmiştir. Kural olarak şüpheli veya sanık müdafî seçiminde veya temsil açısından dilediği sayıda müdafî görevlendirmede serbesttir.

Ancak şüpheli veya sanığın bir müdafî seçimi yapmadığı fakat AİHS mad. 6 gereğince suçlamanın ağırlığına veya kişinin yargılama sürecindeki durumuna göre müdafî yardımının sağlanması gereken bazı haller de mevzuatımızda düzenlenmiştir. CMK mad. 150 gereğince kendisine müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan eden şüpheli veya sanığa istemi halinde müdafî görevlendirmesi yapılır. Burada müdafî görevlendirmesi kişinin isteği ile yapılırken müdafîin belirlenmesi (seçimi) görevlendirme talep edilen baro tarafından baronun kendi kurallarına göre yapılmaktadır. Bu durum da ihtiyari müdafîlik olarak tanımlanmaktadır.¹⁶

Çocuklara, kendisine savunmayacak derecede malullere, sağır ve dilsizlere ise ceza yargılaması sürecinde istemlerine bakılmaksızın müdafî görevlendirmesi yapılır. (CMK mad. 150/2) Bu savunma yardımı, kişinin hem istemine hem de seçimine bakılmaksızın zorunlu müdafîlik olarak kabul edilmektedir.

¹⁵ *Adamkiewicz v. Polonya* kararı, başvuru no: 54729/00, Mahkemenin 02.03.2010 tarihli kararı. ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-111145"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{))

¹⁶ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 227.

Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan yargılamalarda istem aranmaksızın şüpheli veya müdafii için şayet kendisi tarafından bir müdafii görevlendirilmemişse, zorunlu müdafii görevlendirmesi yapılır. (CMK mad. 150/3) Bu müdafii görevinin yargılamanın her aşamasında görevini sürdürmesi gerektiği kabul edilmekte, bunun sonucunda da yokluğunda hüküm verilmesi halinde savunma hakkının kısıtlandığı belirtilmekteydi.¹⁷ 2016 yılı itibariyle ise ilan edilen olağanüstü hal çerçevesinde müdafii mazeretsiz olarak duruşmada bulunmaması durumunda duruşmada hazır bulunacaklar arasındaki zorunlu varlığının aranmayacağı düzenlenmiştir. (KHK-646/mad. 5)

Savunma hakkının etkin kullanımı bakımından özellikle gözlem altına alınması talep edilen, gözaltındaki veya tutuklu bir şüphelinin haklarını kullanabilmesi ve dosyayı incelemesi, dosyadaki tüm evraklara erişimi oldukça önemlidir. (CMK mad. 74/1, 91/7, 101/3) Bu noktada muhakeme yönünden hakkında kişi özgürlüğü kapsamında tedbir uygulanan şüpheli veya sanığın dosyaya erişim sağlaması mümkün olmadığından bir müdafii yardımı muhakkak gereklidir.¹⁸

Müdafii yardımından yararlanılması için mutlaka yargılama sürecinde duruşma olması ya da şüpheli veya sanığın özgürlüğünü kısıtlanmış olması gerekmemektedir. Bir suç isnadı altında yargılanan her kişinin savunma hakkının kutsallığına binaen hukuki durumunda değişiklik yaratacak tüm süreçlerde savunma hakkı bulunduğundan, bu hakkın etkin kullanımı için müdafii yardımının da sağlanması gerekmektedir.¹⁹ Bununla birlikte yargılamanın tamamında değilse de, sadece belirli işlemler sırasında şüpheli veya sanığın bir müdafiiin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu görüldüğü durumlarda da görevlendirme yapılacağı yasal olarak düzenlenmiştir. *Kaçak sanık hakkında duruşma yapılması* (CMK mad. 247/4), *duruşma düzenini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi* (CMK mad. 204) hallerinde de, bu işlemler yapılırken şüpheli veya sanığın müdafii yoksa kendisine bir müdafii görevlendirmesi yapılır. Söz konusu hallerde değişiklik olduğunda, şüpheli veya sanığın bir müdafiiin hukuki yar-

¹⁷ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 230, 240.

¹⁸ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 225, 229.

¹⁹ Yargıtay 11. CD, 03.05.2007 tarih, 2007/768 E. 2007/3060 K. (www.sinerjimevzuat.com)

dımından faydalanmaya devam edip etmeyeceği, kural olarak kendi seçimine bırakılmıştır.²⁰

B. Müdafî Görevlendirilmesine İlişkin Sınırlamalar

Müdafî seçimi ve görevlendirmesine dair bu ihtiyarilik ve zorunluluk kısıtlamaları dışında kural olarak CMK mad. 149 kapsamında yargılama sürecinde bir veya birden fazla müdafî seçiminin mümkün olduğu, kişinin kanuni temsilcisi tarafından da müdafî seçiminin yapılabileceği belirtilmiş; soruşturma veya kovuşturma aşamalarında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardım sağlamanın engellenemeyeceği, kısıtlanamayacağı kabul edilmiştir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında soruşturma evresinde ifade alma sürecinde en çok üç avukatın görev alabileceği; örgüt faaliyeti kapsamında suç işlendiği iddiasıyla yürütülen kovuşturmalarda ise duruşmalarda en çok üç avukatın hazır bulunabileceği kabul edilmiştir. Bu noktada görevlendirme açısından herhangi bir sayı kısıtlaması bulunmamasına karşın bizzat etkin görev alma konusunda sayı kısıtlamasına gidilmiştir. Terörle Mücadele Kanunu madde 10 ile bu kanun kapsamında yapılan yargılamalarda müdafî sayısındaki kısıtlama, CMK ile uyumsuz olduğundan ve bu konudaki öğreti eleştirileri ve savunmanın kısıtlanmasına dair endişeler dikkate alındığından 2014 yılı itibarıyla işlemlerde hazır bulunabilecek müdafî sayısına dair kısıtlamalarda ayrık durumlar ortadan kaldırılmıştır.²¹

1. Müdafîin Görevini Yerine Getirmemesi Halinde

Müdafîin görevden alınması olarak da adlandırılabilir bu durumda CMK mad. 150 kapsamında ihtiyari veya zorunlu olarak görevlendirilen müdafînin duruşmada hazır bulunmaması veya vakitsiz olarak duruşmada çekilmesi yahut görevini yerine getirmekten kaçınması hallerinde hâkim veya mahkemeye yeni bir müdafî atanması için gerekli işlem yapma yetkisi verilmiştir. (CMK mad. 151/1) Öğretide

²⁰ Hakan Karakehya, Murat Arabacı, Ceza Muhakemesinde Müdafîin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafîliğe İlişkin Problemler, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara, 2015, S. 22, s. 65.

²¹ Sinan Kocaoğlu, Müdafî, s. 151.

AİHS mad.6/3-c kapsamında sadece görevlendirilen müdafinin değil, şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafinin de benzer hareketlerde bulunması halinde hâkim ya da mahkemenin etkin savunmayı sağlamak adına yeni bir müdafî atanması için gerekli işlemlerde bulunmaya yetkisi olduğu belirtilmektedir.²² Ancak uygulamada bu durumun azil kurumu varken mahkeme eliyle kullanımı taraflar arasındaki nisbi bir ilişkiye keyfi bir müdahale oluşturacağı riskiyle kullanımı uygun görülmemektedir. Kaldı ki seçilmiş bir müdafinin varlığı halinde atanmış bir müdafî görevlendirilemez, atanmış olsa dahi Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik madde 7/1-ç bendi gereğince görev alamaz.²³²⁴

2. Müdafî Görevinden Yasaklanma

Örgütlü suçla mücadele kapsamında zaman içinde ortaya çıktığı gözlemlenen bir ihtiyaçla ilk kez Almanya'da düzenlenen bu durum, bizim hukuk sistemimizde de benzer çerçevede düzenlenmiştir.²⁵ Müdafîin görevinden yasaklanması, ceza yargılamasının esas amacı olan maddi gerçeğe ulaşma yolunda, müdafîin savunmayı temsilden daha farklı bir duruma geçerek, savunma makamının yetkilerini kötüye kullanarak maddi gerçeğe ulaşılmasını engelleyebileceği ihtimaline binaen

²² Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi(Açıklamalı ve Önemli Kararlar), C.I, Ankara, Şen Matbaası, 2012, s.650. Ahmet Bozdağ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.211. Durmuş Tezcan, Mustafa

²³ Müdafî veya vekilin görevi; a) Soruşturma evresinde; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi, yetkisizlik veya görevsizlik kararı, kamu davası açılması hâlinde ise iddianamenin kabulü kararı verilmesi, b) Kovuşturma evresinde; yargılamanın yapıldığı il veya ilçe dışında yargılamayı gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı, esasa ilişkin hükmün kesinleşmesi ya da davanın nakline karar verilmesi, c) Müdafî, vekil veya kendisine müdafî ya da vekil görevlendirilen kişinin ölmesi, ç) Kişinin kendisine bir müdafî veya vekil seçmesi, hâllerinde sona erer. (2) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine görevlendirilen müdafî veya vekil azledilemez. (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî Ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik)

²⁴ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasmine Saygılar Kırt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, s. 249.

²⁵ Sinan Kocaoğlu, Müdafî, s. 164, 165.

getirilmiş geçici bir tedbirdir.²⁶ Türk Ceza Kanunu'nun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından şüpheli, sanık veya ve hükümlü olanların müdafiliğini üstlenen avukatın seçilmiş veya atanmış olması fark etmeksizin, hakkında bu suçlar nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanabileceği kabul edilmiştir. (CMK mad. 151/3) Müdafinin görevinden yasaklanması kararı, yalnızca yasada belirtilen suçlardan dolayı tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenmek veya sürdürmek konusunda bir yasaklama olarak belirlenmiş; yasaklı müdafinin aynı şüpheli ya da sanığın başka suçlardan dolayı açılan soruşturma veya kovuşturmalarda müdafiliğini üstlenebileceği benimsenmiştir.²⁷ Ancak bu görevden yasaklanma müddetinde hangi sebeple olursa olsun müdafinin, yasaklanma kararının ilgilisi olan tutuklu şüpheli veya sanık ile ceza infaz kurumlarında veya tutukevlerinde görüşemeyeceği kabul edilmiştir. (CMK mad. 151/6) Bu düzenlemenin benimsendiği Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, hâkim kararıyla görevinden yasaklanan müdafinin, aynı sanığın başka davalarda da müdafiliğini üstlenmesi yasaklandığı gibi, belirli bazı suçlardan yargılanan başka sanıkların da müdafiliğini üstlenmesi yasaklanması mümkündür.²⁸ Bu kurumun getiriliş amacıyla örtüşür gibi görünen bu uygulamanın ülkemizde benimsenmesi halinde ise hâlihazırda zaten zedelenmiş olan avukatlık mesleğinin saygınlığı ve savunma hakkının zarar görmemesi için mutlaka özel tedbirler alınmalıdır.

İlk düzenlemeden bu yana 21.07.2016 tarihli 29777 sayılı resmi gazete ile ilan edilen olağanüstü hal sonrasında yayınlanan 676 sayılı OHAL KHK'sı ile yapılan değişiklik sonucunda müdafilik görevinden yasaklamanın kapsamı genişletilmiştir. Yapılan değişiklik öncesinde yalnızca sayılan suçlardan tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenen ve belirlenen suçlardan hakkında kovuşturma açılmış olan avukatlar için müdafilikten yasaklama mümkün iken yapılan değişiklik ile görevden yasaklanan müdafî hakkında yalnızca belirlenen suçlardan soruşturma veya kovuşturma bulunması yeterli görülmüş; müdafiliğini üstlendiği şüpheli, sanık veya hükümlü için tutuklu

²⁶ Sinan Kocaoğlu, Müdafî, s. 167.

²⁷ Sinan Kocaoğlu, Müdafî s. 165.

²⁸ Ahmet Bozdağ, Hüseyin Şık, Müdafinin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, S. 2, s.61.

olma şartı aranmaksızın yalnızca soruşturma başlatılmış olması yeterli görülmüştür.

Cumhuriyet Savcısının müdafî hakkındaki görevden yasaklanma talebi üzerine, muhakemenin aşamasına göre hâkim veya mahkeme tarafından yasaklama kararının bir yıl süreyle verileceği, bu sürenin altı aylık periyotları aşmamak kaydıyla en fazla iki defa uzatılabileceği düzenlenmiştir. Görevden yasaklama azami iki yıl süreyle uygulanabilir bir tedbir kararıdır ve koşulları bulunmasına rağmen gerekli görülmemesi halinde savcılık tarafından talep edilse dahi hâkim veya mahkeme tarafından yasaklama kararı verilmeyebilir.²⁹ Nitekim itiraz kanun yolunun açık tutulduğu bu kararın, müdafî hakkındaki soruşturmada kovuşturmayaya yer olmadığına dair, kovuşturma sonucunda ise mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde ise kesinleşme beklenmeksizin kararın kendiliğinden kalacağı kabul edilmiştir. (CMK mad. 151/4)

Yasaklama kararı verilmesi halinde derhal müdafîliğini üstlendiği şüpheli, sanık veya hükümlüye ve aynı zamanda yeni müdafî görevlendirilmesi için ilgili baro başkanlığına karar bildirilir. Bu durumda gecikmeksizin alınan karar ve derhal bildirim ile savunma hakkının kısıtlanmamasının hedeflendiği, müdafîi görevinden yasaklanan şüpheli, sanık veya hükümlünün derhal kendine yeni müdafî seçmesi veya ilgili baro başkanlığı tarafından atama yapılmasıyla müdafî yardımından yararlanma hakkının genel çerçevede kullanımının korunması amaçlanmıştır. Ancak burada unutmamak gerekir ki kişinin müdafîinin görevden yasaklanması durumunda adil yargılanma hakkı gereğince ilgili fıkralarda açıkça yasaklama sonrası yeni seçtiği müdafîye tanınacak süre konusunda düzenleme olmasa da CMK mad. 151/1-2 ile benimsenen savunma için gerekli sürenin verilmesine dair kuralların uygulanması gerekir.³⁰

C. Müdafîin Yetkilerine İlişkin Sınırlamalar

Savunma makamını temsil eden müdafîin, diğer ceza muhakemesi sùjeleri ile yargılama önünde eşitliğinin (*silahların eşitliği ilkesi*³¹)

²⁹ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu, s. 211.

³⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, s. 230.

³¹ Nur Centel, Hamide Zafer, s. 221 vd. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacak-

sağlanması ve etkin savunma yapabilmesi için bazı yetkileri yasa ile tanınmıştır.³² Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Savunma kısmında düzenlenen en bilinen ve bir takım sınırlamalar getirilen yetkiler dosya içeriğini inceleme, delilleri inceleme, dosyadan örnek alma, şüpheli veya sanıkla görüşme, aşamalarda hazır bulunma yetkileridir.

1. Dosya İnceleme Yetkisinin Kısıtlanması

Müdafîin dosya içeriğini ve delilleri incelemeye yetkili olduğu, dosyadan istediği bir evrakın harçsız bir örneğinin alabileceği yasa da açıkça düzenlenmiştir. (CMK mad. 153/1) Delillerin incelenmesi, dosya kapsamından ayrı düşünülmediği için madde başlığında ve genel olarak doktrinde de dosya inceleme yetkisi başlığında bütün halinde değerlendirilmektedir.³³ Ancak hemen ardından bu yetkinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle yasa da özel olarak belirlenen suçlardan yapılan soruşturmalarda Cumhuriyet Savcısı istemi ve hâkim kararıyla kısıtlanabileceği kabul edilmiştir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme, soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması demektir. Burada somut bir tehlike arayışı olduğu unutulmamalıdır. Kısıtlama kararının dosyadaki yalnızca bu amaca yönelik tehlike oluşturan evraklar dışında bırakılarak verilmesi de mümkündür.³⁴

Söz konusu kısıtlamanın mutlak bir kısıtlama olamayacağı, yakalanan kişi veya şüphelinin ifade tutanağı ile bilirkişi raporlarının ve şüphelinin hazır bulunduğu, katıldığı işlemlere dair evraklara kısıtlamanın uygulanamayacağı düzenlenmiştir. (CMK mad. 153/3) Bu kararın soruşturma müddetince Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılana kadar uygulanacağı, tüm soruşturma boyunca sürdürülmesi halinde ise iddianamenin kabulü ile yargılama kovuşturma aşamasına geçtiği ve artık aleniyet kazandığı için yasağın kendiliğinden ortadan kalkacağı kabul edilmektedir.³⁵

sız, İlker Tepe, s. 52.
³² Sinan Kocaoğlu, s. 175. Ali Pehlivan, Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Pasifik Ofset, İstanbul 2013, s. 1504.
³³ Nur Centel, Hamide Zafer, s. 198.
³⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, s. 201, 202. Ali Pehlivan, Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi, s. 1524, 1525.
³⁵ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 236.

Avrupa insan hakları standartlarında dosyaya erişim hakkının mutlak olmadığı kabul edilmekte; hassas bir soruşturma yönetimi için, bir tanığın veya görevlinin kimliğini korumak amacıyla bazı istisnalara başvurulması ihtimal dâhilinde kabul edilmektedir.³⁶ Yerleşik AİHM içtihatlarına göre, tutuklama kararına itiraz sürecinde verilen kararın dayanağını oluşturan bilgi ve evraklar savunma makamının incelemesine sunulmak zorundadır.³⁷ Çünkü kararlarda da sıkça ifade edildiği üzere, savunma makamının denetimine açılmayan dosya içeriği, verilecek bir tutuklama kararına dayanak teşkil edemez. (*Lamy/Belçika Kararı*³⁸, *Schöps/Almanya kararı*³⁹) Bu durumun çekişmeli yargı ve silahların eşitliği prensiplerini zedelemesi yanında savunmanın etkili bir itiraz yapmasını da engellediği belirtilen kararlarda aslında AİHM tarafından dolaylı olarak dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması kararının bağlanan sıkı şartlarla uygulanmaması halinde savunmanın kısıtlanmasına yönelik bir karar da olabileceği gözler önüne serilmiştir.⁴⁰

Dosyanın incelenmesi ile dosyadan örnek alınması hususu bütünleşik görülmesine karşın ülkemiz uygulamasında ayrışan çok önemli bir nokta bulunmaktadır. Uygulamada Avukatlık Kanunu ilgili hükümleri ve Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 137. maddesi gereğince dosyadan örnek alınması vekâletname ibrazına bağlı olarak yapılabilmektedir. Oysaki doktrinde çoğunluk görüşünde dosyayı inceleyerek bilgi sahibi olan, yapısı gereği şüpheli veya sanıkla bir vekâlet sözleşmesi bulunmadığından, ilişkinin kurulması veya ispatı için resmi bir vekâletname çıkarılması gerekli olmayan yalnızca şüpheli veya sanığı temsilen orada bulunduğunu serbestçe ifade ederek basitçe ispatlamalarının yeterli görülmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴¹

³⁶ Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, s. 98 vd.

³⁷ Ali Pehlivan, Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi, s. 1507.

³⁸ Lamy v. Belçika kararı, başvuru no: 10444/83, Mahkemenin 30.03.1989 tarihli kararı. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57514>)

³⁹ Schöps v. Almanya kararı, başvuru no: 25116/94, Mahkemenin 13.02.2001 tarihli kararı. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59210>)

⁴⁰ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, s. 206.

⁴¹ Nur Centel, Hamide Zafer, s. 202.

2. Müvekkili ile Görüşme Yetkisinin Kısıtlanması

Kural olarak, şüpheli veya sanık ile müdafî vekâletname aranmaksızın, başkalarının duyamayacağı bir ortamda her zaman görüşebilirler. Bu görüşmenin yazılı olması halinde de denetime tabi tutulamayacağı kabul edilmiştir. (CMK mad. 154/1) “*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, (...) hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.*” (CMK mad. 149/3) Benzer doğrultuda, cezaların infazına ilişkin yasal düzenlemeye göre tutuklunun hücrede tutulması halinde dahi avukatıyla görüşme hakkı engellenemeyeceği düzenlenmiş; ayrıca tutuklunun tutukevinde müdafî ile görüşmesini ve haberleşmesini güvence altına alınmıştır.⁴² (CGTİHK mad. 44/5, 114/4-5)

20 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hal sonrasında 23 Temmuz 2016 tarihinde yayınlanan ilk OHAL KHK’sı ile bu konudaki kısıtlanamaz görülen yetkiye ilk sınırlamalar getirilmiştir.⁴³(KHK-667/6/1-d) Bu sınırlamalar oldukça ağır, güvence ve denetimden yoksun, keyfi uygulamalara oldukça açık bir düzenleme ile belirlenmiştir. Düzenlemede belirtilen “(...) ihtimalinin varlığı halinde” ifadesi, ne yazık ki ceza hukukunda uygulanan normların somut

⁴² Ş. Cankat Taşkın, Müdafinin Ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2007, S. 69, s. 213. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe,, s. 227.

⁴³ ‘Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması halinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. Tutuklu hakkında, tutanak tutulması halinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. Görevlendirilen avukata, 23.3.2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 13 üncü maddesine göre ücret ödenir.’

ve denetlenebilir bir yapıda olması gerekliliğinden oldukça uzaktır. Sayılan ihtimallerin varlığı halinde, yalnızca Cumhuriyet Savcısının kararı ile görüşmelerin kaydedilebileceği, tutuklu ile müdafinin görüşmelerini izlemek amacıyla görüşmelerde bir görevlinin hazır bulundurulabileceği, görüşme esnasında birbirlerine verdikleri belge veya belge örneklerine, dosyalara ve görüşme notlarını içeren kayıtlara el koyulabileceği, görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Tutuklu ile müdafii arasındaki görüşmenin düzenlemede belirtilen sakıncalı amaçlarla yapıldığının belirlenmesi halinde ise görüşmenin derhal sonlandırılarak bu durumun tutanağa bağlanacağı belirtilmiştir. Böyle bir durumda ise görüşmenin amacını tespit edecek makamın kim olduğu ise belirlenmemiştir. Böyle bir tutanak tutulması halinde ise Cumhuriyet savcısının istemi ile sulh ceza hâkimliği kararıyla görüşmenin yasaklanabileceği öngörülmüştür. Bu tedbirler keyfi uygulamalarla savunmanın kısıtlanması ve adil yargılanma hakkının zedelenmesi konusunda çok ciddi ihlaller yaratabilecek şekilde öngörülmüştür.⁴⁴ Ardından bir başka olağanüstü kararın hükmünde kararname ile gözaltındaki şüphelilerin de müdafii ile görüşme hakkının yalnızca Cumhuriyet savcısının kararı ile beş gün süreyle kısıtlanabileceği ancak bu süre zarfında ifadesinin alınmayacağı düzenlenmiştir. (KHK-668/3/1-m) Bu düzenlemedeki kısıtlamanın uygulanması için ise hiçbir şart, durum, ihtimal dahi aranmamıştır. Ancak alınan tedbirlerin yasallaşmadığı müddetçe (olağanüstü hal devam ettiği sürece uygulanabilir) geçici olduğu ve ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü koşullar düşünülerek hızlıca hazırlandığı eleştiri anında göz ardı edilmemelidir. Bu sayılan tedbirlerin uygulanmasında ise devam eden olağanüstü halin değişen koşulları mutlaka dikkate alınmalı ve savunma hakkını kısıtlayan, adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek şekilde, yalnızca düzenleme bulunmasından hareketle uygulanmamasına özen gösterilmelidir. Nitekim keyfi uygulamanın kamu görevlileri açısından görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı açıktır.⁴⁵

⁴⁴ Yener Ünver, Hakan Hakeri s. 238. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 335 vd. Güney Dinc, AİHS'e göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, 2006, s. 233 vd.

⁴⁵ Yargıtay 4. CD, 08.10.2012 tarih, 2011/508 E. 2012/19916 K. (www.sinerjimevzuat.com)

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri dışında yasal düzenlemeye eklenen fıkra ile getirilen kısıtlama ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda OHAL ilanı kapsamında belirlenen suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia olunan uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından gözaltındaki şüpheli ve müdafî arasındaki görüşmenin Cumhuriyet savcısının istemi ile yirmi dört saat süreyle hâkim kararı alınarak kısıtlanabileceği, ancak bu süre zarfında ifadesinin alınamayacağı düzenlenebilmesine ilişkindir. (CMK mad. 154/2) Söz konusu yasal düzenleme Cumhuriyet savcısının hangi koşulların varlığı halinde bu istemde bulunabileceğini, hangi amaçla kısıtlama talebinde bulunabileceğinin düzenlenmemesi sebebiyle yasanın öngördüğü suçların soruşturmasında keyfi görüşmenin kısıtlanması taleplerine sebep olabileceği gibi; böyle bir düzenleme hâkim denetiminin güvencesini de işlevsiz hale getirmektedir.⁴⁶ Çünkü hâkim tarafından savcılık isteminin değerlendirilmesinin hangi kriterler gözetilerek yapılacağı belirtilmediğinden söz konusu kısıtlama tedbiri denetime elverişsiz şekilde uygulama imkânı bulacaktır.

3. Hazır Bulunma Yetkisinin Kısıtlanması

Bu yetkinin tam olarak anlaşılabilmesi için öncelikle “*hazır bulunma*” tabirinden ne anlaşılması gerektiğinin değerlendirilmesi konumuz için elzemdir. Şöyle ki, öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte, kolluğu denetleyici bir unsur olan müdafîin aynı zamanda soruşturma işlemleri süresince ifade almanın veya yapılan diğer soruşturma işlemlerinin düzenini bozmayacak şekilde, ancak sürekli olarak şüpheliye gereken noktalarda hak hatırlatması yapma, hukuki yardım sağlama, soruşturmaya yön verebilme yetkisinden hareketle doğrudan soru sorma gibi yetkilerini de kullanabileceği bir hal olarak kabul edilmelidir.⁴⁷

Müdafîin kovuşturma evresinde sanığın hazır bulunduğu işlemlerde sanık hazır olmasa bile bulunma hakkının olduğu kabul edilmiştir. (CMK mad. 197) Ancak çalışmamızın odağını oluşturan soruşturma evresindeki işlemlerde müdafîin hazır bulunma yetkisinin kabulü tarihsel süreçte hayli zorlu olmuştur. Şöyle ki, 1992 yılında kadar savunmanın iddiadan sonra başlayacağı ve soruşturmanın gizliliği nede-

⁴⁶ Cankat Taşkın, s. 225.

⁴⁷ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, s. 228.

niyle müdafî huzurunda ifade alınması kabul edilmezken bu konuda dünyadaki ilk gelişme ise 1963 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde yargılandığı ağır bir suç nedeniyle müdafî tayin edilmesini isteyen kişinin talebinin reddi üzerine Amerikan Anayasa Mahkemesi (Supreme Court) tarafından adil yargılanma hakkının garanti edilebilmesi için hukuki yardım alması gerektiği konusunda temel bir kural yerleştirilmesi ile yaşanmıştır.⁴⁸

Zorunlu müdafîlik hallerinde sorguda müdafîin hazır bulunması zorunludur. Bunun dışındaki durumlarda ise şüpheli veya sanığın istemi ile müdafî sorguda hazır bulunur. Ancak kural olarak, şüpheli veya sanığın kanun gereğince, ifade ve sorgudan itibaren değil, suç haberinin alınmasından başlayarak yargılamanın sonuna kadar müdafî yardımından yararlanma hakkı olduğu kabul edildiğinden muhakeme sürecindeki tüm işlemlerde müdafîin hazır bulunma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹

CMK mad. 149/2 düzenlemesi ile soruşturma evresinde ifade alma sürecinde en çok üç avukatın hazır bulunabileceği kuralı benimsenmiştir. Bu durumun mehzaz kanun olan Alman yasalarında da aynı doğrultuda düzenlenmesinin gerekçesi olarak, etkin bir savunmanın yapımı için bu sayının yeterli olması, daha fazla sayıda müdafîin ifade alma işlemiinde hazır bulunması halinde işlemin usulüne uygun yapılmasının denetiminin zorlaşacağı kabul edilmesidir.⁵⁰ Bu sınırlamanın iki şekilde yorumlanabileceği söylenmektedir. Birinci yoruma göre, bu sınırlama yalnız ifade alma için geçerli olup diğer soruşturma işlemlerinde böyle bir müdafî sayı sınırlaması uygulanamaz. İkinci yoruma göre ise, diğer işlemlere de uygulanması gereken bir sınırlamadır. Genel prensipler gereğince sınırlamaların dar yorumlanması gerekmektedir. Bu nedenle öğretilerde de yaygın görüş, birinci yoruma üzerinde toplanmıştır.⁵¹

“Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve

⁴⁸ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, s. 204, 205.

⁴⁹ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 236. Serhat Kaşıkara, Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara, Adalet Yayınları, 2009, s. 210 vd.

⁵⁰ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, s. 405

⁵¹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, s. 406. Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 198.

hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." (CMK mad. 149/3) Müdafîin şüpheli veya sanığın işlemlerinde hazır bulunması hususundaki yasal tek düzenleme de bu değildir. CMK'da birçok maddede bu hususta düzenlemeler yer almaktadır. Keşif sırasında hazır bulunabilmesi (CMK mad. 84/1), yer gösterme sırasında hazır bulunabilmesi (CMK mad. 85/2), aramada hazır bulunabilmesi (CMK mad. 120/3), arama sonrası incelemede hazır bulunabilmesi (CMK mad. 122/2), uzlaştırma müzakerelerinde hazır bulunabilmesi (CMK mad. 253/13) kanuni düzenlenmelerle müdafîinin belirlenen işlemler dışında hazır bulunabileceği veya hazır bulunmasının zorunlu olup olmadığı tartışılan işlemler de bulunmaktadır. Teşhis işleminde müdafîin hazır bulunmaması durumunda savunma hakkının kısıtlandığı savıyla yapılan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı sonucunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından teşhis işlemi için yasal düzenlemede bu yönde bir zorunluluğa işaret edilmemesi, teşhis işleminin şüphelinin pasif katılımı ile yapılan bir soruşturma işlemi olduğu, teşhis sırasında şüphelinin beyanının alınmadığı, teşhiste aktif olan süjenin şüpheli değil, mağdur veya tanık olduğu gerekçeleriyle avukatın hazır bulunmamasının hukuka aykırılık teşkil etmediğine oy çokluğu ile karar vermiştir.⁵² Kararın karşı oy yazısında öğretilerdeki baskın görüşe vurgu yapılarak müdafîin zorunlu olarak hazır bulunması gerektiği aksi halin hukuka aykırılık olarak kabulünün gerektiği söylenirken; teşhis işlemine dair değerlendirmelerde, teşhis işleminin ifade alma düzeyine yakın şekilde şüphelinin aktif katılımı ile gerçekleşen bir işlem olduğu, bazen hükme esas alınan en önemli delil olarak kabul edildiği ve susma hakkının kullanıldığı bir durumda teşhis işleminin yapılamayacak olması gibi örneklemelerle bu işlemdeki detayların denetimi için müdafîinin hazır bulunmasının zorunluluk olduğu gerekçeleriyle söz konusu karar eleştirilmektedir.⁵³ Sonuç olarak teşhis işlemi ve benzeri nitelikteki soruşturma işlemlerinde özel bir düzenleme olmadığı müddetçe müdafîin hazır bulunmasının engellenemeyeceği, fakat müdafîin hazır olmasının da bir zorunluluk olarak kabul edilmediği yorumuna ulaşıldığı açıktır.

⁵² YCGK, 15.04.2008 tarih, 2008/6-71 E. 2008/85 K. (www.sinerjimevzuat.com)

⁵³ Z. Özen İnci, Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2009, S. 85, s. 128 vd.

Bu noktada son olarak tartışılması gereken husus ise SEGBİS⁵⁴ ile yapılan ifade alma ve sorgu işlemlerinde yaşanan müdafinin hazır olma sorunlarının da müdafinin yardımından yararlanma hakkı noktasında oluşturduğu sıkıntılardan da bahsetmek ve bu sorunları genel kurallar çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Özellikle Baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafiler yakalanan şüphelilerin ifadesi ve sorguları için görevlendirilmektedir. Kural olarak görevlendirme barosu, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosudur. (CMK mad. 156/2) Ancak buna rağmen pratikte farklı uygulamalar gözlenmektedir. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik madde 13, 16 ve 17 düzenlemeleri gereğince soruşturma mahalli dışında bulunan, yakalanan şüphelilerin ifadelerinin SEGBİS sistemi ile alınabileceği kabul edilmiş, madde 19'da ise bu kişilere yalnızca sesleri ve görüntülerinin kaydedileceği konusunda bilgi verilmesi düzenlenmiştir. Bu noktada kişiye CMK gereğince hak hatırlatması yapılması ve haklarının kullanılmasında hiçbir tereddüt olmaması gerekirken soruşturmalarımızda yer yer farklı uygulamalar görülmektedir. Bir soruşturmada şüphelinin yakalandığı yerde yanında bulunacak bir müdafinin görevlendirilirken bir diğer soruşturmada müdafinin görevlendirmesi kanun gereğince soruşturma mahallinden yapılmakta müdafinin ile şüpheli de sistem yardımıyla görüşebilmekte hatta çoğunlukla görüşmeden ifade alma işleminde müdafinin yalnızca hazır bulunmaktadır. Bu durumun yukarıdaki hazır bulunma açıklamalarına aykırı olması bir yana, bu şekilde yapılan müdafinin görevlendirmesinin de adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvence olma unsurunu sağlayamadığı konusunda ciddi endişeler bulunmaktadır. Uygulamadaki kötü örneklerde, müdafinin şüpheli ile hiçbir ön görüşme yapmadan ifade alma veya sorgu işlemine katılmakta, yalnızca varlığı ile zorunlu unsurunu yerine getirme görevi altında ezilmeye çalışılmaktadır. Bu durum savunmanın kısıtlanması anlamına gelen bir uygulamadır. SEGBİS uygulaması konusunda getirilen birçok eleştiriye karşın konumuz özelinden bakıldığında, bu

⁵⁴ Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik (Madde 3/1-c) SEGBİS: UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi

şekilde SEGBİS ile sağlanan hazır bulunma yetkisinin uygulamacılar elinde müdafî yardımından yararlanma hakkını fiilen sınırlandırılmasını oluşturması mümkündür ve bu çok önemli bir tehdittir.

SONUÇ

Bu çalışma ile özellikle soruşturma aşamasına odaklanarak müdafî yardımına erişimin engellendiği, müdafî yardımından yararlanma hakkının sınırlandırıldığı düzenlenmelere veya düzenleme bulunmasa dahi uygulamacılar eliyle sınırlama olarak uygulanan, özellikle OHAL kapsamında getirilen ve olağanüstü halin devamı sürecince uygulanması mümkün olan, değişen durum dikkate alınmaksızın uygulama halinde büyük ihlaller ortaya çıkarabilecek durumları değerlendirmeye çalıştık. Bu noktada rehberimiz, yapılan düzenlemelerin ceza hukukunun genel prensipleri ile Anayasa'nın 90.maddesine göre doğrudan uygulanabilir olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi oldu. Yapılan düzenlemeler ve benimsenen uygulamalarla sözleşmenin 6. maddesi ile korunan "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında güvence altına alınan müdafî yardımından yararlanma hakkının ve yine adil yargılanma hakkıyla ilintili olarak etkin savunma yapılabilmesi imkânlarının kısıtlanıp kısıtlanmadığını analiz etmeye çalıştık. Sonuç olarak, örgütlü suçla mücadele için, özellikle avukatlık mesleğinde artan işsizlikle birlikte suç örgütlerinin bilerek veya bilmeden aracısı olan müdafilerin adil yargılamayı zedelemeyen, maddi gerçeğe ulaşma amacını bertaraf etmesini engelleyecek ölçüde tedbirler uygulanarak, müdafî yardımından yararlanma hakkının kısıtlanması ülkemize has uygulama olmadığı gibi Avrupa İnsan Hakları standartlarında da bu hakkın mutlak korumaya sahip olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu noktada sınırlamaların somutlaştırılarak ve denetime elverişli şekilde yapılmasının önemi, ülkemizin adil yargılanma hakkının ihlalleriyle dolu bir cehenneme dönüşmemesi açısından büyüktür.

Müdafilere uygulanan sınırlamaların savunma makamının yargının üç sacayağından biri olması konumuna zarar vermeden, silahların eşitliği ilkesindeki dengeyi bozmadan, geçici ve sıkı şartlar altında uygulanmasının, soyut ve suiistimale açık düzenlemelerin ise yenden ele alınarak eksiklerin giderilmesini temenni ederiz. Devam eden OHAL sürecinde ve sonrasında ihlallerin artması veya ülke aleyhine ihlal kararlarının verilmesi durumunda bu konuda yasal değişikliklere

gidilmesinin muhtemel olduğunu, örgütlü suçla mücadelenin devam edeceğini, yeni çözüm arayışlarının süreceğini hep birlikte gözlemleyeceğiz. Bu çalışmada doktrinde belirlenen ve bizim temas ettiğimiz, konuya katkı vermek adına ilk kez dile getirdiğimiz sorunların bir an önce giderilmesini temenni ederiz.

Kaynakça

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları için HUDOC Veritabanı European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx>)
- Başbüyük İsa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, Pasifik Ofset, s. 1339 - 1371 2013.
- Bozdağ Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Bozdağ Ahmet, Şık Hüseyin, Müdafîin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, s.47-66, 2014.
- Cengiz Serkan, Demirağ Fahrettin, Ergül Teoman, McBride Jeremy, Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara, 2008.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- Vitkauskas Dovydas, Dikov Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çeviri: Serkan Cengiz, Strazburg, 2012. http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitapları/adil_yrglnma_korunmasi.pdf (Erişim Tarihi: 21.11.2017)
- Dinç Güney, AİHS'e göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.
- Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklamalı ve Önemli Kararlar), C.I, Ankara, Şen Matbaası, 2012.
- Gemalmaz Semih, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi - Sınırlama ve Güvence İlkeleri, İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu, Yeni Anayasa Çalıştayı, İstanbul, 2012. <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2013/12/haklar4b1n-sc4b1nc4b1rlanc4b1rc4b1lmasc4b1-anayasa-teblic49fi-hbg.pdf> (Erişim tarihi: 21.11.2017)
- İnci Z. Özen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, S. 85, s.105-136,2009.
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Karakehya Hakan, Arabacı Murat, Ceza Muhakemesinde Müdafîin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafîliğe İlişkin Problemler, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara, 2015, S. 22, s. 59-89. <http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-22/> (Erişim Tarihi: 21.11.2017)

- Kaşıkkara Serhat, Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.
- Kocaoğlu Sinan, Müdafî, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Birinci Kitap), Onyedinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Gezer Sırma Özge, Alan Akcan Esra, Özaydın Özdem, Saygılar Kırıt Yasemin F., Erdem Tütüncü Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016
- Taşkın Ş. Cankat, Müdafinin Ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, S.69, s.211-240, 2007.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yargıtay Kararları için Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (www.sinerjimevzuat.com)

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA UZLAŞTIRMA VE UZLAŞTIRMA EĞİTİMİ

RECONCILIATION IN CRIMINAL PROCEDURE LAW AND RECONCILIATION TRAINING

A. Uğur ERİŞ*

Özet: Uzlaştırma kökleri Onarıcı Adalet anlayışına dayanan Anglo-Amerikan menşeli bir kurumdur. İlk uygulamaları 1970'li yıllarda Kanada ve Amerika'da görülmüştür. Uzlaştırma klasik ceza adalet sisteminden farklıdır. Ceza Muhakemesinin tarafları arasında olumlu ilişkiler kurarak, mağdur veya suçtan zarar görenin tazmini, şüpheli veya sanığın hatasını telafi etmesi ve aynı zamanda ıslahî suretiyle toplumsal dayanışmanın sağlanmasına dayanan bir kurumdur.

Uzlaştırma Türk hukuk sistemine 1.6.2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile dâhil olmuştur. Amacı mağdur veya suçtan zarar görenin zararının karşılanması, şüpheli veya sanığın ıslahî suretiyle toplumsal barışın sağlanmasıdır. Ayrıca adli makamların iş yükünü hafifletmek gibi önemli bir işlevi de bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırma, Uzlaşma, Sanık, Şüpheli, Mağdur

Abstract: Reconciliation is an Anglo-American originated entity based on reparative Justice Agreement. The first applications were seen in Canada and America in 1970s. Reconciliation is different from conventional criminal justice system. Affirmative relations between Criminal Procedure parties are established and is an entity based on providing social solidarity by means of indemnification of the victim or person incurred damage due to crime, compensation of fault of the suspect or accused and also rehabilitation at the same time.

Reconciliation was incorporated into Turkish Law System on 1.6.2005 by Turkish Criminal Law numbered 5237 and criminal Procedure law numbered 5271. The purpose is to indemnify the victim or person incurred damage due to crime, rehabilitation of the suspect or accused so as to ensure social peace. It also has a significant function of mitigating work load of judicial authorities.

Keywords: Reconciliation, Conciliation, Acused, Suspect, Victim

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, aliugureris@cankaya.edu.tr

GİRİŞ

Uzlaştırma kurumu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile Türk hukuk sistemine dâhil olmuştur. TCK'nun uzlaşma ile ilgili ilk metninde 6.11.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 26.7.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik kabul edilmiştir.

Bu değişiklik sonucunda uzlaştırma kurumu TCK metninden çıkarılmış ve CMK'nın 253, 254 ve 255. maddelerinde yeniden düzenlenerek kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 24. Maddesi, 5560 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile değiştirilerek CMK'nın uzlaştırmaya ilişkin hükümlerinin suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanması sağlanmıştır.

2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'la CMK m. 253 ve 254'de yapılan değişiklikle uzlaştırma kurumunun kapsamı daha da genişletilmiştir. Ayrıca Adalet Bakanlığınca CMK m. 253/25'e dayanılarak çıkarılan Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği (Yön.) 5 Ağustos 2017 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve 2007 tarihli bir önceki yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olan uzlaştırma, mağdur ve fail tarafların çözüm sürecine etkili şekilde katıldığı yararlı bir kurumdur.

Uzlaştırma ceza uyuşmazlığının çözüm sürecini hızlandırma, muhakeme giderlerini azaltma gibi amaçlara da hizmet etmektedir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda UZLAŞTIRMA ve UZLAŞTIRMA EĞİTİMİ başlıklı çalışmamızda ilkin genel olarak uzlaştırma kurum hakkında bilgiler sunulmuştur. Bu kapsamda uzlaştırma kavramı ve onun temeli olan Onarıcı Adalet Teorisi, uzlaştırmanın hukuki niteliği, benzer kurumlardan farkları işlenmiştir. İkinci kısımda Uzlaştırmaya ilişkin ilkeler, uzlaştırmanın genel kuralları açıklanmıştır. Daha sonra üçüncü kısımda Uzlaştırmanın Koşulları ve dördüncü kısımda Uzlaştırma Eğitimi üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise konuya ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır.

Uzlaştırma Usulü ise kapsamına genişliği dolayısıyla ayrı bir inceleme konusu olarak düşünülüp üzerinde durulmamıştır.

I. GENEL OLARAK UZLAŞTIRMA KURUMU

A. UZLAŞTIRMA KAVRAMI

Ceza Muhakemesi Hukukunda uyuşmazlığın alternatif bir çözüm yolu olan uzlaştırma, tarafların bir edim karşılığında anlaşarak muhakemeyi sona erdirmeleridir. Yani ceza muhakemesinin taraflarından fail açısından ceza soruşturmasını/kovuşturmasını bitirmeleri, karşılığında da mağdur veya suçtan zarar göreni tatmin etmek suretiyle bir uzlaşma sağlanması söz konusudur.

Uzlaştırma birbirinden farklı şekilde tanımlanan bir terim olmakla birlikte, bu tanımlarda iki temel unsurun bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu unsurlardan birincisi tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olması, ikincisi ise bu kişinin çözüm için tarafları zorlayamamasıdır.¹ Buna göre uzlaştırmanın “tarafsız bir kişinin (uzlaştırıcı) yardımıyla güvenli ve denetimli bir ortamda mağdur ile failin karşılıklı kabul edilebilir bir çözüm bulabilmek amacıyla bir araya gelmesine imkân sağlayan bir süreç” olarak tanımlanabilir.²

Doktrinde CMK m. 253 vd.’da düzenlenen kurumun adının “uzlaşma” mı yoksa “uzlaştırma” mı olması gerektiği konusunda değişik görüşler göze çarpmaktadır.³

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yürürlüğe girdiği ilk metninde ve 5560 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrasında kurumun adı “Uzlaşma iken”, 6763 sayılı Kanun’la “Uzlaştırma” olarak değiştirilmiş ve CMK m. 253’ün başlığı “Uzlaştırma” olarak düzenlenmiştir. Madde

¹ Ekrem Çetintürk, “Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 101.

² Çetintürk, age., s. 102.

³ Uzlaşma kavramını kullanan yazarlar olduğu gibi, örneğin Hasan Tahsin Gökcan, Seydi Kaymaz, Uzlaşma ve Ön Ödeme, 2. Baskı, Ankara 2007, Ali İhsan İpek/Engin Parlak: İctihatlarla Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, Adalet Yayınevi, Ankara 2009; Ahmet Sezer, Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010; Cengiz Apaydın, Ceza Hukukunda Uzlaşma ve Uzlaştırıcılar İçin Ceza Hukuku, 1. Baskı, İst. Eylül 2017, Acar Matbaacılık, Uzlaştırma kavramını tercih eden yazarlar için bkz. Mustafa Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, AÜHFD., 2005, C.54, S.3., Çetintürk, age.

254'ün başlığı da uzlaştırma olarak düzenlenmesine karşın, m. 255'in başlığı uzlaşma olarak bırakılmıştır. Bu konuda terim birliğinin kanunda bile tam sağlanamadığı görülmektedir.

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin (Yön.), tanımlar başlıklı 4. maddesinin (j) bendinde Uzlaşma: "Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin kanun ve bu yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak anlaşmış olmalarını" ifade eder denilmektedir. Yönetmeliğin 4. maddesinin (k) bendinde de uzlaştırma kavramı tanımlanmıştır. Bu hükme göre uzlaştırma; "Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaşdırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade eder."

B. UZLAŞTIRMA KURUMUNUN TEORİK TEMELİ OLARAK "ONARICI ADALET TEORİSİ"

Uzlaştırma kurumunun temelinde "Onarıcı adalet düşüncesi" yatmaktadır. Onarıcı adalet düşüncesi ceza adaletini gerçekleştirme- nin bir olanağı ya da yolu olarak uzun zamandır tartışılmaktadır. Pek çok ülkede farklı şekilde de olsa, onarıcı adalet cezai uyuşmazlıkların giderilmesinde bir yöntem olarak benimsenmektedir.⁴

Onarıcı adalet, cezalandırıcı adalet karşısında yeni bir bakış açısı önermektedir. Bu anlayışın çıkış noktası; suçun salt cezai yaptırım içeren bir kanun hükmünün ihlali olmayıp, bir haksızlık olduğunun kabulüne dayanmaktadır. Dolayısıyla suç esas olarak fail ve mağdur arasında gerçekleşen bir eylemdir. Ancak suçun asıl mağduru suçtan doğrudan etkilenen kişiler ve toplumdur.⁵

"Suçtan doğan zararın giderilmesine odaklanan, failin cezalandırılmasından ziyade, suç teşkil eden fiilin sorumluluğunu üstlenmesini sağlamayı ve topluma yeniden kazandırılmasını; mağdurun ceza ada-

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan A. Yavuz, "Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu" *TAAD*, Yıl 6, Sayı 23, (Ekim 2015) s. 85 vd. Çetintürk, age., s. 7-100, Burcu Yeşiladalı, "Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım" *Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları, Türkiye ve Avrupa Bakışı*, Ankara 2008.

⁵ Yavuz, age., s. 94.

leti sürecine aktif katılımını ve bu suretle bozulan toplumsal barışın ve düzenin yeniden sağlanmasını amaçlayan uygulamaların tümü"⁶ olarak tanımlanması olanaklı olan onarıcı adalet (restorative Justice) kavramı özellikle Kanada, ABD, İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya'da oldukça yaygın olarak kullanılan Anglo-Sakson menşeli bir kavramdır.⁷

Onarıcı adalete göre suç olgusuna karşı mağdur merkezli, geçmiş yerine geleceğe yönelik uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan bir yaklaşım sunulmalı ve suça verilecek tepki zarar vermektten çok düzeltici, eğitici, affedici sorumluluk yükleyici, toplumsal katılımı ve diyalogu teşvik edici olmalıdır.⁸

Onarıcı adalet yaklaşımı suç failinin yol açtığı kayıplar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Suçtan doğan zararın giderilmesi ve tatmini amaçlanmaktadır. Mağdur eksenli bir ceza adaleti mekanizması mevcuttur. Onarıcı adalette temel beklenti, suçlunun davranışlarının sonucunu anlaması, davranışlarının yanlış sonuçlarını gidermek için gereğini yapmaya hazır olmasıdır.⁹ Onarıcı adalet bu mekanizmaların aracılığıyla mağdurların zararı onarmaya failerin toplumsal hayata yeniden uyum sağlamalarına yardım etmeye çalışmaktadır.¹⁰

Onarıcı Adalet Hakkında Birleşmiş Milletler Çalışma Topluluğu tarafından yapılan tanıma göre "Onarıcı adalet işlenmiş bir suçtan etkilenen tarafların ve suçun geleceğe yönelik etkilerini nasıl giderecekleri konusundaki meseleyi toplu olarak çözmeleri için bir araya getiren süreçtir".¹¹

C. UZLAŞTIRMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Uzlaştırmanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Tartışma, uzlaşmanın maddi ceza hukuku kurumu mu yoksa ceza muhakemesi hukuku (şekli ceza hukuku) kurumu mu olduğu noktasındadır. Bu-

⁶ M. Buket Soygut Arslan, Türk Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İst. 2008, s. 11.

⁷ Çetintürk, age., s. 7.

⁸ Çetintürk, age., s. 3.

⁹ Tamer Soysal, Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2005, s. 217.

¹⁰ Galma Jahıl/Burcu Yeşiladali, Onarıcı Adalet; Yeni Bir Yaklaşım, Onarıcı Adalet, Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları Türkiye ve Avrupa Bakışı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 17.

¹¹ Bkz. Yavuz, age., s. 95.

nun değerlendirilmesi yalnızca teorik bir tartışmadan ibaret değildir. Konunun uygulamaya yönelik önemli sonuçları vardır. Uzlaştırmanın maddi ceza hukuku kurumu olduğu kabul edilirse, TCK'nın 7. maddesinde düzenlenen zaman bakımından uygulamayla ilgili hükümler uzlaştırma yönünden de geçerli olacaktır. Bu nedenle, geçmişte hüküm verilmiş olup da hükümden sonra yasa değişikliği ile uzlaştırma kapsamına alınan kesinleşmemiş, tüm davalar bakımından uzlaştırmanın uygulanması gerekecektir. Hatta bu gereklilik kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarını da etkileyecektir.¹² Ancak Yargıtay kesinleşmiş mahkûmiyet kararları konusunda farklı kararlar vermiştir. Yargıtay 2. C.D. uzlaştırma kapsamındaki kesinleşmiş kararlarda uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceğine karar verirken, Yargıtay 4. C.D. kesinleşmiş kararlar bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasına yasal açıdan olanak bulunmadığına karar vermiştir.¹³

Uzlaştırma Ceza Muhakemesi (şekli ceza) hukuku kurumu olarak kabul edilirse derhal uygulama ilkesi geçerli olacaktır.

Konuyu TCK ve CMK Hükümet tasarılarının gerekçelerini inceleyerek ele alan Çetintürk, her iki tasarrının gerekçesine göre, uzlaştırmanın aslında ceza muhakemesi kanununda düzenlenmesi, gereken bir kurum olmakla beraber, uzlaştırmanın maddi ceza hukukunu etkileyen yönlerinin de bulunduğuna dikkat çekerek uzlaşmanın ceza muhakemesi kurumu olduğunun söylenebileceğini belirtmektedir.¹⁴

Aksine görüşler de olmakla birlikte, ağırlıklı görüş uzlaştırmanın karma hukuki niteliğe sahip olduğu ve bir yönüyle maddi ceza hukuku, diğer yönüyle de ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğu şeklindedir. Uzlaştırma kapsamındaki bir suçla ilgili olarak, uzlaştırma usulü uygulamadan muhakemeye devam edilemez. Bu nedenle uzlaştırma bir "muhakeme şartı"dır. Ancak taraflar arasında uzlaşmanın sağlanması ve uzlaştırmanın koşullarının gerçekleşmesi, failin ceza sorumluluğunu ve devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldırdığı için uzlaştırma aynı zamanda maddi ceza hukuk kurumudur.¹⁵ Bu

¹² Bu konuda bkz. Çetintürk, age., s. 362 ve aynı sayfa dipnot 823 de yer alan kararlar.

¹³ Bu konuda bkz. Çetintürk, age., s. 362-364'te yer alan Yargıtay 2. C.D.'nin 5.7.2007 t. ve 11172/10198 sayılı; 4. C.D.'nin 13.6.2007 t. ve 4984/5662 sayılı kararları.

¹⁴ Bkz. Çetintürk, age., s. 365-366.

¹⁵ Bu konuda bkz. Erdal Yerdelen, Uzlaştırmanın Esasları ve Benzer Kurumlardan

yüzden lehe kanun uygulaması mümkündür. Fakat maddi ceza hukukundaki kıyas yasağı nedeniyle uzlaştırmanın kapsamı kıyas yoluyla değiştirilemez. Sadece uzlaştırma usulü açısından kıyas söz konusu olabilir.

D. UZLAŞTIRMANIN BENZER KURUMLARDAN FARKLARI

1. Uzlaştırma ve Şikâyetten Vazgeçme

Uzlaştırma kanunda istisnai bir kurum olarak düzenlenmiştir. Kural olarak uzlaştırma kapsamındaki suçların önemli bir kısmı takibi şikâyet bağlı ise de, uzlaştırma şikâyetin geri alınması anlamına gelmez. Şikâyetin geri alınması uzlaştırmadan farklıdır. Şikâyet edim karşılığında alınsa bile uzlaştırma olarak nitelendirilemez. Uzlaştırmanın hüküm ve sonuçları farklıdır.¹⁶

2. Uzlaştırma ve Ön ödeme

Ön ödeme koşullarının gerçekleşmesi durumunda faile bir çözüm yolu önerilmesi ve bu önerinin fail tarafından kabul edilmesi durumunda, uyuşmazlığın muhakeme sürecine girmeden sona erdirilmesi nedeniyle ön ödemenin uzlaşma benzeri bir kurum olduğu ileri sürülmektedir. Ancak uzlaştırma ön ödeme anlamını da taşımaz. TCK. m. 75/1'e göre uzlaştırma kapsamındaki suçların ön ödemeye konu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Yani uzlaştırma ön ödemenin olumsuz şartıdır. Uzlaştırma ve ön ödeme arasındaki bu ilişki, ikisinin farklı birer kurum olmaları gerçeğini etkilemez.¹⁷

3. Uzlaştırma ve Diğer Kurumlar

Uzlaştırmaya benzeyen başka bazı kurumlar da bulunmaktadır. Örneğin mağdurun suçtan doğan zararın giderilmesini amaç edinen adli kontrol ve denetimli serbestlik kurumları ile etkin pişmanlık hal-

Farkları, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı", Adalet Bakanlığı Yayınları, 2. B., s. 25, Uzlaştırmanın karma hukuki niteliğe sahip olduğu konusunda ayrıca bkz. Feridun Yenisey, /Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 834.

¹⁶ Ali Kemal Yıldız, Uzlaşma Şikâyet İlişkisi CKHD 2010/1., s. 93 vd. Yerdelen age., s. 25.

¹⁷ Yerdelen, age., s. 25-26. Bu konuda ayrıca bkz. Çetintürk, age., s. 417-419.

leri zararın giderilmesi düşüncesine dayanmaktadırlar. Ancak uzlaştırmanın temel amacı barışmadır.¹⁸

II. UZLAŞTIRMAYA İLİŞKİN İLKELER VE GENEL KURALLAR

A. Uzlaştırmaya İlişkin İlkeler

1. Uzlaştırmanın Temel İlkeleri

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 5. maddesinde uzlaştırmanın temel ilkeleri düzenlenmiş bulunmaktadır.

a. Uzlaştırmanın Tarafların Özgür İradelerine Dayanması Gerekir. (Yön. m. 5/1)

Uzlaştırma şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin yani tarafların özgür iradeleri ile kabul etmeleri ve karar vermeleri halinde gerçekleştirilir. Bu kişiler anlaşma yapılana kadar yani uzlaştırma raporu düzenlenene kadar iradelerinden vazgeçebilirler.¹⁹

Bu konuda uzlaştırmacının uzlaştırma süreci ile ilgili olarak taraflara bilgi verip onları aydınlatması ve uzlaştırmanın hukuki sonucunu açıklaması gerekir (CMK. m.253/5). Uzlaştırma süreci ve sonuçları hakkında yeterli bilgiye sahip olmayan tarafların özgür irade ile karar verdiği söylenemez.

b. Tarafların temel Haklarının Korunması Gerekir (Yön. m. 5/2)

Uzlaştırma tarafların temel hak ve hürriyetlerine uygun olarak, menfaatlerinin korunması esası gözetilerek yürütülür. Bu hakların kaynağı Anayasa Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukundan kaynaklanmaktadır. Anayasada öngörülen temel İnsan Hakları ve Ceza Muhakemesi sürecinde taraflara tanınan haklar uzlaştırma sürecinde korunması gerekir.

c. Taraflar ve Kanuni Temsilcileri CMK'nın Tanıdığı Temel Güvencelere Sahip Olmalıdırlar (Yön. m. 5/3)

Uzlaşmaya katılan taraflar ve kanuni temsilcileri, uzlaştırma mü-

¹⁸ Yenisey/Nuhoğlu, age., s. 835.

¹⁹ Uzlaştırma raporu: Uzlaştırma işlemleri sonuçlandırıldığında uzlaştırmacı tarafından düzenlenen raporu ifade eder (Yön. m. 4/m).

zakereleri sırasında kanunun tanıdığı temel güvencelere sahip olacaktır. Bu haklar CMK'da düzenlenmiş olan bir takım haklardır. Örneğin şüpheli ve sanık yönünden CMK. m.147-156'da düzenlenen haklardan isnadı öğrenme ve müdafiden yararlanma hakkı gibi. Mağdur yönünden CMK. m. 233 vd. da düzenlenen cumhuriyet savcısından delil toplanmasını isteme, avukat görevlendirilmesini isteme hakları gibi birtakım haklardır.

ç. Taraflara Tercüman Atanması (Yön. m. 5/4)

Taraflar veya kanuni temsilcileri Türkçe bilmiyorsa veya engelli ise CMK. m. 220 hükmü uygulanacaktır. Yani bu kişilerin uzlaştırma süreci ve sonuçları yönünden bilgilendirilmeleri tercüman aracılığıyla yapılacaktır. Bu konudaki tercümanın atanması CMK. m. 220/5 hükmüne göre yapılacaktır.

d. Tarafların Bilgilendirilmesi (Yön. m. 5/5)

Uzlaştırma sürecine başlamadan önce uzlaştırmacı tarafları sahip oldukları hakları, uzlaşmanın mahiyeti ve verecekleri kararların hukuki sonuçları hakkında bilgilendirecektir.

e. Tarafların Belirgin Farklılıkları (Özel Durumları) Göz Önünde Bulundurulmalıdır (Yön. m. 5/6)

Tarafların yaşı, olgunluğu, eğitimi, sosyal ve ekonomik durumu gibi belirgin farklılıklarının uzlaştırma sürecinde göz önüne alınması gerekir. Uzlaştırmacı taraflarla ilgili belgeleri ve özellikle ifadelerini titizlikle incelemeli ve taraflar hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Taraflarla iletişime de ancak bu bilgi sahibi oluştan sonra geçilmelidir. Taraflara güven telkini açısından bu durum son derece önemlidir.

f. Bilgi ve Belgelerin Gizliliğini Koruma (Yön. m. 5/7)

Uzlaştırmacı görevi sebebiyle kendisine verilen bilgi ve belgelerin gizliliğini korur. Taraflardan birinin verdiği gizli bilgi ve belgeleri verenin iznini almadan veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa açıklayamaz. Gizliliği koruma yükümlülüğü uzlaştırmacının görevi sona erdikten sonra da devam eder.

Gizlilik uzlaştırma görüşmeleri ile sınırlı olmayıp, sürecin tamamını ve tüm bilgi ve belgeleri kapsar. Gizlilik kuralına uyma sadece

uzlaştırmacıyla sınırlı değildir. Taraflar, müdafii, vekiller ve kanuni temsilcilerin de bu gizlilik kuralına uyması gerekir. Yükümlülük hepsi için geçerlidir.

Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılmaz (CMK. m. 253/2 ve Yön. m. 32/3).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 19 sayılı Tavsiye Kararına göre "Uzlaştırmaya katılım daha sonraki yargı sürecinde suçun ikrarı şeklinde delil olarak kullanılmamalıdır. Uzlaştırmacının raporu, uzlaşma oturumlarının içeriğini açıklamamalı ve uzlaştırma sırasında tarafların davranışları hakkında bir açıklama ya da hüküm içermemelidir."²⁰

Uzlaştırma müzakereleri sırasında ileri sürülen bilgi ve belgelerin CMK. m. 253/20 hükmünün aksine bir davada delil olarak kullanılması halinde hukuka aykırı delil söz konusu olacaktır. CMK. m. 217/2 ve Anayasa m. 38/6 hükümlerine göre hukuka aykırı bir delil hükme esas teşkil edemez.

Gizlilik kuralının bir istisnası Yönetmelik m. 32/4'de belirtilmektedir. Buna göre "Daha önce mevcut olan bir belge veya olgunun uzlaştırma müzakereleri sırasında ileri sürülmüş olması, bunların soruşturma ve kovuşturma sürecinde ya da bir davada delil olarak kullanılmasına engel teşkil etmez."

Söz konusu hükme göre uzlaştırma müzakerelerinde ileri sürülmesine de zaten dosyada mevcut olan veya ulaşılabilecek olan belge ve olgular delil olarak kullanılabilir. "Gizliliğe esas olan, ilk defa uzlaştırma müzakereleri sırasında ortaya çıkmış ve eğer uzlaştırma müzakerelerine başlanmasıydı hiçbir şekilde elde edilemeyecek olan belge ve beyanlardır."²¹

Gizlilik kuralının bir diğer istisnası da müzakereler sırasında yeni bir suçun ortaya çıkması durumudur. Böyle bir durumda uzlaştırmacı tarafından suçun ihbarı gizlilik kuralına aykırılık teşkil etmez.²² Uz-

²⁰ Bkz. Yerdelen, age., s. 39.

²¹ Mustafa R. Erdem, Ferda Eser, Pakize Pelin Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara Seçkin Yayınları, Eylül 2017, s. 35.

²² Erdem/Eser/Özşahinli, age., s. 35; Yerdelen, age., s. 40.

laştırmaya ilişkin CMK ve Yönetmelikteki düzenlemelerde bu konuda açıklık yoktur. Ancak uzlaştırma müzakereleri sırasında taraflardan birinin diğerine karşı bir suç işlediği ya da uzlaştırma konusu dışında başka bir suç işlendiğinin uzlaştırmacı tarafından öğrenilmesi durumunda suç ihbarı yapılabilir. Uzlaştırmacı TCK. m. 6/1-c anlamında kamu görevlisi konumundadır. Kamu görevlilerinin de görevleri nedeniyle öğrendikleri suçları yetkili makamlara bildirme (ihbar) yükümlülükleri vardır (TCK. m. 279).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Ceza İşlerinde Arabuluculuk konulu R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı'na Ek V.3/30'da "Gizlilik prensibine rağmen arabulucu işlemler sırasında ortaya çıkan işlenmesi yakın ciddi suçlar hakkında uygun olan makamlara veya ilgili kişilere bilgi vermelidir" açıklaması yer almaktadır.²³

g. Tarafların Uzlaştırma Sürecini Anlamasının Sağlanması (Yön. m. 5/8)

Uzlaştırmacı müzakerelere başlamadan önce taraflara; uzlaştırmacının temel ilkelerini, kendisinin tarafsızlığını, uzlaştırma süreci ve sonuçlarını, uzlaştırmacı ile tarafların uzlaştırmadaki işlevlerini, gizlilik yükümlülüğünü açıklar ve onların süreci anlamalarını sağlar.

Uzlaştırmacının bu yükümü uzlaştırmacının tarafların özgür iradesine dayanması ilkesi için (Yön.m.5/1) vazgeçilmez niteliktedir. Çünkü taraflar ancak gerekli bilgiye sahip olup uzlaştırma sürecini anladıktan sonra gösterdikleri iradeleri "özgür irade" sayılabilir.

h. Uzlaştırmayı Sağlayacak Uygun Tedbirlerin Alınması (Yön. m. 5/9)

Uzlaştırmacı tarafların, hüküm ve sonuçlarını bilerek ve özgür iradeleriyle uzlaşmalarını sağlayacak uygun tedbirleri alır. Yönetmeliğin bu hükmü, tarafların uzlaşma sürecini anlamalarını sağlayacak ve aynı zamanda onların uzlaşmalarının gerçekleşmesi için süreç boyunca gerekli tedbirleri alıp çaba göstermesine işaret etmektedir. Bu durum, uzlaştırmacının taraflarla iletişim kurması, müzakere ve tarafları ikna konusundaki becerisi ile uzlaştırma sürecinin başarılmasını sağlayacaktır.

²³ Bkz. Erdem/Eser/Özşahinli, age., s. 37.

2. Uzlaştırmacıya İlişkin Etik İlkeler

Uzlaştırmacıların belli etik ilkelere uymaları, uzlaştırma sürecinin başarısı için zorunludur. Onarıcı adalete hâkim olan etik ilkeler dikkate alınarak Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 6. maddesinde uzlaştırmacıların uymakla yükümlü oldukları etik ilkeler (kurallar) belirlenmiştir.

Yönetmelikteki bu etik ilkeler, Avrupa Komisyonu'nun desteğiyile hazırlanan ve 2.7.2004 tarihinde Brüksel'de yapılan bir konferansla uygulamaya konulan "Arabuluculara Yönelik Avrupa etik Kuralları" esas alınarak belirlenmiştir.²⁴

Yönetmeliğe göre uzlaştırmacıların uyması gereken etik ilkeler şunlardır:

a. Bağımsızlık-Tarafsızlık (Yön.m.6/a)

Uzlaştırma, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle taraflar veya kanuni temsilcilerinin CMK ve uzlaştırma yönetmeliğindeki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırılmaları suretiyle uyuşmazlığın çözülmesini ifade etmektedir (Yön. m. 4/k)

Devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçerek uyuşmazlığı çözmek için görevlendirdiği uzlaştırmacının taraflardan ve kendisini görevlendiren makamlardan tarafsız ve bağımsız olması gereklidir.

Uzlaştırmacı yalnızca taraflardan ve onu görevlendiren makamlardan değil aynı zamanda çevreye karşı da bağımsız olabilmeli ve tarafsız davranmalıdır.

Yönetmelik m. 6/a'da "uzlaştırmacı görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirir, tarafların ortak yararlarını gözetir, tarafların müzakerelerde yeterli ve eşit fırsatlara sahip olmasına özen gösterir" denilerek bağımsızlık ve tarafsızlığını işaret edilmektedir.

CMK. m. 253/14 ve Uzlaştırma Yönetmeliği m. 31/2'de uzlaştırmacının müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet Savcısıyla görüşebilmesi ve Cumhuriyet Savcısının

²⁴ Mustafa Serdar Özbek, "Uzlaştırmacının Görevlendirilmesi Nitelikleri ve Eğitimi", Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, 2. Baskı,, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını, Ocak 2018, s. 85.

uzlaştırmacıya talimat verebilmesinden söz edilmektedir. Bu maddelerde kullanılan talimat ifadesinin bağımsızlığı ihlal etmeyecek şekilde uygulanması ve emir şeklinde olmaması gerekir.

Uzlaştırmacı görevini tarafsız olarak yerine getirmelidir. CMK. m. 253/10 ve Yön. 28’de kanunda belirtilen hâkimin davaya bakmayacağı haller ile reddi sebeplerinin uzlaştırmacı görevlendirilmesi ilgili olarak göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmıştır.

CMK. m. 22’de hakimin davaya bakamayacağı haller ve m. 24’de hakimin reddi sebepleri düzenlenmektedir. CMK m. 253/10 ve yönetmelik m. 28’de bu hükümlere işaret edilmesinin nedeni uzlaştırmacının tarafsızlığını korumaktır.

b. Uzlaştırmacının Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü (Yön. m. 6/b)

Uzlaştırmacı adalete hizmet etme bilinciyle, görevini etkin, zamanında ve verimli biçimde yerine getirmeyi, sunduğu hizmet kalitesini yükseltmeyi hedefler.

Soruşturma bürosunda görevli Cumhuriyet Savcısının onayıyla görevlendirilen uzlaştırmacı kamu görevlisi olarak görevini ihmal etmemeli ve uzlaştırma görevine gereken zaman ve emeği harcamalıdır. Uzlaştırma sürecini geciktirmemelidir. Görevin verimli ve hizmet kalitesini yükseltmenin göstergesi, uzlaştırma sürecinin başarılması ve tarafların uzlaştırılarak uyuşmazlığın çözülmesi olacaktır.

c. Uzlaştırmacının Taraflara Nazik ve Saygılı Davranma Yükümlülüğü (Yön. m.6/c)

Uzlaştırmacı görevini yerine getirirken taraflara nazik ve saygılı davranır. Tarafların birbirlerine saygılı davranmaları ve müzakerelere iyi niyetle katılmaları konusunda tarafları bilgilendirir.

Yönetmeliğin bu hükmü ile uzlaştırmacıya uzlaştırmacının sağlanması için güvenli ve rahat ortam oluşturma yükümünü yüklediği söylenebilir.

ç. Uzlaştırmacının Şüpheli veya Sanığa Karşı Ön Yargılı Olmama Yükümlülüğü (Yön. m. 6/ç)

Uzlaştırmacı masumiyet karinesi gereğince, şüpheli ya da sanığın

suçluluğu hallerinde ön yargılı olamaz, şüpheli ya da sanığa karşı bir tavır takınamaz. Bu yükümlülük zaten uzlaştırmacının tarafsızlığının bir gereğidir.

d. Uzlaştırmacının Taraflar Arasında Eşitliği Gözetme Yükümlülüğü (Yön. m. 6/d)

Uzlaştırmacı görevini yerine getirirken taraflar arasında dil, ırk, din, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapamaz, itibar ve güveni sarsıcı davranışlarda bulunamaz.

Yönetmeliğin bu hükmü Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan kanun önünde eşitlik kuralının tekrarı gibidir. Uzlaştırmacının taraflara eşit muamelede bulunması bir anlamda onlara aynı fırsatı vermesi şeklinde değerlendirilmeli ve taraflar arasında ayırım gözetmemeyi ifade ettiği belirtilmelidir.

e. Uzlaştırmacının Taraflarla Menfaat Çatışması Olmama Yükümlülüğü (Yön. m. 6/e)

Uzlaştırmacının taraflardan biriyle herhangi bir kişisel veya iş ilişkisinin bulunması, uzlaştırmacının sonucuna yönelik doğrudan veya dolaylı, mali veya diğer menfaatinin bulunması ya da taraflardan biri için uzlaştırma dışında bir yetkiyle görev yapması gibi bağımsızlığı veya taraflar arasındaki menfaat çatışmasını etkileyebilecek ya da bu izlenimi verebilecek durumları açıklamadan görev yapamaz veya görevi devam edemez.

f. Uzlaştırmacının Aynı Olayda Vekil veya Müdafii Olarak Görev Üstlenmeme Yükümlülüğü (Yön. m. f)

Uzlaştırmacı görev yaptığı olaylarla ilgili olarak daha sonra vekil veya müdafii olarak görev üstlenemez.

Bu etik kural aynı zamanda avukat olan uzlaştırmacılar için önem taşımaktadır. Uzlaştırmacı uzlaşma sağlanmasa dahi, taraflar arasında devam etmekte olan soruşturma veya kovuşturma evresinde sonradan birinin vekil veya müdafiliğini yapamaz.²⁵

²⁵ Erdem/Eser/Özşahinli, age., s. 85; Özbek, age., s. 90.

g. Uzlaştırmacının Menfaat Temin etmeme Yükümlülüğü (Yön. m. 6/g)

Uzlaştırmacı tarafsızlığından kuşku duyulmasına yol açacak şekilde kendisine veya bir başkasına doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir menfaat temin edemez.

h. Uzlaştırmacının Görevinin Saygınlığını ve Kişilerin Adalete Olan Görevini Koruma Yükümü (Yön. m. 6/ğ)

Uzlaştırmacı görevinin saygınlığını ve kişilerin adalete olan güvenini zedeleyen veya şüpheye düşüren her türlü davranıştan kaçınır.

Uzlaştırmacı üstlendiği kamu görevinin niteliğine uygun davranmalı, görevi gereği sosyal ilişkileri de dâhil olmak üzere saygınlığını korumalıdır. Kendisine güveni sarsacak davranışlardan özenle kaçınmalıdır.

Uzlaştırmacılar belirttiğimiz tüm bu etik ilkelere uygun hareket etmeleri bakımından görev yaptıkları yerin Cumhuriyet Başsavcısı, Cumhuriyet Başsavcı vekili veya görevlendirilen Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenir (Yön. m. 65/2). Denetim sonucunda konusu suç teşkil eden uygulamalar tespit edilirse adli ve idari işlemlere başlanır (Yön. m. 68/3). Suç işlediği tespit edilen uzlaştırmacı hakkında uzlaştırma sicili ve listesinden çıkarma yaptırımı uygulanır (Yön. m. 68/4 ve m. 49)

B. Uzlaştırmaya İlişkin Genel Kurallar

Uzlaştırmanın genel kuralları Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinin 7. Maddesinde düzenlenmiştir.

1. Mağdur veya Suçtan Zarar Görenin Gerçek Kişi veya Özel Hukuk Tüzel Kişisi Olması (Yön. m. 7/1)

Uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için mağdur ya da suçtan zarar görenin gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması gerekir. Aynı zamanda CMK. m. 253/1' de de düzenlenen bu kurala göre uzlaştırmanın taraflarından olan mağdur ya da suçtan zarar görenin gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması zorunludur.

Ceza hukukunda sanık veya şüpheli sadece gerçek kişilerden oluşur. Tüzel kişiler sanık veya şüpheli olamazlar. Mağdur ise gerçek kişi

veya tüzel kişi olabilir. Bu tüzel kişiler devlet veya diğer kamu tüzel kişileri de olabilir. Ancak mağduru devlet veya diğer kamu tüzel kişileri olan suçlar bakımından uygulanamayacağından (CMK m. 253/1). Uzlaştırmanın tarafları ancak gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri olabilir.

2. Aynı Olaydan Birden Fazla Şüpheli veya Sanığın Bulunması Halinde Uzlaştırma (Yön. m. 7/2)

Sanık ve şüpheli CMK'da tanımlanmıştır. Şüpheli soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi (CMK m. 2/a); sanık kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade (CMK m. 2/b) etmektedir.

Bir suç birden fazla failce birlikte işlenmişse, uzlaştırma hükümleri her bir şüpheli ya da sanık için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Uzlaşmadan ancak uzlaşan kişi yararlanacaktır (CMK. m. 255).

3. Bir Suçtan Dolayı Birden Fazla Mağdur veya Suçtan Zarar Görenin Bulunması (Yön. m. 7/3)

Bir suçtan dolayı mağdur veya suçtan zarar görenin birden fazla olması halinde, mağdur veya suçtan zarar gören kişilerin hepsinin uzlaşmayı kabulü gerekir. CMK. m.253/7'de yönetmelikte olduğu gibi mağdurların hepsinin uzlaştırma teklifini kabul etmesi şartını aramaktadır.

Yönetmelik m. 7/4'de CMK'da olmadığı halde "birden fazla suç olmasına rağmen tek ceza öngörülen hallerde her suç için ayrı ayrı uzlaştırma yapılır" hükmü yer almaktadır. Burada kastedilen suçların içtimai halleri yani bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimadır. Ancak bu suçların birlikte işlenmesi durumunda, her birinin ayrı ayrı uzlaştırma kapsamına girmesi zorunludur.²⁶

4. Uzlaştırmanın Bir Defa Yapılabilmesi (Yön. m. 7/5)

Uzlaştırma aynı soruşturmada veya kovuşturmada bir kez yapılabilir. Bunun nedeni CMK ve Yönetmelik hükümlerine göre uzlaştırmacının ilk defasında 30 gün, yeterli olmadığı takdirde en fazla 20 günlük ek süre ile toplam 50 gün içinde uzlaştırmayı sonuçlandırması

²⁶ Erdem/Eser/Özşahinli, age., s. 60.

zorunluluğundandır. Aksini kabul etmek kötüye kullanmalara da yol açabilir. CMK. m. 253/18 bu sakıncayı ortadan kaldırır şekilde hüküm öngörmüştür.

Ancak uzlaşma teklifinin reddine rağmen şüpheli veya mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet Savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilir (CMK. m. 253/16, Uzlaşma Yönetmeliği m. 19).

5. Uzlaştırmanın Tazminat Davasına Engel Olması (Yön. m. 7/6)

Uzlaştırma cezai sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır. Aslolan budur, ancak uzlaştırma ile tazminat hakkı da sona ermektedir (CMK. m. 253/19). Suça ilişkin fiil nedeniyle tazminat davası açılmaz. Açılmış tazminat davası varsa bu davadan feragat edilmiş sayılır. Mağdur veya suçtan zarar gören uzlaşma konusu edimle tatmin edilmiş olacaktır.

6. Uzlaşma Teklifinin Bazı Soruşturma İşlemlerine Engel Olması (Yön. m. 7/8)

Uzlaştırma sürecinin başlaması soruşturma veya kovuşturmayı bitirmez. Uzlaştırma, teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma ya da kovuşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına, engel değildir (CMK. 253/8). Bu bakımdan bir yandan uzlaştırma müzakereleri devam ederken, diğer yandan şüpheli hakkında arama, gözaltı veya tutuklama gibi koruma tedbirlerine başvurulabilir.

Aynı şekilde Cumhuriyet Savcısı uzlaşma gerçekleşse de gerçekleşmese de suça sürüklenen çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirle karar verilmesini talep edebilir (Yön. m. 9/3, 20/1 ve 21/2)

7. Uzlaştırmanın Muhakeme Şartı Olması (Yön. m. 7/9)

Uzlaştırmaya tabi suçlarda, uzlaştırma girişiminde bulunulmadan, kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasını geri bırakılması kararı verilemez. Yönetmeliğin bu hükmünün yanı sıra CMK. m. 171 ve 174/1-C hükmüne göre ön ödeme veya uzlaşmaya tabi işlerde, ön ödeme veya uzlaşma usulü uygulanmadan düzenlenen iddianamenin iadesine karar verilmesi gereklidir. Bu hü-

kümlerden çıkan sonuç uzlaştırma işlemlerinin muhakeme şartı (engeli) olduğudur. Uzlaştırma işlemleri yapılmadan muhakemenin yürütmesi imkânsızdır.

8. Uzlaştırma Teklifinin Uzlaştırıcı Tarafından Yapılması ve Uzlaştırma İşlemlerinin Devredilememesi (Yön. m. 7/10 ve 11)

Taraflara Cumhuriyet Savcısının onayı ile görevlendirilen uzlaştırıcı uzlaştırma teklifinde bulunur.

Uzlaştırıcı kendisine tevdi edilen görevi bizzat yerine getirmekle yükümlü olup, görevinin icrasını kısmen veya tamamen başka bir kimseye bırakamaz. Sadece Yönetmelik m. 36/3 uyarınca birden fazla uzlaştırmacının görevlendirilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda uzlaştırmacılar iş bölümü yaparak bazı işleri birbirlerine havale edebilirler.

9. Kendisine veya Kanuni Temsilcisine Ulaşılamayan ya da Yurtdışında Bulunan Tarafın Uzlaştırmanın Yapılamaması (Yön. m. 7/12)

Taraflara ulaşılamaması halinde, uzlaştırma işlemlerinin belirsizlik içerisinde ve sürüncemede kalmaması için öngörülen CMK. m. 253/6 hükmü, Yönetmelik m.7/2'de tekrarlanmış bulunmaktadır. Buna göre "Resmi mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma veya kovuşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurtdışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye, sanığa veya kanuni temsilcisine ulaşılamaması halinde soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili uzlaştırma yoluna gidilemez."

III. UZLAŞTIRMANIN KOŞULLARI

A. Suçun Uzlaştırma Kapsamında Bulunması

1. Uzlaştırmaya Tabi Olan Suçlar

Uzlaştırma, uzlaştırma kapsamına giren suçlar bakımından mümkündür. Uzlaştırmanın önkoşulu denilebilecek bu suçlar şunlardır:

a. Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikayete Bağlı Olan suçlar (CMK. m. 253/1-a)

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar uzlaştırmaya tabi olacaktır.

TCK ve CMK yürürlüğe girdiği sırada, yalnızca şikâyete bağlı suçlarda uzlaştırma imkânı kabul edilmişti. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak da uzlaştırmanın şikâyete bağlı küçük uyuşmazlıklardan denemesinin sağlanması belirtilmişti.²⁷

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan şikâyetin varlığı, ceza muhakemesi şartıdır. Uzlaştırma işleminin başlayabilmesi için suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanması gereklidir.²⁸

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçun TCK'da veya özel nitelikteki bir kanunda yer alması önem taşımaz.

2016 tarih ve 6763 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden sonra takibi şikâyete bağlı suçlarda etkin pişmanlık hükmü öngörülse bile artık uzlaşma yapılabilir. ²⁹

Şikâyetten feragat veya şikâyetten vazgeçme gerçekleşirse, uzlaştırmaya gidilmeden kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.²⁹

TCK'da ve çeşitli kanunlarda pek çok şikâyete tabi suç düzenlenmiştir.³⁰

Kovuşturma evresine geçildikten sonra işlenen suçun takibinin şikâyete bağlı olduğunu anlaşılması durumunda, mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edileceği için, bu durumda mahkeme tarafından uzlaştırma işlemi başlatılacaktır.³¹

b. CMK'da Öngörülen Katalog Suçlar (CMK. m. 253/1-b)

2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'la CMK'da yapılan önemli değişikliklerden birisi, uzlaştırmanın kapsamının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarla sınırlandırılmasından vazgeçilerek katalog halinde kanunda (CMK. m. 253/1-b) sayılan suçlarda da uzlaştırma imkanının getirilmiş olmasıdır. 2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'la bu katalog suçların sayısı biraz daha artırılmıştır.

²⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 838.

²⁸ Erdal Yerdelen, "Uzlaştırmanın Şartları", Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, 2. Baskı,, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını, Ocak 2018, s. 59.

²⁹ Yerdelen, age., s. 59.

³⁰ Bu konuda bkz. Çetintürk, a.ge., s. 597 vd.; Yerdelen, age., s. 65; Yenisey / Nuhoğlu, s. 838 vd.

³¹ Yenisey / Nuhoğlu, s. 838.

CMK 253/1-b' de öngörülen katalog suçlar: kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç m. 86; 88), taksirle yaralama (m. 89), tehdit (m.106/1), konut dokunulmazlığının ihlali (m.116), hırsızlık (m.141), dolandırıcılık (m.157), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m.234), ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, m.239) suçlarından ibarettir.

c. Özel Kanunlardaki Uzlaşmaya Tabi Suçlar

CMK. m. 253/2'ye göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olanlar hariç olmak üzere, diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.³²

d. Suça Sürüklenen Çocuklarla İlgili Suçlar

2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, suça sürüklenen çocuklar bakımından mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla ayrıca üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar da uzlaşma kapsamına alınmıştır (CMK. m. 1/c). Ancak CMK. m. 253/3 uyarınca suça sürüklenen çocuklar tarafından işlense bile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar uzlaşma kapsamında olmayacaktır.

2. Uzlaştırma Kapsamında Olmayan Suçlar

a. Uzlaştırma Kapsamına Giren Bir Suçun, Bu Kapsama Girmeyen Bir Başka Suçla Birlikte İşlenmesi

CMK'da ilkin düzenlenmemesine rağmen eski Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7/4 maddesiyle uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçu işlemek amacıyla ya da bu suçla birlikte işlenmesi halinde, uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği öngörülmüştü.³³

CMK. m. 253/3'e 2009 tarih ve 5918 sayılı Kanunla eklenen tümce ile "uzlaştırma kapsamına giren bir suçun bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması halinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz" hükmü getirildi.

³² Bu suçların listesi için bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 843-844.

³³ Çetintürk, age., s. 620.

Bu düzenleme, uzlaştırmanın kapsamında öngörülmesi ve hesaplanması mümkün olmayan bir sınırlama getirdiği şeklinde eleştirilmektedir.³⁴ Ayrıca uzlaştırma kapsamında kalan bir suçun sırf uzlaştırma kapsamında kalmayan bir suçla birlikte işlendiği gerekçesiyle uzlaştırma kapsamından çıkarılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek, bu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülmüştür. Anayasa mahkemesi ise söz konusu bu hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.³⁵

b. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK. m.253/3). TCK. m. 102/1, 102/2 (suçun eşe karşı işlemesi halinde), 103/1 (failin çocuk olması ve fiilin sarkıntılık düzeyinde kalması halinde) m. 104/1 ve m. 105/1'de yer alan suçlar takibi şikâyete bağlı oldukları halde uzlaştırma kapsamı dışında sayılacaktır.

c. Mağduru Kamu Tüzel Kişisi Olan Suçlar

CMK. m.253/1 uzlaştırmanın gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri arasında uygulanmasını kabul etmektedir. Mağduru kamu tüzel kişisi olan suçlar takibi şikâyete bağlı hile olsa (örneğin TCK. m. 341,342) uzlaştırma mümkün olmayacaktır.

ç. Şikâyete Bağlı Olmaktan Çıkması Nedeni İle Uzlaştırma Kapsamı Dışına Çıkan Suçlar

Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi durumunda, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz (TCK. m. 142/4). Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde anılan şikâyete bağlı olan suçlar uzlaştırma kapsamından çıkmış olacaktır.

d. Ön Ödemeye Tabi Suçlar

TCK. m. 75/1 ön ödemenin uygulanması için uzlaşma kapsamında olmama koşulunu öngörmektedir. Bu yüzden ön ödeme kapsamına giren suçlarda uzlaşma yolu kapalıdır.

³⁴ Bkz. Çetintürk age., s. 620.

³⁵ Bkz. Any. Mah.'nin 3.4.2013 t. ve E. 2013/20, K. 2013/50 sayılı kararı.

B. Fiilin Kovuşturabilir Nitelikte Olması

Soruşturma ve kovuşturmanın başlatılması veya belirli muhakeme işlemlerinin yapılması, bazı koşulların gerçekleşmesine veya engellerin bulunmamasına bağlı tutulabilir. Bunlara muhakeme şartları denilmektedir.³⁶

Uzlaşmaya tabi bir suç bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için de her şeyden önce işlenen suçun soruşturulabilir veya kovuşturulabilir olması gerekir. Yani muhakeme şartlarının gerçekleşmesi. Bu şartlar şikâyet, izin, talep ve karardır.

Şikâyet konusunda yukarıda değinildiği gibi süresinde gerçekleşen şikâyetin varlığı zorunludur. İzne tabi bir suç bakımından da izin şartı gerçekleşmelidir. Örneğin 4483 sayılı kanun gereği izin alınması gereken ve uzlaşmaya tabi olan bir suç için öncelikle yetkili idari merciden soruşturma izni alınıp ondan sonra uzlaşma işlemlerine başlanabilir. Bir suçun kovuşturulması için resmi bir makamın talebi gerekli ise ilgili makamın talebi olmaksızın ceza kovuşturması başlatılamaz ve uzlaşma hükümleri de uygulanamaz.

Karar şartı da muhakeme (kovuşturma) şartı olarak milletvekilleri hakkında geçerlidir. Bir kimsenin milletvekili olmadan önce veya sonra suç işlemesi durumunda Any. M.83’de sayılan istisnalar dışında haklarında soruşturma işlemleri yapılabilirse de yargılama yapılamaz. TBMM’den yasama dokunulmazlığının kaldırılması istenir. Ancak burada dokunulmazlığın kaldırılması kararı verilmeden önce soruşturma yapılabilirdiği için uzlaştırma yoluna da gidilebilir.

c. Soruşturma Konusu Uzlaşmaya Tabi Suç Hakkında Kamu Davası Açılması İçin Yeterli Şüphenin Bulunması

Uzlaşma kapsamında bulunan suçun işlendiğini öğrenen adli makamların gecikmeden soruşturmaya başlaması gerekir. CMK. m. 160/1’de “suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenme”den söz edilmektedir. Burada kastedilen suçun işlendiği hususundaki duyulan şüphe dir.”³⁷

Cumhuriyet savcısı yapacağı soruşturma sonucunda topladığı

³⁶ Yerdelen, age., s. 58 vd.

³⁷ Bkz. Yerdelen, age., s. 37.

delillerle suçun işlendiği konusunda yeterli şüphenin varlığını tespit ederse kamu davasını açacaktır (CMK. m. 170/2). Bu durumda uzlaştırma kapsamındaki suçla ilgili yeterli şüphenin bulunması halinde kamu davası açılmadan önce uzlaştırma işlemlerinin başlatılması için dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir (CMK. m. 253/4). Yeterli şüphe olmadığı durumda ise CMK. m. 172/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir.

IV. UZLAŞTIRMA EĞİTİMİ

Uzlaştırmacı, mağdur ve failin yüz yüze görüşeceği hassas bir süreçte tarafları hazırlayacak ve bu süreçte rehberlik edecek şekilde eğitilmelidir.³⁸

Yürürlükten kaldırılan 2007 tarihli Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 30/4. maddesinde uzlaştırmacı olarak görevlendirilecek kişilerin eğitiminin Türkiye Adalet Akademisi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Türkiye Barolar Birliği, ilgili Barolar ve bu konuda eğitim veren Üniversiteler ile işbirliği içerisinde yerine getirileceği belirtilmişti. Uzlaştırmacıların eğitimi konusundaki çok başlılık, anılan hiçbir kurumun sorumluluğu üstlenmemesine yol açmıştır. Bu yüzden de uzlaştırmacılara yeterli eğitim verilememiştir.

24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'la CMK. m. 253/24 ve 25'de yapılan düzenlemelerle uzlaştırmacıların eğitimi konusunda yetkili merkezi bir birimin oluşturulması ve bu birimin yetki ve sorumluluğu altında eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi yerinde bir düzenleme sayılmalıdır.

Bu düzenlemeye göre, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak "Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı" kurulmuştur.

6763 sayılı Kanun'a göre uzlaştırmacı temel eğitimine ilişkin usul ve esaslar ile eğitim verecek kurum ve kuruluşların niteliklerini belirlemek ve bunlara izin vermek, uzlaştırmacı eğitimi sonunda yapılacak sınavın usul ve esaslarını belirlemek, sınavları yapmak görevi Adalet Bakanlığı'na verilmiştir.

³⁸ Çetintürk, age., s. 443.

Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 50. maddesinde uzlaştırmacıların eğitimi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre uzlaştırmacı olarak görevlendirilecek kişilerin görevlerine başlamadan önce eğitim almaları ve görev yaptıkları sürece eğitime tabi tutulmaları sağlanır (Yön. M.50/1).

Eğitim; alternatif uyuşmazlık çözümü, iletişim ve müzakere becerileri ile yöntemlerini geliştirmeyi, mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli ya da sanık ile birlikte çalışmanın özel koşulları ve ceza adaleti sistemi hakkında bilgi sahibi olma hususlarında, yeterlikle kazandırmayı amaçlar (Yön. M. 50/2).

Eğitimin konusu; görev yapacak kişilerin sahip olması gereken asgari nitelikler, bilgi düzeyi ve kişisel yeteneklerinin geliştirilmesinden oluşur. Uzlaştırmacı olarak görevlendirilecek kişilere Daire Başkanlığıınca belirlenen konularda teorik ve uygulamalı eğitim verilir (Yön. m. 50/3). Eğitim konuları ekli tabloda (ek 1 no'lu tablo) görüldüğü gibi uzlaştırma, iletişim ve müzakere teknikleri başlıkları altında çeşitli hususlardan ibarettir.

Uzlaştırmacı olacak kişilere otuz altı saati teorik ve on iki saati uygulamalı olmak üzere kırksekiz saat eğitim verilir. Günlük eğitim sekiz saatten fazla olamaz ve eğitim grupları en fazla otuz kişiden oluşur. Bu sayıdan daha fazla kişiden oluşan gruplar için Daire Başkanlığı'ndan ayrıca izin alınır (Yön. m.4).

Uygulamalı eğitim; adayların, bireysel ve gruplar halinde iletişim ve müzakere tekniklerini kullanma becerilerini sağlayacak örnek uyuşmazlık çözüm çalışmaları ile uygulama gözetimi faaliyetlerini içerir. Uzlaştırmacı eğitimi alan kişilerden örnek bir uyuşmazlık senaryosu ortaya koymaları, uzlaştırma yöntemini kullanarak sonuçlandırmaları ve eğitmenlerle birlikte grup değerlendirmeleri yapmaları beklenir (Yön. m. 50/5).

Uzlaştırmacılara, uzlaştırmacı eğitimi izni verilen kuruluşlarca teorik ve uygulamalı, toplam sekiz ders saatinden az olmamak üzere iki yılda en az bir defa yenileme eğitimi verilir. Uzlaştırmacılar iki yılda bir verilen bu eğitime katılmak zorundadırlar (Yön. m. 50/6).

Eğitime katılanların belgeye dayalı ve eğitim kuruluşlarınca kabul edilen haklı bir mazeretleri olmadıkça uzlaştırmacı eğitimi süresince verilen ders ve çalışmalara katılmaları zorunludur. Eğitim kuruluşla-

rınca, adayların derslere devam durumunu gösteren çizelge düzenlenir ve kabul edilebilir haklı bir mazereti bulunmaksızın derslerin 1/12'sine devam etmeyenlerin eğitim programıyla ilişkisi kesilir (Yön. m. 50/7).

Eğitim kuruluşları, eğitimlerini başarı ile tamamlayan kişilere en geç bir ay içinde uzlaştırmacı eğitimini tamamladıklarına dair katılım belgesi verirler (Yön. m. 50/8).

Uzlaştırmacı eğitimi Üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği veya Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir (Yön. m. 51/1).

Nitekim ekli 2 nolu tabloda görüldüğü gibi "Uzlaştırmacı Eğitimi İzni Verilen Kuruluşları" arasında Çankaya Üniversitesi de yer almaktadır. Eğitim izni verildiği yerler Türkiye Genelidir (bkz. Ekli 2 no'lu tablo)

Uzlaştırmacı eğitimini tamamlayanların uzlaştırmacı siciline kayıt olmaları gerekir. Bu sicil kayıtları Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığınca tutulur (Yön. m. 47/1). Ancak uzlaştırmacı siciline kayıt olmak için, uzlaştırma eğitiminin bitirilmesinden sonra yapılacak yazılı sınavda başarılı olmak gereklidir (Yön. m. 4/o).

Uzlaştırmacılar CMK'ya göre "avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yer aldığı Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen uzlaştırma listelerinden görevlendirilirler" (CMK. m. 253/24). Uzlaştırma Yönetmeliğinin 48/3 maddesinde, avukatlar yönünden baroya kayıtlı olmak, hukuk öğrenimi görmüş kişiler yönünden üniversitelerin hukuk fakültelerinden mezun olmak veya hukuk ya da hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat veya maliye alanlarında en az dört yıllık yükseköğrenim yapmış olmak koşulu öngörülmüştür.

Uzlaştırmacı olmak için aranan "Hukuk Öğrenimi Görmüş Kişi" ifadesi tartışmalara ve eleştirilere neden olmaktadır. CMK. m. 253/24'de belirtilen "hukuk öğrenimi görmüş kişiler" ifadesi Yönetmelik m. 48/3'de açıklanmıştır. Ancak hukuk veya hukuk bilgisine yer verilen programın hangi ölçüte göre yeterli sayılacağı belirgin değildir. Ceza/Ceza Muhakemesi hukuku dersi görmeyen sadece sınırlı sayıda hukuk dersi alan çeşitli yükseköğrenim kurum mezunları uzlaştırmacı

olabilmektedirler. CMK m. 253/24'deki hüküm Yönetmeliğin 48. maddesinde genişletilmiştir. Bu nedenle yönetmelik CMK'ya aykırıdır.³⁹

SONUÇ

Anglo Amerikan menşeli olan ve Kıta Avrupası Hukukuna da geçen uzlaştırma kurumu, hukuk sistemimize 1 Haziran 2005 tarihinde dâhil olan yeni bir kurumdur. Gittikçe yayılmakta olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kanunla düzenlenerek kurumsallaştırılması, etkinliğinin ve işlerliğinin sağlanması önemli bir gelişmedir.

Uzlaştırma kurumu, geleneksel ceza muhakemesini tamamlayıcı ve uyuşmazlığın kısa sürede çözümünü sağlama amacını taşıyan alternatif bir seçenektir. Muhakeme sürecinin hızlandırılıp, mahkemelerin iş yükünün ve muhakeme giderlerinin azaltılması, mağdur ve suçtan zarar görenlerin zararlarının kısa sürede karşılanması, şüpheli veya sanığın cezadan kurtarılıp topluma kazandırılması uzlaştırmanın ortaya çıkmasında önemli etkenlerdir.

Bu düşüncelerle 1 Haziran 2005 tarihinden bu yana hukuk sistemimizde yer alan uzlaştırma kurumunun düzenleniş amacına uygun bir sonuca ulaştığı henüz söylenemez. Uzlaştırmadan beklenen yararların gerçekleşmemesinin çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, uzlaştırma kurumunun gerekli hazırlık ve alt yapısı olmadan, kurumsal bir yapıya kavuşturulmadan yürürlüğe konulmasıdır. Bu durum uygulamada zorluklara neden olmuştur. Son değişikliklerle, gerekli alt yapı ve kurumsallaşma konusunda önemli yenilikler yapılmıştır. Ancak henüz yeterli değildir. Uzlaştırmının yeterince uygulanmamasında toplumdaki uzlaşma kültürünün gelişmemiş olmasının da payı vardır.

Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı'nın yayınladığı ekli tabloda (bkz. ek 3 no'lu tablo) Türkiye genelindeki 01.01.2018-30.04.2018 tarihleri arasındaki uzlaşma ile sonuçlanan dosya sayısına ilişkin anket bilgileri olumlu gelişmelerin olduğuna işaret etmektedir. Uygulamadaki tecrübelerden yararlanarak eksikler giderilip, uzlaştırma işlevsel bir hale getirilirse ceza adaleti sistemine önemli katkılar sağlanmış olacaktır.

³⁹ Bu konudaki ayrıntılı değerlendirme ve eleştiri için bkz. Erdem/Eser/Özşahinli, age., s. 68-71.

3 Nolu Tablo

EĞİTİM KONULARI

UZLAŞTIRMA
Onarıcı Adalet Anlayışı
Onarıcı Adalet Programlarından Mağdur-Fail Uzlaştırması
Mağdur-Fail Uzlaştırmasının Usûlü <ul style="list-style-type: none"> - Mağdur-Fail Uzlaştırmasının Aşamaları - Mağdur ile İlk Görüşme ve Özel Toplantı - Fail ile İlk Görüşme ve Özel Toplantı - Mağdur ve Failin Katıldığı Ortak Toplantının Yönetilmesi - Uzlaştırmanın Sonucu ve Anlaşmaya Varılması
Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırmanın Yasal Temeli
Uzlaştırmanın Tanımı ve Esasları
Uzlaştırma Kapsamındaki Suçlar <ul style="list-style-type: none"> - Yetişkinler Tarafından İşlenen Suçlar - Çocuklar Tarafından İşlenen Suçlar
Soruşturma Aşamasında Uzlaştırmaya Başvurulması ve Uzlaştırma Teklifi
Uzlaştırmacının Görevlendirilmesi, Nitelikleri ve Eğitimi
Uzlaştırmacıya Soruşturma Dosyasında Yer Alan Belgelerin Verilmesi
Uzlaştırmacıya İlişkin Etik Kurallar
Uzlaştırma Süresi ve Dava Zamanaşımının Durması
Uzlaştırma Müzakereleri <ul style="list-style-type: none"> - Uzlaştırmacının Müzakerelere Hazırlanması - Uzlaştırma Müzakerelerine Katılım - Cumhuriyet Savcısının Uzlaştırma Sürecindeki İşlevi - Uzlaştırmacının Müzakere Öncesinde Tarafları Bilgilendirmesi - Uzlaştırma Müzakerelerinin Yönetilmesi ve Müzakere Yöntemleri - Uzlaştırma Müzakerelerinin Gizliliği, Delil ve Tanıklık Yasağı
Mağdurun Zararının Giderimi
Uzlaştırmanın Sonucu <ul style="list-style-type: none"> - Uzlaştırma Raporunun Hazırlanması - Uzlaştırma Sonucunda Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilecek Kararlar - Kararlaştırılacak Edim Türleri ve Nitelikleri - Kararlaştırılan Edimin Yerine Getirilmemesinin Sonuçları
Uzlaştırmacı Ücreti ve Giderler
Kovuşturma Aşamasında Uzlaştırmaya Başvurulması ve Uzlaşma Teklifi <ul style="list-style-type: none"> - Kovuşturma Aşamasında Uzlaştırmaya Başvurulabilecek Hâller - Mahkemenin Uzlaştırmaya Başvurması - Uzlaştırma Sonucunda Mahkeme Tarafından Verilecek Kararlar

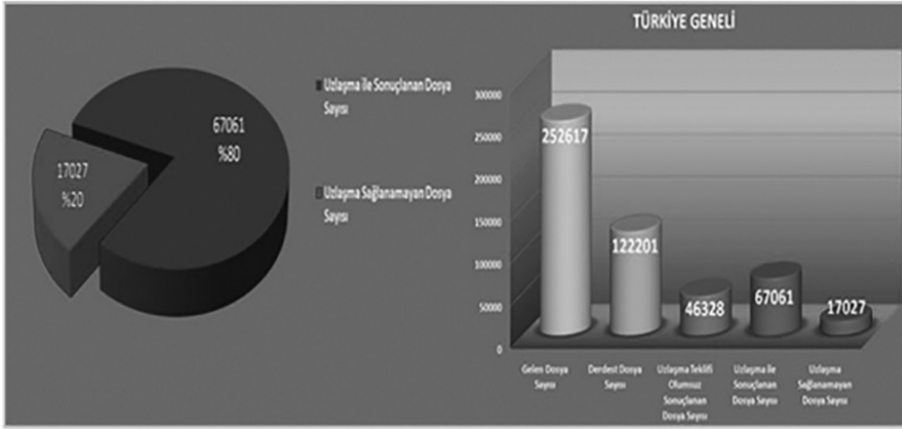
İLETİŞİM
İletişim Kavramı
İnsan İlişkileri ve Uzlaştırma Süreci
İletişim Ortamı ve Uzlaştırma
İletişim Modeli
Uzlaştırma Görüşmelerinde Sözlü ve Sözsüz İletişim
Uzlaştırma Sürecinde Kendini Tanıma ve Başkalarını Anlama
Uzlaştırma Görüşmelerinde Dinleme Becerisi
Savunucu ve Açık İletişim
Uzlaştırma Sürecinde Tutum ve Tutum Değişimi
MÜZAKERE TEKNİKLERİ
Uzlaştırmaçılarının Kişisel Müzakerecilik Farkındalıklarının Değerlendirmesi
Müzakerenin Tanımı, Kapsamı, Özellikleri ve İşlevinin Ortaya Konulması
Uzlaştırmaçılarının Müzakerecilik Başlangıç Düzeyinin Tespit Edilmesi
Müzakere Çeşitlerinin Ortaya Konulması
Müzakere Dinamiklerinin Analizinin Yapılması
Müzakerelerde Uzlaştırmaçılarca Kullanılacak Taktiklerin Analizi ve Uygulaması
Müzakere Etiği
Müzakerelerdeki Hatalar ve Dikkat Edilmesi Gerekenlerin İncelenmesi

2 Nolu Tablo

UZLAŞTIRMACI EĞİTİMİ İZİNİ VERİLEN EĞİTİM KURULUŞLARI		
SIRA NO	EĞİTİM KURULUŞLARI	EĞİTİM İZİNİ VERİLEN YERLER
1	Ankara Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
2	Türkiye Barolar Birliği	TÜRKİYE GENELİ
3	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
4	Başkent Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
5	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
6	Bahçeşehir Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
7	İstanbul Ticaret Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
8	İstanbul Bilgi Üniversitesi	İSTANBUL
9	İstanbul Şehir Üniversitesi	İSTANBUL
10	Özyeğin Üniversitesi	İSTANBUL
11	Dokuz Eylül Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
12	Yaşar Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
13	Selçuk Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
14	İnönü Üniversitesi	MALATYA
15	Sakarya Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
16	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
17	Beykent Üniversitesi	İSTANBUL
18	Dicle Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
19	Yeni Yüzyıl Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
20	Pamukkale Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
21	Gaziantep Üniversitesi	GAZİANTEP
22	İzmir Ekonomi Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
23	İstanbul Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
24	Çankaya Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
25	Marmara Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
26	İstanbul Aydın Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
27	Uludağ Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ

28	Hasan Kalyoncu Üniversitesi	ANKARA, İSTANBUL, GAZİANTEP, MERSİN
29	Kocaeli Üniversitesi	KOCAELİ
30	Erciyes Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
31	Akdeniz Üniversitesi	ANTALYA
32	Kırıkkale Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
33	Çukurova Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
34	Altınbaş Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
35	Karadeniz Teknik Üniversitesi	TRABZON
36	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi	İSTANBUL
37	Antalya Bilim Üniversitesi	ANTALYA
38	Necmettin Erbakan Üniversitesi	KONYA
39	KTO Karatay Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
40	Maltepe Üniversitesi	TÜRKİYE GENELİ
41	Atatürk Üniversitesi	ERZURUM
42	Atılım Üniversitesi	ANKARA

3 Nolu Tablo



Kaynakça

- Apaydın Cengiz, *Ceza Hukukunda Uzlaşma ve Uzlaştırmacılar İçin Ceza Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul Acar Matbacılık, Eylül 2017.
- Çetintürk Ekrem, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Erdem Mustafa Ruhan/Eser Ferda/Özşahinli Pakize Pelin, *100 Soruda Uzlaştırma*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, Eylül 2017.
- Jahıc Galma/Yeşildağlı Burcu, *Onarıcı Adalet Yeni Bir Yaklaşım, Onarıcı Adalet, Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları*, Türkiye ve Avrupa Bakışı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi, 2008.
- İpek Ali İhsan/Parlak Engin, *İçtihatlarla Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma*, Ankara Adalet Yayınevi, 2009.
- Kaymaz Seydi/Gökçen Hasan Tahsin, *Uzlaşma ve Ön Ödeme*, 2. Baskı Ankara Seçkin Yayınları, 2007.
- Özbek Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", *AÜHFD*, C.54, 2005, S. 3, s. 289-321.
- Özbek Mustafa Serdar, "Uzlaştırmacının Görevlendirilmesi, Nitelikleri ve Eğitimi", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitimi Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Ocak 2018, s. 73 - 143.
- Sezer Ahmet, *Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Soygüt Arslan M. Buket, *Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu*, İstanbul Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2008.
- Soysal Tamer, *Türk Ceza Hukukunda uzlaşma, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2005.
- Yavuz Hakan A., "Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu", *TAAD*, Yıl 6, Sayı 23, Ekim 2015, s. 85 - 115.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- Yıldız Ali Kemal, "Uzlaşma ve Şikâyet İlişkisi", *Kazancı Hukuk Dergisi*, 2010/1, s. 93-115.
- Yerdelen Erdal, "Uzlaştırmacının Esasları ve Benzeri Kurumlardan Farkları", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, 2. Baskı Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını, Ocak 2018, s.21-51.
- Yerdelen Erdal, "Uzlaştırmacının Şartları", *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, 2. Baskı Ankara Adalet Bakanlığı Yayını, Ocak 2018, s. 55-69.

KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMANIN UNSURLARI VE KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMAYA KARŞI YARGISAL BAŞVURU YOLLARI

ELEMENTS OF THE CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION AND JUDICIAL PROCEDURES TO CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION

Egemen KARACA*

Özet: Mülkiyet hakkı anayasa ile koruma altına alınmıştır. Mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile kanunla sınırlanabileceği de anayasada düzenlenmiştir. Kamulaştırma da dayanağını anayasadan alan ve mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlamadır. İdarenin usulüne uygun kamulaştırma yapmadan özel kişinin taşınmazına el koyması halinde kamulaştırmaz el koyma gündeme gelecektir. Bu çalışmada öncelikle kamulaştırmaz el koymaya ilişkin genel bilgilere değinilecektir. Ardından kamulaştırmaz el koymadan söz edebilmek için gereken unsurlar ve kamulaştırmaz el koymanın istisnalarını teşkil eden haller incelenecektir. Son olarak da unsurlarının oluşması ve istisnaya giren bir durum söz konusu olmaması halinde gündeme gelecek kamulaştırmaz el koymaya karşı kişilerin başvurabileceği yargısal yollar açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma, Kamulaştırmaz El Koyma, Mülkiyet Hakkı, Kamulaştırmaz El Koymanın Unsurları, Yargısal Başvuru Yolları

Abstract: The right of property is protected by the Constitution. The right of property can only be restricted by law for public interest according to the Constitution. Expropriation, which is based on the Constitution, is also a restriction of the right of property. If the administration confiscate the private property without a proper implementation of expropriation, the confiscation without expropriation will occur. In this study, firstly general informations about the subject of confiscation without expropriation will be mentioned. After that the elements which are necessary for confiscation without expropriation and the circumstances that constitute exceptions of confiscation without expropriation will be examined. Lastly, the judicial procedures against confiscation without expropriation will be explained.

Keywords: Expropriation, Confiscation Without Expropriation, Property Right, Elements of the Confiscation without Expropriation, Judicial Procedures

* Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı egemenkaraca@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3851-0092

GİRİŞ

Kamulaştırma, dayanağını anayasadan alan idarenin taşınmaz mal edinme usulüdür. Ancak kamulaştırma idarenin keyfi bir uygulaması olmayıp bir idari işlem olması sebebiyle nihai amacı kamu yararı taşınmalıdır. İdarenin keyfi olarak kişilerin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlaması durumunda, unsurları oluşması halinde kamulaştırmamız el koyma gündeme gelecektir. Kamulaştırmamız el koymamızın unsurları, buna karşı başvurulacak yargısal yolların esasını oluşturmaktadır. Bu unsurlardan yoksun olan yahut kamulaştırmamız el koymamızın istisnasını teşkil eden haller, kamulaştırmamız el koyma olarak değerlendirilemeyecektir.

Hak; hukuk düzeninin tanıdığı yetki, koruduğu menfaattir. Hukuk sınırları içerisinde gerçekleşmeyen, hukuki kapsamda sayılamayacak idarenin işlem veya eylemlerinden dolayı hakları zedelenenler de hukuk düzeninin tanıdığı bu yetki çerçevesinde, mahkemelerde haklarını arayabilecek ve menfaatleri doğrultusunda taleplerde bulunabileceklerdir.

Unsurları oluşması durumunda idarenin özel mülkiyette bulunan taşınmaza fiili olarak el koyması, kamulaştırmamız el koymayı teşkil edecektir. İdarenin bu haksız ve hukuka aykırı *fiili yol* teşkil eden durumu karşısında, ilgililerin hangi hukuki yollara başvuracağı önem arz etmektedir. Bu hukuki çarelerle hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen idarenin fiili bertaraf edilebilecek ve/veya zararın tazmin edilebilmesi mümkün hale gelecektir. İdarenin bu hukuka aykırı fiiline karşı bireylere hukuki imkan tanınmaması halinde; "*Kuvvete dayanmayan adalet aciz, adalete dayanmayan kuvvet ise zalim*"¹ olacaktır.

I. KAMULAŞTIRMAMIZ EL KOYMAYA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Kamulaştırmamız El Koyma Kavramı ve Tanımı

221 sayılı Amme Hükmi Şahıslar veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkındaki Ka-

¹ Blaise Pascal, Blaise Pascal Thoughts: Selected and Translated, Pensées adlı eserden çeviren ve derleyen Moritz Kaufmann, Reissue Edition, Cambridge University Press, June 2013, p. 56.

nun m. 1 uyarınca, 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 09.10.1956 tarihinden önce; kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde *kamulaştırılmış* sayılmaktadır.²

Kamulaştırmatsız el koymanın tanımı ise mevzuatımızda yapılmamıştır. Buna karşılık kamulaştırmatsız el koyma kavramından ilk defa 16.05.1956 gün ve E: 1956/1 K: 1956/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı'nda bahsedilmiş ve davacının talep hakkı ve şekli bu karar ile belirlenmiştir.³ Doktrinde ise *kamulaştırmatsız el koyma* kavramı 09.10.1956 tarihinden sonra kamulaştırma işlemi yapılmaksızın; idarenin, özel mülkiyette bulunan taşınmazlara kişilerin mülkiyet hakkını kısıtlayacak şekilde *fiilen* müdahale etmesi olarak tanımlanmıştır.⁴ Yargıtay kamulaştırmatsız el koymayı; "9 Ekim 1956 gününden sonra kamulaştırma işlemi yapılmaksızın ve bir kanun hükmüne dayanılmadan idarenin taşınmaz mal üzerinde *fiilen* tasarrufa başlaması ve asıl mal sahibinin kullanma hakkına engel olması veya bu hakkı ortadan kaldırmış bulunması"⁵ olarak tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi ise 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinin iptaline ilişkin kararında; "Kamu tüzel kişilerinin her hangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmalarını"⁶ kamulaştırmatsız el koyma olarak tanımlamıştır.

Bu tanımlardan yola çıkarak kamulaştırmatsız el koymayı, 09.10.1956 tarihinden sonra idarenin kamulaştırma işlemine başvurmaksızın yahut kamulaştırma işlemine başlayıp bu işlemde vazgeçse bile özel kişinin mülkiyetindeki taşınmaza kalıcı olarak fiilen el koyup

² Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 380.

³ Birgül Yiğit, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Adli Yargı Boyutu ile Kamulaştırmatsız El Atma Kavramı", Ankara 2013, s. 12, (Erişim Adresi: <http://www.uysmazlik.gov.tr/galeri/sempozyum2/birgulyigit.pdf>, Erişim Tarihi: 07.12.2016).

⁴ Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2013, s. 734.

⁵ YHGK, 25.05.2005 gün ve E: 2005/5-288, K: 2005/352, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.08.2017).

⁶ AYM, 10.04.2003 gün ve E: 2002/112, K: 2003/33, (kararlaryeni.anayasa.gov.tr, 10.08.2017).

özel hukuk kişisinin mülkiyet hakkına müdahale etmesi olarak tanımlayabiliriz.

B. Hukuki El Koyma Kavramının Kamulaştırmamız El Koyma Kavramı İçerisinde Yer Alıp Almadığı ve Hukuki El Koyma Kavramın Nitelendirilmesine İlişkin Sorunlar

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, fiilen el koyma olgusu olmasa bile mülkiyet hakkının hukuksal nedene dayanılmadan ancak hukuki bir işlemle kısıtlandığı bu gibi durumları kamulaştırmamız el koyma olarak nitelendirmiştir.⁷

Burada çözümlenmesi gereken sorun; uzun yıllar programa alınmayan imar planlarının sebep olduğu hak ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi için açılacak davanın, günümüzde kamulaştırmamız el koyma hükümlerine göre çözümlenmediği noktasında toplanmaktadır. Çünkü Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında belirtildiği üzere, mülkiyet hakkının kullanımının kararda belirtilen şekilde engellenmesinin kamulaştırmamız el koyma olarak kabul edilmesi halinde; açılacak davaların, davanın görüleceği yargı kolu ve davada uyulması gereken usuller, fiilen el koyma durumunda ortaya çıkan uyuşmazlıkla aynı doğrultuda çözümlenmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi ise uzun süre programa alınmayan imar planları nedeniyle tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazların mülkiyet hakkının ihlalini doğuracak uyuşmazlıklarda görevli yargı yerini idare mahkemesi olarak belirlemiştir.⁸ Nitekim Uyuşmazlık

⁷ YHGK, 15.12.2010 gün ve E: 2010/5-662, K: 2010/551, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.08.2017), "Uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan idarece engellendiği kuşkusuzdur.

Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile, imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmazın hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır."

⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.01.2013 gün ve E: 2012/317, K: 2013/30, (uyusmazlik.gov.tr, 10.08.2017), "Olayda, davacıların hissedar olduğu taşınmazın imar planıy-

Mahkemesi'nin günümüze kadar verdiği kararlar da bu doğrultudadır.

Netice itibariyle kamulaştırmasız el koyma ile meydana gelen ihlalin sonuç bakımından *mülkiyet hakkının ihlali* olduğu hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na katılsak da, gerek Uyuşmazlık Mahkemesi kararı gerek "6745 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kanun'a eklenen Ek madde 1"⁹ düzenlemesi sebebiyle mülkiyet hakkının, özüne dokunulacak şekilde tasarrufunun idari işlemle kısıtlanmasının kamulaştırmasız el koyma kavramı içerisinde nitelendirilmesi kanımızca doğru değildir. Çünkü her iki maddeye ilişkin olarak ortaya çıkan vakıalar karşılaştırıldığında, meydana gelen uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilen yargı yerleri tamamen birbirinden farklıdır. Keza bu durumlara ilişkin öngörülen uyuşmazlığın çözüm usulleri de birbirinden tamamen farklı olup her iki durumda da malikin mülkiyet hakkı ihlal edildiği halde ayrı yargı kollarında karara bağlanması sebebiyle talep sonuçları bakımından da birbirinden ayrılmaktadır. Bu hususta taşınmazın tasarrufunun, mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde idari işlemle kısıtlandığı durumları kamulaştırmasız el koyma kavramı içinde kabul edebilmek mümkün değildir. Nitekim bu nedenle de hukuki el koyma kavramı olarak nitelendirilen mülkiyet hakkının özüne dokunan bu işlemin farklı bir başlık altında incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde taşınmazın hukuki işlemle kısıtlanması durumunda bu ihlal ve kısıtlama nedeniyle, doktrin ve yargı organlarınca yerleşik olarak¹⁰ *hukuki el koyma*

la Kentsel Rekreasyon Alanı kullanımında kaldığı belirtilerek, tapu kaydı üzerine kamulaştırma şerhi konulmasına rağmen kamulaştırılmadığı, taşınmaz üzerinde düzenleme yapılmadığı, kamulaştırmasız el atma nedeniyle taşınmazın bedelinin ödenmesi gerektiğinin iddia edildiği; davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı Kanun uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yer alan davacıya ait taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılabilir olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan 'İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları' kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir."

⁹ Resmi Gazete: 07.09.2016 gün, 29824 sayı.

¹⁰ Hukuki el koyma kavramının yargı organlarınca kullanımına ilişkin bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi, 20.02.2017 gün ve E: 2016/538, K: 2017/18 (kararlar.uyusmazlik.gov.tr); Dan. 6. D., 27.05.2014 gün ve E:2014/2387, K: 2014/4122 (emsal.danis-

kavramı kullanılmaktaysa da bu kavramın kullanımını doğru bulmamaktayız. Çünkü kavram itibariyle taşınmaz hukuken kısıtlansa da uzun yıllar imar planının programa alınmaması sebebiyle malikin mülkiyet hakkının ihtiva ettiği tasarruf hürriyeti ihlal edilmekte olup bunun hukuki olarak el koyulduğu bir nevi hukuka uygun olduğu anlamını uyandıran *hukuki el koyma* kavramı, kullanımı itibariyle hukuka uygun bir durumu çağrıştırmaktadır. Ayrıca kanımızca hukuki el koyma kavramından anlaşılması gereken Anayasanın 35. maddesinde de öngörülen mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının kanunla belirlendiği durumlardır. Bunlara örnek verecek olursak, İmar Kanunu m. 18 uyarınca arazi ve arsa düzenlemesi işleminde ilgililerin parsellerinden Düzenleme Ortaklık Payı (DOP) kesintisi yapılmaktadır. İşte bu durum mülkiyet hakkının özünün kanuna dayanarak sınırlandırılmasına ilişkin hukuken bir el koymadır. Hukuka aykırı bir idari işlemle malikin mülkiyet hakkının tasarrufunun kısıtlanması halinde de hukuki el koyma kavramını kullanmamız durumunda hukuk sınırları içerisinde mülkiyet hakkının sınırlandırılmasıyla karışma olasılığı da bir hayli fazladır. Nitekim Kamulaştırma Kanunu Ek 1 maddesi uyarınca tasarrufu idari işlemle kısıtlanan taşınmazların niteliği ve buna ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkların tartışılması ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak genişlikte olduğu için bu çalışmamızda yukarıdaki açıklamalarla yetinmekteyiz.

Yukarıdaki açıklamalara istinaden, Kamulaştırma Kanunu Ek 1. maddesi uyarınca taşınmazın tasarrufunun idari işlemle kısıtlanmasının, kamulaştırmamız el koyma kavramı içerisinde hukuki el koyma kavramıyla nitelendirilmesini doğru bulmamaktayız. Biz bu çalışmamızda kamulaştırmamız el koymayı, 09.10.1956 tarihinden sonra idarenin kamulaştırma işlemine başvurmaksızın yahut kamulaştırma işlemine başlayıp bu işlemde vazgeçse bile özel kişinin mülkiyetindeki

tay.uyap.gov.tr); Yar. 18. HD., 29.02.2016 gün ve E: 2015/8269, K: 2016/3444 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Anayasa Mahkemesi, 28.03.2018 gün ve E: 2016/196, K: 2018/34 sayılı 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 11. maddesinin iptaline ilişkin kararda hukuki el koyma kavramına ve tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmaz kavramına birlikte yer verdiği görülmektedir. Hukuki el koyma kavramının doktrindeki kullanıma ilişkin bkz.: Erhan Tural, "Kamulaştırmamız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Haziran 2016, S. 7, s. 1115; Ali Rıza İlgezdi, *Hukuki El Atma (Kamulaştırmamız El Atmada Yeni Dönem)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 48 ve devamı.

taşınmaza kalıcı olarak *filen el koyması* olarak niteleyeceğiz ve idarenin bu fiili yol teşkil eden eyleminin unsurlarını ve bu eyleme karşı başvurulabilecek yargısal yolları inceleyeceğiz.

C. Dolaylı Kamulaştırma Teorisi

Doktrinde bazı yazarlar tarafından *Alelade Kamulaştırmaz El Koyma* ve *Bayındırlık Eserleri İnşası Nedeniyle Kamulaştırmaz El Koyma: Dolaylı Kamulaştırma* ayrımına gidilmektedir.¹¹ Bu ayrımın temeli Fransız Hukuku'ndaki dolayısıyla kamulaştırma kavramından kaynaklanmaktadır.¹²

Bu ayrıma gidilmesinin sebebi, bayındırlık eserlerinin temelinde yatan niteliklerdir. Bayındırlık eserleri *kamu yararına tahsis edilmiş ve insan emeği sonucu ortaya çıkan taşınmaz nitelikli yapılar* olarak tanımlanmıştır. Bu hususta karayolları, demiryolları, köprüler, alt geçitler, metrolar, limanlar, kanallar, elektrik santralleri gibi eserler bayındırlık eseri olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre kamulaştırılmaksızın üzerine bayındırlık eseri inşa edilen taşınmazlar, idarenin mülkiyetine geçmeli ve taşınmaz maliki müdahalenin men'i (önlenmesi) davası açamamalı, sadece malın bedeli olarak tazminat istenebilmelidir. Örneğin; arsasından idarece yol geçirilen kişi, kamulaştırmaz el koymadan doğan müdahalenin önlenmesine ilişkin dava hakkını kullanamayacak ve sadece arsasının bedelini tazminat olarak idareden isteyebilecektir. Çünkü bayındırlık eseriyle bir kamu hizmeti sağlanmakta ve bu eser kamu yararı amacına özgülünmektedir. Bunun nedeni olarak da dolaylı kamulaştırma teorisinin temelinde yatan bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi gösterilmektedir.¹³

Ancak bu teorinin kabulü mümkün değildir. Şöyle ki, taşınmaz üzerinde inşa edilen bayındırlık eserinin müdahalenin men'ine konu olması durumunda kamu hizmetlerinin olumsuz etkileneceği ve ekonomik olarak zarara neden olacağı gibi gerekçelerle karşı çıkılmasının yasal dayanağı bulunmamaktadır. Çünkü idare her zaman kamulaştırma yapma yetkisine sahiptir.¹⁴ Ayrıca müdahalenin men'i

¹¹ Gözler/Kaplan, s. 734-735.

¹² Kutlu Gürsel, s. 384.

¹³ Gözler/Kaplan, s. 735.

¹⁴ Yasin Ulusoy, Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma, Nobel Ya-

davası görülürken, davalı idare kamulaştırma yetkisini kullanarak taşınmazı kamulaştırmak suretiyle davanın konusuz kalmasını sağlayabilecektir.¹⁵

Kamu hizmetinin düzenli ve devamlı bir şekilde yürütülmesi ilkesi, özel hukuk kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlara fiilen el koymayı hukuka uygun kılmamaktadır. Ayrıca kamulaştırmaz el koyma oluşturan birçok durumda idarenin bayındırlık hizmeti söz konusudur. Nitekim temelini Fransız İdare Hukuku'ndan alan bu ayırmadan, Fransa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek 1 No.lu Protokolde düzenlenen mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı ilkelere çatışması nedeniyle Temyiz Mahkemesi kararıyla vazgeçmektedir.¹⁶ Bu sebeplerle, dolaylı kamulaştırma ayırımı uygun bulunmamaktadır.¹⁷

D. Kamulaştırmaz El Koymanın Hukuki Niteliği

Kamulaştırmaz el koyma işlemindeki hukuka aykırılık ağır ve kabul edilemez niteliktedir ve bu nedenle işlem yok hükmündedir.¹⁸ Kamulaştırmaz el koyma, idarenin bir işlemine dayanmayan veya idare hukuku açısından kendisine sonuç bağlanan bir idari eylem niteliğinde de kabul edilmeyen, adeta idarenin haksız fiili olarak nitelenen bir eylem niteliğindedir.¹⁹

Yargıtay da taraflar arasındaki kamulaştırmaz el atılan taşınmaz malda ağaçlara verilen zararın ödettilmesi davasında; kamulaştırma yapılmaksızın el atılmayacağını, bu kuralın aksine bir işlem yapılmasının haksız eylemi oluşturacağını ve tazminat verilmesine neden olacağına hükmetmiştir.²⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi de 1970 tarihli bir ka-

yınları, Ankara 2004, s. 10.

¹⁵ Y. 5. HD., 03.11.2014 gün ve E: 2014/11105, K: 2014/24777, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.08.2017).

¹⁶ Kutlu Gürsel, s. 384; karar için bkz. Rene Hostiou'nun Karar Notu, AJDA, S. 4, s. 339-342: Cour de Cassation, 6 Janvier 1994, aff. Cts. Baudon de Monyc/Electricite de France.

¹⁷ Aynı yönde bkz. Kutlu Gürsel, s. 384; Ulusoy, s. 58; Türker Yalçınduran, 5999, 6111 ve 6487 sayılı Kanunlarla Yapılan Düzenlemelere ve Bu Düzenlemelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre: Kamulaştırmaz El Koyma, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 61.

¹⁸ Ulusoy, s. 10.

¹⁹ Kutlu Gürsel, s. 382; Ulusoy, s. 10.

²⁰ Y. 5. HD, 11.10.1993 gün ve E: 1993/12556, K: 1993/17907, (Kazancı İçtihat Bilgi

rarında kamulaştırmasız el koymanın; idari eylem sayılamayacağını, haksız eylem olduğunu belirtmektedir.²¹

İdare hukukunda ise haksız fiil kavramı yerine *fiili yol* kavramı kullanılmaktadır. Fiili yol teşkil eden durumlarda da idari yargıda tam yargı davası açmak mümkün değildir. Fiili yolda, idarenin bir hizmeti hukuka aykırı olarak yürütmesinden farklı bir durum vardır. Kısaca, idare hukuka uygun olarak yapacağı bir işlemi yapmadan yani kamulaştırma işlemi yapmadan özel hukuk kişinin mülkiyetinde bulunan taşınmaza haksız ve hukuka aykırı olarak el koymakta ve kişinin mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. İşte kamulaştırma işleminin usulüne uygun olarak yapılmayarak idarenin bu taşınmaza kamulaştırmasız el koyması da fiili yol teşkil etmektedir.²² Kamulaştırma yapılmaksızın taşınmaza idare tarafından fiilen el konulması eyleminde, eylemin idari niteliği kaybolmaktadır ve idarenin açık ve haksız bir fiil oluşturan eylem ve bu eylemden doğan bir zarar ortaya çıkmaktadır.²³

II. KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMANIN UNSURLARI

Kamulaştırmasız el koymanın unsurlarını belirlemek, idarenin hukuka aykırı olan bu fiiline karşı başvuruda bulunmak bakımından önem arz etmektedir. Unsurları gerçekleşmediğinde kamulaştırmasız el koymadan bahsedilemeyecek ve buna karşı yargısal yollara başvurulduğunda ise dava esastan reddedilecektir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinde; kamulaştırma yapılmış ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkının yirmi yıl geçmekle düşeceği, bu yirmi yıllık sürenin de el koyma tarihinden itibaren başlayacağı düzenlenmekteydi.

Bankası, 12.08.2017).

²¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.12.1970 gün ve E: 1969/184, K: 1970/326, (Ulusoy, s. 15).

²² Gürsel Kaplan, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabii Olduğu Usul Ve Esaslar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2012, S.99, s. 128; Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 683.

²³ Kutlu Gürsel, s. 383.

Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmü anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.²⁴

Bu iptal kararı sonucunda 20 yıllık hak **düşürücü süre ortadan kalkarak** kamulaştırmazsız el koymanın unsurlarında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 38. madde düzenlemesi öncesinde aranan şartlar aranmaya devam edilecektir.²⁵

²⁴ AYM, 10.04.2003 gün ve E: 2002/112, K: 2003/33, (kararlaryeni.anayasa.gov.tr, 10.08.2017), "Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara bırakılmışsa da, bu konuda yasa koyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü mülkiyet hakkının Anayasa garantisi altına alınmış olmasına aykırıdır. Kamu tüzel kişilerinin her hangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmaları kamulaştırmazsız el atmadır.

Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza el atarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz. Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan el atmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmazsız el koymadır. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 13, 35 ve 46. maddelerine aykırıdır. Hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Devletin veya bir kamu tüzel kişisinin kamulaştırma işlemi olmaksızın temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazları üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi ve yirmi yıl sonunda dava hakkı da tanınmayarak, mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Ayrıca, hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının "zaman ötesi" niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyet veya mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılabilmesi, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır."

²⁵ Yalçınduran, s. 52.

Bu düzenleme öncesinde 1956 sayılı YİBK doğrultusunda davalar açılmıştır.²⁶ Anılan YİBK'a göre **kamulaştırmatsız el koymanın söz konusu olabilmesi için; kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından kamulaştırma yapılmaksızın taşınmaza fiilen el koyulması, el koymanın kamu yararı amacıyla yapılması, el koymanın hukuka aykırı olması, el koymanın kalıcı olması şartları gibi şartlar aranmaktadır.**²⁷ Bu bölümde kamulaştırmatsız el koymadan söz edebilmek için gerekli olan bu unsurlar incelenecektir.

A. Taşınmazın Özel Hukuk Kişisinin Mülkiyetinde Olması

Kamulaştırmatsız el koymanın konusunu, kamulaştırma işlemine konu olabilecek özel hukuk kişinin mülkiyetindeki taşınmaz, kaynak veya irtifak hakları oluşturmaktadır.²⁸ Bunun için de öncelikle taşınmazın özel hukuk kişinin mülkiyetinde bulunması şarttır.

Kamulaştırma işlemine konu olması mümkün olmayan taşınmazlar üzerinde kamulaştırmatsız el koymaya dayanarak talepte bulunulabilmesi mümkün değildir.²⁹

B. Kamulaştırma Yetkisine Sahip İdare Tarafından Kamulaştırma Yapılmaksızın Fiilen El Konulması

El koymanın kamulaştırma yetkisine sahip bir idare tarafından fiilen gerçekleştirilmesi gerekmektedir.³⁰

Yargıtay da bir kararında kamulaştırmatsız el koymadan bahsedilebilmesi için kamulaştırma yetkisine sahip idarenin kamulaştırma yapmadan sahiplenme kastı ile taşınmaza fiilen el koyması gerektiğine işaret etmiştir.³¹

²⁶ Kutlu Gürsel, s. 382; Yalçınduran, s. 35.

²⁷ YİBK, 16.05.1956 gün ve E: 1956/1, K: 1956/7, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.08.2017).

²⁸ Kutlu Gürsel, s. 386.

²⁹ Kutlu Gürsel, s. 386.

³⁰ Kutlu Gürsel, s. 382; Yalçınduran, s. 35; Gözler/Kaplan, s. 734.

³¹ Y. 5. HD, 19.03.2013 gün ve E: 2013/32, K: 2013/4898, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.08.2017), "Bir taşınmaza kamulaştırmatsız el atıldığından bahsedebilmek için kamulaştırma yetkisine sahip olan idarenin sahiplenme kastı ile kamulaştırma yapmadan taşınmaza fiilen el atması gerekir. Somut olayda dava konusu taşınmazları, davalı idarenin hukuka uygun kira sözleşmelerine göre kullandığı ve taşınmaza kamulaştırmatsız el atmadığı anlaşıldığından, mahkemece davanın red-

Ayrıca idarenin kamulaştırma yetkisine de sahip olması gerekmektedir.³² Kamulaştırma yapma yetkisi 1982 Anayasası'nun 46. maddesinde ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddesinde Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerine verilmiştir. Kamulaştırma yapabilecek idareler de aynı Kanun'un 5. maddesinde sayılmıştır. Yargıtay da bir kararında kamulaştırmamız el koymadan söz edilebilmesi için idarenin kamulaştırma yapma yetkisine haiz olması gerektiğine hükmetmiştir.³³

C. El Koymanın Kamu Yararı Amacıyla Yapılması

Kamu yararı kavramı yasal çerçevede tanımlanmış değildir. Doktrinde de kesin bir tanımı bulunmamaktadır. Kamu yararı kavramının kesin bir şekilde tanımının yapılmayışı, esasında kavramın niteliğinden kaynaklanmaktadır.³⁴

Anayasa Mahkemesi kamu yararı kavramını *"genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar"*³⁵ olarak tanımlamıştır.

Kamu yararı kavramına tam olarak bir sınır çizilemek mümkün değildir. Bu durumda kamu yararı idarenin keyfi kullanımına açık, esnek bir kavram olup Anayasa ile belirlenen temel ilkeler kavramının sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır.³⁶

Sonuç olarak idare kamulaştırma yapabilme imkanına sahip olduğu halde bunu yapmamış olmalıdır. Kamulaştırma yapma olanağına

dine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi, doğru görülmemiştir."

³² Kutlu Gürsel, s. 382; Yalçınduran, s. 35; Ulusoy, s. 16.

³³ Y. 3. HD, 16.12.1986 gün ve E: 1986/16858, K: 1986/17085, "Kamulaştırma yapmaya yetkili kuruluşun, kamulaştırma yapmadan el atma tasarrufunun varlığı tespit edilmeden, idarenin kamulaştırmamız el atmasından bahsedilemez. Yetkili olmayan makam veya kişinin yaptığı işlerden zarar gören, ancak bu zararı dava konusu yapabilir. Mahkemece bu yönde gereği gibi araştırma ve inceleme yapılmadan, kamulaştırmamız el atmanın varlığı kabul edilmiş ve sonradan da el atmadan vazgeçildiğinden söz edilerek vekâlet ücretine hükmedilmiştir. Olayda kamulaştırma yapabilecek davalı bakanlığın el atma ile ilgili tasarrufunun bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Böyle bir tasarrufunun bulunmadığı takdirde kamulaştırma yetkisi bulunmayan Muhafız Alayının dava konusu yeri tel örgü ile çevirmesi nedeni ile bir zarar meydana gelmişse ancak bu zarardan davalı sorumlu tutulabilir."

³⁴ Yiğit, s. 6.

³⁵ AYM, 30.03.2012 gün ve E: 2011/29, K: 2012/49, (anayasa.gov.tr, 20.08.2017).

³⁶ Kutlu Gürsel, s. 127.

sahip olan idarenin özel menfaatler için taşınmaza el koyması halinde de, gerçek anlamda kamulaştırmасız el koymadan bahsedilemez.³⁷ Bu el koyma kamu yararı amacını gütmelidir.

D. El Koymanın Hukuka Aykırı Olması

Kamulaştırmасız el koymanın hukuka aykırılık teşkil eden ve yok hükmünde olan idarenin fiili yol niteliğinde bir haksız eylemi olduğuna, kamulaştırmасız el koymanın hukuki niteliğini açıklarken değinmiştik. Ancak bazı durumlarda idarece taşınmaza el koyma işlemi kanundan kaynaklanan bir yetkinin kullanımı kapsamında kalmakta ve kamulaştırmасız el koymanın unsurları oluşmamaktadır.³⁸ Kamulaştırmасız el koymanın hukuka aykırı sayılabilmesi için idarece kamulaştırmасız el koymanın istisnaları kapsamında bir işlem tesis edilmiş olması gerekmektedir. Kamulaştırmасız el koyma kapsamına girmeyen ve el koyma işleminin kanunlardan kaynaklanan bir yetkinin kullanımı olduğu durumları şöyle sayabiliriz:

1. Kamulaştırmасız El Koymanın İstisnaları

Kamulaştırmасız el koymanın istisnaları; 3194 sayılı İmar Kanunu m. 18 uygulaması bağlamında taşınmaza düzenleme ortaklık payı kapsamında el koyulması, el koymanın 221 sayılı Kanun kapsamına girmesi, taşınmazın bir bölümünün yapı izni karşılığında bedelsiz terk edilmesi, malikin el koymaya bizzat muvafakat etmesi, acele kamulaştırma olarak beş bent halinde sayılabilir.

a. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinin Uygulanması Bağlamında Taşınmaza Düzenleme Ortaklık Payı Kapsamında El Konulması

Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesinde, imar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus alınan; yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerlerle, özel parselasyon sonunda malikinin muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında

³⁷ Yalçınduran, s. 37.

³⁸ Kutlu Gürsel, s. 396; Yalçınduran, s. 38.

bulunulamayacağı ve karşılığı istenemeyeceği düzenlenmiştir. Burada bahsedilen düzenleme ortaklık payı 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinde açıklanmaktadır.³⁹ Anılı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası gereğince imar düzenlemesi sırasında taşınmazların %40'ına kadar olan kısım herhangi bir bedel ödenmeksizin düzenleme ortaklık payı olarak taşınmaz malikinden alınabilecektir.⁴⁰ Yine bu maddeye göre, bir taşınmazdan ancak bir kere düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılabilecektir. Her zaman %40 almak gerekmeyip %40'dan az olan kısım için de düzenleme ortaklık payı alınabilecektir.

Düzenleme ortaklık payının temelinde yatan amaç, düzenleme alanındaki taşınmazların değer artışının olmasıdır.⁴¹ Düzenleme işlemi düzenleme alanındaki taşınmazlara, imar mevzuatı ve imar planı hükümlerine uygun yapılanma imkanını sağlarken aynı zamanda söz konusu taşınmazların değerinde de bir artış meydana gelmektedir. Bu değer artışının nedeni kamusal bir işlem olan düzenleme işlemi olduğundan bu artışa karşılık, düzenlemeyi yapan idarece bir miktar arazi düzenleme ortaklık payı olarak alınarak bir denge sağlanmaktadır.⁴²

Yargıtay bir kararında DOP düşüldükten sonra kalan kısmın bedeline hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴³

³⁹ Yalçınduran, s. 40; Kutlu Gürsel, s. 396; Ulusoy, s. 30.

⁴⁰ 3194 s. İmar Kanunu m. 18/2: "Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtım sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında "düzenleme ortaklık payı" olarak düşülebilir. Ancak, bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırkını geçemez.

3194 s. İmar Kanunu m. 18/3:
Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tâbi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Millî Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi umumî hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz."

⁴¹ Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 460.

⁴² Hüseyin Koçak/Metin Beyaz, İmar Uygulamaları, Ankara 2006, s. 137.

⁴³ Y. 5. HD., 21.09.2010 gün ve E: 2010/11412, K: 2010/15437, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 23.08.2017), "Kamulaştırmaz el konulan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkin olarak Belediyece düzenleme ortaklık payı düşüldükten sonra verilen parsellerin kullanımını engelleyen bir durum varsa tazminata hükmedilmesi gerekir.", aynı yönde bkz. Y. 5. HD., 14.06.2011 gün ve E: 2011/2503, K: 2011/10581, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 20.08.2017), "Dava konusu taşınmazda düzenleme ortaklık payı kesintisinden sonra kalan paylara herhangi bir karşılık verilmeksizin

Düzenleme ortaklık payının şartlarını kısaca:

- **İmar planının onaylanması yeterli olmayıp ayrıca 3194 sayılı İmar Kanunu m. 18 gereğince parselasyon (arazi ve arsa düzenlemesi) yapılmış olmalıdır,**⁴⁴
- Düzenlemeye giren bütün parsellerden düzenleme ortaklık payı kesilmesi gerekmekte olup parsellerin özel kişilere, Hazineye veya belediyelere ve il özel idarelerine ait olmasının bir önemi yoktur,⁴⁵
- Düzenleme yapılan bölge için belirlenen düzenleme ortaklık payı oranı, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi gereğince, düzenlemeye tabi tüm parsellerden yüzölçümleri oranında eşit olarak alınmalıdır,⁴⁶
- Daha önceden düzenleme ortaklık payı yahut başka ad altında pay alınmamış olmalı; ancak bu durum o parselde imar planı ile yeniden bir düzenleme yapılmasına engel teşkil etmeyecektir,
- **İfraz sırasında alınan terk oranı gözetilerek daha önceden maliklerce terk edilen oranlar da düzenleme ortaklık payı hesabında dikkate alınmalı ve terk edilen kısımlar %40'a tamamlanacak kadar düzenleme ortaklık payı kesilmelidir,**⁴⁷

olarak özetleyebiliriz.

Netice olarak düzenleme ortaklık payı kapsamında taşınmaza el konulması halleri kamulaştırmasız el koymanın istisnasını teşkil etmektedir. Kanun'un verdiği yetkiden kaynaklanan bu durumda, şartların gerçekleşmesi halinde düzenleme ortaklık payı kesilebilecek ve malik mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle kamulaştırmasız el koymaya ilişkin hukuki yollara başvuramayacaktır.

Düzenleme ortaklık payı kesintisi ile taşınmaza fiili olarak el konulması durumunda kamulaştırmasız el koyma gündeme gelmeyecektir. Ancak bu kesinti dışında kalan kısım için taşınmaza el konu-

kamulaştırmasız el konulduğu durumda düzenleme ortaklık payı düşüldükten sonra kalan kısmın bedeline hükmedilmesi gerekir."

⁴⁴ Y. 7. HD., 15.06.1992 gün ve E: 1992/6540, K: 1992/15154; Kalabalık, s. 462.

⁴⁵ Dan. 6. D., 12.10.1993 gün ve E: 1992/5026, K: 1993/4077; Kalabalık, s. 462.

⁴⁶ Gül Filiz Ercan Aslantaş/Özlem Şimşek/Ahmet Berberoğlu, İmar Hukukunda Arazi ve Arsa Düzenlemesi (Parselasyon), Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 143.

⁴⁷ Kalabalık, s. 463.

lamayacaktır. Bu hususta Yargıtay da, DOP dışında kalan kısım için hissenin bedele dönüştürülmesine seçimlik olarak hissesi karşılığında yer verilebileceğini ya da belirli bir şahsın parseline dahil edilerek malik lehine ipotek tesis edilebileceğini, bunların yapılmaması halinde malik tarafından kamulaştırmamız el koyma davası açılabilirliğini belirtmiştir.⁴⁸

b. El Koymanın 221 Sayılı Kanun Kapsamına Girmesi

Bir diğer istisna teşkil eden durum ise kamulaştırmamız el koymanın 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun kapsamına girmesidir.⁴⁹

12.01.1961 tarihinde yürürlüğe giren 221 sayılı Kanun'un 1. maddesinde;

"6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır." hükmü düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 4. maddesinde de gayrimenkul bedelinin dava hakkının 221 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki sene geçmekle düşeceği hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda 09.10.1956 tarihine kadar el koyulan taşınmazlar kamulaştırılmış sayılacak ve buna ilişkin dava açma hakkı da iki senelik hak düşürücü süreye bağlı olacaktır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 4. maddesinde de, 5 Ocak 1961 tarih ve 221 sayılı Kanun kapsamına girmeleri nedeniyle kamu tüzel kişileri veya kurumları adına kamulaştırılmış sayılan taşınmaz malların; eski malik, zilyet veya bunların halefleri tarafından açılmış ve kesin hükme bağlanmamış davalarda sözü edilen 221 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmektedir. O hal-

⁴⁸ Y. 5. HD., 14.06.2011 gün ve E: 2011/2503, K: 2011/10581, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 23.08.2017), "İmar uygulaması yapılırken; yasa gereği Düzenleme Ortaklık Payı dışında kalan kısım için taşınmaz malikine ya hissesi karşılığında yer verilir, ya hissesi bedeli dönüştürülür ya da belirli bir şahsın parseline dahil edilerek o şahıs aleyhine, malik lehine hissesi karşılığında ipotek tesis edilir, bunların hiçbiri yapılmazsa kamulaştırmamız el atma davası açılabilir."

⁴⁹ Kutlu Gürsel, s. 409; Yalçınduran, s. 39.

de Kamulaştırma Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 8 Kasım 1983'den önce 221 sayılı Kanun'a dayanılarak açılmış ve devam eden davalarda 221 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak olup bu davalarda kamulaştırmaz el koymadan söz edilemeyecektir.⁵⁰ Nitekim Yargıtay'da 221 sayılı Kanun kapsamına giren halleri kamulaştırmaz el koyma olarak nitelendirmemiştir.⁵¹

c. Taşınmazın Bir Bölümünün Yapı İzni Karşılığında Bedelsiz Terk Edilmesi

Taşınmaz maliki arsasında yapı izni talep ettiği durumlarda bedelsiz terk uygulaması gündeme gelebilmektedir.⁵² Bedelsiz terk uygulamasında, mal sahibinin parselinde yapılaşmaya gidebilmesi için, imar planında yol veya kamu hizmetleri için gösterilmiş kısmı terk etmesi söz konusudur. Bedelsiz terk bir tür yapı yapma izni karşılığında ortaya çıkmaktadır.⁵³

Taşınmazın bir bölümünün yapı izni karşılığında bedelsiz terk edilmesi halinde malik, yapı izni alabilmek için deyim yerindeyse idarenin **şart koştuğu** şeyi yerine getirerek taşınmazında imar planıyla kamu hizmet ve tesisine ayrılan yerden bedelsiz olarak vazgeçmekte ve buna **açıkça rıza göstermektedir. Nitekim 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 35 gereğince de bu şekilde malikin muvafakati ile kamu hizmeti ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacak ve bu alanın karşılığı istenemeyecektir. Yargıtay da bedelsiz terki Kamulaştırma Kanunu m. 35 kapsamında değerlendirmektedir.**⁵⁴

⁵⁰ Kutlu Gürsel, s. 409

⁵¹ Y. 5. HD., 28.03.2011 gün ve E: 2011/2518, K: 2011/5344, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 08.09.2017), "...bu taşınmaza 09.10.1956 tarihinden önce el atıldığından 221 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması gerekir... 221 sayılı kanun 12.01.1961 tarihinde yürürlüğe girdiğinden davacının dava hakkı iki sene sonrası olan 13.01.1963 günü sona ermiş olup davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."

⁵² Kutlu Gürsel, s. 407.

⁵³ Yalçınduran, s. 43.

⁵⁴ Y. 5. HD., 29.01.2004 gün ve E: 2004/132, K: 2004/549, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 08.09.2017), "Taraflar arasındaki 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca imar mevzuatı gereği bedelsiz yola terk edilen taşınmazın iadesi istemi davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; kamulaştırma yasası m. 35 uyarınca bu şekilde yol olarak terk edilen yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunularak iadesi istenemeyeceğinden açılan davanın reddi

Doktrinde bu husus eleştirilmekte, imar planı uygulamasında malikin yapı izni talep etmesi halinde karşılığında taşınmazının bir bölümünü bedelsiz terk etmesi mülkiyet hakkının Anayasa m. 35 kapsamında sınırlanmasının ötesinde mülkiyet hakkının ihlaline yol açan bir durum olarak görülmektedir.⁵⁵

Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki, düzenleme ortaklık payı uygulamasının %40'a kadar olacağı İmar Kanunu ile düzenlenmiş olduğundan yapı izni karşılığı olarak arsadan alınan bedelsiz terkin de bu uygulama dikkate alınarak yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde %40'ı aşan kısım açıkça İmar Kanunu'na aykırı olacak ve Kamulaştırma Kanunu m. 35 kapsamında bunu değerlendirmek mümkün olmayacaktır.⁵⁶

d. Malikin El Koymaya Bizzat Muvafakat Etmesi

Malik Kamulaştırma Kanunu m. 35 uyarınca, İmar Kanunu m. 18 uygulamasıyla yapılan re'sen parselasyondan farklı olarak, özel parselasyon uygulamasında idareye kendi iradesi ile taşınmazından bir bölüm devredebilir. Bu işlem bağış niteliğinde değerlendirilebilir ve Kamulaştırma Kanunu m. 35 uyarınca devir işleminden sonra mülkiyet iddiasında yahut karşılık talebinde bulunmak mümkün değildir.⁵⁷

e. Acele Kamulaştırma Yapılması

Kamulaştırma Kanunu 27. maddesinde düzenlenen acele kamulaştırmanın amacı, idarenin yapmış olduğu hizmetlerin kesintisiz bir şekilde devam etmesini ve bu doğrultuda ihtiyaç duyduğu taşınmazlara da bir an önce el koymasını sağlamak olarak ifade edilmiştir. Burada amaç acil durumlarda taşınmazlara duyulan ihtiyaçların ivedilikle giderilmesidir.⁵⁸

Acele kamulaştırma usulü, kamulaştırma işleminin tamamlanmasının beklenmesinde sorunlar yaşanabileceği durumların ortaya çıkması halinde uygulama alanı bulacaktır. Acele kamulaştırma, olağan

yerine, kabulüne karar verilmesi, doğru görülmemiştir.”

⁵⁵ Kutlu Gürsel, s. 407.

⁵⁶ Kutlu Gürsel, s. 407.

⁵⁷ Kutlu Gürsel, s. 408.

⁵⁸ Ulusoy, s. 37.

kamulaştırmadan farklı nitelikte olup kıymet takdiri dışındaki işlemler daha sonradan tamamlanmak üzere, öngörülen usul ve şekle uygun olarak taşınmaza el konulmaktadır.⁵⁹

Acele kamulaştırma halinde, taşınmaza el koyulması durumu kamulaştırmatsız el koyma olarak nitelendirilmemektedir. Acele kamulaştırma, farklı özelliklerine rağmen bir kamulaştırma usulü olarak düzenlenmiştir.⁶⁰

Yargıtay bir kararında, idare tarafından usulüne uygun acele kamulaştırma kararı alınarak taşınmaza müdahale edildikten sonra makul bir süre içerisinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 10'da düzenlenen bedel tespiti ve tescil davasının açılmaması durumunda, idarenin haklı müdahalesinin haksız hale geleceğine karar vermektedir.⁶¹

E. El Koymanın Kalıcı Olması

İdarenin fiili müdahalesi tek başına kamulaştırmatsız el koyma için yeterli olmayıp bunun yanında mülkiyet hakkına zarar vermesi geniş anlamda mülkiyet hakkının kullanımının kısıtlanması gerekmektedir.⁶²

Geçici el koyma veya geçici işgal varsa kamulaştırmatsız el koymaya dayanarak bedel davası açılmaz. İdare taşınmaza geçici bir süre el koyup kira ödemiş ise kira sözleşmesinin varlığı sebebiyle kamulaştırmatsız el koymaya değil, kiraya ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.⁶³

⁵⁹ Mehmet Arslanoğlu, "Acele Kamulaştırma", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2013, C. 19, S. 3, s. 205 vd.

⁶⁰ Arslanoğlu, s. 206.

⁶¹ Y. 5. HD., 12.10.2011 gün ve E: 2011/7489, K: 2011/16045, (turkhukuksitesi.com, 25.12.2017), "Dava konusu taşınmaza ilişkin davalı idarece, Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesi gereğince 13.08.2009 tarihinde acele el koyma kararı alınmış, ancak sonraki işlemleri tamamlanmamıştır. Acele el koyma kararından sonra, davalı idarenin 4650 sayılı Kanun'la değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan tespit ve tescil davası açması için gereken makul sürenin geçmesine rağmen davanın açılmadığı, bu itibarla söz konusu ihtilafın kamulaştırmatsız el atma olarak değerlendirilerek, işin esasına girilip sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde ret kararı verilmesi, doğru görülmemiştir."

⁶² Ulusoy, s. 28.

⁶³ Yalçınduran, s. 50.

İdare özel mülkiyetteki taşınmaz üzerinde adeta malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunmalı veya taşınmazı belirli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoymalıdır. İdare görevlilerinin kısa bir süre için taşınmaza girmeleri kamulaştırmamız el koyma olarak nitelendirilemez. Böyle bir durumda idarenin eyleminin bulunduğu ve bu eylem nedeniyle zararın doğduğu kabul edilecektir.⁶⁴

Kalıcı olmayan şekilde taşınmaza el konulması durumunda kamulaştırmamız el koymadan bahsedilemeyeceği için kamulaştırmamız el koymaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır. Geçici olan bu el koyma da haksız fiil teşkil edecek ve müdahalenin men'i, ecrimisil veya tazminat davalarının açılması gündeme gelecektir.⁶⁵ Yargıtay da bir kararında el koymanın kalıcı nitelikte ve idarece sahiplenme kastı ile yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında el koyma ile mal sahibinin tasarrufuna sürekli engel olunmasını ve idarenin mala sahiplenme kastıyla fiilen el koymasını aramıştır.⁶⁷

⁶⁴ Metin Günday, İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 250.

⁶⁵ Veli Böke, Kamulaştırmamız El Atma Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 36.

⁶⁶ Y. 5. HD., 12.04.2012 gün ve E: 2012/1112, K: 2012/7700, "Dava konusu taşınmazın aynına fiilen el atıldığı iddia edilmiş olup, aynın ihtilafında da adli yargı görevlidir. Bu nedenle usulüne uygun oluşturulacak bilirkişi kurulu eşliğinde mahallinde keşif yapılarak, taşınmaza el atılıp atılmadığı, el atmanın kalıcı nitelikte olup olmadığı ve idarenin sahiplenme kastının bulunup bulunmadığı hususları araştırılarak, bu arada taşınmazın eski hale getirilmesi mümkün ise eski hale getirme masrafları ile el atılan bölümün dava tarihindeki yer bedeli belirlenip, eski hale getirme masraflarının yer bedelinden az olması halinde, eski hale getirme masraflarına ve ecrimisil tazminatına hükmedilmesi, aksi takdirde yer bedeli ve ecrimisil bedeline hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın görev yönünden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." aynı yönde bkz. Y. 5. HD., 26.02.1991 gün ve E: 1990/15812, K: 1991/1863.

⁶⁷ YHGK, 07.11.2007 gün ve E: 2007/5-805, K: 2007/826, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 08.09.2017), "Önemle vurgulanmalıdır ki; kamulaştırmamız el koyma hükümlerinin uygulanması, mal sahibinin kullanımına engel olma ve taşınmaz malın elinden alınması anlamını taşıdığına göre; taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez. Bu noktada; tapu kaydına kamulaştırma şerhi konulmasının veya 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu uyarınca taşınmazın ikinci derece askeri güvenlik bölgesine alınarak tapuya şerh verilmesinin ya da imar uygulaması sonucu taşınmazın yol, yeşil alan gibi kamu hizmetlerine ayrılması ve fiili imar uygulaması yapılmadan taşınmazın imar planında yol, yeşil alan olarak gösterilmesi nedeniyle üzerinde yapı yapılmasının yasaklanma-

Kamulaştırmasız el koymanın konusunu, kamulaştırmanın konusunu oluşturabilecek şeyler teşkil etmekte olduğundan idarenin taşınmaz üzerinde fiilen irtifak hakkı kurması da bu kapsamda değerlendirilecektir.⁶⁸

III. KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMAYA KARŞI YARGISAL BAŞVURU YOLLARI

A. Müdahalenin Men'i Davası Veya Bedel Davası

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte Türk Medeni Kanunu m. 683 ve 1956 tarihli YİBK ışığında kamulaştırmasız el koymaya karşı malikin ve mirasçılarının, idarenin haksız fiili karşısında Borçlar Hukuku hükümlerine göre *müdahalenin men'i davası* açılabilir. Ancak malik dilerse *müdahalenin men'i davası* açmayıp idareden taşınmazın bedelini talep etmek için *bedel davası* açabilir. **Bedel davasının dayanağı 1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'dır.**⁶⁹

Her iki davanın birlikte açılması mümkün olmayıp malikin müdahalenin men'i davasının lehine sonuçlanmasına rağmen, kararın icrasından **önce bedel davası açmasında** da yasal bir engel bulunmamaktadır.⁷⁰

sının, kamulaştırmasız el koyma niteliğinde bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır. Burada, kanun hükümleri ile taşınmazın belli şekillerde kullanılması kısıtlanmakta ise de; böyle bir sonuca ulaşılmasını gerekli kılan neden, taşınmazın halen mal sahibinin tapulu mülkü olması ve fiilen kullanma hakkına sahip bulunmasıdır. Bu haliyle, 11.2.1959 gün E:1958/17 K:1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ifade edilen, mülkiyete yapılmış bir tecavüz ya da haksız fiilden söz edilmesi de olanaklı değildir. Kısaca; idare, mal sahibinin tasarrufuna sürekli engel olmadığı ve taşınmaz mala sahiplenme kastıyla fiilen el koymadığı sürece idare aleyhine bu dava açılmaz. Bu nedenledir ki, ister uygulama görmüş imar parseli, isterse olduğu gibi bırakılan kadastro parseli olsun, idarece fiilen el atılmadan bir taşınmazın imar planında yeşil saha, oyun alanı, park yeri olarak gösterilmesi veya ortasından bir yol geçirilmiş bulunması mal sahibine dava hakkı vermez. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.4.2003 gün, E:2003/5-281 K:2003/284; sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiş; özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 31.10.2007 gün ve E: 2007/5-718 K:2007/805 sayılı kararında, imar uygulaması sonucu oluşan imar parselinin dahi, fiili el atmanın bulunmaması nedeniyle, salt imar planında oyun alanı olarak gösterilmesinin kamulaştırmasız el koyma niteliğinde bulunmadığı kabul edilmiştir."

⁶⁸ Kutlu Gürsel, s. 390.

⁶⁹ Karar için bkz. YİBK, 16.05.1956 gün ve E: 1956/1, K: 1956/6.

⁷⁰ Kutlu Gürsel, s. 422.

1. Müdahalenin Men'i Davası

TMK m. 683 mülkiyet hakkının içeriğini düzenlemektedir.⁷¹ Maddeye göre; *"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeni sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir."* 1956 tarihli YİBK'da ise; kamu tüzel kişiliği tarafından kamulaştırılmaksızın taşınmaz malı yola çevrilen kimsenin, müdahalenin men'i davasını açmaya hakkı olduğu gibi dilerse mülkiyetin devri karşılığı taşınmaz malın karşılığını o kamu tüzel kişiliğinden dava edebileceğine hükmedilmiştir.

Müdahalenin men'i davası bir eda davasıdır. Zira dava sonunda davalı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya mahkum edilmektedir. Davacı, zilyetliğe veya kişisel hakka dayansa dahi o hak bir taşınmaza yönelik bulunduğundan açtığı el koymanın önlenmesi davası aynı bir dava niteliğindedir.⁷² Ayrıca belirtmek gerekir ki müdahalenin men'i davasının dayanağını TMK m. 683 teşkil etse de bu maddede düzenlenen istihkak davasının açılabilmesi mümkün değildir. Çünkü kamulaştırmaz el koyma ile mülkiyet idareye geçmemektedir.

Dava ile davacı, idarenin haksız tecavüzünün sona erdirilmesini talep etmektedir. Bu davanın açılabilmesi için dava konusu müdahalenin hala devam ediyor olması gerekmektedir. El koyma sona ermişse, varsa mevcut zararın tazmini talep edilebilir.⁷³

Bu hususta Yargıtay da özel mülkiyete ait taşınmaza asfalt dökecek yol haline getiren idarenin daha sonradan bu asfaltı söküp temizlediğinde, el atmanın ortadan kalkacağına ve davanın konusuz kalacağına hükmetmiştir.⁷⁴

⁷¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s. 238-239.

⁷² Eraslan Özkaya, Açıklamalı İçtihatlı El Atmanın Önlenmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 26.

⁷³ Ulusoy, s. 55.

⁷⁴ Y. 5. HD., 08.04.1997 gün ve E: 1997/4976, K: 1997/5901, "Dava, tapulu taşınmaza müdahalenin men'i, taşınmazın eski haline getirilerek davacıya teslimi istemine dayalı olarak açıldıktan sonra davacı, davasını kamulaştırmaz el atma sebebiyle bedelin tahsiline hasretmiştir. Mahkemece yapılan keşif sonucu davalı idarenin daha önce el atarak, asfalt dökmek suretiyle yol haline getirdiği davacıya ait taşınmazda bu asfaltın davalı tarafından sökülüp temizlendiği ve halen arsa olarak kullanıldığı belirtilmiştir.

Müdahalenin men'i davasını malik açar. Malikin dolaylı veya dolaysız zilyet olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Paylı mülkiyet söz konusu olduğu durumlarda TMK m. 693/III'te belirtilen "*Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir*" hükmüne binaen paydaşlardan her biri müdahalenin men'ini talep edebilir. Elbirliğiyle mülkiyet söz konusu olduğunda ise TMK m. 702/IV'te yer alan "*Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.*" hükmü gereğince malikler beraber dava açmak zorunda bulunmayıp herhangi bir malikin bu korumadan yararlanmasıyla, korumanın kapsamı tüm ortaklara sirayet edecektir.⁷⁵

Yargıtay, müdahalenin men'i davası kesinleşse bile hükmün icrasına kadar bedel davasının açılabilmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmadığı görüşündedir.⁷⁶

YHGK; 14.07.1971 gün ve E: 967/1-442, K: 445 sayılı kararıyla intifa hakkı sahibinin TMK m. 803 uyarınca müdahalenin men'i davası açabileceğini kabul etmiştir. Müdahalenin men'i davasıyla intifa hakkı sahibi, söz konusu davayı açmak için maliki zorlamaya gerek duymadan hakkına yapılan ihlalleri önleyebilme olanağı bulacaktır.⁷⁷

Ayrıca belirtmek gerekir ki müdahalenin men'i yanında eski hale getirme talebi de bulunmakta ise, el konulan bölüm bedeli eski hale getirme masraflarından fazla ise müdahalenin men'i ve taşınmazın eski hale getirilmesine, eski hale getirme masrafları el konulan bölüm bedelinden fazla ise, bölüm bedelinin davalı idareden tahsil edilerek taşınmazın idare adına tesciline karar verilmektedir.⁷⁸

Kamulaştırmasız el atma sonucu; ister el atmanın önlenmesi isterse el atılan taşınmazın bedeli istensin davaya konu teşkil eden fiil, kamulaştırmasız el atmadır. El atma da ortadan kalktığına göre, davanın konusuz kaldığının kabulü gerekir."

⁷⁵ Yalçınduran, s. 69.

⁷⁶ Y. 5. HD., 25.06.2004 gün ve E: 2004/4982, K: 2004/7350, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 01.09.2017), "*Taşınmazına kamulaştırmasız el atılan kişi ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine müdahalenin men'i davası açabileceği gibi bu eylemli duruma razı olduğu takdirde taşınmazın değerinin tahsili (bedel) davasını da açabilir. Kesinleşen müdahalenin men'i kararının infaza konulmayarak bedel davasının açılmasında yasaya aykırı bir yön bulunmadığından, bedele ilişkin davada işin esasına girilerek taşınmazın bedeli belirlenip, dava tarihinden itibaren faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekir.*"

⁷⁷ Necla Giritlioğlu, Müdahalenin Men'i (El Atmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul Üniversitesi Doçentlik Takdim Tezi, İstanbul 1984, s. 28-31.

⁷⁸ Y. 5. HD., 17.07.2008 gün ve E: 2008/7890, K: 2008/10054, (Kutlu Gürsel, s. 422).

2. Bedel Davası

Malik dilerse müdahalenin meni davası açmak yerine, el koyulan taşınmazın bedelini talep edebilir. Kamulaştırmamız el konulan taşınmazın üzerine kamu hizmetine yönelik olarak bina veya tesisat yapılması durumunda, müdahalenin meni kararının uygulamaya konulmasında hukuken bir sorun bulunmasa da bu karar uygulanırken sorunlar yaşanabilecektir.⁷⁹ Bu sebeple kamulaştırmamız el koyma söz konusu olduğunda, malike müdahalenin men'i davası açmak yerine bedel davası açma hakkı tanınmıştır.

Bedel davasına ilk olarak 16.05.1956 tarihli YİBK'da yer verilmiştir. Söz konusu karara göre malik dilerse müdahalenin men'i davası dilerse bedel davası açabilir. Bedel davası açması halinde taşınmazın değerinin esas alınacağı tarih, bedel davasını açtığı tarih olacaktır.⁸⁰

Bedel davası mevzuatımızda 5999 sayılı Kanun ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında;

“Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.” hükmü yer almaktadır.

Bedel tespitinde hüküm altına alınacak tutar, Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. maddenin 2. fıkrası uyarınca fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat yani *dava tarihindeki* değeridir. Bu değer ise Kamulaştırma Kanunu 8. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca en az üç kişiden teşkil eden kıymet takdir komisyonunca, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınarak Kamulaştırma Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerine göre hesaplanarak mahkeme tarafından tespit edilecektir.

⁷⁹ Refik Er, “Kamulaştırmamız El Atmadan Doğan Davalar”, *Adalet Dergisi*, Yıl: 1979, C. 70, S.3-4, s. 284.

⁸⁰ Yalçınduran, s. 65.

Yukarıda müdahalenin men'i kararı kesinleşse bile hükmün icrasına kadar bedel davası açılabileceğine ve buna ilişkin karara değinmiştik. Bu durumda taşınmazın bedelinin müdahalenin men'i davası mı yoksa bedel davasının dava tarihine göre mi esas alınacağı önem arz etmektedir. Böyle bir durumda bedel davasının dava tarihi esas alınarak taşınmaz bedelinin belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 21.01.1975 gün ve E: 1975/14379, K: 1975/3342 sayılı kararında ilk olarak açılan müdahalenin men'i davasının açıldığı tarihin esas alınması gerektiğine hükmetse de bu karar birçok bakımdan eleştiriye açıktır. Anayasa'nın 35. ve 46. maddeleri bakımından değerlendirildiğinde taşınmazın gerçek karşılığının belirlenmesi bakımından hukuka uygun düşmemektedir.

Mahkeme bedel tespitinde Kamulaştırma Kanunu'ndaki bedel tespitine ilişkin esasları bu davada kıyasen uygulayacaktır. Faiz ise dava dilekçesi ile talep edilebileceği gibi ayrı bir dava açmak suretiyle de talep edilebilir.⁸¹

B. Kamulaştırmaz El Koyan İdareye Karşı Ecrimisil veya Tazminat Davası

Bu davalar müdahalenin men'i veya bedel davası ile birlikte açılabileceği gibi her iki dava ayrı ayrı da açılabilmektedir.⁸²

1. Ecrimisil Davası

TMK ve TBK'da açıkça söz edilmeyen *ecrimisil* terimi, uygulamada haksız zilyedin ödemesi gereken kullanma (işgal) tazminatı anlamında kullanılmaktadır.⁸³ Ecrimisil kavramına hukukumuzda ilk defa Tatbikat Kanunu'nun 43. maddesiyle yürürlükten kaldırılan Mecelle'de yer verilmiştir. Ecrimisil eski hukukumuzda, önceden belirlenmiş kira bedeli olan ecri müsemmanın karşılığı olarak kullanılmaktaydı. Tarafsız bir bilirkişiye o miktar hesaplatılarak bu hesaplama sonucu bulunacak bedel ecrimisil adını alırdı.⁸⁴

⁸¹ Kutlu Gürsel, s. 422.

⁸² Kutlu Gürsel, s. 423.

⁸³ Yalçınduran, s. 71.

⁸⁴ Ali Rıza Düzceer, Ecrimisil Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 19.

Ecrimisil; bir taşınmaz malın malikin rızası olmaksızın başka bir kişi tarafından işgali üzerine, mülk sahibinin işgal edenden isteyebileceği tazminattır.⁸⁵ Kamulaştırmaz el koymada ecrimisil ise taşınmazı haksız olarak kullanan idarenin malike ödeyeceği tazminattır.⁸⁶ YHGK ise ecrimisili, hak sahibi zilyedin, kötü niyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olarak tanımlamıştır.⁸⁷

Malik, kamulaştırmaz el koyma tarihinden itibaren ecrimisil talebinde de bulunabilecektir.⁸⁸ Ecrimisil talebi için zilyedin kötü niyetli olması gerekir. Zilyet olduğu şeyde hakkı olmadığını bilen veya durum ve şartlara göre bilmemesi için gereken özeni göstermeyen kimse kötü niyetlidir. Uzun süre mahkemeler ecrimisil talebinde, hak sahibinin zarara uğrayıp uğramadığını aramaktaydı. Günümüzde ise malın kiraya verilebilme kabiliyeti var ise ecrimisil talebi yerinde görülmektedir.⁸⁹

Ecrimisil davası, bedel davası ile açılacak olursa ecrimisil talebi davanın açıldığı tarihe kadar olan dönemi kapsamak zorundadır.⁹⁰ Bunun dayanağı bedel davası açıldığı takdirde malikin el koyulan taşınmazının mülkiyetini idareye devretmeyi kabul etmesidir.⁹¹

Ecrimisil, kötü niyetli şağilin ödemek zorunda olduğu tazminat olup en azı kira geliri, en çoğu ise tam gelir yoksunluğudur.⁹²

El konulan taşınmazın arsa olması durumunda ise taşınmaz malikinin arsayı kullanamaması nedeniyle uğramış olduğu zararın hesaplanması gerekmektedir. Arsalarda ecrimisile hükmedilebilmesi için, taşınmazın bulunduğu bölgedeki arsaların ecrimisil istenen süre için kiraya verilip verilmedikleri, veriliyor ise nasıl ve ne şekilde kiralandıklarının anlaşılması gerekir.⁹³

⁸⁵ Yusuf Karakoç, "Ecrimisil Alacaklarında Zamanaşımı", *Mali Hukuk Dergisi*, Yıl: 1994, Kasım-Aralık, S.54, s.14.

⁸⁶ Nihat Yavuz, "Ecrimisil Davalarının Uygulamada Duraksama Yaratan Bazı Sorunları", *Yargıtay Dergisi*, Yıl:1991, S. 1-2, s. 38-39, (Erişim Adresi: <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1991.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2017).

⁸⁷ YHGK, 01.11.2000 gün ve E: 2000/3-1341, K: 2000/1584.

⁸⁸ Ulusoy, s. 70.

⁸⁹ Düzceer, s. 66.

⁹⁰ Y. 5. HD., 30.01.1987 gün ve E: 1987/19618, K: 1987/903.

⁹¹ Kutlu Gürsel, s. 424.

⁹² Y. 3. HD., 25.03.2011 gün ve E: 2010/22331, K: 2011/7046, (Kararara, 14.09.2017).

⁹³ Y. 5. HD., 24.01.2013 gün ve E: 2012/21677, K: 2013/1034, (Kazancı İçtihat Bilgi

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, faizin ecrimisil talep edilen her bir dönemin sonundan itibaren hesaplanması gerekir.⁹⁴ 25.05.1938 gün ve 29/10 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre ecrimisil davaları 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.⁹⁵

2. Tazminat Davası

Kamulaştırmасız el koyma nedeniyle bir zararın ortaya çıkması durumunda, örneğin idarenin bina/tesisat yaparak ekili araziyi zarara uğratması halinde, uğranılan zararın giderilmesi için açılacak dava tazminat davasıdır. Bu dava bedel davası, müdahalenin men'î davası ve ecrimisil davalarıyla birlikte açılabilеceđi gibi tek olarak da açılabilir. Dava hukuki niteliği itibariyle eda davasıdır.⁹⁶

Kamulaştırmасız el koyma idarenin fiili yol niteliğinde haksız eylemidir. Haksız fiilden doğan borç bir tazminat borcudur. Böyle bir tazmin yükümlülüğünün doğması için gerekli olan husus TBK m. 49'da belirtilmiştir. Buna göre; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Haksız fiil sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı ve kusurlu fiil ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Burada idarenin eylemi fiili yol teşkil ettiği için, kamulaştırmасız el koyma nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan dava adli yargının görev alanına girmektedir.⁹⁷ Nitekim burada idarenin sorumluluğu söz konusudur ancak bu sorumluluğu idari yargıda açılan tam yargı davası ile gidebilmek mümkün değildir. Bu hususta Uyuşmazlık Mahkemesi de kamulaştırmасız el koymadan doğan zararın tazminine yönelik davalarda, haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine dava-

Bankası, 14.09.2017).
⁹⁴ Y. 3. HD, 30.01.2001 gün ve E: 2001/88, K: 2001/918, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 11.01.2018), "...mahkemece 16.12.1998 ile dava tarihi olan 16.9.1999 dönemini kapsar şekilde hesaplanacak ecrimisile hükmedilmesi ile yetinilmesi gerekirken, ayrıca 16.12.1998 tarihinden başlayarak aylık ecrimisil miktarının tesbitine de karar verilmiş olması ve faizin her dönem sonu itibariyle hüküm altına alınması gerekirken faizin başlangıcının işgalin başlangıcı olarak gösterilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır." aynı yönde bkz. Y. 1. HD. 24.02.2014 gün ve E: 2013/17494, K: 2014/4082, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 11.01.2018).

⁹⁵ Düzceer, s. 135-139.

⁹⁶ Yalçınduran, s. 75.

⁹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 23.03.1987 gün ve E: 1986/51, K: 1987/9, (kararlar.uyusmazlik.gov.tr).

nın çözülmesi gerektiği bu sebeple de adli yargının görevli olduğunu belirtmiştir.⁹⁸

C. Kamulaştırmaz El Koyma Davalarının Tarafları

1. Davacı

Tapuda taşınmazın maliki gözüken kişi ya da veraset ilamı ile mirasçılık hakkını ispat eden mirasçılar dava açma hakkına sahiptirler. Mülkiyet hakkının tespiti için esas alınacak olan tapu kayıdır. Tapunun çekişmeli olması durumunda öncelikle bunun sonuçlanması ve gerçek malikin tespit edilmesi gerekir.⁹⁹

Nitekim YHGK;

*“Kamulaştırmaz el atmadan dolayı açılacak bedel, müdahalenin men’i, ecrimisil davalarında dava açmak için öncelikle taşınmazın maliki veya mirasçısı olmak gerekir.”*¹⁰⁰ şeklinde belirtmiş ve mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkiye vurgu yapmıştır.

Dava konusu taşınmazın tapuda hazine adına kayıtlı olduğu durumlarda, tapulama öncesi kayıtlara dayanılarak dava açılması mümkün değildir.¹⁰¹

Yargıtay bir kararında davacı tapu maliki değilse ayrıca tescil davası açmış olsa bile davanın reddine karar verilmesi gerektiğini, tescil davasından sonra her zaman kamulaştırmaz el koymaya dayanarak dava açabileceğini belirtmiş ve davacının malik olması gerektiğine vurgu yapmıştır.¹⁰²

Taşınmaza el koyulduğu tarihten sonra malik olunma durumunda dahi malikin dava açma hakkı vardır. Yani taşınmazın mülkiyetinin el koyma tarihinden sonra kazanılması dava açılmasına engel teşkil etmez.¹⁰³

⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.04.2016 gün ve E: 2016/162, K: 2016/209 (kararlar.uyusmazlik.gov.tr), “...idarenin dava konusu taşınmaza kamulaştırmaz el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, davalı idarece kamulaştırma yapılmaksızın taşınmazın bir kısmına yol yapmak suretiyle el atılması karşısında, haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre görüş ve çözümünün adli yargı yerinin görevine girdiği anlaşılmaktadır.”

⁹⁹ Ulusoy, s. 71.

¹⁰⁰ YHGK, 27.10.2010 gün ve E: 2007/5-859, K: 2010/544, (Temel, s. 573).

¹⁰¹ Y. 5. HD., 08.07.1999 gün ve E: 1999/11356, K: 1999/12322.

¹⁰² YHGK, 04.03.2015 gün ve E: 2013/5-1529, K: 2015/884, (Temel, s. 568).

¹⁰³ Nihat Yavuz, “Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Yargıtay Uygulamasından

2. Davalı

Kamulaştırmasız el koyma nedeniyle açılacak davalarda davalı, taşınmaza kamulaştırma yapılmaksızın el koyan idaredir.

Uygulamada özellikle yol yapımı ile ilgili olarak Karayolları Genel Müdürlüğü ile Belediye arasında protokol yapılarak, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün özel hukuk kişilerine ait taşınmazlara el konulması nedeniyle her türlü dava, tazminat ve ecrimisilden sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilmektedir. Yargıtay iki idare arasında yapılan bu protokollere uygun karar vermektedir.¹⁰⁴

D. Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Açılacak Davalarda Görevli Ve Yetkili Mahkeme

YİBK 11.02.1959 gün ve E: 1958/17, K: 1959/15 sayılı kararında, kamulaştırmasız el koyma halinde idarenin hukuka aykırı bir harekette bulunduğu ve bundan dolayı açılan davanın da, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davası olduğu ve bu bakımdan adli yargının görevli olduğuna hükmedilmiştir.

Nitekim Yargıtay da kamulaştırmasız el koyma nedeniyle açılacak davalarda adli yargının görevli olduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁵

İdarenin imar planına uygun olarak yol yapımı sırasında özel mülkiyete zarar vermesi durumunda verilen zarar nedeniyle açılacak davada mülkiyet hakkı ihlali söz konusu değilse, kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarar olmasına binaen açılacak davada idari yargı görevlidir.¹⁰⁶

Müdahalenin men'î davasında HMK m. 12 gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

İlginç Örnekler", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 1983, S.2, s. 44, (Erişim Adresi: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/tekmakale/1983-2/3.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2017) .

¹⁰⁴ Kutlu Gürsel, s. 433.

¹⁰⁵ Y. 5. HD., 17.05.2012, E: 2012/3092, K: 2012/10080, (Temel, s. 602), "Dava, kamulaştırmasız el koyma nedeniyle taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Kamulaştırmasız olarak taşınmazına el konulan şahıs, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el koymanın önlenmesi davası açabileceği gibi bu eylemli duruma razı olduğu takdirde taşınmazın değerinin tahsili davası da açabilir. Taşınmazın aynına ilişkin bu davanın görülme yeri adliye mahkemeleridir."

¹⁰⁶ Kutlu Gürsel, s. 419.

Eğer tazminat isteniyorsa bu defa davacı isterse taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde isterse davalı idarenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilir. Her iki mahkeme de yetkilidir.¹⁰⁷ Eğer taşınmazın bedeli talep ediliyorsa bedel davası, davalının hem ikamet-gahında hem haksız fiilin yapıldığı yerde açılabilir.¹⁰⁸

Belirtmek gerekir ki mülkiyet hakkının uzun süre programa alınmayan imar planları sebebiyle kısıtlandığı, yani uyumsuzluğun 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Ek 1 maddesine dayandığı hallerde Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları gereğince bu uyumsuzlukların İdari Yargı yerlerinde çözülmesi gerekmektedir.¹⁰⁹

E. Dava Açma Süreleri

1. Müdahalenin Men'i Ve Bedel Davalarında Dava Açma Süresi

Anayasa Mahkemesi 10.04.2003 gün ve E: 2002/112, K: 2003/33 sayılı kararıyla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun hak düşürücü süreyi düzenleyen 38. maddesini iptal etmiştir. Madde iptal edilmeden önce taşınmaz mal ile ilgili dava hakkının 20 yıl geçmekle düşeceği düzenlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 38. maddeye ilişkin iptal kararından sonra, idarenin hak düşürücü süre sonunda taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanması söz konusu olamaz. İptal kararıyla birlikte kamulaştırmamız el koyma nedeniyle açılacak davalarda süre sınırı bulunmamaktadır.¹¹⁰

Anayasa'ya aykırılığı saptanan bu hükmün yürürlükte kaldığı süre içerisinde açtıkları davası süre nedeniyle reddedilenler,

¹⁰⁷ Y. 5. HD., 06.11.1974 gün ve E: 1974/10175, K: 1974/10911, (Ulusoy, s. 80).

¹⁰⁸ Y. 3. HD., 26.10.1976 gün ve E: 1976/5742, K: 1976/6858, (Ulusoy, s. 80).

¹⁰⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi 20.02.2017 gün ve E: 2017/94, K: 2017:136, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, 14.01.2018), "...olayda fiilen el atmanın söz konusu olduğu, davaya konu olayda; adli yargı yerince fiilen el atılan kısma ilişkin olarak tefrik kararı verilmek suretiyle yargılamaya devam edildiği, davacıların hissedar oldukları taşınmaza, davalılar tarafından, imar planında "yol ve park" olarak ayrılmak suretiyle, hukuken el atıldığı iddiası ile meydana geldiği belirtilen zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir."

¹¹⁰ Kutlu Gürsel, s. 432.

30.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren ve geçmişe etkili olan Kamulaştırma Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 5999 sayılı Kanun'la, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 6. madde ile yeniden dava açma hakkına kavuşmuşlardır. Bu düzenleme ile kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması hallerinde, hak sahiplerine idare ile uzlaşma yoluna başvurma ve başvuramaması halinde dava açma hakkı tanınmıştır.¹¹¹ Yargıtay kararında bu maddeye ilişkin olarak;

"Anılan madde tazminata ilişkin hükümlerin, vuku bulunduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmatsız el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Daha önce dava açılmış ve hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle reddedilmiş olması kesin hüküm oluşturmaz." hükmetmiştir.¹¹²

2. Tazminat ve Ecrimisil Davalarında Dava Açma Süresi

TBK m. 49'da düzenlenen idarenin fiili yolu nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak açılacak tazminat davası TBK m. 72'de düzenlenen;

"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar." hükmüne tabidir.

Ecrimisil talebinde ise Yargıtay yukarıda belirttiğimiz üzere 5 yıllık zamanaşımı süresini benimsemektedir.¹¹³

F. Faizin Hesaplanması Ve Kararların İnfazı

Kamulaştırmatsız el koyma davaları haksız müdahaleden doğan bir tür tazminat davası olduğundan dolayı verilen tazminatta aynı

¹¹¹ Yalçınduran, s. 63.

¹¹² Y. 5. HD., 23.01.2013 gün ve E: 2012/21309, K: 2013/912, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 15.09.2017).

¹¹³ YİBK, 25.05.1938 gün ve E: 1938/29, K: 1938/10.

zamanda faize de karar verilmesi gerekir.¹¹⁴ Burada faizin başlangıcı kamulaştırmasız el koyma tarihi değil dava tarihidir.¹¹⁵

Kamulaştırmasız el koyulan taşınmaz bedelinin tahsili için açılan ilk davada saklı tutulan bölümün tahsili istemine ilişkin ayrı bir dava açılmış ise, daha önceden bir kamulaştırmasız el koyma davası söz konusu olduğundan bedel açısından bu davayı esas almak gerekir. Değerlendirme ilk dava tarihine göre yapıldığından faize de ilk dava tarihinden hükmetmek gerekir. Yani saklı tutulan dava tarihi değil kesinleşen davadaki faiz tarihi esas alınır.¹¹⁶ Keza dava ıslah edildiğinde de Yargıtay ıslah tarihinin değil, dava tarihinin esas alınacağını belirtmiştir.¹¹⁷

Kararın infazı bakımından ise tazminat davaları kesinleşmeden icraya konulabilmektedir. Yargıtay da tazminat ilamının infazı için kesinleşmesine gerek olmadığını belirtmiştir.¹¹⁸

Ayrıca belirtmek gerekir ki kamulaştırmasız el koyma davalarının da kamulaştırmaya ilişkin hükümler uygulanacağından Kamulaştırma Kanunu m. 10'da belirtilen yasal faizin Kamulaştırmasız El Koyma davalarına da uygulanması gerekmektedir.¹¹⁹

G. Bedel Davalarında Vekalet Ücreti Ve Harç

Anayasa Mahkemesi kamulaştırmasız el koyma davalarında, mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretinin maktu olarak belirlenmesi gerektiğini düzenleyen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. maddesinin 13. fıkrasını **13.11.2014 tarihinde iptal etmiştir.**¹²⁰

¹¹⁴ Cemil Temel, Açıklamalı-İçtihatlı (Dilekçe ve Karar Örnekli) Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atmadan Doğan Davalar, Bilge Yayınevi, Ankara 2016, s. 644.

¹¹⁵ Y. 5. HD., 07.04.2009 gün ve E: 2009/1557, K: 2009/5491, (Temel, s. 644).

¹¹⁶ Y. 5. HD., 17.03.2005 gün ve E: 2005/2699, K: 2005/2819, (Temel, s.644).

¹¹⁷ Y. 5. HD., 24.12.2015 gün ve E: 2015/11495, K: 2015/25391, "Kamulaştırmasız el atmadan dolayı tazminat davasında, dava ıslah edilmiş ise, ıslah edilen miktara dava tarihinden itibaren faiz yürütülür."

¹¹⁸ Y. 12. HD., 19.06.2012 gün ve E: 2012/2441, K: 2012/22006, "Her ne kadar kamulaştırmasız el atma nedeni ile tazminata hükmedilip, davaya konu taşınmazdaki hisselerin iptali ile idare adına tescil kararı verilse de bu hüküm yasadaki kaynaklandığından, tazminat ilamının infazı için kesinleşmesi gerekli değildir."

¹¹⁹ Temel, s. 644.

¹²⁰ AYM. 13.11.2014 gün ve E: 2013/95, K: 2014/176, "9.10.1956 ilâ 4.11.1983 tarihlerini kapsayan dönemde oluşan mağduriyetlerin giderilmesi amacıyla getirilen ve malikler aleyhine birtakım hükümler içeren bu istisnai düzenlemenin 4.11.1983 tarihinden sonraki dönem için de uygulanmasının haklı bir temeli bulunmamak-

Yargıtay 04.11.1983 tarihinden sonra kamulaştırmaz el atılan taşınmazlar için açılan davalarda vekalet ücreti ve harcın nispi olarak belirleneceğine karar vermiştir.¹²¹

Kamulaştırmaz el koyan idare Harçlar Kanunu m. 13/J bendinde yer alan genel bütçeli kuruluşlardan olması halinde idareden harç alınmayacak ve kısmi kabul halinde de karşı taraf lehine reddedilen miktarı geçmemek üzere idare lehine nispi vekalet ücreti takdir edilecektir.¹²²

H. İdarenin Kamulaştırmaz El Koymadan Vazgeçmesi

Kamulaştırma Kanunu 21. maddesinde, idarenin kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebileceği, ancak dava sırasında vazgeçme halinde dava giderleri ile harç, harcanan emek ve işin önemi gözetilerek mahkemece maktu olarak takdir olunacak avukatlık ücretinin idareye yükletileceği düzenlenmiştir.

Kamulaştırma Kanunu'nun 22. maddesinde ise kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra, kamulaştırmanın sonuçlarının ancak belli şartların gerçekleşmesi durumunda iki tarafın yapacağı anlaşma ile ortadan kaldırılabileceği hükmüne yer verilmiştir.

İdarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi ve kamulaştırmanın kesinleşmesi durumunda ise kamulaştırmanın sonuçlarını anlaşarak ortadan kaldırma imkanı kıyasen kamulaştırmaz el koymaya da uygulanır.¹²³

tadır. Anayasa Mahkemesince iptal edilen 2942 sayılı Kanun'un 38. maddesinin doğurduğu ağır mağduriyetlerin bir anda giderilmesinin bütçeye getireceği ölçsüz yük nedeniyle kamu hizmetlerinde meydana gelebilecek aksamalar dikkate alınarak o dönemle sınırlı olarak makul karşılanabilen bu istisnai hükümlerin sonraki dönemlere de uygulanması öngörülerek olağanlaştırılması, hukuk güvenliğini zedelemekte ve Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır."

¹²¹ Y. 5. HD., 24.12.2015 gün ve E: 2015/3391, K: 2015/19151, (Temel, s. 646), "Kamulaştırma Kanunu geçici 6. maddesinin 13. fıkrası Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden ve 04.11.1983 tarihinden sonra doğan kamulaştırmaz el atmalarda nispi vekalet ücreti ve harca hükmedileceğinden, kamulaştırmaz el atma tarihinin taraflardan sorularak gün, ay, yıl olarak belirlenmesi gerekmektedir."

¹²² Temel, s. 645.

¹²³ Salih Şahin, Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma: İdarenin Özel

Kamulaştırmasız el koyma haksız bir fiil olduğundan bu haksız fiilin bütün unsurlarıyla ortadan kaldırılması gerekliliği nedeniyle bedel davası veya müdahalenin men'î davası kesinleşmeden önce, idare haksız fiilin sonuçlarını ortadan kaldırırsa, örneğin özel mülkiyetteki taşınmazdan yol geçirerek sonradan bu yolu ortadan kaldırırsa ve el koymayı sonlandırırca açılan bu davalar konusuz kalacaktır. Bu durumda hakim HMK. m. 331 gereğince; davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmedecektir.¹²⁴

Yargıtay da bir kararında; imar planında kısmen yol ve kısmen konut alanında kalan taşınmazın, taşınmaza yol yapılmak suretiyle kısmen el konulduğuna, yargılama aşamasında ise fiilen el konulmaya son verilip imar planında yolda kalan bölüme el konulup daha sonra el konulmasından vazgeçilmesinin imar planında değişiklik yapılmadıkça sonuca etkili olmayacağına hükmetmiştir.¹²⁵

SONUÇ

İdarenin hukuka aykırı olarak özel kişilerin taşınmazlarına kalıcı olarak el koyması kamulaştırmasız el koymayı teşkil edecektir. İdarenin bu hukuka aykırı fiili haksız fiil teşkil ettiğinden kişiler TBK hükümlerince idarenin müdahalesinin önlenmesi için müdahalenin men'î davası veya taşınmazın dava tarihindeki değerini talep ettiği ve Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. maddeden dayanağını alan bedel davasını açabilecektir. Ayrıca taşınmaz maliki, kamulaştırmasız el koyma tarihinden itibaren ecrimisil talebinde de bulunabilecek yani ecri-

Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006. s. 235.

¹²⁴ Yalçınduran, s. 255.

¹²⁵ Y. 5. HD., 07.06.2012 gün ve E: 2012/5656, K: 2012/12075, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.11.2017), "Yapılan incelemede, dava konusu taşınmazın, kısmen yol, kısmen konut alanında kaldığı, davalı Pendik Belediye Başkanlığınca dava konusu taşınmaza yol yapılmak suretiyle kısmen el atıldığı, yargılama aşamasında fiilen el atmaya son verildiği anlaşılmıştır. İmar planında yolda kalan bölüme el atılıp, daha sonra el atmadan vazgeçilmesi, imar planında değişiklik yapılmadıkça sonuca etkili değildir. Bu nedenle dosyada mevcut fen bilirkişi tarafından düzenlenen 14.02.2011 tarihli krokide b1 ile gösterilen 21 m²'lik kısmın bedeline hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davalı Pendik Belediye Başkanlığınca dava konusu taşınmaza el atmaya son verildiğinden bahisle karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm kurulması doğru görülmemiştir."

misil davası açabilecektir. Nitekim arazinin zarara uğratılması halinde de malik idareden ayrıca zararının tazminini talep edebilecektir.

Kamulaştırmasız el koyma halinde idarenin hukuka aykırı bir harekette bulunduğu ve bundan dolayı açılan davanın da, Medeni Kanun hükümlerine giren müdahalenin men'i veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davası olduğu ve bu bakımdan adli yargının görevli olduğu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla düzenlenmiştir.

İdarenin ağır hukuka aykırı davranışı, özel kişinin mülkiyet hakkına tecavüzünü teşkil eden kamulaştırmasız el koymaya karşı başvurulabilecek hukuki yolların tümünün Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenmesi ve bu fiili yol teşkil eden idarenin eylemine karşı taleplerin yasal zemine oturtulması amacıyla kanuni düzenlemeler yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca kamulaştırmasız el koyma halinde idareyi caydırıcı ve sorumlularının ağır yaptırımlara tabi tutulacağına hükmeden bir yasal düzenlenmenin yapılmasıyla, idarenin yapmış olduğu bu ağır mülkiyet hakkı ihlali sebebiyle kamunun uğramış olduğu zarar da azaltılmış olacaktır.

Son olarak da uzun süre programa alınmayan imar planları sebebiyle mülkiyet hakkı kısıtlanan taşınmazlara hukuki el koyma olarak tabir edilen el atmanın gündeme geleceği belirtilmektedir. Yukarıda bu kavramın kullanımının yol açabileceği sıkıntılara da değinmiştik. Öncelikle mülkiyet hakkının kanunla sınırlandırıldığı ve idarenin hukuka uygun olarak kişilerin mülkiyet hakkına müdahale ettiği Düzenleme Ortaklık Payı kavramı kapsamında ifade edilen hukuka uygun el koyma ile hukuki el koyma olarak tabir edilen kavramın karıştırılabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca el koyma fiili bir durumu belirtmektedir. Bu sebeple de haksız ve hukuka aykırı nitelikte ve taşınmazın tasarrufunu kısıtlamaya yönelik olan bu idari işlemin, sadece hukuki bir işlem olduğu gerekçesiyle hukuki el koyma olarak nitelendirilmesini doğru bulmamaktayız. Bu kavram yerine mülkiyet hakkının Kamulaştırma Kanunu'nun Ek 1. maddesine istinaden kısıtlanması yahut daha sade olarak hukuki işlemle kamulaştırmaksızın mülkiyetin kısıtlanması kavramlarını kullanmamızın daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Nitekim hukuki işlemle mülkiyetin kısıtlanması, sonucu itibariyle fiilen idarenin kamulaştırmasız el koyması ile aynı

olsa da, yani mülkiyet hakkının ihlalini teşkil etse de, hukuki işlemle mülkiyetin kısıtlanmasına ilişkin uyuşmazlıklar idari yargıda, kamulaştırmamız el koymaya ilişkin uyuşmazlıklar ise adli yargıda çözümlenmektedir. Bunun sonucu olarak da kamulaştırmamız el koyma hallerinde, adli yargıda bedel davası yahut müdahalenin men'i davası açılabilirken; hukuki işlemle mülkiyetin kısıtlanmasında ise idari yargıda tam yargı davası açılabilmekte ve adli yargıda olduğu gibi müdahalenin men'i talep edilememektedir.

Kaynakça

- Arslanoğlu Mehmet, "Acele Kamulaştırma", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2013 C. 19, S.3, s. 205 vd..
- Böke Veli, Kamulaştırmamız El Atma Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Düzceer Ali Rıza, Ecrimisil Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Er Refik, "Kamulaştırmamız El Atmadan Doğan Davalar", *Adalet Dergisi*, Yıl: 1979, C. 70, S.3-4, s. 284.
- Ercan Aslantaş Gül Filiz/Şimşek Özlem/Berberoğlu Ahmet, İmar Hukukunda Arazi ve Arsa Düzenlemesi (Parselasyon), Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Giritlioğlu Necla, Müdahalenin Men'i (El Atmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul Üniversitesi Doçentlik Tezi, İstanbul 1984.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2013.
- Günday Metin, İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.
- İlgezdi Ali Rıza, Hukuki El Atma (Kamulaştırmamız El Atmada Yeni Dönem), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Kalabalık Halil, İmar Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Kaplan Gürsel, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmamız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul Ve Esaslar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2012, S.99, s. 125-151.
- Karakoç Yusuf, "Ecrimisil Alacaklarında Zamanaşımı", *Mali Hukuk Dergisi*, Yıl: 1994, Kasım-Aralık, S.54, s.14-24.
- Koçak Hüseyin/Beyaz Metin, İmar Uygulamaları, Ankara 2006.
- Kutlu Gürsel Meltem, Kamulaştırma Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Özdemir Saibe Oktay, Eşya Hukuku, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.
- Özkaya Eraslan, Açıklamalı İctihatlı El Atmanın Önlenmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Pascal Blaise, Blaise Pascal Thoughts: Selected and Translated, Pensées adlı eserden

- çeviren ve derleyen Moritz Kaufmann, Reissue Edition, Cambridge University Press, June 2013.
- Sancakdar Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Şahinöz Salih, Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmazsız El Koyma: İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Temel Cemil, Açıklamalı-İçtihatlı (Dilekçe ve Karar Örneklı) Kamulaştırma ve Kamulaştırmazsız El Atmadan Doğan Davalar, Bilge Yayınevi, Ankara 2016.
- Tutal Erhan, “Kamulaştırmazsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Haziran 2016, S. 7, s. 1107-1132.
- Ulusoy Yasin, Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmazsız El Atma, Nobel Yayınları, Ankara 2004.
- Yalçınduran Türker, 5999, 6111 ve 6487 sayılı Kanunlarla Yapılan Düzenlemelere ve Bu Düzenlemelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre: Kamulaştırmazsız El Koyma, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Yavuz Nihat, “Ecrimisil Davalarının Uygulamada Duraksama Yaratan Bazı Sorunları”, *Yargıtay Dergisi*, Yıl:1991, S. 1-2, s. 37-67, (Erişim Adresi: <http://www.yargitay-dergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1991.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2017).
- Yavuz Nihat, “Kamulaştırmazsız El Atma Davalarında Yargıtay Uygulamasından İlginç Örnekler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 1983, S.2, s. 42-62, (Erişim Adresi: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1983-2/3.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2017).
- Yiğit Birgül, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Adli Yargı Boyutu ile Kamulaştırmazsız El Atma Kavramı”, (Ankara 2013), (Erişim Adresi: <http://www.uyuşmazlik.gov.tr/galeri/sempozyum2/birgulyigit.pdf>, Erişim Tarihi: 07.12.2016).

VERGİ KAÇAKLIĞI SUÇUNDA İŞTİRAK

PARTICIPATE OF TAX EVASION OFFENSES

Emre Burak ONAT*

Özet: Suçun özel görünüş şekillerinden biri olan iştirak müessesesinin, vergi kaçaklığı suçundaki görünümü çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Vergi kaçaklığı suçunun iştirak halinde, diğer bir ifade ile birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Kitabı'nda yer alan 37 ila 41. maddelerine bakılması gerekecektir. Bu maddelere göre kaçaklık suçunda iştirak hali tespit edilecek ve sonrasında iştirakçinin menfaati bulunmuyor ise Vergi Usul Kanunu'nun 360. maddesine göre cezadan indirim yapılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Vergi Kaçaklığı Suçu, Suça İştirak, Müşterek Fail, Azmettirme, Yardım Etme, Cezadan İndirim, Vergi Kanununa Muhalefet, Vergi Ceza Hukuku

Abstract: Participation to the offense of tax evasion which is one of the special appearance forms of the offense constitutes the subject of our study. In case that the offense of tax evasion is committed with participation, in other words by more than one person, it will be necessary to consider the articles 37 to 41 of the First Book titled "General Provisions" of the Turkish Penal Code. According to these articles, the participation status in the offense of evasion is determined and after that, penalty will be mitigated pursuant to article 360 of the Tax Procedure Code if there is no interest of the participator.

Keywords: Tax Evasion Offence, Participation to Offense (Complicity), Aiding, Abetment, Accomplice, Abating of Penalty, Violation of the Tax Procedural Code, Tax Criminal Law

GİRİŞ

Vergi suçlarından biri olan kaçaklık suçu Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 359. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede vergi kaçaklığı suçunu oluşturan fiiller sayılmış ve ihlallerin ağırlıklarına göre değişik hapis cezaları öngörülmüştür.

Vergi Usul Kanunu'nda özel olarak düzenlenen bu suçun iştirak müessesesi karşısındaki durumu ise bu çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

* Avukat

Ceza hukuku kavramı olan iştirak, suçun özel görünüm şekillerindedir. Suçun birden fazla kişi ile işlenmesi halinde iştirak müessesesi devreye girecektir. Diğer bir ifade ile çalışmamızda, vergi kaçakçılığı suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde, bu kişilerin durumu ve ortaya çıkabilecek sonuçlar irdelenmiştir.

Çalışmamızda öncelikle, vergi kaçakçılığı suçunda iştirake ilişkin Vergi Usul Kanunu'ndaki düzenlemeye ve Türk Ceza Kanunu'ndaki iştirak müessesine ilişkin hükümlere genel olarak değinilmiştir. Sonrasında ise iştirak müessesesi, ceza hukuku kapsamında açıklanmış ve devamında; müşterek faillik, azmettirme, yardım etme şeklindeki iştirak türlerinin vergi kaçaklığı suçundaki görünümü üzerinde durulmuştur. Son olarak ise vergi kaçakçılığı suçuna iştirak halinde ceza indirimi öngören VUK'un 360. maddesinin şartları detaylı şekilde ele alınmıştır.

I. GENEL OLARAK

Vergi kaçakçılık suçuna iştirak, soyut olarak bir kişi tarafından işlenebilen VUK'un 359. maddesinde sayılı fiillerin, iştirak iradesine sahip birden çok kişi tarafından yapılan ve aralarında nedensel bağlantı bulunan birden çok hareketin varlığıyla işlenmesi olarak tanımlanmıştır.¹

Kaçakçılık suçunda iştirake ilişkin hüküm VUK'un 360. maddesinde yer almaktadır. Maddenin yapısı 2008 yılında, 5728 sayılı Kanun ile önemli şekilde değiştirilmiştir.² Zira mülga 360. madde ile uyumlu olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) yürürlükten kaldırılmış ve 5237 sayılı TCK 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. VUK'un 360. maddesinin 2008 yılında değiştirilmesi ile 5237 sayılı yeni TCK ile uyum sağlanmıştır.³

¹ Fulya Mercimek/Adnan Gerçek, "Vergi Kaçakçılık Suçuna İştirak ve Cezai Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Ankara 2013, S. 14, s. 200.

² 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlara ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de (RG) yayımlanmış ve Kanun'un 277. maddesi ile VUK'un 360. maddesi değiştirilmiştir.

³ 765 sayılı TCK'nın 64. maddesinde "asli maddi iştirak" ile "asli manevi iştirak" halleri ve 65. maddede ise "fer'i iştirak" halleri düzenlenmiştir. VUK'un mülga 360. maddesi de 22.07.1998 tarihli ve 4369 s. Kanun ile TCK'nın ilgili maddelerine paralel hale getirilmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle

5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce VUK'un **mülga 360. maddesinin başlığı** "İştirak" olup vergi kaçaklığı suçuna iştirak edilmesi halinde verilecek ceza, ilgili maddede düzenlenmiş idi.

5728 sayılı Kanun ile VUK'un 360. maddesinin başlığı "Cezadan İndirim" olarak değiştirilmiş ve vergi kaçaklığına iştirak edene, belli şartların varlığı halinde uygulanacak ceza indirimi düzenlenmiştir. Maddenin değişiklikten önceki ve sonraki hali aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Tablo 1: VUK'un 360. maddesinin 08.02.2008 tarihinden önceki ve sonraki hali.	
VUK MÜLGA 360. MADDE	VUK MEVCUT 360. MADDE
İştirak	Cezadan İndirim
<p><i>Birden fazla kişi 359. maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri bundan ayrı ayrı maddi menfaat gözetmek şartıyla o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır. Söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezalar hükümlenir.</i></p> <p><i>Bu fiillere maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere fiile mahsus cezanın dörtte bir hükümlenir.</i></p>	<p><i>359. maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanunu'nun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir.</i></p>

Mülga 360. maddede, 765 sayılı mülga TCK'da benimsenen "asli iştirak", "fer'i iştirak" ayırımına uygun olarak; asli maddi, asli manevi ve fer'i maddi olmak üzere üç tür iştirak bulunduğu görülmektedir.⁴ Ancak VUK'un **mülga 360. maddesinde**, 765 sayılı Mülga Kanun'un 64 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiş bulunan **iştirak uygulamasından farklı bir düzenlemeye gidilmiştir**. Buna göre, vergi kaçaklığı fiillerine iştirak halinde, 765 sayılı TCK hükümlerinden farklı olarak, iştirak edene verilecek ceza bakımından maddi menfaat gözetip, gözetmemesine göre ikili bir ayırım yapılmıştır.⁵

VUK'un mülga 360. maddesi TCK ile uyumsuz hale düşmüş ve değiştirilme gerekliliği doğmuştur. Bakınız (Bkz.) 5278 sayılı Kanun gerekçesi.

⁴ Şükrü Kızılot/Zuhal Kızılot, Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Yaklaşım, Ankara 2009, s. 593.

⁵ VUK'un Mülga 360. maddesindeki maddi menfaat gözetme ayırımı, 4369 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle getirilmiştir. Söz konusu Kanun 29.7.1998 tarihli ve

Mülga Ceza Kanunu'nda iştirak konusunda, şeriklerin menfaat gözetmeleri veya menfaatin şeriklerden birine veya hepsine ait olup olmaması hususunda bir ayırım yapılmamışken; Vergi Usul Kanunu'nun Mülga 60. maddesinde menfaat unsuruna önem verilerek, asli maddi **şeriklerin, kaçakçılık fiiline mahsus ceza ile cezalandırılabilmesi** için her birinin ayrı bir maddi menfaat gözetmesi şartı koşulmuştur.⁶ Müsterek faillik (asli iştirak) nedeniyle suçu irtikap eden veya beraber gerçekleştiren kişilerin fiile mahsus ceza ile cezalandırılmaları için "menfaat gözetme şartı" aranmıştır.⁷ Buna göre, bir hareketin asli maddi iştirak olarak değerlendirilmesi için, "fiile katılım veya fiili birlikte işleme", "katılma iradesi" ve ek olarak "maddi menfaat gözetme" şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.⁸

Mevcut düzenleme ile 2008 öncesi düzenleme karşılaştırıldığında, mülga 360. maddedeki "asli maddi iştirak" kavramı, mevcut düzenlemede "müsterek faillik" olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak mülga düzenlemeden farklı olarak, "asli maddi iştirak" için aranan "maddi menfaat gözetme" şartı maddenin mevcut şeklinde aranmamıştır.⁹

Asli manevi iştirak, vergi kaçaklığı suçunu işleme niyeti olmayan bir kimseyi suç işlemeye azmettirmektir. Azmettiren için maddi menfaat gözetip gözetmemesi açısından bir fark getirilmemiştir.

Fer'i maddi iştirakte, suç işleyen bir kişinin icrasının maddi fiillerle kolaylaştırılması söz konusudur. Maddi menfaat gözetilmemesi halinde iştirak eden, "yardım eden (fer'i iştirak)" olarak değerlendirilerek suç için öngörülen cezanın dörtte biri ile cezalandırılacaktır. Suç fiilleri başkası tarafından işlenmeli, yardım maddi hareketlerle bilerek ve isteyerek yapılmalı ve maddi çıkar gözetilmemelidir.¹⁰

765 sayılı Kanun'da, genel kanun-özel kanun ilişkisi, "ceza kanunu-

23417 sayılı RG'de yayımlanmış ve ilgili 15. madde, Kanun'un 86-c maddesi gereğince 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶ Adnan Çavuş, "Vergi Kaçaklığı Suçuna İştirak", *Yaklaşım Dergisi*, Ankara 2000 Haziran, S: 90, <http://www.yaklasim.com>, s.e.t. 25.01.2018.

⁷ Engin Akın, "Türk Ceza Kanunu'na Uyum Çalışmaları Bağlamında Vergi Suçlarında Yapılacak Değişiklik Çalışmaları", *Yaklaşım Dergisi*, Ankara 2006 Kasım, S. 167, <http://www.yaklasim.com>, son erişim tarihi (s.e.t.) 25.01.2018.

⁸ Kızılot/Kızılot, s. 593.

⁹ Kızılot/Kızılot, s. 595.

¹⁰ Kızılot/Kızılot, s. 594; Mercimek / Gerçek, s. 213.

na aykırı olmayan özel kanun hükümlerinin uygulanacağı” şeklinde düzenlenmiştir (765 s. K. madde 10). Buna göre, VUK’taki vergi kaçakçılığı suçunda iştirake dair hükümlerden Türk Ceza Kanunu’na aykırı olmayanlar uygulanmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki **iştirak müessesesi ile Vergi Usul Kanunu’nun mülga 360. maddesindeki iştirak müessesini karşılaştırırsak; Mülga 360. maddenin hükmünün, 765 sayılı TCK’nın iştirake ilişkin hükümlerini madde içinde topladığı görülmektedir.**¹¹

İki kanundaki düzenleme arasındaki temel farklılığın asli-fer’i iştirak ayırımında olduğu görülmektedir. Vergi Usul Kanunu’nda bu ayırım iştirak edenin maddi bir menfaat gözetip gözetmemesine göre yapılmaktadır. Oysa Türk Ceza Kanunu’ndaki ayırım, iştirak edenin fiilindeki yoğunluğa göre yapılmıştır. Bu bağlamda; suç işlemeye teşvik, fiil işlendikten sonra yardım vaadi, suçu işleme kararını takviye, suçun işlenme şekli ile ilgili talimat verme, iş ve vasıta tedariki halleri fer’i iştiraktır. Bunların cezalarında belli bir indirim öngörülmüştür. Ancak mülga TCK’nın 65. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere; fer’i iştirak hallerinden biri olmadan fiilin işlenmesi mümkün değil ise, bu halde o fer’i şerik indirimden yararlanamayacaktır. Oysa Vergi Usul Kanunu’nda bu tür bir düzenleme yapılmamıştır.¹²

765 sayılı TCK’nın 64. maddesinin birinci fıkrası ile VUK’un mülga 360. maddesinin birinci fıkrasının içeriği, Vergi Usul Kanunu’ndaki maddi menfaat şartı dışında, tamamen aynıdır. TCK’nın 64. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesindeki azmettirme ile VUK’un 360. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki azmettirme ile ilgili düzenleme tamamen aynı ise de; Türk Ceza Kanunu’ndaki devam eden madde metninde, eğer fiili işleyen o fiili işlemekte şahsi bir menfaati olursa cezasında indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Oysa Vergi Usul Kanunu’nda benzer bir düzenleme azmettiren açısından yapılmamıştır. VUK’ta, fiili irtikap eden ile doğrudan doğruya beraber işleyenlerin bundan ayrı bir maddi menfaat gözetmemiş olmaları halinde cezalarında indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Buna benzer bir düzenleme azmettirme halinde ise yapılmamıştır.¹³

¹¹ Mehmet Taştan, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ankara 2015, 2. Baskı, s. 115.

¹² Çavuş, s.e.t. 25.01.2018; Taştan s. 115.

¹³ Çavuş, s.e.t. 25.01.2018.

Görüldüğü üzere, 360. maddenin 5728 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmeden önceki hali, vergi suçlarında kendine özgü bir yöntem belirlemiştir. Buna göre, kaçakçılık suçuna alı maddi şerik olarak katılan kişi icra hareketleriyle bunu yapabileceği gibi (fili irtikap eden), icra hareketlerinin dışında kalarak ve suçun işlenmesinde ciddi rol oynayarak da (doğrudan doğruya beraber işleyen) bu suçun aslı faili gibi cezalandırılabilir ve o fiil için kanunda tanımlı cezaya tabi olabilmekteydi. Ceza hukukuna uygun olarak, kişiyi kaçakçılık yapmaya azmettirenler de yine kanunun o fiil için **öngördüğü** cezayla cezalandırılmaktaydı. Ancak bunun için mutlaka her bir iştirakçinin ayrı ayrı maddi menfaat gözetmiş olması, aksi halde asli maddi **iştirakten** sorumlu olamayacağı düzenlenmekteydi. **Örneğin tüzel kişiliğe haiz bir şirkette, patronun, vergi işlemleriyle ilgili olarak muhasebecinin vergi kayıtlarında tahrifat yapmasını istemesi ve şirket muhasebecisinin bunu** yapması durumunda patron asli manevi iştirakten muhasebeci ise normal ücretinden başka bir şey almadığı takdirde ferî **iştirakten**, normal ücreti dışında bir maddi çıkar sağladığı takdirde ise; o da asli iştirakten (irtikap eden sıfatı ile) yargılanmaktaydı. İkinci fıkraya göre ise **iştirakte maddi bir menfaati olmayanlar için** cezada dörtte uç oranında indirim öngörülmüş, bir nevi "iştirakte menfaatin bulunmaması" kaçakçılık suçuna iştirak bakımından hafifletici sebep olarak düzenlenmişti.¹⁴

Mezkur açıklamalar, VUK madde 360'da yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihi öncesinde işlenen kaçakçılığa iştirak fiilleri için uygulanabilecektir. Değiştirilen maddede ise mülga düzenlemenin aksine "iştirak" müessesesi madde metninde açıklanmamıştır. TCK'nın "Genel Hükümler" kitabında yer alan "suça iştirak" hükümlerine atıf yapılarak 5237 sayılı TCK'nın ruhuna paralel bir düzenleme yapılmıştır.¹⁵ Keza 5237 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre, 765 sayılı Kanun'da yer alan iştirak hükümlerinin yazılış tarzı duraksamalara neden olmuş ve bazı suçlara ilişkin özel iştirak hükümleri anlamsız sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinde özel ceza kanunları ile genel kanun arasındaki ilişki açıklanmıştır. 765 sayılı Kanun'daki, genel ka-

¹⁴ Taştan, s. 115-116.

¹⁵ Taştan, s. 116.

nun-özel kanun ilişkisi, 5237 sayılı Kanun'da genişletilmiş ve önceki kanundan farklı olarak, genel kanundaki esasların, özel kanunlar için de uygulanacağı belirtilmiştir.¹⁶ 5237 sayılı Kanun'un ilgili 5. maddesi, "bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" şeklindedir. Bu maddenin amacı; özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmesinin önüne geçilmesidir. Böylece ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamalar ve temel ilkelerin dolanılması engellenmiştir. Ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemeler, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturacaktır¹⁷.

İzah edilen nedenlerle, 5237 sayılı Kanun'un "Genel Hükümler" başlıklı birinci kitabında yer alan iştirak hükümleri, Kanun'un 5. maddesi gereği, VUK'ta düzenlenen vergi kaçakçılığı suçu bakımından da uygulanacaktır.

Bu suretle, vergi kaçakçılığı suçuna iştirak koşulları ve cezası, TCK'nın 37. ila 41. maddelerine göre belirlenecektir.¹⁸ Sonrasında VUK'un 360. maddesindeki özel hüküm(suçun işlenmesinde menfaatin bulunmaması halinde TCK'ya verilecek cezanın yarısının indirileceği) göz önünde tutulacak ve iştirakte menfaat gözetilmediğinde, cezada indirim yapılacaktır.¹⁹

¹⁶ Bkz. 5237 sayılı Kanun'un genel gerekçesi.

¹⁷ Bkz. 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin gerekçesi.

¹⁸ Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, Turhan, Ankara 2014, 23. Baskı, s. 215; Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin, Ankara 2016, s. 107; İbrahim Nihat Bayar, Vergi Kaçakçılığı, Mali Akademi, Ankara 2013, s. 134; Mercimek/Gerçek, s. 201; Mehmet Batun, "Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür", *Yaklaşım Dergisi*, Ankara 2010 Ekim, S. 213, <http://www.yaklasim.com>, s.e.t. 25.01.2018; Ömer Gören, "Vergi Ceza Hukukunda İştirak", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2013, S. 2013/2, s. 364; Bkz. 5278 sayılı Kanun gerekçesi.

¹⁹ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin, Bursa 2016, 9. Baskı, s. 439.

Ayrıca, VUK'un 360. maddesinde öngörülen indirim yalnızca VUK'un 359. maddesindeki fiiller için geçerli olup diğer vergi suçları açısından bu özel iştirak hükmü uygulanmayacaktır.²⁰

Son olarak belirtmek gerekir ki; sahte fatura düzeltilmek, sahte fatura kullanmak, muhteviyatı itibariyle sahte belge düzenlemek veya kullanmak gibi vergi kaçakçılığı suçları birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olduğundan, sahte fatura kullananın, sahte fatura düzenleyene, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenine yine muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanana iştiraki mümkün değildir.²¹

İştirakin varlığı ve türleri TCK'ya göre belirleneceğinden, vergi kaçaklığı suçunda iştirakin anlaşılabilmesi için ceza hukukunda iştirak kavramı ve türlerinin irdelenmesi gerekmektedir.

II. CEZA HUKUKUNDA İŞTİRAK KAVRAMI VE TÜRLERİ

İştirak, bir tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden çok kişi ile bir işbirliği içinde işlenmesidir.²² Tanımdan da anlaşılacağı üzere iştirak için ilk koşul, o suç için kanunun öngördüğü kişiden daha fazla kişiyle suçun işlenmesidir. Örneğin tek fail tarafından işlenebilen bir suç, en az iki kişi tarafından gerçekleştirilmelidir.²³

TCK'nın 40/3. maddesine göre, iştiraktan bahsedebilmek için suçun işlenmesi veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, tahrik veya suç işleme konusunda anlaşma yapılması gibi hallerde, suçun icrasına başlanmadığından iştiraktan söz edilmesi mümkün değildir.²⁴

Kişinin, suça iştirak etmiş sayılması için gerek maddi katılmada gerekse manevi katılmada katılanın, suçun gerçekleşmesinin olmazsa olmaz şartını gerçekleştirmesi aranmamakta; suçun işlenmesini des-

²⁰ Mercimek/Gerçek, s. 214; Şenyüz, s. 440-441; Karakoç, s. 108; Taştan, s. 117.

²¹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T:21.04.2008, E:2008/110, K:2008/3537 sayılı kararı: "sanığın sahte faturaları kullandığının belirtilmesi ve sahte fatura düzenlemek ile kullanmak suçlarının ayrı suçlar olup kullananın düzenleyene iştirakinin mümkün olmayacağı karşısında..."; Taştan, s. 118;

²² Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, Ankara 2013, 16. Baskı, s. 493; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara 2007, 10. Baskı, s. 272.

²³ Toroslu, s. 281.

²⁴ İstisnalar için bkz. TCK m. 214 ve m. 316.

teklemesi, kolaylaştırması, daha muhtemel hale getirmesi yeterli olmaktadır.²⁵

Suçun işlenmesinden sonra sağlanan yardım, iştirak olarak değerlendirilmeyecek ancak öncesinde bunun vaat edilmiş olması, iştirak fiilini oluşturacaktır.

İştirak için bulunması gereken manevi unsur, bir suçun gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesi, diğer ortakların yaptıkları, yapmakta oldukları ve yapacakları davranışların bilinci, kendi davranışı ile suçun gerçekleşmesine diğerleriyle birlikte katkıda bulunmak bilinci ve iradesidir. Birlikte faaliyette bulunma bilinci ve iradesine sahip olmayan kişi, şartları oluşmuş ise tek faili suçtan sorumlu olacaktır.²⁶

Ayrıca TCK'nın 40. maddesi, iştiraktan söz edebilmek için fail tarafından kasıtlı ve hukuka aykırı olarak bir fiilin gerçekleştirilmesini zorunlu tutmuştur.²⁷ Ancak iştirak edenler cezalandırılırken failin cezalandırılabilir olması aranmamıştır.²⁸ Bu nedenle, "cezalandırılabilirlik" değerlendirilirken fail ve iştirak eden ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Suçta iştirak, faillik ve şerikliği kapsayan üst bir kavramdır. Faillik, suçun; doğrudan, dolaylı veya müştereken işlenmesidir. Şeriklik ise "azmettirme" ve "yardım etme"yi kapsamaktadır.²⁹

A. FAİLLİK

Fail, suçun icrasını şekillendiren, anahtar rol oynayan, planlı şekilde yöneten veya yön veren yani suçun oluşum sürecine hâkim olan

²⁵ Toroslu, s. 288.

²⁶ Toroslu, s. 292.

²⁷ Hakeri, s. 494.

²⁸ Toroslu, s. 279.

²⁹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2011, 4. Baskı, s. 360. Hakeri tarafından azmettirme kavramı asli iştirak başlığı altında incelenmiş ve azmettirenin asli fail olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Hakeri, s. 533. Ancak Yargıtay azmettirmeyi şeriklik içinde değerlendirmektedir. Bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T:15.02.2018, E:2017/3156, K:2018/382: "TCK'da suçta iştirakte, faillik ve şeriklik ayrımı öngörülmemiş, azmettirme ve yardım etme şeriklik kavramı içinde değerlendirilmiştir."; Yargıtay 8. Ceza Dairesi, T:20.11.2017, E:2016/12565, K:2017/12892: "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.09.2015 tarih ve 2013/1-823 esas ve 2015/278 karar sayılı kararı ile birçok kararında belirtildiği üzere; '5237 sayılı Türk Ceza Kanun'unda 765 sayılı Kanun'daki Asli İştirak-Feri İştirak ayrımı terk edilerek suçta iştirakte faillik ve şeriklik ayrımı ön görülmüş, azmettirme yardım etme şeriklik kavramı içinde değerlendirilmiştir.'"

kişi(ler)dir.³⁰ Faillik; doğrudan faillik, müşterek faillik ve dolayısıyla (dolaylı) faillik olmak üzere 3 türdür.

Doğrudan (müstakil) faillik, kanunda tanımlanan haksızlığın kişinin davranışlarıyla tek başına gerçekleştirmesi, suçun tüm unsurlarının tek başına gerçekleştirilmesidir.³¹

Müşterek faillik, birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları halinde ortaya çıkan iştirak şeklidir. Müşterek faillik için “*fülin birlikte icrasına gerçekleştirilen katkı*” ve “*birlikte suç işleme kararı*” unsurları birlikte bulunmalıdır.³²

Dolayısıyla faillik ise isnat edilebilme yeteneği olmayan, cezalandırılmayan veya kusurlu sayılmayan bir insanı, bir suçu işlemek için maddi bir araç gibi kullanmaktır. Örneğin küçüğü ve akıl hastasını suça azmettiren veya bir kişiyi maddi manevi cebirle bir suçu işlemeye zorlayan kişi dolayısıyla faildir.³³ TCK'nın 37/2. maddesinde bu durum açıkça belirtilmiş ve suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması, dolayısıyla fail için ağırlaştırıcı neden olarak sayılmıştır. Bahsedilen durumlarda, suça iştirak değil, dolayısıyla faillik durumu söz konusu olacak ve kişi, şerik olarak değil, fail olarak sorumlu tutulacaktır.

B. ŞERİKLİK

Kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişiler fail; suça katkı sağlayan, fakat gerçekleştirdiği davranışı faillik oluşturmayan kişiler ise şerik olarak kabul edilmektedirler.³⁴ Suçun işlenişine iştirak etmekle birlikte, suça olan katkısı ile tipiklikte yer alan fiil üzerinde hâkimiyet kurmamış kişilere şerik denilmektedir.³⁵ TCK'da şeriklik halleri “azmettirme” (m. 38) ve “yardım etme” (m. 39) olarak düzenlenmiştir

³⁰ Koca/Üzülmez, s. 361.

³¹ Koca/Üzülmez, s. 362.

³² Koca/Üzülmez, s. 363.

³³ Toroslu s. 281.

³⁴ Ömer Çelen, “Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrıımı)”, Doktora Tezi (yayımlanmamış), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2015, s. 67.

³⁵ Koca/Üzülmez, s. 444.

Azmettirme, bir manevi iştirak türü olup belli bir suç işleme hususunda henüz bir düşüncesi olmayan kişide, bir başkası tarafından suç işleme kararının oluşmasının sağlanmasıdır.³⁶ Ancak bir başkasında suç fikrinin doğmasına neden olan her davranış, azmettirme olarak nitelendirilemez. Azmettirmenin varlığı için gerçekleştirilen davranışın, azmettirilenin iradesi üzerinde kesin etkili olması gerekir.³⁷ Bu nedenle, belli bir ikna boyutuna ulaşmayan tavsiye, telkin veya rica şeklindeki davranışlar azmettirmeden dolayı sorumluluk doğurmayacaktır. Azmettirmenin kabulü için, azmettirilenin icra hareketlerine başlamasını sağlamaya yönelik yoğun bir faaliyet gereklidir. İştirakte bağlılık kuralı gereğince bir başkasında suç işleme düşüncesinin oluşturulması yeterli değildir. Fail, en azından tipik ve hukuka aykırı olan fiilin icrasına başlamış olmalıdır.³⁸

Azmettirme ile dolayısıyla faillik ayrımında, “*füli hâkimiyet*” prensibine bakılmalıdır. Arkadaki kişi, fiilin icrası sırasında üstün konumdaysa, olayları başından sonuna kadar kontrolünde tutuyorsa dolaylı faildir. Azmettiren kişi ise suç işleme iradesini böyle bir iradesi olmayan kişiye intikal ettirmekte ancak suçun işlenmesi sırasında olaylara hâkimiyeti bulunmamaktadır.³⁹

Asli iştirakin dışında kalan fakat suçun meydana gelmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan hareketler ise yardım etmeyi ifade etmektedir. Burada fiil üzerinde hâkimiyet kurulmamakta, sadece suçun icrası kolaylaştırılmaktadır. Yardım edenin hareketi, asli faillere nazaran suçu yaratıcı, yapıcı nitelik taşımaz; sadece destekleyici, hazırlayıcı, kolaylaştırıcıdır. Yardım etme, maddi ve manevi yardım şeklinde olabilir.⁴⁰

TCK'nın 39. maddesinde yardım şekilleri sayma suretiyle belirlenmiştir. Buna göre “suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını

³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T:11.06.2013, E:2013/1-107, K:2013/288 (www.kazanci.com).

³⁷ YCGK, T:12.11.2002, E:2002/6-231, K:2002/381: “Azmettirmede temel öge, azmettirenin azmettirilenin iradesi üzerinde suç işleme hususunda icra eylediği kesin etkidir. Azmettiren, başkasını bir suç işlemeye karar verdiren kişidir. Hâlbuki sanık Hacı Y.'nin, diğer sanığa söylediği sözler bir ricadan ibaret olup, iradesini suç işlemek için kesin olarak etkileyecek nicelik ve yeterlilikte değildir.”

³⁸ Çelen, s. 69.

³⁹ Koca/Üzülmez, s. 369.

⁴⁰ Hakeri, s. 480.

kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ya da suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak" şeklindeki katkılar yardım etmeden dolayı sorumluluğa yol açacaklardır. Yardım etmeden sorumlu tutulabilmek için sağlanan katkıların, suç ve cezada kanunilik ilkesi gereği TCK m. 39'da sayılan fiillerden birini oluşturması gerekir.⁴¹ Kanunda yardım edenlere, faile oranla daha az ceza verilmesini öngörülmüştür.

III. İŞTİRAK TÜRLERİNİN VERGİ KAÇAKLIĞI SUÇUNDA GÖRÜNÜMÜ

İştirak, suçun kararlaştırılması veya gerçekleştirilmesi aşamasında söz konusu olabilir. Kararlaştırma aşamasında, kararın doğmasını sağlamak veya kuvvetlendirmek; gerçekleştirme aşamasında ise suçun işlenmesi için gerekli hareketleri kısmen veya tamamen yapmak veya yapanlara yardım etmek yahut yapılmasını kolaylaştırmak şeklinde olmaktadır. Söz konusu hareketlere göre farklı iştirak türleri belirlenmiştir.⁴² İştirak edenlerin, suçun işlenmesindeki katkılarına göre farklı ağırlıkta cezalandırılması benimsenmiştir.⁴³

A. FAİLLİK

TCK'nın 37/1. maddesinde müşterek faillik düzenlenmiş ve *suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birinin fail olarak sorumlu olacağı* belirtilmiştir. Suç sayılan fiilin tamamlanması veya tamamlanamaması faillerden herhangi birinin fiilinin mevcudiyeti ile olabiliyor veya bu failin fiilinin olmaması ile de oluşmuyor ise suça iştirak anlamında müşterek faillik tamamlanmaktadır.⁴⁴ Ayrıca maddenin gerekçesine göre, "*fiili birlikte gerçekleştirme*" unsurunun saptanmasında, suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulacaktır. Bu suretle, suçu oluşturan tipik fiili gerçekleştirmemekle birlikte, tipik fiili gerçekle-

⁴¹ Çelen, s. 70.

⁴² Toroslu, s. 273.

⁴³ Toroslu, s. 280.

⁴⁴ Gören, s. 362.

tiren failin davranışıyla hem zaman olan fiilin işlenmesi yönünden önem taşıyan davranışları gerçekleştiren kimse müşterek faildir.⁴⁵ Ancak suçun işlenişine katkının her zaman hem zamanlı olması gerekmemektedir.⁴⁶

Vergi kaçaklığı suçunda da müşterek faillik için TCK'nın 37. maddesine bakılması gerekmektedir. Buna göre, VUK'un 359. maddesindeki fiili birlikte gerçekleştiren, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kuran, suçun icrasında doğrudan doğruya hareketi yapan kimseler fail olarak sorumlu tutulacaktır. Örneğin, VUK'un 359/c maddesinde, Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananların iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu suçun işlenmesinde, tasarımı yapan ve pozlamayı gerçekleştiren kişi ile siparişi alarak bu belgeyi basan kişi müşterek fail olarak vergi kaçaklığı suçundan sorumlu olacaklardır.⁴⁷ Zira bu kişiler suçu oluşturan fiili birlikte ve işbölümüne dayalı olarak gerçekleştirmiş olan ve suçun icrasında doğrudan hareketi yapan kimselerdir.

Müşterek faillik için VUK madde 359'da tanımlanan suçu doğuran fiilin birlikte ve işbölümüne dayalı olarak icra edilmesi (objektif unsur) ve birlikte vergi kaçakçılık suçunu işleme kararının olması (sübjektif unsur) gerekmektedir.⁴⁸

Vergi kaçaklığı fiiline iştirak eden kişinin, illa vergi mükellefi veya sorumlusu olması gerekmemektedir.⁴⁹ Vergi suçunu herhangi bir kişi işleyebilir.⁵⁰ **Örneğin**, defter ve belgelerin gizlenmesi suçunu mirasçıların veya sahte belge düzenleme suçunu işletmede çalışan birinin işlemesi söz konusudur.⁵¹ Bu halde, vergi kaçaklığı "*özgü suç*" olmadığından bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler sadece azmettiren veya yardım eden değil, müşterek fail olarak da sorumlu olabilecektir.⁵² Diğer bir ifade ile TCK'nın 40/2. maddesinde yer alan "*özgü*

⁴⁵ Toroslu, s. 303.

⁴⁶ Koca/Üzülmez, s. 365.

⁴⁷ Kızılot/Kızılot, s. 596.

⁴⁸ Mercimek/Gerçek, s. 203.

⁴⁹ Çavuş, s.e.t. 25.01.2018.

⁵⁰ Karakoç, s. 146.

⁵¹ Şenyüz, s. 439.

⁵² Mercimek/Gerçek, s. 208.

suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir ve bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” hükmü, bu suç bakımından işlerlik kazanmayacaktır.

TCK'nın 37/2. maddesinde düzenlenen “dolayısıyla faillik” müessesesi, mükellefin tüzel kişi olduğu ve vergi kaçakçılığı suçu işlendiği durumlarda ceza muhatabının belirlenmesinde önem arz etmektedir. VUK'un 333. maddesinde, kaçakçılık suçundan ve bu suça iştirakten cezalandırılacak kişilerin VUK m. 359'daki fiilleri işleyen olduğu belirtilmiştir. Ancak özellikle tüzel kişilerde, 359. maddedeki fiili işleyenler, suç işleme iradesi olmayan çalışan veya yöneticiler olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, dolayısıyla faillikten hareketle, kast (manevi unsur) olmaksızın icra hareketi (maddi unsur) gerçekleştiren bu kişilerin araç olarak kullanıldığı, kaçakçılık fiillerinde manevi unsuru yani suç işleme iradesini taşıyan kişinin fail olduğunun kabulü gerekmektedir. Örneğin, bir şirketin yönetim kurulu üyesinin temin ettiği sahte faturayı, belgenin sahte olduğunu bilmeyen diğer bir yönetim kurulu üyesi veya çalışan kayıtlara geçirebilir. Bu halde, suç işleme iradesi olmayan ancak sahte faturayı kullanma hareketini gerçekleştiren kişi fail veya suça iştirak eden olmayacaktır. Dolayısıyla faillik hükmünü düzenleyen TCK'nın 37/2. maddesi gereği, icra hareketi gerçekleştiren kişiyi araç olarak kullanan yönetici dolaylı fail olacaktır.⁵³

C. AZMETTİRME

Manevi nitelikte iştirak olan azmettirmeyi düzenleyen TCK'nın 38. maddesine göre, “başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır”. Azmettirme, belli bir suç işleme konusunda fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir.⁵⁴ Bu işlemi yapan kişiye “azmettiren” denir. Azmettiren konumundaki iştirakçi suç işlenmesine ilişkin fiillere katılmaz. Azmettiren yaptığı yoğun sayılacak manevi ve psikolojik telkin ve baskılarla suçu işleyen suç işleme niyet boyutu üzerinde etki ederek suçun işlenmesine sebep olur. Örneğin, mali müşavirin, “yanıltıcı belge kullanmak yoluyla mevcut sorunun kolayca çözüleceği” yolundaki telkini

⁵³ Bayar, s. 132; Tahir Erdem, “Vergi Suçlarında Dolaylı Faillik”, *Vergi Sorunları Dergisi*, 2008 Mart, S. 234, <http://vergisorunlari.com.tr>, s.e.t. 25.01.2018.

⁵⁴ TCK m. 138 madde gerekçesi.

sonucu bu yola başvuran mükellef için mali müşavir azmettiren olarak cezalandırılacaktır.⁵⁵

Madde 38'in ikinci ve üçüncü fıkralarında ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerden sayılmıştır. Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuzun kullanılması veya çocukların azmettirilmesi halinde azmettirmenin cezası arttırılacaktır. Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkartılmasını sağlamak ise cezayı hafifletici neden olarak sayılmıştır.

Azmettirmede suçun, azmettiren ile azmettirilen için aynı olması ve belirli bir suç için olması gerekmektedir.⁵⁶

Azmettirmenin varlığı için azmettirilen kişinin bunu idrak edebilmesi yani isnat yeteneği olarak tanımlanan anlama ve isteme yeteneğine sahip olması gerekir. Azmettirilen suçu kendi iradesi ile işlemelidir.⁵⁷

Vergi kaçaklığında azmettirme hali ve cezası TCK'nın 38. maddesine göre belirlenecektir. Buna göre, VUK m. 359'daki fiilleri işlemeyi düşünmeyen bir kimseye bu kararı verdiren kişi, suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Azmettirenin cezai sorumluluğu için fiili irtikâp edenin suçun icra hareketlerine başlamış olması gerekmektedir.⁵⁸

Azmettirenin altsoy ve üstsoy olması veya soybağı aranmaksızın çocuğun azmettirilmesi halinde ceza arttırılacaktır. Ancak yansoy ve diğer hısımlık ilişkileri kapsam dışı bırakıldığından, örneğin kardeşler bakımından, bu artırım uygulanmayacaktır.⁵⁹Bir örnek olarak; çalışanına sahte fatura düzenlettiren ve suça yönelik faaliyete katılan yönetici müşterek fail olacaktır. Ancak çalışanına, sahte fatura düzenlettiren ancak suça yönelik hiçbir faaliyete katılmayan yönetici, azmettiren sıfatı ile sorumlu olacaktır. Bu örnekte çalışan, "*dolayısıyla faillik*"ten farklı olarak, sahte fatura düzenlediğinin bilincindedir. Söz konusu çalışan, yöneticinin oğlu ise hükmolunacak ceza üçte birden yarısına kadar arttırılacaktır.⁶⁰ Yine yangın çıkartmak suretiyle belge yok edil-

⁵⁵ Şenyüz, s. 444-445.

⁵⁶ Hakeri, s. 534.

⁵⁷ Hakeri, s. 538.

⁵⁸ Mercimek/Gerçek, s. 208.

⁵⁹ Kızılot/Kızılot, s. 596.

⁶⁰ Batun, s.e.t. 25.01.2018.

mesinde, yangını çocuğa çıkartan azmettirenin cezası arttırılacaktır. Vergi kaçırılmasına yardım edenin azmettirilmesinde ise azmettiren, yardım eden olarak sorumlu olacaktır.⁶¹

Mevcut düzenleme ve sonuçları ile mülga 360. maddedeki “*asli manevi iştirak*” düzenlemesi paralellik göstermektedir. Ancak mülga maddede artırım ve indirim sebeplerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK’nın 7/2. maddesine göre ise suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanmalıdır. Bu durumda suçun, 2008 öncesinde “*asli manevi iştirak*” (azmettirme) şeklinde işlenmesi ve indirim sebeplerinin bulunması halinde lehe olan kanun hükmü uygulanacak ve fail TCK’nın 38. maddesine göre cezalandırılacaktır. Ancak aynı durumda artırım sebeplerinin bulunması halinde, VUK mülga 360. maddesinde artırım sebepleri düzenlenmediğinden, lehe olan bu maddeye göre faile ceza verilecek ve cezada artırım yapılmayacaktır. Hem indirim hem de artırım sebeplerinin bulunması halinde ise TCK m. 38’e göre ve VUK mülga 360. maddeye göre ceza ayrı ayrı belirlenecek ve hangi durum daha lehe ise o kanun maddesine göre faile ceza verilecektir.

D. YARDIM ETME

Yardım edenin sorumluluğu için en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun varlığı gerekmektedir. Failin kasten hareket etmediği halde de yardım etme mümkündür. Ancak yardım niteliğindeki fiili gerçekleştiren, failin kastının olmadığını biliyor ve bundan faydalanıyor ise yardım eden değil dolaylı fail olacaktır.⁶² Yardımda bulunmanın ise kasten gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.⁶³

TCK’nın 39. maddesinde hüküm altına alınan “yardım etme” halinde, iştirak edilen suçun cezasından daha hafif ceza verilmesi öngörülmüştür. Yardım etmenin, maddi ve manevi nitelikte olması mümkün olup türleri aşağıdaki şekildedir.⁶⁴

⁶¹ Mercimek/Gerçek, s. 208; Hakeri, s. 536.

⁶² Koca/Üzülmez, s. 392.

⁶³ Koca/Üzülmez, s. 395.

⁶⁴ Koca/Üzülmez, s. 392.

- Suç İşlemeye Teşvik Etmek: Suç işlemeyi düşünen ancak henüz bu konuda karar vermemiş olan bir kimseyi karar vermeye ve suçu işlemeye yöneltmektir⁶⁵.
- Suç İşleme Kararını Kuvvetlendirmek: Suç işlemeye karar vermiş olan faili, karar aşamasından icra aşamasına sevk etmek, cesaretlendirmek ve bu konuda etkili olmaktır⁶⁶.
- Fiilin İşlenmesinden Sonra Yardımda Bulunacağını Vaat Etmek: Söz konusu yardım vadinin yerine getirilmesi şart değildir.⁶⁷
- Suçun Nasıl İşleneceği Konusunda Yol Göstermek: Suçun icrasından önce olması gerekmektedir.
- Fiilin İşlenmesinde Kullanılan Araçları Sağlamak: Silah, zehir gibi taşınır olan ve suçun icrasını kolaylaştıran vasıtaların sağlanması halidir.⁶⁸ Bu araçların sağlanması, suçu oluşturan davranıştan önce gerçekleşmelidir. Hem zaman gerçekleşmesi halinde fiili birlikte işleme söz konusu olacaktır.⁶⁹
- Suçun İşlenmesinden Önce veya İşlenmesi Sırasında Yardımda Bulunmak: Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında, suçun işlenmesi bakımından çok önemli olmayan, bir kısım kişisel hizmetlerde bulunmak suretiyle suçun işlenişini kolaylaştırmaktır. Pusuda bekleyen kişiye yiyecek sağlamak bu harekete verilebilecek bir örnektir.⁷⁰ Yapılan yardımın müşterek faillik düzeyine ulaşmaması gerekir.

Faillik ve azmettirme kapsamında olmayan her türlü katkı, yardım etme olarak değerlendirilebilir.⁷¹ Failin aksine yardım edenin, suç tipi üzerinde bizzat hâkimiyeti bulunmamaktadır.

Azmettirme ve yardım etme birlikte olabileceği gibi farklı türlerde yardım etme de birlikte olabilir ancak bir suça sadece bir kez şerik olarak katılabileceğinden, kişiye yalnızca azmettirmeden veya birden çok

⁶⁵ Toroslu, s. 304; Koca/Üzülmez, s. 393.

⁶⁶ Toroslu, s. 304; Koca/Üzülmez, s. 394.

⁶⁷ Toroslu, s. 305; Koca/Üzülmez, s. 394.

⁶⁸ Koca/Üzülmez, s. 393; Toroslu, s. 305.

⁶⁹ Toroslu, s. 305. Aksi görüş için bkz. Koca/Üzülmez, s. 393.

⁷⁰ Toroslu, s. 305.

⁷¹ Koca/Üzülmez, s. 393.

yardım etme halinde yalnızca tek yardım etmeden ceza verilecek, bu durum cezanın tayininde göz önünde bulundurulacaktır.⁷²

Vergi Kaçaklığı suçuna yardım etme şeklinde iştirak hali TCK'nın 39. maddesine göre belirlenecektir. Buna göre, faili VUK m. 359'daki fiilleri işlemeye teşvik eden, suç işleme kararını kuvvetlendiren, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, yol gösteren, kullanılan araçları suçun icrasından önce sağlayan, suçun işlenmesini kolaylaştıran kişiler yardım eden olarak sorumlu olacaklardır.

Vergi kaçaklığı suçuna yardım etme aşağıdaki şekillerde gerçekleşebilir:⁷³

- Suç İşlemeye Teşvik Etmek: Vergi kaçırmayı düşünen birine, vergi incelemesinin zayıf bir ihtimal olduğunu, denetlense bile suçun ortaya çıkmasının çok güç olduğunu, her üç senedir zaten af çıktığını söylemek.
- Suç İşleme Kararını Kuvvetlendirmek: suç işlemeye karar vermiş ancak zamanı konusunda tereddüt içinde olan birine sahte fatura düzenlemenin yerinde olduğunu veya tam zamanı olduğunu söylemek.
- Fiilin İşlenmesinden Sonra Yardımda Bulunacağını Vaat Etmek: muhasebecinin, muhasebe kayıtlarında bir sorun çıkarsa kendisinin yardım edeceğini söylemesi, vergi incelemesine alınması halinde defter ve belgeleri gizleyeceğinin veya yok edeceğinin sözünün verilmesi.
- Suçun Nasıl İşleneceği Konusunda Yol Göstermek: sahte belge düzenlenmesi konusunda icrayı kolaylaştırıcı fikir vermek, belgeler üzerinde nasıl tahrifat yapılacağını açıklamak veya nasıl davranırsa yakalanma olasılığının azalacağı yöntemlerini söylemek.
- Fiilin İşlenmesinde Kullanılan Araçları Sağlamak: Sahte belgeyi basmaya yaracak teçhizatı veya yazılarda tahrifatlar için kimyasallar temin etmek, başka mükelleflerin boş sahte belgelerini temin etmek.
- Suçun İşlenmesinden Önce veya İşlenmesi Sırasında Yardımda

⁷² Koca/Üzülmez, s. 395.

⁷³ Bayar, s. 133; Mercimek/Gerçek, s. 211; Şenyüz, s. 446.

Bulunmak: defter belgeleri yok edecek yangının çıkarılmasına yardım etmek, faili sahte fatura yapan kişilerle tanıştırmak, defter ve belgeleri gizlemek isteyen mükellefe defter ve belgeleri muhafaza edecek yer temin etmek.⁷⁴

Yukarıdaki örneklerde verildiği şekilde, yardım eden olarak suça iştirak edilmesi halinde, cezanın yarısının indirilecektir (TCK m. 39/1).⁷⁵

Mali müşavir ve muhasebecilerin yaptıkları mesleki işler doğası gereği mükellefe yardım niteliğindedir. Meslek mensuplarının, mükelleflerin işlediği vergi kaçakçılığı suçuna yardımda bulunduğu her zaman iddia edilebilir. Ancak, kanuni ödevini yapan bir meslek mensubuna iştirakçi denmesi mümkün değildir.⁷⁶ Yargıtay da sahte faturalara düzenleyen mükellefin muhasebecisi veya mali müşavirinin beyanname vermesini, vergi kaçakçılığı suçuna iştirak için yeterli saymamış ve mali müşavir/muhasebeci açısından iştirakin ne şekilde gerçekleştiğinin ortaya konması gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁷

⁷⁴ Karakoç, bir işletmenin çalışanının kaçakçılık olduğunu bildiği fiili normal ücretinin dışında bir maddi menfaat karşılığında işlemişse müşterek fail sayılacağı vefakat fiili normal ücretinin dışında maddi menfaat sağlamaksızın işlemişse kaçakçılık suçuna yardım eden olarak iştirak edeceği görüşündedir. Bkz. Karakoç, s. 109. Ne var ki; müşterek fail ve yardım eden arasındaki farkın menfaate göre belirlenmesi kanaatimce doğru olmayacaktır. Bu iki iştirak türünü ayıran fark, yardımın düzeyine ve suça ilişkin fiil üzerindeki hâkimiyete göre belirlenmelidir. Menfaat kavramı ve iştirakçinin menfaatinin varlığı ise VUK'un 360. maddesine göre cezadan indirim yapıp yapılmayacağını etkilemektedir. Menfaatin, iştirak türünün belirlenmesindeki etkisi ancak, mülga TCK ve VUK'un mülga 360. maddesi hükümlerinin uygulandığı zaman bakımından mümkündür.

⁷⁵ Vergi kaçakçılığı suçları özgü suç olmadığından TCK'nın 40/2. maddesinde yer alan bağluluk kuralına çalışmamızda değinilmemiştir. Bkz. Bayar, s. 133.

⁷⁶ Şenyüz, s. 446.

⁷⁷ Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 11.11.2015, E: 2015/2905, K: 2015/6994: "Muhasebeci olan sanığın, muhasebecilik hizmeti verdiği A... Sentetik Elyaf Amb. San. Tic. Ltd. Şti'nin yetkilisi olan diğer sanık Y.. Ş..'nin sahte fatura düzenlemek suçlarına iştirak ettiği iddiasıyla açılan kamu davasında; sanığın suçlamayı kabul etmemesi ve sanık hakkında düzenlenen vergi inceleme ve vergi suçu raporlarında mesleği gereği olarak verilen hizmet kapsamında mükellef şirketin beyannamelemelerini vermek dışında sahte fatura düzenleme suçuna ne şekilde iştirak ettiğinin belirtilmemesi karşısında, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir." (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2015-2905.htm&kw=2015/2905,+K:+2015/6994#fm>)

Aynı daire, 14.10.2015, E: 2015/16441, K: 2015/5559: "Mali müşavir olan sanık hakkında 2010 takvim yılında, mali müşavirlik hizmeti verdiği 'Y.. İnş....Ltd. Şti' yetkilisinin sahte fatura düzenlemek suçuna iştirak ettiği iddiasıyla açılan kamu

Son olarak belirtmek gerekir ki; 2008 öncesi mülga 360. maddede yalnızca fer'i maddi iştirak düzenlenmişken mevcut hali ile fer'i iştirakin maddi veya manevi olması ayırımına gidilmemiştir.⁷⁸

IV. CEZADAN İNDİRİM (VUK MADDE 360)

A. İŞTİRAKİN MENFAAT GÖZETİLMEKSİZİN YAPILMASI HALİ

VUK'un 360. madde başlığının "*cezadan indirim*" olmasının sebebi, suça iştirak edenlerin, suçun işlenmesinde menfaatlerinin bulunmaması durumunda, verilecek cezanın indirileceğinin öngörülmesidir. Kaçakçılık suçuna iştirakin menfaat gözetilmeden yapılması halinde, önce TCK'nın iştirak hükümlerine göre iştirak türü ve ceza belirlenecek ve sonra cezanın yarısı indirilecektir. Burada yarısı indirilecek olan ceza, "*böyle bir indirim olmasaydı hükmedilecek ceza*"dır.⁷⁹

Örneğin, mükellefi sahte belge temin amacıyla %5 komisyon (ücret) karşılığı sahte belge ticareti yapan (S) ile tanıştıran (A) bu aracılık hizmeti karşılığında düzenlenen belge tutarı üzerinden kendisi %1 komisyon da alarak menfaat temin etmiştir. Bu durumda (A)'ya TCK hükümlerine göre asıl fail olan (S)'ye verilecek cezanın yarısı verilecektir. Eğer (A) hiçbir menfaat gözetmeden bu aracılık veya tanıştırma işlemini yapmış olsaydı, bu defa önce TCK'ya göre (S)'ye verilen cezanın yarısı olan ceza miktarı bulunacak, bu ceza üzerinden de VUK m. 360'da öngörülen indirim ayrıca uygulanarak (A)'ya verilecek iştirak cezası (S)'ye verilen cezanın yarısının yarısı= $\frac{1}{4}$ 'ü olarak) bulunacaktır.⁸⁰

Sahte faturanın nasıl düzenleneceğini anlatan bir çalışan, TCK hükümlerine göre, yardım eden olarak sorumlu olacak ve cezası ya-

davasında; sanığın suçlamayı kabul etmemesi ve sanık hakkında düzenlenen vergi inceleme ve vergi suçu raporlarında sanığın sahte fatura düzenleme suçuna ne şekilde iştirak ettiğinin belirtilmemesi karşısında, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu uyarınca muhasebecilik mesleği gereği olarak verilen hizmet kapsamında mükellef şirketin beyannamelerini vermek dışında ne şekilde sahte belge düzenlemek suçuna iştirak ettiği açıklanıp tartışılmadan yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..."

(<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2015-16441.htm&kw=`2015/16441,+K:+`2015/5559`#fm>).

⁷⁸ Kızılot/Kızılot, s. 597.

⁷⁹ Kızılot/Kızılot, s. 598.

⁸⁰ Şenyüz, s. 447.

riya indirilecek sonra diğer tüm indirim ve artırımlar yapıldıktan sonra eğer bu iş için maaşından başka bir para almadı ise sonuç cezası yarıya indirilecektir. Doktrinde, çalışanın aldığı maaşın menfaat olduğu ve menfaatinin bulunması nedeniyle cezanın indirilmeyeceği iddia edilmiştir.⁸¹ Ancak ilgili maddede, “*bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması*” denilmiştir. Çalışanın maaşı, (örnek üzerinden gidilirse) sahte faturanın nasıl düzenleneceğini anlattığı için değil, iş sözleşmesi kapsamında aylık emeğinin karşılığı olarak verilmiştir. Bu nedenle, katıldığım görüşe göre, maaşı haricinde bir menfaat edinmeyen çalışanın, sahte fatura düzenleme suçundan menfaat elde ettiğini söylemek mümkün değildir.⁸² Ancak maaşın yalnızca suç işlenmesine iştirak edilmesi için verilmesi halinde, maaşın menfaat olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Örneğin naylon fatura düzenlemek amacıyla üzerine mükellefiyet tesis ettirilmesini ve karşılığında aylık maaş bağlanmasını kabul eden kişinin, suçun işlenmesinde menfaatinin bulunduğu kabulü gerekmektedir. Zira bu örnekte kişiye verilen maaş, yalnızca vergi kaçırmaya iştirak etmesinden dolayı verilmektedir. Diğer bir ifade ile iştirak ile menfaat arasında doğrudan sebep sonuç ilişkisi olmalıdır. Elde edilen menfaat, vergi kaçakçılığı suçuna iştirak edilmesinin sonucu olarak verilmişse cezadan indirim yapılmamalıdır. Ancak suça iştirak gerçekleşmeseydi dahi kişi menfaat elde edecekse, örneğin sahte fatura düzenlemese dahi maaşı verilecekse, bu durumda cezada indirim uygulanmalıdır.

E. MENFAAT KAVRAMI

VUK ve TCK'nın mevcut düzenlemeleri karşısında, “*menfaat gözetme*” kriteri, iştirak türünün belirlenmesi açısından değil, iştirakçiye indirim uygulanıp uygulanmaması açısından önemlidir.⁸³ Buradan hareketle, menfaat gözetmeyen müşterek failin olması mümkün olup bu iştirakçi TCK'nın 37. maddesine göre fail gibi sorumlu olacak ancak VUK'un 360. maddesi mucibince cezasının yarısı indirilecektir.⁸⁴

⁸¹ Çavuş, s.e.t. 25.01.2018; Batun, s.e.t. 25.01.2018.

⁸² Aynı doğrultuda görüş için bkz. Turgut Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2010, 3. Baskı, s. 213; Mercimek/Gerçek, s. 216; Hüsamettin Uğur/Mert Elibol, Vergi Suçları, Adalet, Ankara 2016,2. Baskı, s. 267; Taştan, s. 117.

⁸³ Kızılot/Kızılot, s. 598; Mercimek/Gerçek, s. 215; Bayar, 134; Batun, s.e.t. 25.01.2018; Gören, s. 364.

⁸⁴ Gören, s. 364.

Doktrinde “*menfaat*” kavramının muğlaklığı eleştirilmiştir.⁸⁵ Menfaat gözetme neye göre saptanacaktır? Örneğin, yalnızca işini kaybetmemek için işverenin sahte belge basma fiiline yardım eden kişi menfaat gözetmiş sayılacak mıdır?⁸⁶ Bu soruya cevap verirken 5728 sayılı Kanun’dan önce madde metninde “*maddi menfaat*” ifadesinin değiştirilerek yalnızca “*menfaat*” ifadesinin kullanıldığıнын göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyim. Diğer bir ifade ile kanun koyucunun bu tercihi bilinçli yaptığının kabulü ile yalnızca parasal menfaatin değil, her türlü menfaatin dikkate alınması gerekmektedir.⁸⁷ Örnek olarak, maaşı aynı kalmakla birlikte sahte fatura düzenlemesi karşılığında izine çıkmasına izin verilen veya işyerinde çalıştığı pozisyonu yükseltlen kişi menfaat elde etmiş sayılmalıdır. Bunun gibi manevi menfaat gözetilerek, örneğin dostluk kurmak amaçlı olarak suça iştirak gerçekleştirilebilir.

Tartışılması gereken bir başka husus, “*menfaat gözetmek şartıyla*” şeklindeki ifadenin, “*suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması*” şeklinde değiştirilmesinin nedenidir. Değişiklik öncesi halde “*menfaatin gözetmek*”, lafzi yorumla “*menfaat beklemek, ummak*” anlamına geleceğinden, burada menfaatin gerçekleşmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak yapılan değişiklik sonucu getirilen “*menfaatinin bulunmaması*” ifadesi, lafzi yorum ile “*menfaatin elde edilmemesi*” anlamı gelmektedir. Kanun koyucunun bu tercihi bilinçli yaptığının kabulü ile suçun işlenmesinde menfaati bulunmayan, menfaat beklentisi olmasına rağmen bu beklentisini elde edememiş veya menfaati elde ettiği tespit edilemeyen iştirakçinin cezası 360. maddeye göre indirilmelidir.⁸⁸

Doktrinde eleştirilmiş başka bir husus, vergi kaçaklığı suçuna iştirak edene verilecek ceza bakımından, menfaat elde etme kriterinin neden getirildiğidir. Zira bu suç için fail açısından dahi vergisel ka-

⁸⁵ Kızılot/Kızılot, s. 595; Bayar, s. 134.

⁸⁶ Bayar, s. 134.

⁸⁷ Uğur/Elibol, s. 266. Aksi görüş için bkz. Batun, s.e.t. 25.01.2018: Batun, buradaki menfaatin maddi menfaat olduğunu ve para, taşınır ve taşınmaz mallar gibi maddi olarak değer ifade eden tüm unsurların kavram içine girdiğini belirtmiştir; Bkz. Taştan, s. 116-117: “Buradaki menfaatin, maddi bir menfaat olması gerekir. Başka bir deyişle manevi menfaat, örneğin aralarındaki husumet nedeniyle bir kimse-den intikam alma saiki ile hareket etme, VUK’un 360. maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

⁸⁸ Uğur/Elibol, s. 267.

zanç elde etme şartı aranmamıştır. Bu nedenle, menfaat ölçütü ile iştirakçiye verilecek cezanın farklılaşması isabetli görülmüştür.⁸⁹

Son olarak; cezada indirim “kişinin menfaatinin bulunmaması” şartına bağlanmışsa da bu durumun, objektif şartlara göre mi yoksa sübjektif şartlara göre mi tayin edileceğinin belirsiz olması doktrinde eleştirilmiştir. Diğer bir deyişle, kişinin menfaat elde etme amacı olmasa dahi, suç sonrasında menfaat elde etmiş olması halinde ne olacağı belli değildir.⁹⁰

SONUÇ

Vergi kaçakçılığı suçunda iştirakin şartları ve sonuçları, 2008 senesi öncesinde Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmesine karşın, 5237 sayılı TCK’nın ruhuna uygun olarak 08.02.2008 tarihinde yapılan değişiklik ile bu hüküm kaldırılmıştır. Böylece, iştirak müessesesinin vergi kaçakçılığı suçundaki uygulaması için TCK’nın Birinci Kitabı olan “Genel Hükümler”deki maddelerin dikkate alınması gerekmektedir.

Suçta iştirak TCK’nın 37 ila 41. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddelere göre, kaçakçılık suçunun iştirak halinde işlenip işlenmediği ve fiili gerçekleştirenlerin faillik veya şeriklik durumu tespit edilecektir.

Vergi kaçakçılık suçunda iştiraktan söz edebilmek için öncelikle VUK’un 359. maddesindeki fiillerden birinin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi zorunludur. Gerçekleşen bu suçun, iştirak iradesine sahip birden çok kişi tarafından, birbiriyle bağlantılı birden çok hareketle işlenmesi halinde, iştirak edenlere müşterek faillikten, azmettirmeden veya yardım etmeden ceza verilecektir.

Vergi kaçakçılığı suçunu birlikte gerçekleştiren, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kuran, suçun icrasında doğrudan doğruya hareketi yapan kişiler müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.

VUK madde 359’daki fiilleri işlemeyi düşünmeyen bir kimseye bu kararı verdiren kişi ise azmettiren olarak suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

⁸⁹ Bayar, s. 134; Çavuş, s.e.t. 25.01.2018.

⁹⁰ Akın, s.e.t. 25.01.2018.

Yardım eden, müşterek failden farklı olarak, suç tipi üzerinde bizzat hâkimiyeti bulunmayan kimsedir. Faillik ve azmettirme kapsamında olmayan her türlü katkı, yardım etme olarak değerlendirilebilir. Azmettirme ve yardım etme birlikte veya farklı türlerde yardım etme birlikte olabilirse de suça sadece bir kez şerik olarak katılabileceğinden, kişiye yalnızca azmettirmeden veya birden çok yardım etme halinde yalnızca tek yardım etmeden ceza verilecektir.

Vergi Usul Kanunu'nun 360. maddesi gereği, suça iştirak eden kimse, suçun işlenmesinde menfaati bulunmuyorsa verilecek cezanın yarısı indirilecektir. Buna göre, öncelikle TCK'nun iştirak hükümlerine göre iştirak türü ve ceza belirlenecek ve sonra verilecek ceza yarı oranında düşürülecektir. Suçun işlenmesindeki menfaat, doktrindeki hâkim görüşe katıldığım şekilde, parasal ve maddi olabileceği gibi manevi veya her türlü kazanım şeklinde olabilir. Menfaat beklentisi olmasına rağmen bu beklentisi gerçekleşmemiş kimse için de cezada indirim yapılabilir. Kanundaki menfaat kavramının muğlaklığı ve cezadan indirim yapılması için bu şekilde bir şart aranması doktrinde eleştirilmiştir. Sorunun çözümü için madde metni, menfaat kavramı açısından daha açıklayıcı ve detaylı şekilde yeniden düzenlenebilir veya ilgili madde tamamen kaldırılabilir. Zira vergi kaybı, vergi kaçaklığı suçunun unsuru değildir, diğer bir ifade ile suçun oluşumu için menfaat şartı aranmamaktadır. Buna karşın, suça iştirak eden kişiye indirim yapılmasının şartı olarak, menfaat elde edip etmemesine bakılması tezatlık oluşturmaktadır.

Kaynakça

- Akın Engin, "Türk Ceza Kanunu'na Uyum Çalışmaları Bağlamında Vergi Suçlarında Yapılacak Değişiklik Çalışmaları", *Yaklaşım Dergisi*, Ankara 2006 Kasım, S. 167, <http://www.yaklasim.com>, son erişim tarihi (s.e.t.) 25.01.2018.
- Batun Mehmet, "Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür", *Yaklaşım Dergisi*, Ankara 2010 Ekim, S. 213, <http://www.yaklasim.com>, s.e.t. 25.01.2018
- Bayar İbrahim Nihat, Vergi Kaçakçılığı, Mali Akademi, Ankara 2013.
- Candan Turgut, Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2010, 3. Baskı.
- Çavuş Adnan, "Vergi Kaçakçılığı Suçuna İştirak", *Yaklaşım Dergisi*, Ankara 2000 Haziran, S: 90, <http://www.yaklasim.com>, s.e.t. 25.01.2018.

- Çelen Ömer, "Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrımı)", Doktora Tezi (yayımlanmamış), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2015.
- Erdem Tahir, "Vergi Suçlarında Dolaylı Faillik", *Vergi Sorunları Dergisi*, 2008 Mart, S. 234, <http://vergisorunlari.com.tr>, s.e.t. 25.01.2018.
- Gören Ömer, "Vergi Ceza Hukukunda İştirak", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2013, S. 2013/2.
- Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet*, Ankara 2013, 16. Baskı.
- Karakoç Yusuf, *Vergi Ceza Hukuku, Yetkin*, Ankara 2016.
- Kızılot Şükrü/Kızılot Zuhul, *Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Yaklaşım*, Ankara 2009.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin*, Ankara 2011, 4. Baskı.
- Mercimek Fulya/Gerçek Adnan, "Vergi Kaçakçılık Suçuna İştirak ve Cezai Sorumluluk", *TAAD*, Ankara 2013, S: 14, s. 191-228.
- Öncel Mualla/Kumrulu Ahmet/Çağan Nami, *Vergi Hukuku, Turhan*, Ankara 2014, 23. Baskı.
- Şenyüz Doğan, *Vergi Ceza Hukuku, Ekin*, Bursa 2016, 9. Baskı.
- Taştan Mehmet, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara 2015, 2. Baskı.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş*, Ankara 2007, 10. Baskı.
- Uğur Hüsamettin/Elibol Mert, *Vergi Suçları, Adalet*, Ankara 2016, 2. Baskı.
- Kazancı İçtihat Bankası Programı

KAT MÜLKİYETİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE KİRACININ BAĞIMSIZ BÖLÜM, ORTAK YERLER VE EKLENTİLER ÜZERİNDEKİ KULLANMA VE YARARLANMA HAKKI

TENANT'S RIGHT TO USE OF THE INDEPENDENT SECTIONS, COMMON AREAS AND INSERTIONS WITHIN THE SCOPE OF THE FLAT OWNERSHIP LA

Mehmet ŞENGÜL*

Özet: Kira sözleşmesi, kira konusu bir malın kararlaştırılan kira bedeli karşılığında kiracının kullanım veya yararlanmasına yönelik bir sözleşmedir. Sözleşmenin konusu taşınır veya taşınmaz mallardan oluşabilir. Taşınmazların kiralınmasında, kira konusu şey kat mülkiyeti ilişkisinin bulunmadığı bir arazi veya yapı olabileceği gibi kat mülkiyetine konu bir yapılaşmada bağımsız bölüm kirası şeklinde de olabilir. Ancak, kat mülkiyetinin olmadığı taşınmazlar karşısında kat mülkiyeti kurulmuş bir binadaki bağımsız bölümün kiralınması bazı yönlerden özellik arz eder. Kiracı bağımsız bölümü kiraladığında, kat mülkiyetine konu ortak yer ve tesisler ile eklentileri de kiralamış sayılır. Ancak, kat mülkiyeti ilişkisinde kiracı, bağımsız bölüm, ortak yerler ve eklentiler üzerindeki yararlanma hakkını Kat Mülkiyeti Kanunu'nda belirtilen sınırlar içerisinde kullanabilir.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Kat Mülkiyeti, Bağımsız Bölüm, Ortak Yer ve Tesisler, Eklentiler, Toplu Yapılar, Yönetim Planı

Abstract: Tenancy contract, is a kind of contract which provides the tenant the right to use or the right to benefit from a specific asset for the agreed rental rate. The subject of the tenancy contract could be both a movable or an immovable property. When it comes to renting of immovable properties, the subject of the contract could be a land, where the flat ownership is out of question or; it could be an independent section in a collective structure which is subject to the flat ownership. But in some aspects, renting a flat in a building which is subject to the flat ownership law differentiates from renting an immovable property, which is not subject to the flat ownership. When the tenant rents the independent section, the common places with facilities and their attachments to the flat ownership are also considered as rented. However, in relation to flat ownership, the tenant may exercise his right to use the independent sections, common areas and attachments within the limits specified in the Flat Ownership Law.

Keywords: Tenancy Contract, Flat Ownership, Independent Section, Common Areas and Institutions, Attachments, Collective Structure, Management Plan

* Avukat, Doç. Dr., ORCID: 0000-0002-3434-7374

GİRİŞ

Günümüzde oldukça geniş bir uygulama alanına sahip kira sözleşmeleri, kullandırma ve yararlandırma amacı güden ve 1 Temmuz 2012 tarihli değişiklik sonrası kapsamı genişletilerek Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 299 ile 378. maddeleri arasında düzenlenmiş olan bir hukuki ilişkiyi ifade etmektedir. Kira sözleşmelerinin sıklıkla rastlanan uygulaması, taşınmaz kiralardır ve bu nitelikteki kiralalar, adi kira veya konut ve çatılı işyeri kiralaları şeklinde olabilmektedir. İşte, TBK'da düzenlenen hükümler esasen taşınmazlar bakımından akdedilmesi mümkün her iki kira ilişkisine ilişkin olarak da oldukça kapsamlı hükümler içermekte, bu bağlamda kira sözleşmesinin meydana gelmesi, tarafların hak ve borçları, kira ilişkisinin sona ermesi ve buna bağlanan sonuçlar ayrıntılı olarak düzenleme konusu yapılmaktadır.

Ancak, ifade ettiğimiz kapsam genişliğine rağmen, bazı hallerde kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından başka hukuk kurallarından yararlanılması da zorunlu hale gelebilmektedir. Gerçekten, kat mülkiyetine konu bir yapıda yer alan konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kira ilişkisinin Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) hükümlerinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Zira bir binadaki ya da sitedeki mesken ya da dükkânın kiralınması halinde, kiralayan ve kiracı arasındaki sözleşme sadece bu iki taraf bakımından değil, diğer kat maliklerini ve bağımsız bölümlerden sınırlı aynı hak ya da herhangi bir kişisel hakla yararlanan kimselerin menfaatlerini de ilgilendiren önemli hukuki sonuçları bünyesinde barındırmaktadır. İşte böyle bir menfaat çatışması, kira sözleşmesine konu bağımsız bölümden ne şekilde ve hangi kapsamda yararlanılabileceği hususunda kat mülkiyeti birlikteliğine özgü kuralları da beraberinde getirmiş, hal ve şartlara göre kiralayan ve kiracı arasındaki sözleşme serbestisine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu bağlamda, bir yandan kiralayana bağımsız bölümün tapuda tescil edilmiş kullanma şekline uygun kira sözleşmesi yapma mecburiyeti getirilmiş, diğer taraftan kiralayan ve kiracı arasında bir uzlaşma bulunsa dahi öteki kat maliklerine kat mülkiyeti ilişkisine zarar verici kullanma ve yararlanma hakkının önüne geçme imkânı tanınmıştır.

Benzer şekilde, kira ilişkisinin yine kat mülkiyeti hukuku kavramları olan ortak yer ve tesisler ile eklentiler bakımından KMK'da yer alan düzenlemelerden ayrı düşünülmesi de mümkün değildir. Nitekim Kanun, bağımsız bölümün kiralınması halinde ortak yer ve tesis-

lerin ve eklentilerin de kiralanmış sayılacağını ifade ederek, esasında TBK'da yer alan kira konusunun ve kiracının kullanma ve yararlanma hakkının kapsamının ne şekilde belirleneceği sorularını tamamlayan hükümlere yer vermiştir. İşte bu çalışmada, kat mülkiyeti hukuku kavramları olarak bağımsız bölüm, ortak yer ve tesisler ile eklentilerin nelerden oluşacağı, bağımsız bölümün kiralanmasında kiracının hakları ve bunun TBK'da yer almamakla birlikte KMK'da belirtilen hangi sınırlamalara tabi olduğu, bağımsız bölüm kiralarında ortak yer ve tesisler ile eklentilerin de kiralanmış sayılıp sayılmayacağı, bu yönde kira sözleşmesi ile ya da yönetim planı çerçevesinde farklı kapsam sınırlamalarına gidilip gidilemeyeceği gibi hususlar ele alınacaktır.

A. Kiracının Bağımsız Bölüm Üzerindeki Hakları

Bir kat mülkiyeti hukuku terimi olan ve Kat Mülkiyeti Kanunu sonrası taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak eşya hukuku alanına da (TMK m. 704, 998) sirayet eden "Bağımsız Bölüm" kavramının açıklığa kavuşturulması, KMK'da yer alan bazı hükümlerin bir arada değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Gerçekten, söz konusu kavram her ne kadar KMK m. 2/a bendinde "Anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümler" şeklinde tanımlanmış ise de, bu tanıma, KMK m. 1/I hükmünde yer alan "Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde ... bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir" ifadesi yanında KMK m. 50/II. fıkrasındaki "Tümü kargir olmayan yapılarda kat mülkiyeti kurulamaz" şeklindeki unsur da eklenmelidir. Şu halde kat mülkiyeti hukuku anlamında bağımsız bölüm, "tamamlanmış¹ ve tümü kargir²

¹ Kat mülkiyetine konu bir yapının tamamlanmış bir yapı olarak nitelendirilebilmesi için fiziki ve hukuki birtakım şartların varlığı gerekmektedir. Buna göre fiziki koşul, bütün yapının inşasının fiziki bakımdan bitmiş olması, hukuki koşul ise "iskân belgesi" denilen yapı kullanma izin belgesinin alınmış olmasını ifade etmektedir. Bkz. Aydın Aybay/Nezihi Sanal, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1985, s. 5, 6; Ali Arcak, Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti, Ankara 1983, s. 114. 3194 sayılı İmar Kanunu (İK) m. 30 hükmüne göre "yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımların kullanılması için kullanma ruhsatı alınması mecburidir." Yine İK m. 31 hükmüne göre ise "inşaatın bitme günü kullanma izninin verildiği tarihtir."

² KMK m. 50/II hükmü ile esasen, tamamen ya da kısmen ahsap nitelikte olan

olan bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bulunan³ ve 634 sayılı KMK hükümleri gereğince özel mülkiyete konu olan bölümlerinden her biri” olarak tanımlanabilir.⁴

Anlaşılaçağı üzere, taşınmaz olarak özel mülkiyete konu olan bağımsız bölümün en önemli özelliğı, kendi kendine yeten ya da tahsis edildiğı amacı gerçekleştirmeye yeterli olan kat, daire, dükkân, depo, büro gibi bir fiziksel hacim taşıma yanında, kendisine arsa payı verilerek üzerindeki hak ilişkilerini yansıtır biçimde kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olmasıdır.⁵ İşte, ifade ettiğimiz kapsam çerçevesinde bağımsız bölüm niteliğindeki bir meskenin, dükkânın, deponun, büronun ya da tek bir bağımsız bölüm olarak kat mülkiyeti kütüğünde kayıtlı alışveriş merkezinin, sanayi tesisinin, otelin kiralanması söz konusu olduğunda, kiracı gerek TBK’daki kira ilişkisinin gerekse genel hükümlerin kendisine tanımış olduğu yararlanma hakkını kullanabilecektir. Kiracının bağımsız bölüm üzerindeki hakları esasen kiralayan ile aralarındaki hukuki ilişki çerçevesinde Türk

yapılar ve dolayısıyla bağımsız bölümler için kat mülkiyetinin kurulamayacağı ifade edilmekte ise de (Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 167; Abdülkadir Arpacı, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984 (Kat Mülkiyetinde Yönetim), s. 18 vd.; Mahir Ersin Germeç, Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti-Kat İrtifakı-Devremülk ve Toplu Yapı, Ankara 2015, s. 37), günümüz inşaat teknolojisi karşısında, bağımsız bölümler için bu şartın artık gerekli olmadığı, özellikle, villa olarak ifade edilen ve parselde dağılmış birden çok münferit bağımsız bölümden oluşan toplu yapılarda, ahşap niteliğindeki yapıların da bağımsız bölüm olarak kabul edilmenin bir zorunluluk olduğu yönünde bkz. E. Saba Özmen/Gülşah Vardar Hamamcioğlu, Kat İrtifakı, Ankara 2015, s. 120; Mehmet Şengül, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011, s. 193.

³ Ayrı ve başlı başında kullanıma elverişli olma ile kastedilen, paya bağlı olarak tanınmış mutlak egemenlik hakkının fiziki olarak da kullanmaya elverişli olmasıdır. Bkz. Germeç, s. 39.

⁴ Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 17; S. Sulhi Tekinay, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1991, s. 15; Germeç, s. 62; Kemal Oğuzman, “Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre ve Türkiye’de Hazırlanan Kanun Tasarıları Tahlil ve Tenkidi”, *İÜHFİM*, 1960/1-4, c. XXV (Tasarı Tenkidi), s. 181. Aynı yönde ayrıca bkz. Selma Bakır, “Bağımsız Bölüm İlavesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 57, Ocak 1992, s. 106 dn. 1; Nevzat A. Odyakmaz, Uygulamada Kat Mülkiyetinden Doğan Anlaşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara 1975, s. 14, 15.

⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 160; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 137; Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2017, s. 300; Aybay/Sanal, s. 11; Tekinay, s. 15; Hikmet Gökner, Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1996, s. 68, 69; Özmen/Vardar-Hamamcioğlu, s. 118, 119.

Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümlerine tabidir. Bu bağlamda, kira sözleşmesine konu bağımsız bölümün zilyetliğinin kullanıma elverişli bir durumda kiracıya teslimi ve sözleşme süresince de bu duruma uygun bir biçimde bulundurma borcu, TBK m. 301 hükmüne kiralayanın kiracıya karşı olan asli borcunu oluşturmaktadır.⁶

Ancak, bu noktada, kat mülkiyetine konu bir bağımsız bölümün kiralınmasında kira sözleşmesinin, "konu" unsuru bakımından ayrıca irdelenmesinde yarar bulunmaktadır. Şöyle ki, borçlar hukuku hükümlerince kiraya konu edilebilecek şeylerin taşınır veya taşınmaz eşya niteliğinde olması mümkündür.⁷ Taşınmaz mülkiyetinin konusu TMK m. 704 hükmünde düzenlenmiş ve arazi, tapu kütüğüne ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler bu kapsamda sayılmıştır. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan arazi, kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölüm ve tapuda ayrı sayfaya kayıtlı bağımsız ve sürekli hak kiralalarında TBK'nun kira sözleşmesini düzenleyen hükümlerinin uygulanması gerekmekte ise de, bu kapsama giren bazı taşınmaz kiralalarında sadece söz konusu Kanun'un adi kira sözleşmesine ilişkin hükümleri, buna karşılık "konut ve çatılı işyeri" kiralalarında ise bu yönde getirilen özel hükümler (TBK m. 339 vd.) uygulama alanı bulacaktır.⁸

Anlaşılabacağı üzere, kat mülkiyeti terimi olarak bağımsız bölümlerin kiralınmasında genellikle karşılaşılan kira ilişkisi, "konut ve çatılı işyeri" kirası şeklinde olacaktır. Ancak, arsa payı verilerek kat mülkiyeti kütüğünde ayrı sayfaya kaydedildiği ve bağımsız bölüm niteliğine sahip olduğu halde, bazen bu nitelikteki bir yerin adi kira ilişkisi sonucunu doğurması da olasıdır. Gerçekten, kat mülkiyeti kütüğüne konu üstü örtülü bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bö-

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2016, s. 431 vd.; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013 (Borçlar), 312 vd.; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri - Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2017, s. 414 vd.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul 2008, s. 3 vd.; M. Alper Gümüş, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012 (Kira), s. 32 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 364.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 364, özellikle s. 585 vd.; Gümüş, Kira, s. 21 vd.; Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, Cilt II, İstanbul 2014 (Cilt II), s. 4 vd.

lüm kiralarnın konut ve çatılı işyeri kirasına konu olduğu hususunda herhangi bir tereddüt yoktur.⁹ Bununla birlikte, niteliği gereği tapuda ayrı sayfaya kayıtlı bir bağımsız bölüm de olsa, bir mesleğin icrası ve bir ekonomik faaliyetin yürütülmesi ile ilgili olmayan, örneğin ticari işletme çalışanlarının araçlarını park etme amaçlı kapalı otopark kiralaması veya çalışanlarının sportif faaliyetlerini yerine getirmeleri için yer kiralaması gibi kira ilişkileri, çatılı işyeri kirası sayılmayacaktır.¹⁰

Benzer şekilde, kendisine arsa payı ayrılarak tapuda ayrı sayfaya kaydedilmiş, hem fiziksel-maddi yapı bakımından hem ekonomik açıdan yapılacak bir değerlendirme ile ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bir hacimden oluşan ve fakat üstü örtülü olmayan yüzme havuzu, tenis kortu, garaj vb. bağımsız bölüm kiralalarında da konut ve çatılı işyeri kiralarna değil, adi kiraya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.¹¹

Ancak, diğer taraftan kat mülkiyetine konu yapı bünyesinde yer almakla birlikte ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olan, fakat

⁹ Gümüş, Kira, s. 23, 24; Yavuz/Acar/Özen, s. 586. Elbette söz konusu yerler bakımından ifade ettiğimiz hususun geçerli olabilmesi, kira ilişkisinin geçici kullanıma özgülmemiş olması ve altı aydan uzun bir süre için yapılmış olmasına bağlı olacaktır (TBK m. 339). Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 10.

¹⁰ Gümüş, Kira, s. 26, 27; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2017, s. 197; Emre Gökyayla, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s. 1220. Aksi yönde bkz. İnceoğlu, Cilt II, s. 14, 15.

¹¹ Burada üstü örtülü olmayan bir yerin nasıl bağımsız bölüm sayılacağı hususu bir an için tereddütle karşılanırsa da, Yargıtay'ın bazı kararlarında ayrı ve başlı başına kullanıma elverişli bu gibi yerlerin arsa payı verilme suretiyle bağımsız bölüm özelliği taşıyabileceği ifade edilmektedir. Örneğin, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında "... gerek tapu kayıt örneğinde yazılı bilgilere, gerekse yönetim planında yazılan ve kat maliklerince kabul edilen hükümlere göre dava konusu yerin değişiklik projesine uygun olarak ve kat irtifakı kurulurken dahi arsa payı verilmek suretiyle 49 numaralı bağımsız bölüm olarak tescil olunduğu ve kat mülkiyetine de buna göre geçirildiği ve böylece bağımsız bölüm olduğu gerçekleşmiş ve üzerine bina yapılan tenis kortu niteliğindeki yer dahi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölüm sayılabileceği" ni ifade etmiştir. Bkz. Y. 5. HD., 16.6.1981, 4267/6861 (Arcak, s. 127). Benzer şekilde, garaj, depo gibi yerlerin hem bağımsız bölüm, hem eklenti, hem de ortak yer niteliğinde görülebileceği ve bu gibi yerlerin arsa payı verilerek kat irtifakı sahibi ve kat maliki adına düzenlenen resmi senetle geçirildiği durumlarda, anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bir bağımsız bölüm niteliği kazanabileceği yönünde ayrıca bkz. Y. 5. HD., 11.4.1983, 3585/3642 (A. Haydar Karahacıoğlu, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2006, s. 140, 141).

bağımsız bölüm niteliği bulunmayan bazı yerlerin kiralanmasında konut ve çatılı işyeri kira ilişkisi meydana gelebilecektir. Örneğin, bir mağaza işletmesi için onun deposu, ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bir hacim de oluştursa, bağımsız bölüm niteliği taşımaz. Aynı şekilde, bir konuttaki odalar, bağımsız olarak iş yeri veya büro olarak kullanılmakta olsa dahi, tek bir bağımsız bölüm oluşturan daireden ayrı bir kat mülkiyeti objesinin varlığından söz edilemez.¹² İşte, söz konusu yerlerin kat mülkiyeti anlamında bağımsız bölüm niteliği bulunmamakla birlikte, bunların kiralanmasında konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.¹³

Sonuç olarak, her türlü konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmeye konu şey “bağımsız bölüm” olarak nitelendirilemeyeceği gibi, her “bağımsız bölüm” kiralalarında da, konut ve çatılı işyeri kira ilişkisinin bulunma zorunluluğundan söz edilemez.

Geldiğimiz noktada, kat mülkiyetine konu olmayan mesken, konut veya işyeri kiralaları ile bu nitelikte olan ancak kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölüm kira ilişkileri bakımından da kiracının haklarının irdelenmesinde yarar vardır. Hemen belirtelim, kat mülkiyetine konu olmayan belirttiğimiz nitelikteki bir yerin kiralanmasında, tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi yanında kiracının kullanım hakkı kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm kiralaları karşısında daha geniştir.

Gerçekten, kat mülkiyetine tabi olmayan mesken, konut ya da işyeri amaçlı taşınmaz kiralalarında esasen kiraya konu edilen şey, arsayı da kapsayacak biçimde yapının tümüdür. Bu nedenle, kira sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça kiracı, sözleşmeye bağlı olarak yapının içini konut ya da işyeri olarak kullanabileceği gibi, arazi kapsamında ancak yapı dışında yer alan bahçe, kuyu, sarnıç, kömürlük, garaj ve benzeri her türlü yapı eki veya müstemilatı da kiracının kullanımı ve yararlanmasının kapsamına dâhil sayılmalıdır.¹⁴ İfade ettiğimiz hususun uzantısı olarak, bu nitelikteki kat mülkiyetine konu olmayan bir

¹² Aybay/Sanal, s. 11; Tekinay, s. 15; Gökner, s. 68, 69.

¹³ Gümüş, Kira, s. 23, 24; Yavuz/Acar/Özen, s. 586; İnceoğlu, Cilt II, s. 14.

¹⁴ Gümüş, Kira, s. 101, 102; Yavuz/Acar/Özen, s. 384, 385; Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, Cilt I, İstanbul 2014 (Cilt I), s. 10, özellikle s. 75, 76; Zevkliler/Gökyayla, s. 250.

konut ya da işyeri kiralamasında kiracı, yine TBK'da belirtilen sınırlamalara uymak, kira ilişkisinin niteliğine aykırı düşmemek ve kira sözleşmesiyle de çelişmemek koşulu ile yapının içinde veya dışında bazı mimari değişikliklere gitme ya da iç-dış boya değişikliği yapma imkânına sahip olabilmektedir. İfade ettiğimiz bu çıkarımların, kat mülkiyetine tabi olmakla birlikte anayapının tümünün aynı kişiye konut ya da işyeri olarak kiralandığı kira ilişkileri bakımından da geçerli olduğunu ifade etmek mümkündür.

Buna karşılık, kat mülkiyetine tabi yapılaşmalarda kira sözleşmesine konu edilen şey, esasen anayapı bünyesindeki bağımsız bölüm veya villa vb. yapılaşmalarda münferit bağımsız bölümdür.¹⁵ Aşağıda ayrıca ifade edileceği üzere, her ne kadar bağımsız bölümün kiraya verilmesi, prensip olarak kendiliğinden ortak yer ve tesislerin ve eklentilerin de kiralanması sonucunu doğuracak ise de, kat mülkiyetine konu olmayan bir yapının kiralanması sonucu az evvel zikrettiğimiz sonuçlar, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümün veya münferit bağımsız bölümün kiralanması ihtimallerinde kendiliğinden doğmayacak, kat mülkiyetinin niteliğine bağlı olarak bazı sınırlamaları da beraberinde getirecektir.

Bu bağlamda, kira konusunun kullanım biçimini belirleme bakımından kiralayan ve kiracı arasındaki sözleşme serbestisinin sınırı, bağımsız bölümün tapuda ne şekilde tescil edildiğine göre tespit edilecektir. Gerçekten, KMK m. 12 uyarınca kat mülkiyetinin tesisinde tapuya ibraz edilecek belgelerden olan mimari projede, her bir bağımsız bölümün mesken veya iş yeri vasfı gösterilmekte, bu nitelemeye bağlı olarak da kat malikleri, bağımsız bölümlerini, özgüledikleri amaca uygun bir biçimde kullanma yükümlülüğü altına girmektedir (KMK m. 18/I). Böyle bir yükümlülüğün aynı zamanda kat maliklerinin bağımsız bölümlerini kiraladıkları kiracıları da bağlaması KMK m. 18/II hükmünün bir gereğidir. Dolayısıyla, kütükte mesken olarak kayıtlı bir yerin işyeri olarak kiralanması veya işyeri niteliğindeki bir bağımsız bölümün mesken olarak kiralanması mümkün olmayıp, yö-

¹⁵ Kat mülkiyeti hukukunda, birer katlı birbirine bitişik ya da ayrı olarak inşa edilmiş müstakil evler veya tasdikli inşaat projesine göre yapılmış birer katlı sanayi çarşısı, pasaj, motel gibi başlı başına kullanmaya elverişli bölümlerden her biri için, "münferit bağımsız bölüm" terimi kullanılmaktadır. Kavram için bkz. Özmen/Vardar-Hamamcıoğlu, s. 36, 37; Şengül, s. 33.

neticinin veya diğer kat maliklerinin buna aykırı bir şekilde kullanma ve yararlanma amacı güden kira ilişkilerinde KMK m. 33 hükmüncü hâkimin müdahalesini istemeleri mümkündür.¹⁶

Diğer taraftan, kanun koyucu, KMK m. 24/II hükmüyle kat maliklerine, bağımsız bölümlerini özgülendikleri amaç dışında kullanma bakımından bir başka sınırlama daha getirmektedir. Buna göre, kütükte mesken olarak kayıtlı bağımsız bir bölümde, sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve bu emsalde eğlence ve toplantı yerleri, fırın, lokanta, pastane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile verecekleri kararlarla açılabilir.¹⁷ Şu halde, kat malikleri kurulunca oybirliği ile alınmış bir karar bulunmadıkça, kütükte mesken olarak kayıtlı bir bağımsız bölümün, mesela kahvehane, pastane, lokanta veya dükkân gibi, söz konusu hükümde belirtilen (ancak sınırlı olarak sayılmayan) bir işyeri kirasına konu edilmesi mümkün değildir.

Öte yandan, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseselerin kurulması KMK m. 24/I hükmünde açıkça yasaklandığı için ve kat maliklerinin oybirliği ile dahi bu nitelikte bir kullanma ya da yararlanmadan söz edilemeyeceği için, bağımsız bölümlerden birinin bu kapsamda kiralanması da mümkün değildir. Ancak, söz konusu düzenlemeye göre dispanser, klinik, poliklinik ni-

¹⁶ Proje ve tapuda depo olarak kayıtlı bir yerin mesken olarak kullanılamayacağı yönünde bkz. Y. 5. HD., 10.11.1975, 11103/14979 (Arcak, s. 198); Aynı yönde Y. 5. HD., 17.02.1976, 13898/1796 (Arcak, s. 199).

¹⁷ KMK m. 24/III, kat malikleri kurulunda KMK m. 24/II çerçevesinde alınacak kararın aynı zamanda, yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölüm maliklerinin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfalarına şerh verilebileceğini düzenleme konusu yapmaktadır. Böylece, diğer bağımsız bölümlerden herhangi birinin mülkiyetini sonradan kazanacak olan kimselerin veya söz konusu kişilere ait bağımsız bölümü kiralaayanların bu hususta ileride doğabilecek itirazlarının ve dolayısıyla ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi amaçlanmaktadır. Bkz. Safa Resioğlu, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara 1976 (Uygulamada Kat Mülkiyeti), s. 73; Murat Pulak, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli-Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2016, s. 306. Böyle bir düzenleme bulunmasaydı dahi, KMK m. 32/II hükmünde yer alan kat malikleri kurulu kararlarının tüm kat malikleri ve onların külli ve cüzi haleflerini, yöneticisi ve denetçiyi bağlayacağı şeklindeki ifadenin de aynı sonucu doğuracağı yönünde bkz. Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 163, dn. 257.

telğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışında olup, bağımsız bölüm doktor muayenehanesi olarak kullanılacak şekilde kiralanabilir ve bunun için kat maliklerinin oybirliğine gerek yoktur.¹⁸

Bunun gibi, Yargıtay'a göre, kat malikleri kararına gerek olmaksızın, mesken nitelikli bir bağımsız bölümün avukat ofisi veya mühendislik bürosu olarak kullanılması mümkün olduğundan, bu gibi yerlerin avukatlık ofisi olarak kiralanmalarında da bir engel yoktur.¹⁹ Fakat yönetim planında açıkça aksi öngörülmüşse, örneğin mesken niteliğinde olsa da bağımsız bölümlerin doktor muayenehanesi, avukatlık ofisi veya mühendislik bürosu olarak kullanılmayacağı kararlaştırılmışsa, yönetim planına üstünlük tanımak gerekecek, dolayısıyla bağımsız bölüm kira sözleşmelerinde de kullanma ve yararlanma bakımından söz konusu sınırlama, kiracıları bağlayacaktır.²⁰

Kat mülkiyetine konu yapıların kiralanması bakımından karşımıza çıkan bir diğer sınırlama da, kiraya verenin rızası bulunsa da kiracının bağımsız bölüm içinde ya da dışında her türlü değişikliğe gitmesinin mümkün olmamasıdır. Örneğin, kira sözleşmesi müsaade etse de kiracı, taşıyıcı sisteme zarar verici tadilat ya da genişletme işlemi yapılması, arka bahçeye geçiş için duvarın delinmesi, dış duvarların kiralanması, münferit bağımsız bölümün farklı renkte boyanması gibi kat mülkiyeti ilişkisini olumsuz etkileyecek ya da toplu yapının görünüm ve estetiğini bozacak her türlü faaliyetten kaçınmak zorundadır. İfade ettiğimiz hususlar, TBK'da kira sözleşmesine ilişkin getirilmiş hükümler yanında hem kat malikini hem de bağımsız bölümü herhangi bir sınırlı ayni hak veya kişisel hakka dayalı olarak kullanan kişileri de bağlayacak şekilde KMK m. 19 hükmünde de zikredilmektedir.

¹⁸ YHGK., 11.12.2002, 18-1055/1057 (Germeç, s. 737, 738). Klinik veya poliklinik niteliğinde olmayan diş doktoru muayenehanesinin de meskende açılabileceği yönünde bkz. YHGK., 21.12.1988, 5-759/1043 (Pulak, s. 383). Tapuda mesken olarak görünen bağımsız bölümün muayenehane olarak kullanılmasında yine kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri kararın gerekli olduğu yönünde aksi görüş için ayrıca bkz. Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 157, 158; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 206; Reisoğlu, s. 74, 75.

¹⁹ YHGK., 10.11.1973, E. 1970/5-19, K. 1973/853 (Karahacıoğlu, s. 665-668); Y. 5. HD., 26.11.1973, 6385/16057 (Arcak, s. 595); Y. 18. HD., 8.11.2005, 7140/9690 (Pulak, s. 393).

²⁰ Germeç, s. 702, 703; Pulak, s. 306. Aynı yönde bkz. YHGK., 11.6.2003, 18-411/417 (Pulak, s. 382); Y. 18. HD., 18.12.1997, 11186/12291 (Karahacıoğlu, s. 691); Y. 18. HD., 15.5.2000, 5635/5961 (Karahacıoğlu, s. 686); Y. 18. HD., 17.10.2000, 9105/10720 (Karahacıoğlu, s. 685).

B. Kiracının Ortak Yer ve Tesisler Üzerindeki Hakları

1. Genel Olarak Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesis Kavramı

Kat mülkiyeti esasen ortak yer ve tesisler üzerine şekillenen bir sistemi bünyesinde barındırır. Bu husus 2007 yılından sonra Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapılan değişikliklerle daha da belirginleşmiş ve özellikle toplu yapılarda ortak yer ve tesisler kat mülkiyetinde hukuki ilişkinin şekillendiği temel obje haline gelmiştir. Zira kat malikleri veya bir sınırlı aynı ya da kişisel hakka dayalı olarak bağımsız bölümlerden yararlanan kişiler arasındaki pek çok hukuki ilişkinin temelini, yapımı, onarımı, kullanılması, ortaya çıkan giderlerin paylaşımı gibi pek çok şekli ya da ekonomik yönetsimsel sorunu bünyesinde barındıran ortak yer ve tesisler oluşturmuştur.

Bu bağlamda kat mülkiyetinde ortak yer ve tesis kavramını “klasik kat mülkiyeti” ve “toplular” bakımından değerlendirmek gerekir. Ancak, öncelikle bu iki kavramı kısaca temas etmenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

“Klasik kat mülkiyeti” kavramı KMK'da tanımlanmış değildir. Bununla birlikte, öğretide KMK m. 1'de ifade edilen bağımsız egemenlik hakkına konu edilmiş ve başlı başına kullanıma elverişli birden fazla bağımsız bölümü içeren ve halk dilinde apartman olarak adlandırılan blok kütle, (anayapı) klasik kat mülkiyeti olarak ifade edilmektedir.²¹ Anlaşılacağı üzere, klasik kat mülkiyetine konu yapılaşmalarda temel özellik, tek parsel üzerinde inşa edilmiş ve birden fazla kat mülkiyetine konu bağımsız bölümü bünyesinde barındıran tek anayapıdan oluşmasıdır. Bu şekildeki anayapı ise dikey olabileceği gibi yan yana yatay olarak inşa edilmiş (sanayi tesisi veya alışveriş merkezi gibi) yapı biçiminde de olabilir.

“Toplu yapı” ise, bir ya da birden fazla parsel üzerinde yer alan alt yapı tesisleriyle, ortak kullanım yerleriyle, sosyal tesis ve hizmetleriyle, ayrıca tüm bu ortak yer ve tesislerin yönetimiyle hukuki ve/veya fiziki olarak birbiriyle bağlantılı hale gelmiş birden çok yapıyı ifade etmektedir (KMK m. 66/I). Görüldüğü üzere, toplu yapıların temel özelliği, bir ya da birden çok imar parselini ve bu parseller üzerindeki

²¹ Özmen/Vardar-Hamamcıoğlu, s. 240 vd.; Arcak, s. 1086; Şengül, s. 47-49.

kat maliklerini birbirine bağlayan asli unsurun, bağımsız bölümlere özgülenmiş “alt yapı tesisleri”, “ortak kullanım yerleri”, “sosyal tesis ve hizmetler” den oluşmasıdır (KMK m. 67).²²

Gerek klasik kat mülkiyetinde gerekse toplu yapılarda ortak yer ve tesislerin nelerden oluşabileceğine ilişkin temel düzenleme KMK m. 4 hükmünde yer almaktadır. Ancak, ondan önce Kat Mülkiyeti Kanunu 2/b bendinde ortak yerlerin “Anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan” yerler olduğu ifade edilmiş ve devam eden cümlesinde ise, kat maliklerinin ortak malik sıfatıyla paydaşı buldukları bu yerler üzerinde faydalanma ve kullanma hakkının bulunduğu belirtilmiştir. KMK m. 4 hükmü ise “ortak yerler” başlığı altında ortak yerlerin konusunun sözleşme ile belirtilebileceğini ifade edildikten sonra, üç bent halinde düzenlediği yer ve şeylerin Kat Mülkiyeti Kanunu’na göre her halde ortak yer sayılacağını hükme bağlamıştır.

Buna göre, a) Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar, b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri, c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri Kanun gereği ortak yer niteliğindedir.

KMK m. 4/son fıkrasında ise “yukarıda sayılanlar dışında kalıp da yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (ortak yer) konusuna girer” hükmü getirilmiştir.

²² Özmen/Vardar-Hamamcıoğlu, s. 244 vd.; Şengül, s. 189 vd.; E. Saba Özmen/Hafize Kır, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010, s. 143; Pulak, s. 711, 712.

Şu halde, tek parsel tek anayapıdan oluşan klasik kat mülkiyeti ilişkisinde ortak yer kavramından, anagayrimenkulün “korunmasına”, “kullanılmasına” veya ondan “yararlanılmasına” yarayan yerler ve şeylerin anlaşılacağını ifade etmek mümkündür.²³

Buna karşılık KMK’da toplu yapılar açısından ortak yer ve tesis kavramı daha geniş yorumlanmış ve “Ortak yerler”²⁴ kenar başlığını taşıyan KMK m. 67 hükmüne göre, “Toplu yapı kapsamında olup, bütünüyle bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin ortak kullanma ve faydalanmasına tahsis edilmiş bulunan parsellerin malik hanesine, tahsis edildikleri toplu yapı kapsamındaki diğer parsellerin ada, parsel, blok ve bağımsız bölüm numaraları gösterilmek suretiyle tapu siciline kaydedilir ve bu suretle tahsis edildikleri parsellerde bulunan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur. -Toplu yapı kapsamında bulunan birden çok yapının ortak sosyal ve alt yapı tesisleri buldukları parsel veya yapıya bakılmaksızın, tahsis edildikleri bağımsız bölümlerin ortak yeri sayılır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme çerçevesinde toplu yapı ortak yer ve tesis kavramının, klasik kat mülkiyeti ortak yer kavramından daha geniş bir anlam taşıdığı açıktır. Zira tek parsel tek anayapıdan oluşan klasik kat mülkiyetinde ortak yerler KMK m. 4 hükmü çerçevesinde anayapının içinde ya da dışında bulunabilir.²⁵ Buna karşılık, toplu yapıda blok ortak yerleri, parsel ortak yerleri, ada ortak yerleri ve toplu yapı ortak yerleri şeklinde çeşitlilik söz konusudur. Bu bağlamda örneğin, toplu yapı kapsamındaki blok yapılardan her birinde yer alan ve KMK m. 4 hükmünde belirtilen temeller, taşıyıcı kolon ve kirişler, asansör, çatı, baca gibi yerler blok ortak yeri niteliğindedir. Ancak, tek ya da komşu parsel toplu yapılarda parsellerin her birinde bulunan otopark, kuyu, sarnıç gibi yerler, parsel ortak yeri niteliğindedir. Birden fazla adadan oluşan toplu yapılarda her bir adanın merkezi ısınma, soğutma veya sulama sistemi ise ada ortak yeri özelliği taşır.

²³ Germeç, s. 96; Karahacıoğlu, s. 83; Pulak, s. 74; Arcak, s. 148, 149.

²⁴ Kavramsal eleştiri için ayrıca bkz. Özmen/Kır, s. 143; Şengül, s. 189, dn. 2.

²⁵ Örneğin, ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma bakımından zaruri olan temeller, taşıyıcı kolon ve kirişler, asansör, çatı, baca gibi yerler anayapı kapsamındaki ortak yerlerdendir. Anayapı dışında bulunan ortak yerlere ise bahçe, kuyu, sarnıç, genel çamaşırılık ve kurutma yerleri, genel kömürlük veya ortak garajlar örnek olarak verilebilir.

Buna karşılık, toplu yapı bünyesindeki tüm bağımsız bölümlerin gerek eşyaya bağlı borç, gerekse eşyaya bağlı mülkiyet ilişkisi çerçevesinde kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş havuz, otopark, spor tesisleri ve benzeri yer ya da tesisler ise toplu yapı ortak yeri niteliğindedir. Bu konuda daha fazla ayrıntıya girmeksizin ilgili eserlere yollama yapmakla yetiniyoruz.²⁶

2. Kiracının Ortak Yer ve Tesisleri Kullanma ve Yararlanma Hakkı

a. Hakkının Düzenleniş Biçimi

Türk Borçlar Kanunu m. 301 hükmünde kira sözleşmesi bakımından kiraya verenin asli edim yükümlülüğü düzenleme konusu yapılmış ve kiraya verenin, kiralananı kararlaştırılan tarihte sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etme ve sözleşme süresince bu durumda bulundurma yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiştir.²⁷ Acaba, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerin kiralınması halinde, kiracının ortak yer ve tesisler üzerinde de kendiliğinden kira ilişkisine bağlı kullanma hakkından söz edilmeli midir?

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 6/IV hükmünde bağımsız bölüm üzerindeki bir takım hukuki işlemlerin ortak yerleri de etkileyeceği düzenleme konusu yapılmıştır. Söz konusu hükme göre, “Bağımsız bölümlerin başkasına devri, kayıtlınması veya kiralınması halinde, ... ortak yerler de kendiliğinden devredilmiş, kayıtlınmış ve kiralınmış olur”. Bu bağlamda, bir bağımsız bölümün kiraya verilmesi durumunda kiracının yararlanma hakkı, asansör, havuz, bahçe, otopark, kömürlük gibi ortak yer ve tesisleri de kapsayacak, kiraya veren TBK m. 301 anlamında teslim borcunu, ancak bu gibi yerlerde yararlanmayı sağlayacak anahtar ve benzeri vasıtaları da kiracıya teslim ederek gereği gibi ifa etmiş sayılacaktır.²⁸ Söz konusu yararlanma hakkı doğrudan KMK hükmüne dayandığı ve böylece Kanundan doğan bir eşyaya bağlı borç ilişkisi meydana getirdiği için, katlanma borcu altındaki diğer kat maliklerinin kiracıların ortak yer ve tesislerden yararlanmasını engellemesi de mümkün değildir.

²⁶ Şengül, s. 214 vd.; Pulak, s. 710 vd.; Özmen/Kır, s. 143.

²⁷ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 74 vd.; Acar, m. 301, N. 15 vd.

²⁸ Gümüş, Kira, s. 101; Yavuz/Acar/Özen, s. 384, 385; Tandoğan, s. 110, İnceoğlu, Cilt I, s. 75; Zevkliler/Gökyayla, s. 250.

b. Kira Sözleşmesinde Kullanma ve Yararlanma Hakkının Sınırlandırılması

Geldiğimiz noktada, “Bağımsız bölümlerin başkasına devri, kayıtlanması veya kiralanması halinde, ... ortak yerler de kendiliğinden devredilmiş, kayıtlanmış ve kiralanmış olur” şeklindeki KMK m. 6/ IV. fıkrasına rağmen, kira sözleşmesi ile ortak yer ve tesislerden bazılarının kiracının kullanım veya yararlanması dışında tutulmasının mümkün olup olamayacağı hususunu ayrıca ele almakta yarar vardır.

Hemen belirtelim, söz konusu hüküm eşya hukukunun temel prensipleri ile bir arada düşünüldüğünde, bağımsız bölüm mülkiyetinin satım, bağışlama ya da trampa gibi bir sözleşme ile devredilmesi ihtimallerinde, eşyaya bağlı mülkiyete konu²⁹ ortak yerler üzerindeki hak

²⁹ TMK 718/II hükmü, kanundaki istisnalar saklı kalmak üzere toprak yüzeyinin üstünde ve altında inşa edilen şeylerin, yani yapıların asıl olana katılma veya aslın hukuki kaderine bağlanma prensibi (Akzessionsprinzip-Superficies solo cedit) uyarınca arazi mülkiyetinin kapsamına gireceğini, diğer bir ifadeyle arazi ile birlikte bir bütün oluşturacağını belirtmektedir. Bu bağlamda, bir şey üzerindeki mülkiyetin kazanılmasının, ancak diğer bir şeyin iktisabına bağlı tutulduğu hallerde, eşyaya bağlı mülkiyet (subjektif-dingliche Eigentum, Realrecht) kavramından söz etmek gerekecektir (Kavram için ayrıca bkz. S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Eşya Hukuku I, İstanbul 1989, s. 810, dn. 25; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 292, d. 74; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981, Syst. Teil N 98, Rey, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, N 392 vd.). Her ne kadar TMK m. 779-793 hükümleri arasında taşınmaz lehine irtifak hakkına, TMK m. 839/II hükmünde ise eşyaya bağlı taşınmaz yüküne yer verilmişse de, hukukumuzda 2007 tarihinde KMK'da yapılan değişikliğe ve 2013 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü yürürlüğe girinceye kadar eşyaya bağlı mülkiyete ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. 2013 tarihli yeni TST m. 29 hükmünde “eşyaya bağlı mülkiyet” kavramı kullanılmamışsa da, “Ortaklaşa kullanılan yerlerin tescilli” kenar başlığını taşıyan söz konusu düzenlemede “Sosyal tesis, ticari mahal, yüzme havuzu, tenis kortu gibi taşınmaz veya bağımsız bölümler ortaklaşa kullanıma ayrılmış ise, malik sütununa yararlanan taşınmazların ada ve parsel veya bağımsız bölüm numaraları yazılır (f.1). Ortaklaşa kullanılan yerler, yararlanan taşınmazlarla aynı ada ve parsel içerisinde olabileceği gibi, ortak sınırı olmaksızın ayrı ada ve parsellerde de bulunabilir (f.2). Yararlanan taşınmazların kütük sayfasının beyanlar sütununa, ortaklaşa kullanılan taşınmazın, hangi ada ve parsel veya bağımsız bölümle ortak olduğu belirtilir (f.3). Ortaklaşa kullanılan yerler, kanuni istisnalar dışında, yararlanan bütün taşınmaz maliklerinin birlikte istemleri olmadan paylı mülkiyete dönüştürülemez (f.4).” ifadelerine yer verilmekte ve eşyaya bağlı mülkiyet ilişkisinden söz edilmektedir. Eşyaya bağlı mülkiyete ilişkin bir diğer düzenleme de, “Toplu yapı kapsamında olup, bütünüyle bu kap-

sahipliğinin dayanağı olan arsa payı da devredilmiş sayılacağından, kuşkusuz ortak yerlerin de bu devrin kapsamına girmesi bir zorunluluk arz etmektedir.³⁰ Bu nedenle, başlı başına kullanmaya elverişli olsalar bile kat mülkiyetine konu teşkil etmeyen ve ilgili kat maliklerinin ortak kullanım, yararlanma ve tasarrufuna tabi olan ortak yerlerin bağımsız bölümlerden ayrı olarak devri mümkün olmadığı gibi, bağımsız bölümün devri halinde söz konusu ortak yerlerin kapsam dışında tutulması da niteliği gereği mümkün değildir.³¹ Aynı şekilde, miras, mahkeme kararı veya cebri icra gibi bağımsız bölüm mülkiyetinin tescilsiz geçtiği hallerde de ortak yerler kendiliğinden devredilmiş sayılacağından, bağımsız bölüm mülkiyetini kazananlar, ortak yerlere de yine KMK m. 6/IV hükmünce malik olur.³² Bunlar dışında, söz

-
- samdaki bağımsız bölümlerin ortak kullanma ve faydalanmasına tahsis edilmiş bulunan parsellerin malik hanesine, tahsis edildikleri toplu yapı kapsamındaki diğer parsellerin ada, parsel, blok ve bağımsız bölüm numaraları gösterilmek suretiyle tapu siciline kaydedilir ve bu suretle tahsis edildikleri parsellerde bulunan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur” şeklinde bir düzenlemeye yer veren KMK m. 67/I. fıkrasında yer almaktadır (Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Şengül, s. 280 vd.; E. Saba Özmen/Hafize Erden, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına ve Kanuna Toplu Yapı İle İlgili Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısının Eklenmesi, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 74, 2000/10-11-12, s. 962). İşte, bu şekilde meydana gelen eşyaya bağlı mülkiyet ilişkisinde, birden fazla şey o derece birbiriyle bağlı hale getirilmiştir ki, bir kimse bir malın maliki olduğu için başka bir şeyin de kendiliğinden maliki haline gelmektedir. Böyle bir hukuki birlikteliğin varlığı halinde, hakim taşınmazı devredip, ona bağlı diğer taşınmaz mülkiyetini muhafaza etmek mümkün değildir. Ayrıca, böyle bir intikali tarafların arzu edip etmemelerinin, hatta diğer taşınmaz mülkiyetine ilişkin devri istememelerinin bir önemi de yoktur. Zira bu, ipso jure, yani hukuken ve kendiliğinden meydana gelen bir intikaldir (Bkz. Kemal Oğuzman, “Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar”, Halil Aslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978 (Eşyaya Bağlı Haklar), s. 121 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 562; Benno Schneider, *Das Schweizerische Miteigentumsrecht*, Bern 1973, s. 279 vd.).
- ³⁰ Aybay/Sanal, s. 41; Abdülkadir Arpacı, *Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu Devremülk Sistemi*, İstanbul 1987 (Kat Mülkiyeti), s. 41; Oğuzman, *Eşyaya Bağlı Haklar*, s. 121 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 562; Schneider, s. 279 vd.
- ³¹ Arcak, s. 183; Germeç, s. 162; Aybay/Sanal, s. 41; Arpacı, *Kat Mülkiyeti*, s. 41. Benzer şekilde, belirttiğimiz husus bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet hakkının devrine yönelik kişisel haklar için de geçerlidir. Örneğin, satışı vaad edilen bağımsız bölüme özgülenmiş ortak yerlerin, bu satışın dışında kalacağı kararlaştırılmaz.
- ³² Arpacı, *Kat Mülkiyeti*, s. 41. Miras bırakanın bağımsız bölüme ilişkin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar ortak yerleri de kendiliğinden kapsadığından, ortak yerlerin bağımsız bölümden ayrı olarak bu kapsamın dışında bırakılması mümkün olmadığı yönünde Aybay/Sanal, s. 41, 42.

konusu hüküm kapsamında kalan ve “kayıtlanması” şeklinde ifade edilen bağımsız bölümün intifa (TMK m. 794 vd.) ve oturma (sükna) (TMK m. 823 vd.) hakları yanında taşınmaz rehinine (TMK m. 850 vd.) konu edilmesinde de, bağımsız bölüm sınırlandırılırken ortak yerlerin kapsam dışı bırakılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir.³³

Acaba aynı etki doğurucu hukuki işlem ve devirler bakımından ifade ettiğimiz bu husus, bağımsız bölüm kiralınmasında da zorunlu bir sonuç olarak mı değerlendirilmelidir? KMK m. 6/IV hükmünde bağımsız bölümlerin kiralınması halinde, ortak yerlerin de kiralınmış sayılacağı açıkça ifade edilmiştir.³⁴ Ancak, bazı yazarlarca devir ya da kayıtlamadan farklı olarak bağımsız bölümün kiralınmasında tarafların anlaşmasına göre, kiracının zorunlu olarak kullanması gerekmeyen ortak yerlerden yararlanmasının sınırlandırılabilmesi ileri sürülmekte, mesela kira sözleşmesinde, kiracının ortak yer niteliğindeki garajı kullanmayacağını kararlaştırılması mümkün görülmektedir.³⁵ Buna karşılık öğretide bir diğer görüş, KMK m. 6/IV hükmünün açık düzenlemesi karşısında, bağımsız bölüme ilişkin kira sözleşmesinde ortak yerlerin sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmayacağını, hatta bu konuda taraflarca aksi kararlaştırılmış olsa dahi kiracının yapılan sözleşmenin Kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle kiralayanı dava edebileceğini ileri sürmektedir.³⁶ Anlaşılabileceği üzere bu son görüş, aynı ya da kişisel hak tesis edici işlemler arasında fark görmeksizin veya ortak yerlerin niteliği arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın KMK m. 6/IV’de yer alan düzenlemeyi emredici hukuk kuralı olarak değerlendirmekte ve taraflarca aksinin kararlaştırılmasını mümkün görmemektedir.

- Kanaatimizce KMK m. 6/IV hükmünde yer alan bağımsız bölümün kiralınması halinde ortak yerlerin de kiralınmış sayılacağına ilişkin düzenlemeyi, kira ilişkisinin özelliği dikkate alınmak suretiyle ve ortak yer ve tesislerin niteliğine bağlı olarak değerlendirmekte ya-

³³ Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162.

³⁴ Söz konusu düzenleme sadece kiradan söz etmişse de, ücretsiz kullanım hakkının verildiği ariyet sözleşmesine veya başka bir nedenle sürekli bir şekilde bağımsız bölümü herhangi bir kişisel hakka dayalı olarak kullananlar bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca krş. E. Saba Özmen, “Kat Mülkiyetine Bağlı Eklentiler ve Bu Konudaki Taahhüt İşlemlerine Yönelik Hükümün Temelsizliği”, *Adalet Dergisi*, Yıl: 81, Temmuz-Ağustos 1990, S. 4, s. 38; Germeç, s. 311.

³⁵ Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162.

³⁶ Arcak, s. 183, 184.

rar vardır. Öncelikle, KMK m. 4 hükmünde belirtilen ve toplu yapılar açısından da m. 67'de düzenleme konusu yapılan bazı ortak yer ve tesislerin niteliği, kira sözleşmesinde kiracının bu yerlerden yararlanmasını engelleyici ya da sınırlayıcı hükümler içermesine imkân vermez. Bu anlamda, TBK m. 299 anlamında kiralananaya yüklenen kira konusu bağımsız bölümün kullanım ve yararlanmasının kiracıya bırakılması borcu, mevcut kira ilişkisinin bağımsız bölümden yararlanma unsurunu tamamlama bakımından zorunluluk arz eden ortak yer ve tesislerin teslim ya da tahsisini de kapsar.³⁷ Örneğin, bağımsız bölüme ilişkin kira sözleşmesi, kat mülkiyetine konu anagayrimenkuldeki ya da anaparıdaki veya toplu yapı bünyesindeki genel giriş kapısı, antre, merdiven, asansör, sahanlık, koridor gibi ortak yerlerden yararlanmayı veya merkezi ısınma ya da soğutma sistemi gibi tesislerden faydalanmayı da kapsamak zorundadır. Dolayısıyla bu gibi yerler kira sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılarak kiracının kullanma ve yararlanma hakkı ortadan kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz.³⁸

Buna karşılık, KMK m. 6/IV hükmünde yer alan bağımsız bölümün kiralınması halinde ortak yerlerin de kiralınmış sayılacağına ilişkin düzenlemenin bazı ortak yer ve tesisler bakımından emredici nitelikte bir hüküm özelliği taşımadığı, dolayısıyla bu gibi yer ya da tesislerin kira sözleşmesi ile kapsam dışı tutulmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Hemen ifade edelim, hangi ortak yer ve tesislerin bu özellikte sayılması gerektiği hususunda genel geçer bir ölçütün verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle her bir somut olay ayrı ayrı değerlendirilmeli ve kira ilişkisinin niteliğine aykırı düşmemek koşulu ile bağımsız bölümden yararlanma unsurunu tamamlama bakımından zorunluluk arz etmeyen bazı ortak yer ve tesislerin kapsam dışı tutulabileceği kabul edilmelidir. Örneğin, pek çok farklı kişinin kat malik olduğu bir sitede, bağımsız bölümlerden birinin kiraya verilmesinde bahçenin, otoparkın, genel çamaşırılık veya kurutma yerleri gibi ortak alanların kira sözleşmesinin kapsamı dışında tutulması mümkün görülmeyebilir. Buna karşılık, kat mülkiyetine konu olan ve tamamı aynı kişiye ait bir aile apartmanındaki bağımsız bölümlerden birinin kiralınmasında, kiracının tapu kütüğünde ortak yer olarak tahsisli arka

³⁷ Inceoğlu, Cilt I, s. 10, 11; Gümüş, Kira, s. 34; Aral/Ayrancı, s. 212.

³⁸ Ayrıca krş. Arcak, s. 183, 184.

bahçeyi, genel çamaşırlık veya kurutma yerini, genel otoparkı, havuz ve benzeri yerleri kullanmayacağına kira sözleşmesine konulacak bir hükümle kararlaştırılması mümkün görülmelidir.³⁹

c. Yönetim Planında Kullanma ve Yararlanma Hakkının Sınırlandırılması

Ortak yer ve tesislerin kullanım ve onlardan yararlanma hakkının kiracılar aleyhine sınırlandırılmasının kira sözleşmesi ile değil de, kat mülkiyeti hukukunun temel unsurlarından biri olan yönetim planında yer alacak hükümlerle mümkün olup olamayacağı hususuna da değinmek gerekmektedir. Bu konudaki görüşümüzü ifade etmeden önce, kısaca yönetim planının hukuki niteliğinin hatırlatılmasında fayda vardır.

Yönetim planının, kat mülkiyeti ilişkisinin sorunsuz bir şekilde sürdürülmesi ve ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların daha baştan giderilmesi bakımından, kat maliklerinin asgari müştereklerde birleştiklerini gösteren bir sözleşme niteliğinde olduğu ifade edilebilir.⁴⁰ Nitekim Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre de, yönetim planının, ana taşınmazın yönetim tarzının, kullanma maksat ve şeklinin, yönetici ve denetçilerin alacakları ücretin ve yönetime ait diğer hususların düzenlendiği, ayrıca tüm kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmünde olduğu açıkça ifade edilmiştir (KMK m. 28/I).

Belirtelim ki, yönetim planı alelade bir sözleşme niteliğinde olmayıp, aynı zamanda eşyaya bağlı bir borç kaynağı özelliği taşır. Bu bağlamda, bağımsız bölümü devren ya da tesisen kazanan üçüncü kişilerin dahi bu sözleşme hükümlerine uymaları gerekmektedir.⁴¹ Nitekim bu husus da KMK m. 28/IV hükmünde "Yönetim planı ve bunda yapılan değişiklikler, bütün kat malikleriyle onların külli ve cüzi haleflerini ve yönetici ve denetçileri bağlar" şeklinde ifade edilmiştir.

³⁹ Aynı yönde bkz. İnceoğlu, Cilt I, s. 365. Ayrıca krş. Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162.

⁴⁰ Reisoğlu, s. 110; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 49; Tekinay, s. 101; Arcak, s. 647, 648; Güneş Ayyıldız, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Düzeni ve Uygulama". *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, 2006/2, s. 677; Aybay/Sanal, s. 146.

⁴¹ Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 49; Şafak Erel, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 236 vd.. Ayrıca krş. Tekinay, s. 101, 102.

Ancak, her ne kadar yönetim planının sözleşmesel niteliğini düzenleyen KMK m. 28/I yanında onun bağlayıcılığı özelliğine vurgu yapan KMK m. 28/IV fıkraları düzenlemeye muhatap sùjeler olarak kat maliklerinden, onların külli ve cüzi halefleri ile yönetici ve denetçilerden söz etmekte ise de, söz konusu kapsama, bağımsız bölümü kira ve benzeri kişisel hak tesis edici bir sözleşmeye dayalı olarak kullanan kişilerin de gireceğı hususunda tereddüt edilmemelidir. Bir diğler anlamıyla, her iki düzenlemede sayılanların sınırlı sayıda olduğı kabulüne dayalı olarak, kiracıların yönetim planı ile bağılı olmadığı gibi bir sonuç doğru değildir. Aksine, yönetim planı emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla kat mülkiyeti ilişkisinin adeta temel düzenlemesi niteliğinde olup, kat maliklerine yüklediğı borçlar esasen bağımsız bölümü sınırlı aynı hak veya kişisel bir hakka dayalı olarak sürekli bir şekilde kullanan ve yararlananları da yükümlü hale getirir.⁴² Nitekim ifade ettiğimiz bu çıkarım, “Bu kanunda kat maliklerinin borçlarına dair olan hükümler, bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma (Sükna) hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanır” şeklinde hüküm getiren KMK m. 18/II'nin de doğal bir sonucudur.

Gerek klasik kat mülkiyetinde gerekse toplu yapılarda yönetim planı anağayrimenkulün yönetilmesi, bağımsız bölüm maliklerinin sorumluluğı, bağımsız bölümlerin kat maliklerince ya da kiracılar tarafından kullanılması durumunda bunların uymakla yükümlü olduğı kurallar, ortak yerlerin kullanılması ve bunlara ilişkin genel giderlerden sorumluluk gibi daha pek çok hususa ilişkin olarak hükümler içermekte ve bu niteliğı itibariyle de ortak yaşamı birlikte paylaşan kat malikleri (ve bağımsız bölümü sınırlı aynı veya kişisel hakka dayalı olarak kullananlar) arasındaki sorunların çözümünde önemli bir yer teşkil etmektedir. Acaba “Bağımsız bölümlerin başkasına devri, kayıtlanması veya kiralanması halinde, ... ortak yerler de kendiliğinden devredilmiş, kayıtlanmış ve kiralanmış olur” şeklindeki KMK m. 6/IV. fıkrasına rağmen, ifade ettiğimiz şekliyle önemli bir işlevi yerine getiren yönetim planı, doğrudan kiracıların ortak yer ve tesisleri kullanmalarını ya da onlardan yararlanmalarını ortadan kaldırıcı veya

⁴² Aybay/Sanal, s. 146; Reisoğlu, s. 110; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 49; Tekinay, s. 101; Arcak, s. 647, 648.

sınırlayıcı ya da başka koşullara (ek gider, giriş ücreti ve benzeri) bağlayıcı hükümler içermesi mümkün müdür?

Bu konuda, kira sözleşmesi ile sınırlama bakımından bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz görüşler, kısıtlamanın yönetim planı ile yapılması halinde de değişmemektedir. Dolayısıyla bağımsız bölümün kiralanmasında, kiracının zorunlu olarak kullanması gerekmeyen ortak yerlerden yararlanmasının yönetim planı ile de sınırlandırılabileceğini kabul edenler⁴³ yanında, KMK m. 6/IV'de yer alan düzenleme karşısında ortak yerlerin kullanım ve yararlanma bakımından yönetim planı ile herhangi bir kısıtlamaya imkân vermeyeceğini ileri süren görüş de mevcuttur.⁴⁴

Görüşümüzü açıklamadan önce kısaca yönetim planının hangi içerikte olabileceğine değinmek istiyoruz. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 12/b hükmü, yönetim planının, bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre ve KMK m. 28 çerçevesindeki esaslara göre hazırlanarak, kat mülkiyetini kuran malik veya maliklerce imzalanmış olması gereğine işaret etmektedir.⁴⁵ Söz konusu düzenlemeye göre, yönetim planı, yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini, yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları düzenleyecektir. Hükümde yer alan ve yönetim planının muhtevasına giren hususların hemen hepsi açık olmakla birlikte, “yönetime ait diğer hususlar” ibaresi yoruma muhtaç niteliktedir. Biz, Kanuni sınırlar içerisinde kalmak koşulu ile kat mülkiyeti ilişkisinde her türlü düzenlemenin yönetim planında yer alabileceği ve “yönetime ait diğer hususlar” ifadesinin içeriğinin de bu çerçevede doldurulması gerektiği kanaatindeyiz.⁴⁶ Buna göre, kural olarak yönetim planı, kat mülkiyeti ilişkisinde kat malikleri ve bağımsız bölümleri sınırlı ayrı veya kişisel hakka dayalı olarak sürekli bir şekilde kullananlar arasındaki yönetim tarzını, bu kapsamdaki yapılara veya ortak yerlere ilişkin kullanma maksat ve şeklini, bağımsız

⁴³ Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162.

⁴⁴ Arcak, s. 183, 184.

⁴⁵ Yönetim planının nasıl hazırlanacağı, içeriğinde tek tek nelerin yer alacağı gibi hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 55 vd.; Reisoğlu, s. 110-112; Tekinay, s. 101 vd.; Gökner, s. 94 vd.; Arcak, s. 648 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 184-186; Kadir Daylık, Kat Mülkiyeti Hukukunda Yönetim Planı, İstanbul 2007, s. 24 vd.

⁴⁶ Ayrıca bkz. Şengül, s. 152.

bölümlerin kiralanması halinde uyulması gereken kuralları, ortak yer ve tesislerin özenle kullanılması ve bakımı, bunlardan doğan ortak giderlerin paylaşımı gibi daha pek çok hususu içerebilir.⁴⁷

Ancak, yönetim planında yer alacak hususların da sınırsız olduğu düşünülmemelidir. Her ne kadar yönetim planının bir sözleşme hükmünde olduğunu ifade eden KMK m. 28/I karşısında, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kat maliklerinin diledikleri tarzda bir yönetim planı hazırlamalarının mümkün olduğu ifade edilebilir ise de, yönetim planının muhtevasını belirleme bakımından bu şekildeki bir sözleşme özgürlüğünün sınırını, emredici hukuk kuralları çizmektedir. Nitekim bu hususa KMK m. 27'de açıkça işaret edilmiş ve kat mülkiyeti ilişkisinde yönetim tarzının emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla kat maliklerince belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Şu halde, Kanun'un emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içermesi yönetim planının geçersizliği sonucunu doğuracak ve bu nitelikteki yönetim planı hükümleri, ilgili kişileri bağlamayacaktır.⁴⁸

Fakat belirtelim ki, KMK'da yer alan hükümlerin hangilerinin emredici veya yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğunu kesin bir biçimde belirlemek her zaman mümkün değildir.⁴⁹ Nitekim bu husus "Bağımsız bölümlerin başkasına devri, kayıtlanması veya kiralanması halinde, ... ortak yerler de kendiliğinden devredilmiş, kayıtlanmış ve kiralanmış olur" şeklindeki KMK m. 6/IV. fıkrası bakımından da geçerli olup, hükmün emredici nitelikte olduğu ileri sürülebileceği gibi,⁵⁰ aksinin kararlaştırılabileceğini ileri sürmek de olasıdır.⁵¹ Biz ise meseleyi farklı bir şekilde değerlendirdiğimizi ve eşya hukukuna hâkim ilkeler karşısında devir veya bir hakla kayıtlama bakımından aksinin karar-

⁴⁷ Şengül, s. 152, 153. Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 49, 50; Tekinay, s. 102, 103; Gökmar, s. 95; Ayyıldız, s. 678, 679; Arcak, s. 648.

⁴⁸ Aybay/Sanal, s. 143; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 50, 51; Tekinay, s. 103; Reisoğlu, s. 108; Daylık, s. 113 (ayrıca krş. s. 49-51).

⁴⁹ Öğretide, KMK m. 24/I, KMK m. 28/III, KMK m. 28/VII, KMK m. 28/II, KMK m. 31/I, KMK m. 31/II, KMK m. 31/son, KMK m. 33, KMK m. 36/II, KMK m. 34/II, KMK m. 28/IV, KMK m. 34/VII, KMK m. 41/I, KMK m. 42, KMK m. 44, KMK m. 45 hükümlerinin KMK'daki emredici hükümlerden olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 108-110; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 51, dn. 15; Aybay/Sanal, s. 150).

⁵⁰ Ayrıca krş. Arcak, s. 183, 184.

⁵¹ Ayrıca krş. Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162; İnceoğlu, Cilt I, s. 365.

laştırılamayacağını, buna karşılık kira sözleşmesi gibi kişisel hak tesis edici işlemler açısından bazı ortak yer ve tesisler için bunun mümkün olabileceği yönündeki görüşümüzü bir önceki başlıkta ifade etmiştik. Bu bağlamda, kira ilişkisinden doğan bağımsız bölümden yararlanma unsuru, kat mülkiyetine konu anagayrimenkuldeki ya da anayapıdaki veya toplu yapı bünyesindeki genel giriş kapısı, antre, merdiven, asansör, sahanlık, koridor gibi ortak yerlerden yararlanmayı veya merkezi ısınma ya da soğutma sistemi gibi yer ve tesislerden faydalanmayı da kapsamak zorunda olduğundan, yönetim planına kiracının bu gibi ortak yer ve tesislerden yararlanmasını engelleyici ya da sınırlayıcı hükümler konulamaz. Aksi halde yönetim planının ilgili hükümleri geçersiz sayılacak ve bu nitelikteki yönetim planı hükümleri, ilgili kişileri bağlamayacaktır.⁵²

Buna karşılık oldukça istisnai bir durum da olsa somut olay bakımından değerlendirildiğinde kira ilişkisinin niteliğine aykırı düşmeyen ve bağımsız bölümden yararlanma unsurunu tamamlama bakımından zorunluluk arz etmeyen bazı ortak yer ve tesislerden yararlanmanın yönetim planı ile kapsam dışı tutulabileceği, sınırlandırılabilirliği veya başka ek yükümlülüklerle tabi kılınabileceği kanaatindeyiz.⁵³ Bu bağlamda, alışveriş merkezindeki işyeri kiralarında, otoparkın sadece kat maliklerinin sistemde tanımlı araçlarının kullanımına tahsis edilmesi, aile apartmanındaki havuz ve spor tesislerinin sadece kat malikleri ve onlarla birlikte yaşayanların yararlanmasına özgülenmiş olması, bu kişiler dışında örneğin kiracıların söz konusu yerleri kullanamayacak-

⁵² Aybay/Sanal, s. 143; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 50, 51; Tekinay, s. 103; Reisoğlu, s. 108; Daylık, s. 113 (ayrıca krş. s. 49-51).

⁵³ Nitekim Yargıtay önceleri ortak yerleri kullanma hakkının yönetim planına konulan hükümlerle önlenemeyeceği yönünde kararlar vermekte iken (örneğin bkz. Y. 5. HD., 23.6.1975, 17128/11344 (Arcak, s. 308)) sonraki tarihli kararlarında bu sonuca olumlu yaklaşmıştır. Örneğin, "...ortak yerlerin kullanma biçimi hakkında sözleşme yapmak yahut bu yerlerin kullanma biçimini yönetim planı ile belirlemek mümkün ise de, kat malikleri Kanununun 28. maddesi uyarınca yönetim planını değiştirebilecekleri gibi hâkimin müdahalesini de isteyebilirler. Bu değişiklik için hâkimin müdahalesinde planın yasaya, hakkaniyete ve adalete aykırı olduğunun, çekilmez ve katlanılmaz koşullar taşıdığına ispatlanması gerekir." şeklinde bkz. Y. 5. HD., 10.11.1986, 14390/14922 (Karahacıoğlu, s. 306). Ortak yerlerden bahçenin kat maliklerinden biri tarafından kullanılmasına ilişkin yönetim planına konulan hükmün geçerli olduğuna ve bu hükmün iptalinin mümkün olmadığına ilişkin ayrıca bkz. Y. 5. HD., 31.5.1982, 5476/5580 (Arcak, s. 315, 316). Ayrıca krş. İnceoğlu, Cilt I, s. 365. Ayrıca krş. Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162.

larının, belirli sınırlamalar çerçevesinde kullanabileceklerinin ya da kiracılara özgü olarak ücret alınacağıının yönetim planında hüküm altına alınmış olması olasıdır. Böyle bir yönetim planı hükmünün kat malikleri ve onların bağımsız bölümünü kiralayanlar bakımından bağlayıcı olması ise KMK m. 28/IV hükmünün bir gereğidir.

3. Kiracıların Ortak Yer ve Tesisleri Kullanma ve Yararlanma Hakkının Ölçüsü

Kat mülkiyetinde bağımsız bölüm maliklerinin ortak yerleri ne şekilde kullanacakları ve yararlanacaklarına ilişkin hüküm KMK m. 16/II'de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre "Kat malikleri ortak yerlerde kullanma hakkına sahiptirler; bu hakkın genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma gibi yerlerdeki ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça her kat malikine ait arsa payı ile orantılıdır".

Şu halde, bağımsız bölümün kiralanması halinde, ortak yerler de kendiliğinden kiralanmış sayılacağından (KMK m. 6/IV), kat maliklerinin KMK m. 16/II hükmünde ortak yer ve tesisler bakımından söz konusu olan kullanma ve yararlanmanın ölçüsü, kiracılar için de geçerli sayılacak,⁵⁴ dolayısıyla kiracılar da aksine sözleşme olmadıkça ifade edilen kapsamdaki ortak yer ve tesislerde kira konusu bağımsız bölüme düşen arsa payı ile orantılı bir kullanma ve yararlanma hakkına sahip olacaktır. Ancak, şu hususu da ifade edelim, her ne kadar KMK m. 16/II hükmü örnek olarak gösterilen ve bunlara benzeyen bazı ortak yerler üzerindeki kullanım hakkının, arsa payı ile orantılı olacağını belirtmiş ise de, genel giriş kapısı, asansör, merdiven ya da antre gibi bazı ortak yerlerin niteliği düşünüldüğünde, bunların kullanımını arsa payı oranına bağlamanın mümkün olmayacağı gayet açıktır. Dolayısıyla bu gibi ortak yer ve şeyler üzerinde her bir kat malikinin ve onun kiracılarının kendilerine ait ortak yerler üzerinde eşit kullanım ve yararlanma hakkına sahip olacağıının kabulü gerekir.⁵⁵

Diğer taraftan, KMK m. 16/II hükmünde "aksine sözleşme olmadıkça" ifadesine yer verdiğiinden, kat maliklerinin söz konusu ortak yer

⁵⁴ Kiracının ortak yeri malikin haklarına dayanarak kullanabileceği yönünde Y. 5. HD., 29.06.1987, 15340/12739 (Germeç, s. 166).

⁵⁵ Şengül, s. 351, 352; Aybay/Sanal, s. 92, 93; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 65; Germeç, s. 310, 311.

ve tesislerin kullanılmasına ilişkin eşitliği bozacak şekilde anlaşmaları mümkündür. Gerçi, KMK m. 16/II'deki "sözleşme" kavramı ile kastedilenin ne olduğu açık değildir. Bununla birlikte, yönetim planı veya kat maliklerinin oybirliği ile alınmış kurul kararı ya da kurul dışında ancak yine ilgili kat maliklerinin tümünün muvafakatiyle yapılmış bir anlaşmanın da "sözleşme" niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶

İşte, kat malikleri arasında, KMK m. 16/II hükmünde ifade edilen farklı bir kullanma ve yararlanmanın, bu şekildeki bir "sözleşme" ile kararlaştırıldığı hallerde, bağımsız bölüm kiracıları da söz konusu anlaşma ile bağlı olacaklardır. Bu bağlamda örneğin, ortak yer niteliğindeki havuzun, spor tesislerinin, çamaşırlığın, kurutma yeri ve benzeri ortak yer ve tesislerin bağımsız bölümler arasında zamansal kullanımına ilişkin anlaşmalar yapılması mümkün olduğu gibi, ortak garaj ya da deponun yer itibarıyla eşit olmayan bir biçimde bağımsız bölümlerin kullanımına özgülünmüş olması da olasıdır.⁵⁷ Bu şekildeki bir "sözleşme"nin ise, KMK m. 18/II, 28/IV ve 32/II hükümleri çerçevesinde kat malikleri yanında, bağımsız bölümleri kiralayanlar açısından da bağlayıcı olacağına kuşku yoktur. Dolayısıyla, KMK m. 16/II hükmünce ortak yer ve tesislerin kullanma ve yararlanmanın ölçüsünün farklı şekillerde belirlendiği kat mülkiyeti ilişkilerinde, söz konusu yerleri kullanma veya yararlanma bakımından kiralayan ve kiracı arasındaki sözleşme değil, kat mülkiyeti ilişkisindeki "sözleşme" önceliklidir. Bu nedenle, kat malikleri bağımsız bölümlerini kiralarken, kiracılara KMK m. 16/II'ye göre ortak yer ve tesislerde "sözleşme" ile belirlenmiş olandan ve kendilerine

⁵⁶ Şengül, s. 354, 355; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 65; Aybay/Sanal, s. 93; Germeç, s. 311. Tapu memuru tarafından yapılacak kat mülkiyetinin kurulmasına ilişkin resmi senette bu konuya ilişkin bir hükmün yer alamayacağı yönünde ayrıca bkz. Arcak, s. 296; Aybay/Sanal, s. 93; Karahacıoğlu, s. 294.

⁵⁷ Yargıtay önceleri ortak yerleri kullanma hakkının yönetim planına konulan hükümlerle önlenemeyeceği yönünde kararlar vermekte iken (Örneğin bkz. Y. 5. HD., 23.6.1975, 17128/11344 (Arcak, s. 308)) sonraki tarihli kararlarında bu sonuca olumlu yaklaşmıştır. Örneğin, "...ortak yerlerin kullanma biçimini yönetim planı ile belirlemek mümkün ise de, kat malikleri Kanununun 28. maddesi uyarınca yönetim planını değiştirebilecekleri gibi hâkimin müdahalesini de isteyebilirler. Bu değişiklik için hakim müdahalesinde planın yasaya, hakkaniyete ve adalete aykırı olduğunun, çekilmez ve katlanılmaz koşullar taşıdığına ispatlanması gerekir." şeklinde bkz. Y. 5. HD., 10.11.1986, 14390/14922 (Karahacıoğlu, s. 306). Ortak yerlerden bahçenin kat maliklerinden biri tarafından kullanılmasına ilişkin yönetim planına konulan hükmün geçerli olduğuna ve bu hükmün iptalinin mümkün olmadığına ilişkin ayrıca bkz. Y. 5. HD., 31.5.1982, 5476/5580 (Arcak, s. 315, 316).

düşenden daha fazla bir kullanma ya da yararlanma hakkı sağlayamaz. Aksi durum, kiralayanın taahhüdünün niteliğine göre kiracının ortak yer ve tesislerden daha az yararlanması ya da hiç yararlanamaması sonucunu doğurabilir ki, bu gibi hallerde kiracı, somut olay çerçevesinde bildirilen (vaad edilen) kullanımın sağlanmaması olgusuna dayalı olarak ayıptan doğan haklarını kullanabilir.⁵⁸

C. Kiracının Eklentiler Üzerindeki Hakları

1. Genel Olarak Kat Mülkiyetinde Eklenti ve Eklentinin Hukuki Niteliği

Kat mülkiyeti hukukunda eklenti, eşya hukukundan farklı bir tanım ve içeriğe sahiptir. KMK m. 2/a hükmünde eklenti, bir bağımsız bölüm dışında olup da doğrudan doğruya o bağımsız bölüme tahsis edilmiş olan yerler olarak tanımlanmıştır. Ancak, bu tanım yanında eklenti kavramının asıl içeriği KMK m. 6/I hükmünde doldurulmuştur. Nitekim söz konusu düzenleme nelerin eklenti sayılabileceğine ilişkin örnekler vermiş ve kömürlük, su deposu, garaj, elektrik, hava-gazı veya su saati yuvaları yahut tuvalet gibi yerlerin yine bağımsız bölüm dışında olmak ve doğrudan doğruya o bağımsız bölüme tahsis edilmek suretiyle eklenti niteliğini kazanacağı ifade edilmiştir.

Şu halde, KMK m. 2/a hükmü yanında KMK m. 6/I. fıkrasının açık düzenlemesi karşısında bir yerin eklenti olarak nitelendirilebilmesi için her şeyden önce onun, “bağımsız bölüm dışında” bulunması gerekmektedir. Bu nedenle bir bağımsız bölüm içinde yer alan ve o bölümü tamamlayan su deposu, kömürlük, odunluk gibi yerler müştemilat olarak kabul edilmekte ve eklenti sayılmamaktadır.⁵⁹ Benzer şekilde, başka yerden girişi olmayan ve sadece bir bağımsız bölümün içinden girilebilen bodrum katı veya bir dükkânın arkasındaki depo ya da bir mağazanın asma katı da o bağımsız bölümün eklentisi değil, müştemilatı niteliğindedir.⁶⁰

⁵⁸ Ayrıca krş. Sezer Çabri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 91 vd.; Gümüş, Kira, s. 107 vd.; İnceoğlu, Cilt I, s. 128.

⁵⁹ Özmen, s. 31; Arcak, s. 181; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 161; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 27.

⁶⁰ Gökner, s. 54.

Bir bağımsız bölümün eklentisinin ne şekilde anlaşılacağı meselesine gelince; öncelikle eklentinin temel özelliği, “bağımsız bölüm dışında” bulunmak olduğuna göre, bu koşulu sağlayan anayapı bünyesinde (örneğin bodrum katta) veya anayapı dışında ve fakat yapının oturduğu parsel içinde yer alan kömürlükler, depolar, otopark ve benzeri yapı ya da bölümlerin eklenti niteliğini kazanması mümkündür.⁶¹ Buna göre şayet eklenti, anayapı içinde, örneğin bodrum katta yer almakta ise, hangi eklentinin hangi bağımsız bölüme ait olduğu mimari projeye ve özgülendiği bağımsız bölümün beyanlar hanesine göre belirlenir.⁶² Anayapı kapsamındaki eklentiler mimari projede ve özgülendiği bağımsız bölümün beyanlar hanesinde gösterilmek zorunda olduğundan, bu şekilde bir yazımın bulunmadığı bir yer veya yapının fiili olarak kullanılması, onun eklenti niteliğini kazanmasını sağlamayacaktır. Tapuda eklenti olarak kayıtlı olmayan bu gibi yerler, ortak yer niteliğindedir.⁶³

Buna karşılık, şayet eklenti anayapı dışında ve fakat parsel içinde yer almakta ise, bunun vaziyet plan ve projesinde ya da kadastro planında, kadastro planı henüz yapılmamışsa tapu haritasında gösterilmesi gerekir (KMK m. 6/II). Vaziyet planında, kadastro veya tapu haritasında gösterilmemiş bir yer bazı kat maliklerince otopark, depo ve benzeri amaçlarla fiili olarak kullanılsa da yine o yer eklenti niteliğinde sayılmayacaktır.

Eklentinin hukuki niteliğine gelince; bu husus KMK m. 6/I hükmünün devam eden cümlesinde belirtilmiştir. Buna göre eklentiler ait olduğu bağımsız bölümün bütünüleyici parçası⁶⁴ sayılır ve bağımsız bö-

⁶¹ Şengül, s. 209, 210; Tekinay, s. 15; Arcak, s. 185; Özmen, s. 31, 32; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 28; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 161; Aybay/Sanal, s. 40; Gökner, s. 55.

⁶² Reisoğlu, s. 39; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 27; Aybay/Sanal, s. 40.

⁶³ Y. 5. HD., 29.4.1971, 3805/4260 (Germeç, s. 168); Y. 5. HD., 29.06.1987, 15340/12739 (Germeç, s. 166).

⁶⁴ Kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüme özgülünen ve bütünüleyici parça sayılacağı ifade edilen eklentilerin TMK m. 684 hükmünde düzenlenen bütünüleyici parça hükmünde olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bağımsız bölümle eklenti arasında bütünüleyici parça ilişkisine ait koşulların hiçbirinin bulunmaması nedeniyle KMK m. 6/I hükmünde eklentinin bütünüleyici parça sayılmasının tamamen yanlış olduğu ve bağımsız bölüme bağlanan eklenti üzerindeki hakkın eşyaya bağlı bir mülkiyet hakkından ibaret olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle bu gö-

lüm maliki eklentilerin de tek başına maliki olur. Anlaşılacağı üzere Kanun ilgili düzenlemesi ile kat malikine tıpkı bağımsız bölümde olduğu gibi eklentiler üzerinde de malik hak ve yetkilerine sahip olma imkânı vermektedir. Söz konusu durumun doğal sonucu olarak da, (aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere) KMK m. 6/IV hükmünde bağımsız bölümlerin başkasına devredilmesi, kayıtlanması ve kiralanması durumunda eklentilerin de devredilmiş, kayıtlanmış ve kiraya verilmiş sayılacağı ifade edilmiştir.

2. Kiracının Eklentiye Kullanma ve Yararlanma Hakkı

a. Hakkının Düzenleniş Biçimi

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 6/IV hükmü ortak yerler yanında eklentiler bakımından da geçerli olan bir ifadeyi içermektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Bağımsız bölümlerin başkasına devri, kayıtlanması veya kiralanması halinde, ... eklentiler de kendiliğinden devredilmiş, kayıtlanmış ve kiralanmış olur”.

Şu halde, ortak yer ve tesislerde olduğu gibi, bir bağımsız bölümün kiraya verilmesi durumunda kiracının yararlanma hakkı, bağımsız bölümün kömürlük, garaj, su deposu, teras, tuvalet ve benzeri eklentilerini de kapsayacak, kiraya veren TBK m. 301 anlamında teslim borcunu, ancak bu gibi yerlerde yararlanmayı sağlayacak anahtar ve benzeri vasıtaları da kiracıya teslim ederek gereği gibi ifa etmiş sayılacaktır.⁶⁵

rüş taraftarlarınca TMK m. 684 hükmünde aranan asıl şeyle bütünleyici parça arasında maddi bir bağlantının bulunmasına ilişkin şartlar karşısında, özellikle kömürlük depo gibi bağımsız bölümle maddi bağlantısı bulunmayan yerlerin eşya hukukuna özgü teknik anlamıyla bütünleyici parça sayılması mümkün değildir. Bkz. Tekinay, s. 16; M. Reşit Karahasan, Kat Mülkiyeti Hukuku, C.1, İstanbul 2008, s. 62. Diğer bir görüşe göre ise KMK m. 6/I hükmünün eklentilerin “bütünleyici parça” olduklarını değil, “bütünleyici parça sayılacaklarını” ifade ettiğinden, eklentiler açısından sıkı maddi bağlılık şartını aramaya gerek yoktur. Dolayısıyla asıl şey ile bütünleyici parça arasındaki bağlılık, aslında KMK m. 6/I hükmündeki eklentilerin bağımsız bölüme tahsis edilmesiyle oluşmakta ve eklentilerin bağımsız bölümün hukuki akıbetine tabi olması nedeniyle de “bütünleyici parça sayılma” durumu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Aybay/Sanal, s. 39; Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 24-26; Galip Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1998, s. 236.

⁶⁵ Gümüş, Kira, s. 101; Yavuz/Acar/Özen, s. 384, 385; Tandoğan, s. 110, İnceoğlu, Cilt I, s. 75; Zevkliler/Gökyayla, s. 250.

b. Eklentide Kullanma ve Yararlanma Hakkının Sınırlandırılması

Ortak yer ve tesislerde olduğu gibi, bağımsız bölümlerin başkasına devri, kayıtlanması veya kiralanması halinde, eklentilerin de kendiliğinden devredilmiş, kayıtlanmış ve kiralanmış sayılacağına ilişkin KMK m. 6/IV. fıkrasına rağmen, kira sözleşmesi ile bağımsız bölümün eklentisinin kapsam dışı tutulup tutulamayacağı ya da buna ilişkin sınırlama getirilip getirilemeyeceği hususu da tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar kira sözleşmesi ile eklentilerin kapsam dışında tutulabileceği ve kiracının sadece bağımsız bölümle sınırlı olacak şekilde kullanma ve yararlanma hakkına sahip olabileceği görüşündedir.⁶⁶ Bu görüşe göre özellikle eklentiler bakımından kira ilişkisinde tarafların iradesi önemli olup, kira sözleşmesi uyarınca bağımsız bölüm kiracısının bu bölümün eklentisi niteliğindeki garajdan yararlanmayacağına kararlaştırılmış olması mümkün ve geçerlidir.⁶⁷

KMK m. 6/IV'de yer alan düzenlemeyi emredici hukuk kuralı olarak değerlendiren ve taraflarca aksinin kararlaştırılmasını mümkün görmeyen diğer bir görüşe göre ise bağımsız bölüme ilişkin kira sözleşmesinde eklentilerin sözleşmenin kapsamı dışında tutulması veya kiracının bu yerlerden yararlanma hakkının kısıtlanması mümkün değildir.⁶⁸ Hatta bu görüşe göre KMK m. 6/IV hükmünün emredici karakteri düşünüldüğünde, bağımsız bölüm kiraya verilirken o bağımsız bölümün eklentisi niteliğindeki garaj ya da depo kira sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılsa da, kiracı sözleşmede eklentiye ihtiyacı bulunmadığını kabul etmiş de olsa, kira sözleşmesinin bu nitelikteki hükümleri geçersizdir; kiracı TBK m. 27/I (BK m. 19) hükmüne dayanarak eklentinin kendisine tahsisi konusunda kiralayana dava açılabilir.⁶⁹

Bu konudaki görüşümüzü açıklamadan önce, bağımsız bölüm-eklenti ilişkisi bakımından aşağıda aynı hukuki sonuçlara ulaşacağımız bir başka tartışmaya daha yer vermek istiyoruz. Az evvel ifade ettiğimiz husus, bağımsız bölüm kiralalarında eklentilerin kira ilişkisinin dı-

⁶⁶ Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162.

⁶⁷ Aybay/Sanal, s. 42.

⁶⁸ Arcaç, s. 183, 184; Karahasan, s. 64; Gökner, s. 59; Pulak, s. 87.

⁶⁹ Arcaç, s. 183, 184; Karahasan, s. 64; Gökner, s. 59.

şında tutulup tutulamayacağı veya bu yönde başka bazı sınırlamalara gidilip gidilemeyeceği yönündeydi. Tartışmalı olan diğer konu ise, uygulama açısından da oldukça önemli sorunları bünyesinde barındıran eklentinin, bağımsız bölümden ayrı ve başlı başına kira sözleşmesine konu edilip edilemeyeceği meselesidir.

Öğretide bunun mümkün olabileceğini savunanlar⁷⁰ yanında, KMK m. 6/IV hükmünün emredici niteliğinden hareketle bir bağımsız bölümün eklentisi niteliğindeki garaj ve depo gibi yerlerin, bağımsız bölümden ayrı olarak kiralanmasının mümkün olamayacağını, hatta bağımsız bölüm eklentisini kiralayan kişinin aynı apartmanda yaşayan başka bir kat maliki olsa dahi buna imkân bulunmadığını ileri süren yazarlar⁷¹ da vardır. Yargıtay da bu son görüşte olup, eklentinin bağımsız bölümden ayrı olarak kiralanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir.⁷²

Kanaatimizce daha önce ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz KMK m. 6/IV hükmünün salt kat mülkiyeti ilişkisi açısından değil, eşya hukukuna hâkim prensipler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği hususu, eklentiler bakımından ayrıca önem kazanmaktadır. Dolayısıyla hem bağımsız bölümün kiralanmasında eklentinin hariç tutulması (veya başka bir şekilde kullanma ya da yararlanmanın sınırlandırılması) hem de bağımsız bölümden ayrı olarak sadece eklentinin kiralanması

⁷⁰ Özmen, s. 38 vd.; Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162.

⁷¹ Arcak, s. 183, 184; Karahasan, s. 64; Pulak, s. 87; Gökmar, s. 59 (Yazar, kat maliki ile kiracı arasındaki sözleşme ile sadece eklentinin kiralanmasının mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte, diğer bağımsız bölüm ve hak sahiplerinin haklarını ihlal etmemek ve onlarla muvafakatlerini almak koşulu ile sadece eklentinin bir başkasına kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmadığını ileri sürmektedir).

⁷² Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “..KMK m. 6. maddesine göre eklentiler o bağımsız bölümün bütünleyici parçasıdır ve bağımsız bölümden ayrı olarak satılamaz ve devredilemez. Böyle olunca, mesken niteliğindeki bir bağımsız bölümden garaj olarak gösterilen eklentisi bu amaç dışına çıkarılarak ve bağımsız bölümden ayrı olarak başkalarına işyeri şeklinde kiraya verilemez.” demek suretiyle KMK m. 6/IV hükmünün emredici nitelikte olduğu kabulüne dayalı bir hüküm tesis etmiştir. Bkz. Y. 5. HD., 22.12.1986, 17737/17428 (Germeç, s. 166, 167). Benzer şekilde bir başka kararında da “Eklentilerin bağımsız bölümden ayrı olarak kiraya verilmesi söz konusu olamaz... Başka başka kimselere ait ve her birisi başka bir bağımsız bölümün ayrılmaz parçası niteliğindeki eklentilerin birleştirilip kullanılması düşünülemeyeceğinden, bu eklentileri birbirinden ayıran aradaki duvarın yıkılıp kaldırılması da mümkün olamaz.” ifadelerine yer vermiştir. Bkz. Y. 5. HD., 06.06.1977, 3980/4412 (Arcak, s. 190).

mesesinin de yine eşya hukuku ilkelerince ele alınması ve özellikle kira sözleşmesi gibi borçlandırıcı işlem mahiyetindeki hukuki ilişkiler açısından söz konusu hükmün düzeltici yorum bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Şöyle ki; öncelikle KMK m. 6/IV hükmünde yer alan bağımsız bölümün kiralanması halinde eklentilerin de kiralanmış sayılacağına ilişkin düzenlemeyi, kira ilişkisinin özelliği de dikkate alınmak suretiyle eklentinin niteliğine bağlı olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda, KMK m. 2/a hükmüne göre bağımsız bölüm dışında olup da doğrudan doğruya o bağımsız bölüme tahsis edilmiş olan öyle bazı eklentiler bulunabilir ki, bunların niteliği zaten bağımsız bölümden ayrılmalarına imkan vermez veya bunlar bağımsız bölümden ayrı bir kullanma ya da yararlanmaya konu edilemez. Gerçekten, KMK m. 6/I hükmünde elektrik, havagazı veya su saati yuvaları gibi yerler ve bunların bağımsız bölümle bağlantısını sağlayan boru ya da kablo gibi iletim vasıtaları nitelik olarak da ekonomik olarak da bir bütünü ifade etmekte ve tam da KMK m. 6/I'in eklentilerin ait olduğu bağımsız bölümün bütünleyici parçası sayılacağı şeklindeki hükmü, bu gibi eklentiler bakımından işlevini yerine getiren bir özellik taşımaktadır.⁷³

Buna karşılık, somut olarak ifade ettiğimiz niteliksel ya da ekonomik bir bütünlüğe sahip bulunmayan, aksine kendisine arsa payı tahsisi yapılmadığı için bağımsız bölüm sayılmayan ancak tıpkı bir bağımsız bölüm gibi ayrı ve başlı başına kullanılma ya da yararlanılma özelliği bulunan eklentilerin durumu üzerinde ayrıca düşünülmesi gerekmektedir. Biz, KMK m. 6/I hükmünde belirtilen ancak sınırlı olarak sayılmamış kömürlük, su deposu, garaj ya da depo gibi fiili hâkimiyete elverişli, dolayısıyla da ayrı bir zilyetlik tesisinin mümkün olduğu eklentilerin, bütünleyici parçası sayıldıkları bağımsız bölümden ayrı olarak kişisel hak niteliğinde bir sözleşmesel ilişkiye konu edilebilmesinin mümkün olduğu görüşündeyiz. Dolayısıyla örneğin, bağımsız bölümünü kiralayan kat maliki, kendi kişisel ya da ticari ihtiyaçları için kömürlüğü, otoparkı veya depoyu kira sözleşmesinin kapsamı dışında tutabilmeli, bağımsız bölümü kiraladığı halde bu gibi eklentileri kira sözleşmesinin kapsamı dışına çıkarabilmelidir.⁷⁴ Ben-

⁷³ Ayrıca krş. Özmen, s. 38.

⁷⁴ Bu nitelikteki eklentilerin kira sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılması halinde

zer şekilde, örneğin bağımsız ısınma sistemi bulunduğu için kömürlüğe, otomobili olmadığı için garaja ya da depoya ihtiyacı olmayan bir kat maliki, bağımsız bölümünün eklentisi niteliğindeki bu gibi yerleri bağımsız bölümü dışında başlı başına kiraya verebilmelidir.⁷⁵

Vardığımız bu sonucun gerekçesi ise eklentinin hukuki niteliğine ve bu niteliğe bağlı olarak ortaya çıkan eşya hukuku ilkelerine dayanmaktadır. KMK m. 6/I hükmünde, eklentilerin ait olduğu bağımsız bölümün bütünleyici parçası sayılacağı ifade edilmiş, buna bağlı olarak da eşya hukuku ilkeleri ile paralel diğer bir düzenleme olan bağımsız bölümlerin başkasına devredilmesi ve kayıtlanması halinde bütünleyici parça niteliğindeki eklentilerin de devredilmiş ve kayıtlanmış (KMK m. 6/IV) sayılacağı belirtilmiştir. Her ne kadar aynı ifade “kiralınması halinde eklentilerin de kiralanmış sayılacağı” hükmünü içermekte ise de, kira ve benzeri kişisel hak tesis edici borç ilişkilerini, aksi kararlaştırılmadıkça bağımsız bölümün kiralanması halinde eklentinin de kiralanmış sayılacağı şeklinde düzeltici yoruma tabi tutmak gerekir. Zira vardığımız bu sonuç kira ilişkisinin niteliği düşünüldüğünde ne kadar isabetli ise, eşya hukukunun asıl şey-bütünleyici parça ilişkisine bağladığı sonuçlar karşısında bağımsız bölümün “devri ve kayıtlanması” halinde asla ulaşılamayacak bir sonuçtur.

Gerçekten, TMK m. 684/II’de tanımlanan bütünleyici parça, asıl şeyin temel unsuru olarak sayılmış, ilk fıkrada ise asıl şeye malik olanın bütünleyici parçaya da malik olacağı ifade edilerek eşya hukukunda hâkim belirlilik ilkesi gereği, bir bütünden oluşan asıl şeyin temel unsuru haline gelmiş bütünleyici parçaların ayrılarak bağımsız bir eşya niteliği kazanmadıkça, ayrı bir aynı hak konusu oluşturamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre arsa payı verilen ve tapuda ayrı sayfaya kaydedilmeye taşınmaz mülkiyeti konusu haline gelen bir bağımsız bölüme KMK m. 6/I hükmünce kömürlüğün, garajın veya deponun özgülenmesi, bu yerleri o bağımsız bölümün bütünleyici parçası yapmakta ve belirlilik ilkesi gereği söz konusu eklentilerin aynı sonuçlar doğuracak hukuki kaderi, asıl şey olan bağımsız bölümün kaderine

ise, kiracının sonradan bunun geçersiz olduğunu ileri sürmesi ve kiralayana dava etmesi mümkün görülmemelidir. Bkz. Özmen, s. 41. Aksi yönde Arcaç, s. 183, 184; Karahasan, s. 64; Pulak, s. 87.

⁷⁵ Özmen, s. 40, 41.

tabi hale getirilmektedir. Bu nedenledir ki, bağımsız bölüm, satım, bağış veya mal değişim sözleşmesi gibi mülkiyeti devir borcu doğuran bir hukuki işlemle kat malikinin iradesiyle devredildiğinde ya da mahkeme kararı, cebri icra gibi herhangi bir tescilsiz iktisap nedenine dayalı olarak el değiştirdiğinde veya bağımsız bölüm, mülkiyeti devir dışında herhangi bir sınırlı aynı hak ile kayıtlı olduğunda, söz konusu tasarruf işlemleri kendiliğinden bağımsız bölümün eklentisinin de devri veya kayıtlanması sonucunu doğurmak zorundadır.⁷⁶ Sonuç olarak, bağımsız bölümün devri veya kayıtlanması halinde onun eklentileri bu devrin ya da kayıtlamanın dışında tutulamayacağı gibi, bağımsız bölüm haricinde sadece eklentinin devri veya kayıtlanması (mesela ipoteğe ya da herhangi bir irtifaka konu edilmesi) hem TMK m. 684/I, hem de onun kat mülkiyeti mevzuatındaki uzantısı niteliğindeki KMK m. 6/IV hükmü karşısında mümkün değildir.⁷⁷

Ancak, eşya hukukuna hâkim belirlilik ilkesi, kişisel hak doğurucu kira ve benzeri sözleşmeler bakımından geçerli değildir.⁷⁸ Gerçekten, bir şeyin bütünleyici parçaları, asıl şeyden ayrılarak bağımsız bir eşya vasfını kazanmadıkça ayrı bir aynı hak konusu teşkil etmedikleri halde, bunlar üzerinde asıl şeyden bağımsız bir şekilde zilyetlik tesisi mümkündür. Bu bağlamda, nasıl ki reklam amacıyla bir evin duvarının veya GSM operatörleri tarafından baz istasyonu için çatının, eşyanın ya da arsanın bir parçasının veya evin bir ya da bir kaç odasının kiralanması, hatta birden fazla eşyanın/ eşya birliğinin tek bir kira sözleşmesine konu edilmesi mümkündür,⁷⁹ aynen öyle de bağımsız bölüm dışında sadece eklentinin kiralanması ya da bağımsız bölüm kiralanırken eklentinin sözleşme kapsamı dışında tutulması da mümkün görülmeli ve bu hususun KMK m. 6/IV hükmüne aykırılık taşıdığı da ileri sürülememelidir.⁸⁰

⁷⁶ Özmen, s. 34 vd.

⁷⁷ Bu nedenle, eklentinin bağımsız bölümden ayrı olarak satışı, trampası, bağışı veya irtifak sözleşmelerine konu edilmesi halinde borçlandırıcı işlemin ifasının hukuki olarak imkânsız olması sonucunu doğuracak, bu ise sözleşmenin BK m. 27 hükmüne geçersiz olmasına neden olacaktır. Bu yönde bkz. Özmen, s. 38.

⁷⁸ Özmen, s. 38; İnceoğlu, Cilt I, s. 10.

⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, Cilt I, s. 10; Gümüş, Kira, s. 33.

⁸⁰ Özmen, s. 41, 42; Aybay/Sanal, s. 42; Arpacı, Kat Mülkiyeti, s. 41; Germeç, s. 162.

SONUÇ

Tamamlanmış ve tümü kargir olan bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bulunan ve 634 sayılı KMK hükümleri gereğince özel mülkiyete konu olan bölümlerinden her biri kat mülkiyeti hukuku anlamında bağımsız bölüm niteliğindedir. İşte, bir binadaki ya da site-deki mesken ya da dükkânın kiralınması halinde, kiralayan ve kiracı arasındaki sözleşme sadece bu iki taraf bakımından değil, diğer kat maliklerini ve bağımsız bölümlerden sınırlı aynı hak ya da herhangi bir kişisel hakla yararlanan kimselerin menfaatlerini de ilgilendiren bir ilişki meydana getirir. Kiracının bağımsız bölüm üzerindeki hakları esasen kiralayan ile aralarındaki hukuki ilişki çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümlerine tabidir. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanunu da bu ilişkiyi etkileyen oldukça önemli hükümler içermektedir.

Bu bağlamda örneğin, kat mülkiyeti terimi olarak bağımsız bölümlerin kiralınmasında genellikle karşılaşılan kira ilişkisi, "konut ve çatılı işyeri" kirası şeklinde olacak ise de, bazen tapuda ayrı sayfaya kayıtlı bir bağımsız bölüm de olsa, bir mesleğin icrası ve bir ekonomik faaliyetin yürütülmesi ile ilgili olmayan, örneğin ticari işletme çalışanlarının araçlarını park etme amaçlı kapalı otopark kiralaması gibi kira ilişkileri, çatılı işyeri kirası sayılmayacak, adi kira ilişkisi sonucunu doğurabilecektir. Buna karşılık, kat mülkiyetine konu yapı bünyesinde yer almakla birlikte ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olan, fakat bağımsız bölüm niteliği bulunmayan bir deponun ya da daire odalarından birinin kiralınmasında konut ve çatılı işyeri kira ilişkisi meydana gelebilecektir. Sonuç olarak, her türlü konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmeye konu şey "bağımsız bölüm" olarak nitelendirilemeyeceği gibi, her "bağımsız bölüm" kira ilişkisi de konut ve çatılı işyeri kirası olarak değerlendirilemeyecektir.

Kat mülkiyetine konu olmayan bir yerin kiralınmasında, tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi yanında kiracının kullanım hakkı kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm kiralaları karşısında daha geniştir. Buna göre örneğin, kiraya verenin rızası bulursa da kiracının bağımsız bölüm içinde ya da dışında her türlü değişikliğe gitmesi ya da kütükte mesken olarak kayıtlı bir yerin işyeri olarak kiralınması

veya işyeri niteliğindeki bir bağımsız bölümün mesken olarak kiralanması mümkün değildir. Yine, kat malikleri kurulunca oybirliği ile alınmış bir karar bulunmadıkça, kütükte mesken olarak kayıtlı bir bağımsız bölüm, mesela kahvehane, pastane, lokanta veya dükkân gibi KMK m. 24/II’de belirtilen bir işyeri kirasına konu edilemez; kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümün hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müessese olarak kiralanması ise kesin olarak yasaktır (KMK m. 24/I).

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 6/IV hükmünde bağımsız bölüm üzerindeki bir takım hukuki işlemlerin ortak yerleri ve eklentileri de etkileyeceği düzenleme konusu yapılmıştır. Söz konusu hükme göre, “Bağımsız bölümlerin başkasına devri, kayıtlanması veya kiralanması halinde, ortak yerler ve eklentiler de kendiliğinden devredilmiş, kayıtlanmış ve kiralanmış olur”. Şu halde, bir bağımsız bölümün kiraya verilmesi durumunda kiracının yararlanma hakkı, asansör, havuz, bahçe, otopark, kömürlük gibi ortak yer ve tesisler yanında bağımsız bölüme özgülenererek onun eklentisi haline gelmiş garaj, depo, kömürlük gibi yerleri de kapsayacak, kiraya veren TBK m. 301 anlamında teslim borcunu, ancak bu gibi yerlerde yararlanmayı sağlayacak anahtar ve benzeri vasıtaları da kiracıya teslim ederek gereği gibi ifa etmiş sayılacaktır.

KMK m. 6/IV hükmünde yer alan bağımsız bölümün kiralanması halinde ortak yerlerin de kiralanmış sayılacağına ilişkin düzenlemeyi, kira ilişkisinin özelliği de dikkate alınmak suretiyle ortak yer ve tesislerin niteliğine bağlı olarak değerlendirdiğimizde, genel giriş kapısı, antre, merdiven, asansör, sahanlık, koridor gibi ortak yerler kira sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılarak kiracının kullanma ve yararlanma hakkı ortadan kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz. Ancak, somut olay çerçevesinde kira ilişkisinin niteliğine aykırı düşmemek koşulu ile bağımsız bölümden yararlanma unsurunu tamamlama bakımından zorunluluk arz etmeyen bazı ortak yer ve tesislerin kapsam dışı tutulabileceği kabul edilmeli, örneğin kat mülkiyetine konu olan ve tamamı aynı kişiye ait bir aile apartmanındaki bağımsız bölümlerden birinin kiralanmasında, kiracının tapu kütüğünde ortak yer olarak tahsisli arka bahçeyi, genel çamaşılık veya kurutma yerini, havuz ve benzeri yerleri kullanmayacağına kira sözleşmesine konulacak bir

hükümle kararlaştırılması mümkün görülmelidir. Benzer şekilde, kira ilişkisinin niteliğine aykırı düşmeyen ve bağımsız bölümden yararlanma unsurunu tamamlama bakımından zorunluluk arz etmeyen bazı ortak yer ve tesislerden yararlanmanın yönetim planı ile kapsam dışı tutulabilmesi, sınırlandırılabilmesi veya başka ek yükümlülükler tabi kılınabilmesi de mümkündür.

KMK m. 6/I hükmünde belirtilen ancak sınırlı olarak sayılmamış kömürlük, su deposu, garaj ya da depo gibi fiili hâkimiyete elverişli, dolayısıyla da ayrı bir zilyetlik tesisinin mümkün olduğu eklentiler ise bütüncü parçası sayıldıkları bağımsız bölümden ayrı olarak kişisel hak niteliğinde bir borç ilişkisine konu edilebilmelidir. Bu bağlamda örneğin, bağımsız bölümünü kiralayan kat maliki, kendi kişisel ya da ticari ihtiyaçları için kömürlüğü, otoparkı veya depoyu kira sözleşmesinin kapsamı dışında tutabilmeli, bağımsız bölümü kiraladığı halde bu gibi eklentileri kira sözleşmesinin dışına çıkarabilmelidir. Benzer şekilde, örneğin bağımsız ısınma sistemi bulunduğu için kömürlüğe, otomobili olmadığı için garaja ya da depoya ihtiyacı olmayan bir kat maliki, bağımsız bölümünün eklentisi niteliğindeki bu gibi yerleri bağımsız bölümü kiralamaksızın başlı başına kiraya verebilmelidir.

Kaynakça

- Arcak Ali, Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti, Ankara 1983.
- Arpacı Abdülkadir, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984 (Kat Mülkiyetinde Yönetim).
- Arpacı Abdülkadir, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu Devremülk Sistemi, İstanbul 1987 (Kat Mülkiyeti).
- Aybay Aydın/Sanal Nezih, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1985.
- Aydoğdu Murat/Kahveci Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2017.
- Ayyıldız Güneş, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Düzeni ve Uygulama", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, 2006/2.
- Baktır Selma, "Bağımsız Bölüm İlavesi", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 57, Ocak 1992.
- Çabri Sezer, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, Ankara 2013.
- Daylık Kadir, Kat Mülkiyeti Hukukunda Yönetim Planı, İstanbul 2007.
- Erel Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

- Esmer Galip, *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili*, Ankara 1998.
- Germeç Mahir Ersin, *Kat Mülkiyeti Hukuku, Kat Mülkiyeti-Kat İrtifakı-Devremülk ve Toplu Yapı*, Ankara 2015.
- Gökmar Hikmet, *Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu*, Ankara 1996.
- Gökyayla Emre, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt II, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 2013, Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013.
- Gümüş M. Alper, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, İstanbul 2012 (Kira).
- Gümüş M. Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt I, İstanbul 2013 (Borçlar).
- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991.
- İnceoğlu Murat, *Kira Hukuku*, Cilt 1, İstanbul 2014 (Cilt I).
- İnceoğlu Murat, *Kira Hukuku*, Cilt 2, İstanbul 2014 (Cilt II).
- Karahacıoğlu A. Haydar, *Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu*, Ankara 2006.
- Karahasan M. Reşit, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, C.1, İstanbul 2008.
- Meier-Hayoz Arthur, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB*, Bern 1981.
- Odyakmaz Nevzat A., *Uygulamada Kat Mülkiyetinden Doğan Anlaşmazlıklar ve Çözüm Yolları*, Ankara 1975.
- Oğuzman Kemal, "Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre ve Türkiye'de Hazırlanan Kanun Tasarıları Tahlil ve Tenkidi", *İÜHFM*, 1960/1-4, c. XXV (Tasarı Tenkidi).
- Oğuzman Kemal, "Eşyaya Bağlı Haklara Hâkim Olan Esaslar", Halil Aslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978 (Eşyaya Bağlı Haklar).
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2017.
- Özmen E. Saba, "Kat Mülkiyetine Bağlı Eklentiler ve Bu Konudaki Taahhüt İşlemlerine Yönelik Hükümün Temelsizliği", *Adalet Dergisi*, Yıl: 81, Temmuz-Ağustos 1990, S. 4.
- Özmen E. Saba/Hamamcıoğlu Gülşah Vardar, *Kat İrtifakı*, Ankara 2015.
- Özmen E. Saba/Erden Hafize, "634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına ve Kanuna Toplu Yapı İle İlgili Maddeler Eklenecek Dair Kanun Tasarısının Ekleneceği", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 74, 2000/10-11-12.
- Özmen E. Saba/Kır Hafize, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi*, İstanbul 2010.
- Pulak Murat, *Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli-Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu*, Ankara 2016.
- Resioğlu Safa, *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, Ankara 1976 (Uygulamada Kat Mülkiyeti).
- Rey Heinz, *Die Grundlagen des Sachenrechts und Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, Band I, 2. Aufl., Bern 2000.

Schneider Benno, Das Schweizerische Miteigentumsrecht, Bern 1973.

Şengül Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul 2008.

Tekinay S. Sulhi, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1991.

Tekinay S. Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altın Atilla, Eşya Hukuku I, İstanbul 1989.

Ünal Mehmet/Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2017.

Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2016.

Zevkliler Aydın/Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2017.

“İSVİÇRE MEDENİ KANUNU’NUN (ZGB’nin) YETİŞKİMLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN YENİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ” “EVALUATION OF NEW PROVISIONS ON THE PROTECTION OF SWISS CIVIL CODE (ZGB’S) ADULTS”

İbrahim KAPLAN*

Özet: 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB’nin) 360 ile 456 maddeleri hükümleri ayrıntılı olarak değerlendirilmiş, yeni kanun metninde yer alan kayyım türleri açıklanmıştır.

Anahtar kelimeler: Yetişkinlerin Korunması Yetişkinleri Koruma Makamları, Kayyım ve Kayyım Türleri

Abstract: Provision between Articles 360 and 456 of Swiss Civil Code which entered into force on 1 January 2013 are particularly examined and new types of trusteeship evaluated in the new code are also described.

Keywords: Protection of Adults, Convention on the International Protection of Adults, Protection of Adults Authorities, Adviser and Advisory Board

I. Kanun Ön Tasarısı, Federal Kanun Tasarısı ve Federal Kanun’un Yürürlüğe Girişine Dair Temel Bilgiler

1. Ön Tasarıya İlişkin Çalışmalar

1993 yılında, Adalet ve Polis Departmanı, Hukuk İşleri Federal Makamına üç profesörden oluşan bir uzmanlık grubu kurulmasına karar vermiş, bu uzmanlar kurulundan “İsviçre Vesayet Hukukunun Revizyonu” için Avrupa’daki hukuki gelişmeler de dikkate alarak öneri ve tezler ilgili bir metin sunmasını talep etmiştir. 1995 Temmuz ayında, üç profesör “İsviçre Vesayet Hukukunun Revizyonu” için raporunu bir mukayeseli hukuk bölümü ile birlikte ibraz etmiştir.

¹ Prof. Dr., Ankara Üniversitesi SBF Fakültesi Medeni Hukuku - Borçlar Hukuku Anabilim Dalları Em. Öğretim Üyesi

1995 Eylül ayında Freiburg'da yapılan bir panelde bu raporda önerilen "yetişkinlerin korunması"na dair reform önerileri, çeşitli çalışma grupları teşkil edilerek, tartışılmış ve değerlendirilmiştir.

1996 yılı Kasım ayında, Federal hukuk İşleri Makamınca aynı uzmanlar grubu, İsviçre Vesayet Hukukunda yapılacak temel ve reform değişiklikleri üzerinde ilk ön tasarımı hazırlamakla görevlendirilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun "Yetişkinlerin Korunması"na İlişkin Olarak Değiştirilmesi Ön Tasarısı, gerekçesi ile birlikte Prof. Bernhard Snynder tarafından 1998 yılında teslim edilmiştir.

1999 yılında Federal Adalet ve Polis Departmanı, disiplinler arası uzmanlardan oluşan bir uzmanlar komisyonunda ön tasarı hükümlerinin tartışılması ve değerlendirilmesini talep etmiş, Komisyon ise ön tasarı metnini 2002 sonbaharında ibraz etmiştir.¹

¹ Federal Kanunun ön taslağı ile kanun taslağını hazırlayan Komisyon üyeleri ile Federal Adalet Bakanlığı Özel Hukuk İşleri Bölümü hukukçularının da bildiği ve göz önünde tuttuğu, 13 Ocak 2000 tarihli uluslararası alanda yetişkinlerin korunması hakkında La Haye sözleşmesi (Ülkemiz tarafından imzalanmamış), hükümlerinin özet olarak değerlendirilmesini, şöylece yapmak mümkündür:

I. Anlaşmayı İmzalayan Devletler:

Anlaşmaya 01.06.2013 tarihi itibarıyla, Almanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya ve İsviçre olmak üzere, 11 devlet imzalamıştır. Anlaşma metni toplam (59) maddeden ibarettir.

Anlaşmanın 2. maddesinde; bu anlaşma hükümleri anlamında, 18 yaşını tamamlamış kişilerin yetişkin sayıldığı, ayrıca 18 yaşını daha tamamlamış olmakla beraber, hakkında tedbirler uygulanacağı öngörülmüştür.

II. Anlaşmanın Amacı ve Kapsamı

Anlaşmayı imzalayan üye devletler, yetişkin insanların korunmasına dair tedbirleri almaya yetkili makamı, uygulanacak hukuku, koruma tedbirlerinin tenfizi ve tanınmasına ilişkin düzenlemeleri ve bu tedbirlerin uygulanması için kendi menfaatlerini koruyamayan yetişkinlere ilişkin uluslararası alanda birlikte çalışmayı öngören kuralları koymayı üstlenmişlerdir.

Anlaşmanın 1. maddesinde; Anlaşmanın amacının;

- a- Yetişkin kişinin veya malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirleri almaya hangi devletin, hangi makamlarının yetkili olduğunu,
- b- Belirlenen bu makam yetkilerini kullanırken, hangi ülkenin hukukunu uygulayacağını,
- c- Yetişkinlerin temsilinde hangi hukukun uygulanacağını belirlemek.
- d- Koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizini garanti altına almakla,
- e- Anlaşmanın amaçlarının gerçekleşmesi için

Üye devlet makamlarının birlikte çalışması için gerekli olan resmi kurumları kurmakla, yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

III. Anlaşmanın Uygulanma Alanı ve Tedbirleri Almaya Yetkili Makamlar

Anlaşma engelleme veya kişisel yeteneklerinin elverişli olmaması nedeniyle, korunmaya muhtaç yetişkinlerle ilgili uluslararası olaylarda uygulanacaktır. (Madde 1 HESÜ)

Federal Hükümet tarafından hazırlanan 28 Haziran 2006 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukuna) ilişkin kanun değişiklikleri ile bu kanuna bağlı değişiklikleri de öngören toplam 56 sayfalık kanun tasarısını Federal Meclislere sunmuştur.

Anlaşma hükümleri, üye devletin ülkelerinde yürürlüğe girdiği tarihte üye devlet tarafından alınacak tedbirler hakkında uygulama alanı bulacaktır. (Madde 50 HESÜ)

Yetişkin kişinin veya mal varlığının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetişkinin ikametgâhının bulunduğu, üye devletin mahkemeleri veya idari makamları yetkilidir (Madde 5 fık.1)

Yetişkin alışılmış ikametgâhını başka bir üye devletin ülkesi olarak değiştirdiği takdirde, yeni ikametgâhının bulunduğu üye devlet tedbirleri almaya yetkilidir (Madde 5 fık.2 HESÜ)

Üye devletin idari makam veya mahkemelerinin yetkileri kapsamına giren koruma tedbirleri ilgili muhtemel durumlar, anlaşmanın 6 ila 12. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Üye devletlerin yetkili Resmî makamları, yetkilerini kullanırken kendi hukuk kurallarını uygulayacaklardır (Madde 13)

Anlaşmanın 14 ila 21. maddeleri arasında Anlaşmanın "uygulama alanı" ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür.

IV. Koruma Tedbirlerinin Muhtevasına Giren Durumlar

Anlaşmanın 3. maddesinde; yetişkinlere ilişkin koruma tedbirlerinin muhtevası şöylece düzenlenmiştir;

1. Temyiz kudretinin yokluğu ve alınacak koruma düzeni hakkında karar vermek.
2. Yetişkin bir mahkemenin veya idari makamın koruması altına almak, Vesayet, kayımlık ve bunlara dair hususları düzenlemek.
3. Yetişkin veya onun malvarlığı hakkında temsil yetkisi kullanacak veya ona yardım edecek sorumlu kişi veya makamı ve onun görevlerini tespit etmek.
4. Yetişkinin, korumanın temin edileceği bir kuruma veya başka bir yere kalmasını sağlamak.
5. Yetişkinin malvarlığının idaresi ve korunmasını sağlamak veya üzerinde tasarrufta bulunmak,
6. Yetişkinin veya malvarlığının, korunması için alınacak belirli önlemleri müsaade etmek.

V. Anlaşma Hükümlerinin Uygulanamayacağı Hukuki Durumlar (Madde 4)

Anlaşmanın 4. Maddesinde; anlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı hukuki durumlar şöylece sıralanmıştır.

1. Nafaka yükümlülükleri,
 2. Evliliğin iptali ve sona erdirilmesi ile ilgili boşanma sebepleri ile eşlerin ayrılık durumları,
 3. Eşler arasında mal rejimleri,
 4. Eşlerin miras ve vakıfları,
 5. Sosyal güvenlik hakları
 6. Sağlıkla ilgili alınacak genel kamu tedbirleri,
 7. Yetişkinin işlediği suçlarla ilgili alınmış tedbirler,
 8. Sığınma ve göçmenlik durumları,
 9. Kamu güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbirler.
- hakkında uygulanmayacaktır.

Kanun tasarısı Federal Meclislerde görüşülmüş ve 19 Aralık 2008'de toplam 58 sayfadan oluşan bir kanun metni olarak kabul edilmiştir.

Kanun değişikliğinin yürürlüğe girmesi için 19 Nisan 2009 tarihine kadar yani süresi içerisinde ihtiyar referandum talebi de bulunmadığından, Federal Kanun 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2. Federal Kanun'un Genel Gereğesinin Özeti

İsviçre Federal Hükümeti'nin 28 Haziran 2006 tarihli, İsviçre Medeni Kanunu'nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukunun) Değıştirilmesi Hakkındaki Federal Kanun'un genel gereğesinde;

İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) 360-455. maddeleri (TMK.m.396-494) arasında düzenlenmiş bulunan "Vesayet Hukuku" ile ilgili hükümlerinin, ZGB'nin yürürlüğe girdiğı 01 Ocak 1912 tarihinden beri pratik olarak dokunulmadan aynen yürürlükte kaldığını, bunun en önemli istisnasının ise, 06 Ekim 1978 tarihinde kabul edilen ve 01 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe giren, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Hakkındaki Kanun" olduğunu, bu kanunla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin öngördüğü tedbirlerle paralellik sağlandığı açıklamıştır.

Vesayet hukukunun amacının, kendi iş ve işlemlerini yapamayan ve başkalarının yardımının da ulaşamadığı zayıf kişileri korumak olduğu açıklanmıştır.

Yürürlükteki Vesayet Hukuku, yetkili resmi makamlarca alınan göreve bağlı üç tedbiri öngörmektedir. Kanun'un 368 ile 372. maddeleri (TMK.m.404-408) vasiliğı; 395. maddesi (TMK.m.42) yasal danışmanlığı; 392-394. maddeleri (TMK.m.426-428) ise kayyımlığı düzenlemektedir.

Görevle bağlantılı bu üç tedbir tipe bağlılık ve tipi belirtilme ilkesi uyarınca ve muhtevası kanunda açıkça öngörülmüş tedbirlerdir. Bunların yanında yardıma muhtaç kişilerin bakımı için bir kuruma yerleştirilmesini (Art. 397a -TMK m.432) koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını düzenleyen hükümlerinin de mevcut olduğunun unutulmaması gerektiğı ayrıca vurgulanmıştır.

Kanun'un gerekçesinde; kanun değişikliğinin amacının, kişinin "kendi kaderini belirleme hakkının" gelişmesini teşvik etmek olduğu, ön tasarı metnindeki "kendine bizzat bakım" başlığı altında Art.360 -373 hükümlerindeki Medeni Kanun'un iki yeni hukuki kurumu tartışmaya açtığı, bunlardan ilkinin "Bakım Vekâleti (Vorsorgeauftrag), ikincisini ise hastanın "tasarrufi işlemi" nin (Patientenverfügung) oluşturmakta olduğu belirtilmiştir.

"Bakım Vekâleti" ile önceden fiil ehliyetine sahip kişi, ilerde ayırt etme yeteneğini (fiil ehliyetini) kaybetmesi durumunda, kendisinin bakımı veya malvarlığını yönetimini üstlenecek veya hukuki işlemlerde kendisini temsil edecek, fiil ehliyetine sahip gerçek kişi veya tüzel kişiyi vekil tayin etmektedir.

Kişinin hastalık öncesi tasarrufi işlemi ise; fiil ehliyetine sahip bir kişinin, kendisinin fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda, hangi tıbbi tedbirleri onayladığını veya onay vermediğini ve ayrıca, aynı durumda kendisi hakkında karar verme yetkisine sahip gerçek kişiyi önceden tespit etmesi işlemidir.

Bir kişi geçici olarak veya -örneğin ömrünün sonuna yakın -devamlı olarak fiil ehliyetini kaybederse, bugünkü uygulamada değişik pragmatik biçimlerdeki usul aşamalarından geçerek yardım alabilmektedir. Bu nedenle; yeni yetişkinleri koruma hukuku, fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin yakınlarının büyük usule zahmetlere katlanmadan belli kararları alabilme ihtiyaçlarını göz önünde tutmaktadır. Böylece aile içerisinde dayanışma güçlendirilmekte ve resmi makamların sistematik olarak koruma ve bakım işlemleri yapması zorunluluğundan kaçınılmış olmaktadır.

Hastalık öncesi tasarruf işlemi yapmamış olan kişinin belli bir derecedeki yakınlarına, fiili ehliyeti bulunmayan kişi hakkında, belirli bir tıbbi tedaviye onay vermek veya reddetmek hakkı tanınmaktadır (Tasarı m.378).

Bir bakım ve huzur evinde yaşayan fiil ehliyetsiz kişilerin, her zaman gereken ve ihtiyaç duyulan korumadan yararlandığını söylemek mümkün görülmemektedir. Tasarı, bu kişilere yardımcı olacak hükümler de öngörmektedir (m.382-387). Bu bağlamda tasarıda, bu gibi kişiler için yazılı bir bakım sözleşmesinin yapılması hükme bağlanmakta ve bu suretle, verilen bakım hizmetlerinde açıklık, şeffaflık sağ-

lanmasını öngörmektedir. Ayrıca hareket serbestisini kısıtlayan tedbirlerin, hangi şartlar altında caiz olduğunu, hükme bağlamaktadır.

Bugün bu görevleri yürüten resmi makamlarca yani vesayet makamları, kayyımlik ve yasal danışmanlıkça alınan tedbirlerin, önceden belirli içerikte olduğu için, ölçülülük -orantılılık ilkesine yeterli derecede hesaba kattığı söylenemez. Bir kişi, akli engeli ve psikolojik rahatsızlığı veya benzeri bir akıl zayıflığı nedeniyle kendilerini göremiyorsa ve akrabalar veya özel veya kamu hizmetleri de yeterli gelmiyorsa, onun korunması için, sözü geçen resmi makamların yerine, birleşik bir hukuk kurum olarak, kayyımlik makamı kurulmalıdır (m.390-425).

Böylece standartlaşmış tedbirlerin alınması yerine, gelecekte kurulacak bu makamlardan, her münferit olayda gerçekten gerekli olan ölçüde devlet bakımının yapılması talep edilecektir.

Tasarıda, altı (6) tür kayyımlik öngörülmektedir. Bunlar ise;

- belirli işlerle birlikte hareket kayyımliği,
- temsil kayyımliği,
- mal varlığı yönetimi kayyımliği,
- birleşik kayyımlik,
- belli işlemlerde onay kayyımliği ve
- kapsamlı kayyımliktir.²

Birlikte hareket etme kayyımliği, yalnızca yardıma muhtaç kişinin onayı ile kurulan kayyımlik olup, kişinin fiil ehliyetine dokunulmamaktadır.

Temsil kayyımliğında; yardıma muhtaç kişinin belirli işlerini kendisi yapamayacağı ve tamamlaması mümkün olmadığı için, kendisine temsilci kayyımı atanmaktadır. Bu durumdaki kişi, kayyımın yapacağı hesaba sayacak veya kabul etmek zorunda kalacaktır. Yetişkinleri koruma makamı da, bu kişinin temsile ihtiyaç duyulan konulardaki işlemlerini sınırlandıracaktır.

Mal varlığı yönetimi kayyımliğında ise; kayyım yalnızca, ilgili kişinin mal varlığının yönetimi ile görevlidir.

² Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, Martin Stettler; Bern 2013,S,393-
vd.

Onay kayyımında ise; yardıma muhtaç kişinin belirli davranış ve işlemlerinin geçerliliği, onun korunmasına ilişkin olarak, kayyımın onayına bağlanacaktır.

Birleşik kayyım ise; Birlikte hareket, temsil ve onay kayyımlıklarının ve bunların görevlerinin birleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan bir kayyım türüdür.

Kapsamlı kayyım ise; bir kişi devamlı olarak fiil ehliyetsiz ise, hacir altına alınması kurumunun halefi olarak onun yerine, kanuni sebeplerin varlığı halinde öngörülmüş bir kayyım türüdür (Art. 369-372 ZGB).

Bu kayyımın görevi alanı kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerinin hepsini kapsamaktadır.

Birlikte hareket, temsil ve onay kayyımlıkları arasında birleştirme mümkündür.

Kapsamlı kayyımda; kayyımın görevi alanı; kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerinin hepsini kapsamaktadır.

Yetişkinlerin Korunması Hukukunun Hukuki Kurumları^{3*}

		Tedbirler / Hukuki Kurumlar	Artikel ZGB
İdari Tedbirler	Görevle Bağlantılı Tedbirler	Birlikte hareket etme Kayyımlığı	393
		Temsil Kayyımlığı	394
		Malvarlığı Yönetimi Kayyımlığı	395
		Onaylama Kayyımlığı	396
		Birleşik Kayyım	397
		Kapsamlı Kayyım	398
	Görevle Bağlantılı Olmayan Tedbirler	Yetişkinleri Koruma Makamının Aldığı Gerekli Tedbirler	392
	Bakım Evine Yerleştirme	426 ff.	

³ Bu tablo: H. Hausheer, /Geiser/E. Aebi – Müller; Das Neue Erwachsenenschutzrecht Bern 2014, s.7' den tercüme edilerek alınmış ve atıf yapılmıştır

İdari Olmayan Tedbirler	Kanuni Tedbirler	Eşin Temsili	374 ff.
	Kendisinin Kararlaştırdığı Bakım Tedbirleri	Bakım Vekâleti	360 ff
		Hastalık Halinde Sonuç Verecek Tasarrufi İşlem	370 ff

II. Federal Kanunun Sistematik Yapısına İlişkin Açıklamalar ve Tespitler

01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren, İsviçre Medeni Kanunu'nun 360. maddesi ile 456. maddeleri arasındaki toplam 136 maddeden oluşan, "Yetişkinlerin Korunmasına" ilişkin hükümler, İsviçre Medeni Kanunu'nun ikinci kitabını oluşturan, "Aile Hukukunun", üçüncü kısmında yer almaktadır.

Aşağıda; ZGB'nin Vesayet Hukukunun tamamını değiştiren ve kanun metninden "Vesayet (Vormundschaft)" kelimesini tamamen çıkararak, toplam (136) maddelik kısmın, şimdilik yalnızca, Kanun'un 360 ile 389 maddeleri arasında hükme bağlanmış bulunan, doğrudan yetişkinlerin korunması ile ilgili madde metinleri incelenecek ve değerlendirilecektir.

Madde hükümlerinin hukuki açıdan değerlendirilmesine geçmeden önce, Kanun'un bu kısmının sistematik olarak düzenlenmesine ilişkin tespit ve değerlendirmeleri yapılacaktır. Toplam (3) ayırım ve toplam (5) adet alt ayırımdan oluşan ve toplam (29) maddeden ibaret Kanun'un bu kısmında;

- "Bizzat Bakım" başlığını taşıyan 1. kısmının "Bakım Vekâleti" başlıklı birinci ayırımının kapsamında yer alan 360 ila 369 maddelerinde sırasıyla; "Bakım Vekâleti"ne ilişkin olarak;
- 360. maddesinde, Temel İlke,
- 361. maddesinde, Kurulması ve Geri alınması – Kurulması,
- 362. maddesinde, Rücu – Geri Alınması,
- 363. maddesinde, Bakım Vekâleti Varlığının Tespiti ve Etkisi ve Kabulü,
- 364. maddesinde, Yorumu ve Tamamlanması,

- 365. maddesinde, Bakım Vekâletinin İfası,
- 366. maddesinde, Tazminat ve Masrafların Ödenmesi,
- 367. maddesinde, Bakım Vekâletinin Feshi,
- 368. maddesinde, Yetişkinler Makamının Müdahalesi,
- 369. maddesinde, Fiil ehliyetinin Yeniden Kazanılması, düzenlenmiştir.

“Hastalık Öncesi Tıbbi Tedaviye İlişkin Tasarrufi İşlem” başlıklı 2. alt ayırım Kanun’un 370 ila 373. maddelerinde yer almış bulunmaktadır.

- 370. maddede, Fiil Ehliyetine Sahip Yetişkinin, Hastalık Öncesi Tıbbi Tedavisi Tasarruf İşlemi Hakkında –Temel İlke,
- 371. maddede, Tasarrufi İşlemin Kuruluşu ve Geri Alınması,
- 372. maddede, Fiil Ehliyetinin Kaybının Ortaya Çıkması,
- 373. maddede ise, Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi düzenlenmiştir.

Kanun’un, “Fiil Ehliyetsiz Kişiler Hakkındaki Kanuni Tedbirler” başlıklı 2. kısmının, “Eş Tarafından Temsil ve Kayıtlı Partner Tarafından Temsil” ayırımının yer aldığı başlık 1. alt 374 ila 376. maddelerinden,

- 374. maddesinde, Temsil Hakkının Şartları ve Kapsamı,
- 375. maddesinde, Temsil Hakkının Kullanılması,
- 376. maddesinde, Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi, hususları hükme bağlanmıştır.

“Tıbbi Tedavi Tedbirlerinde Temsil” başlıklı 2. alt ayırımında yer alan 377 ila 381. maddelerinde ise sırasıyla;

- 377. maddede, Tedavi Planı,
- 378. maddede, Temsil Yetkisine Sahip Kişi,
- 379. maddede, Acil Durumlar,
- 380. maddede, Psikolojik Rahatsızlığın Tedavisi,

- 381. maddede, Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi, konuları düzenlenmiştir.

“Meskende veya Bakım Kuruluşunda Kalma – Oturma” başlıklı 3. alt ayırmada yer alan 382 ile 387. maddelerinde ise sırasıyla,

- 382. maddesinde, Bakım Sözleşmesi,
 - 383. maddesinde, Fiil Ehliyetsiz Kişinin Hareket Serbestisinin Kısıtlanmasının Şartları,
 - 384. maddesinde; “Tedbirlerin Protokole Bağlanması ve Bilgi Verme”;
 - 385. maddesinde; “Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi”;
 - 386. maddesinde; “Fiil Ehliyetsizin Kişilik Haklarının Korunması”;
 - 387. maddesinde; “Mesken ve Bakım Evleri Üzerinde Denetim”;
- konuları hükme bağlanmıştır.

Kanun'un Resmi Makam Tedbirleri konulu 11. üst başlıklı kısmının 1. ayırımındaki “Temel İlkeler” kısmında yer alan 388 ve 389. maddelerinde ise sırasıyla,

- 388. maddesinde, Resmi Makamın Alacağı Tedbirlerin Amacı,
 - 389. maddesinde, Tedbirlerin Tali (Sekundar -Subsidier) Nitelikte ve Ölçülülük-Orantılık İlkesine Uygun Olması
- hükmü bağlanmış bulunmaktadır.

III. Kanunun Belli Başlı Önemli Hükümleri ve Değerlendirilmeler

Birinci Ayırım: Kendisine Özgü Bakım ve Buna İlişkin Tedbirler

Birinci alt ayırım; Bakım Vekâleti;

1. Bakım Vekâleti Kavram ve Kapsamı

Madde 360- Temel İlke

¹⁰ Fiil ehliyetine sahip kişi, kendisinin fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda, kendisinin bakımı üstlenecek ve malvarlığını yönetmek veya hukuki işlemleri yapmak üzere bir gerçek kişiyi veya tüzel kişiyi temsil yetkili, vekil tayin edebilir.

2^o Vekile hangi görevleri devrettiği açıkça belirtmelidir. Bunların ifası için vekile talimat verebilir.

3^o Kişi, vekil üstlendiği görevleri için uygun değilse veya vekâleti kabul etmemişse veya onu azletmişse, ek işlemlerde bulunma yetkisine sahiptir.

Bu madde hükmünde; yetişkinlerin korunması hukukunda yer alan “Kişinin Kendisine Bakımı” ile ilgili yeni hukuki kurum olan “Bakım Vekâletini düzenlenmiştir.

Her insan bir kaza veya hastalık sonucu fiil ehliyetini kaybedebilir. Bu durumların muhtemelen devam süresi tıptaki gelişmeler nedeniyle oldukça aza inmiştir. Yükselen yaşam kalitesi ve yaşam süresi, yatalak ve bakıma muhtaç kişilerin sayısını çoğaltmaktadır. Yaşlılık durumunda, bunama ve unutkanlık rizikoları ortaya çıktığı da bilinen bir gerçektir.⁴

Kişinin, kendisinin fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda devlet kurumlarına veya yardımcı kişilere bağlı olmaksızın geçerli olacak tedbirleri önceden belirlemesine ihtiyaç duyulmaktadır. Kişi, önceden böyle durumlarda kendisiyle kimin ve nasıl ilgileneceğini, fiil ehliyeti dışında da belirleme hakkına sahiptir. Bu ilke Anayasalarda yer alan “insan haysiyetine saygı” ilkesinin de bir gereğidir. Böylece devlet de bu görevden kurtulmaktadır.⁵

Borçlar Kanunu Hükümlerine göre;

Hukuki işlemle tesis edilen temsil yetkisi ile vekâletlerin tıbbi tedavi dışında özellikle kişinin fiil ehliyetini kaybı durumunda, verilir verilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Federal mahkeme, BGE 132 III 222 sayılı kararında, hukuken doğru bir değerlendirme olarak, bu belirsizliği kısmen de olsa gidermiş ve kişinin verdiği temsil yetkisinin, temsil olunan fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda da geçerli olacağını kabul etmiştir.

⁴ Federal Hükümet, 2006 tarihli kanun gerekçesinde; 65 yaş üzerindeki %8; 85 yaş üzerindeki %30 İsviçrelilerin (toplam 89.000 kişinin) “Alzheimer” hastası veya bunaklığının başka görünümünde hasta olduğunu, belirtmiştir.

⁵ BBL 2006,7012

2 . Bakım Vekâletinin Kuruluşu ve Geri Alınması -İptali

Madde 361- Kuruluş ve İptali- Kuruluşu

1⁰ Bakım vekâleti, el yazılı olarak veya resmi senetle düzenlenir.

2⁰ El yazılı bakım vekâleti, vekâleti veren kişi tarafından baştan sona kadar el ile yazılır, tarih koyup imzalanır.

3⁰ Nüfus Müdürlüğü talep üzerine, ilgili kişinin bakım vekâletinin mevcut olduğunu, bunun merkezi veri bankasında saklandığını, kayıt altına alır. Federal Hükümet veri bankasındaki verileri kimlerin görmeye yetkili olduğunu çıkaracak yönetmelikle düzenler.

Madde- 362 İptal

1⁰ Vekâlet veren, bakım vekâletini, onun kuruluşunda aranan şekilde uygun olarak her zaman iptal edebilir.

2⁰ Bakım vekâleti resmi senedini, imha ederek, iptal edebilir.

3⁰ Kişi önceki bakım vekâletini açıkça sona erdirmeden, yeni bir bakım vekâleti tesis ederse, bu hiç şüphe edilmeyecek derece tamamlayıcı nitelikte değilse, yenisi, önceki vekâletin yerine kaim olur.

Bakım vekâleti ile vekil tayin eden kişi, kendisinin fiil ehliyetini ve karar verme yeteneğini kaybetmesi halinde diğer bir kişiyi vekil olarak görevlendirmektedir. Bu temsil yetkisi genel nitelikte olup, kişinin bakımını da ve tıbbi açıdan tedavi tedbirlerini de kapsamaktadır (Art. 360 n ZGB). Ancak vekil tayin eden kişi, vekâletin kapsamını kaleme alabileceği gibi bakım vekâletini belli alan veya belli işlemlerle sınırlandırabilir. Kişi vekilin üstlendiği vekillik görevlerini nasıl ifa edeceğine ilişkin talimatlar verebilir (Art. 360 Abs. 2, nZGB).

Bakım vekâleti, kişisel bakım, malvarlığı yönetimi ve hukuki işlemlerde temsil yetkisini kapsamakta ise, o zaman ortada kapsamlı birleşik kayımlığın varlığı söz konusudur (Art. 398 n ZGB; BBI 2006, S.7025).

Vekil atayan kişi, bakım vekilliğini kimin yapacağını isim olarak açıkça belirtmek mecburiyetindedir. Bakım vekilini üçüncü bir kişinin belirlemesi geçerli sayılmaz. Bakım vekâletinin muhtevasında, ilgili kişi için bakım vekilinin vekil atamaya yetkili olduğu şeklindeki kayıt da geçerli değildir.

İlk vekilin görevi kabul etmemesi veya vekilin görevini ifaya engel halinin bulunması veya ilk vekâletnamenin herhangi bir nedenle geçersiz sayılması durumunda, ancak, ikame bakım vekili olarak ismi açıkça yazılı başka bir kişinin bakım vekili olarak atandığı kaydı, bu şarta bağlı olarak geçerlidir.

Bakım vekili olarak gerçek kişi veya tüzel kişi atanabilir (Art. 360 Abs. 1 n ZGB) örneğin bir banka veya yaşlılara hizmet veren bir özel hukuk tüzel kişisi veya kamu hukuku kurumu olabilir.

Kişi Bakım Vekili olarak, birden çok kişiyi görevlendirebilir. Ancak bunların hangi görevleri yapmaya yetkili olduklarını açıkça düzenlemek gerekmektedir.

Bakım vekâletini düzenleyen kişinin fiil ehliyetine ve ayırt etme gücüne sahip 18 yaşını tamamlamış olması şarttır (Art. 360 Abs1. nZGB).

Vekâlet veren bakım vekâletini, aralarındaki güven ilişkisi ortadan kalkmışsa, her zaman iptal edebilir. Bir başka deyimle, bakım vekilini her zaman azledebilir. İptal veya azil için, yine kuruluşta olduğu gibi, fiil ehliyetine sahip olmak gerekmektedir.

İptal, bakım vekilliği şartları oluşmadığı sürece, yani kişi fiil ehliyetini kaybetmediği sürece, her zaman önceden mümkündür.

Bakım vekâletinin iptali, kuruluşu gibi şekle tabidir.

Bakım vekâleti, ilgili kişinin fiil ehliyetini kazanması ile kanun hükmü gereği kendiliğinden sona erer (Art. 369 Abs. 1 n ZGB) Bu arada, kişi tekrar, fiil ehliyetini kaybederse vekâlet iptal edilmediyse, tekrar yürürlüğe girer.⁶

Bakım vekâleti, bakım vekilinin ve vekâlet veren şahsın ölümü sona erer.

3. Bakım Vekâletinin Etkisinin Tespiti ve Kabulü

Madde 363- Geçerliliğinin Tespiti ve Kabulü

1⁰ Yetişkinleri koruma makamı, bir kişinin fiil ehliyetini kaybettiğini öğrenir ve onun bakım vekâletinin mevcut olup olmadığı hakkında bilgisi yoksa Nüfus Müdürlüğünden bu konuda bilgi ister.

⁶ BBL, 2006, s.7029.

2⁰ Bir bakım vekâleti mevcutsa, yetişkinleri koruma makamı;

1. Bu vekâletin geçerli olarak kurulup kurulmadığı,
2. Geçerlilik şartlarının oluşup oluşmadığını,
3. Bakım vekilinin, bu göreve uygun düşüp düşmediğini, denetler
4. Yetişkinin korunması için alınması gereken diğer tedbirleri mevcut olup olmadığını inceler.

3⁰ Bakım vekili olan kişi, bakım vekilliğini kabul ederse, yetişkinleri koruma makamı, ona Borçlar Kanununa göre kendisinin yükümlülüklerini hatırlatır ve yetkilerinin nelerden ibaret olduğunu bildiren bir senet (resmi vekâletname) düzenleyip teslim eder.

Bakım vekâleti, etkisini ve hükümlerini, vekâlet veren fiil ehliyetini kaybedince gösterir. Ancak geçici süre fiil ehliyetinin kaybı yeterli değildir. Ölçü, bakım vekâleti verenin, bakım vekâletinin kapsamına giren hukuki alanda fiil ehliyetini kaybetmişse, bu an bakım vekâletinin yürürlüğe girmesi anı olmalıdır.⁷

Bakım vekili, kendisine verilen vekâlet kapsamı dâhilinde, fiil ehliyeti bulunmayan kişiyi temsil etmeye yetkilidir. Buradaki temsil yetkisi, kanundan değil, hukuki işlemde doğan bir temsil yetkisidir.

Borçlar Kanunu'nun vekâletle ilgili OR Art. 394 ff. Maddeleri (TBK 502 vd.), ZGB'de (TMK'da) aksine düzenleme yoksa bakım vekâleti hakkında da uygulanır.

Bakım vekili öncelikle;

- Fiil ehliyetsiz kişinin menfaatlerini özenle korumak ve onun işlemleri vekâlet kapsamında ifa etmek,
- Vekâlet kapsamında üstlendiği bakımı şahsen ifa etmek,
- Bilgi ve belgeleri tebellüğ etmek, postaları açmak,
- Kişiyi yazılı talimat gereğini hukuki işlemlerde temsil etmek,
- Her zaman hesap vermeye hazır olmak için, ifa ettiği görevlere ilişkin belgeleri özenle olarak muhafaza etmek,

⁷ Hausheer/Geiser/Aebi -Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern, 2010, s. 32, N.2.22;

- Vekâletin kapsamına girmeyen işlemlerin varlığın halinde, durumu hemen, derhal yetişkinleri koruma makamına bildirmekle yükümlüdür (Art. 365 n ZGB)

4. Vekile Ücret ve Masraflarının Ödenmesi

Madde 366- Ücret ve Masraflar

1⁰ Bakım vekâletinde, vekilin ücreti hakkında bir düzenleme mevcut değilse, yetişkinleri koruma makamı vekilin yaptığı görevlerle haklılık gösterdiği ölçüde, vekilin yapı hizmetlerin ücret karşılığında yapıldığı açıkça belli ve alışılmış nitelikte ise, vekil için bir ücret tespit eder.

2⁰ Vekilin ücretini ve yaptığı masrafları, vekâlet veren karşılamakla yükümlüdür.

5. Kişinin Hastalık Öncesi İlerdeki Bir Hastalık Durumunda Tedaviye İlişkin Tasarrufi İşlemleri (Bakım ve Tedavi Vekâletleri)

Kanun'un 370. maddesinden önceki "hastalık durumunda tasarrufi işlem" başlıklı 2. ayırımında da yer alan maddelerden,

Madde 370- Temel İlke

1⁰ Fiil ehliyetine sahip kişi, ehliyetini kaybetmesi durumunda hangi tür tıbbi tedavi tedbirlerini onay verdiğini veya vermediğini tespit edebilir.

2⁰ Kişi, bir gerçek kişiyi belirleyerek, fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda tedavi yapan hekimle kendisiyle ilgili tıbbi tedbirler hakkında konuşarak, kendisi adına karar vermekle yetkili kılabilir. Bu kişiye ayrıca talimatlar da verebilir.

Madde 371- Kuruluşu Ve İptali

1⁰ Hastalık tedavisi tasarrufi işlemi, yazılı olarak tarih ve imza koyarak tanzim olunmalıdır.

2⁰ Hastalık tedavisi tasarrufi işlemi yapan kimse, bu durumu ve muhafaza edildiği yeri, sigorta kartına tescil ettirmelidir. Federal Hükümet bu konuda gereken düzenlemeleri ihtiva eden bir yönetmelik çıkaracaktır.

3^o Bakım vekâletinin iptali ile ilgili hüküm, anlamına uygun şekilde burada da uygulanır.

Tedavide hekim tarafından yapılacak tıbbi tedbirler, kaide olarak hasta kişinin kişiliğini zedeleyici ve birer müdahale niteliğindedir. ZGB Art. 28 Abs. 2'ye göre, kişilik haklarına saldırı, yalnızca, tecavüze uğrayanın rızasının varlığı, kamu veya özel menfaatlerin özel ağırlığı mevcut veya kanun hükmü gereğince yapılıyorsa, hukuka aykırı değildir.

Hastalık durumuna ilişkin tasarrufi işlem (tedavi vekâletinde) (Art. 370 n, ZGB) ile ilgili kişi bu işlemle, kendisinin fiil ehliyetini kaybedip, gelecekte hasta olması durumunda tedavi için hangi tıbbi tedbirlerin alınabileceğini bildirmektedir.

Bu tedavi vekâletinin (tasarrufi işlemlerin) iki türü vardır. İkisinin birleştirilmesi de mümkündür⁸

- İlgili kişi, hastalık hali tedavi vekâletinde (tasarrufi işleminde) belli hastalık durumunda, hangi tedavi tedbirleri onayladığını, hangilerini onaylamadığını, reddettiğini, tespit edebilir (Art. 370 Abs. 1. m. ZGB). Ayrıca, bu vekâletnamede; tedaviye katılan hekimlerle, kanuni temsilcisinin, kendi isteğinin belirlenmesinde hangi hususları göz önünde tutmaları gerektiği yönünde talimatlar yazabilir.
- İlgili kişi fiil ehliyetinin bulunmadığı hastalık durumunda kendisi için, uygun hangi tedavi tedbirlerin alınması hakkında karar verecek kişiyi belirleyebilir. Bu kişinin sözü edilen kararı verirken, dikkate alması gereken arzuları ile talimatları, tasarrufi işlemde (tedavi vekâletnamesinde) açıklayabilir. İlâveten, ilke olarak görevlendirdiği kişinin, herhangi bir nedenle görevlerini ifa edemediği takdirde onun yerine görevlendirecek kişi ile ilgili ikame vekâlet (tasarrufi işlem) yapabilir veya ikame vekili – vekil olacak kişiyi tespit edebilir (Art. 370 Abs. 3 n ZGB).

İlgili kişi hakkında, karar verecek kişinin, "bakım vekâletinde" olduğu gibi, bireysel olarak açıkça isimlendirilmesi gerekir. Bu işlemde de, birden çok kişi görevlendirilebilir. Ancak bunların hepsinin gerçek kişi olması şarttır (Art. 370 Abs. 2 n ZGB).

⁸ Hausheer/Geiser/Aebi – Müller; ages. s.37, N. 2.41 –2.42.

Tedavi vekâleti (tasarrufi işlemi), her türlü tedaviyi kapsamına alabilir, hem ruh hem beden sağlığı hastalıklarının tedavisini de kapsayabilir. Fiil ehliyetinin kaybının ruh hastalıklarından mı veya bayılmadan mı ortaya çıkmış olmasının önemi mevcut değildir.⁹

Hastalık tedavi vekâletinde (tasarrufi işlemde) ismi açıklanan temsilci - hekim, bu görevi kabul etmekle yükümlü değildir. Bakım vekâletindeki aksine (Art. 367 Abs. 1 n ZGB), vekâlet verilen kimse, kabul ettiği vekâletten haklı sebeplerin varlığı halinde derhal istifa edebilir. Kanun'da bu husus düzenlenmemiştir. Bu durumda Art. 404 OR (YBK.m.512; e BK.m.396) hükmü gereğince, görevinden her zaman istifa etmeye hakkı bulunduğu kabul etmek gerekmektedir.

Madde 372- Fiil Ehliyetinin Kaybının Ortaya Çıkışı

1⁰ Fiil ehliyeti bulunmayan ve hastalık halinde tedavi vekâleti de (tasarrufi işlemi de) mevcut olmayan, kişinin tedavisini yürüten hekim, bu durumu sigorta kartına bakarak belirler. Acil durumlarda yapılacak işlemler saklıdır.

2⁰ Kanun hükümlerine aykırılık veya hastanın serbest veya muhtemel iradesine dayanmadığı hususlarında haklı şüpheyi gerektirecek haller dışında, hekim hastayı, hastalık halinde tedavi vekâletine (tasarrufi işlemine) uygun tedaviyi yapmakla yükümlüdür.

3⁰ Tedaviyi yapan hekim, hastanın dosyasında, hangi nedenlerle tasarrufi işlem gereğince davranmadığını belirtir.

Hastanın, tedavi vekâletinin verilmesi (tasarrufi işleminin kurulması) gibi iptali de belirli bir şekle tabidir. Şeklen yazılı olması, tarih konmuş olarak imzalanmış bulunması şarttır.

Hastanın yakınları, tedaviyi yürüten hekimin tedavi vekâletine (tasarrufi işleme) ve sağlık hukuku ilkelerine uygun tedaviyi yapmadığını, yazılı olarak yetişkinleri koruma makamına bildirmeye hakkı mevcuttur. Koruma Makamı, böyle bir aykırılığın veya sapmanın mevcut olup olmadığını inceler ve duruma göre, tasarrufi işlemin gereğinin yapılması için, uygun tedbirleri alır (Art. 373. Abs. 1. 2.ff. 1 ZGB).

⁹ BBl. 2006, s. 7030

6. Fiil Ehliyetsiz Kişiler Hakkında Yasal Olarak Alınacak Tedbirler

Kanun'un Art.374. maddesinde, "Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Şartları" kenar başlığı altında aynen;

Madde 374- Temsil Yetkisinin Şartları ve Kapsamı

1⁰ Bakım vekâleti ve tedavi vekâleti bulunmayan (hasta tasarru-fi işlemi yapmamış) veya kayyımlık altında olmayan ve fiil ehliyetini kaybetmiş kişinin, eşi veya onunla aynı çatı altında yaşayan veya kişisel olarak bakımını yapan kişi, kanun hükmü gereği temsil yetkisine sahiptir.

2⁰ Temsil Yetkisi;

- Alışılmış bakım giderlerinin karşılanması için gerekli olan bütün hukuki işlemlerini,
 - Gelirlerin ve diğer mal değerlerinin olağan yönetimini,
 - İcabında postalarının açılması ve gereğinin yapılmasını,
- kapsar.

3⁰ Malvarlığı üzerinde olağanüstü yönetimi gerektiren hukuki işlemler için, eşin veya hayat arkadaşının, yetişkinleri koruma makamının iznini alması gerekir".

Kanun Art. 375. hükmünde ise, Temsil Yetkisinin İcrası ilişkin olarak aynen,

Madde 375- Temsil yetkisinin Kullanılması

"Temsil yetkisinin kullanılmasında, Borçlar Kanununun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır"

hükmü yer almaktadır.

Kanun'un 377 ile 381. maddeleri hükümlerinde; tıbbi tedavi tedbirlerin alınmasında temsil yetkisinin kullanılması, 382 ile 387. maddeleri arasındaki hükümlerde ise; "Mesken veya bakım evlerinde" yapılacak bakım ve gözetime ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

Böylece standartlaşmış tedbirlerin alınması yerine, gelecekte kurulacak bu makamlardan, her münferit olayda gerçekten gerekli olan ölçüde devlet bakımının yapılması talep edilecektir.

IV. Federal Kanunun Öngördüğü Yeni Kayyımlık Türleri

Kanun'da, altı (6) tür kayyımlık öngörülmektedir. Bunlar ise;

- belirli işlerle birlikte hareket kayyımlığı,
- temsil kayyımlığı,
- mal varlığı yönetimi kayyımlığı,
- birleşik kayyımlık,
- belli işlemlerde onay kayyımlığı ve
- kapsamlı kayyımlıktır.¹⁰

Birlikte hareket etme kayyımlığı, yalnızca yardıma muhtaç kişinin onayı ile kurulan kayyımlık olup, kişinin fiil ehliyetine dokunulmamaktadır.

Temsil kayyımlığında; yardıma muhtaç kişinin belirli işlerini kendisi yapamayacağı ve tamamlaması mümkün olmadığı için, kendisine temsilci kayyımı atanmaktadır. Bu durumdaki kişi, kayyımın yapacağı hesaba sayacak veya kabul etmek zorunda kalacaktır. Yetişkinleri koruma makamı da, bu kişinin temsile ihtiyaç duyulan konulardaki işlemlerini sınırlayacaktır.

Mal varlığı yönetimi kayyımlığında ise; kayyım yalnızca, ilgili kişinin mal varlığının yönetimi ile görevlidir.

Onay kayyımlığında ise; yardıma muhtaç kişinin belirli davranış ve işlemlerinin geçerliliği, onun korunmasına ilişkin olarak, kayyımın onayına bağlanacaktır.

Birleşik kayyımlık ise; Birlikte hareket, temsil ve onay kayyımlıklarının ve bunların görevlerinin birleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan bir kayyım türüdür.

Kapsamlı kayyımlık ise; bir kişi devamlı olarak fiil ehliyetsiz ise, hacir altına alınması kurumunun halefi olarak onun yerine, kanuni sebeplerin varlığı halinde öngörülmüş bir kayyımlık türüdür (Art. 369-372 ZGB).

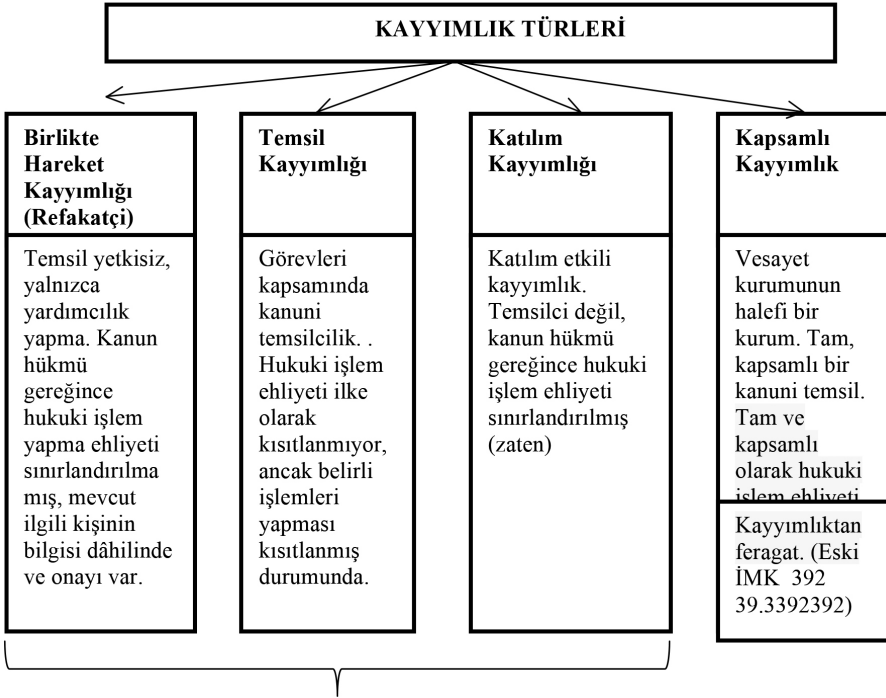
¹⁰ Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, Martin Stettler; Bern 2013,S,393- vd.

Bu kayyımın görevi alanı kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerinin hepsini kapsamaktadır

Birlikte hareket, temsil ve onay kayyımlıkları arasında birleştirme mümkündür

Kapsamlı kayyımlıkta; kayyımın görevi alanı; kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerinin hepsini kapsamaktadır.

Yeni kayyımlık türleri aşağıda şemada daha iyi gösterilmiştir.



- Açık seçik belirlenmiş görev alanı
- Birleştirme mümkün

		Tedbirler / Hukuki Kurumlar	Artikel ZGB
İdari Tedbirler	Görevle Bağlantılı Tedbirler	Birlikte Hareket Etme Kayyımlığı	393
		Temsil Kayyımlığı	394
		Malvarlığı Yönetimi Kayyımlığı	395
		Onaylama Kayyımlığı	396
		Birleşik Kayyımlik	397
		Kapsamlı Kayyımlik	398
	Görevle Bağlantılı Olmayan Tedbirler	Yetişkinleri Koruma Makamının Aldığı Gereklî Tedbirler	392
	Bakım Evine Yerleştirme	426 ff.	
İdari Olmayan Tedbirler	Kanuni Tedbirler	Eşin Temsili	374 ff.
	Kendisinin Kararlaştırdığı Bakım Tedbirleri	Bakım Vekâleti	360 ff
		Hastalık Halinde Sonuç Verecek Tasarrufî İşlem	370 ff

Yetişkinlerin Korunması Hukukunun Hukuki Kurumları^{11*}

		Tedbirler / Hukuki Kurumlar	Artikel ZGB
İdari Tedbirler	Görevle Bağlantılı Tedbirler	Birlikte Hareket Etme Kayyımlığı	393
		Temsil Kayyımlığı	394
		Malvarlığı Yönetimi Kayyımlığı	395
		Onaylama Kayyımlığı	396
		Birleşik Kayyımlik	397
		Kapsamlı Kayyımlik	398
	Görevle Bağlantılı Olmayan Tedbirler	Yetişkinleri Koruma Makamının Aldığı Gereklî Tedbirler	392
	Bakım Evine Yerleştirme	426 ff.	
İdari Olmayan Tedbirler	Kanuni Tedbirler	Eşin Temsili	374 ff.
	Kendisinin Kararlaştırdığı Bakım Tedbirleri	Bakım Vekâleti	360 ff
		Hastalık Halinde Sonuç Verecek Tasarrufî İşlem	370 ff

¹¹ Bu tablo: Hausheer, H/Geiser/E. Aebi-Müller; Das Neue Erwachsenenschutzrecht Bern 2014, s.7'den tercüme edilerek alınmış ve atıf yapılmıştır

§ 2 "İsviçre Medeni Kanunu'nun Kişiler Hukuku Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi"

Art. 13-

Kanun'un 13. maddesinin eski metindeki "mündig" ve "urteilfaehig; ergin ve ayırt etme gücüne sahip yerine, düzenlemede;

"Reşit ve ayırt etme gücüne sahip kişinin fiil ehliyeti mevcuttur" hükmü konmuştur. Almanca metindeki "Mündigkeit ve Unmündigkeit" kelimeleri yerini "reşit (yetişkinlik) ve küçüklük" kelimeleri konmuştur.

Yetişkinleri koruması hukukuna ilişkin hükümlerde; kısıtlılık kelimesi ve kısıtlılık durumları tamamen kaldırılmış yani,

Vesayet makamı yerine çocuk koruma makamı ihdas edilmiş vasilik ve vasi yerine kayyım ve kayyım türleri kanunda düzenlenmiştir.

Art. 14-

14. maddede, Onsekiz yaşını tamamlamış her kişi reşittir hükmü konmuştur. Kenar başlığı da "erginlik" olarak değiştirilmiştir.

Art. 16-

Art. 390 birinci bendinde yapılan değişikliğe paralel olarak, azda olsa toplumda damgalanmayı çağrıştıran "akıl hastalığı" ibaresi yerine "psikolojik rahatsızlık", "akıl zayıflığı" yerine "ruhi engellilik", "sarhoşluk" yerine "içicilik" kelimeleri kanun metninde yer almıştır. "İçicilik" kavramının kapsamına alkol ve uyuşturucu maddelerin dâhil olduğu kabul edilmiştir.

Art. 16'nın madde metni "çocukluk yaşı (küçüklük) yüzünden veya ruh bozukluğu, psikolojik rahatsızlığı, içicilik veya bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre, ayırt etme gücüne sahiptir" şeklinde kanunda yer almıştır.

Art. 17-

Ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin küçükleri ile kapsamlı kayyım altında bulunanların fiil ehliyeti yoktur. Fiil ehliyetsizliği metninde; "kısıtlılık" yerine "kapsamlı kayyım" ibaresi konmuştur.

Art. 19-

19. maddenin kenar başlığı ile 1. ve 2. fıkra hükümleri aşağıdaki gibi değiştirilmiştir.

1. fıkra; “fiil ehliyeti bulunmayan kişiler, yalnızca yasal temsilci rızası ile borç altına girebilirler ve haklarını feragat edebilirler.

2. fıkrada; karşılıksız kazanılmamalar ile bulunan gibi ve günlük hayattaki alışılmış işlemler bu rızanın varlığı aranmaz.

1.fıkra hükmünde: Art.410 fıkra 1.hükmündeki gibi sınırlı fiil ehliyetsizlerin yani ilke olarak bu kişiler, ehliyetsiz olmakla birlikte, ayırt etme gücüne sahip olduklarından hukuki işlem yapma katılım imkânları mevcuttur. Bunlar, küçükler ile yeni olarak reşit olup kapsamlı kayımlık altında bulunan kişilerdir (Art. 398 fık.3)

Sınırlı ehliyetsizler hukuki işlemler alanında, Art.19 fıkra 2.deki günlük hayattaki ufak tefek işlemleri, tam yapmaya ehildirler. Bu hukuki çözüm, BGB'nin 1903 paragrafının 3. fıkrasının ikinci cümlesinden, pratik hayata uygun olduğu için alınmıştır. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar ise (Art. 19 fık.2. ZGB'deki) yeni olarak Art.190'de düzenlenmiştir.

Art. 19a-

Madde metni yenidir. Kişiler hukuku derslerinde, borçlar hukukunun konularından olan, hukuki işlem ehliyeti ilgili anlatılan hususlar doğru olarak madde metni olarak kaleme alınmış ve yasa maddesi olarak, konuma girmiştir.

Ayrıca madde metni düzenlenirken, eski Kanun'un Art.40 (TMK.451-452) maddesi hükmü de dikkate alınmıştır.

Maddenin kenar başlığı ile metni şöyledir;

Kanuni temsilcisinin Kanun'da başka türlü öngörülmediği durumda, kanuni temsilcinin açık veya üstü örtülü izni önceden veya işlem yapıldıktan sonra onama ile gerçekleşebilir. İşlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içerisinde onaylanmazsa diğer taraf bununla bağlı kalmakta serbesttir.

Kanuni temsilciler, sırasıyla duruma göre; velayet hakkı sahipleri ile ilgili kayımdır. Bakımla görevli ebeveynler ile evlatlık edinmiş

olan ebeveynlerdir. İzin verilmesinin reddedilmesi durumunda, velayet altında bulunan küçük için yapılacak bir şey bulunamaz gibi görünse de; küçük koruma makamına başvurma ve talimatını bekleme imkânı her zaman mevcuttur. Ancak bununda şartı; çocuğun menfaatinin tehlikeye girmiş olmasıdır¹²

Art. 19b- Rızanın Yokluğu

(1) Kanuni temsilcinin rızası gerçekleşmemişse, diğer taraf verdiği geri isteyebilir. Ancak, hukuki işlem ehliyeti bulunmayan kişi, sadece; kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da kötü niyetle elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur.

(2) Ehliyetsiz kişi, hukuki işlem ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafın yanıltmışsa, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur.

Hukuki işlem yapma ehliyeti bulunmayan kişinin aldıklarını geri verme yükümlülüğünün kapsamı onun iyi veya kötü niyetli oluşuna göre farklılık göstermektedir.

İyi niyetli ise; elinde halen mevcut olanı iade etmekle yükümlüdür. Ayrıca kendi yararına olanı geri vermesi gerekir. Lüks ve lüzumsuz masrafları ise talep edemez. Karşı tarafı hukuki işlem ehliyetinin varlığı hususunda yanıltmış olan kişi, diğer tarafın bu yüzden uğradığı zararları karşılamakla da yükümlüdür ve sorumludur. Bu zarar kapsamı karşı taraf bu sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı, mal varlığının durumu ile hali hazır durumu arasındaki fark yeni menfi zararı olarak belirlenmelidir¹³.

Art. 19c- Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar

(1) Ayırt etme gücüne sahip ehliyetsiz kişiler, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarını, bağımsız olarak kullanabilirler. Ancak Kanunun yasal temsilcinin rızasını öngördüğü durumlar saklıdır.

(2) Kanuni temsilci, kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili temsil

¹² Roland Fankhauser, Basler Kommentar zum ZGB; Art. 19a), Basel 2014. 5.Auflage, N.10

¹³ Roland Fankhauser, Basler Kommentar, zum ZGB; Art. 19b N. 7

yetkisinin kaldırıldığı haller bulunmadıkça, ayırt etme gücüne sahip kişileri temsil edebilir.

Bu hükümde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mutlak nitelikteki haklar ile (nişanlanması, evlenmesi gibi), nispi nitelikteki (isim değişikliği ilgili davalar gibi) kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklar ayrımı göz önünde tutularak, kanun temsilcisinin, mutlak haklarda kesinlikle temsil yetkisinin bulunmadığı, nispi nitelikteki haklarda ise, temsil edebileceği vurgulanmıştır¹⁴.

Art. 19d- Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması

Fiil ehliyeti, (hukuki işlem ehliyeti), yetişkinlerin korunması kapsamındaki tedbirlerle, sınırlandırılabilir.

Kapsamlı kayyımlık durumunda, kanun hükmü gereği, hukuki işlem ehliyeti tamamen ortadan kalkmaktadır (Art. 398).

Onaylanma kayyımlığında, hukuki işlem ehliyeti bulunan kişinin bazı hukuki işlemlerinin, onun korunması amacıyla, kanun hükmü kayyımın onaylamasına bağlı tutulmuştur (Art. 396 / fık. 2).

Temsil kayyımlığında, kanun hükmü gereği sınırlama mevcut değildir (Art. 394).

Birlikte hareket kayyımlığında da aynı şekilde kısıtlama yoktur ¹⁵.

Art. 23- Fıkra 1

Art. 23. Abs. 1- (1) Yerleşim yeri bir kısmın sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir. Öğretim veya bakım için yalnızca bir öğretim kurumuna veya bakım evinde bulunma, yalnızca hastanede veya ceza kurumunda konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucu doğurmaz.

Art.25- c. Küçüklerin İkametgâhı

Art. 25 Kenar başlığı ve fıkra 2 (2) Vesayet altındaki çocukların yerleşim yeri, çocukları koruma makamının bulunduğu yerdir.

Art. 26- d. Kapsamlı Kayyımlık Altında Bulunan Reşitlerin Yerleşim Yeri

¹⁴ Bu iki ve diğer tüm haklara ilişkin örnekler için (Bkz. Roland Fankhauser; Basler Kommentar Zum ZGB; Art. 19c N. 5-6).

¹⁵ Roland, Fankhauser, Basler Kommentar zum ZGB; Art. 19c. N. 2).

Art. 26- Kapsamlı kayımlık altında bulunan reşidin yerleşim yeri, yetişkinleri koruma makamının bulunduğu yerdir.

Art. 39- Abs. 2. Ziff. 2 de;

(2) "Bir kişinin kişisel veya aile hukukuna ilişkin durumuna, reşitliği, nesebi, evliliği, dâhildir" .hükmü konmuştur.

Art. 89a

Önceki Art. 89 bis karşılamaktadır.

Art. 89b- Yönetim Yokluğu

(1) Eski ZGB'nin 393. maddesinde yer alan "Kanun gereği "Yönetim" kenar başlığı altındaki 5. bendinde yer alan "Halktan Toplanan Mal Varlığı" başlığı altında, bir genel kamu yararı amacı güden başka biri için halktan toplanan mal varlığı yönetilmesi veya harcama yolu sağlanamamışsa, ilgili makam gerekli önlemleri alır.

(2) Toplanan mal varlığı için bir yönetici atanabilir veya bu mal varlığı aynı veya benzer amacı taşıyan dernek veya vakfa tahsis edilebilir.

(3) Toplanan mal varlığı, hakkında yetişkinlerin korunmasındaki kayımlık hükümleri kıyasen uygulanır.

§ 3 Aile Hukuku Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Art. 90- Fıkra 2

Art. 90 Abs. 2 Nişanlanma (2) Yaşı küçük olanlar kanuni temsilcinin izni olmadan nişanlanamazlar, şeklinde değiştirilmiş ve hükme bağlanmıştır.

Art. 94- "Evlenmenin Şartları" Evlenme Ehliyeti

2. fıkra hükmü yani "kısıtlılar, kanuni temsilcinin izni olmadan evlenemezler" hükmü kaldırılmıştır.

Art. 102 Abs. 1; 133 Abs. 1, ikinci cümle, 134 Abs. 4; 135 Abs. 2 ve 176 Abs. 3 hükümlerinin önceki Almanca metinlerindeki,

- ergin, erginlik ve kısıtlı tabirlerinin yerine "reşit" "yaş küçüklüğü" ibareleri korunmuştur.

Art. 134 Abs. 4'ün ikinci cümlesindeki "Vesayet makamı" yerine, "yetişkinleri koruma makamı", çocuk hukukunda ise "çocuk koruma makamı" metne dâhil edilmiştir.

Art. 183 Abs. 2 Evlilik Sözleşmesi

(2) Kayyımlık altında bulunan küçükler ile reşit kişilerin evlilik sözleşmesinin kurulması için hukuki temsilcilerinin izni gereklidir. Yeni hukukta, artık kısıtlı ibaresi kullanılmayacağı için metinden çıkarılmış bunun yerine, "yaş küçüklüğü" ibaresi konmuştur.

Art. 256 Abs. 1 Bent 2; 256c Abs. 2 und 259 Abs. Bent 2

Bu hükümlerdeki "erginlik yaşı" ve "kısıtlılık" ibareleri yerine, "yaş küçüklüğü" ve "erginlik yaşı" tabirleri konmuştur.

Art. 260 Abs. 2 Tanıma

(2) Tanınacak küçük, kapsamlı kayyımlık altında bulunuyor veya yetişkinleri koruma makamı bu yönde bir karar vermişse, tanıma için kanuni temsilcinin izni gereklidir.

Art. 260c Abs. 2 ve 263 Abs. 1 Bent 2 hükümlerindeki "yaş küçüklüğü" ibaresi yerine "erginlik yaşı" deyimi konmuştur.

Art. 264 Kenar Başlığı "Küçük Evlat Edinilmesi" hükmündeki "kısıtlı" ibaresi yerine "yaş küçüklüğü" ibaresi metne alınmıştır.

Art. 266

Kenar başlığı, "reşit" kişinin evlat edinilmesi" şeklinde değiştirilmiştir.

Bent 1 hükmünde; Furuu yoksa ergin-reşit kişi evlat edinilebilir.

Bent 2 hükmü ise; küçüklük durumunda evlat edinen ebeveynler, onu en az beş yıl boyunca bakım ve terbiyesini üstlenmişlerse, biçiminde; fıkra 3 hükmünde ise; bunun dışında, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır" şeklinde değişiklik yapılmıştır.

Art. 267a ve 268 fıkra 3 hükümlerinin metnindeki, ergin olmayan kısıtlı olan, tabirleri yerine yaşı küçük "reşit" kelimeleri yasa metnine girmiştir.

Art. 269c fıkra 2 ikinci cümlesi araştırmamanın, vesayet organları ye-

rine, bundan böyle "çocuk koruma makamı" tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

Art. 273 Abs. 1, 277 Abs. 1 ve 289 Abs. 1 hükümlerinin Almanca metinlerindeki "ergin olmayan veyahut "ergin" kelimeleri yerine, "yaş küçük" "reşit yaşında" ibareleri metne alınmıştır.

Art. 296- Ebeveyn İhtimamı, Şartları

Bu hüküm; 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile değiştirilmiş, yaşı küçük ebeveyn ile kapsamlı kayyımlık altında bulunan ebeveynlerin, ihtimam yükümlülüğü aranmaz. Bunlar erginlik yaşına geldiklerinde, ebeveyn olarak ihtimam yükümlülüğü geri gelir. Kapsamlı kayyımlık, kaldırılmışsa çocuk koruma makamı, çocuğun menfaatini dikkate alarak, ebeveyn ihtimam yükümlülüğünün tekrar iadesine karar verir.

Art. 298 Abs. 2 ve 3 (Yeni Hüküm) Evlenmemiş Ebeveynlerin İhtimam Göstermesi

Fıkra 3 hükmünde; anne ve baba ebeveyn ihtimam gösterme yükümlülüğünü üstlenmezse mahkeme çocuk koruma makamı bir vasi atanması yetkisi verebilir.

Bu vasilik, Art. 327'de düzenlenmişti. Buna küçüklük nedeniyle vasilik tabir edilmektedir. Bu vasilik için, ebeveyn ihtimam hükmünü, kaldırılmış olması şarttır¹⁶

Art. 298a Fık. 2 ve 3 yeni hükümler olup, evli olmayan çiftlerin ebeveyn ihtimam yükümlülüğü düzenlenmektedir (1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun).

Art. 304 Abs. 3; Art. 305 kenar başlığı ile fıkra 1, Art. 306 Abs. 2 ve 3; 311 kenar başlığı ve Fıkra 1, 312.nin kenar başlığında, 314 ve 314a, 314b'de 318 Abs. 1, 315a Abs. 1; 315b Abs. 2'de, 318. Abs. 2 ve 3'de, 316'da, Art. 327a. 327c ve 333 Abs. 1 ve 2'de ve 334 Abs. 1.de "ebeveynin ihtimamlı bakım yükümler"i; kimsesiz küçüklere vasi tayin edilmesi, ailesi birlikte aileye ait işletmede çalışan reşit çocuklar ile büyük çocukların kendilerine uygun tazminat talep etme hakları ile ilgili hususlarda, kanundaki maddelerin Almanca metinlerinde redaksiyonel düzenlemeler yapılmıştır.

¹⁶ Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Basler Kommentar Zum Art. 298 N. 19-20

§ 4 İsviçre Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Art. 468- Miras Sözleşmesi

(1) Ayırt etme gücüne sahip 18 yaşını doldurmuş olan, miras bırakan, miras sözleşmeyi yapmaya ehildir.

(2) Kayımlık altında bulunan kişinin miras sözleşmesi yapabilmesi için, kanuni temsilcisinin izni gereklidir.

Art. 492a- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Altsoy

Ayırt etme gücüne devamlı olarak sahip olmayan ve hayatta altsoy ile ikame tayin edebilir.

(2) Altsoy beklememesine rağmen, ayırt etme gücüne tekrar sahip olursa, kanun hüküm gereği, art mirasçılık, ortadan kalkar.

Art. 531- Art Mirasçılık Bakımından

Art mirasçılık, ayırt etme gücüne sahip olmayan hakkında hüküm saklı kalmak koşuluyla, saklı paylı mirasçılar şekli payları karşısında geçersizdir.

Art. 554 Abs. 1^{bis} ve 2

Bu hüküm Art. 544 maddesini tamamlayıcıdır. Çocuğun doğmadan önceki mirasçılık durumunu düzenlemektedir.

Onun menfaatinin korunması, gerekiyorsa, çocuğu koruma makamı, bir kayyım atayabilir.

(2) Çocuk ölü doğmuşsa, mirasın geçişinde hesaba katılmaz.

Art. 533 Abs. 1

1. Yaşı küçük mirasçı, vesayet altında veya vesayet altına alınacaksa,
2. Mirasçılardan biri uzun süreden beri bulunamıyorsa ve temsilci de yoksa
3. Mirasçılardan birisi veya yetişkinleri koruma makamı talepte bulunmuşsa
4. Reşit olan mirasçı kapsamlı kayımlık altında bulunuyorsa veya alınması gerekiyorsa, defter tutulmasına karar verilir.

Art. 554 Abs. 3

(3) Ölen kişi, yönetim kayımlığı altında ise, başka türlü düzenleme yoksa kayyım, mirası yönetmekle de yükümlüdür.

SONUÇ:

İsviçre Medeni Kanunu'nun Vesayet Hukukunu tamamen değiştiren ve 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren, Yetişkinleri Koruma Kanununun (Yeni Yetişkinlerin Korunması, Çocukların Korunması, Kişiler Hukuku ile ilgili) hükümleri, bu konuda 13 Ocak 2000 tarihli uluslararası alanda yetişkinlerin korunması hakkında La Haye Sözleşmesi hükümleri, Federal Almanya ve Avusturya Medeni Hukuklarındaki ve EU yönergelerindeki düzenlemeler, göz önünde tutularak ve değerlendirilerek, ülkemizde de yasalaştırılmalıdır.

01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun Vesayet Hukukunu düzenleyen 396 ile 494 maddeleri arasında yer alan toplam (98) maddelerindeki halen yürürlükteki hükümlerin de, İsviçre Medeni Kanunu'nun 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren "Yetişkinlerin Korunmasına Yönelik olarak, Art.360 ile 456 düzenlenmiş bulunan toplam (96) maddeden ibaret yeni hükümleri dikkate alınarak, yasama organı TBMM tarafından, TMK. hükümlerinde de değişikliğe gidilmesinin hukuken yerinde olacağı düşünülmektedir.

Kaynakça

- Botschaft, Botschaft zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Bern 28 Haziran 2006, Bundes Blatter (BBl), sayfa 7001 – 7196
- Andrea Büchler/Christoph Häfeli,
Audrey Leuba/Martin Stettler, Erwachsenenschutz, Bern 2013
- Heinz/Hausheer/Thomas Geiser/ Regina E Aebi – Müller, Das neue Erwachsenen-
schutzrecht, 2. Auflage, Bern 2014
- Ingeborg Schwenger/Michelle Cottier, Basler Kommentar Zum ZGB; Art. 298 N. 19-
20; 5. Auflage; Basel 2014
- Margrith, Bigler/Eggenberger/Roland, Fankhauser; Basler Kommentar zum ZGB I; 5
Auflage, Basel 2014
- 13 Ocak 2000 tarihli Uluslararası Alanda Yetişkinlerin Korunması Hakkında Den
Haag Sözleşmesi (Sr .0.211.232.)