

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.barobirlik.org.tr



UBAP ile

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Editör / Editor

Av. Oya Günendi Yağan

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Vedat Ahsen Coşar

Av. Cengiz Tuğral

Av. Sitare Sağın

Av. Teoman Ergül

Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors

Av. Oya Günendi Yağan

Av. Dr. Serkan Açar

Av. Alper Can Aykaç

Av. Olcay Küçükpehlivan

Av. Özcan Çine

Av. Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,

Çankaya Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Haluk Günuşur,

Türkiye-AB Derneği Bşk.

Prof. Dr. Hamit Hancı,

AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.

Sabih Kanadoğlu,

Onursal Yargıtay C. Başsavcısı

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu

Prof. Dr. Erdal Onar,

Bilkent Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,

Akdeniz Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,

Galatasaray Hukuk Fak.

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

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

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

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

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

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

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Özdemir Özok Sokağı No: 3

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: 60 TL.

Abonelik: ABONET

Tel: (0212) 222 72 06

Faks: (0212) 222 27 10

www.abonet.net

Abone dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Mustafa Horuş - Türkiye Barolar Birliği

Basım Yeri / Printed by

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

Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

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

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 **BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT**

9 **HABERLER / NEWS**

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

33 **Fatih ÖZKUL**

Ulusal İrade ve Hukuk Devleti / National Will and the Rule of Law

69 **Mustafa Tören YÜCEL**

Cinsel Suçluların Tretmanı / Treatment of Sexual Offenders

95 **Burcu DEMREN DÖNMEZ**

Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı / Concept of "Public Servant" in Turkish Penal Code

131 **Devrim AYDIN**

Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması / Implementation of Penal Code in Terms of Place

149 **İsmail GÜROCAK**

Türk Ceza Kanunu'nda "Mala Zarar Verme" ve "İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme" Suçları / The Crimes of "Damage to Property" and "Damage to Worship Places and Cemeteries" in Turkish Criminal Code

187 **Serkan AĞAR**

Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında "İlişkili Kişi" / "Related-Party" in Disguised Income Distribution Via Transfer Pricing

235 **Cem Duran UZUN**

Anayasa Önerilerinde Siyasi Partilerin Finansmanı ve Yeni Bir Öneri / The Financing of Political Parties in the Constitutional Proposals and A New Proposal

259 **Gürkan ÖZOCAK**

Türkiye'de Siyasi İktidarın Mizahla İmtihani: İfade Özgürlüğü ve Karikatür / The Examination of Political Power with Humour in Turkey: Freedom of Speech and Caricature

295 **Kerem CANBAZOĞLU / Dilhun AYAYDIN**

İmar Planlarının Yargısal Denetimi -II / Judicial Review of Zoning Plans – II

MAKALELER / ARTICLES

239 Yılmaz ALİEFENDİOĞLU

1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı / The Role of the President in Executive, Selection and Nonliability, Legislative Immunity of the President in the 1982 Constitutio

259 Kadir AKTAŞ

Kamu Denetçiliği Kurumunun Anayasal Sistemdeki Yeri ve Etkinliği Sorunu / The Place of Ombudsman Institution at the Constitutional System and Efficiency Problem

275 Oğuz Kaan DOĞAN

Yasa Yapımında Bir Alternatif: Çift Meclis Sistemi / An Alternative to Making Law: Bicameralism

393 Çev.: Fatih BİRTEK

Avrupa Konseyi İletişimin Denetlenmesi ve Gizli İzleme Raporu / Report on Interception of Communication and Intrusive Surveillance (Best Practice Survey No. 3)

429 Çev.: Leyla Müjde KURT

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Sözleşmeden Dönme Sonucunda Ortaya Çıkan İade Taleplerinin Hukukî Niteliğine ve Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresine İlişkin 16.5.1988 Tarihli Kararı / The Decision of the Swiss Federal Court Dated 16.5.1988 Regarding the Nature and the Statute of Limitations of the Duties of Restitution in Case of Rescission of the Contract

437 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

449 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

462 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION

494 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

başkan'dan

Sevgili Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği'nin 31. Olağan Genel Kurulu 7-8 Mayıs 2011 tarihlerinde Adana'da yapılacak. Bu genel kurulda Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 01.04. 2009 ile 31.03.2011 tarihleri arasındaki çalışmalarının yanı sıra bilanço ve gelir/giderlerine ilişkin raporları, yine Türkiye Barolar Birliği Denetleme Kurulu'nun aynı döneme ilişkin raporları görüőülecek, tartişılacak ve eleştirilecek.

Demokratik bir sistemde her türlü eleştirinin yurttaşların temel hakkı olduğu, hiç bir kişi ve kurumun eleştiri dışı olmadığı ve esasen yerleşik kurumların ve uygulamaların eleştirilmediği bir toplumda, demokrasi-den söz etmenin mümkün olmadığı göz önüne alındığında, 31. Olağan Genel Kurul'da yapılacak eleştirilerin, ortaya konulacak fikirlerin ve önerilerin, yönetme sorumluluğunu üstlenmiş olan bizler için son derece yararlı ve yol gösterici olacağı açık.

Dileğimiz, genel kurulumuzun bütün bunlara imkan verecek bir özgürlük ortamında, biz avukatlara yakışan bir olgunlukta ve düzeyde geçmesidir. Bu şekilde geçeceğine olan inancımız da tamdır.

Ama buna rağmen haksız ve kimi kişisel saldırılar da mutlaka olacaktır. Bu konumda olanlara diyeceğimiz şudur: *"Kusuru olmadan saldırıya uğrayanlar, iftira etmeden iftira edilenler, sevgiyle itaat edenler ve acı çekerken hoşnut olanlar, ihtişamıyla yükselen güneşe benzerler."*

Sevgili Meslektaşlarım,

Kimi insanlar şanslı, kimi insanlar da şansız olurlar. Sanırım ben şanslı olanlardanım. şanslıyım zira rahmetli Başkanımız, Üstadımız Özdemir Özoğ'tan iyi bir miras devir aldım. Rahmetli Özoğ'tan alt yapı olarak, bina/tesis olarak, donanım olarak, kurumsal işleyiş olarak aldığım iyi mirasların yanında en iyi miras yönetim, disiplin ve denetim kurulu üyesi arkadaşlarımdır. Gerek kişi, gerekse avukat olarak her biri bir diğerinden değerli kurul üyesi arkadaşlarımla birlikte uyumlu ve üretken bir hizmet dönemini geride bıraktık.

Yönetim Kurulu Çalışma Raporunda ayrıntıları ile yazılı olduğu üzere, hep birlikte rahmetli Başkanımız *Özdemir Özok*'un yaptıklarının üzerine yeni ve önemli hizmetler koyduk. Gerek bunun için, gerekse göreve geldiğim 13 Haziran 2010 tarihinden itibaren hemen her konuda bana gösterdikleri güven için, verdikleri destek için kendilerine müteşekkirim, minnettarım.

Yaptıklarımızın, başardıklarımızın yanı sıra yapamadıklarımız da oldu. Görev süremizin sona ermesine daha iki yıllık bir süre var. Yönetim olarak bu iki yıllık süre içerisinde yapamadıklarımızın üzerinde yoğunlaşacağız. İki yıl sonra 32. Olağan Genel Kurula geldiğimizde: munzam emeklilik sistemini, avukat stajyerlerine şimdilerde kredi olarak ödenen miktarın artırılarak burs haline dönüştürülmesini, yeni avukatlık yasa-sının yürürlüğe konulmasını, meslek kurallarının güncelleştirilmesini, ülkemizin değişik bölge ve barolarında eğitim, konaklama ve sosyal ihtiyaçları karşılayacak nitelikte avukat evleri kurulmasını, tapu, trafik, SGK, nüfus bilgileri, adres sorgulama işlemlerinin UYAP Avukat Portalı üzerinden açılmasını, harç, bilirkişi ücreti pul gideri gibi parasal işlemlerin modernize edilen avukatlık kimlik kartı ile Birliğimiz tarafından kurulan elektronik ödeme sistemi üzerinden gerçekleştirilmesini sağlayacağız.

“Gelecek uzun sürer”, ama bütün bunların yapılması, gerçekleştirilmesi o kadar uzun sürmeyecek. Lütfen bizi izlemeye devam ediniz.

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ÖNCEKİ BAŞKANI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK ANILDI

Geçen yıl kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği'nin önceki başkanı, savunmanın yürekli temsilcisi Av. Özdemir Özok'u, vefatının birinci yıldönümünde Cebeci Asri Mezarlığı'ndaki kabri başında, ailesi, Türkiye Barolar Birliği Başkanı, Yönetim, Disiplin, Denetim Kurulu üyeleri, yakınları, Ankara Barosu Başkanı, Başkan Yardımcısı, avukatlar ve hakim ve savcılar ile dostları ve sevenleri andılar.

Rahmetli Başkanımız Özdemir Özok'u anma programı çerçevesinde düzenlenen "Bireysel Başvuru" konulu panelin açış konuşmasında Türkiye Barolar Birliği Başkanı Vedat Ahsen Coşar bir konuşma yaptı:

"Değerli Başkanımız Özdemir Özok'un anısına düzenlediğimiz etkinliğimize hoş geldiniz. Sizleri, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu adına, kendi adıma sevgi ve saygı ile selamlıyorum. 14. Yüzyılın sonlarına doğru Batı'da ortaya çıkan 'İbret Oyunları'nın en çok ilgi gören ve bilineni 'Everyman'dir. İngilizce olan 'everyman' sözcüğünün Türkçe karşılığı 'herhangi bir insan veya sıradan insan'dır. 16. Yüzyıla kadar halkın büyük bir beğeniyle izlediği bu oyunlardan birisinde, everyman ölüm meleği tarafından ziyaret edilir. Dünyadaki konukluğunun sona ermekte olduğunu anlayan everyman'in ölümünün ertelenmesi veya biraz daha geciktirilmesi yönünde yaptığı talepler ölüm meleği

tarafından reddedilir. Ölüm zamanının geldiğini anlayan everyman, ölüm meleğinden son yolculuğu için yanına bir refakatçi almasına izin vermesini rica eder. Ölüm meleği bu isteği 'eğer birisini bulabilirsen olur tabii' diyerek kabul eder. Bunun üzerine everyman kendisine son yolculuğunda refakat edecek birisini aramaya başlar, ama hiç kimseyi bulamaz. Sonunda, everyman'e son yolculuğunda sadece yaşamı boyunca yaptığı iyi işler eşlik eder. Bu dünyadan giderken yanınızda hiçbir şey götüremezsiniz; sadece verdiklerinizi götürebilirsiniz. Başkalarına verdiklerinizin, yani yaptığınız iyi işlerin, iyi hizmetlerin, bunların başkaları üzerindeki etkilerinin sizin dışınızda da varlığını sürdürdüğünün farkında olmanız, son yolculuğun acısını ve yalnızlığını hafifletir. Geçen sene bugün yitirdiğimiz ağabeyimiz, meslektaşımız, üstadımız, başkanımız Özdemir Özok'a da, ölüme giden yolculuğunda; meslektaş olarak, ağabey olarak, dost ve arkadaş olarak, eş olarak, baba ve evlat olarak, Ankara Barosu ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı olarak yaptığı iyi işler, büyük ve unutulmaz hizmetler eşlik etmiştir. İnanıyorum ki, sevgili Özdemir Ağabey'e son yolculuğunda eşlik eden bizlere verdikleri, bıraktıkları, yani yaptığı iyi işler, iyi hizmetler, bunların bizler üzerindeki olumlu ve güzel etkileri, O'nun son yolculuğunun acısını ve yalnızlığını hafifletmiştir. 'Adaletli olmak, akıllı olmak, cesur olmak' insanın sahip olması gereken temel erdemlerdir. İnsanın sahip olması gereken bu erdemlere

Aristoteles bir erdem daha ekliyor: 'doğru ölçüyü korumak.' Doğru ölçü, fazla ile ek-sik arasındaki genel geçer ortayı koruyan ölçüdür. Doğru ölçü, dürüst olma, samimi olma, neşeli olma, adil olma, vicdan sahibi olma, dost olma gibi erdemlerin bileşkesidir ve kaçınılması gereken iki aşırı uç arasındaki orta noktayı oluşturur.

Orta nokta, dünyevi arzuların bastırılmasını ya da yok edilmesini talep eden değil, aksine bunların erişilebilir kılınmalarını, bunların özünde var olan enerjinin sağduyulu biçimde kullanımlarını ifade eden noktadır. Sevgili Özdemir Özok adil, akıllı ve cesur olma erdemlerinin yanı sıra doğru ölçüyü her zaman, her işinde, her ilişkisinde koruyan bir insandı. Bütün bunları bunun için anlattım. 'Yaşam' diyor Çetin Altan, 'sadece yaşadığı kadar vardır, gerisi ya hafızalardaki hatıralar, ya da hayallerdeki umutlardır. Hüsrani ise bir tek yerde tanıyorum, o da yaşanması mümkün olduğu halde gerektiği gibi yaşayamamakta.' Eğer öyle ise, ki öyledir, Sevgili Özdemir Özok dolu dolu yaşamıştır. Dostluklarıyla, başarılı meslek hayatıyla ve başarılı başkanlıklarıyla hüsrani yaşamadan gitmiştir. Son bir söz daha: Yaşam, yalnız başına hiç kimsenin asla gerçekleştiremeyeceği bir şeyi yapmak, yaşamınızı başka insanların kalbine dokundurabilmektir. Özdemir Özok bunu yapıp gitmiştir aramızdan. Bugün burada olmamızın, O'nu anmamızın nedeni de budur. Hepimiz için değerli olan, aziz olan hatırası önünde saygıyla eğiliyor, nur içinde yatmasını, mekanının cennet olmasını diliyor, hepimizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. "

GENÇ AVUKATLARA SİYASET ÇAĞRISI

Türkiye Barolar Birliği Başkanı V. Ahsen Coşar, Antalya Barosu'nun 2011 yılı staj eğitim döneminin açılışı dolayısıyla yapılan törende stajyer avukatlara meslek etiği ve meslek kuralları hakkında öğütlerde bulunduktan sonra, baroların siyaset anlayışı hakkında da şunları söyledi: "Barolar sadece avukatlık mesleğiyle, mesleğin sorunlarıyla uğraşmakla görevli ve yetkili kuruluşlar değildir. Ülke siyasetiyle, dünya siyasetiyle de ilgili olmak durumunda olan kuruluşlardır. Daha mutlu ve daha güçlü olabilmek, gelecek nesillere, insan haklarına katkı yapmak zorundayız. Değişen dünyayı anlayabilmek için siyasetle uğraşmak durumundayız. Karşıt, muhalif olarak siyaset yapmalıyız. Kırıp dökmeden, suçlamadan, kaba güç kullanmadan, ötekileştirmeden, herhangi bir siyasi partinin ön ya arka bahçesi olmadan ideallerimizi yarıştıran siyaset bizi bölmez."

"TUTUKLAMALAR MAKUL SÜREDE SONA ERMELİDİR"

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Vedat Ahsen Coşar, Şubat ayının son günlerinde gündemde bulunan bazı davalarda dikkat çekici "uzun tutukluluk" süreleri dolayısıyla "kamu oyunun adalet duygularını rencide eden" uygulamalarla ilgili düşüncelerini kamuoyu ile paylaştı: "Ülkemizde görülmekte olan davaların niteliğinden, suçlanan kişilerin konumun-

dan daha çok, insan hakları kapsamında bulunan adil yargılanma hakkı ve hukuk güvenliği ile ilgili ve Anayasamızın 138/3. maddesi hükmü konusunda duyarlı olan Türkiye Barolar Birliği kamuoyunun yakından ilgilendiği Ergenekon, Balyoz ve KCK davaları bağlamında aşağıdaki hususları kamuoyu ile paylaşmayı görev bilmıştır. Buna göre;

1. Evrensel ceza yargılaması ilkele-ri bağlamında ve “masumiyet karinesi” uyarınca tutuklama, ceza niteliğinde olmayan, asıl değil, istisnai olan, sadece “son çare” olarak başvurulması ve mutlak surette “makul sürede” sona erdirilmesi gereken bir tedbirdir.

2. Yine ceza yargılamasında esas olan ilkelerden bir diğeri de “gerekenden daha değerli bir aracın kullanılmaması”dır. Buna göre bir araç, bir tedbir olan tutuklama, en değerli amaç olan insan özgürlüğünü korumanın önüne geçemeyeceği gibi, yurt dışına çıkma yasağı ya da diğer başka adli kontrol araçları gibi daha az değerli bir araçla amacın sağlanmasının mümkün olduğu durumlarda başvurulacak bir yöntem de değildir.

3. CMK'nın 100/3.maddesinde sıralanan katalog suçlarla ilgili tutuklamalarda, her ne kadar diğer tutuklama nedenlerinden farklı olarak; kaçma, kanıtları yok etme veya karartma, tanıklar üzerinde baskı kurma gibi kuşkular aranmamakta, şüphelilerin/sanıkların serbest bırakıldıkları takdirde kaçacakları veya kanıtları karartacakları varsayılmakta ise de, bu

varsayım ile bu varsayıma dayalı olarak tutuklama kararı verilmesi ceza hukukunun temel ilkelerine olduğu kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki kararlarına da aykırıdır.

4. Yargılamanın tutuksuz olarak yapılmasını esas alan, bu bağlamda tutuklamanın istisnai bir tedbir olduğunu kabul eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, tutukluluğun devamı veya tutukluluk kararı verilmesi için makul bir kuşkunun varlığının yanı sıra kaçma, kanıtları karartma, yeni bir suç işleme gibi olguların bulunması, bunların ciddi kanıtlara dayanması gerekir. Aksine uygulama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5/3. maddesi hükmüne aykırıdır.

5. Yine ve bütün bu durumlardan bağımsız olarak, tutukluluğun makul bir süreyi aşmaması, koruma önlemi olmaktan çıkarak cezaya ya da infaza dönüşmesi gerekir.

6. Savunma makamı, iddia ve hükümler birlikte yargının adil yargılanma ve hak arama özgürlüğünün kurucu unsurlarındandır. Bu bağlamda savunma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/b-c maddesi ve Anayasamızın 36/1.maddesi gereğince adil yargılanma hakkının ve hak arama özgürlüğünün vazgeçilmez bir unsuru değil, aynı zamanda yargılama faaliyetini demokratikleştiren bir hak ve özgürlüktür. O nedenle savunma hakkına saygı ve özen gösterilmeden yapılan her türlü yargılama demokratik olmadığı gibi adil de değildir.”

“ŞÜPHELİ / SANIKLARIN KÜRTÇE SAVUNMA HAKKINA SAYGI GÖSTERİNİ!”

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Vedat Ahsen Coşar, yukarıda sözü edilen yazılı açıklamasının son bendinde “*şüpheli/sanık konumundan bulunan*” kişilerin savunmalarını daha iyi bildiği dil olan Kürtçe olarak yapmalarına olanak tanınmasını da dile getirmiştir: “*Şüpheli/sanık konumunda bulunan ve savunmasını daha iyi bildiği ana dili olan Kürtçe ile yapma talep ve iradesini mahkemeye bildiren KCK davası şüphelilerinin/sanıklarının savunmalarını-saikleri sorgulanmaksızın - kendi ana dillerinde yapmaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3.maddesinin (a-e) fıkralarında düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında olmakla mahkeme tarafından bu hakka saygı gösterilmesi gerekir.*”

“HİZMET ARACI OLMAYAN BAROLARA HİZMET ARACI” KAMPANYASI SÜRÜYOR

TBB Yönetim Kurulu kararı gereğince başlatılan “*Hizmet Aracı Olmayan Barolara Hizmet Aracı Kampanyası*” sürmektedir. Bugüne kadar Çanakkale, Kırklareli, Giresun, Erzurum, Düzce, Çankırı, Zonguldak, Kastamonu, Şırnak, Erzurum, Muş, Bitlis, Sinop, Ağrı, Bingöl, Te-kirdağ, Bolu, Batman, Kütahya, Karabük, Mardin, Çorum, Tunceli, Kırşehir, Yozgat, Siirt, Karaman, Iğdır, Adıyaman, Osmaniye, Tokat, Niğde, Rize, Malatya, Hak-

kari, Şanlıurfa, Bilecik, Nevşehir, Bartın, Edirne ve Ordu barolarına araçları küçük törenlerle teslim edilmiştir. Önümüzdeki günlerde Uşak, Kars-Ardahan ve Gümüşhane barolarına da araçları teslim edilecektir. Böylece 44 baronun araç ihtiyacı giderilmiş olmaktadır.

TÜRK BORÇLAR KANUNU VE HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TANITIM TOPLANTILARI SÜRÜYOR

Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu tanıtmak amacıyla Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Talay Şenol'un sorumluluğunda yürütülen tanıtım toplantıları devam etmektedir. Türk Borçlar Kanunu tanıtım toplantılarına Prof. Dr. Gökhan Antalya, Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu, Prof. Dr. Nevzat Koç, Prof. Dr. Turgut Öz, Yrd. Doç. Dr. Mürsel Başgül; Hukuk Muhakemeleri Kanunu tanıtım toplantılarına Prof. Dr. Yaşar Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Oğuz Atalay, Prof. Dr. Süha Tanrıver katılmışlardır.

YARGITAY'IN 143. YILDÖNÜMÜ KUTLANDI

Yargıtay'ın 143. Yıldönümü Türkiye Barolar Birliği'nin katılımı ile kutlandı.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı düzenlenen törende yaptığı açılış konuşmasında şunları söyledi:

“143 yıl biz insanlar için ulaşılabilecek bir yaş değil. Kurum ve kuruluşlar için çok az bir yaş olarak görülebilir belki, ama

yine de oldukça uzun bir zaman. Cumhuriyetimizin yaşı göz önüne alındığında, 6 Mart 1868 tarihinde kurulan Yüce Yargıtay, Cumhuriyetimiz gibi hep genç ve dinamik kalmış, olgunlaşmış bir kurum. Hukuk yoluyla toplumu dönüştürme projesi olan Tanzimat'ın getirdiği kurumların başında gelen Yargıtay, Osmanlı İmparatorluğu'nun yüz akları arasında olmasının yanı sıra Cumhuriyetimizin de anıt kurumlarının başında gelir. Hem Cumhuriyetimizin, hem de Yargıtay'ımızın daha büyük onurlarla, daha büyük mutluluklarla sonsuza kadar yaşaması yurttaş olarak, avukat olarak, Türkiye Barolar Birliği olarak en büyük dileğimizdir ve öyle de olacaktır.

Belleğim beni yanıltmıyor ise eğer, Yüce Yargıtay'ın kuruluş günü ilk kez bugün Yargıtay ile Türkiye Barolar Birliği tarafından ortaklaşa düzenlenen bir etkinlikle ve birlikte kutlanıyor. Bu hem ilk olması nedeniyle heyecan verici, hem de yargılama faaliyetinin kurucu üç unsurunu, yani hüküm, iddia ve savunma makamlarını böylesine anlamlı ve tarihi bir günde bir araya getirmesi nedeniyle önemli ve anlamlı.

Bu önemli ve anlamlı buluşmayı sağladıkları, bizleri bir araya getirdikleri için Yargıtay'ımızın değerli ve saygıdeğer başkanı Sayın Hasan Gerçeker'e, Türkiye Barolar Birliği tüzel kişiliği ve Yönetim Kurulu üyesi arkadaşlarım adına, kendi adıma teşekkür ediyor, bu güzel başlangıcın önümüzdeki yıllarda da devamını ve giderek kurumsallaşmasını diliyorum.

Uluslararası sözleşmelerde de işaret edildiği üzere, hukuka saygı ilkesi üzerine kurulmuş bir toplumda, yani hukukun üstün ve egemen olduğu bir toplumda avukatın görevi, yasanın çizdiği sınırlar içinde sadece vekalet görevini özenle yerine getirmekle sınırlı olmayıp, hem adaletin gerçekleşmesi, hem de hak ve özgürlüklerini savunmakla yükümlü olduğu yargılamaya tabi kişiler yönünden vazgeçilmez değerdedir. Öyle olduğu için 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi hükmü gereğince savunma makamı, iddia ve hüküm makamlarıyla birlikte yargının, yargılama faaliyetinin, adil yargılanma hakkının ve hak arama özgürlüğünün kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir.

Savunma, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/b-c maddesi ve Anayasamızın 36/1. maddesi gereğince adil yargılanma hakkı ile hak arama özgürlüğünün vazgeçilmez bir unsuru değil, aynı zamanda yargılama faaliyetini demokratikleştiren de bir unsurdur. O nedenle savunma hakkına saygı ve özen gösterilmeden yapılan her türlü yargılama demokratik olmadığı gibi adil de değildir.

Geçen yüzyılın önde gelen sosyal filozoflarından olan Friedrich A. Hayek'in ifadesi ile 'İnsan amaçları olan, pozitif hedefleri olan bir canlı olduğu kadar, diğer canlılardan biraz daha farklı olarak kural da izleyen bir canlıdır. Dahası insan, kurallara neden uymak zorunda olduğunu bildiği ve hatta kuralları sözcüklerle ifade etme gücüne sahip olduğu için değil,

fakat düşünüşünün ve davranışının içinde yaşadığı toplumda bir ayıklama ve sentez süreciyle geliştirilmiş bulunan ve dolayısıyla nesillerin deneyiminin ürünü olan kurallar tarafından yönetilmesinden dolayı diğer canlılara oranla hem daha şanslıdır ve hem de daha başarılıdır.’

Bu şansı yaratan ve insanı başarılı kılan ise bir kurallar bütünü olan hukukun varlığıdır. Romalı hukukçu Julius Paulus’un özlü ifadesi ile “zorunlu davranış kuralları anlamında toplumla yaşıt olan hukuk, yönetimden doğmamıştır, fakat yönetime ait olan şey hukuktan doğmuştur.” Esasen hukuk devleti kavramını, yani devleti, yani yönetimi hukukla bağlı kılma anlayışını doğuran neden ve ihtiyaç da budur.

Savunmanın bağımsızlığı ve özgürlüğü, yargı bağımsızlığı, yargıç tarafsızlığı, demokrasi, insan hakları, adil yargılanma hakkı ve benzeri diğer konulardaki duyarlılığımız, birey olarak bizim entelektüel niteliğimizden değil, avukat olarak, yargıç ve savcı olarak hukuka olan inancımızdan, aidiyet duygumuzdan, bütün bunların hukuk devletinin öngördüğü asgari standartlar olmasından, hukuk kuruluşu olmamızdan kaynaklanmaktadır.

Türkiye Devletinin de katıldığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ülkemiz adalet işlerinde tam bir uygulamaya ulaşamamış olmasının nedenleri üzerinde duran Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu,

‘Usul Kanununda gösterilen bazı tutuklama nedenlerinin anlaşma hükümlerine aykırı olduğu halde uygulanmasına devam edilmesi,

Bir kimsenin uzun süre şüphe altında kalmasını önlemek bakımından ceza davalarının ve tutuklamanın makul süreyi aşmaması sözü edilen anlaşma hükümleri ile açıkça taahhüt edildiği halde bu konuda şimdiye kadar hiçbir tedbirin alınmamış olması’

hususlarını kamuoyuna arz etmişti.

Bir kısmını okuduğum bu metin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun 04.07.1970 tarihli ve 48/1314 sayılı bildirilerinden alınmıştır. Aradan geçen 41 yıl içinde bildiriye konu hususların değişmemiş olması ve bugün bizim “Koruma Tedbirleri” konulu bu sempozyumda anılan bildiriye konu hususları inceliyor ve bunları sorun olarak yaşıyor olmamız gerçekten üzüntü vericidir.

Malumları olduğu üzere ‘Koruma Tedbirleri’, bu tedbirler kapsamında bulunan ‘arama, el koyma, tutuklama, iletişimin dinlenmesi’ gibi pozitif hukukun öngördüğü araçlar, hukuk güvenliği, kişi güvenliği, özel hayatın gizliliği, adil yargılanma ilkesi gibi temel nitelikteki kişisel hak ve özgürlükler üzerinde son derece etkili olan araçlardır.

O nedenle koruma amaçlı olan bu araçların kullanılmasında; masumiyet karnesinin doğal bir unsuru ve uygulamadaki uzantısı olan ‘lekelenmeme hakkına’ saygılı olunması, hazırlık / soruşturma aşamasında yürütülen eylem ve işlemlerde hukuk devletinin öngördüğü sınırlar içinde kalınıp kalınmadığını, aşırılığa kaçılıp kaçılmadığını esas alan ‘oranlılık

ilkesine', 'insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine', yürütülen işlemlerin yasal ve ahlaki bir temele oturmasını, yani soruşturma makamlarının sanıklara/şüphelilere karşı insafli, anlayışlı, savunmayı kolaylaştırıcı davranıp davranmadıklarını, iddia kanıtlarının yasal ve kabul edilebilir ahlaki ölçü ve sınırlar içinde toplanıp toplanmadığını öngören 'dürüst işlem ilkesine' uyulması gerekir. Aksine uygulama devletin hukuk devleti olma niteliğini ciddi biçimde tartışılır duruma getirir. Bu konuda en büyük görev, hukuka en fazla saygı duyması gereken, hukuk devletini herkesten daha çok savunması gereken biz hukukçulara düşmektedir. Onun için hukukçular olarak ilkimiz 'önce hukuk, sadece hukuk' olmalıdır."

Kutlama programı çerçevesinde "Koruma Tedbirleri" konulu sempozyumun birinci oturumunu İhsan Akçin (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı), ikinci oturumunu Serpil Çetinkol (Yargıtay Sekizinci Daire Başkanı) yönetti. Birinci oturumda Doç. Dr. İbrahim Şahbaz "İletişimin Denetlenmesi", Av. Serhan Özbek "Arama, El Koyma", Prof. Dr. Bahri Öztürk "Tutukluluk Süresi" konusunda birer tebliğ sundular. Öğleden sonra başlayan ikinci oturumda Haydar Metiner, "Suç Soruşturma veya Kovuşturmasında Haklarında Koruma Tedbiri Uygulananlara Ödenecek Tazminatın Nedenleri ve Koşullarının Hukuki Sonuçları", Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, "Delil Yasakları Açısından Koruma Tedbirleri", Av. Talay Şenol, "Koruma Tedbirleri ile Delil Yasakları Hakkında Genel

Değerlendirme" konularında görüşlerini açıkladılar.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI VE YÖNETİM KURULU ÜYELERİ İSTANBUL BAROSU'NU ZİYARET ETTİLER

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar, Başkan Yardımcıları Av. Berra Besler ve Av. Talay Şenol, Yönetim Kurulu Üyesi Av. Celal Ülgen, Başkan Danışmanı Av. Oğuzhan Buhur; İstanbul Barosu Başkanı Av. Ümit Kocasakal ve Yönetim Kurulu üyelerini ziyaret ettiler.

Ziyaret münasebetiyle gerek CMK ile ilgili son gelişmeler, gerekse bilişim ve teknik alt yapı ile ilgili konular görüşülerek bütün bu konularda birlikte hareket etme kararı alındı.

BARO BAŞKANLARI TBB'Yİ ZİYARET EDİYORLAR

Geçtiğimiz günlerde Kahramanmaraş, Erzincan, Edirne, Malatya, Ordu, Bilecik, Nevşehir ve Niğde Baro Başkanları; Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nı ziyaret ederek baroları ilgili sorunları konuşmuşlar, çeşitli konularda görüş alışverişinde bulunmuşlardır.

TBB BAŞKANI: "BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLANAMAZ"

Türkiye Barolar Birliği Başkanı, Bilecik Barosu'nun hizmet binasının açılışı için

gittiği Bilecik'te gazetecilerin sorduğu bir soru üzerine "basın özgürlüğü" konusunda aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

"Bir boyutuyla baktığımız zaman basın özgür, basın özgürlüğü demokrasi-lerde en önemli özgürlüklerden biri. Basın özgürlüğüne müdahale edilmesi her demokratik insan gibi beni de rahatsız eder. Basının görevini özgür ve bağımsız bir şekilde yapması gerekir. Olanakların kendilerine de sağlanması gerekir. Herhangi bir şekilde basının kendisini tehdit altında hissetmemesi gerekir. Çünkü herhangi bir tehdit algısı varsa orada özgürlük ciddi şekilde tehdit ediliyor demektir. (...)Eğer basın özgürlüğü bir ülkede tehdit altındaysa orada demokrasiden falan söz etmek mümkün değildir."

TBB BAŞKANI, KAYSERİ BAROSU AV. ALİ TAŞCI STAJ EĞİTİM MERKEZİ'NİN AÇILIŞ TÖRENİNE KATILDI

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar, Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol, Denetleme Kurulu Başkanı Av. Mahmut Karatekin Kayseri Barosu Av. Ali Taşcı Staj Eğitim Merkezi'nin 02 Nisan 2011 tarihinde yapılan açılış törenine katıldılar.

Törenin açılışında yaptığı konuşmada Kayseri Barosu Başkanı Av. Murat Şirvanlı, merkezin açılışına yaptığı katkı için Barolar Birliği'ne, açılışa geldikleri için Birlik Başkanı'na, Başkan Yardımcısı'na ve Denetleme Kurulu Başkanı'na teşekkür etti.

Daha sonra söz alan Birlik Başkanı Vedat Ahsen Coşar;

"Vefa duygusu, sadece insanlara özgü bir duygu değildir, kurumlara da özgü bir duygudur ve sadece erdemli insanlarda ve kurumlarda bulunur. Kayseri Barosu'nun açtığı bu mekana, Kayseri Barosu Başkanlığı yapmış, Kayseri Barosu'na hizmet etmiş rahmetli Ali Taşcı'nın isminin verilmiş olması Kayseri Barosu'nun ne kadar vefalı ve erdemli olduğunun kanıtıdır. Benim Ankara Barosu Başkanı olduğum dönemde Kayseri Barosu Başkanı olan rahmetli Ali Taşcı meslektaş olarak, arkadaş olarak, insan olarak, başkan olarak özel bir insandı, benim dostum, ağabeyim, üstadım idi. Ankara ve Kayseri Baroları Başkanı olarak birlikte iş yaptık, iki baro arasında yakın bir işbirliği kurduk. Kendisini rahmetle anıyor ve ışıklar içinde yatmasını diliyorum. Barolar hizmet kurumlardır. Bu kurumların yönetimine gelenlerin bir kısmı ise bir şeyler yapmanın çabası içindedir. Bir şeyler yapmanın çabası içinde olanlar iş yaparlar, arkalarında eser bırakırlar. Bu merkezin açılması, stajyerlerimizin hizmetine konulması iş yapma niyetine, eser bırakma çabasına sahip bir yönetim anlayışının sonucudur. O nedenle Kayseri Baromuzun değerli Başkanı Sayın Murat Şirvanlı'yı ve onun şahsında Yönetim Kurulu Üyesi meslektaşlarımı, emeği geçen herkesi kutlar, merkezin stajyerlerimize ve Kayseri Barosu'na hayırlı olmasını dilerim." dedi.

Birlik Başkanı, günün anısına Kayseri Barosu Başkanı Av. Murat Şirvanlı ile Kayseri Cumhuriyet Başsavcısı Siyami Başok'a Türkiye Barolar Birliği'nin plaketini takdim etti.

“KİTABI YOK ETMEK SUÇTUR”

İstanbul Barosu avukatlarından Akın Atalay, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na gönderdiği 25 Mart 2011 tarihli dilekçesinde özetle; kendisinin Ergenekon Soruşturması kapsamında hakkında soruşturma yürütülen gazeteci Ahmet Şık'ın müdafii olduğunu, mahkeme tarafından verilen kısıtlama kararı nedeniyle soruşturma dosyasını inceleyemediği gibi iddianın ve suçlamanın dayanağı olan belge ve kanıtlara da ulaşamadığını, bu zor koşullar altında ve silahların eşitliği ilkesine aykırı biçimde müdafilik görevini yürüttüğünü, bu aşamada anılan soruşturmayı yürüten savcılık tarafından İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin verdiği 23 Mart 2011 tarih, 2011/397 değişik iş sayılı ve genel nitelikteki elkoyma kararına dayanılarak hazırlanan ve kolluk güçlerince kendisine 24 Mart 2011 tarihinde tebliğ edilen yazıda, mahkemenin elkoyma kararına konu “İmamın Ordusu isimli dokümanın ve tüm nüshalarının veya kitap taslağının, bunun üçüncü kişilerde bulunan nüshalarının, kitap haline dönüştürülmüş ise suretlerinin, içerik olarak aynı mahiyetteki evrak ve tüm nüshalarının, ayrıca konu ile ilgili her türlü bilgi ve belgelerin teslim edilmesinin” istenildiğini, “teslim edilmediği takdirde ve

gerektiğinde arama yoluna gidileceğinin ve yine aksine davranılması durumunda hakkında hem CMK madde 124 ve hem de örgüte yardım suçunu işlemekten dolayı işlem yapılacağı” bildirildiğini, bu durumun Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen “sır saklama yükümlülüğüne” aykırı olmakla Ahmet Şık müdafii olarak sadece kendisini ilgilendirmedikçe, kendi şahsında avukatlık mesleğine yöneltilmiş ağır bir saldırı olduğunu ifade etmiştir.

Bu başvuru üzerine Türkiye Barolar Birliği Başkanı Vedat Ahsen Coşar 28.3.2011 günü bir basın toplantısı düzenlemiş aşağıdaki basın bildirisini okumuştur:

“Somut olayda mahkemece verilen elkoyma kararının yasal dayanağını oluşturan CMK'nın 124. maddesinin son fıkrası ‘...şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz’ hükmünü içermektedir. Yine CMK'nın 46/a maddesine göre meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarını tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup bu hak ‘sahip oldukları sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgileri’ kapsamaktadır.

CMK'nın 46 ve 124. maddelerinde düzenlenen ve avukatları da kapsamına alan ‘tanıklıktan çekinme hakkı’, Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen ‘sır saklama yükümlülüğü’nün doğal bir parçası ve uzantısıdır.

4667 sayılı Yasa ile değişik 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 1/2.maddesi hükmüne göre avukat, 'yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.' Yine on iki ülkenin baro temsilcilerinin 28.10.1988 tarihinde Strazburg'da yaptıkları toplantıda oybirliği ile kabul ettikleri Avrupa Birliği Barolar Konseyi Meslek Kuralları ile yine Avrupa Birliği Bakanlar Komitesinin Avukatların Özgürlüğü Metni, Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen ve Havana Kuralları olarak da bilinen Avukatların İşlevlerine İlişkin Temel İlkeler çerçevesinde; hukuka saygı ilkesi üzerine kurulmuş bir toplumda önemli bir role sahip olan Avukatın görevi, yasanın çizdiği sınırlar içinde sadece vekalet görevini özenle yerine getirmekle sınırlı olmayıp, hem adalete ve hem de hak ve özgürlüklerini savunmakla yükümlü olduğu yargılamaya tabi kişiler için vazgeçilmez değerdedir.

Yargının kurucu unsuru ve vazgeçilmez değerde olduğu için az yukarıda yolumuzda bulunan ve ülkemizin de taraf olduğu Avukatların İşlevlerine İlişkin Temel İlkeler'in/Havana Kuralları'nın 16/a-c maddesi hükmüne göre, hükümetler avukatların; 'hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz müdahaleyle karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini, kabul görmüş meslek ahlak kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette buldukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka bir yaptırımla sıkıntı çekmemelerini ve tehditle karşılaşmamalarını sağlamakla yükümlüdürler.'

Yine Havana Kuralları'nın 21. maddesi hükmüne göre; 'ellerinde veya denetimleri altında bulunan gerekli bilgileri, dosyaları ve belgeleri, avukatların müvekkillerine etkili bir hukuki yardım verebilmelerini sağlayacak yeterli bir sürede ulaştırmayı temin etmek, kamu makamlarının görevidir.'

Havana Kuralları'nın 22. maddesi hükmüne göre hükümetler; 'avukatlar ile müvekkilleri arasında mesleki ilişkiler kapsamındaki bütün haberleşme ve görüşmelerin gizli olduğunu kabul eder ve buna saygı gösterir.'

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'adil yargılanma hakkı' başlıklı 6. maddesinin 3/a-b maddesi hükmüne göre her sanık; 'kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda ve ayrıntılı biçimde bilgili kılınmak, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklarla sahip olmak' haklarına sahiptir.

Gerek ulusal hukukumuzda, gerekse taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde yer alan bu düzenlemeler karşısında, haklarında soruşturma yürütülen Ahmet Şık ve arkadaşları ile müdafilerinin muhatap oldukları muamele, bu bağlamda müdafinin konumundaki avukat Akın Atalay'ın ve diğer avukatların elkoyma kararına konu belgeleri ibraz etmeye zorlanmaları, ibraz etmedikleri takdirde örgüte yardım suçunu işlemekten dolayı haklarında soruşturma açılacağı tehdidi-ne maruz kalmaları ve yine müvekkilleri

hakkında yürütülen soruşturmaya konu iddianın ve suçlamanın dayanağı olan belge ve kanıtlara ulaşamamaları nedeniyle müdafilik görevini yapamamaları çok açık biçimde hukuka aykırıdır.

'Eğer konuşmamızın bir anlamı yoksa, hiçbir şeyin anlamı yoktur.' Bu sözler Albert Camus'ya ait. Bundan esinlenerek demek gerekir ki; siz basın mensupları ve biz avukatların konuştuğularının ve yazdıklarının eğer bir anlamı yok ise, yaptıkları işin hiçbir anlamı yoktur. O halde gazetecilerin ve avukatların yaptıkları işin anlamı olması için bağımsız, özgür, özerk olmaları gerekir. Anayasamızın 28. maddesinde 'basın hürdür, sansür edilemez' denilmesinin, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde 'avukat, bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder' diye yazmasının nedeni budur. Esasen her iki meslek de sadece ve sadece demokratik ülkelerde icra edilebilir.

Bunları ifade etmekten amacım, düzenlediğimiz basın toplantısının konusunu mesleğini icra eden basın mensupları ile avukatların yaşadıklarının bir özgürlük sorunu olduğunu ifade etmek içindir.

Avukat meslektaşımız Akın Atalay'ın mesleğini icra ederken karşılaştığı sorunu konuşmamın başında ifade ettim. Şimdi izninizle sorunun basın boyutu üzerinde durmak istiyorum. Şöyle ki; Anayasamızın 29. maddesi hükmüne göre süresiz yayınlar için önceden izin almaya gerek yoktur. Yine Anayasamızın 28/6.maddesi hükmü gereğince, süreli veya süresiz ya-

yınların belirli suçlar için toplatılması hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emriyle mümkündür. Bu bağlamda daha henüz basılmamış bir kitaba el konulması veya kitabın taslaklarının toplatılması, basın özgürlüğüne, ifade özgürlüğüne, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğüne, bilim ve sanat özgürlüğüne karşı çok ağır bir saldırıdır. Daha henüz basılmamış bir kitabın, bu kitaba ait bilgisayar kayıtlarının soruşturma aşamasında imha edilmesi ise hukuken hiç kimsenin yetkisinde olmadığı gibi 'delil niteliğindeki' bu belgelerin yok edilmesi bunu yapanlar yönünden başlı başına bir suçtur. Zira suçlamanın dayanağı olan belge, bilgi ve kanıtlar yok edilmiş olmakla, sanık/şüpheli konumunda olanların kendilerini savunma olanağı ortadan kaldırılmış olduğu gibi iddia makamında bulunanların iddialarını kanıtlama olanakları da yok edilmiştir. Bu durumda kovuşturmayı yürütecek hakim, kovuşturacağı ve karar vereceği bir husus da kalmamıştır.

Geride bıraktığımız yüzyılda demokrasinin başlıca muhalifi olan totalitarizmin, insanlığa yaşattığı derin ve unutulmaz acılardan hareket eden uygar dünya, insanların adaletsiz ve haksız biçimde ceza ve önlemlere maruz kalmamaları amacı ile başta anayasaları olmak üzere, İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşme ve belgelerde, bireyi ceza yasalarının keyfi uygulamalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer vermiştir.

Bu gelişmelerin dışında kalmayan Türkiye, 1926 yılında İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas ettiği Türk Ceza Kanunu ile Almanya'dan iktibas ettiği Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nu, Avrupa Birliği hedefi ve uyum paketleri çerçevesinde yenilemek suretiyle 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemeleri Kanunu'nu kabul etmek suretiyle yürürlüğe koymuştur.

Bu değişiklikler kapsamında 12 Mart 1970 ara rejimi döneminde 1961 Anayasası'na ithal edilen, oradan da 1982 Anayasası'na taşınan Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 5190 sayılı 'Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun' ile lağvedilmiştir.

Ne var ki, kaldırılan Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yerine, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ni de aratan biçimde Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri getirilmiştir. İhtisas mahkemesi niteliğinde olmayan bu mahkemeler, hem bu nedenle gereksiz ve hem de yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen insan odaklı yargılama modelinin amacına ve ruhuna aykırıdır.

Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin görev, yetki ve yargılama usulleri, temel hak ve özgürlükler yönünden ciddi tehdit ve tehlikeler içermektedir. Öyle ki, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin tabi olduğu usulle, diğer Ağır Ceza Mahkemelerinin tabi olduğu usul, gerek savun-

ma hakkının kullanılması, gerekse sanık haklarının güvence altına alınması ve gözaltı süreleri yönünden tamamen birbirlerinden farklıdır. O nedenle Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve bu mahkemelerin tabi olduğu usul, yargılama birliği ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırıdır.

Bugünkü basın toplantısının konusunu oluşturan soruşturma ve bu soruşturma kapsamında yaşananlar dahil benzeri diğer soruşturma ve kovuşturmalarda yaşanan hukuk dışı uygulamaların kaynağı çok büyük ölçüde özel yetkili ağır ceza mahkemeleridir.

O nedenle 'demokratik düzenlerin normal zamanlarının normal mahkemeleri olmayan', özel soruşturma ve yargılama usulleriyle, savunma hakkının kısıtlanması niteliğindeki gizlilik kararlarıyla, siyasi tehdit aracı gibi işleyen tarzlarıyla, mahkemeden daha çok devletin ideolojik aygıtı ve hatta ihtilal mahkemeleri gibi çalışan bu mahkemelerin ve yine bu mahkemeler için öngörülen özel usul hükümlerinin bir an önce kaldırılması gerekir.

“ÖZEL YETKİLİ MAHKEMELER KALDIRILSIN”

Türkiye Barolar Birliği ile İzmir Barosu'nun düzenlemiş olduğu “Özel Yetkili Mahkemeler Sempozyumu”nda 50 baronun katılımı ile yayımlanan bir bildiri ile özel yetkili mahkemelerin kaldırılması isteğinde bulunuldu:

“Biz aşağıda imzası bulunan TBB ve Barolar, görülmekte olan herhangi bir davayı ima ve işaret etmeksizin ve davalar arasında hiç bir ayırım gözetmeksizin, aşağıdaki kaygılarımızın kamuoyuna aktarılmasında yarar görmekteyiz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi ile kurulan ve devlet güvenlik mahkemelerinin devamı niteliğinde olan, özel görevli/yetkili ağır ceza mahkemele-ri, yargı birliğine aykırı olarak, olağanüs-tü soruşturma ve kovuşturma usulleriyle işleyen yapısı sebebiyle, savunma hak-kına, silahların eşitliği ilkesine, adil yargı-lanma hakkına ciddi bir tehdit ve tehlike oluşturmakta, hukuk güvenliğini ve gü-venilirliğini zedelemektedir. Bu mahke-melerde avukat ve savunma hakkı hiçe sayılmakta, tutukluluk ve diğer koruma tedbirleri ölçsüz olarak uygulanmakta, hak ve özgürlükler ihlal edilmektedir.

Terörle Mücadele Kanunu ve TCK 220. maddesinde yer alan ve savunma hakkını kısıtlayan, kişi güvenliğini tehlike-ye sokan, suç ve cezanın şahsiliği ilkesini ve orantılılığı, ifade özgürlüğü ile ceza ve infazın genelliğini ortadan kaldıran bazı hükümler, bu durumu daha da ağırlaştır-maktadır ve bu hükümlerin de kaldırılma-sı gerekmektedir.

Bir hukuk devletinde bu tür mahkeme-lerin ve bu şekildeki özel usullerin yeri bulunmamaktadır.

O nedenle ‘demokratik düzenlerin nor-mal zamanlarının normal mahkemeleri

olmayan’, özel soruşturma ve yargıla-ma usulleriyle, savunma hakkının kısıt-lanması niteliğindeki gizlilik kararlarıyla, mahkemeden daha çok devletin ideolojik aygıtı gibi çalışan bu mahkemelerin ve yine bu mahkemeler için öngörülen özel usul hükümlerinin bir an önce kaldırılma-sı gerekir.

Bunun yanı sıra, tüm yargılamalarda da sorun olarak karşımıza çıkan, adil yar-gılanma hakkına müdahale niteliğindeki karar ve uygulamalara derhal son veril-melidir.

Biz, TBB ve aşağıda imzası bulunan Barolar olarak; bu sürecin takipçisi olaca-ğımızı, savunmadan kaynaklanan meşru ve demokratik gücümüzü gerektiğinde kullanacağımızı, kamuoyuna saygı ile duyururuz. 17 Nisan 2011”

13 baro başkanının şerh koyduğu bildirinin “görülmekte olan herhangi bir davayı ima ve işaret etmediği” özellikle vurgulandı. Toplantıya katılmayan baro-lar da bildiriye iştirak ettiklerini bildirmeye devam etmektedirler.

AVUKATLAR HAFTASI KUTLANDI

Bu yıl 5 Nisan Avukatlar Günü, “Avu-katlar Haftası” ana başlığı altında, CCBE Başkan Yardımcısı ve üyelerin de katılımı ile, yoğun bir program çerçevesinde kut-landı.

Türkiye Barolar Birliği Başkan ve Yö-netim, Disiplin ve Denetleme kurulları

üyeleri Anıtkabir'i ziyaret ederek avukatlık haftası etkinliklerini başlattılar.

"Avukatlar Haftası" ve Ankara Barosu ile ortaklaşa düzenlenen "Uluslararası Avukatlık Hukuku Konferansı" TBB Başkanı Vedat Ahsen Coşar'ın aşağıdaki konuşması ile başladı:

"Türkiye Barolar Birliği adına, yönetim kurulu üyesi arkadaşlarım adına, kendi adıma hepimizi sevgi ve saygı ile selamlıyor, tüm meslektaşlarımın "Avukatlar Günü"nü kutluyorum.

'Özgürlüğün bin tılsımı vardır göstereceği/Halinden memnun kölelerin asla bilemeyeceği.' Sözlerime William Cowper'in bu dizesiyle ve özgürlüğü referans alarak başlamamın nedeni, özgürlük kavramı ile avukatlık/savunma mesleği arasındaki yakın dostluğa vurgu yapmak içindir.

Siyasi bir kavram olan, çoğu zaman ve pek çoğumuz tarafından duygusal cazibesıyla karıştırılarak kullanılan özgürlük, açıklanması gerçekten güç bir kavramdır.

Eşitlikçi liberal felsefeciler, bireysel özgürlükleri çok fazla önemli ve değerli bulurken, iktisadi özgürlükler söz konusu olduğunda o kadar cömert davranmazlar.

Özgürlük kavramına daha bağımsız yaklaşan kimi çağdaş siyaset felsefecileri, benlik, rasyonalite anlayışları, ahlak sistemleri, siyasal tercihler, farklı hayat tarzları arasında ayırım yapmaksızın, özgürlüğü sadece kavram olarak ele alıp açıklarlar.

Marx'ın geliştirdiği felsefe bağlamında özgürlük, edinilmiş haklar toplamı olmayıp, bir süreçtir. Özgürlüğü insani faaliyetin evrenselliği olarak tanımlayan Marx'a göre, insan, kendisini aşan, kendi sınırlarını sürekli olarak genişleten yaratıcı bir varlıktır. Onun için Alman İdeolojisi'nde Marx, özgürlüğü 'tüm yönlerde yeteneklerini geliştirme olanağına sahip olma' olarak tanımlar, Komünist Manifesto'da ise 'herkesin özgür bir biçimde gelişmesi' gerektiğine vurgu yapar.

Sade insanlar olarak, felsefi tartışma ve tanımlamaların dışında kalan bizler, özgürlüğü, toplumsal ilişkilerimizde ortaya çıkan kimi sınırlamalar bağlamında düşünür ve o nedenle gündelik konuşmalarımızda, özgürlüğü, sınırlamaların ya da engellerin olmaması olarak anlar ve tanımlarız.

Ama gerçek öyle değildir. Jean - Jacques Rousseau'nun, 'İnsan özgür doğdu, ama etrafında zincirler vardı' derken kast ettiği gibi, özgürlüklerimizle ilgili sınırlamalar vardır ve de bu sınırlamalar çok çeşitlidir.

Ne var ki, çağdaş siyaset felsefecisi Norman P. Barry'nin yaklaşımıyla, özgürlükle ilgili her türlü önerme belirli yasakları ve sınırlamaları göstermedikçe ciddi olarak eksiktir. Aynı biçimde, siyasi düşünce bağlamında, sadece özgürlüğü, özgür bir toplumu talep edenler, hangi sınırlamaların kaldırılmasının gerekli olduğunu ortaya koymadıkça tutarlı davranıyor sayılamazlar.

Bu genel açıklamalar çerçevesinde, 'savunmanın özgürlüğü'nü ele alırsak, sanırım şunları söylemek gerekir; temel bir insan hakkı olan savunma, evrensel, tarihsel ve hukuksal bir perspektif içinde değerlendirildiğinde elbette özgür olmalıdır. Buradaki özgürlük, hiç kuşku yok ki bir şeyden özgürlük/freedom from olarak tanımlanan ve müdahaleden hoşlanmayan negatif özgürlüktür.

Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi anlamında 'yargının kurucu unsuru olan avukat, bağımsız savunmayı temsil eder.' Kanımca bu maddede vurgulanan 'bağımsızlık' kavramı, bağımsız veya özerklik olarak özgürlüğü içerir.

İngiliz siyaset bilimcisi Norman P. Barry'nin, 'Modern Siyaset Teorisi' isimli kitabında referans aldığı eleştircilere göre, negatif özgürlük, ancak değerli bir şeye katkı sağladığı sürece önemlidir ve bu değer de özerkliktir. Özerklik olarak özgürlük, bir kimseye açık olan seçeneklerin genişliğine ve çeşitli amaçların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan koşullara işaret ettiği için, o, sınırlamanın yokluğu anlamındaki özgürlükten daha fazla bir şeydir. Özerklik olarak özgürlük, en aşırı pozitif özgürlük teorilerinde olduğu gibi, bireysel/subjektif tercihin devlet tarafından tamamen yok edilmesini gerektirmez, fakat soyut tercihleri gerçek fırsatlara dönüştürecek geniş kolaylıklar sunan kurumları talep eder.

On iki ülkenin baro temsilcilerinin 28.10.1988 tarihinde Strazburg'da yap-

tıkları toplantıda oybirliği ile kabul ettikleri Avrupa Birliği Barolar Konseyi Meslek Kurulları ile yine Avrupa Birliği Bakanlar Komitesinin Avukatların Özgürlüğü Metni, Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen ve Havana Kurulları olarak da bilinen Avukatların İşlevlerine İlişkin Temel İlkeler çerçevesinde; 'hukuka saygı ilkesi üzerine kurulmuş bir toplumda önemli bir role sahip olan Avukatın görevi, yasanın çizdiği sınırlar içinde sadece vekalet görevini özenle yerine getirmekle sınırlı olmayıp, hem adalete ve hem de hak ve özgürlüklerini savunmakla yükümlü olduğu yargılamaya tabi kişiler için vazgeçilmez değerdedir.'

Yargının kurucu unsuru ve vazgeçilmez değerde olduğu için az yukarıda yollamada bulunulan ve ülkemizin de taraf olduğu Avukatların İşlevlerine İlişkin Temel İlkeler'in/Havana Kurulları'nın 16/a-c maddesi hükmüne göre, hükümetler avukatların; 'hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz müdahaleyle karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini, kabul görmüş meslek ahlak kurallarına, görevlerine, standartlarına uygun faaliyette buldukları için kovuşturma veya idari, ekonomik veya başka bir yaptırımla sıkıntı çekmemelerini ve tehditle karşılaşmamalarını sağlamakla yükümlüdürler.'

Yine Havana Kurulları'nın 21. maddesi hükmüne göre; "ellerinde veya denetimleri altında bulunan gerekli bilgileri, dosyaları ve belgeleri, avukatların müvekkillerine etkili bir hukuki yardım vere-

bilmelerini sağlayacak yeterli bir sürede ulaşmalarını temin etmek, kamu makamlarının görevidir.”

Havana Kuralları'nın 22. maddesi hükmüne göre hükümetler; 'avukatlar ile müvekkilleri arasında mesleki ilişkiler kapsamındaki bütün haberleşme ve görüşmelerin gizli olduğunu kabul eder ve buna saygı gösterir.'

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'adil yargılanma hakkı' başlıklı 6. maddesinin 3/a-b fıkrası hükmüne göre her sanık; 'kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda ve ayrıntılı biçimde bilgili kılınmak, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklarla sahip olmak' haklarına sahiptir.

Gerek ulusal hukukumuzda, gerekse taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde yer alan bu düzenlemeler bağlamında ifade etmek gerekir ki, son günlerde hep birlikte tanıklık ettiğimiz kimi meslektaşlarımız ile ilgili olarak yürütölen soruşturmalarda izlenen yöntem, açıkça savunmanın özgürlüğüne ve bağımsızlığına yönelik ağır, hem de çok ağır bir saldırıdır.

Türkiye Barolar Birliği olarak talebimiz, bu ve benzeri saldırılara izin verilmemesi, avukatların 'sır saklama yükümlölüklerine', bu yükümlölüğün yerine getirilmesine hizmet eden 'tanıklıktan çekinme haklarına' saygı gösterilmesi ve yine görevlerini yapabilmeleri için 'dosyaya, delillere erişmelerinin' sağlanmasıdır.

Bu ise ancak 'kimi savcıların görev yerlerinin değiştirilmesi ile değil, zihniyetin, CMK madde 250'de ifadesini bulan özel yetkili mahkemeler kurumuna ege-men olan zihniyetin ortadan kaldırılması ile mümkündür.'

O nedenle Türkiye Barolar Birliği olarak talebimiz özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin kaldırılmasıdır.

Avukatlar Haftası etkinlikleri kapsamında Ankara Barosu ile ortaklaşa düzenlediğimiz 'Uluslararası Avukatlık Hukuku' konulu panelimiz az sonra başlayacak. 'Avrupa Birliği'nin Avukatlık Mesleği ile İlgili Direktifleri' ve 'Avukatlık Mesleğinde Reklam, Tanıtım ve Sınırları' konulu konferans için sunum yapmak üzere gelen yabancı konuklarımıza ve davetimize icabet eden diğer yabancı meslektaşlarımıza geldikleri için, bizi onurlandırdıkları için Yönetim Kurulu üyesi arkadaşlarım adına, kendi adıma, izninizle sizlerin adına teşekkür ediyor ve hoş geldiniz diyorum.

Avrupa Birliği'nin Avukatlık Mesleği ile İlgili Direktiflerini az sonra konunun uzmanı olan konuşmacılardan hep birlikte dinleyeceğiz. Bu direktiflerin 'Hukuk Eğitimi, Staj ve Hukuk Mesleğine Giriş', 'Herkesin Avukata Erişebilmesi', 'Uluslararası Meslek Kuruluşlarına Katılma', 'Disiplin' ile ilgili başlıkları var. Ama direktiflerin en önemli düzenlemesi, benim az önce üzerinde durduğum avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlükler ile ilgili olan düzenlemelerdir. İzninizle bu düzenlemelerin önemli kısımlarına işaret edeceğim.

Bunlardan ilki, avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlüğün ayırım gözetmeden, hükümet veya kamudan gelebilecek uygunsuz müdahalelere yer vermeyecek şekilde korunması, teşvik edilmesi ve bağımsızlık prensibine saygı gösterilmesi için gereken tüm tedbirlerin alınmasıdır.

İkincisi, avukatlık mesleğine kaydolma başvurusunun bağımsız bir meslek organı tarafından değerlendirilmesi, bu organın kayıt başvurusunu reddetmesi, kayıt silmesi, disiplin uygulaması gibi tasarruflarının yargı denetimine açık olmasıdır.

Üçüncüsü, mesleki standartlara uygun olarak hareket eden avukatların, herhangi bir yaptırıma veya baskıya tabi tutulmamaları, bununla tehdit edilmemeleridir.

Dördüncüsü, avukatların özgürlüğü kısıtlanmış olanlar da dahil olmak üzere müvekkillerine erişebilmeleridir.

Beşincisi, dosyaların, diğer dokümanların ve elektronik haberleşmenin içeriği de dahil olmak üzere avukat müvekkil ilişkisindeki gizliliğin korunması için gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Bunun istisnası iç hukuka ve demokratik toplum gereklerine uygun olarak yürütülen cezai soruşturma sebebi ile ve yargısal veya başka bir bağımsız ve tarafsız mercii tarafından izne tabi tutulmasıdır.

Altıncısı, avukatların takip ettikleri işlerde her türlü dosyaya, bilgiye ve belgeye erişebilmelerinin sağlanmasıdır.

Sıkıntılı olduğumuz bir diğer konu bugünkü konferansımızın da konusunu oluşturan 'Avukatlık Mesleğinde Reklam, Tanıtım ve Sınırları'dır.

Hepinizin bildiği üzere reklam, herhangi bir mal, ürün veya hizmete ilişkin bir mesajın çeşitli medya yöntemleri ile hedef kitleye tanıtılması için yapılan planlama ve eylemler bütünüdür.

Tanıtım ise herhangi bir ürün veya hizmetin özelliklerini, kurumsal kimliğini, üretim biçimini, teknolojisini, ürettiği veya hizmet ettiği unsurlara yüklediği duygusal bağlarla birlikte, geniş halk kitlelerine, onların bunları sahiplenmesini, benimsemesini, istemesini sağlayacak şekilde anlatılmasıdır.

Birbirine çok yakın olan bu iki kavramı birbirinden ayırt etmek, sınırlarını belirlemek doğrusu çok kolay değil. Sayın konuşmacıların bu sınırı nasıl çizeceklerini sizler gibi bende merak ediyorum. Bununla birlikte şu kadarını ifade etmek isterim ki, avukat olarak benim ya da bir diğer meslektaşımın gerçeğe uygun bilgi vermesi koşulu ile; var ise yazdığı makaleleri, kitapları, bildiği yabancı dili, master veya doktora bilgilerini, bürosunda çalışan personeli tanıtan bilgileri hazırladığı web sayfası yoluyla veya bir başka biçimde kamuoyuna sunması herhalde reklam değil, tanıtım olsa gerek. Bilmem yanılıyor muyum?"

4 Nisan Günü Vedat Ahsen Coşar'ın konuşmasıyla başlayan program "Adalet" temalı fotoğraf, "Haklar, Sorumluluklar ve

Gerçekler” konulu Hukuk Fakültesi öğrencileri arasında düzenlenen makale ve hükümlü ve tutuklular arasında düzenlenen *“Adalet ve Savunma”* konulu yarışmaların sonuçları açıklanması ve derece alan eserlerin sahiplerine plaket ve ödüllerinin verilmesi ile devam etti.

Açıklanan sonuçlara göre fotoğraf dalında seçici kurul herkese açık *“Adalet”* konulu genel kategoride değerlendirmeye aldığı 177 adet fotoğraf arasından Adana’dan Osman Arsal’ın fotoğrafını birincilik, Ankara’dan Nurşen Coşar’ın fotoğrafını ikincilik ve Konya’dan Ahmet Kayhan’ın fotoğrafını üçüncülük ödülüne layık buldu.

Yalnızca avukatların ve stajyer avukatların katılabildiği serbest konulu özel kategoride ise, Kütahya’dan İ. Oğuz Arseven birincilik, Mersin’den Mustafa Şahbaz ikincilik, Adana’dan Asena Avluk üçüncülük ödülüne layık görüldü.

Özel kategoride İstanbul’dan Feyza Berker’in bir, Mersin’den Mustafa Şahbaz’ın da iki eseri mansiyon aldılar.

Makale dalında, toplantıya katılan seçici kurul üyelerinin oybirliği ile, Mümeyiz rumuzlu Erzincan Hukuk Fakültesi öğrencisi Sezgin Baş birincilik, Taşkule rumuzlu Ankara Huykuk Fakültesi öğrencisi Ümit Yalçın ikincilik , Hakların Sesi rumuzlu Ankara Hukuk Fakültesi öğrencisi Cennet Ceyda Boğa üçüncülük ödülleriyle layık görülmüştür.

Ayrıca 95900 rumuzlu Ankara Hukuk Fakültesi öğrencisi Çağrı Şengöz, Veri-

tas rumuzlu Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencisi Elif Gül Yılmazlar, Temis rumuzlu Ankara Hukuk Fakültesi öğrencisi Mine Yazgülü Güveli de mansiyon ödülü almışlardır.

Resim dalında, seçici kurul, 144 hükümlü ve tutukludan gelen toplam 226 resim arasından Sakarya Ferizli L Tipi Kapalı Cezaevi’nden İbrahim Erku’tun resmini birincilik, Antalya E Tipi Kapalı Cezaevi’nden Yaşar Ayhan Deniz’in resmini ikincilik, Ankara 1 Nolu L Tipi Cezaevi’nden Hasan Kocaoğlu’nun resmini üçüncülük ödülüne değer bulmuştur.

Edirne Kapalı Cezaevi’nden Tomazs Pıars, Maltepe 3 Nolu L Tipi Kapalı Cezaevi’nden Jafar Afagh N. ile Changiz Amini, Kütahya E Tipi Kapalı ve Açık Cezaevi’nden Refik Özgüner ve Sakarya L Tipi Kapalı Cezaevi’nden Altuğ Gök’e ait resimler de mansiyon ödülü almışlardır.

Resim dalında ödül alanların ödülleri Sincan ve Sakarya Cezaevleri’ne gidilerek verilmiştir.

İkinci gün Uluslararası Avukatlık Hukuku Konferansı yapıldı.

Üçüncü gün bu konferans devam etti.

Dördüncü gün *“Meslekte 40. ve 50. Yılıni Dolduran Avukatlara Plaket Töreni”* yapıldı.

Ayrıca Kıbrıs Türk Barolar Birliği ile Ortak Avukatlar Spor Oyunları (7-10 Nisan) başladı. Ankara Barosu Türk Sanat Müziği Korosu konseri zevkle izlendi.

Beşinci gün Yaratıcı Drama Performansı, İstanbul Barosu Tiyatro Gösterisi yapıldı. Ankara Barosu Türk Halk Müziği Korosu bir konser verdi.

Altıncı gün, Avukatlar Haftası temalı Milli Piyango Çekilişi ve Kadastro İhtilafı konusunda Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi Eğitim Çalışması yer aldı.

Yedinci gün, aynı konudaki çalışmalar devam etti.

Program çerçevesinde CCBE üyesi konuklarımızın katılımı ile Konya, Trabzon ve Hatay'da Uluslar arası Avukatlık Hukuku Konferansı kapsamında programlar düzenlendi.

CEZA DAVALARINDA HARÇ ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAŞLADI

13.04.2011 yürürlük tarihli ve 6217 sayılı "Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 13. maddesinin (b-f-g) fıkraları ile Yargıtay Ceza Dairesine yapılacak temyiz, Bölge Adliye Ceza Dairelerine yapılacak istinaf yolu, idari yaptırımlar konusunda sulh ceza mahkemelerine verilen son karara karşı itirazın yapılacak başvurularda harç ödeme zorunluluğu getirilmiştir.

Özellikle CMK gereğince yardım alan sanıkların müdafiliğini yüklenmiş meslektaşlarımızın karşılaştıkları mali sorun Türkiye Barolar Birliği ile Adalet ve Maliye Bakanlıkları arasında yapılan görüşmelerle çözümlenmeye çalışılmaktadır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ "ISO 27001 BİLGİ GÜVENLİĞİ YÖNETİM SİSTEMİ" BELGELENDİRME DENETİMİNDEN BAŞARI İLE GEÇEREK BELGELENDİRMEYE HAK KAZANDI

Türkiye Barolar Birliği, Avukatlara e-imza üretimini kendi tesislerinde gerçekleştirmek için zorunlu olan "ISO 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi"ni oluşturmakla, 5070 sayılı Kanun yükümlülüklerini yerine getirmekle birlikte, Avukatlarının kişisel bilgilerine korumaya vermiş olduğu önemi de göstermiştir.

"ISO 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi" kurum ve kuruluşların, bilgi sistemlerini ve ağlarını bilgisayar destekli sahtekârlık, casusluk, sabotaj, yıkıcılık, yangın ve sel gibi çok geniş kaynaklardan gelen tehdit ve tehlikelerden korur, ayrıca bilginin gizliliği, güvenilirliği ve elverişliliği; rekabet gücünün, nakit akışının, karlılığın, yasal yükümlülüklerin ve ticari imajın korunması ve sürdürülmesini sağlar.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN VE DÜNYADAN HABERLER*

• AB Komisyonu Üyeler Aleyhine Yasal İşlem Hazırlığında

Avrupa Komisyonu, AB hukuku doğrultusunda yükümlülüklerini yerine getirmeyen 26 üye devlet aleyhine yasal işlem başlatmaya karar vermiştir. İhlaller pek çok sektörü kapsamaktadır. Komisyon tarafından alınan kararlar AB hukukunun ve düzenlemelerinin vatandaşların yararına kullanılmasını sağlamaya yönelik bulunmaktadır. Bu bağlamda, 178 karar alınmış olup bunlardan 5 tanesi üye devletlerin Adalet Divanı'na çıkarılmasına bir tanesi de daha önce verilmiş bulunan bir mahkeme kararının yerine getirilmemesidir. Bu ihlalle karşı para cezası verilmesi öngörülmektedir. Diğer taraftan Komisyon, Direktiflerin uygulanmasına ilişkin süreye uymayarak süreleri ihlal eden üye devletler aleyhine Adalet Divanı'na gitmeyi ve bu üyeler aleyhine para cezası verilmesini talep etmeyi düşünmektedir. Bilineceği gibi, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile Direktifleri uygulamayan üye devletler aleyhine Mahkemeye gidilebileceği gibi bunlar aleyhine parasal yaptırım talebinde de bulunulabilmektedir. Diğer taraftan Avrupa Birliği'nin İşleyişine ilişkin Antlaşma uyarınca yasal işlem yapan Komisyon, AB hukuku doğrultusunda yükümlülüklerini yerine getirmeyen üye devletleri mahkemeye vermeye karar vermiştir. Ancak, Mahkemeye gidilmeden önce üye devletten bilgi ve yükümlülüklerini yerine getirme talep edilmektedir. Bu bağlamda, ihlallerin çoğu mahkemeye intikal etmeden çözümlenmektedir.

* TBB Uluslararası İlişkiler ve Avrupa Birliği Merkezi Müdürü Av. Derya Yeşiladali ile yardımcısı Murat Yalkın tarafından hazırlanmıştır.

- **Çocuk Hakları**

“Çocuk Haklarına İlişkin AB Gündemi” AB genelinde çocuklarla görüşme ve mülakat sonucu şekillenecektir. Çocukların haklarını koruyabilmek için AB üç genel prensibi takip edecektir. Bunlardan ilki çocuk haklarının AB temel haklar politikasının ayrılmaz bir parçası olmasıdır. Zira Lizbon Antlaşmasından sonra, AB Komisyonu’nun yasal düzenleme tekliflerini yaparken bu tekliflerin AB Temel Haklar Bildirgesi’ne uygun olmasını sağlamakla yükümlü bulunmaktadır. İkinci husus ise olayların delillere dayandırılması ve bu bağlamda delil toplamanın iyileştirilmesidir. Son husus ise konuyla ilişkisi olan tüm tarafların Çocuk Hakları için Avrupa genelinde işbirliği yapmalarının gerekli olduğudur. Bu doğrultuda yapılacak tüm eylemlerin Antlaşmalar, Avrupa Temel Haklar Bildirgesi ve BM Çocuk Hakları Konvansiyonuyla uyumlu olması gerekmektedir. Bu düzenlemeler göz önüne alınarak hazırlanan gündem ile on bir eylem belirlenmiştir. Bunlar; AB yargı sisteminin çocuklara daha yakın olması, korunmasız çocukların güçlendirilmesi ve korunması için tedbirler alınması ve AB’nin dışa dönük eylemlerinde çocuk haklarının duyurulması gibi hususlardır.

- **Vergilendirme**

Avrupa Komisyonu sınır ötesi vergilendirme konusunda geliştirdiği planlara hız vermeyi sürdürmektedir. 28 Ocak tarihinde; “Portföy ve yatırımcılara kar payı dağıtımından doğan vergi sorunların ve bu sorunların giderilmesi” konulu bir tebliğ yayımlamıştır. Bu tebliğ, AB vatandaşlarının sınır ötesi vergi sorunlarını gidermeye yöneliktir. Komisyon, sınır ötesi kar payı ödemelerinin vergilendirmesini ülke içi vergilendirilmesi ve çifte vergilendirmeyi önleyici önlemler almaya çalışmaktadır.

- **Tüketici Hakları**

İç Pazar ve Tüketiciyi Koruma Komitesi 1 Şubat 2011 tarihinde Tüketici Hakları Direktifi tasarısını kabul etmiştir. Taslak çoğunlukla kabul edilmiştir. Söz konusu Direktif hemen bütün sözleşmeleri kapsamaktadır. Mesafeli satış veya sözleşmelerden vazgeçme süresi 14 gün olarak belirlenmiştir.

- **Tüketici Kanunu**

AB Hukuk Komisyonu yeni Tüketici Kanunu (*Consumer Act*) üzerine çalışmalarına başlamıştır. Tüketici ile tacirler arasındaki sorun ve davaların çözümüne yönelik olacak olan kanun yanıtıcı ve agresif ticari beyan ve uygulamalara karşı tüketicinin korunmasını hedeflemektedir. Konuya ilişkin kamuoyu anketi 12 Haziran tarihine kadar açık olacaktır.

- **Avrupa Resmi Akit Kanunları**

Avrupa Komisyonu 14 Aralık 2010 tarihinde resmi belgelerin serbest dolaşımı ve medeni hal kayıtlarının etkisi konusunda bir yeşil kitap yayımlamıştır. Bir kamuoyu yoklaması ve politika oluşturulması amacıyla yayımlanmış bulunan bu belgede resmi belgelerin serbest dolaşımının iyileştirilme ve yaygınlaştırılması için neler gerektiği sorulmaktadır. Bu kamu oyu yoklamasının sonucuna göre Komisyon 2013 yılında iki ayrı kanun teklifinde bulunmayı planlamaktadır. Bunlardan biri resmi belgelerin serbest dolaşımı diğeri ise medeni hale ilişkin kayıtlarının kabulüne ilişkin olacaktır. Söz konusu yoklama 30 Nisan 2011 tarihine kadar açık bulunacaktır.

- **İngiltere Arabuluculuk Protokolü**

İngiltere’de yeni “arbuluculuk protokolü” (*mediation protocol*) 11 Nisan 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konunun sıkı bir savunucusu olan Adalet Bakanı Jonathan Djanogy, arabulu-

culuğun; “*çabuk, daha ucuz ve çelişkiden uzak*” bir yöntem olduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu protokol özelliklere çiftlerin yasal işleme başlamadan önce arabuluculuk konusunda farkındalık oturumlarına katılmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda, Adalet Bakanı aile ihtilaflarının mahkemeye götürülmesi halinde adli yardım yapılmaması konusunda öneride bulunmuştur. Konuyla ilgili olarak açıklamada bulunan İngiltere ve Galler Hukuk Birliği (*Law Society of England and Wales*) bir taraftan arabuluculuk konusunda kamu oyunda farkındalık yaratmanın olumlu bir yaklaşım olduğunu ileri sürerken arabuluculuk müessesesinin tüm ihtilaf çözümleri için uygun bir yöntem olmadığını da beyanlarına eklemiştir.

• İspanya

Geçtiğimiz günlerde İspanya Yüksek Mahkemesi Ulusal Mahkeme hakimi Baltasar Garzon’u mahkum etmiştir. Adı geçen hakim mahkumların birbiri ile ve avukatları ile yaptıkları konuşmaların kayda alınması için yasadışı dinleme yaptırmıştır. Söz konusu ceza, “*el caso Gürtel*” olarak anılan soruşturmanın bir parçasını oluşturmaktadır. Soruşturma, çıkar sağlamak amacıyla İspanya Halk Partisine rüşvet ve para veren işadamları şebekesini organize suç oluşturan faaliyetleri kapsamında yürütülmüştür. Hakim Garzon aleyhine verilen bu ceza ikincidir. Daha önce 1977 Af Kanununa muhalefetten verilmiş bulunan karar sanık hakim tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne götürülmüştür.

• Amerika Birleşik Devletleri Yargıcı

Aile İçi Şiddetten Tutuklandı

ABD’nin Kaliforniya eyaleti hakimlerinden Robert Bowers eşini yaraladığı iddiasıyla tutuklanmıştır. Müvekkilinin tamamen suçsuz olduğunu ileri süren savunma avukatı polisleri suçlamıştır.

- **Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi**

BM Güvenlik Konseyi, Somali açıklarında giderek yoğunlaşan korsan saldırılarına karşı aldığı yeni bir kararla korsanlıkla mücadele kapsamında özel yasal düzenleme, mahkemeler ve cezaevlerinin kurulması konularını gündeme almıştır. Rusya'nın desteklediği bu karar Somali dışında özel korsan mahkemelerinin kurulması ve korsanlıkla mücadele konusunda devletlerin işbirliği yapmasını öngörmektedir. Bilineceği gibi 2010 yılı sonu itibariyle 500 kişi korsanlar tarafından rehin alınmıştır. Diğer taraftan; Kenya, Almanya, Fildişi Sahili, Hollanda, Yemen, Somali ve İspanya korsanlıkla suçlanan kişiler aleyhine kovuşturma başlatmıştır. Geçtiğimiz aylarda ABD mahkemeleri Somalili korsanları yargılamış ve aleyhlerine çeşitli cezalar vermiştir (25 yıl hapis, müebbet hapis ve 34 yıl hapis gibi). Somalili yetkililer ise ABD'yi kınayarak, korsanlık davalarının uluslar arası bir mahkeme tarafından ele alınması gerektiğini ileri sürmüştür.

ULUSAL İRADE VE HUKUK DEVLETİ

NATIONAL WILL AND THE RULE OF LAW

Fatih ÖZKUL*

hakemli makaleler / refereed articles

Özet: Rousseau'nun mimarlığını yaptığı ulusal irade kavramı, egemenliği kullanacak gücü ifade etmektedir. Modern devletin ayırt edici unsurlarından birisi olan egemenlik, ilk ortaya çıktığı dönemlerden itibaren gelişim sürecine girmiştir. Anayasacılık hareketlerinin başlaması, uluslararası ilişkilerin gelişmesi, kuvvetler ayrılığı ve en önemlisi hukuk devleti ilkelerinin kabul edilmesi ile birlikte, egemenliğin mutlak, bölünmez nitelikleri de değişime uğramış ve sınırlı egemenlik anlayışı kabul edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Ulusal irade, egemenlik, sınırlı egemenlik, hukuk devleti ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve egemenlik.

Abstract: The concept of national will constituted by Rousseau, means by whom will the sovereignty be used. The sovereignty which is one of the distinguishing element of the modern state goes into a developing duration from the time it appeared. With the beginning of the constitutional movements, development of the foreign relations, separation of powers and especially certifying the rule of law, the unitary, absolute character of the sovereignty have also changed and limited sovereignty is accepted.

Keywords: National will, sovereignty, limited sovereignty, rule of law, rule of law and sovereignty.

* Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku ABD doktora öğrencisi.

GİRİŞ

Kamu hukuku teorik kökenine göre ulusal irade kavramı, ister seçimle gelsin, ister otoriter rejimle belirlenmiş olsun, egemenliği kullanacak gücü ifade etmektedir. Dolayısıyla iktidar kavramı, en ilkel toplumlardan günümüz modern toplumlarına kadar olan süreçte önemini hissettirmiştir. Modern devletlerde emretme ve uyulmak zorunda olunan kanunu çıkarabilme, emir ve direktif verebilme imkânını egemenlik kavramı vermektedir. Egemenlik bu aşama ile birlikte artık devlet iktidarının da kaynağı olmuştur.

Tarihsel süreç içerisinde egemenliğin demokratik niteliği gelişmiş ve yönetilenler demokratik egemenlikle birlikte, devlet karşısında belli haklara sahip olmuşlardır. Temel hak ve hürriyetlerin gelişmesi ve sayılarının artması, devletler arasında uluslararası işbirliğinin çoğalması, hukuk devleti ilkesinin kabul edilmesi gibi gelişmeler karşısında, egemenlik mutlak ve sınırsız emretme gücünü yitirmiş, hem iç ilişkilerde hem de dış ilişkilerde sınırsız egemenlikten sınırlı egemenlik anlayışına geçilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde ulusal irade kavramının temelleri, kavramsal çerçevesi, özellikle ünlü düşünür Jean Jacques Rousseau'nun görüşleri çerçevesinde ortaya konmuştur. Yine bu bölümde, egemenlik kavramı, ulusal iradenin egemenliğe yansımaları ve küreselleşme sürecinde ulusal irade anlayışındaki değişimler açıklanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde genel bir bakış açısı ile hukuk devleti üzerinde durulmuş, üçüncü bölümünde ise, küreselleşme ve hukuk devleti ilkelerinin gelişimi ile birlikte egemenlik kavramının sınırlı boyutu ele alınmıştır.

I. ULUSAL İRADE

1. Ulusal İrade Kavramı ve Ulusal İradenin Temeli

Ulusal irade kavramı hem siyasal hem de hukuksal alanda kullanılmıştır. Egemenliğin tek elde toplanması ile krallar siyasal bakımdan güçlendikleri halde, karşılarında ekonomik açıdan güçlü ve yönetimde söz sahibi olmak isteyen burjuvayı bulmuşlardır.¹ Bu çatışma ege-

¹ Esat Çam, *Devlet Sistemleri*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 16-19.

menliğin ve hükmetme yetkisinin kimin elinde olduğunun yeniden değerlendirilmesi, dolayısıyla ulusal egemenlik ve ulusal irade kavramlarının gelişmesine yol açmıştır.

Ulusal irade kavramının temelini anlamak için, Jean Jacques Rousseau tarafından ileri sürülen toplum sözleşmesinden bahsedilmesi gerekir. Rousseau'ya göre egemenlik genel iradenin kullanılmasıdır. Rousseau genel iradeyi, siyasal bedenden ibaret iradesi olan, moral bir varlık ve her zaman bütünü ve parçalarının korunması ile iyiliğe yönelen, yasaların kaynağı olan, devletin tüm üyeleri için haklı ve haksızı belirleyen bir kural olarak tanımlamaktadır.² Rousseau mutlak krallığı reddetmiştir. Hâkimiyet ona göre bir iradedir ve bu iradenin kaynağı da hükümandır. Hükmetme, yani egemenlik yetkisi ise krala değil ulusa aittir. Dolayısıyla egemenlik ulus iradesinin tezahürüdür. Ulusun, bireylerin toplamından ayrı kendine özgü bir kişiliği vardır. Bu kişilik geçmişi, bugünü ve gelecekteki bireyleri de kapsar. Rousseau'cu genel iradeye göre, toplumu oluşturan bireyler bir araya gelerek uzlaşma sağladıktan sonra toplum sözleşmesini oluşturmuşlardır. Bu sözleşme kamunun iyiliği için ve bu amaç doğrultusunda yapılmıştır; sözleşme güvencesini devlet gücünden ve egemenlikten almaktadır. Toplum sözleşmesinde bireylerin kendi doğal haklarından vazgeçmeleri diye bir şey yoktur, aksine vazgeçme yerine güvenli bir toplumsal hayat oluşturmak için yararlı bir değiş tokuş vardır.³ Rousseau'nun sözleriyle, *"her birimiz bütün varlığımızı ve bütün gücümüzü, genel istemin buyruğuna verir ve her üyeyi bütünü bölünmez bir parçası olarak kabul ederiz"*⁴ Rousseau'ya göre bu birliktelik devleti, devlet de egemenliği oluşturmaktadır. Halk üyelerinden birine saldıran bütüne saldırmış, bütüne saldıran da halk üyesine saldırmış kabul edilmektedir. Bu düşünce uyarınca genel irade daima iyiyi ve doğruyu gösterir. Bu sebeple, insanlar toplum sözleşmesi sayesinde birbirlerine yardım etmek zorundadırlar. Egemenlik halka ait olduğundan, kendisini oluşturan bireylerden ayrı bir varlığı yoktur, bireylerin iradelerinin toplamından oluşur. Bunun anlamı da genel iradenin en fazla sayının yani çoğunluğun iradesi olduğudur.⁵

² Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, (Çev. Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 2006, s. 23-28.

³ Rousseau, 2006, 31.

⁴ Rousseau, 2006, 83.

⁵ Rousseau, 2006, 26 vd.

Rousseau'nun düşünceleri ayrıntısıyla incelendiği zaman, temel amacının başta yaşam hakkı olmak üzere, yurttaşlık haklarına dönüşmüş tüm bireysel hakların gözetilip koruma altına alınması olduğu anlaşılır.⁶ Egemenliğin mutlakiyetçi hükümdardan alınıp topluma maledilmeye çalışıldığı Fransız İhtilali öncesinin ortamında, toplumun bütününe egemen sayıp, kişiler ile genel iradenin ifadesi olan yasalar arasında bir irade bütünlüğü bulunduğunu ortaya koymak, çağdaş demokrasiye geçişin en parlak anlatımı olmuştur.⁷ Zaman içerisinde gelişen ulusal egemenlik kavramı ulusçuluğun teorisi haline gelmiştir. Bu doğrultuda 1789 Fransız devrimi, eşitsizliklerin teorik olarak kaldırılması ve egemenliğin tek kişiden alınıp tüm topluma verilmesinde çok önemli bir adımdır.

2. Hukuksal ve Siyasal Açından Ulusal İrade

Ulusal iradenin hukuksal ve siyasal anlamda olmak üzere iki boyutu vardır. Ulusal irade bir devletin yalnızca hukuki statüsü değildir. Çelişkili de gözükse, aynı zamanda devlet içindeki iktidarı ve toplum içinde de devlet iktidarını sınırlayan bir iradedir. Rousseau'ya göre, genel iradenin devlet iktidarını sınırlayan, kişi haklarını güvence altına alan niteliğe sahip olması, aynı zamanda siyasal bir tercihi de yansıtmaktadır. Çünkü aslında, genel iradenin devletin statüsü olması hukuki bir niteliktir.

Ulusal iradenin doğuşunda çok önemli rol oynanan Rousseau'ya göre, mevcut egemen güç tarafından yapılan yasalar genel istemin işlemleridir.⁸ Yasayla yönetilen her devlet ona göre Cumhuriyettir, çünkü egemen güç halkın yararınadır ve onun adına hareket ettiği için aynı zamanda Cumhuriyetçidir. Bu yasaların yapılmasında temel alınan değerler, genel istemin görüşleri doğrultusunda ahlaki töreler ve kamuoyudur. Zaten egemen gücün genel istem doğrultusunda yasalar yapması, halkı yasaların ruhuna bağlı tutmakta ve buyruk gücü-

⁶ Mehmet Ali Ağaoğlu, *Ulus, Devlet, ya da Halkın Egemenliği*, İmge Yayınları, İstanbul 2006, s. 168.

⁷ Mümtaz Soysal, "Değişen Egemenlik ve Meşruluk", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Ankara 2003, s. 172.

⁸ Rousseau, 2006, 35.

nün yerine alışkanlık gücünü koymaktadır. Yasama gücü halk yararına ve halkın elindedir, başka bir güçte olamaz. Hükümet ise egemen varlığın dolayısıyla egemen sistemin yalnızca bir aracıdır. Hükümet yurttaşlarla egemen varlığın karşılıklı ilişkilerini sağlamak amacıyla kurulmuş, hem yasaları hem de toplumsal özgürlükleri sürdürmekle görevli aracı bir bütündür.⁹ Görüldüğü gibi Rousseau, ulusal iradeyi ve egemenliği, hem siyasal hem de hukuksal açıdan genel isteme ve toplum sözleşmesine bağlamaktadır. Rousseau'ya göre güçlü kişi ya da kişiler zor kullanarak, ya da fethetme gibi gerekçelerle (yalancı sözleşmelerle) insanları bir araya getirerek onlara hükmedebilirler. Fakat bu şekilde olan ve genel iradeye dayanmayan insan birliktelikleri, toplum olmadan ziyade, ancak birer yığın olarak nitelenebilir. Çünkü ortada ne kamusal bir iyilik, ne de siyasal bir beden vardır. Bu düşüncesiyle Rousseau, bir devletin tam anlamıyla devlet olabilmesi için kamusallıkla donanmış olması gerektiğini, bunun yolunun da toplum sözleşmesinden geçtiğini ifade etmektedir.¹⁰ Oysa böyle bir ortam içinde bireysel özgürlük, toplumsal entegrasyon, demokratik yaşam, ulusçuluk ve halkçılık kavramlarının, hukuksal ve siyasal açıdan gelişmeleri mümkün olmayacaktır.

3. Egemenlik, Egemenliğin Kaynağı ve Meşruluk

Egemenlik kavramını ilk ele alıp inceleyen düşünür Jean Bodindir. Bodin devletin var olması için gereken egemen gücün, içte kişiler üzerinde sınırsız ve üstün, dışta da bağımsız bir iktidar olduğunu belirtmiş ve bu gücün niteliğini ifade etmek için egemenlik sözcüğünü kullanmıştır.¹¹ Egemenlik kavramının dilimizdeki karşılığı hâkimiyettir. Hâkimiyet emir verme, yasaklama ve kural koyma iktidarındır. Egemenlik ancak siyasallaşmış insan topluluklarında kendini gösterir. İlk toplumlarda iktidarın (egemenliğin) sahibi ilahi güç olmuştur. Modern egemenlik anlayışının doğuşu ile birlikte, yasal alanda yönetilenler, yöneticinin kararlarına uyma zorunluluğunu hissetmeye başlamışlar

⁹ Rousseau, 2006, 94 vd.

¹⁰ Rousseau, 2006, 15.

¹¹ Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 29.

ve bu sayede egemenlik iktidarı meşrulaştırma amacı olarak kullanılmayı başlanmıştır. Günümüzde egemenlik, “bir devletin vatandaşlarının, ülkesel sınırlar içerisinde aslen sahip olduğu ve bu sınırlar içerisinde özgürce kullanabildiği, meşru, sürekli ve nihai nitelikteki üstün emretme gücü yanında, o devletin uluslararası alanda, diğer devletlerle eşit haklara sahip olarak, tüm konularda karar vermek yetkisine sahip olmasıdır”, şeklinde tanımlanmaktadır.¹² Modern egemenlikle beraber, halkın yönetimi etkileme ve denetleme yollarının da önü açılmıştır. Egemenliğin özelliklerinden bahsederken, mutlak, en üstün, sürekli ve bölünmez olması gerektiğini belirtmiştik. Hobbes’a göre, Rousseau egemenliği toplum sözleşmesi kurumu sayesinde, devleti oluşturan bireylere aidiyeti yoluyla açıklamayı tercih etmektedir.¹³ Halk egemenliği teorisi ile Rousseau, egemenlik kavramına meşruluk unsuru sokmuştur. Rousseau’nun anlayışında halk egemenliği ve eşitlik ön plandadır, fakat genel iradenin yasa koyucu olarak mutlak belirleyici olması, çoğunluğun azınlığa tahakkümü sonucunu doğurur. Rousseau erkler ayrılığı ilkesini kabul etmemektedir.¹⁴

Egemenlik meşruluğunu bu genel iradede almaktadır. Genel irade aynı zamanda egemenliğin kaynağıdır ve kanun biçiminde belirir. Yine egemenlik başkasına devredilemez ve bölünemez. Egemenliği ancak yine kendisi temsil edebilir. Rousseau bu görüşleriyle erkler ayrılığını reddetmekte, egemenliğin kaynağı ve meşruluğunu yine egemenliğin kendisinde yani genel istemde bulmaktadır. Bunun sebebini de, genel istemin her zaman doğru ve kamusal yarara yönelik olmasına bağlamaktadır. Devlet veya hükümler emretme ve buyurma yetkisini genel istemden almaktadır, emretme yetkisi de kendisinde toplanan kamu gücünün tezahüründen başka bir şey değildir.¹⁵ Egemen varlık eğer isterse yönetimi belli bir azınlığın eline de bırakabilir. Hatta egemen varlık yönetimi tek bir kişinin eline bırakabilir; bu da krallık veya monarşi olur. Egemen varlık basit ve tektir, elinde yasama yetkisinden başka bir yetki olmadığı için ancak yasalarla iş görür. Yasalar ise genel istemin istekleridir, bu sebeple egemen varlık ancak halkla bir araya geldiğinde iş görebilmektedir. Bu birliktelik ile hazırlanan yasa, ge-

¹² Hakyemez, 2004, 59.

¹³ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007, s. 175-177.

¹⁴ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara 1993, s. 37-38.

¹⁵ Hakyemez, 2004, 27.

nel istemin kamuya bildirilmesinden başka bir şey değildir. Hükümet kurma işi ise yeni bir sözleşme yapmak değil, yasa yapmak anlamına gelmektedir. Yürütme gücünü elinde tutanlar, egemen varlık yani genel istem ile sözleşme yapmak hakkına sahip değildirler; onların görevi yönetim işini kabul edilerek egemen varlığa boyun eğmektir.¹⁶

Günümüzde bir insan toplumunda, fert ya da fertlerden oluşan bir grup, devlette cebir kullanma tekeline sahip olursa veya belli sınırlar içinde cebir kullanma tekeli söz konusu olursa, yani toplumda yönetenler ve yönetilenler arasında sürekli bir farklılaşma varsa, artık devletin o toplumda oluştuğu söylenebilir.¹⁷ Ayrıca egemenliğin ve devlet iktidarının kaynağı ortaya konmaya çalışılırken, iktidarın meşruiyetine de vurgu yapma ve bu meşruiyeti açıklama ihtiyacı duyulmaktadır. Monarşiler döneminde bile, egemenliğin kralda değil, krallıkta olduğu vurgulanmıştır.¹⁸ Egemenlik modern devletlerde de kişilerden ve kurumlardan soyutlanarak ele alınmıştır.¹⁹ Esasen egemenliğin ilk meşruluk nedenini, onun insan onurunda iç'e ve dış'a karşı korunmasında bulmamız gerekir. Egemenliği iç ve dış egemenlik olarak bölerek, kaynağının ve meşruluğunun açıklanması daha doğru olsa da, burada kavram iç egemenlik boyutuyla ele alınacaktır.

Egemenliği devlet içerisinde en üstün ve meşru güç olarak kabul ettiğimize göre, iç egemenliğin diğer siyasal iktidarların, iktidar sahibi gerçek ve tüzel kişilerin üzerinde olduğunu, bu siyasal organizasyonun, ülke içerisinde tüm vatandaşları, grupları ve kurumları bağlayıcı kararlar alabilen üstün emretme gücüne sahip otoriteyi ifade ettiğini de kabul etmemiz gerekir. Bu ifade özünde, egemenliğin devlet içindeki siyasi karar alma mekanizmasına sahip olduğunu anlatmaktadır. İç egemenlik, devlet iktidarının sınırsız ve en üstün, bölünmez olması gibi unsurları ihtiva ettiği gibi, aynı zamanda egemenlikten kaynaklanan devlet yetkilerini de kapsamaktadır. İç egemenliğe sahip olan devlet, meşruluğunu ve bu sayede üstün emretme gücünü kullanarak

¹⁶ Mehmet Akad / Bihterin Vural Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 125-126.

¹⁷ Güriz, 2007, 295.

¹⁸ Hakyemez, 2004, 27.

¹⁹ Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Kültürü Yapısının 'Nomos-Physis' (Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Ankara 2003, s. 125.

vatandaşlarına yükümlülükler getirebilmektedir. İç egemenlik sayesinde devlet meşruluğunu kullanarak, kendi hukuk düzenini kabul ettirmekte ve yürütmek imkânına sahip olmaktadır. Egemen devletin iç egemenliği, kendi siyasal toplumu tarafından kullanılan nihai ve mutlak bir otorite olarak kabul edilmektedir. İç egemenlikte devlet kendi ülkesinde mutlak ve meşru bir kamusal güce sahiptir. Egemenliğin sahibi aynı zamanda emirlerin de kaynağı durumundadır. İç egemenlik kavramında ayırt edici özellikleri şu şekilde özetlenebilir.

a. Egemenlik Bölünemez

Egemenlik belli bir kişiye sınıfa ve zümreye değil, bütün halinde topluma aittir. Günümüzde egemenliğin sahibi tüm toplumdur. Egemenlik bir toplumda tek üstün güç konumundadır ve ülke sınırları içerisinde başka bir otorite kabul etmez.²⁰ Bu ilkeye bir örnek vermek gerekirse, 1982 Anayasası'nın 6. maddesinde, egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olduğu belirtildikten sonra, Türk Milletinin egemenliği, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eli ile kullanacağı belirtilmiştir. Yani temsili demokrasilerde egemenlik bu şekilde, ayrı ayrı birimler aracılığıyla kullanılabilir, fakat bu egemenliğin devri anlamına gelmez. Egemenliğin bölünemez niteliği geçmiş yüzyıllarda da geçerli olmuştur.²¹

b. Egemenlik Mutlaktır

Egemenliğin mutlaklığı, hiçbir sınıra tabi olmaması anlamına gelir. Egemenlik, ifadesini oluşturmada, ifade etmede ve gerçekleştirilmede hiçbir sınıra tabi değildir. 20. yüzyılın başlarından itibaren egemenliğin mutlaklığı bir ölçüde geçerliliğini yitirmiştir. Örneğin, ileride de değinileceği gibi, uluslararası hukuk ile mutlak egemenliği bağdaştırmak mümkün değildir. İç hukuk açısından günümüzde, klasik egemenlik yerine sınırlı egemenlik anlayışına geçilmiştir. İnsan hakları ve hukuk devleti ilkelerinde yaşanan gelişmeler egemenliğin mutlaklığını değiştirmiştir.²²

²⁰ Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Say Yayınları, Ankara 1990, s.14-15.

²¹ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, İnkılâp Yayınevi, İstanbul 2002, s. 135.

²² Kemal Dal, *Anayasa Hukuku*, Alter Yayınları, Ankara 2006, s. 140.

c. Egemenlik Devredilemez

Egemenlik devlet kişiliğinin olmaz ise olmaz unsurudur. Egemenliğin devredilmesi durumunda devlet de yok olacaktır.²³ Burada egemenliğin devredilmez niteliği ile temsilciler aracılığıyla kullanılmasını birbirine karıştırmamak gerekir. Yukarıda da değinildiği gibi, egemenliğin temsili demokratik rejimlerde halk adına temsilciler aracılığıyla kullanılması bir zorunluluktur. Egemenliğin devri ile egemenlikten kaynaklanan yetkilerin devri farklı anlamlara gelmektedir. Egemenliğin devri ya da egemenlikten vazgeçilmesi, devlet tüzel kişiliğinin de ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır.

d. Egemenlik Devlet İdaresindeki En Üstün Güçtür

Devlet içindeki en üstün emretme gücü egemen iradedir. En üstün güç olma devlet içindeki tüm kamu güçleri için geçerlidir. Yasa yapmada, yapılan yasayı uygulamada, idarede tek ve en üstün güçtür. Egemen iradeyi başka hiçbir irade, belirli bir şekilde davranmaya karar almayı zorlayamaz.²⁴ Egemen irade hiçbir yükümlülüğü olmayan, aksine hakları olan bir iradedir. Günümüzde ise, klasik egemenlik anlayışından sınırlı egemenlik anlayışına geçişle birlikte, egemen irade istediği her şeyi yapabilme hakkını kaybetmiştir. Egemen irade artık kural koyarken, koyduğu kuralları uygularken ve faaliyette bulunurken, hukuk devleti ilkesine, insan haklarına ve anayasaya uygun hareket etmek zorundadır.²⁵

e. Meşru Güç Kullanma Tekeline Sahiptir

Egemen gücün kullandığı güç onun egemen olmasından kaynaklanmaktadır. Güç kullanmaya karar vermede sadece kendisi yetkilidir. Bu aynı zamanda zor kullanmada, egemen gücün tekel hakkına da sahip olduğunu ifade eder.²⁶ Unutulmaması gereken, egemen gücün

²³ Hamza Eroğlu,, *Devletler Umumi Hukuku*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, Ankara 1979, s. 107.

²⁴ Bülent Daver, *Siyaset Bilimine Giriş*, Kalite Matbaası, Ankara 1976, s. 181-182.

²⁵ Ali Öztekin, *Siyaset Bilimine Giriş*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007, s. 124.

²⁶ Kemal Dal, *Anayasa Hukuku (Temel İlkeler)*, Gazi Üniversitesi Teknik Eğitim Fakültesi Matbaası, Ankara 1992, s. 15.

kullandığı yetkinin meşruluğudur. Egemen gücün zor kullanmada meşru yetkiye sahip olması, devleti yani egemeni diğer özel kişilerden ayırt eder. Buradaki meşruluk kaba güce yasallık kazandırmaktadır. Modern devletlerde devlet yetkilileri zor kullanırken, yasal sınırlar içinde hareket etmezlerse meşru zor kullanmaktan bahsedilemez.

Klasik egemenlik kavramının bu nitelikleri, federal devletleri açıklamada güçlük ile karşılaşmaktadır. Federal devlette bir merkezi devlet ve ona bağımlı olan üye devletler vardır. Yani federal devlet, tek yapılı devletten farklı olarak, yetkilerini ortaklaşa paylaştığı birçok başka devletten oluşmaktadır.²⁷ Bu açıdan egemenliğini bölüşümü ve paylaşımı, kullanımı, klasik egemenlik açısından karışıklık doğurmaktadır. Federal devlet dış ilişkiler bağlamında üniter devlet gibidir. Federe Devletlerin bu alanda yetkileri yoktur. Federal devlette devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının, hem ulusal (federal) hem de ulus-altı (federe) düzeyde kullanılması nedeni ile bölünmesi, klasik egemenlik anlayışı ile çelişir nitelikte kabul edilmektedir.²⁸ Federal devlette iç egemenlik konusunda birden çok güç ortaya çıkmaktadır; oysa klasik egemenlik açısından bakıldığında, bir devlette sadece tek bir egemen güç olmalıdır. Federal devlet sistemi klasik egemenlik anlayışıyla bağdaşmasa bile, geline aşamada, egemenliğin kazandığı yeni anlam ile bağdaşabilmektedir. Günümüzde federal devletler de egemen devlet statüsündedir.

İleride üzerinde durulacağı üzere, 20. yüzyıl başlarından itibaren tartışılmaya başlanan egemenlik kavramı, artık mutlak üstünlük, sınırsızlık, bölünmezlik gibi nitelikleriyle, günümüzün değişen ve gelişen devlet ve iktidar anlayışı karşısında anlaşılması zor hale gelmiştir.²⁹ Şu hususu gözden uzak tutmamamız gerekir ki, egemenlik kavramı meşrulukla birlikte ele alınırsa, mutlaka üzerinde durulması gereken iki kavram vardır; bu kavramlar katılım ve denetimdir.³⁰

²⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ekin Yayınevi, Bursa 2008, s. 74-79.

²⁸ Hakyemez, 2004, 110 vd.

²⁹ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, İstanbul 2006, s. 63.

³⁰ Mithat Sancar, "Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Ankara 2003, s. 166.

4. Ulusal İradenin Egemenliğe Yansıması

Rousseau'ya göre özü gereği oybirliği ile onama isteyen tek bir yasa vardır, o da toplum sözleşmesidir; çünkü toplum halinde birleşmek dünyanın en istenilen işidir.³¹ Düşünüre göre, toplum sözleşmesi yapıldığı zaman, bu sözleşmenin yapılmasına karşı çıkanlar olsa bile, muhalif irade sözleşmenin yapılmasına veya geçersiz olmasına engel olmaz. Sadece muhaliflerin sözleşmeye girmelerine engel olur. Sözleşme sonrası kurulan devlet sınırları içerisinde oturanlar ise toplum sözleşmesini onamış sayılırlar. Çoğunluğun oyu diğer yurttaşları da bağlar. Devletin bütün üyelerinin istemleri genel istemdir; üyeler bu istemin çatısı altında, hem yurttaş hem de özgür birer birey olurlar. Toplum sözleşmesine oy veren herkes bir anlamda düşüncesini açıklar, oyların hesaplanmasından sonra da genel istem ortaya çıkar. Bireyin düşüncesine aykırı bir sonuç ortaya çıkarsa, bu bireyin yanıldığını, kendi düşüncesinin genel istem olmadığını ortaya koyar. Genel istem daha sonra yasa ile dile getirilir. Rousseau'nun anlayışında hükümet, yani yönetim, bizzat yurttaşlar tarafından kullanılmalıdır. Çünkü halk egemenliği temsil edilemeyeceği gibi devredilemez de.³²

Ulusal iradenin egemenliği yansıması konusunda, 1789 Fransız devriminin ayrı bir önemi vardır. Bu egemenlik anlayışı devletin gücünün tamamen toplumdan geldiğini kabul ederek, "ulusal egemenlik" kavramını ön plana çıkarmıştır.³³ Günümüz ulus devleti de bir anlamda bu anlayışa dayanmaktadır. Ulus devlet, erkini ve egemenliğini ulus adına kullandığını iddia eden ve hükümranlığını bu gerekçeyle haklı gösteren bir siyasal iktidar türü haline gelmiştir. Gelinen aşamada egemenliğin halka ait olduğu kabul edilmektedir. Hatta halk egemenliği yerine çoğu zaman, milli irade terimi kullanılmakta ve bununla milli iradeye vurgu yapılmaya çalışılmaktadır.

Egemenliğin ulus niteliği, her zaman sınırsız ve keyfi biçimde davranma hakkı vermez. Egemenliğin iç hukuk anlamı, siyasal kontrolü ve düzeni sağlama işlevi görür. 1789 Fransız devriminden bu yana egemenliğin sahibi konusunda bir sorun yoktur, sorun egemenliğin

³¹ Rousseau, 2006, 102.

³² Rousseau, 2006, 102 vd.

³³ Tanilli, 1990, 35.

kullanılmasında yani iktidar noktasında ortaya çıkmaktadır. Egemenlik ulusa aittir, iktidar ise kayıtlı ve şartlı biçimde hükümet etme yetkisini, sahibi adına kullanma yetkisine sahiptir.

Temsili demokraside halk egemenliği anlayışına göre, egemen irade çoğunluğun iradesi olarak belirir. Halk egemenliği anlayışında egemenlik, toplumu oluşturan bireylere ayrı ayrı verilmiştir. Bireylerin her biri egemenlikte pay sahibidir. Halk egemenliği anlayışı hem genel oy ilkesine, hem de doğrudan demokrasi anlayışına uygundur.³⁴

İkinci tür egemenlik anlayışı ise ulus (millet) egemenliğidir. Burada manevi bir şahsiyet egemenliğin sahibi olarak ortaya çıkmaktadır. Ulus egemenliği anlayışında, halk egemenliği anlayışından farklı olarak egemenlik mutlaka temsilciler eliyle kullanılmaktadır. Burada ulus olarak nitelenen, geçmişi ve geleceği de kapsayan farazi bir topluluktur. Bu topluluk irade açıklamasını temsilcilere bırakır. Egemenliğin monarkın elinden alınması sürecinde ulus egemenliği anlayışı, burjuvazinin, toplumun diğer kesimlerini de yanına almakta, fakat iktidarı tek başına kullanmaya çalışmaktadır.³⁵

Dolayısıyla, ulus egemenliği anlayışına geçilirken, siyasal iktidar halkın bütününe değil, temsil sayesinde parlamentoya geçmiştir. Burjuvazinin çıkarları doğrultusunda ulus egemenliği anlayışı, egemenliği, geçmişte yaşamış, şu anda yaşayan ve gelecekte de yaşayacak olanların bütününe vermiştir. Egemenliğin kullanılmasını ise şu anda yaşayan kimselerin seçeceği temsilcilere bırakmıştır.³⁶ Bu ilkenin değeri hukuki olmaktan ziyade siyasaldır.

Günümüzde siyasal iktidarlar çoğunluğun iradesini, “ulusal irade” biçiminde ve kasıtlı olarak kullanmaktadırlar. Ulus egemenliği anlayışı, parlamenter sistemin uygulanmasında ve siyasal partilerin siyasi hayatta birinci sınıfa çıkmasıyla anlamını kaybetmiştir. Parti disiplini sayesinde, ulusal irade siyasal iktidarı elinde tutan parti ya da üst yöneticilerinin, liderlerin iradesine dönüşebilmektedir. Siyasal partiler kendi içyapılarında kuvvetli ve oligarşik eğilimler gösterebilirler.³⁷

³⁴ Hakyemez, 2004, 71 vd.

³⁵ Mustafa Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 111-114.

³⁶ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 94-98.

³⁷ Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler*, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 163.

Halk egemenliği, bireylerin iradelerinin toplamı olduğu için, bölünebilir nitelikte ve somut olmasına rağmen, ulus egemenliği soyuttur ve bölünemez. Halk geçmişi ve geleceği olmayan bir kalabalık iken, ulus kendisini oluşturanlardan çok daha farklı bir şahsiyettir.³⁸

Ulusal iradenin egemenliği yansımaları kavramı ile birlikte, temsili rejimler üzerinde de incelemeler başlamıştır. Bu çalışmalarla birlikte, her temsili rejimin demokratik olmayacağı, demokratik olabilmesi için, halkın iradesinin özgürce temsilciler aracılığıyla yansıtılması ve bu süreçte temsilcilerin tam bir serbestlik içinde belirlenmesi gerektiği anlaşılmıştır.³⁹ Aksi halde, halk ya da ulus egemenliğindeki temsil aracılığı ile diktatörler bile, kendi yönetimlerini demokratik ve meşru bir görünüme sokabilirler. Günümüzde egemenliğin temsili yolunda en çok kullanılan yöntem seçimdir. Temsili demokrasi ancak özgür ve adil bir seçimle hayata geçirilebilir. Ulus egemenliği anlayışında temsil artık bir zorunluluk haline gelmiştir. Temsilcilerden başka kimse ulus adına hareket edemez. Egemenliğin sahibi halk olmakla birlikte, kullanımı noktasında karşımıza farklı yöntemler çıkmaktadır. Bu farklı yollar kimi zaman siyasal tercihten, kimi zaman ise zorunluluktan kaynaklanır. Genel olarak egemenliğin kullanılmasına bakacak olursak;

a. Doğrudan Demokrasi

Doğrudan demokrasi anlayışında, egemenliğin kullanıcısı da sahibi de halktır. Doğrudan demokrasi en ideal demokrasi olarak adedilmektedir. Doğrudan demokraside, egemenliğin kullanılması noktasında temsilciler yoktur. Bu biçimdeki demokrasi anlayışları halk egemenliği anlayışına uygundur. Yönetim bizzat yurttaşlar tarafından gerçekleştirildiği için halk egemenliği devretmemektedir.⁴⁰ Bu demokrasi anlayışı uygulama zorluğundan dolayı, dünyanın hiçbir yerinde saf olarak uygulanamaz. Günümüz toplumlarında nüfusun kalabalık olmasında dolayı, zorunlu olarak temsili demokrasiye geçilmiştir.

³⁸ Mehmet Ali Ağaoğulları, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Kitabevi, İstanbul 2006, s. 197-198.

³⁹ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1996, s. 203-210.

⁴⁰ A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 71.

b. Temsili Demokrasi

Halk egemenliği günümüzde temsile dayanan egemenlik haline dönüşmüştür. Halkın kendisi yönetimde bulunmaz, seçtiği temsilciler aracılığıyla yönetime katılır. Seçilen bu kişiler bir anlamda egemenliği kullanacak olan devlet organlarını oluştururlar.⁴¹ Her temsili rejim demokratik olmayabilir, temsili rejimin demokratik olması için halkın iradesinin demokratik biçimde belirlenmesi gerekir. Günümüzde egemenliğin temsili seçim ile yapılmaktadır. Özgür ve adil bir seçim demokrasinin özünü oluşturur.⁴² Egemenliğin sahibi olan halk ya da ulus, egemenliği seçtiği temsilciler aracılığıyla kullanır. Ulus egemenliği anlayışında temsil bir zorunluluktur. Temsilciler dışında kimse ulus adına hareket edemez. Temsili demokraside ulusun temsilcileri ile halk arasındaki ilişkinin nasıl ve hangi boyutlarda olacağı aşılması gereken bir sorundur. Bu konuda iki farklı vekâlet vardır, birincisi temsili vekâlet, öteki ise emredici vekâlettir. Emredici vekâlette, egemenliği halk adına kullanan temsilciler, temsil ettikleri kişilerin emir talep ve şikâyetleri ile bağlıdırlar. Vekâlet bu sebeple bağlayıcıdır. Bazı durumlarda temsilci sınırlı olarak hareket etmek zorunda olduğu için iş göremez hale gelebilir.⁴³ Bu aşamada temsili vekâlet devreye girer. Temsili vekâletin gelişmesinde, burjuvazinin güçlenerek siyasal iktidarı ele geçirmesi önemli bir rol oynamıştır. Temsili vekâlet anlayışı karşımıza ulus egemenliğinde çıkar. Bu egemenlik anlayışında ulus soyut bir bütündür ve sahip olduğu egemenliği ancak temsilciler aracılığıyla kullanır. Temsili vekâlette temsilciler, kendilerini seçen temsilcilerden bağımsız olarak hareket ederler. Temsilcileri seçenler onlara emir ve direktif veremezler; temsili vekâlet anlayışında temsilcilerin amacı, ulusu temsil ederek genel yararı ortaya çıkarmaktır. Bu anlayışta oy vermek hak değil bir ödevdir. Seçimle gelen temsilciler azmedilemezler; çünkü temsilci ile seçmen arasında bir vekâlet ilişkisi yoktur.⁴⁴ Günümüzde temsili demokrasiler, siyasi partilerin işlevlerini anlamadan doğru biçimde açıklanamaz.⁴⁵

⁴¹ Gözübüyük, 1998, 72 vd.

⁴² A. Dahl Robert, *Demokrasi Üstüne*, (Çev. Betül Kadioğlu), Phoenix Yayınevi, İstanbul 2001, s. 40-42.

⁴³ Gözler, 2008, 118 vd.

⁴⁴ Gözler, 2008, 120.

⁴⁵ Özbudun, 1979, 1.

c. Yarı Doğrudan Demokrasi

Bu demokrasi anlayışında da egemenliğin kullanılması, kural olarak temsilcilere verilmiştir. Fakat halk, ancak bazı durumlarda bu yetkiyi elinde bulundurmaktadır. Yarı doğrudan demokrasi türünde, egemenliğin kullanılması halk ile temsilciler arasında paylaşılmıştır. Bu demokrasi uygulamasında yaygın olarak referandum, halk girişimi ve halk vetosu yöntemleri kullanılır. Referandumda halk, egemenliğin sahibi olarak bir yasa kuralını kabul edip etmediğine karar verir. Halk girişimi ile egemenliğin sahibi olan halk, belli sayıda imza toplayarak yasama organını kanun çıkarmak üzere harekete geçirebilir.⁴⁶ Yarı doğrudan demokrasilerde kullanılan bir başka araç halk vetosudur. Halk vetosu ile halk, yasama organı tarafından çıkarılan fakat kendisinin beğenmediği yasanın yürürlüğe girmesini engelleme yetkisine sahip olmaktadır. Günümüzde bu yöntemlerin en yaygını referandumdur.⁴⁷ Yarı doğrudan demokrasi anlayışı sadece halk egemenliği anlayışında karşımıza çıkmaktadır. Ulus egemenliğinde temsil zorunlu olduğu için, yarı doğrudan demokrasi uygulamalarına gidilmez. Yarı doğrudan demokrasi anlayışının en önemli yararı, egemenliğin sahibi olan halkın, temsilcilerin aldığı kararlar üzerinde kontrol sağlamasıdır.

5. Küreselleşme Sürecinde Ulusal İrade Anlayışındaki Değişimler

Küreselleşme teriminden, uluslararası alanda yoğun biçimde yaşanan ilişkiler süreci ve bunların nitelikleri anlaşılmaktadır. Küreselleşme, devletlerin birbirleri ile olan ilişkileri arttıkça gündeme gelmiştir. Özellikle ekonomik etkinliklerin uluslararası boyut kazanması ile birlikte küreselleşme, tüm dünyaya yayılan bir ilişkiler ağı oluşturmuştur.⁴⁸ Küreselleşmenin teknolojik, siyasal, kültürel boyutları da mevcuttur. Biz burada küreselleşmenin egemenlik ile olan ilişkisini ortaya koymaya çalışacağız.

Küreselleşme kavramı, terminoloji ve anlam olarak, egemenliği sarsan bir niteliği içinde taşımaktadır. Artık egemen devletin iç iliş-

⁴⁶ Teziç, 2006, 232 vd.

⁴⁷ Cem Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi, Ankara 1999, s. 219.

⁴⁸ Hakyemez, 2004, 200 vd.

kilerine, girdiği uluslararası taahhüdün sonucu olarak müdahale edilebilmektedir. Böyle bir durumda egemenlik sona ermemekte, fakat önemini yitirmektedir. Günümüzde ulus devletler kendi rızaları ile uluslararası taahhütlere girmektedir. Bu durum da, iç hukukta insan hakları ve hukuk devleti ile kısıtlı olan devletin egemenliğine, uluslararası anlamda yeni bir sınırlama getirmektedir. Gelinen bu aşamada egemenliğin, mutlak niteliğini kaybetmiş olduğu söylenebilir.⁴⁹

Uluslararası boyutta devlet egemenliğinin tek başına kullanılmaması, gönüllü uluslararası işbirliğini beraberinde getirmesi sebebiyle, “uzlaşmacı egemenlik” anlayışı doğmuştur. Çünkü bu boyutta egemenlik, artık hükümetler ile uluslararası örgütler arasında kullanılmaktadır. Küreselleşme ile birlikte, devletler uluslararası taahhütlerin sonucu olarak teknolojik, kültürel, ekonomik ve hatta hukuk alanında birbirlerine yakınlaştıklarından, sınırlar eski önemlerini yitirmiştir.⁵⁰ Ancak buradan, küreselleşmenin ulus devleti ortadan kaldırdığı sonucu da çıkarılmamalıdır.

Küreselleşme, ulus devleti ve egemenliği bir ölçüde daraltsa da, ulus devletlerin egemen olma nitelikleri devam etmektedir. Küreselleşmenin aktif bir unsuru haline gelebilmek için, uluslararası alanda hem aktif biçimde katılan, hem de denetleyen konumunda olmak gerekmektedir. Devletler, küreselleşme sürecinin çok yoğun olduğu bir ortamda bile, dış ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, egemenlik haklarından taviz vermemeye önem göstermektedir.⁵¹ Ulus devlet, egemenlikte olduğu gibi gücünü bir ölçüde yitirse de, hukukun kaynağı ve üreticisi olma işlevini devam ettirmektedir.

Küreselleşme sürecinde tüm devletler eşit değildir. Ekonomik açıdan güçlü devletler, küreselleşme ortamından en karlı çıkanlar olmaktadır. Küreselleşme, ulusal devletin geleneksel fonksiyonunda “bütünleşme” ve “parçalanma” olmak üzere iki önemli değişim meydana getirmiştir. Bütünleşme süreci, ekonomik, teknolojik değişim ve gelişim anlamında bütünleşmeyi, parçalanma süreci ise ulus devletler

⁴⁹ Kapani, 1998, 59.

⁵⁰ Koçak, 2006, 265 vd.

⁵¹ Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk (Temel Belgeler- Örnek Kararlar)*, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 7.

içerisinde bölge yönetimlerine, bölgesel ekonomilere daha fazla yetki vermeyi amaçlamaktadır. Küreselleşmenin açık etkisinin görüldüğü insan hakları alanında, evrensel insan hakları rejimi, kültürel veya siyasi nitelikli insan topluluklarının hayatta kalmasına elverişli ortam hazırlamaktadır. Küreselleşmenin egemenliğe ve ulus devlete yönelik aşındırıcı etkileri göz önüne alındığında, ulus devlet artık bir coğrafi yerleşim alanı içindeki, ekonomik ve siyasi faaliyetleri kontrol etmedeki mutlak gücünü yitirmiş durumdadır. Bu artık devletin, ülkesel sınırları içinde egemenlikten kaynaklanan yetkilerini istediği gibi sınırsızca kullanamayacağı anlamına gelir.⁵² Küreselleşmenin günümüzde emperyalizmin yeni bir biçimi olduğu, gelişmiş ülkelerin Yirminci Yüzyıl kapitalizminin görüntüsünü maskeleyen ve az gelişmiş yoksul ülkeleri sömürmek için bilgi toplumu, sınırların kalkması, özelleştirme gibi sloganları kullanılabileceği de savunulmaktadır.⁵³

Sonuç olarak küreselleşme süreci, ulus devlet ile birlikte başlamış ve halen ulus devlet ile birlikte yaşamaktadır. Bu sürecin, egemenlikten kaynaklanan yetkileri aşındırıcı bir etkisi olmuştur; fakat egemenlik ortadan kalkmamıştır. Küreselleşme, egemenliğin ülkesel sınırları içerisindeki önemini etkilemiştir. Hem ulus devlet, hem de egemenlik kavramları varlıklarını bir arada sürdürmekte ve ülke sınırları içindeki önemlerini korumaktadırlar. Küreselleşme insan hakları açısından da, devlet yetkilerini zayıflatmış ve devlet karşısında bireyin konumunu güçlendirmiştir.⁵⁴

II. HUKUK DEVLETİ

Hukuk devleti ilkesinin gelişimi, egemenliğin sınırlanmasında çok önemli bir role sahip olmuştur. Ancak sınırlı egemenliğe geçişte, kuvvetler ayrılığının fonksiyonu da göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple çalışmanın bu bölümünde, hukuk devleti başlığı altında kuvvetler ayrılığına da değinilecektir.

⁵² Akad / Dinçkol, 2006, 195 vd.

⁵³ Adnan Güriz, *Kapitalist İdeoloji Üzerine Bir İnceleme*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1995, s. 262.

⁵⁴ Cem Eroğul, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Ankara 2003, s. 211.

1. Hukuk Devleti Kavramı

Hukuk devleti ilkesi, bütün uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir. Bu kavram, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulunmaları yanında, devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına uygun davranmak zorunda olduğunu anlatır.⁵⁵ İnsan hakları ve hukuk devleti düşüncesi, kültürlerle ve çatışan dünya görüşlerine ortak bir hedef olarak yaygın biçimde nüfus etmektedir. Dünyanın tüm insanları, kendi toplum sistemlerinin sağladığından daha nitelikli özgürlük ve güvenlik düşleyebilmektedir. Hukuk devletinin siyasal ve toplumsal koşulları, birer model olarak çeşitli toplumlara yayılmaktadır. Bu tip toplum modellerine kavuşmuş ülkeler, diğer toplumlar karşısında üstün bir konumda yer almaktadırlar.⁵⁶ Hukuk dilinde "hukuk devleti" deyiimi, devletin kendisini hukuk kurallarıyla bağlı saymadığı "polis devleti" kavramının karşıtı olarak kullanılmaktadır.⁵⁷ Vatandaşların devlete yani egemen güce güvenmeleri, demokrasi içerisinde ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak gerçek anlamda bir hukuk devletinin olması halinde mümkündür.

Hukuk devleti ilkesi ilk olarak, devletin işlemlerini yerine getirirken hukuk kurallarına bağlı olması gerektiğini ifade eder. Hukuk kurallarına bağlılığı sağlayacak mekanizma ise, devletin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi altında bulunmasıdır. Bunun sonucu olarak da, yürütme ve yürütme işlemlerinin yargı denetimi altında bulunması akla gelir.⁵⁸ Hukuk devleti kavramı diğer dillerde, hukukun üstünlüğü biçiminde yer almıştır. Bu terimle de anlatılmak istenen, devlet düzeninin hukuk üzerine kurulu olması, devletin hukuk tarafından yönetilmesi, eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olmasıdır. Hukuk devleti ilkesinin mücadelesinin yapıldığı geçen yüzyıllarda, yürütme organı genellikle kral ve onun bakanlarından oluştuğu için, bu dönemlerde kişi haklarına karşı saldırının, ancak yürütme organından gelebileceği, dolayısıyla vatandaşların hukuki güvenliğinin

⁵⁵ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2000, s. 68.

⁵⁶ Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Alkım Yayınevi, İstanbul 1996, s. 148.

⁵⁷ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 25.

⁵⁸ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1992, s. 245-258.

sağlanabilmesi için yürütme organını hukukla bağlamanın gerekli ve yeter olduğu düşünülmüştür.⁵⁹ Kişi haklarının, milli iradeden doğan yasama organına karşı da korunması gerektiği düşüncesi ise, tarihsel bakımdan daha sonraları ortaya çıkan ve benimsenen bir görüş olmuştur.⁶⁰ Yasama organının yargısal denetimi, bazı demokratik ülkelerde henüz kabul edilmemiş olduğu halde, yürütmenin yargısal denetimi hemen hemen bütün demokratik ülkelerde yerleşmiş bir kuraldır.⁶¹ Hukuk devletinin başlıca varlık şartları şu şekilde sıralanabilir.

a. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi

Yürütme organının eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi konusunda iki sistem vardır. Bunlardan ilki, denetimi genel yargı organlarına bırakan ve özellikle Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan, adli idare veya yargı birliği sistemidir. Bu sistemde genel mahkeme niteliğinde olan yargı organı, devletle fert arasındaki hukuki uyumsuzlukları, tıpkı fertler arasındaki hukuki uyumsuzluklar gibi çözmektedir. İkinci sistemde ise, yürütmenin eylem ve işlemlerinden doğan hukuki ihtilafların çözümü, genel mahkemelere değil, idare mahkemelerine bırakılmıştır. İdari yargı adı verilen bu sistem, Fransa'da doğmuş ve oradan diğer Kara Avrupası ülkelerine yayılmıştır.⁶²

Hukuk devleti ilkesi açısından, gerekse adli idare, gerek idari yargı sistemleri benimsenmiş olsun, anılan ilkenin gerçekleşmesi için önemli olan, yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarıca denetlenmesidir. Bu denetim sağlandıktan sonra, denetimi yapan mahkemenin genel mahkeme veya idare mahkemesi olması, hukuk devleti açısından önem taşımaz. Nitekim hukuk devleti, adli idareyi benimseyen Anglo-Sakson ülkelerinde olduğu kadar, idari yargıyı benimseyen Kara Avrupası ülkelerinde de mevcuttur.⁶³ Bununla birlik-

⁵⁹ Koçak, 2006, 129.

⁶⁰ Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1989, s. 29.

⁶¹ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 37-38.

⁶² Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa 2008, s. 303.

⁶³ Metin Yüksel, "Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletinin Unsurları", *Hukuk Devleti - Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 579-581.

te, hangi denetim sistemi benimsenmiş olursa olsun, yürütmenin bazı eylem ve işlemleri, çeşitli yollarla yargı denetimi dışında bırakılmışsa, hukuk devleti ilkesinin zedelenmiş olduğu sonucuna ulaşmamız gerekir. Hukuka uygun olmayan bir idari işlemin, ne gerekçe ile olursa olsun yargı denetimi dışında bırakılması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılamaz. İdari yargının mahiyetinden doğan sınırlar içinde, idari yargının hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisini sınırlayıcı herhangi bir kural, hukuk devleti anlayışına aykırı olacaktır.⁶⁴

b. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi

Yürütme işlemlerinin yargısal denetimi, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olsa da, hukukun üstünlüğünü ve vatandaşların hukuki güvenliğini sağlamaya yetmez. Çünkü, yürütme işlemlerinin yargısal denetimi sonuç olarak, yürütme işlemlerinin kanunlara uygunluğunu sağlayabilecektir. Kanunların kendisi anayasaya aykırı olduğu zaman, kişilerin temel hak ve özgürlükleri nasıl korunacaktır? Hukuk devletinin tam olarak hayata geçirilmesi için, yasama organının işlemlerinin de anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenebilmesi gerekir.⁶⁵

c. Yargı Bağımsızlığı ve Kanuni Hâkim Güvencesi

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri de, yargı bağımsızlığıdır. Eğer yürütme veya yasama işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek olan organlar, yürütme ve yasama organları karşısında tam bir bağımsızlığa sahip değillerse, yargı denetiminden beklenen yarar ortadan kalkmış ve yapılan denetimlerin hiçbir anlamı kalmamış olacaktır. Yargı bağımsızlığı o kadar önemlidir ki, genelde anayasalarda düzenlenir. Hukuk devletinde hâkimlerin, yürütme ve yasama organına bağlı olmadan, onlardan müstakil olarak ve etkilenmeden görev yapabilmeleri gerekir.

Mahkemelerin yargılama erkini yerine getiren organ olarak bağımsızlıkları, ancak yargı fonksiyonunu yerine getiren hâkimlerin güvenceli ve teminatlı bir statüye sahip olmaları, herhangi bir baskı ve tehditle karşılaşmaksızın görevlerini serbestlik ve tarafsızlık içinde yerine

⁶⁴ Yüksel, 2008, 302.

⁶⁵ Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimi Kapsamı ve Organları)*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 17.

getirebilmeleri ile sağlanır. Hâkimlik teminatının en önemli unsuru hâkimlerin azlolunamamalarıdır. Hâkimlik teminatı sadece hâkimlerin azlolunamamaları ile sağlanamaz. Eğer yürütme ve yasama organları, azil dışında başka yollardan, bir hâkimin mesleki hayatı veya özlük hakları üzerinde etkili olabiliyorsa teminat gene sağlanmış olamaz. Yargı bağımsızlığı ve unsurları güvence altına alınmamış olan sistemlerde, gerçek anlamda bir hukuk devletinden söz etmeye imkân yoktur.

Kanuni hâkim güvencesi de hukuk devletinin varlık şartlarından biridir. Bu ilke, kimsenin doğal hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılmayacağını, kişiyi doğal hâkiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağını ifade eder. Kısaca doğal yargı ilkesi, uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olmasıdır. Bu suretle davanın, uyuşmazlıktan sonra çıkarılacak bir kanunla oluşturulan bir mahkeme önüne getirilmesi yasaklanmakta, yani kişiye yahut olaya göre mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır.

d. Ceza Sorumluluğunun İlkeleri ve Hukukun Genel İlkelerine Bağlılık

Hukuk devletinin tam olarak gerçekleşmesi için, suç ve cezalara ilişkin bazı önemli unsurların da belirlenmesi gerekir. Bunlara bir anlamda ceza yargısının genel ilkeleri de denir. Bu ilkelere göre genel olarak, "kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Ceza sorumluluğu şahsidir. Genel müsadere cezası verilemez. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" şeklinde sıralanabilir.⁶⁶ Bu ilkeler, ceza yargısı ve hukuku ile ilgili olsalar da, hukuk devletinde mutlaka olması gereken başlıca ilkelerdir.

⁶⁶ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 112-121; Sedat Bakıcı, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 12, 16-21, 26, 42.

2. Kuvvetler Ayrılığı

Siyasal düşünce tarihinde Montesquie'nun adıyla anılan erkler ayrılığı teorisi, 1789 Amerikan ve 1791 Fransız Anayasalarından başlayarak pek çok pozitif hukuk belgesinde yer almıştır. Aslında bu teori hukuksal olmaktan çok siyasal bir nitelik taşımaktadır. Montesquie'nun kuvvetler ayrılığını savunması, bunu kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi olarak görmesinden ileri gelmektedir. Düşünüre göre, üç kuvvetin de aynı elde toplanması istibdada yol açar.⁶⁷ Fakat şunu belirtmeliyiz ki Montesquie, yargıyı diğer iki kuvvet ve yürütme ve yasama karşısında zayıf bir konuma oturtmuş, hatta yargının bir iktidar dahi sayılmaması gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁸ Buna rağmen güçler ayrılığı ilkesi, yönetenlerin yurttaşlar üzerinde totaliter egemenlik kurmalarını önleyen en iyi yollardan birisi olarak gösterilmekle beraber, bu sınırlamanın olması gerekip gerekmediği de tartışma konusudur.⁶⁹ Günümüzde kuvvetler ayrılığı deyimini kullanılırken, pozitif hukuk verilerine göre kastedilen gerçekte fonksiyonlar ayrılığıdır. Devlet iktidarının çeşitli fonksiyonlarının, aralarında işbirliği bulunan değişik organlarca yerine getirilmesidir. Burada fonksiyon teriminden, devletin maddi anlamdaki fonksiyonlarını değil, hukuki anlamdaki fonksiyonlarını anlamamız gerekir; yani devletin hukuki sonuç doğuran faaliyetleri onun hukuki fonksiyonlarıdır. Devletin hukuki fonksiyonları ise yasama yürütme ve yargı olarak üçe ayrılır. Maddi kriter, devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifini, bu fonksiyonların ifasında başvurulan işlemlerin hukuki mahiyetine dayandırmaktadır. Buna göre hukuki işlemler, maddi mahiyetlerine göre kural işlem, sübjektif işlem ve yargı işlemi olmak üzere üçe ayrılırlar. Bu üç tür işlemten her birinin yapılması, devletin üç hukuki fonksiyonundan birini meydana getirir. Devlet fonksiyonlarını şekli ve organik bakımdan tasnif eden görüş ise, devletin fonksiyonları ve bu fonksiyonların ifa aracı olan hukuki işlemleri, bu işlemleri yapan organa ve yapılış şekillerine göre tasnif etmektedir.⁷⁰ Kuvvetler ayrılığı ilkesi siyasal iktidarın mutlaklığına ve sınırsızlığına karşı, bireyin devlete karşı daha güvenli bir konuma sahip

⁶⁷ Kapani, 1993, 285.

⁶⁸ Mehmet Emin Akgül, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/4, s. 84-85.

⁶⁹ Maurice Duverger, *Siyasal Rejimler*, Sosyal Yayınları, İstanbul 1986, s. 56.

⁷⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 188-191.

olmasını ve hukuk devletini gerçekleştirmeyi amaçlar. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, mutlak monarşinin doğuracağı sakıncaları, devletin fonksiyonlarını birbirinden ayırıp, kullanımlarını farklı ellere vererek ortadan kaldırmaya çalışır. Klasik egemenlik anlayışı, devlet yetkilerinin tek bir merkezde toplandığı, mutlak monarşilere geçişin hukuksal ve siyasal temelini oluşturmuştur. Bunun sonucu olarak parçalanmışlığı önlemek için bölünmezlik niteliği öngörülmüştür. Bu durum, mutlak monarşinin baskıcı düzeninden liberal demokratik rejimlere geçerken aşılış ve güçler ayrılığı ilkesi gündeme gelmiştir.⁷¹ Bu durum klasik egemenlik anlayışından sapma demektir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ile birlikte ortaya çıkan egemenliğin sınırlı anlamı, bireyin önemini vurgulamakta ve kişi hak ve özgürlüklerini daha koruyucu niteliğe sahip olmaktadır. Birey adına egemenliği kullanan siyasal iktidar, kuvvetler ayrılığı sebebiyle, bireyin özgürlüğünü daha çok garanti altına almak zorundadır. Kuvvetler ayrılığı ile birlikte artık egemen olarak davranacak tek bir organ yoktur; çeşitli organlara belli konularda karar verme yetkisi tanınmıştır. Devlet iktidarının ve yetkilerinin bölünmesi, farklı yetkiyi kullananların sadece kendi alanlarında etkin olmalarına yol açmaktadır. Bu sayede, egemenliğin asıl sahibi olan bireyin hakları korunmaya çalışılmaktadır. Şüphesiz ki kuvvetler ayrılığının derecesi, anayasa hükümlerinden çok, parti sistemlerine de bağlıdır. Örneğin anayasalar açık bir ayrılığı öngörmüş olsa bile, tek parti sistemi kuvvetlerin sıkı biçimde bir araya toplanmasına yol açabilir.⁷²

III. SINIRLI EGEMENLİK

İnsanlar arasında barış ve güveni sağlamak, onların özgürlüklerini korumak amacıyla, yöneten yönetilen ilişkisinin çok net bir biçimde kendisini gösterdiği bir mekanizma olan devlet, bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.⁷³ Uyulması zorunlu tasarruflarda bulunma yetkisi ve imkânını devlete kazandıran bir kavram olarak ise egemenlik ortaya çıkmaktadır. Egemenlik modern devletin ortaya çıkmasıyla gündeme gelmiş ve uzun süre krala özgülenmiştir. Hem dünyevi olan, hem de yüceltilen bir şeyin ise mutlaka sınırlanması gerektiği, zaman içerisinde insanoğlu tarafından anayasacılık hareketleri ile birlikte ileri

⁷¹ Akgül, 2010, 85.

⁷² Maurice Duverger, *Siyasal Partiler*, Çev. Ergun Özbudun, Bilgi Yayınevi, Ankara 1986, s. 502.

⁷³ Öztekin, 2007, 29.

sürülmüştür.⁷⁴ Burjuvazinin etkisiyle egemenlik, demokratik nitelik kazanarak tüm topluma geçmiştir. Bu mutlak yetkinin zaman içerisinde belirli sınırlar içerisinde kullanılabileceği kabul edilmiş ve sınırlı egemenlik anlayışı ortaya çıkmıştır.⁷⁵ Çağdaş insan hakları doktrini, özünde kişiyi kendi devletine karşı korumak amacıyla ortaya konulmuş ve eğer insan hakları korunacaksa, önce insan üzerinde en etkin egemen güç olan kendi devletin denetlenmesi gerektiği görüşünden hareket edilmiştir.⁷⁶

Kamu hürriyetlerinin bulunmadığı bir yerde çoğulcu demokrasi-den söz edilemez.⁷⁷ Liberal çoğulcu demokrasilerde, özellikle azınlıkta kalanların çoğunluğun baskısına karşı korunabilmeleri için, kamu hürriyetleri oldukça geniş bir biçimde güvence altına alınmalı ve devlet tarafından korunmalıdır.⁷⁸ Aslında egemenliğin sınırlanması iktidarın doğasından kaynaklanmaktadır. Her iktidar kurumu gibi devlet iktidarının da iç ve dış sınırları vardır. İç politikada devlet, kuvvetli, ekonomik, askeri ve dini örgütlerin, menfaat gruplarının istediklerini yapmak zorunda kalır. Dış politikada ise, milletlerarası ilişkilerde en kuvvetli devlet bile iktidarının, siyasal, doğal, kültürel ve hukuki sınırları olduğunu bilerek kendini sınırlamak zorunda kalır.⁷⁹

1. Egemenliğin Kullanılmasının Sınırlandırılması Açısından Demokrasi

a. Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı

Çoğunlukçu demokrasi anlayışına göre demokrasi, halk çoğunluğunun kayıtsız ve şartsız iradesine dayanan bir rejimdir. Halk ço-

⁷⁴ Harry Eckstein, "Devlet 'Bilimi' Üzerine", *Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar*, Çev. Mehmet Turhan, Gündoğan Yayınları, Ankara (tarihsiz), s. 58.

⁷⁵ Öztekin, 2007, 45.

⁷⁶ Mehmet Turhan, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Ankara 2003, s. 226.

⁷⁷ Sadurski Wojciech, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara 2002, s. 22.

⁷⁸ Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s. 41.

⁷⁹ Daver, 1976, 167.

ğunluğunun iradesi belli bir oranda tecelli ettikten sonra, artık bu çoğunluk iradesinin karşısına çıkacak sınırlayıcı bir güç olamaz, aksi halde gerçek halk iradesinin gerçekleşmesi engellenmiş olur. Bu görüşün altında, Rousseau'nun azınlığın iradesini de kapsayan genel irade görüşü ve çoğunluğun daima haklı olduğunu savunan görüşler yatmaktadır.⁸⁰ Sayı üstünlüğü rejimi olarak ortaya çıkan çoğunlukçu demokrasi anlayışında, kamusal, kişiye bağlı temel hak ve hürriyetlerin yeri olamaz. Dolayısıyla egemenliğin de sınırlandırılması söz konusu değildir.

b. Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı

Bu demokrasi anlayışında da, yönetim çoğunluğun iradesine dayanmaktadır. Ancak burada yönetim, çoğunlukçu demokrasi anlayışındaki gibi her istediğini yapabilen sınırsız bir güce sahip değildir. Çoğunlukçu demokrasi anlayışında, azınlığa çoğunluk haline geçebilme imkânı tanındığı için, bu hak beraberinde kişiye bağlı temel hak ve hürriyetleri de getirir.⁸¹ Azınlık, karar alma mekanizmalarına dâhil olabilmeye ve etkileyebilme olanağını sahiptir. Artık toplum yönetiminde çoğunluğun iradesi, yani egemen gücün kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile sınırlı olması söz konusudur.

2. Hukuk Devleti İlkesi, Kuvvetler Ayrılığı ve Ulusal İrade

Rousseau'ya göre egemen varlık, yurttaşları topluluğa yararlı olmayan hiçbir işe zorlayamaz hatta böyle bir şeyi isteyemez. Egemen varlık ne denli kutsal, dokunulmaz ve mutlak olursa olsun genel sözleşmenin sınırlarını aşamaz. Egemen varlık yine, yurttaşlardan birini, ötekenden daha fazla yük altına sokma yetkisine sahip değildir.⁸²

Teorik düzeyde Bodin, Hobbes ve Rousseau'nun geliştirdiği ve 1789 devrimi ile hayat bulan klasik egemenlik anlayışı, modern devletin gelişimi ile ciddi eleştirilere uğramaya başlamıştır. Klasik ege-

⁸⁰ Ahmet Taner Kışlalı, *Siyasal Sistemler (Siyasal Çatışma ve Uzlaşma)*, İmge Kitabevi, Ankara 2006, s. 269.

⁸¹ Kışlalı, 2006, 237 vd.

⁸² Rousseau, 2006, 28.

menlikte egemenlik mutlak ve sınırsızdı. Klasik egemenlik anlayışını benimseyen bir devlette, egemen güç kendi egemenliğinden ve çıkarından başka bir şey düşünmeyecektir. Oysa modern devletlerde devlet yönetimi, demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti gibi ilkelerle bağlı olmak zorundadır. Hatta iç hukukta hak ve özgürlüklerini koruyamayanlar, uluslararası hukuka başvurma hakkına sahiptirler. Bu durum karşısında egemenlik artık klasik anlamında kabul edilemez. Ulusal iradenin tezahürü olan egemenliğin, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri ile sınırlandırılması gündeme gelmiştir.

3. Anayasa ve Ulusal İrade

Parlamentolar artık istedikleri doğrultuda ve anayasaya aykırı kanun çıkaramamaktadırlar. Bu durum bir anlamda parlamentoların üzerinde anayasaların yer aldıklarına işaret eder. Zaten anayasa terimi, devletin temel yapısını ve bu yapının başlıca işleyiş kurallarını ifade eden yasa anlamına gelmektedir.⁸³ Bu tanımdan, anayasanın diğer yasaların üstünde, onlardan daha temelli ve geniş kapsamlı, neredeyse onları doğuran, analık eden, dayanak olan bir yasa olduğu anlamı çıkmaktadır. Anayasalar, devletin temel işleyiş kurallarını belirtmekle kalmaz, aynı zamanda çıkarılacak olan yasanın sınırlarını da belirlerler. Bu işlevleri sayesinde modern hukuk devletlerinde anayasalar, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan, güvence altına alan en temel yasalardır.⁸⁴ Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin çok ve çeşitliliği nedeniyle, bu temel hak ve özgürlüklerin de kendi aralarında bir değerlendirilmeye tabi tutulmaları gerekmektedir.⁸⁵ Anayasacılık hareketleri incelendikleri zaman, devlet yönetiminin kurallara bağlanması ve vatandaşların korunması bakımından, özellikle 19. yüzyıl içinde gelişmiş "klasik demokrasi" anlayışıyla paralel bir gelişim olduğu görülmektedir. Yine 18. Yüzyıl anayasacılık hareketleri içinde, anayasanın biri hukuki öteki siyasi olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Anayasa sadece devletin hukuki statüsü olmayıp, devlet içinde iktidarı ve top-

⁸³ Soysal, 1992, 8.

⁸⁴ J. Carl, Friedrich, *Sınırlı Devlet*, (Çev. Mehmet Turhan), Gündoğan Yayınları Ankara 1999, s. 47.

⁸⁵ Ozan Ergül, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 116.

lum içinde de devlet iktidarını sınırlayan bir belgedir.⁸⁶ Anayasanın devletin statüsü olması, onun hukuksal niteliğini ortaya koymaktadır.⁸⁷ 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesindeki “insan haklarının sağlanmadığı ve kuvvetler ayrılığının benimsenmediği bir toplumda anayasa yoktur” ilkesi ise anayasanın siyasal yönünü ortaya koymaktadır.

4. Anayasa Mahkemesi ve Ulusal İrade

Hukuk devleti içerisinde, parlamentoların anayasanın üstünlüğüne uyup uymadıklarını denetleyen ve yargı erki içerisinde bulunan anayasa mahkemeleri, sahip oldukları yetkilere bakıldığında, parlamentoların anayasaya uygun hareket etmelerinin gerçek bir yaptırım olarak belirmektedir. Anayasa mahkemelerinin bu güçleri, yazılı anayasaların ortaya çıkmasıyla başlamıştır. Acaba anayasa mahkemelerinin kurulması ile, yasama organının üstünde ondan daha güçlü yetkiye sahip bir yargı organı yaratılmış olmaz mı? Bu soruya şu şekilde cevap verilmektedir. Anayasa mahkemesinin önünde yargılanan yasama organının kendisi değil, o organın çıkardığı yasadır. Ayrıca mahkeme, anayasaya aykırılığından dolayı ortadan kaldırdığı kurallar yerine yeni yasalar koyamaz.⁸⁸ Bu görüşe karşı olan olanlar ise, böylesine yetkiyle donatılmış olan mahkemenin, eninde sonunda üstün bir güç haline geleceği ve “yargıç devleti” tehlikesinin kaçınılmaz olduğunu ileri sürebilirler.⁸⁹ Yine mahkemelerin milli iradenin üstüne çıkamayacakları, yasama organının milli iradeyi temsil ettiği, anayasanın üstünlüğünün yargı organlarınca değil, yasama organınca denetlenmesi gerektiği de bir görüş olarak savunulabilir.⁹⁰

Anayasanın diğer yasalara göre hukuk alanındaki üstünlüğü, doğal bir sonuç olarak öbür yasaların anayasaya uygunluğunu zorunlu saymayı ve bu uygunluğu denetleyici mekanizmalarını kurmayı ge-

⁸⁶ Teziç, 2006, 136 vd.

⁸⁷ Dal, 2006, 7.

⁸⁸ Soysal, 1992, 255.

⁸⁹ Ünsal, 1980, 79.

⁹⁰ Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 61, Sayı: 3, Temmuz - Eylül 2006, s. 138.

rektirmektedir. Anayasa mahkemelerinin kuruluşu bu düşüncenin sonucudur. Anayasaya uygunluğun yargısal denetimini geliştirmiş ülkelerde anayasalar, vatandaşların gözünde, siyasal iktidarın anayasada belirtilen ve vatandaşların menfaatlerine olan ilkelere uyup uymadığını denetleyen ve ölçen saygıdeğer, üstün bir metin durumundadırlar.

Parlamentoların güçlenmelerinin temelinde, temel hak ve özgürlüklerin kanun yoluyla korunarak güvenceye alınmaları düşüncesi vardır. Ancak hukuk devletinin gerçekleşmesi için bu önlem yeterli görülmemiştir. Rousseau'cu anlayışla kanunu "genel iradenin ifadesi" olarak kabul etmek, kanunla hukuku özdeş kabul etmek sonucunu doğurur. Bu durumda da, kanunun egemenliği sağlanmakta, fakat hukuk devleti ilkesi gerçekleşmemektedir. İşte hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin en önemli yollarından birisi, kanunların anayasaya uygunluklarının denetimidir.

5. Uluslararası Hukuk ve Egemenlik

Devletin egemenlik alanının kapsamının tartışılması, iç hukuka ilişkin siyasi ve hukuki süreci ifade ettiği kadar, bir başka süreci yani uluslararası boyutu, uluslararası hukuk düzeninin kurulması ve korunmasını da ifade eder.⁹¹ Egemen devletlerin ülke sınırları içerisinde kişi hak ve özgürlüklerini ihlal etmeleri, ancak o devletlerin üzerinde bir hukuksal engel, ya da başka bir otorite ortaya çıkartarak engellenebilmiştir. Bu da ancak yaptırım ile desteklenen ve uluslararası alanda bağlayıcı olan insan hakları metinleri ile mümkündür.

Devletlerin çok sıkı bir biçimde egemenliklerine bağlı olmaları, iç hukukta insan hakları ihlallerinin ortaya çıkması, modern devletteki sınırlı egemenlik anlayışı ile bağdaşmamaktadır. İkinci Dünya Savaşından itibaren devletlerin egemenlik alanında yaşadıkları değişim, dış egemenlik alanında da kendisini göstermiş ve egemenlik, insan hakları kavramında ciddi sınırlamalara uğramıştır. Zamanımızda insan hakları uluslararası politikada gündemi çok fazla meşgul etmektedir. Bu durum da, insan haklarının uluslararası kurumsal yapının

⁹¹ Turgut Tarhanlı, "Kuvvet Kullanma Meşruiyet ve Hukuk", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Ankara 2003, s. 133.

bir parçası olmasına ve devletlerin de bu alanda uluslararası hukuk yoluyla denetlenmelerine yol açmıştır. Günümüzde devletlerin egemenliği, ancak uluslararası hukukun çizdiği sınırlar dâhilinde ve sınırlı yapıdadır; insan hakları artık devletlerin iç sorunu olmaktan çıkmış ve uluslararası alana kaymıştır.

Uluslararası hukukta kişi hak ve özgürlüklerinin etkili bir biçimde korunması, devletlerin vatandaşlarını yargılama noktasındaki münhasır yetkilerini de bir anlamda sona erdirmiştir. Günümüzde, insan hakları açısından uluslararası hukuk, taraf olunan sözleşmeler de dikkate alındığında iç hukuktan daha etkin bir şekilde işlev görmektedir. İnsan hakları sayısının belli olmaması, her dönemde yeni çeşitlerinin ortaya çıkması, toplumsal, sosyal ve ekonomik gelişme ile birlikte insanların yeni haklar elde etmeleri, hakların toplumdan topluma değişim göstermesi, haklar arasındaki önem derecesi ve ilişkiler, konuyu ulusal boyuttan çıkararak uluslararası alana taşımıştır.⁹²

Gelinen aşamada devlet yine egemendir, ancak bu egemenliği meşrulukla donatılmış bir biçimde kullanmak zorundadır. Uluslararası kamuoyu, yoğun bir biçimde bu meşruluk üzerinde durmaktadır. İnsan haklarının uluslararası ilişkilerde devleti meşrulaştıran bir araç olarak görülmesi, Avrupa Birliği'ne (AB) giriş sürecinde adayların karşısına ön koşul olarak çıkartılması, uluslararası hukukun önemini daha da artmıştır.⁹³ Günümüzde uluslararası hukuk uygulamasının önemli bir kısmı, insan hakları ilkeleri doğrultusunda oluşturulmaktadır Bugün, uluslararası alanda çok kapsamlı ve değişik kişileri ilgilendiren, insan hakları sözleşmeleri karşımıza çıkmaktadır. Soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve diğer uluslararası suçlardan birinin işlenmesi durumunda failer, uluslararası ceza mahkemesinde yargılanabilmektedir. Devletlerin egemenliği, Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulması ile birlikte önemli bir aşınmayı uğramıştır. Artık devletler, insan hakları konusundaki ulusal yetkilerini, değişik uluslararası örgütler aracılığıyla paylaşmak zorunda kalmışlardır.

⁹² Anıl Çeçen, *İnsan Hakları, Savaş Yayınevi*, Ankara 2000, s. 3.

⁹³ Serap Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2009, s. 293.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) bugün kırktan fazla ülke taraftır. AİHS'nin ana metnine eklenen protokoller ile sözleşme- de ağırlıklı olarak kişi hakları güvence altına alınmış, siyasal haklara kısmen yer verilmiş, sosyal ve ekonomik haklara ise daha az yer ayrıl- mıştır.⁹⁴ Sözleşmeye üye olan her devlet, bu sözleşmede düzenlenen hakları kendi egemenlik sınırları içerisinde kişilere sağlamak ve kulla- nılır duruma getirmek zorundadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de sözleşmenin koruma mekanizması olarak işlev görmektedir. AİHS'nin en önemli özelliği, kapsadığı hakların korunması ama- cıyla getirdiği denetim mekanizmasıdır.⁹⁵ AİHS'nin diğer insan hak ve özgürlüklerine ilişkin sözleşmelere oranla çok daha başarılı olmasının sebebi, sözleşme ile güvence altına alınan hakları ihlal eden devletleri bağlayıcı kararlar alma yetkisine sahip bir koruma mekanizması getir- miş olmasındadır. Uluslararası hukukun en zayıf noktalarından birisi olan, uluslararası alanda devletleri bağlayıcı nitelikte kararlar alabilen, uygulayıcı merkezi otorite ve kurumlara sahip olmama bu sayede bir nebze aşılmaktadır.

SONUÇ

Ulusal irade kavramı egemenliği kullanacak gücü ifade etmekte- dir. Modern devletin asli unsurlarından birisi olan egemenlik, feodal düzenden mutlak monarşiye geçiş aşamasında doğmuştur. Şüphesiz ki, mutlak monarşi döneminden önce de toplumda yöneten ve yöne- tilen ayrımı vardı, fakat ancak modern devletin doğmasıyla birlikte, toplumda egemenlik siyasal iktidarın kaynağı ve kullanımı olarak ortaya çıkmıştır. Bu aşamada egemenlik meşruluğunu da kendisinde bulmuştur. İlk zamanlarda egemenlik tek bir kişide veya ailede iken, zaman içerisinde tüm topluma maledilmiştir.

Feodaliteden mutlak monarşilere geçişle birlikte, egemenliğin dü- zeni, istikrarı, güvenliği sağlamak gibi burjuvanın işine yarayan amaç- ları da daha net biçimde ortaya çıkmıştır. Egemenliğin bu yönü hem iç hukukta, hem de uluslararası hukukta kendini göstermektedir. Ege-

⁹⁴ Sibel İncoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 41 vd.

⁹⁵ Kapani, 1993, 71.

menlik meşru güç kullanma, cezalandırma ve benzeri tüm kamusal sorunlarda sahip olduğu yetkilerle bir tekel durumundadır.

Demokratik egemenlik anlayışının uygulamaya yansıdığı en önemli tarihsel olay 1789 Fransız devrimidir. Bu devrim ile birlikte ulusal egemenlik ilkesi tüm dünyayı etkisi altına almış, imparatorlukların parçalanarak ulus devletlerin kurulmasına yol açmıştır. Fakat Rousseau'nun modelindeki çoğunluğun çoğunluğu yönetme hakkının yüceltilmesi, II. Dünya savaşı kadar olan süreçte büyük sakıncalar göstermiştir. II. Dünya savaşı sonrası hazırlanan anayasalarla birlikte, sınırlı egemenlik anlayışı kendini göstermeye başlamıştır. Bu durumda üstün emretme anlayışı, artık anayasada belirtilen temel ilkelere uygun biçimde emretme anlayışına dönüşmüştür.

Egemenlik anlayışı iç hukukta bir devletin en üst emretme, cezalandırma, kural koyma gibi ayrıcalıkları, başka bir gücün etkisinde kalmaksızın, anayasada belirtilen ölçüler ve hukuk devleti sınırları dâhilinde yerine getirmesi biçiminde kendisini göstermektedir. Dış alanda ise devletlerarası ortamda, diğer devletlere karşı bağımsız olma ve hukuken eşit statüde bulunma anlamına gelir.

Günümüzde insan hakları ve hukuk devletinin gelişimi ile birlikte, artık egemenliğin mutlak anlamının kalmadığı, dolayısıyla mutlak egemenlik yerine sınırlı egemenlik anlayışının kabul edildiği görülmektedir. İlk ortaya çıkışından 21. Yüzyıla gelinceye kadar, iç kamu hukukunun geçirdiği dönüşüm içerisinde, artık egemenliğin mutlak niteliği yerine hukuk devleti, insan hakları ve anayasada belirtilen ilkelere sınırlı bir anlayış ve aidiyet açısından, tek kişinin egemenliği yerine tüm halkın egemenliği ortaya çıkmış durumdadır.

Zorunlu olarak egemenliğin temsilciler aracılığıyla kullanılmasına geçişle birlikte, egemenliğin sahibi olan halkın, temsilciler üzerinde seçim zamanları dışında da denetim ve etkileme işlevini gerekli kılmıştır. Çoğulcu demokrasilerde, temsilcilerin işlemleri yargısal denetime tabi tutulmakla birlikte, halkın da siyasi karar alma sürecine katılma yolları artırılmıştır.

II. Dünya Savaşından sonra devletlerin klasik egemenlik anlayışlarında sınırlama ve aşınma olsa da, buradan egemenliğin tamamen aşıldığı sonucu çıkmamalıdır. Bugün AB üyesi ülkeler bile, belli alan-

larda egemenliği tek başlarına kullanmaya devam etmektedir. Ancak artık hiçbir devlet, başka devlet veya uluslararası örgütlerin kendisine hukuken müdahale hakkı olmadığını ileri süremeyecektir. Özellikle, insan hakları ihlalleri konusunda, artık devletlerin yetkileri ikinci planda kalabilmekte ve bu durum uluslararası toplum tarafından meşru kabul edilmektedir.

Küreselleşme ile birlikte, temel hak ve özgürlükler ile insan hakları açısından ülkesel sınırlar önemini yitirmiş durumdadır. Bir devletin bu durumu inkâr ederek küreselleşmenin dışında kalması, belli alanlarda diğer devletlerden geri kalmasına yol açabilmektedir. Öte yandan küreselleşme, devletlerarasında güçlülere yönelik önemli imkânlar sağlamaktadır.

Egemenliğin uluslararası alanda en fazla etkilendiği alan insan haklarıdır. Bu alanda artık tüm devletler, uluslararası kamuoyunun baskısını üstlerinde hissetmektedir. Devletler iç kamu hukukundaki gelişmelerde bile, uluslararası kamuoyunun baskısı karşısında klasik egemenlik anlayışından doğan yetkilerini kullanmada sınırlı davranmaktadır. Hatta AİHS sisteminde devletler artık, kendi yetki alanlarında taahhütlerini yerine getirmedikleri alanlarda, AİHM'nin yargılama yetkisini ve vereceği kararı yerine getirmek zorunluluğunu kabul etmişlerdir.

Kısaca, yöneten yönetilen farklılığının olduğu yerde, üstün emretme gücü ve ulusal iradenin tezahürü olarak ortaya çıkan egemenlik, ilk ortaya çıktığı anda mutlak ve tek kişiye ait bir niteliğe sahip olmasına rağmen, zaman içerisinde aidiyet olarak tüm topluma geçmiş ve hukuk devleti gereklerinin yerine getirilmesi ile değişime uğrayarak sınırlı niteliğe sahip olmuştur. Fakat buradan, ulusal iradenin ve dolaşısıyla egemenliğin önemini yitirdiği sonucu çıkarılmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Ağaoğulları, M. Ali, *Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Yayınları, İstanbul, 2006.
- Akad, Mehmet – Dinçkol, Bihterin Vural, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- Akgül, Mehmet Emin, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/4.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2000.
- Bakıcı, Sedat, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Çam, Esat, *Devlet Sistemleri*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2000.
- Dal, Kemal, *Anayasa Hukuku*, Alter Yayınları, Ankara, 2006.
- Dal, Kemal, *Anayasa Hukuku (Temel İlkeler)*, Gazi Üniversitesi Teknik Eğitim Fakültesi Matbaası, Ankara, 1992.
- Daver, Bülent, *Siyaset Bilimine Giriş*, Kalite Matbaası, Ankara, 1976.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Doehring, Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, İnkilap Yayınevi, 2002.
- Duverger, Mourice, *Siyasal Rejimler*, Sosyal Yayınları, Ankara, 1986.
- Duverger, Mourice, *Siyasal Partiler*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1986.
- Eckstein, Harry, “Devlet ‘Bilimi’ Üzerine”, *Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar*, Çev. Mehmet Turhan, Gündoğan Yayınları, Ankara tarihsiz.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996.
- Ergül, Ozan, *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

- Eroğlu, Hamza, *Devletler Umumi Hukuku*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, Ankara, 1979.
- Eroğul, Cem, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi, Ankara, 1999.
- Eroğul, Cem, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri", *Anayasa Mahkemesi Yayınları*: 50, *Anayasa Yargısı Sayı*: 20, 2003.
- Friedrich, J. Carl, *Sınırlı Devlet*, (Çev. Mehmet Turhan), Gündoğan Yayınları, Ankara, 1999.
- Gözler, Kemal, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 61, Sayı: 3, Temmuz - Eylül 2006.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.
- Gözübüyük, A, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- Gündüz, Aslan, *Milletlerarası Hukuk (Temel Belgeler- Örnek Kararlar)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.
- Güriz, Adnan, *Kapitalist İdeoloji Üzerine Bir İnceleme*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1995.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- Kapani, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1998.

- Kışlalı, Ahmet Taner, *Siyasal Sistemler (Siyasal Çatışma ve Uzlaşma)*, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.
- Koçak, Mustafa, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Ökçesiz, Hayrettin, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 3*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1996.
- Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Kültürünün Yapısını 'Nomos - Physis' (Toplum - Kültür - Doğa) Çerçevesinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama", *Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Anayasa Yargısı, Sayı: 20*, 2003.
- Özbudun, Ergun, *Siyasal Partiler*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Öztekin, Ali, *Siyaset Bilimine Giriş*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.
- Robert, A. Dahl, *Demokrasi Üstüne*, (Çev. Betül Kadioğlu), Phoenix Yayınevi, İstanbul, 2001.
- Rousseau, Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi* (Çev: Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.
- Sadurski, Wojchech, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu Yayınları, Ankara, 2007.
- Sancar, Mithat, "Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen", *Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Anayasa Yargısı, Sayı: 20*, 2003.
- Soysal, Mümtaz, "Değişen Egemenlik ve Meşruluk", *Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Anayasa Yargısı Sayı: 20*, 2003.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1992.
- Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Say Yayınları, Ankara, 1990.
- Tarhanlı, Turgut, "Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk", *Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Anayasa Yargısı, Sayı 20*, 2003.

- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- Tunç, Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimi Kapsamı ve Organları)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Turhan, Mehmet, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Mahkemesi Yayınları: 50, Anayasa Yargısı, Sayı 20*, 2003.
- Ünsal, Artun, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980.
- Yazıcı, Serap, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Yüksel, Metin, "Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletinin Unsurları", *Hukuk Devleti - Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara 2008.

CİNSEL SUÇLULARIN TRETMANI

TREATMENT OF SEXUAL OFFENDERS

Mustafa Tören YÜCEL*

Özet: Bu makalede cinsel suçlulara yaklaşım ve kamuoyunda kimyasal hadimliği içeren Kanun Tasarısının yerindeliği irdelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Cinsel suçlu, cinsel sapık, cezaevi rejimi, kimyasal hadimlik, rıza.

Abstract: This paper focuses on the treatment of sexual offender and the appropriateness of the draft legislation providing chemical castration for the sexual offenders.

Keywords: Sexual offender, sexual deviant, prison regime, chemical castration, volutar.

Giriş

Araştırmalara göre, cinsel suçluların ekserisi zararsız olduğu gibi tümü de cinsel sapık değildir. Şiddet kullanarak kız kaçıran veya iffetli kızlara saldıran bir kişi, ağır bir cinsel suçlu olduğu halde cinsel sapık olmayabilir. Diğer taraftan, ileri derecede bir mazoşist kendisine elem çektirmek suretiyle şehvet hissi duyduğu halde ömründe herhangi bir cinsel suç işlemez. Cinsel suçlarda işlenen suç bakımından hafifinden ağırına doğru bir ilerleme görülmez. Örneğin, bir ekzibisyonistin (kendini teşhir edenin)ırza geçme suçunu işleyebileceği düşünülemez. Ekzibisyonist, ruhundaki endişeyi kendi cinsel organını yabancıya sürpriz bir şekilde teşhir ederek çözümlenmekte; ruhundaki bunalım ve endişeyi bu yöntemle hafifletmektedir. Paradoksal bir ifade ile, ekzibisyonizm kendisi için doyurucu olmuştur. Kişi bu yöntem yerine bir diğerini ikameye muktedir değildir; cinsel sapıklar kendileri için

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi ABD Başkanı, LLM, JSD.

memnuniyet verici olan fiillerinde ısrar ederler. Özetle, cinsel sapıklar *compulsive*, *yenilenen* ve *traumatize edici* bir eylem sergilemektedirler: Eylem yükselen içsel gerilimin başkaca yoldan giderilmemesi nedeniyle *compulsive*; benzer eylemlerin tekrarlanması ile yenilenen; ruhsal ve/ya fiziki zarar verdiği için *traumatize edici*dir. Bu tür suçlular, eylemlerini gizlilik içinde/kimliğini saklayarak yaptıkları veya eylem sonrası kaçtıkları için eylemlerinin yanlış olduğunu bilmektedirler.

Görülen odur ki, cinsel suçlular aşırı bir cinsel arzuya da sahip değildir. Sorun cinsel organlardan çok beyinden kaynaklanmaktadır. Bu kişiler kısmen veya tümünden bir iktidarsızlık içerisinde olup, bazıları, eşleri ile de cinsel ilişki kurmağa muktedir değildir. Bu nedenle, cinsel suçluların *castration* (kısırlaştırma) veya *sterilisation'* u kuşkuludur.

Suçlular kategorize edildiğinde ise varılan nokta şudur: Gerçek *tehlikeli suçlular*, saldırgan ve tahripkar bir yaşam sürdüren kişilerdir ve bunların işlediği suç türü ne olursa olsun, kolluk ve mahkemelerin bu kişiler hakkında çok dikkatli olması gerekir. Kolluk ve mahkemelerin üzerine eğileceği kişiler arasında yer alan diğer bir grup ise, geri zekalıdır. Bu kişiler toplumun cinsel konudaki yasaklarını yanlış anladığı ya da benimseyemediği için, röntgenci, ekzibisyonist ile çocuklara karşı suç işleyenler arasındaki oranları yüksektir. Geri zekalı bir ekzibisyonist, kendini teşhir ederek kadının arzusunu uyandırıp, onunla cinsel ilişkide bulunabileceğine inanmaktadır. Bu suçlular yüksek risk taşımaktadırlar.

Cinsel suçlulara özgü sınıflandırma modelleri geliştirmek için epidemiolojik yöntemler kullanılarak cinsel suçlar üzerine yapılan çoğu çalışmalarda saptanan; teşhisin kesinlik gösterememesi, farklı kişilerin yargılarındaki güvenilirlik eksikliği ve alt-gruplardaki kesişmeler geleneksel zorluklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yalnız ırza geçme suçunun çeşitli türlerinde şu dört ana temayı belirleme açısından yeterli derecede benzerlik görülmektedir: *Güç gösterim arzusu* ile *hiddetlenme*, *sadizim* ve *antisosyal davranış dozundaki fazlalık*.

Yetişkin cinsel suçluların ekserisi norm dışı davranışlara ergenlik döneminde başlamakta ve cinsel yönden saldırgan olan genç bir erkeğin tretman görmediğinde yaşamı boyunca ortalama 300 kadar cinsel suç işleyebileceği beklenilmektedir.

Ergenlik çağındaki çocuklarca işlenmekte olan cinsel suçlara özgü geliştirilmiş teoriler az olduğu gibi kontrol grubuyla yapılan araştırmalarda o denli az bulunmaktadır. Bu konuda Becker ve Kaplan tarafından geliştirilmiş risk faktörleri en gerçekçi bir çerçeveye oluşturmaktadır. Bu yazarlarca aşağıdaki risk faktörlerinin ergen bir çocuğu saldırganca cinsel davranışta bulunmaya yönelttiği ileri sürülmektedir:

- Fiziki ve cinsel istismar görmüş olmak;¹
- Depresyon;
- Zayıf bir eğitim görmek;
- Cinsel tür dışındaki anti-sosyal davranış geçmişi;
- Sosyal tecrit (kendi yaşlarıyla ilişki kurma ve idame ettirme yeteneksizliği);
- Sosyal ve *kendini vurgulama* yeteneklerinin eksikliği;
- Dürtü ve öfkeyi kontrol yetersizliği;
- Yetersiz cinsel eğitim; ve
- Aile içinde şiddete tanık olmaktır.

Tehlikeli cinsel suçlulara karşı halkın korunması amacıyla ABD’de (17 Mayıs 1996 tarihli Federal bir yasa ile) devletlere, cezaevlerinden tahliye edilen ve mahallelerinde ikamet eden tehlikeli suçlulardan halkın bilgilendirilmesi mecburiyeti getirilmiştir. Bu bildirim, denetimli serbestiye (*probation*) mahkumiyetin bir şartı olarak yer verildiği gibi Scarlet damgası olarak da yer verilmektedir-Nathaniel Hawthorne’nun *The Scarlet Letter* adlı klasik eserinde gayri meşru ilişkiden hamile kalan genç bir kadının elbisesinin göğüs kısmı üstüne zinayı ifade eden (*Adultery*) büyük bir A harfini görünür şekilde taşımaya icbar edilmesi hikaye edilmektedir. Nitekim, çocuğa cinsel tecavüz suçundan iki kez hüküm giyen bir cinsel suçlunun davasında, beş yıllık denetimli serbesti yaptırımının bir şartı olarak arabasının her iki taraftaki kapısı

¹ Cinsel suçluların kendileri de büyük bir olasılıkla cinsel istismar gördüklerini söyleyeceklerdir. Bu önerme gerçekte sapıklık türü cinsel davranışın, çocukların gelişme evresinde algıladıkları model, düşünce ve bilgiden edinildiği şeklindeki görüşle de uyum göstermektedir. Özellikle, cinsel davranış bozukluğunun kişinin aile içinde kendisinin de mağdur olması veya sağlıksız veya garip düşüncelerle yoğrulması sonucu öğrenildiği ileri sürülmektedir (Mağdurluk spiral’ı). Bkz. G. Ryan, S. Lane, J. Davis and C. Isaac, “Juvenile Sex Offenders: Development and Correction”, *Child Abuse and Neglect*, 11 (1987) pp. 385-395.

ile ikametgahının önüne üç inç (7.62 cm) büyüklüğünde “TEHLİKE- Lİ CİNSEL SUÇLU; ÇOCUKLAR GİREMEZ” ibaresinin konulmasına hükmedilmiştir.

Cezaevlerinde Cinsel Suçlunun Tretman Rejimi

Cinsel suçluların mükerrirlik oranı üzerine etkisi bakımından cinsel suçluların tretmanı, cezaevi personeli ile mahpuslar arasındaki ilişkinin niteliği ile mahpusların kendi aralarındaki ilişkileri önemli etmenlerdir. Bu amaçla,

- Cinsel suçlardan hükümlü olanlar bu kategori için özel cezaevlerine ve ayrı kesimlere yerleştirilmeli (*İnfaz Kanunu* Madde 24, c bendi/ *Avrupa Cezaevi Kuralları* Madde 67.1);
- Farklı risk grubundaki bu suçlulara uyarlı yetenekli personel ve tretman olanakları bu kurum veya kesimlerde (kapalı ve açık olmak üzere) yoğunlaştırılmalı;
- Cinsel suçtan hükümlü olanlar risk ve profili açısından değerlendirilmeye tabi tutulmalı ve kendilerine cinsel suçlu programı sunulmalı;
- Tüm personel, cinsel suçluların tretmanı, düşünceleri, suçlu psikolojisi, mağdur psikolojisi ve program bilgisi konularında özel temel bir eğitim almalı;
- Salıverme sonrası gözetim süreci açısından, her koruma kurulunda(denetimli serbestlik) şimdilik en az iki görevlinin özellikle cinsel suçlu tretman programında eğitilmeli;
- Cezaevinde çalışma, öğrenim, programlar ve boş zamanları içeren günlük yaşam terapötük tretman amaçlarını destekler şekilde değiştirilmeli; ve
- Özel kurum veya kesimde hükümlüler arasındaki ve çalışma atölyelerindeki psikolojik ortam sağlanmalıdır.

Cezaevlerinde cinsel suçlular için destekleyici ortamdan anlaşılması gereken şöyledir:

- Müvekkil dikkatlerin merkezinde olmalı;
- Her şey hükümlüyü olumlu yönde gelişmesine destek verici ve yeniden suç işleme riskini azaltıcı nitelik kazanmalı;

- Yeknesak olumlu bir tretman ruhu cezaevini karakterize etmeli;
- Hükümlülerin duygularını ifade etmeye ve göstermeye motive edici bir ortam sağlanmalı;
- Güven sağlayıcı empatik bir çevre oluşturulmalı;
- Cezaevinde sorumluluk alma eğitimin özgürlük ve suçtan uzak bir yaşam sürmesi için önemli bir adım olduğu unutulmamalıdır.

Ülkeler cezaevlerinde cinsel suçluların tretman programları üzerine, genelde Kanada tretman kuramı model alınarak, bir yoğunlaşmaya tanık olunmaktadır. Uygulanmakta olan bu farklı programların mükerrirlik suçluluk üzerine etkisi üzerine takip araştırmaları yapılmaktadır.

Türkiye açısından, mükerrir suçluluk üzerine etkisi bakımından cinsel suçluların cezaevinde kaldıkları sürenin niteliği olacaktır. Özel bir program için haftalık ayrılacak sürenin en azından sekiz saat olması gerekirken; diğer zamanları koğuş/odasında ve diğer hükümlülerle birlikte atölyelerde geçirmesi söz konusu olacaktır. Bu süreçte egemen olan varsayım, psikolojik ortamın çok önemli olduğu ve bunun devamlılık göstermesidir. Bu ortamdan yoksun olanların tretmana, kadına, eşitliğe ve sosyal kurallara karşı olumsuz duygular besleyebileceği bilinmektedir. Bu bağlamda cezaevi kültürüne özgü bir oluşum, psikopat türünde kişilerin ekseriya beslenen düşüncelere ve gayri resmi kurallara egemen olmasıdır. Kuşkusuz, bu türden bir ortam tretman çabalarını etkisiz bırakacaktır. Cezaevinde ne türden bir tretman programı uygulanırsa uygulansın *“hürriyetten yoksunluk insana saygıyı sağlayıcı maddi ve manevi koşullarda ve Avrupa cezaevi kurallarına uygun içinde gerçekleştirilmelidir”*.²

Cinsel suçluların tretman programındaki olası engelleri de şöyle sıralayabiliriz:

- Herhangi bir tretman programına katılmak istemeyen ve suçlarını yadsıyan hükümlüler; programa katılmak ve çalışmak isteyenler üzerinde baskı kuranlar;

² Bkz. M.T.Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ank., 2007, s.430.

- Bir sessizlik kültürü-suçları hakkında konuşmamak/yadısmak;
- Hükümlülerle yakın ilişki içinde yeterli personel olmayışı;
- Personelden hükümlülere anlayış ve yanıt eksikliği;
- Geleneksel cezaevi kuralları ile hükümlüler ve personel arasındaki ilişkiler ve
- Personelle hükümlüler arasında ilişki tesisine öncelik verilmesidir.

Tretman başarısını etkileyen faktörler arasında, cezaevi yönetiminin,

- Tretman fikrine odaklanması ve hükümlüler için elverişli bir ortam hazırlaması;
- Varlığı, katılımı ve tretman meselelerinden çok iyi bilgili olması;
- Gardiyanlardan hükümlülere karşı gösterilen iyi tavırları görmeli ve desteklemesi;

Ve ayrıca,

- Tüm personel kategorileri tek bir hükümlüyle ve onun kriminolojik gereksinmelerine ilişkin olarak birlikte çalışmalı;
- Elverdiği ölçüde personelin çoğu her hükümlü hakkında iyi bilgi sahibi olmalı;
- Psikologlar/sosyal çalışıcılar, program personeli, atölye şefleri ve gardiyanlar arasında iyi bir işbirliği oluşturulmalıdır.

Kanada modelinde yüksek duvarlı ve güvenli bir cezaevi ortamında hükümlülerde sorumluluk bilinci aşlamak üzere olabildiğince özgürlük verilmektedir. Hükümlüler bu güven ve fırsatı suiistimal ettiklerinde yüksek güvenli normal cezaevine gönderilmektedirler. Cinsel suçlar programında amaç, cinsel suçluları, tretmanları, diğer hükümlüler ve personelle ilişkileri ve önemli sosyal kurallara karşı sorumluluk almaya davet etmek ve eğitmektir. Tahliye sonrası sorumluluk bilinci çok önemli bir faktör olduğundan infaz sürecinde bunun geliştirilmesine odaklanılmalıdır. Bu bağlamda önemli olan "*hangi tretman türünün etkili olduğundan*" ziyade "*hangi bağlam ve koşullarda etkili*" olduğunun belirlenmesidir. İşte bu noktada inceleme konusu edilen Kanun Tasarı gerekçesinde mukayeseli hukuktan söz edilerek

uygulanan tretman türleri açısından İsveç'e referans yapılması hukuk sosyolojisi kuramlarına ters düşmektedir.

Bu konuda Türk infaz sisteminde cinsel suçluların tretmanına elverişli bir ortamı sağlamak üzere aşağıdaki hususlar göz önüne alınmalıdır:

- Cezaevi sistemi, tretmanı kabul etmeyenleri edenlerden ayrılmalı; "reddedenlerin" ise özel motivasyona odaklı personelin bulunduğu bir kuruma gönderilerek tretmana motive edilmeleri sağlanmalı;
- Tretman sürecinde ciddi olarak uğraş veren hükümlüler için bir mükafat sistemi oluşturulmalı;³ Örneğin normal cezaevine göre daha fazla özgürlük verilmesi; kısaca hükümlülerin sorumluluk almasına odaklanılmalı;
- Kurum yönetimince personelin hükümlülerle profesyonelce yakın ilişkiler içinde olması;ve personelin bu hükümlülere ayrılan bölümde onlarla birlikte çalışmasına öncelik verilmesi kendilerine devamlı olarak hatırlatılmalı;
- Personel gereksiz ihtilafa sebebiyet vermeksizin kurallar ve limitler için duruşlarını belli etmeli;
- Personel suçun ciddiyetini küçümsemeksizin hükümlülere karşı empati beslemeli;

Kanun tasarısında,⁴ CGTİ Kanunu 108. maddesi başlığına eklenen "özel tehlikeli suçlular" kapsamında, CGTİ Kanunu 108. maddesine eklenen (7) fıkrada, çocuklara karşı işlenen cinsel suçlardan hükümlü olanlara, cezanın infazı sırasında ve şartlı salıverilme halinde denetim süresi içinde,

- a. Testosteron etkisini önemli ölçüde(?) azaltıcı tedaviye tabi tutulabilirler,
- b. Tedavi amaçlı programlara katılmakla yükümlü kılınabilirler,
- c. Suçun mağdurunun ikamet ve çalıştığı yerleşim bölgesi(?) dışında başka bir yerde ikamet etmekle yükümlü kılınabilirler.

³ CGTİ (İnfaz Kanunu) Madde 51 "Ödüllendirme"

⁴ Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (8/02/2011 gün ve 430 sayılı)

Eklene (8) fıkrada ise, itiyadi veya mükerrir suçlular (*özel mükerrirlik hali*) bakımından 7. fıkranın a, b ve c bentlerindeki tedbirlere “zorunlu uygulama” getirilmektedir.

Eklene (9) fıkrada şartlı/bihakkın salıverilme sonrası yükümlülüklerle aykırı hareket(?) eden kişi, infaz hâkimi kararı ile “zorlama hapsine” tabi tutulur. Süresi on beş günden az; ihlalin tekrarı halinde toplam bir yıldan fazla olamaz. Bu hapsin ancak bihakkın tahliye sırasında söz konusu olabileceği düşünülmeden geniş kapsamlı tutulması *Occam Usturasına*⁵ ters bir yaklaşım sergilemektedir.

Tasarıda, cezayı artırıcı haller için popülist bir yaklaşımla ağır cezalar ön görülmüştür. Gerçekte 2005 sonrası gerçekleşen Yeni Türk Ceza Siyasetine⁶ egemen olan klasik ceza siyasetinin bu Tasarıda yankılanmasına tanık olunmaktadır. Tasarı “*Madde Gerekçeleri*” bölümünde mukayeseli hukuk bağlamında İsveç’te “*şiddet uygulayan kişilere yönelik programlar hazırlanmakta....*” (doğrusu: cinsel suçlulara yönelik tretman programları) denilirken, İsveç Ceza Yasası’ndaki yaptırımlara hiç değinilmemektedir (azami hapis cezası 10 yıl)⁷. Özel hallerde özgü ayrıca cezalar ön görülmeyerek TCK 61. madde kapsamında temel cezanın yüksek alınması ve hâkimlere özel durumlara özgü yaptırımın bireyselleştirilmesine olanak tanınması daha akılcı bir yaklaşım olacaktır. Bu konuda Yargıtay 10. Ceza Dairesinin hâkimler için düzenlediği seminerler benzerlerinin Yargıtay 5. Ceza Dairesince düzenlenerek ülkede ceza yaptırımların uygulanmasında bir standart sağlanması yoluna gidilmesi yerinde olacaktır.

Kanun tasarısına damgasını vuran kimyasal hadımlık bakımından, bu konuda bir başarıya gidilmesi isteniliyorsa, her şeyden önce adı geçen programın *rızaya dayalı* olarak toplumda başlatılması; etkili bir uygulamaya kavuşturulması sağlanmalıdır. Bunun uzun bir süreç olduğu da bilinmelidir.

Kimyasal hadımlık (*chemical castration*) uygulaması bakımından İsveç, Danimarka ve İngiltere olmak üzere birkaç Avrupa ülkesi ve ABD eyaletlerinde (Louisiana, California, Oregon ve Arizona) uygu-

⁵ Bkz. M.T.Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2009.

⁶ Bkz. M.T.Yücel, *Yeni Türk Ceza Siyaseti*, İmge Kitabevi, Ank., 2011.

⁷ *İsveç Ceza Kanunu*, Ch.6, Sec. 1

lan- makta ise, bu uygulamanın rızaya dayalı (*voluntary basis*) olduğu unutulmamalıdır.⁸ Tasarı'da "mecburilik" ilkesi ile anılan ülke uygulamalarına ters düşen ve bu haliyle çağdaş penolojik tretman ilkesine aykırı bir yaklaşım benimsenmiştir. Nitekim, ülkemizin onayladığı *Cinsel Suiistimal ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi* 17. maddesinde, bilgilendirme ve rıza ilkesi temel alınmıştır. Öte yandan, kimyasal hadımlık, tıp mesleğinin *plasebo*⁹ altın standart testinden geçmiş bir uygulama olmadığı için, etkililiği de tamamen test edilmiş, kanıtlanmış değildir. Bir kere bu hormon desteğinin devamlı olması gerektiği ve hükümlünün de buna uymasına dayalı olan bir tretman rejimi olduğu unutulmamalıdır. Bu hormonal tretman dayanılmaz cinsel dürtüyle hareket eden suçlulardan çok azında etkili olabileceği iddia edilse bile, pedofilikler için çok anlamsız olacaktır. Bunlar cinsellikten ziyade duygusal ihtiyaçla hareket etmekte; sorunun cinsellikten ziyade beyinlerinden kaynaklandığı; *hadim* edilen pedofiliklerin bile vücudunun başka kısımlarını (örneğin ellerini) kullanarak istismarcı eylemlere devam edeceği bilinmelidir. Pedofillik bir iptila olduğu kadar bir hastalıktır.

Mecburilik konusuna pozitif hukuk açısından bakıldığında, *İnfaz Kanunu* Madde 7(1) "...iyileştirme çabalarına yönelik olarak hükümlünün istekli bulunması teşvik edilir." derken,

Madde 7(2) "*İyileştirme araçları hükümlünün sağlığını ve kişiliğine olan saygısını korumasını sağlayacak usul ve esaslara göre uygulanır.*" ve

Madde 2 (2) "*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz.*" denilmektedir.

Cinsel suçluların için uygulanacak, rızaya dayalı en iyi programın belirlenmesi için cinsel suçlular hakkında psko-sosyal-biyolojik rapor (SAR) hüküm öncesi hazırlanmalı ve hükümlü birlikte bu rapor infaz kurumuna gönderilmelidir. Cinsel suçluların tümü yeniden suç işleme riski bakımından aynı değildirler. Göz önüne alınacak faktörler arasında, önceden işlediği cinsel suçlar, mağdur seçimi, suçlunun evli olup olmadığı yer almaktadır. Kurumda müşahede ve sınıflandırma sürecinde bireysel suçluların yaşam deneyimleri ve psikolojik yapıla-

⁸ Yalnız Güney Kore ve Polonya'da yaptırım olarak yer almaktadır.

⁹ Hiçbir etkisi olmayan ürünlerle tedavi görüldüğüne inanılıp, iyileşmezdir.

rı da göz önüne alınmalıdır. Periyodik değerlendirme infaz sürecinde devam etmelidir. Salıverilme sonrası denetimli serbesti görevlilerince izlenen suçlu da toplumu riske sokacak işaretlere odaklanılarak müdahale edilmelidir. Suçlular genelde kendilerini suç işlemeye yöneltici riskli durumların ne olduğunu belirlemeyi öğrenmeli ve bunlarla baş edici stratejiler geliştirmelidirler.

Bireye odaklı teşhis için kullanılabilir bir enstrüman olarak, merkezi ölçer “*Suçta ilişkin Davranış Sendromu*” ile buna ilişkin çekirdek öğeleri içeren (gençler arasında suçlu olma potansiyeli ve suçlu olma da yüksek riske işaret eden faktörler) dizinine, yukarıda değinilenlere ek olarak, aşağıda yer verilmiştir.

- Evdeki görevlerden kaçınma veya yadsınma,
- Okul veya diğer kurumsal veya sosyal ilişkilerde görevlerden kaçınma veya yadsınma,
- Makullük ötesinde para ve/ya kişisel eşyaların suiistimali,
- Boş zamanları değerlendirmekten yoksun bulunma,
- Yaşam planından yoksun veya oldukça muğlak oluşu veya geleceğe ilişkin gerçekçi olmayan fikirler edinmesidir.

Türkiye’de cinsel suçluların mükerrirliği konusunda yapılmış bir araştırma olmamakla beraber cinsel suçluların çoğunun cezasını çektikten sonra suç işlemedikleri görülmektedir. Nitekim, 2010 yılı verilerine göre TCK 102-105. maddelerinden hükümlü olan suçlu sayısı 1120 olup, bunlardan 21’i (%1,8) hakkında TCK 58. maddesi uygulanmıştır

Tretman programları cinsel suçlulardaki mükerrirlik oranını (yeni den suç işleme riskini) azaltarak kamu güvenliğine katkıda bulunabilir-se de, aşağıdaki kayıtların göz önünde bulundurulması gerekmektedir:

1. Tüm tretman programlarının etkili olduğu görülmemiştir. Risk yöneticileri (disiplin kurulu, idare kurulu, infaz hâkimliği) herhangi bir tretmanın, tretman yokluğundan daha iyi olduğunu varsayamaz. Bir suçlunun mükerrirliğinin tretmanla azaltılabileceğine karar verme öncesi değerlendiriciler, sağlanan tretmanın tabiat ve niteliğini irdelemelidirler.
2. Eğitim ve gözetim çabaları etkililik açısından en güçlü kanıt-

lara sahip tretmanlara, özellikle bilişsel-davranış tretmanı ve sistematik tretmanlara, odaklanılmalıdır.

3. Hiçbir tretman program suç işlemeyi sonlandırmayı garanti edemez. Bu nedenle, tretman programları kapsamlı bir risk yönetimi stratejisinde yalnızca bir öge olarak ele alınmalıdır.

Mağdur Odaklı Yaklaşım

Ciddi suç mağdurlarının mahkeme koridorunda beklerken sanıkla karşılaşması hiçte olağan dışı değildir. Bu konumdaki tanık-mağdur, ifade öncesi endişe/korkuya kapılarak bozuk bir psikolojik yapıyla mahkeme huzuruna çıkacaktır. Bu nedenle, tanıklar için ayrı bekleme odaları bulunmalı; şiddet suçu mağduru küçük çocuklar için de sorgulama öncesi rahatlamaları ve korkularını yenmelerine yardımcı olmak üzere oyuncaklar ve kitapların bulunduğu bir oda düzenlenmelidir.

Tasarı'nın Madde 2'sinde, mağdur odaklı bir yaklaşım kendisini, ceza artırım nedeni olarak "*ruh sağlığının bozulması*" ibaresinin kaldırılmasında göstermektedir. Kırtasiyecilik ve yargılama süresini uzatma ötesinde bir işlevi olmayan bu artırım hali mağdurdaki post-travmatik etkiyi daha da yoğunlaştırmakta, çocuğu suç mağduru olan babaların "*çocuğumu Adli Tıba götürmeyeceğim, ısrar ederseniz çocuğumu kaçırdım*" diye isyanına sebebiyet vermektedir.

Yeni Ceza siyasetine de egemen olan mağdur eksenine *de facto* geçerlilik sağlamak işi uzun sürecek bir eğitimle olacaktır. Polis Akademisi, hukuk fakülteleri ile Adalet Akademisinde suçlu insanı ve mağduru tanıtıcı Kriminoloji, Penoloji (İnfaz rejimleri) ve Adalet Psikoloji derslerine yoğunluk verilmelidir. Şimdilik, mevcut hukuk fakültelelerinden yalnızca birinde (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde) bu derslerin verildiğine tanık olunmaktadır. Nitekim dersleri veren Mustafa T. Yücel tarafından ve günceli yakalayan tek *Adalet Psikoloji* kitabı olarak 7. basısını yapmasına karşın Adalet Bakanlığı ve Adalet Akademisi, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün ilgisine mahzar olamamıştır. İşte insanı tanımayan ve kavramların insanlara olan etkisi bilgisinden yoksun hâkim ve savcılar ve cezaevi personeli ile cinsel suçluların özel tretman rejimlerine tabi tutulması eğilimi bir illüzyon olma ötesine geçemeyecektir.

Cezaevlerinden şartla salıverilen cinsel suçlularda mükerrirlik sorunu güncelliğini her zaman koruya gelmiştir. Nitekim, 3713 sayılı Yasanın geçici 4. madde kapsamının, yerindeliği tartışma konusu yapılan Anayasa Mahkemesi kararları (E.1992/3, K.1992/23 T.C. Resmi Gazete 24/7/1993, s.27) bağlamında, genişletilerek sapık cinsel suçluların erken şartla salıverilmesi sonucu linçe varır derecesinde halkın tepkisine neden olan ırza geçme suçlarında bir patlamaya tanık olunmuştur.¹⁰

Genelde tehlikeli suçlular¹¹ için planlanacak rejimde şu üç temel ilke esas alınmalıdır:

1. Personel ile mahpuslar arasında var olan çatışma/düşmanlığın azaltılması;
2. Mahpusların müstakilce davranabilmesine imkan verilmesi;
3. Hiddet, düşmanlık ve hayal kırıklığı duygularının ifade edilmesi ve ihtilafların çözümlenmesine elverişli bir platform sağlanmasıdır.

Özetle, “emniyet ve güvenliğin herkesin işi olduğu” söylemi hiçbir yerde cezaevlerinde olduğu kadar geçerli değildir. Halkın korunmasının öncelikli olduğu bu kurumlardaki temel sorumluluk, personel ve mahpusların korkusuz bir biçimde ilişkiye girebileceği emin ve güvenli bir ortam sağlanmasıdır. Yalnız bu amacın tüm personel ile mahpus kitlesinin katılımı ve işbirliği olmaksızın tam olarak sağlanamayacağı bilinmelidir.

Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular

Madde 58(1) *Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.*

(2) *Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı,*

¹⁰ Bkz. Git suç işle tahliyesi” İki kıza tecavüz edip öldürdüğünü itiraf eden A. Başçı'nın tecavüzünden 11 yıl ceza alıp 4 yıl yatarak çıktığı öğrenildi. Sabah 25/11/2006, s.4.

¹¹ İnfaz Tüzüğü Madde 76-(1) Suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve düzenini ihlal edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olan hükümlüler *tehlikeli hükümlü* sayılır (TC Resmi Gazete, 06/04/ 2006).

a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

b) Beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkumiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl,

geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.

(7) Mahkumiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir.

(9) Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.

Irza geçme suçlarında, suçlunun davranışına özgü dört ayrı alan yaratılabilir:

- Kontrol: Saldırıda cinsel yanın gerçekleşmesi için mağduru hedefleyen ve ona yanaşmayı da içeren mağdurun kontrol edilmesine yönelik davranışlar;
- Seks: Saldırının cinsel yanıyla ilişkili davranışlar;
- Kaçış: Suç mahallini terk etme veya yakalanmamaya ilişkin davranışlar (maske veya eldiven giyme gibi bazı davranışlar gerçekte saldırı öncesi olaylara ilişkin olabilir), ve
- Stili: Suçlunun kişiliğini veya suç stilini yansıtan davranışlardır; yalnız, bunlar saldırının başarısı için doğrudan gerekli olanlar değildir.

İnfaz Tüzüğü Madde 76-(1) Suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve düzenini ihlal edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olan hükümlüler tehlikeli hükümlü sayılır. (TC Resmi Gazete 6/04/ 2006)

Hükümlülerde Risk Ölçümü

Risk değerlendirilmesi odağında yatan soru, salıverilecek hükümlünün toplumda tehlikeli bir davranış gösterip göstermeyeceğidir. "Tehlike/ tehlikeli" terimi kişinin zarar görme riskinde olduğunu göstermek için kullanılırken, "tehlikelilik" terimi, karşıt olarak, bazı eylem,

durum veya kişileri tasvir için kullanılmakta ve halk zarar görme riskiyle karşı karşıya gelmektedir.

Hükümlülere özgü risk değerlendirilmesinde, cezaevinden salıverilme (şartlı/bihakkın) sonrası kişinin topluma uyumunu riske atabilecek içsel/ dışsal faktörlerin belirlenmesi (örneğin iş olanakları, madde/manevi destek sistemleri, yeni suç işleme eğilimi, tehlikelilik v.s.) gerekmektedir. Bu bağlamda "tehlikelilik" faktörlerden yalnızca biri olarak belirmektedir.

Risk değerlendirilmesinde, bazı potansiyel risk faktörleri ile tehlikelilik arasında ilişki illüzyona da tanık olunmaktadır. Bunun en belirgin örneği de, akıl hastası kişilerin, şiddet ve tehlikeli olmalarının akıl hastası olmayanlara göre fazla olduğuna çoğu insanların inanmalarıdır. Ne var ki, bu türden kuvvetli bir ilişkiye işaret eden çok az kanıt vardır.

Davranışları tahmin etmek her zaman aynı derecede kolay olmamaktadır. Eğer davranış toplumda sıkça var olan bir davranış türü ise, örneğin çay içme, o davranışa özgü tahmin yapılması çok kolay olurken; bir şahsın çay içip içmediğini tahmin etmeniz istenildiğinde verilecek yanıtın "evet" olmasının doğruluk derecesi oldukça yüksek olurken, sıkça görülmeyen davranış türlerinde tahmin olasılığı düşük olmaktadır. Nitekim adam öldürme oranı Türkiye'de yaklaşık 100.000'de iki ise, kimin katil ve kimin maktul olacağını tahmin etmek oldukça zor ve belki de imkânsız görülmektedir.

Tehlikeli davranış gösterisini tahmine özgü değişkenler/tahmin cetvelleri arasında Webster tarafından geliştirilen TKR-20¹² projesi güvenilir bir nitelik sergilemektedir. Tarihsel, klinik ve risk değişkenleri, tehlikelilik ve risk değerlendirilmesi sürecinde yararlı görülmektedir. Tarihsel değişkenler hükümlünün öz geçmişindeki sabit veya statik olanlarıdır. Klinik değişkenler, kişinin içinde bulunduğu mevcut faktörlere ilişkin beden ve ruh sağlığı uzmanlarının değerlendirmeleri; risk değişkenleri ise, uzmanların salıverilecek hükümlülerin farklı ortamlarda riskin üstesinden nasıl gelebileceklerini tahmin etmelerine yardımcı olanlardır.

¹² C.D. Webster & D. Eaves, *The HCR-20: A Scheme for the Assessment of Dangerousness and Risk*, 1993.

İşte bu üç gruptaki değişkenler sırasıyla şöyledir:

I. Evre: Tarihsel/Statik Değişkenler

(1) Önceki şiddet olgusu. Gelecekteki şiddet eyleminin en iyi belirleyicilerinden biri kişinin geçmişteki şiddet içeren davranışlardır. Bir kişinin gelecekte şiddet içeren bir davranışta bulunma olasılığı bu türden geçmişteki her olgu oranında artış göstermektedir. Bu nedenle, kişinin geçmişte şiddet eylemleri gösterisine ait kanıt güçlü olduğunda tehlikeli davranışta bulunma olasılığı da fazla olacaktır.

(2) Yaş: Birincisi, yaşla gelecekteki şiddet gösterimi arasında ters bir ilişki vardır. Suçlu genç yaşta olduğunda suçlunun gelecekte şiddete başvurma olasılığı da fazladır. İkincisi ise, ilk şiddet olgusunda kişi ne kadar genç ise, şiddet suçlusu olma veya olmaya devam etmesi olasılığı da o derece fazladır. Şiddet olgusunun gelecekteki şiddet gösterimi için dayanak olmasındaki güçlük, çoğu suçlunun genç olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, dikkatler özellikle şiddet eylemin biçimine odaklanmalıdır. Genelde, sıkça işlenen oldukça yoğun ölçekli şiddet eylemleri serisi, ara sıra işlenen şiddet olgularına göre fazlaca tahmine esas olmaktadır.

(3) Dengeli bir yaşam stili: İstikrarlı bir iş hayatı, aile bağları ve sosyal desteğe sahip hükümlüler şartla salıverme süresince düşük bir risk oluşturmaktadır. Yalnız yaşam stilineki dengenin şiddet eylemleri için düşük bir risk oluşturması bakımından doğrudan bir ilişkisi olduğu pek açık değildir.

(4) Alkol veya uyuşturucu madde/ilâç suiistimali: Madde suiistimali ile şiddet eylemleri arasında genelde bir ilişki vardır. Gelecekteki şiddet veya tehlikeli davranışı tahmin bakımından kişinin geçmişteki şiddet eylemlerinin ne ölçüde uyuşturucu maddeye ilişkili olduğu özellikle önemli görülmektedir. Şiddetin kendisini kontrol etmenin ne kadar zor olduğu göz önüne alındığında, suçluların hem şiddet eğilimleri ve hem de madde suiistimali sorunlarının üstesinden gelebilmesinin ne derece zor olduğunu düşünmek hiçte abartı olmayacaktır.

(5) Akıl hastalığı: Genelde kişilik bozuklukları ve özelde psikopatlık, şiddet riskine ilişkili görülmekte iken, diğer akıl hastalıkları örneğin şizofreni gerçekte şiddetle ters ilişki içinde olabilir.¹³ Genelde çoğu

¹³ M.T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, Ank., 2011, s.39-62.

akıl hastası kişilerin şiddet eylemleri için bir risk oluşturmadığı; veya en kötüsünden, aralarında ilişkinin çok zayıf bir ilişki olduğu söylenebilir. Bu nedenle, akıl hastalığı geçmişi olan bir kişinin ilerde saldırgan olup olmayacağını tahmin etmek üzere geçmişte işlediği şiddet eylemi ile akıl hastalığı arasında bir ilişkisi olup olmadığına bakılmalıdır.

(6) Psikopatlık: Geçmişinde şiddet yoğunlaşmasına tanık olunan psikopat kişilerin mükerrir şiddet suçlusu olma riski oldukça fazladır. Psikopat suçlunun yaşamında tanık olduğu toplumsal tepki, işlediği suçun sosyal, kişisel ve ailevi sonuçları, çekilen hürriyeti bağlayıcı ceza ve sonrasındaki sosyal tecrit gibi ikincil faktörler, onun anormal kişiliği daha da anormal yapmaktadır.

(7) Okuldaki uyumsuzluklar: Kişinin ilk/orta öğretimdeki (a) Akademik yeteneksizliği ve başarısızlığı (b) Sınıftaki davranışı ve okuldaki genel uyumsuzluğu şiddet eylemleri için artan derecede bir risk oluşturabilmektedir. Bu iki faktörü özellikle okul döneminde tam olarak değerlendirmek zor görülmekte ise de, ilerdeki şiddet eylemleri için güçlü bir ilişkiye işaret ettikleri bilinmelidir.

(8) Kişilik bozuklukları: Kişilik bozuklukları şiddet açısından artan derecede bir riske işaret etmektedir. Bu durum özellikle anti-sosyal kişilik bozukluğu (psikopatlık) ve sınırdaki kişilik bozuklukları için geçerlidir.

(9) Hükümlünün önceki suçundan salıverilme sonrası başarısızlığı: Daha önce işlediği bir suçtan şartla salıverilen hükümlünün başarısızlığı, özellikle sergilediği şiddet eylemleri, bu kez de yeni bir suçtan cezaevinde bulunan hükümlünün salıverilmesi sonrası başarısız olacağını gösteren güvenilir bir faktördür.

(10) Ebeveynlerden ayrılık: Dengeli bir yaşam ve okuldaki uyuma ilişkili olarak, on beş yaş öncesi ebeveyninden ayrılmış bulunan suçlular genelde şiddet eylemleri için artan bir risk oluşturmaktadırlar. Bu durum yalnızca ölüm dışı nedenlerle ebeveyninden soyutlanmış kişiler için geçerli görülmektedir.

II. Evre: Klinik/Mevcut Değişkenler

(11) İç görüşü: Bu faktör kişinin kendi akıl hastalığına ait iç görüşüdür. Bu faktör daha genel bir anlatımla, suçlunun işlediği suçtan so-

rumluluğu kabul etmesine ve ne ölçüde suçlu davranışının ciddiyetini takdir etmesine ilişkin bulunmaktadır. Bu nedenle, işlediği bir suçtan dolayı suçu, toplumda /ceza adaleti sisteminde/ davranışın diğer dış nedenlerinde arama yaklaşımı önemlidir.

(12) Düşünceler: Suçlunun taşımakta olduğu düşüncelerin toplumsal veya toplum karşıtı olup olmadığı belirlenmelidir. Suçlunun ne ölçüde düşmanca, empulsif, tutarsız, sorumsuz, saldırgan v.s. olduğuna dikkat edilmelidir. Burada sözü edilen “*şiddet eylemine özgü risk*” olduğundan suçlunun önceki şiddet eylemi hakkındaki düşüncelerini saptamak önemlidir. Suçlu kişi üzüntü ve nedamet duymakta mıdır? Veya eylemlerini küçümsemekte, şiddet ve niteliğini yadsımakta mıdır?

(13) Semptomlar: İstisnai bir görüntü sergileyen şiddet veya saldırgan davranışlara ait semptomlara değinilmektedir: Suçlu özellikle dehşet saçan bir davranış sergiledi mi? Suçlunun beslediği şiddete yönelik fantezileri var mı? Suçlunun sergilediği şiddetin herhangi bir şekilde bazı algısal veya muhakeme yetersizliğine ilişkisi var mıdır?

(14) Duygusal denge: Duygusal dengesizlik, şiddet olgusu için klinik risk faktörü olarak görülmektedir. Bu nedenle, suçlunun ne ölçüde duygusal denge sergilediği veya güven içinde olduğunu değerlendirmek önemlidir. Ek olarak, suçlunun geçmişindeki şiddet eylemine ilişkin risk faktörlerinin önemini göz önüne alarak, kişinin duygusal dengesizliğinin önceki şiddet gösterisine ilişkin olup olmadığı ciddi bir şekilde değerlendirilmelidir.

(15) İyileşmeye yatkınlığı: Bu faktör suçlu kişinin geçmişte ve şimdi- ki iyileştirme girişimlerine ne derece yanıt verdiğiyle ilişkin bulunmaktadır. Bu bağlamda, hükümlünün risk faktörlerinden (örneğin uyuşturucu madde/ilaç suiistimali, beslediği düşüncelerden) kaynaklanan sorunları halletmek için cezaevlerinde yürütülen programlara katılma / kullanma yeteneği dikkatlice değerlendirilmelidir.

III. Evre: Risk/Gelecekteki Değişkenler

(16) Geçerli plan/programlar: Geçmişte şiddet eylemi sergilemiş bir suçlunun yaşamında hiçbir şeyin değişmemiş olması halinde gelecekte benzer eylemleri sergilememesi için hiçbir neden yoktur. Salıverilen hükümlülerin özel gereksinmelerine (madde suiistimali, duygusal dengesizlik v.s.) uyarlı programlarla risk faktörleri etkisi

azaltılırken, maddi/manevi destek sistemleri artırılmalıdır. Aksi takdirde mükerrir suçluluk kaçınılmaz olmaktadır. Nitekim, 4616 sayılı af kanunu ile salıverilen şiddet suçlularından bazıları yeniden şiddet suçları işlemişlerdir.¹⁴

(17) Temas imkanı: Yukarda ki 16'ncı faktördeki bilgiyi takiben, salıverilen suçlunun şiddete yönelme riski, kendisini riske sokacak veya uyuşturucu maddeyi sağlayacak kişilerle teması ölçüsünde artacaktır: Suçlunun olası mağdurlar, silahlar, birlikte suç işleyeceği kişilerle teması olabilecek mi? Suçlunun yeniden uyuşturucu madde/ ilaç suiistimal etme riski var mı? Suçlunun suiistimali kontrol konusundaki düşünce ve planları var mı?

(18) Destek: Suçluların şiddete yönelme riskini azaltmasında yardımcı olacak bir destek sisteminin varlığı oldukça önemlidir. Destek sistemi bir eş, aile ve dürüst arkadaşları kapsamakta ise de, yalnız onlarla da sınırlı olmayıp; gerektiğinde profesyonel destek sağlanabilmelidir.

(19) Duyarlı olabilme: Suçlu kendisine sunulan programlara, verilen destek veya yardıma *ilgisiz* kaldığında dünyadaki tüm plan ve destek sistemleri kendisi için yetersizlik ifade edecektir. Cezaların infazı sırasında hükümlülerin davranışlarını değiştirmeye istekli olması ve programlardan yararlanması gerekmektedir-*işbirliği*. Programların gerçekçi olmaması veya hükümlünün isteksiz olması halinde risk faktörlerinin devreye gireceğine kuşku duyulmamalıdır.

(20) Stres: Bu faktör, saldırgan kişide var olan şiddet eylemi riskini artırmaktadır. Bazı stres faktörlerini (örneğin iş, ihtiyaç duyulan hizmetlerin varlığı) tahmin etmek nispeten kolay ise de, diğerlerini (örneğin destek sağlayan bir kişinin ölümü) tahmin etmek zor veya imkansız görülmektedir. Yalnız, stres ve şiddet arasındaki ilişki kadar

¹⁴ Eylül 2003 tarihi itibarıyla yeniden suç işleyen 1794 kişinin seçilmiş suçlara göre dağılımı

Suç türü	%
Hırsızlık	28.9
Müessir fiil	10.4
Gasp	5.2
6136 Ateşli Si.	3.3
Uyuşturucu md.	3.3
Tehdit	2.9
Adam öldürme	1.9
Nası Izrar	1.7
Irza geçme	1.5

suçlunun yaşamındaki olası stres faktörlerine ait incelemeler suçlunun cezaevinden salıverilme sonrası şiddet riski oluşturmasını belirlemede yardımcı olabilecektir.

İşte TKR-20 değişkenler serisi ile edinilen bilgi psiko-metrik bir ölçümleme vasıtası olmak yerine tehlike ve şiddete ilişkin güvenilir nitelikte bir tahmine rehberlik yapmaktadır. Bu nedenle, bu tahmin işleminde yapılan toplama işlemi, bir puanlama saptamak yerine belli bir hükümlüye özgü değişkenlerin ne ölçüde yoğunluk sergilediğini belirlemektir. *Bu süreçte, tüm değişkenlerin her suçlu için aynı derece de önemli olmadığı bilinmelidir:* Okuldaki uyumsuzluk veya ebeveyn- den ayrılmışlık bazı suçlularda özellikle yararlı bilgi sağlarken, diğerlerinde bu bilgi suçlunun geneldeki duygusal ve davranış sorunlarını anlama da yararlı olabilir. Aşağıda tarihsel (T), klinik (K) ve risk(R) değişkenlerini içeren tabloya yer verilmiştir.

Tablo 38. TKR-20 Değişkenler Dizini

Tarihsel	Klinik	Risk
T1-Önceki Şiddet	K1- İç görü	R1-Geçerlilik
T2-İlk suç yaşı		
T3-İlişkideki denge	K2-Düşünceler	R2-Temas
T4-İşteki denge		
T5-Alkol veya uyuşturucu	K3.Semptomlar	R3-Destek
T6-Akıl hastalığı		
T7-Psikopatlık	K4-Dengeli	R4-Uyum
T8-Erken uyumsuzluk		
T9-Kişilik bozukluğu		
T10-Önceki tahliyede başarısızlık	K5-Tretmana Yatkınlık	R5-Stres
Geçmiş	Şimdi	Gelecek
I.Evre	II.Evre	III.Evre

Bu tablodaki değişkenlere göre, cinsel sapıkların tehlikelilik derecesini saptamak şimdilik mümkün olmadığına, *şarkılaşan* bir kurum olan (bu kurumdan yararlanmayan hükümlü var mı?) "*koşullu salıverilme*" ye daha özenli eğilerek, bunların olabildiğince şartlı salıverilmeden yararlandırılmaması ötesinde CGTİK 108/3 maddesine cinsel suçluların özel tekerrür durumunda hükümlünün koşulu salıverilemeyeceği hükmünün eklenmesi yolu seçilmelidir. Önemli olan sapık kişilerin olabildiğince kontrol rejimine tabi tutulmasıdır.

Araştırma Bulguları

Tasarının genel gerekçesine bakıldığında ülkemize özgü bilimsel araştırma verilerinden yoksun olarak yalnızca normatif referanslar ile "5237 sayılı Türk Ceza Kanunununyaklaşık altı yıllık uygulamasında, cinsel suçlarla ilgili bir takım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiştir." önermesi ile yetinilmiştir. Cinsel suçlulardan sapıkların toplum güvenliği açısından oluşturduğu risk karşısında bu riskin boyutunu sergilemek üzere en azından yıllar itibariyle işlenen cinsel suçluların seyri / karanlıkta kalan suçlar/faili meçhul olanlar, seri suçlular, cinsel suçlulardan mükerrir ve itiyadi olanların oranları, mükerrir olmaları altında yatan faktörlerin tespit ve analizi, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne 2006 yılında yayınlanan "Cinsel Suç Programı"nın (yanlış isimlendirme olup, *Cinsel Suçluların İyileştirilmesi Programı*" olmalı idi) ne derece uygulanmakta olduğu araştırılabilir. Tasarı öncesi anılan genel müdürlükten bilgi istenilmediği Genel Müdürlüğe yaptığım görüşmede belirtildi (25/02/2011 günü Genel Müdürlüğe yapılan telefon görüşmesi). İşte ulusal boyutta veri saptaması yapılmadan yabancı ülke örneklerine (yalnızca İsveç'e) dayanılarak getirilen, insan hakları boyutundan (insanlık onuru), tretman programlarının hükümlünün rızasına dayalı olması ilkesinden, ceza adaleti sistemindeki ajanların psikolojik-psikiyatrik bilgilerden yoksun olması karşısında *de facto* bir varlık gösteremeyecektir. Tasarıda ön görülen kimyasal hadımlık dışında "maddeler gerekçesinde İsveç'e referansla belirlenen tretman türlerinin ülkemizde de uygulanmasına engel bir durum gözükmemektedir. Cinsel suçlular bakımından önemli bir sorunda "adli hata" (*miscarriage of justice*) olasılığı yanında halkın linçinden¹⁵ kurtulan sanıkların cezaevinde linç edilmesinin neredeyse olağanlaşmış olmasıdır. Yıllardır süregelen bu dramın önüne geçilememiştir. Öte yandan, kapasite üstü cezaevi nüfusu (120.000 civarında) yukarıda sözü edilen tretman modalitelerinin uygulanmasına da elvermemektedir.

¹⁵ "Tecavüzcü sanıp akıl hastasını linç ettirler" Hastane yerine konduğu cezaevinde her soruya "evet" diyen Özçelik'in "tecavüzcü müsün" sorusuna da "evet" deyince öldürüldüğü öne sürüldü. *Sabah* (29/09/2007), s.17; "Tecavüz zanlısı gence cezaevinde 15 gün tecavüz" *Radikal* (27/04/2007), s.4; "Tecavüzcü damgası yiyen genç: Saçım yüzümden tutuklandım. Beni beş kişiyle beraber teşhise çıkardılar. Zaten diğerleri balıcı tiplerdi. Kadın ise ifadesinde şahsın bakımlı ve uzun saçlı bir tip olduğunu söylemiş." *Sabah* (06/04/2007) s.3; yanlış teşhis için bkz. M.T. Yücel. *Adalet Psikolojisi*, Ank., 2011.

2008 yılında cinsel dokunulmazlık suçlarından karara bağlanan davalardan %5.5'i 2004 yılı ve öncesi, %4.4'ü 2005, %11.2'si 2006, %37,1'i 2007 ve % 37.1'i ise 2008 yılında açılmış olup; bunların suç türü itibariyle dağılımına aşağıda tabloda yer verilmiştir. Yalnız bu sürelere ilk derece mahkemesine ait olup, Yargıtay Başsavcılığı ve Dairelerde geçen süreler de eklenmelidir. Beş yılı ve ötesi süren yargılama diliminde kalanların oranı hiçte küçümsenmeyecek ölçüdedir. Güncel bir konu olarak 26 kişinin cinsel istismarına maruz kalan N.Ç'nun Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki davası ilk derece mahkemesinde tam dokuz yıl sürmüş ve verilen karar niteliği itibariyle Adalet Psikolojisi bilgilerinden yoksun bir karar olarak adli tarihimize geçmiş bulunmaktadır.¹⁶

Cinsel suçlular açısından ülkemizde veri eksikliğinden söz edilemeyecektir. Adalet İstatistiklerinin oluşturulması, niteliği ve internet ortamına açılmasında, Dünya'ya öncülük eden ülkemizdeki verilere bakıldığında görülen tablo aşağıda sergilenmektedir.

İstatistik Veriler

Cinsel suçlardan davanın açılış yılına göre karara bağlanan davalar (2008)

TCK. Md.	Toplam	2004 ve Öncesi	2005	2006	2007	2008	Cinsel Suç Türü
102-105	15366	852	680	1727	5696	6411	Cinsel dokunulmazlık suçları
102	3517	271	151	434	1210	1451	Cinsel saldırı
103	3437	179	168	389	1269	1432	Çocukların cinsel istismarı
104	824	67	48	92	283	334	Reşit olmayanla cinsel ilişki
105	7588	335	313	812	2934	3194	Cinsel taciz

Karara bağlanan davaların %5.5'nin beş yıl ve öncesi açılan davalara ait olduğu, bu süreye temyiz evresinde geçen süreninde eklendiği düşünüldüğünde mağdurlar açısından yaşanan travmanın boyutu her türlü tasvirin ötesindedir.

¹⁶ Bkz. I. Özgentürk. "İyi Hal İndirimi" *Cumhuriyet* (27/02/2011) s.9; "N.Ç. her gece, daha çocuğum yapmayın diye çığlık atıyordu." *Haber Türk* (27/02/2011) s.19.

Karar bağlanan davalarda mağdur/müştekinin cinsiyetine göre dağılımı (2008)

TCK Md.	Toplam	Mağdur Toplamı	Erkek	Kadın	Tüzel	Cinsel Suç Türü
102-105	15366	19655	6757	12766	132	Cinsel dokunulmazlık suçları
102	3517	4905	2039	2786	80	Cinsel saldırı
103	3437	4794	2007	2760	27	Çocukların cinsel istismarı
104	824	1315	490	822	3	Reşit olmayanla cinsel ilişki
105	6588	8641	2221	6398	22	Cinsel taciz

Mağdurların dağılımı bakımından % 34 erkek olurken, kadınların oranı % 65' dir. Bu oran cinsel saldırı suçları ile çocukların cinsel istismarında birbirine yaklaşık, reşit olmayanla cinsel ilişki ile cinsel taciz olaylarında kız/kadın mağdurların oranı sırasıyla % 63 ve % 74' ü bulmaktadır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda 2009 yılında Cumhuriyet Savcılıklarındaki kararların dağılımını içeren aşağıdaki tablo da oldukça ilginç bir görüntü sergilemekte; kararların % 33.8'inde (22.159) *kovuşturmaya yer olmadığı* görülmektedir.

C. Savcılıklarınca Verilen Kararların Dağılımı (2009)		
Kovuşturmaya yer olmadığı	Kamu Davası	Diğer
22 159 (%33.8)	31 437 (47.9)	12 009 (18.3)

İstatistik verilerin belgelediği diğer bir gerçekte açılan kamu davalarındaki beraat oranının yüksekliğidir(%19.5). Oldukça yüksek olan beraat oranı karşısında sanıkların maruz kalacağı linç girişimleri, toplumsal etiketleme ve tutuklanma halinde cezaevinde öldürülme riski ciddi sorunların yumağına işaret etmektedir.

Ceza Mahkemeleri Kararları (2009)		
Mahkumiyet	Beraat	Diğer
9 492 (% 33.4)	5537(%19.5)	13 393(%47.1)

Yıllar itibariyle cezaevlerine gören cinsel hükümlüler yaş/medeni/af, erteleme' den yararlanma ile mükerrir durumlarına göre dağılımına aşağıda yer verilmiştir:

1) Yaş gruplarına göre

Yıl	Toplam	Erkek	Kadın	12-14		15-17		18-24		25-34		35-44		45-54		55-64		65+	
				E	K	E	K	E	K	E	K	E	K	E	K	E	K	E	K
2006	886	879	7	8	-	51	1	285	-	271	1	157	3	68	2	28	-	11	-
2007	872	862	10	4	-	63	-	270	1	271	3	153	3	61	2	33	1	7	0
2008	986	970	16	12	0	66	0	255	4	296	3	182	3	103	5	42	1	14	-

Yaş grupları bakımından yoğunluğun 18-24 yaş grubunda başlayıp, 25-34 yaş grubunda devam ettiği görülmektedir.

2) Medeni durumuna göre dağılımı

Yıl	Toplam	Erkek	Kadın	Hiç evlenmedi		Evli		Eşi öldü		Boşandı	
				E	K	E	K	E	K	E	K
2006	886	879	7	405	1	419	4	7	-	48	2
2007	872	862	10	399	3	409	6	6	-	48	1
2008	986	970	16	432	2	473	10	6	-	59	4

Uzun zaman dilimini kapsayan araştırmalarda, evlilik ile suçluluk arasında nedensel bir bağ ortaya konamamıştır. Yıllar itibariyle cezaevine giren hükümlü erkeklerin medeni haline göre oransal dağılımında; evli erkeklerin Türkiye genelindeki orandan yüksek olması da anılan bağın olmadığını vurgulamaktadır. Ancak şu da bir gerçektir ki, ailenin olumlu yanı hiç bir şekilde göz ardı edilemez. Nitekim, cezaevine giren boşanmış erkek oranının Türkiye genelinin 4-5 katı olması da bu gerçeği açıkça gözler önüne sermektedir. Evlilik kurumu kendiliğinden suçlu yaşam biçimini değiştirici nitelikte değildir. Yalnız, evliliği sürdürebilme yeteneğinin suçtan uzak kalmayı da sonuçlandırabileceği göz ardı edilmemelidir.

Yukarıdaki veriler Savcılıklara intikal eden cinsel suç olaylarının ceza adaleti sisteminde buharlaştığına/eridğine¹⁷ tanık olunmakta açılan kamu davalarında mahkumiyet oranının % 30'lar civarında kaldığı; hapis cezasına hükümlü olanlar oranının ise % 2.8 olduğu görülmektedir. Mahkeme sürecindeki buharlaşmanın çok önemli etmeni kanıt sistemi ve değerlendirilmesi konusunda yeterli bilincin oluşmaması (bu konunun başlı başına bir ders olarak hukuk eğitimi programlarında

¹⁷ Ceza adaleti sisteminde vuku bulan genelde buharlaşma olgusu ve eğrisi için Bkz. M.T.Yücel, *Kriminoloji*, Ank., 2008.

yer almadığı), halkın bu konuda duyarlı olmamasıdır. Örneğin ırzına geçilen bir kızın aklanması için banyo yaptırılarak kanıtın yok edildiğine tanık olunmaktadır.

3) Mükerrir/af/erteleme durumlarına göre dağılımı

Yıl	Toplam	TCK Md. 58 uygulaması		Aftan yararlanma				Erteleme							
		Erkek	Kadın	Evet		Hayır		Evet		Hayır					
		E	K	E	K	E	K	E	K	E	K				
2006	886	879	7	5	-	874	7	1	-	878	7	--	879	7	
2007	872	862	10	--	--	862	10	--	--	862	10	--	--	862	10
2008	986	970	16	--	--	970	16	--	--	970	16	--	--	970	16

2010 yılı verilerine göre TCK 102-105. maddelerinden hükümlü olan suçlu sayısı 1120 olup, bunlardan 21'i hakkında TCK 58. maddesi uygulanmıştır. Önemli olan 21 suçlu dosyası üzerinde inceleme yapılarak bunlara özgü kriminojenik etmenlerin saptanması için özel bir proje geliştirilmelidir.

Zorla evliliğin suç olması konusunda, yine ülkemize özgü veri analizleri ve değerlendirilmesine gerekçede tanık olunmamaktadır. Bu konudaki yayın ve incelemelerin kayda değer olduğunu belirtmek isterim. Bu konuya kültürel boyutta bilişsel davranışta bir değişim yaratmak üzere bir eylem planı saptamak yerine en kolay olan suç yaratmaya gidilmesi hukuk sosyolojisi verileriyle tutarlılık göstermemektedir. Bu eylem planı çerçevesinde okullarda bu konuya duyarlılık sağlamak üzere bilinçlendirme girişimleri yaygınlaştırılmalı; kitle iletişim kanallarıyla vurgulanmalı; dizilerde ele alınmalı; zoraki evlilik konusunda şiddete maruz kalanlar için bir telefon battı kurulmalıdır. Önemli olan bu girişimler sonucu, sorun çıkmadan onu saptayabilmektir. Güven ortamı sağlandığında da zoraki evlilik tehditlerine maruz kalanlar çok geç olmadan durumun bilinmesi için harekete geçebileceklerdir. Tarsarıdaki cezai yaklaşımın zamanla pedagojik amaca hizmet edeceği düşünülürse de, bu konuda açılacak kamu davasının geçmişte zina/ çocuk düşürme örneklerinde olduğu gibi minimal ölçüde olabileceği; ve fakat can kayıplarına sebebiyet vereceği unutulmamalıdır.

Sonuç

Eskiden kılıcın keskinliği hedefe isabet için yeterli idi; Prof. Rudolf von Jhering'ce 120 yıl önce dile getirilen bu saptama bugün için güncelliğini koruyamadığından ince hukuk tekniği bugün için yeterli gelmemektedir. Şimdilerde anlamlı hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi,¹⁸ anlamlı hukuk tekniğinin ön koşulu olmuştur.

Belli bir yasanın etkili olmamasının nedenleri arasında;

- Sosyal yaşam ve alanları örneğimizde cinsel suçluların profili hakkında bölük pörçük bilgi sahibi olmaktır. Bu durum, adli kararlardaki isabetsizliğin olgusal belirsizlikten kaynaklanması gibidir.
- Yasa koyucu tarafından kabul edilen olguların gerçek olgulardan farklı olabileceği hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Yasaları etkisiz yapan bu türden uyumsuzluklar, gözlemlerdeki hatalar veya yasa koyucunun elde ettiği bilginin seçiminden kaynaklanabilmektedir. Kuşkusuz, olgusal saptamadaki hatalar hiçte istenilen türden değildir.¹⁹ Kuşkusuz, uygulamada, bu kusurlar dışlanamaz.

Bu düşünceler ışığında söz konusu Tasarı'nın (2010-2011 yıllarında) oluşturulması sürecinde yapılan tartışmaların niteliği düşündürücü gelmekte;²⁰ tasarının sosyo-kültürel koşullar(zoraki evliliğin suç olması) ile cezaevi ortamının (cinsel dürtülerin azaltılması ve sorumluluk duygusunun aşılması) tretman açısından yeterli düzeyde olmaması nedeniyle gerçekçilik/tutarlılık boyutundan yoksun olduğu be-

¹⁸ Council of Europe, *Principles and Methods of Preparing Legal Rules*, Strasbourg, 1983; Özgün bir çalışma olarak bk. B.Yediyıldız, XVIII. *Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi -Bir Sosyal Tarih İncelemesi*, Türk Tarih Kurumu, Ank., 2003.

¹⁹ M. Kaşıkçı, "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Üzerine Düşünceler" *Yargıtay Dergisi* C.26, S.3 (Temmuz 2000) s.292-301: 4753 sayılı *Çiftçi Topraklandırma Kanunu* bağlamında kurulu üç komisyonla birlikte çalışan ve Türkiye'nin son toprak hâkimi olarak görev yapan birisi olarak komisyon mensuplarının "sizin tapunuz yok, zilyetlikle de bir şey sağlanmaz, bu yeri biz kapsamımıza alalında seni tapu ile sahiplendirelim" diyerek, komisyonda çalışan bilirkişi ve ihtiyar heyetinin halen kullandıkları arazilere bile el koyulduğu hatırımızdadır...tüm belirtmelikleri bir arada çoğu okuma yazma bilmeyen mahalli bilirkişiler, muhtar ve ihtiyar heyetine imzalatılır idi.

²⁰ Bkz. T. Ansay, "İyi Kanun-Kötü Kanun" *Güncel Hukuk*, Ocak 2011/1-85, s.10-11.

lirtilebilir. Cinsel suçluların tretmanı açısından şimdiye kadar ampirik bir çalışma yapılarak ölkemizdeki cinsel suçluların profili bilinmeden, nedenleri saptanmadan farazi bir tedavi yöntemini ceza olarak ön görmek penolojik ilkeye (rızaaya dayalı tretman) ters olduğu gibi bunun uygulama olanağı hakkında farazi düşünceler ötesine gidilmeyerek, “istem arkadan gelir düşüncesine kapılmak” gerçekçilikle bağdaşmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi*
- Beckar, J.V. ve Murphy, W.D. “What we know and do not know about treating sex offenders” *Psychology, Public Policy and Law*, 4(1998) s.116-.
- Fener, J.V., *Sex Offenders: Management, Treatment and Bibliografya*, 2008.
- Kızmaz, Z., *Cezaevi Müdavimleri: İnatçı Suçlular* Orion Yayınevi, Ank., 2006.
- Swedish Criminal Law*
- Yücel, M.T., *Hukuk Felsefesi*, Başkent Klise Matbaası Ank., 2005.
- Yücel, M.T., *Hukuk Sosyolojisi*, Ank., 2008.
- Yücel, M.T., *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ank., 2007.
- Yücel, M.T., *Kriminoloji-Suç ve Ceza*, Adalet Bakanlığı Güçlendirme Vakfı, Ank., 1986.
- Yücel, M.T., *Yeni Türk Ceza Siyaseti*, İmge Kitabevi, Ank., 2011.

TÜRK CEZA KANUNUNDA 'KAMU GÖREVLİSİ' KAVRAMI

CONCEPT OF "PUBLIC SERVANT" IN TURKISH PENAL CODE

Burcu DEMREN DÖNMEZ*

Özet: 2005 yılında 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, ceza hukukunda pek çok kavram değişmiş veya yenilenmiştir. Bu kavramlardan bir tanesi de 765 sayılı TCK'da yer alan 'memur' kavramıdır. Bu çalışma kapsamında, TCK'da düzenlenen 'kamu görevlisi' kavramının kapsamı ve sınırları, 765 sayılı TCK ve idare hukuku düzenlemeleri ile kıyaslanarak ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Memur, kamu görevlisi, KİT personeli

Abstract: There has been amended or reviewed many issues in criminal law by the enforcement of the Turkish Penal Code numbered 5237 in 2005. One of those issues is the 'officer' conception which prescribed in 765 numbered Turkish Penal Code. In this study, we should determine the scope and the limits of the "public servant" conception by making comparison with the regulations of 765 numbered Turkish Penal Code and Administrative law.

Keywords: Officer, public servant, public economic enterprise staff.

Giriş

5237 sayılı TCK'nın 2005 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte ceza hukukunda pek çok kavram değişmiş veya yenilenmiştir. Bu kavramlardan bir tanesi de, 765 sayılı TCK'daki '*memur*' kavramıdır. 5237 sayılı kanun '*memur*' ifadesini terk etmiş yerine 'kamu görevlisi' kavramını düzenlemiştir. Yeni düzenleme, hem lâfzî hem de içerik bakımından değişiklikler içermektedir. Bu kavram pek çok suç bakımından önem taşıyan bir kavramdır. Zira bazen suçun unsuru olmakta, bazen de nitelikli hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Kısacası kamu görevlisi olmak, ceza kanunu uygulamasında çeşitli etkiler doğurmaktadır.

* Yrd. Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD öğretim üyesi.

Ancak ne yazık ki, 'kamu görevlisi' kavramı, teoride ve uygulamada tam bir açıklığa kavuşmuş değildir. Uygulamada 'memur' kavramı halen kullanılmaktadır. Çünkü değişik kanunlarda farklı düzenlemeler yer almaktadır. Bu anlamda yaşanan sorun, sadece 5237 sayılı TCK'nın 'memur' tanımını değiştirmiş olmasından kaynaklanmamaktadır. Kanunlar arasında bir terim ve anlam birliğinin genel olarak sağlanamamıştır. Farklılıklar, uygulayıcıları ciddi sıkıntılara sürüklemektedir. Örneğin 5237 sayılı TCK "memur" kavramını kaldırmış olmasına rağmen; Anayasa, Devlet Memurları Kanunu, 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve pek çok kanunda "memur" kavramı kullanılmaya devam etmekte ve ayrıca "diğer kamu görevlileri" adı altında farklı bir kavram da beraberinde kullanılmaktadır.

Bu çalışma kapsamında biz, kamu görevlisi kavramını açıklamaya yönelik değerlendirmeler yapacağız. Özellikle, sıkıntılı noktaları tespit edip, konuya ilişkin çözüm önerileri getirmeye çalışacağız.

Bu kapsamda ilk olarak, memur ve kamu görevlisi kavramları incelenecek, kamu görevlisi kavramı ile TCK arasındaki ilişki üzerinde durulacak, daha sonra mukayesenin sağlanabilmesi için 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK karşılaştırmalı olarak tartışılacaktır.

1. Genel Olarak

Ülkemizde yıllardır kullanılan ve benimsenen bir kavram olan "memur" kavramı, Avrupa Birliği uyum süreci ile başlatılan Anayasa değişiklikleri ve takiben gerçekleştirilen kanun reformu sürecinde ceza kanunu bakımından yerini "kamu görevlisi" ifadesine bırakmıştır. Bu noktada öncelikle, "memur" kavramının genel olarak içeriği hakkında bilgi vermek, kavramın gelişim süreci ve etkilerinin ortaya çıkarılması bakımından önem taşımaktadır.

"Memur" kavramı tanımı, statüsünü belirten kanunun amacına ve hizmetin niteliğine göre siyasi, idari, teknik özellikleri dikkate alınarak, çeşitli şekillerde yapılmıştır¹. Her ülkenin siyasi, ekonomik, teknik

¹ Yaşar, Hakkı, "Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki", AD, 1966 s.796; Onar, Siddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 3.bası, 2.cilt, s.1074

ve toplumsal ortam ve koşulları birbirinden farklı olduğu için ülkeler arasındaki düzenlemeler de birbirinden farklıdır². Çünkü siyasi rejimi ne olursa olsun, her ülkede kanun koyucu kendi tarihi, kültürel, siyasi ve ekonomik ihtiyaçları dikkate alarak memurları da içeren bir kamu personel rejimi belirlemektedir³. Bazen bir ülkenin aynı zamanda yürürlükte bulunan farklı kanunlarındaki tanımlar bile birbirleriyle tam anlamıyla uyum içerisinde olmayabilir⁴. Nitekim ülkemiz kanunları bakımından da aynı sorun söz konusudur.

Ülkemizde, kanunlarda yer alan bu farklılıklar, öğretilerde ve uygulamada ciddi uyuşmazlık ve aksaklıklara yol açmıştır⁵. Tüm farklılıklarına rağmen, kanunların hem uluslararası boyutta, hem de ulusal boyutta esasta birleştikleri ortak noktalar da bulunmaktadır⁶. Bu esas noktaları, iki ana grupta toplamak mümkündür. Bunlar, kamu hizmetinin varlığı ve devamlı surette idare kadrosu ve hiyerarşisi içinde bulunmaktır⁷. Ancak 5237 sayılı TCK bu ezberi bozmuştur.

1982 Anayasası m. 128' de, "*Devletin, kamu İktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" denilerek, yukarıda belirttiğimiz iki unsur ifade edilmiştir. Yine 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, "*devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden*" denilerek, Anayasanın lafzına paralel bir düzenleme yapılmıştır. Devlet Memurları Kanununu da Anayasa'daki tanıma benzer bir düzenleme yapmış,

² Keyman Selahattin, "Memurin Muhakematı Kanunu" AÜHFD, 1962, c.XIX, sayı1-4, s.183; Erdoğan Ahmet, "Memur kavramında Yenilik", DD. 1972, yıl: 2, sayı:4, s.8; Giritli İsmet, *Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli*, İst. 1979, 6.bası, s.268; Şekercioğlu Metin, *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı*, 1974 s.13; Ünlü, Ahmet Hamdi, *Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa*, Ankara, 1992 s.10; Onar, S.S., s.1074

³ Sancakdar, Oğuz, *Memur Hukuku*, TC. Anadolu Üniversitesi Yayını, No. 1760, Ağustos 2007, 1.bası, s.3

⁴ Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, İstanbul 2006, s.445

⁵ Mumcu, Uğur, "Türk Hukukunda Memurların Yarılanması", AÜHFD, 1971, c.XXVIII, s.146

⁶ Yaşar, H., s.796; Erdoğan, A., "Memur Kavramında Yenilik", DD. 1972, yıl 2., sayı 4, s.8

⁷ Keyman, S., s.183; Erdoğan, s.8; Giritli İ., s.268; Şekercioğlu M., s.11; Ünlü, A.H, s.10; Onar, S.S., s.1074

m. 4/A'da "mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulamasında memur sayılır" şeklinde "memur" kavramını düzenlemiştir. 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında bu tanım, biraz daha genişletilmiş; buna karşılık 5237 sayılı TCK madde 6'da, "memur" ifadesi terkedilmiş, yerine çok sınırlı ve belirsiz bir tanımla açıklanan 'kamu görevlisi' kavramı esas alınmış ve "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" nin anlaşılacağı hükme bağlanmıştır.

2. İdare Hukuku Bakımından

İdare Hukuku bakımından "memur" kavramı son derece geniştir. Kavram, tek anlamda kullanılmamış olması nedeniyle çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir⁸. Ancak esas üzerinde durmak istediğimiz konu, 5237 sayılı TCK'daki "kamu görevlisi" tanımı olduğu için, bu başlık altında fazla detaya girmeden, sadece 765 sayılı TCK m. 279'daki ve 5237 sayılı TCK m. 6/c'deki tanımları kıyaslamaya ve açıklamaya yetecek kadarını inceleyeceğiz.

I. Anayasal Düzenlemeler

Anayasanın pek çok maddesinde (m. 128,129,68,76 gibi) kamu hizmeti görevlilerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat açık olarak "memur" tanımlanmamıştır. Bunun nedeni, kural olarak Anayasaların yapıları gereği, çatı kanun olmaları ve genel ilkeleri belirtip ayrıntıya girmemeleridir. Zaten Türkiye Cumhuriyeti Anayasası niteliği itibarıyla sert bir Anayasa olup, değiştirilmesi kolay değildir. Anayasa çerçeveyi belirler ayrıntıların düzenlenmesini kanunlara bırakır. Çünkü değişen koşullara göre, kanunlarda değişiklik ve düzenleme yapmak çok daha kolaydır⁹.

⁸ Selçuk, Sami, "İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı", YD, Ocak-Nisan 1997, s.1-2, s.27; Şekercioğlu M., s. 11

⁹ Sancakdar, O., *Disiplin Yapıtırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Ankara 2001, s.30; Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 445

Terminolojik kullanımına baktığımızda, başta Anayasa olmak üzere pek çok yasal ve idari düzenlemede farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, 1924 Anayasası (m.92,93,94) ile 1961 Anayasasında (m.117,118,119) ‘memur’ ifadesi kullanılırken, 1982 Anayasasında (m.128,129) ‘kamu hizmeti görevlileri’ başlığı altında ‘memurlar ve diğer kamu görevlileri’ deyimini kullanılmaktadır¹⁰.

Anayasanın 128. maddesinde, devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemede dikkat edilecek olan nokta, Anayasanın sadece memurlardan değil, “diğer kamu görevlileri” adı altında başka bir grup kişiden daha bahsetmiş olmasıdır¹¹. Daha açık bir anlatımla Anayasamız, “memurlar” ile “diğer kamu görevlileri” ni ayrı kavramlar olarak belirtmiş ve ayrı statüler oluşturmuştur.

1961 Anayasasının 117. maddesinde yapmış olduğu memur tanımı, uygulamada işçi-memur ayrımının yapılmasında sorunlar doğurmuştu. Bu sorunlar dikkate alınarak, memur tanımının 1982 Anayasasında yapılmasından kaçınılması arzu edilirken, sorun giderilmemiş aksine ‘memur’ ifadesinin yanında bir de ‘diğer kamu görevlisi’ kavramı Anayasaya girmiştir. Bu da uygulamada, iki kavramın birbirinden ayrılması bakımından, ciddi hukuki sorunlar yaşanmasına yol açmıştır¹². Günümüzde halen, ‘memurlar’ dışında kalan ‘diğer kamu görevlilerinin’ kimler olduğuna açıklık kazandıran yasal bir düzenleme bulunmamaktadır¹³. Buna karşılık TCK’da sadece ‘kamu görevlisi’ ifadesi kullanılmış ve çok geniş bir tanım yapılmıştır. Mevzuatlar bakımından ise bir uyum yakalanamamıştır.

Memurlar, kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevlidir. Bu görevi genel idare esaslarına uygun olarak yürütmelidirler. Genel idare esasları, idarenin işlevlerini yerine getirmek için, kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir düzendir. Bu düzende idare, kanunun kendisi-

¹⁰ Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, 5.bası, c.1, Ankara 2007, s.892

¹¹ Gözübüyük/Tan, s.892; Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 445

¹² Gözübüyük/Tan, s.892

¹³ Gözübüyük/Tan, s.897

ne verdiği yetkiyle ve istihdam ettiği memurları aracılığı ile, aynî ve nakdî olanakları da kullanarak, gerekirse kamu gücünü de bunlara ekleyerek, idari, icrai, tek yanlı işlemler ve eylemler yaparak, kamu hizmetlerini yerine getirir, kamu düzenini sağlar, ulusal güvenliği korur, özel kesimi ekonomik açıdan özendirir, kendi iç düzenine ilişkin etkinliklerde bulunur. Bu etkinlikleri yerine getirmekte kullandığı araç ise, memurlardır. İdare ile memur arasındaki hukuki ilişki kanunlarla düzenlenir. Memur, önceden var olan bir kadroya, atama işlemi ile girer. Memurun yerine getirdiği görev, kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için aslidir ve süreklilik taşır¹⁴.

Ancak 1982 Anayasası, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, memur kavramına ek olarak *"diğer kamu görevlileri"* kavramına da yer vermiştir. Diğer bir ifade ile Anayasa, kamu hizmeti görevlilerini, sadece memurlardan ibaret görmemektedir. *"Diğer kamu görevlisi"* kavramı kapsamındaki kişiler de idare ile sözleşme ilişkisi içerisinde dirler. Bunlara örnek olarak sözleşmeli personelleri, devlet memurluğuna bağlı olmayan ve kendi personel kanunları bulunan üniversite öğretim elemanlarını, subayları, hakimleri gösterebiliriz. Elbette ki bu durumun asli ve sürekli görev kavramı ile bağdaştırılması mümkün değildir¹⁵.

Tam bir yasal tanım da yapılmadığı için bu noktada yargı kararlarından faydalanılmaktadır. Yargı kararlarına göre memurlar dışındaki kamu görevlileri, dar ve geniş kapsamda iki açıdan incelenebilir. Buna göre 657 sayılı kanuna göre kendi özel kanunlarına bağlı olduğu belirtilen personel¹⁶ dar anlamda kamu görevlileri olarak kabul edilebilir. Geniş anlamda kamu görevlileri kapsamına ise, bunlar dışında kalan devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde idari sözleşme ile görev yapan sözleşmeli personel girmektedir¹⁷.

¹⁴ Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 446

¹⁵ Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 446

¹⁶ Gözübüyük/Tan, s.897, *"657 s.k. m.1'e göre, kendi özel yasalarına bağlı hakim ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, üniversite ve TO-DAİE öğretim üye ve yardımcıları, subay, astsubay, uzman çavuş ve uzman jandarmalar, Emniyet Teşkilatı mensupları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri ve Devlet Opera ve Balesi ile şehir ve belediye konservatuar ve orkestralarının sanatkar memurları ve uzman memurları diğer kamu görevlileri olarak belirlenmiştir."*

¹⁷ Gözübüyük/Tan, s.897

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere Anayasamız 'kamu görevlisi' başlığı altında memur kavramını oldukça geniş bir şekilde düzenlemiştir¹⁸. Bu noktada hemen belirtmeliyiz ki, Anayasanın "kamu görevlisi" anlayışı ile 5237 sayılı TCK'nın kamu görevlisi anlayışı birbirlerinden tamamen farklıdır. Anayasa'daki mevcut ifadeler korunurken, 5237 sayılı TCK'nın, Anayasada yer alan kavramların hepsini içeren bir düzenleme yapmış olması, Anayasaya uygunluğu bakımından tartışmalı bir görüntü oluşturmaktadır.

II. Devlet Memurları Kanunu

İdare Hukukunda "memur" tanımını yapan pek çok kanun bulunmakla birlikte, tanım bakımından üzerinde durulması gereken belki de en önemli kanunun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olduğunu söyleyebiliriz¹⁹.

1965 tarihinde yürürlüğe giren ve çeşitli tarihlerde yapılan değişikliklere karşın, günümüzde halen yürürlükte bulunan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde; "mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulanmasında memur sayılır" denilerek, kimlerin memur sayılacağı belirtilmiştir²⁰. Ayrıca aynı maddenin (A) bendinin ikinci fıkrasında, devlette ve kamu tüzelkişiliğine sahip diğer kuruluşlarda, genel politikanın saptanmasında, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde çalışanlar da memur sayılmıştır. Bunlar, kamu hukukundan aldıkları yetkilerle, kamu hiz-

¹⁸ "Demokrasi açısından değerlendirildiğinde memur kavramının dar tutulması gereklidir. Zira, aslında yerine getirilen fonksiyon kamu görevi olmasa da bazı kişilerin idare hukuku anlamında memur sayılması, bu kişilerin grev ve toplu iş sözleşmesi hakkına sahip olan işçilerin bu haklardan yararlandırılmamak istenmesi anlayışından ileri gelmektedir." Detaylı açıklama için bakınız Tezcan/Erdem/Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 7.bası, Ankara 2010, s.795

¹⁹ Pınar İbrahim, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*, Ankara 2000, s.119; Şekercioğlu, M., *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı*, Ankara 1974, s.11; Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 446

²⁰ Yaşar, H., s.796; Timur, Turgut, *Memurların Yargılanmaları Usulü*, Ankara 1971, s.28-29 ; Erdoğan A., *Memur Kavramında Yenilik*, s.16, vd.; Giritli, İ., s.269; Ünlü, A.H., s.10; Damar, Emrullah, *Devlet Memurları Kanunu ve Sözleşmeli Personel Mevzuatı*, 2.bası, Ankara 1993, s.49; Gözübüyük/Tan, s.893

metlerini yürütmektedirler ve bu sebeple memur sayılmaktadırlar²¹. Ek olarak aynı kanununun 36. maddesinde, “yardımcı hizmetler sınıfı” na giren personel de, “memur” sayılmıştır. Ancak, hakim, savcı subay, astsubay, il özel idareleri ve Belediye personelleri bu kapsamın dışında bırakılmıştır. Yine Üniversite öğretim üyeleri ile yardımcılarının da sadece mali hükümler bakımından 657 sayılı kanuna bağlı olacağı, mali hükümler dışında kalan hususlar bakımından kendi kanunlarına tabi olacakları düzenlenmiştir²². Ancak burada bahsettiğimiz üniversite öğretim üyeleri Devlet Üniversitesinde görev yapan öğretim üyeleridir; vakıf üniversitesi öğretim üyeleri, mali yükümlülükler bakımından zaten 657 sayılı kanun dışında bulunmaktadır.

Zamanla getirilen bu genişleme pek çok idare hukukçusu tarafından eleştirilmiştir²³. Çünkü, devamlı yardımcı hizmetlerin memurlar tarafından yürütülmesinin benimsenmesi isabetsiz bulunmuştur.

657 Sayılı kanun memurlar dışında 3 ayrı gruptan daha bahsetmiştir. Bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılan sözleşmeli personel, geçici personel ve gündelikli olarak çalıştırılan işçilerdir²⁴.

Devlet Memurları Kanununda belirtilen düzenlemeler neticesinde devlet memurlarının taşınması gereken nitelikler 3 başlık altında ifade edilebilir. Bunlar; devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve kamu tüzelkişiliğine sahip diğer kamu kuruluşlarında çalışmak, genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve asli ve sürekli olarak kamu hizmetine ilişkin görevlerin yürütülmesidir²⁵.

Bütün bu yukarıdaki açıklamalarımızın neticesinde Devlet Memurları Kanununa göre memuru tanımlayacak olursak, genel idare esaslarına uygun olarak devlet ya da bir kamu tüzel kişiliğinde, asli

²¹ Pınar, İ., s.120; Ünlü, A.H., s.10; Damar, E., s.49

²² Yaşar, H., s.796

²³ Detaylar için bakınız Sancakdar O., *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Ankara 2001, s.37

²⁴ Önder, Ali Rıza, “Ceza Yargılama Usulünde Memur Sayılmayan Görevliler”, AD Ağustos 1974, s.606; Gözübüyük/Tan, s.893

²⁵ Can, İsmail, “Memur Soruşturması Memurlarla İlgili Suçlar ve Soruşturma Mevzuatı”, Ankara 1987, s.3 vd.; Selçuk S., “İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s.27, Gökçe Abbas, “Memurun Adli Görevi ve Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa”, DD, 1979, yıl: 9, s.32-33, s.23; Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 448

ve sürekli şekilde kadrolu olarak kamu hizmetini yürüten kişi olduğunu, söyleyebiliriz²⁶. Görüldüğü üzere, Devlet Memurları Kanunundaki düzenleme de aynı Anayasa gibi 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeden oldukça farklıdır.

3. Ceza Hukuku Bakımından

Ceza hukuku bakımından konuyu değerlendirebilmemiz için, önce 765 sayılı TCK uygulaması ve ilgili yargı kararları hakkında bilgi verip, daha sonra 5237 sayılı TCK hakkında değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır. Zira, her iki kanun arasında mukayese yapmak konunun aydınlatılması bakımından oldukça önemlidir.

I. 765 Sayılı TCK

A. Genel Olarak

Öncelikle ifade etmeliyiz ki, 765 sayılı TCK'da, "memur" ifadesi kullanıldığı için yapacağımız açıklamalarda 'kamu görevlisi' ifadesi yerine "memur" kavramı kullanılacak olup, kavramın 765 sayılı TCK ile ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır.

"Memur" sıfatı (yeni düzenleme ile 'kamu görevlisi' olma özelliği); ceza hukukunu çeşitli yönlerden ilgilendirir. Maddi ceza hukuku bakımından, memur sıfatının fail veya mağdur sıfatı ile birleşmesi, kanundaki ilgili suç tipinin bazen bir unsur bazen de nitelikli hal teşkil etmesi nedeniyle değişmesine sebep olmaktadır²⁷. Öte taraftan memur sıfatının varlığı, failin istisnai bir yargılama usulüne tabi tutulması bakımından da önem taşır²⁸.

765 sayılı TCK m. 279 "Ceza Kanununun Uygulanması Bakımından Memur ve Kamu Hizmeti Gören Kimse" başlığı altında şu düzenlemeyi getirmiştir:

"Ceza kanununun tatbikatında:

1-Devamlı ve muvakkat surette teşriî, idari veya adli bir amme vazifesi

²⁶ Selçuk, S., s.29; Can, İ., s.3 vd.; Yaşar H., s.796; Giritli/ Bilgen / Akgüner, s. 448

²⁷ Erman, Sahir, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", SBOD, c. 11, s. 3-4, 1947, s. 236

²⁸ Erman, S., "Ceza Tatbikat ...", s. 270

gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşriî, idari ve adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar:

1- Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir."

Maddeden de anlaşıldığı üzere, 765 sayılı TCK "memur" kavramını geniş düzenlemiş, yasama yürütme ve yargı organlarında kamu görevi gören kimseleri ceza uygulamasında memur olarak kabul etmiştir²⁹.

Birinci fıkranın birinci ve ikinci bentlerinde, TCK uygulaması bakımından kimlerin "memur" sayılacağı, ikinci fıkranın birinci ve ikinci bentleri ise, "kamu hizmeti görmekle yükümlü olanlar" düzenlenmiştir³⁰. Bu ayrım gerçekten çok önemlidir; çünkü, Yargıtay 4.C.D. tarafından 3.7.1996 tarih ve 5188/6244 sayılı kararda, devlet kuruluşlarında görevli hizmetlilerin ceza kanunu bakımından memur sayılmayacakları, bu nedenle de ceza kanunu bakımından memurlar tarafından işlenebilen suçları işleyemeyeceklerinin altı çizilmiştir³¹.

²⁹ Timur, T., s.32; Mumcu, U., s.147; Pınar, İ., *Memur Suçlarında İdari Soruşturma*, 1987, s.10; Dönmezer, Sulhi, "Memurin Muhakematı Bakımından Memur, İHFD 1943, c.9, sayı 1-4, s. 820-823; Postacıoğlu, İlhan E., Türk Ceza Kanunu Muvacehesinde İflas İdare Memurları, İHFM 1973, s. 207

³⁰ Pınar, İ., s.121; Erman, S., s. 242; Timur, T., s.33; Yaşar, H., s.812; Keyman, S., s. 183; Demirbaş, Timur, "Türk Ceza kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, DEÜHFD, Ankara 1987, c.III, sayı 1-4, s.254; Malkoç İsmail, *Memur Yargılaması*, Ankara 2000, s. 67 "Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 25.11.1985 tarih ve 1/410-595 sayılı kararında belirttiği üzere, bu konuda, aynı görüştedir." Buna karşılık farklı görüşler de bulunmaktadır. Örneğin, Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, "Bu ayrım, ihtiyacı karşılamak bir yana Türkçe dilbilgisi kurallarına da aykırıdır." age. s.484

³¹ Malkoç, İ., s. 53, Yargıtay 4.C.D. tarafından 3.7.1996 tarih ve 5188/6244 sayılı karar "Devlet kuruluşlarında görevli hizmetliler, ceza yasası uygulamasında memur sayılmayacaklarından, görevde, yetkiyi kötüye kullanma suçlarından cezalandırılmayacakları gözetilerek, sanık Yalçın Sağlamın suçu işlediği tarihte hizmetli olarak mı yoksa veznedar olarak mı görevli olduğu araştırılıp, hizmetli kadrosunda hizmetli olarak görevlendirilmiş

B. Özellikleri

Gerek kamu görevini, gerekse kamu hizmetini yerine getirmek devamlı veya geçici olabileceği gibi, hizmetin karşılığı ücretli veya ücretsiz, hizmetin yerine getirilmesi ise, ihtiyari veya mecburi olabilir³².

Bir kişinin 765 sayılı TCK bakımından memur veya kamu hizmetlisi sayılması için bir kamu kuruluşu ile arasında iş anlaşması yapılmış olması gerekli değildir. Diğer bir ifade ile, kişinin kurum lehine devamlı olarak çalışması ve bunun sonucu ücret alması şart değildir. Kamu görevlisi memur ve kamu hizmetlisi personelinin kendi adlarına çalışan özel kişilerden de oluşabilmesi mümkündür³³. Devletle arasında istihdam bağı bulunmayan bir kimsenin eski ceza kanununun tatbikinde memur sayılabilmesi için; öncelikle, bir kanun hükmünün özel kişi tarafından kamu görevinin yerine getirilebilmesine imkan vermesi (bu mecburi olabileceği gibi ihtiyari de olabilir); daha sonra, devletle kamu görevini yerine getiren kimse arasında bir kamu hukuku ilişkisi ve bağının kurulmuş olması, ve son olarak da, fert tarafından yapılan faaliyetin bir kamu görevi olması gereklidir³⁴.

765 sayılı TCK'daki memur kavramı, idare hukukundaki memur kavramından da farklıdır. TCK'daki memur kavramı, idare hukukundaki memur kavramına göre bir açıdan daha geniş, bir açıdan ise daha dar bir kavramdır. Geniştir çünkü, idare hukukundan farklı olarak, memur ile devlet arasında istihdam ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Zira idare hukukundaki memurluk, aynı zamanda bir kadroya bağlılığı da ifade etmektedir. Bir başka görüşe göre daha dardır, çünkü TCK uygulamasında ancak kamu görevi yerine getirenler memur sayılırken, idare hukukunda böyle bir kamu görevinin yerine getirilmesine gerek yoktur. Bu görüşün 5237 sayılı TCK bakımından geçerliliği tartışmalıdır³⁵. Aşağıda bu konu detaylı olarak tartışılacaktır.

ise memur sayılmayacağı hizmetli kadrosunda veznedarlık yaptırılıyor ise, ya da veznedar kadrosunda ise, memur sayılacağı gözetilerek, saptanacak duruma göre, suç niteliğinin belirlenmesi gerekirken eksik soruşturmaya dayanılarak, TCY' nin 240.maddesiyle cezalandırılmasına karar verilmiştir."

³² Soyaslan, Doğan, s.45; Gözübüyük, Abdullah Pulat "Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları", AD 1970, sayı.1, s.9; Erdoğan A., *Memur Kavramında Yenilik*, s.16, vd.; Keyman S., s.183; Gözübüyük A.P., s.9

³³ Soyaslan D., s.45; Gözübüyük, A.P., s.9; Erdoğan, A., s.16, vd.; Keyman, S., s.183; Gözübüyük, A.P., "Ceza Huk...", s.9

³⁴ Erman, S., "İflas İdaresi Memurları ...", s .32

³⁵ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel*

C. Memur- Hizmetli Ayrımı

a. Genel Olarak

765 sayılı TCK düzenleme ve uygulamasıyla, memur ile kamu hizmeti gören kimseyi birbirinden ayırmış, iki grup kimsenin tarifini yapmıştır. Ayırımın belirlenmesinde yukarıda bahsettiğimiz özelliklerin (devamlı-geçici olması, ücretli-ücretsiz olması, ihtiyari-mecburi olması gibi) bir önemi yoktur. Esas ayırt edici özellik, ifa edilen faaliyetlerin içeriğidir. İlk grup kamu görevi yapar bu nedenle memurdur, diğer grup ise kamu hizmeti görür, bu nedenle de kamu hizmeti gören kişidir³⁶.

Her iki fıkranın da birinci bendinde, Devlet veya bir kamu kurumunun müstahdemi olmak, diğer bir ifadeyle Devlet veya bir kamu kurumu ile arasında istihdam ilişkisi bulunması söz konusu iken, ikinci bentlerde, “diğer kimseler” tabiri altında Devletin veya bir kamu kuruluşunun müstahdemi olmayan memur ve kamu hizmetlileri düzenlenmiştir. Bu noktada kişinin memur veya kamu hizmetlisi sayılabilmesi için müstahdem olup olmamasının önemi bulunmamaktadır³⁷.

765 sayılı TCK, bazı maddelerinde yalnız kamu hizmeti görmekle yükümlü kimselerden, bazı maddelerinde yalnız memurlardan, bazı maddelerinde ise her iki gruptan birlikte bahsetmiştir. Demek ki, kanun koyucu 765 sayılı TCK uygulamasında, memur ile kamu hizmeti gören kimseyi birbirinden farklı düzenleyerek, bu farklı gruplara tabi olan kimselerin içinde buldukları mevkilere göre, ayrı cezai düzenlemelere tabi olmasını istemiştir.

Kanun koyucu bu sistemi 1936 yılında, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun üç grup personel kabul etmesinden etkilenererek, kabul etmiştir³⁸. Bundan önce kanunumuzda, sadece memur ifadesi vardı. 3038 sayılı kanunla bir çok madde değiştirilerek, 765 sayılı TCK'daki

Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7.bası, Ankara 2010; s.797

³⁶ Erman, S., s. 242, Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 9.bası, İstanbul 1989, s.759; Soyaslan D., s.45; Sancakdar O., *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, DEÜ Yayını, 2001 İzmir, s.54

³⁷ Erman, S., “Ceza Tatbikat ...”, s. 242-243, Pınar, İ., “Memurlar ...”, s.122; Şekercioğlu, M., *Ceza hukukunda ...*, s.19; Demirbaş T., s.254

³⁸ Kunter, N., s.759-760, Soyaslan D., s.44; Gözübüyük Ş., s.8

düzenleme son halini almıştır. Bu durum, Adalet Komisyonu gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: *“Ceza Kanununun kimlerin memur sayılacağını gösteren 279. maddesi, özellikle bu layiha ile teklif olunan değişikliklerden sonra, maksadı ifadeye kafi gelmemektedir. Esasen bu eksiklik nedeniyle mer’i kanunun 211.maddesinde 279.maddedeki tarifin dışında kalan bazı kimselerin de, memur gibi rüşvet suçunu işleyebilecekleri kabul olunmuştur. Devletin emniyeti aleyhine cürümler bahsinde yapılması teklif olunan değişiklikler sebebi ile de, memur hakkındaki tarifin daha geniş tutulması lüzumuna kani olan ve değişikliği teklif olunan maddelerin bazılarında, memurdan başka, kamu hizmeti görmekle muvazaf kimselerden bahsedilmekte ve bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte olduğunu göz önünde tutan encümenimiz 279.maddenin de tadilini teklif etmeğe karar vermiştir.”*

Gerekçeden de anlaşıldığı üzere kanun koyucu, kamu görevi ifa eden kimsenin yanında kamu hizmeti görmekle yükümlü olan kimsenin de açık tanımını yapma mecburiyetini duymuştur³⁹.

Sonuç olarak 765 sayılı TCK bakımından kabul edilen genel bir tanıma göre, *“kamu görevi yapan yani hukuksal bir işlem veya eylemde bulunmak suretiyle hukuksal bir iktidar ve yetki kullanan ya da bu işlem veya eylemlerin yapılmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım eden kişiler memur, kamu hizmeti gören yani bu şartlara sahip olmayan kişiler ise kamu hizmeti görmekle yükümlü sayılırlar⁴⁰”*. Kanun koyucu suçun niteliğini dikkate alarak faili belirlemiş ve suça özel bir yaklaşım tarzını benimsemiştir.

b. İdare Hukukundaki Ayrımın 765 Sayılı TCK Bakımından Önemi

765 sayılı TCK m. 279’da *“kamu görevi”* ve *“kamu hizmeti”* ifadelerini kullanmış ancak kavramların tanımlarını açıkça yapmamıştır. Bu kavramların açıklanması bakımından, idare hukukuna zımnen atıfta bulunulmuştur⁴¹. Bu noktada öğretilerde farklı görüşler de ortaya çıkmıştır. Bunlara göre, *‘memur’* ve *‘hizmetli’* kavramları bakımından 765 sa-

³⁹ Kunter, N., s.759-760

⁴⁰ Sancakdar, O., ... Denetimi, s.54

⁴¹ Pınar, İ. Memurlar..., s.122; Kunter, N., s.762; Meran, N., Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet- Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2008, s.17

yılı TCK uygulaması ile idare hukuku uygulaması arasında herhangi bir benzerlik ve bağlantı yoktur. Bu nedenle, TCK'daki memur veya hizmetli kavramlarının kimleri kapsadığını araştırırken Anayasadaki ve 657 sayılı Devlet Memurları kanununun 4. maddesinden faydalanmak mümkün değildir⁴².

Ancak idare hukukundaki değerlendirmeleri tamamen reddetmek mümkün değildir. Zira, İdare Hukuku öğretisinde de, kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için farklı görüşler bulunmaktadır⁴³. Ayrıca öğretilerde kamu görevi ile kamu hizmetinin arasında fark olmadığını, aralarında sadece derece farkı olduğunu ileri süren görüşler⁴⁴ bile bulunmaktadır.

İdare hukukçuları, kamu görevi ve hizmeti kavramlarının tarif ve tespiti konusunda iki gruba ayrılmışlardır. Birinci grup, objektif bakımdan konuyu ele almaktadır, Devlet faaliyetlerinin esas ve mahiyetlerini inceleyerek tespitlerini yaparlar. İkinci grup ise sübjektif bakımdan konuyu ele alıp; Devlet veya kamu kurumları çalışanlarının yerine getirdikleri faaliyetlere, sahip oldukları hak ve yetkilere önem verirler⁴⁵. Öğretilerde bu konuda pek çok farklı görüş olduğu için ileri sürülen fikirler değişik ayırmalar altında incelenmiştir⁴⁶.

Objektif teori bakımından kamu görevi, Devletin esas ve özünü ilişkin diğer bir ifade ile hukuki sahasına giren faaliyetlerdir, bu

⁴² Gözübüyük, Ş., s.7;

⁴³ Sancakdar, O., ...Denetimi, s.54

⁴⁴ Soyaslan, Doğan,, "Ceza Hukukunda Memur Kavramı", AÜHFHD., 1996, c.45, s.1-4, s.49; Kunter N., s.762 "Kunter'e göre, kamu hizmeti ile kamu görevi arasında bir fark yoktur. Zira Dönmezer ile Dr. Cemil Bengü de onun bu fikrine katılmaktadırlar ve kamu görevi yapan memur ile kamu hizmeti gören memuru bir tutmaktadırlar."

⁴⁵ Erman, S., " İflas ..." s. 243, Yaşar H., s. 813

⁴⁶ Örnek olarak bu konudaki görüşleri için bkz. Soyaslan D., s.46 vd. "Buna göre 3 görüş vardır: İlk görüşe göre, kamu görevinin temsil özelliği vardır, kamu hizmetinin ise böyle bir özelliği yoktur. Bu kriter tek başına yeterli değildir. İkinci görüşe göre, devlet idaresinin faaliyetinin hukuki veya sosyal faaliyet olup olmadığına göre ayırım yapılır. Hukuki faaliyetler, devletin esaslı ve temel amacına uygun faaliyetlerdir; sosyal faaliyetleri ise, toplum için sadece faydalı olan faaliyetlerdir. Fiziki, ekonomik ve entelektüel amaçlarla yapılırlar. Bu görüşe göre devletin esaslı faaliyetine giren görev kamu görevi, ikinci gruba girenler ise kamu hizmetidir. Bu görüş de haklı olarak itirazlara uğramıştır. Üçüncü görüşe göre, Kamu görevi emir verme ve kumanda etme yetkisini içerir, kamu hizmeti ise böyle bir yetkiyi içermez. Bu fikre karşı da eleştiriler vardır., Şekercioğlu, M., s.14 vd.

kapsamda olmayan ve sosyal sahaya dahil olan faaliyetler ise, kamu hizmetidir. Sübjektif teori bakımından ise, bazı şahıslar, Devletin kendi teşkilatı içinde ve dışında sahip olduğu yetki ve görev nedeniyle, hukuki tasarrufların yapılması veya hukuki fiillerin yerine getirilmesi konusunda yetkili kılınırken, diğer bazı kimselere, doğrudan doğruya hukuki sonuç bağlamayan, bedeni ve fikri faaliyetlerin yerine getirilmesi yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Sübjektif teori, sadece birinci gruba giren kimseleri kamu görevi yerine getirmiş sayar. Diğer bir anlatımla kişi, kamu hukukuna uygun bir hukuki tasarruf veya fiilde bulunmak için hukuki iktidar ve yetki kullanıyor, iştirak ve yardımda bulunuyorsa, kamu görevi; bunların dışında bir faaliyet gerçekleştiriyorsa, kamu hizmeti yerine getirir⁴⁷.

Objektif ve sübjektif görüşlerin dışında bu noktada gaye teorisi hakkında da bilgi vermek yerinde olacaktır. Çünkü bu görüş de öğretilerde çokça taraftar toplamaktadır. Gaye teorisine göre, Devletin görevlerinden bir kısmı asli görevlerdir. Bu görevleri yerine getirmeyen bir devlet düşünülemez. Diğer bazıları ise, zorunluluk taşımamakla birlikte yerine getirilmesi toplum için faydalı olan görevlerdir. Asli görevlere kamu görevi, bunları yerine getirenlere de 'memur' denir. Asli görevlerin dışında kalanlara ise kamu hizmeti, bunları yerine getirenlere de 'kamu hizmetlileri' denir⁴⁸.

Bu değerlendirmeler 765 sayılı TCK uygulamasının şekillenmesinde etkili olmuştur. Aşağıda yargı kararları üzerinde bilgi verilirken bu konu daha iyi anlaşılacaktır.

D. Konuya İlişkin Yargı Kararları

Yargıtay, kamu görevi-kamu hizmeti ayırımını daha çok gaye teorisi açısından ele almıştır. Yargıtay'a göre, kamu görevi, Devlet tarafından kamu yararı için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, devletin devlet olarak yerine getirmesi zorunlu olan faaliyetlerdir. Bunların dışında kalan işler kamu hizmeti

⁴⁷ Erman, S., "İflas..." s. 245-250-251; Yaşar H., s. 813-814; Demirbaş, T., "Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri"; s. 255; Öztürk, B., "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ve İnsan", s. 71

⁴⁸ Şekercioğlu, M., s.14, vd.; Kunter, N., s. 755

olarak kabul edilmiştir (4.3.1947 tarih 173/116 sayılı karar)⁴⁹. Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.1.1969 gün ve E. 693, K. 969-17 sayılı kararında, ceza kanunu uygulamasında memur veya memur sayılan kimselerin kamu görevi yapan kişiler olduğunu, bu kapsamda din görevlilerinin yaptıkları işin kamu görevi sayılmayacağı, dolayısıyla da aylıklı imam, hatip ve müezzinlerin memur sayılamayacaklarını kabul etmiştir. Ancak genel idare içerisinde yer alan din işlerini kontrol ve düzenlemeye yetkili olan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, kendi özel kanununun bulunması nedeniyle kurumdaki görev yapan yönetici kadro ile il ve ilçe müftülerinin memur sayılması gerektiğini belirtmiştir.

1983 yılındaki başka bir kararında Yargıtay, avukatlar ve başkaca hizmet gruplarının, aslında bir kamu hizmeti yaptıkları halde, bu hizmetlerin maddi karşılığı devlet bütçesinden karşılanmadığı için birer kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir⁵⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.11.1985 tarihli 410/595 sayılı kararında⁵¹ "TCK'nın 279. maddesine göre memur, Devlete ait bir iktidar ve yetkiyi kullanarak hukuksal işlem veya eylemin uygulanmasını gerçekleştirenlerle, bu hukuksal işlem ve eylemin uygulanmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım edenlerdir" demek suretiyle memuru tanımlamıştır.

YCGK 23.6.1998 tarih 180-242 sayılı kararında, "Ceza kanunu yönünden memur, kamu görevini yerine getiren kimsedir. 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasa ile TCK. nın 279. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, imam hatiplerin yaptığı görevler kamu

⁴⁹ Pınar, İ., *Memur Suçlarının Soruşturma Usulü*, Ankara 1997, s.10; Kunter, N., s. 765, Yargıtay Hususi dairesi, 4.3. 1947 tarih, 173.E., 116 K. Nolu kararında "Amme vazifesi sevlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taalluk etmeyen ve bunlara fer'i olarak da bağlı bulunmayan faaliyetler amme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Amme vazifesi devletin müvesini teşkil eder. En bariz vasfı zaruri oluşu yani devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Amme hizmetleri ise devlet tarafından ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasında alınan işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut olan zaruret vasfı yoktur...."

⁵⁰ YHGK, 14.9.1983, E.980/1714, K.983/803, *Yargıtay Kararları Dergisi*, c.IX, sayı.11, Kasım 1983, s.1587

⁵¹ Meran, Necati, *Zimmet-Rüşvet İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008 s.17

görevi niteliğinde sayılmayacağından ve 633 sayılı yasada imamların işledikleri suçlar nedeniyle haklarında Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkat hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir hüküm de bulunmadığından, sanık hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere göre yapılması ve davanın iddianame ile açılması gerekmektedir. Bu nedenle Asliye Ceza Mahkemesi görevsizlik kararını kaldırmalıdır.” diyerek kamu görevi görmeyi esas almıştır⁵².

Danıştay bir kararında ise, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olmakla beraber serbest bir meslek olması nedeniyle, avukatların memurlar gibi kamu görevlisi olduklarının kabul edilmesine olanak olmadığını belirtmiş; bu nedenle de davacıya verilen cezanın 3817 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Yasa kapsamında bulunmadığını ifade etmiştir⁵³.

E. Genel Değerlendirme

765 sayılı TCK m. 279 birinci fıkrasının 1. bendinde, memur sayılabilmek için görevin “*yasama, yürütme ve yargılama*” görevleri ile bağlantılı olması gerektiğini koşul olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte, devlet veya bir kamu kuruluşuna bağlı olmak, yerine getirilen işin kamu görevi olmasına karine sayılmış olsa da; bunun dışında kalan kamu görevlilerinin de bulunabileceği ifade edilmiştir. Din görevlileri, kural olarak genel idare içerisinde yer almakla birlikte, yasama yürütme veya yargı teşkilatına bağlı çalışmadıkları için TCK bakımından memur sayılmamıştır. “765 sayılı TCK bakımından en önemli kıstas, halk adına egemenliği kullanan yasama, yürütme veya yargı kuruluşlarında kamu görevi yapmaktır”. Bu kıstasın dışında, kişinin devamlı devamsız olması, ücretli veya ücretsiz çalışması, ihtiyari veya mecburi çalışması önemli değildir. Bu anlamda tanık ve 1412 sayılı CMUK 127. maddeye uygun olarak suçüstü hallerinde yakalama yapan kişi de yargı kuruluşu içerisinde bir kamu görevi yerine getirmektedir ve ceza kanunu bakımından memur statüsü içerisinde. Özellikle tanığa karşı işlenen suçlarda, tanığın memur sayılması, fail bakımından ağırlaştırıcı sebeplerinin uygulanabilmesine imkan sağlar.

⁵² Daha fazla bilgi için bakınız Malkoç, İ., s.51

⁵³ Dan. 8.D., E.993/117, K.994/306, *Danıştay Dergisi*, sayı 90, s.817

Ayrıca, 765 sayılı TCK m. 279, kamu hizmetlilerini geniş anlamda memur kavramı içerisine almış ve ikinci fıkrada düzenlemiştir. Bu tanımlamaya bağlı olarak TCK, bazı hükümlerinde sadece memur ifadesini, bazılarında ise memur ile birlikte kamu hizmetlisi ifadesini de kullanarak düzenleme yapmıştır⁵⁴.

Kanunun lafzı, kamu görevi gören memurları 765 sayılı TCK uygulamasında, memur saymıştır. Buna karşılık kamu hizmeti gören memurlar, kamu hizmeti görmekle yükümlü kimse olarak kabul edilmiştir. Memur statüsü içinde olan veya olmayan müstahdemler veya sair kimseler ise, kamu hizmeti görme koşuluyla kamu hizmeti gören kimse olarak adlandırılmıştır⁵⁵.

"Memur" kavramı, TCK'nın güttüğü hedef ve taşıdığı mahiyet açısından dar yorumlanmıştır. Çünkü geniş yorum, basit kamu hizmetlerinin de; (örneğin, odacı, bekçi, bahçıvan, şoför gibi kişileri) bu kapsama dahil edilmesini gerektirmektedir. Bu da kanunun ruhuna ve amacına açıkça aykırı bulunmuştur⁵⁶.

Yargıtay da, memur kelimesini dar yorumlamış ve kanunun kabul ettiği "*amme vazifesi gören memur, müstahdem ve sair kimse*" kıstasını "*Devlet hizmeti gören memur*" şeklinde ifade etmiştir. Danıştay, 1255 sayılı tefsir kararından sonra verdiği bir kararında, odacıların ceza kanununa göre memur olmadığını, bu itibarla MMK'ya tabi olmadığını belirtmiştir. Danıştay, odacıların amme hizmeti görmediklerini ifade etmiş ve kamu görevi ile kamu hizmetini açıkça ayırmamakla beraber zımnen bir tefrik yaparak kıstaslarını ortaya koymuştur⁵⁷.

Sonuç olarak, 765 sayılı TCK'ya göre memurun tanımını şu şekilde yapabiliriz: Devletin hukuki sahasına giren, esas amaç ve özüne ilişkin yapmakla yükümlü olduğu zorunlu işlerinde sürekli-geçici, ücretli-ücretsiz, ihtiyari veya mecburi ayırımı yapılmaksızın kamu görevi görmek amacıyla yasama, yürütme ve yargı kollarında çalışan kişiler, memurdur.

⁵⁴ Pınar, İ. *Memurlar ...*, s.121, Öztürk Bahri, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ve İnsan Hakları Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri", *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 1997; s. 71

⁵⁵ Yaşar, H., "Ceza Kanunu...", s.815

⁵⁶ Gözübüyük, A. P., s.7, Pınar İ., "Memurlar ...", s. 121

⁵⁷ Kunter, N., s. 764

II. 5237 Sayılı TCK

A. Genel Olarak

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'da düzenlenen 'memur' terimini ve uygulamasını terk etmiş, 'kamu görevlisi' ifadesini benimsemiştir. Birazdan yapılacak olan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 5237 sayılı kanun sadece terim değişikliği yapmamış aynı zamanda kavramın içeriğini de tamamen değiştirmiştir.

5237 sayılı TCK'nun 6. maddesinin c fıkrasında 'kamu görevlisi', kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, olarak tanımlanmıştır. Maddenin gerekçesinde⁵⁸ ise, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçütün, gördüğü işin kamusal faaliyet olması gerektiği ifade edilmiştir. Kamusal faaliyet ise, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olarak tanımlanmıştır. Gerekçede örnek olarak, bilirkişiler, tercümanlar, tanıklar ve askerler kamu görevlisi olarak sayılmıştır.

5237 sayılı TCK'da kamu görevi- kamu hizmeti ayrımı yapılmamış, bu nedenle de memur kamu hizmetlisi kavramlarına yer verilmiştir⁵⁹. 765 sayılı TCK'da 'memur' olabilmek için aranan ölçüt, kamu görevi yerine getirmek olduğu için, 5237 sayılı kanundan tamamen

⁵⁸ Maddenin gerekçesi: "765 sayılı Türk Ceza kanunundaki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakiasına müdahil olan bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de kamu görevlisidirler.

^{Buna} karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilere rince üstlenilmesi durumunda bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır."

⁵⁹ Meran, N., *Zimmet...*, s.18

farklı bir anlayışı benimsediğini söyleyebiliriz. Bu kapsamda yeni kanun bir ölçüde idare hukuku anlayışına daha yakın bir bakış açısı getirmektedir. Öğretide, 5237 sayılı TCK'ya göre kamu görevi yerine getirmeyenlerin de 'kamu görevlisi' sayılacağı öne sürülmektedir⁶⁰. Bu kapsamda yeri geldikçe, 5237 sayılı kanunun idare hukuku ile benzer ve farklı yönleri üzerinde durulacaktır. Kapsamı ve sınırları değerlendirilecektir.

Bu noktada ayrıca TCK m. 6/d 'de tanımlanan yargı görevlileri bakımından da bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. İlgili madde ve fıkrada "...yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar" yargı görevi yapanlar olarak ayrıca ifade edilmiştir. Bu sayılan kişilerin yerine getirdikleri faaliyetlerin kamusal nitelik taşıdığı kuşkusuzdur. O halde 'yargı görevi yapanlar' da kamu görevlisi olarak değerlendirilecek midir? Görevini yerine getiren kamu görevlisine karşı işlenen suçlar bakımından ya da suçun işlenmesi için failin bir ön şart olarak kamu görevlisi olmasının gerekli olduğu suçlar bakımından, yargı görevini yerine getiren kişiler hakkında nasıl bir uygulama yapılacaktır? Aslında bu soruların yanıtı çok açıktır. 5237 sayılı kanunda ayrıca 'yargı görevi yapanlar'ın tanımlanmış olması, onların kamu görevlisi olma niteliğini değiştirmeyecektir. Zira hiç kuşkusuz ki, yargı görevi mensupları kamu görevi ifa etmektedirler. Bu nedenle de soruşturma usulleri farklı kanuna tabi olsa da, işledikleri suçlar bakımından ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olma sıfatları söz konusu olacaktır.

B. Kapsamı

5237 sayılı TCK m.6/c' de kamu görevlisi tanımı "*kamu faaliyetinin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" olarak yapılmıştır. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için belli şartların oluşması gerekir. Bunlardan ilki yürütülen işin kamusal faaliyet olması; ikincisi, bu işin yürütülmesi katılan kişinin faaliyete katılma şekli; üçüncüsü, faaliyetin niteliği ve dördüncüsü ise kişinin

⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.797

idare ile özel hukuk ilişkisi içerisinde olmamasıdır. İlk üç şart, maddedeki tanımdan açık olarak anlaşılabilen buna karşılık dördüncü şart gerekçede kendisini ortaya koymaktadır. Aşağıda özellikle kamusal faaliyet ve kamusal faaliyete katılma şekli üzerinde durulacak, faaliyetin niteliği ve gerekçede ortaya konulan ve tartışmalı olan dördüncü şart bu başlıklar altında bağlantılı olarak değerlendirilecektir.

a. Kamusal Faaliyet

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, “*kamu görevlisi*” kavramının belirlenmesinde temel ölçüt olarak ‘*kamusal*⁶¹ *faaliyet*’i esas alınmıştır. Bu nedenle, öncelikle ‘kamusal faaliyet’ kavramına açıklık getirmenin gerekli olduğunu düşündük. Zira kamusal faaliyet kavramı, ceza kanunumuza yeni giren bir kavramdır. 765 sayılı kanunda böyle bir ifade kullanılmadığı için kavramın açıklık kazanmasının büyük önemi bulunmaktadır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere 765 sayılı TCK m.279’da, ikili bir ayırım gözetilerek düzenleme yapılmıştı. Buna göre, kimlerin ‘*memur*’ sayılacağı ve kimlerin ‘*kamu hizmeti görmekle yükümlü*’ sayılacağı ayrı ayrı düzenlenmişti. 765 sayılı kanun uygulaması sırasında öğretilerdeki bazı yazarlar bu iki kavramın aynı anlama geldiğini ileri sürmüşlerdir⁶² ancak biz, kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarının farklı anlamlara geldiğini ve dolayısıyla farklı sonuçlar doğurduğu ifade etmiştik. Çünkü, bu ayırım 765 sayılı kanun uygulaması bakımından çok önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bazı suçlar sadece kamu görevi gören memurlar tarafından işlenebilmekte, bazı suçlar ise hem kamu görevi gören memurlar, hem de kamu hizmeti gören kamu hizmetlileri tarafından işlenebilmektedir. Buna karşılık bu kişilere karşı işlenen suçlar bakımından suçun ağırlaştırıcı nedeninin uygulanabilmesi için, mağdurun kamu görevi gören memur olması gerekirdi. Diğer bir

⁶¹ “*Kamusal-Özel*” ayrımı önem taşıyan bir konudur. Kamusal denildiğinde devletle ilgili, özel denildiğinde ise özel olan kişilerle ilgili bir durum anlaşılır. Detaylı bilgi için bkz. Meran, N., *Zimmet...*, s.19

⁶² Soyaslan, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 4. bası, s.592-593; Giritli / Bilgen / Akgüner, s.449, Dönmezer de aynı görüşteydi ancak sonraki çalışmalarında bu görüşünü değiştirmiştir, bkz. “*Memurin Muhakematı Bakımından Memur*”, *İÜHF* 1943, sayı:3-4, s.922 ve *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1983, s.74

ifade ile kamu hizmeti gören kişiler bu kapsam içerisinde bulunuyorlardı. Kanunkoyucu *yerine getirilen görevin amacı ve işlevin niteliğini* esas alarak farklı düzenlemeler yapmayı tercih etmişti. Bu ölçütler, devletin yerine getirmek zorunda olduğu birincil görevleri⁶³ olarak kabul edilmiş⁶⁴, Yargıtay da, 'memur' tanımı kapsamında aynı görüşü benimsemişti.

765 sayılı TCK döneminde 'memur' kavramının tanımı bakımından uygulamada sıkıntılar yaşanmıştır. Ancak yeni kanun bu sıkıntıları giderecek bir düzenleme yapmak yerine "kamusal faaliyet" kavramı ile kamu görevlisi kavramını tanımlamış ve uygulayıcıları bu kavram bakımından daha da sıkıntılı bir durumun içerisine sokmuştur. Ne yazık ki yeni bir kavram, başka bir yeni kavramla tanımlanmış ve kavranılması oldukça zor yeni değerlendirmeleri ortaya çıkarmıştır. Çünkü ne ceza hukuku, ne de idare hukuku 'kamusal faaliyet' terimini açıkça tanımlamıştır⁶⁵. Öğretide de, kanunkoyucunun bir kavramı bilinmeyen ve kullanılmayan başka bir kavramla açıklamaya çalışması, ciddi şekilde eleştirilmiştir⁶⁶.

Kavramın anlaşılması için bu nedenle öncelikle gerekçeye baktık. Maddenin gerekçesinde 'kamusal faaliyet', "Anayasa ve kanunlarda

⁶³ Birincil görev ile belirtmek istenen, ulusal güvenliğin korunması, kamu hizmetlerini yerine getirme, kolluk etkinlikleri, özendirme ve destekleme etkinlikleri, planlama etkinlikleri, idarenin iç işleyişine ilişkin etkinlikler sayılabilir. Detaylı bilgi için bkz. Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. baskı, Ankara 2004, s.19-23; Giritli/Bilgen/Akgüner, s.450

⁶⁴ Günday, M., s. 518-519; Giritli /Bilgen / Akgüner, s.450 İdare hukukçularına göre bu ölçüt, "idarenin kendisine verilen görevleri (idari işlemleri ya da fonksiyonları), Anayasanın 128. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına (kamu hukuku rejimi yada kamusal idare usulleri olarak da ifade edilebilir) göre yerine getirirken yaptığı idari, icrai, tek yanlı, kamu yararını gerçekleştirme amaçlayan idari işlemlere ve eylemlere katılan herkes olarak", değerlendirilmektedir

⁶⁵ Buna karşılık bazı yazarlar gerekçede olduğu gibi, kamusal faaliyetin Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olduğunun herkesçe bilindiğini ifade etmektedirler. Meran, N., s. 18. Ancak bu değerlendirme ilk olarak yeni Türk Ceza Kanunu'nun 6.maddesinin c fıkrasına ilişkin gerekçesi ile ortaya konulmuştur. Diğer bir ifade ile yazarın bu noktadaki görüşüne ve gerekçedeki ifadeye katılmaktayız.

⁶⁶ Okuyucu Ergün, Güneş, *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008, s.13; Önok Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.370

belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi" olarak tanımlanmıştı. Bu açıklamadan hareket ettiğimizde, kişinin yerine getirdiği faaliyet kamu görevi olmasa bile, gerçekleştirdiği etkinlik kamusal nitelik taşıyorsa, "kamu görevlisi" sayılmasının mümkün olacağı sonucuna varıyoruz⁶⁷. Çünkü kanunun gerekçesinde bir hizmetten bahsedilmekte, ve bunu diğer hizmetlerden ayıran ölçütün de, hizmetin kamu adına yürütülmesi olduğu belirtilmektedir. Ayrıca kişinin devletle veya bir kamu tüzel kişisiyle istihdam ilişkisi içerisinde bulunması gibi bir şart aranmamıştır. Bu anlamda yapılan açıklama ne idare hukuku esasları ile ne de ceza hukuku esasları ile bağdaşmamaktadır. Zira kamusal faaliyet kıstasının belirlenmesinde subjektif unsur olan personelin niteliği değil, objektif unsur olan faaliyetin niteliği esas alınmıştır⁶⁸. Öğretide bazı yazarlar kamusal faaliyetin kamu görevi olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedirler⁶⁹. Ancak bu da zorlama bir yorum olacaktır. Bu nedenle, tanım ve gerekçesinin açıklığı karşısında böyle bir yorumun yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

Yeni düzenleme ile, 765 sayılı TCK döneminde memur sayılmayan birçok görevli "kamu görevlisi" kapsamı içerisine dahil olmuştur⁷⁰. Bu tanım, Devlet Memurları Kanunundaki "memur" tanımından bile daha geniştir⁷¹. Yeni düzenleme ile örneğin, din hizmetlileri veya genel hizmetler sınıfında görev yapanlar, tek ölçütün kamusal faaliyetin yürütülmesine (atama, seçilme ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak) katılma olması nedeniyle, kamu görevi yerine getirmedikleri halde, artık kamu görevlisi olarak değerlendirilecektir. Üstelik gerekçede, "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki 'memur' tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, tasarı metninden çıkarılarak, *memur kavramını da kapsayan 'kamu görevlisi'* tanımına yer verildiği" açıklanmıştır. Ama yeni tanım, sıkın-

⁶⁷ Giritli /Bilgen /Akgüner, s.449; Tezcan/Erdem/Önok, s.798

⁶⁸ Özbek, Veli Özer /Kanbur, Nihat /Doğan, Koray /Bacaksız, Pınar /Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s.175

⁶⁹ Okuyucu Ergün, G., "Zimmet..." s.30 vd; Okuyucu Ergün, G., "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 82; 2009, s.141

⁷⁰ Artuk Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, s.484; Meran N., *Zimmet...*, s.19

⁷¹ Giritli/Bilgen/Akgüner, s.451; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.484, Eski Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımından da çok daha geniştir.

ları çözmek bir tarafa daha fazla eleştirinin ortaya çıkmasına ve sorunun doğmasına neden olmuştur.

İdare hukukundan farklı olarak 5237 sayılı TCK, kamusal faaliyete katılan kişinin devletle herhangi bir istihdam ilişkisi içerisinde olmasını da aramamaktadır. Bu noktada TCK'da yer alan kamu görevlisi kavramının, idare hukukundaki kamu görevlisi kavramından çok daha geniş bir kavram olduğunu görüyoruz⁷².

Kanun koyucunun TCK'da '*kamu görevlisi*' kavramını tanımlarken, '*memur*' kavramından daha geniş bir düzenleme yapmayı amaçlamış olması, ne yazık ki uygulamadaki sıkıntıları çözmek yerine, bunları daha da arttırmıştır⁷³. Nitekim, bu tanım neticesinde kamu görevlisi olmak, ayırıcı bir unsur olmaktan çıkmış, nerede ise toplumun geneline yayılmıştır⁷⁴. Bu denli büyük bir alana hitap etmenin mantığı, faydası ve amacı anlaşılabilir değildir. Oysa ki kanunkoyucu, rüşvet suçununun düzenlendiği madde 252/4 de olduğu gibi, failin kamu görevlisi olmasının ön şart olduğu özgü suçlarda, suçun faili konusunda genişletme yapma gereği duyduğunda, bunu açıkça yapabilmektedir. Diğer bir ifadeyle kanunkoyucu, arzu ettiği zaten kamu görevlisi kavramını genişletme imkanını kullanmaktadır. Hal böyle iken, ucu bucağı anlaşılmayan, sınırlarının çizilmesinde sıkıntı yaşatan bir düzenleme yapmış olması, düşündürücüdür.

b. Kamusal Faaliyete Katılma Şekli

İdare hukukunda, kamu görevlisi sayılabilmek için "*doğrudan kamu hizmeti gören-görmeyen*" ve "*kamuya yararlı iş gören-görmeyen*" ayrımı ön plana çıkarılmıştır. Yine idare hukukunda kamu hizmeti, kamu yararı bulunan toplumsal bir gereksinmeyi karşılamak amacıyla kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altındaki özel

⁷² Önok M., s.369

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7.bası, Ankara 2010, s.795 vd.; Farklı görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.483 "*İstihdamı değil, kişinin icra ettiği fonksiyonu esas alan yeni düzenlemenin yerinde olduğu*" ifade edilmektedir.

⁷⁴ Okuyucu Ergün, G., *Zimmet ...*, s.37

kişilerce yürütülen etkinlikler, olarak tanımlanmaktadır⁷⁵. Bu nedenle bir hizmetin sadece kamuya yönelik olması kamu hizmeti sayılması için yeterli değildir; ayrıca bu hizmetin kamu tüzel kişisi veya bunların denetim ve gözetimi altındaki özel hukuk kişilerince yürütülmesi gerekir. Örneğin dolmuş şöförleri kamuya yönelik bir hizmet sunmaktadırlar. Ancak bu hizmeti yerine getirenlerin idare ile herhangi bir organik bağı bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, ilgili hizmet, kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetim ve gözetimi altındaki özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmediği için idare hukuku anlamında kamu hizmeti sayılmazlar.

Buna karşılık, TCK m.6/1-c kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişinin anlaşılacağını belirtmiştir. Buradan çıkan sonuç, idare hukukundan farklı olarak kamuya yönelik ve kamuya yararlı her hizmeti sağlayanın, yeni ceza kanunu anlamında kamu görevlisi olabileceğidir⁷⁶ ki, bunun da sınırlarını çizmek kolay değildir. Ancak bu sınırların çizilmesi zaruridir.

Belki de sınırları çizebilmek için kanun koyucunun iradesi ile neyi amaçladığını tartışmak gerekir. Şu soruyu sormak bu noktada yerinde olacaktır. Kanun koyucu “*kamu görevlisi*” kavramını geniş olarak değerlendirecek, TCK’nun sınırlarını mı genişletmek istiyor? Demokratik devletlerde bilindiği üzere asl olan, düzenlemelerin cezai değil özel hukuk düzenlemeleri ile yapılmasıdır. Bu kapsamda çağdaş devletler mümkün olduğunca bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmeyi tercih etmezler, diğer bir ifade ile ceza hukukunun istisnailiği esas alınır. ‘*Ceza hukuku*’ başvurulacak son çaredir ve gerekli olmadıkça kullanılmamalıdır. Şimdi sorumuza geri dönelim, kanun koyucunun amacı bu noktada ceza hukukunun sınırlarını mı genişletmektir? Bu soruya ‘hayır’ şeklinde yanıt vermek istesek de, düzenlemeyi lafzi olarak değerlendirdiğimizde ne yazık ki yanıtın ‘evet’ olduğunu görmekteyiz.

Gereğince konuya ilişkin yapılan tek sınırlama, kamusal faaliyetin yürütülmesine ihale yoluyla katılanların, kamu görevlisi olarak kabul edilmeyeceğidir. Çünkü böyle bir katılma söz konusu olduğun-

⁷⁵ Giritli/Bilgen/Akgüner, s.39

⁷⁶ Önok, M., s.371

da, özel hukuk ilişkisi hükümleri uygulanacaktır. Cezai sorumluluk kapsamında ise, TCK'nın genel hükümlerinden hareket edilerek, ihale ilişkisine dayanarak katılan kişilerin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir⁷⁷. Aslında buradaki düzenleme ile, kamu hizmeti görenlerin değil, kamuya yararlı iş görenlerin kapsam dışında bırakılmak istendiğini düşünmekteyiz⁷⁸. Ayrıca kamusal faaliyetlerin yürütülmesinin özel hukuk kişilerince üstlenilmesi usulleri idare hukukunda belirlenmiştir. Bu usuller arasında ihale yöntemi bulunmamaktadır. İhale bu kapsamda kullanılan bir araçtır. Bu nedenle de gerekçedeki açıklama tam olarak kavramı açıklayamamaktadır⁷⁹.

Ancak bu noktada, sıkıntılı başka bir durum daha söz konusudur. Zira, bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için hizmetin sadece kamuya yönelik olması yetmez, söz konusu faaliyetin kamu hizmeti olduğunun siyasal irade tarafından belirlenmesi gerekir⁸⁰ aynı zamanda bu hizmetin kamu tüzel kişileri ya da bunların gözetimi ve denetimi altındaki kişilerce gerçekleştirilmesi aranır⁸¹. Eğer hizmet kamu kuruluşunun denetimi ve gözetimi altında ise hizmeti yürütenlerin Türk vatandaşı olup olmaması bakımından bir ayırım yapılmadığı için yabancılar dahi bu noktada kamu görevlisi olabileceklerdir⁸². İşte kamusal faaliyetin yürütülmesine '*herhangi bir surette katılan*' kişi ifadesinin tanımda kullanılmış olması bu sıkıntının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Oysa ki '*herhangi bir surette*' katılma ifadesi yer almasa idi, kavram daha net olarak ortaya konulabilirdi.

Kullanılan kavramları idare hukukundan bağımsız olarak değerlendirip konuyu ceza hukukunun ihtiyaçlarını dikkate alarak değerlendirmeye çalışır isek, o takdirde kamusal faaliyetin kamu görevi ve kamu hizmeti ifa edenleri kapsadığını düşünüp, kamuya yararlı bir faaliyetin yürütülmesine katılanları bu kapsamın dışında bırakabili-

⁷⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.484

⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.799; Önok M., s.372

⁷⁹ Önok M., s.372

⁸⁰ Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 779; Günday M., 284; Akyılmaz Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Konya 2003, s.329; Yaşar/Gökcan/Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, c.1, Ankara 2010, s.97

⁸¹ Giritli/Bilgen/Akgüner, s.39

⁸² Benzer yönde görüş için bkz. Önok M., s.372

riz⁸³. Bizce böyle bir değerlendirmenin kabulü sınırsızlığın önüne geçecektir. Sonuç olarak, kamu görevi ve kamu hizmeti görenler kamu görevlisi kavramı içerisinde değerlendirilecek, kamuya yararlı iş görenler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Bu değerlendirme, hem çerçeveyi çizecek hem de kamu faaliyetinin yürütülmesine 'herhangi bir surette' katılma ifadesinin genişliğini ortadan kaldıracaktır. Zira atama yoluyla veya seçilme yoluyla katılmanın niteliği ortadadır. Bu konuda zaten fazlaca tartışılacak bir husus bulunmamaktadır.

Zaten Yargıtay⁸⁴ da "site ve apartman yönetim kurulu başkanı ve üyelerinin kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacaklarını" ifade etmiştir. Yine, "Medeni Yasanın 398 vd. maddeleri uyarınca kısıtlı olan babasına yöntemince vasi olarak atanan sanığın üstlendiği özel vesayet görevinin kamusal nitelik taşımayıp bu nedenle kamu görevlisi sayılmayacağı⁸⁵" na karar vermiştir. Diğer bir ifade ile Yargıtay, gerçekleştirilen faaliyetin kamuya yararlı bir faaliyet olmasını tek başına kamu görevlisi olmak için yeterli bir kriter olarak kabul etmemektedir⁸⁶.

Buna karşılık, avukatlar⁸⁷, sağlık ocağında görev yapan hekimler⁸⁸, tanıklar⁸⁹, ihtiyar heyeti üyeleri⁹⁰, belediye başkanı⁹¹, federasyon başkanları⁹², vali yardımcılarını⁹³, kooperatiflerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri⁹⁴, kamu görevlisi olarak değerlendirilmişlerdir⁹⁵. Devlet ve vakıf üniversiteleri öğretim üyeleri de yine kamu görevlisi olarak değerlendirileceklerdir.

⁸³ Benzer yönde görüş için bkz. Önok M., s.372; Tezcan/Erdem/Önok, s.799

⁸⁴ Yar. 4.Dairesi 02.04.2008 tarih ve 2008/1344-2008/5396 s.k.

⁸⁵ Yar. 4.CD. 05.12.2007 t., 2006/6881-2007/10375 sk.

⁸⁶ Kararların devamı için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s.123-125

⁸⁷ Yar. 4.CD. 23.11.2009 t., 2008/5516-2009/19215 sk.

⁸⁸ Yar. 4.CD. 07.10.2009 t., 2008/10261-2009/15788 sk.

⁸⁹ Yar. 4.CD. 13.07.2009 t., 2008/19877-2009/14039 sk.

⁹⁰ Yar. 4.CD. 09.02.2009 t., 2007/1152-2009/1830 sk

⁹¹ Yar. 4.CD. 21.01.2009 t., 2007/5687-2009/473 sk.

⁹² Yar. 4.CD. 16.11.2009 t., 2009/23014-2009/19293 sk.

⁹³ Yar. 4.CD. 17.11.2009 t., 2008/4093-2009/18964 sk.

⁹⁴ Yar. 5.CD. 10.04.2007 t., 2006/11234-2007/2734 sk.

⁹⁵ Kararların içeriği için ayrıca bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s.120-123

Yaşar/Gökcan/Artuç'a⁹⁶ göre de, artık kişinin kamu görevi mi yoksa kamu hizmeti mi gerçekleştirdiğinin önemi yoktur. Önemli olan kamu görevine iştirakin herhangi bir biçimde değil, kamu hukuku usulünce gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Sonuç olarak, kamusal faaliyete katılan kişinin devletle herhangi bir organik bağ içinde olması, ücret alması veya başkaca maddi bir menfaat temin edip etmemesi önemli değildir⁹⁷. Bu noktada 5237 sayılı TCK, ciddi bir şekilde idare hukukundan ayrılmaktadır. Kamusal faaliyetin, gerek kamu görevi gerekse kamu hizmeti kavramlarınca karşılanması, 765 sayılı TCK'daki kamu hizmeti görenlerin kapsam dışındaki bırakılmasına ilişkin eleştirileri de karşılamış olur. Ancak kamuya yararlı faaliyetlerin kamusal faaliyet kapsamında değerlendirilmemesi oldukça önemlidir. Ayrıca kamuya yararlı faaliyetlerin kamusal faaliyet kapsamı içerisinde düşünülmemesi, kamusal faaliyete herhangi bir surette katılma ifadesinin genişliğini de daraltmaktadır. Bu bakımdan gerek Yargıtay, gerekse öğreti tarafından benimsenen ve ortaya konulan yol yerinde olmuştur.

c. KİT Çalışanlarının ve Kamusal Faaliyet Yürütmeyen Kurumlarda Çalışanların Durumu

KİT çalışanlarının durumunu ayrı bir başlık altında incelememizin nedeni, 765 sayılı kanun döneminde bu kişilerin hukuki statü ve uygulamalarına ilişkin özel düzenlemelerin ve uygulamaların olmasıdır. Bunun yanında kamusal bir faaliyet yürütmeyen kurumların kendi özel kanunlarında personelin 'kamu personeli' gibi veya 'memur' gibi cezalandırılacağı ifadelerinin bulunması halinde, bu çalışanlar bakımından da bilgi vermek yerinde olacaktır. Öncelikle KİT çalışanları üzerinde duracağız.

765 sayılı TCK döneminde, m. 279/1 kapsamında sadece kamu görevi ifa edenler memur sayıldığı için, KİT personeli bu kapsama

⁹⁶ *Yaşar/Gökcan/Artuç*, s.98

⁹⁷ Yar. 4. CD 23.11.2009 tarih ve 2008/5516-2009/19215 sayılı kararında, avukatın yeni Türk Ceza Kanunu uygulamasında kamu görevlisi olarak kabul edileceğini ifade etmiş ve bu kapsamda görevi kötüye kullanma suçunun faili olabileceğini belirtmiştir. Detaylı karar için bkz. *Yaşar/Gökcan/Artuç*, s.120

girmiyordu. Kanunkoyucunun duyduğu lüzum üzerine, 3771 sayılı kanunla kanunlaştırılan 399 sayılı KHK'nin 11/b maddesi gereğince, KİT personelinin bizzat işledikleri suçlar bakımından memur sayılacağı hükme bağlanmıştı. Öte yandan bu kişilere karşı işlenen suçlar bakımından, kişinin KİT çalışanı olmasının bir önemi yoktu, çünkü sadece işledikleri suçlar bakımından (elbetteki yerine getirdikleri görevleri ile ilgili olarak) memur gibi cezalandırılmaları söz konusu idi. Düzenleme tamamen ilgili kuruluşların menfaatini korumaya yönelik tek taraflı bir koruma sağlıyordu.

5237 sayılı TCK, kamu görevlisi kavramını tanımlayarak tamamen farklı bir anlayış getirdi. Bu kapsamda artık TCK uygulaması bakımından, KİT personelinin durumunun ne olacağına yönelik, öğretide iki görüş ileri sürüldü. İlk görüşe göre⁹⁸, TCK m. 5'te yer alan düzenleme gereğince, TCK madde 6'daki '*kamu görevlisi*' tanımı, artık ceza sorumluluğunu düzenleyen özel kanunlardaki düzenlemeler bakımından da geçerli olacaktır. Zira, TCK'nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır. Bu sebeple ilgili kuruluş personelinin memur sayılacağı ya da memur gibi cezalandırılacağı yönünde getirilen düzenlemeler, yürürlükten kalkmış sayılacaktır. Bu kişiler, yeni TCK m. 6/c de yer alan '*kamu görevlisi*' tanımı içerisine giriyorlarsa, yeni kanun uygulaması bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilecek ve aksine bir düzenleme kendi mevzuatlarınca yapılmadığı sürece, hem işledikleri suçlar bakımından hem de kendilerine yönelik işlenen suçlar bakımından, kamu görevlisi olma sıfatları dikkate alınarak işlem yapılacaktır. Çünkü yürürlük yasasının geçici 1. maddesinde, diğer kanunların TCK'nın genel hükümlerine aykırı olan düzenlemelerinin yürürlüğünün sağlanmasının istenmesi halinde, en geç 31.12.2008 tarihine kadar ilgili değişikliklerin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Böyle bir düzenleme yapılmadığı için, 31.12.2008 tarihinden itibaren artık yeni ceza kanununun genel hükümlerinin geçerli olacağı ifade edilmiştir.

⁹⁸ Apaydın, Necati, "TCK Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu II*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s.154, Okuyucu Ergün, s.43; Tezcan/Erдем/Önok, s.803; Okuyucu Ergün, G., "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 82; 2009, s.142

İkinci görüş⁹⁹ ise, 765 sayılı TCK döneminde, diğer kanunlardan TCK'ya yapılan göndermelerin, 5237 sayılı TCK döneminde artık ilgili konuyu karşılayan 5237 sayılı TCK hükümlerine yapılmış olduğunu kabul eder. Bu görüşe dayanak sağlayan düzenleme, 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 3/1. maddesidir. Bu maddede "*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır*" denilmektedir. Bu kapsamda KİT personelinin, yeni TCK m.6/c'de düzenlenen 'kamu görevlisi' kavramı kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın, kamu görevlisi olarak sayılması gerektiği ve o çerçevede cezalandırılması gerektiği ifade edilir . Bu görüşte, 765 sayılı TCK dönemindeki tek taraflı uygulama anlayışı devam ettirilmiş ve korunmuştur.

Bizim görüşümüze göre ilk görüş, daha yerinde bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Özel kanunlarda yer alan KİT personelinin 'memur gibi cezalandırılacağı'na ilişkin düzenlemeler, TCK m. 5'in açık düzenlemesi karşısında hükümsüz hale gelmiştir. Burada artık tek değerlendirilecek olan husus, KİT personelinin TCK m. 6/c kapsamında kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağıdır. Zira Yargıtay 4. CD. de, 05.12.2006¹⁰⁰ tarih ve 2081/17292 sayılı kararıyla vermiş olduğu kararıyla, KİT personelinin kamu görevlisi olarak kabul edileceğini ve gerek işledikleri suçlar bakımından, gerekse kendilerine yönelik işlenen suçlar bakımından kamu personeli olarak kabul edileceklerini onaylamıştır.

Sonuç olarak 765 sayılı TCK uygulamasında KİT personeli bakımından söz konusu olan ikili ayırım, 5237 sayılı TCK ile ortadan kalkmıştır. Bundan böyle KİT personeli genel olarak kamu görevlisi kapsamında değerlendirilecektir¹⁰¹.

⁹⁹ Artuk/Gökcan/Yendünya, s.484-485; Gökcan, Hasan Tahsin, *Görevi Kötiyeye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2008, s.46

¹⁰⁰ Yaşar/Gökcan/Artaç, s.98-99,126-127 "*Posta dağıtıcısı olan sanığın posta gönderilmesiyle ilgili olarak 399 sayılı Yasa Gücünde Kararnamenin 11/b maddesi ve Tebligat Yasası kapsamındaki görevini yapması nedeniyle de 7201 sayılı Tebligat Yasasının 52,57.maddeleri uyarınca 765 sayılı TCY uygulamasında "memur" sayılarak memur gibi cezalandırılması gerektiği gibi, 5237 sayılı TCY'nın 5, 6/c maddeleri gereği "kamusal faaliyete" katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir"*

¹⁰¹ Benzer yönde görüş için bakınız Meran, N., s.20

KİT sayılmamakla birlikte, TCK m.6 kapsamında kamusal faaliyet yürütmeyen bir kurumun kendi özel kanununda, çalışanların 'kamu görevlisi' gibi cezalandırılacaklarının düzenlenmiş olması halinde uygulama nasıl olacaktır? Bu kapsamda bazı yazarlar KİT çalışanlarının durumundan farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadırlar. Buna göre bu kişiler TCK m. 6 kapsamında kamu görevlisi sayılmamakla birlikte işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılabilirlerdir¹⁰². Yukarıdaki görüşten ayrılmasının nedeni ise Yargıtay'ın yaklaşımıdır. Yargıtay 5. CD 10.04.2007 tarihli kararında¹⁰³ kooperatiflerin yönetim kurulu başkan ve üyelerinin kamu görevlisi gibi cezalandırılmalarının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Ancak biz bu noktada da ilk görüşün uygulanmasının daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Eğer ilgili kanunlarda değişiklik yapılmamış ise, artık bu kişiler bakımından da TCK m. 6/c kapsamında değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır. Zira kanunkoyucu, kamusal faaliyet kistasının ötesinde de bazı suçların faileri bakımından çitayı genişletmiştir. Bu noktada, zaten kurumun kendi mevzuatındaki düzenlemeden bağımsız olarak, TCK kapsamında bazı özgü suçlar için suçun failerinin kapsamının genişletildiğini görmekteyiz. Örneğin, rüşvet suçunun düzenlendiği TCK m. 252/4'te, halka açık anonim şirketlerin ve kooperatif adına hareket eden kişilerin de bu suçun faili olabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda yer alan kişiler, işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılacak, fakat kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi kabul edilmeyeceklerdir. Kanunkoyucu diğer anlayışı benimsemiş olsaydı, bu çeşit özgü suçlar bakımından ayrıca genişletme yapma gereği duymazdı. Diğer bir ifade ile kanunkoyucunun da ilk görüş doğrultusunda hareket ettiğini düşünmekteyiz.

Sonuç

Sonuç olarak, 5237 sayılı TCK m. 6/c fıkrasında düzenlenmiş olan '*kamu görevlisi*' kavramının, 765 sayılı TCK'daki '*memur*' kavramından çok daha geniş bir kavram olduğunu ifade edebiliriz. Kavramın, ta-

¹⁰² Tezcan/Erdem/Önok, s.803

¹⁰³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.123, Yar. 5. CD. 10.04.2007 t., 2006/11234-2007/2734 sk.

mamen yeni bir kavram olan kamusal faaliyet kavramı ile açıklanmış olması, gerekçede kamusal faaliyete ilişkin açıklamanın açık ve net olmaması, diğer bir ifade ile kavramın sınırlarını tam olarak belirlenememesi sıkıntı verici bir durumdur.

Bu itibarla yaptığımız incelemede, öğretinin görüşleri ve Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları değerlendirilerek şu sonuçlara ulaşılmıştır.

1. 5237 sayılı TCK'da tanımlanan 'kamu görevlisi' kavramı ne yazık ki 765 sayılı kanun döneminde yaşanan sıkıntıları çözecek nitelikte bir tanım değildir.
2. TCK, kamu görevlisi kapsamına giren kişilerin belirlenmesinde tek ölçüt olarak kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmak esasını kabul ettiği için yapılan düzenleme sağlıklı bir tanımlama getirmemiştir.
3. Gerekçede açıklanan kamusal faaliyet kavramı da yeterli bir açıklama içermemektedir. Bunun nedeni, 'kamusal faaliyet' kavramının ne ceza hukukunda ne de idare hukukunda tanımlanmış olmasıdır.
4. 5237 sayılı TCK'nın, 765 sayılı kanunda tanımlanan kamu görevi gören memurları ve kamu hizmeti gören kamu hizmetlilerini içerdiği, buna karşılık kamuya yararlı iş görenleri kapsamadığı şeklinde anlaşılması, sınırlarının çizilmesi bakımından faydalı bir yaklaşım olacaktır. Aynı zamanda 765 sayılı TCK dönemindeki eleştirileri de karşılayacaktır.
5. Ayrıca eskiden sadece işledikleri suçlar bakımından memur gibi cezalandırılan KİT çalışanları, yeni düzenleme bakımından hem işledikleri suçlar hem de kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 'kamu görevlisi' olarak değerlendirileceklerdir. Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir.
6. Buna karşılık KİT çalışanları dışında kalan kendi özel kanunlarında memur gibi cezalandırılacakları hükme bağlanmış olan çalışanlar bakımından da TCK m.6/c kapsamında değerlendirme yapılması ve bu kişilerin kamu görevlisi kavramı dışında tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira kanunkoyucu çeşitli maddelerde özgü suçun faillerinin kapsamını bilinçli olarak arttırmıştır. Bu

nedenle ilgili personelin ancak, özgü suçların failleri bakımından yapılan genişletme kapsamına girmeleri halinde veya 31.12. 2008 tarihine kadar kendi kanunlarında değişiklik yapılmış olması halinde kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklarını ifade etmeliyiz. Bu kapsam dışında kalmaları halinde ise, ne işledikleri suçlar bakımından ne de kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilemezler.

7. Kanunkoyucu, gerek kamu görevlisi kavramının tanımı bakımından, gerekse bazı suçların faili bakımından çok geniş bir düzenleme yapmıştır. Bu denli geniş bir düzenlemenin yapılması çok da gerekli değildir. Zira bu tanım nedeniyle, özellikle özgü suç niteliği taşıyan ciddi ve ağır suçların faillerinin kapsamı oldukça genişletilmiştir. Demokratik ülkelerde, ceza kanunu uygulamasının istisnailiği ilkesi geçerlidir. Diğer bir ifade ile, ceza hukuku son çare olarak uygulanmaktadır. Esas olan özel hukuk uygulamaları ve yaptırımları ile kamu düzenini korumak ve geliştirmektir. Bu kapsamda yapılan düzenlemenin çok geniş olduğunu ve yukarıda önerdiğimiz hususlar kapsamında sınırlarının çizilmesi halinde, sıkıntının bir ölçüde azaltılabileceğini düşünmekteyiz.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Konya 2003
- Apaydın, Necati, “ TCK Tasarısında’ki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu II*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004
- Artuk, Emin/Gökçen, Ahmet /Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005
- Beşe, Hakkı Kamil, *Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri*, Ankara 1943
- Can, İsmail, *Memur Soruşturması Memurlarla İlgili Suçlar ve Soruşturma Mevzuatı*, Ankara 1987
- Damar, Emrullah, *Devlet Memurları Kanunu ve Sözleşmeli Personel Mevzuatı*, 2.bası, Ankara 1993

- Demirbaş, Timur, "Türk Ceza Kanunu'nda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", *Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, DEÜHFD.*, Ankara 1987, c. III, sayı. 1-4
- Dönmezer, Sulhi, "İktisadi Devlet Teşekkülleri Memur ve Müstahdemleri ve Memurin Muhakemat Kanununun Tatbiki", *İHFD* 1945, c.IX, sayı.3-4, s.387 vd.
- Dönmezer, Sulhi, "Memurin Muhakematı Bakımından Memur", *İHFD* 1943, c.9, sayı 1-4, s. 820-823
- Erdoğan, Ahmet, "Memur Kavramında Yenilik", *DD*, 1972, yıl. 2, sayı 4, s.8 vd.
- Erman, Sahir, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", *SBOD*, c. 11, s.3-4, 1947
- Giritli, İsmet, *Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli*, Filiz Kitabevi, 6.bası, İstanbul 1979
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2006
- Gökcan, Hasan Tahsin, *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- Gökçe, Abbas, "Memurun Adli Görevi ve Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa", *DD*, 1979, y.9
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, "Ceza Hukukumuzda Memur ve Hizmetli Kavramları", *AD*, 1970, sayı.1, s.5 vd.
- Gözübüyük, Şeref / Tan Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 5.bası, c.1, Ankara 2007
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 9. baskı, Ankara 2004
- Keyman, Selahattin, "Memurin Muhakematı Kanunu", *AÜHFD*, 1962, c.XIX, sayı 1-4, s.173 vd.
- Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 9.bası, İstanbul 1989
- Malkoç, İsmail, *Memur Yargılaması*, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2000

- Meran, Necati, *Zimmet-Rüşvet İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- Mumcu, Uğur, "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", *AÜHFD* 1971, c. XXVIII, sayı.1-4, s.133 vd.
- Okuyucu Ergün, Güneş, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008
- Okuyucu, Ergün Güneş, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 82, 2009, s.1139-169
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, 3. bası, 2.cilt, İstanbul 1966
- Önder, Ali Rıza, "Ceza Yargılama Usulünde Memur Sayılmayan Görevliler", *AD*, Ağustos 1974
- Önok, Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özell Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010
- Öztürk Bahri, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ve İnsan Hakları Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri" *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 1997, sayı 1, s.71 vd.
- Pınar, İbrahim, *Memur Suçlarının Soruşturma Usulü*, Ankara 1997
- Pınar, İbrahim, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000
- Postacıoğlu, İ. E., *Türk Ceza Kanunu Muvacehesinde İflas İdare Memurları*, *İHEM* 1973
- Sancakdar, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001
- Sancakdar, Oğuz, *Memur Hukuku*, TC. Anadolu Üniversitesi Yayını No.1760, Ağustos 2007, 1.bası
- Selçuk, Sami, "İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı", *YD*, Ocak-Nisan 1997, s.1-2,

- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, 4.bası, Ankara 2004
- Soyaslan, Doğan,, "Ceza Hukukunda Memur Kavramı", *AÜHFD.*, 1996, c. 45, s. 1-4
- Şekercioğlu, Metin, *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı*, İstanbul 1974
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi 7. bası, Ankara 2010
- Timur, Turgut, *Memurların Yargılanmaları Usulü*, Ankara 1971
- Ünlü, Ahmet Hamdi, *Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa*, Ankara, 1992
- Yaşar, Hakkı, "Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki", *AD*, 1966
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, c.1, Ankara 2010

CEZA KANUNLARININ YER YÖNÜNDEN UYGULANMASI

IMPLEMENTATION OF PENAL CODE IN TERMS OF PLACE

Devrim AYDIN*

Özet: Cezalandırmak, devlet egemenliğinin bir sonucu olduğu için devlet bu yetkisini egemenlik alanında kullanabilir. Devletin egemenlik alanı, devletin ülkesiyle sınırlıdır. Ancak devletler, hukuk düzenlerini ve vatandaşlarını korumak amacıyla ülkeleri dışında işlenen suçlar söz konusu olduğunda da yargı yetkisini kullanmaktadırlar. Ceza kanunlarının yer yerinden uygulanması bakımından mülkîlik, faile göre şahsîlik, mağdura göre şahsîlik, koruma ve evrensellik olmak üzere beş ilke bulunmaktadır. Yargı yetkisine dair ilkelerde, suç ile devlet arasında belli bir hukuksal ilişki bulunmasına rağmen evrensel yargı yetkisinde suç ile devlet arasında herhangi bir bağ yoktur.

Anahtar kelimeler: Yargı yetkisi, uluslararası hukuk, ceza hukuku, ceza yargısı, Türk ceza hukuku.

Abstract: Penalizing is a result of the sovereignty of the state therefore states may exercise this authority within their territory. Sovereignty area of the state is limited with the territory of this state. However, states may also apply their jurisdiction to protect their legal order and their nationals in case of crimes committed out of their territory. There are five principles regarding the criminal jurisdiction of the states. Territorial jurisdiction, active personality principle, passive personality principle, and protective principle are results of state sovereignty. Although there is a certain legal relation between the crime and the state regarding the jurisdiction principles, there is not a bond between the crime and the state regarding universal jurisdiction.

Keywords: Jurisdiction, international law, criminal law, criminal jurisdiction, Turkish criminal law.

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku öğretim üyesi.

Giriş

Yargı yetkisi, dar anlamda “mahkemelerde yargılama yapmak” anlamındayken, uzun bir dönem “devletin hüküm ve tasarrufları” anlamında da kullanılmıştır. Bu niteleme bir anlamıyla geçerliliğini korumaktadır zira yargı yetkisini kullanmak, hüküm vermek, cezalandırmak ve cezayı infaz etmek devlet egemenliğinin bir ifadesidir.¹ Bu nedenle yargı yetkisi, devletin kural koyma ve bu kuralları mahkemeleri aracılığıyla uygulama yetkisi-gücü olarak da tanımlanmıştır.² Devletin yargı yetkisi, esasen o devletin egemenlik alanı olan ülkesinde söz konusu olabilir. Yargı yetkisinin bir diğer görünümü de devletin cezalandırmak yetkisidir. Cezalandırmak yetkisi devlet egemenliğinin bir sonucu olduğu için, devlet bu yetkisini de esasen kendi egemenlik alanı olan ülkesinde kullanabilir. Ancak devletler, hukuk düzenlerini korumak amacıyla, ülkeleri dışında işlenen suçlarda da yargı yetkisini kullanmaktadır.

Ceza davalarında devletin suça dair yargı yetkisi bakımından suçun işlendiği yeri esas alan “mülkîlik”, failin vatandaşlığını esas alan “faile göre şahsîlik”, mağdurun vatandaşlığını esas alan “mağdura göre şahsîlik”, ihlal edilen ulusal menfaatleri esas alan “koruma” ve suçun uluslararası niteliğini esas alan “evrensellik” ilkesi olmak üzere beş sistem bulunmaktadır.³ Bunlardan ilk dördünde suç ile devlet arasında suçun işlendiği yer, failin ya da mağdurun vatandaşlığı ya da suçun ilgili devletin zararına karşı işlenmiş olması nedeniyle belli bir ilişki

¹ Stephen Tierney, “Reframing Sovereignty? Sub-State National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-State”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, s. 162; D. P. O’Connell, *International Law for Students*, London, Stevens & Sons, 1971, s. 251.

² M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 511; Christopher Blakesley, “Extraterritorial Jurisdiction”, *International Criminal Law*, Vol. 2, (Edit) M. Cherif Bassiouni, New York, Transnational Publishers, 1998, s. 36.

³ Bunların yanı sıra, TCK m. 12/f.3’te yer alan bir yabancının yabancı ülkede yabancıya karşı suç işlemesi halinde koşulları varsa Türkiye’de cezalandırılabileceğine dair hükmü “ikame (başka devlet adına) yargı ilkesi” olarak adlandıran görüşler için bkz. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 464 - 465; Durmuş Tezcan - M. Ruhan Erdem - R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2009, s. 156 vd. Gerçekten de burada incelenen beş ilkenin hiçbirine dayanmayan bu hükmün ikame bir yargı yetkisi olarak nitelenmesi mümkündür.

bulunmaktadır. Bu ilk dört ilkenin uygulanma nedeni, devletin hukuk sisteminin suçtan doğrudan etkilenmiş olmasıdır. Evrensel yargı yetkisi söz konusu olduğunda ise suç ile devlet arasında doğrudan bir bağ olmasına gerek yoktur. Bu durumda, suçla hiçbir ilgisi olmayan ve suçtan doğrudan zarar görmeyen üçüncü bir devlet bu suçlardan dolayı kendi ceza kanunlarına göre yargılama yapmaktadır. Çünkü evrensel yargı yetkisi, bütün ulusların ve bütün devletlerin menfaatlerini ihlal eden suçların işlenmesi halinde uygulama alanı bulmaktadır.

Türkiye Cumhuriyetinin cezalandırmak yetkisinin yer bakımından sınırları hakkında Anayasa'da bir hüküm yoktur. Yukarıda belirtildiği gibi, yargı yetkisi devlet egemenliğinin bir sonucu olduğu için, bu yönde bir hükmün herhangi bir kanunda yer almasına da gerek yoktur. Anayasanın 9. maddesinde "yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı" ifadesi, yargı yetkisinin yer yönünden uygulanmasını değil, kimler tarafından uygulanacağını göstermektedir. Devlet, egemenlik ve yargı yetkisini esasen cezalandırmak yetkisiyle gösterdiği için yargı yetkisinin yer yönünden sınırları Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) "Genel Hükümler" başlıklı birinci kitapta, "Kanunun Uygulama Alanı" başlıklı ikinci kısımda, m. 8 ve devamında düzenlenmiştir. Ancak TCK'da yargı yetkisini düzenleyen hükümlerin başlığında veya içeriğinde yargı yetkisine dair ilkeler ismen yer almamıştır. Hangi hükmün hangi yargı yetkisine dayandığı, hükmün içeriğine bakılarak tespit edilmelidir.

Mülkilik İlkesi

Bu ilke, yargılamanın suçun işlendiği yerde⁴ (*locus delicti commissi*) yapılması gerektiği fikrine dayanır. Buna göre, ister vatandaş ister yabancı tarafından işlenmiş olsun, devletin ülkesinde işlenen bütün suçları takip etmek yetkisi o devlete aittir.⁵ Bu ilkeye göre ceza kanununun

⁴ Suçun işlendiği yer hakkında bkz. Durmuş Tezcan, "Yeni TCK'da Yer Bakımından Yetki", *Manisa Barosu Dergisi*, Sayı 110, s. 40 vd.; Berrin Akbulut, "Suçun İşlendiği Yer", *Üçüncü Yılında Yeni Ceza Adaleti*, Seçkin Yay., Ankara, 2009, s. 123 vd.; Mahmut Koca - İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 63 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 76 vd.; Zafer, s. 449 vd.

⁵ W. William Bishop, "International Law, Cases and Materials", Boston, L. Brown and Company, 1953, s. 363.

uygulanma alanı, kanun koyan devletin ülkesiyle sınırlı olup ceza kanunları bu devletin ülkesinde işlenen suçlara uygulanır. Bu ilke, devlet egemenliğinin ve yargı yetkisinin o devletin egemenlik alanında mutlak olduğu düşüncesine dayanır. Devletin egemenlik alanının olduğu her toprak parçasında ilgili ulus devletin kuralları uygulandığına göre bu ilke, geleneksel egemenlik anlayışının en somut görünümüdür.⁶

Egemenlikle olan ilgisinin yanı sıra mülkîlik ilkesinin temel ilke olarak kabul edilmesinin iki önemli nedeni ceza hukukunun niteliği ile ilgilidir. Bunlardan birincisi, yargılamanın kamu düzeninin bozulduğu yerde yapılması ihtiyacı, ikincisi ise delillere ulaşma kolaylığıdır.⁷ Böylece, hem delillere ve tanıklara kolay ulaşılacak hem de sosyal sözleşme ve kamu düzeni nerde bozulmuşsa orada düzeltilecektir. Montesquiesu, Voltaire ve Rousseau ceza yargılamasında mülkîlik ilkesine vurgu yapmıştır. Beccaria da mülkîlik ilkesine önem vererek kişinin suçu işleyerek hukuku çiğnediği ve sosyal sözleşmeyi bozduğu yerde cezalandırılması gerektiğini savunmuştur.⁸

Ülke, sadece devletin toprağından oluşmadığı için mülkîlik ilkesi de sadece devletin toprak ülkesinde işlenen suçlarla sınırlı değildir. Devletin ülkesi kara sularını, iç suları ve bunun üzerindeki hava sahasını da kapsar. Bayrak kuralından dolayı, uluslararası sularda ve bunun üzerindeki uluslararası hava sahasında bulunan deniz ve hava araçları, bayrağını taşıdığı devletin toprağı olarak kabul edilir. Birinci durumu ifade etmek için gerçek ülke, ikinci durumu ifade etmek içinse farazi ülke ifadesi de kullanılır.⁹ Yer bakımından Uygulama başlıklı TCK m. 8/f.1'de "*Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk Kanunları uygulanır.*" denilmek suretiyle yargı yetkisinin esasen mülkîlik ilkesine dayandığı kabul edilmiştir. TCK m.8 /f.2, a bendinde ise "*Suç; Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında ... işlendiğinde Türkiye'de işlen-*

⁶ Ilias Bantekas - Susan Nash, International Criminal Law, London, Routledge - Cavendish Publications, 2007, s.73; Tezcan - Erdem - Önok, s. 80; Blakesley, s. 43.

⁷ Antonio Cassese: International Criminal Law, New York, Oxford University Press, 2003, s. 278.

⁸ Bkz. Cassese, s. 278; Tezcan - Erdem - Önok, s. 81.

⁹ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara, 2009, s. 140; Veli Özer Özbek - Nihat Kanbur - Pınar Bacaksız - Koray Doğan - İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 132 vd.; Zafer, s. 458.

miş sayılır." denilerek gerçek ülkedeki yargı yetkisi belirlenmiştir. TCK m. 8/f.2, b bendinde "Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla," c bendinde "Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla" d bendinde ise "Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı" işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır denilerek Türkiye'nin farazi ülkesindeki yargı yetkisi belirlenmiştir.¹⁰

Ülkesellik ilkesinin uygulanabilmesi için hem davranışın hem de sonucun mutlaka o devletin ülkesinde işlenmiş olması gerekmez. Mesafe suçlarında davranışın yapıldığı yer ile sonucun gerçekleştiği yer birbirinden farklıdır. Başka bir devlet ülkesinde başlayan ya da yargı yetkisini haiz devletin ülkesinde başlayıp da bir başka devletin ülkesinde devam eden ya da sona eren suçlarda da devletin yargı yetkisinin varlığı kabul edilmektedir.¹¹ TCK m. 8/f.1'de "Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır." denilerek (fiilin) davranışın veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde TCK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Mesafe suçu denilen bu durumlarda davranış başka ülkede yapılmış, buna rağmen sonuç başka bir ülkede gerçekleşmişse "dışarıdan içeriye mesafe suçu", davranış ilgili ülkede yapıp da sonuç başka ülkede gerçekleşmiş ise "içeriden dışarıya mesafe suçu"ndan bahsedilir. Münih havaalanında zehirlenen kişinin İstanbul'a geldiğinde ölmesi birinci duruma, İstanbul havaalanında zehirlenen yolcunun Münih'te ölmesi ise ikinci duruma örnek verilebilir. Böyle bir durumda iki devlet arasında bir anlaşma var ise buna göre davranılacak, aksi halde adli yardımlaşma hükümlerine göre bir çözüme varılacaktır.

Faile Göre Şahsilik İlkesi

Bu ilke, nerede suç işlenmiş olursa olsun, ceza kanunların vatandaşlara uygulanacağı anlayışına dayanır.¹² Fail ister kendi ülkesinde ister yabancı bir ülkede bulunsun, vatandaşı olduğu devletin ceza

¹⁰ Zeki Hafızoğulları - Muharrem Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yay., Ankara, 2010, s. 39.

¹¹ Bkz. Akbulut, s. 128 vd.; Koca - Üzülmez, s. 64 vd.; Tezcan - Erdem - Önok, s. 87 vd.

¹² Bkz. Bishop, s. 363; Zafer, s. 459.

kanununa tabidir. Devlet, yabancı ülkede bulunan vatandaşlarına buldukları ülkenin kanunlara saygılı olmaları ve suç işlememeleri ödevini yüklemektedir.¹³ Devlet başka bir devletin ülkesinde işlenen suçu, faille arasındaki hukuksal bağa dayanarak soruşturmakta ve yargı yetkisinin alanını genişletmektedir.¹⁴ Bu ilkeye başvurulabilmesi için mağdurun ilgili devletin vatandaşı olması gerektiği gibi, suç işlendikten sonra failin vatandaşlık durumundaki değişiklik de önemli değildir.¹⁵

Birçok kanunda bu ilkeye yer verilmesinin nedeni, suç nedeniyle vatandaşın geri verilmesinin anayasada kabul edilmemesidir.¹⁶ Bu ilkenin uygulandığı hallerde devlet, bir başka ülkede suç işleyen vatandaşını geri vermediği gibi vatandaşının cezasız kalmasını da önlemiş olur.¹⁷ Bazen de suçun işlendiği ülkedeki yargı ve hukuk sistemine itibar etmeyen devlet, kendi vatandaşının suçun işlendiği yerde yargılanmasını engellemek için bu yola gitmektedir. Failin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet, faille arasındaki bu hukuksal bağdan yola çıkarak başka bir ülkede işlenen suç üzerinde yargı yetkisini kullanmaktadır.

Devletin bu yetkisini kullanması ceza kanunlarında bazı şartlara bağlanmış olabilir. Ancak devlet bu yetkisini kullanmak için failin ya da suçun işlendiği devletin iznine veya onayına gerek duymaz. Devletin yargı yetkisinin başka ülkede suç işlemiş vatandaşlarını yargılamayı da içerdiği kabul edilir. *“Vatandaş Tarafından İşlenen Suç”* başlıklı TCK m. 11/f.1’de *“Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk Kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk Kanun-*

¹³ O’Connell, s. 254.

¹⁴ Blakesley, s. 61- 62.

¹⁵ Bkz. Koca - Üzülmüş, s. 75.

¹⁶ Cassese, s. 281; Demirbaş, s. 161; Tezcan - Erdem - Önok, s. 134.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 38/f.11’e göre, *“Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşı, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.”* Türkiye henüz Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’ne taraf olmadığı için vatandaşın herhangi bir suçtan dolayı geri verilmesi söz konusu değildir.

larına göre cezalandırılır.” demek suretiyle faile göre şahsilik ilkesinin kapsamını ve bunun uygulanma koşullarını belirlemiştir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre; “suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükûmetin şikayetine bağlıdır. Bu durumda şikayet, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır”. Bunun yanı sıra, Görev Suçları başlıklı TCK m.10’da “Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır.” denilerek görev suçları yönünden de faile göre şahsiliği benimsenmiştir.

Mağdura Göre Şahsilik İlkesi

Bu ilkeye göre yargı yetkisi, mağdurun vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlete aittir.¹⁸ Devlet, sınırları dışında vatandaşlarına karşı işlenen suçlarda da “devlet vatandaşını korur” anlayışıyla, yargı yetkisini kullanarak vatandaşlarının haklarını gözettiği için bu ilke ulusal-milliyetçi esaslara dayanır. Faile göre şahsilik ilkesi 19. yüzyılda şekillenmesine rağmen 2. Dünya Savaşı’nın ardından Fransa’nın ülkesi dışında vatandaşlarına yönelik askeri veya savaş suçlarında vatandaşlarına karşı suç işleyenleri koruyacağını beyan etmesiyle yerleşmiştir.¹⁹ Bu ilkenin gündeme geldiği Bozkurt – Lotus davasından bu yana uluslararası hukuk ve devletlerin egemenlik algısı oldukça değişmiş durumdadır.²⁰ Bu ilke yaygın biçimde Meksika, Brezilya ve İtalya tarafından

¹⁸ Bazı hukukçular, koruma ilkesinin hem devleti hem de vatandaşı koruyucu bir yönü olduğunu ileri sürerek, bu ilkeyi de koruma ilkesi başlığı altında incelemektedirler. Bazı hukukçular ise ikili bir ayrıma giderek, suçun mağdurunun devlet olması durumunu “koruma ilkesi”, suçun mağdurunun (suçun pasif süjesinin) vatandaşı olması durumunu ise “mağdura göre şahsilik” ilkesi olarak adlandırmaktadırlar. Bkz. Bishop, s. 363; O’Connell, s. 336. İncelemede kolaylık sağlanması için ikinci yöntemi benimsedik.

¹⁹ Blakesley, s. 69 -70.

²⁰ 2 Ağustos 1926’da, Lotus adlı Fransız bandıralı yük gemisi ile Bozkurt adlı Türk bandıralı kömür yüklü gemi Akdeniz’in uluslararası sularında, Midilli Adası’nın 5 - 6 deniz mili açıklarında çarpışmıştır. Bozkurt’un mürettebından sekizi kaybolmuş, Lotus ise kurtarabildiği birkaç tayfa ve Bozkurt’un kaptanını İstanbul’a getirmiştir. Kazadan sonra İstanbul’a gelen Lotus’un Fransız kaptanı Demons, meydana gelen kaza ve ölümlerden sorumlu tutularak İstanbul mahkemesi tarafından yargılanmış 15 Eylül 1926’da taksirle ölüme sebebiyet vermekten

uygulanmaktayken İngiltere ve ABD'nin eleştirilerine hedef olmuştur. Ancak ilk kez Noriega Davasında bu ilkeye dayanarak yargılama yapan ABD, son yıllarda yaşanan uluslararası çatışmaların ardından, ülkesi ve ülkesi dışında vatandaşlarına yapılan saldırıların faillerini bu ilkeye dayanarak yargılamaya başlamıştır.²¹ Devletler, uçak kaçırma ve sabotajlar sonucu mağdur olan vatandaşlarını bu ilke çerçevesinde korumayı, böylece bir başka ülkede vatandaşlarına karşı suç işleyen faillerin cezasız kalmamalarını amaçlamaktadırlar.²² Bu ilkeyi uygulayarak başka bir ülkede bulunan kişiyi yargılayan devlet, çoğu zaman sanık geri verilmediği için sanığın yokluğunda (in absentia) yargılama yapmaktadır.²³

Mağdura göre şahsilik ilkesi, TCK m. 12/f.2'de yer almaktadır.²⁴

dolayı 80 gün hapis ve para cezasına mahkum edilmiştir. Olay uluslararası sularda gerçekleştiği için Fransa nota vererek Türk mahkemesinin yargı yetkisinin olmadığını belirtmiştir. Türkiye ise notayı reddederek olayı Lahey'de bulunan Milletlerarası Daimi Adalet Divanı'na götürmeyi önermiştir. 7 Eylül 1927'de Divan önünde görülen davada Fransa'nın savunmaları reddedilerek Türkiye'nin uluslararası sularda gerçekleşen ve vatandaşlarının ölümüyle sonuçlanan bu olayda yargı yetkisini kullanmasını engelleyen bir uluslararası kuralın olmadığına karar vermiştir. Davanın tam metnine ulaşmak için bkz. <http://www.icj-cij.org/pcij>

²¹ Panama devlet başkanı Manuel Noriega, 1988'de ABD'de (Miami) gıyabında yapılan yargılama sonucu jüri tarafından uyuşturucu kaçakçılığı ile suçlanmıştır. 1990'da ABD askeri kuvvetleri Panama'ya askeri bir operasyon düzenleyerek Noriega'yı bu suçlardan dolayı tutukladılar. ABD'ye götürülen Noriega'nın yargılanması boyunca devlet başkanının diplomatik dokunulmazlığı ve bir devletin başka bir devlet ülkesinde işlenen suçlardan dolayı yargı yetkisine sahip olup olamayacağı tartışma konusu olmuştur. Bkz. Adam Isaac Hasson, "Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet, and Milosevic-Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law". Makalenin tam metnine ulaşmak için bkz. http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/lwsch/journals/bcicl.

²² Burada "Lockerbie Davası"nın niteliği de vurgulanmalıdır. Bu davada esasen hukuksal bir sorun "siyasal bir yöntemle" çözülmüştür. Ancak sorun aşılıncaya kadar, İngiltere ve ABD "koruma ilkesine" dayanarak sanıkların kendilerine iade edilmesi hususunda ısrar etmişlerdir. Bu dava hakkında bkz. Anthony Aust, "Lockerbie: The Other Case", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, 2000, s. 278 vd.; Türkkiye Ataöv, Lockerbie Olayı, Ankara, 1992.

²³ Bkz. Cedric Ryngaert, "Universal Jurisdiction in an ICC Era", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 14, N.1, s.54 vd.

²⁴ "Yabancı Tarafından İşlenen Suç" başlıklı TCK m. 12/f.1'de "Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk Kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk Kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama

Bu hükme göre, “Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk Kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikayeti üzerine fail, Türk Kanunlarına göre cezalandırılır.” Maddede geçen “yukarıdaki suç” ifadesi TCK m. 12/f.1’deki “13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk Kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suç”tur. Buna göre, yabancı ülkede aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçun Türk vatandaşının veya Türk Kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işleyen bir yabancı, Türkiye’de bulunduğu takdirde Türk Kanunlarına göre cezalandırılır.

Koruma İlkesi

Koruma ilkesi, devletin kendisi koruma hakkı olduğu anlayışına dayanır. Bu ilkenin uygulanmasında önemli olan suçun devletin menfaatlerine karşı işlenmiş olmasıdır.²⁵ Suçun nerede ve kim tarafından işlendiği önemli değildir. Devlet, ülkesinde işlenen suçlarda mülkiyet ilkesine dayanarak, başka bir ülkede işlenen suçları ise fail veya mağdur vatandaş ise yargılamaktadır. Koruma ilkesine başvurulduğunda, suçun devletin ülkesinde işlenmiş olması, fail ya da mağdurun da vatandaş olması gerekmez. Bu durumda devlet, başka bir ülkede işlenen bir suçun bizzat kendi varlığına ve güvenliğine karşı işlenmiş kabul ederek yargı yetkisini kullanmaktadır. Suçun mağduru, devlet tüzel kişiliği ya da o devletin toplumdur.²⁶ Devletin bu ilkeye başvurulabilmesi için yabancı ülkede yapılan davranışların o ülke kanunları-

yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.” denilmektedir. Birçok yazar, bu fıkra hükmünü de mağdura göre şahsılık kapsamında değerlendirmektedirler. Bkz. Koca - Üzülmez, s. 77; Özbek ve diğerleri, s. 147 - 148; Demirbaş, s.164. Bu hükümde suçun “Türkiye’nin zararına işlenmiş olması” koşulu arandığından, 18 nolu dipnotta belirtilen kapsamda, bu hükmü koruma ilkesi kapsamında ele alan görüşleri benimsedik. Bkz. Zafer, s. 463; Hakeri, 84.

²⁵ Zafer, s. 463; Tezcan - Erdem - Önok, s.145.

²⁶ Daha önce de belirttiği gibi, koruma ilkesinin hem devleti hem de vatandaşları koruyucu bir yönü olduğu ileri süren görüşler vardır. Ancak ikili bir ayrıma gidilerek, suçun mağdurunun (suçun pasif sujesinin) vatandaş (gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi) olması “mağdura göre şahsılık” ilkesi, suçun mağdurunun devlet olması durumu ise “koruma ilkesi” olarak adlandırılmalıdır. Bkz. Bishop, s. 336, Zafer, s. 463, Hakeri, s. 84.

na göre suç olması da gerekmez. Yargı yetkisini kullanan devlet, bir başka ülkede yapılan hareketleri kendi ülkesinin kanunlarına göre suç olarak görmektedir. Bu durumda ülke dışında devletin güvenliğine veya devlet fonksiyonlarının bütünlüğüne/işleyişine yönelik suçlarda devletin bu suçu kendi mahkemelerinde yargılayarak kendi kanunlarını uygulanması amaçlanır.²⁷ Bu ilkenin uygulanması, devlet egemenliğinin devletin ülkesi dışında da korunmasını amaçlar. Vatana ihanet ve casusluk bu ilkenin uygulandığı klasik örneklerdir.²⁸

Koruma ilkesine başvurulduğunda devlet, bir başka ülkede bulunan ve vatandaşı da olmayan kişileri yargılamaktadır. Bu nedenle, bu ilkeye dayanarak yargılama yapılması halinde, bir başka çalışmanın konusu olabilecek sorunlar doğmaktadır. Her şeyden önce, yargı yetkisini kullanan devlet, başka devletin vatandaşını yargılamaktadır. Bu devletin adli yardımında bulunup delilleri paylaşması zordur. Vatandaş bir başka devletin mahkemesinde yargılanan devlet, vatandaşını geri vermeyi kabul etmeyebilir. Bu yargı yetkisine başvuru hallerinde, iki devlet arasındaki hukuksal sorunların yanı sıra politik, ekonomik, askeri sorunlar ve çekişmelerin yaşanacağı açıktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Yabancı Tarafından İşlenen Suç başlıklı TCK m. 12/f.1'deki "*Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk Kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk Kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.*" hükmü koruma ilkesine dayanmaktadır.²⁹ Bunun yanı sıra, TCK m. 13/f.1, b bendindeki düzenleme de koruma ilkesine dayanmaktadır.³⁰ TCK m. 13/f.1'de "*Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk Kanunları uygulanır*" denilmektedir. TCK m. 13/f.1, b bendinde ise "*İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci,*

²⁷ Blakesley, s. 54.

²⁸ Bantekas - Nash, s. 83.

²⁹ Zafer, s. 463; Hakeri, s. 84.

³⁰ Zafer, s. 463; Hakeri, s. 84. Hakeri, TCK m. 13/f.1, a bendinde yer alan suçların da koruma ilkesine dayandığını savunmaktadır. Ancak a bendinde yer alan soykırım suçu ve insanlığa karşı suçların evrensel yargı yetkisi kapsamında değerlendirmesi gerekmektedir.

Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar” sayılmaktadır. Bu suçlar, Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar (m. 299 – 301), Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (m. 302 – 308), Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m. 309 – 316), Milli Savunmaya Karşı Suçlar (m. 317 – 325), Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (m. 326 – 339), Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlardır (m. 340 – 343). Bu suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılır. (TCK m. 13/f.3)

Evrensel Yargı Yetkisi

Evrensel yargı yetkisi, deniz haydutluğuna karşı mücadele edilebilmesi amacıyla kabul edilmiştir.³¹ Açık denizlerde bir haydut gemisini herhangi bir devletin takip edip bunları cezalandırabilmesinin temeli ise deniz haydutluğunun herkese karşı suç (*delicta juris gentium*) olarak görülmesidir.³² Bu istisnai yargı yetkisine başvurulmasının nedeni, klasik yargı yetkisi ilkelerine başvurulamayan ve bütün devlet ve toplumların zararına işlenen suçların faillerini herhangi bir devletin yargılama hakkına sahip olmasını sağlamaktır.³³ Evrensel yargı yetkisi, diğer ilkelere başvurulamayan hallerde suçla doğrudan ilgisi olmayan bir devlete yargılama yapma yetkisi vermektedir.³⁴

Bu ilke esasen devletin egemenlik alanında uygulanabilecek olan yargı yetkisinin istisnai olarak geniş bir alanda uygulanmasına olanak tanımaktadır. Bu durumda ceza kanunları nerede, kim tarafından ve kime karşı işlenirse işlensin tüm suçlara uygulanır.³⁵ Böyle olunca, aslında “*istisnai ve dar*” bir yargı, yetkisi en güçlü ilke haline gelip en geniş uygulama alanına sahip olmakta ve bu nedenle de bir başka

³¹ Cassese, s. 284; Madeline Morris, “Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks”, *New England Law Review*, 2000 - 2001, N. 35, s. 339 vd.

³² Bishop, s. 365.

³³ Cassese, s. 284.

³⁴ Bruce Broomhall, “*International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*”, Oxford, Oxford University Press, 2003, s. 106; Hakeri, s.85.

³⁵ Morris, s. 337; Luc Reydam, “Universal Criminal Jurisdiction: The Belgian State of Affairs”, *Criminal Law Forum*, 2000, N.11, s.185.

devletin egemenlik alanına müdahale teşkil etmektedir. Suçluyu elinde bulunduran herhangi bir devlet, bütün devletlerin ortak çıkarlarını ihlal eden kişiyi yargılayabilir ve yargılamalıdır. Suçluyu elinde bulunduran devlet bu kişiyi yargılamıyorsa talep eden devlete iade etmelidir. Buradan hareketle “*ya yargıla ya iade et*” (aut dedere, aut judicare) ilkesi de kabul edilmiştir.³⁶ Buna göre, bir devletin ülkesinde bulunan bir sanık ya işlediği suçtan dolayı bulunduğu ülkede yargılanmalıdır ya da kendisini talep eden devlete iade edilerek yargılanması sağlanmalıdır.³⁷

Korsanlara karşı etkin mücadele amacıyla benimsenen evrensel yargı yetkisi günümüzde uyuşturucu ticareti ve terörizme karşı mücadelede yoğun biçimde uygulanmasının yanı sıra insan ticareti, göçmen kaçakçılığı ve kara para aklama suçlarına karşı da etkin bir mücadele aracıdır.³⁸ Bugün evrensellik ilkesinin asıl önemi, uluslararası suçların işlenmesi halinde uygulanabilir olmasından kaynaklanmaktadır. Nürenberg ve Tokyo yargılamalarından beri “*uluslararası ceza hukuku*” ya da “*evrensel ceza hukuku*” denilen alan şekillenmeye başlamış ve ulusların ve insanlığın evrensel menfaatleri bu yeni hukukla korunmaya çalışılmıştır.³⁹ Bu yargılamalarla şekillenen evrensel yargı yetkisi, mülk ilkesinin antitezi niteliğine bürünmüştür.⁴⁰

Uzun zamandan beridir soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların bu suçların işlendikleri devlet ülkesi dışında da kovuşturulabileceği ve sorumluların yargılabilecekleri kabul edilmektedir. Bu suçların takip edilmesi açısından evrensel yargı yetkisinin kabul edilmesinin temel nedeni, bu tür suçların işlendiği ülkede etkin bir hukuk

³⁶ Hakeri, s. 85; Koca - Üzülmez, s. 79; Tezcan - Erdem - Önok, s. 148.

³⁷ O’Connell, s. 338; Broomhall, s. 107; Ademola Abass, “The International Criminal Court and Universal Jurisdiction”, *International Criminal Law Review*, Vol. 6, N. 3, s. 353 vd; Bantekas - Nash, s. 91.

³⁸ Bantekas - Nash, s. 86; Zafer, s. 466.

³⁹ Broomhall, s. 109 vd.; Ryngaert, s. 57. 1933’te Palermo’da yapılan 3. Ceza Hukuku Uluslararası Kongresinde tüm devletlerin ortak çıkarlarını ihlal eden suçlar evrensellik ilkesi çerçevesinde kovuşturulacak suçlar olarak belirtilmiş ve hangi suçların bu nitelikte sayılacağı örnekleyici biçimde sayılmıştır. Bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 149.

⁴⁰ Henry King, “Universal Jurisdiction: Myths, Realities, Prospects, War Crimes and Crimes Against Humanity”, *New England Law Review*, 2000 - 2001, Vol. 35, N. 2, s. 282.

sistemi ve yargının bulanmayacağı ya da ilgili devletin bu suçları yargılamakta gerekli özeni göstermeyeceği endişesidir.⁴¹ Uluslararası suçların kovuşturulmasında evrensellik ilkesinin hayata geçirilmesi, bu suçlara iştirak edenlerden en azından bir kısmının yargılanabilmesini olanaklı kılacak ve bu suçların failleri cezasız kalmayacaktır.⁴² Ancak evrensel yargı yetkisinin kabul edilme nedeni devletleri sorumlu tutmak ya da devletleri cezalandırmak değil, insanlığa karşı suç işleyen bireylerin cezasız kalmamasını sağlamaktır.⁴³ Evrensel yargı yetkisinin kabul edilme nedeni devletlerin birbirlerinin içişlerine müdahale etmeleri ya da siyasi baskı kurabilmeleri de değildir. Günümüzde bu ilkenin amacı uluslararası suçların cezasız kalmasını engellemek ve bozulan uluslararası kamu düzenini yeniden tesis edebilmektir. Nitekim 2. Dünya Savaşı'nın ardından hem ulusal hem de uluslararası mahkemeler önünde savaş suçları ve insanlığa karşı suçların konu edildiği bir dizi yargılama yapılmıştır. Londra anlaşması ile kurulan Nüremberg ve daha sonra Uzak Doğu'da işlenen benzeri suçları yargılamak amacıyla kurulan Tokyo mahkemelerindeki yargılamalar mülkilik, koruma ya da şahsılık ilkelerine göre yargılama yaptıkları gibi açıkça ifade edilmese de evrensellik ilkesine dayanarak da yargılama yapmışlardır.⁴⁴ 1948 tarihli Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin müzakereleri sırasında da bu suçu işleyen herkesin herhangi bir devlet tarafından yargılanabilmesi gündeme gelmiş ve Sovyetler Birliği, ABD ve Fransa'nın yoğun muhalefeti üzerine kabul edilmemiştir.⁴⁵ Bu nedenle Soykırım Sözleşmesi bu suçu işleyenlerin ilgili devlet tarafından yargılanmasını kabul ederek, evrensel yargı yetkisini dışlamıştır. Bugün, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçunda ulusal mahkemelerin evrensel yargı yetkisinin varlığı artık genel olarak uluslararası hukukta kabul görmektedir.⁴⁶ Evrensel yargı

⁴¹ Morris, s. 337, dipnot n. 1.

⁴² Morris, s. 338; Blakesley, s. 71 - 72.

⁴³ King, s. 282.

⁴⁴ 2. Dünya savaşı sırasında Almanya'daki bir kampta Belçikalı, İspanyol ve Fransız esirlere kötü muamele etmek ve bunları öldürmekle suçlanan İspanyol vatandaşı Monte'nin, Fransız askeri mahkemesinde yargılanması buna örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Morris, s. 342.

⁴⁵ Morris, s. 347; Hall, s. 130 vd.

⁴⁶ Son yıllarda terörist eylemlerin de yukarıda ifade edilen suçlar gibi uluslararası kamu düzenini bozdukları, uluslararası suç oldukları düşüncesiyle terörist

yetkisi, korsanlıkla mücadele etmek amacıyla geleneksel uluslararası hukukta uzun zamandır bilinmesine karşın 2. Dünya savaşının ardından çok daha farklı amaçlarla kullanılmaya başlamıştır. Günümüzde evrensel yargı yetkisine, özellikle uluslararası suçları takip etmek için başvurulmaktadır. Ancak evrensel yargı yetkisine başvurulması durumunda, devletler arasında uluslararası ve ceza hukuku konularında bir başka çalışmanın konusu olabilecek sorunlar çıkabilmektedir. Yargı yetkisi açısından “tamamlayıcılık” ilkesiyle çalışan Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurulmasıyla beraber evrensel yargı yetkisinin kullanılması daha karmaşık bir hal almıştır.⁴⁷

TCK m. 13/f.1, b bendi koruma ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir. Bu bent hükümleri dışındaki 13. maddede sayılan diğer haller evrensel yargı yetkisi kapsamında değerlendirilebilir. Çünkü “Diğer Suçlar” başlıklı TCK m. 13/f.1’de “Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk Kanunları uygulanır” denilerek fail veya mağdurun vatandaş olması veya suçun Türkiye zararına işlenmesi koşulu aranmamıştır. Ancak TCK m. 13’ün başlığı isabetli olmadığı gibi madde metninde uzun bir suç listesinin yer alması da doğru değildir. “Diğer suçlar” ifadesi ceza hukuku tekniği açısından eleştirilerek madde başlığının “ülke dışında işlenen suçlar” ya da “yabancı ülkede işlenen suçlar” olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁸ Madde başlığına yöneltilen bu eleştiriler doğrudur. Bunun yanı sıra evrensel yargı yetkisinin amacı ve niteliği dikkate alındığında 13. mad-

eylemlerin kovuşturulmasında da evrensel yargı yetkisinin varlığı ileri sürülmüşse de bu fikir henüz genel kabul görmemektedir. Bkz. Morris, s. 349. Henüz siyasal suç ile terör eylemleri konusunda belli bir tanım birliği sağlanmadığı ve terör eylemlerinin suçun işlendiği devlette kovuşturulabildiğine göre evrensel yargı ilkesini işletmek yersizdir. Öte yandan terör suçlarına dair sorunların geri verme kurumu, terörizmin önlenmesine dair iki ve çok taraflı anlaşmalarla çözümlenebileceği düşünülürse bu suçların takibi için evrensel yargı yetkisini kabul etmek gereksizdir.

⁴⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü m. 17’ye göre; Statüde yer alan bir suçun işlenmesi halinde birincil (asıl) yargılama yetkisi ilgili devletin ceza mahkemelerine aittir. Mülkîlik, koruma, şahsîlik ya da evrensel yargı yetkilerinden birini kullanarak yargılama yapan devlete Statü’de öncelik verilmiştir. İlgili Devlet göstermelik yargılama yapıyorsa, yargılama yapıp göstermelik cezalar veriyorsa veya yargılama yapmıyorsa ya da yargılama yapabilecek kapasiteye sahip değilse ya da hu devletin bizzat kendisinin istemesi halinde Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisi devreye girecektir.

⁴⁸ Bkz. Hafızoğulları – Özen, s. 41.

de kapsamının çok geniş tutulduğu da açıktır. TCK m. 13/f.1, a bendindeki suçların (soykırım suçu, insanlığa karşı suç, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti) evrensel yargı yetkisine dahil edilmesi isabetlidir. Bu suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılır. (TCK m. 13/f.3) Bunun yanı sıra işkence ve çevrenin kasten kirletilmesi suçlarında da evresel yargı yetkisine başvurulması kabul edilebilir. Ancak parada sahtecilik; uyuşturucu madde imal ve ticareti; deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması, fuhuş gibi suçlarda da bu yargı yetkisine başvurulması isabetli değildir. Ancak yargılama yapılmasının Adalet Bakanının istemine bağlanmış olması, olası sorunları engelleyebilir. 13. maddede yer alan suçların vatandaş tarafından işlenmesi halinde re’sen kovuşturma yapılması, yabancı tarafından işlenmesi halinde ise savcının kovuşturma yapmak konusunda takdir yetkisine sahip olması gerektiği de önerilmiştir.⁴⁹

Sonuç

Devlet egemenliğinin bir ifadesi olan “*cezalandırmak yetkisi*”, devletin egemenlik alanı ile sınırlıdır. Ceza davalarında devletin suça dair yargı yetkisi bakımından suçun işlendiği yeri esas alan “*mülkîlik*”, ihlal edilen ulusal menfaatleri esas alan “*koruma*”, failin vatandaşlığını esas alan “*faile göre şahsîlik*”, mağdurun vatandaşlığını esas alan “*mağdura göre şahsîlik*” ve suçun uluslararası niteliğini esas alan “*evrensellik*” ilkesi olmak üzere beş sistem bulunmaktadır.

Temel ilke olan mülkîlik ilkesine göre, devletin ülkesinde işlenen bir suç kim tarafından kime karşı işlenmiş olursa olsun, bu suçu takip etmek ve failleri yargılamak yetkisi o devlete aittir. TCK m. 8, mülkîlik ilkesine dayanmaktadır. Faile göre şahsîlik ilkesine göre, (TCK m. 11/f.1) fail ister kendi ülkesinde ister yabancı bir ülkede bulunsun, vatandaşı olduğu devletin ceza kanununa tabidir. Mağdura göre şahsîlik ilkesinde devlet, egemenlik alanı dışında işlenen suçun mağduru olan vatandaşına karşı işlenen suçu yargılamaktadır. TCK m. 12/f.2 mağdura göre şahsîlik ilkesine dayanmaktadır. Koruma ilkesinde ise

⁴⁹ Hakeri, s. 86.

devlet, başka bir ülkede işlenen bir suç bizzat kendi varlığına ve güvenliğine karşı işlenmiş kabul ederek yargı yetkisini kullanmaktadır. Devlet bu ilkeyi uygulayarak egemenliğini ülkesi dışında da korunmayı amaçlar. TCK m. 12/f.1 ve TCK m. 13/f.1, b bendi koruma ilkesine dayanmaktadır.

Yargı yetkisine dair ilkelerde, suç ile devlet arasında belli bir hukuksal ilişki bulunmasına rağmen evrensel yargı yetkisinde suç ile devlet arasında herhangi bir bağ yoktur. Bu durumda suçla hiçbir ilgisi olmayan ve suçtan doğrudan bir zarar görmeyen bir devlet, yargı yetkisini kullanmaktadır. Evrensel yargı yetkisi, geleneksel uluslararası hukukta uzun zamandır bilinmektedir. Ancak geleneksel uluslararası hukukta evrensel yargı yetkisinin kapsamı, korsanlarla her devletin mücadele edebilmesi ile sınırlıydı. Bu ilke, 2. Dünya savaşının ardından çok daha farklı amaçlarla kullanılmaya başlamıştır. Günümüzde evrensel yargı yetkisine, özellikle uluslararası suçları takip etmek ve uluslararası kamu düzenini korumak amacıyla başvurulmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yapmaya başlamasıyla beraber, evrensel yargı yetkisi daha karmaşık bir hal almıştır. TCK m. 13'te sayılan suçlar (f.1/b bendi hariç) evrensel yargı yetkisi kapsamında düzenlenmiştir, ancak bu hükümde yer verilen a bendindeki uluslararası suçlar dışındakiler evrensel yargı yetkisinin kapsamı ve amacı ile uyumlu değildir. Esasen günümüzde evrensel yargı yetkisi sadece a bendinde sayılan uluslararası suçların cezasız kalmasını önlemeye yöneliktir.

KAYNAKLAR

- Abass, Ademola, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, N. 3, s. 349 - 385.
- Akbulut, Berrin, "Suçun İşlendiği Yer", *Üçüncü Yılında Yeni Ceza Adaleti* içinde, Seçkin Yay., Ankara, 2009, 123 - 160.
- Bantekas, Ilias - Nash, Susan, "International Criminal Law", London, *Routledge - Cavendish Publications*, 2007.
- Bassiouni, M. Cherif, "Crimes Against Humanity in International Law, London", *Martinus Nijhoff Publishers*, 1992.

- Bishop, W. William, *International Law, Cases and Materials*, Boston, L. Brown and Company, 1953.
- Blakesley, Christopher, "Extraterritorial Jurisdiction", *International Criminal Law*, Vol. 2, (Edit) M. Cherif Bassiouni, New York, Transnational Publishers, 1998.
- Broomhall, Bruce, "International Justice and the International Criminal Court, Between Sovereignty and the Rule of Law", Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Cassese Antonio, "International Criminal Law", New York, Oxford University Press, 2003.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2009.
- Hafizoğulları, Zeki - Özen, Muharrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yay., Ankara, 2010.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- King, Henry, "Universal Jurisdiction, Myths, Realities, Prospects, War Crimes and Crimes Against Humanity", *New England Law Review*, 2000 - 2001, Vol. 35, N. 2, s. 281 - 286.
- Koca, Mahmut - Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara, 2008.
- Morris, Madeline, "Universal Jurisdiction in a Divided World, Conference Remarks", *New England Law Review*, 2000 - 2001, N. 35, s. 337 - 361.
- O'Connell, D.P, "International Law for Students", London, Stevens & Sons, 1971.
- Özbek, Veli Özer - Kanbur, Nihat - Bacaksız, Pınar - Doğan, Koray -Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara, 2010.
- Reydams, Luc, "Universal Criminal Jurisdiction, The Belgian State of Affairs", *Criminal Law Forum*, 2000, N.11, s. 183 - 216.
- Ryngaert, Cedric, "Universal Jurisdiction in an ICC Era", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 14, N.1, s. 46 - 80.

Tezcan, Durmuş, "Yeni TCK'da Yer Bakımında Yetki", *Manisa Barosu Dergisi*, Sayı 110, s. 40 -50.

Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Önok, R. Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2009.

Tierney, Stephen, "Reframing Sovereignty? Sub-State National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-State", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, 161 - 183.

Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yay., İstanbul, 2010.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA “MALA ZARAR VERME” VE “İBADETHANELERE VE MEZARLIKLARA ZARAR VERME” SUÇLARI THE CRIMES OF “DAMAGE TO PROPERTY” AND “DAMAGE TO WORSHIP PLACES AND CEMETERIES” IN TURKISH CRIMINAL CODE

İsmail GÜROCAK*

Özet : Mala zarar verme ve ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçları TCK'nın malvarlığına karşı suçlar başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Her iki suç tipinin de günlük hayatta uygulaması oldukça fazladır.

Mala zarar verme suçunda suçla korunan hukuki değer mülkiyet hakkıdır. Suçun maddi konusu başkasına ait taşınır ve taşınmaz mallardır. Suç, fail ve mağdur açısından özellik arz etmez. Son olarak suçun genel kasta tabi olduğunu söyleyebiliriz. İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu da suçun maddi konusu dışında mala zarar verme suçu ile paralel özellikler gösterir. Lakin bu suçun maddi konusu ibadethaneler, bunların eklentileri, buralardaki eşya, mezarlar, bunların üzerindeki yapılar, mezarlıklardaki tesisler ve mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılarıdır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Kanunu, mala zarar verme, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme

Abstract : Damage to Property and Damage to worship places and cemeteries crimes are arranged in the Offenses Against Property section of Turkish Criminal Code. The both crime types are fairly enforceable in everyday life.

In the crime of Damage to Property, the judicial value which is protected by that crime type is property right. Otherwise the matter of fact is movable and immovable goods which belong to someone else. The crime type does not include any specialty in terms of victim and offender. Lastly It is sayable that this crime type is subject to general malice. On the other hand the crime of Damage to worship places and cemeteries has the same specialty just as the crime of Damage to Property except its matter of fact. Because the matter of fact in this crime type is worship places and their accessories, cemeteries and structures on them, facilities above cemeteries and structures which is made for protection of cemeteries.

Keywords: Turkish Criminal Code, damage to property, damage to worship places and cemeteries

* Av., Antalya Barosu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD tezli yüksek lisans öğrencisi.

GİRİŞ

Mala zarar verme ile ibadethaneler ve mezarlıklara zarar verme suçları, TCK'nın malvarlığına karşı suçlar başlıklı bölümünde düzenlenmiş ve günlük hayatta uygulaması çok olan suç tipleridir.

Bu çalışmanın ilk bölümünde *mala zarar verme suçu* incelenecektir. Bu suç öncelikle eski ve yeni ceza kanunları açısından değerlendirilip, daha sonra ise benzer suçlarla mukayesesi ortaya konacaktır. Bu açıklamalardan sonra suçun unsurları, suç ve suçun cezasına etki eden sebepler ile suçun özel görünüş şekilleri aktarılmaya çalışılacaktır. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın bu suç açısından uygulaması, somut örneklerle anlatılarak, çalışmanın teorisinin ötesinde pratik bir amaca da hizmet etmesi hedeflenmiştir.

İkinci bölümde ise 765 sayılı TCK'da *mala zarar verme suçunun* nitelikli bir hali olarak düzenlenen *ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu* incelenecektir. Bu bölümde de ilk bölümdeki anlatım planına uygun bir şekilde konu işlenmeye çalışılacaktır. Yine verilen örneklerle çalışmanın teorisinin ötesine geçebilmesi için gayret sarf edilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM MALA ZARAR VERME SUÇU

I. GENEL OLARAK

Mala zarar verme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabında, Kişilere Karşı Suçlar başlıklı İkinci Kısımın Onuncu Bölümünde Mal Varlığına Karşı Suçlar başlığı altında 151. maddede düzenlenmiştir. Suçun nitelikli hallerine ise 152. maddede yer verilmiştir. Bu suç, mala zarar vermeye ilişkin genel hüküm niteliğindedir. Zira yasa koyucu, askeri tesislerin tahribi (TCK m. 307); devlet güvenliğine ilişkin belge ve dokümanların tahribi (TCK m. 326) gibi mala zarar verme suçlarını özel olarak müstakil bir suç tipinde düzenlemiştir. Mala zarar verme suçu 5237 sayılı TCK'da şu şekilde ifade edilmiştir:

Madde 151 – (1) Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hâle getiren veya

kirleten kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hâle getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

Madde 152 – (1) Mala zarar verme suçunun;

a) Kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında,

b) Yangına, sel ve taşkına, kazaya ve diğer felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş her türlü eşya veya tesis hakkında,

c) Devlet ormanı statüsündeki yerler hariç, nerede olursa olsun, her türlü dikili ağaç, fidan veya bağ çubuğu hakkında,

d) Sulamaya, içme sularının sağlanmasına veya afetlerden korumaya yarayan tesisler hakkında,

e) Grev veya lokavt hâllerinde işverenlerin veya işçilerin veya işveren veya işçi sendika veya konfederasyonlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında,

f) Siyasî partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında,

g) Sona ermiş olsa bile, görevinden ötürü oç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak,

İşlenmesi hâlinde, fail hakkında bir yıldan altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Mala zarar verme suçunun;

a) Yakarak, yakıcı veya patlayıcı madde kullanarak,

b) Toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak suretiyle,

c) Radyasyona maruz bırakarak, nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanarak,

İşlenmesi hâlinde, verilecek ceza iki katına kadar artırılır.

765 sayılı TCK'da ise bu suç şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 516 - (Değişik madde: 07/06/1979 - 2245/12 md.)

Bir kimse her ne şekilde olursa olsun diğer bir kimsenin taşınır veya taşınmaz malını yıkar veya yok eder veya bozar ya da bunlara zarar verirse zarar görenin şikayeti üzerine bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Eylem:

- 1. Görevinden ötürü öç almak amacıyla bir memurun zararına,*
- 2. Kişilere karşı şiddet kullanarak veya 493 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen araçlardan biri ile,*
- 3. Kamuya ait veya kamu hizmetine veya bir din ve mezhebin ibadetine ayrılmış yapılara veya bunların eklentilerine veya taşınır nitelikteki eşya veya parçalarına ya da askeri yapılar, depolar, tersaneler, fabrikalar, gemiler ya da anıtlar veya heykeller veya eski yapıtlar veya mezarlık ve eklentileri,*
- 4. Setler ya da felaketlere karşı kamunun korunması amacıyla yapılmış koruma araçları ve diğer yapı ya da bir kamu hizmetine ayrılan gereçler ve işaretler,*
- 5. Kanal veya sulamaya ait her türlü doğal veya yapay su yatakları ve bu tür diğer yapılar,*
- 6. Dikilmiş bağ çubukları veya meyveli ağaç veya fidanlar ile gezi yerleri veya alanlardaki ağaçlar,*
- 7. Yakıcı veya patlayıcı maddeler kullanılarak motorlu taşıt araçları,*

Üzerinde işlenirse failin göreceği ceza, eylemin özelliğine veya meydana gelen tehlikenin veya zararın ağırlığına veya yıkılan veya bozulan veya zarar verilen şeyin önemine veya değerine göre bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin liradan yirmibeşbin liraya kadar ağır para cezasıdır. (Değişik cümle: 05/02/2003 - 4806 S.K./3. md.) Ancak eylem, ceza infaz kurumları ve tutukevlerine ait bina, araç, gereç veya tesislerine karşı işlenirse veya 7 nci bentteki halde hapis cezası üç yıldan az olamaz.

Bu eylemler hakkında kovuşturma yapılması şikayete bağlı değildir.

Madde 517 - (Değişik madde: 07/06/1979 - 2245/13 md.)

Yukarıdaki maddede belirtilen eylemler Hükümete karşı şiddet veya karşı gelme amacı ya da beş ve daha çok kişinin birleşmesiyle işlenirse, eyleme katılanlar hakkında verilen ceza birinci fıkradaki hallerde üçte bir, ikinci fıkradaki hallerde ise yarı oranında artırılır.

Bu hallerde kamu adına kovuşturma yapılır.

II. ESKİ VE YENİ KANUNLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Mala zarar verme suçunu düzenleyen ve yukarıda belirtilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun m. 516/1 hükmü ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun m. 152/1 hükmü arasında suçun maddi unsuru bakımından bir fark yaratıldığı ortadadır.

765 sayılı TCK'nın düzenlemesinde suçun maddi unsuru şunlardır: Başkasının taşınır veya taşınmaz malını "yıkma", "yok etme", "bozma" ve "zarar verme". Buna karşılık yeni düzenlemede yukarıda aktarıldığı üzere suçun maddi unsuru olarak, başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen "yıkma", "tahrip etme", "yok etme", "bozma", "kullanılamaz hale getirme" ve "kirletme" yer almıştır. Dolayısıyla "tahrip etme", "kullanılamaz hale getirme" ve "kirletme" kavramları eski düzenlemede yer almamaktadır. Fakat "tahrip etme" ile "kullanılamaz hale getirme"nin "bozma"; "kirletme"nin ise "zarar verme" kapsamında olduğu aşikârdır.¹

Başkasının hayvanına zarar verme, 765 sayılı TCK'nın 521'nci maddesinde² müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmişken; 5237 sayılı TCK'da genel mala zarar verme kapsamında m. 151/2'de düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'da ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, mala zarar verme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmişken; 5237 sayılı TCK'da bu suç, müstakil olarak m. 153'de düzenlenmiştir.

¹ Aynı yönde bkz. Centel Nur/ Zafer Hamide/ Çakmut Özlem; *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C. I*, Beta, İstanbul 2007, s. 374.

² "Madde 521 - Her kim, bila mucip başkasına ait olan bir hayvanı öldürür veya işe yaramayacak hale koyarsa sahibinin şikayeti üzerine dört aya kadar hapis ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur. Eğer ika olunan zarar, hafif ise yalnız otuz liraya kadar ağır cezayı nakdi ile iktifa olunabilir. Eğer hayvanın yalnız kıymetine noksan gelmiş ise hapis cezası bir aya ve cezayı nakdi otuz liraya kadardır".

Eski düzenlemede suçun yaptırımı, basit halde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ayrıca ağır para cezası; nitelikli hallerde bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına yükselmekte, bazı hallerde alt sınır üç yıl olmaktadır. Yeni düzenlemedeyse suçun yaptırımı basit halde, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası; nitelikli hallerde ise yaptırım iki katına yükseltilmiştir. Dolayısıyla yeni düzenlemede suçun cezası hafifletilmiş ve seçenekli hale getirilmiştir.

Son olarak yeni düzenlemede eski düzenlemeye nazaran bazı nitelikli hallerde yer verilmemiştir. Mala zarar verme suçunda kişilere karşı şiddet kullanılması; eşyaya karşı şiddet kullanılması³; belli araçların kullanılması⁴; suçun askeri yapılar, depolar, tersaneler, fabrikalar, gemiler, anıtlar veya heykeller ve eski yapılara yönelik olması gibi haller yeni düzenlemede yer almamıştır. Suçun askeri yapılara karşı işlenmesi zaten TCK m. 152/1 kapsamında mütalaa edilecektir. Yani bunun yeni düzenlemede ayrıca belirtilmemiş olması durumunda bir değişikli yaratmamaktadır. Suçun eski eserlere karşı işlenmesi durumunda da Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun uygulanması gündeme gelecektir. Diğer nitelikli hallerin yeni düzenlemede yer almaması ise yasa koyucunun tercihi ve suç politikası olarak değerlendirilebilir.

III. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. MALA ZARAR VERME-HIRSIZLIK

Mala zarar verme suçunda, suçun maddi konusunu taşınır veya taşınmaz mallar oluştururken; hırsızlık suçunun maddi konusunu sadece taşınır mallar oluşturur.

Mala zarar verme suçunda korunan hukuki değer mülkiyet hakkı; hırsızlık suçunda zilyetlik korunmaktadır.

³ Bu haller 765 sayılı TCK m. 493/1 uyarınca: "Duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şahısları veya malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek veyahut suni vasıtalarla veya şahsi çeviklik sayesinde bertaraf edilebilen maniaları kaldırarak veya aşarak hane ve sair yerlere girmek suretiyle" suçun işlenmesi halleridir.

⁴ Bu haller 765 sayılı TCK m. 493/2 uyarınca: "Suçu işlemek veya çalınmış eşyayı başka yere kaldırmak için taklit anahtar yahut sair aletler kullanarak veya sahibinin terk veya kaybettiği anahtarı elde ederek yahut haksız yere elinde bulundurduğu asıl anahtarla bir kilidi açarak" suçun işlenmesi halleridir.

Hırsızlık suçunda mal, zilyedin rızası dışında onun egemenlik alanından çıkartılırken; mala zarar verme suçu, mağdurun rızayla zilyetliğini faile devrettiği mal üzerinde de işlenebilir.⁵

Son olarak mala zarar verme suçunda, fail mağdurun malvarlığını azaltmakta ancak bunu kendisinin ya da bir başkasının yararına yapmamaktayken; hırsızlık suçunda mağdurun malvarlığının azalmasından fail ya da bir başkası yararlanmaktadır.

Bu iki suçun ayırt edilmesindeki önemli iki husus, failin malı amacına uygun kullanıp kullanmadığı ve maldan yararlanma kastının bulunup bulunmadığıdır. Örneğin yaz mevsiminde depodan kömürleri çıkarıp yakan uşağın eylemi, mala zarar vermedir.⁶ Zira fail malı amacına uygun olarak kullanmamıştır. Bir diğer örnekte ise, fail tarafından lokantanın mutfağına girilerek yemeğin yenilmesi, hırsızlık suçunu oluştururken; failin yemekleri yere dökmesi mala zarar verme suçunu oluşturur. Çünkü failin amacı maldan yararlanmak değil; mala zarar vermektir.⁷ Ayrıca yararlanma amacıyla alınan mala, sonradan zarar verilmesi de mala zarar verme suçunu oluşturmaz.⁸ Zira burada failin kastı hırsızlık suçuna yöneliktir.

B. MALA ZARAR VERME-DOLANDIRICILIK

Dolandırıcılık suçunun faili, malı kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla ve hileyle elde etmekteyken; mala zarar verme suçunun faili mala zarar vermek amacıyla hareket etmektedir. Ayrıca mala zarar verme suçunda, malın hileyle ya da rızayla failin eline geçmesi bir şey değiştirmeyecektir.

Her iki suçun da konusu taşınır veya taşınmaz mallardır.

C. MALA ZARAR VERME-YAĞMA

Yağma suçunda, mağdura veya yakınının yaşamına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir tehditle veya cebir kullanılarak,

⁵ Dönmezer Sulhi; *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001, s. 556.

⁶ Önder, Ayhan; *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 465.

⁷ Önder, s. 465.

⁸ Dönmezer, s. 556.

malın tesliminin veya malın alınmasına karşı konulmamasının sağlanması söz konusuysen; mala zarar verme suçunda amaç malın teslimi değil, zarara uğratılmasıdır.

Yağma suçunun failinde mal edinme ya da yararlanma amacı söz konusuysen; mala zarar verme suçunun faili, mala zarar vermek amacıyla hareket etmektedir.

Son olarak yağmada suçun konusu taşınır bir malken; mala zarar verme suçunun konusu taşınır veya taşınmaz maldır.

D. MALA ZARAR VERME-GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA

Güveni kötüye kullanma suçunda fail, devir olgusuna uygun olmayan bir tasarrufla kendisine ya da bir başkasına yarar sağlamaktayken; mala zarar verme suçunun faili başkasına ait bir malı yok etmekte veya ekonomik değerinde azalma meydana getirmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçunda mal, belirli bir şekilde muhafaza edilmek veya belirli bir şekilde kullanılmak üzere faile teslim edilir. Oysa mala zarar verme suçunda, failin malı ne şekilde ele geçirdiğinin önemi olmamakla birlikte; malın ele geçirilmeden zarara uğratılması da mümkündür.⁹

IV. SUÇUN UNSURLARI

Suç, tipe uygun; hukuka aykırı; kusurlu bir insan davranışı olarak tanımlanabilir.¹⁰ Bu tanımdan yola çıkarak suçun unsurlarını kronolojik sırasıyla incelemek gerekir. Zira tipe uygun olmayan fiil, suçun diğer unsurlarını bünyesinde barındırsa da suç oluşturmaz. Ya da hukuka uygun bir fiil de kusurluluk unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin önemi yoktur. Dolayısıyla bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığının tespitinde sırasıyla, suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarının ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 377.

¹⁰ Özbek Veli Özer; *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I*, Seçkin, Ankara 2005, s.111 ; Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Bası, Seçkin, Ankara 2005, s. 99.

A. TİPİKLİK UNSURU (KANUNİ UNSUR):

1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet kavramının içine malın bütünleyici parçaları, eklentileri ve doğal ürünleri (semereleleri) de dâhildir. Mülkiyetin korunmasındaki amaç, sadece malın yok edilmesinin ya da tahrip edilmesinin önlenmesi değil; malın değerinin korunmasıdır. Dolayısıyla malın özgülediği amaca uygun kullanılabilmesini önemsiz sayılmayacak derecede azaltan bir zarar yeterli olup; malın maddi olarak zarar görmüş olmasına gerek yoktur.¹¹

2. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusunu başkasına ait taşınır ya da taşınmaz mallar oluşturur¹². Mal ifadesinden anlaşılması gereken, belirli bir hacme sahip olan ve yer işgal eden katı, sıvı veya gaz halindeki maddelerin tümüdür.¹³ O halde başkasına ait depolanmış durumdaki suyun tüketilmesi bu suçu oluşturacaktır.¹⁴ Enerji kaynaklarının yararlanma amacı olmaksızın tüketilmesi de bu kapsamda mütalaa edilmelidir.¹⁵ Enerji kavramının yasa koyucu tarafından hırsızlık suçu kapsamında bir taşınır mal olarak düzenlenip; malvarlığına yönelik diğer suçlar bakımından bu kavramın taşınır mal sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.¹⁶ Sistematik yorum yapılacak olursa, hırsızlık suçunda yasa koyucunun bu kavrama yer verip; diğer malvarlığına karşı suçlarda bu kavramı taşınır mal kapsamına dâhil etmemesini; yasa koyucunun bilerek sustuğu ve sadece hırsızlık suçu açısından enerjinin, taşınır mal kavramı-

¹¹ Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok R. Murat; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2007, s. 533.

¹² Donay Süheyl / Kaşıkçı Mahmut, Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2005, s. 227

¹³ Özbek V. Özer/ Doğan Koray; TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C.II Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2008, s. 1136

¹⁴ Erem Faruk / Toroslu Nevzat; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2003, s. 510

¹⁵ Erem/Toroslu, s. 510 ; Centel/Zafer/Çakmut, s. 378 ; Özbek Veli Özer/Kanbur Nihat/Bacaksız Pınar/Doğan Koray/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 652

¹⁶ Medeni hukuk'a göre bazı tabii güçlerin de taşınır eşya kapsamında olduğuna ilişkin görüş için bkz. Öztan Bilge; Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.660.

na dâhil olduğu yönünde bir görüş ileri sürülebilir. Kanaatimizce yasa koyucunun TCK m. 6'da bir tanım yaparak, taşınır ve taşınmaz mal kavramını açıklığa kavuşturması bu sorunu çözer. Fakat doktrinde salt hırsızlık suçu bakımından değil, malvarlığına karşı tüm suçlarda enerji kavramının taşınır mal sayılması gerektiği savunulmaktadır.¹⁷

Sahipsiz ya da faile ait mallar, bu suça konu olamaz. Fakat faile ait bir malda, üçüncü kişilerin yararlanma hakları söz konusuysa; bu kişilerin menfaatlerinin ihlal edilmesi durumunda da mala zarar verme suçu oluşur.¹⁸ Fakat doktrinde bu görüşün aksi de savunulmaktadır. Karşı görüş, suçla korunan hukuki değer mülkiyet hakkı olması sebebiyle mülkiyet hakkının dışında başka bir hakkın (sınırlı ayni hak ya da şahsi hak) bu suç kapsamında korunamayacağı; aksi düşüncenin genişletici yorum olacağı; ceza hukukunda fail aleyhine genişletici yorum yapılamayacağı düşüncesine dayanmaktadır.¹⁹ Biz de aynı gerekçeyle bu karşı görüşe katılıyoruz.

Yine fail, sigortadan bedelini almak için kendisine ait bir mala zarar verecek olursa, bu suç değil; koşulları varsa nitelikli dolandırıcılık (TCK m. 158/1-k) suçu oluşur. Failin fiili duruma göre, genel güvenliğin tehlikeye sokulması (TCK m. 170) suçunu da oluşturabilir.²⁰

Kaybedilmiş mallara yönelik olarak bu suçun işlenmesi mümkündür. Zira kaybedilmiş bir malda, mal malikinin rızası dışında zilyetliğinden çıkmış olmakla birlikte; malın mülkiyeti halen maliktedir.

İnsan vücudu bu suçun maddi konusunu oluşturmaz. Fakat bilimsel çalışmalar amacıyla insan uzuvları, mesela kemikler veya kafatası ya da müzede bulunan bir insan iskeleti bu suçun maddi konusunu oluşturabilir.²¹ Bir cesede ait parçaların alınması ya da ceset üzerinde tahkir edici fiillerde bulunulması bu suçu değil; kişinin hatrasına hakaret (TCK m. 130/2) suçunu oluşturur.

¹⁷ Hafızoğulları Zeki, *Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı*, s.6; Erişim tarihi: 03.10.2010, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/mal.doc

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 533.

¹⁹ Sarıtaş Erkan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Mala Zarar Verme Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S.1, Yıl 2008, s. 158; <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20081/ibd20081111.pdf>, Erişim tarihi: 02.02.2011

²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 533.

²¹ Önder, s. 462.

Ekonomik değeri olmamakla birlikte manevi değeri olan şeyler bu suça konu teşkil edebilir. Örneğin kişiye eşi tarafından yazılmış yıllar öncesine ait mektuplarının yırtılması bu suçu oluşturabilir. Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir.²²

Paylı veya elbirliğiyle mülkiyette, mala paydaş ya da ortak olan malik; diğer paydaş ya da ortakların menfaatlerini ihlal ettiği ölçüde bu suçu işleyebilir.²³

TCK m. 151/2 hükmü gereği hayvanlar da bu suçun maddi konusunu oluşturmaya elverişlidir. Fakat başkasına ait olmayan, sahibsiz hayvanlara zarar verilmesi bu suçu oluşturmaz. Bu durumda Kara Avcılığı Kanunu'nun uygulanması söz konusu olabilir. Ama vahşi bir hayvan tarafından faile saldırılması örneğinde, failin hayvana zarar vermesi durumunda zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinden yararlanması mümkündür.

Suçun eski eserlere karşı işlenmesinde ise, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun uygulanması gündeme gelecektir.

Bilişim sistemleri de bu suçun maddi konusunu oluşturmayacaktır. Zira TCK m. 244 hükmü uyarınca, bilişim sistemlerine zarar verilmesi müstakil bir suç tipi olarak yaptırım altına alınmıştır.

Son olarak para ve kambiyo senedi, emtia senedi vb. kıymetli evrakların da bu suçun maddi konusunu oluşturduğunda şüphe yoktur.

3. Fail ve Mağdur:

Suçun faili herkes olabilir. Yani bu suç özgü bir suç değildir. Fakat fail kamu görevlisiyse ve görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri suçun işlenmesi sırasında kullanmışsa, cezası 1/3 oranında artırılır (TCK m. 266). Kanunda malvarlığına karşı suçlardan sadece hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçları bakımından tahdidi bir sayım yapıldığından, lehine mala zarar verme suçu işlenen

²² Önder, s. 462.

²³ Yargıtay'a göre paylı mülkiyete konu mallarda bu suçun oluşabilmesi için, rızai taksim sözleşmesi veya kullanımda anlaşma gibi istisnai hallerin varlığı gerekmektedir. (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2002/27520 E., 2002/27196 K., YKD Mayıs 2003)

tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamaz.²⁴ Rakip firmaya ait ürün depolarının yakılması bu duruma örnek olarak verilebilir.

Suçun mağduru da herkes olabilir. Mağdur kavramı, suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişiyi ifade eder. Başka bir ifade ile mağdur, suçun maddi unsurunun etkilendiği hakkın sahibidir.²⁵ Suçtan zarar gören kavramı ise, suçtan dolaylı olarak zarar gören kişiyi ifade etmektedir. Burada suçla korunan hukuki yararın zedelenmesi değil, haklı çıkarın zedelenmesi söz konusudur. Yani suçtan zarar gören, belirli bir suç tarafından zarara veya tehlikeye uğratılan hak ve yararın sahibini belirtir.²⁶ Gerçek kişiler dışında tüzel kişilerin malvarlığına yönelik olarak bu suçun işlenmesi halinde, suçtan zarar gören ilgili tüzel kişidir. Devletin suçun mağduru olamayacağı konusunda doktrinde fikir birliği var ise de tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre²⁷ tüzel kişiler, gerçek kişiler gibi suçun mağduru olamaz, ancak suçtan zarar gören olabilir. Lakin karşı görüşe göre, tüzel kişiler de suçun mağduru olabilir.²⁸ Ayrıca Anayasa Mahkemesi bir kararında, devletin ve kamu tüzelkişilerinin suçtan zarar gören olabileceğine vurgu yapmıştır.²⁹ Biz de tüzel kişilerin ancak "suçtan zarar gören"

²⁴ Özbek/Doğan, s. 1138.

²⁵ Öztürk Bahri/ Erdem Mustafa Ruhan/ Sırma Özge/ Saygılar Yasemin F., *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 178

²⁶ Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar, s. 178

²⁷ Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. bası, Ankara 2007, s.585; Dönmezer Sulhi, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1983, s.116; Soyaslan Doğan, *Ceza Özel Hukuku Özel Hükümler*, 5. bası, Ankara 2005, s.504.

²⁸ Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, s.285; Önder Ayhan, *TCK Özel Hükümler*, 4. bası, İstanbul 1994, s.139; Erem Faruk, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, C: II, Ankara 1993, s.1319

²⁹ "... Kamu tüzel kişilerinin bir suçun faili olup olamayacakları konusunda öğretide tartışmalar olsa da, başta devlet olmak üzere diğer kamu tüzel kişilerinin bir suçun mağduru olma konuları tartışmasızdır. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin suçtan zarar gören konumunda olabilecekleri Türk ceza hukukunda da kabul edildiği için, hem ceza kanunlarında hem de suç ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda bunlarla ilgili suç kategorileri hep var olmuştur. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan devletin şahsiyetine karşı cürümler ve devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler bu kapsamda sayılabilir. Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda millete ve devlete karşı suçların, devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçların, devletin güvenliğine karşı suçların, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların ve milli savunmaya karşı suçların düzenlenmesi, devletin ve diğer kamu

olabileceği yönündeki hâkim görüşe katılıyoruz. Zira tüzel kişiler organları vasıtasıyla temsil edildiklerinden ve fiil ehliyetlerini kullandıklarından; ancak suçtan dolayı olarak zarar görebilirler.

Suçun bir hayvana karşı işlenmesi durumunda ise, suçun mağdur hayvana malik olan kişidir. Hayvan, bu durumda suçun maddi konusu durumundadır.

4. Maddi Unsur (Hareket-Netice-Nedensellik Bağı)

Suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Maddi unsuru oluşturan hareketler, başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen "yıkma", "tahrip etme", "yok etme", "bozma", "kullanılamaz hale getirme" veya "kirletme" dir.

Suç, kanunun gerekçesine göre de seçimlik hareketli olduğundan, failin bu seçimlik hareketlerden birden çoğunu aynı olayda gerçekleştirmesi halinde, tek bir suçun işlendiğinin kabulü gerekir.³⁰ Ancak kanunun gerekçesinin ve doktrindeki ağırlıklı görüşün aksine suçun, seçimlik hareketli bir suç olmayıp seçimlik neticeli (neticesi hareketten ayrılabilir) bir suç olduğunu savunan bir görüş de vardır.³¹ Maddi unsuru oluşturan hareketler kanunda seçimlik ve tahdidi olarak sayılsa da zarar verici (neticeyi meydana getirmeye elverişli) hemen her fiil kanunda belirtilen seçimlik hareketleri zaten kapsayacaktır. Örneğin bir konfeksiyon mağazasındaki kıyafetlerin, fail tarafından malı tamamen yok etmeyecek şekilde yakılması, bu kıyafetlerin makasla kesilmesi veya kıyafetlerin üzerine madeni yağ dökülmesi fiilleri, malın kullanılamaz hale getirilmesi neticesini meydana getirmeye elverişlidir. Şimdi bu seçimlik hareketleri inceleyelim.

- **Yıkma:** Kurulu bir şeyi dağıtmak, bozmak, tahrip etmektir.³² Doktrinde bazı yazarlar tarafından, bu ifadenin yalnızca taşınmazlar açısından söz konusu olup; taşınmazın önceki kullanım biçimi-

tüzel kişilerinin suçtan zarar gören konumunda olduklarına, ayrıca gerçek kişilerden ve özel hukuk tüzel kişilerinden farklı şekilde korunduklarına ilişkin düzenlemelere örnek gösterilebilir. (AYM, 2006/77 E, 2009/39 K, 5.3.2009 T. ; RG, 27.3.2010 T., 27534 S.; <http://www.resmi-gazete.org/tarih/20100327-10.htm>, Erişim tarihi: 15.02.2011)

³⁰ Yurtcan Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı, İstanbul 2004, s. 282.

³¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 381.

³² Türk Dil Kurumu tarafından yapılan tanımdır. bkz. www.tdk.gov.tr.

ne uygun olarak bir daha kullanılamaz duruma getirilmesini ifade ettiği belirtilmektedir.³³ Bir binanın iş makineleri ile yıkılması bu duruma örnek teşkil eder. Önder'e göre yıkmak, bir şey üzerinde bozmaktan daha ileri giden bünyesinde değişiklik meydana getiren hareketlerdir. Yazar, bir resmin baş kısmının koparılmasını bu duruma örnek olarak vermiştir.³⁴

- **Bozmak:** Bir şeyi kendisinden beklenen işi yapamayacak duruma getirmektir.³⁵ Elektronik ya da mekanik aksamla çalışan eşyaların, bu aksamlarına yapılan hareketler genellikle bozma kapsamında değerlendirilir. Motosikletin yakıt deposuna şeker atılmak suretiyle çalışmasının engellenmesi, bu fiile örnektir.
- **Tahrip etmek:** Yıkmak, kırıp dökmek, bozmaktır.³⁶ Bu kavram yeni kanunla getirilmiştir. Bozmak ve yıkmak kavramları zaten bu kavramı da kapsadığı için kanımızca kanunun bu kavrama yer vermesi yerinde olmamıştır.³⁷
- **Yok etmek:** Varlığına son vermek, ortadan kaldırmaktır.³⁸ Yani tekrar bir daha meydana getirilmeyecek şekilde malın varlığına son vermektir.³⁹ Bir diz üstü bilgisayarın yakılması bu fiile örnek verilebilir.
- **Kullanılamaz hale getirmek:** Maldan yararlanma olanağının o an için ortadan kaldırılmasıdır. Dolayısıyla malın tamir edilemez hale gelip gelmediğinin bir önemi yoktur. Fail tarafından yararlanma amacı olmaksızın başkasına ait eşyanın saklanması bu fiile örnek teşkil eder.⁴⁰ O halde kullanılamaz hale getirme geçici ya da sürekli olabilir. Zira malın bulunamaması durumunda süreklilik söz konusudur. Fakat kirletme ve bozma fiilleri, daha sonra kullanılabilmeyi ifade eder. Bu fiilin, kirletme ve bozmadan en önemli farkı da

³³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 534.

³⁴ Önder, s. 466.

³⁵ www.tdk.gov.tr.

³⁶ www.tdk.gov.tr.

³⁷ Aynı görüş için bkz. Özbek/Doğan, s. 1139; Tezcan/Erdem/Önok, s. 534.

³⁸ www.tdk.gov.tr.

³⁹ Özbek/Doğan, s. 1139

⁴⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 382.

zaten budur. Ayrıca bir malın yıkılması, yok edilmesi, bozulması ya da tahrip edilmesi o malı zaten kullanılamaz hale getirecektir. Dolayısıyla bu fiillerle ifade edilemeyen tüm imkansızlıklar, kullanılamaz hale getirme kavramı kapsamında değerlendirilmelidir.⁴¹ Kanunun ifade tarzına göre bir otomobilin lastiklerinin indirilmesi, bu suça örnek oluşturur.⁴² Çünkü bu durumda geçici de olsa bir süre malın maliki tarafından otomobilin kullanılması mümkün olmayacaktır. Bu durum ise malın kullanılamaz hale gelmesi sonucunu ortaya koyacaktır.

- **Kirletmek:** Kirli duruma getirmek, pisletmek olarak tanımlanabilir.⁴³ Önemsiz sayılacak ve mala zarar vermeyen kirletmeler bu kapsamda değerlendirilmez. Örneğin arkadaşının kitabının kenarına notlar alan birinin fiili, bu kapsamda değerlendirilmez.⁴⁴ Gerekeçde ise, başkasına ait binanın duvarına yazı yazmak, afiş veya ilan yapıştırmak⁴⁵ gibi fiiller kirletmeye örnek olarak verilmiştir. Kanımızca başkasına ait araziye izinsiz olarak moloz dökmek de kirletilme fiili kapsamındadır. İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunda kirletme fiili hafifletici nedenken; burada seçimlik hareketlerin arasında yer alması bir çelişkidir.⁴⁶

Kanunda maddi unsuru oluşturan fiillerin birbiriyle tekrara düşmesinin kanun yapma tekniğine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Fikrimizce maddi unsurun oluşturan fiiller “yok etme”, “zarar verme” ve “kullanılamaz hale getirme” şeklinde düzenlenebilirdi. “Kullanılamaz hale getirme” zaten yukarıda da belirtildiği üzere “yıkma”, “bozma” ve “tahrip etme” kavramlarını kapsamaktadır. Bu kavramların ifade edemediği fiiller de “zarar verme” kapsamına dâhil olur; dolayısıyla daha yerinde bir düzenleme söz konusu olurdu.⁴⁷

⁴¹ Özbek/Doğan, s. 1139

⁴² Aynı yönde bkz. Özbek/Doğan, s. 1139; karşı görüş için bkz. ;Tezcan/Erdem/Önok, s. 535

⁴³ www.tdk.gov.tr.

⁴⁴ Dönmezer, s. 557.

⁴⁵ Başkasına ait bir malın üzerine afiş asma, ayrıca bir kabahat olarak düzenlenmiştir (Kabahatler Kanunu m. 42).

⁴⁶ Aynı görüşte bkz. Özbek/Doğan, s. 1139.

⁴⁷ Benzer yönde eleştiri için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 381.

TCK m. 151/2 uyarınca sahipli hayvana zarar verme durumunda ise maddi unsur; "*hayvanı öldürme*", "*işe yaramayacak hale getirme*" ve "*değerinin azalmasına neden olma*"dır. Dolayısıyla burada da seçimlik hareketi meydana getirmeye elverişli her türlü fiil suçu oluşturur. Hayvanın zehirlenmesi, silahla vurulması vb. durumlar örnektir. Burada da verilen zararın süreklilik göstermesi gerekmez. Zarar verilen hayvanın kendiliğinden iyileşmesi örneğinde de suç oluşur.⁴⁸

Suç icrai hareketle işlenebileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebilir. Bahçıvanın bitkilere su vermeyip onların kuruyarak yok olmasına yol açması eylemi, ihmali harekete örnektir. Son olarak mala zarar verme suçunun neticeli (neticesi hareketten ayrılabilir) bir suç olduğunu⁴⁹ ve aynı zamanda bir zarar suçu olduğunu belirtmek gerekir.

B. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Tipe uygun fiillerin gerçekleştirilmesi suçun tipiklik unsurunun ihlaliyle birlikte, suçu zaten hukuka aykırı hale getirecektir. Yani filin kanunda belirtilen tipe uygun olması, kural olarak fiili hukuka aykırı hale getirecektir. Lakin olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması durumunda fiil, tipe uygun olsa da hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden suç oluşmayacaktır.

Fail, kendisinin ya da bir başkasının hakkını korumak için, ağır bir tehlikenin varlığında tehlikenin ağırlığıyla orantılı olarak bir başkasının malına zarar verirse; *zorunluluk hali* (ıztırar) hukuka uygunluk sebebinden yararlanır (TCK m. 25/2).

Yine bu suçta *meşru savunma* hukuka uygunluk sebebinin uygulanması da gündeme gelebilir. Ürünü korumak için kendi bahçesinin içine zehir dökmüş olan kişinin bahçesine haksız olarak giren hayvanın, bu zehri yiyerek ölmesi durumunda; fail, meşru savunma hukuka uygunluk sebebinden yararlanır.⁵⁰ Fakat bu örnekte yazara katılmak mümkün değildir. Zira bahçenin malikinin zaten olayda bir kastı bulunmamaktadır. O halde suç oluşmadığından, hukuka uygunluk sebebini tartışmaya

⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 535.

⁴⁹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 656

⁵⁰ Meran Necati; *Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, Seçkin, Ankara 2005, s. 95.

gerek yoktur. Ayrıca bir an için somut örnekte suçun oluştuğu düşünülse bile, kişinin kendi bahçesini ilaçlaması fiili TCK m. 26/1 uyarınca, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında mütalaa edilmelidir. Kanaatimizce bir kişinin, kendisine saldıran failin saldırısını bertaraf etmek için müdahalede bulunduğu sırada çıkan arbedede, failin gözlüğünün yere düşmesi ve parçalanması örneğinde ancak; meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin oluştuğunu söylenebilir.

Bu suçta uygulanabilecek bir diğer hukuka uygunluk sebebi de *ilgilerin rızasıdır*. Mülkiyet hakkı sahibinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hak olduğundan, sahibinin rızası ile mala zarar verici hareketler yapan kişinin fiili hukuka uygun hale gelir.

Kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi de şartların oluşması halinde bu suçta uygulanabilir. İmar mevzuatına aykırı olarak yapılan ruhsatsız yapıların belediye ekiplerince yıkılması halinde, bu hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilebilir.⁵¹ Adli soruşturma kapsamında Ceza Muhakemesi Kanunu'na uygun olarak polislerin bir evin kilidini kırmak zorunda kalması örneğinde de TCK m. 24/1 çerçevesinde bu hukuka uygunluk sebebi gündeme gelecektir.⁵²

TCK m. 151/2 uyarınca hayvanlara karşı bu suçun işlenmesi bakımından *"haklı bir neden olmaksızın"* vurgusu yapılmıştır. Burada hukuka özel aykırılık söz konusudur. Yani genel kastın dışında fail ayrıca, hukuka aykırılık bilinci ile de hareket etmelidir.

C. KUSURLULUK UNSURU

Mala zarar verme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Failin suçun maddi unsurundaki hareketleri bilmesi ve neticeyi gerçekleştirmek istemesi yeterlidir.

Doktrinde bu suçun işlenebilmesi için failin genel kastının yeterli olduğu, ayrıca ızzar kastıyla eylemi gerçekleştirmesinin gerekmediği belirtilmektedir.⁵³ Fakat Yargıtay istisnai olarak bazı kararlarında ge-

⁵¹ Özbek/Doğan, s. 1142.

⁵² Sarıtaş, s. 162

⁵³ Dönmezer, s. 559; Centel/Zafer/Çakmut, s. 383; Özbek/Doğan, s. 1143; Tezcan/Erdem/Önok, s. 535; Önder, s. 466.

nel kastı yeterli bulsa da; çoğu kararında failde ızzar kastı olup olmadığına bakmaktadır.⁵⁴

Suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür. Fakat Yargıtay olası kastı yeterli bulmamaktadır.⁵⁵ Keza Yargıtay'ın ızzar kastının bulunmadığı gerekçesiyle bu suçun oluşmayacağına dair vermiş olduğu çoğu karar da aslında fail olası kastla hareket etmektedir. Dolayısıyla Yargıtay'ın görüşüne katılmak mümkün değildir. Suçun taksirle işlenebilmesi ise mümkün değildir.

Failin mala zarar verme suçundan sorumlu tutulabilmesi için, malın başkasına ait olduğunu da bilmesi gerekir. TCK m. 151/1 hükmünde başkasının taşınır veya taşınmaz malından bahsedildiğinden, suçun maddi konusu "*başkasına ait taşınır veya taşınmaz mal*"dır. Fail, kendisinin olduğunu sanarak başkasının malına zarar vermişse hatası esaslıdır. Fail, esaslı olan bu hatasından yararlanır ve fiilden sorumlu tutulmaz.⁵⁶ Bu örnekte belirtilen *Dönmezer/Erman*'ın esaslı hata kavramı, 5237 sayılı TCK m. 30/1 hükmündeki suçun maddi unsurlarında hataya düşme olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda da fail kasten hareket etmiş olmadığından hatasından yararlanır. Buna karşılık fail, A'nın sanarak B'nin malına zarar verirse, bu hatası esaslı olmayacağından, onun ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁵⁷ Bu durumda ise şahısta hata vardır ve TCK m. 30 çerçevesinde mütalaa edilemeyecektir.

Suçun nitelikli hallerinin gerçekleştiği konusunda hataya düşen fail TCK m. 30/2 çerçevesinde hatasından yararlanır.

Son olarak suçun basit veya nitelikli halinin, *terör amacıyla bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi* "terör suçu" sayılır ve failin cezası ağırlaştırılır (TMK m. 4,5).

⁵⁴ "Sanığın asıl kastı tahrip değil, su alıp faydalanmaktır... sanığın eylemi bütünüyle hırsızlık kastına yönelik olduğundan kanalın beton plakasının kırılması devlete ait suyu çalmada ki eylemin bir bölümüdür" Yar. CGK, 8.12.1980, E. 1980/6-349, K. 1980/419 (YKD, 1081, s. 225).

⁵⁵ "Kavgada atılan yumrukle hem davacının yaralandığı hem de gözlüğünün kırıldığı anlaşılmasına göre, sanığın ızzar kastıyla hareket ettiği kesin delilleriyle gösterilmeden mala zarar verme suçundan da hüküm kurulması yolsuzdur", Yar. 6. CD, 6.3.1984, 9498/1696, Önder, s. 466.

⁵⁶ Dönmezer Sulhi/ Erman Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım II*, İstanbul 1997, k. no: 1048.

⁵⁷ Dönmezer/Erman, k. no: 1042.

V. SUÇ VE CEZAYA ETKİ EDEN SEBEPLER

A. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

1. TCK m. 152/1'deki Nitelikli Haller

Mala zarar verme suçunun TCK m. 152/1'de düzenlenen nitelikli halleri, cezayı bir yıldan altı yıla kadar hapis cezasına çıkartmakla birlikte; şikâyet koşulunu da ortadan kaldırmaktadır. Bu nitelikli haller şunlardır:

a. Suçun kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında işlenmesi:

Bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için, eşyanın kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması veya bu eşyanın kamu hizmetine tahsis edilmiş ya da kamunun yararlanmasına ayrılmış olması gerekir. Yani bu üç ayrı durumdan birinin varlığı halinde bu nitelikli hal gerçekleşir.

Centel/Zafer/Çakmut, bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için, malın kamu kurum ve kuruluşlarına ait olmasının yanında; malın ayrıca kamu hizmetine tahsis edilmesi veya kamunun yararlanmasına ayrılması şartını da birlikte aramaktadır.⁵⁸ Yazarların görüşüne katılmak kanımızca mümkün değildir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, nitelikli hal belirtilen üç durumdan herhangi birinin varlığında gerçekleşecektir. Kanun metninde "*kamu kurum ve kuruluşlarına ait*" ibaresinden sonra konan virgöl, ancak "*yer, bina, tesis veya diğer eşya*" ibaresiyle nitelendirildiğinde anlam bütünlüğü ortaya çıkmaktadır. "*Kamu hizmetine tahsis edilmiş*" ve "*kamunun yararlanmasına ayrılmış*" ibareleri de "*yer, bina, tesis veya diğer eşya*" ibaresini nitelemektedir. Dolayısıyla buradan her üç ibarenin de tek başına sonuç yarattığı anlaşılmaktadır. Yazarların belirttiği gibi "*kamu kurum ve kuruluşlarına ait*" ibaresinin diğer iki ibareyi nitelemesi durumunda diğer iki ibarenin sonuç yaratacağı fikri (yani malın hem kamu kurum ve kuruluşlarına ait hem de kamuya tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış olması), hükmün gramatik yorumundan anlaşılmamaktadır. Yani malın kamu kurum ve kuruluşlarına ait olmasa bile, kamu hizmetine tahsis edilmiş olması veya kamunun yararlanmasına ayrılması durumları, tek

⁵⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 384.

başına bu nitelikli hali meydana getirmeye elverişlidir. Zira Yargıtay kararları da aşağıda açıklanacağı üzere tezimizi destekler niteliktedir. Aksi halde özel mülkiyete konu mallar üzerinde bu nitelikli halin gerçekleşmesi mümkün olmazdı.

Zarar verilen kamu kurum veya kuruluşuna ait bina veya tesisin mülkiyetinin devlete ait olması gerekmez. Kiralanmış olması yeterlidir.⁵⁹ Yargıtay' da kamu hizmetine tahsis edilmiş binaların, özel mülkiyete konu olmasının bu nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği görüşündedir.⁶⁰ Tahsis edilmekle birlikte, fiilen kamu hizmeti için kullanılmayan yerlere verilen zararların bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu tartışmalıdır. *Önder'e* göre⁶¹ fiilen kamu hizmeti için kullanım, bu nitelikli hal için şartken; *Dönmezer'e* göre fiilen kullanım şart değildir.⁶² Özel mülkiyete konu bir iş makinesinin şartları sağlandıktan sonra İzmir Büyükşehir Belediyesi'ne tahsis edilmesi örneğinde, herhangi bir sebepten dolayı iş makinesi halen mülk sahibinin zilyetliğinde ise; bu durumda fiilen kamu hizmeti için bir kullanım söz konusu değildir. Mülk sahibi ile husumeti olan fail tarafından, mülk sahibinin zilyetliğinde bulunan iş makinesine zarar verilmesi halinde acaba bu nitelikli hal uygulanabilecek midir? Bu örnekte iş makinesi fiilen kamu hizmetine tahsis edilmediğinden, durumdan failin haberdar olması beklenemez. O halde failin kastı nitelikli hali kapsamayacaktır. Lakin fail tarafından, iş makinesinin İzmir Büyükşehir Belediyesi'ne tahsis edildiği bilinmekteyse, failin kastı bu nitelikli hali kapsar. O halde *Önder'in* görüşünün daha isabetli olduğunu ve kural olarak fiilen kamu hizmeti için kullanımın bu nitelikli hal bakımından aranması gereken bir şart olduğunu söyleyebiliriz. Lakin yukarıdaki örnekte de belirttiğimiz gibi failin, henüz fiilen kamu hizmetine tahsis edilmeyen bir malın, hukuken kamu hizmetine tahsis edildiğini bilmesi durumunu, bu kural istisnası olarak kabul etmek gerekir.

Kanalizasyon boru ve mazgalları, kamunun hizmetine ve yararlanmasına tahsis edilmiş her türlü eşya, trafik işaret ve levhaları, park

⁵⁹ *Önder*, s. 470.

⁶⁰ Bkz. *Dönmezer*, s. 564.

⁶¹ *Önder*, s. 470.

⁶² *Dönmezer*, s. 564.

alanlarındaki oturma ve oyun grupları ile belediyeye ait sokak lambaları bu bent kapsamında değerlendirilir.

b. Suçun yangına, sel ve taşkına, kazaya ve diğer felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş her türlü eşya veya tesis hakkında işlenmesi:

Suçun, bentte belirtilen eşyalara karşı işlenmesinde yasa koyucunun cezayı ağırlaştırmasındaki temel neden, suçun konusunun taşıdığı önemdir.

Barajlar, toprak kaymasını engelleyici setler, köprü açıp kapama manivelaları⁶³, toprak kayması veya su baskınına engel olacak setler⁶⁴, yangına karşı önlem amaçlı kurulan alarm sistemi ve yangın söndürme cihazları bu kapsamdadır. Felaketleri önlemeye özgülenmiş bu tip eşyanın devlete ya da kişilere ait olması bu nitelikli hal bakımından bir önem taşımaz.

c. Suçun devlet ormanı statüsündeki yerler hariç, nerede olursa olsun, her türlü dikili ağaç, fidan veya bağ çubuğu hakkında işlenmesi:

Devlet ormanı kapsamındaki alanlar 6831 sayılı Orman Kanunu ile koruma altına alınmıştır. Ağaç, fidan ve bağ çubuklarının⁶⁵ dikili olması yeterli olup; meyve vermeleri koşulu aranmamıştır. Bu bakımdan düzenlemenin 765 sayılı TCK'dan ayrıldığı söylenebilir. Zira 765 sayılı TCK'da bu nitelikli halle ilgili olarak "*meyve veren ağaç*" terimi kullanılmıştı.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ağaç, fidan ve bağ çubuklarının buldukları yerin de bir önemi yoktur. Özel mülklerde, kamuya ait diğer alanlarda vb. yerlerde ağaç, fidan ve bağ çubuklarının tahrip edilmesi; bu nitelikli halin uygulanmasını gerektirir.

d. Suçun sulamaya, içme sularının sağlanmasına veya afetlerden korumaya yarayan tesisler hakkında işlenmesi:

Yasa koyucunun bu nitelikli hali düzenlemesinin temel nedeni, içme suyu ve tarım konusunda suyun, birçok dünya ülkesi gibi ülkemizde de büyük önem arz etmesidir.

⁶³ Dönmezer, s. 566.

⁶⁴ Önder, s. 471

⁶⁵ Bağ çubuğu, asma fidesidir. (www.tdk.gov.tr.)

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, sulamaya veya içme sularının sağlanmasına yönelik yapıların tamamlanmış olması gerekir.⁶⁶ Suçun tarım arazileri üzerine kurulan sulama sistemlerine veya kişinin konutuna kurduğu içme suyu sistemine karşı işlenmesi bu kapsamda değerlendirilir. Ayrıca felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş eşya ve tesislere karşı suçun işlenmesi zaten TCK m. 152/b' de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu bentte de hükmün tekrarı yerinde olmamıştır.⁶⁷

e. Suçun grev veya lokavt hâllerinde işverenlerin veya işçilerin veya işveren veya işçi sendika veya konfederasyonlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında işlenmesi:

Bu nitelikli hal, 765 sayılı TCK'da yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin greve katılan işçi veya lokavt ilan eden işveren olması gerekmemektedir. Yani suçun faili herkes olabilir.⁶⁸ Grevden yana olan ve olmayan işçiler arasında çıkan bir arbedede zarar verme suçu işlenecek olursa yine bu bent uygulanır. Sendika, konfederasyon veya işyeri işgalleri sırasında da bina, makine veya başka mallara zarar verilecek olursa bu bent uygulanacaktır.⁶⁹

Lakin belirtmekte fayda var ki; bu nitelikli halin uygulama alanı bulabilmesi için herhangi bir zamanda değil, grev ve lokavt zamanında belirtilen eşyalara karşı mala zarar verme suçunun işlenmiş olması gerekir. Bu bakımdan grev ve lokavtın hukuken ne anlam ifade ettiğinin de belirtilmesinde fayda vardır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Kanunu m. 25'e göre, "İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına **grev** denilir". Anılan kanununun 26. maddesine göre de, "İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi teşebbüsü ile veya bir işveren kuruluşunun verdiği karara uyarak işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına **lokovt** denilir". Bu kanunda belirtilen

⁶⁶ Önder, s. 472.

⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 387; Özbek/Doğan, s. 1141.

⁶⁸ Donay/Kaşıkçı, s. 229

⁶⁹ TCK m. 152 Gereğesi.

şartlar oluşmadan yapılan grev, TİSGLK m. 25/3'de⁷⁰ belirtilen kanun dışı grevdir. Yine kanunda belirtilen şartlar oluşmadan yapılan lokavt, TİSGLK m. 26/3'de⁷¹ belirtilen kanun dışı lokavttir. Her iki durumda da bu nitelikli halin uygulanamayacağı kanısındayız. Zira ortada hukuka uygun bir grev ve lokavt yoktur.

f. Suçun siyasî partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında işlenmesi:

Bentte sayılan ve kuruluşlar çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez unsurları olduğu için, yasa koyucu bu kuruluşlara güvence sağlamak istemiştir.⁷²

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üst kuruluşlarına Barolar Birliği örnek olarak verilebilir. Ayrıca bentte de belirtildiği gibi suça konu tesis ya da eşyanın, siyasî partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının mülkiyetinde olması gerekmez. Bu kuruluşların suça konu tesis ya da eşyaya zilyet olmaları yeterlidir. Bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için failin, suça konu malın bu kuruluşlara ait olduğunu bilmesi gerekir.⁷³ Bu nitelikli hale 765 sayılı TCK'da yer verilmediğini de gözden kaçırmamak gerekir.

g. Suçun sona ermiş olsa bile, görevinden ötürü öç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak işlenmesi:

Yasa koyucu bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, failin öç alma amacıyla hareket etmesini özel bir kast olarak aramıştır.

Kamu görevlisi deyiminden TCK m. 6/c uyarınca, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır.

⁷⁰ TİSGLK m. 25/3: "Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denilir. Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır".

⁷¹ TİSGLK m. 26/3: "Kanuni lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan lokavta kanun dışı lokavt denilir. Siyasi amaçlı lokavt, genel lokavt ve dayanışma lokavtı kanun dışı lokavttir".

⁷² Centel/Zafer/Çakmut, s. 388.

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 542.

Fail, kamu görevlisinden görevi dışında, kişisel nedenlerle öç almak için kamu görevlisi aleyhine bu suçu işlerse; bu nitelikli hal uygulanamaz.

Kamu görevlisinden öç almak amacıyla, ona ait olmayan mal hakkında bu suçun işlenmesi halinde, bu nitelikli hal yine uygulanmaz. Çünkü burada kamu görevlisinin zararı söz konusu değildir. Kendisine düşük not verdiği iddiasındaki bir öğrencinin öğretmenin otomobilini çizmesi bu nitelikli hali oluştururken; öğrencinin okulun camlarını kırması bu nitelikli hal kapsamına girmez.

Kamu görevlilerine duyulan genel bir kin dolayısıyla mala zarar verme suçunun herhangi bir kamu görevlisi aleyhine işlenmesi halinde, bu nitelikli hal uygulama alanı bulmaz.⁷⁴

Doktrindeki baskın görüşe göre, kamu görevlisi görevini kötüye kullanarak failde öç alma maksadını meydana getirmişse; bu nitelikli hal uygulanmaz.⁷⁵ Biz de bu görüşe katılıyoruz. Çünkü bu durumda kamu görevlisi göreviyle bağdaşmayan hukuka aykırı bir fiil ortaya koymuştur. Bu hukuka aykırı fiillerin de görev kapsamında mütalaa edilmemesi; yani bu nitelikli hale dâhil edilmemesi gerekir.

Son olarak kamu görevlisinin görevinin sona erip ermediğinin; bu nitelikli halin uygulanması bakımından önem teşkil etmediği dikkatten kaçmamalıdır.

2. TCK m. 152/2'deki Nitelikli Haller

Mala zarar verme suçunun TCK m. 152/2'de düzenlenen nitelikli halleri kapsayacak şekilde işlenmesi halinde; suçun basit (TCK m. 151) veya nitelikli (TCK m. 152/1) hali için öngörölmüş ceza iki katına kadar artırılır. Bu nitelikli haller şunlardır:

a. Suçun yakarak, yakıcı veya patlayıcı madde kullanılarak işlenmesi:

Bu nitelikli hal 765 sayılı TCK'da "motorlu taşıt araçları"na yönelik fiillere uygulanmaktayken; 5237 sayılı TCK hükmün uygulanmasındaki "motorlu taşıt araçları" sınırlamasını kaldırmıştır. Suçun yakarak iş-

⁷⁴ Dönmezer, s. 562.

⁷⁵ Dönmezer, s. 562; Centel/Zafer/Çakmut, s. 388; Tezcan/Erdem/Önok, s. 542; Özbek/Doğan, s. 1142.

lenmesi zaten yakıcı bir madde kullanmayı gerektirdiği için; “yakarak” kavramının hükme dâhil edilmesi yerinde olmamıştır.⁷⁶ Molotof kokteyl yakıcı maddeye; c-4 (plastik patlayıcı türü) ise patlayıcı maddeye örnek teşkil eder. Burada “yakarak” kavramı yerine, “yanıcı madde” kavramının kullanılması kanaatimizce daha doğru olurdu. Zira yakıcı maddeler (asit vb.) içeriğinde oksijen barındırmakla birlikte; yanıcı maddelerle reaksiyona girmedikçe doğrudan yanmazlar. Fakat yanıcı maddeler (benzin vb.) doğrudan yanıcı özelliكتedir ve ısı ile birlikte yakıcı maddelere ihtiyaç duymadan yanarlar. Bu şekilde yapılacak bir düzenleme tehlikeli tüm maddeleri kapsayabilirdi.

b. Suçun toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak suretiyle işlenmesi:

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için “toprak kayması”, “çığ düşmesi”, “sel” veya “taşkın” ile mala zarar verme arasında illiyet bağının kurulması ve failin kastının da bunun sonucu olarak mala zarar vermeye yönelik olduğunun saptanması gerekir.⁷⁷

Centel/Zafer/Çakmut’a göre, “toprak kaymasına, çığ düşmesine, sele veya taşkına sebep olunması halinde; TCK m. 152/1-b ve “d” bentlerinde belirtilen felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş eşyaların da zarar görme ihtimali yüksek olduğundan; böyle bir durumda fikri içtima kuralı gereğince cezanın iki kez artırılması önlenmelidir”.⁷⁸ Fakat kanımızca bu görüş isabetsizdir. Zira TCK m. 152/2’deki nitelikli haller, suçun basit (TCK m. 151) veya TCK m. 152/1’deki nitelikli hallerindeki cezaları iki kat artırmaktadır. Dolayısıyla burada fikri içtima uygulanması mümkün değildir. Örneğin kamu kuruluşlarına molotov kokteyl atılarak zarar verilmesi durumunda, hem zarara uğrayan yer kamu kuruluşu olduğu için (TCK m. 152/1) uyarınca ceza artırılabilecek hem de suçun işlenmesinde yanıcı madde kullanıldığı için verilen ceza iki katına çıkarılacaktır. Zira bu durum kanunun lafzından açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca tek bir fiille iki ayrı suç tipi de ortaya çıkmamaktadır. Sadece fiil, cezanın artırılması için iki kez nitelendirilmektedir. Bu nitelikli hal, 765 sayılı TCK’da yer almamıştır.

⁷⁶ Aynı yönde eleştiri için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 542; Centel/Zafer/Çakmut, s. 389.

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 543.

⁷⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 389

c. Suçun radyasyona maruz bırakarak, nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanılarak işlenmesi:

Bentte belirtilen silahların öncelikle ifade ettiği anlam üzerinde durulmalıdır. Radyasyon, bir kaynaktan elektromanyetik dalga ya da hızlı parçacıklar demetinin yayılmasıdır.⁷⁹ Nükleer enerji, atom çekirdeğinin parçalanmasından doğan enerjidir.⁸⁰ Nükleer silah ise, nükleer enerji ile yıkım gücü sağlayan her türlü silahı ifade etmektedir.⁸¹ Biyolojik silah, insan metabolizmasını olumsuz yönde etkileyen mikrop ve virüslerin kullanımı ile oluşturulan her türlü silahtır.⁸² Bu bağlamda bu tür virüs ya da mikropların ne derecede eşyalar üzerinde etkili olabileceği hususu tartışmalı olsa da; bu silahların hayvanlar üzerinde etki gösterebilmesi mümkündür. O halde TCK m. 151/2 kapsamında sahipli hayvanlara biyolojik silahlar ile zarar verilmesi durumunda bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Kimyasal silah da insan, hayvan ve bitkiler üzerinde zehirli maddelerle ölümcül olaylara neden olan her türlü silahı ifade eder.⁸³

Kanaatimizce yasa koyucu bentte belirtilen silahların tahrip gücünün yüksek olması ve geniş bir alanı etkileyecek şekilde zarar tehlikesi yaratması gibi sebepleri düşünerek, bu silahların suçun işlenmesinde kullanılmasını nitelik hal olarak düzenlemiştir.

Bentte belirtilen silahlar malın sahibine değil mala karşı zarar vermek amacıyla kullanılmalıdır. Söz konusu silahlar ile mala zarar verme suçunun dışında farklı suçların da tek bir fiille işlenmesi halinde; işlenen suçlar ile mala zarar verme suçu arasında fikri içtima kuralının uygulanması gündeme gelebilir.

B. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ:

TCK m. 167/1 hükmü gereği mala zarar verme suçunun, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin; üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya

⁷⁹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim tarihi: 04.02.2011

⁸⁰ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim tarihi: 04.02.2011

⁸¹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim tarihi: 04.02.2011

⁸² http://tr.wikipedia.org/wiki/Biyolojik_silah, Erişim tarihi: 04.02.2011

⁸³ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim tarihi: 04.02.2011

evlâtlığın; aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

C. CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEPLER:

1. Etkin Pişmanlık

TCK m. 168/1 uyarınca, mala zarar verme suçu tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir (TCK m. 168/1).

Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır (TCK m. 168/1).

2. Suçun TCK m. 167/2'de Sayılan Kişilere Karşı İşlenmesi

Mala zarar verme suçunun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Mala zarar verme suçu neticesi hareketten ayrılabilen (neticeli) bir suç olduğu için teşebbüse elverişlidir. Yani bu suçta icra hareketleri bölümlere ayrılabilir. Örneğin, fail tarafından otomobile yerleştirilen uzaktan kumandalı bombanın, sinyal sistemindeki bir arıza yüzünden patlamaması sonucu, neticenin gerçekleşmemesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.

B. İŞTİRAK

Mala zarar verme suçu iştirak açısından herhangi bir özellik göstermez. Suça her türlü iştirak mümkündür.

C. İÇTİMA

Mala zarar verme ve hırsızlık suçları arasındaki içtima ilişkisi özellik gösterir. Failin çalmış olduğu mala daha sonra herhangi bir nedenle zarar vermesi durumunda, mala zarar verme "*cezalandırılmayan sonraki hareket*"⁸⁴ niteliğinde kalır, dolayısıyla suç oluşmaz.⁸⁵ Fail tarafından hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla aynı zamanda mala da zarar verilmişse; fail, TCK m. 142/4 hükmü gereği her iki suçtan da cezalandırılır (gerçek içtima). Bu durumda hırsızlık suçu amaç suç; mala zarar verme suçu ise araç suç niteliğindedir.⁸⁶

Fail, mağduru tahkir etmek amacıyla onun malına zarar verirse; hakaret suçu da gündeme geleceğinden TCK m. 44 uyarınca fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. Failin mağdura ait evin duvarlarına yağlı boyayla küfürlü sözler yazması bu duruma örnek gösterilebilir. Yine failin mağduru öldürmek amacıyla otomobiline bomba koyması durumunda da fikri içtima kuralının uygulanması gerekir.

Fail tarafından yangın çıkarmak suretiyle mala zarar verme suçunun nitelikli halinin işlenmesi durumundaysa; ayrıca *genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması* suçu (TCK m.170) oluşmaz.⁸⁷ Yine fikri içtima kuralı söz konusudur. Zira Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.

Fail tarafından aynı kişiye ait mallara, değişik zamanlarda aynı suç işleme kararının icrası kapsamında zarar verilirse; zincirleme suç kuralı gereğince TCK m. 43/1 uyarınca faile tek ceza verilir. Fakat ceza belli oranda arttırılır.

⁸⁴ "*Sonraki hareketlerin cezadan bağışık tutulabilmeleri için iki şart bir arada bulunmalıdır. Birinci şart, ikinci fülle zarar verilen değer, aynı mağdurun birinci suçla zarar verilen değeriyle aynı olmasıdır. İkinci şart ise, ikinci fülle mağdur açısından mevcut zarar daha da büyütülmemelidir*", Centel/Zafer/Çakmut, s. 392.

⁸⁵ Özbek/Doğan, s. 1145; Tezcan/Erdem/Önok, s. 543.

⁸⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 543.

⁸⁷ Özbek/Doğan, s. 1146.

Failin tek bir fiille ve aynı anda birden fazla kişiye karşı bu suçu işlemesi halinde de TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç kuralı uygulanır ve faile tek bir ceza verilir. Farklı kişilere ait ve yan yana olan iki işyerinin fail tarafından aynı anda ateşe verilmesi; bu duruma örnek teşkil eder.

Son olarak fail tarafından işlenen fiil, özel kanunlardaki ceza normlarını ihlal ederse; mala zarar verme suçuna ilişkin TCK hükümleri uygulanmaz. Genel norm-özel norm ilişkisi gereğince ilgili özel kanun hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin Atatürk büst ve heykellerine yapılan saldırılara ilişkin olarak, Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

VII. SUÇUN MUHAKEMESİ

Suçun basit hali şikâyete bağlı olsa da; nitelikli halleri bakımından resen soruşturma yapılır. Suçta görevli mahkeme ise cezanın üst sınırı suçun basit halinde üç yıl olduğu için Asliye Ceza Mahkemesidir.

İKİNCİ BÖLÜM

İBADETHANELERE VE MEZARLIKLARA

ZARAR VERME SUÇU

I. GENEL OLARAK

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu 765 sayılı TCK'da m. 176, m. 177 ve mala zarar verme suçunun nitelikli hali olarak m. 516/3 hükmünde düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK ise bu suçu, mala zarar vermenin nitelikli hali olmaktan çıkarmış ve m. 153'de müstakil bir suç olarak düzenlemiştir. Bu suç 5237 sayılı TCK'da şu şekilde yer almıştır:

Madde 153 - (1) İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dinî inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

II. ESKİ VE YENİ KANUNLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

765 sayılı TCK'daki m. 176 ve m.177 hükümleri din hürriyetini korumaktaydı. Bu hükümler, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verici fiillerin ilgili dini tahkir amacıyla işlendiği takdirde uygulama alanı bulmaktaydı.

765 sayılı TCK m. 516/3 hükmünün koruma alanıysa, fiilin ilgili dini tahkir amacıyla değil; zarar vermeye yönelik genel kastın oluşması halinde, ilgili dine ait ibadethaneleri ve mezarlıkları kapsamaktadır.⁸⁸

765 sayılı TCK m. 177/2 hükmü ise, ibadethanelerin ve mezarlıkların kirletilmesini korumayı amaçlamaktadır. Bu husus hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK m. 153/2'de cezayı azaltan bir sebeptir.

5237 sayılı TCK ise, yukarıda izah edilen 765 sayılı TCK'da yer alan düzenlemeleri m. 153'te tek bir hüküm altında birleştirmiştir. Her iki kanunun kullandığı kavramların farklılık göstermesinin temel sebebi 5237 sayılı TCK'nın Türkçeleştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Yani iki kanun arasında pek bir fark olmadığını söylemek yanlış olmaz.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. TİPİKLİK UNSURU (KANUNİ UNSUR)

1. Suçla Korunan Hukuki Değer:

Bu suçla korunan ilk hukuki yarar mülkiyet hakkıdır. İbadethaneler ve mezarlıklar kamu malıdır.⁸⁹ Zira Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun m. 1 gereği devlet mezarlığı, Vakıflar Genel Müdürlüğü yönetimindeki mezarlıklar ve şehitlikler ile cemaatlara ait özel statüsü bulunan mezarlıklar hariç, umumi mezarlıkların mülkiyeti belediye ya da köy tüzel kişilerine aittir. Yani kişilerin mezarlıklar üzerinde aynı bir hakkı yoktur. Dolayısıyla kamu mülkiyeti bu normun koruma alanındadır.

⁸⁸ Önder, s. 471.

⁸⁹ Gözler Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa 2002, s. 556.

Suçla korunan diğer hukuki yarar ise, bireylerin din ve vicdan hürriyetidir. Zira ibadethanelere ve mezarlıklara yapılacak saldırılar, aynı zamanda bireylerin din ve vicdan hürriyetlerine de yönelik olabilir.

2. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlar, *“İbadethaneler, bunların eklentileri, buralardaki eşya, mezarlar, bunların üzerindeki yapılar, mezarlıklardaki tesisler ve mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılar”*dır.

Bir yerin ibadethane olarak kabulü için, bu yerin ibadete daimi olarak tahsis edilmesi gerekir.⁹⁰ Örneğin okul binasının geçici olarak ibadete özgülmesi durumunda, failin bu yapıya zarar vermesi halinde; genel nitelikli mala zarar verme suçu uygulanmalıdır. Fakat fail buranın ibadethane olarak kullanıldığını bilerek zarar verme suçunu işlediyse; kanaatimizce ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu oluşur.⁹¹

İbadethanelere camiler, mescitler, kiliseler ve havralar (sinagog) örnek olarak verilebilir. İbadethane kavramına sadece semavi dinlere ait yapılar değil, bireylerin inandıkları dini inancın gereklerini yerine getirdikleri yerler de dâhildir.⁹² Kanımızca cemevleri bu kapsamda mütalaa edilmelidir. Ayrıca ibadethanelerin içindeki eşyalar da bu suçun maddi konusunu teşkil eder.

Mezarlıklar içinde yer alan cesetler ise bu suçun maddi konusunu oluşturmaz. Cesetlere zarar verilmesi halinde, TCK m. 130 gereğince *“Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu”* oluşur.

3. Fail ve Mağdur

Suçun faili herkes olabilir. Fakat fail kamu görevlisiyse ve görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri suçun işlenmesi sırasında kullanmışsa, cezası 1/3 oranında artırılır (TCK m. 266).

⁹⁰ Dönmezer, s. 564.

⁹¹ Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Dönmezer, s. 564.

⁹² Özbek/Doğan, s. 1174.

Suçun mağduru ise *Arslan/Azizağaoğlu*'na göre ibadethaneler açısından, söz konusu dini inanışın mensupları; mezarlıklar açısından, akrabalık veya inanç sebebiyle bu yerlerle yoğun manevi bağı bulunan kişilerdir.⁹³ Kanaatimizce, ibadethaneler ve mezarlıklar kamu malı niteliğinde olduğundan suçun mağduru toplumdur. Bu suç ilgili dinî inanışı benimseyen toplum kesimini tahkir amacıyla işlendiği takdirde de, suçun mağduru toplumdur. Zira belirli bir dini inanışa mensup bir gruba yapılan bu saldırı toplumun huzurunu ve kamu barışını zedeler.

4. Maddi Unsur (Hareket-Netice-Nedensellik Bağı)

Suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketler "yıkma", "bozma", "kırmak" ve "kirletme"dir.

- **Yıkma:** Kurulu bir şeyi dağıtmak, bozma, tahrip etmektir.⁹⁴ Bu kavramla ilgili olarak mala zarar verme suçundaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz.
- **Bozma:** Bir şeyi kendisinden beklenen işi yapamayacak duruma getirmektir.⁹⁵ Bu kavramda mala zarar verme suçu kapsamında incelenmiştir.
- **Kırmak:** Sert şeyleri vurarak veya ezerek parçalamaktır.⁹⁶ Mezar taşlarının veya mermerlerinin kırılması bu kavrama örnek teşkil eder.
- **Kirletme:** Kirli duruma getirmek, pisletmek olarak tanımlanabilir.⁹⁷ Bu kavramla ilgili olarak mala zarar verme suçundaki açıklamalara yollama yapıyoruz.

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme, bir zarar suçudur. Bu suçun meydana gelmesi için bir zararın ortaya çıkması gerekir. Yani yukarıda belirtilen kavramları kapsayacak şekilde gerçekleştirilen fiiller, maddi unsurdaki hareketi; bu fiillerin gerçekleştirilmesi ile meydana gelen zarar ise neticeyi oluşturur. Örneğin bir mezarlığa ait mermeri kırmaya yönelik her türlü fiil (balyozla vurmak gibi), suçun

⁹³ Arslan Çetin/ Azizağaoğlu Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınevi, Ankara 2004, s.668; Parlar/Hatipoğlu, C. II, s. 1195.

⁹⁴ www.tdk.gov.tr

⁹⁵ www.tdk.gov.tr

⁹⁶ www.tdk.gov.tr

⁹⁷ www.tdk.gov.tr

maddi unsurundaki hareketi; bu fiil sonucunda mezarlığın zarar görmesi durumu ise neticeyi oluşturur. Dolayısıyla suç serbest hareketli ve neticeli (neticesi hareketten ayrılabilir) bir suçtur.

B. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Tipe uygun fiillerin gerçekleştirilmesi suçun tipiklik unsurunun ihlaliyle birlikte, suçu zaten hukuka aykırı hale getirecektir. Fakat olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması durumunda, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecektir.

Kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi, şartların oluşması halinde bu suçta uygulanabilir. İmar mevzuatına aykırı olarak yapılan ruhsatsız ibadethanelerin belediye ekiplerince yıkılması halinde, bu hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilebilir.⁹⁸

C. KUSURLULUK UNSURU

Suç, genel kastla işlenebilen bir suçtur. Faildeki saikin önemi yoktur. Fakat fail, ilgili dinî inancı benimseyen toplum kesimini tahkir amacıyla bu suçu işlerse; tahkire yönelik özel kast koşulu gerçekleşmiş olur.⁹⁹ Ayrıca suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

Fail, zarar verdiği yerlerin ibadethane veya mezarlık olduğunu bilmiyorsa TCK m. 30/1¹⁰⁰ hükmü gereğince bu hatasından yararlanır. Suç taksirle de işlenemediğinden fail cezalandırılmaz.

IV. SUÇ VE CEZAYA ETKİ EDEN SEBEPLER

A. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

1. Daha Az Ceza Verilmesini Gerektiren Nitelikli Hal

TCK m. 153/2 uyarınca suçun maddi konusunda belirtilen yerlerin kirletilmesi, daha az ceza verilmesini gerektiren bir durumdur. Ca-

⁹⁸ Özbek/Doğan, s. 1176.

⁹⁹ Aynı yönde bkz. Meran, s. 113.

¹⁰⁰ TCK m. 30/1: Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

milere ait duvarların boyanması ya da bu duvarlara afiş yapıştırılması, bu nitelikli hale örnek olarak verilebilir.

2. Daha Fazla Ceza Verilmesini Gerektiren Nitelikli Hal

TCK m. 153/3 hükmü gereği, birinci ve ikinci fıkrada belirtilen ibadethane ve mezarlıklara yönelik zarar verici fiillerin, ilgili dinî inancı benimseyen toplum kesimini tahkir amacıyla işlenmesi halinde; verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

Tahkir, aşağılama, onur kırma, onuruna dokunma anlamı taşımaktadır.¹⁰¹ Bu hükmün uygulanabilmesi için hareketin tahkir özel kastıyla yapılmış olması yeterli olup; toplumun ilgili kesiminin bu hareket neticesinde tahkir olmuş olmasına gerek yoktur.¹⁰² Bir dine ait ibadethanenin duvarlarına, o dini hedef alan aşağılayıcı yazıların yazılması bu hükme örnek olarak verilebilir.

B. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ

Bu suçta şahsi cezasızlık sebebi yoktur.

C. CEZAYI AZALTAN ŞAHSİ SEBEPLER

Bu suçla ilişkin olarak cezayı azaltan şahsi sebepler de bulunmamaktadır.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu, neticesi sebebinden ayrılabilir bir suç olduğu için; bu suçta teşebbüs mümkündür.

B. İŞTİRAK

Bu suç iştirak açısından özellik göstermez. Suça iştirak şekillerinin tamamı bu suç tipinde uygulama alanı bulur.

¹⁰¹ www.tdk.gov.tr.

¹⁰² Özbek/Doğan, s. 1175.

C. İÇTİMA

Bu suç ile hırsızlık suçu arasındaki ilişki içtima bakımından özelliğ gösterir. Şayet fail ibadethane ya da mezarlıkların eklentilerinde bulunan eşyayı önce çalar daha sonra da bu eşyaya zarar verirse; zarar verme fiili *cezalandırılmayan sonraki hareket* niteliğinde kalır. Yani fail sadece hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılır.

Fail, yangın çıkarmak suretiyle ibadethanelere ya da mezarlıklara zarar verirse, TCK m. 170 uyarınca “genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması” suçu ile bu suç arasında fikri içtima meydana gelir. Bu suçun yaptırımını daha ağır olduğu için fail sadece bu suçtan dolayı cezalandırılır.

VI. SUÇUN MUHAKEMESİ

Bu suç kapsamında işlenen fiillerden dolayı soruşturma ve kovuşturma resen yapılır. Suç şikâyete bağlı bir suç değildir. Suçun üst sınırı dört yıl olduğu için, bu suç bakımından görevli mahkeme¹⁰³ asliye ceza mahkemesidir.

SONUÇ

Çalışma giriş bölümünde belirtilen plan uygun anlatılmaya çalışılmıştır. Ayrıca yapılan inceleme sırasında uygulamada sorun yaratan bazı hususlar tespit edilmiştir. Mala zarar verme suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketleri ifade açısından, başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen “yıkma”, “tahrip etme”, “yok etme”, “bozma”, “kullanılamaz hale getirme” veya “kirletme” kavramlarının kullanılması doğru olmamıştır. İlgili yerde gerekçesini de belirttiğimiz üzere maddi unsuru oluşturan fiiller “yok etme”, “zarar verme” ve “kullanılamaz hale getirme” şeklinde düzenlenebilirdi. Hükümün metninin bu şekilde değiştirilmesiyle daha düzgün bir anlatım oluşacaktır.

¹⁰³ 5235 sayılı Kanun m. 14: “Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur”.

Yine mala zarar verme suçunda Yargıtay'ın halen somut vakıalarda "ızzar kasti" aramasının ceza hukukunun genel prensipleriyle bağdaştığını söylemek güçtür. Zira suç özel kasta değil; genel kasta tabidir. Bu yorum tarzı sanık lehine olsa da; suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişmekte ve kamu vicdanını tahrip etmektedir. Ayrıca Yargıtay'ın suçun olası kastla işlenebileceğini kabul etmemesi de uygulamadaki başka bir sorundur. Yargıtay'ın her iki içtihadını da değiştirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Mala zarar verme suçunun nitelikli halleri bakımından kanun yapma tekniğinde hataya düşüldüğü fikrindeyiz. TCK m. 152/d hükmünde düzenlenen nitelikli hal, felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş eşya ve tesislere karşı suçun işlenmesi zaten TCK m. 152/b'de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ayrıca TCK m. 152/2'de düzenlenen nitelikli haldeki "yakarak" kavramı da "yakıcı" kavramı zaten hükümde bulunduğu için gereksiz olmuş; burada "yanıcı" madde kavramının kullanılmaması doğru olmamıştır. Bu kısımlarda da yasa koyucu tarafından değişiklik yapılmasının doğru olacağı fikrindeyiz.

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunun incelemesinde ise, kanun metninin anlam kargaşasına yol açmayacak şekilde çok daha düzgün kaleme alındığını söyleyebiliriz. Bu bölümde ibadethane ve mezarlık kavramlarının incelenmesi yapılmış; bu kapsama dahil olan yapı, eklenti ve eşyalar açısından suçun işlenebilirliği tartışılmıştır. Bu suç tipiyle ilgili diğer suç tiplerine nazaran daha az çalışmanın olması bakımından, bu bölümde yapılan açıklamaların ceza hukuku teorisi ve uygulamasına katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- Arslan Çetin/ Azizağaoğlu Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınevi, Ankara 2004.
- Artuk M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. bası, Ankara 2007.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C. I*, Beta, İstanbul 2007.

- Donay, Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu*, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2005.
- Dönmezer, Sulhi, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1983.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım II*, İstanbul 1997.
- Erem, Faruk, *TCK Şerhi Özel Hükümler, C,II*, Ankara 1993.
- Erem, Faruk / Toroslu Nevzat; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, Ankara 2003.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa 2002.
- Hafızoğulları, Zeki, *Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı*, erişim tarihi, 03.10.2009, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/mal.doc.
- Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı-Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, Seçkin, Ankara 2005.
- Önder, Ayhan, *TCK Özel Hükümler*, 4. bası, İstanbul 1994.
- Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt I, Seçkin, Ankara 2005.
- Özbek, V. Özer/ Doğan Koray, *TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C.II Özel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2008.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/ Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Bası, Seçkin, Ankara 2005.

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Saygılar, Yasemin F., *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, Cilt II, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007.

Sarıtaş, Erkan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Mala Zarar Verme Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S.1, Yıl 2008, s. 155-176

Soyaslan, Doğan, *Ceza Özel Hukuku Özel Hükümler*, 5. bası, Ankara 2005.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin, Ankara 2007.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005.

Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı, İstanbul 2004.

www.tdk.gov.tr.

TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMINDA “İLİŞKİLİ KİŞİ” “RELATED-PARTY” IN DISGUISED INCOME DISTRIBUTION VIA TRANSFER PRICING

Serkan AĞAR*

Özet: Türkiye’de transfer fiyatlandırması uygulaması, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 13. maddesiyle “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını” ismi altında 01 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Transfer fiyatlandırması; ilişkili kişiler arasında yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyatı/bedeli/ücreti ifade eder. Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 13. maddesinde “ilişkili kişi” şöyle tanımlanmıştır: Kurumların kendi ortakları ve kurumların ve ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar; kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar; ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları; kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulu’na ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişiler “ilişkili kişi” sayılmaktadır. Bu çalışmada, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında ilişki kişinin, kuramsal alt yapısının yanında uygulamaya yönelik değerlendirmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Transfer fiyatlandırması, ilişkili kişi, emsalleme uygunluk ilkesi, örtülü kazanç dağıtımını.

Abstract: January 1st, 2007 marks the commencement of formal transfer pricing practice in Turkey by way of article 13 of Turkish Corporate Tax Law (numbered 5520) under the title “Disguised Income Distribution via Transfer Pricing”. Transfer pricing implies the prices applied to the purchase and sale of goods and services between related parties. Article 13 of The Turkish Corporate Tax Code defines “related parties” as: Companies’ own shareholders and corporations and individuals related to those shareholders; corporations and individuals who are directly or indirectly controlling or controlled by a corporation or its shareholders through management, supervision or share

* Dr. (Kamu Hukuku/Vergi Hukuku), Av., Ankara Barosu.

capital; spouses of the shareholders, siblings and parents of the shareholders and up to third degree (inclusive) natural and in-law relatives of the shareholders. Transactions with parties resident in countries deemed to cause harmful tax competition (to be determined by the Council of Ministers) are also considered related-party transactions. In the study, in addition to the theoretical background, its application is evaluated.

Keywords: Transfer pricing, related-party, arm's length principle, disguised income distribution.

I. GİRİŞ

Transfer fiyatlandırması (TF) yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, 5520 sayılı (yeni) Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK) 11/1-c ve 13. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, TF yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider niteliğindedir. Kanun koyucu, bir yandan mükellefin beyanını esas alırken, diğer yandan vergilendirmenin gerçek amacına ulaşması ve doğru uygulanabilmesi için vergi güvenliğini sağlamaya yönelik çeşitli mekanizmalar öngörür.¹ Bunlar, mükellefin gerçek durumuna uygun beyanda bulunmasını sağlamaya yönelir. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı da, bu nitelikteki düzenlemelerden biridir.

22/03/1934 tarih ve 2395 sayılı (mülga) Kazanç Vergisi Kanunu'nun 13/5 maddesindeki, "*Sermaye için faiz kabul edilmeyeceği gibi kollektif şirketlerde şeriklerin ve komandit şirketlerde komandite âzâların ve bunların usûl ve fîrûunun veya karı veya kocasının; sair sînâî ve ticari teşebbüsata, karı veya koca ile bunların usûl ve fîrûunun şirkete veya teşebbüse ikraz edecekleri paralar sermaye sayılır.*" şeklindeki düzenleme 5422 sayılı (mülga) KVK'nın yürürlüğe girdiği 1950 yılına kadar Türk vergi sisteminde örtülü kazanç dağıtımının dayanağı olmuştur.

Türk vergi mevzuatında örtülü kazanç dağıtımının bir kısmını karşılayan 5422 sayılı (eski) KVK'nın 17. maddesi de yaklaşık elli yıldan fazla bir süre yürürlükte kalmasına rağmen günün şartları ve gelişmelerinin gerisinde kalmış, bu konuda kanun koyucu tarafından gerekli değişiklikler zamanında yapılamamıştır. 5422 sayılı (mülga)

¹ Solak Akman, İ., *Vergi Güvenlik Önlemlerinin Teorik Çerçevesi*, Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, C. II, Ankara, 2009, s. 1158.

KVK'nın 17. maddesi, (1) numaralı fıkrasına 24/12/1980 gün ve 2362 sayılı kanunla "yüksek veya düşük bedeller üzerinden veya bedelsiz olarak imalât, inşaat işlemlerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunursa" hükmünün eklenmesi dışında,² 5520 sayılı (yeni) KVK'nın yayımlandığı 21 Haziran 2006 tarihine kadar ilk günkü şekliyle yürürlükte kalmıştır.

5422 sayılı (mülga) KVK'nın "Kabul Edilmeyen İndirimler" başlıklı 15. maddesinde, sadece "sermaye şirketleri" tarafından dağıtılan örtülü kazançların kurum kazançlarından indirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. 5422 sayılı (mülga) KVK'nın örtülü kazanç dağıtımını düzenleyen 17. maddesi şu şekildedir:³

"Aşağıdaki hallerde kazanç tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılır:

1. Şirket kendi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı, vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek

² 5422 sayılı (mülga) KVK'nın 17/1 maddesinde 2362 sayılı kanunun 9. maddesiyle yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: "Bilindiği üzere, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinde; sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançların, matrahın tespiti sırasında hasılattan indirilemeyeceği belirtilmiş ve 17. maddede örtülü kazanç dağıtımının mahiyeti 4 bent halinde açıklanmıştır. Yürürlükteki (1) numaralı bent hükmüne göre 'yüksek veya düşük bedeller üzerinden veya bedelsiz olarak imalat, inşaat işlemlerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunulması' hali örtülü kazanç dağıtımına girmemektedir. Bu yüzden emsaline göre yüksek veya düşük bedelle veya bedelsiz olarak imalat, inşaat işlemlerinde veya hizmet ilişkilerinde bulunulması yoluyla uygulamada büyük ölçüde vergi kaybına sebebiyet verildiği müşahade edilmiş olup, bu sakıncanın ortadan kaldırılması için bahse konu durumlarda da örtülü kazanç dağıtımının mevcudiyetini öngörmek üzere (1) numaralı bent hükmünde gerekli değişiklik yapılmıştır."

³ 5422 sayılı (eski) KVK'nın 17. maddesinin o dönem için geniş bir bakış açısıyla doğru ve yerinde öngörülerle kaleme alındığı gerekçesinden bellidir: "Gizli sermaye faizi ile gizli kazanç dağıtımını, kurumlar vergisi bakımından üzerinde ehemmiyetle durulmakta olan hadiselerdir. Bilindiği gibi, kurumlar açık olarak vergi kaçakçılığı yapmazlar, daha doğrusu bünyeleri ve kuruluşları icabı yapamazlar. Buna mukabil vergi matrahını önleyici tedbirler alınmazsa 'gizli kazanç' yolundan gitmek suretiyle saklamak imkanı bulabilirler. Memleketimizde bunun bîriz misallerine tesadüf edilmiştir. Bu cümleden olmak üzere, merkezleri şeklen Türkiye'de bulunan imtiyazlı büyük bazı yabancı kurumların haricte bağlı oldukları teşekküllerle olan münasebetleri üzerinde kazançlarının büyük kısmını devamlı olarak Türkiye dışına kaydırmaya muvaffak olmuş olduklarını bir vakıa olarak zikredebiliriz. Tasarıda yer alan tedbirlerle yalnız haricte sıkı münasebeti olan yabancı kurumların değil, memleket içindeki yerli kurumların da bu yollardan gitmelerine bir set çekilmektedir."

veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunursa;

2. *Şirket, 1 numaralı fıkrafta yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük bedeller üzerinden kiralama veya kiraya verme muamelelerinde bulunursa;*

3. *Şirket, 1 numaralı fıkrafta yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alır veya verir;*

4. *Şirket, ortaklarından veya bunların eşleri ile usul ve furuundan ve 3. dereceye kadar (dahil) kan ve sıhrî hısımlarından şirketin idare meclisi başkan veya üyesi, müdürü veya yüksek memuru durumunda bulunanlara emsaline göre göze çaracak derecede yüksek aylık, ikramiye, ücret verir veya benzeri ödemelerde bulunursa."*

5422 sayılı (mülga) KVK'nın 17. maddesindeki açıklamalar, 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13. maddesiyle temelde benzerdir. Ancak 5422 sayılı (mülga) KVK'nın 17. maddesinde ayrıntılar ihmal edildiğinden örtülü kazanç dağıtımının vergilendirilmesiyle ilgili olarak bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde uygulamada ciddi sorunlar yaşanmıştır. Örneğin; örtülü kazanç dağıtımı belirlendiğinde sadece dağıtım yapan şirket için mi yoksa muhatap hakkında da mı tahiyat yapılacağı, emsalin hangi ölçütlere göre belirleneceği, vergi ziyayı veya hazine zararının aranıp aranmayacağı, sermaye şirketi olmayan işletmelerin kazançlarını örtülü olarak dağıtmaları durumunda bunlara hangi düzenlemenin uygulanacağı, örtülü kazanç dağıtımını en fazla yurt dışı unsurlu işlemlerde görülmekteyken neden ağırlıklı olarak yurt içi işlemlerin araştırıldığı hususları uygulamada tereddütlere neden olmuş, sorunlar yargı kararlarıyla çözümlenmeye çalışılmıştır.⁴

5520 sayılı (yeni) KVK'nın "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı" başlıklı 13. maddesiyle, 5422 sayılı (mülga) KVK'nın 17. maddesinin temel felsefesi korunmuş, ekonomik ve ticari hayatın vergilendirmede ihtiyaç duyduğu konulara yer verilmeye çalışılmıştır.

⁴ Pazarçeviren, Y. S., Aygen, F., Çok Uluslu Şirketlerde Transfer Fiyatlandırması Manipülasyonları ve Konunun Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Mali Çözüm Dergisi, 2005, S. 71, s. 97-98.

5520 sayılı KVK'nın 01 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren "Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı" başlıklı 13. maddesi şu şekildedir:

"(1) Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

(2) İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

(3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.

(4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder:

a) Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder.

b) *Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder.*

c) *Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder.*

ç) *Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir.*

(5) *İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşır.*

(6) *Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır.*

(7) (04/06/2008 gün ve 5766 sayılı kanununun 21. maddesiyle eklenen fıkra) *Tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığının kabulü Hazine zararının doğması şartına bağlıdır. Hazine zararından kasıt, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir.⁵*

⁵ Bu fıkra, 5766 sayılı kanununun 27/ç maddesi uyarınca 2008 yılı kazançlarına uygulanmak üzere 06 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

(8) Transfer fiyatlandırması ile ilgili usuller Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, 5520 sayılı KVK’da kanunen kabul edilmeyen indirimler arasında düzenlenen vergi güvenlik önlemlerinden biri olup bu düzenlemeyle kurum kazancının şu veya bu şekilde aşındırılmasının önlenmesi amaçlanır.⁶ 5520 sayılı KVK’nın 11/1-c maddesinde TF yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların kurum kazancından indirilmesi kabul edilmemiş, 13. maddesinde de bu kapsamdaki işlemler sayılmıştır.

TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı düzenlemesinin esasları şu şekilde özetlenebilir:

- Bu düzenlemeyle işletmelerin ilişkili kişilerle emsaline uygun olmayan fiyat/bedel/ücret üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları veya benzeri yollarla örtülü olarak kazanç dağıtımları önlenmek istenmiştir. Kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.
- TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı; ilişkili kişi, emsallere uygunluk ilkesi ve emsal fiyat/bedel/ücret tespitinde kullanılacak işlem yöntemleri üzerine bina edilmiştir. İşlem yöntemlerinin tercihinde mükellefe alternatif sunulmuş, uygulama esaslarının belirlenmesi konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki verilmiştir.
- Örtülü kazanç dağıtımının muhatabı kişiler; işletmenin kendi ortaklarından başka ortakların ilgili bulunduğu kişilerle işletmenin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından bağlı olduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu kişiler ile ortakların eşleri, altsoy ve üstsoyu, üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan ve yansoy

⁶ 5520 sayılı (yeni) KVK’da düzenlenen diğer vergi güvenlik önlemleri; kontrol edilen yabancı kurum (m. 7), örtülü sermaye (m. 12) ve zararlı vergi rekabetine vergi kesintisi (m. 30) uygulamalarıdır. Diğer kanunlarda yer alan vergi güvenlik önlemlerine örnek olarak; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 73. maddesindeki emsal kira bedeli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 27. maddesindeki emsal bedel ve emsal ücret düzenlemeleri gösterilebilir.

hısmılarıyla işletmenin yönetim kurulu başkanı, üyesi ve müdürüdür. Örtülü kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesiyle aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususu dikkate alınmak suretiyle Bakanlar Kurulu tarafından ilân edilen ülkeler veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler de ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

- Örtülü olarak dağıtılan kazanç, dağıtımı yapan işletme nezdinde tarhiyat konusu yapılırken, doğrudan veya dolaylı olarak kazancı elde eden muhatap için elde edilmiş kâr payı sayılır.
- TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı tespit edildiğinde, daha önce yapılan vergilendirme işlemleri taraf olan mükellefler nezdinde düzeltilir. Örtülü kazanç dağıtılan işletmede düzeltme yapılması için dağıtımda bulunan işletme adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerekir.
- Tam mükellef işletmelerle yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri ve daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içi işlemler sebebiyle TF yoluyla örtülü kazanç dağıtıldığının kabulü için hazine zararı aranır. Hazine zararı, işletme ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir.

5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13. maddesi, genel olarak, Türkiye'nin de üyesi olduğu OECD'nin çok uluslu şirketler ve vergi idareleri için 1995 yılında bir rehber şeklinde yayımladığı TF ilkeleriyle uyumludur. 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13. maddesinde, 5422 sayılı (mülga) KVK'nın 17. maddesindeki "emsaline göre göze çarpmak derecede yüksek veya düşük" ifadesi, "*emsallere uygunluk (arm's length)*"⁷ şeklinde ilkesel bir temele kavuşturulmuştur. Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyatın/bedelin/ücretin, arada böyle bir ilişkinin bulunmaması halinde oluşacak fiyata/bedele/ücrete uygun olmasıdır. Mükellef,

⁷ Bu terimin Türkçe'ye "*mesafeli duruş ilkesi*" olarak çevrilmesi "*arm's length principle*" şeklindeki orijinal kullanımını daha doğru karşılar. Ancak bu çalışmada, kanundaki tercihe bağlı kalınarak "*emsallere uygunluk ilkesi*" kullanımı tercih edilmiştir.

ilişkili kişilerle yapılan işlemlerle ilgili olarak tespit edilecek yöntem konusunda Maliye Bakanlığı'na başvurarak anlaşma yapılabilir.

Bir hukuk normunun uygulama alanı bulması normda soyut olarak tarif edilmiş olayların hayatta somut olarak gerçekleşmesine bağlıdır. Normdaki hukuki sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğine veya normun uygulanıp uygulanmayacağına karar verilebilmesi için normdaki soyut olayın unsurları ile somut/maddi olayın unsurlarının örtüşüp örtüşmediğinin belirlenmesi şarttır.⁸ 5520 sayılı KVK'nun 13. maddesindeki soyut olayın unsurları ile somut/maddi olayın örtüşüp örtüşmediğinin belirlenmesinde objektif ve sübjektif unsurların varlığı araştırılır. Somut olayın TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımını sonucuna bağlanabilmesi için somut olayda objektif ve sübjektif unsurların tümünün gerçekleşmiş olması gerekir. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının objektif unsuru; ilişkili kişi (5520 sayılı KVK m. 13/2), ilişkili kişiye menfaat sağlanması, emsallere uygunluk ilkesine aykırılık ve hazine zararlıdır (5520 sayılı KVK m. 13/7). TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsuru ise, mükellefin amaç ve iradesine yöneliktir.

Bu çalışmada, TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının objektif unsurlarından "ilişkili kişi" çeşitli yönleriyle incelenmeye çalışılmış ve uygulamadaki sorunlu alanlara dikkat çekilmek istenmiştir.

II. İLİŞKİLİ KİŞİ

A. KAVRAM

TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının objektif unsurlardan biri de, ilişkili kişinin işletmeyle yaptığı işlemde elde ettiği menfaatin onun ilişkili kişi sıfatına dayanması, yani ilişkili kişi olmanın menfaatin verilmesinde temel belirleyici olmasıdır. İşletme, ilişkili olmadığı kişilerle yaptığı hukuki işlemlerde de aynı şekilde menfaat sağlıyorsa, ilişkili kişi sıfatına dayanan bir menfaat aktarımından söz edilemez.⁹ TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımını, ilişkili kişiye aynı şartlar

⁸ Akkaya, M., Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Ankara, 2002, s. 6-7.

⁹ Ağar, S., Transfer Fiyatlandırması-Örtülü Kazanç Dağıtımını, Ankara, 2011, s. 100.

altında üçüncü bir kişiye verilmeyecek olan bir menfaat sağlandığında gerçekleşir. İlişkili kişinin işletme veya ortaklık sağladığı menfaatin temelinde ilişkili kişi sıfatı olduğundan, ilişkili olmayan kişilere sağlanan menfaatler TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kapsamında değerlendirilmez.

TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının en basit şekli; işletmenin, ortağın veya ilişkili diğer kişilerin özel hukuk sözleşmesi arkasına gizlenmiş bir işlemle o işletmeden doğrudan doğruya menfaat sağlamasıdır. İşletmenin, ortağın veya ilişkili diğer kişilerin, menfaati doğrudan doğruya sağlamayıp, ortağın akrabalarından biri, işletmenin veya ortağın hissedarı olduğu başka bir kişi yahut ilgili olduğu kişiden dolayı yolla sağlaması da mümkündür. 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/2 maddesindeki "*ilişkili kişi (...)* kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder." ve "*ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır.*" ifadeleriyle TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının dolaylı yolla elde edilmesine işaret edilmiştir.

Bu çerçevede "*ilişkili kişi*"; işletmelerin kendi ortakları, işletmelerin veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya işletmeyle idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya işletmeleri ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyuyla üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır.

Bir işletme için ilişkili kişi;

- İşletmenin kendi ortakları,
- İşletmenin veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya işletmeler,
- İşletmelerin veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya işletmeler,
- İşletmelerin veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya işletmeler,

- Ortakların eşleri,
- Ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımlarıdır.

5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13. maddesindeki "gerçek kişi" ifadesi, 193 sayılı GVK'ya göre gerçek kişi kabul edilip vergiye tâbi tutulan kişilerle şahıs şirketleri veya adi ortaklıkları; "kurum" ifadesi ise, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmeleri ve iş ortaklıklarını kapsar. 193 sayılı GVK uygulamasında, teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoy ve kayın hısımlarıyla doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından denetimi altında bulunan diğer şirketler ilişkili kişi sayılır. 193 sayılı GVK kapsamında bir gerçek kişi için ilişkili kişi;

- Teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoy ve kayın hısımları,
- Doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler,
- Doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketlerin ortakları,
- Doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketlerdir.

Hem kurumlar vergisi ve hem de gelir vergisi mükellefleri yönünden; kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesiyle aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler de ilişkili kişilerle yapılmış kabul edilir. Eş anlatımla, zararlı vergi rekabeti yapan ülke ve bölgelerdeki (vergi cennetleri) gerçek kişi veya işletmeler de ilişkili kişi sayılır.

"İlişkili kişi" kavramı bakımından 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13. maddesiyle 5422 sayılı (mülga) KVK'nın 17. maddesi arasında önemli farklılıklar vardır:

İlişkili Kişi Bakımından Mülga ve Yürürlükteki Kanunun Karşılaştırılması

5422 sayılı (mülga) KVK m. 17	5520 sayılı (yeni) KVK m. 13
Kurumların kendi ortakları	Kurumların kendi ortakları
Yok	Kurumların ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum
Ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişi	Ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum
İdaresi, denetimi veya sermayesi bakımından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler	İdaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar
Ortaklarından veya bunların eşleri ile usul ve furuundan ve üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hısımlarından şirketin idare meclisi başkan veya üyesi, müdürü veya yüksek memuru durumunda bulunanlar (sadece hizmet ilişkisiyle sınırlı)	Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları (hukuki işlem sınırlaması yok)
Yok	Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesiyle aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulu'na ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişiler

İlişkili Taraf Açıklamalarına İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 24) Hakkında 17 Sıra No.lu Tebliğ'in¹⁰ ekinde yer alan TMS'de, bu standardın amacının, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemlerin bir işletmenin finansal durumunu ve faaliyet sonuçlarını etkileyebileceği olasılığı dikkate alınarak finansal tabloların gerekli açıklamaları içermesini sağlamak olduğu belirtilmiştir. Anılan TMS'de ilişkili kişiler sayılmıştır. Buna göre, bir tarafın bir işletmeyle ilişkili sayılabilmesi için ilişkili tarafın,

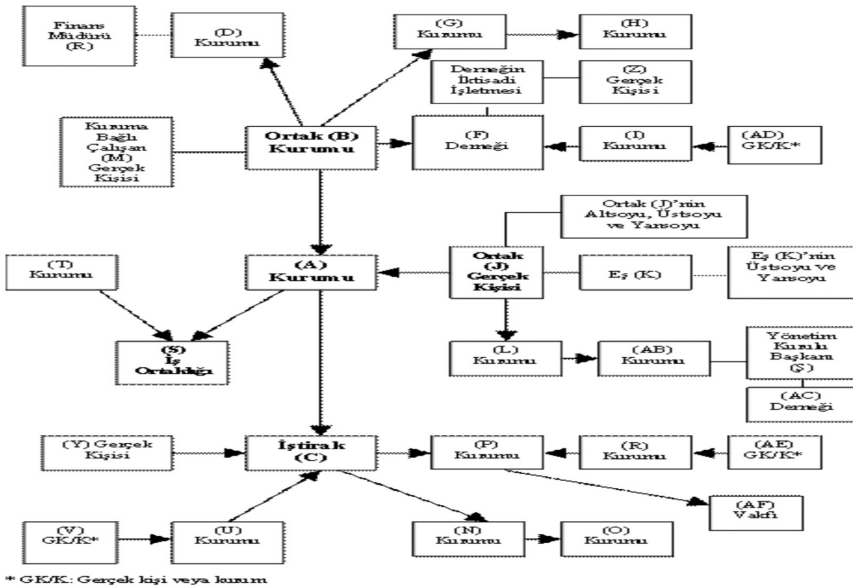
- Doğrudan veya dolaylı olarak bir veya birden fazla aracı yoluyla işletmeyi denetlemesi, işletme tarafından denetlenmesi veya işletmeyle ortak denetim altında bulunması (ana ortaklıklar, bağlı ortaklıklar ve aynı iş dalındaki bağlı ortaklıklar dâhil olmak üzere),

¹⁰ RG, 31/12/2005, 26040.

işletme üzerinde önemli etkisinin olmasını sağlayacak payının olması veya işletme üzerinde ortak denetime sahip olması,

- TMS 28 İştiraklerdeki Yatırımlar Standardı'nda tanımlandığı gibi işletmenin iştiraki olması,
 - İşletmenin ortak girişimci olduğu bir iş ortaklığı olması (TMS 31 İş Ortaklıklarındaki Paylar),
 - İşletmenin veya ana ortaklığının kilit yönetici personelinin bir üyesi olması,
 - İlk ve bir önceki bentte sayılan kişilerden birinin yakın bir aile üyesi olması,
 - Kontrol edilen, ortak kontrol edilen veya önemli etki altında veya bir önceki bentte sayılan kişilerden birinin doğrudan veya dolaylı olarak önemli oy hakkına sahip olduğu bir işletme olması,
 - İşletmenin veya işletmeyle ilişkili taraf olan bir işletmenin çalışanlarına işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda planları olması,
- gerekir.

ÖRNEK



Yukarıdaki örneğe göre (A)'nın;

- Ortak (B),
- Ortak (B)'nin doğrudan ortağı olduğu (G),
- Ortak (B)'nin dolaylı olarak ortağı olduğu (H),
- Ortak (B)'nin kurucusu olduğu (F) Derneği ve bu derneğin iktisadi işletmesi,
- (F) derneğine ait iktisadi işletmede çalışan (Z),
- Ortakla ilişkili (F)'nin kurucularından (I),
- Ortakla ilişkili (F)'nin dolaylı olarak bağlı bulunduğu (AD),
- Ortak (B)'nin doğrudan ortağı olduğu (D),
- Ortak (D)'de çalışan finans müdürü (R),
- Ortak (B)'de çalışan (M),
- Ortak (J),
- Ortak (J)'nin altsoyu, üstsoyu ve yansoyu,
- Ortak (J)'nin eşi (K),
- Ortak (J)'nin eşi (K)'nin üstsoyu ve yansoyu,
- Ortak (J)'nin doğrudan ortağı olduğu (L),
- Ortak (J) ile ilişkili (L)'nin doğrudan ortağı olduğu (AB),
- (AB)'nin yönetim kurulu başkanı (Ş),
- Yönetim kurulu başkanı (Ş)'nin üye olduğu (AC) Derneği,
- (S) iş ortaklığı,
- (S) iş ortaklığının diğer ortağı (T),

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilir. Ancak aynı derneğe üye olan kişiler, sadece aynı derneğin üyeleri olmaları nedeniyle ilişkili kişi değildir.

Aynı şekilde (A)'nın;

- İştirak (C),

- İştirak (C)'nin doğrudan ortağı olduğu (P),
- İştirak (C) ile ilişkili (P)'nin doğrudan bağlı bulunduğu (R),
- İştirak (C) ile ilişkili (P)'nin dolaylı olarak bağlı bulunduğu (AE),
- İştirak (C) ile ilişkili (P)'nin kurucusu olduğu (AF) Vakfı,
- İştirak (C)'nin doğrudan ortağı olduğu (N),
- İştirak (C)'nin dolaylı olarak ortağı olduğu (O),
- İştirak (C)'nin doğrudan bağlı bulunduğu (Y),
- İştirak (C)'nin doğrudan bağlı bulunduğu (U),
- İştirak (C)'nin dolaylı olarak bağlı bulunduğu (V),

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilir.

B. KAPSAM

1. Kurumların Kendi Ortakları

Kurum ortakları ile kurum arasındaki ilişki “ortaklık ilişkisi”dir. Kurumun, kurucu hisse senetleri ve intifa senetlerine sahip gerçek kişi veya kurumlar da ilişkili kişi kapsamındadır.

TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının en önemli muhatabı kurum ortaklarıdır. Bu konuda ortakların kuruma iştirak oranlarının bir önemi yoktur. Kazancın azınlık veya çoğunluk hissesine sahip ortaklara TF yoluyla örtülü olarak dağıtılmış olması, bu müessesenin hukuki niteliğini etkilemez.

Tüzel kişiliklerinin olup olmadığına bakılmaksızın 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 2. maddesinde sayılan kurumlar vergisi mükelleflerinin gerçek kişi veya kurum ortakları ilişkili kişi sayılır. Bu kişilerle emsallere aykırı olarak yapılan mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kapsamında değerlendirilir. Kurumların doğrudan veya dolaylı olarak sermaye payına sahip gerçek kişi veya kurum ortakları ilişkili kişi kabul edilir. Ortakların doğrudan veya dolaylı olarak ortak oldukları kurumlarla ve bu kurumların kendi aralarında yaptıkları işlemler 5520 sayılı (yeni) KVK

uygulamasında ilişkili kişiler arasında yapılmış işlemlerden sayılır. Bu ilişkilerde sermaye veya kâr payı oranının herhangi bir önemi yoktur.

Ortağın sermayeye katılma oranı, tek başına, kazancın TF yoluyla örtülü olarak dağıtıldığını göstermez. Ancak bu oranın yüksek olması ortağın kurum üzerinde nüfuz sahibi olduğuna ve kurumdaki menfaat sağlayabileceğine karinedir. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımına muhatap olabilecek kurum ortaklarının belirli bir sermaye payına sahip olması gerekmez. Ortakların hisse oranı, kurumdaki TF yoluyla örtülü kazanç elde edilmesinde önemli değildir. Ortaklık ilişkisi, ortak ile kurumun "ilişkili" sayılması için yeterlidir. Ancak bu durum, özellikle halka açık şirketlerde ortakların sayıca fazla olması nedeniyle sorun yaratır. Ortaklık ilişkisinin belirli bir sermaye payına sahip olmaya bağlanmaması (örneğin örtülü sermaye uygulamasında ilişkili kişi kapsamında değerlendirilebilmek için ortaklığın en az %10 oranında hissesine sahip olunmalıdır) veya nama yazılı hisse sahibi olan ortaklarla sınırlandırılmamış olması, ortakla yapılan her alım-satım işleminde emsalin belirlenmesini ve bu bedelin işleminde uygulanmasını zorunlu hale getireceğinden bu durum kurumlara ciddi anlamda iş yükü getirir. Elinde hamiline yazılı hisse senedi olan kurum ortaklarıyla yapılan ve kazancın TF yoluyla örtülü olarak dağıtılmasına neden olan işlemlerin varlığı halinde bunların belirlenmesi güçtür.

Kurumların gerçek kişi veya kurum ortaklarının ilişkili kişi olarak değerlendirilmesinde sermaye veya kâr payı oranının dikkate alınmaması, özellikle halka açık kurumların küçük ortaklarıyla yaptıkları işlemler bakımından sorunlar yaşanmasına neden olur. İMKB'ye kote edilmiş kurumların Takasbank'tan kendi ortaklarının kimler olduğunu öğrenebilmeleri kolay değildir. Ortaklar öğrenilse bile bunun seans içinde tümüyle değişebilmesi mümkündür. Bu nedenle, kanunda, ortakların ilişkili kişi olarak değerlendirilmesinde sermaye veya kâr payı oranına ilişkin bir sınırlama yapılması zorunludur.

2. Kurumların veya Ortaklarının İlgili Bulunduğu Gerçek Kişi veya Kurum

Kanunda, kazancın dolaylı yollarla örtülü olarak dağıtımının önlenmesi amacıyla kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu kişi-

lere de menfaat aktarımının yapılabileceği kabul edilmiştir. 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/2 maddesinde sayılan ilişkili kişiler arasında yer alan kurum ortaklarının¹¹ belirlenmesi kolay olmakla birlikte, kurumların veya ortaklarının "ilgili bulunduğu" gerçek kişi ve kurumların tespiti güçtür.

İşletme bünyesinde gerçekleşen kazanç, normal veya açık kâr dağıtımında ortaklara sermayeye iştirakleri oranında dağıtılır. Açık kâr dağıtımının muhatabı kurumun ortaklarıdır. Ancak TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımında kurum ortaklarının dışındaki kişiler de bu dağıtım muhatap olabilir. Kanunda "ilişkili kişi" tanımına yer verilmesinin nedeni, kurumların, ortakları dışındaki kişilerle olan ilişkileri dolayısıyla kurum bünyesinde gerçekleşen kazancı vergiye tâbi tutmadan kurum dışına aktarmaları olasıdır.

TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının yapıldığı ilişkili kişiyle ortak arasında şahsî veya maddî ilişki vardır. Şahsî ilişki; akrabalığa veya sözleşmeye dayanabileceği gibi sosyolojik ilişki şeklinde de gerçekleşebilir.¹² Maddî ilişki ise, kurum veya ortağın diğer ortaklıklardaki hisseleri nedeniyle ortaya çıkar. Kanunda açıklık bulunmamakla beraber, "kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum" ifadesi, hem şahsî, hem de maddî ilişkileri içerecek şekilde anlaşılmalıdır. "İlgili bulunma" geniş ölçüde takdire dayandığından, kurum veya ortakların ilgili buldukları gerçek kişi veya kurumun tespiti güçtür.¹³ Örneğin; şahsî bir işletmesi olan (A) gerçek kişinin aynı zamanda (ABC) Ltd. Şti.'nde ortaklığı bulunması durumunda (A) gerçek kişisi ile (ABC) Ltd. Şti. ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir. Aynı şekilde teşebbüs sahibi, bir işletmeye doğrudan veya dolaylı ortak ise, teşebbüs sahibiyle bu işletmelerin ortakları ilişkili kişi sayılır. Örneğin; (A) gerçek kişisi ile (ABC) Ltd. Şti.'nin diğer ortağı olan (B) gerçek kişisi, ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir.

¹¹ 5520 sayılı KVK'nın örtülü sermayeye ilişkin 12. maddesinde "ortakla ilişkili kişi" tanımında ortağın doğrudan veya dolaylı olarak asgari %10 oranında ortaklık payı öngörülmüş, ancak TF'de ortak ve ortağın ilgili bulunduğu kişiler için pay oranıyla ilgili bir tespit yapılmamıştır.

¹² Öncel, M., Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara, 1978, s. 43.

¹³ Işıkveren, T., Vergi Mevzuatımızda Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Meseleleri, İktisat ve Maliye, C. IV, S. 1, s. 36.

İlişkili kişilere yapılan ödemelerde "menfaat sağlanan kişi" ile "menfaatin izafe edildiği kişi" kavramları arasında ayırım yapılmalıdır.¹⁴ Kurumun sağladığı menfaatle malvarlığı artan kişi "menfaat sağlanan" dır. Kurumla ortaklık bağı bulunmayan bu kişi, kuruma veya ortağa bir şekilde bağlıdır. Bunlar "kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum" dur. Buna karşılık "menfaatin izafe edildiği kişi", menfaati bizzat almamakla birlikte, kendisine menfaat sağlanmış var sayılan kurum veya ortaktır. Burada TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı dolaylı yolla gerçekleşir. Örneğin; payları (A) elinde toplanmış (X) A.Ş., (Y) A.Ş.'ye herhangi bir menfaati ivazsız olarak verir ve (Y) A.Ş.'nin payları da büyük ölçüde (A)'ya ait olursa, (Y) A.Ş. kurumun ve ortağın "ilgili bulunduğu kişi" sayılır. Her ikisinde de aynı ortak veya ortakların payların çoğunluğunu elinde bulundurduğu ortaklıklar "kardeş şirketler" olarak nitelenir. Bir şirket, aynı ana şirkete bağlı başka bir şirketten (kardeş şirket) aldığı ürünler için üçüncü kişilere ödemeyeceği bir fiyat verir ise, burada TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı vardır.

Kâr elde etme amacıyla özenle hareket eden bir idareci, bu durumda tedarikçisiyle pazarlıklara başlamalı ve kâr elde edebileceği bir fiyat için anlaşmaya çalışmalıdır. Firma idaresinin bunu yapmayı tedarikçinin verdiği fiyatları olduğu gibi kabul ettiği bir durumda bu ilişki iki kurum arasındaki bağılıktan (kardeş şirketler) kaynaklanıyorsa, olayda TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının gerçekleştiği sonucuna varılmalıdır.¹⁵

Ortak ile menfaat sağlanan kişi arasındaki yakınlık bazen yerini firmayla menfaat sağlanan kişi arasındaki yakınlığa bırakır. Bu gibi durumlarda menfaat sağlanan kişiyle menfaatin izafe edildiği kişi aynıdır. Bu kişiler ortak sıfatını taşımamakla birlikte ekonomik bakımdan ele alındığında firmaya öylesine bağlıdırlar ki vergilendirme bakımından bunlar da ortak gibi düşünülebilir. Bunlara sağlanan menfaatlerde TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı dolaysız gerçekleşir.¹⁶

¹⁴ Felix, G., *Verdeckte Gewinnausschüttungen an Nichtgesellschafter*, StbJb 1954-55, s. 279, nak. Öncel, a.g.e., s. 41.

¹⁵ BFH 06/04/2005, I R 22/04, <http://juris.bundesfinanzhof.de/>, 15/04/2011.

¹⁶ Öncel, a.g.e., s. 42.

Vergiden dolayı yollarla kaçınmanın önüne geçilmesi amacıyla kanun koyucu sadece ortaklara değil, ortak olmayan üçüncü kişilere de TF yoluyla örtülü kazanç dağıtılabileceğini kabul etmiştir. Bunun için işlemin kuruma veya ortağa izafe edilebilmesi, yani üçüncü kişiye dolaysız olarak yapılan ödemenin bizzat kurum veya ortak için sonuç doğurması gerekir. Ancak ödemenin ekonomik sonuçları, kurum veya ortağın eline geçmelidir. Aksi halde TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımından değil, sadece kurumun zararına yapılmış bir işletme giderinden bahsedilir. Örneğin; firma, ortağının borcunu silmesi için üçüncü kişiye bir ödemede bulunursa, sadece ödemenin yapıldığı kişi belli bir para almakla kalmaz, ödemenin ekonomik sonucundan ortak yararlanır.¹⁷

Kurum veya ortak ile menfaat sağlanan üçüncü kişi arasındaki bağ sözleşmeden doğabilir. Kurumun veya ortağın ekonomik veya ticari ilişkilerde bulunduğu, mal alıp sattığı, kredi alıp verdiği kişiler bunlar arasındadır. Kurumun veya ortağın, bunlardan biriyle veya benzeri ilişkilerle bağlı olduğu kişilere karşı yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğünü, firma yerine getirirse kazanç, TF yoluyla örtülü olarak dağıtılmış olur. Bir firma, ortağının borcu için üçüncü bir kişiye ödemede bulunursa ortağın borcu sona erer. Bu durumda iki ayrı tasarruf, tek bir işlem içinde gizlenmiştir. Firma, alacaklıya para verir, ortağın da bu şekilde borcu biter. Bu durum, “*üçgen ilişkisi*” olarak nitelenir. Bu ilişki sayesinde menfaat, ortağa dolaylı olarak sağlanır. Alacağın temliki niteliğindeki bu işlem, üçüncü kişiye verilen paranın ortağa sağlanmış menfaat gibi düşünülmesine engel değildir. Genel anlayışa göre edimin nedeni temlikle değişmez.¹⁸

Kanundaki “*kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi*” ifadesi, (1) seri no.lu TF Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği'nin¹⁹ 3.1.2 maddesiyle vergi idaresince; “*kendi ortağı olan gerçek kişiler dışında kalan, kurumların ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer gerçek kişi ortakları ile kurumun çalışanları gibi şahıslar*” şeklinde yorumlanmış, böylece zaten kapsamlı olan ilişki kişi tanımı daha da geniş-

¹⁷ A.g.e., s. 42-43.

¹⁸ A.g.e., s. 47-48.

¹⁹ RG, 18/11/2007, 26704.

letilmiştir. Bu yorum, uygulamada ciddi sıkıntılar yaratacaktır. Örneğin; daha önce firma çalışanlarına sağlanan her türlü menfaat ücret olarak nitelendirilip buna göre vergilendirilirken, bundan sonra her ne şekilde olursa olsun hizmet sözleşmesi kapsamında verilen menfaatler emsaline aykırı olduğu zaman fazla olan kısım kâr dağıtımını kabul edilerek vergilendirilecektir. Oysa kanun koyucu, ilgili kişiyle hizmet sözleşmesi kapsamında çalıştırılan ücretlileri de içine alacak bir ilişkili kişi tanımı benimsememiştir. “İlgili gerçek kişi” ifadesinden, “ortaklık ilişkisi içinde bulunulan gerçek kişiler” anlaşılmalıdır. Kanun hükmünün gerekçesinde, ilgili gerçek kişinin kurumun veya ortaklarının hizmet sözleşmesiyle çalıştırdığı kişileri de kapsadığını belirten hiçbir ifade yoktur. Kaldı ki ücretlilere verilen her türlü menfaat %15 ilâ %35 oranında vergiye tâbidir. Bu itibarla kâr payını ücret olarak gösterip vergisel avantaj sağlamak çok zordur.

Uygulamada ilişkilerinin sadece işveren-çalışan şeklinde olması durumunda ilgili firma ile çalışan, ücret ödemeleri bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmez. Ancak firma ile çalışanları arasında istihdam ilişkisi dışındaki işlemler, ilişkili kişilerle yapılan işlemler kapsamındadır.

“Kurumun ilgili bulunduğu kurum”, kendi ortağı dışında firmanın kendisinin ortaklığının bulunduğu bir başka kurumu, yani iştiraklerini ifade eder. Bir firma diğer bir firmaya ortak ise, iki kurum ilişkili sayılır, ortak olduğu firma üzerinden bir başka firmaya ortak ise dolaylı olarak ilişkili olduğu kabul edilir. Yani kurumların doğrudan veya dolaylı olarak iştirak ettiği diğer kurumlar ve şahıs şirketleri ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir. Kurumun ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları da ilişkili kişi sayılır.

“Kurum ortağının ilgili bulunduğu gerçek kişiler”; ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları, kayın hısımları veya kurum ortaklarıyla “ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan” gerçek kişilerdir. Buna göre, örneğin; (X) firmasının ortağı (A) gerçek kişinin ekonomik ve sosyal olarak yakın ilişkide bulunduğu (B) gerçek kişinin şahıs işletmesiyle yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılmış sayılır. Kurum ortağının ortak olduğu şahıs şirketlerinin diğer gerçek kişi ortakları da ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir.

(1) seri numaralı TF Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını Hakkında Genel Tebliği'nin 3.1.2 maddesinde kurum ortağının ilgili bulunduğu gerçek kişilerin, ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları, kayın hısımlarını ya da kurum ortakları ile “ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan” gerçek kişileri ifade ettiği belirtilmiştir. Ne var ki 5520 sayılı (yeni) KVK'nın atıfta bulunulan 13/2 maddesinde “ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan” ifadesine yer verilmemiştir. Vergi idaresinin “ilgili gerçek kişi” tanımını bu şekilde değerlendirmesi anlaşılır olmakla beraber “ilgili gerçek kişi” tanımında kanun koyucunun belirtmediği bir unsur varmış gibi göstermesi fonksiyon gaspıdır. Bu değerlendirmenin yerindeligi de tartışmalıdır. Vergi idaresine göre TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımını için kurum ortakları ile “herhangi” bir ekonomik ve sosyal ilişkinin varlığı yeterlidir. Bu ilişkinin sınırı ve yoğunluğu belirsizdir. Bir işletmenin ekonomik ilişkisi bile tam olarak kavranamazken “sosyal ilişki” ifadesinden neyin kastedildiği açık değildir. Kaldı ki küçük ve orta boy işletmelerin hemen hemen tüm işlemlerinin büyük pay sahibi ortakla ekonomik ve sosyal ilişkisi bulunan kişilerle gerçekleştirildiği ticari bir gerçektir. Böyle bir ortamda kurum ortakları ile herhangi bir ekonomik ve sosyal ilişkinin varlığı çerçevesinde yapılacak TF incelemeleri sağlıklı olamaz.

“Kurumun veya ortağın ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar” kavramının geniş yorumlanması, vergi idaresine hemen hemen her ödemeyi TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımını olarak değerlendirme imkânı verir. Örneğin; ödeme yapılan kişinin uzun yıllar o firmada çalışmış olması, firmanın müşterisi bulunması veya ona mal vermesi ya da binasını firmaya kiralaması gibi sebeplerle o kişi “ilgili” sayılabilir.²⁰ “Kurum veya ortakların ilgili bulunduğu kişiler” kavramının sınırlarını belirlemekteki bu güçlük karşısında, ortaklar dışındaki kişilere yapılan ödemelerin ortak lehine TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımını olarak değerlendirilebilmesi için başka unsurlara da ihtiyaç vardır.²¹

“Kurum ortağının ilgili bulunduğu kurum” ise, kurum ortağının hissedarı olduğu başka firmalar veya ortağın ilişkide olduğu gerçek

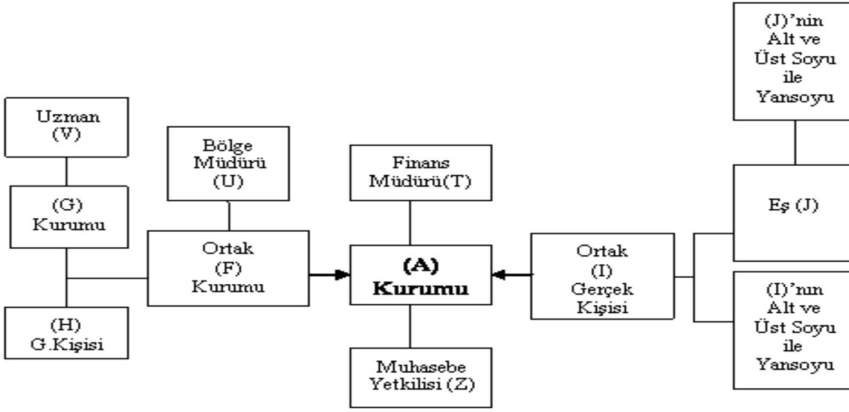
²⁰ Nolte, M., *Einschraenkung des Begriffs der verdeckten Gewinn-ausschüttung?*, DB1964, s. 641, nak. Öncel, a.g.e., s. 54.

²¹ Konow, C. O., *Verdeckte Gewinnausschüttungen durch mittelbare Zuwendungen an Gesellschafter*, GmbHR 1966, s. 233, nak. Öncel, a.g.e., s. 54-55.

kişilerin ortağı bulunduğu firmalardır. Kurum ortağının bir firmayla ilgili bulunması, onun başka bir firmayla olan ortaklık ilişkisini ifade eder. Kurum ortağının ortak olduğu şahıs şirketlerinin diğer firma ortakları ilişkili kişi sayılır. Kurum ortaklarının doğrudan veya dolaylı olarak ortak olduğu firmalar ve şahıs şirketleriyle bu kurum ve şahıs şirketlerinin diğer firma ortakları ilişkili kişi kapsamındadır. Örneğin; bir firmanın kendi ortağı tüzel kişinin iştiraki olan başka bir tüzel kişiyle yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

Bir kurumun ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumların kendi aralarındaki ilişki ve bir kurumun ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumların kendi aralarındaki ilişki de TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı uygulamasında ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir.

ÖRNEK



(A)'nın;

- Ortak (F),
- Ortak (F)'de çalışan bölge müdürü (U),
- Ortak (F)'nin ortağı (G),
- (G)'de çalışan uzman (V),
- Ortak (F)'nin ortağı (H),

- Ortak (I),
- Ortak (I)'nin eşi (J),
- Ortak (I)'nin eşi (J)'nin alt ve üstsoyu ile yansoyu,
- Ortak (I)'nin alt ve üstsoyu ile yansoyu,
- Finans müdürü (T),
- Muhasebe yetkilisi (Z)

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilir.

3. Kurumun veya Ortaklarının İdaresi, Denetimi veya Sermayesi Bakımından Doğrudan veya Dolaylı Olarak Bağlı Bulunduğu ya da Nüfuzu Altında Bulundurduğu Gerçek Kişi veya Kurumlar

5520 sayılı (yeni) KVK, “**doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar**” ifadesiyle aslında ortak olmayan gerçek kişi veya işletmelere yönelik bir belirleme yapmıştır. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının asıl nedeni, işletmeyle ortak arasındaki ortaklık ilişkisi olduğundan, ortak sıfatı bulunmayan bir kişinin ortak gibi değerlendirilmesi durumunda vergi hukuku kurallarıyla medenî hukuk ve ticaret hukuku ilkeleri çatışır. Doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan veya nüfuzu altında bulunan kişilerin “*ortak gibi*” değerlendirilmesi ve bu şekilde işletmeye yakın kişilere sağlanan menfaatlerin TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılması, vergi hukukunun medenî hukuk ve ticaret hukukundan ayrıldığı istisnâ durumlardan biridir.

5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/2 maddesinde ilişkili kişi tanımlanırken “*kurumların idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar*” dan bahsedilerek sadece kurumların kendi ortaklarına veya kurumların ya da ortaklarının ilgili oldukları kişilere değil, kuruma yakın kişilere de TF yoluyla örtülü kazanç dağıtılabileceği kabul edilmiştir.

Uluslararası uygulamada “*bağlı işletme*”, yabancı yatırımcının

doğrudan veya dolaylı olarak (diğer bir bağlı işletme aracılığı ile) işletmenin %50 oranından fazla sermaye veya oy hakkına sahip olduğu ya da en az bu oranda yönetim çoğunluğunu seçme hakkına sahip olduğu; “iştirak” ise, yabancı yatırımcı ve bağlı işletmesinin hisselerinin veya yönetime katılma hakkının en az %10 ve en fazla %50 oranında bulunduğu işletmeler olarak kabul edilir.²²

OECD Model Vergi Anlaşması’nın 9. maddesine göre, “bir işletmenin doğrudan veya dolaylı olarak diğer bir işletmenin yönetim, kontrol veya sermayesine katıldığı” veya “aynı kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak aynı işletmelerin yönetim, kontrol veya sermayesine katıldığı” durumlarda bu işletmeler “bağlı” kabul edilir.²³

“Sermaye Piyasasında Konsolide Mali Tablolara İştiraklerin Muhasebeleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği”nin²⁴ 4. maddesinde de “ana ortaklık”, “bağlı ortaklık” ve “iştirak” tanımlanmıştır. Buna göre “ana ortaklık”, bir başka ortaklığın bağlı ortaklığı durumunda olsun ya da olmasın, sermaye ve yönetim ilişkileri çerçevesinde bağlı ortaklığı ve/veya müşterek yönetime tâbi ortaklığı bulunan, hisse senetleri borsalar veya teşkilâtlanmış diğer piyasalarda işlem gören şirketleri; “bağlı ortaklık”, ana ortaklığın doğrudan veya diğer bağlı ortaklıkları veya iştirakleri aracılığıyla sermaye ve yönetim ilişkileri çerçevesinde %50’den fazla oranda hisseye, oy hakkına veya yönetim çoğunluğunu seçme hakkına veya yönetim çoğunluğuna sahip olduğu işletmeleri; “iştirak” ise ana ortaklığın yönetimine ve işletme politikalarının belirlenmesine katılma anlamında devamlı bir bağının ve/veya doğrudan veya dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisinin bulunduğu ya da sermayesinde %20 veya daha fazla, %50’den az oranda paya veya bu oranda yönetime katılma hakkına sahip bulunduğu işletmelerdir.

Bir işletmenin; idare, denetim veya sermaye bakımından doğrudan bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya işletmelerle olan faaliyetleri “iştirak ilişkisi” olarak nitelenir. “Bağ-

²² IMF, International Direct Investment Statistics How Countries Measure, FDI, 2001, Washington D.C., 2003, p. 23-24; OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 3rd ed., Paris, 1999, p. 9-10.

²³ OECD, Model Tax Convention, C (9) 1-11; OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, Paris, 2001, P-3.

²⁴ RG, 13/11/2001, 24582.

lı bulunma” veya “nüfuzu altında bulundurma” durumunu, iştirak konusu sermaye tutarı tayin eder.²⁵

“Kurumun veya ortaklarının idaresi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişiler”; ortaklık ilişkisi olmaksızın işletmenin kararlarına doğrudan veya dolaylı olarak etki- de bulunabilecek bir kurumun yönetim kurulu başkanı ve üyelerini,

²⁵ “Dosyanın incelenmesinden, hastane işletmeciliği yapmak üzere 19/06/2000 tarihinde faaliyetine başlayan davacı ile yurt dışında yerleşik gibi görünen (M) Ltd. arasında kurulacak hastanede kullanılacak malzeme ve tıbbi teçhizatı satın almak amacıyla 01/11/2000 tarihinde sözleşme imzalandığı, bu sözleşme uyarınca adı geçen firmaya avans ödemesi yapıldığı ve ödemenin 2001 yılının Mayıs ayına kadar devam ettiği, bu ödemelerin bir bölümünün şirket sermayesinden bir bölümünün ise (...) Bank Bahreyn Şubesi’nden alınan kredi ile yapıldığı, 2001 yılında hastane kurma işinden vazgeçildiği ve ödenen avansın geri alındığı, (M) Ltd.’nin Türkiye’deki işyeri nedeniyle Türkiye’de vermiş olduğu herhangi bir beyannameye rastlanılmadığı, davacı şirkete 18/09/2001 tarihinde (...) Bank havalesiyle yatırılan paranın göndericisinin (M) Ltd. olduğu, ancak gönderene ait adres ve iletişim bilgilerinin yer almadığı, 08/12/2000 tarihinde (M) Ltd. tarafından ödenmiş gibi görünen meblağın (X) adlı kişinin (...) Bank Ankara Şubesi’ndeki hesabından davacı şirketin aynı şubedeki hesabına virman suretiyle yatırılan para olduğu, (X)’in bankaya adres olarak davacı şirketin adresini bildirdiği, (X)’in davacı şirketin bağlı olduğu (...) Holding A.Ş.’nin ve bu holding bünyesindeki diğer şirketlerin genel vekili olduğu, davacı şirketin ana sözleşmesinin 11. maddesinde şirketin denetçisi (...) tarihli vekâletnamede de genel vekili olduğunun belirtildiği, (...) Bank Başkent Kurumsal Şubesi’nde yapılan araştırmaya göre (M) Ltd. adına bankada işlem yapmaya yetkili kişiler arasında davacının %8 ortağı olan (Y)’nin isminin yer aldığı, (Y)’nin 2000 ve 2001 yıllarında şirket urvanı altında akçalı işler de dahil olmak üzere (M) Ltd.’nin geniş yetkili vekili olduğu, ayrıca (...) Holding A.Ş. bünyesinde faaliyet gösteren (...) Dış Tic. ve Müt. A.Ş. ile davacı şirket arasında herhangi bir mal veya hizmet alım satım ilişkisi olmadığı halde bu şirkete nakit para verildiği, tahsilat yapıldığı ve aynı zamanda bazı şirketlere olan borçlarını ödediği, buna karşılık bu şirketin de davacının kamu kurumlarına olan vergi, SSK primi gibi borçları ile (...) firmasına olan borçlarını ödediği, bu borç/alacak ilişkisinin “Diğer Çeşitli Alacaklar”, “Diğer Çeşitli Borçlar” hesaplarında izlendiği anlaşılmıştır. Bütün bu tespitler (M) Ltd.’nin, davacı şirketin ortağı ve yönetim kurulu üyesi olan (Y)’nin nüfuzu altında bulunan bir firma olduğunu, dolayısıyla davacı ile aralarında vasitasız ortaklık ilişkisi bulunduğunu ortaya koyduğu gibi, davacı şirketin kuracağı hastanede kullanılacak makine ve tıbbi teçhizatın temini hususunda yaptığı sözleşme uyarınca, sözleşmede gösterilen meblağın yaklaşık yarısının hemen avans olarak ödenmesi, sözleşmede paranın bakiye kısmının malların tesliminden itibaren en geç bir ay içerisinde ödeneceğinin yazılı olmasına rağmen, herhangi bir mal teslimi yapılmadan (M) Ltd. ve davacı şirket tarafından kısa aralıklarla karşılıklı olarak para ödemesi yapılmaya devam edilmesi, ödemelerin 2001 yılının Mayıs ayına kadar sürmesi ve davacı kurum yetkilisinin ifadeleri dikkate alındığında, 5422 sayılı (eski) KVK’nın 17. maddesinde öngörülen örtülü kazanç dağıtımının tüm unsurlarının gerçekleştiği, yasal olarak geçerli bir neden olmaksızın kendi kazancını azaltacak ve vergi kaybına yol açacak şekilde vasıtalı ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu şirketlere faiz geliri elde edebileceği ya da finansman giderlerine katlanarak elde ettiği kaynaklarını karşılıksız kullandırması ve bu şirketlere menfaat sağlanması nedeniyle, davacı şirket kazancının tamamen ya da kısmen örtülü olarak dağıtıldığı sonucuna ulaşıldığından yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık görülmemiştir.”, Dan. 4. D., 10/07/2007, E. 2006/5080, K. 2007/2693.

genel müdürünü, üst düzey yöneticilerini veya yüksek memurlarını ifade eder. İşletmenin kararlarında "*ortaklık ilişkisi olmaksızın*" doğrudan veya dolaylı olarak etkide bulunabilecek herhangi bir gerçek kişi veya işletme ilişkili kişi sayılır. Örneğin; kurumun genel müdürüne ait ticari bir işletmeye aynı kurum tarafından emsaline göre düşük bir fiyatla mal satılması durumunda kazanç TF yoluyla örtülü olarak dağıtılmış olur. 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/1 maddesinde "*ücret*"ten söz edilmesi, "*kurumun veya ortaklarının idaresi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişiler*"in, hükümde sayılan diğer şekillerde örtülü kazanç dağıtımının muhatabı olamayacakları anlamına gelmez.

Yönetim kurulu üyesi olan yönetici ortaklara ödenen fahiş ücretler, idarecilere TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının en basit şeklidir. Kanunun lâfzı dikkate alındığında, ortak olmayan yöneticilere de TF yoluyla örtülü kazanç dağıtılması mümkündür. Bir işletmenin yönetici memuruna menfaat sağlaması, bu işletmenin yakın kişiye kazancını örtülü olarak dağıtması anlamına gelir.

İdare yönünden "*doğrudan*" ilişki, işletmenin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, müdür, memur ve müşavir gibi idare organları arasındadır. Bu gibi kimselerin eşleriyle, kendilerinin veya eşlerinin üstsoy ve altsoyuyla üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları kurumların dolaylı olarak bağlı olduğu gerçek kişilerdir. İşletmenin idaresi bakımından "*dolaylı*" olarak bağlı bulunduğu gerçek kişiler ise; yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, genel müdür ve bu düzeydeki yöneticilerinin eşleri, üstsoy ve altsoyu veya kayın hısımlarıyla bunların ticari ve ekonomik açıdan ilişkili oldukları gerçek kişilerdir. Kurumla bir diğer bir kurum arasında "*idari yönden dolaylı bağlılık*"; kurumun yönetim kurulu üyeleri, genel müdürü ve yüksek memurlarıyla doğrudan bağlılığı bulunan kurumun, başka bir kurumun ortak veya yöneticisi olması durumunda gerçekleşir. Bunlara sağlanan menfaat, idare bakımından doğrudan bağlılık ölçüsü içinde TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılır.

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesindeki ilişkili kişi tanımı, çalışanlarla ilgili olarak yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdürü, üst düzey müdürleri vb. gibi sadece yönetim ve karar alma yetkisine sahip kimselerle sınırlandırılmalı, çalışanların ortağı olduğu veya araların-

da herhangi bir ilişkinin bulunduğu kurum ve kişiler ise ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmemelidir. Hükümde, birbirleriyle ortaklık ilişkisi içindeki işletmelerin çalışanlarının ilişkili kişi sayılmayacağı açıkça vurgulanmalıdır. Muğlak bir tarzda kaleme alınan “kurumun sermayesi bakımından bağlı bulunduğu kişiler” ifadesi, “kurumun öz sermaye dışındaki sermayesi dolayısıyla bağlı bulunduğu kişiler” şeklinde yorumlanmalıdır.²⁶

“Kurumun sermaye bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi ve kurumlar”,²⁷ işletmenin sürekli olarak kredi açarak veya sermayesine katılarak üzerlerinde nüfuz kurduğu ferdi işletmeler, şahıs veya sermaye şirketleridir. İşletme, özellikle sermayesinin yarısından fazlasına katıldığı ortaklıklarda her bakımdan son sözü söyleyebilecek durumdadır.²⁸

Bir işletmenin bilançosunun pasifinde kayıtlı olan sermayesi, öz sermaye ve yabancı sermaye diye iki grupta toplanabilir. Öz sermayeyi işletmenin ortakları, yabancı sermayeyi ise alacaklılar temsil eder. Bir işletmenin yabancı kaynağı tedarik eden kişilerle olan ilişkileri, öz

²⁶ Öncel, a.g.e., s. 64.

²⁷ “Davacı şirket, (...) Radiologie firmasına 1990 yılından itibaren her yıl artan oranda mal karşılığı Fransız Frangı cinsinden borçlanmış, döviz karşılığı borçlarını dönem sonunda değerlemeye tâbi tutarak kur farklarını kurum kazancından indirim konusu yapmıştır. (...) Radiologie firması davacı şirketin %77,2 hissesine sahip ortağı olduğu gibi, bu şirketin imâl ettiği röntgen cihazının maliyetinin %50-60'ını oluşturan X ışını jeneratörünü satan firma olması nedeniyle her iki şirket arasında vasitasız bir şirket münasebeti ve sıkı bir iş ilişkisi mevcuttur. 1990 yılından itibaren vadeli ve dövize endeksli olarak mal karşılığı borçlanmada bulunularak, ikrazi bu yıldan itibaren teşebbüste kullanıldığına göre kanun maddesi hükmünde öngörülen devamlılık unsurunun olayda gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Her işletmenin uğraş konusunun, sermaye yapısının ve aktif kıymet unsurlarının değişkenliği, pazar ortamı, ortaklarının sayısı ve buna benzer durumlar dolayısıyla emsal kurum mukayesesi yapmak her zaman anlamlı sonuçlar vermeyebilir. Örtülü sermayenin belirlenmesinde, hakkında inceleme yapılan kurum yönünden bir değerlendirme yapmak gerektiğinde, yapılan borçlanmanın öz sermayeye oranının ticari hayatın normal icaplarına uyup uymadığına bakılması ve bu mukayesenin kurumun kendi bünyesinde yapılması daha makûl ve uygun düşmektedir. Bu bakımdan inceleme elemanınca işletmenin bünyesinde yapılan değerlendirme neticesinde ulaşılan sonuç, yasanın aradığı bir diğer koşulu, yani borçlanılan tutarla öz sermaye arasında ticari hayatın normal koşullarına göre mutad olmayan oranda bariz bir fark yaratıldığını açıkça ortaya koymuştur. Bu nedenle davacı kurumun vadeli olarak X ışını jeneratörü satın alma yöntemi ile kurumun %77,2 payına sahip (...) Radiologie firmasına dövize endeksli borçlanmasının örtülü sermaye olarak kabul edilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”, Dan. 3. D., 07/05/1998, E. 1997/293, K. 1998/1650.

²⁸ Öncel, a.g.e., s. 65.

sermayeyi temsil eden ortaklarla olan ilişkiler kadar önemlidir. Kanundaki “*sermaye*” ifadesi, yabancı kaynakları da kapsayacak şekilde geniş bir anlamda kullanılmıştır.

Yabancı sermaye, işletmenin tüm alacaklılarını kapsamaz. Yabancı kaynağın sermaye sayılması ve işletmenin sermaye bakımından bağlı sayılması, 5520 sayılı (yeni) KVK’nın 12. maddesinde düzenlenen örtülü sermayenin gerçekleşmesi durumunda mümkündür. İşletmenin borçlarının tamamı değil, 5520 sayılı (yeni) KVK’nın 12. maddesine göre örtülü sermaye olarak kabul edilen kısmı “*sermaye*” olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda “işletmenin sermaye bakımından bağlı olması”ndan söz edilebilir. Örtülü sermaye niteliğindeki borç, öz sermaye kapsamında değerlendirilir.

Örtülü sermaye bakımından bağlılık, TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımıyla ilişkilendirilmelidir. Örtülü sermaye kapsamında ilişkili kişilere sağlanan menfaat, TF yoluyla örtülü kazanç uygulamasının dışında bırakılırsa, örtülü sermaye faizlerinin matrahtan indirilemeyeceği yolundaki hüküm anlamsız kalır. Bu durumda, öz sermayeyle aynı nitelikteki örtülü sermayenin faiz ödenerek değil, örtülü yoldan menfaat sağlanarak aktarılması imkânı doğar. İşletmenin her türlü borcunun sermaye yönünden bağlılık ilişkisine sebep olduğu düşünülemez. Sermaye bakımından bağlı olma durumu, örtülü sermaye bakımından değerlendirilmelidir.

“Kurumun denetimi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar”, denetçilerle doğrudan doğruya veya bunların ilgili buldukları gerçek kişi veya kurumlarla olan ilişkileri belirtir. İşletmenin veya ortaklarının denetimi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar; ortaklık ilişkisi olmaksızın işletmenin kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak etkisi bulunan bir diğer işletmenin denetçileri gibi gerçek kişi veya kurumları işaret eder. Örneğin; bir limited şirket denetçisinin eşinin ortak olduğu diğer bir şirketin bu limited şirketle yaptığı işlemler, işletmenin denetimi bakımından bağlı bulunduğu kişiyle yapılmış bir işlem olarak değerlendirilir.

“Nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar” ifadesi, bir işletmenin ekonomik ve ticari kararlarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecek şekilde sürekli bir iktisadî ilişki veya devam-

lı borç para verme ya da alma ilişkisi içinde bulunduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ekonomik hayatta nüfuz; genellikle, sürekli olarak kredi açmak veya sıkı iktisadi ilişkide bulunmakla sağlanır. Örneğin; bir işletmenin sürekli olarak borç para verdiği kişiler veya imalâtının büyük bir kısmının bayiliğini yapan firmalar, o işletmenin nüfuzu altındadır.

Menfaat bir gerçek kişiye değil de, işletmenin veya ortağın ilgili bulunduğu gerçek kişiye veya işletmenin ortağı olduğu başka bir kuruma da sağlanabilir. Bu durumda üçüncü kişi, menfaatin sağlandığı işletme üzerinde nüfuz sahibi olmalıdır. Diğer işletmeye bu menfaat, sadece ortakla üçüncü kişi arasındaki şahsî ilişki sebebiyle sağlanmıştır. Bunun ortağın yakınına geri verilmesi için onun ya ortağı olduğu işletmede payların çoğunluğunu elinde tutması ya da başka sebeplerle işletmenin idaresi üzerinde nüfuz sahibi olması gerekir.²⁹

Bir veya birkaç ortağın nüfuzu altında bulunan işletmeler kendi aralarındaki ilişkide “*kardeş işletme*”, ortakla aralarındaki ilişki bakımından ise “*ortağın ilgili bulunduğu kişi*” sayılır. Kardeş işletmeler arasındaki TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımında işletme menfaat dağıtır, bu işletmenin veya ortaklarının nüfuzu altındaki işletmeler de menfaat sağlar. Örneğin; (A) ve (B) limited şirketlerinde payların tamamının (Y) ve (Z)’ye ait iken (A) şirketi, kardeş şirket (B)’ye piyasada emsalin çok altında bir faizle veya faizsiz kredi vermiştir. Üçgen ilişkisi içinde (A) şirketi krediyi ortakları (Y) ve (Z)’ye vermiş, onlar da (A)’dan aldıkları bu parayı diğer şirketleri (B)’ye ödünç vermişlerdir. Ancak (A) ve (B) şirketlerinde payların çoğunluğuna sahip ortak veya ortakların mutlaka gerçek kişi olması zorunlu değildir. Bunlar bir tüzel kişi de olabilir. Bu durumda tüzel kişi (X) “*ana şirket*”, nüfuzu altındaki (A) ve (B) şirketleri de “*yavru şirket*”tir. (A) ve (B) şirketleri kendi aralarındaki ilişkide “*kardeş*”tir. Aynı şekilde (A) şirketinin, kardeş şirketi (B)’ye ivazsız olarak verdiği menfaat, aslında ana şirket (X)’e TF yoluyla örtülü olarak yapılmış bir kazanç dağıtımıdır. (A) şirketi, ortağı (X)’in yakını olan (B) şirketine ödeme yapmakla ortağı (X)’e TF yoluyla örtülü kazanç dağıtmıştır.³⁰

²⁹ A.g.e., s. 51.

³⁰ A.g.e., s. 52.

(2) seri no.lu TF Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği'nin³¹ 1. maddesiyle (1) seri no.lu TF Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği'nin "Kurumun veya Ortaklarının İdaresi, Denetimi veya Sermayesi Bakımından Doğrudan veya Dolaylı Olarak Bağlı Bulunduğu ya da Nüfuzu Altında Bulundurduğu Gerçek Kişi veya Kurumlar" başlıklı 3.1.3 maddesine;

"(...) Almanya'da bulunan (A) şirketi Türkiye'de yerleşik (B) şirketine motorlu araç ve yedek parça satmakta olup (B) şirketi söz konusu ürünlerin Türkiye'ye ithali ile yurt içine satış hakkına sahip bulunmaktadır. (A) şirketi ile Türkiye pazarında dağıtıcı (distribütör) olarak faaliyette bulunan (B) şirketi ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir (...) Yurt dışında bulunan şirketin Türkiye pazarında bir veya birden fazla dağıtıcı ile alım satım faaliyetinde bulunması durumu değiştirmeyecektir (...) Öte yandan (B) şirketinin, (A) şirketinden aldığı motorlu araç ve yedek parça satışını Türkiye'de 21 ilde bulunan bayileri aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda, (B) şirketi ile bayileri, bayiliğin konusunu oluşturan işlemler bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeyecektir."

şeklindeki sekizinci paragraf eklenmiştir. Böylece vergi idaresi, eleştirilen "ilişkili kişi" tanımındaki yorumunu daraltmak yerine daha da genişletmiştir.

Bu kapsamda, satışlarının %80'ini ülkemizde faaliyet gösteren uluslararası bir otomobil fabrikasına yapan yedek parça ve ara mamul imalatçısı/tedarikçi firmalar, otomobil şirketiyle ilişkili kişi sayılacaktır. Tedarikçi firmaların uluslararası firmadan "ilişkili kişi" olduklarını ileri sürerek bilgi, belge temin etmeleri son derecede güçtür. İlişkili uluslararası firmanın "nüfuzu altındaki" tedarikçileri talep ettiği halde vermediği bilgi, belge dolayısıyla muhtemelen bu firmalar TF'ye ilişkin belgelendirme yükümlülüğüne uymadıkları gerekçesiyle cezaya muhatap olacaklardır.

(1) seri no.lu TF Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği'nde;

"(...) aralarında bayilik ilişkisi olan (gerçek/tüzel) kişiler bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeyecek, bayiliğin konusunu oluşturan mal ve hizmet alım satımları dışındaki işlem-

³¹ RG, 22/04/2008, 26855.

ler bakımından ise ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir. Ayrıca bayilik ilişkisi dışındaki başka bir nedenle ilişkili sayılan kurum veya kişiler arasında bayiliğe ilişkin mal ve hizmet alım satımı bakımından da ilişkinin varlığı kabul edilebilecektir.”

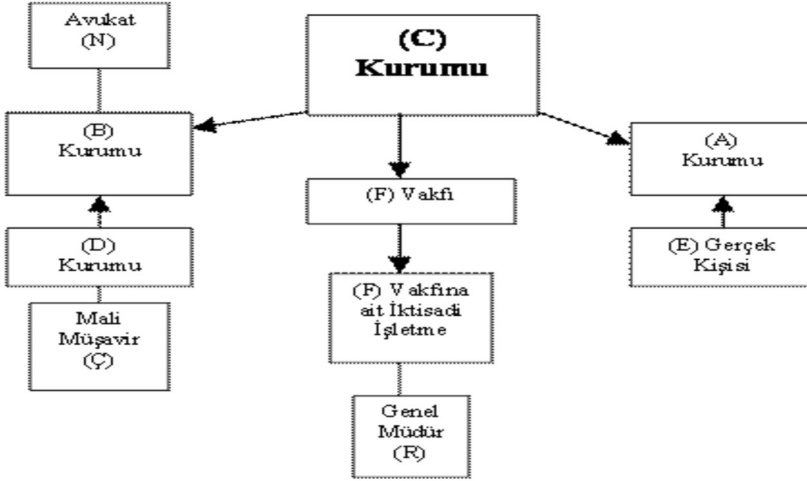
şeklindeki ifadeyle bayilik anlaşmasının her iki tarafının ilişkili sayılacağı, ancak işlemler açısından bayilik konusu dışındaki faaliyetlerin TF'ye ilişkin belgelendirme ve incelemeye tâbi tutulacağı belirtilmiştir. Ancak daha sonra vergi idaresi (2) seri no.lu TF Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği'nin yukarıda belirtilen 1. maddesiyle eklenen paragrafla yurt dışında yerleşik bir firmanın bayisi olunması durumunda bayilik kapsamındaki alım-satım işlemlerinin de TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı incelemesine tâbi tutulacağını ifade etmiştir. Yani aralarında ortaklık ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, yurt dışında bulunan bir işletme ile Türkiye'de dağıtıcı (distribütör) olarak faaliyette bulunan işletme ilişkili kişi sayılır.

Böyle bir ayrıma gidilmesinde, büyük olasılıkla, yurt dışında yerleşik bir firmanın Türkiye'de kendi iştiraki veya şubesini kurmak yerine pazarlık gücü olmadığından emsalin çok altında bir kazancı kabul etmek zorunda kalan yurt içindeki bir firmayı aracı kılarak faaliyetten doğan kazancının önemli bir kısmını TF yoluyla kendi ülkesine aktarabileceği endişesi rol oynamıştır. Türkiye'de aralarında bayilik ilişkisi olan (gerçek/tüzel) kişiler bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmez iken yurt dışında yerleşik firmaların ilişkili kişi kapsamına alınması, Anayasa'daki vergilendirmede eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13. maddesi ve OECD Model Vergi Anlaşması'nın 9. maddesindeki “*emsallere uygunluk ilkesi*”nin de açık bir ihlâlidir.

Bu çerçevede, bir gerçek kişi veya işletme ile bir başka gerçek kişi veya işletme arasındaki olağan ticarî faaliyet çerçevesinde sadece bayilik ilişkisinin bulunması durumunda bu gerçek kişi veya işletmeler bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmez. Bu gerçek kişi/işletmeler, bayiliğin konusunu oluşturan mal ve hizmet alım-satımları dışındaki işlemler bakımından ise ilişkili kişi sayılır. Bayilik ilişkisi dışındaki başka bir nedenle ilişkili sayılan işletme veya kişiler arasında bayiliğe ilişkin mal ve hizmet alım satımı bakımından da ilişkinin varlığı kabul edilir.

Serbest bölgelerdeki ilişkili kişi tanımına işletmelerin bu bölgede faaliyet gösteren şubeleri dâhil değildir. Aslında ayrı bir tüzel kişilikleri olmadığı için şubeler, ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmez. Ancak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin, "Vergi kanunları lâfzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lâfzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konusundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır." hükmü dikkate alınarak sistematik ve amaçsal yoruma başvurulduğunda serbest bölgelerdeki veya yurt dışındaki şubeler de ilişkili kişi kapsamında kabul edilmelidir. Yine de uygulamada hiçbir duraksamaya yol açılmaması için kanundaki ilişkili kişi tanımına, yurt dışı ve serbest bölgelerdeki şubeler de dâhil edilmelidir.

ÖRNEK



(C)'nin;

- İştiraki (B),
- (B)'de çalışan avukat (N),
- (B)'nin diğer ortağı (D),
- (D)'de çalışan mali müşavir (Ç),
- İştiraki (A),

- (A)'nın ortağı (E),
- Kurucusu olduğu (F) Vakfı,
- (F)'ye ait iktisadî işletme,
- (F)'ye ait iktisadi işletmede çalışan genel müdür (R),

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilir.

4. Ortakların Eşleri

Gerçek kişi ortakların ilgili olduğu gerçek kişilerin başında kurum ortağının eşi gelir. “Kurum ortağının eşi”, ortakla arasında yasal evlilik bağı bulunan kişidir.

5. Ortakların veya Eşlerinin Üstsoy ve Altsoyu, Üçüncü Derece Dâhil Yansoy Hısımları ve Kayın Hısımları (Akrabalığa Dayanan Şahsî İlişki)

Akrabalığa dayanan şahsî ilişki, menfaat sağlanan üçüncü kişinin ortağa akrabalık bağıyla bağlı olduğunu gösterir. 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/2 maddesi; ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyuyla üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımlarını “akraba” olarak kabul eder. Akrabalık ilişkisine dayanılarak TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımında bulunulması vergi hukukunun en fazla uğraştığı konuların başında gelir.

Ortakların veya eşlerinin anne, baba, büyükanne ve büyükbabaları, çocukları ve torunlarıyla üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları ilişkili kişi sayılır. Evliliğin sona ermesiyle kayın hısımlığı sona ermez.

İlişkili kişi tanımındaki altsoy-üstsoy hısımlığı, birbirinin soyundan gelen kişiler arasındaki hısımlığı belirtir. Buna göre, bir kişinin zincirleme olarak kendinden türeyenlere (kendi soyundan gelenlere) “altsoy (fürû)”, zincirleme olarak soyundan geldiği kişilere de “üstsoy (usûl)” denir.³² Yansoy hısımlığı ise, ortak bir soydan gelenler arasında-

³² Zevkliler, A., Acabey, M. B., Gökyayla, K. E., Medeni Hukuk, 6. Baskı, İzmir, 2000, s. 338.

ki hısımlıktır. Bu çeşit hısımlık hem baba hem de ana yönünden gelir. Kardeşler arasındaki, amca, hala, dayı ve teyze ile yeğenler arasındaki, kardeş çocukları ve torunları arasındaki hısımlık yansoy hısımlığıdır.³³

İki kişi arasındaki kan hısımlığının kaçınıcı dereceden olduğunun ne şekilde belirleneceği Türk Medeni Kanunu'nun (MK) 17. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, kan hısımlığının derecesini hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı belirler.

Kayın hısımlığı (sıhrî hısımlık) ise evlenmeyle kurulur. MK'nın kayın hısımlığını düzenleyen 18. maddesine göre, eşlerden biriyle diğer eşin kan hısımları aynı tür ve dereceden kayın hısımlarıdır. Kayın hısımlığı, eşlerden her biriyle öteki eşin kan hısımları arasında kurulur. Ancak eşlerden birinin kan hısımlarıyla öteki eşin kan hısımları arasında kayın hısımlığı doğmaz. Bu kişiler arasında geleneklere dayanan bir dünürlük ilişkisi vardır.³⁴

TF incelemesinde, akrabalık ilişkisi kolayca belirlenemediğinden menfaatin üçüncü kişinin ortakla olan sıkı şahsî ilişkisi nedeniyle sağlandığının ispatı güçleşir. Ortakla olan ilişkisinin yoğunluğuyla karşılaştırıldığında kişiliği ve faaliyetleri önemsiz ise, menfaat sağlanan kişiye kazancın TF yoluyla örtülü olarak dağıtılması olasılığı yüksektir.³⁵

Akrabalık ilişkisi nedeniyle gerçekleşen TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımına örnek olarak bir işletmenin, yönetici ortaklarından birinin eşine emsaline göre değerinin altında bir fiyatla mal satması gösterilebilir. Bu menfaat aktarımı, aslında, hem ortakla eşi arasındaki akrabalık ilişkisine ve hem de işletmeyle ortak arasındaki ticaret hukuku ilişkisine dayanır. Burada eşe sağlanan menfaat, ortağa izafe edilir. Ancak ortağın (akrabalık bağıyla) ilgili olduğu kişiye bir menfaatin sağlanması her zaman TF yoluyla örtülü kazanç dağıtıldığı anlamına gelmez. Bunun için ayrıca işletmenin akrabaya sağladığı menfaatle akrabanın işletmeye olan karşı edimi arasında açık bir uyumsuzluk bulunmalıdır.³⁶

³³ A.g.e., s. 339-340.

³⁴ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, a.g.e., s. 344-345.

³⁵ Öncel, a.g.e., s. 45.

³⁶ A.y.

6. 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda İlişkili Kişi

Gelir vergisi şahsa bağlı bir vergidir ve çeşitli kaynaklardan elde edilen gelir kaynak sahibinin geliri olarak vergiye tâbi tutulur. 193 sayılı GVK'nın 41. maddesinde, "*Gider kabul edilmeyen ödemeler*" başlığı altında çeşitli ödemeler sayılmıştır. Örneğin; teşebbüs sahibiyle eşi ve çocuklarının işletmeden çektikleri para ve aynen aldıkları sair değerler gider olarak kabul edilmez. Bu düzenlemeyle 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13. maddesi karşılaştırıldığında, iki hükmün benzer olduğu görülür. 5520 sayılı KVK'daki TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, şahıs işletmelerindeki gizli para çekmeye benzetilebilir. Ancak kurumun ve ortaklarının ayrı hukuki kişilikleri vardır. Şahıs işletmelerinde ise gelir, doğduğu anda işletme sahibine veya ortaklarına aittir. Bu nedenle şahıs işletmelerinde kazançtan pay dağıtımı gerçekleşmez. Bu özelliğinden dolayı şahıs şirketlerinden para çekilmesi sadece işletme sahibinin gelirini etkiler. Oysa TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımında tüzel kişilik olarak kurum ve kendisine kazanç aktarımı yapılan ilişkili kişi olmak üzere bu durumdan etkilenen iki farklı taraf vardır. Öğretide çoğu yazar, örtülü olarak yapılan ödemeleri şahıs şirketlerinde teşebbüsten para çekme kavramıyla bir tutar.

Bir kurumun dolaylı yollarla ilişkili kişilere sağladığı menfaatlerin, kurumun vergilendirilmesi gereken kazancını azaltması durumunda 5520 sayılı (yeni) KVK, vergiye tâbi gelirin belirlenmesinde bunların matraha eklenmesini ister. Bilançonun vergisel amaçlarla bu şekilde düzeltilmesi, kurumlar vergisinin özelliğinden kaynaklanmaz. Şahsî bir işletmede de, teşebbüsün faaliyetleri sonucunda oluşan gelirin, işletme sahibinin çektiği paralarla azaltılması durumunda yıllık gelir hesaplarının gelir vergisi esaslarına göre düzeltilmesi gerekir. Nitekim kurumlar vergisine tâbi olmadıkları için 5520 sayılı (yeni) KVK'nın TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hakkındaki 13. maddesi kapsamında olmayan kollektif ve adi komandit ortaklıkların ve şahsî işletmelerin bu yolla vergi kaçırmalarını önlemek üzere 193 sayılı GVK'nın 41. maddesinde çeşitli önlemler düzenlenmiştir.

193 sayılı GVK'nın "*Gider Kabul Edilmeyen Ödemeler*" başlıklı 41. maddesinin "*ilişkili kişi*" tanımına yer veren (5) numaralı bendi aşağıdaki gibidir:

"Aşağıda yazılı ödemelerin gider olarak indirilmesi kabul olunmaz:

(...)

5. (28/03/2007 gün ve 5615 sayılı kanunun 3. maddesiyle eklenen bent) Bu fıkranın 1 ilâ 4 numaralı bentlerinde yazılı olan işlemler hariç olmak üzere, teşebbüs sahibinin, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen bedel veya fiyatlar üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunması halinde, emsallere uygun bedel veya fiyatlar ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel veya fiyat arasındaki işletme aleyhine oluşan farklar işletmeden çekilmiş sayılır.

Teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler ilişkili kişi sayılır.

Bu bent uygulamasında, imalat ve inşaat, kiralama ve kiraya verme, ödünç para alınması veya verilmesi, ücret, ikramiye ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler, her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

İşletmeden çekilmiş sayılan farklar, ilişkili kişi tarafından beyan edilmiş gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınmış ise ilişkili kişinin vergilendirme işlemleri buna göre düzeltilir. İlişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler hakkında bu maddede yer almayan hususlar bakımından, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesi hükmü uygulanır.

(...)

Bu maddenin uygulanmasında, kolektif şirketlerin ortakları ile adi ve eshamlı komandit şirketlerin komandite ortakları teşebbüs sahibi sayılır."

Buna göre, teşebbüs sahibinin ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak belirlenen bedel/fiyat/ücret üzerinden işlemde bulunması halinde, emsal bedel/fiyat/ücret ile teşebbüs sahibi tarafından uygulanan bedel/fiyat/ücret arasındaki işletme aleyhine oluşan farklar, işletmeden çekilmiş sayılır. Yeni düzenlemeyle imalat, inşaat, kiralama, ödünç sözleşmesi ve ücret, ikramiye ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilerek, işletmeden çekilmiş sayılan farklar ilişkili kişi tarafından beyan edilmiş gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınmış ise, ilişkili kişinin vergilendirme işlemleri buna göre düzeltililecek ve ilişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler

hakkında bu hükümde yer almayan hususlar bakımından 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13. maddesi uygulanacaktır.

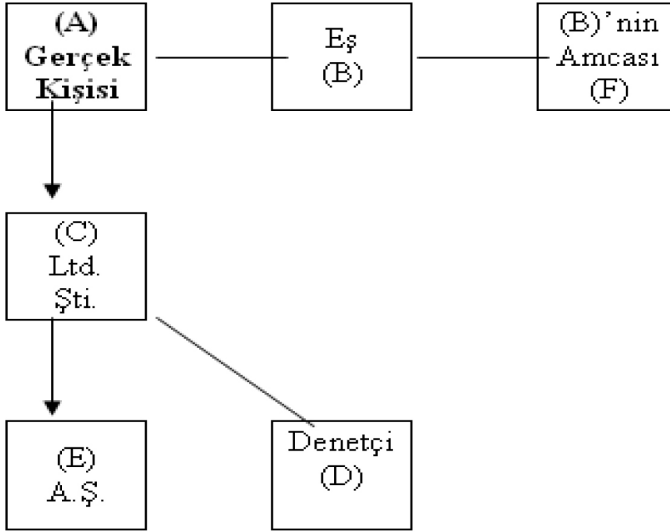
193 sayılı GVK'nın 41. maddesinde 5615 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce TF konusunda kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından ilk defa bu değişiklikte gelir vergisi mükellefleri için "ilişkili kişi" tanımı getirilmiştir. Buna göre gelir vergisi bakımından "ilişkili kişi"; teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından denetimi altında bulunan diğer şirketlerdir. 193 sayılı GVK'nın 41. maddesinin ilk dört bendinde teşebbüs sahibinin, eşinin ve küçük çocuklarının işletmeyle olan ilişkileri sebebiyle işletme aleyhine oluşan durumlar yer almakta olup, (5) numaralı bendinde teşebbüs sahibinin, eşi ve çocukları dışındaki kişilerden söz edilmiştir.

Teşebbüs sahibi bir şirkete doğrudan veya dolaylı ortak ise, teşebbüs sahibi ile bu şirketler ilişkili kişi sayılır. Bu ilişkide sermaye veya kâr payı oranının herhangi bir önemi yoktur. Örneğin; şahsi işletmesi olan (A) gerçek kişinin aynı zamanda (ABC) Ltd. Şti.'nde ortaklığı bulunması durumunda (A) ile (ABC) ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir. Aynı şekilde teşebbüs sahibi, bir şirkete doğrudan veya dolaylı ortak ise teşebbüs sahibi ile bu şirketin ortakları ilişkili kişidir. Örneğin; (A) gerçek kişisi ile (ABC) Ltd. Şti.'nin diğer ortağı olan (B) gerçek kişisi ilişkili kişidir.

"Teşebbüs sahibinin doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından denetimi altında bulunan diğer şirketler" ifadesinden, teşebbüs sahibinin doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu şirketlerin ekonomik ve ticarî kararlarını etkileyebilecek ölçüde sermayesine, kâr payına veya oy kullanma hakkına sahip olduğu diğer şirketler anlaşılır. Diğer yandan teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoy ve kayın hısımları, doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından denetimi altında bulunan diğer şirketlerin ilgili bulunduğu gerçek kişi ve kurumların aralarındaki ilişki, 193 sayılı GVK'nın 41/5 maddesi uygulamasında ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir.

Gelir vergisi mükellefleri de TF kapsamında değerlendirildiğine göre, teşebbüs sahibi mükellefin, eşinin veya çocuklarının işletmeden aldıkları ücretler, ikramiyeler, komisyonlar ve tazminatların kanunen kabul edilmeyen giderlerden olması kuralının kaldırılması gerekir. Böylece kurumlar vergisi mükellefleri ile gelir vergisi mükellefleri arasındaki (gelir vergisi mükellefleri aleyhine) uygulama farklılığından kaynaklanan adaletsizlik telâfi edilmiş olur.

ÖRNEK



(A)'nın;

- Eşi (B),
- Eş (B)'nin amcası (F),
- Doğrudan ortağı olduğu (C) Ltd. Şti.,
- (C) Ltd. Şti.'nin sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan (E) A.Ş.,
- (C) Ltd. Şti.'nin denetçisi (D),

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilir. Ayrıca sayılan kişilerin kendi aralarında yaptıkları mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri de ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

7. Vergi Cenneti Olarak Tabir Edilen Ülkelerde Mukim Gerçek Kişi ve Kurumlar

5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/2 maddesinin üçüncü cümlesinde, kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemlerin "*kötüye kullanımların önlenmesi amacıyla*"³⁷ ilişkili kişilerle yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.

TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hakkında Bakanlar Kurulu Kararı'nın³⁸ 3/b maddesinde, düzenlemenin kurumlar vergisi mükelleflerinin yanı sıra gelir vergisi mükelleflerini de kapsadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/2 maddesinde Bakanlar Kurulu'na verilen yetki çerçevesinde ilan edilen ülkelerdeki kişilerle yapılmış tüm işlemler, 193 sayılı GVK'nın 41/5 maddesi uygulamasında da ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

Bu çerçevede, vergi cenneti olarak tabir edilen zararlı vergi rekabeti yapan ülke ve bölgelerdeki³⁹ gerçek kişi veya kurumlarla, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, gerçekleştirilen tüm işlemler ilişkili kişilerle yapılmış sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hu-

³⁷ Düzenlemenin amacı madde gerekçesinde bu şekilde ifade edilmiştir.

³⁸ RG, 06/12/2007, 26722.

³⁹ "Bölge" ifadesiyle "*tercihli vergi rejimleri*" ifade edilir. OECD'nin tanımına göre, tercihli vergi rejimleri olarak nitelendirilen bölgeler; bulunduğu ülkenin vergi sisteminden bağımsız, yatırımcılara düşük veya sıfır vergi oranı, mali gizlilik, üçüncü kişilere, özellikle vergi idarelerine karşı şeffaf olmama gibi avantajlı vergi uygulamalarına ev sahipliği yapan bölgelerdir.

susunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulu tarafından vergi cenneti olarak ilan edilen ülke ve bölgelerdeki kişilerle yapılan tüm işlemler, "sırf o ülke ve bölgelerdeki kişilerle yapılmış olmaları nedeniyle" TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımına yol açar. Böyle bir durumda TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının varlığı için 5520 sayılı (yeni) KVK'nın aradığı diğer unsurlar araştırılmaz.

Vergi rekabeti, ülkelerin vergi politikalarının diğer ülkeler üzerinde etkiler yaratmasıdır.⁴⁰ Doğrudan veya dolaylı yabancı yatırımları çekmek amacıyla ülkelerin vergi sistemlerinde gerçekleştirdikleri değişiklikler ve bunların diğer ülkelerin vergi tabanlarını etkilemesi "vergi rekabeti" kavramını doğurmuştur.⁴¹ Vergi rekabeti, bir ülkenin önemli ölçüde vergileri düşürme ve avantajlar sağlama yoluyla yatırım faaliyetlerini ve işletmeleri çekmek için imkânlar sunma davranışdır.⁴²

Vergi rekabeti, bir ülkenin vergi sisteminde ya düşük oranlı vergi uygulanmasından ya da hiç vergi uygulamamasından kaynaklanır. Küreselleşen dünyada sermayenin serbest dolaşımının önündeki engellerin kalkması çok uluslu işletmelerin yatırımlarını, vergi avantajı sağlamları sebebiyle çok düşük bir oran üzerinden vergi alan veya hiç vergi almayan ülkelere kaydırmalarına yol açmıştır. Her vergi rekabetinin diğer ülkelere zarar verici bir sınırı mevcuttur. Vergisel avantajlar sermayeyi kendisine çeken ülke için yarar sağlamakta ise de sermayeyi kaybeden diğer ülkeler için zararlı vergi rekabetine neden olur.

Yabancı sermayeye çok düşük oranda vergi uygulamak veya hiç vergi uygulamamak suretiyle zararlı vergi rekabeti yaratan ülkeler OECD tarafından işbirliğine davet edilmiş, işbirliği yapmaktan kaçınan ülkelere ise çeşitli yaptırımlar uygulanması önerilmiştir. OECD'nin 1998 yılında yayımladığı "Zararlı Vergi Rekabeti: Gelişmekte Olan Küresel Bir Sorun (*Harmful Tax Competition: An Emerging Global*

⁴⁰ Edwards, C., Ruggy, V. D., *International Tax Competition: A 21st Century Restrain on Government*, Policy Analysis, No. 431, April 12, 2002, p. 1; Erol, A., *Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku*, Ankara, Ağustos, 2008, s. 208-209.

⁴¹ Batun, M., *Küreselleşme Sürecinde Vergi Rekabeti ve Türkiye*, Yaklaşım, Y. 17, S. 196, Nisan, 2009, s. 84.

⁴² Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implication of Cross Border Tax Arbitrage*, Boston College Law Review, Vol. 44, No.1, 2002, p.163.

Issue)” isimli çalışma bu çerçevede değerlendirilebilir. OECD, vergi rekabetini “küresel fenomen” olarak tanımlar.⁴³

Vergi rekabetinde bir ülke, ekonomik bir faaliyet üzerindeki vergilendirme yetkisinden, vergi oranı diğer ülkelere göre düşük olacak şekilde kısmen veya tamamen vazgeçer.⁴⁴ Vergi rekabetinde kullanılan araçlara örnek olarak vergi oranı indirimleri, vergi tatili uygulamaları, bazı vergilerin tamamen yürürlükten kaldırılması, hızlandırılmış amortisman uygulamaları, her türlü yatırım teşvikleri ve faiz gelirleri gibi bazı gelir unsurlarına tanınan istisnalar ve vergi matrahının aşındırılmasına hizmet eden her türden vergisel ayrıcalık gösterilebilir.⁴⁵

OECD zararlı vergi rekabetini; vergi cennetleri ve zararlı tercihli vergi rejimleri olmak üzere iki bölümde inceler. Hareketli (mobil) faaliyetler üzerindeki efektif vergi oranlarını diğer ülkelerdeki oranların çok altına çeken vergi cennetleri ile zararlı tercihli vergi rejimlerinin olumsuz etkileri şu şekilde sıralanabilir:⁴⁶

- Finansal hareketleri ve dolaylı olarak reel yatırım hareketlerini bozmak,
- Vergi sistemlerinin yapılarına ve vergi adaletine zarar vermek,
- Vergi mükelleflerinin gönüllü uyumunu zaafa uğratmak,
- Hedeflenen vergi geliri düzeyini, farklı vergilerin birbirlerine göre ağırlığını ve kamu harcamalarını yeniden şekillendirmek,
- Vergi yükünün bir bölümünün arzu edilmeyen bir şekilde ücretler, gayrimenkul sermaye iratları ve tüketim gibi hareketliliği daha az olan vergi tabanlarına doğru kaymasına sebep olmak,
- Vergi idarelerinin idari giderleri ile mükelleflerin vergiye uyum maliyetlerini artırmak.

⁴³ OECD, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, Paris, April, 1998, p. 20.

⁴⁴ Barker, W. B., *Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcoming The Contradictions*, Northwestern Journal of International Law and Business, Winter, 2002, p. 172.

⁴⁵ Saraç, Ö., *Küresel Vergi Rekabeti ve Ulusal Vergi Politikaları: Türkiye Değerlendirmesi*, Ankara, Ağustos, 2006, s. 125.

⁴⁶ OECD, Harmful Tax Competition, p. 30.

Vergi rekabeti yatırım kararları üzerinde doğrudan etkili olur, ülkeler üzerinde vergi oranlarını düşürme konusunda baskı yaratır ve dolayısıyla vergi oranlarında dibe doğru bir yarışa yol açar. Birden fazla ülkede faaliyet gösteren mükellefler ise, matrahlarını, önemli ölçüde vergisel teşvikler sağlayan ülkelere kaydırmak suretiyle ana ülkelerde hemen hemen hiç vergi ödemeksizin kamusal hizmetlerden yararlanır.⁴⁷

OECD’ye göre bir ülkenin vergi cenneti olarak nitelenebilmesi için;

- Hiç vergi alınmaması veya göstermelik bir vergi alınması,
- Etkin bir bilgi değişiminin olmaması,
- Şeffaflık bulunmaması,
- Gerçek bir faaliyetin olmaması, gerekir.⁴⁸

OECD tarafından 2000 yılında yayımlanan vergi cennetleri listesinde; Amerikan Virjin Adaları, Andorra, Anguilla, Antigua and Barbuda, Aruba, Bahama Adaları, Bahreyn, Barbados, Belize, Cook Adaları, Dominica Gibraltar (Cebeli Tarık), Grenada, Guernsey, Hollanda Antilleri, Isle Of Man, İngiliz Virjin Adaları, Jersey, Liberya, Liechtenstein, Maldiv Adaları, Marshall Adaları, Monaco, Montserrat, Nauru Cumhuriyeti, Niue, Panama, Samoa, Seyşeller, St Christopher&Nevis, St Lucia, St Vincent&Grenadines, Tonga, Turk&Caicos ve Vanuatu olmak üzere otuz beş ülke ve bölgeye yer verilmiştir.

Sayılan ülkelerden otuz iki tanesi şeffaflık sağlama ve bilgi değişiminde işbirliğine gitme konusunda resmî taahhütte bulunmak suretiyle OECD ile anlaşma sağlamış ve işbirliğine yanaşmayan vergi cennetleri listesinden çıkarılmıştır. Monaco, Andorra ve Liechtenstein’den oluşan diğer üç ülke ise, OECD ile işbirliğine halen yanaşmamaktadır.

Vergi cennetleri, genel olarak, iki grupta sınıflandırılır:⁴⁹ “Üretici vergi cennetleri” olarak da tanımlanan birinci grup ülkelerde, üretim

⁴⁷ OECD, Harmful Tax Competition, p. 31.

⁴⁸ OECD, Harmful Tax Competition, p. 52.

⁴⁹ UN, The Interaction of Tax Trade and Investment, ST/SG/AC78/2003/L.4, 15-24 June, 2003, p. 8.

faaliyetlerinden elde edilen gelirlere çok düşük oranda vergi uygulanır. Bu ülkeler, fiziksel yatırım ve ekonomik faaliyetleri ülkelerine çekmeyi amaçlar. Genel vergi sistemi içinde düşük oranda vergilendirilen bu rejimler, diğer gelir gruplarından ayrı değerlendirilir. İkinci grup vergi cennetlerinde ise, kanunî ikametgâhı bu ülkede olan işletmelerin gelirlerine çok düşük oranda vergi uygulanır. “*Geleneksel vergi cennetleri*” olarak da adlandırılan bu gruptaki ülkeler, vergiden kaçınma ve/veya vergi kaçırma amacı olan birey ve kurumlara ücreti karşılığında hizmet sunar.

Zararlı vergi rekabeti yapan ülke ve bölgeler (vergi cennetleri) Bakanlar Kurulu tarafından henüz ilan edilmemiştir. Benzer bir düzenlemeye sahip Brezilya bu kapsamda; Amerikan Samoa, Andorra, Anguilla, Antigua and Barbuda, Hollanda Antileri, Aruba, Bahama, Bahrein, Barbados, Belize, Bermuda, Campione D’Italia, Singapur, Güney Kıbrıs, Kosta Rika, Djibouti, Dominika, Cebeli Tarık, Granada, Kayman Adaları, Kook Adaları, British Virgine Adaları, US Virgin Adaları, Madeira Adası, Isle of Man, Channel Adaları, Samoa Adaları, Turks and Caicos Adaları, Labuan, Lebanon, Liberia, Liechtenstein, Luxemburg, Macau, Maldives, Malta, Mauritius, Monaco, Monserrat, Nauru, Nieuu, Oman, Panama, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and Grenadines, San Marino, Seychelles, Tonga, Vanuatu ve Birleşik Arap Emirlikleri’ni zararlı vergi rekabeti yapan “*vergi cenneti*” ülke ve bölgeler olarak ilan etmiştir.⁵⁰ Hatta Brezilya Ulusal Kongresi, 01/01/2009 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ABD’nin Delaware eyaletini de vergi cenneti ülke ve bölgelerin yer aldığı “kara liste”ye almıştır.⁵¹

Türk vergi sisteminde zararlı vergi rekabetiyle mücadele konusunda 5520 sayılı KVK’da “*transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında ilişkili kişi*”, “*kontrol edilen yabancı kurum kazancı*”,⁵² ve “*ver-*

⁵⁰ Law 11, 727 of 24 June, 2008.

⁵¹ <http://www.nowpublic.com/world/brazil-blacklists-delaware-tax-haven,04/05/2011>.

⁵² 5520 sayılı KVK m. 7: “(1) Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50’sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye’de kurumlar vergisine tâbidir: a) İştirakin toplam gayrisafi hasılatının % 25 veya fazlasının faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticarî, ziraî veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans ücreti, menkul

gi cenneti ülkelere yapılan ödemelerde vergi kesintisi"⁵³ olmak üzere bazı vergi güvenlik önlemlerinin düzenlenmiştir. Sayılan vergi güvenlik önlemlerinin gelir vergisi mükellefleri bakımından uygulanmasını teminen 193 sayılı GVK'nın 41/5, 75/2-2 ve 94/2 maddelerinde⁵⁴ değişiklik yapılmıştır.

kıymet satış geliri gibi pasif nitelikli gelirlere oluşması. b) Yurt dışındaki iştirakin ticarî bilanço kârı üzerinden % 10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşınması. c) Yurt dışında kurulu iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafi hasılatının 100.000 TL karşılığı yabancı parayı geçmesi. (2) Birinci fıkrada yer alan toplam vergi yükü, Kanunun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki tanıma göre tespit edilir. (3) Kontrol oranı olarak, ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınır. (4) Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir. (5) Bu maddeye göre Türkiye'de vergilenmiş kazancın yurt dışındaki kurum tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilenmemiş kısmı kurumlar vergisine tâbi tutulur."

⁵³ 5520 sayılı KVK m. 30/7: "Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde yerleşik olan veya faaliyette bulunan kurumlara (tam mükellef kurumların bu nitelikteki ülkelerde bulunan iş yerleri dahil) nakden veya hesaben yapılan veya tahakkuk ettirilen her türlü ödemeler üzerinden, bu ödemelerin verginin konusuna girip girmediğine veya ödeme yapılan kurumun mükellef olup olmadığına bakılmaksızın % 30 oranında vergi kesintisi yapılır."

⁵⁴ a - 193 sayılı GVK 75/2-2: "5520 sayılı KVK'nın 7. maddesindeki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde; Türkiye'de yerleşik gerçek kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kazançları dağıtılın veya dağıtılmasın, iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren yıl itibarıyla dağıtılan kâr payı sayılır. Türkiye'de vergilendirilmiş kazancın iştirak tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilendirilmiş kısmı bu tutardan indirilir.";

b - 193 sayılı GVK 94/2: "Vergilendirme rejiminin, Türk vergi sisteminin sahip olduğu vergilendirme kapasitesi ile en az aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişiminde bulunup bulunmadığı hususu da göz önünde bulundurulmak suretiyle, Bakanlar Kurulunca ilan edilecek ülkelerde yerleşik veya faaliyette bulunanlara (Türkiye'de yerleşik olanların bu ülkelerde bulunan işyerleri dahil) nakden veya hesaben yapılan veya tahakkuk ettirilen her türlü ödemeler üzerinden, bu ödemelerin verginin konusuna girip girmediğine veya ödeme yapılanın mükellef olup olmadığına bakılmaksızın % 30 oranında vergi kesintisi yapılır. Emsaline uygun fiyatlarla satın alınan mal ve iştirak hisseleri için yapılan ödemeler, emsaline uygun fiyatlarla, deniz ve hava ulaştırma araçlarının kiralanması için yapılan ödemeler ile yapılan işin tamamlanabilmesi bakımından zorunluluk arz eden geçiş ücreti, liman ücreti gibi ödemeler üzerinden yapılacak kesinti oranını; her bir ödeme türü, faaliyet konusu ya da sektör itibarıyla ayrı ayrı belirlemeye, sifira kadar indirmeye veya kanunî seviyesine kadar getirmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Yurt dışındaki finans kuruluşlarından temin edilen borçlanmalara ilişkin anapara, faiz ve kâr payı ödemeleri ile sigorta ve reasürans ödemeleri üzerinden bu fıkra uyarınca vergi kesintisi yapılmaz."

Değınilen vergi güvenlik önlemlerinin ihdası, zararlı vergi rekabetiyle mücadele bakımından önemli bir adım olmakla beraber bunların işlerlik kazanabilmesi için gerekli adımlar henüz atılmamıştır. Örneğın; 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 7. maddesindeki kontrol edilen yabancı kurum kazancına ilişkin düzenleme ancak vergi cenneti ülkelerde faaliyet gösteren yurt dışı iştiraklere ilişkin birtakım bilgilerin sağlıklı bir şekilde edinilmesi durumunda işletilebilir.

5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/2 maddesi uyarınca kazancın elde edildiğı ülke vergi sisteminin Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değışimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır. Bu hükmün işlerlik kazanması Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilecek vergi cenneti ülkeler listesinin varlığına bağlıdır. Ancak 5520 sayılı (yeni) KVK'nın yürürlüğe girdiğı tarihten bu yana böyle bir liste ilan edilmediğı gibi bu konuda bir hazırlık yapıp yapılmadığı da belirsizdir.

III. SONUÇ

Vergi idaresi TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımıyla ilgili olarak yayımladığı genel tebliğ ile kanunun tayin ettiği ilişkili kişi tanımını "*yorumlamak*" suretiyle düzenlemenin kapsamını daha da genişletmiştir. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ilişkin idari işlemlerde bu şekilde genişletici yorum yapılması verginin kanuniliğı ilkesine aykırı olduğı gibi uygulama için de arzu edilmeyen bir durumdur. Vergi idaresi, kanunda belirtilmeyen çeşitli ölçütler geliştirmek suretiyle ilişkili kişi kapsamını genişletmek eğilimindedir. Örneğın; kurum ortaklarıyla "*ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan*" bir gerçek kişi "*ilişkili kişi*" kapsamında değerlendirilmektedir. Bu ilişkinin sınırı ve yoğunluğu belirsizdir. Kanun koyucunun ifade etmediğı bir unsurun vergi idaresi tarafından "*ihdas edilmesi*" fonksiyon gaspına neden olur.

5520 sayılı KVK'nın 13/2 maddesinde ilişkili kişiler arasında sayılan "*kurumun idaresi ve denetimi bakımından bağlı bulunduğı kişiler*" kavramı ne kadar yoruma ihtiyaç göstermekte ise, "*sermaye bakımından*

bağlı bulunduğu kişiler" kavramı da aynı ölçüde belirsizdir. Bu ifadenin "*kurumun öz sermaye dışındaki sermayesi dolayısıyla bağlı bulunduğu kişiler*" şeklinde yorumlanmasında büyük yarar vardır. Aynı hükümde ilişkili kişi tanımlanırken "*kurumların idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar*"dan söz edilerek sadece kurumların kendi ortaklarına veya kurumların ya da ortaklarının ilgili oldukları kişilere değil, kuruma yakın kişilere de TF yoluyla örtülü kazanç dağıtılabileceği kabul edilmiştir. Bu konuda objektif ölçütler belirlenmesi güçtür.

Öte yandan Türkiye’de aralarında bayilik ilişkisi olan (gerçek/ tüzel) kişiler bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmezken, genel tebliğ ile yurt dışında yerleşik firmaların ilişkili kişi kapsamına dâhil edilmesi, vergilendirmede eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi OECD Model Vergi Anlaşması ile de uyumsuzdur.

Serbest bölgelerdeki ilişkili kişi tanımına kurumların bu bölgede faaliyet gösteren şubeleri dâhil değildir. Ancak 213 sayılı VUK’nun 3. maddesi dikkate alınmak suretiyle sistematik veya amaçsal yoruma başvurulduğunda serbest bölgelerdeki veya yurt dışındaki şubelerin de ilişkili kişi kapsamında kabul edilmesi gerekir. Bu konuda 5520 sayılı (yeni) KVK’nın 13/2 maddesindeki ilişkili kişi tanımı kapsamına yurt dışı ve serbest bölgelerde bulunan şubelerin dâhil edilmesinde yarar vardır.

Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulu tarafından vergi cenneti olarak ilan edilen ülke ve bölgelerdeki kişilerle yapılan tüm işlemler, "*sırf o ülke ve bölgelerdeki kişilerle yapılmış olmaları*" nedeniyle TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılacak ve böyle bir durumda 5520 sayılı (yeni) KVK’nın TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının varlığı için aradığı diğer unsurlar araştırılmayacaktır. 5520 sayılı (yeni) KVK’nın 13/2 maddesiyle Bakanlar Kurulu’na verilen yetki, TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının varlığı için kanunda aranan unsurların zımnen bertaraf edilmesi anlamına gelir. Verginin kanuniliği ilkesine aykırı

olan bu hükümde uygulamaya yönelik yetkilendirmenin sınırlarının ve ilkelerinin belirlenmemesi Anayasa'nın 73. maddesiyle bağdaşmaz. Anılan hükümde Bakanlar Kurulu'na verilen yetki, kanunun uygulama usullerinin tespitine yönelik olmayıp, asli bir düzenleme yetkisidir. Anayasa'nın 7. maddesine aykırı bir yetki devri niteliğindeki bu hüküm, Bakanlar Kurulu'na sınırsız ve belirsiz bir takdir hakkı vermektedir.

Yasal ve fiili durum değerlendirildiğinde, "ilişkili kişi" kapsamında Türk vergi sisteminin büyük oranda yeni tanıştığı TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımını düzenlemesinin, yargı kararlarıyla belirginleşecek hukuki bir bakış açısına ihtiyaç duyduğu gerçektir.

KAYNAKLAR

- Ağar, S., Transfer Fiyatlandırması-Örtülü Kazanç Dağıtımı, Ankara, 2011.
- Akkaya, M., Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Ankara, 2002.
- Barker, W. B., *Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcoming The Contradictions*, Northwestern Journal of International Law and Business, Winter, 2002.
- Batun, M., Küreselleşme Sürecinde Vergi Rekabeti ve Türkiye, Yaklaşım, Y. 17, S. 196, Nisan, 2009.
- Edwards, C., Ruggy, V. D., *International Tax Competition: A 21st Century Restrain on Government, Policy Analysis*, No. 431, April 12, 2002.
- Erol, A., Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, Ankara, Ağustos, 2008.
- IMF, International Direct Investment Statistics How Countries Measure, FDI, 2001, Washington D.C., 2003.
- Işıkveren, T., *Vergi Mevzuatımızda Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Meseleleri*, İktisat ve Maliye, C. IV, S. 1.
- OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 3rd ed., Paris, 1999.
- OECD, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, Paris, April, 1998.

- OECD, Model Tax Convention on Income and Capital, V. 1, Paris, 2000.
- OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, Paris, 2001.
- Öncel, M., Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara, 1978.
- Pazarçeviren, Y. S., Aygen, F., *Çok Uluslu Şirketlerde Transfer Fiyatlandırması Manipülasyonları ve Konunun Türkiye Açısından Değerlendirilmesi*, Mali Çözüm Dergisi, 2005, S. 71.
- Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implication of Cross Border Tax Arbitrage*, Boston College Law Review, Vol. 44, No. 1, 2002.
- Saraç, Ö., Küresel Vergi Rekabeti ve Ulusal Vergi Politikaları: Türkiye Değerlendirmesi, Ankara, Ağustos, 2006.
- Solak Akman, İ., *Vergi Güvenlik Önlemlerinin Teorik Çerçevesi*, Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, C. II, Ankara, 2009.
- UN, The Interaction of Tax Trade and Investment, ST/SG/AC78/2003/L.4, 15-24 June, 2003.
- Zevkliler, A., Acabey, M. B., Gökyayla, K. E., Medeni Hukuk, 6. Baskı, İzmir, 2000.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

BFH, 06/04/2005, I R 22/04, <http://juris.bundesfinanzhof.de/>, 15/04/2011.

<http://www.nowpublic.com/world/brazil-blacklists-delaware-tax-haven>, 04/05/2011.

ANAYASA ÖNERİLERİNDE SİYASİ PARTİLERİN FİNANSMANI VE YENİ BİR ÖNERİ

THE FINANCING OF POLITICAL PARTIES
IN THE CONSTITUTIONAL PROPOSALS AND A NEW PROPOSAL

Cem Duran UZUN*

Özet: Son yıllarda ülkemizde Anayasa değişiklikleri ve yeni bir Anayasa hazırlama tartışmaları hiç bitmeden devam etmektedir. Bu açıdan hem siyaset hem de hukuk dünyasının en önemli tartışma konularından birisi de hazırlanacak Anayasa'ya ilişkin yeni hükümler olmaktadır. Bu çalışmada, çeşitli kurumlar tarafından daha önceden hazırlanmış olan Anayasa önerilerinde siyasi partilerin finansmanı konusundaki öneriler incelenecek ve Anayasa çalışmalarına katkıda bulunmak amacıyla yeni bazı öneriler sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Yeni Anayasa, siyasi partilerin finansmanı, siyasi partilere devlet yardımı, seçim harcamalarının sınırlandırılması ve siyasi partilerin mali denetimi.

Abstract: In recent years constitutional amendments and the discussions for the preparation of a new constitution for Turkey are continuing without any end. In this respect, in the world of politics and law one of the most important topics are related to the preparation of a new constitution. In this article, first I studied the provisions of the earlier draft constitutions of the proposals of the various agencies related to financing of political parties and then some new proposals are made for a contribution to a new constitution.

Keywords: New Constitution, the financing of political parties, state subsidies for political parties, election spending limit and financial control of political parties.

* Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Öğretim Görevlisi

GİRİŞ

Yeni anayasalar, yeni bir devletin doğduğu zamanlarda, kırılma dönemlerinde veya siyasi rejimde meydana gelen ciddi değişiklikler sırasında yapılırlar. Almanya ve İtalya'da olduğu gibi savaş sonrasında, Doğu Avrupa ve Balkan ülkelerinde olduğu gibi rejim değişikliklerini takiben veya İspanya, Portekiz ve Yunanistan'da olduğu gibi askeri ve otoriter rejimlerden çıkış sırasında yeni Anayasalar gündeme gelmiştir. Benzeri süreçleri yaşamaksızın istikrarlı bir siyasal yapıya sahip devletlerin yeni anayasa yapmaları son derece istisnaidir. Bu tür ülkelerin son örnekleri ise, İsviçre ve Finlandiya'dır.

Gerek rejim değişiklikleri gerekse kopma/kırılma dönemleri sonrasında hazırlanan anayasalarda, önceki döneme duyulan tepkinin yanında otoriter ve askeri iradeyi aşan demokratik bir iradenin üstünlüğü belirgindir. Buna karşılık, ülkemizde 1982 Anayasası için aynı şeyleri söylememiz mümkün görünmemektedir. 1982 Anayasası, askeri rejim döneminde, askeri yönetimin denetimi ve kontrolü altında ve bu yönetimin belirlediği ideolojik kalıplar içerisinde hazırlanmıştır. Ancak, 1982 Anayasası daha yürürlüğe girdikten beş yıl sonra ilk değişikliği yaşamış ve sonraki yıllar boyunca defalarca değişikliğe uğramıştır. Bunca değişikliğe rağmen günümüzde hala 1982 Anayasasının değiştirilmesi ile ilgili talepler ve tartışmalar devam etmektedir.

1990'lı yıllardan itibaren de 1982 Anayasası'nın yenilenmesi tartışmaları gündeme gelmiş ve bu talepler güncelliğini hiç yitirmeden siyaset ve hukuk dünyasında devam edegelmiştir. 2007 Milletvekili Genel Seçimleri sonrasında Adalet ve Kalkınma Partisi'nin Anayasanın tümünden yenilenmesini gündeme alması ve bir grup akademisyene bir taslak hazırlatması, tartışmaların tekrar ve daha yüksek sesle gündeme gelmesine sebep olmuştur. 12 Haziran 2011 seçimleri öncesinde ve sonrasında da en önemli tartışma konularından birisinin 1982 Anayasası yerine yeni bir Anayasa hazırlanması olacağı şimdiden anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası döneminde, yeni bir Anayasa ile ilgili çalışmalar son on yılda yoğunlaşmış ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK), Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) ve Türkiye Barolar Birliği (TBB)'nin çeşitli çalışmaları gündeme

gelmiştir. Bu çalışmalardan TOBB (2000)¹, TBB (2001)², AKP (2007)³ ve TBB (2007)⁴ somut Anayasa Önerilerine dönüşmüş ve kamuoyuna sunulmuşlardır. Son olarak, TÜSİAD'ın hazırlattığı Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu⁵ isimli çalışma, doğrudan bir Anayasa önerisi şeklinde olmasa da kapsamlı bir araştırma olarak kamuoyuna sunulmuştur.

Hazırlanacak yeni Anayasanın geniş toplum kesimleri tarafından kabul edilmesi ve uzun yıllar toplumun ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için, Anayasa hazırlık sürecinin sağlıklı bir bilgilenme ve geniş ve özgür bir tartışma ortamında yürütülmesi zorunludur. Bu çalışma ile amaçlanan, tartışmanın siyasi partilerin finansmanı ile ilgili kısmına dikkat çekmek ve katkıda bulunmaktır.

Siyasi partilerin demokratik siyasi rejimler için önemini belirtmeye gerek yoktur. Günümüzde siyasi partiler olmaksızın bir demokrasi düşünmek imkansız hale gelmiştir. Siyasi partilerin bu vazgeçilmezliği dahi, siyasi partilerin finansmanını demokrasiler için önemli bir sorun haline getirmektedir. Ancak, bunun yanında tartışmaları siyasi partilerin finansmanı konusuna yönelten çeşitli hususlar vardır. Öncelikle, siyasi partilerin finansmanı partilerin seçimlerde ve diğer demokratik süreçlerde üstlendikleri işlevler sebebiyle aynı zamanda seçimlerin ve demokrasinin finansmanı olmaktadır. Bu açıdan siyasi partilerin finansmanı sorunu, sadece bir mali sorun olmaktan çıkmakta ülkenin bütün bir siyasal sistemi ile ilişkili bir mesele haline gelmektedir. Ayrıca, seçimlerin partiler ve adaylar arasında eşit ve adil rekabet şartları altında yürütülmesi demokrasinin en önemli unsurlarından birisidir. Gelişen kampanya teknikleri ve profesyonelleşen parti yönetimleri ile birlikte, seçimlerde partiler arasında adil rekabet şartlarının sağlanması konusunda mali kaynakların önemi gün geçtikçe daha da öne çıkmaktadır. Son olarak, siyasi partilerin karıştıkları yolsuzlukların gelişmiş demokrasilerde dahi ciddi bir sorun olarak varlığını devam

¹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi - Anayasa 2000*, TOBB Yayınları, Ankara, 2000.

² *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001.

³ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Erişim tarihi: 22.03.2011, <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/419856.asp>

⁴ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi - Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007.

⁵ http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf, Erişim tarihi:23.03.2011.

ettirmesi, siyasi partilerin finansmanı konusunu Anayasa tartışmalarının içine dahil etmektedir.

Bu çalışmada yeni Anayasa tartışmalarına katkıda bulunmak amacıyla, 1961 ve 1982 Anayasalarında ve yukarıda bahsedilen çeşitli kurumların hazırlamış oldukları Anayasa önerilerinde yer alan siyasi partilerin finansmanı ile ilgili hükümler ve öneriler belirlenecek ve gerekçeleriyle birlikte yeni bir öneri sunmaya çalışılacaktır.

I. 1961 VE 1982 ANAYASALARINDA SİYASİ PARTİLERİN FİNANSMANI KONUSUNDAKİ HÜKÜMLER

Siyasi partiler II. Dünya Savaşı sonrasına kadar genel olarak hukukun düzenleme alanının dışında kalmış ve dernekler hukukuna tabi olmuşlardır. II. Dünya Savaşı sonrasında ise, siyasi partiler Anayasaların ve yasaların düzenleme alanına girmeye başlamış ve bu değişim Türkiye’de de kendini göstermiştir. Hem 1961 Anayasası’nda siyasi partilere ilişkin hükümler yer almış hem de 1965 yılında siyasi partilerle ilgili özel bir Kanun (298 sayılı Siyasi Partiler Kanunu) kabul edilmiştir.

1961 Anayasasının 56. ve 57. maddelerinde siyasi partilerle ilgili özel hükümlere yer verilmiştir. Siyasi partilerin ister iktidarda ister muhalefette olsunlar demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları oldukları ve izin almadan kuruluş serbestçe faaliyette bulunabilecekleri 56. maddede hükme bağlanmıştır. 57. maddede ise siyasi partilerin uyacakları esaslar, kapatma nedenleri ve mali denetimleri düzenlenmiştir. 57. maddenin ilk fıkrasının son cümlesi siyasi partilerin mali denetimini şu şekilde düzenlemekteydi: *“Siyasi partiler, gelir kaynakları ve giderleri hakkında Anayasa Mahkemesine hesap verirler.”*

1961 Anayasasının ilk şeklinde yer almayan devlet yardımları, bu konudaki yasal düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali üzerine, 30.06.1971 tarih ve 1421 sayılı Kanun ile 56. maddeye eklenen son fıkra sayesinde Anayasal güvenceye kavuşmuştur. Bu maddeye göre:

“Son millettekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde beşini alan veya bu seçimlerde Millet Meclisinde grup teşkil edecek sayıda milletvekilliği kazanmış bulunan siyasi partilere Devletçe yapılacak yardım kanunla düzenlenir.”

Ayrıca 15.03.1973 tarih ve 1699 sayılı Kanun ile yapılan değişik ile 57. maddenin ilk fıkrasının “Siyasi partiler, gelir kaynakları ve giderleri hakkında Anayasa Mahkemesine hesap verirler” şeklindeki son cümlesi Anayasadan çıkarılmıştır. Bu değişikliğe karşılık aynı maddenin ikinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi’nin siyasi partilerin mali denetimini yapma görevine Anayasal dayanak sağlamaya devam etmiştir. Bu fıkraya göre;

“Partilerin iç çalışmaları, faaliyetleri, Anayasa Mahkemesine hangi hallerde ve ne surette hesap verecekleri ve bu mahkemece mali denetimlerinin hangi hallerde ve nasıl yapılacağı, demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir.”

Son şekli itibariyle 1961 Anayasası siyasi partilerin finansmanı konusunda, 56. maddenin son fıkrasında yer alan devlet yardımını ve 57. maddenin 2. fıkrasında yer alan mali denetimin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacağı hükmünü içermektedir.

1982 Anayasasının kazuistik niteliğinin siyasi partiler konusunda da kendini gösterdiğini ve bu konuda daha ayrıntılı hükümler içerdiğini söylemek mümkündür. 1961 Anayasasının siyasi partiler ve partilerin finansmanı konusundaki bu hükümlerinin daha da genişleyerek 1982 Anayasasına yansıdığını görmekteyiz. 1982 Anayasasının 68. ve 69. maddeleri 1961 Anayasasının 56. ve 57. maddelerine benzer şekilde siyasi partilerle ilgili genel esasları düzenlemektedir. İlk haliyle 1982 Anayasasının bu iki maddesindeki siyasi partilerin finansmanı konusundaki düzenlemeler 1961 Anayasası’na göre daha genişti. Parti finansmanı konusunda 69. maddede yer alan hükümler şunlardı;

Siyasi partiler, kendi siyasetlerini yürütmek ve güçlendirmek amacıyla dernekler, sendikalar, vakıflar ve kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde bulunamazlar. Bunlardan maddi yardım alamazlar. (m.69/2)

Siyasi partilerin mali denetimi Anayasa Mahkemesince yapılır. (m.69/3)

Siyasi partiler, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, yabancı ülkelerdeki dernek ve gruplardan herhangi bir suretle aynı ve nakdi yardım alamazlar...(m.69/8)

1982 Anayasası'na siyasi partilerin finansmanı ile ilgili daha ayrıntılı hükümlerin girmesi 23.07.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğiyle olmuştur.⁶ Bu yeniliklerden en önemlisi 68. maddeye son fıkra olarak eklenen devlet yardımlarına Anayasal güvence sağlayan şu hükümdür:

"Siyasî partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça malî yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir."

Anayasaya eklenen diğer yeni hükümler ise şunlardır:

Siyasî partiler, ticarî faaliyetlere girişemezler. (m.69/2)

Siyasî partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gereklidir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesince siyasî partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir. Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştaydan yardım sağlar. Anayasa Mahkemesinin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir. (m.69/3)

Siyasî partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları ile siyasî partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir. (m.68/10)

Ayrıca, bu değişiklik ile siyasi partilerin dernek, vakıf, sendika ve kooperatifler ile bunların üst kuruluşları ile ilişki ve işbirliği içinde bulunmalarını ve bunlardan yardım almalarını yasaklayan 69. maddenin 2. fıkrası hükmü Anayasadan çıkarılmıştır. Son olarak siyasi partilerin yabancı kaynaklardan yardım almasını yasaklayan aynı maddenin 9. fıkrası yeniden yazılarak şu şekilde ifade edilmiştir.

"Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzelkişilerden maddî yardım alan siyasî partiler temelli olarak kapatılır."

Sonuç olarak, 1995 yılında yapılan değişiklik sonrası 1982 Anayasası'nda siyasi partilerin finansmanını düzenleyen hükümlerin hayli ayrıntılı olduğunu söyleyebiliriz.

⁶ 23.07.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun, RG: 26.07.1995 / 22355.

II. ANAYASA ÖNERİLERİNDE SİYASİ PARTİLERİN FİNANSMANI KONUSUNDAKİ HÜKÜMLER

1982 Anayasasının değiştirilmesi ile ilgili olarak bir çok çalışma yapılmış olsa da, bu başlık altında somut olarak Anayasa önerisine dönüşmüş olan olanlar ele alınacaktır. Bu çalışmalar, TOBB (2000), TBB (2001 ve 2007) ve Özbudun (2007) tasarıları olarak bilinen Anayasa Önerileridir. Ayrıca, bu başlıkta Anayasa önerisi şeklinde olmasa da, güncelliği ve kapsamlı oluşu sebebiyle TÜSİAD'ın hazırladığı Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu isimli çalışmaya da değinilecektir.

Kamuoyunda Özbudun Tasarısı olarak da adlandırılan ve bir grup Anayasa hukukçusu tarafından Adalet ve Kalkınma Partisi'nin talebi üzerine hazırlanan tasarıda, siyasi partilerin finansmanı konusunda 1982 Anayasası'ndan temelde çok farkı olmayan bir öneri getirilmiştir. Bu tasarının 37. ve 38. maddelerinde yer alan konuya ilişkin hükümler şunlardır:

“Devlet, siyasi partilere, yeterli düzeyde ve hakça malî yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.” (m.37/5)

“Partiler yabancı devletlerden, milletlerarası kuruluşlardan ve Türk tabiiyetinde olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alamazlar.” (m.38/2)

“Siyasî partiler, ticarî faaliyette bulunamazlar.” (m.38/3)

“Siyasi partilerin mali denetimi Sayıştay tarafından yapılır.” (m.38/8)

“Siyasi partilerin kuruluş çalışmaları, hukuki ve mali denetimleri ile adayların seçim harcamaları demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenlenir.” (m.38/9)

Özbudun tasarısının siyasi partilerin finansmanı konusunda, 1982 Anayasasının benimsediği devlet yardımlarına dayanan mevcut sistemi değiştirmedeği, aynı hükümleri benzer ifadelerle tekrarladığı, sadece siyasi partilerin mali denetimi görevini Sayıştay'a vererek önemli bir farklılık yarattığı söylenebilir.

Türkiye Barolar Birliği'nin hazırladığı 2001 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi isimli birinci çalışmada, Özbudun Önerisinde olduğu gibi bazı nüanslarla 1982 Anayasası'ndaki mevcut hükümleri tekrarlar mahiyette hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu

çalışmanın Siyasi Partilerin Uyacakları Esaslar başlıklı 42. maddesinde şu maddelerle konuyu düzenlemektedir:

Siyasal partiler ticari çalışma ve etkinliklere girişemezler. (m.42/3)

“Siyasal partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye ödentilerinin ve bağışların tabi olduğu esaslar, saydamlık ilkesi gözetilerek yasayla düzenlenir.” (m.42/4)

“Siyasal partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına ve anayasal işlemlerine uygun olması gerekir. Bu kuralın uygulanması yasayla düzenlenir. Anayasa Mahkemesince siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin yasaya uygunluğu, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar yasada gösterilir.” (m.42/5)

“Siyasal partilerin kuruluş ve çalışmaları ile siyasi partilerin ve adayların seçim harcamaları, bu harcamaların sınırları ve denetim usulleri, saydamlık ilkesi gözetilerek kanunla düzenlenir.” (m.42/6)

“... yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olmayan kişilerden veya bunların oluşturduğu kuruluşlardan maddi yardım aldığı Anayasa Mahkemesince saptanan partiler kapatılır.” (m.43/4)

Türkiye Barolar Birliğinin hazırlattığı bu Anayasa Önerisi, genel olarak 1982 Anayasası'nın mevcut hükümlerini tekrarlarlarsa da, iki konuda ayrıldığını söylemek mümkündür. Bunlardan birincisi; siyasi partilerin ve adayların seçim harcamalarına sınır konulmasıdır.(m.42/6) İlk defa bu öneriyle, Türkiye’de siyasetin finansmanı konusunda seçim harcamalarına bir sınırlama getirilmesi Anayasal bir ilke olarak tartışma konusu edilmiştir. İkincisi ise; siyasetin finansmanı konusundaki yasal düzenlemelerin hep “saydamlık ilkesi” gözetilerek yapılacağı hem Anayasa metninde hem de gerekçede belirtilmesidir.

Türkiye Barolar Birliği'nin hazırlattığı 2007 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi - Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin⁷ isimli çalışmada “Siyasi Partilerin Uyacakları Esaslar” isimli 45. maddede partilerin gelir ve giderleri ile mali denetimlerinin hayli detaylı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu maddeye göre;

⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi - Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007.

“Siyasi partiler doğrudan veya dolaylı ticari çalışma ve etkinliklere girişemezler.” (m.45/4)

“Siyasi partilere devlet, yeterli düzeyde ve hakça akçalı yardım yapar. Bu yardımdan, son milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların yüzde üçü ve üstünde oy alan siyasi partiler yararlanır. Kanun bu yardımın, yalnızca parti ihtiyaçları veya parti çalışmalarında kullanılmasını sağlar. Bir partinin alacağı yıllık devlet yardımı, üye aidatları ve kanuni bağışlardan edindiği yıllık geliri aşamaz. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye ödentilerinin ve bağışların bağlı olduğu esaslar, saydamlık ilkesi gözetilerek kanunla düzenlenir.” (m.45/5)

“Siyasal partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına ve anayasal işlemlerine uygun olması gerekir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Siyasal partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğu, bu hususun Anayasa Mahkemesince denetim yöntemleri ve aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir.” (m.45/6)

“Siyasal partilerin kuruluş ve çalışmaları ile siyasal partilerin ve adayların seçim harcamaları, bu harcamaların sınırları ve denetim usulleri, saydamlık ilkesi gözetilerek kanunla düzenlenir.” (m.45/7)

“... yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türkiye Cumhuriyeti uyrukluğunda olmayan kişilerden veya bunların oluşturduğu kuruluşlardan maddi yardım aldığı Anayasa Mahkemesince saptanan partiler kapatılır.” (m.46/4)

Bu öneriyle 2001 tarihli öneride olduğu gibi adayların ve partilerin seçim harcamalarına sınırlama getirilmesi Anayasal kural haline getirilerek önemli bir yenilik getirilmiştir. Bunun yanında, Türkiye Barolar Birliği'nin bu ikinci önerisinin, gerek kendilerine ait 2001 tarihli ilk öneriyi gerekse 1982 Anayasası'ndaki düzenlemeleri tekrar eden hükümler içerse de, devlet yardımları konusunda mevcut Anayasal hükümlerden ciddi biçimde ayrıldığını ve önemli bir reform önerisi getirdiğini söylemek mümkündür.

Bu Anayasa önerisiyle hangi siyasi partilere devlet yardımı yapılacağı ve yardımın miktarına ilişkin sınırlar, yasal düzenlemeye bırakılmaksızın doğrudan Anayasal hüküm haline getirilmiştir. 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu'nda devlet yardımı almak için aranan, genel seçimlerde

geçerli oyların yüzde yedisini alma koşulu, doğrudan bir Anayasa kuralı haline getirilerek yüzde üçe düşürülmüştür. Bu koşulun doğrudan Anayasa'da düzenlenmesi de, yüzde üçe düşürülmesi de önemli bir yeniliktir. Ayrıca, bu maddede partilere yapılacak devlet yardımı miktarına da bir sınırlama getirilmiş ve bu yardımın partinin üye aidatları ve bağışlardan elde edeceği geliri aşamayacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa Önerisi'nin gerekçesinde, Alman Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilere yönelik devlet yardımları ile ilgili kararlarına atıfta bulunularak, siyasi partilerin devletten bağımsızlığını sağlamak ve siyasi partilerin sadece siyasi açıdan değil aynı zamanda ekonomik ve örgütsel açıdan da toplumsal tabanları ile bağlarını koruyabilmelerini sağlamak amacıyla, devlet yardımlarının partinin üye aidatları ve bağışlardan elde edeceği gelirlerini aşamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, devlet yardımından yararlanma konusunda aranan son genel seçimlerde geçeli oyların yüzde yedisini alma koşulunun demokratik mücadelede fırsat eşitliği ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle, yüzde üçe indirildiği ve Kanun koyucunun bu oranın altına inme olanağının kapatılmadığı da belirtilmiştir.⁸

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin hazırladığı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi - Anayasa 2000⁹ isimli çalışmada ise, 1982 Anayasası'nın siyasi partileri düzenleyen 68 ve 69. maddeleri bazı kısaltma ve basitleştirmeler dışında korunmuştur. Bu sebeple, siyasi partilerin finansmanı konusundaki bu öneride değerlendirilebilecek bir düzenleme bulunmamaktadır.

Her ne kadar, tam bir Anayasa Önerisi şeklinde olmasa da, çok yeni bir çalışma olması itibarıyla TÜSİAD'ın hazırladığı Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu isimli çalışmaya baktığımızda ise, konunun genel ilkeler düzeyinde ele alındığı, siyasi partilerin finansmanına mutlaka Anayasada değinilmesi, devletin siyasi partilere hakkaniyete uygun bir şekilde yardımda bulunması ve partilerin mali denetimine ilişkin çerçevenin güçlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹⁰

⁸ A.g.e., s.102-103.

⁹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi - Anayasa 2000*, TOBB Yayınları, Ankara, 2000.

¹⁰ *Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu*, s.21. http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/YENI-ANAYASA-YUVARLAK-MASA.pdf, Erişim tarihi:23.03.2011.

III. SİYASİ PARTİLERİN FİNANSMANI KONUSUNDA YENİ ANAYASA İÇİN BİR ÖNERİ

1961 ve 1982 Anayasalarını ve son on yılda hazırlanmış olan Anayasa Önerilerini inceledikten sonra, yeni Anayasa için siyasi partilerin finansmanı konusundaki önerilerimizi ve bunların gerekçelerini şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Devlet yardımlarının uygulanmasına ilişkin temel esaslar, yasal düzenlemeye bırakılmayıp doğrudan Anayasada düzenlenmelidir. 1961 ve 1982 Anayasalarında siyasi partilere devlet yardımı yapılacağı belirtilmiş, ancak yardımın yapılmasına ilişkin esasların düzenlenmesi hep kanunlara bırakılmıştır. Ülkemizde siyasi partilere yönelik devlet yardımlarının başlangıcı olan 1965 tarihli 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununun kabulünden beri, bu konu ile ilgili Anayasa değişiklikleri de dahil olmak üzere 18 defa yasal düzenleme yapılmıştır.¹¹ Siyasi partilere yönelik devlet yardımları herhangi bir tutarlı ve makul gerekçeye dayanmaksızın, genellikle çoğunluk partilerin siyasi rakiplerine karşı bir siyasi manevra aracı olarak kullanılmak suretiyle, defalarca değişikliklere uğramıştır.

Bu yasal düzenlemeler yakından incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların sonuçlarını etkisiz hale getirme¹², rakip siyasi partilerin bölünmesini sağlama, muhalefetin bölünmüşlüğüne derinleştirme, çoğunluk partilerinden ayrılan partilerin yardım almasını engelleme ya da zaten güçlü olan ve yüksek miktarda yardım alan partilerin daha fazla yardım almalarını sağlama amacı taşıdığını görmek mümkündür.¹³ Nitekim Tanör, bunun biraz da bu kurumun

¹¹ Bkz. Tablo 1.

¹² Teziç, Erdoğan; (1991) *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1991, s.323 ve Ünsal, Artun; (1980) *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, "Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1980, s.303.

¹³ Siyasi partilere yönelik devlet yardımlarının hukukumuzda girdiği tarih olan 1965 yılından günümüze kadar geçen süre içerisinde, bu konuda yapılan yasal düzenlemeler, bu düzenlemelere ilişkin TBMM içinde ve dışında yapılan tartışmalar, bu düzenlemeler ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararları, bunlarla ilgili eleştiriler ve genel bir değerlendirme için bkz. Uzun, Cem Duran (2010); *Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.132-192. Teziç'e göre; bu yasal düzenlemeler, iktidar partisi tarafından devlet yardımlarının siyasi hesaplarına göre bazı partileri "kayıрма" ve bazılarını "geriletme" işlevi gördüğünün bir başka örneğini oluşturmuştur. Bu düzenlemelerin amacı kamu yararı değil muhalefetin bölünmüşlüğüne körüklemidir. Teziç (1991), s.323-324.

özünde olan bir sakınca olduğunu belirtmekte ve devlet yardımlarının biçiminin belirlenmesi Anayasadan çok yasal düzenlemeyi gerektirmektedir ve yasal düzenlemenin yapılmasında iktidar partisinin etkisi yadsınamaz demektedir.¹⁴

Siyasi partilere devlet yardımının esasları gibi ayrıntılı bir konunun doğrudan Anayasa'da düzenlenmesinin, 1982 Anayasasına yöneltilen kazuistiklik eleştirisini gündeme getireceği düşünülebilir. Özellikle bir çok ülke Anayasasında siyasi partilerden hiç bahsedilmemişken ya da çok kısa bir şekilde değinilmişken bu konunun doğrudan Anayasada yer alması tereddütlere yol açabilir. Ancak, her ülkenin kendine özgü tecrübelerinden kaynaklanan bu tür ayrıntılı düzenlemelere Anayasalarında yer verdikleri bilinmektedir. Bu sebeple, tarihsel tecrübenin net bir şekilde ortaya koyduğu yukarıda belirtilen sakıncaların giderilmesi amacıyla, Anayasada siyasi partilere mali yardım yapılacağını belirtmekle yetinmeyip, devlet yardımlarının uygulanmasına ilişkin esaslara da Anayasada yer verilmesi gayet yerinde olacaktır. Anayasa Önerileri içerisinde, TBB'nin 2007 tarihli İkinci Anayasa Önerisi'nde bu devlet yardımlarının uygulanma esasların bazılarının doğrudan Anayasada belirlenmiş olması, bu noktada önemli bir katkıdır.

2. Devlet yardımından yararlanacak partilerin belirlenmesinde seçimlerde elde edilen oy oranı esas alınmalı ve bu oran mutlaka makul bir düzeye indirilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu yardımın yapılmasında TBMM'de belli sayıda sandalyeye sahip olmak şeklindeki uygulamadan kaçınılmalıdır. 1982 Anayasası döneminde Kanundaki mevcut kriterlerin yanında 1987¹⁵, 1990¹⁶ ve 1992¹⁷ yıllarında 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunun'da yapılan değişikliklerle sırasıyla TBMM'de grubu bulunan, 10 veya daha fazla milletvekili bulunan ve 3 veya daha fazla milletvekili bulunan siyasi partilere de yardım yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, sonraki tarihlerde bu düzenlemelerin devlet yardımından yararlanabilmek amacıyla partiler arasında milletvekili transferlerine neden olduğu eleştirileri

¹⁴ Tanör, Bülent (1990); *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, s.200.

¹⁵ 09.04.1987 tarih ve 3349 sayılı Kanun, RG: 22.4.1987 / 19439.

¹⁶ 31.10.1990 tarih ve 3673 sayılı Kanun, RG: 2.11.1990 / 20683.

¹⁷ 24.03.1992 tarih ve 3789 sayılı Kanun RG: 28.03.1992 / 21185.

gelmiştir. Ayrıca, seçmenden yeterli desteği alamamış partilerin sonradan milletvekili transfer etmek suretiyle TBMM’de sandalye elde etmelerinin ve devlet yardımı almalarının adil olmadığı ileri sürülmüştür. Nitekim, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun Geçici 16. maddesini kaldıran 29.03.2005 tarih ve 5325 sayılı Kanun ile bu uygulama yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁸ Mevcut sistemde olduğu gibi, yardım alacak partilerin belirlenmesinde genel seçimlerde belli bir miktar oyun alınmasının aranması tarihel tecrübe açısından en iyi yöntem olarak gözükmektedir.

¹⁸ %7 ve üzerinde oy alamayıp da TBMM’de 3 veya daha fazla ve 10 veya daha fazla sandalyeye sahip olan siyasi partilere yardım yapılmasını öngören 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun Geçici 16. maddesinin kaldıran 29.03.2005 tarih ve 5325 sayılı Kanun’un görüşmeleri sırasında, CHP Grup Başkanvekili şu görüşleri ileri sürmüştür; partilerinden istifa edip başka partiye geçen milletvekillerinin, geçtikleri partinin devlet yardımı almasını amaç edinmekte idirler ve bu durum siyasal ahlakla bağdaşmamaktadır. Milletlin desteğini alamayıp Meclise giremeyen partiler milletvekili transferleri ile Mecliste temsil şansı elde etmişler ve bu sayede devlet yardımı almışlardır. Bunların yardım alması büyük adaletsizliktir. Buna karşılık teklife karşı olan temsilciler ise, Geçici 16. maddeye göre yardımdan yararlanabilmek için sadece 3 milletvekiline sahip olmanın yeterli olmadığını ayrıca seçimlere girecek şekilde örgütlenmiş olmak gerektiğini ve İktidar ile Anamuhalefet Partilerinin bu konuda anlaşıp hızlı bir şekilde hareket etmesini yadırgadıklarını belirtmişlerdir. Bu tartışmalar için bkz.: TBMMTD, Dönem 22, C. 79, s. 85-102.

Teklif sahibi milletvekillerinden birisinin, devlet yardımından yararlanmak amacıyla milletvekillerinin siyasi partilerini değiştirmesine ilişkin verdiği şu örnek gerçekten çarpıcıdır. CHP milletvekili Osman Özcan, 2002 yılında kurulan Toplumcu Demokratik Partinin, teşkilatlanmasını tamamladıktan sonra kendisine üç milletvekilinin geçtiğini ve bu sebeple devlet yardımı almak istediğini ama altı ay önce kongresini yapmadığı gerekçesiyle bu partiye yardım yapılmadığını ve bunun üzerine bu milletvekillerinin Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖDP)’ne katıldıklarını bu sayede bu partinin bir trilyon liradan fazla yardım aldığını belirtmiştir. TBMMTD, Dönem 22, C. 79, s. 86.

Siyasi partilerin Devlet yardımı alabilmek amacıyla milletvekili tranfer ettiklerine ilişkin son yıllarda ileri sürülen iddialardan birisi de, 2002 yılı Milletvekili Genel Seçimleri öncesi BBP ile ilgilidir. BBP’ye 2002 seçimleri öncesinde Fazilet Partisi ve MHP’den çeşitli katılımlar olmuş ve bu katılımların partinin Hazine Yardımı almasını sağlamaya yönelik olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim bu iddialar üzerine Parti alacağı Devlet yardımını Mehmetçik Vakfı’na bağışlayacağını belirtmiş; ancak, yasal engeller sebebiyle bu vaadini gerçekleştirmemiştir. Bu konuyla ilgili medyada çıkan iddialar ve çeşitli haberler için bkz.: Hürriyet Gazetesi’nde yazar Emin Çölaşan’ın “Bul Karayı Al Parayı” isimli yazısı, <<http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=88855>> Erişim tarihi: 8.9.2007. Radikal Gazetesi’nde çıkan “Özbaş’ı Transfer eden BBP, 2.8 Trilyonu Kaptı” başlıklı haber,

<<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=45974>> Erişim tarihi: 8.9.2007 ve “Ver O 1 Trilyonu Geri Muhsin Bey” başlıklı haber, <<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=50083>> Erişim tarihi: 8.9.2007.

Bunun yanında, devlet yardımına hak kazanacak partilerin belirlenmesinde aranacak olan bu oy oranının da, mutlaka makul bir düzeyde olması mali açıdan siyasi partiler arasındaki fırsat eşitliği açısından zorunludur. Devlet yardımları ilk defa uygulanmaya başladığında 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu uyarınca, devlet yardımı alabilmek için genel seçimlerde % 5 oranında bir oy alma şartı aranırken, bu oran 1982 Anayasası döneminde önce % 10 ve sonrasında ise % 7 olarak tespit edilmişti. Şu anda 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na göre; siyasi partilerin devlet yardımı alabilmeleri için en son milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların % 7'si oranında oy almaları gerekmektedir.

Bu % 7'lik oy oranı, siyasi partilere yönelik devlet yardımına yer veren batı demokrasilerindeki örneklere kıyasla çok yüksektir. Bu oran, Avrupa ülkelerinde % 3'ün altındadır ve hatta bir çok ülkede küçük ve yeni partilerin korunabilmesi ve adil bir seçim yarışının sağlanabilmesi için yardımın bir kısmı eşit olarak siyasi partilere dağıtılmaktadır. Bazı ülkelerde ise; seçimlerde yeterli oyu alamamış olsa bile, belli sayıda seçim çevresinde aday göstermiş siyasi partilere dahi yardım yapılmaktadır. Almanya'da % 0.5, Yunanistan, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya'da % 3 oy oranı, Belçika, Finlandiya, İspanya ve Hollanda'da parlamentoda temsil edilme, Norveç ve İsveç'te parlamentoda temsil edilme ya da % 2.5 oy oranı, Avusturya'da parlamentoda temsil edilme ya da % 1 oy oranı, Fransa'da ise 50 seçim bölgesinde aday göstermiş olmak ve parlamentoda temsil edilme koşulları aranmaktadır.¹⁹

Avrupa demokrasilerindeki uygulamalar göz önüne alındığında; siyasi partiler arasındaki rakebet şartlarını ciddi oranda bozan bu % 7'lik oranın, siyasi rekabete katılmaya çalışan küçük partilerin aleyhine çok yüksek olduğu açıktır. Bu sebeple bu oranın % 3 gibi daha makul bir orana ya da en azından 1961 Anayasası dönemindeki gibi % 5'e düşürülmesi gerekmektedir.²⁰ Gerçekten de seçmen sayısının 48

¹⁹ Batı demokrasilerinde siyasi partilerin devlet yardımlarından yararlanması için aranan kriterlerin neler olduğuna ilişkin ayrıntılı ve toplu bir değerlendirme için bkz.: Uzun (2010), s.52-57.

²⁰ Devlet yardımı yapılacak siyasi partilerde aranan genel seçimlerde % 7 oranındaki oy oranı şartının çok yüksek olduğu ve bu oranın % 1'e indirilmesini yolundaki bir görüş için bkz.: Aydın, Mesut, "Türkiye'de Siyasi Partilere Devlet Yardımı", *AÜHFD*, C.54, S.4, 2005, s.260.

milyonu²¹ aştığı gözönüne alınırsa, % 3 oranında oy alan bir parti 1,5 milyona yakın seçmenin desteğini almış demektir. Bu oy miktarı, o partinin ciddi bir toplumsal desteğe sahip olduğunu, sadece bir tabela partisi olmadığını ve kendisine yapılacak devlet desteğinin çoğulculuğun zorunlu bir gereği olduğunu ispatlamaktadır.

3. Siyasi partilere yapılacak devlet yardımları ile partilerin elde edeceği diğer gelir kalemleri arasında oransal bir denge kurulmalı, siyasi partilerin devlet yardımlarına bağımlılığı önlenmelidir. Batı Demokrasinde siyasi partilere devlet yardımı yapılmasına yönelik çeşitli argümanlar ileri sürülmekle birlikte, literatürde bu uygulamalarla ilgili ciddi eleştiriler ve tereddütler de bulunmaktadır.²² Bu eleştirilerin önemli bir kısmı da siyasi partilerin devlet yardımları ile giderlerini karşılayabilmesi sayesinde, üyelerinden ve sempatanlarından toplayacağı aidat ve bağış gibi gelirlere ihtiyacının kalmaması ve mali açıdan toplumsal tabanlarından kopmasıdır. Bir diğer önemli eleştiri de; siyasi partilerin devlet yardımlarına bağımlılıkları, devlete siyasi partilerin işlerine karışma, onlar üzerinde denetim ve kontrol imkanı sağladığı yönündedir.

Ülkemizdeki devlet yardımı uygulamaları değerlendirildiğinde bu eleştirilerin gözardı edilemeyeceğini söylemek mümkündür. Türkiye’de siyasi partilerin gelir kaynakları içerisinde devlet yardımlarının oranına incelendiği zaman, yardım alan partilerin neredeyse gelirlerinin tamamının devlet yardımlarından oluştuğu görülmektedir. Rakamlara bakıldığında, devlet yardımı alan partilerin genel merkez gelirleri içerisinde yardımların oranı 1990’lı yıllarda % 50 ile % 90 arasında değişiklikler göstermekte iken²³, 2000’li yıllarda daha yüksek

²¹ <http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2009MahalliIdareler/SecmenSayilari/Ilce.htm>. Erişim tarihi: 06.04.2011, Ayrıca, 29 Mart 2009 seçimleri itibarıyla Türkiye’deki toplam seçmen sayısının 48.265.644 olduğuna dair Yüksek Seçim Kurulu Başkanı’nın basın açıklaması için bkz.: <<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/467318.asp>> Erişim Tarihi: 30.11.2008.

²² Siyasi partilere yönelik kamusal desteklerin hangi gerekçelere dayandırıldığına dair bkz. Uzun (2010); s.40-45. Siyasi partilere yönelik kamusal desteklerin yöneltilen eleştiriler için ise bkz.Uzun (2010); s.66-75.

²³ Gençkaya, Ömer Faruk; “Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerini Sınırlandırılması”, *Siyasi Partilerde Reform*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000, s.181.

seviyelere çıkmış ve bir çok batı demokrasisindeki oranları geçmiştir.²⁴ Günümüzde, devlet yardımı alan partilerin ciddi oranda devlet yardımlarına bağımlı hale geldiği, buna karşılık; üye aidatı ve bağış toplama ihtiyacı hissetmedikleri görülmektedir.

Bu durum karşısında devlet yardımlarına yönelik yukarıda belirtilen eleştiri ve tereddütlerin ülkemizde belli bir düzeyde geçerlilik kazandığını söyleyebiliriz. Bu eleştirileri giderebilmek için siyasi partilerin klasik gelir kaynakları olan üye aidatları ve bağışlardan kopmasını önleyecek tedbirler almak gereklidir. Bu tedbirler konusunda, halen Almanya'da uygulanmakta olan sistem iyi bir örnektir. Bu sistemde siyasi partilerin alacakları devlet yardımları, toplayacakları üye aidatları ve bağışları aşamamaktadır. Ayrıca, siyasi partilere toplayacakları her 1 Mark üye aidatına karşılık, 0.50 Mark devlet yardımı yapılacağı hükme bağlanmıştır.²⁵ Bu uygulamanın birinci kısmının

²⁴ Son yıllarda yardımlardan yararlanan başlıca partilerin gelirleri içerisinde, devlet yardımları %80'lerin üzerinde ve hatta bazı yıllar % 90'larda olmuştur. Örneğin AKP'nin 2004, 2005, 2006, ve 2007 yıllarında aldığı devlet yardımlarının gelirleri içerisindeki oranı sırası ile % 85.2, %86.9, %88,1 ve %89.2 olarak gerçekleşmiştir. Kaynak: Adalet ve Kalkınma Partisi'nin www.akp.org.tr adlı resmi sitesi.
²⁰⁰² yılından beri Ana Muhalefet Partisi sıfatına sahip CHP'de devlet yardımının, toplam parti gelirleri ve genel merkez gelirlerine oranı şu şekildedir:

	Toplam parti gelirine oranı	Genel Merkez gelirine oranı
2003 yılı	% 46	%59
2004 yılı	%41	%57
2005 yılı	%31	%42
2006 yılı	%46	%66

Görüldüğü üzere CHP'de parti gelirleri içerisinde devlet yardımlarının oranı ortalama % 50 civarındadır. Ancak, bu durum partinin devlet yardımı dışında kalan gelirlerinin üye aidatları ya da bağışlardan elde etmesinden kaynaklanmamaktadır. Partinin devlet yardımı dışında beyan ettiği en önemli gelir kaynakları; banka mevduat gelirleri ve önceki yıldan devreden nakit mevcuttur. Eğer partinin gelirleri içerisinde, önceki yıldan devreden nakit mevcudu ve devlet yardımlarının sağladığı birikimle elde edilen banka mevduat gelirlerini arındırırsak; CHP'de devlet yardımlarının, parti toplam gelirleri ve Genel Merkez gelirlerinin % 80'ini bulduğunu görürüz.

Kaynak: SPMD Kararı, E.2004/22, K.2006/7, k.t.: 27.1.2006, RG: 17.3.2006-26111; SPMD Kararı, E.2005/24, K.2008/81, k.t.: 26.6.2008, RG: 8.7.2008-26930; SPMD Kararı, E.2006/28, K.2008/82, k.t.: 26.6.2008, RG: 8.7.2008-26930; SPMD Kararı, E.2007/21, K.2008/83, k.t.: 26.6.2008, RG: 8.7.2008-26930.

²⁵ Nassmacher, Karl Heinz (2003a); "Party Funding in Continental Western Europe", Reginald, Austin ve Maja Tjernström (Ed.), *Funding of Political Parties and Election Campaigns*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2003, s.124 ve Scarrow, Susan; "Explaining Political Finance Reforms: Competition and Context", *Party Politics*, 10(6), 2004, s.670.

Anayasayada hüküm altına alınması TBB'nin 2007 tarihli Anayasa Önerisi'nde kabul edilmiştir. Bu Öneride de yer aldığı gibi, siyasi partilere yapılacak devlet yardımının, partinin bağışlar ve üye aidatları yoluyla topladığı gelirleri geçemeyeceğine dair bir Anayasa hükmüne yer vermek, siyasi partilerin üye aidatı ve bağış gibi klasik gelir kaynaklarından vazgeçmesini önleyerek bu yöndeki bir çok tereddütü giderecektir.

4. Siyasi partilere yapılacak devlet yardımlarının bir kısmının doğrudan taşra teşkilatına yapılması ve bir kısmının da eğitim, araştırma-geliştirme ve yayın gibi alanlarda kullanılması zorunlu tutulmalıdır. Siyasi partilere yönelik devlet yardımların doğrudan genel merkezlere yapılması ve bu paraların tasarrufunun genel merkez yönetimlerinde olması, mali yönden parti merkez yönetimlerini taşra teşkilatlarına karşı güçlendirmekte ve parti bürokrasisinin etkinliğini artırmaktadır. Bu durumun parti içi demokrasi açısından sakıncalar doğuracağı çok açıktır.

Bu tür sakıncaların önüne geçmek için Almanya, İtalya, Avusturya, Kanada, Finlandiya ve İsveç'te devlet yardımlarının tümü parti genel merkezine değil; partinin bütün teşkilatına belirli oranlarda dağıtılmaktadır. Ayrıca, Almanya, Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Norveç, İsveç ve Hollanda'da ise partilere yakın eğitim ve araştırma kurumlarına kurumlara düzenli devlet yardımları yapılmaktadır. Hollanda'da, kamusal destekler konusunda, sadece partilerin eğitim ve araştırma kurumlarına yardım yapılması bakımından kendine özgü bir sisteme sahiptir.²⁶

Türkiye'de ise, devlet yardımları doğrudan siyasi parti genel merkezlerine yapılmakta ve bunların kullanımı konusunda "parti ihtiyaçları ve amaçları" dışında bir sınırlama getirilmemektedir. Bu sebeple, partinin hak ettiği devlet yardımının bir kısmının (örneğin % 30) doğrudan parti taşra teşkilatına yapılması, bir kısmının da (örneğin % 30) eğitim, politika geliştirme, kamuoyu araştırması, yayın vb. alanlarda

²⁶ *The World of Campaign Finance*, The Center for a New Democracy and The Center for Responsive Politics, Washington DC, 1993, s.13 ve PALTIEL, Khayyam Z.; "Public Funding Abroad, Contrast and Effects", Michael J. Malbin (Ed.), *Parties, Interest Groups, and Campaign Finance Laws*, Washington DC, American Enterprise Institute, 1980, s.367.

kullanılmasının zorunlu tutulması, hem parti içi demokrasiyi güçlendirecek hem de siyasetin kamusal finansmanının aynı zamanda demokrasinin finansmanı olduğu yönündeki görüşün daha güçlü savunulmasına imkan tanıyacaktır.

5. Siyasi partilerin mali denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülmesine devam edilmeli, ancak; bu denetimi etkinleştirecek tedbirler alınmalıdır. Siyasi partilerin mali denetimi görevinin, 1961 ve 1982 Anayasaları'nda Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülmesi kararlaştırılmıştır. Özbudun Tasarısı dışındaki diğer tüm Anayasa önerilerinde de, bu görev Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Siyasi partilerin mali denetimini yapacak organın bu işlevi yerine getirecek yeterlilikte olması gerektiği gibi her türlü etkiden bağımsız bir şekilde karar verebilecek güvenceye sahip olması da gereklidir. Hatta denilebilir ki; bu görevi yürütecek organın tarafsızlığına duyulan güven, bu görevin etkinlikle yerine yerine getirmesinden daha önemlidir. Bu açıdan, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin mali denetimini yerine getirmesi en iyi tercih görünümündedir.

Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin mali denetimi konusunda görülen en önemli eksiklikler; partilerin sadece genel merkez hesaplarının incelenip taşra teşkilatı hesaplarının incelenmeden kanuna uygun olduğu yolunda karara varılması,²⁷ her siyasi partinin farklı muhasebeleştirme usulleriyle gelir ve giderlerini kayıt altına almasının getirdiği teknik sorunlar ve Anayasa Mahkemesinin onlarca partinin merkez ve taşra teşkilatını denetleyecek yeterli uzman kadroya sahip olmayışıdır. Bunlar, herhangi bir Anayasal düzenlemeyi gerektirmeyip yasal düzenlemeler yoluyla giderilmesi mümkün eksikliklerdir. Bu eksiklikler, yasal düzenlemelerle giderilebilecek, bir Anayasa değişikliğini gerektirmeyen konulardır.

²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin denetim kararlarının il örgütlerine ilişkin bölümünde genellikle "gelirlerin/giderlerin Merkez Karar ve Yönetim Kurulu kararıyla doğruluğunun onaylandığı görülerek, 2820 sayılı yasaya uygun olduğu sonucuna varılmıştır" denilmektedir. Başka bir ifade ile, Mahkeme partilerin il örgütleri hesaplarını incelememekte ve merkez karar organının onayına dayanarak bunların yasaya uygunluğunu doğrulamaktadır. Nitekim AYM'nin eski başkanlarından Ahmet Boyacıoğlu, il örgütlerinin hesaplarının denetlenmeden onaylanmasını ve tetkik edilmeyen bir belgeden dolayı partinin sorumlu veya sorumsuz görülmesinin olanaksız olduğunu belirtip bu denetimi durdurduğunu belirtmiştir. Tartışmalar bölümü, *Anayasa Yargısı* 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1991, s.470-471.

Sonuç olarak, siyasi partilerin mali denetiminin Anayasa Mahkemesince yerine getirileceği yolundaki 1982 Anayasası'ndaki hükümlerin değiştirilmesine ya da bir ekleme yapılmasına gerek yoktur.

6. Siyasi partilerin ve adayların seçim harcamalarının kanunla sınırlandırılacağı konusunda Anayasaya hüküm konulmalıdır. Siyasetin finansmanı konusunda Batı Demokrasilerinde yaygın uygulamalardan birisi de, siyasi partilerin ve adayların seçim harcamalarına sınır konulmasıdır.²⁸ Yeni gelişen bir takım kampanya teknikleri, kamuoyu araştırma faaliyetleri ve son derece pahalı olan kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması siyasi partiler için seçim kampanyalarının maliyetlerini son derece yukarıya çekmektedir. Bu durum, mali yönden güçlü partilerin çok daha fazla harcama yapmasına ve seçim yarışında eşit ve adil rekabet şartlarının bozulmasına neden olmaktadır. Ayrıca, siyasi partilerin artan seçim rekabetinde daha fazla harcama yapmak zorunda kalmaları, daha fazla mali kaynağa ihtiyaç duymalarına ve ekonomik yönden güçlü kişi ya da kurumların etkisine açık hale gelmelerine neden olabilecektir. Seçim harcamalarının sınırlandırılmasına yönelik son bir gerekçe de, devletin siyasi partilere mali yardım yapıyor olması da seçim harcamalarına sınır konulmasına imkan tanımaktadır.

Batı Demokrasilerinde, adaylar ya da siyasi partilerin seçim harcamalarının sınırlandırılması iki şekilde gerçekleştirilmektedir. Bazı ülkelerde, her seçim bölgesinde seçmen başına düşen bir miktar belirlenip harcamaların üst sınırı hesaplanırken, bazı ülkelerde ise toptan bir harcama üst sınırı belirlenmek suretiyle bu kural uygulamaya konulmaktadır. Bu konudaki en eski düzenlemeye sahip ülke İngiltere'dir. İngiltere'de 1883 tarihli Yolsuzluk ve İlegal Uygulamalar Kanunu'ndan (Corrupt and Illegal Practices Act) beri adayların yapacakları seçim harcamalarının seçim çevresi düzeyinde bir üst sınırı bulunmaktaydı.²⁹ Günümüzde İngiltere'de her seçim bölgesi için bir

²⁸ ABD, İngiltere, Fransa, Japonya, Kanada ve Yeni Zelanda tek isimli seçim sistemine yani aday odaklı bir seçim yarışına sahip olan ve bu sebeple adayların seçim giderlerinin sınırlandırılması uygulamasının olduğu ülkelerdir. *The World of Campaign Finance* (1993), s.9. Çok isimli seçim sisteminin uygulandığı ve parti odaklı seçim yarışının söz konusu olduğu İtalya, İspanya, Portekiz, Belçika, Kanada, Yunanistan, İsrail ve bazı Doğu Avrupa ülkelerinde ise siyasi partilere yönelik harcama sınırlamaları mevcuttur. Biezen, Ingrid van, "Political Parties as Public Utilities", *Party Politics*, 2004, 10 (6), s.714.

²⁹ Pinto-Duchinsky, Michael, "British Political Finance 1830-1980", *American Enterprise Institute for Public Policy Reserch*, Washington and London, 1981, s.26.

partinin harcayabileceği miktar 30.000 Sterlin olarak belirlenmiştir.³⁰ Kanada'da ise bir siyasi parti, seçim bölgesindeki her bir seçmen için en fazla 0.30 \$ harcama yapabilir.³¹

Ülkemizde siyasi partilerin çok ciddi miktarlarda seçim harcaması yaptıkları ve devlet yardımları sebebiyle partilerin harcamaları arasında ciddi uçurumlar olduğu görülmektedir. Her ne kadar daha fazla gelir elde etme başarısı gösteren siyasi partilerin, bu gelirlerini seçim harcamalarında kullanmaları doğal karşılansa da; partiler arasında harcama miktarları açısından büyük farklılıklar oluşmasını önleyecek makul sınırlar konulması Batı Demokrasilerinde görülen yaygın uygulamalardandır. Bu tür bir sınırlama ile güçlü partilerin sadece mali imkanları ile rakiplerine karşı bir üstünlük kurmaları önlenbilir.

Gerek 1961 ve 1982 Anayasaları gerekse bu dönemlerde çıkarılan siyasi partiler ve seçim kanunları bu tür bir sınırlamaya yer vermemiştir. 1982 Anayasasında "... siyasi partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir." (m.69/son) şeklinde bir hükme yer verilmişse de, bu doğrudan bir sınırlama hükmü değildir. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ise, giderlerin yapılma usullerini belirlemekle yetinmiştir.

Anayasa önerileri içerisinde, sadece TBB 2001 ve 2007 Anayasa Önerilerinde bu tür bir sınırlama hükmü öngörmüştür. Bu önerilerde, "*Siyasal partilerin kuruluş ve çalışmaları ile siyasal partilerin ve adayların seçim harcamaları, bu harcamaların sınırları ve denetim usulleri, saydamlık ilkesi gözetilerek kanunla düzenlenir.*" şeklinde bir norma yer vermek suretiyle bu yönde bir uygulamanın hayata geçirilmesi amaçlanmıştır.

Sonuç olarak, TBB'nin önerisinde olduğu gibi siyasi partilerle ilgili Anayasa maddesine siyasi partilerin ve adayların seçim harcamalarına

³⁰ Fisher, Justin, "The Political Parties, Elections and Referandums Act 2000", *Representation*, 38 (1), 2001, s.14-15.

³¹ Stanbury, William T., "Financing Federal Politics in Canada in an Era of Reform", Arthur B. Gunlinks (Ed.), *Campaign and Party Finance in North America and Western Europe*, to Excel, New York, 2000, s.70-71. Ayrıca kanunda belirlenen bu miktarlar Tüketici Fiyatları Endeksine (Consumer Price Index) göre her yıl yenilenmektedir. Bu ülkelerin yanında, seçim harcamalarının sınırlandırılmasına ilişkin uygulamaların ülkeler bazında ayrıntıları ve toplu bir değerlendirme için bkz. Uzun (2010); s.78-81.

sınırlama getirileceğine ilişkin bir hükme yer verilmesi ve bu sınırlamanın uygulama şeklinin kanunla düzenleneceğinin belirtilmesi yeterli olacaktır.

SONUÇ

Yukarıda yapılan değerlendirmeler neticesinde, siyasi partilerin finansmanı ile ilgili yeni bir Anayasa normu önerisi şu şekilde oluşmaktadır:

“Siyasi partiler ticari faaliyette bulunamazlar.

Siyasal partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına ve anayasal işlevlerine uygun olması gerekir. Siyasal partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğu, bu hususun Anayasa Mahkemesince denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir.

Siyasi partilere devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Kanunla, son milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların en fazla yüzde üçü ve üstünde oy alan siyasi partilerin yararlanacağı belirtilir. Bu yardımın, en az üçte birinin doğrudan partinin taşra teşkilatına verileceği ve en az üçte birinin de eğitim, politika geliştirme, kamuoyu araştırması ve yayın alanlarında kullanılacağı Kanunla düzenlenir. Bir partinin alacağı yıllık devlet yardımı, üye aidatları ve bağışlardan elde ettiği yıllık geliri aşamaz. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatlarının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.

Siyasal partilerin kuruluş ve çalışmaları ile siyasal partilerin ve adayların seçim harcamaları, bu harcamaların sınırları ve denetim usulleri kanunla düzenlenir.

Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türkiye Cumhuriyeti uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılır.”

TABLO 1.

1. 13.07.1965 tarihli ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu
2. 22.02.1968 tarihli ve 1017 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 74 üncü Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun
3. 02.02.1970 tarihli ve 1219 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 74 üncü Maddesinin Yeniden Düzenlenmesine ve Bu Kanuna Geçici Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun
4. 30.06.1971 tarihli ve 1421 sayılı 9.7.1961 tarihli ve 334 sayılı T.C. Anayasasının 56 ncı ve 82 nci Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun
5. 15.03.1973 tarihli ve 1699 sayılı T.C. Anayasasının 30, 57, 136, 138 ve 148 inci Maddelerinin Bazı Fıkralarının Değiştirilmesi ve 2 Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun
6. 30.04.1974 tarihli ve 1802 sayılı 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununa Bir Madde ve Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun
7. 27.06.1984 tarihli ve 3032 sayılı 22.04.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 61 inci Maddesine Bir Bent ve Aynı Kanuna Bir Ek Madde ile Bir Geçici Maddenin Eklenmesine Dair Kanun
8. 09.04.1987 tarihli ve 3349 sayılı 22.04.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa 27.06.1984 Gün ve 3032 sayılı Kanunla Eklenen Geçici 11 inci Maddesine Fıkralar Eklenmesi Hakkında Kanun
9. 07.08.1988 tarihli ve 3470 sayılı 22.04.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa 27.06.1984 tarih ve 3032 sayılı Kanunla Eklenen Ek 1 inci Maddesine İki Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun
10. 31.10.1990 tarihli ve 3673 sayılı 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
11. 24.12.1991 tarihli ve 3765 sayılı 1992 Mali Yılı Genel ve Katma Bütçeleri Kanunlaşınca Kadar Devlet Harcamalarının Yapılmasına ve Devlet Gelirlerinin Tahsiline Yetki Verilmesine Dair Kanun
12. 24.03.1992 tarihli ve 3789 sayılı 22.04.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun
13. 25.03.1992 tarihli ve 3790 sayılı 1992 Mali Yıl Bütçe Kanunu
14. 23.07.1995 tarihli ve 4121 sayılı 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun

15. 12.08.1999 tarihli ve 4445 sayılı Siyasi Partiler Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
16. 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun
17. 26.03.2002 tarihli ve 4748 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
18. 29.04.2005 tarihli ve 5341 sayılı Siyasi Partiler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

KAYNAKLAR

Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Makaleler

- Aydın, Mesut; "Türkiye'de Siyasi Partilere Devlet Yardımı", *AÜHFD*, C.54, S.4, 2005. (s.235-265)
- Biezen, Ingrid van; "Political Parties as Public Utilities", *Party Politics*, 10 (6), 2004. (s.701-722).
- Gençkaya, Ömer Faruk; "Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerini Sınırlandırılması", *Siyasi Partilerde Reform*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000.
- Fisher, Justin; "The Political Parties, Elections and Referandums Act 2000", *Representation*, 38 (1), 2001. (11-19)
- Nassmacher, Karl Heinz (2003a); "Party Funding in Continental Western Europe", REGINALD, Austin ve Maja Tjernström (Ed.), *Funding of Political Parties and Election Campaigns*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2003. (117-137).
- Paltiel, Khayyam Z.; "Public Funding Abroad, Contrast and Effects", Michael J. Malbin (Ed.), *Parties, Interest Groups, and Campaign Finance Laws*, Washington DC, American Enterprise Institute, 1980. (s.354-370).
- Pinto-Duchinsky, Michael; "British Political Finance 1830-1980", *American Enterprise Institute for Public Policy Reserch*, Washington and London, 1981.

- Scarrow, Susan; "Explaining Political Finance Reforms: Competition and Context", *Party Politics*, 10(6), 2004. (s.653-675).
- Stanbury, William T.; "Financing Federal Politics in Canada in an Era of Reform", Arthur B. Gunlinks (Ed.), *Campaign and Party Finance in North America and Western Europe*, toExcel, New York, 2000. (s.68-120)
- Tanör, Bülent; *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1990.
- Teziç, Erdoğan; *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1991.
- Uzun, Cem Duran; *Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Ünsal, Artun; (1980) *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, "Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1980.

Diğer Kaynaklar

- Anayasa Yargısı 8*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1991.
- Hürriyet Gazetesi*, (Çeşitli sayılar)
- Radikal Gazetesi*, (Çeşitli sayılar)
- Resmi Gazete*, (Çeşitli sayılar)
- The World of Campaign Finance*, The Center for a New Democracy and The Center for Responsive Politics, Washington DC, 1993.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi - Anayasa 2000*, TOBB Yayınları, Ankara, 2000.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi - Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007.
- www.akp.gov.tr
- www.ntvmsnbc.com
- www.tusiad.org

TÜRKİYE'DE SİYASİ İKTİDARIN MİZAHLA İMTİHANI: İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE KARİKATÜR

THE EXAMINATION OF POLITICAL POWER WITH HUMOUR IN TURKEY: FREEDOM OF SPEECH AND CARICATURE

Gürkan ÖZOCAK*

"Mizah bir yumruktur, kime ineceği belli olmaz"¹

Özet : İfade özgürlüğü uluslararası hukuk metinlerinde olduğu kadar, ülkemizde de Anayasa ve kanunlarla koruma altına alınmış, son derece önemli bir kavramdır. Karikatür de, ifade özgürlüğünün en önemli tezahürlerinden birisi olarak, yüzyıllardır toplumların siyasi iktidarlar karşısındaki savaşımının bir aracı olmuştur. Bu nedenle, söz konusu özgürlükler Anayasalarla koruma altına alınsa da, siyasi iktidarlar otoritelerinin devamı adına her zaman bu özgürlüklerle mücadele etmiş ve üzerlerinde baskı kurmuş, bu mücadelenin en etkin aracı da yine hukuk olmuştur.

Anahtar Sözcükler: İfade özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, karikatür, basın hukuku, mizah, siyasi iktidar.

Abstract: Freedom of speech is a vital concept that protected by not only international agreements, but also by Constitution and several codes in our legal system. Caricature, as one of the most important appearing of freedom of speech, has been an instrument of fight against to political power for centuries. Therefore, political power and governments have always been struggle with and put pressure on caricature, although freedom of speech protected by Constitution, and law has been the most important tool of this struggle.

Keywords: Freedom of speech, freedom of expression, caricature, media law, Turkish humour.

* Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Usul Hukuku yüksek lisans öğrencisi, gurkanozocak@hotmail.com

¹ 1970'lerde birçok karikatürcüye ve mizah dergisine açtığı davaların birisini kazandıktan sonra, dönemin başbakanı Süleyman Demirel'in söylediği söz.

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE

Özgürlük kelimesi, çağlar boyunca farklı anlamlara büründürülmüş ve toplumların düşün hayatlarında çeşitli şekillerde tezahür etmiştir. Dolayısıyla özgürlüğün ne olduğundan, insanın özgür olup olmadığı sorusuna kadar uzayan geniş bir yelpazede seyreden özgürlük problemi de, çok eski zamanlardan beri insan düşüncesini kurcalayan büyük sorulardan biridir. Tarih boyunca seçkin fikir adamlarının bu mesele üzerinde uzun uzadıya düşündüklerini bilmemize rağmen, bugün hala özgürlüğün ne olduğu ve hangi hallerde sınırlandırılacağı sorusu, ilk günkü güncelliğiyle önümüzde durmaktadır.¹ Konuya hukukçular da felsefeciler de uzun dönemler boyunca bir cevap aramışlar, ancak herkesin üzerinde uzlaşacağı somut bir cevap üretmemişlerdir. Örneğin Hume, “Özgürlük yalnızca istemenin yasalarına göre eylemde bulunmaksa, mesela kolunu kaldırmaksa vardır, ancak nedensizce ya da bir şey istemeden, rastgele eylemde bulunmaksa, özgürlük yoktur” demektedirken, Sartre ise özgürlüğün insanın varoluşunun belirlenmemişliği olduğundan hareketle, insanın özgür olduğunu, hatta ‘özgür olmaya mahkum’ olduğunu söylemektedir.²

Hak ve özgürlük kavramları neyi içerir, ne anlatır? Bunları mutlak bir biçimde tanımlama olanağı var mıdır? Bu soruların yanıtlanması ve ‘hak’ ile ‘özgürlük’ kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi hukukun en güç sorunlarından birisidir. Bu konuda bir çok görüş bulunmakla beraber şu söylenebilir ki, özgürlük geniş kapsamlı ve soyut bir kavram, hak ise soyut özgürlüğün somutlaştırılmış biçimi olarak nitelendirilmektedir. Buna göre haklar, doğrudan veya dolaylı olarak özgürlüklere bağlıdır, bir başka deyişle, özgürlük bütün hakların ortak kökenidir.³ Biz de ifade özgürlüğünü ve onun ortaya konuş biçimi olarak mizah ve karikatür mefhumunu, bu hak ve özgürlük dengesi kapsamında inceleyeceğiz.

Toplumların kolektif özgürlükleri kadar bireylerin özgürlükleri de⁴, demokratik bir toplum düzeninin vazgeçilmez bileşenlerindedir.

¹ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, 1972, s. 3.

² Ioanna Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları-Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Ankara, 1988, s. 2-4.

³ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, 1989, s. 13-15.

⁴ Söz konusu ayırım için Bkz. Kaboğlu, s. 30-31. Ancak kamu özgürlüklerinin bi-

Gerçekten de özgürce düşünemeyen ve düşündüklerini özgürce ifade edemeyen insanların oluşturduğu bir toplumun özgür bir biçimde yaşadığını söylemek olanaksızdır. Voltaire'in "*Senin düşüncelerine katılmıyorum, ancak onları savunabilmen için canımı feda ederim*" sözleri, demokratik ve aydınlanmacı bir toplumda düşünsel faaliyetin ve bu düşünsel faaliyet sonucu ortaya çıkan sonuçların özgürce ifade edilebilmesinin önemini belirgin bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, ifade özgürlüğü ile düşünce özgürlüğü birbirinden ayrılmaz bir bütündür. Öyle ki, ifade özgürlüğü ile tamamlanmamış bir düşünme özgürlüğünün kişi hürriyeti bakımından hiçbir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle ülkelerin Anayasa ve yasalarında olduğu gibi uluslararası metinlerde de bu iki özgürlük birbirinden ayrılmaksızın düzenlenmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin merkezinde yer alan düşünce özgürlüğünün biri soyut ve statik yönü, diğeri ise somut ve dinamik yönü olmak üzere iki boyutu vardır. 1982 Anayasası, 25. maddesinde "*Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*" diyerek bu özgürlüğün soyut ve statik yönünü belirtmiştir. Ancak bu soyut yön tek başına bir anlam ifade etmeyeceğinden, düşünce özgürlüğünün soyut yönünü tamamlayan somut ve dinamik yönü de 26. maddede "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir...*" biçiminde ifade edilmiştir.⁵ Bu açıklamalardan hareketle şu söylenebilir ki, ifade özgürlüğü düşünce özgürlüğünü tamamlayan ve ona anlam katan bir mahiyete sahiptir. Açıklanması ve yayılması yasaklanan bir düşünce özgürlüğünün farazi bir özgürlük olacağı tartışma götürmez bir gerçektir. Bu nedenle ifade özgürlüğü, insan hakları sorununun en hareketli ve sürekli odak halinde bulunan alanlarından birisi olması hasebiyle, üzerine çok tartışılan ve sınırlandırılmasına yönelik ortaya konan her gerekçe ile beraberinde yeni bir eleştirel bakış açısını ve dönüşümü getiren bir kavramdır.⁶

reysel ve kolektif olmak üzere iki kategoriye ayrılmasına karşı çıkanlar da vardır. Örneğin, Mehmet Akad, söz konusu ayırımın sosyal ve ekonomik hakları içermediği ve siyasal hakları ihmal ettiği savıyla böyle bir ayırımı kabullenmemektedir. Mehmet Akad, *Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası'nın 10. maddesi*, İstanbul, 1984 aktaran Kaboğlu, s. 31.

⁵ Muharrem Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, 1998, s. 237.

⁶ Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, 1994, s. 59.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru hale getirmeye yönelik gerekçelerin en önemlisi, kullanılan ifadelerin 'hakaret' içermemesi gerektiği yönündeki düşüncedir. Bu husus özellikle siyasi iktidarlar bakımından son derece önemlidir. Düşünce özgürlüğü ve ona bağlı olarak ifade özgürlüğü, özellikle siyasi iktidarların ülkeyi yönetme biçimi, yönetim araçları, bunları kullanırken belirledikleri tutum, keyfiyet, toplumun tüm kesimlerinin hassasiyetlerini dikkate alma gibi meselelerde etkin hale gelmekte ve kimi zaman toplumun gündemini belirlemede ağırlık kazanmaktadır. Zira siyasi iktidarı sözlerle veya demokratik hakların kullanılması yoluyla yapılan eylem, protesto gibi kitlesel karşı çıkış araçlarıyla eleştirmek kimi zaman etkisiz kalabilmekte, böyle dönemlerde kamuoyu nezdinde dikkat çekecek ifade ve araçlarla düşünceleri yayma özgürlüğüne sahip olunması büyük önem arz etmektedir.

Farklı şekillerde düşüncelerin yayılmasının en önemli aracı da sanat yapıtlarıdır. Bunlar sözlü veya yazılı sanat yapıtları olabilir. Eski zamanlarda şehir şehir dolaşan meddahlar, ozanlar gerek müzik gerekse temaşa yoluyla dönemin siyasi iktidarlarını eleştirebilmekteydiler. Ancak bunlar dışında, görsel sanat yapıtları da düşüncenin yayılmasının en önemli araçlarından birisi olarak çağlar boyunca kullanılmaya başlanmıştır. Gerçekten de, 'görme' gerek konuşmadan gerekse sözcüklerden önce gelmiştir.⁷ Tarihsel kökenlerine bakıldığında, bugün anladığımız anlamda karikatürün Mısır Uygarlığı zamanlarına kadar uzandığını ve zaman zaman Mısır kralları ve kraliçelerinin dahi bu tür eserlerle hicvedildiğini görmekteyiz.⁸ Söz konusu dönemlerden itibaren gelişimini sürdüren çizgi ve karikatür, Ortaçağda da, 18. yüzyılda Kral II. George'un askeri politikalarının eleştirilmesinde de karşımıza çıkabilmektedir.⁹ Bunun sebebi, bazen sayfalarca yazıyla yahut saatlerce süren bir konuşmayla ifade edilemeyecek bir düşüncenin, yalnızca bir çizgiyle anlatılabileceği gerçeğine dayanan, çizginin bir düşünce veya olayı aktarmadaki büyümlü gücünde yatmaktadır. Dolayısıyla düşüncelerin görsel metinlerle anlatılması, değişik ifadelerin ve yayma yöntemlerinin bu biçimiyle ön plana çıkmasına yol açacak, sözcüklerle

⁷ Turhan Selçuk, 'Önce Çizgi Vardı': *Sanatta Karikatür*, Ankara, 1997, s.7.

⁸ Thomas Wright, *A History of Caricature and Grottesque*, New York, 1976, s. 3.

⁹ Wright, s. 420.

yapılamayacak veya söylenemeyecek olan şeylerin temsili figür ve tiplerle karikatürize edilmesine imkan verecektir.¹⁰

Bu itibarla, ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğünün tamamlayıcısı ve doğal bir sonucu olarak, toplumların ve bireylerin özgürce yaşayabilmeleri, özgürce düşünmeleri ve düşüncelerini kolaylıkla aktarabilmeleri açısından şarttır. İfade özgürlüğü kimi zaman sözlü veya yazılı araçlarla ortaya konulabileceği gibi, kimi zaman da görsel araçlarla sunulabilmektedir. Bu görsel araçların da, özellikle ifade özgürlüğünün siyasi iktidarlara yönelik, onların bu iktidarı kullanma biçimlerine karşı eleştiriye yöneldiği durumlarda, hiç şüphe yok ki en önemlilerinin başında karikatür gelmektedir. Bielinski'nin o meşhur sözü durumu çok iyi açıklamaktadır: *“Doğruyu yalandan ayırmada, gülmenin büyük bir yardımı dokunur”* Bununla beraber karikatür ve gülmenin yalanı yadsımakta, geriye püskürtmekte, ayrıca iyiliği ve doğruluğu yüceltmekte de yararı dokunduğunu söylemek gerekmektedir. İçerik dolu bir gülme, hiçbir zaman tarafsız olamaz; tanıklık etmeye değil, dövüşmeye yarar çünkü.¹¹

II. BİR SİYASİ HİCİV VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ARACI OLARAK 'KARİKATÜR'

A. Karikatür ve Mizah

'Mizah' sözcüğü dilimize Arapça'dan geçmiştir. Ancak en eski Türkçe sözlük olan, Kaşgarlı Mahmut'un *'Divan-ü Lügat-it Türk'* adlı yapıtında mizahın karşılığı olarak *"külüt"* sözcüğü kullanılmıştır. Bunun anlamı ise *"halk arasında gülünç nesne"* dir. Zamanla bu *'külüt'* sözcüğü evrilerek *'gülüt'* ve daha sonraları da *'gülmece'* olarak dilimize kazandırılmıştır.¹² Mizahın sözlü ve çizgili türleri vardır. Sözlü olanlar fıkralar, bilmece, tekerlemeler, meddah gösterileri gibi anlatılarken, çizgili türü ise karikatürdür.

¹⁰ Türkan Yalçın Sancar, *Alenen Tahrir ve Tezyif Suçları*, Ankara, 2006, s. 212.

¹¹ Avner Ziss; *Estetik*, Çev. Yakup Şahan, İstanbul, 1984, s. 227.

¹² İsmail Kar, *Karikatür Sanatı*, Ankara, 1999, s. 1. Ayrıca Aziz Nesin de mizahın birincil unsurunun gülme olduğunu, dolayısıyla 'mizah' sözcüğünün 'gülmece' olarak Türkçeye çevrilmesinin daha uygun olduğunu söylemektedir.

Karikatür de esasen İtalyanca *'caricare'* sözcüğünden gelerek Türkçeye ve diğer dillere yerleşmiştir. *'Caricare'* sözcüğü İtalyanca'da *'yüklemek'* anlamına gelmektedir. Menşeyini burada bulan karikatür kelimesi de, zamanla saldırmak, hücum etmek, anlam yüklemek manasıyla kullanılan bir sözcük olarak ortaya çıkmıştır.¹³ Başlarda insan suretlerini, görünüşlerini bozarak, abartarak bunların kimi karakteristik özelliklerini ön plana çıkarmaya dayalı olan karikatür, çizginin gücünün farkedilmesiyle birlikte toplumların otoriteye karşı çıkışlarının ve siyasi iktidarları hicvetmelerinin önemli araçları haline gelmişlerdir.¹⁴ Bu bakımdan modern karikatür, artık özelliği güncelliğin oluşturduğu ve geleneksel bağlardan sıyrılmanın ağırlığını hissettirdiği bir sanat dalı haline gelmiştir. Böylece karikatür, insan haklarının evrenselleşmesi ve özgürlüklerin kitlelerin güdümüne girmesine koşut bir gelişme göstermiştir.¹⁵ Karikatürün ne olduğu konusunda kimi ünlü mizahçılar ve hiciv ustaları şu yorumları yapmışlardır:

- *"Bugünkü durumuyla 'çizgiyle mizah' yapma sanattır."* (Turhan Selçuk)
- *"Karikatür, tılsımlı bir sanattır."* (Çetin Altan)
- *"Toplumsal yapıyla değişen ve işlevler yüklenen bir sanattır."* (Atilla Kanbir)
- *"Benim için karikatür her şeyden önce iyiyi, doğruyu, güzeli savunmada bir araçtır. Bir savaşım aracı..."* (Mustafa Doğruer)
- *"Karikatürün içtimai silah olarak yazıdan, şiirden ve resimden daha kuvvetli olduğu bir gerçektir. Büyük halk kitlelerine hitap etmek isteyenler için karikatürün en kısa yol olduğu bilinmektedir."* (Abidin Dino)¹⁶

Görüldüğü gibi yapılan tanımların büyük çoğunluğunda, karikatürün yalnızca bir güldürü aracı olmadığı, bunun yanında haksızlıklara karşı çıkmada kullanılan, büyük kitlelere iyiliği, doğruluğu, adaletli olmayı öğütleyen bir mücadele, bir 'savaşım' aracı olduğu vurgulanmaktadır.

¹³ Semih Balcıoğlu, *50 Yılın Türk Karikatürü*, İstanbul, 1973, s. 7.

¹⁴ Kar, s. 18; Orhan Koloğlu, *Türkiye Karikatür Tarihi*, İstanbul, 2005, s. 21.

¹⁵ Koloğlu, s. 21-22.

¹⁶ Kar, s. 19-22.

Karikatürün ülkemizdeki gelişim sürecine ve ifade özgürlüğü bağlamında siyasi iktidarla olan ilişkilerine geçmeden önce, bu büyümlü çizginin yukarıda bahsettiğimiz '*düşünceleri aktarma gücü*'nün nerden geldiğinin açıklanmasında fayda vardır. En basit ifadesiyle, insanlar her ne yaparlarsa en başta yaşamak, daha sonra da iyi bir şekilde yaşamak için yaparlar. Yaşamak denilen olgu, esasen dış dünyayı algılama ve anlamlandırma eylemine dayanmaktadır. Bu dış dünyayı algılama ve anlamlandırma sürecinin ise en belirgin unsurları '*bakmak*' ve '*görmek*'tir. Gerçekten de, onu çevreleyen bağlam ve içinde bulunulan şartlar dikkate alındığında bir görüntü, çoğu kez, bin kelimeye yetmektedir.¹⁷ Bununla birlikte kutsal metinlere, örneğin İncil'in başlangıç bölümlerine yahut İslami inanca göre dünyanın oluşum sürecine bakıldığında '*görme*' olgusunun ön plana çıktığı dikkat çekmektedir. Mimariye bakıldığında da durum pek farklı değildir. Devlet yapıları, siyasi otoritenin egemenliğinin sembolü olan binalar, heykeller her zaman büyük, görkemli, kimi zaman korkutucu yapılar olmaktadır. Bunların hepsi insanın algısına hükmetmek, bu yolla bilinçaltında ona saygı gösterilmesi, hatta ondan korkulması duygusunu yaratmak için kullanılan birer vasıta. Bu açılarından bakıldığında söylenebilir ki, toplumların yaşamında, özellikle dini dogmalar ve siyasi otoriteyle olan ilişkilerinde, görsel öğeler çok büyük önem taşımaktadır. Bu yolla kimi zaman bir dogmaya inanılması, kimi zamansa iktidara biat edilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle nasıl ki iktidar bu araçlarla siyasi gücünü ve nüfuzunu pekiştirmeye çalışmaktaysa, bu siyasi iktidara ve dogmalara karşı verilen mücadelede de toplumlar çoğu kez '*çizginin gücü*'nden yararlanmaktadırlar. İşte karikatür, bu mücadelenin en etkili silahlarından birisi olagelmıştır.

B. Mizahın ve Karikatürün Coğrafyamızdaki Gelişim Süreci

1. Anadolu'da Mizah

Anadolu'da mizah sözlü eserler ve anlatılarla ortaya çıkmıştır. Eski zamanlarda Nasreddin Hoca fıkraları, Keloğlan masalları, Ortaoyun geleneği ile ortaya çıkan Kavuklu ile Pişekar oyunları, Meddah, Karagöz gösterileri gibi etkinlikler, Anadolu mizahının yaratım sürecinde

¹⁷ John Berger, *Görme Biçimleri*, Çev. Yurdanur Salman, İstanbul, 1986, s. 10.

önemli bir yere sahiptir. Bu açıdan bakıldığında sözlü mizah Selçuklu ve Osmanlı dönemlerinin en belirgin özelliği olmuştur. Özellikle Osmanlı döneminde yapılan sözlü mizahın temelinde hiciv ve taşlama biçiminde beliren siyasi otoritenin halk üzerindeki baskısını eleştirme ve yoksul halkın sorunlarının mizahi bir dille anlatımı ön plana çıkmaktadır. Ancak Osmanlı'da, gerek padişah önderliğindeki siyasi iktidarın baskısı gerekse dini dogmalar nedeniyle mizah gelişmemiş, yasaklar ve sert yaptırımlarla karşılaşmıştır. Oysa bu yasak dönemlerinden önce, halk arasında yaygın olan gösterilerde siyasi hicvin yanı sıra müstehcenlik ve açık saçıklık da yer almaktadır. Örneğin, ürün bolluğu ve bereketi simgeleyen cinsel organ sembolleri ve abartılı kadın figürlerinin görsel gücüne dayanan toprak ana tasvirleri, dönem mizahının önemli unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸

2. Osmanlı Dönemi ile Birlikte Karikatürün Ortaya Çıkışı

a. Tanzimat Dönemi

Karikatür, mizahın en önemli türlerinden biri olarak, Tanzimat döneminde ortaya çıkmaya başlamıştır. Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile birlikte, İslamın kuralı olan diğer kitaplı dinleri dışlamamakla birlikte müslümanları üstün sayan anlayıştan büyük ölçüde vazgeçilmiş, cemaatlerin eşitliği kabul edilmiş, bir halk deyişiyle artık '*gavura gavur denmesi*' yasaklanmıştır.¹⁹ Bu dönemde karikatürün Babiali'nin ilgilenmediği ve hatta hoşlanmadığı bir alan olmasıyla da ilgili olarak, Osmanlı gayrimüslimleri, dini kısıtlamaların ortadan kalkmasının ve Avrupalılar ile doğrudan temasa geçebilmenin de avantajıyla, karikatürle ilgili ilk eserleri ortaya koymaya başlamışlardır. Bu alanda öncülüğü ise, 1820'lerden sonra gözden düşen Rumlar'ın yerine, hem devlet kademelerinde hem de kültür sahasında ön plana çıkan Osmanlı Ermenileri yapmıştır.²⁰ Söz konusu dönemde ilk Türk karikatürcü denebilecek isim, 1874 yılında yayına başlayan '*Letaif-i Asar*'ın künyesinde adı '*musavviri*' (ressamı) olarak geçmekte olan Ali Fuad Bey'dir.²¹

¹⁸ Oğuz Aral, Söyleşi, *Kitaplık Dergisi*, 2000, s. 42.

¹⁹ Koloğlu, s. 21.

²⁰ Koloğlu, s. 22; Turgut Çeviker, *Gelişim Sürecinde Türk Karikatürü*, İstanbul, 1988, s. 9.

²¹ Koloğlu, s. 39.

Teodor Kasap tarafından Kasım 1870'te çıkarılmaya başlanan 'Diyojen', Osmanlı'da bağımsız olarak yayınlanan ilk mizah gazetesidir. Diyojen'de çıkan karikatürlerin hemen hepsi imzasız olarak yayınlanmakta ise de bunların çoğunun Teodor Kasap tarafından çizildiği bilinmektedir. Osmanlı'daki ilk bağımsız mizah gazetesi olan Diyojen'in ilk sayısında, gazetenin çıkış amacı şöyle aktarılmaktadır: "Hükümetin ve halkın sorunlarına değinilecek, ülkemize yabancı olan şeylerle alay edilip, küçük görülecektir."²² Şunu söylemek gerekir ki, karikatürün Osmanlı'ya girdiği bu ilk yıllarda, Padişahın mutlak iradesine ancak karikatür yoluyla karşı çıkılabiliyordu. Osmanlı için mizah ve karikatür, hem halkın hem de muhalefetin sesiydi. Çünkü saraya ne halkı, ne de muhalefeti sokmak olanaklıydı ve bu yüzden karikatüre böylesine önemli bir görev yüklenmekteydi.²³

b. İstibdat Dönemi

Mizah dergileri ve karikatürler Osmanlı toplumunda büyük etki doğurduktan sonra, 13 Şubat 1878'de, tahta çıkan II. Abdülhamid tarafından meclis dağıtılmış ve Meşrutiyet dönemi sona ermiştir. Bundan sonra gelen Mutlakiyet, veya bir başka deyişle 'İstibdat Dönemi' karikatür için gerekli olan hoşgörü ortamını tamamıyla ortadan kaldırmıştır. Mutlakiyete geri dönüşün başlıca sonuçları, Mithat Paşa başta olmak üzere bütün Meşrutiyet yanlılarının her türlü yolla tasfiyesi, susturulması, başkentten uzaklaştırılması ya da satın alınması, kişi güvenliğinin ve özgürlüklerin yok edilmesi, hafiyelik ve jurnal ağıyla bir 'korku devleti'nin kurulması olmuştur.²⁴ Bu baskılar içerisinde, ülkenin düşünce, sanat, basın ve yayın hayatını hedef alanlar özel bir önem taşımaktadır. Öyle ki bu dönemde yürürlüğe konan Matbaalar Nizamnamesi (1888) basımevi açılmasını, kitap basımını, yabancı yayınların ülkeye sokulmasını özel bir izne bağlamış; 'muzır' ve edebe aykırı görülen eserleri taşımayı, satmayı, dağıtmayı ve bunları topluca üzerinde taşımayı da suça ortaklık saymıştır.²⁵

²² Bilal Arık, *Değişen Toplum Değişen Karikatür*, İstanbul, 1998, s. 12.

²³ Emre Kongar, *Kültür ve İletişim*, İstanbul, 1986, s. 66.

²⁴ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul, 1999, s. 161.

²⁵ Bkz. Cevdet Kudret, *Abdülhamit Devrinde Sansür*, İstanbul, 1977.

Bu yoğun baskı döneminden elbette mizah yayınları ve karikatür-cüler de paylarına düşeni almışlardır. Abdülhamit'in baskı yasalarıyla yasaklanan karikatürçüler, Jön Türkler'le birlikte Avrupa'da sürgün hayatı yaşamaya başlamışlardır. Jön Türkler yurt dışında Mutlakiyete karşı yoğun bir muhalefet yürütmekte, çıkardıkları yayınlarda akılçılık (rasyonalizm) övgüsünden laiklik (sosyal ahlak ve laik ahlak) ve kadın hakları savunusuna kadar pek çok çağdaş düşünceyi işlemekteydiler. Yasaklı mizahçıların beraber hareket ettikleri Jön Türkler basınının çok belirgin siyasi bir duruşu bulunmaktaydı: Mutlakiyet ve baskı rejimine karşı çıkmak, Kanuni Esasi'nin tekrar yürürlüğe konmasını ve İmparatorluğun bütün halkları için adalet istemek.²⁶

Yurtdışında sürgünde olan muhalif karikatürçüler, buralarda örgütlenen İttihat ve Terakki'nin politikalarına da destek vermişler ve Abdülhamid aleyhine çıkan onlarca gazete ve dergide aktif olarak görev almışlardır. Bu yayınların en önemlileri *Dolap* (Falkestone, 1900), *Hayal* (Londra, 1895), *Beberuhi* (Cenevre, 1898), *Pinti* (Kahire, 1889) ve *Tokmak* (Cenevre, 1901) dergileridir. Bu dönemde karikatürün mesaj niteliği iyice belirginleşmiştir. Örneğin, Jön Türk mizahının özü, Tokmak Dergisi'nin çıkış yazısında şöyle dile getirilmektedir: "*Tokmak'tan bir alay dili, bir mizah dili beklemek boş bir bekleyiştir. Onun dilini saygıdeğer bir edebiyatçının 'hüngür hüngür gülmek' deyimini pek açık bir biçimde açıklar.*"²⁷

c. II. Meşrutiyet Dönemi

23 Temmuz 1908'de İstibdat Dönemi'nin sona ermesiyle ve 1876 Kanuni Esasi'sinin yeniden yürürlüğe girmesiyle birlikte, Osmanlı'da karikatür de en büyük atılımını yapmıştır. Bu dönemde sansür kaldırılıp, basın özgürlüğü ilan edilmiştir. Böylece yüzlerce dergi ve gazetenin yayın hakkı bir gün içinde alınmıştır. Bunların içerisinde tam 92 tane mizah ve karikatür yayını da vardır.²⁸ Öyle ki, otuz yıl süren mizah yasağının kalkmasıyla birlikte basında tam bir kaos yaşanmıştır. Anlatılara göre, bu dönemde gazete ve dergi basımı o denli artmıştır

²⁶ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 168-169.

²⁷ Arık, s. 14-15.

²⁸ Arık, s. 15.

ki, mevcut matbaalar bunları basmaya yetmemekte, gümrükler sürekli olarak yeni ısmarlanan makinalarla dolup taşmaktadır. Gazete sahipleri normal beyaz kağıt bulamayınca ambalajcılara koşmakta, ellerine ne geçirirlerse ona, ambalaj kağıtlarına, el ilanlarına veya uçurtma yapmaya yarayan sarılı yeşilli, allı morlu kağıtlara baskı yapmaktadırlar.²⁹ Abdülhamid'in kesin bir biçimde tahttan indirildiği 31 Mart 1909'a kadar süren bu kaos, mizah yayıncılığı ve karikatür ile basın ve ifade özgürlüğü arasındaki yakın ilişkiyi belirgin bir biçimde ortaya koymaktadır.

3. Cumhuriyet Dönemi Türk Karikatürü ve İfade Özgürlüğü

a. İlk dönem 'Durgunluk Dönemi'

Cumhuriyetin ilanı ile birlikte başlayan yeni dönemde, özellikle 1928'de Latin alfabesinin kabulüyle basının canlılık kazanması mizahı ve karikatürü de etkilemiştir. Karikatürün gazetelere yerleşmesi, ilk çizgi romanın yapılması, karikatür albümlerinin basılması, karikatür sergilerinin açılması, ilk çizgi film denemeleri, İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar süren bu dönemde gerçekleşmiştir. Bu dönemin en önemli ve en özgün karakteri ise hiç şüphesiz Cemal Nadir'dir. Çıkarıldığı 'Amcabey' Dergisi ve yarattığı Dalkavuk, Ak ile Kara, Salomon gibi tiplerle, özellikle yazılı karikatürün öncüsü olmuş, karikatürde '50 Kuşağı' diye adlandırılan kuşağın ustalığını yapmıştır.³⁰ Ancak genel olarak bakıldığında Cumhuriyet dönemi mizahı, Marko Paşa olayına kadar, uzun süren bir durgunluk dönemine tekabül etmektedir.

b. İlk Muhalif Hareket: Marko Paşa

Marko Paşa Dergisi, karikatür tarihimizde en özel yere sahip yayınlardan birisidir. Bir deyişle, yıllardır mizahın keskin tarafını adeta kış uykusuna yatıran, yeni kurulan rejimin bekası için eleştirilerini dile getirmeyen veya getiremeyen mizahçıların bir anlamda patlamasıdır.³¹ Aziz Nesin, Mim Uykusuz, Rıfat Ilgaz ve Sabahattin Ali'nin kurduğu

²⁹ Turgut Çeviker, *Karikatür Üzerine Yazılar*, İstanbul, 1997, s. 31.

³⁰ Ferit Öngören, "Türk Mizahı ve Karikatürü", *Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi*, c. 5, İstanbul, 1983, s. 1435.

³¹ Arık, s. 19.

ve 1945-1950 yılları arasında çıkan Marko Paşa, sosyalist bir kimliğe sahiptir. Gazete, dönemin CHP'li politikacılarını yolsuzluk yaptıkları ve safahat içinde yüzerek halkı yoksul bıraktıkları için, bürokrasiyi de çok hantal olduğu ve halkın acil ve önemli ihtiyaçlarını görmezden geldiği için çok ağır bir dille eleştirmektedir. Yine bu dönemde Türkiye'ye yavaş yavaş hakim olmaya başlayan Amerikanlaşma eğilimi, karaborsacılar ve savaş zenginleri de Marko Paşa'nın gözünden kaçmamaktadır.³²

Dergi mizahın ve karikatürün, ifade özgürlüğünün bir aracı olarak siyasi iktidara karşı toplumun verdiği mücadelede önemli bir mevzi olmasının, Türkiye tarihindeki belki de en önemli örneğidir. Sık sık kapatılan ve baskılar nedeniyle durmaksızın isim değiştiren (çeşitli tarihlerde; Malum Paşa, Bizim Marko Paşa vb.) bu önemli mizah hareketi, Türkiye'de siyasi iktidara karşı ilk gerçek muhalefeti temsil eder. Dolayısıyla mizahın toplumsal değişimle ve otoriteye karşı ifade özgürlüğünün vasıtası olmasıyla ne kadar yakından ilişkili olduğunu göstermesi bakımından Marko Paşa'nın karikatür tarihimizde çok özel bir yeri vardır. Gazetenin baş karikatürcüsü Mim Uykusuz, yaptıkları işin mahiyetini daha sonradan şu şekilde anlatmakta, halkın sorunlarıyla alakadar olmayan karikatürcülerden adeta hesap sormaktadır: *"Karikatürün yalnız güldürme, sırtıma sanatı olduğunu iddia eden üstadlarımız var. Halkla olan bağlarını koparıp işi tıklarında gidenlerin emrine girmiş olandan başka ne beklenir? İleride memleketimizdeki karikatür sanatı hakkında araştırma yapacak olanlar, karikatür diye birkaç kadın bacağı ve hemen şöylece örtülüvermiş bir çift kadın memesinden başka bir şey bulamayacaklar. Sözümüz şu ki, sanat shevi hislerin tahrikçisi olmamalı, halka hitap etmeli, onun emrine girmelidir."*³³

Ancak Cumhuriyet döneminde baskılarla karşılaşan ve ifade özgürlüğü kısıtlanan tek mizah dergisi Marko Paşa olmamıştır. Örneğin, henüz Cumhuriyetin ilk yıllarında, 1927'de dönemin en önemli karikatürcülerinden Cemil Cem, 'Cem' Dergisi'nde yayımladığı bir karikatürü sebebiyle yargılanmıştır. Yine aynı dönemlerde Ramiz Gökçe hakkında, çizdiği bir karikatürün 'müstehcen' bulunması se-

³² Arık, s. 20-21.

³³ Tan Oral, "Türk Karikatürünün Yüz Yıllık Tarihine Kısa Bir Bakış", *Yansıma Dergisi*, Sayı: 33, 1974.

bebiyle dava açılmıştır.³⁴ Bu baskılar özellikle Demokrat Parti'nin iktidara geldiği 1950 yılından sonra daha da artmıştır. 1955 yılında Halim Büyükbulut'a da, CHP'nin yayın organı olan 'Ulus' gazetesinde çizdiği bir karikatür nedeniyle ondört ay hapis cezası verilmiştir. Ferruh Doğan'ın 'Asrileşen Köy' adlı karikatür albümü 1956 yılında toplatılmıştır. Doğan'ın daha sonra çizdiği 'Açık Rejim' adlı bir başka karikatürüne açılan davada "memleketin meri Anayasa ile müesses insan hak ve hürriyetlerine dayanan çok partili demokratik nizamı karikatürle zedelemeye matuf, kötileyici hüviyette olduğu..." savına dayanılmış, aynı dava için Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda da karikatürde suç unsuru görülmüş, karikatürde bulunduğu varsayılan çukurların her birinin birer demokratik kurumu simgelediği, sanatçının da bunları pislikle dolu olarak göstererek bu yolla demokratik düzeni eleştirdiği ileri sürülmüştür.³⁵ Bir başka olayda da, Rusya'yı hicveden bir karikatüründe, söz konusu ülkeyi simgeleyen 'orak-çekiç'in çizilmesinin "komünizm propagandası yapmak" nedeniyle soruşturma sebebi yapıldığını gören Turhan Selçuk, savcılıktaki ifadesinde "Rusya'nın üzerine orak-çekiç sembolü yerine ay yıldız mı çizmeliydim?" yanıtını vermektedir.³⁶ Turhan Selçuk ve İlhan Selçuk'un beraber çıkardıkları 'Dolmuş' Dergisi, Demokrat Parti iktidarıyla giriştiği mücadele sebebiyle onlarca davada sanık sıfatıyla yargılanmış ve dergileri yayınlanmadan toplatılmıştır. Karikatürücü Ali Ulvi Ersoy'un da, Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan ve Adnan Menderes'i eleştiren bir karikatürü nedeniyle gazete kapatılmış, çizeri yargılanmıştır.³⁷ Görüldüğü gibi, özellikle tek parti iktidarlarının 'parti diktası'na dönüştüğü dönemlerde, Türkiye'de mizahın ve karikatürün tarihi, baskının ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasının tarihi haline dönüşmektedir. Özellikle muhalif karikatürçüler, çizdikleri süreler boyunca gerek siyasi iktidarlar, gerekse basının içindeki 'yandaş' kuruluşlar tarafından hep baskı altında tutulmuşlardır. Bu durumu Balcıoğlu'nun şu sözleri çok güzel açıklamaktadır: "Nasıl ki Cemil Cem için Osmanlı döneminde Abdülhamid'e karşı çizdiği karikatürler

³⁴ Koloğlu, s. 326.

³⁵ Çetin Yetkin, *Siyasal İktidar Sanata Karşı*, Ankara, 1970, s. 275-276.

³⁶ Yetkin, s. 267.

³⁷ Yetkin, s. 282.

*unutulmazsa, Mim Uykusuz'un da Marko Paşa'da çizdikleri hiçbir zaman unutulmaz. Türk basını ikisine de nedense (!) karikatür çizdirmemek için direndi durdu. Biri Cumhuriyet döneminde çizemedi, öbürü de Demokrasi (!) döneminde... Markopaşa Dergisi'nde o alışılmışın dışındaki karikatürleri çizen delikanlıya 'komünist' damgası vurulmuş, ne olup bittiğini anlamadan kendini cezaevinde bulmuştu."*³⁸

c. Halka İnen Karikatür: Gırgır Dergisi Olayı

Karikatür tarihimizin bir diğer köşe taşı olan Gırgır Dergisi, 26 Ağustos 1972'de yayın hayatına başlamıştır. Bu tarihten sonra, gerek çizgiye getirdiği yenilikler gerekse dönemin iktidarlarına karşı bitmek tükenmek bilmeyen bir enerjiyle verdikleri mücadele ve kararlı, muhalif duruşları ile 'Gırgır Ekolü' karikatür tarihimize damgasını vurmuştur.³⁹

Oğuz Aral önderliğinde, Tekin Aral, Mim Uykusuz, Ferit Öngören gibi muhalif çizerlerle yola çıkan Gırgır Dergisi, çok özel ve uygun bir ortamda kendisine sağlam bir temel bulmuş ve özellikle muhalif, genç kuşaklar tarafından ciddi bir biçimde sahiplenilmiştir. Bu 'özel' dönemin özellikleri şunlardır: İlk olarak dergi, dönemin en önemli iki siyasi aktörü olan CHP ve AP'den herhangi birini tutmadan, görece tarafsız bir duruş içerisinde yeşerme olanağı bulmuştur. İkinci olarak, herkes muhtıra ve askeri müdahale dönemlerinde iktidarlar eleştirilemez sanmaktayken, Gırgır politik konuları biraz daha geri plana atarak, halkın yoksulluğu, hayat pahalılığı gibi sosyal ve ekonomik konulara ağırlık vererek geniş bir kitleye seslenme olanağı bulmuştur. Bu dönemde Gırgır'ın düşünceleri aktarma yolu olarak karikatür dünyasına getirdiği yeniliklerden birisi de öykülerdir. Dergi kimi zaman yazı ağırlıklı çıkmakta, yazılarda kafiyeli konuşmalar, komik isimler (Rukiye Tencere, Nermin Türkçesigüzel vb.) ve erotizm kullanılmaktadır. Bu öyküler çoğunlukla sınıfsal çelişkiler üzerine kuruludur. İşadamları ve esnaf birer soyguncu olarak tasvir edilmekte, halkın sorunları ve bu sorunların temel kökeninin diğer sınıfların zenginleşmesinde aranması gerektiği vurgusu, absürd bir yazın içinde varolmaktadır.⁴⁰

³⁸ Semih Balcıoğlu, *Memleketimden Karikatürcü Manzaraları*, İstanbul, 2003, s. 295-296.

³⁹ Arık, s. 28.

⁴⁰ Öngören, s. 1455.

Gırgır Dergisi olayı, karikatürün ifade özgürlüğü ile ilişkisi konusunda ayrıca incelenmesi gereken bir toplumsal olgudur. Halkın sorunlarını, siyasi iktidarların bu sorunlardan kopuk olduğu eleştirisini, sınıflararası eşitsizliği işleyen ve bunu halkın seveceği, kendine yakın bulacağı bir dille yapması Gırgır'a daha önce eşi benzeri görülmemiş bir popülerite sağlamıştır. Daha önceki yıllarda en fazla Marko Paşa'yla 60.000 satışı ulaşan karikatür yayıncılığı, Gırgır ile 500.000'e ulaşan bir tiraja kavuşmuştur. Yeni dönemle birlikte artık halkın dertlerinin ve siyasi otoriteyle olan çekişmesinin ortaya konmasının, düşünceleri aktarmanın aracı olarak karikatür, daha önce hiç sahip olmadığı bir önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, Gırgır'ın temsil ettiği kültüre kısaca '*halk kültürü*' diyebiliriz. Ancak kimi eleştirilere göre bu kültür, geleneğinden beslenen ve tertemiz kalmış, yıllara direnmiş bir kültürden çok, halkın beğenisini istismar eden bir kültür olarak ortaya çıkmaktadır.⁴¹ Her ne olursa olsun şunu söylemek mümkün ki, Gırgır Dergisi, Marko Paşa ile beraber ve şüphesiz ondan çok daha etkili olarak, Türk karikatüründe çizginin, ifade özgürlüğünün en önemli vasıtalarından biri olarak, siyasi iktidara yönelik eleştirilerde kullanılan birincil silah haline gelmesinin en belirgin göstergelerinden birisidir.⁴² 1970'li yılların ikinci yarısında çok defa Gırgır Dergisi ile davalık olan dönemin başbakanlarından Süleyman Demirel'in, söz konusu dönemde dergiye açtığı davalardan birisini kazanmasının akabinde söylediği söylediği şu sözler, sözünü ettiğimiz durumu çok net bir biçimde açıklamaktadır: "*Mizah bir yumruktur, kime ineceği belli olmaz.*"

III. KARİKATÜR İLE SİYASİ İKTİDAR İLİŞKİSİ

A. Karikatürün Siyasi İktidarla Çatışması

Türkiye gibi liberal demokrasilerde, siyasi otorite karşısında toplumdaki kimi (özellikle muhalif) grupların korunması büyük önem arz etmektedir. Bir yanda Devlet örgütü içinde kristalize olmuş iktidar, öte yanda '*sosyal grup*' olarak da adlandırılabilir toplum içerisindeki bireylerin, bu iktidarın toplulukta geçerli hukuk düşüncesine aykırı düş-

⁴¹ Arık, s. 37.

⁴² 12 Eylül sonrası dönemi, özellikle 1990'lar ve Leman Dergisi Olayını bir sonraki başlıkta inceleyeceğiz.

mesi halinde güvencesini oluşturan hak ve özgürlükler bulunmaktadır. İşte siyasi iktidar ve toplum diye tasnif edebileceğimiz bu iki gücün diyalog içinde buldukları yönetim biçimine demokrasi denmektedir.⁴³ Böyle bir ortamda, otorite karşısında, bireylerin veya sosyal grupların en korunması haklarının başında da ifade özgürlüğü gelmektedir.

Önceki bölümlerde açıkladığımız gibi, ifade özgürlüğü düşünce özgürlüğünün olmazsa olmazıdır. İfade özgürlüğünün tanınmadığı bir yasal düzende, düşünce özgürlüğü hiçbir anlam ifade etmez. İfade özgürlüğü de insanın özgürce düşünerek ulaştığı sonuçları, yine özgürce aktarma ve yayma özgürlüğüdür. Bu '*yayma*' faaliyetinin, özellikle de toplumun ve bireylerin siyasi iktidarla olan çatışmalarında en önemli araçlarından birisi çizgi, yani karikatürdür.

Osmanlı dönemiyle birlikte karikatürün toplumumuzda bir sanat dalı ve kitlelere ulaşmanın bir vasıtası olarak ortaya çıktığından beri, karikatürcüler üzerindeki siyasal baskı da yoğunlaşmıştır. Yukarıda örneklerini verdiğimiz üzere, Cumhuriyetin ilk yıllarındaki tek parti iktidarında da, çok partili rejime geçişle iktidara gelen ancak despotik bir yöntem belirleyerek ülkeyi adeta '*tek parti diktası*' ile yöneten DP döneminde de, 27 Mayıs ve 12 Mart sonrası dönemlerde de karikatürcüler ve mizah dergileri üzerindeki baskı hep sürmüştür.⁴⁴

B. 12 Eylül Sonrası ve 1990'lı yıllar:

Dönüşen Türkiye'de Dönüşen Karikatür

1. 12 Eylül Sonrasının Depolitizasyon Ortamında Karikatür

12 Eylül'e giden dönemde, karikatür ve mizah yayıncılığı sürekli olarak baskılar ve davalarla karşı karşıya gelmiştir: 12 Mart 1971 muhtırası sonrasında gözaltına alınan Turhan Selçuk'a, çizdikleri nedeniyle polis müdürlüğünde işkence yapılmış, yapılan işkence sonrası karikatürcünün kaburga kemikleri kırılmıştır. 1970'li yıllar boyunca sürekli davalarla boğuşan, ancak 1961 Anayasası'nın görece özgürlükçü yapısı nedeniyle, bunların bir kısmından yara almaksızın kurtulan, dönemin kitleler nezdinde en fazla karşılık bulan karikatür

⁴³ Mehmet Akad, *Baskı Gruplarının Siyasal İktidarla İlişkileri*, İstanbul, 1976, s. 24.

⁴⁴ Çeviker, *Karikatür Üzerine Yazılar*, s. 377.

dergisi Gırgır, 12 Eylül 1980 darbesi sonrasında birçok kez kapatma cezası almıştır. Bunlardan en uzun süreni, 1982 yılında, dergide çizilen bir karikatür sebebiyle verilen bir aylık kapatma cezasıdır. Gırgır Dergisi çizerlerine de defalarca para ve hapis cezası verilmiştir. Örneğin; çizdikleri karikatürler nedeniyle Ertan Aydın'a 1996'da on ay, 1997'de on bir ay, Doğan Güzel'e 1998'de kırk ay, Ahmet Erkanlı'ya on bir ay hapis cezası verilmiştir. Yine 1997 yılında, Lemana Dergisi'nde Susurluk Kazası ile ilgili yayımlanan bir karikatür sebebiyle, derginin yazı işleri müdürüne üç buçuk ay hapis cezası verilmiştir. Lemana Dergisi çizerlerinden Feyhan Güler'in 2001 yılında yayınlanan 'Bayır Güllü', Metin Üstündağ'ın ise 2002 yılında yayınlanan 'Pazar Sevişgenleri' adlı karikatür albümleri 'müstehcenlik' gerekçesiyle toplatılmıştır.⁴⁵ Bu örneklerden de görülebileceği üzere, 12 Eylül öncesinde baskılarla sindirilmeye çalışılan çizgi, 12 Eylül'den 90'lı yıllara uzanan dönemde de bu dayatmalardan nasibini almıştır. 2000'li yıllarda da, önceki yılların aksine değişen pek bir şey olmamış, birçok çizer ve mizah dergisi, yayınladıkları karikatürler yüzünden davalar ve cezalarla karşı karşıya gelmiştir. Bunlara ilerleyen kısımlarda daha detaylı bir biçimde değineceğiz.

Türkiye'de karikatürün siyasi iktidarla ilişkisine baktığımızda gerçekten de karikatür tarihinin baskılar ve ifade özgürlüğünün birçok kez keyfi, gerçek dışı gerekçelerle kısıtlanması ve hatta ortadan kaldırılması ile koşut hale geldiğini görmekteyiz. Açılan davalara bakıldığında, uygulayıcıların, yasaların kendilerini sanatsal eserleri cezalandırmaya zorladığını ileri sürdüklerini görmekteyiz. Ancak bu uygulamalar ve kararlar dikkatle incelendiğinde, yargı makamlarının ifade özgürlüğünü sınırlandırmada çok geniş yorumlar yapma yoluna gittiğini ve verilen kararların, ileride açıklayacağımız gerekçelerle, insan hakkı ihlallerine kadar vardığına şahit olmaktayız. Bir dönem gündemden düşmeyen ve toplumda 'komünizm propagandası yapmak' kavramıyla özdeşleşen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesi, bu durumun en belirgin göstergesidir.⁴⁶ Bir çok karikatürcü, çizdiği

⁴⁵ Atila Özer, *Karikatür ve Karikatürcü Hakları: Karikatür-Sosyoloji ve İnsan Hakları*, Ankara, 2003, s. 78.

⁴⁶ Bkz. Bülent Tanör, TCK 142. Madde, *Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, İstanbul, 1979, Forum.

eserler nedeniyle bu suçtan dolayı yargılanmış ve mahkum edilmiştir. Ancak kimi durumlarda 142. madde karikatürçünün cezalandırılmasını sağlamamakta, böyle durumlarda devreye tamamlayıcı bir cezalandırma silahı olarak, ucu son derece açık olan 'müstehcenlik' girmektedir. Açılan davalara ve zorlama yorumlara bakıldığında, gerçekten de görülecektir ki, sanat yapıtlarını enine boyuna inceleyip, didikleyip, 'bunda suç var mı' diye araştıran bir zihniyetin; mısraları, romanları, renkleri, çizgileri, bir türlü mısra, roman, renk, çizgi olarak göremediği ortadadır.⁴⁷

12 Eylül öncesindeki mevcut baskılar, 12 Eylül sonrasında daha da artmış, bu baskılar sonucunda darbenin ideolojik girdileri ve depolitizasyon politikası nedeniyle, karikatür dünyası başka mecralara yönelmiştir. Zira 12 Eylül'ün yarattığı politik suskunluk sonucu, aydın çevresi bir dolaylı politik tartışma yolu olarak, koşullar ve darbenin yarattığı siyasi hava elverdiğince, gündelik yaşam kültürü üzerine yoğunlaşmışlardır. Dahası, 12 Eylül öncesi her şeye ideolojik baktıklarını, bunu yaparken günlük yaşamı ve bazı toplumsal değerleri es geçtiklerini düşünmeye başlamışlardır.⁴⁸ Oysa bu özeleştirilerin altında yatan gerçek neden, 12 Eylül sonrası Türkiye'nin darbe ideolojisi altına girmesi ve bu nedenle insanların 12 Eylül öncesi politik alışkanlıklarından vazgeçmelerine yönelik yapılan psikolojik ve politik baskı ve depolitizasyon uygulamasıdır. 12 Eylül'ün bu açıdan başarılı olduğunu da söyleyebiliriz. Ancak 12 Eylül'den sonra bir süre suskun kalan mizah dergileri, Özal dönemiyle birlikte tekrar gün yüzüne çıkmışlar, özellikle 1980 öncesinde olduğu gibi yine Gırgır Dergisi ve onunla beraber 1980 sonrası yayın hayatına başlayan Limon, Fırt gibi dergiler, Başbakan Özal'a yönelik sert eleştirilerde bulunmaya başlamıştır.⁴⁹ Ancak toplumsal yapı 12 Eylül'ün en önemli ideolojik mücadele aracı olan 'depolitizasyon' ile değişmiştir. 1980'lerin ortasından itibaren yeniden programlanan Türkiye'de, sosyal hayat medya tarafından şekillendirilmekte, giderek içi boşaltılan gazeteler, dergiler ve ülkenin hayatına tepeden giren televizyon, sıradan insanların gündemini belirlemede neredeyse tek etken haline gelmektedir. Kısacası, travma dönemini ya-

⁴⁷ Yetkin, s. 291.

⁴⁸ Can Kozanoğlu, *Cıvalı İmaj Devri*, İstanbul, 1991, s. 42.

⁴⁹ Arık, s. 82-83.

vaş yavaş atlatmakta olan Türkiye, medyanın toplum hayatının derinine nüfuz eden etkisiyle hızla dönüşmektedir.

2. 1990'lı yıllarla beraber yükselen 'anti-medyacılık' ve Lemana Dergisi Olayı

1990'lı yıllarla beraber ülkenin bir 'medya çağı'na girmesiyle birlikte, özelleştirmelerin artması, kuzeyde Sovyetler Birliği'nin çöküşüyle dünyanın tek kutuplu hale gelmesi, bununla beraber dünyada bir savaşlar döneminin başlaması, Türkiye'de gün geçtikçe kendini daha fazla hissettiren hayat pahalılığı, genç kuşakların giyim kuşamlarından dinledikleri müziklere kadar yaşadığı dönüşüm ve kültürel hayattaki yozlaşma, mizah dünyasına da yansımış ve karikatür dergiciliğinde bir devrin kapanarak bir başka devrin açılmasını sağlamıştır. Artık Gırgır, Limon, Fırt gibi dergiler önceki yıllarda sahip oldukları popülariteyi kaybetme yoluna girmiş, karikatür okuyucusu genç kuşaklar farklı arayışlar içerisine girmeye başlamıştır. Bu arayışların sonucu olarak 1991'de Limon'dan ayrılan bir grup çizerin kurduğu Lemana Dergisi ve ondan hemen sonra kurulan HBR Maymun, karikatür dünyasında yeni bir dönemin başlangıcını simgelemektedir.⁵⁰

Özellikle 90'lı yılların ortasında Lemana Dergisi, diğer mizah dergilerinin çok önüne geçmiştir. 1990'lı yılların başından itibaren, dönüşen Türkiye ile birlikte mizahın ve karikatürün rotası da değişmekte, 'anti-medyacılık' medyanın tahakkümünden etkilenmeyenlerin ortak paydası haline gelmektedir. Böyle bir ortamda Lemana da, süreç içerisinde çıkarttığı Öküz, Git ve L-Manyak gibi farklı alanlara seslenen ve farklı hedef kitleleri olan yayımlarla, mizah yayıncılığındaki tekelsizliğini iyice pekiştirmektedir. Derginin içeriğine bakıldığında, Lemana'da öncelik işleve verilmekte, çizgi ikinci plana atılmaktadır. Gırgır Dergisi'nden farklı olarak, Lemana çizerleri bir yandan toplumun tabularını ve kalıplarını zorlarken, bir yandan da toplumsal bilinç düzeyinin yükselmesine hizmet etmeye çalışmaktadırlar. Örneğin derginin kurucu çizerlerinden Tuncay Akgün Lemana'nın ifade hürriyeti dünyasında yarattığı havayı şu sözlerle anlatmaktadır:

⁵⁰ Arık, s. 108.

"Toplumsal bir değişimin yaşandığı, bir ayrışım, bir kaynaşım olduğu bir dönem olan 90'larda *Leman Dergisi* doğdu. Bu yıllarda yeni sağın ideolojisi tam olarak oturdu. Eskiden resmi ideolojinin baskısı vardı,.. bu defa yeni sağ ve onun ideologluğunu yapan medya kurumları, genel yayın yönetmenleri ve yazarları şahsında yeni bir medya doğdu. Bu ortamda *Leman* moral ve nefes alma olarak ortaya çıktı. Bu ülkede yeni sağın ideolojisine göre 'vasıfsızlar' diye adlandırılan, tamamen gözden çıkartılmış, sosyal demokratların bile terkettiği insan haklarını savunmak son derece demode bir kavram olarak algılandı. 12 Eylül ideolojisinin tamamen oturmamasıyla, inançları savunmak *Leman Dergisi*'ne kaldı. Çok politik ve radikal bir duruşu olmasına rağmen, sağ-sol ayrışmasının dışında vicdani bir etikle, duruşla bu değişime karşı durdu ve kendine bir yer edindi... Çünkü medyada gerçek bir düşünce yok, gerçek üretim yok. Söyledikleri bir söz yok. Söz burada, onun için radikal olduğu halde, buraya çok yoğun bir ilgi var."⁵¹ İşte 1990'ların dönüştürücü ve yozlaşan Türkiye'sinde, medya aracılığıyla oluşturulan yeni kültürle ve yeni siyasal iktidarın kuşatmalarına karşı mizahın ve karikatürün kültürel hayattaki yozlaşmadan insan hakları ihlallerine karşı birçok başlıkta verdiği mücadele ve bu mücadelenin toplumda bulduğu karşılık, bir başka deyişle 1990'lı yılların '*Leman Gerçeği*' böyle tasvir ediliyordu bu gerçeğin başat aktörleri tarafından.

Leman Dergisi böyle bir ortamda yeşermiş ve özellikle bahsettiğimiz tahakküme teslim olmak istemeyen genç kuşaklar tarafından sahiplenilmiş, bir nevi siyasal bir adres gibi görülmüştü. Öyle ki, o dönem birçoklarınınca '*Leman Solu*' diye bir şey dahi dillendirilmeye başlanmıştı.⁵² Dergi daha sonraki yıllarda birçok toplumsal olayın baş kahramanlarından olacak, örneğin Susurluk Kazası sonrası ortaya çıkan devlet-polis-mafya ilişkileri nedeniyle başlatılan '*Sürekli Aydınlik İçin Bir Dakika Karanlık*' adlı sivil itaatsizlik eylemi, *Leman Dergisi* öncülüğünde başlayacak ve ilk ışık kapatma eylemi de İstanbul Beyoğlu'nda bulunan *Leman Kültür* binasında, o dönem *Leman*'ın çıkardığı *Öküz Dergisi*'nin başyazarlığını yapan ünlü şair Can Yücel tarafından gerçekleştirilecektir.⁵³ Ancak 2000'li yıllara gelindiğinde *Leman* da yavaş

⁵¹ Tuncay Akgün ile Şubat 1997'de yapılan bir görüşmeden aktaran Arık, s. 110-111.

⁵² Ayrıntılı Bilgi için Bkz. Ali Mert, "*Leman Solu*", *Omurgayı Çakmak: Türkiye Aydınlarının 'Omurga Sorunu' üzerine 30 Deneme*, İstanbul, 2002.

⁵³ http://tr.wikipedia.org/wiki/S%C3%BCrekli_Ayd%C4%B1n%C4%B1k_%C4%B0%C3%A7in_Bir_Dakika_Karanl%C4%B1k_Eylemi; <http://www.dusle.com/icerik/index.php?p=73&kt=4&es=47>.

yavaş etkisini kaybedecek ve bu derginin yerini, yine bu dergi bünyesinden çıkan karikatürcü ve mizahçılar tarafından kurulan Penguen, Uykusuz gibi dergiler alacaktır.

C. Siyasi İktidarın Mizahla Savaşında Kullanılan Araç: Hukuk

Mizah ve karikatür, Osmanlı döneminden başlayarak, ama özellikle Marko Paşa deneyiminden itibaren ifade özgürlüğünün en önemli sahalarından birisi olagelmıştır. Otoritenin toplumla olan çekişmesinde, toplumun dertlerini aktaran, bunlara çözüm arayan, çoğu kez bunlar için iktidara hesap soran mizah ile siyasi iktidarların savaşında en önemli araç ise hukuk olmuş, Türkiye'nin mizah tarihi boyunca mizah dergileri, mizahçılar, karikatürcüler sayısız dava, idari yaptırım, para ve hapis cezalarıyla karşı karşıya kalmıştır.

Açılan davalara bakıldığında, önceki dönemlerde ceza yaptırımlarının ön plana çıktığı, karikatürcülerin siyasi iktidarı eleştiren karikatürleri nedeniyle ağır para cezaları ve aylarca süren hapis cezaları aldığı görülmektedir. Bu davaların yasal dayanakları olarak ise, *"kişilik haklarına basın yoluyla hakaret; devletin askeri şahsiyetlerini, emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek; milli hissiyatı rencide edecek ve milli menfaatlere zarar verecek şekilde kötü niyetle maksadı mahsusa niyetle yayın yapmak; halkın ar ve haya duygularını incitmek; bölücü örgüt veya komünizm propagandası yapmak; devletin iç ve dış güvenliğini tehdit etmek; özel aile hayatına tecavüz etmek"* gibi gerekçeler kullanılmıştır.⁵⁴

Ancak son yıllarda cezai takip ve ceza yaptırımı yöntemlerine başvurma yoğunluğunun azaldığı dikkat çekmektedir. Bu dönemde daha çok özel hukuk, ekseriyetle de manevi tazminat yaptırımlarına gidilmektedir. Özellikle siyasi iktidara ve siyasetçilere yönelik eleştirilerde, kendilerine hakaret edildiği iddiasıyla özel hukuka özgü dava yolu ve bu bağlamda manevi tazminat talepleri sıkça başvurulmuş ve çoğu kez de uygulanan yöntemler olmuştur. Ancak hukuk davalarında gözlenen bu artış, içinde yaşadığımız dönemde ceza davalarının artık uygulanmadığı sonucuna varmamıza yol açmamaktadır. Zira bu dönemde de başta 'hakaret' olmak üzere çeşitli gerekçelerle ceza davası açma yo-

⁵⁴ Özer, s. 79.

luna gidilebilmektedir. Özellikle yeni TCK döneminde Kanunun *‘Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu’* başlıklı meşhur 301. maddesi nedeniyle bir çok yazar ve mizahçı hakkında ceza soruşturması yapılabilmektedir.⁵⁵

IV. BİR İFADE ARACI OLARAK BASIN, BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE KARİKATÜR

A. Basın ve Karikatür

Basın, düşüncelerin basılı eserler aracılığıyla kamuya aktarıldığı bir kitle yayım aracıdır. Basılı bir eserden söz edebilmek için, bir düşüncenin yazı, resim gibi araçlar kullanılarak basma ve çoğaltma biçiminde yayımlanması gerekmektedir. Süreli ve süresiz olarak ikiye ayrılabilen basın, belirli dönemlerde veya periyodik olarak yayımlanmaları nedeniyle süreli olduğunda daha geniş kitlelere ulaşabilmekte ve bu nedenle düşüncelerin kesintisiz ve daha sağlıklı bir biçimde aktarılmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan karikatürün ve karikatür vasıtasıyla aktarılmak istenen düşünce ve mesajların en güçlü iletilme aracı da basındır. Bu yönüyle karikatürü ve içerdiği toplumsal mesajı en hızlı ve yaygın bir biçimde alıcıya ulaştıran basın, karikatür ve toplum arasındaki bağlantıyı kurduğu gibi, karikatür de basın ve toplum arasındaki bağlantının daha da güçlenmesini sağlayarak karşılıklı katkıyı oluşturlar.⁵⁶

Siyasal hayata katılma hakkını da içine alacak bir genişliğe sahip olan basının *‘eleştiri ve yorum hakkı’* basının haber vermesi, incelemesi ve yorum yapmasına da imkan tanıyarak, kimi zaman topluma mal olmuş siyasi kişilerin şeref ve haysiyetlerini zedeleyebilecek nitelikte açıklamalar taşıyabilmektedir. Ancak siyasi faaliyetler yönünden kamuya açıklık ve şeffaflık, davranış ve faaliyetlerin eleştirisinin bir hak olarak tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu itibarla, özel hayat ve başkalarının hak ve özgürlükleriyle ilgili sınırlamalar, çok geniş bir biçimde yorumlandığında mutlaklığını yitirmektedir. Bunun için gerekli olan, verilen haberlerde ve yapılan eleştirilerde *‘toplumsal yarar ve ilgi’*,

⁵⁵ Sancar, s. 212.

⁵⁶ Songül Alper, *“İletişim Alanı Olarak Türkiye’de Karikatür”* den aktaran Arık, s. 65.

'gerçeklik' ve 'objektiflik' kriterlerinin aranmasıdır.⁵⁷ Ancak söz konusu olan sanatsal ifade ve dolayısıyla karikatür olunca, bu kriterler daha geniş bir yorumu gerekli kılmaktadır.

Bu itibarla, basın hem düşüncenin oluşumu, hem de oluşan düşüncenin özgürce aktarılması aşamalarında hayati bir öneme sahiptir. Basında, hele hele karikatür yayıncılığında yer alan ifadeler, birçok kez değer yargıları şeklinde tezahür eder. Özellikle eleştirel bakış açısının ürünü olan ve söz söylediği alanda muhalif bir etki oluşmasına neden olan siyasi karikatürler, konulara eleştirel açıdan yaklaşarak ve hiciv yöntemini kullanarak çoğu kez olumsuz ifadeler içerir. Siyasetçiler ve siyasal iktidarlar hakkındaki bu geniş değerlendirmeler, demokratik bir toplum düzeninin zorunluluklarından olmasının yanı sıra toplumsal dönüşüm bakımından da etkin bir yere sahiptir.⁵⁸

Devleti oluşturan kurum ve organlarda yer alan kimselerin kutsal, yanılmaz ve eleştirilmez olduğu yönündeki anlayış, demokratik hukuk devletinin değil, olsa olsa otoriter, baskıcı ve totaliter devletlerin özelliklerindedir. Demokratik hukuk devleti ise, bütün kurum, organ ve yöneticileri ile eleştiriye açık olması ve kamuoyu tarafından eleştirel denetime tabi olması ile diğer sistemlerden ayrılmaktadır.⁵⁹ Olaya iktidar ilişkisi açısından baktığımızda ise, karikatürün eleştirisinin hedefinde siyasi otoriteyi oluşturan parti ve kişilerin bulunduğunu görmekteyiz. Bunun sonucu olarak, baskın şahsiyetlere yönelen ağır eleştiriler, temsili tipler ve karakter yakıştırmaları üzerinden karikatürize edilmektedir. Daha önce bahsettiğimiz kamuya açıklık ve şeffaflığın bir gereği olarak da, topluma mal olmuş siyasi kişilere yapılan eleştirinin sınırlarının genişliği, normal kişilerden farklı özellikler göstermektedir.⁶⁰

B. Basın Özgürlüğü - Ceza Hukuku İlişkisi

Basın özgürlüğünün kötüye kullanılması, çoğu kez karşımıza '*basın suçu*' olarak çıkmaktadır. Bunun engellenmesi ise büyük ölçüde '*basın*

⁵⁷ Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul, 1978, s. 183-184.

⁵⁸ Arık, s. 52 vd.

⁵⁹ Sancar, s. 222.

⁶⁰ Sancar, s. 225.

ceza rejimi’ni ilgilendirmektedir.⁶¹ Bu hususta, ayrı bir basın ceza rejiminin gerekli olup olmadığına ilişkin bir çok tartışma vardır.⁶² Ancak bu tartışmalardan bağımsız olarak şunu söyleyebiliriz: Basın suçu kavramıyla, bir yandan basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesi, bir yandan da basının görev ve fonksiyonlarının gereğince yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.⁶³ Konumuzun sınırlarını aşması nedeniyle burada, basın suçlarında tartışmaların ve sorunların, özellikle eski Basın Kanunu madde 16 ve bugünkü 5187 sayılı Basın Kanunu madde 19 ve 25 ile “kusur sorumluluğu” ve “objektif sorumluluk” kapsamında yaşadığını söylemekle yetinelim.⁶⁴ Dolayısıyla yayımlanan bir karikatür nedeniyle sadece onu çizen eser sahibi değil, karikatürün çıktığı dergide o karikatürü yayımlayan ve hatta onu dağıtan da sorumlu olmaktadır.

V. ULUSLARARASI HUKUK VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ, SINIRLANDIRILMASI VE KARİKATÜR

Kültürel ürün oluşturma ve başkalarının oluşturulan kültürel ürünlerden yararlanma hakkı, sanat eserlerine içkin en önemli niteliklerden olmakla beraber, aynı zamanda düşüncelerin özgürce ifade edilerek topluma aktarılmasında da çok önemli bir yere sahiptir. İfade özgürlüğünün bir bileşeni olarak, kişilerin hiçbir sınırlamaya maruz kalmaksızın kendi sanat eserlerini serbestçe ortaya koyması ve tüm insanların da bu ürünlere özgürce ulaşma imkanının bulunması gerekmektedir. Bu özgürlük, uluslararası hukuk ve insan hakları belgelerinde de kendine yer bulmuştur. Öyle ki, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 27. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 15. maddeleri uyarınca, insanların yaşadıkları toplumun kültürel hayatına katılma hakkı, edebi veya sanatsal yaratım sonucu oluşturulan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasından yararlanma hakkı ve yaratıcı faaliyet yapabilme haklarını da kapsamına almaktadır.

⁶¹ Özen, s. 238. Ayrıca ayrıntılı bilgi için Bkz. Çetin Özek, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul, 1972.

⁶² Özek, *Ceza Sorumluluğu*, s. 45 vd.

⁶³ Sulhi Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, İstanbul, 1976, s. 369 vd.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özek, s. 240 vd.

Bu bağlamda, ifade özgürlüğü kendine en çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında yer bulmaktadır. Zira bu içtihatlarda ifade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) tanınan diğer hakların korunması bakımından da oldukça önemli bir yere sahiptir. Bu içtihatlar uyarınca, ifade özgürlüğünün korunması demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarından biri olmasının yanı sıra, toplumun gelişmesi ve hukukun üstünlüğünün yerleşmesi açısından da elzemdir. Basının ayrıcalıklı bir yere sahip olması gerekliliği de yine bu anlayışın bir sonucudur.⁶⁵

İfade özgürlüğü, AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir:

"1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir."

AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi, ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin üç unsur bakımından güvence getirmektedir. Bunların ilki '*kanaat sahibi olma özgürlüğü*', ikincisi '*bilgi ve kanaatlere ulaşabilme özgürlüğü*', üçüncüsü ise '*bilgi ve kanaatleri açıklama özgürlüğü*'dür. Bu üç menfaatin niteliğine bakıldığında kanaat sahibi olma özgürlüğü, koruma altına alınan diğer özgürlüklerin bir nevi ön koşulu niteliğindedir. Bu bağlamda, ilk bölümde de sözünü ettiğimiz gibi, düşünce özgürlüğü ifade özgürlüğünün öncülüdür ve ancak ifade özgürlüğü ile tamamlanması mümkündür. Bu nedenle, maddenin tanıdığı özgürlüklerin sınırlandırılma koşullarını düzenleyen AİHS madde 10/2'deki kısıtlamalardan kesin olarak muaftır. Dolayısıyla,

⁶⁵ Monica Macovei, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 7.

bir insanın belli bir kanaate sahip olmasının herhangi bir sebeple sınırlandırılması düşünülemez. Sınırlandırılması mümkün olan, ancak hükümde sayılan istisnai hallerde, özgürce sahip olunan bu kanaatin topluma aktarılması ve yayılmasıdır. Bu noktada düşüncelerin topluma yayılmasındaki en önemli vasıta olarak basının toplumdaki işlevi ve basın özgürlüğü, uluslararası hukukun getirdiği kriterler bakımından oldukça önemlidir.

Esasen AİHS'nin 10. maddesi genel olarak ifade özgürlüğünü düzenlemekte, özel olarak basın özgürlüğünden bahsetmemektedir. Ancak AİHM, 10. maddede düzenlenen özgürlüklerin gereğince kullanılabilmesi bakımından, basına özel bir statü ve daha geniş bir özgürlükler alanı tanıyan birçok ilke ve kuralı yaratan, kapsamlı bir içtihat hukuku geliştirmiştir. Bun göre basın bir haberi verirken onu abartabilmekte, toplumsal ilgi ve dikkat çekici olma kapsamında bazen bir haberi, kullandığı ifadeler ve sunuş tarzı itibarıyla baştan da yaratabilmektedir. Özellikle böyle durumlarda, menfaati toplumla çatışan siyasi iktidarların basını sindirme eğilimi içerisinde olabileceği dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, AİHM'nin kimi kararlarında, basını her ne olursa olsun siyasi otoritenin baskı ve dayatmalarından korumak adına, basının özgürlüklerinin sınırlarını genişletme eğiliminde olduğu görülmektedir. Örneğin, Dalban-Romanya Kararında "*haberi verenin özgürlüğü, aynı zamanda bir ölçüde abartmaya, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerebileceği*" ifade edilmektedir. Mahkeme *Lingens-Avusturya Kararında* da, olguların kanıtlanabileceği, ancak değer yargılarının doğruluğunun kanıtlanabilir olmadığını, bu nedenle çoğu kez bir değer yargısına dayanan yayıncılık hizmetinin özgürlük sınırlarının geniş yorumlanması gerektiğini söylemiştir.⁶⁶

Belirttiğimiz gibi, doğrudan basın özgürlüğüne ilişkin bir ipucu vermeyen 10. madde, birçok içtihadında AİHM tarafından basın özgürlüğünün tanınması açısından da dayanak hükmü olarak nazara alınmış, sanatsal ifadelerin de 10. madde kapsamında değerlendirilmesine olanak sağlanmıştır. Örneğin, AİHM'nin *Otto Preminger Institut - Avusturya Kararında* sanatsal yaratıcılık ile eserlerin fikir ve kanaat alışverişinin, demokratik bir toplumun yaşamsal unsurunu oluşturacağı belirtilmiştir. Söz konusu kararda;

⁶⁶ Macovei, s. 10, 19.

"Sanatçı, yaratıcı eseri aracılığıyla dünya üzerinde kişisel bir vizyonunu dile getirmekle kalmaz, aynı zamanda, içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle, sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz, aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın günün temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir."⁶⁷

denmektedir.

Sadece AİHM kararlarında değil, Anglo-Sakson hukukunda da ifade özgürlüğünün sınırları çizilirken basına belli bir geniş alan tanınmış, bu alan konu sanat eserleri olduğunda daha da genişletilmiştir. Örneğin, ABD'deki meşhur *Bradenburg v. Ohio Davası*'nda Supreme Court, basının ifade özgürlüğünü sınırlarken, 'şiddet bakımından genel bir taraftarlık' (*general advocacy of violence*) ile 'şiddeti tahrik' (*incitement to violence*) kavramları arasında kıyas yapmış ve yalnızca ikincisini ifade özgürlüğü sınırları dışında sayarak, genel bir şiddet taraftarlığının dahi ifade özgürlüğü sınırları içerisinde olacağına hükmetmiştir.⁶⁸ ABD'de verilen kararlarda, özellikle basın yoluyla kullanılan ifade özgürlüğü durumlarında, hukuki uygulama ile basın organizasyonlarının bir diyalog içerisinde olmalarının zorunluluğu, özellikle sanat eserleri içeren yayınlarda bu diyalogun daha da önemli olduğu ve ifade özgürlüğünün sınırlarının bu eserler bakımından dar yorumlanması gerektiği söylenmektedir.⁶⁹

Bu içtihatlardan görülebileceği üzere, ifade özgürlüğü düşünce özgürlüğünün aksine kimi hallerde sınırlanabilir bir özgürlük olsa da, konu basının haber verme ve değer yargılarını toplumla paylaşması olunca, bu özgürlüğün sınırları oldukça genişlemekte, bazen bir haberi 'abartarak vermek' dahi basın söz konusu olduğunda bir hak olarak tanınabilmektedir. Özellikle kamuoyunca tartışılan ve kamu yararına olan konularda, bu bağlamda siyasi iktidarlar ile ilgili eleştiriler içeren yayınlar yapıldığında, sert eleştiriler yapılması ve hatta saldırgan ve kışkırtıcı ifadeler kullanılması, demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurları olduğundan, hoşgörü kapsamında değerlendirilmelidir.

⁶⁷ Macovei, s. 10.

⁶⁸ Owen Fiss, "Freedom of Speech and Political Violence", *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance*, Edited by Raphael Cohen, Michigan, 2000, s. 71.

⁶⁹ Joseph Eliot Magnet, "Freedom of the Press and Terrorism", *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance*, Edited by Raphael Cohen, Michigan, 2000, s. 210.

VI. KARİKATÜRÜN HUKUKLA İMTİHANI: KARİKATÜR DAVALARI

Demokratik toplumlarda, çokseslilik ve muhalif seslerin daha gür çıkması, bu toplumların vazgeçilmez özelliklerindedir. Toplumu oluşturan insanlara, resmi ideolojinin yahut siyasi iktidar sahiplerinin ideolojik görüşlerinin dayatılması, totaliter rejimlerin bir niteliğidir ve demokratik toplumlarda kabul edilemez. Ancak bu güvencenin sağlanabilmesi için o rejimin '*demokrasi rejimi*' olması da yeterli değildir. Zira 'çoğunlukçu demokrasiler' de bir demokrasi türüdür, ancak bunlarda da çoğunluğun iradesi tüm toplumun iradesi olarak kabul edilmekte ve çoğunluk gibi düşünmeyen gruplar kesinlikle nazara alınmamaktadır. Oysa çağdaş demokrasi anlayışı 'çoğulcu demokrasi' anlayışıdır ve bu tür demokrasilerde çoğunluğun desteğini arkasına alan siyasi iktidar, çoğunluk dışında kalan kesimleri de dikkate almak zorundadır. Böyle demokrasilerde, muhalefet, demokrasinin yaşaması için olmazsa olmaz şarttır. Ancak dünyanın çoğu yerinde olduğu gibi ülkemizde de, iktidarı eline geçiren siyasi yönelimler, kendileri gibi olmayanlara karşı sürekli bir baskı uygulama yoluna gitmektedir.

Cumhuriyet'in ilk yıllarından itibaren, tek partili CHP dönemlerinde de, ardından gelen DP döneminde de, 1960'lardan itibaren AP ve daha sonra ANAP dönemlerinde de ve en nihayetinde içinde yaşadığımız dönem olan AKP iktidarı zamanında da, istisnasız tüm iktidarlar kendisi gibi düşünmeyen gruplarla mücadele etmişler, özellikle kendilerini sert bir biçimde eleştiren mizah ve karikatür yayınlarına savaş açmışlardır.⁷⁰ Bu davalar sonucu birçok karikatürcü ceza ve hukuk mahkemelerinde yargılanmış, bir kısmı hapis cezası almış, birçok karikatürcü de tazminat ödemeye mahkum edilmiş, onlarca karikatür dergisi kapanma tehlikesiyle karşı karşıya bırakılmış veya kapatılmıştır. Daha önce de söylediğimiz gibi, Türkiye'nin karikatür ve mizah tarihi, bir nevi baskı, sansür, tahammülsüzlük ve yaptırımlar tarihi olarak karşımızda durmaktadır. Bu bölümde, özellikle mevcut iktidar döneminde meydana gelen ve kamuoyunda geniş yankı bulan, karikatürcülere açılmış bazı davaları inceleyeceğiz.

⁷⁰ Bu sayılan dönemler içerisinde, belki de karikatürcüler ve mizahçılarla en az uğraşan Özal olmuştur. Onun döneminde, kendisine karşı yapılan sert eleştirilere rağmen karikatür dergilerine çok az sayıda dava açıldığını, hatta belli dönemlerde hiç açılmadığını görmekteyiz. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Arık, s. 97 vd.

A. Evrensel Gazetesi'ne Açılan Dava

AKP döneminde, bir karikatür nedeniyle gündeme gelen ilk önemli dava Evrensel Gazetesi'ne açılmış olan tazminat davasıdır. Dava konusu, 5 Nisan 2004 tarihinde, muhalif bir yayın niteliği taşıyan Evrensel Gazetesi'nde çıkan 'Gölgedekiler' başlıklı bir yazıya, karikatürcü Sefer Selvi tarafından çizilen ve Başbakanın danışmanı Cüneyt Zapsu'yu, Başbakan Erdoğan'ın sırtında ve iplerini elinde tutar biçimde çizilmiş karikatür için açılan tazminat davasıdır.⁷¹ Bu karikatür için hem Başbakan, hem de Zapsu manevi tazminat davası açmış, Zapsu'nun tazminat talebi mahkemece reddedilirken, Başbakan'ın talebi kabul edilmiştir. Başbakan 10 milyar tutarındaki manevi tazminat istemine, kendisini resmeden karikatürün *"kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı, basın özgürlüğü ve hoşgörü sınırlarının çiğnediği"*ni gerekçe olarak göstermiş, Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi de *"karikatürün Başbakanın 'kişilik haklarına saldırı' oluşturduğu, karikatürün estetik olmadığı ve etik kuralları çiğnediği, ayrıca amaç ve çizim arasındaki bütünlüğü zedelediği"* gerekçesiyle, Başbakan'ın manevi tazminat talebini kabul etmiştir.⁷² Ancak ilk derece mahkemesinin bu kararı Yargıtay tarafından *"eleştiri hakkı sınırları içerisinde"* olduğu gerekçesiyle bozulmuş, davayı tekrar gören ilk derece mahkemesi de bu kez tazminat talebini reddetmiştir.

B. Cumhuriyet Gazetesi'ne Açılan Dava: Musa Kart Olayı

Başbakan tarafından açılan ikinci ve en çok ses getiren dava, 9 Mayıs 2004'te, Cumhuriyet Gazetesi'nde Karikatürcü Musa Kart tarafından, AKP hükümetinin İmam Hatip Liseleri ile ilgili sorunu eline yüzüne bulaştırdığı mesajını vermek amacıyla Başbakan Erdoğan'ı ipe dolanmış bir kedi şeklinde çizdiği karikatüre karşı, Cumhuriyet Gazetesi ve gazetenin yazı işleri müdürü Mehmet Sucu hakkında, Ankara 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan manevi tazminat davasıdır. Ankara 8. Asliye Hukuk Mahkemesi bu davada, söz konusu karikatürün eleştiri sınırlarını aştığı gerekçesiyle çizer Musa Kart'ı Başbakana 5.000 TL ödemeye mahkum etmiş, ancak Yargıtay *"mizaha hoşgörü gösterilmesi ve siyasilerin ağır eleştirilere katlanması gerektiği"*ni vurguladığı

⁷¹ www.hurriyet.com.tr/_newsimages/867525_70x74.jpg, 10.04.2011.

⁷² http://www.bianet.org/bianet/kategori/bianet/71418/karikatur-davasinda-basbakana-kotu-haber, 15.04.2011.

kararıyla ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay’ın bozma kararına uyan mahkeme ikinci kez önüne gelen davada bu kez tazminat talebinin reddine karar vermiştir.⁷³

C. Penguen Dergisi’ne Açılan Dava

Penguen Dergisi, Ankara 8. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin Cumhuriyet Gazetesi çizeri Musa Kart’ı, çizdiği karikatür nedeniyle 5.000 TL tazminat ödemeye mahkum etmesi üzerine, siyasi iktidarcı karikatürcülere açılan tazminat davalarını ve Başbakan Erdoğan’ın sanat yoluyla yapılan eleştirilere karşı tahammülsüzlüğünü protesto etmek amacıyla derginin 24 Şubat 2005 tarihli 127. sayısını, kapağına 9 tane farklı hayvan biçiminde çizilen Tayyip Erdoğan karikatürleriyle çıkarmış ve kapağa ‘*Tayyipler Alemi*’ başlığını vermişti. Bunun üzerine Başbakan Penguen Dergisi’ne karşı Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde 40.000 TL’lik manevi tazminat davası açmış, dava yaklaşık iki yıl sürmüş ve nihayet 14 Şubat 2007 tarihinde mahkeme, söz konusu karikatürlerin “*eleştiri sınırları içerisinde*” olduğu gerekçeyle davanın reddine karar vermiştir.⁷⁴

Dava açıldıktan sonra Penguen Dergisi çizerlerinden Erdil Yaşaroğlu “*Musa Kart Başbakan’ı kedi kafalı çizdiği için 5.000 TL ceza aldı. Sanırım bize de hayvan başına 5.000’den, 8 hayvan için toplam 40.000 TL’lik dava açmışlar. Ama kapağın en üstünde bulunan derginin amblemi pengueni unutmuşlar*” diye konuşmuştur.

D. Lemman Dergisi’ne Açılan ‘Reco Kongo’ Davası

Lemman Dergisi’nin 6 Temmuz 2006 tarihinde “*Reco Kongo Kenesi Türkiye’nin Anasını Ağlatıyor*” başlığı ile kapak yaptığı ve bir vatandaşın sırtına, o dönem gündemde olan kırim kongo hastalığına neden olan Tayyip Erdoğan şeklinde bir kenenin bindirildiği karikatür çizilmiştir. Karikatürün çizeri Mehmet Çağçağ ve Lemman Dergisi aleyhine “*Başbakanı kan emici, habis ve parazit bir hayvan olan keneye benzeten kari-*

⁷³ <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=204875>, 15.04.2011.

⁷⁴ <http://www.penguen.com/kapak.asp?gun=20050307>, 12.04.2011; http://tr.wikipedia.org/wiki/Penguen_%28dergi%29 (12.04.2011).

katürün kişilik haklarına tecavüz niteliğinde olduğu, Erdoğan'ın küçük duruma düşürülerek eleştiri sınırlarının aşıldığı" iddia edilerek Ankara 14. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 25.000 TL'lik manevi tazminat davası açılmıştır. Söz konusu dava "karikatürün dünyada en pahalı benzin kullanan Türk halkının tepkisini, en yüksek vergi veren yurt insanının dileklerini tepkisel olarak anlatmak amacıyla çizildiği, kırım kongo kanamalı hastalığına yol açan kan emici kenenin dünyada bilinen bir varlık, benzetmenin de Erdoğan'ın kişilik haklarına saldırı değil eleştiri hakkı olduğu" gerekçesiyle reddedilmiştir.⁷⁵

Reco Kongo başlıklı kapak Başbakan tarafından dava konusu yapıncı, Leman Dergisi durumu protesto etmek amacıyla, bu kez bir kenenin ağzında Leman Dergisi logosunu tutmakta olduğu 'Yorumsuz' başlıklı bir başka kapakla çıkmıştır.⁷⁶

E. Leman Dergisi'ne İkinci Dava

Leman Dergisi, 6. Şubat. 2008 tarihli sayısında, Başbakan Erdoğan'ı "Batı'nın ilmini bilimini değil, ahlaksızlığını aldık" sözlerini eleştirmek amacıyla bir kez daha kapağına taşımıştır. Başbakan bu kapak dolayısıyla da Leman Dergisi'ne dava açmış, bu defa Başbakan'ın davası mahkeme tarafından kabul edilerek çizer Mehmet Çağçağ'ın Başbakan Erdoğan'a 4.000 TL tazminat ödemesine karar verilmiştir.⁷⁷

Bu dava, Başbakan Erdoğan'ın üç buçuk yıl içinde karikatür dergileri ve karikatürcülere açtığı beşinci davadır. İşin ilginç yanı, söz konusu Leman Dergisi kapağı için Başbakan'ın "Fotoğraf gerçek değil, fotomontaj. Bu fotoğraf fotomontaj yoluyla uygunsuz hale getirilmiş ve toplumun ahlaken kabul etmeyeceği bir hale büründürülmüştür" açıklamasını yapmasıdır.

Başbakan tarafından açılan davaların yanı sıra, diğer bakanlar ve AKP'li milletvekillerini konu alan ve hicveden başka karikatürlerin de

⁷⁵ <http://www.leman.com.tr/content/images/d2b7fb7f5a5df73d050d2a790-f2507fd.jpg>, 18.05.2010.

⁷⁶ <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/4869044.asp?m=1&gid=69&srid=3044-oid=1>, 17.04.2011.

⁷⁷ <http://www.tumgazeteler.com/?a=4252303>, 15.04.2011.

bu siyasiler tarafından dava edildiği görülmektedir. Örneğin, Penguen Dergisi'nin 14 Temmuz 2005 tarihli nüshasında, Mensur Şebboy takma adıyla yayımlanan yazıda, 'oyalama bakanı', 'gündem oluşturma bakanı' ve 'dalga geçilme bakanı' gibi ifadeler kullanılması yargılamaya konu edilmişti. Bu davalardan birisi de eski Kültür ve Turizm Bakanı Atilla Koç hakkında, bakanın sürekli uyuduğunu ima eden karikatür sebebiyle, Koç'un "kişilik haklarına hakaret" edildiği gerekçesiyle Penguen Dergisi'ne açtığı 20.000 TL'lik manevi tazminat davasıdır.⁷⁸ Davada Bakan Koç, dava konusu 20.000 TL'yi derginin imtiyaz sahibi karikatürcü Erdil Yaşaroğlu ve yazı işleri müdürü mizahçı Fatih Solmaz'dan alınmasını talep etmiştir.

Dava sonucunda Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, derginin bakanın kişilik haklarını zedelediği için kendisine 5.000 TL'lik tazminat ödemesine hükmetmiş, ancak bu karar Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay bozma kararında şu gerekçe ve tespitlere dayanmıştır:

*"Uyku durumunu herkes biliyor, Koç hoşgörü göstermeli... Görsel basında da davacının uyku durumuyla ilgili birçok görüntüye yer verildiği ve bu hususun kamuoyunun bilgisi dahilinde olduğu bir gerçektir. Basında çıkan haber ve eleştiri gerçek oldukça, doğru vakalara dayandıkça, doğru bir amaca yönelik bulunduğunda, incitici olsa bile sorumluluk söz konusu olamaz. Bakan olan davacının siyasi kimliği ve konumu gözetildiğinde ağır dahi olsa yapılan eleştirilerin hoşgörü ile karşılanması gerekmektedir."*⁷⁹

Karikatür dergilerine yapılan bu baskılar sadece dava yoluyla değil, kimi zaman fiili baskılar yoluyla da olmaktadır. Örneğin, bir dönem İstanbul Deniz Otobüsleri (İDO) işletmesiyle AKP arasındaki ilişkileri ortaya çıkaran Uykusuz Dergisi'nin uzun bir süre İDO işletmelerinde satılmadığı ve dergiyi soranlara "yok" denildiği bilinmektedir.⁸⁰

⁷⁸ [http://www.zaman.com.tr/haber.do;jsessionid=DD6A556BB38FDE9F15BC053793BDF01C?haber no=203915](http://www.zaman.com.tr/haber.do;jsessionid=DD6A556BB38FDE9F15BC053793BDF01C?haber%20no=203915), 15.04.2011.

⁷⁹ <http://bianet.org/bianet/kategori/bianet/104728/yargitay-bakan-koc-uyuyor-sa-yayini-nicin-suc-olsun>, 16.04.2011.

⁸⁰ <http://haber.sol.org.tr/kultur-sanat-medya/uykusuz-dergisi-umut-sarikaya-haberi-4161>, 16.04.2011.

VII. SONUÇ

Özgürlük, uzun yıllar boyunca felsefeciler, siyaset bilimcileri, hukukçular tarafından tartışılan ve ne olduğu konusunda ortak bir paydada buluşulamayan, insanlığın önemli sorularından birisi olagelmıştır. Bu kavram ışığında düşünce ve düşünceleri ifade etme özgürlüğü de, hukukun ve insan haklarının tartışılan, ancak önemi hiçbir zaman yadsınmayan başlıklarından birisidir. Bu bağlamda, ulusal yasalarda ve uluslararası hukuk ve insan hakları belgelerinde düşünce ve ifade özgürlüğü birbirinden ayrılmaksızın düzenlenmiş ve kimi istisnai hallerdeki sınırlandırmalar dışında, insanların her zaman düşün ve ifade özgürlüğüne sahip olacağı söylenmiştir.

Karikatür ve mizah da, ifade özgürlüğünün bir tezahürü olarak, toplumların tarihinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Özellikle siyaset ile olan ilişkisinde, karikatürün siyasi iktidarları hicvetme aracı olarak, ellerinde bulundurdukları iktidarı kendilerine çıkar sağlayacak biçimde, keyfi ve geniş halk kitlelerinin aleyhine kullandıklarında, iktidarlar bakımından bir nevi '*kamuoyu denetimi*' işlevi gördüğü söylenebilir. Bu bakımdan, yukarıda sayılan ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirdiği durumlar, söz konusu basın olunca daralmaktadır. Konu sanat eserleriyle ve karikatürle düşüncelerin ifadesiyse, bu sınır daha da daralmakta, karikatürler bakımından geniş bir özgürlük sahası tanınmakta, aktarılan ifadeler kimi zaman 'saldırı' niteliği dahi taşısa, söz konusu ifade aracının niteliğinden dolayı hoşgörü ile karşılanması gerekmektedir. Bu itibarla, demokratik toplumlar, iktidarlarının sanat eserlerine ve karikatürlerine hoşgörü gösterdiği, kendilerine yapılan eleştirilere tahammül ederek, bunları bir saldırı ve mücadele konusu değil toplum tarafından kendilerine yapılan bir denetim aracı olarak gördüğü toplumlardır.

Ancak Türkiye'nin bu bakımdan tarihi boyunca iyi bir sınav verdiğini söylemek mümkün değildir. Zira karikatür tarihi boyunca, Osmanlı döneminden bu yana, siyasi iktidarları hicveden mizahçı ve karikatürcülerin baskılara, kimi zaman işkencelere ve hukuki yaptırımlara maruz bırakıldığı görülmektedir. Yargı kararlarında da, karikatürle siyasi iktidar ve bu iktidarı oluşturan kişiler arasındaki ilişkinin doğması sırasında, '*hakaret*', '*kişilik haklarına saldırı*' gibi kriterler çok geniş bir biçimde yorumlanarak, bir çok kez karikatürcüler bakımından tazminat uygulamasına yol açmıştır. Ancak son dönemlerde

gerek Yargıtay kararlarında, gerekse uluslararası hukuk bağlamında AİHM kararlarında karikatür ve eleştiri hakkı ilişkisi tutarlı bir içtihat oluşmasını sağlamıştır. Bu mahkeme kararlarında, karikatürün, özellikle siyasi iktidarları eleştirirken geniş bir hoşgörüyü gerektiren sanatsal bir faaliyet ve eleştiri aracı olduğu kabul edilmiş, siyasi kişiliklerin kendilerini hicveden karikatürlere, kimi zaman ağır eleştiriler taşıyabilir, tahammül etmeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Bugün artık yargı kararlarında, karikatürün eleştiri hakkı ve siyasi iktidarı denetim kapsamında, geniş özgürlüklere sahip olduğu ve ifade özgürlüğünü sınırlandıran bir çok durumdan muaf olduğu kabul edilmektedir. Bunlar da göstermektedir ki, karikatür ve bu yolla siyasi iktidarların eleştirilmesi, ellerinde bulundurdukları iktidarı keyfi ve kendi çıkarlarına göre kullandıklarında bu iktidarlardan toplum adına hesap sorulması, dolayısıyla karikatürün bir nevi siyasi iktidarların kamusal denetimi işlevi görmesi, demokratik toplumların vazgeçilemez özelliklerinden birisidir. Tarih boyunca gerçekleşen olaylar göstermiştir ki, gülmece ve çizgi topluluklar nezdinde büyük bir etki gücüne sahiptir. Bu yüzden bir toplumda mizahın ve karikatürün gelişmemesi, dahası bunların gelişmesinin güvencesi iktidarlar tarafından verileceği yerde karikatürün, bu iktidarların siyasi savaşlarının hedefi haline gelmesi, o toplumun gerek özgürlükler gerekse kültürel açıdan gelişmesinin önündeki en önemli engellerden birisidir. Bu açıdan, büyük şair Brecht'in şu sözlerinin her zaman hatırlanması gerekmektedir: "Mizahın olmadığı bir yerde yaşamak çok zor ve sıkıcıdır. Her şeyin mizaha dönüştüğü bir yerde yaşamak ise olanaksızdır."

KAYNAKLAR

- Akad, Mehmet, *Baskı Gruplarının Siyasal İktidarla İlişkileri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- Aral, Oğuz, Söyleşi, *Kitaplık Dergisi*, Sayı: 42, 2000.
- Arık, Bilal, *Değişen Toplum Değişen Karikatür*, İstanbul, 1998.
- Balcıoğlu, Semih, *50 Yıllık Türk Karikatürü*, İş Bankası, İstanbul, 1973.
- Balcıoğlu, Semih, *Memleketimden Karikatürcü Manzaranı*, Can, İstanbul, 2003.

- Berger, John, *Görme Biçimleri*, Çev. Yurdanur Salman, Metis, İstanbul, 1986.
- Çeviker, Turgut, *Gelişim Sürecinde Türk Karikatürü*, Adam, İstanbul, 1988.
- Çeviker, Turgut, *Karikatür Üzerine Yazılar*, İris, İstanbul, 1997.
- Dönmezer, Sulhi, *Basın ve Hukuku*, İstanbul, 1976.
- Fiss, Owen, "Freedom of Speech and Political Violence", *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance*, Edited by Raphael Cohen, The University of Michigan Press, Michigan, USA, 2000.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Kolektif Özgürlükler*, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1972.
- Kar, İsmail, *Karikatür Sanatı*, TC Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1999.
- Koloğlu, Orhan, *Türkiye Karikatür Tarihi*, Bileşim, İstanbul, 2005.
- Kongar, Emre, *Kültür ve İletişim*, İstanbul, 1986.
- Kozanoğlu, Can, *Cilalı İmaj Devri*, İletişim, İstanbul, 1991.
- Kuçuradi, Ioanna, *Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1988.
- Kudret, Cevdet, *Abdülhamit Devrinde Sansür*, Karacan, İstanbul, 1977.
- Macovei, Monica, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005.
- Magnet, Joseph Eliot, "Freedom of the Press and Terrorism", *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance*, Edited by Raphael Cohen, The University of Michigan Press, Michigan, USA, 2000.
- Mert, Ali, "Leman Solu", *Omurgayı Çakmak: Türkiye Aydınının 'Omurga Sorunu' üzerine 30 Deneme*, Gelenek Yayınları, İstanbul, 2002.
- Oral, Tan, "Türk Karikatürünün Yüz Yıllık Tarihine Kısa Bir Bakış", *Yansınma Dergisi*, Sayı: 33, 1974.
- Öngören, Ferit, "Türk Mizahı ve Karikatürü", *Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi*, Cilt: 5, İletişim, İstanbul, 1983.
- Özek, Çetin, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul, 1972.
- Özek, Çetin, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul, 1978.
- Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, US-A, Ankara, 1998.

- Özer, Atilla, *Karikatür ve Karikatürcü Hakları: Karikatür-Sosyoloji ve İnsan Hakları*, Karikatür Vakfı Yayınları, Ankara, 2003.
- Selçuk, Turhan, *Önce Çizgi Vardı: Sanatta Karikatür*, Karikatür Vakfı Yayınları, Ankara, 1997.
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul, 1999.
- Tanör, Bülent, *TCK 142. Madde, Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, Forum, İstanbul, 1979.
- Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS, İstanbul, 1994.
- Wright, Thomas, *A History of Caricature and Grotesque*, New York, USA, 1976.
- Yalçın Sancar, Türkan, *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m. 159/1-Yeni TCK m. 301/1-2)*, Seçkin, Ankara, 2006.
- Yetkin, Çetin, *Siyasal İktidar Sanata Karşı*, Bilgi, Ankara, 1970.
- Ziss, Avner, *Estetik*, Çev. Yakup Şahan, De Yayınevi, İstanbul, 1984.
- <http://bianet.org/bianet/kategori/bianet/105021/basbakanin-dava-actigi-leman-dergisine-kufur-ve-tehdit>
- <http://www.bianet.org/bianet/kategori/bianet/71418/karikatur-davasinda-basbakana-kotu-haber>
- <http://bianet.org/bianet/kategori/bianet/104728/yargitay-bakan-koc-uyuyorsa-yayini-nicin-suc-olsun>
- <http://haber.sol.org.tr/kultur-sanat-medya/uykusuz-dergisi-umut-sarikaya-haberi-4161>
- www.hurriyet.com.tr/_newsimages/867525_70x74.jpg
- <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/4869044.asp?m=1&gid=69&srid=3044&oid=1>
- <http://www.leman.com.tr/content/images/d2b7fb7f5a5df-73d050d2a790f2507fd.jpg>
- <http://www.penguen.com/kapak.asp?gun=20050307>, http://tr.wikipedia.org/wiki/Penguen_%28dergi%29
- <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=204875>
- <http://www.tumgazeteler.com/?a=4252303>
- <http://www.zaman.com.tr/haber.do;jsessionid=DD6A556BB38FDE9F15BC053793BDF01C?haberno=203915>

İMAR PLANLARININ YARGISAL DENETİMİ - II*

JUDICIAL REVIEW OF ZONNING PLANS

Kerem CANBAZOĞLU**

Dilhun AYAYDIN***

III. İMAR KANUNU'NDA DÜZENLENEN İMAR PLANLARININ İPTALİNE İLİŞKİN DAVALARIN ESAS YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

İptal davasının esastan kabulüne ilişkin koşullar dava konusu işlemin iptaline karar verilmesini gerektiren sakatlık hallerinden ibarettir.⁹⁰ Bir başka ifade ile iptal davasının kabulü, İYUK' da belirtilen idari işlemin unsurlarından birinde hukuka aykırılık bulunduğu idare mahkemesince saptanmasıyla mümkündür. İdari işlemin bilinen beş ögesinden biri yahut birkaçı yönünden var olan hukuka aykırılıklar, davanın ön koşullar yönünden yukarıda açıklanan nedenlerden biriyle incelenebilme olanağı bulunmaması hali dışında, işlemin iptaline karar verilmesini gerektirecektir.⁹¹ İmar planlarının hukuka aykırılığının denetiminde gözetilecek unsurlar, yasadaki sıra dâhilinde aşağıda incelenmektedir.

* Makalenin ilk bölümü Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Mart-Nisan 2011 sayısında yayımlanmıştır.

** Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD İdare Hukuku doktora öğrencisi.

*** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku ABD İdare Hukuku Bilim Dalı araştırma görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD İdare Hukuku doktora öğrencisi.

⁹⁰ Zabunoğlu.,a.g.e.,s.194

⁹¹ A.g.e.,s.194

A. Yetki Yönünden Hukuka Aykırılık

1. Genel olarak

Konuya Yayla' dan bir alıntı ile başlamanın, söz konusu eserin yazılmasının üzerinden geçen yaklaşık 40 yıl içerisinde imar mevzuatının yetki probleminin halli hususunda kayda değer bir ilerleme sağlanamadığını hatta konunun geçen zaman içerisinde daha da karmaşıklaşıp giriftleşen yerel yönetim-merkezi idare ve yerel yönetimlerin kendi aralarındaki yetki problemleri nedeniyle çözülmesi zor bir sorun yumağı haline gelmiş olduğunu daha da açık ortaya koyacağı inancını taşımaktayız. Yayla incelemesinde sorunu şu şekilde ortaya koymaktadır. *“Şehir planlamasına ilişkin başlıca işlemleri hangi idare veya makamlar yaparlar? Bu işlemler hangi iradenin ürünüdür? İlk bakışta İmar Kanunu'nun soruna açık çözümler getirmiş olduğu düşünülebilir. Ancak, özellikle 1605 sayılı kanunla getirilen değişikliklerden sonra bu durum sanılabileceğinden çok daha fazla karmaşıklaşmıştır. Bu karışıklığın asıl önemli yönü de, idare hukukunun yönetim ilkelerini etkileyebilecek nitelikte olmasıdır”*.⁹² İmar planlarının yetki yönünden yargısal denetimi başlığı altında imar planları yönünden bu planları yapma yetkisini gerek merkezi idare gerekse yerinden yönetim kuruluşları açısından ortaya koymak zorunlu olduğundan, incelememizin bu başlığı sonunda varmış olacağımız noktanın 40 yıl öncekinden pek de farklı olmadığını da daha başlangıçta vurgulamak gerekir.

Her idari işlem gibi, imar planlarının da hazırlanma, onaylanma, uygulanma aşamalarının idare hukuku kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İdari işlemin yetki ögesi, o idari işlemin hangi idare makamı ve organınca yapılabileceğini ifade etmektedir. Bir başka deyimle, bir idari tasarruf kanunen hangi makamca yapılabilecekse ancak onun tarafından yapılmışsa idarenin sıhhatli bir irade açıklaması olabilecektir. İdare hukuku doktrinde idari makamlara idari tasarrufta bulunabilme güç ve yeteneği veren kurallar yetki kuralları olarak nitelendirilmektedir.⁹³

İdarenin kanuniliği ilkesi gereği belli bir konu hakkında idarece açıklanacak irade yani idari işlem, yine kanunla belirlenmiş idari makamca açıklanabilir. Bir başka makamca açıklanması idari işlemi yetki

⁹² Yayla, a.g.e.,s.67

⁹³ Günday.,a.g.e.,s.118-119.

unsuru yönünden sakatlar. Bu temel ilke ile bağlantılı olarak idare hukuku açısından yetki kuralları kamu düzenindedir.

İmar planlarının yapılmasında yetkili idarenin tespiti meselesi imar planları açısından da oldukça önemlidir. Bir idari işlemi tesise yetkili makamların belirlenmesi meselesinde yönünden yetki; kişi⁹⁴, zaman⁹⁵, konu ve yer yönünden yetki olarak çeşitli alt başlıklar da ortaya çıkmaktadır. Bunlardan yer ve konu yönünden yetki meselesine imar hukuku bağlamında kısaca değinmek gerekir.

Yer yönünden yetki, idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri coğrafi alanı ifade etmektedir.⁹⁶ İmar planlarını yapmaya yer yönünden yetkili idare ve bu alandaki yetki paylaşımı esas itibarıyla idari teşkilatlanma ve yerel yönetime ilişkin kanunlarda belirlenmektedir. Yer yönünden yetkiyi düzenleyen bu kanunlarda, yetkili olunan alanı belirleyen bazı tanımlar da önem kazanmaktadır. Bu bağlamda özellikle Belediye Kanunu, Büyükşehir Belediye Kanunu ve İl Özel İdare Kanunu'nda yer alan *belediye sınırı*⁹⁷, *Büyükşehir belediyesi sınırı*⁹⁸ ve *mücavir alan*⁹⁹ ve *il sınırı*¹⁰⁰ kavramları

⁹⁴ Kişi yönünden yetki, idarenin görev alanına giren bir konuda hangi idari merciin irade açıklamaya veya işlem tesis etmeye yetkili olduğunu belirten yetki kuralıdır. Bir idari işlem ve kararın sıhhatli ve geçerli olabilmesi için idari karar ve işlemin ehil bir kimse tarafından yapılmış ya da alınmış olması gerekir. İdare adına irade açıklama yapma yetkisi olmayan başka merci veya kamu görevlisi tarafından imar planının yapılması halinde o plan yok hükmünde olacak; idare adına irade açıklamaya yetkisi olan ve fakat başka bir merci ya da kamu görevlisi adına işlem tesis edilmesi şeklinde gerçekleşmişse yetki tecavüzü şeklinde görülecek ve işlemi sakatlayacaktır. Bu konuda açıklamalar için, Bkz. Yaşar., a.g.e., s. 130.

⁹⁵ Zaman bakımından yetki de idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri süreyi ifade eden yetkidir. Bu yetki kuralı, bir idari işlemi tesis etmeye yetkili makamın bu yetkiyi kullanılabilmesi hallerini düzenlemektedir. İmar planlarının tesis edildiği süreçlerde kimi idari makamların irade açıklamaları için getirilen süreler bakıldığında bunlardan bazılarının ilgili idari makamın gereken kararı süratle alınmasına yönelik süreler olduğu, bazılarının ise güvence süreleridir. Bkz. A.g.e., s.142

⁹⁶ A.g.e., s.133.

⁹⁷ Bkz. 5393 sayılı *Belediye Kanunu* md.5,6,7,8

⁹⁸ Bkz. 5216 sayılı *Büyükşehir Belediye Kanunu* md.5,6,geçici md.2

⁹⁹ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun, il özel idaresinin görev ve sorumlulukları (md.6) ile il özel idaresinin organlarından İl Genel Meclisi'nin görev ve yetkileri (md.10) hakkında getirdiği düzenlemeye göre, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak planlar il özel idaresi tarafından yapılıp il genel meclisince onaylanmak suretiyle yürürlüğe gireceğinden belediye ve mücavir alan sınırı dışında kalan il sınırı kavramının belirlenmesi de imar planlarını yapma yetkisi yönünden hususiyet arz etmektedir.

¹⁰⁰ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun, il özel idaresinin görev ve sorumlulukları

belirleyicidir.¹⁰¹ Yer yönünden yetki meselesinin hallinde merkezi idare içerisinde yer alan Çevre ve Orman Bakanlığı, TOKİ, ÖİB ve GAP İdaresi'nin¹⁰² kuruluş kanunlarında imar planı yapmaya yetkili oldukları coğrafi alana ilişkin özel düzenlemelerin de nazara alınması gerekmektedir. Bu karmaşık yapı, hemen her bir imar planı yönünden yargı mercii önüne gelmeleri halinde yer yönünden yetki konusunun tartışma konusu olacağı gerçeğini açıkça ortaya koymaktadır.

Konu yönünden yetki, yer yönünden yetki ile beraber inceleme konusu içerisindeki en önemli sorun alanlarından biridir. Kavram, geniş anlamda imar planlarını dar anlamda ise belirli bir amacı ve ölçüğü olan bir imar planı yapma yetkisini ifade etmektedir.¹⁰³ İdari makamların konu yönünden yetkilerini düzenleyen yasa hükümlerini kimi zaman birbirleriyle kesişecek biçimde tanımlayıp yorumlamaları aynı tüzel kişilik içerisinde veyahut farklı tüzel kişiler arasında konu yönünden yetki problemlerini ortaya çıkarabilmektedir. Buna göre astın üst yerine karar alması ya da üstün ast yerine karar alması, konu yönünden hukuka aykırı olacağı gibi, idarenin farklı konularda yetkilendirilmiş çeşitli organları arasında da konu itibarıyla yetki çatışmaları doğabilmektedir.¹⁰⁴

(md.6) ile il özel idaresinin organlarından İl Genel Meclisi'nin görev ve yetkileri (md.10) hakkında getirdiği düzenlemeye göre, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak planlar il özel idaresi tarafından yapıp il genel meclisince onaylanmak suretiyle yürürlüğe gireceğinden belediye ve mücavir alan sınırı dışında kalan il sınırı kavramının belirlenmesi de imar planlarını yapma yetkisi yönünden hususiyet arz etmektedir.

¹⁰¹ Yer bakımından yetkinin vurgulanması açısından Danıştay 6. Dairesi'nin 2004 yılında verdiği karar örnek olarak incelenebilir. Mahkeme kararında imar planı hazırlanmasında belediyenin kendi sınırları dışındaki yerleri de kapsayacak şekilde imar planı hazırlamasının yer yönünden yetki kurallarına aykırılık doğuracağı ifade edilmiştir. D.6.D,E:2002/5591,K:2004/1595,T:16.3.2004. Benzer bir kararında da Danıştay 6.Daire planlamanın birden fazla belediyeyi ilgilendirdiği durumlarda plan sınırlarının da aynı şekilde birden çok belediyeyi ilgilendirecek şekilde öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir. D.6.D, E:2002/4707, K:2003/1488, T:11.3.2003

¹⁰² GAP idaresinin planlamada yer yönünden yetkisine ilişkin olarak, D.6.D,E:1994/3181,K:1995/533. T:07.02.1995

¹⁰³ A.g.e.,s.137-138.

¹⁰⁴ Örneğin belediye meclisinin görevine giren bir konuda belediye başkanının karar alması halinde o karar konu yönünden yetki unsurundaki hukuka aykırılık nedeniyle işlemi sakatlayacaktır. Nitekim Danıştay 6.Dairesi, önüne gelen bir olayda "imar planlarının bizzat ilgili belediyesince yapılabileceği gibi başka kurum, kuruluş ve kişilere de mevzuattaki esaslara uygun biçimde yaptırılabilmesi; ancak, plan onaylama yetkisinin kesinlikle ilgili belediye meclisine ait olduğu..." yolundaki kararıyla belediye içerisinde imar planını onaylamak konusu yönünden yasadaki düzenlenmiş yetkinin belediye meclisine ait olduğunu belirlemiştir. Bkz. D.6.D,E:2002/6559, K:2003/1328, T: 5.2.2003,

Konu yönünden yetki konusunda sorun yaratan ve hâlihazır şeklini koruduğu müddetçe başkaca sorunlar yaratmaya aday bir düzenleme, İmar Kanunu'nun Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nun yetki alanına ilişkin 9.maddesidir.¹⁰⁵ Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nun bu maddede düzenlenen konu yönünden yetkisine bakıldığında Bakanlığın takdirine bağlı olmak üzere hemen hemen ülkenin tamamında planlama yapabilme yetkisine sahip olabileceği gerçeği hukuken ortaya çıkmaktadır. Özellikle ülkenin bugünkü durumu nazara alındığında "içerisinden veya civarından demiryolu veya karayolu geçen, hava meydanı bulunan veya havayolu veya denizyolu bağlantısı bulunan yerler" açısından tanımlanan bu yetki ülkenin hemen tamamını kapsar biçimde Bakanlığa planlama yetkisini bahşeder biçimde yorumlanabilir. Şu durumda, esas itibariyle yerel yönetimlere bırakılması gereken zira mahalli müşterek ihtiyaçların belirlenmesi olgusuna dayalı imar planları yönünden gerektiğinde kullanılmaya hazır bir başka yetki merkezi idarenin elinde tutulmaya devam etmektedir.

2. İmar Kanunu'nda Yer Alan İmar Planları ve Bunları Yapmaya Yetkili İdareler

a. Üst Ölçekli İmar Planlarını Yapma Yetkisi

İmar Kanunu'nun ne tanımlara yer verilen 5. maddesi, ne de planlama kademeleri başlıklı 6. maddesinde *Ülke Planı* adı altında bir planlama belgesine yer verilmiş değildir. Ancak Kanun, ülke planı kavramını, çevre düzeni planını tanımladığı 5. maddesinde açıkça zikretmektedir. Yine söz konusu belge imar mevzuatı içerisinde yer alan başka bir kanunda ya da yönetmelikte de düzenlenmemektedir. Ancak mevzuatta ülke planları kavramı ile aynı anlama gelip gelmediği tartışmalı olan *Kalkınma Planları'*na ait çeşitli hükümler yer almaktadır.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Madde metni şu şekildedir: "Bakanlık gerekli görülen hallerde, kamu yapıları ve enerji tesisleriyle ilgili alt yapı, üst yapı ve iletim hatlarına ilişkin imar planı ve değişikliklerinin, umumi hayata müessir afetler dolayısıyla veya toplu konut uygulaması veya Gecekondu Kanununun uygulanması amacıyla yapılması gereken planların ve plan değişikliklerinin, birden fazla belediyeyi ilgilendiren metropoliten imar planlarının veya içerisinden veya civarından demiryolu veya karayolu geçen, hava meydanı bulunan veya havayolu veya denizyolu bağlantısı bulunan yerlerdeki imar ve yerleşme planlarının tamamını veya bir kısmını, ilgili belediyelere veya diğer idarelere bu yolda bilgi vererek ve gerektiğinde işbirliği sağlayarak yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re'sen onaylamaya yetkilidir."

¹⁰⁶ Bu konuya ilişkin tartışmalara ilk bölümde devletin planlama yetkisi bağlamında değinilmmişti.

Bölge Planları, İmar Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasının a bendindeki düzenlemeye göre "sosyo - ekonomik gelişme eğilimlerini, yerleşmelerin gelişme potansiyelini, sektörel hedefleri, faaliyetlerin ve alt yapıların dağılımını belirlemek üzere" hazırlanırlar. Bölge planları, "kalkınma planları ile alınan stratejik kararları belirli bölgelerde uygulamaya yönelik ve imar planlarının hazırlanmasına ışık tutacak olan planlar"¹⁰⁷ olarak kabul edilmektedir. Doktrinde bölge planlarının yapılması ile güdülen amacının "soyut ve genel kalkınma planları ile somut ve yerel imar planları arasında bağ kurulması ve planlamada eşgüdümün sağlanması" olduğu vurgulanmaktadır.¹⁰⁸ Öte yandan, İmar Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan nazım imar planlarının "varsa bölge ve çevre düzeni planlarına uygun" olması gerekliliğini vurgulayan ifadesi ile 8. maddesinde bölge planı yapımı veya yaptırılmasını Devlet Planlama Teşkilatı'nın "gerekli görüldüğü hallerde" yapılabileceği ifadesi, Bölge planı yapma konusunda Devlet Planlama Teşkilatı'nın takdir yetkisi bulunduğu anlamına gelmektedir.¹⁰⁹

İmar Kanunu'nda açıkça ve ayrıca tanımı yapılmamış olan *Metropol İmar Planları*, yukarıda konu yönünden yetki bahsinde vurgulanan İmar Kanunu' un Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nun yetki alanını düzenleyen 9. maddesinde yer verilmiş bir plan türüdür. Yasal düzenlemede mevcut olduğu işaret edilen bu boşluk, söz konusu planın tanımı ve bu planı yapmaya yetkili idarenin belirsizliği imar hukukunda tartışılmalı sorunlardan birini teşkil etmektedir. Büyükşehir Belediye Kanunu gereği nazım imar planı hazırlamakla yetkilendirilen Büyükşehir Belediyeleri, metropoliten imar planı hazırlamakta da kendilerini yetkili görmektedir.^{110 111} Ancak, metropoliten plan yapma yetkisi ne 3030 sayılı eski Kanunda ne de 5216 sayılı Büyükşehir Beledi-

¹⁰⁷ Orta, a.g.e.,s. 40.

¹⁰⁸ Keleş, Ruşen., "Kentleşme Politikası", 9. Baskı., İmge Kitabevi., Ankara., 2006., s.217.

¹⁰⁹ Yasa hükmünün muğlak ifadesine rağmen imar planları arasında genelden özele doğru bir ilişkinin kabulü çerçevesinde söz konusu planın da yapılması zorunlu planlardan olduğunu savunan görüşler doktrinde ağırlık oluşturmaktadır. Bkz. Kalabalık.,a.g.e.,s.66; Yaşar.,a.g.e.,s. 33.

¹¹⁰ "(...) metropoliten alan nazım imar planı olup olmadığı açık bir biçimde ortaya konmamıştır." Ünal,Yücel., "Türk Şehir Planlama Hukuku",Yetkin Yayınları, Ankara, 2003., s. 36.

¹¹¹ Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Büyükşehir Belediyeleri arasında yetki sorunlarının doğmasına mümkündür.

yesi Kanunu'nda Büyükşehir Belediyelerine verilmediğinden ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9. madde metninde açıkça belirtildiği üzere, bu planları yapma yetkisinin halen Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nda olduğunu kabul etmek gerekir.¹¹²

Çevre düzeni planı ise, İmar Kanunu'nun 5. maddesinde ülke ve bölge plan kararlarına uygun olarak konut sanayi tarım turizm ulaşım gibi yerleşme ve arazi kullanılması kararlarını belirleyen plan olarak tanımlanmıştır. İmar Kanunu'nda çevre düzeni planlarının sadece tanımının yer alması görevli ve yetkili kurum ve kuruluşların açıkça belirlenmemiş olması nedeniyle yerel yönetimler ile merkezi idare arasında bazen de bakanlıkların kendi arasında yetki çatışmalarına ve sorunlara neden olmuştur. Diğer yandan İmar Kanunu'nda çevre düzeni planlarının hazırlanmasına dair bir zorunluluktan söz edilmediği ve hatta nazım imar planının tanımının yapıldığı Kanun'un 5. maddesinde "*varsa çevre düzeni planlarına*" uygun olma şartı arandığının da belirtilmesi gerekir.

İmar Kanunu'nda sadece tanımına yer verilen çevre düzeni planlarıyla ilgili düzenlemelerde bu faaliyeti gerçekleştirmeye yetkili idarenin belirlenmesine ilişkin açıklık bulunmadığından, boşluk Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın konuya ilişkin düzenleyici işlemleri çerçevesinde doldurulmaya çalışılmıştır.¹¹³ 443 sayılı Çevre Bakanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yayımlanmasıyla çevre düzeni planı hazırlama yetkisi Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'ndan Çevre Bakanlığı'na geçmiştir.^{114 115}

¹¹² Kalabalık, a.g.e.,67

¹¹³ Çevre düzeni planlarının nazım imar plan niteliğinde olduğu kanısına varan Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nun, bu planların yapılmasında yetkili idarenin belediye ve valilikler olduğuna dair bir genelge yayınlamasından kısa bir süre sonra bu yetkinin Özel Çevre Koruma Alanları dışında Bakanlığın yetki alanına girdiğine dair başka genelge de hazırlamıştır.

¹¹⁴ Çevre ve Orman Bakanlığı 4.11.2000 tarih ve 24220 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Çevre Düzeni Planlarının Yapılması Esaslarına Dair Yönetmelik ile çevre düzeni planlarının yürürlüğe girmesi konusunda yetkinin Çevre ve Orman Bakanlığı'nda olduğunu belirtmiş ve Çevre Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı arasındaki yetki paylaşımındaki sorunu giderilmesi amaçlanmıştır. Sancakdar, Oğuz., "*Belediyelerin İmar Planı Yapması- Değiştirmesi ve İptal Davası*", Yetkin Yayınları., Ankara., 1996.,s.66.

¹¹⁵ Bu dönemde önüne gelen uyuşmazlıklarda Dan1_tay, bakanlıklar arasında Bu dönemde önüne gelen uyuşmazlıklarda Danıştay, bakanlıklar arasında çıkan

Çevre düzeni planlarını hazırlamaya yetkili idari mercie ilişkin bu belirsizlik 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1.5.2003 tarihinde kabul edilip 08.05.2003 tarih ve 25102 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanması ile sona ermiş görünmekle beraber, ikincil düzenleyici işlemler irdelendiğinde konunun karmaşık yapısını muhafaza ettiği görülmektedir. Zira bu yasanın 2. maddesinin h bendi "*dengeli ve sürekli kalkınma amacına uygun olarak ekonomik kararlarla ekolojik kararların bir arada düşünülmesine imkan veren rasyonel doğal kaynak kullanımını sağlamak üzere kalkınma planları ve bölge planları temel alarak çevre düzeni planlarını hazırlamak veya hazırlatmak, onaylamak, uygulamasını sağlamak*" Çevre ve Orman Bakanlığı'nın yetkileri arasında açıkça sayılmıştır. Kanun'un 10/c maddesi Çevre ve Orman Bakanlığı'nın ana hizmet birimlerinden bir olarak Çevresel Eki Değerlendirilmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü'ne "*dengeli ve sürekli kalkınma amacına uygun olarak ekonomik kararlarla ekolojik kararların bir arada düşünülmesine imkân veren rasyonel doğal kaynak kullanımını sağlamak üzere, kalkınma plânları ve bölge plânları temel alınarak çevre düzeni plânlarını hazırlamak veya hazırlatmak, onaylamak, uygulanmasını sağlamak.*" yetkisini açıkça vermiştir.¹¹⁶

Buna paralel olarak 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 9.maddesi de 24.04.2006 yılında yürürlüğe giren 5491 sayılı yasa ile yeniden düzen-

uyuşmazlığı aynı tüzel kişiliğin organlarının birbirlerine dava açamayacağı gerekçesi ile çözüme kavuşturmamış, çevre düzeni planı yapmaya yetkili idarenin belirlenmesi meselesini esastan halletmemiştir. "Devletin tüzel kişiliğinden ayrı olarak, bağımsız tüzel kişilik sahibi olan kamu tüzel kişilerinin Devletin diğer organları ile aralarında çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle yargı mercilerine başvurabilmesi mümkün iken; aynı tüzel kişiliğin, yani Devletin, tamamlayıcı birer organı olan Bakanlıkların, ayrı birer taraf sıfatıyla, aralarındaki uyuşmazlıkları yargı yerleri önüne getirerek dava konusu yapmalarına olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, aynı tüzel kişiliği temsil eden Bakanlıklar arasında yetki veya diğer nedenlerle ortaya çıkan uyuşmazlıkların, bu tüzel kişiliğin kendisi tarafından ve organlar arasında eşgüdümü sağlamak ve düzeltici önlemleri almakla yükümlü üst organca, yani Bakanlar Kurulu ve Başbakanca çözümlenmesi gereklidir." Bkz.D.6.D.E:2001/128,K:2001/582, T:30.01.2001

¹¹⁶ Bu bağlamda, Çevre Düzeni Planlarına Dair Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrasında yetkili idarelerce onaylanan çevre düzeni planlarının Bakanlığa gönderileceği, 14. maddesinin 2. fıkrasında ise onaylanan planların izleme ve denetleme görevinin Bakanlığa ait olduğunu söyleyerek Çevre ve Orman Bakanlığı'nın yalnızca yukarıda belirtilen alanlarda çevre düzeni planı yapmak yetkisinin olmadığını aynı zamanda ülke çapında hazırlanan tüm çevre düzeni planlarının toplanması, izlenmesi ve denetlenmesi görevine de sahip olduğu düzenlenmiştir.

lenmiştir. Maddenin konumuzla ilgili (b) fıkrası “Ülke fizikî mekânında, sürdürülebilir kalkınma ilkesi doğrultusunda, koruma-kullanma dengesi gözetilerek kentsel ve kırsal nüfusun barınma, çalışma, dinlenme, ulaşım gibi ihtiyaçların karşılanması sonucu oluşabilecek çevre kirliliğini önlemek amacıyla nazım ve uygulama imar plânlarına esas teşkil etmek üzere bölge ve havza bazında 1/50.000-1/100.000 ölçekli çevre düzeni plânları Bakanlıkça yapılır, yaptırılır ve onaylanır. Bölge ve havza bazında çevre düzeni plânlarının yapılmasına ilişkin usûl ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” düzenlemesini amirdir.¹¹⁷

Danıştay uygulamasına bakıldığında çevre düzeni planlarının yapımına yetkili olan idari makamın belirlenmesi sorununun özellikle yerel yönetimler ile bakanlıklar arasında ve Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığı arasında yaşandığı görülmektedir. Özellikle yerel yönetimler ile Bakanlık arasında 1/25000 ölçekli planları yapma yetkisinin kime ait olduğu konusunda sorun yaşanmıştır.¹¹⁸ Bakanlıklar arasında yaşanan sorunlar ise mevzuat-

¹¹⁷ Yasada çıkarılacağı söylenen Çevre Düzeni Planlarına Dair Yönetmelik 11.11.2008 tarihli ve 27051 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin 1. maddesi amacını şu şekilde tanımlamıştır. “ülkemizin sahip olduğu doğal, tarihi ve kültürel zenginliğin korunarak kalkınma planları ve varsa bölge planları temel alınarak, ekonomik kararlarla ekolojik kararların bir arada düşünülmesine imkan veren, genel arazi kullanım kararları ile bunlara ilişkin strateji ve politikaları oluşturmak ve çevre kirliliğini önlemek amacıyla nazım ve uygulama imar planlarına esas teşkil etmek üzere bölge ve havza bazında 1/50.000-1/100.000 ölçekteki çevre düzeni planlarının hazırlanmasına, hazırlattırılmasına, onaylanmasına, izlenmesine, denetlenmesine ve bu planlar üzerinde yapılacak değişikliklere ilişkin usul ve esasları düzenlemek”. Yönetmeliğin ‘Planlama Alanının Tespiti’ başlıklı 6. maddesi konumuz açısından önemlidir. Madde “Planlama alanı; a) Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Çevre Kanunu kapsamında; Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından belirlenen büyük akarsu havzaları veya Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından belirlenmiş istatistikî bölge birimleri (düzey 2) ile birlikte idari sınırları da dikkate alınarak, en az iki il sınıırını içerecek şekilde, b) İl özel idareleri ve belediye sınıırı il sınırı olan Büyükşehir belediyeleri, 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu kapsamında yetki alanlarını aşmayacak şekilde belirlenir.” biçiminde kaleme alınmıştır.Şu halde yukarıda anılan yasal düzenlemelerde Çevre ve Orman Bakanlığı’na verilen çevre düzeni planı yapma yetkisi, yönetmelik hükümleriyle, ancak “istatistikî bölge birimleri (düzey 2)” olarak belirlenen alanlara şamil kılınmıştır. İstatistikî bölge birimleri(düzey 2) kavramı ise 25.01.2006 tarih ve 5449 sayılı Kalkınma Ajansları Kanunu’ nunda tanımlanan “bölge” kavramı ile eşdeğer olup, bu kanuna ek 1 numaralı listede sayılmış illeri kapsamaktadır. Yönetmeliğin 6/b bendindeki halde ise, Büyükşehir belediyeleri ile il özel idareleri çevre düzeni planı hazırlama yetkisine kavuşacaklardır.

¹¹⁸ Konuyla ilgili olarak Bkz: Ünal.,a.g.e.,s. 29.

taki değişiklikten kaynaklı olarak Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nun yapmış olduğu çevre düzeni planları üzerinde Çevre ve Orman Bakanlığı ile Büyükşehir Belediyelerinin yetki iddiaları üzerine doğmaktadır.¹¹⁹

Yine Danıştay, Çevre Düzeni Planlarına Dair Yönetmelik yürürlüğe girinceye dek verdiği pek çok kararında belediyelerin hazırlayacakları imar planlarında ölçek sınırını gözetmelerine ve Büyükşehir belediyelerinin 1/25000 ölçekli yapacakları planların ancak nazım imar plan olabileceğine vurgu yaparak belediyelerce hazırlanan çevre düzeni planlarını yetkisizlik gerekçesi ile reddetmiştir.¹²⁰

Yukarıda açıklandığı üzere yeni hukuki durumda da çevre düzeni planı yapma yetkisine ilişkin benzer sorunların Çevre ve Orman Bakanlığı ile İl Özel İdareleri ve Büyükşehir Belediyeleri arasında yaşanabileceği öngörüsünde bulunabilmek zor değildir.

b. Alt ölçekli imar planlarını yapma yetkisi

İmar Kanunu imar planlarının nazım ve uygulama imar planlarından meydana geldiğini belirtilmektedir (md.6). Plan hiyerarşisinde en alt sırada yer alan ve gerek yapılışında gerek uygulanma safhasında bir arada değerlendirilmesi gereken nazım ve uygulama imar planlarının esasen bir bütünü oluşturdukları, farklı türde planlar olmayıp imar planının konusuna göre alabileceği iki şeklden ibaret bulunduğu söylenebilir.¹²¹

¹¹⁹ Danıştay Büyükşehir belediyesi tarafından onaylanan çevre düzeni planı üzerinde Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nun değişiklik yapmasına ilişkin bir uyuşmazlık hakkında verdiği kararda "dava konusu 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planı değişikliğine esas alınan 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planının Mersin Büyükşehir Belediye Meclisi kararıyla onanmış olması nedeniyle 1/25.000 ölçekli plan yapma konusunda yetkili olan Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca yetkisiz makamca onaylanmış 1/25.000 ölçekli planda değişiklik yapılması yoluna gidilmesi hukuken olanaklı görülmediğinden, dava konusu plan değişikliği ile yapılan itirazın reddine ilişkin işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı" hükmü vererek yetkisiz idare tarafından yapılan çevre düzeni planı üzerinde yetkili idarenin değişiklik yapamayacağına; bunun yerine yetkili idare tarafından yeni bir çevre düzeni planı hazırlanarak yetkide ve usulde paralellik ilkesini de gözeterek Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nun yetkili idare olarak plan yapması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. D.6.D.E:2002/2797, K: 2003/7024, T:19.12.2003

¹²⁰ D.6.D.E:1996/1218, K:1997/1570, T: 25.03.1997

¹²¹ Orta, a.g.e., s.27

İmar hukukunda nazım imar planının genel çerçevesi İmar Kanunu¹²² ve Yönetmelik¹²³ hükümlerinde çizilmiştir.¹²⁴

Bunun yanında ve ayrıca Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7. maddesine göre, "çevre düzeni plânına uygun olmak kaydıyla, Büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde 1/5.000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte nazım imar plânını yapmak, yaptırmak ve onaylayarak uygulamak" yetkisi Büyükşehir Belediye'sine aittir. Şu halde, bizzat kanun hükmü gereği, büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içindeki nazım imar planlarını, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliği'nin belirtilen ölçek olan 1/ 2.000 - 1/ 5. 000 ölçeğinden daha büyük olarak 1/5000 ve 1/25000 arasındaki her ölçekteki yapma, yaptırma ve onaylama yetkisine sahiptir.

Büyükşehir Belediyesi dışındaki il ve ilçe belediyeleri açısından, nazım imar planı yapma yetkisi 1/ 5.000 ölçeğine kadardır.¹²⁵

¹²² İmar Kanunu'nun 5. maddesinde nazım imar planı, "varsa bölge veya çevre düzeni planlarına uygun olarak hâlihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporuyla beraber bütün olan plan" olarak tanımlanmıştır

¹²³ Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinde nazım imar planı, "onaylı hâlihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olan, varsa bölge ve çevre düzeni planlarına uygun olarak hazırlanan ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere 1/2000 veya 1/5000 ölçekte düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporu ile bir bütün olan plan" olarak tanımlanmıştır.

¹²⁴ Şu halde, nazım imar planı, "uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas alınan ve raporuyla bir bütün olan ve yerleşmenin konut, çalışma, ticaret, turizm, yeşil alanlar, sanayi bölgeleri, yerleşim dışı alanlar ile kentsel sosyal ve teknik altyapı alanlarını belirleyen plandır" Keleş.,a.g.e.,s.220.; "Kısaca nazım plan, ticaret, sanayi ve ikamet bölgelerinde ve yeşil sahaları, iskana elverişsiz veya iskana müsaade edilmeyen bölgeleri, iskan bakımından yoğun veya seyrek bölgeleri, topoğrafik özelliklerden yararlanma hususlarını, münakale sistemlerini ve bu gibi ana hatları göstermek suretiyle arazi parçalarının kullanma biçimlerini belirten ve bir rapora dayanan plandır. Nazım plan rapor ile bir küll teşkil eder." Bkz. Artukmaç, Sadık., "Türk İmar Hukuku" .4. Baskı.,Ankara.,1976.,s.196.

¹²⁵ İmar Kanunu'nun 8. maddesi, nüfus ve iş gücü dağılımı gibi kentin uzun süreli projeksiyonunu belirleyen bir plan olarak nazım imar planının, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde kalan yerlerde yerinden yönetim ilkesine uygun ola-

Uygulama imar planları da İmar Kanunu¹²⁶ ve yönetmelikte¹²⁷ ayrıntılı düzenlenmiştir. Uygulama imar planı yapma yetkisine dair vurgulanması gereken husus, Büyükşehir Belediye Kanunu'nun uygulandığı alanlarda uygulama imar planlarını yapma yetkisinin belediyelerde olduğu ancak, 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, *"(...) Büyükşehir içindeki belediyelerin nazım plâna uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar plânlarını, bu plânlarda yapılacak değişiklikleri, parselasyon plânlarını ve imar ıslah plânlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek; nazım imar plânının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmayan ilçe ve ilk kademe belediyelerinin uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmak veya yaptırmak."* yetkisinin Büyükşehir Belediyesinde olduğudur.¹²⁸

rak belediyelerce hazırlanacağı ve belediye meclisince kabul edilerek yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Belediye ve mücavir alan dışındaki yerlerde ise il özel idaresi veya ilgisince yapılan veya yaptırılan planın il genel meclisi tarafından onaylanarak yürürlüğe girecektir.

¹²⁶ Uygulama imar planı ise İmar Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında, *"tasdikli hâlihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plandır."* şeklinde tanımlanmıştır.

¹²⁷ Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde uygulama imar planlarının 1/1000 ölçeğinde hazırlanacağı düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere göre uygulama imar planları nazım imar planları ile getirilen koruma, kullanma, kısıtlama, yasaklama ve yönlendirmeye ilişkin kararların detaylandırılan ve uygulanabilir hale getiren planlardır. İmar Kanunu'nun 8. maddesine göre, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde kalan yerler için yapılacak olan uygulama imar planları ilgili belediye tarafından yapılacak ya da yaptırılacaktır; belediye meclisi tarafından onaylanarak da yürürlüğe girecektir.

¹²⁸ Anayasa Mahkemesi, söz konusu kanun hükmünün anayasaya aykırılığına ilişkin iddiaları şu gerekçelerle reddetmiştir. *"Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrasında büyükşehir belediyesinin görev ve yetkileri düzenlenirken, üçüncü fıkrasında ilçe ve ilk kademe belediyelerinin görevleri sayılmaktadır. Birinci fıkranın (b) bendi ile büyükşehir belediyesine, büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde 1/5.000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte nazım imar planını yapmak, yaptırmak ve onaylayarak uygulamak görevi verilmektedir. Ayrıca, büyükşehir içindeki belediyelerin nazım plana uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar planlarını, bu planlarda yapılacak değişiklikleri, parselasyon planlarını ve imar ıslah planlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek, büyükşehir belediyesinin görev ve yetkisi içindedir. Bu yapılırken üst ölçekteki planlara uygun olması da gerekir. 1/5.000 in altında kalan uygulama imar planlarını yapma görevi ise ilçe ve ilk kademe belediyelerine verilmektedir. Bu planlar da, Yasa'nın 14. maddesinin son fıkrası gereğince, üç ay içinde büyükşehir belediyesi meclisi tarafından*

Yerel yönetim reformları olarak adlandırılan yasa değişikliklerine temek dayanak olarak gösterilen merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet biçiminde işleyen denetim yetkisi böylece kırılmakla birlikte, bunun yerine yerel yönetimler içerisinde Büyükşehir Belediyelerine eski merkezi idare birimlerinin bile sahip bulunmadığı bir değiştirerek onama yetkisi verilmiş olmaktadır. Esasen, yasa koyucunun Büyükşehir Belediyesine onama yahut onamama şeklinde bir yetkiyi vermekle yetinmesinin daha yerinde olacağı ve bu şekilde söz konusu karar üzerine idari yargı yerleri son sözü söyleme imkânına sahip olacağı

nazım imar planına uygunluğu yönünden incelenerek aynen veya değiştirildikten sonra büyükşehir belediye başkanına gönderilir. Büyükşehir belediye meclisi iptal istemine konu ibare gereği bunları aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabilir. Bu planların ilçe veya ilk kademe belediyesi hiç yapılmaması durumunda ise görev büyükşehir belediyesine aittir. Dava dilekçesinde, ibarenin ilçe ve ilk kademe belediyelerinin özerklikleri ile bağdaşmadığı ifade edilerek, bu yetkiyle ilçe ve ilk kademe belediyelerin imar planları ile ilgili bağımsız hizmet verme ve karar alma iradelerinin yok edildiği ve bu durumun ağır bir vesayet yetkisi olduğundan Anayasa'nın 2., 11. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında, "Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir." denilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği, üçüncü fıkranın son tümcesinde ise kanunla, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirilebileceği ifade edilmiştir. İdari vesayet mahalli idareler üzerinde merkezi idareye tanınan bir yetki olduğuna göre bir mahalli idare olan büyükşehir belediyesine tanınan bu yetkinin vesayet içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir. İmarla ilgili karmaşık bir görünüme sahip mevzuatın benimsediği sistemde kural olarak alt ölçekli planların üst ölçekli planlara uygun olması esastır. Diğer yandan, kentsel dönüşüme ilişkin bazı yasalar istisna kabul edilirse, ölçek büyüklüğüne bağlı olarak bu planlar üzerinde yetki sahibi de farklıdır. 5216 sayılı Yasa ile bazı illerde il sınırı, bazılarında merkezden 20, 30 ve 50 km. yarıçapında bir daire sınırı Büyükşehir belediyesine sınırları olarak belirlenmiş, bu sınırlar içerisinde kalıp daha önce Büyükşehir belediyesine bağlı olmayan belde ve ilçe belediyelerinin tüzel kişiliklerinin devam etmesi öngörülmüştür. İmarla ilgili mahalli müşterek ihtiyaç kavramının Büyükşehir belediyesi sınırlar içerisinde de geçerli olduğu açıktır. Büyükşehirin imar düzeninin bir bütünlük içinde ele alınması, bunu sağlamaya yönelik denetimin de üyeleri ilçe ve ilk kademe belediyelerinin belediye meclis üyelerinden oluşan Büyükşehir belediye meclisi tarafından yapılması Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesi kapsamında değerlendirilmiştir. Aksinin kabulü, bir yandan büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri öngörülürken, diğer yandan Büyükşehir belediyesine bağlı ilçe ve ilk kademe belediyelerinin tüm yetkilerinin aynen devamı anlamına gelir. Büyükşehir belediyelerinin kurulmasındaki Anayasal amaç gözetildiğinde, uygulama imar planlarını nazım imar planına uygun olarak değiştirme veya aynen onaylama biçiminde Büyükşehir belediyesine verilen bu yetki, ilçe ve alt kademe belediyelerinin özerkliğine müdahale anlamına gelmez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 11. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." Bkz. AYM E:2004/79, K:2007/6, T:25.01.2007

ifade edilmelidir. Veyahut yasa koyucu, ilçe belediyesine daha özerk bir yapı tanımak için, söz konusu planların sadece Büyükşehir Belediyesi'ne bildirilmesi zorunluluğu getirmekle de yetinilebilirdi. Yine aynı maddede, Büyükşehir belediyelerine tanınan, ilçe belediyelerinin uygulama imar planlarını değiştirerek onaylama yetkisi yanında, bunların yerine geçerek uygulama imar planı yapma yetkisi, Büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasında anayasal dayanağını Anayasa'nın 123.maddesinden alabilecek, merkezin yerel yönetim üzerindeki denetim yetkisi olmadığından vesayet olarak nitelendirilemeyecek, ancak hiyerarşi benzeri bir ilişkinin yaratılmış olduğu görülmektedir.¹²⁹

Gelinen noktada açıklıkla görüldüğü üzere nazım ve uygulama imar planlarını yapma yetkisi bakımından sorun alanları Büyükşehir belediyeleri ile Büyükşehir belediyelerine bağlı belediyelere ilişkin düzenlemelerdir.

Uygulamada, uygulama imar planı hazırlayan belediyelerin nazım imar planlarına aykırı veyahut onları aşan düzenlemeler yapmaları¹³⁰ veya aksine nazım imar planı hazırlayan Büyükşehir belediyelerinin hazırladıkları nazım imar planını, uygulama imar planı gibi ayrıntılı düzenlediklerine şahit olunmaktadır.^{131 132}

¹²⁹ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile birlikte ele alınması halinde, Büyükşehir belediyelerinin planlama yetkilerinin 1/25000 - 1/5000 ölçekleri arasındaki nazım imar planları ile sınırlı olmadığı aynı zamanda 1/50000 veya 1/100000 ölçeklerinde il çevre düzeni planının kabulü ve onaylanmasını da kapsadığı belirtilmelidir. Yapılan açıklamalar ışığında 5216 sayılı kanunla Büyükşehir belediyelerinin kentin fiziksel, sosyal, demografik ve ekonomik olarak planlanmasında esas ve belirleyici bir görevli haline getirildiği ve kentin mekansal kullanımına ilişkin etkili birim yapıldığı sonucuna varılabilecektir. Bu durumun en açık sonucu ise, belediyelerin mahalli müşterek ihtiyaçlar doğrultusunda yaptıkları planlama çalışmalarının, büyükşehir belediyeleri tarafından 'yerine geçerek karar verme' yetkisi ile kolaylıkla değiştirilebileceğidir.

¹³⁰ "uygulama imar planlarının üst ölçekli planlara aykırı olamayacağı, arazi kullanım kararlarının alt ölçekli imar planlarıyla değiştirilemeyeceği kuşkusuzdur. (...) 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarının üst ölçekli nazım imar planına uygun olup olmadığı araştırılmaksızın karar verilmesinde hukuka uyarlılık bulunmadığına" D.6.D.É:1993/601, K:1993/2824. T:01.07.1993

¹³¹ "nazım imar planlarını yapmakla yükümlü olan davalı büyükşehir belediyesince yapılan dava konusu plana parselasyon işleminin sonuçlarını yaratacak nitelikte plan notu hükümleri öngörülmesi hukuka aykırıdır" D.6.D.É:1999/2248, K:2000/4203,T:22.06.2000,. Benzer iki karar için bkz: D.6.D, E:1999/2255,K:2000/3230,T:23.05.2000; D.6.D E:2003/1960, K:2004/5303, T:04.11.2004,

¹³² İl ve ilçe kademe belediyelerinin büyükşehir belediyesinin hazırlayacağı nazım imar planlarına uygun olarak uygulama imar planını hazırlama görevi ve yetkisi olduğuna işaret etmiş ve nazım imar planlarının ayrıntılı düzenlemelerinin

Yine Büyükşehir Belediyelerinin hazırladıkları nazım imar planıyla mevcut uygulama imar planında değişiklik yapmaları nedeniyle de uyumsuzluklar çıkmaktadır. İlgili idarenin yetkisinin dışına çıkarak yetkili olmadığı ölçeklerde ve boyutlarda plan yaptığı örnekler de yargı makamları önüne gelmektedir.¹³³

Büyükşehir belediyelerin ilçe belediyeleri karşısında imar planları alanında edindiği bu geniş yetki alanına karşın büyükşehir belediyelerin ilçe belediyelerin yetki alanına müdahalesi sona ermemiştir.¹³⁴

Yeni yerel yönetim yasaları sonrasında kanunlarla tanınan yetkiler bakımından bir karmaşa yaşanmıştır. Bu konuya ilişkin olarak Danıştay 1.Dairesi'nce verilen istişari kararda¹³⁵, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu hükümlerine dayalı imar planı yapma yetkisinin diğer özel yasalardaki imar planı yapma yetkilerinden sonra geldiği bu nedenle özel yasalarda yer alan yetkilerin önceliğinin bulunduğu yönünde yorum benimsenmiştir.¹³⁶

uygulama imar planı ile hazırlanacağına ilişkin olarak Bkz. D.6.D.E:1998/2578, K:1999/2737, T:18.05.1999

¹³³ Ünal, a.g.e.,s.30

¹³⁴ Örneğin Danıştay Büyükşehir belediyelerinin değiştirerek onama yetkisini aşarak, resen değişiklik yapması ya da yasada tanınan bir yıllık süre dolmadan resen uygulama imar planı yapması hukuka aykırı görmektedir. Bu konuya ilişkin bir kararın gerekçesi şu şekildedir. *"büyükşehir belediyesinin görev ve yetkisi, ilçe belediyesinden gönderilen 1/1000 ölçekli imar planlarını nazım imar planlarına uygunluğu yönünden inceleyerek aynen veya değiştirerek onaylamak ve nazım imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar planlarını yapmayan ilçe ve ilk kademe belediyelerinin uygulama imar planlarını yapmakla sınırlı olup, Büyükşehir belediye meclisinin kendiliğinden 1/1000 ölçekli planı yeniden yapma yetkisi bulunmamaktadır."* D.6.D.E:2006/3478, K:2006/4232,T:27.9.2006

¹³⁵ "(....)Görüldüğü gibi özel kanunlarda yer alan plan yapılmasına ilişkin hükümler; 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun yukarıda belirtilen maddeleri ile 3194 sayılı İmar Kanununun 4 üncü maddesi karşısında özel hükümler niteliğindedir. Özel Kanunlarda yer alan plan yapma yetkisine ilişkin hükümler bir kanun hükmü ile yürürlükten kaldırılmadığı sürece özel kanunlarla yetkili kılınan kurum ve kuruluşların bu yetkilerinin devam ettiği açıktır. Açıklanan nedenlerle, özel kanunlarda imar planı yapma yetkisi verilen kurum ve kuruluşların bu yetkilerinin sonradan yürürlüğe konulan 5393, 5216 ve 5302 sayılı Kanunlarla yürürlükten kaldırılmadığı sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına" Bkz. D1.D. E: 2005/845, K:2005/1534, T:23.12. 2005

¹³⁶ Kalabalık, a.g.e.,s. 114-115.

B. Şekil Yönünden Hukuka Aykırılık

Şekil ögesi, bir idari işlemin hukuken geçerlilik kazanması için başından beri uyulması gereken kurallar bütünü, hazırlıkları ve araştırmaları kapsar. İdari işlem ve kararlar kanun yahut kanuna dayalı çıkartılmış idari düzenleyici işlemlerde belirlenmiş şekil kuralına uygun olarak yapılır ve alınır. Bu durum ilgililer açısından hukuki güvence sağlanmasını ve idari işleme muhatap olanların ne ile karşılaşacaklarını bilebilecekleri bir sürecin işletilmesini de sağlar. Bu nedenle yasa ve idari düzenlemelerle belirlenen şekil ve usul kurallarına uyulmaması, o işlem ya da kararın hukuken sakatlanmasına neden olur. Diğer yandan asli ve tali şekil noksanlığı ayırımından tali şekil noksanlıklarının imar planları açısından örneği yoksa da, imar planları açısından tüm şekil ve usul kuralları işlemin sıhhati açısından büyük öneme sahiptir.¹³⁷

C. Sebep Yönünden Hukuka Aykırılık

Sebep ögesi idareyi belli bir karar veya işleme götüren, diğer bir deyişle idareyi o işlemi yapmaya sevk eden, hukuki durumu ifade eder. İdari işlemler, kendilerinden önce var olan ve nesnel hukuk kurallarına dayanan bir sebepten kaynaklanmak zorundadır. Bu nedenle idare, imar planları açısında da dayandığı sebebi ortaya koymak zorundadır.

Sebep unsuru idareyi bir işlemi yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenlerdir. Bir başka deyimle sebep idari otoriteyi bir tasarrufu itihaza yönelten dürtüdür. İdarenin bir işlemi tesis edebilmesi için yalnızca onu yapmaya yetkili olması gerekmez ayrıca onu yapmak için bir sebebi de bulunmalıdır. İdari işlemlerin tesisi öncesinde bazı hazırlık işlemlerinin yapılması zorunlu kılınmış olabilir. Bu hallerde hazırlık işlemleri ilgilileri için usuli güvence teşkil ederler ve kararı oluşturan asıl iradeyi etkilemekle birlikte onun dışında kalırlar. Yayı'nın belirttiği gibi, ön araştırma veya inceleme yapılmadan itihaz edilen

¹³⁷ Örneğin Danıştay 6. dairesinin 1994 yılında vermiş olduğu bir kararında, milli savunma bakanlığının imar planlarının onaylanması aşamasında bakanlığın görüşünün alınmasının zorunlu olduğunun düzenlendiği durumlarda bakanlık görüşünün alınmadan işlemin gerçekleşmesini hukuka aykırı bulmuştur.

idari karar sırf bu nedenle yalnızca usul/şekil unsuru yönünden sakat olmaz. Bu tür bir noksanlık işlemi sebep unsuru yönünden de sakatlayabilir. İdarenin gerekli ön incelemeleri yapmamış olması halinde idare işlemin tesisinin objektif gerekçelerini ortaya koyamayacaktır. Bu durum da işlemi sebep unsuru yönünden sakatlayacaktır. Bu nedenle idari işlemlerde araştırma ve inceleme aşaması özellikle düzenleyici, kurucu işlemlerde kanunda öngörülmemiş olsa dahi, işlem iptal davasına konu edildiği takdirde sebep unsuru yönünden denetiminde nazara alınacağı için, bir zorunluluk olarak nitelendirilebilir.

Hazırlık aşamasında yer alan araştırma, inceleme ve değerlendirmeler buna dayalı olarak ortaya çıkacak olan imar planının maddi/olgusal sebeplerini meydana getirirler. Örneğin imar planında iskân bölgesi olarak ayrılan bir alan ayrılmış ise yapılan ön araştırmalarda bu bölge için belli bir nüfus yoğunluğunun öngörülmüş olması gerekir.

D. Konu Yönünden Hukuka Aykırılık

Konu ögesi, bir idari işlemin doğuracağı hukuki sonucu ifade eder. Kişilerin veya şeylerin hukuki durumunda meydana gelen değişiklikler, işlemin konusunu oluşturur. İmar planlarının konusunu ise arazi parçasının genel kullanım biçimlerinin, bölge tiplerinin, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarının, yapı yoğunluğunun, yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklüklerinin, ulaşım sistemlerinin belirlenerek bunlara ilişkin uzun süreli bir planlama ve çözümleme yapılması oluşturur. Buna göre imar planlarının konu yönünden sakat olmaması için konusunun mümkün ve meşru olması gerekir.¹³⁸ Bu bağlamda Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrası gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 No' lu protokolde 11. Protokol ile düzenlenen yeni metnin 1. maddesinde düzenlenen mülkiyetin korunmasına ilişkin önemli bir hükmün de gerek imar planlaması yapan idarelerce gerekse bu planların yargısal denetimini yapacak idare mahkemeleince dikkate alınması gerekir.¹³⁹

¹³⁸ Sancakdar.,a.g.e.,s.28 ila 32.

¹³⁹ Madde hükmü şu şekildedir: "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

İlgili hüküm dikkate alındığında madde kapsamında akit devletlere yükümlülükler getirdiği görülmektedir. Sözleşmeye taraf devletlerin ülke uygulamalarında bu hükmü dikkate almaları uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarıdır. Öte yandan pozitif hukukumuz (Ay.md.90/5) gereği, söz konusu anlaşma hükümlerinin kanun hükümleri ile çatışması halinde protokol hükümlerinin esas alınması gerekecektir, yani konu uluslar arası hukuk yanında anayasa ve idare hukuku ile de iç içedir.

İmar planları bakımından düşünüldüğünde daha plan aşamasında merkezi idare yahut yerinden yönetim kuruluşlarınca bu hükmün dikkate alınması oldukça önemlidir. Yine doğacak uyuşmazlıkların yargı organlarınca halli sürecinde de idarenin imar planları ile kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin protokolde yer alan güvence hükümlerini ihlal edip etmediğini araştırması zorunludur. Bu araştırmada ulaşılabildiği kadarıyla idari yargı yerleri, protokol hükmünü ihlali gerekçesi ile imar planlarının iptaline ve istenmiş ise ayrıca tazminata hükmetme konusunda çekingen davranmaktadırlar. Söz konusu durum, iç hukukumuz yönünden pozitif düzenlemenin varlığına rağmen önemli bir eksikliği de ortaya koymaktadır. Öte yandan, iç hukuk düzeninde zararlarını tazmin ettiremeyen akit ülke vatandaşları sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşları, protokolün anılan maddesinin ihlali nedeniyle tazminat istemli yaptıkları başvurular hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlarda Türk Yargısının aksine tazminat hükümleri kurabilmekte olduğu gözlenmektedir.¹⁴⁰ Türk idari yargı yerlerinin yalnız imar planlarının değil idarenin imar hukukuna ilişkin tüm işlemlerinin denetlenmesinde bu hükümleri de nazara almak suretiyle korumakla görevli olduğu anayasal temel hakları daha etkin biçimde gözetmesi gerektiği açıkça ortadadır.

¹⁴⁰ Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez".

¹⁴⁰ Bkz., Doğrusöz ve Aslan Kararı, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/dogrusozveaslan.doc> Erişim tarihi: 22/05/2009.

E. Maksat Yönünden Hukuka Aykırılı

Amaç/maksat ögesi, idarenin o idari işlem ile ulaşmak istediği ve o işlemde beklediği nihai sonuçtur. İdari işlemlerin ve kararların amacı kanunda açıkça gösterilsin ya da gösterilmesin idari hizmetinin iyi biçimde yürütülmesi ve kamu yararının sağlanmasıdır. Bütün idari işlemlerin genel amacı kamu yararadır. Diğer yandan idari işlemlerin daha özel amaçları da bulunabilir, ancak nihai amacının kamu yararının sağlanması olması gerekir. İmar planlarının yapılmasındaki amacı Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 1. maddesinde özetlenmiştir.¹⁴¹ İmar planlarına ilişkin yargı kararlarında da sıkça ifadesini bulan imar planlarının genel amacı, *“planlama esasları, şehircilik ilkeleri ve kamu yararı”* olarak belirlenebilir.

Her idari işlemde olduğu gibi imar planlarında da nihai amacın kamu yararı olduğu söylenebilir. Planlama işlemi düzenli bir şehir öngörüsü ile tesis edildiğine göre ancak bu öngörüye yönelmesi halinde kamu yararına uygun bir işlemdir. İmar planları konunun uzmanı kimselerce yapılan ön çalışmalara dayalı olarak ortaya konulan olguların ve bunlara ilişkin alternatiflerin değerlendirilmesi ve yetkili idarece bu konuya ilişkin bir seçim yapılması ile oluşturulacaktır. Ancak fazla ayrıntılı çalışmalar eliyle açık seçik verilerin ortaya konması halinde tercih imkânının tek bir seçeneğe indirilebilmesi mümkündür. Şu halde, idare genel olarak planlama faaliyetini gerçekleştirirken, özel olarak da imar planlarını yaparken, kamu yararının en iyi şekilde gerçekleştirileceği bazı alternatifler belirlemekte ve bunlardan birini seçmektedir. Bu durumda, imar planlarının maksat unsuru yönünden denetlenmesinde, idare mahkemeleri Anayasa'nın 125/4 ve İYUK md.2/2 de belirtilen yerindelik denetimi yapılamaması yasağını çiğnemekte midir? Bir başka ifade ile imar planlarının yargısal denetiminde maksat unsuru yönünden yapılacak denetim hukukilik denetimi mi yoksa yerindelik denetimi midir? Yahut geleceği planlama faaliyeti esnasında hukukilik ve yerindelik kavramları birbirine karışmakta mıdır?

¹⁴¹ Bu maddeye göre imar planlarının kamu yararı olarak özetlenebilecek amacı, *“insan, toplum, çevre münasebetlerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yatından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımlarının yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın korunma, kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek üzere hazırlanacak her tür ve ölçekteki planın ve bu planlar üzerinde yapılacak değişikliklerin hangi esaslar dâhilinde yapılacağını belirtilmesi”* şeklinde açıklanabilir.

Bize göre, imar planlaması faaliyetinde yukarıda işaret edilen hazırlık işlemlerinin tesisi ve alternatiflerin ortaya konması için gerçekleştirilen çabaların her biri hukukilik denetiminde nazara alınacak ölçütlerdir. İdare, imar planlaması faaliyetinde öyle bir araştırma yapmalıdır ki, sonuç itibarıyla kamu yararını gerçekleştirebileceği, seçilebilir tek alternatifi her yönü ile ortaya koyabilmiş olmalıdır. Bu nedenle söz konusu alternatifi ortaya koymak yönünden yapmamış olduğu her inceleme işlemini sebep yönünden olduğu gibi maksat yönünden de sakatlar.

Danıştay kararlarında imar planlarının sebep ve maksat ögesi yönünden değerlendirilirken bazı kavramların kullanıldığı göze çarpmaktadır. Buna göre imar planlarının sebep ve maksat unsuru yönünden denetimi, “*şehircilik ilkeleri*”, “*planlama esasları*” ve “*kamu yararına uygunluk*” ve “*üstün kamu yararı*” kavramları üzerinden gerçekleştirilmektedir. İmar planlarının yargısal denetiminde “*imar planlarının bütünlüğü*”, “*genel yapısı*”, “*kapsadığı alanın nitelikleri*” ve “*çevrenin korunması*” gibi olguların da gözetilmesi zorunludur.^{142 143} Söz konusu kavramların içeriği Danıştay kararlarında bunlara hangi biçimde dayanıldığıнын belirlenmesi ile daha net biçimde ortaya çıkarılabilir.

Danıştay 6. Dairesi bir kararında, dava konusu taşınmaz üzerinde yapılan imar planı değişikliğinin şehircilik ve planlama ilkeleri ile

¹⁴² Bu ibarenin aynen yer aldığı bazı kararlar için Bkz.D.6.D.E:2004/422,K:2005/5127, T:26.10.2005 ve D.6.D.E:1998/6752,K:2000/4201,T:22.06.2000; D.6.D.E:1996/5362, K:1997/3020,T:17.06.1997

¹⁴³ Danıştay, sadece imar planlarının değil, imar plan değişikliği istemi üzerine tesis edilen işlemlerin denetiminde de bu kavramlara dayanmaktadır. Örneğin Danıştay, imar plan değişikliği isteminin reddi işleminin iptali istemiyle açılan bir davada, “*mahkemenin değişiklik istemlerinin idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatım dengesi yönünden irdelenmesi gerektiği, planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyumsuzluk konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde plan değişikliği yapılmasının mümkün olduğu..... bu nedenle idare mahkemesince plan değişikliği isteminin şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı yolunda yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu hususlar araştırılmaksızın davanın reddine karar verilmesinde*” isabet görmemiştir. Bkz.D.6.D.E:2001/3011,K:2002/4097,T:07.10.2002 Bunun gibi, plan değişikliği isteminin zimnen reddi işleminin dava konusu edilmesinin durumunda da Danıştay, ilgilinin plan değişikliği isteminin şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına göre yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ve ancak bu değerlendirmenin üzerine bir hüküm kurulabileceğini belirlemiştir. Bkz.D.6.D.E:2001/6807, K:2003/105, T:09.01.2003

kamu yararı amacına uygun olmadığı kanaatine varmış, “davacı taşınmazının bulunduğu alanda birkaç defa imar planı değişikliğinin yapılmasının plan ana kararlarını bozduğu ve planlamada aranan süreklilik ilkesinin zedelendiği” gerekçesiyle dava konusu imar planı değişikliğinin iptaline karar verilmiş olan bidayet mahkemesi kararını onamıştır.¹⁴⁴

Danıştay imar planının iptali istemli bir davada şehircilik ilkele-ri ve kamu yararı yerine kişisel menfaat gözetilmek suretiyle yapılan imar planının da yine şehircilik ilkelerine aykırı düşeceğine karar vermiştir.¹⁴⁵ Yine, imar plan değişikliği ile imar adasının ortasından geçecek şekilde belirlenmiş olan yolun, kısmen komşu parsellerden de geçirilmesi ve güzergâhın bu şekilde belirlenmesi gerektiğine ilişkin bidayet mahkemesini bozan Daire, imar adasının ortasından geçen yolun komşu imar adalarında da devam eden, devamlılığı olan bir yol güzergâhının parçası olduğu için, planın iptaline ilişkin mahkeme kararının şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁶ Danıştay bir diğer kararında “İzmir yerleşmesine içme ve kullanma suyu temin edecek olan tahtalı barajının evsel, endüstriyel, tarımsal ve her türlü hayvancılık faaliyetinden kaynaklanan atıklar ile kirlenmesini önlemek ve toplum sağlığını korumak, içme suyu havzasının doğal potansiyelini en iyi biçimde değerlendirmek amacıyla hazırlanan plan ve plan notlarında şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırılık bulunmadığına” hükmetmiştir.¹⁴⁷ Kararda şehircilik ilkeleri ve planlama esasları ile doğrudan kamu yararı kavramının tarif edildiği görülmektedir. Danıştay imar plan notlarının, bazı yapılar için uygulanıp bazı yapılar için uygulanmamasını da şehircilik ilkeleri ve kalkınma esaslarına aykırı bulmakta-

¹⁴⁴ D.6.D.E:1992/3665,K:1993/4391,T:20.10.1993

¹⁴⁵ Söz konusu kararın kanaatimizce önem taşıyan gerekçesi şöyledir. “30.7.1981 onay tarihli (.....) imar planında davacının ve bitişiğindeki iki komşusunun eoleri yol dışında kalmakta iken ıslah imar planı ile revizyon imar planıyla iki komşusunun taşınmazlarının yol gövdesinde bırakıldığı, daha önce yol gövdesinde kalan tek katlı yapının korunarak yol gövdesinden çıkarıldığı, korunan binanın yol gövdesinde kalan binalara üstün bir tarafı bulunmadığı, üstelik tek başına korunurken, üç kişiye ait ikisi iki katlı birisi tek katlı üç binanın yol gövdesinde bırakıldığı anlaşılmakta olup bu durum planlar hazırlanırken kişisel menfaatin gözetilerek tercih hakkının hak ve nesafet kurallarına uygun kullanılmadığını göstermektedir.” Bkz. D. 6. D. E: 1991 / 771, K: 1992/ 3571,T:13.10.1992

¹⁴⁶ D.6.D.E:2003/2013,K:2003/5112,T:24.10.2003

¹⁴⁷ D.6.D.E:1996/523,K:1996/5823,T:17.12.1996

dır.¹⁴⁸ Danıştay nazım imar planında öngörülen bir yolun genişliğinin öngörülmemiş olmasını, yolun tanımlanmasını güçleştirecek ve ulaşım sistemi açısından belirsizliğe yol açacak bir faktör olarak görüp, planın şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırı düştüğünü belirlemiştir.¹⁴⁹

Demiryolu taşımacılığında “üstün kamu yararı” bulunduğunu kabul eden Danıştay, bu kamu hizmetini sunan DDY’nin hizmetin sunumuna ilişkin ihtiyaçlarına dönük olarak kullandığı kendi mülkiyetindeki araziye ilgilendiren imar plan değişikliğini, bu alanın kamu yararı açısından denklik kurabilmek için donatı alanlarına ayrılmış olmasına rağmen, üstün kamu yararına aykırılık nedeniyle iptal etmiştir.¹⁵⁰

Bunun gibi bir başka Danıştay kararında da, imar planlarının temel amaçlarından birinin, kamu yararının korunması ve bu amacın gerçekleştirilmesi doğrultusunda toplumun genel kullanımına açık kentin rekreasyon alanlarına olan ihtiyacı giderebilecek nitelikte yeşil alan türünde alanların üretilmesi olduğuna vurgulanarak, kamu yararının en belirginleştiği kullanımlardan biri olduğunda duraksama bulunmayan park ve rekreasyon alanı oluşturulmasına yönelik dava konusu revizyon imar planında hukuka aykırılık bulunmadığına karar vererek aksi yöndeki bidayet mahkemesi kararını bozulmasına karar verilmiştir.¹⁵¹

Yine bir kararında da, benzer biçimde, sağlık hizmetinin görümünde kullanılacak taşınmazlarla ilgili olarak, bu hizmetin etkin ve yaygın sunumu yönünden içerisinde barındırdığı kamu yararını nazara alarak, bu hizmetin sunulacağı yapıların, şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı açısından çevredeki yapıların nizamı, inşaat alanı, çekme mesafeleri ve benzeri unsurlar yönünden farklı değerlendirilmesinin zorunlu olduğuna hükmetmiş, tabir yerinde ise bu ilkeleri kamu hizmetlerinin görünümü için yumuşatabileceği izlenimi vermiştir.¹⁵²

¹⁴⁸ D.6.D.E:2003/5866,K:2005/2170,T:13.04.2005

¹⁴⁹ D.6.D.E:2003/7510,K:2005/3906,T:06.07.2005

¹⁵⁰ D.6.D.E:2006/5520,K:2007/4165,T:02.07.2007

¹⁵¹ D.6.D.E:1996/5362,K:1997/3020,T:17.06.1997

¹⁵² D.6.D.E:2004/5140,K:2004/6795,T:21.10.2004

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İMAR PLANLARI HAKKINDA VERİLECEK İPTAL VE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARININ HUKUKİ SONUÇLARI

I. İMAR PLANININ İPTALİ VEYA YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASI HALİNDE ÖNCEKİ PLANIN YÜRÜRLÜĞE GİRİP GİRMEMEYECİĞİ MESELESİ

İmar planı değişikliğinin mahkeme kararıyla iptal edilmesi durumunda değişiklikten önceki imar planının kendiliğinden yürürlüğe girip giremeyeceği konusu, iptal kararlarının yaratacağı hukuki sonuçlar bağlamında irdelenmesi gereken oldukça önemli bir tartışmadır. Bu konuyu Uler şu biçimde ifade etmektedir. *“Yargı organı işlemdeki sakatlığı saptayınca, bu saptama sakatlığın doğumu anından geçerli olur. İşlemdeki sakatlığın saptanmasının yaptırımı olan iptal kararı ile işlem, sakatlığı ortaya çıktığı andan bu yana ortadan kalkmış sayılır.(.....) İptalden sonra iptal kararı ile sakat işlemin yapılmadan önceki hukuka aykırılık olmayan durumun geri geleceği ve iptal edilmiş işlemin hiç yapılmamış sayılacağı ilkelerine göre durum düzeltilir.”*¹⁵³

Bu halde Uler’ in belirlemesinden hareketle, iptaline karar verilen bir imar planı hiç yapılmamış gibi hukuk düzeninden silinecek ise, bu planın yürürlükten kaldırdığı imar planının da mahkemenin iptal kararı ile kendiliğinden yürürlüğe girip girmeyeceği önemli bir sorun olarak görünmektedir. İdare hukukuna ilişkin bu soruna Danıştay daireleri arasında tek bir cevap verildiği söylenemez. Söz gelimi, Danıştay 5. Dairesi’nin yerleşik içtihadı, iptal kararı sonucu eski hukuki durumun geri gelmesi çerçevesinde iptal edilen düzenleyici işlemde önceki düzenleyici işlemin de kendiliğinden geçerliliğini tekrar kazanacağı yönündedir.¹⁵⁴ Oysa konuyu imar hukuku yönünden irdeleyen Danıştay 6. Dairesi, düzenleyici işlem olarak kabul ettiği imar planlarının iptalinden sonraki hukuki duruma ilişkin değerlendirmelerinde, diğer düzenleyici işlemler hakkında 5. Daire’nin vardığı sonucun ak-

¹⁵³ Uler, Yıldırım, *“İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları”*, AÜHF Yayınları No:281., Sevinç Matbaası., Ankara., 1970., s.16.vd

¹⁵⁴ Nakleden Tekinsoy, a.g.m., s.53-54

sine, yerleşik olarak imar planının iptali sonrasında eski imar planının kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceği sonucunu benimsemektedir.¹⁵⁵

Bu kabule bağlı olarak Daire'nin bazı davalarda verdiği bazı kararlardan bahsetmek gerekecektir. Danıştay, imar planının iptali sonrasında eski planının kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceğini, bu nedenle ilgili idarenin yeniden imar planı ve bu yeni plana dayalı uygulamalar yapması, ruhsat vermesi gerekeceğini belirtmiştir.¹⁵⁶ Benzer biçimde imar planının iptali sonrasında yeni plan yapmadan eski plan kapsamında birel işlemler tesis etmeye başlayan idarelerin bu işlemlerine ilişkin olarak açılan davalarda da, idarelerin iptal kararı sonrası plansız hale gelen bu alanlarda imar planı yapmadan birel işlemler tesis etmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁷

II. İMAR PLANININ İPTALİ VEYA YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASI HALİNDE BUNA DAYALI ÇIKARILMIŞ ALT ÖLÇEKLİ İMAR PLANLARININ HUKUKİ DURUMU

Üst ölçekli bir planın mahkemece iptal edilmesi halinde, duruma göre alt ölçekli planlarda bir değişiklik yapılması veya bunun tamamen yürürlükten kaldırılması, idarece belirlenmesi geren bir husustur. İlgili idare alt ölçekli planı iptal ederek bu planda yargı kararlarının gereklerine ve plan yapımının ilkelerine uygun olarak revize edebilir.¹⁵⁸ Bu noktada Danıştay 1. Dairesinin 2007 tarihli kararına değinmek gerekecektir. Danıştay 1. Dairesi'ne göre, 3194 sayılı İmar kanunu hükümleri uyarınca imar planları arasında hiyerarşik bir ilişki olması nedeniyle alt ölçekli planların üst ölçekli planlara uygun olması gerekmektedir. Bu ilke dikkate alındığında üst ölçekli bir planın mahkemece iptal edilmesi halinde iptal gerekçesinin icaplarına göre alt ölçekli planlarda da bir değişiklik yapılmasının veya tamamıyla yürürlükten kaldırılmasının, plan yapılmasına ilişkin ilkelere uygun olarak idare tarafından belirlenmesi gereken bir husustur. Gerekli görülüyorsa idarenin alt ölçekli planları iptal ederek bu planlarda yargı kararlarının gereklerine ve

¹⁵⁵ D6.D. E:1989/1639, K:1991/404, T:13/03/1991

¹⁵⁶ D.6.D.E:1998/1639,K:1991/404,T.13.03.1991

¹⁵⁷ D.6.D.E:1999/539,K:2000/1247,T:02.03.2000.

¹⁵⁸ Kalabalık, a.g.e., s.90.

plan yapımı ilkelerine uygun revizyon yapabilecektir. Daire, 3194 sayılı Kanun'un 8/b maddesi ile, nazım imar planı ve uygulama imar planının mevcut ise çevre düzeni planına uygun olacağı belirtildiğinden, 1/25000 ve 1/1000 ölçekli planların yapılabileceği, çevre düzeni planının iptal edilmesi durumunda ise, üst ölçekli imar planı bulunmasa dahi idarelerin nazım imar planı ve uygulama imar planı yapma yetkisi bulunduğundan, iptal kararındaki gerekçelerin de değerlendirilmesi ve plan yapımına ilişkin ilkelere uyulması suretiyle 1/5000 ve 1/1000 ölçekli planların yapılabileceğini belirtmektedir. Dairenin kararında yer alan önemli son bir tespit ise, idare mahkemelerinin imar planları hakkında parsel bazında verdiği iptal veya yürütmenin durdurulması kararlarının, imar planının tümünün yürürlüğünü durdurmayacağı veya planın tamamının iptali sonucunu doğurmayacağı, mahkeme kararının gerekçesi doğrultusunda kamu yararı ve planlama ilkeleri açısından idarece yapılacak değerlendirme sonucunda, planın iptal edilen bölümlerinde revizyon yapılabileceği yönündedir.

Bu konuyu vurgulayan Danıştay 6. Dairesi, 2007 yılında verdiği bir kararında *"1/1000 ölçekli imar planı ve buna bağlı uygulama işlemlerinin, idarece ya da yargı kararıyla iptal edilmeksizin üst ölçekli planlar olan 1/25000 ve 1/5000 ölçekli planların iptal edilmiş olmasıyla kendiliğinden hukuki geçerliliğini yitirdiği dolayısıyla yürürlükten kalktığından söz edilemeyeceğini"* vurgulanmıştır.¹⁵⁹

III. İMAR PLANININ İPTALİ SONRASINDA İPTAL EDİLEN PLANA DAYALI BİREL İŞLEMLERİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU VE KAZANILMIŞ HAK MESELESİ

Uler' in yukarıda alıntılanan görüşleri doğrultusunda, imar planının iptalinin bu plana dayalı tesis edilen birel işlemlerin hukuki varlığı üzerinde etkide bulunacakları ortadadır ancak bu durumun mutlak olarak nitelenmesi ve bu birel işlemlerin doğurmuş olduğu tüm hukuki sonuçlara da şamil kılınması beklenmemelidir.¹⁶⁰ Bu yönüyle

¹⁵⁹ D.6.D.E:2005/3669,K:2007/5774, T:24/10/2007

¹⁶⁰ Tekinsoy, a.g.m., s.55 Yazar'a göre, aksinin kabulü halinde idari işlemin hukuka aykırılığına bağlanan iki yaptırım olan yokluk ve iptal arasında hukuken bir fark kalmamış olacaktır.

konu, iptaline karar verilen işlemlere dayalı olarak gerçekleştirilen işlemlerin geçerliliği konusu ile bağlantısı nedeniyle kazanılmış hak meselesine gelmektedir.¹⁶¹

Esas itibariyle kazanılmış hak ilkesi, özel hukuka ilişkin olarak adli yargı uygulamasında bireylerin hak ve menfaatlerini korumak üzere yerleştirilmiş bir ilkedir. Özel hukuk bütünü içerisinde başta medeni hukuk olmak üzere, ticaret hukuku, devletler özel hukuku, medeni usul hukuku alanlarında uygulaması olan genel bir ilkedir.¹⁶² Ancak, konunun kamu hukukuna ilişkin yönü oldukça sorundur. Hukukta ve kamu hukukunda irade beyanları (idare hukukunda da idari işlemler) kural olarak oluşturuldukları tarihten sonraki hukuki durumları etkilerler. İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi gereği ister birel ister düzenleyici idari işlemlerden olsun, idari işlemler kuruldukları tarihten daha önceki zaman kesimine yönelik hiçbir hüküm ve sonuç doğurmazlar. Geriye yürümezlik bir temel hukuk ilkesidir ve temelinde hukuksal güvenlik ilkesi ve hukuk devleti ilkeleri yer alır.¹⁶³

İşte bu noktada idare hukuku yönünden korunması gereken başka menfaatler de ortaya çıkabilmektedir ve bunlara yargı kararlarında dahi kazanılmış haklar denilmektedir. Oysa Zabunoğlu'nun da belirttiği gibi İdare hukukunda "İstikrar Kazanmış Hukuksal Durumlara Saygı İlkesi" geçerlidir.¹⁶⁴

İdare hukukunun bir dalı yahut idare hukuku ile de ilişkili karma bir hukuk dalı olarak nitelendirilsin, imar hukuku da kamu (idare) hukukunun bu önemli tartışmasından şüphesiz etkilenecektir. Ancak

¹⁶¹ Tolon'a göre kazanılmış hak "Objektif bir hukuk kuralının kişi hakkında uygulanması veya kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi, böylece objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi, hukuka aykırı işlemlerde ise bir süre yararlanılması sonucunda Anayasa ve yasalarca korunmaya değer hale gelmiş, elde edilebilir durumdaki hak sahibinin bir eylemi ve iradesi ile ileri sürülmüş olan üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek ve onu bir şey yapmaya zorunlu kılabilir gibi aktif bir hak sahipliği bahşeden bir kişisel hak ve karşılanmadıkça ve boşluğu giderilmedikçe tek taraflı tasarrufla geri alınamayan hukuki olanak, güç veya yetki" olarak tanımlanabilir. Bkz. Tolon, Kemal Doğu., "İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak", İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler (III), Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1986, s.170.

¹⁶² Oğurlu, Yücel, "İdare Hukuku'nda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu", Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003, s.71.

¹⁶³ Zabunoğlu (İdare Hukuku), s.168.

¹⁶⁴ A.g.e, s.169.

imar hukuku bu tartışmada istisnai bir durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır ve gerek doktrinde ve gerekse Danıştay imar hukuku alanında kazanılmış hakkın varlığı kabul etmektedir. Bu noktada, imar hukukunda kazanılmış hak ilkesi geçerlidir tezini savunabilmek için, kavramın doktrinde ve uygulamada ne şekilde tanımlanıp anlaşıldığının belirlenmesi oldukça önemli olduğu açıktır.

Genel düzenleyici işlem olarak kabul edilen imar planlarında yapılan değişikliğe dayanılarak birel işlemlerin yapılması durumunda önceki düzenlemeye dayanılarak hak kazanılmış olabilir. Bu durumda imar planlarının hak kazandırıcı icrai idari işlemlere dayanak oluşturması kazanılmış haklara saygıyı gerektirir.¹⁶⁵ Danıştay da, imar planının iptalinin, plana dayalı birel işlemlerin de kendiliğinden hükümsüz kalmayacağını belirlemiştir.¹⁶⁶

Danıştay kazanılmış hak kavramına inşaat ruhsatlarından doğan uyuşmazlıklarda değinmektedir.¹⁶⁷ Zira Danıştay uygulamasında imar planlarının iptal edilmesi halinde buna dayalı verilen inşaat ruhsatlarının da iptal edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu noktada, ruhsatların iptal edilmesi gereği, bu ruhsatlara dayalı olarak inşa edilen binaların da yıkılmasını gerektireceğinden bu inşaatları yapan kimselerce kazanılmış hak iddialarının gündeme getirilmesi beklenebilir. Bu iddialar nedeniyle oluşturduğu ölçüte göre Danıştay imar hukuku alanında kazanılmış hakların varlığının tespit ederken sırasıyla; yapı ruhsatı, yapı kullanma izni gibi işlemlerin ve inşaata başlanmış olması, tamamlanmış olup olmadığı, tamamlanmamışsa hangi seviyede bulunduğu hususlarının ve bunların tarihlerinin dikkate alarak, her olayın özelliğine göre kazanılmış hakkın doğup doğmadığına hükmetmektedir. Bir başka deyimle Danıştay, her olayın somut özelliğini nazara alarak farklı hareket etmekte farklı sonuçlara ulaşmaktadır.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Oğurlu, a.g.e., s.164.

¹⁶⁶ D.6.D.E:2002/4645,K:2004/685,T:11.02.2004

¹⁶⁷ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 29. maddesine göre: "Yapıya başlama tarihi ruhsat müddetinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir. Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır." Bu hükümde imar hukukunda yapıya başlanmış olma şartı ile kazanılmış hakkın varlığı kabul edilmiştir.

¹⁶⁸ Danıştay, yapının tamamlanmış olması durumunda yıkımına hukuken olanak bulunmadığı görüşündedir. Bkz. D.6.D.E:2002/4645,K:2004/685,T:11.02.224

Örneğin, Danıştay 6. Dairesi'nin 2004 tarihli kararında "Yapılan İmar planı değişikliğine göre verilen inşaat ruhsatına dayanılarak inşaatın yapımına başlanıldığı, ancak imar planı değişikliğinin mahkemece iptali üzerine davalı idarece iptal kararının gereğinin yerine getirilmesi için herhangi bir işlem tesis edilmediği, yeni planın yapılmasından yaklaşık 2 yıl sonra inşaat ruhsatının iptal edildiği ve yapının mühürlenerek yıkımına ilişkin işlemin tesis edildiği anlaşıldığından, inşaat ruhsatının iptaline kadar geçen sürede yapımına devam edilen inşaatın, bu tarihe kadar tamamlanan kısmının korunması gerektiği" kabul edilmiştir.¹⁶⁹

Sonuç olarak belirtilmelidir ki, iptal edilen imar planına dayalı olarak inşaat ruhsatı düzenlenmiş olması ilgilisi için tek başına kazanılmış hak oluşturmayacak ancak bu ruhsata dayalı olarak inşaat da yapılmış olması halinde yukarıda belirtilen kriterler de nazara alınarak ve fiili durum gözetilecek, bir başka deyişle, korunacaktır.¹⁷⁰

SONUÇ

İmar Kanunu'nda düzenlenen imar planlarının yargısal denetimi meselesi, kapsamı itibariyle devletin planlama faaliyeti, idarenin imar planlaması faaliyeti, bu faaliyeti yerine getirmenin araçlarından biri olan imar planları konusunda ayrıntılı açıklamalar yapmayı gerektirmektedir. Konuya giriş mahiyetindeki bu açıklamaların ardından İmar Kanunu'nda düzenlenen imar planlarının yargısal denetimiyle ilgili olarak incelememizdeki temel yaklaşım ise iptal davasına konu edilmeleri halinde imar planlarının İYUK hükümleri gereği tabii tutulacakları inceleme çerçevesinde ortaya çıkabilecek hukuki sorunlara elden geldiğince cevap aramak yahut hiç olmazsa sorunun kendisi ortaya koyabilmek olmuştur.

Bu yaklaşım çerçevesinde bir idari işlem olarak imar planının, iptali için açılacak davada tabii tutulacağı süreç dairesinde incelenmesine çalışılmış, her bir başlık altında Danıştay'ın konuya ilişkin hükümleri ne şekilde yorumladığını ortaya koyabilmek adına içtihatlarla yer verilmiştir.

¹⁶⁹ D.6.D.E:2003/6430,K:2004/948,T:20/2/2004 günlü kararı, Bkz. Ergen., a.g.e., s. 563-564.

¹⁷⁰ D.6.D.E:2005/3489,K:2005/4902,T:19.10.2005

İYUK' daki sistematik benimsenerek bir idari işlem olarak imar planlarının haklarında açılacak iptal davalarında ön koşullar yönünden incelenmesinde konunun özellikle "idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlem" ve "süre" ye ilişkin sorunlu alanlarına değinilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, İYUK ve İmar Kanunu'nun özellikle dava açma süresi ve imar planlarına askı süresi içerisinde itirazla ilişkin hükümleri arasındaki uyumsuzluk idari yargıda konuyla ilgili olarak verilen kararlara da yansımış olduğu belirtilmelidir. Danıştay'ın pratik nedenlere dayalı olarak yerleşmiş bulunan uygulamasında imar planları düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir. Ancak düzenleyici bir işlem olan imar planlarının ilandan önceki aşamada henüz kesinleşmemiş oldukları gerekçesiyle dava edilemeyeceklerine ilişkin oturmuş Danıştay içtihadı eleştiriye açık görünmektedir. Zira maddenin lafzına göre, ilan, imar planı işleminin tesisi sürecinin bir aşaması olmayıp, işlemin tesisinin ardından ilgililerin işlemde haberdar edilmesine ilişkin olduğundan, Danıştay kararlarında yer alan, imar planlarının ilan süresinden sonra kesinleşeceği ve ilanlarından sonra dava edilebileceği aksi halde kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı için ön incelemede davanın reddedileceğine ilişkin görüş kanaatimizce kabul edilemez. Öte yandan, imar planı onaylanmakla kesinleşmiş, yürürlüğe girmiş ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğundan, fiilen henüz yürütülmemiş olması da ehliyetli kimselerce dava edilmesini engellemelidir.

Bu kabule dayanak teşkil eden idari işlem teorisine ilişkin açıklamalarımız ışığında, imar planlarının ilan edilmelerinden önceki süre içerisinde de dava edilebilmelerine bir engel bulunmadığı düşünmekteyiz. Ayrıca imar planlarının dava konusu edilmeleri meselesinde de imar planının doğrudan iptal davasına konu edilmesi, imar planının yapılacak itirazın ardından iptal davasına konu edilmesi, yürürlükteki bir imar planının uygulama işlemi delaletiyle iptal davasına konu edilmesi ve imar planının ilgili yasalarda belirlenen süreler içerisinde dava edilmemesine rağmen uygulama işlemleri yahut imar plan değişikliği talebinin reddi işleminin gerekçesi olması nedeniyle dava edilmesi biçiminde oluşabilecek ihtimaller ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Ön koşulları yönünden, esasının incelenmesine geçilmesine herhangi bir aykırılık bulunmayan imar planları hakkında yapılacak incelemede ön plana çıkan konu bir idari işlem olan imar planlarındaki

yetki ögesi, sebep ögesidir. İmar Kanunu'nda yer alan imar planlarının iptali istemli davalarda davaya konu imar planını yapmaya yetkili idarenin belirlenmesi meselesi özellikle çevre düzeni planı bakımından yakın geçmişte pek çok tartışmaya neden olmuştur.

İmar planlarının sebep ve bununla bağlantılı maksat ögesi yönünden denetimi ise idarenin yargısal denetimi meselesinin temel bir sorunsalı olan idari yargı yetkisinin kapsamı meselesi ile yakından ilişkilidir. Bir başka deyimle, idarenin yargısal denetiminde, sadece hukukilik denetimine hasredilmesi gereken idari yargı denetimin yerindelik denetimini de içerebileceği örneklere imar planlarının yargısal denetimi meselesinde rastlanmaktadır. İdari yargının yetkisine dair bu sorun, imar planlarının sebep ve konu unsuru yönünden denetlenmesinin olabildiğince objektif kriterlere bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

İdari işlemin sebep unsuru idareyi bu irade açıklamasında bulunmaya sevk eden hukuki ve fiili durumlar olduğu için, idari işlem şeklinde ortaya çıkan irade açıklamasının öncesinde gerçekleştirilmesi gereken araştırma ve inceleme aşaması işlem iptal davasına konu edildiği takdirde sebep unsuru yönünden denetiminde nazara alınacağı için, idari işlemin tesisinden evvel gerçekleştirilmesi zorunlu süreçler olarak nitelendirilebilir. İmar planlarının yargısal denetiminde şehircilik ilkeleri ve planlama esasları kavramları ile ifade edilen ve yargı yerlerince denetlenen unsur ise esasında imar planlarının maksat ögesidir. Bize göre, imar planlaması faaliyetinde yukarıda işaret edilen hazırlık işlemlerinin tesisi ve alternatiflerin ortaya konması için gerçekleştirilen çabaların her biri hukukilik denetiminde nazara alınacak ölçütlerdir. İdare, imar planlaması faaliyetinde öyle bir araştırma yapmalıdır ki, sonuç itibarıyla kamu yararını gerçekleştirebileceği, seçilebilir tek alternatifi her yönü ile ortaya koyabilmiş olmalıdır. Bu nedenle söz konusu alternatifi ortaya koymak yönünden yapmamış olduğu her inceleme işlemini sebep yönünden olduğu gibi maksat yönünden de sakatlar. Bu yönüyle mahkemelerce yapılan denetim ise imar planlamasına konu alanın planlama ilkeleri açısından tüm unsurlar ve ölçütler göz önüne alınarak planlanmış olup olmadığının denetlenmesidir ve bu denetim idarenin imar planlamasına konu alanın özel koşullarına ilişkin belli durumları göz önüne alıp almadığının belirlenmesi biçiminde tezahür etmektedir ve bu nedenle de kanımızca bir yerindelik denetimi olarak nitelendirilemeyecektir.

İmar planlarının iptal davasına konu edilmeleri ve bu davada ön inceleme ve esas incelemesinde çok teknik pek çok yönüyle idari yargı denetimine tabii kılınması meselesi yanında çalışmamızın bir diğer yönünü de yargısal denetim neticesinde verilecek kararların yaratacağı başkaca hukuki sorunlar oluşturmuştur. İmar planları, mahiyetleri gereği kendilerine dayalı daha pek çok idari işlemin tesisine sebep teşkil eden işlemlerden olduklarından ve kendilerine dayalı olarak tesis edilen işlemler neticesinde ilgililerine verilen yetkilerin kullanımının salt hukuk âleminde kalmayan ve fiziki dünyaya da yansımaları bulunduğundan, hukuka aykırı olmaları halinde bunlar hakkında verilen yürütmenin durdurulması ve/veya iptal kararlarının uygulanması meselesi belki de tekrar yargı mercileri önüne taşınan uyuşmazlıkların doğmasına sebep olmaktadır. Bir imar planı hakkında verilecek iptal kararının, planlar hiyerarşisi ve iptal edilen plana dayalı olarak tesis edilmiş işlemler yönünden bazı hukuki sonuçları olacaktır.

İmar planının iptali halinde varsa kendinden önceki imar planının kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceği Danıştay 6.Dairesi'nin yerleşik uygulamasıdır. Yine üst ölçekli imar planının iptal edilmiş olması, buna uygun olması gereken alt ölçekli planın da kendiliğinden dayanaksız kalması anlamına gelmeyecek ve fakat değişen bu durum nazara alınarak gerekli düzenlemeleri yapmak borcunu ilgili yerel yönetim yahut bakanlığa yükleyecektir.

İmar planının iptalinin yürürlükte olduğu dönemlerde kendisine dayalı olarak tesis edilmiş işlemler yönünden de bazı sonuçları bulunmaktadır. Bu konuyla ilgili kısaca belirtilmelidir ki, iptal edilen imar planına dayalı olarak inşaat ruhsatı düzenlenmiş olması ilgilisi için tek başına kazanılmış hak oluşturmayacak ancak bu ruhsata dayalı olarak inşaat da yapılmış olması halinde yukarıda belirtilen kriterler de nazara alınarak ve fiili durum gözetilecek, bir başka deyişle korunacaktır.

KAYNAKLAR

- Artukmaç, Sadık, *Türk İmar Hukuku* 4. Baskı, Ankara, 1976,
- Azrak, Ali Ülkü, "İptal Davalarının Objektif Niteliği", *Hukuk Kurultayı*, Ankara, 12/16 Ocak 2000
- Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982
- Ergen, Cafer, *İmar Davaları Rehberi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009
- Erkut, Celal, "İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı", *DanıştayYılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayınları,
- Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990
- Erkut, Celal, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", *I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, Danıştay Yayın No:53
- Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Örnek Kararları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Güncelleştirilmiş 7 Baskı, Bursa, Eylül 2008
- Gözler, Kemal, "İdare Hukuku", Ekin Kitabevi, Bursa, 2003
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998
- Gözübüyük, Şeref, *İdari Yargı*, Turhan Kitabevi, 2005
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Günday, Metin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı", *Danıştay 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayınları

- İkinciöğulları, Firuzan, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler-I*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:21, Güneş Matbaası, Ankara, 1976
- Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, Ankara, 2009,
- Keleş, Ruşen, *Kentleşme politikası*, 9. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2006
- Kunter, Nurullah, *Bir Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* Beta, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası, Kasım 2006
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukuku'nda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003
- Onar, Sıddık, Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Üçüncü Bası, 1966
- Orta, Elif, *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006
- Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, 2004
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara
- Özyörük, Mukbil, *İdare Hukuku Dersleri*, 1972-1973, çoğaltma
- Sancakdar, Oğuz, *Belediyelerin İmar Planı Yapması- Değiştirmesi ve İptal Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996
- Sarıca, Ragıp, *İdari Kaza* 1942
- Sezginler, Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000
- Şanlı, Deniz, *"Planlama Yetkisinin Analizi"*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl.67, Sayı.3, 2009
- Tan, Turgut, *Planlamanın Hukuki Düzeni*, Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Ankara, 1976
- Tekinsoy, Ayhan, *"İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi"*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:2, Bahar 2008

Tolon, Kemal Doğu, *İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler (III)*, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1986

Ünal, Yücel, *Türk Şehir Planlama Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Yaşar, Hasan Nuri, *İmar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008

Yayla, Yıldızhan, *“Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği”*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No:2098, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1975

Gözler Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007

Zabunoğlu, Yahya, *İdare Hukuku Ders Notları I*, Konak Baskı - Çoğaltma, Ankara, 2004

1982 ANAYASASINDA CUMHURBAŞKANININ YÜRÜTME İÇERİSİNDEKİ YERİ, SEÇİMİ VE SORUMSUZLUĞU, YASAMA DOKUNULMAZLIĞI

THE ROLE OF THE PRESIDENT IN EXECUTIVE, SELECTION AND
NONLIABILITY, LEGISLATIVE IMMUNITY OF THE PRESIDENT IN
THE 1982 CONSTITUTION

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU

Özet: İncelemede, 1982 Anayasası'nda cumhurbaşkanının yürütme içerisinde yeri, nitelikleri, seçimi, siyasal sorumsuzluğu, hukuksal sorumsuzluğu, hukuksal ve cezai sorumluluğu, yansızlığı, görev süresi, seçimi, and içmesi, yasama ile ilgili görevleri, yürütme ile ilgili görevleri, yargı ile ilgili görevleri, yetkileri, tek başına yapabileceği işlemler, 31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle birlikte ortaya konmaktadır. Ayrıca 1982 Anayasası'nda cumhurbaşkanına yasama dokunulmazlığı sağlayacak bir kural yer almasa da kıyas yoluyla benzer dokunulmazlığın cumhurbaşkanı için de uygulanıp uygulanmadığı örnek kararlarla tartışılmaktadır. TBMM'nin toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen Anayasa'nın 96. maddesi, farklı yorumlarla ve 5678 sayılı Yasa'nın getirdiği değişikliklerle birlikte ele alınmaktadır. İnceleme, 5678 sayılı Yasa ile Anayasa'da yapılan cumhurbaşkanı seçimiyle ilgili yapılan değişiklikler ve çıkarılacak sonuçlarla son bulmaktadır.

Anahtar Sözcükler: 1982 Anayasası, cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanının seçimi, cumhurbaşkanının sorumsuzluğu, cumhurbaşkanının yasama dokunulmazlığı.

Abstract : In the analysis, the role of the president in executive, the qualifications, selection, political nonliability, legal nonliability, legal and criminal liability, impartiality, tenure, selection and oath taking, legislative duties, executive duties, judicial duties, authorities, single – handed transactions of the president in the 1982 Constitution are introduced in conjunction with the amendments made by the Law No 5678 dated 31.05.2007. Furthermore, although there is no rule to ensure the legislative immunity of the president in the 1982 Constitution, whether a similar immunity, by analogy, is implemented for the president by the precedents is discussed. Article 96 of the Constitution, that provides quorums required for sessions and decisions at the Grand National Assembly of Turkey, is addressed together with the different interpretations and the amendments made by the Law No 5678. The analysis comes to an end with the amendments regarding the selection of the president in the Constitution made by the Law No 5678 and the conclusions.

Keywords : The 1982 Constitution, the president, selection of the president, nonliability of the president, legislative immunity of the president.

* Prof. Dr., Emekli Anayasa Mahkemesi Üyesi

I. CUMHURBAŞKANININ;

A. Yürütme İçerisinde Yeri

Cumhurbaşkanı, Anayasanın, «Cumhuriyetin Temel Organları» başlıklı Üçüncü Kısmı'nın "Yürütme" başlıklı ikinci Bölümünde 101- 108 maddelerde yer almıştır.

1982 Anayasasının öngördüğü erkler ayrılığı esasına ve parlamenter yapıya dayalı hükümet sisteminde yürütme yetkisi ve görevi, "Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" (M.8).

"Cumhurbaşkanı Devletin hasıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını. Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir»(M. 104).

B. Nitelikleri ve Yansızlığı

Anayasanın 31.5.2007 Günlü, 5678 Sayılı Yasayla Değişik 101. Maddesine Göre;

- Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş, yüksek öğrenim yapmış, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, "halk" tarafından seçilir.¹ Anayasa değişikliğine ilişkin 5678 sayılı yasa 21.10.2007 tarihinde yapılan Halkoylaması sonucunda kabul edilmiş ve bu duruma ilişkin Yüksek Seçim Kurulu'nun kararı, 31.10.2007 tarihli ve 26686 sayılı R:G:'le yayımlanmıştır.

¹ 31.5.2007 gününde kabul edilen ve halkoyuna sunulmak üzere Cumhurbaşkanınca 16.6.2007 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 5678 sayılı Yasa'yla, Anayasa'nın 101. maddesinde önemli bir değişiklik yapılmış ve Cumhurbaşkanı, "TBMM'nce yedi yıl için seçilir...Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez." hükümleri yerine "halk tarafından beş yıl için, en fazla iki kez seçilmesi" esası getirilmiştir. Bu yasaya karşı Anayasa Mahkemesi'nde biçim açısında açılan iptal davası Mahkemenin 5.7.2007 günlü, E2007/72, K2007/68 sayılı kararıyla reddedilmiştir (RG: 7.8.2007/26606). Anayasa'da, 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik henüz halkoyuna sunulmadan ve 5678 sayılı yasa yürürlüğe girmeden 11. Cumhurbaşkanı seçimi eski hükme göre yapılmış ve Abdullah Gül, Anayasanın 102. maddesine göre, TBMM'nde Ağustos/ 2007 ayında üçer gün ara ile yapılan oylamalar sonucunda, üçüncü tur oylamada, 6. Birleşimde, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğu olan 276 sayısını aşarak 339 oyla 28. Ağustos 2007 gününde 11. Cumhurbaşkanı olarak yedi yıl için seçilmiş (RG 28.8.2007 günlü, 26627 sayılı) ve aynı gün andiçerek göreve başlamıştır.

- *Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir. Cumhurbaşkanlığına, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya meclis dışından aday gösterilebilmesi, en az yirmi milletekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapıları milletekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu aşan siyasi partiler birlikte ortak aday gösterebilirler.*
- *Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa parti ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.*

C. Seçimi (5678 Sayılı Yasayla Değişik m. 102)

Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından önceki altmış gün; makamın herhangi bir nedenle boşalması halinde ise boşalmayı takip eden altmış gün içinde tamamlanır.

“Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci Pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış olan iki aday kalır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır, ikinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.

Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin usûl ve esaslar kanunla düzenlenir.

1961 Anayasasında, «Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış kendi üyeleri arasından, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla yedi yıllık bir süre için seçilir; ilk iki oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, salt çoğunlukla yetinilir. Bir kimse arka arkaya iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez. Cumhurbaşkanı seçilenin parti ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sıfatı sona erer. “(m.95), hükmü yer almıştı. Böylece, bu Anayasada, arka arkaya olmamak koşuluyla, iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilme olanağına yer verilmişti.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, Cumhurbaşkanının, TBMM'nin "kendi üyeleri arasından" seçilebilme zorunluluğuna yer vermemiş, TBMM üyeleri dışından da aday gösterilmesini olanaklı kılmıştır. Ancak, bu husus, 5678 sayılı yasa ile yapılan değişiklik öncesinde, Meclis üye tamsayısının en az beşte biri tarafından; 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonrasında ise, en az yirmi üye tarafından yazılı olarak aday gösterilme" koşuluna bağlanmıştı.

1982 Anayasasının 101. maddesinin üçüncü fıkrası, 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesinde "Bir kimse iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez." biçiminde idi. Bu hükme göre, 1982 Anayasasının ilk şeklinde yedi yıl için seçilen Cumhurbaşkanı, ikinci kez yeniden seçilebilme yolu kapatılmıştı. 1982 Anayasasının 101. Maddesinde, 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonrasında, bu hüküm, "Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir biçimine dönüştürülmüş; böylece, Cumhurbaşkanının görev süresi, yedi yıldan beş yıla indirilmiş, ancak, ikinci kez Cumhurbaşkanlığına seçilebilme yolu açılmıştır.

1961 Anayasası ve 1982 Anayasasının 5678 sayılı yasayla değiştirilmeden önceki metni. Cumhurbaşkanının, ikinci kez seçilememesini, Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisinin kesilmesini ve TBMM üyeliğinin sona ermesini, yansızlığının gereği olarak kabul etmişti.

D. Sorumsuzluğu

1. Siyasal Sorumsuzluğu

Anayasaya göre, *Cumhurbaşkanının, Anayasa ve öteki yasalarda Başbakan ve ilgili bakanın imzasına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır, bu kararlardan Başbakan ve ilgili Bakan sorumludur (m. 105).*

Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil yargı mercilerine başvurulamaz" (m. 105/2). Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır (m. 125 /2).

Anayasanın bu hükümlerinden, Cumhurbaşkanının, Anayasada "tek başına yapacağı belirtilen işlemleri» dışındaki bütün kararları,

Başbakan ve ilgili bakan yada bakanlarca imzalanacağı ve imzaladıkları bu işlemlerden, TBMM'ne karşı, başbakanın ve ilgili bakanın sorumlu bulunduğunu anlamaktayız.

Bu hükümlerden çıkan bir başka sonuç, Cumhurbaşkanının, Devletin başı olması sıfatıyla aynı zamanda yürütmenin de başıdır. Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı, gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna Başkanlık eder veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırır (m. 104/b). Bakanlar Kurulunun, bazı durumlarda, toplanarak Anayasada belirlenen kimi kararları alabilmesi Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanmasına bağlıdır (m. 118 - m. 122) (Olağanüstü hallerde alınan kararlar"). Cumhurbaşkanı açısından temel özellik, bu faaliyetler sırasında yürütmenin "sorumsuz" başkanı olması, Meclise karşı siyasal sorumluluğunun bulunmamasıdır. Bu uygulama erkler ayrılığı esasına ve parlamenter sisteme de uygun düşmektedir. Anayasanın 112. Maddesindeki, "*Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak. Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. Bakanlar kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur. Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup, ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur.*" hükmünden, Başbakanın, yürütmenin sorumlu başkanı olduğu sonucunu çıkarmaktayız.

Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine yargıya başvurulamaması, Cumhurbaşkanının kimi işlemlerinin yargı denetimi dışında kalması sonucunu doğurur. Başka bir deyişle. Cumhurbaşkanının kimi işlemlerinin denetlenememesi yargı denetimi dışında kalan bir alan oluşturur. Bu durum, Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz.

Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesi on yedi üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi, Sayıştay Genel Kurulu'nun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise, baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde her boş üyelik için ilk oylamada üye tamsayısının üçte iki ve ikinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü bir oylama yapılır; üçüncü oylamada en çok oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askeri Yargıtay, bir üyeyi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi genel Kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi, Yüksek Öğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan Yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hakim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.

Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmesi için, kırkbeş yaşın doldurulmuş olması kaydıyla; Yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin, yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetlerinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hakim ve savcılarının adaylık dahil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır.

Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay , Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösterilmek için yapılacak seçimlerde , her boş üyelik için en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır ("Bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir."ve "her baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve" deyimleri Anayasa Mahkemesinin 7.7.2010 günlü ve E2010 / 49, K2010 /87 sayılı kararı ile iptal edilmiştir). Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmesi için adayların kırk beş yaşını doldurmuş, öğrenim kurumlarında en az yirmi yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az yirmi yıl fiilen çalışmış veya yirmi yıl avukatlık yapmış olmaları şarttır (M. 146).

Burada bir soru akla gelmektedir: Cumhurbaşkanının, durumu. Anayasada sayılı koşullara uymayan bir adayı seçmesi, başka bir deyişle, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemin hukuka aykırı olması karşısında, yargıya da gidilemediğine göre, sorun nasıl çözümlenecektir?

Bu durumun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşırılığı tartışılmalıdır.

2. Hukuksal Sorumsuzluğu

Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu, görevleri ile ilgili faaliyetlerinden doğmaktadır. Başka bir deyişle Cumhurbaşkanı, Anayasaca kendisine verilen görevleri yürüttüğü sırada imzaladığı kararnamelerden, verdiği emirlerden sorumlu değildir. Cumhurbaşkanının görevleriyle ilgili işlem ve eylemlerden dolayı, siyasal ve hukuksal sorumluluğu bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanı, sorumluluğu bulunmadığına göre, hükümet tarafından hazırlanarak kendisine onay için sunulan kararnamelerin tümünü imzalamak zorunda mıdır?

Cumhurbaşkanının, Anayasaya göre. tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağına ve bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumlu olduğuna göre, hükümet tarafından önüne getirilen tüm kararları imzalamak zorunda olup olmadığı da ayrıca tartışma konusu yapılabilir.

Cumhurbaşkanı, imza için kendisine sunulan kararnamelerden doğabilecek siyasal ve hukuksal sorumluluğunun Başbakan ve bakanlara ait olduğu düşüncesiyle önüne gelen tüm kararları gözü kapalı imzalamak zorunda değildir. Cumhurbaşkanının, yürütme üzerinde, Anayasanın uygulanmasında ve Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasında gözetim yetkisi vardır (m. 104/1). Cumhurbaşkanı, önüne gelen işte, Anayasaya açık aykırılık ya da devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasında önemli bir aksama görmesi durumunda imzadan kaçınabilir. Ancak, Cumhurbaşkanının, önüne gelen işte, hukuksal ve siyasal sorumluluğunun başbakan ve bakanlara ait olduğu konularda, yerindelik denetimi ya da siyasal denetim yaparak, kararnameleri imzalamaktan kaçınması parlamenter sistemle ve kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmaz.

Cumhurbaşkanı, TBMM tarafında kabul edilen bir yasayla ilgili olarak, Anayasaya aykırılık savlarının yaygın olarak ileri sürüldüğü kimi durumlarda, yasayı onayladıktan ve yayıma gönderdikten sonra Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma yolunu da seçebilir.

E. Sorumluluğu

Sorumluluk Hali: Hukuksal ve Cezai Sorumluluk (Vatana İhanet)

Cumhurbaşkanı, her vatandaş gibi, görevleriyle ilgili olmayan kişisel konularda, başkalarına haksız olarak verdiği maddi yada tinsel zararlardan sorumlu olur, hukuk ve ceza davalarının muhatabı olabilir.² Böylece, görevleriyle ilgili olmayan işlem ve eylemlerden dolayı, her vatandaş gibi, cezai ve hukuksal sorumluluğu vardır.

Cumhurbaşkanı, görevleriyle ilgili faaliyeti sırasında, ceza hukukuna giren bir eyleminden dolayı, sadece, vatana ihanetten suçlandırılabilir. Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten, TBMM Üye tamsayısının en az üçte birinin önerisi üzerine, dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır (m. 105/3). TBMM'nin, en az dörtte üçünün vereceği suçlandırma kararı üzerine Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten. Yüce Divan'da yargılanır. TBMM kararı, iddianame yerine geçer.

Türk Ceza Yasasında, Vatana ihanet suçunun tanımı yer almamıştır. Vatana ihanet, ceza hukukundan çok, siyasal alanda yer alan bir kavramdır. Yüce Divan, önüne gelen işte, suçun kapsamını belirler ve suçun oluşup oluşmadığına karar verir. TCK'nundaki, Devletin kişiliğine karşı işlenen cürümler bu kapsam içinde düşünülebilir (m.125, 126. J27., 128., 133.,146., 147.. 148., 149.,). Vatana İhanet suçunu tanımlayan 2 Sayılı "Hiyaneti Vataniye Kanunu", 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu'yla yürürlükten kaldırılmıştır (m.23). Vatana ihanet suçlamasıyla Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin devam edip etmeyeceğine ilişkin Anayasada bir hüküm bulunmamaktadır. Etik açıdan uygun olan, Cumhurbaşkanının, suçlama Yüce Divan'a intikal ettiğinde istifa yoluyla görevinden ayrılmasıdır.

² Ankara 9. Asliye Hukuk Mahkemesince, "Görevi sırasındaki işlemlerinden ötürü sorumsuzluğu ve yargı bağımsızlığı bulunan Cumhurbaşkanı hakkında dava açılmayacağı» gerekçesiyle verilen, dava dilekçesinin reddine ilişkin karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, 27.4.1987 günlü, E1987/2865, K1987/3701 sayılı kararıyla, Cumhurbaşkanı, esas itibarıyla göreviyle ilgili eylemlerinden dolayı sorumsuzdur...Cumhurbaşkanının; yurt gezisi sırasında yaptığı açık hava toplantılarında, Aydınlar Dilekçesiyle ilgili görüş açıklamasının göreviyle ilgili olduğu kuşkusuzdur." gerekçesiyle onanmıştır. (Yargıtay 4.. Hukuk Dairesinin kararı. Gözübüyük Şeref, Anayasa Hukuku, 15. Bası S.245 den alınmıştır). AİHK Komisyonu da, Aziz Nesin V Türkiye Davasında, aynı yönde karar vermiştir (AİHK'nın 6.7.1989 günlü, 13901 / 88 sayılı karar).

F. Yansızlığı

Parlamentar sistemde Cumhurbaşkanının yansızlığı asıldır. Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu yansızlığının gereğidir. Yansızlık, Cumhurbaşkanının, sadece davranışlarında yansız olmasını değil, aynı zamanda, toplumda, Cumhurbaşkanının yansız olduğu ve yansız davranacağı konusunda yaygın bir kanının bulunmasını da gerekli kılar.

Cumhurbaşkanının yansızlığı ilk kez 1961 Anayasasında sistematik bir biçimde yer almıştır. 1982 Anayasası bu esası korumuştur.

1982 Anayasasında, Cumhurbaşkanının yansızlığını sağlama amaçlı güden kurallar:

- Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa, partisi ile ilişkisi kesilir, milletvekilliği sona erer(M.101/4).
- Cumhurbaşkanı, görevine başlarken, TBMM önünde, “ ... *üzerin(m) e aldığı(m) görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için” bütün gücüyle*” çalışacağına namus ve şerefi üzerine andiçer (M. 103).
- Cumhurbaşkanlığı görev süresinin milletvekili görev süresine göre daha uzun olması, böylece, Cumhurbaşkanının, Meclis karşısında beklentisinin kalmaması.

1982 Anayasasının, değişiklikten önceki hükmüne göre, Yedi yıl için seçilen Cumhurbaşkanı, ikinci kez seçilemez (m. 101/3). Bu hüküm, 5678 sayılı yasayla değiştirilerek, Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıla indirilmiş ve “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*” biçimine getirilmiştir. Ayrıca, Anayasada, 5678 sayılı yasayla, yapılan değişiklikle, Türkiye Büyük Millet Meclisi Seçimleri dört yılda bir yapılır hükmü getirilerek TBMM seçim süresi dört yıla indirilmiştir, iler iki düzenlemede, böylece, Cumhurbaşkanının seçim süresinin milletvekili seçim süresine göre daha uzun olması sağlanmış ve bu uygulamanın Cumhurbaşkanının yansızlığını sağlamada etkili olacağı düşünülmüştür.

II. CUMHURBAŞKANININ “DOKUNULMAZLIK KALKANI”, “GERÇEK Mİ”, YOKSA BİR “BALON” MI?

Cumhurbaşkanının, milletvekillerinin sahip olduğu yasama dokunulmazlığına benzer bir dokunulamazlık korumasında olduğu

konusu tartışmalıdır. Bu konuda 1924 Anayasasında, Cumhurbaşkanının, kişisel (özlük) işlerinden dolayı sorgulanması gerekirse, Anayasanın milletvekilliği dokunulmazlığı ile ilgili maddesi hükümlerine uyulacağı belirtilmişse de (M. 41, 17), 1961 ve 1982 Anayasalarında, Cumhurbaşkanına yasama dokunulmazlığı sağlayacak bir kural yer almamıştır. Uygulamada, genellikle, kıyas yoluyla benzer dokunulmazlığın Cumhurbaşkanı için de var olduğu savunulmaktadır.

Sincan Olayı

Basında yer alan Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Cumhurbaşkanı Abdullah Gürün sorumsuzluğunu yada sorumluluğunu tartıştığı kararında ortaya koyduğu görüşler, konunun farklı yönlerden ele alınmasına neden olmuştur. Olay, hazine yardımının usulüne uygun kullanılmaması ve "evrakta sahtecilik" suçlarından dolayı Refah Partisi başkanı ve kimi yöneticileri hakkında açılan "Kayıp Trilyon" davasında, O tarihte genel Başkan Yardımcısı olan Abdullah Gül'ün de, yargılanması istemiyle düzenlenen fezleke, Cumhurbaşkanı seçilinceye kadar geçen sürede sürekli milletvekili olması nedeniyle işleme konulmamıştır. Abdullah Gül'ün, Cumhurbaşkanlığına seçimi sonrasında, Savcılık fezlekesi işleme konulmuş, ancak Ankara C. Başsavcılığınca verilen takipsizlik kararı üzerine konu unutulmuştu. Ancak, emekli bir Yargıtay üyesinin, itirazı üzerine, Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesince, Ankara C. Başsavcılığınca verilen takipsizlik kararının ortadan kaldırılmasıyla, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu yada sorumluluğuyla ilgili yaygın tartışma başlamıştır. Ankara C. Başsavcılığı, Gül hakkında, "anayasal sistem gereğince, iddia olunan eylemlerin kanıt ve unsurlarının tartışılmaksızın, yasal imkânsızlık nedeniyle, 'özel evrakta sahtecilik' ve Siyasi Partiler Yasasına aykırılık" suçlarından "kovuşturma yapılmasına yer olmadığı" yönünde karar vermiştir³ takipsizlik kararı⁴. Başsavcılığın kararında, Cumhurbaşkanlığının milletvekilliğinden daha üstün bir mevki olduğuna dikkat çekilerek "Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının bulunmamasının düşünülmemeyeceği, bu hususun olsa olsa etik nezaket kuralları gereği anayasada yer almadığı⁵ yönünde görüş belirtilmiştir.

³ Vatan Gaz. 19.5.2009, S. 19

⁴ İbid

⁵ Vatan Gaz 19.05.2009

Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi ise, Ankara C. Başsavcılığının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararının, "...dokunulmazlık istisna olarak düzenlenmiştir. Dokunulamaz kişiler Anayasada tek tek sayılmıştır. Bunların dışında hiç kimseye yargılanmama zırhı tanınmamıştır. Hukukta asıl olan yargılanmama değil yargılanmaktır. Anayasadaki boşluğun kıyas yoluyla değil değişiklik yoluyla doldurabileceği, Anayasada Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının bulunduğuna ilişkin bir hükmün yer almadığı " gerekçesiyle kaldırılmasına karar vermiştir'.⁶

Mahkeme, ... Başsavcılığın takipsizlik kararını, dokunulmazlığı bulunan kişiler ile kıyas yapılarak, ... "milletvekili ve bakanlara tanınan dokunulmazlığın Cumhurbaşkanını da kapsadığı yönündeki Başsavcılık görüşünün hukuktan yoksun, kanunlara aykırı olduğu açıktır"⁷ gerekçesi ile eleştirmiştir. Mahkeme aynı kararda, "kıyasın, kamu hukuku alanını kapsamayacağı, Cumhurbaşkanlığı makamında bulunan kişilerin Cumhurbaşkanlığı döneminden önceki suçlarına yönelik düzenlemelerin yapılması gerektiği ve Anayasadaki bu boşluğun kıyas yolu ile değil, hukuki düzenleme ile ortadan kaldırılmasının, hukuki açıdan çok daha uygun olacağı" gerekçesi ile takipsizlik kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

Konu henüz kapanmamıştır. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, "Kayıp Trilyon" davasıyla ilgili olarak Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkında verilen "takipsizlik" kararını kaldıran Sincan Ağır Ceza Mahkemesinin kararının, bu kez, "kanun yararına bozulması" istemiyle Adalet Bakanlığına başvurmuştur. Ankara Başsavcılığı bünyesinde bulunan basın savcılığının yaptığı başvuru, daha çok, Sincan Ağır Ceza Mahkemesine başvuruda bulunan emekli Yargıtay üyesinin olayla menfaat ilişkisinin bulunmadığı ve itirazının geçerli olmadığı savına dayandırılmıştır. Dosya. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün yapacağı inceleme sonucunda, istem yerinde görülürse, Sincan Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı, "kanun yararına bozulması istemiyle Yargıtay'a gönderilecek . Nihai karar, "kayıp trilyon" davasının görüldüğü Yargıtay 11. Ceza Dairesince verilecektir⁸.

⁶ Milliyet Gaz. 19.5.2009

⁷ Milliyet Gaz. 19.5.2009

⁸ Vatan Gaz. 10.6.2009

III. CUMHURBAŞKANLIĞI GÖREV SÜRESİ

1982 Anayasasının, 5678 sayılı yasa ile değişik 101. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilir.⁹

Anayasada, 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik henüz halkoyuna sunulmadan ve 5678 sayılı yasa yürürlüğe girmeden 11. Cumhurbaşkanı seçimi eski hükme göre yapılmıştır, Abdullah Gül, Anayasanın 102. maddesine göre, TBMM'nde Ağustos/ 2007 ayında üçer gün ara ile yapılan oylamalar sonucunda, üçüncü tur oylamada, 6. Birleşimde, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğu olan 276 sayısını aşarak 339 oyla 28. Ağustos 2007 gününde 11. Cumhurbaşkanı olarak yedi yıl için seçilmiş (RG 28.8.2007 günlü, 26627 sayılı) ve aynı gün yemin ederek göreve başlamıştır. Burada tartışılacak husus, seçim zamanında geçerli Anayasa hükmüne göre 7 yıl için seçilen 11. Cumhurbaşkanının görev süresinin, seçildiği tarihteki Anayasa hükmüne göre yedi yıl mı, yoksa daha sonra, Anayasada yapılan değişiklik esas alınarak beş yıl mı olacağı konusudur. İki görüş ileri sürülebilir:

İlk görüş, Cumhurbaşkanı, mevcut Anayasa hükmüne göre 7 yıl için seçilmiştir, Anayasada, seçim sonrası yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanı seçim süresinin beş yıla düşürülmesi görevdeki Cumhurbaşkanının süresini etkilemez..”

Bizimde katıldığımız bir başka görüşe göre ise, “seçim sonrası Anayasada yapılan değişiklik herkes için bağlayıcıdır, kurulu statünün anayasaya göre ve değişikliğin Anayasaya uygun yapılması Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gereğidir. Cumhurbaşkanının görev süresi hesaplanırken, Anayasanın değişik yeni hükmüne bakılmalıdır. Anayasa karşısında kazanılmış haktan söz edilemez, Cumhurbaşkanının görev süresi, Anayasada seçim sonrasında yapılan değişikliğe uygun olarak beş yıl olması gerekir. Bu görüşe göre, 11. Cumhurbaşkanının seçimin-

⁹ Madde, 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesinde, «Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce, kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış kendi üyeleri veya hu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından yedi yıllık bir süre için seçilir.. Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından aday gösterilebilmesi, Meclis üye tamsayısının en az beşle birinin yazılı önerisiyle mümkündür. Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez. Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.” biçiminde idi.

den itibaren beş yılın geçmesiyle, yeni bir beş yıl için seçimler yapılır. Bu seçimde, 11. Cumhurbaşkanı, aday gösterildiği takdirde ikinci kez beş yıl için yeniden seçilebilmesi olanaklıdır.

Öte yandan, TBMM seçim dönemi için de benzer durum söz konusudur. 1961 Anayasasına göre «*Millet Meclisi seçimleri dört yılda bir yapılır*»(m.69). 1982 Anayasasının ilk şeklinde, TBMM seçimlerinin beş yılda bir yapılması esası kabul edilmiş ve seçim dönemi beş yıla yükseltilmişti (m. 77). Ancak, maddede, 31.5.2007 günlü, 5678 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, bu süre, yeniden dört yıla indirilmiştir. Beş yıllık dönem için seçilen milletvekillerinin Anayasada yapılan bu değişiklik karşısında durumları, aynı biçimde, anlaşılmalı ve milletvekillerinin seçim süreleri, Anayasada yapılan değişikliğe uygun olarak dört yıl kabul edilmelidir.

Ancak, doğru olan, Cumhurbaşkanının ve milletvekillerinin seçim süreleriyle ilgili Anayasada değişiklik yapılırken, bu görevlerde kurulu düzen içerisinde bulunanların durumlarıyla ilgili düzenlemelerin, geçici bir madde hükmü ile yapılması gerekirdi, bu yapılmamıştır.

IV. CUMHURBAŞKANININ SEÇİMİ

A. Cumhurbaşkanının Meclis Tarafından Seçimi

Cumhuriyetin ilanının takiben Cumhurbaşkanlarının «*Meclis tarafından*» seçilmesi, 1921¹⁰ 1924, 1961 Anayasalarında ve 1982 Anayasasının, 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesindeki hükmünde yer alan bir temel ilkedir.

1982 Anayasasının, 102. maddesinin, 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesindeki hükmüne göre, «*Cumhurbaşkanı, Türkiye Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır. Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır*

¹⁰ 1921 Tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nda, Cumhuriyetin ilanına ilişkin 29.10.1923 günlü, 364 sayılı yasayla yapılan değişiklikle, «Türkiye Reiscumhuru, Türkiye Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiyesi tarafından ve kendi âzası meyanından bir intihap devresi için intihap olunur. Vazife i Riyaset yeni Reiscumhurun intihabına kadar devam eder. Tekrar intihap olunmak caizdir(m.10)».

ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içerisinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir. En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü tur oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanmadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy a/an iki aday arasında dördüncü tur oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde, derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir. Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder, Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin usûl ve esaslar kanunla düzenlenir.”

Anayasada, Cumhurbaşkanının Meclis tarafından seçiminde nitelikli çoğunluk aranmasının nedeni, partiler arasında uzlaşma sağlanarak, seçimin olabildiğince yüksek bir çoğunlukla gerçekleşmesinin istenmesidir.

1982 Anayasasında, 1961 Anayasasından farklı olarak, Parlamento'nun tek meclisli olması ve Cumhurbaşkanının tek Meclis tarafından seçilmesi, temelde seçimi kolaylaştıran önemli bir unsur olarak kabul edilmişti. Ancak, 11 .Cumhurbaşkanın seçimi sürecinde, seçimin Mecliste bir türlü sonuçlandırılmaması, özellikle, Anayasa Mahkemesi'nin, Cumhurbaşkanını seçecek Meclisin toplantı yeter sayısını, karar yeter sayısına uygun olarak 367 olarak belirlemesi¹¹ seçimin gerçekleştirilmesini daha da güçleştirmişti. Bu durum, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi fikrini geliştirmiş ve 5678 sayılı yasa ile bu yönde Anayasa değişikliğine gidilmiştir. Bu kez, tartışmanın boyutları. Cumhurbaşkanını halk mı, yoksa Meclis mi seçsin yönüne taşınmıştır.

B. Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçimi

Cumhurbaşkanının halk tarafından doğrudan seçilmesi, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının hazırlanışı aşamasında tartışma konusu olmuşsa da, bu görüş kurucu meclislerce benimsenmemiştir¹².

¹¹ Bkz. AYM'nin 1.5.2007 günlü, E2007/45, K.2007/54 sayılı kararı, RG27.6.2007 / 26565

¹² “Tanör Bülent-Yüzbaşıoğlu Necini, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001, S.302

Kimi Cumhuriyetlerde, Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmekte ise de¹³ çoğunlukla kabul gören uygulama; Cumhurbaşkanı'nın parlamento tarafından seçilmesidir. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi, parlamenter sistemden çok, başkanlık yada yarı başkanlık sistemlerine uygun düşmektedir. TC Anayasalarında, Cumhurbaşkanı'nın, erkler arasında bir denge unsuru olarak görülmesi nedeniyle, yürütmenin, bu arada Cumhurbaşkanı'nın parlamenter sisteme uygun olarak parlamento içinden çıkması ve hükümetin parlamento tarafından denetlenmesi ve güvensizlik oyuyla düşürülebilmesi esasları kabul edilmiştir. Öte yandan, Cumhurbaşkanı'nın görevleri, 1982 Anayasasında, parlamenter sistemle bağdaşmayacak kadar geniştir ve bu nedenle eleştirilmektedir. Anayasada yapılacak bir değişiklikle, yetki ve karşı yetki esasına dayalı dengeler oluşturulmadan. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi esasının getirilmesi; parlamenter sistemin temel yapısını oluşturan. Cumhurbaşkanı'nın Meclis içinden çıkması, hükümetin Meclis tarafından düşürülebilmesi.

Cumhurbaşkanı'nın yansızlığı, sorumsuzluğu ve güçler arasında hakem görevi görmesi ilkeleriyle bağdaşmaz. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi, Yürütmenin bir unsuru olan Cumhurbaşkanı'nın, devletin temel erkleri arasındaki konumunu, işlevini farklılaştırır ve yürütmeden yana güçlendirir. Bu durum, parlamenter bir sistemde, Cumhurbaşkanı'nın, yürütmenin sorumsuz başkanı olması gereken niteliğini, yürütmenin, düzenleyici ve sorumluluk alıcı "*bir organı*" konumuna dönüştürür ve sistemi, yarı başkanlığa yaklaştırır.

C. Cumhurbaşkanı'nın Seçiminde Yöntem ve Kural:

1982 Anayasasının 5678 Sayılı Yasayla Değişik 102. maddesine göre;

- Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin dol-

¹³ Fransa'da, halk tarafından 7 yıl için, A/m.6; İrlanda'da, halk tarafından yedi yıl için, A/m. 12; Portekiz'de, halk tarafından beş yıl için, A/m. 124; Öte yandan, Cumhurbaşkanı'nın ulusal meclisler tarafından seçilmeleri daha yaygın bir uygulamadır (Yunanistan'da, Meclis tarafından, 5 yıl için A/m.30; Almanya'da, Parlamento tarafından beş yıl için A/m.54; İtalya'da, Parlamento tarafından yedi yıl için, A/85 seçilirler. Bu ülkelerde yasama dönemleri, Yunanistan'da 4 yıl(A/m53); İtalya'da 5yıl (A/m.60); Almanya'da 4 yıl (1949 tarihli Anayasa m.39) dir.

masından önceki 60 gün içinde; makamın her hangi bir nedenle boşalma halinde ise boşalmayı takiben 60 gün içerisinde tamamlanır.¹⁴

- Genel oyla yapılan seçim sonucunda, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci Pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy alan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday seçilmiş olur. İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde, ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması durumunda, bu oylama referandum biçiminde yapılır. Aday geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.
- Cumhurbaşkanı göreve başlayınca kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder. 1982 Anayasasının 102. maddesinin ilk şeklinde **bu** fıkra, *“Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayınca kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.”* biçiminde idi. Bu hüküm tartışmalı bir durum yaratmaktaydı:

Bir görüşe göre, bu hükmün uygulanabilmesi için yeni Cumhurbaşkanının seçilmiş olması gerekir. Yeni Cumhurbaşkanı seçilememişse, görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görev süresine ek süre eklenemez ve bu hüküm uygulanamaz, Cumhurbaşkanlığına vekillik etme ile ilgili 106. madde hükmüne göre işlem yapılır.

İkinci görüş, Anayasanın 102. Maddesinin dördüncü fıkrasına göre, yeni Cumhurbaşkanı seçilinceye kadar, görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder. Maddenin gerekçesi bu görüşü

¹⁴ Anayasanın 5678 sayılı yasayla değişiklik yapılmasından önceki 102. maddesine göre, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından 30 gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından 10 gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren 30 gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin, ilk on gününde, adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi günde de seçimin tamamlanması gerekirdi. Seçime başlama tarihi, 10 günlük ve 30 günlük sürelerin işlerlik kazandığı tarihlerdi. 30 günlük süre Cumhurbaşkanının yedi yıllık görev süresinin dolmasından önceki son 30 gündü. 10 günlük süre ise, ölüm, istifa gibi Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasını takiben geçen zamandı.

Anayasanın kabul ettiği temel ilke, Cumhurbaşkanı seçimine başlanmasından itibaren en geç 30 gün içerisinde seçimin tamamlanmasıdır.

desteklemektedir. 11. Cumhurbaşkanının seçiminde bu yönde ortaya çıkan güçlük, görev süresi dolan 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in, yenisi seçilinceye kadar görevinin devam edeceğini bildirmesi ile aşılmıştır. Anayasanın 102. maddesinin söz konusu fıkrasında 5678 Sayılı yasayla yapılan değişiklik sırasında bu hüküm, «Cumhurbaşkanı göreve başlayınca kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.*1* biçiminde değiştirilmiş ve “Seçilen yeni Cumhurbaşkanı” deyimini maddeden çıkarılmıştır. Böylece, maddede yapılan değişiklik, yeni Cumhurbaşkanının seçilememiş olması durumunda da, “süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder” kanısına varılmasını kolaylaştırmıştır.

D. Cumhurbaşkanının And İçmesi

Cumhurbaşkanı, seçimini takiben göreve başlarken. TBMM önünde, aşağıdaki biçimde and içer: *“Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığını ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma , Anayaysa ve hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve İnkılâplarına ve lâik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milletin huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarına ve temel hürriyetlerden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma Büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim”*(m. 103).

Cumhurbaşkanlığı andı. 1924 Anayasasında dinsel içerikli idi «Vallahi» sözcüğü ile bilmekleydi. 1928 yılında yapılan değişiklikte, söylem yeni Türkçeleştirildi ve laikleştirildi, ^{tal}-vallahi” sözcüğü ,- yerine “namusum üzerine söz veririm” ibaresi getirildi. 1961 Anayasasında aynı deyim kullanıldı. 1982 Anayasasında bu deyim, “namusum ve şerefim üzerine andiçerim” biçiminde değiştirildi. .

V. CUMHURBAŞKANININ GÖREV VE YETKİLERİ

Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri, Anayasanın 104. Maddesinde, *«Cumhurbaşkanı, Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını , Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.”* biçiminde genel ola-

rak belirtilmiş; ayrıca aynı maddede, Cumhurbaşkanının, bu amaçla, Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen koşullara uyarak yapacağı görev ve yetkiler, yasama, yürütme ve yargı ile ilgili olanlar olmak üzere geniş ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

- **Cumhurbaşkanının Yasama İlgili Görevleri**

Gerekli gördüğü takdirde, Yasama yılının ilk günü TBMM'nde açılış konuşması yapmak; TBMM'ni gerektiğinde toplantıya çağırarak; kanunları yayımlamak; Kanunları tekrar görüşülme üzere TBMM'ne geri göndermek; Anayasa değişikliğine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halk oyuna sunmak; Kanunların, kanun hükmünde kararname, TBMM İçtüzüğü'nün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine iptal davası açmak; TBMM Seçimlerinin yenilenmesine karar vermek.

- **Cumhurbaşkanının, Yürütme ile İlgili Görevleri**

Başbakanı atamak, istifasını kabul etmek. Başbakanın önerisi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek; Gerekli gördüğü takdirde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak; Yabancı Devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek; Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek; uluslararası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak; TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek; Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek; Genelkurmay Başkanını atamak; Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırarak; Milli Güvenlik Kuruluna başkanlık etmek; Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkı yönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak; kararnameleri imzalamak; Sürekli hastalık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek yada kaldırmak; Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve başkanını atamak; Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak; Yükseköğretim Kurulu Üyelerini seçmek, üniversite rektörlerini seçmek, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esaslarını, personel atama işlemlerini Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmek.

• Cumhurbaşkanının Yargı ile İlgili Görevleri

Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilini, Askeri Yargıtay üyelerini, Askeri Yüksek idare Mahkemesi Üyelerini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek. Cumhurbaşkanı, ayrıca. Anayasa ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.

Cumhurbaşkanının Görev ve Yetkilerinin Niteliği

Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerin bir bölümünün, Cumhurbaşkanının gerekli görmesi halinde, yasama yılının ilk günü TBMM’inde açılış konuşması yapması gibi törensel yada biçimsel nitelikli; bir bölümünün de Bakanlar Kuruluyla birlikte kullanacak türden olduğu, atamayla ilgili olanların da çoğunlukla başka organların istençlerinin katılımıyla gerçekleşeceği bu nedenle abartıldığı kadar fazla olmadığı söylenebilir;¹⁵öte yandan, farklı bir bakışla, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin parlamenter bir sistemde Cumhurbaşkanından beklenen, Devlet güçleri arasında hakem görevi görmek ve denge sağlamak amacını aştığı da ileri sürülebilir. 1982 Anayasası döneminde. Cumhurbaşkanının seçilmesi, görevde kalacağı süre, görevlerinin kapsamı gibi konular, özellikle , Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yoluyla yeni bir sistem arayışına gidilmesi karşısında giderek önem kazanmıştır.

Cumhurbaşkanının, Anayasanın Uygulanmasını, Devlet Organlarının Düzenli ve Uyumlu Çalışmasını Gözetmek Görevi

Anayasa, Cumhuriyetin temel organları başlıklı üçüncü kısmının yürütme ile ilgili bölümünde, Cumhurbaşkanını, Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmekle görevlendirirken, bu görevlerin yerine getirilmesinde kullanabileceği kuruluşları da belirlemiştir.

Bu kuruluşlar «Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği» ile “Devlet Denetleme Kurulu” dur.

¹⁵ Rumpf C. Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara, 1995, S.89

Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” düzenlenir (m. 107). Anayasa , böylece, “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. 123) ilkesine, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği açısından ayrık durum getirmiş, yasayla düzenleme dışında, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile ayrı bir düzenleme alanı öngörmüştür.

Cumhurbaşkanı Genel Sekreteri, Cumhurbaşkanlığı örgütünün başıdır. Yazışmaları yürütür. Kimi yönetsel durumlarda Cumhurbaşkanı adına hareket eder.

Devlet Denetleme Kurulu

Anayasaya göre, Devlet Denetleme Kurulu, idarenin, hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla. Cumhurbaşkanına bağlı olarak kurulmuştur(M108).

Görevi, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her türlü düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda , her türlü inceleme , araştırma ve denetleme yapar. Silahlı kuvvetler ve yargı organları, Devlet Denetle Kurulunun görev alanı dışındadır.

Cumhurbaşkanı, yasada belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler arasından Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve üyelerin içinden Başkanını atar.

Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve öteki özlük işleri, yasayla düzenlenir. Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının gerek duyduğu konularda Cumhurbaşkanına bilgi sunar. Kurulun, doğrudan soruşturma yapmak, dava açılmasını istemek gibi bir yetkisi yoktur. Kurulun hazırladığı ve Cumhurbaşkanı onayladığı rapor, kamu kuruluşlarını bağlamaz, ancak, ilgili kuruluş açısından bir dikkate alınması gereken bir incelemedir (Bir belgedir).

Kurul, Cumhurbaşkanına bağlı olarak ve ondan talimat alarak görev yapar, Kurulun görev alanına giren kuruluşlar, Kurulca istenen her türlü bilgileri ve belgeleri vermekle yükümlüdürler. Kurul adına hazırlanan raporlar, kurulda görüşülür ve karara bağlanır. Kurul kararları gizlidir. Kurulca hazırlanan ve karara bağlanan raporlar, sadece, Cumhurbaşkanına sunulur: Cumhurbaşkanınca onaylanan rapor, Başbakanlığa gönderilir.

VI. CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPABİLECEĞİ İŞLEMLER

1982 Anayasasınının 104. maddesinde, Cumhurbaşkanının, yasama, yürütme ve yargıyla ilgili görev ve yetkileri kapsamlı biçimde açıklanmasına karşın, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler sayılmamıştır. 1961 Anayasası, *“Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakan/arca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili Bakan sorumludur.”* (m.98). hükmünü içermekteydi. Öğretide bu hüküm, Cumhurbaşkanının bir ayırım yapılmaksızın tüm kararlarının Başbakan ve Bakanlar tarafından imzalanması gerektiği yönünde yorumlar yapılmasına neden olmaktadır. Ancak, bu dönemde, uygulamada, Cumhurbaşkanları, yasaları bir daha görüşülmek üzere TBMM’ne geri göndermeleri, Anayasa Mahkemesinde İptal davası açmaları. Cumhuriyet Senatosuna ve Anayasa Mahkemesine üye seçmeleri gibi işlemleri tek başına imzalamışlardır. Anayasa Mahkemesi, bu işlemlere karşı açılan davalarda, *“Devletin başı sıfatıyla yapılan işlemler”* ayrımı yaparak, Cumhurbaşkanının bu tür yetkileri tek başına kullanabileceği yönünde kararlar vermiştir.¹⁶ Anayasa Mahkemesinin kararları, 1982 Anayasası döneminde de aynı yöndedir. Mahkemeye göre, *«Cumhurbaşkanına, kimi Yüksek Mahkemeler ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini atama yetkisinin verilmesi, yürütmenin başı sıfatıyla değil, Devletin başı olması dolayısıyla. Bunların Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılacak yetkilerden olduğunda kuşku ve duraksamaya yer bulunmamaktadır...”*¹⁷

1982 Anayasasınının hazırlanmasında. Danışma Meclisi’nin hazırladığı taslakta, Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararlar tek tek sayılmıştı. Ancak, Milli Güvenlik Konseyi, bu düzenlemeye

¹⁶ AYIVTnin, 18.12.1979 günlü, E1979/22, K1979/45 sayılı kararı. AYMKD sayı 17, S.372-376 AYM’nin 16.3.1976 günlü, E1975/183, K1976/15 , AYMKD Sayı.14, S68

¹⁷ AYM, 27.4.1993 günlü, E1992/37, K1993/18 sayılı kararı, AYMKD Sayı 31/1, Sayfa

uymayarak, bunları madde metninden çıkarmıştır (m. 113)¹⁸. Madde gerekçesinde, “Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir.” denilmektedir.

VII. CUMHURBAŞKANINA VEKİLLİK ETME

TBMM Başkanı, Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar; ölüm, çekilme veya başka bir nedenle Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde ise yenisi seçilinceye kadar, Cumhurbaşkanına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır (m. 106).

VIII. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ - BAŞKANLIK DİVANI - ÜYE DOKUNULMAZLIĞI

A. KURULUŞU

Türkiye Büyük Millet Meclisi, genci oyla seçilen beş yüz elli milletvekilinden oluşur,

Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri dört yılda bir yapılır. Anayasada sayılı olumsuz koşulları taşımayan, yirmi beş yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir. (m. 76-77).

Başkanlık Divanı, Meclisteki siyasi parti gruplarının üye sayılan oranında Divana katılmalarını sağlayacak şekilde kurulur., siyasi parti grupları başkanlık için aday gösteremezler.”

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı için, bir yasama döneminde iki seçim yapılır. İlk seçilenlerin görev süresi iki yıldır,, ikinci devre için seçilenlerin görev süresi ise o yasama döneminin sonuna kadar devam eder (m.94/1-3).

B. TBMM ÜYELERİNİN YASAMA DOKUNULMAZLIĞI

Anayasa, TBMM üyelerinin görevlerini, hiçbir baskı ve tehdit altında kalmadan serbestçe yerine getirebilmelerini sağlamak için milletvekillerine kimi ayrıcalıklar (yasama dokunulmazlığı) tanımıştır. Anayasaya göre, Bakanlar Kurulu üyelerinden milletvekili olmayanlar da, bu ayrıcalıklardan yararlanırlar (m. 112).

¹⁸ 103 Gören Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, S.230

Anayasada “Yasama dokunulmazlığı” başlığı altında toplanan ayrıcalıklar üç halde gözlenmektedir:

Birinci Hal : Yasama Sorumsuzluğu

“TBMM Üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının önerisi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça, bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar-(m.83). Sorumsuzluk, milletvekiline, milletekilliği sırasında yada sonrasında sürekli bir koruma sağlar. 1982 Anayasası, 1924(m.17) ve 1961(m.79) Anayasalarından farklı olarak, koşullu sorumsuzluk tanımıştır. Bu hükme göre, milletvekillerinin, Mecliste ileri sürdükleri görüş ve düşünceleri Meclis dışında açığa vurmaları durumunda, yasama sorumsuzluğundan yararlanabilmeleri için, Meclisin, Başkanlık Divanının önerisi üzerine, yasaklayıcı bir karar alınmamış olması gerekir (m.83/1)

İkinci Hal : Dokunulmazlık, Yargılanamadık,

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz (Meclis kararına bağlı, koşullu Yargılanamazlık-Dokunulmazlık). Bu durumdaki bir milletvekilinin yargılanabilmesi, sorguya çekilebilmesi için aranan ön koşul, Meclisçe, bu yönde hır karar verilmemiş olmasıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile seçimden önce soruşturulmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar hu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya TBMM’ne bildirmek zorundadır. Yasama dokunulmazlığı ile ilgili enteresan bir uygulama, birkaç ay önce, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin, TBMM Başkanlığına gönderdiği yazıyla, Anayasanın 14. Maddesi kapsamında görülen ve bu nedenle yasama dokunulmazlığın m dışında kalan fiiller nedeniyle haklarında dava açılan altı DTP milletvekilinin ifadeleri alınmak üzere Mahkemeye davet edildiğim, gelmemeleri durumunda polis zoruyla getirileceklerini bildirmesi olayında gözlenmiştir.¹⁹ Milletvekillerinin, yasama dokunulmazlıklarını ileri sürerek ifade vermeye gitmemeleri sorunu krize dönüştürmüştür.

Üçüncü Hal: Verilmiş Bir Ceza Hükümünün Yerine Getirilmesinin Ertelenmesi

TBMM Üyesi hakkında seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Üyelik

¹⁹ Milliyet Gaz. 26.Mayıs.2009

süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi, Meclisin, o milletvekili hakkında, dokunulmazlığının yeniden kaldırılması yönünde karar vermesine bağlıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz. (m. 83)

Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği sona erer (m.101). Bunun doğal sonucu olarak da, milletvekili iken Cumhurbaşkanı seçilen, milletvekilinin yasama dokunulmazlığı, Cumhurbaşkanlığı seçimini takiben son bulur(m.101).

X. TBMM'NİN TOPLANTI VE KARAR YETER SAYISI İKİLEMİ

1982 Anayasasının, TBMM'nin toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 96. Maddesinin birinci fıkrası, 5678 sayılı yasayla değişiklik yapılmadan önce *"Anayasada başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz"* biçiminde idi. TBMM, Cumhurbaşkanı seçimi için. Anayasanın, 96. Maddesinin, 5678 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten önceki hükmüne göre toplanmış ve 11. Cumhurbaşkanı Gül bu usule göre seçilmişti.

On birinci Cumhurbaşkanının TBMM tarafından seçilmesi sürecinde iki görüş ortaya atılmıştır. Toplumun geniş bir kesimi tarafından benimsenen **birinci görüşe** göre²⁰;

özetle, "Anayasanın 102. Maddesi, Cumhurbaşkanının seçiminde ilk iki tur için 2/3, daha sonraki turlar için salt çoğunluk öngörmektedir. Bu hüküm, Anayasanın 96. maddesindeki "Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biriyle toplanır" genel kuralına, aynı fıkradaki "başkaca bir hüküm yoksa" kuralıyla ayrıklık getirmektedir. Cumhurbaşkanının seçilebilmesi için, ilk iki turda. Meclis, en az üye tamsayısının 2/3 çoğunluğuyla yani 367 sayısına ulaşarak toplanmalıdır. Bu durum. TBMM'nin, karar yeter sayısının oluşabilmesi için, birinci ve ikinci turda, en az, 367 milletvekiliyle toplanmasını gerekli kılar. Üçüncü ve daha sonraki turlarda ise, seçimin

²⁰ Yargıtay Onursal Başsavcısı Kanadoğlu, Batum Süheyl, Teziç Erdoğan. Yüzbaşıoğlu Necini

yapılabilmesi için “üye tamsayısının salt çoğunluğu” gerekli olduğuna göre Birleşimin açılışında, en az, 276 milletvekili hazır bulunmalıdır. Bu sayılara ulaşılamaması durumunda, toplantı açılmaz ve seçim turlarına geçilemez”.

İkinci görüş, “Anayasanın 96. Maddesinde, Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa, TBMM üye tamsayısının en az üçte biriyle toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir. Ancak, karar yeter sayısı hiçbir biçimde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz. Anayasanın, Cumhurbaşkanı’nın seçimiyle ilgili 102. Maddesinde toplantı yeter sayısı ile ilgili ayrı bir çoğunluk belirtilmediğine göre, TBMM’nin, Anayasanın 102. maddesine göre toplanabilmesi ve Cumhurbaşkanı’nın seçim işlemine başlayabilmesi için Anayasanın 96. Maddesindeki genel hükmün uygulanması yeterlidir; Anayasada toplantı yeter sayısını gösteren başkaca bir hüküm bulunmamaktadır, dolayısıyla ayrıklı bir durum da yoktur. Ayrıklı durum, karar yeter sayısı için söz konusudur. Ancak, Meclis, karar yeter sayısına göre değil, toplantı yeter sayısına göre toplanacaktır. Kaldı ki, en az üçer gün ara ile yapılacak oylamalarda Anayasada anman çoğunluğun sağlanıp sağlanamadığının saptanabilmesi için Meclisin çalışır hale gelmesi, başka bir deyişle toplanabilmesi gerekir.”²¹

11. Cumhurbaşkanı’nın seçimi sürecinde TBMM aranan toplantı yeter sayısı konusunda ortaya farklı görüşler çıkmıştır. Uygulamada, Meclis ESaşkanının, Anayasanın 96. Maddesini esas alarak, toplantı için yeter sayının 184 olduğunu kabul etmesi üzerine, bu karara karşı, TBMM üyeleri Deniz Baykal Önder Sav ve 134 milletvekili tarafından, Anayasa Mahkemesinde açılan davada, Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 27.4.2007 günlü ilk uygulamanın, TBMM İctüzüğü’nün 121. Maddesinin birinci fıkrasındaki, “Cumhurbaşkanı, Anayasanın 101 inci maddesinde yazılı nitelikleri taşıyan adaylar arasından. Anayasanın 102 nci maddesi hükümlerine göre seçilir. “ hükümünde eylemli bir değişiklik yaptığı ileri sürülerek iptali ve bu uygulama ile oluşan İctüzük hükmünün yürürlüğü’nün durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir.

İptal isteminin gerekçesinde, “Anayasanın, Cumhurbaşkanı’nın seçiminde basit bir çoğunlukla yetinmeyip, nitelikli toplantı ve karar yeter sayıları aranmasının kökeninde Cumhurbaşkanı’nın geniş bir Türkiye Büyük Millet Meclisi çoğunluğunca seçilmesinin amaçlanması yatmaktadır. Anayasanın

²¹ Aliefendioğlu Yılmaz, Onar Erdal, Özbudun Ergun, Türk Hikmet Sami, Selçuk Sami

102 nci Maddesi dikkatle incelendiğine, birinci fıkrada belirtilen yeter sayının aslında bir toplantı yeter sayısı olduğu da açıkça görülmektedir.”²² Savı ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, konuyu öncelikle, kendi görevi yönünden inceleyerek, “...TBMM,²³ 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde Başkanın, 184 milletvekilinin Genel Kurul’da hazır bulunmasının gündemin, Cumhurbaşkanı seçimi ile ilgili kısmına geçilebilmesi için yeterli bulunduğu yönündeki görüşün kabulüne ilişkin TBMM Kararının, İçtüzüğün 121. Maddesinin eylemli biçimde değiştirilmesi niteliğinde olduğundan bu kararın Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisi içindedir.” yönünde karar vermiştir.

İşin esasına geçildiğinde, Mahkeme, “Anayasanın 102. Maddesinin ilk fıkrasında Cumhurbaşkanının seçimi için öngörülen üçte iki çoğunluk, dava konusu Meclis kararına ilişkin birinci oylama yönünden hem toplantı hem de karar yeter sayısını kapsamaktadır.”²⁴ Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının seçilebilmesi için ilk iki turda TBMM’nin üçte iki çoğunlukla yani 367 üye ile toplanması gerekirken, birleşimin açılabilmesi için, 96. madde uyarınca en az 184 üyenin bulunmasının yeterli kabul edilmesini Anayasanın 102 maddesinin birinci fıkrasına aykırı görerek İçtüzük niteliğindeki TBMM Kararının iptali yönünde karar vermiştir. Mahkeme, aynı kararında, “bu kararın uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazetemde yayımlanacağı güne kadar, yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir.

DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararından, Anayasanın karar için nitelikli çoğunluk aradığı durumlarda, Anayasada ayrıca belirtilmemiş olsa da, toplantı yeter sayısının, en az karar yeter sayısı kadar olması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

²² AYM’nin 1.5.2007 günlü, E2007/45, K2007/54 sayılı karar, RG 27.6.2007/26565, S.7

²³ İbid S.4-16

²⁴ AYM’nin 1.5.2007 günlü, E2007/45, K2007/54 Sayılı karar, RG 27.6.2007 726565

Anayasa Mahkemesi kararında, davacının, dava dilekçesinde ileri sürdüğü, “Anayasanın 102. Maddesinin birinci fıkrasında öngörülen “özel toplantı yeter sayısının”. Cumhurbaşkanı seçiminde yalnız birinci oylamada değil, fakat dört oylamanın her birisinde aranması gerektiği” yönündeki sav tartışılmamıştır. Davacı tarafa göre, Cumhurbaşkanı seçiminin dört oylamasının her birinde, toplantı yeter sayısı 367 olmalıdır. Anayasa Mahkemesine göre ise, karar için nitelikli çoğunluğun arandığı durumlarda toplantı yeter sayısı, karar yeter sayısından az olmamalıdır. Böylece Mahkemenin, açıkça söylemese de kararından, Cumhurbaşkanı seçiminde ilk iki tur için toplantı yeter sayısı 367; üçüncü ve dördüncü oylamada 276 olması gerektiği sonucuna varılabilir.

Bu bakış, siyasî partiler arasında bir Cumhurbaşkanı adayı üzerinde uzlaşma olmaması durumunda seçimin yapılabilmesini, daha da güçleştirmiştir. On birinci Cumhurbaşkanının, Anayasanın kimi maddelerinin 5678 sayılı yasa ile değiştirilmesinden önceki hükümlerine göre seçilebilmesi, 22.7.2007 gününde yapılan genel seçimle TBMM’nin yenilenmesi sonrasında, MHP ve DTP’nin Cumhurbaşkanı seçimlerinin yapıldığı birleşimlere katılmaları yoluyla olanaklı olabilmektedir.

Bu arada, Anayasa Mahkemesinin kararını etkilemeye dönük söylemlerin, üstü örtülü korkutmaların, Anayasanın, yargıçların görevlerinde bağımsız olmaları; “Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermeleri”¹ (m. 138) temel ilkesine aykırılık oluşturmuştur. Bu söylemler, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmamıştır.. Aynı kararda, Başkan vekili Haşim Kılıç, karşı oy yazısında, davacının, “Mahkemenin kendi istekleri doğrultusunda karar vermemesi halinde ülkenin bir iç savaşa sürükleneceği biçimindeki ifadelerimi, “yargıcın vicdani kanaatinin oluşmasını doğrudan hedef alan bir eylem biçimi” olarak adlandırmış ve Anayasanın 138. maddesine aykırı olduğu yönünde görüş belirtmiştir.

ANAYASANIN, 5678 SAYILI YASAYLA DEĞİŞTİRİLMESİNDE, SEÇİMİYLE İLGİLİ YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

- Anayasanın kimi maddelerinin 5678 sayılı yasayla değiştirilmesi sırasında 96. Maddenin birinci fıkrası, “Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir

hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz” biçiminde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle, TBMM’nin toplantı yeter sayısının, seçim işleri dahil her durumda aynı olması kabul edilmiştir. Böylece, Anayasaya göre, TBMM’nin, bütün işlerinde, toplantı yeter sayısı, TBMM üye tamsayısının en az üçte biri kadar olması yeterli olacaktır.

- Anayasanın 101. Maddesinde yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası kabul edilmiş; Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olarak belirlenmiş ve bir kimsenin en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebileceği hükmü getirilmiştir.
- Cumhurbaşkanının seçimiyle ilgili Anayasanın 102. Maddesi, 31.5.2007 günlü, 5678 sayılı yasa ile önemli oranda değişikliğe uğramıştır. Yeni hükme göre, “Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içerisinde; makamın herhangi bir sebeple boşalması halinde ise boşalmayı takip eden altmış gün içerisinde tamamlanır. Genel oyla halk tarafından yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci Pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum biçiminde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.
- Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin usul ve esaslar yasayla düzenlenir.

Ayrıca, 5678 sayılı yasanın 6. maddesiyle, Anayasaya eklenen Geçici madde 18 ile, Anayasanın 67. maddesinin son fıkrasının, Cumhurbaşkanı seçimlerin yapılabilmesi için; çıkarılması gereken yasa hükümleri ile seçim yasalarında yapılacak değişiklikler açısından dikkate alınmayacağı hükmü getirilmiş, böylece, “Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.” hükmü bertaraf edil-

miştir. Geçici Madde 19 ile de, On birinci Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçimiyle ilgili düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre, On birinci Cumhurbaşkanı seçiminin ilk oylaması, Bu Yasanın (5678 sayılı yasanın) Resmi Gazetede yayımını izleyen kırkıncı günden sonraki ilk Pazar günü, ikinci tur oylaması ise ilk tur oylamayı takip eden ikinci Pazar günü yapılır. Anayasanın 101. Maddesinde belirtilen nitelikleri taşıyan adaylar, yazılı rızaları ve Anayasanın değişik 101. Maddesindeki koşulları içeren ve öteki ilgili belgelerle birlikte ilk tur oylama tarihinden 30 gün önce TBMM Başkanlığına başvururlar. Adayların başvurularında eksik bilgi ve belgelerin saptanması halinde TBMM Başkanlığı tarafından eksiklerin giderilmesi için üç günlük kesin süre verilir. Bu süre içerisinde eksikliklerin giderilmesi halinde adaylar, kendiliğinden adaylıktan çekilmiş sayılırlar.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca, Anayasanın 101. Maddesinde belirtilen nitelikleri taşıdıkları anlaşılan adaylara ilişkin kesin liste iki gün içerisinde ilan edilir ve Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığına bildirilir.

Cumhurbaşkanı adayı gösterilen kamu görevlisi, aday gösterildiği tarihten itibaren görevinden ayrılmış sayılır. Görevinden ayrılan kamu görevlisinin Cumhurbaşkanı seçilememesi durumunda görevine geri dönmesi konusundaki ilgili yasa hükümleri uygulanır. Birinci tur seçim sonuçlarının kesinleşmesinden ikinci tur oylamanın sonuçlanmasına kadar, ikinci oylamaya katılmaya hak kazanan adalardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki oy sırası esas alınarak sıradaki adayla doldurulması suretiyle yapılır. İkinci oylamada tek adayın kalması durumunda, bu oylama referandum biçiminde yapılır. Aday geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

Bu Maddenin son fıkrasına göre ise, Cumhurbaşkanı'nın seçilmesine ilişkin usul ve esasların ayrı bir yasayla düzenlenmesine kadar, 10.6.1983 günlü, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Yasası, 26.4.1961 günlü, 298 Sayılı Seçimleri Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Yasa, 22.4.1983 günlü, 2820 Sayılı Siyasal Partiler Yasası, 23.5.1987 günlü, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Yasa ile diğer yasaların bu maddeye aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

SONUÇ

Yukarıda açıklandığı üzere, 31.5.2007 günü TBMM'nce kabul edilen ve halkoyuna sunulmak üzere 16.6.2007 / 26554 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5678 sayılı yasa. Anayasada, Cumhurbaşkanının seçimiyle ilgili temel değişiklikler öngörmektedir. Bu değişiklikleri özetle tekrarlırsak, bu yasayla;

- Anayasada yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir (m.79, 101)
- Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıla sınırlandırılmış, ancak bir kimsenin en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebileceği hükmü getirilmiştir (m.101).
- TBMM'nin toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 96. Maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiş, toplantı yeter sayısının nasıl anlaşılması gerektiği konusuna açıklık getirilmiştir. Yeni hükme göre, TBMM, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanabilecektir.
- Anayasanın 102. maddesinde değişiklik yapılarak, Cumhurbaşkanının seçimiyle ilgili usulü hükümler getirilmiş; Anayasaya Geçici Madde 18 ve Geçici Madde 19 eklenmiştir.

KAYNAKLAR

- Gören Zafer, *Anayasa Hukuku*, Seçkin, Ankara 2006, s.230
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, 15. Bası, s.245
- Rumpf C., *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, 1995, s.89
- Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2001, s.302
- Milliyet Gaz., 19.5.2009
- Milliyet Gaz., 26.5.2009
- Vatan Gaz., 19.5.2009, s. 19
- Vatan Gaz., 10.6.2009

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN ANAYASAL SİSTEMDEKİ YERİ VE ETKİNLİĞİ SORUNU

THE PLACE OF OMBUDSMAN INSTITUTION AT THE CONSTITUTIONAL SYSTEM AND EFFICIENCY PROBLEM

Kadir AKTAŞ*

Özet : İdarenin işleyişinin denetlenmesinde idari, siyasi ve yargısal denetim yollarının eksikliği, İdare ile kişiler arasında tarafsız bir şekilde hareket ederek anlaşmazlıkları çözecek yeni bir denetim yolunu gündeme getirilmiş, bu doğrultuda Anayasal düzenleme ile Kamu Denetçiliği Kurumunun kurulması öngörülmüştür. Kamu Denetçisinin etkinliği her şeyden önce yapılacak yasal düzenlemede çalışma esaslarının iyi belirlenmesiyle ve misyonunun, çalışma kültürünün iyi tasarlanmasıyla olacaktır. Bu çalışmada öncelikle, Kurumun Anayasal sistemdeki yerine ilişkin değerlendirmede bulunulmuş; sonra da yapılmak istenen yasal düzenlemelere ilişkin önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Kamu Denetçisi, TBMM'yle ilişkisi, Etkinliği.

Abstract : Lack of political and judicial control pathways on auditing the functioning of the administration brought a new audit way on the agenda to resolve disputes between citizens and administration, in this direction with the constitutional arrangements envisaged the establishment of an Ombudsman Institution. The effectiveness of Ombudsman will be connected with Ombudsman law and the mission and work culture of the institution. In this study, first of all the place of Ombudsman Institution at the constitutional system was evaluated and then suggestions were made regarding the legal arrangements.

Keywords : Ombudsman, efficiency, relations to Grant National Assembly of Turkey.

1. Genel Olarak

Hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, güçlü olan kamu otoritesine karşı bireyin korunması adına son dönemlerde reform niteliğinde yasal düzenlemeler yapılmıştır.

* TBMM Yasama Uzmanı

Demokratik, şeffaf ve hesap verebilir yönetimin oluşturulması için çıkarılan Bilgi Edinme Hakkı Kanununu bunlardan biri olarak sayabiliriz. Bu gün söylemek gerekir ki bu hakkın gerekleri başarıyla uygulamaya aktarılmış, bu hak çerçevesinde tabu niteliğinde pek çok gizli konu açıklığa kavuşturulabilir olmuştur. Artık bilgi edinme hakkıyla idare makamları ve görevlileri hesap verme bilinciyle daha sorumlu davranabilmektedirler.

Bilindiği üzere Dilekçe hakkının düzenlendiği Anayasanın 74 üncü¹ maddesinde kişilerin yetkili makamlara ve TBMM'ye talep ve şikâyetlerini iletme hakkı düzenlenmiştir. 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasıyla kabul edilen son anayasa düzenlemesiyle de dilekçe hakkını güvence altına almaya ve güçlü olan kamu otoritesine karşı bireyi korumaya yönelik Kamu Denetçiliği Kurumu kurulması öngörülmüştür.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kurumun görev alanı, idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemek olarak tarif edilmiştir. Yine, yapılan düzenlemede, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

¹ Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı
MADDE 74- (Değişik: 3/10/2001-4709/26 md.) Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.
(Değişik: 3/10/2001-4709/26 md.) Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.
(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/8 md.) Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.
(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/8 md.) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.
(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/8 md.) Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.
(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/8 md.) Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

Bu Anayasal görev gereğince sunulan Hükümet Tasarısı, Anayasa Komisyonunda görüşülüp kabul edilmesine karşın; seçim nedeniyle tatile giren Genel Kurulun gündeminde bekleyen Tasarının yasama dönemi içerisinde görüşülemeyeceğinden kadük olacağı anlaşılmıştır.² Anayasanın yasama organına verdiği görev çerçevesinde yeni yasama döneminin başında söz konusu tasarının kanunlaşması beklenmektedir.

Kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması konusu, dünyadaki gelişmelere paralel olarak gittikçe daha fazla önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, halkın idare ile olan ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları hızlı ve etkin bir şekilde çözebilmek amacıyla idareyi yargı dışında denetleyen bir sisteme ihtiyaç duyulmuştur

Yaygın adıyla “ombudsmanlık” kurumu, günümüzde yüzü aşkın devlette vatandaşı özellikle kötü yönetime karşı koruma amacıyla kurulmuş ve halk denetçisi, kamu hakemi, arabulucu, medeni hakların savunucusu, parlamento komiseri gibi adlarla faaliyet göstermektedir.³

Karşılaştırmalı hukuktaki mevcut uygulamalara bakıldığında kamu denetçileri (ombudsmanlar), çoğu zaman Anayasa ile oluşturulan; başında yasama organına karşı sorumlu olan yüksek seviyeli, bağımsız bir bürokratin olduğu; hükümet birimleri, memurları ve çalışanları hakkındaki şikâyetleri alan, hak ve hürriyetlerin güvencesi olma hedefiyle şikâyet üzerine ya da re’sen harekete geçen ve araştırma yapan; aksaklıkların giderilmesi için izlenmesi gereken yollar hakkında tavsiyelerde bulunan ve rapor hazırlama yetkisine sahip bir kurumdur.

Hak ve özgürlüklerin özellikle idareye karşı korunmasının hedeflenmesi, kötü yönetime karşı kişilerin korunması, yine yerinde olmayan idarenin tasarrufları konusunda da inceleme yapabilmesi, uzlaşmaya davet edebilmesi ve çalışmalarında bağımsızlık, bu kurumun önde gelen özelliği olmuştur.

² Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Anayasa Komisyonları Raporları, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, Esas Numarası: 1/991 Sıra Sayısı: 609, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss609.pdf>, Erişim Tarihi: 13/4/2011

³ Hüdai Şencan, Bazı Ülkelerde Ombudsmanlık Kurumu, TBMM Araştırma Merkezi Yayını, Ocak 2011, 8-40

2. Tarihi süreç

Bir kısım araştırmacılar, kamu denetçiliği kurumunun tarihi kökenini, Halife Hz. Ömer zamanında bütün vatandaşların şikâyetlerini bildirebileceği bir kurum olarak oluşturulan muhtesip kurumuna dayandırmaktadır.⁴

İslam Devletlerinde muhtesipler, özellikle şehirlerde ve pazar yerlerinde gözetmen olarak bulunmakta ve ortaya çıkan anlaşmazlıkları çözmektedirler. Ayrıca, kadınlar da vatandaşların şikâyetlerini dinlemekte ve idare ile aralarındaki iletişimi sağlamaktadırlar.

Çağdaş anlamda uygulamalarına ise İsveç tecrübesinin kaynaklık ettiğini söyleyebiliriz. Rusya'ya yenildiği için Osmanlı topraklarına sığınan İsveç Kralı 12. Charles hakimleri ve Kral adına hareket edenleri denetlemek üzere bir fermanla 1713 yılında bir kişiyi atamıştır. Ciddi araştırmacılar İsveç Kralının Osmanlı Devletinde kamu denetçiliğine benzer olan Kadı-ul Kudat adlı kurumunun varlığından esinlenerek bu uygulamaya gittiğini belirtmektedirler.⁵

2 nci Dünya savaşından sonra özellikle 1970'li yıllarla birlikte bu kurumun dünya ülkelerinde hızla yaygınlaştığını görmekteyiz.

Bu tarihi sürece bakıldığında Anayasayla kurulması öngörülen Kamu Denetçiliği Kurumunun Türk devlet tecrübesine çokta yabancı olmadığı ortadadır.

3. TBMM Tecrübesi ve Kurumun Hukuk Sistemindeki Yeri

Modern anlamda Kamu Denetçiliği Kurumunun işlevinin Türk parlamentolarında Meclisi Mebusandan beri bir ölçüde yürütüldüğünü söylemek mümkündür. Anayasal görev gereğince (m.74) Dilekçe ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonları aracılığıyla, TBMM'ye gelen talep ve şikâyetler incelenmekte, bu komisyonların verdikleri tavsiye içerikli kararlarla da idari uygulamalara yön verilmektedir.⁶ Hiç

⁴ Victor J. Pickl, "Ombudsman ve Yönetimde Reform", Amme İdaresi Dergisi, Çeviren:Turgay Ergun, C.19, S.4, Aralık 1986, s.39.

⁵ "Origins and Etymology of Ombudsman", http://en.wikipedia.org/wiki/Ombudsman#Origins_and_etymology, (Erişim Tarihi: 10.12.2007)

⁶ Örnek Dilekçe Komisyonu kararı için bkz.; <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/gkdonem23.htm>, E.T.14.4.2011

şüphesiz ki Anayasanın 74 üncü maddesinde TBMM' ye verilen görev siyasi denetim işlevinin bir unsurudur.

TBMM'ye bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumunun işlev alanı, bir yönüyle Anayasanın 74 üncü maddesinin birinci fıkrasında TBMM verilen görev çerçevesinde gerçekleştirilen siyasi denetimin bir yansımasıdır. Nasıl TBMM, kamu kurumlarının hesap ve işlemlerinin denetimini, kendisi adına görev yapan ve görevi sırasında bağımsız hareket eden Sayıştay marifetiyle yerine getiriyorsa; TBMM kişilerden gelecek şikâyetler üzerine idare üzerindeki siyasi denetim yetkisini ve görevini, görevi sırasında bağımsız ve tarafsız hareket etmesi öngörülen Kamu Denetçiliği Kurumu aracılığıyla yerine getirecektir. Dolayısıyla TBMM komisyonlarının üzerindeki yükün ihtisaslaşmış bir kurum marifetiyle paylaşılması söz konusudur.

TBMM'nin siyasi denetiminin gereklerinin yerine getirilmesi söz konusu olduğundan, oluşturulan Kamu Denetçiliği Kurumunun TBMM ile bir takım bağlantılarının olması bir gerekliliktir. Anayasanın 74 üncü maddesinde yapılan düzenlemeyle Kamu Denetçiliği Kurumunun TBMM bağlı olması ilkesi benimsenerek, siyasi denetimle olan bağlantı açıkça ortaya konulmuştur. Bu çerçevede kamu denetçisinin gerek seçilmesinde gerekse hazırlamış olduğu raporların görüşülüp değerlendirilmesinde, TBMM organlarının söz sahibi olması, yasal düzenlemeler sırasında kurulması gereken bağlantılar olmalıdır.

Her şeyden önce, Kamu denetçisinin Türk idare sistemi üzerindeki etkisi, üstleneceği misyon ve göstereceği performansla, saygınlıkla paralel gelişecektir.

Çıkarılacak Kanunda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ta Kamu denetçisinin özellikle kuruluşu ve çalışma kültürünün oluşturulması aşamasında, yeterli donanıma sahip uzmanlara sahip olabilmesine yönelik kadro imkânının tanınmasıdır. Bu çerçevede özellikle kuruluş aşamasında çeşitli kamu hizmeti alanlarında yetişmiş denetim elemanlarının ve idari hâkimlerin tecrübelerini bu kuruma aktarmalarının büyük önemi olacaktır. Bugün, Kurul halinde çalışan Danıştay ve Yargıtay gibi kuruluşların yoğun iş yükünü kaldırabilmelerinin temelinde ihtisaslaşmanın ve tetkik hâkimlerin desteğinin olduğu bilinmektedir.

4. Görev Alanı ve Yetki

Kamu denetçileri, kamu gücünü kullananlar ile bireyler arasındaki ilişkiler neticesinde ortaya çıkan sorunlarla ilgilenmekte; yapılan şikâyetleri kabul ederek gerekli incelemeleri yapmakta ve çözüm üretmeye çalışmaktadır. Örneğin, Kamu denetçiliği; İsveç'te insan hak ve özgürlüklerinin korunması, İngiltere'de vatandaşların kötü yönetime karşı korunması, Fransa'da ise vatandaş ile idare arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi ve idari işlemlerde hakkaniyetin sağlanması amacıyla oluşturulmuş bir kurumdur.⁷

Anayasanın 74 üncü maddesindeki düzenlemede “kamu denetçisinin idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceleyeceği” belirtilerek, kamu denetçisinin görev alanına işaret edilmiştir.

Bu çerçevede 23 üncü Yasama Döneminde sunulan Kanun Tasarısında, idarenin işleyişiyle ilgili tüm işlem, eylem ve tutumlar, Kamu Denetçisinin görev alanında yer almakta, yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler ise görev alanı dışında tutulmaktadır.

Tabi Anayasa metninde belirtilen ‘idare’ organik anlamda değil, fonksiyonel anlamda idaredir. Yani gerek TBMM Başkanlığının gerekse hakim ve savcılarının idari nitelikteki bütün işlem, eylem ve tutumları da Kamu Denetçisinin inceleme alanına girmektedir.

Zannımca yapılacak yasal düzenlemelerde her hangi bir idari niteliğe haiz işlemin, bu işlem yasama ve yargı organlarınca yapılmış olsa bile Kamu denetçisinin görev alanı dışında tutulması başta Anayasaya aykırı olacaktır. Bu çerçevede, 23 üncü dönemde TBMM'ye sunulan Hükümet Tasarısında bulunamamakla birlikte, Anayasa Komisyonundaki görüşmeler sırasında Tasarıya eklenen, “Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetlerinin,” kurumun görev alanının dışında tutulmasına ilişkin hüküm (m. 9/2) ‘sırf askeri nitelikli faaliyetin’ kapsamının belirsizliği ve Anayasayla kişiler için tanınan bir hakkın kapsamının daraltılması bakımından tartışma konusu bir husus olmuştur.⁸

⁷ Gamze Özçelik, Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, TBMM Uzmanlık Tezi, Yayınlanmamış Eser, Ankara, 2006, s.14

⁸ Askere dokunmayacak, Vatan gazetesi, 27.01.2011, Erişim Tarihi: 14.4.2011

Diğer yandan Tasarının 17 inci maddesinin 4 üncü fıkrası hükmü⁹, Kuruma başvuruda idari başvurunun yapılmasını zorunlu tutarak, Kurumun işlev alanını sınırlayacak bir nitelik taşımaktadır. Örneğin, kamu görevlilerinin kendi kurumlarıyla ilgili şikâyetlerde idareye başvuramamalarında anlaşılabilir menfaatleri olabilmektedir. Suç ihbarı mahiyetindeki şikâyetlerde ihbar yapılacak idareye başvuruyu şart koşturmak, her zaman istenilen sonuçları vermeyebilir. Yine başvuru için idari başvuru zorunlu tutulduğunda kamu denetçisinin güncel gelişmelere ilişkin zamanında inceleme yapmasının engellenmesi de söz konusu olabilecektir.

Zannımızca belirtilen fıkra “*idari başvuru yolları yeterince tüketilmeyen başvurular incelenmeyebilir.*” şeklinde tasarlanarak yapılacak yasal düzenlemede idari başvuru zorunlu olmaktan çıkarılmalıdır. Bu şekilde, niteliksiz ve ilgili idari makamlarca yerinde kolaylıkla giderilebilecek talep ve şikâyetlerin denetçilerin gündemini işgal etmesinin önlenmesi sağlamak üzere, Kamu denetçisine yapılan başvuruda, idari başvurunun yapılmamış olması durumunda, başvurunun incelenmesi Kurumun takdirine bırakılmış olacaktır.

5. Kararlarının Niteliği

Anayasal düzenlemede Kurumun kararlarının bağlayıcılığına ilişkin bir nitelendirme yapılmamıştır. Anayasa Komisyonunca kabul edilen bahse konu Tasarının amaç ve görev maddelerinde (m.1-5), Kamu denetçisine görev alanıyla ilgili inceleme, araştırma, önerilerde bulunma ve uzlaşmaya davet etme görevleri verilmiştir. Metinden de anlaşılacağı üzere Kamu denetçilerinin şikâyet konularına ilişkin kararları öneri-tavsiye mahiyetinde olacaktır. Uyuşmazlıkların bağlayıcı çözümünün mahkemelere bırakıldığı bir hukuk sisteminde kamu denetçisinin kararlarının bağlayıcı olacağını iddia etmek pek de mümkün değildir. Yoksa aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin iki farklı kurum tarafından iki bağlayıcı karar ortaya çıkacaktır ki en başta bu durum hukuk devleti ilkesiyle çelişecektir.

⁹ “(4) Kuruma başvuruda bulunabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yollarının tüketilmesi zorunludur.” Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Anayasa Komisyonları Raporları, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, Esas Numarası: 1/991 Sıra Sayısı: 609, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss609.pdf>, Erişim Tarihi: 13/4/2011

Ancak salt öneriden ibaret kararları olacak Kurumun idare üzerindeki yeterli etkinliği gösterebilmesi de pek mümkün gözükmemektedir. Bilindiği üzere idare görevlileri özellikle harcama gerektiren konularda veya uzun yıllara malolmuş uygulamalarla kanıksanmış durumlarda, yaptıkları işlemin hukuka aykırılığını, kamu yararına hizmet etmediğini bilseler bile inisiyatif üstlenmemekte, öncelikle bağlayıcı olan bir yargı kararıyla konunun tespitini istemektedir.

Dolayısıyla yapılacak yasal düzenlemede, kurumun kararlarının kamu görevlilerince uygulanabilirliğine güç katacağı düşüncesiyle *"İdare görevlileri, konusu suç teşkil etmeyen ve ağır hizmet kusuru içermeyen denetçi kararları doğrultusunda tesis ettiği işlemlerden dolayı sorumlu tutulamaz."* şeklinde açıklayıcı hüküm konulması isabetli olacaktır. Bu şekilde, Kurumun tavsiye kararlarını uygulamakta tereddüt eden görevlilerin endişeleri giderilmiş olacaktır. Kurumun tavsiye kararları doğrultusunda bir görevlinin işlem tesis etmesi, takdir yetkisinin doğru kullanıldığını gösteren bir olgudur. Dolayısıyla bu yönde yapılacak bir düzenleme salt açıklayıcı mahiyette bir tespit kuralını içerecektir

6. TBMM'yle İlişkisi / Seçimi / Raporlarının Görüşülmesi

Çağdaş uygulamalara bakıldığında; kamu denetçileri (ombudsmanlar) çalışmalarını bir rapor halinde yasama organına sunmakta ve kamuoyuna açıklamalarda bulunmaktadır.¹⁰ Böylece, Kurumun tavsiye niteliğinde olan kararları güç kazanmakta, uygulanma zorunluluğu hissedilen kararlar niteliği kazanmaktadır.

Kamu denetçisinin başka ülke uygulamalarında olmazsa olmaz bir niteliği de bağımsızlığıdır. Tasarıda denetçilerin gerek mali ve teşkilatlanma yönünden (m. 34) gerekse görev ve yetki yönünden bağımsızlığı ve tarafsızlığı güvence altına alınmıştır. (m.12)

Kurumun Anayasal dayanağının olması, hiç şüphesiz en başta kurumun bağımsızlığını kuvvetlendirmiştir. Bu kurumun gücünü parlamento gibi güçlü bir kurumdan alması bağımsızlığı için gereklidir. Kamu denetçisinin gücünü Parlamentodan alması ise en başta

¹⁰ Hüdai Şencan, age, s.8-40

atanmasının ve/veya görevden alınmasının parlamento tarafından yapılmasıyla mümkündür. Çağdaş kamu denetçiliği uygulamalarına bakıldığında bunu görmek mümkündür. Örneğin, Çek Cumhuriyetinde ve Belçika da Temsilciler Meclisi tarafından; Finlandiya, Portekiz, Polonya, İspanya, Yunanistan, Estonya ve Danimarka'da parlamento tarafından Avusturya'da parlamentosunun bir kanadı olan ulusal konsey tarafından seçilmektedir.¹¹

TBMM'ye sunulan Kanun Tasarısında kamu denetçiliğiyle TBMM arasındaki bu ilişki kurulmuştur. Bu çerçevede Başdenetçinin Genel Kurul tarafından seçimi, denetçilerin ise Dilekçe ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonundan müteşekkil Karma Komisyon tarafından seçimi ilkesi benimsenmiştir.(m.11-15)

Yine, Kanun Tasarısında, kamu denetçisinin hazırladığı yıllık raporlar önce karma komisyonda, sonra Genel Kurulda görüşülmesi öngörülmüştür.(m. 22)

Zannımızca, yıllık raporların görüşülmesi ve kamu denetçilerinin seçilmesiyle kurulan bu bağın, daha etkileşimli bir ortama taşınması gereklidir. Kamu denetçisi özellikle ulusal politikaların oluşmasına katkı sağlayacak, TBMM'nin bilmesinde fayda gördüğü veya sorunların hallinde TBMM iradesine ihtiyaç duyduğu inceleme konularını, TBMM organlarının (Dilekçe Komisyonu, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu vs.) gündemine taşıyabilmelidir.¹² Bu şekilde Kamu Denetçisinin çalışmalarının TBMM Genel Kurulunun gündemine bile taşınabilmesinin yolu açılacaktır ki, bu durum Kamu denetçisinin önerilerinin idare karşısında etkisini artıracaktır.

Yine, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 45 nci¹³ maddesiyle TBMM

¹¹ Hüdayi Şencan, age, s.8-40

¹² Söz konusu etkileşim yasa maddesi olarak şu şekilde tasarlanabilir; "Başdenetçi, denetçilerce alınan tavsiye kararı doğrultusunda 1 ay içerisinde ilgili kurumlarca işlem tesis edilmeyen başvurulardan kamu yararı bakımından gerekli gördüklerini Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonunda veya İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunda görüşülmesini bir raporla isteyebilir. Dilekçe Komisyonu ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu bu şekilde gelen başvuruları mevzuatlarındaki Esas ve Usullerine uygun olarak, öncelikle inceleyerek sonuçlandırır."

¹³ "Türkiye Büyük Millet Meclisinden gelen denetim talepleri
MADDE 45- (1) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı; araştırma, soruşturma

Komisyonları ile Sayıştay arasında kurulan ilişkinin bir benzerinin, Kamu Denetçiliği Kurumuyla da kurulması isabetli olacaktır. Bu şekilde özellikle görev yönünden ilişkili TBMM Dilekçe ve İnsan Hakları İnceleme Komisyonları, gündemlerine giren (ve aynı zamanda Kamu Denetçisinin de görev alanına giren) konuların, Kamu Denetçisinden öncelikle incelenmesini isteyebileceklerdir.

TBMM ile kurulması gereken bağlantı hangi ihtisas komisyonu üzerinden olmalıdır?

Bilindiği üzere TBMM çalışmalarını öncelikle, Genel Kurul adına niyabeten görev yapan Komisyonları aracılığıyla olgunlaştırmaktadır. TBMM komisyonlarının görev alanları ise en başta yasama ve denetim işlevine göre belirlenmekte; denetim ve yasama komisyonları arasındaki görev dağılımı da ihtisaslaşmaya göre belirlenmektedir.

Türk parlamento sisteminde kişilerin talep ve şikâyetlerinin incelenmesi ve yapılan başvuru üzerine idarenin Meclis adına denetlenmesinde birer denetim komisyonu olarak Dilekçe ve İnsan Hakları İnceleme Komisyonları (İHİK) genel ve özel yetkili ihtisas komisyonlarıdır.

Yine Meclis uygulamasına bakıldığında, örneğin, Meclis adına denetim yapan Sayıştay'ın üyelerinin seçiminin ve raporlarının görüşülmesinin ilgili ihtisas ve denetim komisyonu olması hasebiyle Plan ve Bütçe komisyonu ile ilişkilendirilerek ihtisaslaşmaya uygun davranılmıştır.

Dolayısıyla, bir anlamda Meclis adına denetim yapan ve siyasi denetimin bir yansıması olarak faaliyet gösterecek olan Kamu Denetçiliği Kurumunun, bu alanda ihtisas sahibi Dilekçe ve İHİK ile ilişkilendirilmesi Türk parlamento mevzuatı, teamülüne uygun düşeceği gibi hizmet gerekleri bakımından yerinde olacaktır.

ve ihtisas komisyonlarının kararına istinaden Sayıştaydan, talep edilen konuyla sınırlı olmak kaydıyla denetimine tâbi olup olmadığına bakılmaksızın özelleştirme, teşvik, borç ve kredi uygulamaları dahil olmak üzere, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının hesap ve işlemleri ile aynı usule bağlı olarak kullanılan kamu kaynak ve imkânlarından yararlanma çerçevesinde, her türlü kurum, kuruluş, fon, işletme, şirket, kooperatif, birlik, vakıf ve dernekler ile benzeri teşekküllerin hesap ve işlemlerinin denetlenmesini talep edebilir. Denetim sonuçları Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulur.

- (2) Türkiye Büyük Millet Meclisinden gelen denetim taleplerine öncelik verilir.
- (3) Cumhurbaşkanlığı bu madde kapsamı dışındadır."

Bu gerçeklikten dolayı 21 inci ve 22 nci yasama döneminde Meclise havale edilen Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarılarında ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda, Kurumun Meclisteki muhatabı Dilekçe Komisyonu ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu olmuştur.

Buna karşın Anayasa düzenlemesinden sonra havale edilen son Dönem Kanun Tasarısında, Kamu Denetçiliği Kurumuyla TBMM arasındaki ilişkinin bir denetim komisyonu olmadığı gibi kişilerin talep ve şikayetleri ve buna bağlı idarenin denetlenmesi konusunda tecrübesi ve ihtisası olmayan Adalet Komisyonu üzerinden kurulması öngörülmüştür. Bu durum Anayasa Komisyonu görüşmeleri sırasında tartışma konusu olmuş, yapılan yerinde değişikliklerle Dilekçe Komisyonu ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun birlikte oluşturacakları Karma Komisyon, ilişkili Komisyon olarak belirlenmiştir.¹⁴

Tabii seçilecek kişilerin saygınlığı ve güvenilirliği de bu kuruma güç katacak diğer bir olgudur.

Parlamentonun desteğini almış, kamuoyunun da desteğini ve güvenini kazanmış bir kamu denetçisi görevini yerine getirirken zorlanmayacaktır. Parlamento tarafından seçilme kamu denetçisinin bağımsızlığını sağlamanın yanında gücünün ve otoritesinin de kaynağını oluşturacaktır. Kanun Tasarısında kamu denetçisinin seçiminin TBMM Genel Kurulunda yapılacağı öngörülerek, Kamu denetçilerinin temsil güçleri ve bağımsızlıkları en ileri aşamaya taşınmıştır. Yine Kurum TBMM Başkanlığına bağlanarak, çalışmalarını sürdürebilmesi için gerekli geniş bütçe imkânlarına da kavuşturulmuştur.

Kamu denetçilerinin yürütmenin işlemleriyle yönlendirilmeye

¹⁴ Tasarının tanımları düzenleyen 3 üncü maddesinin görüşmelerinde verilen bir önerenin kabulü ile Karma Komisyonun TBMM Adalet ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu yerine; Dilekçe ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşması öngörülmüştür. Kamu Denetçiliği Kurumunun Anayasanın 74 üncü maddesinde dilekçe hakkı ile birlikte düzenlendiği, ayrıca bu değişikliğin Türk Parlamento Mevzuatı teamülü ve hizmet gereklerine uygun düşeceği belirtilmiştir. Benimsenen önerge çerçevesinde 3 üncü madde Komisyonumuzca kabul edilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Anayasa Komisyonları Raporları, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, Esas Numarası: 1/991 Sıra Sayısı: 609, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss609.pdf>, Erişim Tarihi: 13/4/2011

karşı güvenceye altında olması gerekir. Bunun en geçerli sağlayıcısı ise çalışma usul ve esaslarının, kuruluşunun, teşkilatlanmasının, özlük haklarının kanunilik güvencesi altında olmasıyla mümkündür. Anayasanın emredici kuralıyla Kamu denetçiliği kurumuna ve denetçilere bu güvence de sağlanmıştır.

7. Peki neden bu kuruma ihtiyaç duyulmaktadır? Klasik denetim yöntemlerinden ne gibi bir farklılık bulunmaktadır.

Kamu denetçiliği, idarenin haksızlıklarına karşı vatandaşın korumanın yanında; bürokrasinin yerinde olmayan kararlarının düzeltilmesi, yönetimde şeffaflık ve dürüstlüğün sağlanması yönlerinden de idarenin gelişmesine katkı sağlayacaktır.

İdarenin denetlenmesi; idarenin hiyerarşik ve vesayet denetimi yoluyla bizatihi idari organlarca denetlenmesi, yargı organları aracılığıyla denetlenmesi ve siyasi denetime tabi tutulmasıyla olmaktadır.

İdarenin eylem ve işlemlerinde bağımsız mahkemelerce yapılan **yargısal denetim**, hukuk devleti olmanın “olmazsa olmaz” şartlarından biridir.

Ancak yargısal denetimin şekilci oluşu, başvuru için teknik bilgi gerektirmesi, yavaş işlemesi, masraflı oluşu ve salt hukukilik denetimi yapması, yargı dışı denetim yollarına ihtiyacı gündeme getirmektedir. Yine yargı organlarının kişilerin talebiyle sınırlı ve kişiye özgü kararlar vermesi genel uygulamalar ve haksızlıklar üzerinde her zaman istenilen neticeyi vermemektedir.

Örneğin benzer işlev alanıyla incelemelerde bulunan TBMM Dilekçe Komisyonunun çokça karşılaştığı şikâyet konularından olduğu için inceleme konusu yaptığı GSM işletmeleri, tüketici haklarına aykırı onbinlerce kişiyi mağdur eden uygulamalar yapabilmektedirler.¹⁵ Dilekçe Komisyonu raporlarında belirtildiği üzere yargı yoluna bu işten her mağdur olanın gitmediği hatta bu yola başvuranların istisnai olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla yargı yoluna giden beş on kişi hakkında verilen kararlar diğer tüketiciler için geçerli olmadığından her

¹⁵ Dilekçe Komisyonu Genel Kurulunun (DKGK) 14,16,19 numaralı kararları, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/gkdonem23.htm>, E.T.14.4.2011

zaman istenilen sonucu doğurmamaktadır. Bu tür kararları özellikle güçlü sermaye şirketleri küçük bir maliyet unsuru olarak ele alıp uygulamalarına devam edebilmektedirler.

Burada oluşan haksızlığı tüm tüketiciler için giderecek, denetim yollarını işletmekle kamu yararının sağlanacağı ortadadır. Kamu denetçisi örneğin tüketici derneğinin bu yönde bir şikâyetini haklı bulması durumunda tüm tüketiciler için ilgili idarelere gerekli düzenlemeleri ve denetimleri yapmalarını tavsiye edebilecek, uyarılarda bulunabilecektir.¹⁶

Kamu denetçisi, salt hukukilik denetimi yapan yargı denetiminin aksine **yerindelik denetimi** de yapabilecektir.

İdarenin yargı dışı denetim yollarından olan **idari denetim**, idarenin kendi içindeki birimleri tarafından yapılması sebebiyle istenilen verimliliği her zaman sağlamamaktadır.

TBMM Dilekçe Komisyonunun kararları buna ilişkin bize ipuçları sunmaktadır.

Kamu kurumları hizmet alanlarıyla ilgili olarak bazen baskı gruplarının veya düzenledikleri sektörün etkisi altında kalabilmektedirler. Örneğin Tarım Bakanlığı hizmet alanıyla ilgili önceliğini süt endüstrisi, balık çiftlikleri sahipleri lehine kullanabilmektedir. Halbuki örneğin balık çiftliklerini ilgilendiren su alanlarıyla ilgili bir düzenlemede, çevre, yörede yaşayan halk, turizm gibi diğer sektörlerin / halk kesimlerinin de etkilenmesi söz konusu olmaktadır. Yine örneğin Bilgi Teknolojileri Kurumu, düzenlemeleri ve denetlemeleri sırasında inisiyatifini ve takdir yetkisini sektörde faaliyet gösteren işletmelerin ve sektörün gelişimi için kullanabilmekte, bu arada hizmetin alıcısı konumundaki tüketicilerin hakları göz ardı edilebilmektedir. Bu çoğu zaman ilgili idarelerin iyiniyetli olarak yaptıkları işleri önemsemelerinden öncelemelerinden kaynaklanmaktadır. İlgili idari denetim kurumları sektörün gelişimini bekasını ön plana alıp, tüketiciler lehine hassasiyeti

¹⁶ Dilekçe Komisyonu 25/6/2010 tarihli 19 numaralı kararında gelen başvurular üzerine Bilgi Teknolojileri Kurumu Başkanlığına yönelik uyarıları içeren karar vermiştir. Bu tür kararlar Kamu Denetçisinin üstleneceği etkinliklerin ipuçlarını vermektedir. Karar için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/gkdonem23.htm>, E.T.14.4.2011

aynı şekilde olmayabilmektedir.¹⁷ İşte bu noktada kurumların hizmet alanlarına dışarıdan bakabilen bütün paydaşların hassasiyetini eşit algılayabilen kamu denetçisinin varlığı ve bu organın tavsiyeleri kamu hizmetinin sunumunda yol gösterici olacaktır.

Yine Dilekçe Komisyonunun denetimleri sırasında karşılaştığı başlıca sorunlardan birisi de kamu hizmetinin sunumunda birden fazla kamu kurumunun söz, yetki ve görev sahibi olmasına karşın, hizmetin yerine getirilmesinde sorumluluğun yeterince üzerlerine alınmamasıdır. Yani kamu kurumları yetkiyi üzerlerine alırken bu yetkinin gerekleri talep edildiğinde sorumluluğu diğer yetkili kurumların üzerine atabilmektedir. Dolayısıyla bütün yetkili idarelere eşit mesafede olan onların dışında hareket edecek olan Kamu Denetçiliği Kurumu toparlayıcı tavsiye kararlarıyla sorunların aşılmasına büyük katkı sağlayacaktır.¹⁸

İdari denetimde gözlemlenen sorunlardan birisi de, görev ve yetkisi dahilinde olmasına karşın yıllara mal olmuş idari kabuller ve ataletten dolayı gerekli inisiyatifin üstlenilmemesidir. Örneğin özellikle Turizmin ön planda olduğu kıyılar üzerinde Anayasa ve yasaların açık hükümlerine rağmen haksız kullanımların yaygınlığı herkesin malumdur. Haksız kullanımların yaygınlığından ve zamanında bunları gidermek için gerekli denetimler yapılmadığından, haksız kullanım olgusu ilgili idari denetim birimlerince kabullenilmiş ve kanıksanmış-

¹⁷ Örneğin DKGK'nın 19 numaralı kararında; "BTK'nın işlemlerinde telekomünikasyon şirketlerinin istek ve ihtiyaçlarının gözetilmesine, sektörün geliştirilmesine ilişkin hassasiyetin, tüketici hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin hassasiyetin önüne geçtiği" tespitinde bulunmuştur. Karar için bkz. 23. Dönem, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/gkdonem23.htm>, s.33, E.T.14.4.2011

¹⁸ Örneğin temiz su kaynaklarının kullanımına ilişkin DKGK'nın 20/12/2006 tarih ve 28 numaralı kararında "Komisyonumuz; gündemine aldığı başvuruların hepsindeki temel sorunun, temiz su kaynaklarının kullanımı, kontrolü ve korunmasına yönelik çok sayıda kamu kuruluşunun yetki ve tasarruf sahibi olmasına karşın, bu kuruluşlar arasında koordinasyon ve işbirliği sağlanmadığı için idari denetim ve kontrol mekanizmasının kamu yararını sağlayacak şekilde işletilememesinden kaynaklandığını düşünmektedir. Komisyon çalışmalarında da görülmüştür ki; temiz su kaynakları üzerinde kamu kuruluşları asıl tasarruf yetkisinin kendilerinde olduğunu iddia etmekle beraber, söz konusu hizmetin yerine getirilmemesinden kaynaklanan kusuru ve sorumluluğu kendi üzerlerine almamakta ve çoğu zaman başka idarelere bırakmaktadırlar" demektedir. Karar için bkz. Dilekçe Komisyonu Kararları, 22. Dönem, 23 Numaralı Kararı, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/gkdonem23.htm>, s.4, E.T.14.4.2011

tır. Şimdi bu haksız kullanımların tespiti ve denetimi istenildiği zaman, ilgili denetim organlarında gerekli cesaretin, becerinin olmadığı ortaya çıkmaktadır. Kamu denetçisi idarenin bu yanlış alışkanlıklarının dışında kalarak denetim eksikliğini giderebilecektir.¹⁹

Kamu denetçiliğini, birer siyasi denetim organı olan **TBMM Dilekçe ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonlarıyla** karşılaştırmak mümkündür. TBMM komisyonlarının denetimlerini yaparken yeterli teknik donanım ve uzmanlık birikimine her zaman sahip olamamaları gözlemlenen bir durumdur. Komisyonu oluşturan ve 2 yılda bir değişen milletvekillerinin her konuda ihtisas sahibi olması beklenemez. Kamu denetçiliği TBMM'nin teknik denetim eksikliğini gideren ve Sayıştay gibi siyasi denetimi tamamlayan bir misyon üstlenmesi beklenmelidir.

Anılan denetim yollarının eksikliği, yönetenler ile yönetilenler arasında tarafsız bir şekilde hareket ederek anlaşmazlıkları çözecek yeni bir denetim yoluna ihtiyacı doğurmuştur. Bu yeni denetim yolu, mevcutlara alternatif değil ek bir denetim yolu olan kamu denetçiliğidir.

Ayrıca Kamu denetçisi; bürokrasinin olumsuz özelliklerini taşımayan, herkesin kolaylıkla ve bedelsiz ulaşabileceği bir kurumdur. (m.17)

Sonuç yerine birkaç söz

Son Anayasa düzenlemesiyle İdarenin denetlenmesi için klasik denetim yollarının dışında yeni bir kurumun oluşturulması öngörülmüştür. Kamu denetçisinin Türk İdare sistemi üzerindeki etkinliği, her şeyden önce yasal çalışma esaslarının iyi belirlenmesiyle, üstleneceği/üreteceği misyon ve çalışma kültürünün iyi oluşturulmasıyla paralel gelişecektir.

TBMM'nin desteğini almış, kamuoyunun da desteğini ve güvenini kazanmış bir kamu denetçisi görevini yerine getirirken zorlanmayacaktır. TBMM tarafından seçilme kamu denetçisinin bağımsızlığını sağlamanın yanında gücünün ve otoritesinin de kaynağını oluşturacaktır. Tabii seçilecek kişilerin saygınlığı ve güvenilirliği de bu kuruma güç katacaktır.

¹⁹ Dilekçe Komisyonunu konuya ilişkin çalışmalarında bu tespit paylaşılmıştır. "Kıyı işgalcilerine Meclis takibi", Milliyet Gazetesi, 3.1.2010, <http://www.milliyet.com.tr/kiyi-isgalcilerine-meclis-takibi/guncel/haberdetay/03.01.2011/1333966/default.htm>, E.T.14.4.2011

KAYNAKLAR

- Dilekçe Komisyonu Genel Kurulunun (DKGK) kararları, 22. ve 23. Dönem, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/gkdonem23.htm>, E.T.14.4.2011
- Gamze Özçelik, Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, TBMM Uzmanlık Tezi, Yayınlanmamış Eser, Ankara, 2006, s.14
- Hüdaî Şencan, Bazı Ülkelerde Ombudsmanlık Kurumu, TBMM Araştırma Merkezi Yayını, Ocak 2011, 8-40
- Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Anayasa Komisyonları Raporları, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, Esas Numarası: 1/991 Sıra Sayısı: 609, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss609.pdf>, Erişim Tarihi: 13/4/2011
- Kıyı işgalcilerine Meclis takibi, Milliyet Gazetesi, 3.1.2010, <http://www.milliyet.com.tr/kiyi-isgalcilerine-meclis-takibi/guncel/haberdetay/03.01.2011/1333966/default.htm>, E.T.14.4.2011
- “Origins and Etymology of Ombudsman”, http://en.wikipedia.org/wiki/Ombudsman#Origins_and_etymology, (Erişim Tarihi: 10.4.2011)
- Victor J. PICKL, “Ombudsman ve Yönetimde Reform”, Amme İdaresi Dergisi, Çeviren:Turgay Ergun, C.19, S.4, Aralık 1986, s.39.
- Kamu Denetçisi Askere dokunmayacak, Vatan gazetesi, 27.01.2011, <http://haber.gazetevatan.com/askere-dokunmayacak/355627/1/Haber> Erişim Tarihi: 14.4.2011

YASA YAPIMINDA BİR ALTERNATİF: ÇİFT MECLİS SİSTEMİ

AN ALTERNATIVE TO MAKING LAW: BICAMERALISM

Oğuz Kaan DOĞAN*

Özet: Yasama meclislerinin temel görevi yasa yapmaktır. Ancak tarihi süreçte yürütme organı, yasa yapımında daha etkin bir konuma gelmiştir. Hükümetin ihtiyaçları ve siyasî programına göre çıkarılan yasalar nedeniyle bir yasa enflasyonu yaşanmaktadır. Yasalar acele ve özensiz olarak düzenlenmekte, hükümetin çoğunluğa sahip olduğu meclislerden kolayca geçmektedir. Çift meclis sistemi bu sorunların çözümü için önemli bir alternatiftir. Türkiye’de iki dönem denenmiş çift meclis sistemi bugün gelişmiş demokrasilerde önemli bir yer kurumdur. Gerek daha iyi bir temsilin sağlanması, gerekse yasa yapımının daha kaliteli olması amacıyla çift meclis sistemi hâlâ önemli alternatif konumdadır.

Anahtar Sözcükler: Yasama organı, çift meclis sistemi, yasa yapımı, temsil

Abstract: The main task of the legislative assemblies to make laws. However, the executive body in the historical process has become more active in making laws. Due to the government’s needs and laws enacted by its political program, there is a law inflation. The law is regulated too quickly without considerable thought on how it may impact existing laws; the laws are easily passed in parliamentary systems which government has a majority in the assembly members.

Bicameral parliamentary system is an important alternative solution for these problems. Bicameral system which was tried in Turkey for two terms is an important institution in the advanced democracies today. To have a better law-making and to provide a better representation, bicameral parliamentary system is still an important alternative.

Keywords: Legislature, bicameralism, legislation, representation

* Av., Ankara Barosu

“Hükümetin kötüye kullanılmasını denetlemek için bu gibi sistemlere gerek bulunması, insan doğasına hakaret sayılabilir. Fakat hükümetin kendisi insan doğasına ilişkin hakaretlerin en büyüğü değil de nedir?

Eğer insanlar melek olsalardı hiçbir hükümete gerek kalmazdı. Eğer melekler yönetici olsalardı hükümet üzerinde iç ve dış denetimlere gerek kalmazdı.

İnsanların diğer insanları yönetecekleri bir hükümet planlanırken en büyük güçlük şudur: Önce hükümetin yönettiklerini denetlemesine imkân sağlamalısınız; sonra da onu kendisini denetlemeye yükümlü kılmalısınız.”

James Madison

(The Federalist, No: 51)

I. GİRİŞ

Yasa yapmak, klasik güçler ayrımında yasamanın, temsili sağlama ve yürütmeyi denetleme görevlerinin yanında en önemli ve temel görevi/yetkisidir. Yasama meclislerinin demokratikleşmesi ile yürütme gücü, etkisini artırarak bir yandan yasamanın önüne geçmiş, diğer taraftan yasa yapımında en önemli söz sahibi durumuna gelmiştir.

Günümüzde yasalar çoğunlukla hükümetin siyasî programı dâhilinde bürokrat/teknokrat bir ekip tarafından hazırlanarak meclise gelmektedir. Yasama görece gücünü yitirirken, sayıları on binleri bulan yasal düzenlemeler de içinden çıkılmaz bir hâl almıştır.

Bu makalede yasa yapımında tek meclis yerine çift meclis sisteminin getireceği faydalar üzerinde durulmuştur. Türkiye’de 1876-1920 ve 1961-1980 yılları arasında uygulanan çift meclis sistemi, 1982 Anayasası ile terk edilmiştir. Çift meclis sistemi günümüzde hemen hemen sadece politikacılar tarafından, ortaya çıkan sistem krizlerine çözüm olarak dile getirilmekte, ancak bu öneri sağlam bir argüman olarak sunulamamaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere çift meclis sistemi bugün gelişmiş demokrasilerin önemli kurumlarından biridir; dünya nüfusunun yarısından fazlası çift meclisli bir sisteme sahiptir.

Gerek yasa yapımında kalitenin artırılması ve yasa enflasyonunun önüne geçilmesi, gerekse daha demokratik bir temsilin sağlanması için çift meclis sistemi, Türkiye için hâlâ önemli bir alternatif olma konumundadır.

II. YASAYI “KİM” YAPIYOR?

Monarkın yasa yapma gücünün elinden alınarak güçler ayrılığının ortaya çıktığı aydınlanma döneminden bugüne kadar yasaları halk adına yapan meclisler, tarihî olarak inişli çıkışlı bir seyir izlemiştir. Yasama organları bir yandan hükümeti oluşturmada etken bir rol oynamakta, diğer yandan oluşturduğu hükümet ile birlikte yasama faaliyetini sürdürmekteydi. 19. yüzyıldan bugüne kadar hükümet ve bürokrasinin meclis aleyhine güçlendiğine dikkati çeken Heywood,¹ Locke ve Montesquieu’den itibaren meclislerin hükümet meydana getirmenin başlıca aracı olarak görülmelerinin bu endişeyi artırdığına dikkati çekmektedir. Meclisleri zayıflatan sebepleri, disiplinli siyasî partilerin gelişmeleri, cüsseli hükümetlerin varlığı, meclis içinde güçlü liderlerin yokluğu, çıkar grupları ve medya gücü olarak sıralayan Heywood,² bu zayıflamanın meclislerin siyasî süreçlerdeki rollerinin kökten değişmesi sonucu görüldüğünü belirtir.

Yürütmenin, yasamaya karşı güçlenmesi ve yasama organının klasik gücünden ödünler vermesi, yasa yapımında da kendisini göstermiştir. Günümüzde yasalar genellikle bürokrat/teknokrat bir ekip tarafından yürütmenin siyasî programı ve ihtiyaçlarına göre hazırlanmakta ve yasama organından -hükümetin temsil gücüyle orantılı olarak kolayca- geçmektedir.

III. “YASA YAPMA ÇILGINLIĞI”

Sosyal, ekonomik ve teknolojik ilişkilerin giderek artması ve karışık bir hale gelmesi, pozitif hukuku doğrudan etkilemiş; bu gelişmelere paralel olarak daha teknik, ayrıntılı ve uzun hukuk normları yürürlüğe girmiştir.

¹ Andrew Heywood, *Siyaset*, çeviren Bekir Berat Özipek ve başkaları, Adres Yayınları, Ankara 2007, s. 470.

² Andrew Heywood, s. 470.

Hukuk alanında faaliyet gösteren meslek grupları için bu normlar, çeşitli karışıklıklara yol açmaktadır. Torba yasalar, geçici düzenlemeler, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve genelgeler benzeri norm çeşitliliği nedeniyle hangi olaya hangi normun uygulanacağı tartışması da sıklıkla yaşanmaktadır. Burada iki temel sorunla karşı karşıya kalınmaktadır: Birincisi, yasa yapımında yasama organının ne kadar etkin olduğu, ikincisi ise yasa yapımının “acil” bir ihtiyaç olup olmadığıdır.

Yasama meclislerinin ortaçağdan günümüze kadar izlediği seyir sonucu yasa yapımı giderek demokratik bir hâl almıştır. Devlet gücünün sınırlanıp sınırlandırılmayacağı tartışmasının geride bırakılmasından sonra yasama organları, yasaları halkın temsilcisi olarak “halk” adına yapmaya başlamıştır. Yukarıda değinildiği gibi yasama organlarının bu gücü tarihî gelişme içerisinde yürütmeye karşı azalmaya başlamış ve yürütme organları yasa yapımında giderek daha çok söz sahibi olmuşlardır.

Yürütme organının siyasî programı uyarına ihtiyaç duyduğu yasal düzenlemeler de sıklıkla “acilen” hazırlanmakta ve yasama organından geçmektedir. Peki, yasa yapımı acil bir ihtiyaç mıdır? Öncelikle yasa yapımı acil bir mesele değildir. Başta vergi ve bütçe yasaları olmak üzere meclislerin tarihi, aynı zamanda iktidarın yasa yapma keyfiyetine müdahalenin de tarihidir. Ancak Türkiye’de yaklaşık yüz yıllık geçmişi olan “**yok kanun, yap kanun!**” anlayışı, hükümetleri sık sık yasa değişikliklerine gitmeye sevk etmiştir. Milletvekillerinin teklif hakkı bulunmasına rağmen, kabul edilen kanunların çoğu bürokratlar tarafından hazırlanıp hükümet tasarısı olarak meclise getirilmektedir. Türk kanunlar kodifikasyonunda beşinci Düsturun başladığı 1961 Anayasası’ndan bugüne kadar geçen 49 yılda 6 binden fazla kanun yapılmıştır³. Bu sayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin (TBMM) iş yükü göz önüne alındığında çok yüksektir.

TBMM’nin hiç tatil yapmadan her yıl 12 ay çalıştığı düşünülse bile 49 yıllık dönem ele alındığında, her ay yasama organı tarafından ortalama 10 yasa çıkarıldığı söylenebilir. Bir başka ifadeyle üç günde bir yasa çıkarılmıştır.⁴ Bu yasa metinleri birkaç maddeden

³ TBMM’nin çıkardığı son kanunun numarası 6235’tir. www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_baslangic (Erişim tarihi: 25.04.2011)

⁴ Oğuz Kaan Doğan, “*Türk Siyaset Hayatı ve Anayasa Hukuku Açısından Bir Çözüm Arayışı: Senato Kurumu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

ibaret olduğu gibi temel yasa olarak binden fazla maddeden de oluşabilir. TBMM'nin çalışma takvimi, toplanmaya ara verdiği süre, seçim dönemleri, yasama süreci ve komisyonların çalışma periyodu ele alındığında meclisin iş yükünün ağırlığı daha rahat görülmektedir.

Yasama organının yasa yapma faaliyetindeki bu aşırılık, Sartori'nin⁵ *değişiyile gerçek bir yasa yapma çılgınlığı* ve *yasa enflasyonu*yla sonuçlanmaktadır. Bir yandan sayıları binlerce artan yasalarla gelecek kuşakların nasıl başa çıkacağı sorunu ortaya çıkarken, öte yandan bu kadar çok kanunun yasalaşması kanunun değerini de düşürmektedir.

Yukarıda değinildiği gibi, yasa yapımı ile ilgili olarak iki temel sorunla karşı karşıya kalınmaktadır: Birincisi yasa yapımında halkın temsilcisi konumundaki yasama organının rolü, ikincisi ise yasa yapımının "acil" bir ihtiyaç olup olmadığıdır.

Yasaların tek bir meclis tarafından çıkarılmasının yanında, ikinci bir meclisin süzgecinden geçirilerek yasalaşması bugün dünyada oldukça yaygın bir uygulamadır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi ülkemizde de uygulanmış olan çift meclis sisteminde yasaların her iki meclisin onayını alarak geçmesi, pek çok mahsuru önlemiş olacaktır.

IV. ÇİFT MECLİS SİSTEMİ

Parlamento yetkilerinin iki ayrı meclis tarafından ortak kullanılmasını ve yasama görevinin bu iki meclis tarafından gerçekleştirilmesini sağlayan sistem, çift meclis sistemi olarak nitelendirilir. Arsel,⁶ M. Lafriere'den aldığı referansla çift meclis sistemini; **"Parlamento selâhiyetlerinin iki ayrı meclis tarafından müştereken istimal edilmesini ve teşriî vazifenin bu iki meclis marifetiyle ifasını temin eden sistem"** şeklinde tanımlamaktadır. Meclislerden biri daha az yetkiye sahip olmakla birlikte, yasama işlemlerine etki edecek imkâna sahipse bu halde sistem yine çift meclis sistemi olarak nitelendirilebilir.

⁵ Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, çeviren: Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 352.

⁶ İlhan Arsel, "Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler (Birinci Kısım)", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1954, s. 64.

Çift meclis sistemi bugün ülkemizde düşünüldüğünden daha geniş bir coğrafyada uygulanmaktadır: Dünyada bulunan parlamentolar hakkında en detaylı ve karşılaştırmalı verilere sahip Parlamentolararası Birlik (IPU)'nun⁷ verilerine göre dünya üzerindeki 112 ülke tek meclisli, 75 ülke ise çift meclisli sisteme sahiptir.⁸ Bununla birlikte Fransız Senatosu'nun internet sitesi bu sayıyı 76 olarak vermektedir.⁹ Genel olarak dünya nüfusunun yaklaşık % 57'si ve yüzölçümünün yaklaşık % 60'ı çift meclisli sisteme sahiptir. Ayrıca 30 OECD ülkesinin 17'si,¹⁰ G7 ülkelerinin tamamı,¹¹ Avrupa Birliği üyelerinin yarısından fazlası¹² da çift meclis sistemine sahiptir.

V. ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN AVANTAJLARI

Hükümetler, parlamentodan geçmeyeceğini düşündükleri bazı tasarruflar için genelde kararname yolunu seçmektedirler. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren vergi kanunları ve uluslararası antlaşmalar, yasama organın iş yükünü artırmıştır. Ülkemizde ittifakçılara atfedilen “**yok kanun, yap kanun**” sloganını andırır şekilde yasama organının iş yükünün artmasıyla kanunlar, genellikle hükümet tasarısı şeklinde parlamentoya gelmekte ve yeterince tartışılmadan ka-

⁷ <http://www.ipu.org/english/membshp.htm>

⁸ Çift meclis ülkeler: ABD, Afganistan, Almanya, Antigua ve Barbuda, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Bahamalar, Bahreyn, Barbados, Belarus, Belçika, Belize, Bolivya, Bosna Hersek, Brezilya, Burundi, Butan, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Demokratik Kongo, Dominik Cumhuriyeti, Etiyopya, Fas, Filipinler, Fransa, Gabon, Grenada, Güney Afrika, Haiti, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Jamaika, Japonya, Kamboçya, Kanada, Kazakistan, Kolombiya, Kongo, Lesoto, Liberya, Malezya, Meksika, Mısır, Moritanya, Namibya, Nijerya, Özbekistan, Pakistan, Palau, Paraguay, Polonya, Romanya, Ruanda, Rusya, Saint Lucia, Senegal, Slovenya, Sudan, Swaziland, Şili, Tacikistan, Tayland, Trinidad Tobago, Tunus, Umman, Uruguay, Ürdün, Yemen, Zimbabve.

⁹ <http://www.senat.fr/senatsdumonde/english/english-synthese.html>

¹⁰ Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Japonya, Kanada, Meksika, Polonya.

http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36761800_1_1_1_1_1,00.html

¹¹ ABD, Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya, Japonya ve Kanada. Ayrıca Rusya da sürekli olarak toplantılara katılmaktadır: <http://www.g8online.org>

¹² Patrice Gélard, “*Report On Second Chambers In Europe ‘Parliamentary Complexity or Democratic Necessity?’*”, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg 2006, Study No. 335/2005.

nunlaşmaktadır. Bazı sistemlerde aynı mecliste iki defa görüşme ile bu mahsur giderilmeye çalışılsa da meclis üyelerinin hukukî donanımlarının yeterliliği ve yasama organının yürütme organının etkisi altında kalması ihtimali nedeniyle denge yürütmeden yana işlemektedir. Çift meclis sisteminde, federal devletler özelinde federe devletleri ilgilendiren vergi kanunları, üniter devletlerde ise genel olarak kanun yapma süreci iki defa kontrolden geçirilmektedir. Yürütme organı, kanun tasarısını parlamentoya getirirken her iki meclisten de onay alması gerekeceğinden öncelikle başta anayasaya aykırılık olmak üzere kanun metninin daha iyi hazırlanması şarttır. Benzer şekilde kanun yapma süreci görece uzayacağından tasarı/teklif üzerinde daha sağlıklı bir tartışma ortamı oluşacaktır. İkinci meclislerin yasama sürelerinin daha uzun olması ile birlikte bu meclislerin tecrübelerinin görece fazla olması ve ikinci meclisin siyasî yapısının birincisinden farklı olması nedeniyle yasamanın daha sağlıklı işlemesi sağlanacaktır.¹³

VI. ÇİFT MECLİS SİSTEMİNDE YASA YAPIM TEKNİĞİ VE UYUŞMAZLIKLARI ÇÖZME YÖNTEMLERİ

İkinci meclislerin temsil görevini netleştirmek amacıyla Dünya Senatolar Forumu'nun 2000 yılında ilan ettiği bildirmede, ikinci meclislerin dört temel görevi yerine getirdiği belirtilmiştir: Ülkedeki her vatandaşın (sisteme) katılımını ve temsil çeşitliliği sayesinde demokratik rejiminin gelişmesini sağlamak; merkezî idare ile yerel ve bölgesel makamlar arasındaki ilişkiyi sağlayarak desantralizasyonu güçlendirmek; güçler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ve hukuk standartlarının gerçekleşmesini sağlamak; yasama faaliyetleri ve siyasî tartışmalardan kamuoyunun haberdar olmasına katkıda bulunmak ve kamuoyunu bilgilendirmek.

İkinci meclislerin varlık sebepleri konusunda Norton,¹⁴ ikinci meclislerin iki temel görevi yerine getirdiklerine dikkati çeker: Temsil ve yansıma yoluyla ilk meclisin yasama konusundaki faaliyetlerini denetleyip bir bakıma "soğutmak".

¹³ Annemarie Huber-Hotz, "Das Zweikammersystem: Anspruch und Wirklichkeit", "Das Parlament - Oberste Gewalt des Bundes?", *Festschrift der Bundesversammlung zur 700-Jahr-Feier der Eidgenossenschaft*, Bern ve Stuttgart 1991, s. 174.

¹⁴ Philip Norton, "Adding Value? The Role of Second Chambers", *Asia Pacific Law Review*, Vol. 15 (1), 2007, s. 6 vd.

İlk meclisin aşırılıklarının frenlenmesi, orada kabul edilen bir kanunun yerindelik ve anayasaya uygunluk açısından denetlenmesi nedeniyle ikinci meclislerin sadece organlar arası (yürütme-yasama) bir denetimle yetinilmeyip organ-ıç (inter-organ) bir denetim sağlayacakları da belirtilmiştir.¹⁵ Böylece ikinci meclisin varlığı ile yasama, yürütmeye karşı denetim gücünü artırmaktadır.

İkinci meclislerin yasa teklifinde bulunabilmesi, her ülkede farklı düzenlenmiştir: Belçika, İtalya, Japonya, Polonya, İspanya ve İsviçre’de her iki meclis de yasa teklifi sunabilirken, Avustralya, Kanada, Fransa ve İngiltere’de vergi ile ilgili teklifler ilk meclisten gelir, ABD’de ise gelir vergisi teklifi sadece temsilciler meclisinden gelebilir. Hükümetler genellikle ilk meclise karşı sorumludurlar; ancak ikinci meclislerin bakanlara yazılı ya da sözlü soru önergesi vermek, kendi üyelerinden hükümete üye vermek gibi yetkileri de vardır.¹⁶

Çift meclis sisteminde, meclisler arasında çıkabilecek görüş ayrılıklarını çözüme kavuşturmak amacıyla pek çok usul geliştirilmiştir. Bu usullerin geliştirilmesinin nedeni tabii olarak ikinci meclisten kaynaklanmaktadır. Tek meclisli ülkelerde, meclisten geçen bir kanuna karşı soyut ya da somut norm denetimi ile anayasa mahkemesine başvurulması, devlet başkanını veto yetkisi, referandum gibi yöntemler geliştirilmiştir. Çift meclis sistemine sahip ülkelere ikinci meclisin kullandığı “veto yetkisini” etkisiz hale getirmek ya da iki meclisin ortak bir üçüncü yolda buluşmasının usulleri genel olarak şöyle sıralanabilir:¹⁷

- Bir meclise üstünlük tanınması,
- Meclislerin ortak oturum yapması,
- Ortak oturumda çözüm sağlanamazsa ilk meclise üstünlük tanımak

¹⁵ Erdal Onar, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Öncüler*, Ankara 2003, s. 28.

¹⁶ Mary Anne Griffith, “Constitutional and Parliamentary Information, Relations between Chambers in Bicameral Parliaments”, *The Association of Secretaries General of Parliaments*, 1992, s. 136-166.

¹⁷ Meg Russell, “Second Chambers Overseas”, *The Political Quarterly*, Cilt: 70, Sayı: 4, 1999, s. 411-417.

George Tsebelis, *Veto Players. How Political Institutions Work*, Princeton University Press, Princeton 2002.

- Ortak komite oluşturmak,
- Yeniden oylama yapmak ve ilk meclise üstünlük tanımak,
- Her iki mecliste mutlak çoğunluk aranması,
- Her iki meclisin seçime gitmesi,
- Referanduma gitmek,
- Mekik (navette) sistemi.

İkinci meclisin vetosunun niteliği her ülkede aynı değildir. Bu veto, kesin veto, kısmî veto (bir süre erteleyici), federal yasalarda veto yetkisi olarak sıralanabilir.¹⁸

Günümüzde üst meclislerin veto yetkisi, güçlü çift meclis sisteminin bulunduğu ülkelerde genelde problem olmaktadır. Zayıf çift meclis sistemlerinde alt meclisin nitelikli çoğunluğu aynı yasayı yeniden görüşerek üst meclisin vetosunu geçersiz kılabilir.

Çözüm yollarının nasıl uygulandığına gelince, uyuşmazlık halinde iki meclisin fesih yolu ile seçime gitmesi Avustralya'da, geçici veto İngiltere'de, sınırsız mekik sistemi İtalya'da, federal yasalarda ikinci meclise üstünlük tanınması Almanya'da, referandum Avustralya, İrlanda, İtalya ve İspanya'da, ortak komite uygulaması Fransa, Almanya, Japonya, Rusya, Güney Afrika Cumhuriyeti ve ABD'de, ortak oturum Avustralya ve Hindistan'da uygulanmaktadır. Japonya'da ilk meclisin üçte ikisinin oyu ile üst meclisin vetosu geçersiz kılınabilir.¹⁹

Bertelsmann Vakfı'nın yönetim göstergeleri üzerine ve OECD'ye üye çift meclis sistemine sahip ülkelerde yaptığı bir araştırmada,²⁰ ikinci meclisin veto ettiği vergi yasaları ele alınmıştır. Araştırmada, Meksika'da bu oran % 42 iken, İngiltere'de % 20, Avusturya'da % 16, İsviçre'de % 13, Belçika'da % 6, İtalya'da % 4,5 ve Almanya'da % 3'tür.

¹⁸ Ronald L. Watts, Federal Second Chambers Compared, <http://www.federalismi.it> s. 4

¹⁹ Meg Russell, Mary Anne Griffith, Ronald L. Watts.

²⁰ <http://www.sgi-network.org/>

VII. "SENATO DAHA ÖNCE DENENMİŞTİ"

Türk Anayasa tarihine ilk olarak 1876 Anayasası ile giren çift meclis sistemi, Cumhuriyet döneminde 1961-1980 yılları arasında uygulanmıştır. Gerek daha iyi bir temsilin sağlanması, gerekse yasa yapımında kalitenin artması nedeniyle çift meclisin önerildiği hemen her görüş, "**Daha önce denendi, ancak faydasız oldu**" itirazı ile karşılaşmaktadır. **Öncelikle 1961 Anayasası ile yasama faaliyetlerine katılan Cumhuriyet Senatosu, gerek anayasal düzenlemedeki eksiklikler, gerek seçim sistemi gerekse de işleyişi açısından tamamen yanlış olarak doğmuş bir sistemdir.**

Cumhuriyet Senatosu, 19 yıllık hayatının daha ilk gününden itibaren gerek siyasetler, gerekse akademisyenler tarafından eleştirilmiştir. Eleştiriler, yasama sürecinin gecikmesi, tabii senatörlerin Senatoda yer alması ve Senatonun kendinden bekleneni verememesiydi. Gerçekten 12 Eylül 1980'deki müdahalenin dayanaklarından sayılan cumhurbaşkanlığı seçimlerinde, TBMM'de yapılan (Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu üyelerinin birlikte oy kullandıkları) 115 turdan sonuç alınmaması bu eleştirilerin önemli dayanaklarından²¹.

1950-1960 arasında iktidar olan Demokrat Parti'nin katılımının sağlanmadan 1961 Anayasasının yapılması, DP ve onun devamı olan Adalet Partisi'nin yöneticileri ve seçmenlerince Cumhuriyet Senatosunun, başından itibaren millî iradeye karşı bir güç olarak suçlanmasına neden olmuştur. Seçmenler Millet Meclisi seçimlerine, -parti tercihleri pek de değişmemekle birlikte- Cumhuriyet Senatosu seçimlerine nazaran daha çok ilgi göstermiştir. Eroğul'un²² incelemesine göre 1961-1975 arasındaki dönemde Millet Meclisi seçimlerine katılım ortalama % 70.48 iken, Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde bu oran % 67.05'te kalmıştır. Katılımla ilgili bu sonuçtan başka, yasa yapımında da Anayasanın benimsediği usule göre Cumhuriyet Senatosu, Millet Meclisi'ne göre etkisiz kalıyordu. Gerçekten, Cumhuriyet Senatosunun görüşü, Millet Meclisi ile aynı yönde olursa yasa metni yasalaşmakta ya da düşmekteydi. 1961-1977 arasındaki

²¹ Mehmet Pantül ve Bekir Sıtkı Yalçın, *Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler*, Cumhuriyet Senatosu Vakfı, Ankara 1982, s. 175.

²² Cem Eroğul, *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri*, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 398, Ankara 1977.s. 19.

dönemde yasalaşan metinlerin yaklaşık % 90'ı Millet Meclisinden geldiği gibi yasalaşmıştır. Senatoya tanınan iki aylık gecikme süresi de yasama süreci adına "kayıptı."²³ Cumhuriyet Senatosu, Anayasanın 92. maddesi ile kendisine tanınan Millet Meclisinden gelen metni değiştirme ya da reddetme yetkisini gelen tüm kanunların sadece % 7'sinde kullanmıştır.²⁴

1961 Anayasası'nda Cumhuriyet Senatosu'nun anayasayı koruyucu bir vazife yapması öngörülmüştür. Gerek yetkilerin içeriği, gerekse Anayasanın hazırlanış dönemindeki açıklamalar; Millet Meclisinin içinden seçilen hükümetin gerçekleştireceği icraatların ve millet meclisinin yasama faaliyetlerinin Senato tarafından denetleneceği öngörüsüne dayanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği kanunların önemli çoğunluğu Senatodan sorun çıkarılmadan geçen kanunlardı. Aynı durum gerek sıkıyönetim ilanlarında, gerekse sıkıyönetim uygulamalarında da geçerliydi; Senato, anayasal düzeninin getirdiği özgürlükleri sınırlandıran bu dönemlerde kendisinden beklenen görevi yerine getirememiştir.²⁵

Özbudun,²⁶ Cumhuriyet Senatosu'nu değerlendirirken çift meclis sisteminin dayanaklarından olan kanunların aceleye gelmemesi ve daha etraflıca görüşülmesinin gerektiği tezine karşı çıkmakta ve bu sakıncanın kanun teklif ve tasarılarının iki defa görüşülmesi ile aşılabileceğini belirtmektedir. Özbudun, ayrıca seçim süreçleri aynı olan meclislerde siyasî partilerin etkisinin benzer olacağını, bu nedenle bir meclisin düştüğü yanlıgıyı diğerinin düzeltilmesinin düşük bir ihtimal olduğuna dikkati çeker. 1961 Anayasasının hazırlık çalışmaları ve görüşmeleri esnasında çift meclis prensibi üzerinde fazla tartışılmayıp ağırlığın kuruluş biçimine verildiğine de değinen Özbudun, Cumhuriyet Senatosu'nun uygulamada kendinden beklenen yararları sağlayamadığını savunan Eroğul ile aynı görüşleri paylaşmaktadır.

²³ Cem Eroğul, s. 51.

²⁴ Cem Eroğul, s 52.

²⁵ Cem Eroğul, s. 84-85.

²⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı. Ankara 1993. s. 225-229.

Tanör²⁷ de çift meclis sisteminin kendinden bekleneni veremediğini ve yasama faaliyetinin hantallaşmasına neden olduğunu belirterek toplantı yetersayılarının yüksek tutulmasının toplanmayı ve karar almayı güçleştirdiğine dikkati çekmiştir.

Eroğul,²⁸ etraflıca bir incelemeye tabi tuttuğu Cumhuriyet Senatosu'nu "akıl veren" değil, yönetime "katılan" bir bürokratik kesimin iktidar aracı olarak nitelendirirken; Senatonun esas işlevinin rejimin dönüm noktalarında devletin kilit mevkilerine devlet adam sağlamak olduğuna da dikkati çekmiştir. Gerçekten Cumhuriyet Senatosu, 1961-1980 arasında seçilen cumhurbaşkanlarının yanı sıra aynı dönemde iktidara gelen 14 hükümetin de beşinin başbakanını üyeleri arasından çıkarmıştır.

Cumhuriyet Senatosu'nun yasamayı yavaşlatması nedeniyle "günah keçisi" seçildiğini söyleyen Soysal²⁹ ise, aslında bunun tek sorumlusunun Senato olmadığını, seçim sistemi ve koalisyon zorunlulukları gibi başka nedenler varken görünürde somut ve belirgin olarak Senato olduğundan faturanın da senatoya kesildiğini belirtir. Soysal, bununla birlikte iki meclis sisteminden vazgeçilmesini neredeyse zorunlu kılan gerekçeleri de sıralamıştır:³⁰

İkinci meclis parlamenter sistemin vazgeçilmez bir unsuru değildi, getirilmesinin sebebi iktidarın fazla otoriter oluşuna ve çabuk kanun yapılmasına tepki idi. 1982 Anayasası ise 1961 Anayasasının tersine daha çok otorite ve daha hızlı yasama faaliyeti beklentilerini karşılıyordu.

Yasama sürecindeki ayrıntılı ve hassas kuralların varlığı ve yasa yapımında bu kuralların çiğnenmesi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan denetim sırasında iptal edilebilecek kanun sayısını artırmaktaydı.

- İkinci meclisin seçimle gelmeyen üyeleri TBMM'nin başlangıçtaki görüntüsüne aykırı düşmekteydi.

²⁷ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998. s. 431.

²⁸ Cem Eroğul, s. 86.

²⁹ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, 11. Baskı, İstanbul 1997..

³⁰ Mümtaz Soysal, s. 194-195.

- Senato üyelerinde aranan kıstaslar, TBMM'den farklı bir tablo ortaya koyamamıştır.
- İki meclisin bir araya gelmesiyle yapılan oturumlarla yasama neredeyse üç meclise dönüşmekte bu da görüntü ve çalışma kuralları açısından karışık bir durum yaratmaktaydı.
- Bütçe ve plan tasarılarının önce Senato'da görüşülmesi mantıkî tutarsızlığa neden olmaktadır.
- Senato kendisinden beklenen en önemli görevlerden yasama sürecinin mükemmelleştirilmesini, yasaların uzmanca ve kusursuz olarak yazılmasını sağlayamamıştır.

Çepni'ye³¹ göre Cumhuriyet Senatosunun kendisinden beklenen işlevleri yerine getirmemesinin sebebi batıdaki senato sistemlerinde görülen kriterlere uymamasıdır. Batılı sistemlerde geçerli olan senatoda tek parti hâkimiyetinin olmaması, senatonun bağımsız olması ve senato seçim sistemi ile temsilciler meclisi seçim sistemlerinin farklı olması gibi ölçütler Cumhuriyet Senatosu pratiğinde uygulanamamış, seçim sisteminin sonucu olarak senatörlerin büyük çoğunluğu tıpkı milletvekilleri gibi parti üyesi olmuş ve parti başkanlarınca belirlenmişlerdir.

VIII. 1982 ANAYASASI VE İKİNCİ MECLİS TARTIŞMALARI

1982 Anayasasının güçlendirilmiş yürütme ve tek meclis sistemi, yürütmenin yasamayı -lider sultanı, kanun hükmünde kararnameler, grup kararları gibi etkenlerle- etkisiz bıraktığı iddialarını da birlikte getirmiştir. Gerek akademisyenler, gerekse politikacılar tarafından zaman zaman ikinci meclisin yeniden kurulması önerilmiştir.

1995 yılındaki anayasa değişikliği sırasında, Demokratik Sol Parti adına konuşan Bülent Ecevit, milletvekili sayısının 450'den 600'e çıkarılması yerine, "12 Eylül döneminde haksız olarak ve önyargıyla kapatılan" Cumhuriyet Senatosu'nun yeniden kurulmasını önermekteydi. Ecevit, Senatonun kurulması ile cumhurbaşkanlarının veto yetkisinin daha az kullanılacağını ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların azalacağını savunmuştur.³²

³¹ Ertuğrul Çepni, *Neden İkinci Meclis (Senato) ?*, 3. Baskı, İstanbul 2008. s. 32.

³² Erdal Onar, s. 47-48.

Dokuzuncu Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel de, demokratik denetimin daha etkili olması ve yasama faaliyetinin daha titiz incelemeye tabi tutulabilmesi için 20 yıllık uygulaması olan senatonun yeniden kurulmasını isterken³³, bazı milletvekilleri de bireysel olarak yaptıkları açıklamalarda senato sisteminin kurulması gerektiğini belirtmişlerdir.

Süheyl Batum,³⁴ çağdaş demokratik sistemlerde çoğulculuğun, kurumsal anlamda çoğulculuk üzerine kurulu olduğunu, kurumsal çoğulculuğu oluşturması açısından ikinci meclisin anayasada tekrar yer almasının düşünülebileceğini belirtmektedir. Batum,³⁵ senato kurumunun lidere endeksli partilerin varlığı nedeniyle etkisiz olacağını savunmakta ve bu nedenle korporatif yapıda bir senato önermektedir.

2001 yılında anayasa değişikliği için toplanan partilerarası uzlaşma alt komisyonunda 550 milletvekilinden 100'ünün Türkiye Milletvekili olarak ayrılması ve 150 üyeden oluşan bir Senato kurulması tartışılmış, ancak tartışmadan sonuç alınamamıştır³⁶.

Birkan Erdal³⁷ ise senatonun yasamanın süratini azaltması nedeniyle kaldırılmasını eleştirerek, iyi düşünülmeden hazırlanan kanunların Anayasa Mahkemesi'nden dönerek bir kaç defa çıkarılmak zorunda kaldığını belirtmiştir. Erdal, 100 kişiden oluşan ve âkil bir kurum olarak görev yapacak senatoyu önermektedir. Eski Başbakan Tansu Çiller de benzer şekilde 100 milletvekilinin Türkiye milletvekili yapılarak senatoyu oluşturmalarını önermiştir³⁸.

Bu görüşlere karşın Onar,³⁹ çift meclisi sisteminde son sözün ilk mecliste olacağını, böylece bu mecliste etkin olan hükümetin dedikinin gecikmeli de olsa istediği kararı alacağını savunarak 1982 Ana-

³³ http://www.belgenet.com/arsiv/demirelmeclis99_3.html (erişim tarihi: 07.05.2008)

³⁴ Süheyl Batum, "Siyasal Rejimler ve Türkiye'deki Arayışlar" *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2001. s. 358.

³⁵ Süheyl Batum, s. 410.

³⁶ <http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2001/05/21/politika/politika3.html> (erişim tarihi: 07.05.2008)

³⁷ Birkan Erdal, *Daha İyi Bir Türkiye*, Liberte Yayınları, Ankara 2002. s. 46.

³⁸ <http://www.ntvmsnbc.com/news/131246.asp> (erişim tarihi: 07.05.2008)

³⁹ Erdal Onar, s. 44-46.

yasası ile tek meclis sistemine geçilmesini olumlu bulmuştur. Onar,⁴⁰ kanunların yapımı sırasında gözden kaçan bazı hataların sonradan anlaşılmasının doğurduğu sıkıntının giderilmesi için çözüm olarak ikinci meclis yerine kanunların tek meclisli parlamentoda yeniden görüşülmesini önermektedir.

IX. SONUÇ: SENATO KURUMUNU YENİDEN DÜŞÜNMEK

Türkiye’de şu anda yürürlükte olan yasa sayısı 10 binden fazladır. Bu sayıya kanun hükmünde kararname, tüzükler ve yönetmelikler gibi diğer hukuk normları eklendiğinde Sartori’nin dikkati çektiği yasa yapımındaki aşırılığın neden olduğu faydasızlık ortaya çıkmaktadır. Zaman zaman hükümet üyeleri tarafından da dile getirilen bu sorunun çözümünde çift meclis sistemi, kanaatimizce önemli bir alternatif konumundadır.

Yasama organını *yasa yapma makinesi* olmaktan çıkarıp gelişmiş demokrasilerdeki çift meclis sistemi şeklinde düzenlemek, sadece yasaların kalitesini artırmakla kalmayacaktır. Çift meclis sisteminde yasa yapımı daha uzun bir süreç izlemektedir. Çift meclis sisteminin daha demokratik ve adil bir temsili sağlaması, bir yandan yasaların daha demokratik olmasına katkıda bulunurken, diğer taraftan yasaların acele edilerek çıkmasını engelleyip hem yasa enflasyonunu engelleyecek, hem de yasaların niteliğini artıracaktır.

Çift meclis sistemini oluşturan meclis ve senato birbirlerini yatay kontrol mekanizmasıyla (inter-organ) denetleyerek önemli bir görevi daha yerine getirecektir. Bugün TBMM’nin denetlenmesi yasa yapımında kısmen Anayasa Mahkemesi tarafından yapılırken, genel olarak meclisi denetleyen tek kurum seçimdir.

Çift meclis sisteminin; seçim sistemi, üyelerinin vasıfları, yetki ve görevleri itibariyle nasıl kurulacağı bu incelemenin dışında tutulmuştur; ancak gelişmiş demokrasilerle benzer nitelikteki bir ikinci meclis, birincisine nazaran yürütme baskısından daha bağımsız olarak, bir yandan yürütmeyi ve ilk meclisi denetlerken, diğer yandan temsilde adaleti sağlayacaktır. Ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulacak olan yasa

⁴⁰ Erdal Onar, s. 48.

yapımı ile yasa enflasyonu engellenerek bir yandan yasa kalitesi artmış olacak, diğer yandan Anayasa Mahkemesine açılan iptal davalarının sayısı azalacaktır.

İkinci meclisin nasıl oluşacağı hususunda dünyadan örnek alınabilecek oldukça yeterli bir çeşitlilik bulunmaktadır. Kanaatimizce ikinci bir meclis düşünülürken dikkat edilecek iki husus vardır: İlki çift meclis sisteminin tarihî ve “modası geçmiş” bir kurum olmadığı, ikincisi ise 1961-1980 yılları arasında çalışan Cumhuriyet Senatosunun hiçbir şekilde örnek olarak alınmamasıdır.

Unutulmamalıdır ki, **“Siyasetin gerçek konusu insan değil, kurumlardır”**.

KAYNAKLAR

- Arsel, İlhan, “Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler (Birinci Kısım)”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1954, s. 64.
- Batum, Süheyl , “Siyasal Rejimler ve Türkiye’deki Arayışlar” *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2001. s. 358.
- Çepni, Ertuğrul, *Neden İkinci Meclis (Senato) ?*, 3. Baskı, İstanbul 2008. s. 32.
- Doğan, Oğuz Kaan, “*Türk Siyaset Hayatı ve Anayasa Hukuku Açısından Bir Çözüm Arayışı: Senato Kurumu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Erdal, Birkan, *Daha İyi Bir Türkiye*, Liberte Yayınları, Ankara 2002. s. 46.
- Eroğul, Cem, *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu’nun Yeri*, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 398, Ankara 1977.s. 19.
- Gélard, Patrice, “*Report On Second Chambers In Europe ‘Parliamentary Complexity or Democratic Necessity?’*”, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Strasbourg 2006, Study No. 335/2005.

- Griffith, Mary Anne, "Constitutional and Parliamentary Information, Relations between Chambers in Bicameral Parliaments", *The Association of Secretaries General of Parliaments*, 1992, s. 136-166.
- Heywood, Andrew, *Siyaset*, çeviren Bekir Berat Özipek ve başkaları, Adres Yayınları, Ankara 2007, s. 470.
- Huber-Hotz, Annemarie, "Das Zweikammersystem: Anspruch und Wirklichkeit", "Das Parlament - Oberste Gewalt des Bundes?", *Festschrift der Bundesversammlung zur 700-Jahr-Feier der Eidgenossenschaft*, Bern ve Stuttgart 1991, s. 174.
- Norton, Philip, "Adding Value? The Role of Second Chambers", *Asia Pacific Law Review*, Vol. 15 (1), 2007, s. 6 vd.
- Onar, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Öncüler*, Ankara 2003, s. 28.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı. Ankara 1993. s. 225-229.
- Pantül, Mehmet ve Yalçın, Bekir Sıtkı, *Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler*, Cumhuriyet Senatosu Vakfı, Ankara 1982, s. 175.
- Russell, Meg, "Second Chambers Overseas", *The Political Quarterly*, Cilt: 70, Sayı: 4, 1999, s. 411-417.
- Sartori, Giovanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, çeviren: Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 352.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, 11. Baskı, İstanbul 1997.
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998. s. 431.
- Tsebelis, George, *Veto Players. How Political Institutions Work*, Princeton University Press, Princeton 2002.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2001/05/21/politika/politika3.html> (erişim tarihi: 07.05.2008)

http://www.belgenet.com/arsiv/demirelmeclis99_3.html (erişim tarihi: 07.05.2008)

<http://www.federalismi.it>

<http://www.g8online.org>

<http://www.ipu.org/english/membshp.htm>

<http://www.ntvmsnbc.com/news/131246.asp> (erişim tarihi: 07.05.2008)

http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36761800_1_1_1_1_1,00.html

<http://www.senat.fr/senatsdumonde/english/english-synthese.html>

<http://www.sgi-network.org/>

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_baslangic (Erişim tarihi: 25.02.2010)

AVRUPA KONSEYİ İLETİŞİMİN DENETLENMESİ VE GİZLİ İZLEME RAPORU*

(En İyi Uygulama Mütalaası 3)

COUNCIL OF EUROPE EUROPEAN COMMITTEE OF
CRIME PROBLEMS REPORT ON INTERCEPTION OF
COMMUNICATION AND INTRUSIVE SURVEILLANCE
(Best Practice Survey No. 3)

Çev. Fatih BİRTEK**

Özet : Ceza yargılaması sisteminin demokratik toplumlardaki en önemli fonksiyonu, hukuk devleti ilkesine bağlı kalmak ve sadece suç şüphesi altında bulunan veya suçlanan kimselerin değil aynı zamanda masum bireylerin en temel insan haklarının, özel hayatlarının devlet ve devletin organlarının keyfi ve kanunsuz müdahalelerine karşı korunmasını sağlamaktır.

Organize suçların yapısı gereği, organize örgütlerine eylemleri, çoğu kez içeriye sızmalara karşı sıkı önlemler almış olan kapalı bir grup sistemi içerisinde planlanmakta ve bu sistem dâhilinde yönetilmektedir. Bu sebeple organize suçların aydınlatılması ve aktiviteleri hakkında delil toplanması diğer bazı suçlarda olduğu kadar kolay değildir. Klasik soruşturma ve delil toplama metodları (örneğin tanık, maddi deliller vs.) çoğu zaman etkisiz ve yetersiz kalmaktadır.

Günümüzde, organize suç soruşturmaları bakımından modern teknoloji neredeyse sınırsız imkânlar sunmaktadır. Bununla birlikte, bu sınırsız soruşturma imkânları, özellikle çoğu demokratik toplumlarda, başta anayasal bağlam olmak üzere çoğu etik, yasal engelleri ve tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Anahtar Sözcükler: Organize suç, iletişimin denetlenmesi, gizli izleme, suç soruşturması, özel soruşturma metodları.

* Ceza Hukuku Uzmanları ve Organize Suçların Kriminolojik Görünümleri Komitesi tarafından (PC-CO) Komite'nin 4. Toplantısında (1-3 Aralık 1999) kabul edilmiş ve 15 Mart 2000 tarihinde Strazburg'ta yayınlanmıştır. Raporu yer verilen *interception* terimi dil bilgisi bakımından; tevkif, durdurma, gizlice dinleme gibi anlamlara gelmektedir. Bununla birlikte çeviri çalışmamıza konu olan bu rapor kapsamında, haberleşme içeriklerinin araya girilmek suretiyle gizlice elde edilmesi konusu işlenmiş olduğu için Türk Hukuk terminolojisi bakımından *interception of communication* teriminin, **iletişimin denetlenmesi** (C.M.K m. 135 hükmünden hareketle) olarak tercüme edilmesi uygun görülmüştür. (Çev. Notu)

** Polis Akademisi Başkanlığı, Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu öğretim görevlisi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi. E-mail: fatihbirtek@hotmail.com

Abstract : One of the major functions of the system of criminal procedure in a democratic system adhering to the principle of the rule of law, is to protect not only persons suspected or accused of committing offences, but also innocent citizens, against governments' arbitrary actions constituting infringements of basic human rights, against undue intrusion in their private lives, and against other forms of abuse of power by the State.

The nature of the organised crime, i.e. the fact that criminal activities are planned and conducted within the closed group of actors taking often various special precautions against detection of such activities, traditional means of collecting evidence used in cases of other criminal offences, such as witnesses and experts testimonies or material evidence, are very often of less or even no value.

The modern technology seems to offer nowadays almost unlimited possibilities. However, it is not primarily the technological, but foremost the ethical and legal, including constitutional, barriers to such activities which are subject to a very intensive discussion, controversy, and sometimes strong objections, in many contemporary democratic societies.

Keywords : Organised crime, interception of communication, intrusive surveillance, criminal investigation, special investigative methods.

1. Giriş

1. 1. Çalışmanın Arka Planı

Ceza Hukuku Uzmanları ve Organize Suçların Kriminolojik Görünümleri Komitesi 1997 yılında kurulmuştur. Komitenin görevinin kapsamı, Bakanlar Komitesi tarafından, Komite'nin 1 Nisan 1997 tarih ve 587. birleşiminde kararlaştırılmıştır. Komite diğerlerine ilaveten, üye devletlerin içindeki organize suçlar konusundaki çare arayışlarının, diğer üye devletler için bir örnek olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Komite, işaret edilen bu görevi yerine getirmek için, en iyi uygulama çalışmalarının bir serisini yapmaya karar vermiştir. Bunlardan bir tanesi, iletişimin denetlenmesi ve az çok buna benzer soruşturma metodları üzerine bir mütalaadır. Bu güncel konu seçilmiştir. Çünkü:

- Suç aktiviteleri planlanmış ve yönetilmiş kapalı grupların aktörleri bünyesinde barındıran organize suçların niteliğinden ötürü, eylemlerinin ortaya çıkmasına karşı sıklıkla muhtelif özel tedbirler

almaktadırlar ki; diğer suçların davalarında kullanılan, tanıklar ve bilirkişi raporları gibi delilin toplanmasındaki geleneksel davranışların bu türden soruşturmalarda çoğu kez değeri yoktur ya da değeri azalmıştır;

- Bunun için polis ve diğer hukuk uygulayıcı kurumların faaliyetlerinin, temelinde, böylesi grupların eylemleri hakkında içeriden birisinden bilgi edinmek, suç gruplarının eylemlerini bozmak ve mahkemelerde mahkûmiyet kararları doğurabilen delil toplamak amaçlanmaktadır. Dahası, bu amaca ulaşmak, çoğu zaman sadece özel soruşturma teknikleri ve özel soruşturma materyalleri kullanılarak gerçekleştirilebilen çok zor bir amaçtı ve bu amaçla telefonların gizlice dinlenmesi, faks ya da internet iletişimlerinin (iletişimin denetlenmesi) ya da konuşmaların video ya da ses kayıtlarının yapılması ya da özel mekânlara veya odalara yerleştirilmesi, kişilerin hareketlerini takip etme ve araçlarını izleme vb. (habersiz-gizli izleme) yapılarak gerçekleştirilebilirdi.
- Modern teknolojinin bu günlerde neredeyse sınırsız imkânlar sunuyor gözükmemektedir. Bununla birlikte modern teknoloji sadece teknolojik değil, fakat bu türden eylemlere yönelik, çoğu çağdaş demokratik toplumlarda, daha çok etik ve yasal, ihtilafli ve bazen güçlü itirazlar ve anayasal engelleri de kapsayan çok yoğun bir tartışmanın konusudur. Buna rağmen, ne şekilde olursa olsun bu tartışmalar ve itirazların, "1984 Sendromu" nun bir türünün modern toplumlarda hukuk devletini tehlikeye atacağı savı abartılı görünüyorsa da, vatandaşın özel hayatını koruma ve belli suç eylemleri ile etkili olarak mücadele amacının çoğu gerilim ve anlaşmazlıkları meydana getirilebileceği konusunda şüphe yoktur.

1. 2. Çalışmanın Amacı

Demokratik sistemde ceza yargılama sisteminin en büyük işlevlerinden birisi hukuk devleti ilkesine bağlı olmaktır. Bu bağlılık, sadece suç işlediğinden şüphelenilen ya da suçlanan kişileri değil, aynı zamanda masum vatandaşları da, devletin temel insan haklarına karşı yürürlüğe koyduğu keyfi uygulamalarına, hukuka aykırı bir şekilde vatandaşların özel yaşamlarına karışmaya ve Devlet tarafın-

dan gücün kötüye kullanılmasının diğer türlerine karşı korur. Ceza yargılamasının modern sistemlerinin gelişmesi, 20. yüzyılın başlangıcından beri söz konusu kötüye kullanmalara karşı muhtelif yasal garantilerin devamlılığı sürecinin tabii bir sonucu olarak meydana gelmiştir. Bu tür garantiler çoğunlukla anayasal bir karaktere sahiptir ya da uluslararası bir karakterin paralel normları olmuştur. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve onun uygulama sistemi bunun en iyi örneğini teşkil eder.

Sanıkların yasal hak ve özgürlüklerin korunması talebi ile, vatandaşlar ve daima varlığını sürdüren suça karşı etkili mücadele ihtiyacı arasındaki gerilimler olmakla birlikte, yaklaşık olarak yirmi yıldır organize suçlulukla büyüyen problemlerle dünyanın her bir köşesinde bu gerilimlerin artış gösterdiği gözükmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, organize suçların tabiatı gereği, özel bir ortam içerisinde yer alan bir grup faaliyeti olmaları, en önemli tedbirler olarak sır saklama ve gizli hareket etmeye dikkat etmeleri, bu tür gruplar tarafından işlenmiş suçların soruşturması ve yargılama için delilerin elde edilmesi hukuku uygulayan makamlar için büyük bir meydan okuma teşkil eder. Bu demektir ki, bu sahada etkili olmada hukuku uygulayan makamlar artık sadece kolluğun ve soruşturmanın tepkisel ve geleneksel metodlarına güvenemezler. Hukuk uygulayıcı makamlar, sadece şüphelilerin değil onların aile üyelerinin, tanıdıklarının ve hedef kişilerle ya da şüphelilerin işledikleri suç her hangi bir suç fiili ile ilgisi bulunmayan bireylerin de özel yaşam alanlarının çok daha derinlerine inmesi muhtemel olan, daha etkili ve daha insiyatifi ele alan bir şekilde ve gizli metodları kullanmaya mecburdur.

Mamafih bu tür metodlar üzerine ya da onların kabul edilebilir özgürlükçü kuralları üzerine baskının büyümesi, bazen, kişisel özgürlükçülerin cephesinde güçlü protestolar ile karşılaşır. Bu durum özellikle, çok uzun yıllar baskıcı kurallar altına kalan, Orta ve Doğu Avrupa'da esaslı bir vakıa halini alabilir. Baskıcı rejimlerde problem, bu gibi metodlar çok çeşitli politik amaçlar için, gerçek veya hayali siyasi rakipleri kontrol etmek ve üzerinde baskı kurmak için çokça başvurulmuş ya da genelde kötüye kullanılmış olmasıdır. Bu ülkelerdeki çoğu insan için, ancak sadece bu ülkelerde değil, dairelerde ya da otellerde veya benzerlerinde özel haberleşmenin, polis tarafından sınırlandırılması, hukukun üstünlüğü ile yönetilen demokratik toplumlara

göre değil, baskıcı polis devletleri metotları ile uygulanmıştır. Bu ülkelerdeki çoğu insan, devlet gücünün sınırsızlığının böylesine kötüye kullanılması üzerine uzun süredir mücadele ediyordu. değişik türde muhafızlar tarafından gözetiminde tutulmanın yeni bir formu olan sınırlamalar şüpheyle karşılanmaktadır. Bununla birlikte şu günlerde organize suç tehdidi ile etkili mücadelede zaruri olan gizli soruşturma metodların kullanılması ile ilgili ortada her hangi bir sorun yoktur, gizli soruşturma metodlarının uygulanmasından ortaya çıkacak muhtemel olumsuz etkiler akıldan çıkarılmamalıdır.

Devlet gücünü kötüye kullanılmasına karşı, gizli muhafızların değişik bir çeşidinin olağanüstü rejimler tarafından uygulanan bu türden metodlar ve bu metodların demokratik bir toplumda uygulanışları arasında temel bir farklılığın olduğu açıktır. Dahası, gizli polisiye metodların kullanılması daima özel problemler ortaya çıkarır; çoğu açık ve demokratik toplumlarda dahi bu gibi metodlar daima kötüye kullanmaya yatkındır. Temel sorun, bu türden metodların etkili olması için, bu metodların soruşturma süreci boyunca gizlilik içinde uygulanmış olması gerekliliğidir. Ancak, bu gibi olaylarda etkili olacak ve beklenen sonuçları getirebilecek olmalıdır. Dahası bu, özel soruşturma metodlarına dahil edilen bu uygulamaların çok düşük bir görünebilirliğinin olması anlamına gelir. Bu alanda etkili olan, hesap verilebilirliği yüksek düzeyde olan ve kamu gözetimi çok zor ya da bazen imkânsız olan polis olabildiğince gizli olmalıdır. Böyle bir durumda, bir taraftan kötüye kullanmaya meyilli bir hal var, diğer taraftan polisin kamuoyu nezdinde izinsiz aşırı güç kullanma ve etkili kontrol edememe korkusu vardır. Bu gibi olaylar kapsamında, bu endişenin var olabilmesi, mevzuat ve uygulamanın her ikisiyle, çeşitli şüpheli ve çelişen ihtiyaçlar arasında uygun bir dengeye ulaşması çok önemlidir. Bu çalışmanın temel amacı, Avrupa Konseyi'nin seçilmiş üç Üye Devlet'in ortaya konulan bu denge ile mevzuatları ve uygulamalarının ne kadar ilgili olduğu konusunda bilgi sağlamaktır. Gayemizin kapsamı, bu devletlerle diğer Avrupa Konseyi üyesi devletlerin her birinde, organize suçlarla polis uhdesinde kullanılan metodlarla daha etkili bir biçimde nasıl mücadele edileceği üzerine bir numaralı öneriler ve yol gösterici ilkeler sağlama konusunda bir girişimin ötesine gitmez ve bu girişim yapılır iken temel insan haklarına saygılı davranılmış ve mümkün olduğu kadar bu haklar korunmuştur.

1.3. Tanımlar

Bu en iyi uygulama çalışmasının amaçları için, aşağıdaki tanımlar kullanılmıştır.

Organize suç: Doğrudan ya da dolaylı bir finansal ya da maddi diğer bir fayda elde etmek için, üç veya daha fazla kişi tarafından yapılandırılmış gruplar tarafından icra edilen ve kararlaştırdıkları; gözdağı verme, aşırılık, kanuna aykırı davranışlar ya da diğer davranışlar eylemler vasıtasıyla ciddi suçların işlenmesi amacını haiz, yasalara aykırı eylemleri sürekli bir zaman dilimi içerisinde devam eden illegal eylemler anlamına gelir.

Hukuk uygulama makamları: Bütün hukuki merciler, atanmış ya da seçilmiş olanlar, uygulayıcı polis güçleri, özellikle soruşturma metodlarını kullanan polis güçleri anlamına gelir.

Özel soruşturma metodları: Suçluların ve şüphelerin soruşturulması ve meydana çıkarılması amacıyla hukuk uygulayıcı makamlar tarafından uygulanan, hedef kişi/leri haberdar etmeyecek bir şekilde sistematik bir bilgi toplama biçimi anlaşılır.

İletişimin denetlenmesi: İki ya da daha fazla şüphelinin yer aldığı doğrudan haberleşme ya da telekomünikasyon yoluyla haberleşmenin gizli bir monitorizasyon ile onların iştirak ettikleri suç hakkında delil ya da istihbarat elde etmek anlaşılır.

Gizli izleme: Şüphelilerin iştirak ettikleri suç hakkında delil ya da istihbarat elde etmek için özel elektronik ekipmanlarla ya da bir kişi tarafından, şüphelilerin hareketlerinin gizlice görüntülenmesi anlamına gelir.

1.4. Saha Çalışması

İletişimin denetlenmesine ilişkin, gizli izleme ve öteki benzeri nitelikteki soruşturma metodları üç ülkede araştırılmıştır. Macaristan, Türkiye ve Birleşik Krallık¹. Bu üye devletler, aşağıda belirtilen düşünceler temelinde belirlenmiştir:

¹ Raporun giriş kısmında sözü edilen ve isimleri belirtilen bu otoriteler tarafından karşılıklı olarak bir araya gelmek memnuniyetle kabul edilmiştir.

- Organize suç gruplarının yasa dışı aktivitelerinin bütün deneyimlerine sahip olmaları;
- Farklı yasal sistemlere sahip olmaları;
- Coğrafya, tarih ve kültür gibi cihetleri ile önemli ölçüde birbirinden farklı olmaları;
- Yukarıda bahsedilen temel farklılıklardan dolayı, özel soruşturma metodlarının kullanılması ile ilgili onların mevzuat ve uygulama çeşitliliği içinde olduğu düşünülmüştür.

Bu en iyi uygulama mütalaası için seçilen üç üye ülke, Ekim 1999'da Komite'nin küçük bir delegasyonu tarafından ziyaret edilmiştir. Delegasyon, Mr. Christophe Speckbacher, Suç Problemleri Bölümü, Ahtapot II. Program Danışmanı, Mr. Toon Van Der Heijden, PC-CO Komitesi bilim uzmanı ve Mr. Krzysztof Krajewski, PC-CO Komite üyesi. Her bir ülke de, delegasyon hukuk uygulama makamlarını ziyaret etmiştir. (Sorumlu İçişleri Bakanlığının üniteleri içerisinde polis üniteleri ve yetkili makamlar). Ülkelerin iki tanesinde, görüşmeler aynı zamanda, iddia makamları (savcılık) ve adli otoritelerle de yürütülmüştür.² Görüşmelerin temel amacı daima, bu alan içerisindeki hukuk uygulama makamlarının aktivitelerinin pratik yönü ve bu hukuk düzenlerinin mütalaaya konu edilen soruna ve daha sonra elde etmek istediği kavrayış biçimleri ile bağlantılı problemler içine devam eden faaliyetlerin yasal çalışma sahasına ilişkin bütün bilgilerin ilk başta ortaya çıkarılmasıdır.

Görüşmelere ek olarak, ilk başta literatürde sınırlı bir araştırma sonucundan geriye kalan ilgili dokümanlar ve muhataplar vasıtasıyla tedarik edilmiş ilgili belgeler incelenmiştir. Bu rapor söz konusu materyaller temelinde yazılmıştır. Raporun içeriklerindeki hatalar sebebiyle sorumluluk, Toon van Der Heijden ve Krzysztof Krajewski'ye aittir. İfade edilmiş bu görüşler mutlak surette Avrupa Konseyi'nin resmi görüşleri yerine geçmez.

Yazarlar, bu mütalaanın özel soruşturma metodları üzerine kapsayıcı bir çalışma anlamına gelmediğini vurgulamayı arzu etmiştir.

² PC-CO Komitesi, bu en iyi uygulama mütalaasının hazırlanması için görüşülmüş olan bütün kişilere teşekkürünü belirtmek ister.

Umuyoruz ki, değişikliklerin başlangıcı için, elde edilmiş argümanlarla birlikte sonuçlar, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde gizli soruşturma metodlarının kullanılması hakkında daha ziyade bir uyum sağlanmış yasal uygulamalar meydana getirecektir.

1.5. Mütalaa edilen Üye Ülkelerin Hukuk Sistemlerinin Vasıfları

Mütalaa kapsamındaki üç üye ülkenin hukuk sistemi farklı huku-ki geleneklere aittir. Bunlardan ikisi kara Avrupası geleneğine aittir ki, onların ceza yargılama sisteminden, ılımlı sorgulayıcılık ya da karışık olarak tanımlanmış olabileceği anlaşılır. Üçüncü ülkenin hukuk sistemi ise örf adet hukuku geleneğine aittir, onun suç yargılama süreci örneklenmiş olarak tanımlanmış olabilir. Bu herşeyden önce, burada bazen ilk iki ülke ile üçüncü ülke arasındaki, soruşturmada oynadıkları rol ile ve suç yargılamasının dava safhasında oynadıkları rol bakımından farklılıklar olduğu anlamına gelmektedir.

Üç ülkenin tamamında, araştırma konusu suçlarla ilgili, onların ortaya çıkaran hazırlayıcıları ve araştırmacı ve gelecekte bir ceza mahkemesi yargılaması süreci nezdinde kullanmak için delil muhafaza eden bir dava soruşturması oluşturulur. Fakat bu hedefin nasıl gerçekleşeceği konusunda büyük farklılıklar vardır. Sorgulayıcı sistem kapsamında, en büyük problemlerden biri, polis ve savcı arasındaki ilişkidir. Bununla birlikte, soruşturma faaliyetleri, aynı zamanda, yargılama öncesi sürecin tamamında genel denetim hakkı olan savcı ile herşeyden önce polis tarafından tamamen “teknik” sebeplerden dolayı kurallar içerisinde yürütülmektedir. Bu bağlamda, polis sahip olduğu görevin sonunda her yeni olay hakkında savcuyu bilgilendirir, soruşturmayı yapar ve eylemleri hakkında savcıya ilgili bütün bilgileri temin eder. Savcı, genellikle polisin eylemleri hakkında her zaman müdahale hakkına sahiptir. Savcı, soruşturma faaliyetlerinin çoğu kısmını veya tamamını kendisi yürütebilir ve bu süreç içerisinde kararların çoğunu alabilir. Mütalaa edilen ülkelerin birisinde, ceza yargılama prosedürü büyük bir reform altındaydı ki bu reform başka şeylerin yanında, soruşturma sürecinde savcının yetkilerinin takviye edilmesin içermektedir. Savcı, aynı zamanda, soruşturmanın ardından sonuçlarını değerlendirecek olan polis değil, savcıdır ki; mahkemeye sunmak üzere iddianame ikame etmeye, kanun tarafından belirlenen her hangi

bir yol ile soruşturmaya son verme ya da yargılamaktan vazgeçmeye ilişkin bir karar alır. Bu gerçeğe rağmen, savcı daha sonra yargılama sürecinde, iddianameyi destekleyen bir bölüm tayin eder, soruşturma sürecinde hiç bir şekilde taraf tutan bir rol oynamaz. Bu, sorgulayıcı sistem kapsamındaki polis ve savcılık sürecinin temel hedefinin, şüphelilere karşı delil toplamak olmadığı fakat daha ziyade şüpheli hakkında maddi gerçeği tesis etmenin mümkün olması için, soruşturmanın tam ve objektif bir biçimde olması ve delil toplamak ve her bir delil parçasının muhafaza edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu görevde, savcı aynı zamanda hukuk devletinin bir bekçisi rolü oynamaktadır. Bununla birlikte diğer iki ülkeden hiçbirinde, soruşturma hâkimliği, soruşturma sürecinde savcı ile değil mahkeme ile bazı büyük ve gizli kararları (şüphelinin soruşturma gözaltısı-tutuklaması v.b.) alan kurum olarak bilinmemektedir.

Mütalaa olunan iki ülkenin sistemi içerisinde adli duruşma, başkan yargıcın hâkimiyetindedir. O, tanıkları ve bilirkişileri dikkatle gözden geçirir ve diğer delilleri inceler. Başkan yargıç, soruşturma ile ilişkilendirilmiş bütün yönleriyle, ispata yarayan bütün kullanılabilir ve lüzumlu imkânları kullanmaya ve soruşturma ile ilgili objektif gerçeği ortaya çıkarma sorumluluğuna sahiptir. Buna rağmen, yargıç bunun gibi bir sistem içerisinde, uygunluğunu göz önünde tuttuğu delilin her bir türünü ortaya çıkarma imkânına sahiptir ki, yargıç genellikle şiddetle soruşturma sürecinde savcı ve polis tarafından oluşturulan olayın dosyasının büyüklüğüne dayanır. Yargılama aşamalarında, savcı ve savunma, geniş yasal imkânlara sahip iseler de, bu türden bir sistem içerisinde pasif kalır ve sadece ikincil bir rol oynar. Burada aynı zamanda diğer iki ülkenin de sahip olduğu bir jüri müdahalesi yoktur.

Bununla birlikte, ceza yargılamasının taraf (iddia-savunma) sistemini kullanan ülkeler (daha çok jüri sistemini benimseyen ülkeler)³ içinde soruşturma uygulamasında polisin sadece bir sorumluluğu vardır. Her ne kadar polis, suçlama ve suçlunun savunması sürecinde topladığı her bir tür delili açığa çıkarma görevine sahipse de, suçlanan kimseyi temize çıkartacak ya da cezayı hafifletecek delili

³ Çev. Notu.

toplama rolü daha ziyade savunmanındır. Yargılama sürecinin taraf karakteri aynı zamanda burada, adli soruşturma evresinin yapılması muhtemel her adli müdahale ile ilgili bazı problemlerin bulunduğu anlamına gelir. Buna rağmen, soruşturma ve taraf sistemlerinin her ikisi de mevcut vasıtasızlık ilkesiyle (principle of immediacy) birbirine yaklaşır ki bu ilke taraf sistemi içerisinde daha büyük ve genel bir öneme sahiptir. Vasıtasızlık ilkesi aynı zamanda, yargılama süreci boyunca, davanın taraflarının, tanıklar, çapraz sorgulama, sorgulama ve mevcut delilleri ortaya çıkarması anlamına gelir. Başkan yargıç daha pasif bir rol oynar. Başkan yargıç, her soruyu sorma ve yeni delilin takdim edilebilmesini kabul etmesine rağmen, bu daha ziyade taraflara bırakılmıştır. Aynı zamanda, taraflar nezdindeki en azından bazı davalarda jüri katılımıyla yargılamanın gerçekleşmesi önemlidir.

1.6 Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısından İletişimin denetlenmesi ve Diğer Gizli Metodlar

İlgili içtihatlar, temel olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. ve 13. maddelerine dayanmıştır ve çoğu ilkeler devlet yetkililerinin 8. maddenin 2. fıkrasına göre taraf tutması ile aydınlanmıştır. Bu ilkeler aynı zamanda, geniş anlamıyla elektronik izleme konusunda bireylerin tarafının tutulmasında netleştirilmiş sınırlardır. İletişimin denetlenmesi (posta dışında) ve gizli izleme ile ilgili temel davalar, Klass (1978), Malone (1984), Leander (1987), Huvig ve Kruslin (1990), Lüdi (1992), A. /Fransa (1993), Halford (1997), Kopp (1998) davalarıdır. İçtihatlar, başka şeylerin yanında, yasal bir çalışma alanının zorunlu olduğuna ve onların içeriğine, ehliyet ve tedbirlerin ölçülülüğüne, sınırlama ve gizli izlemenin usulü, izin prosedürü, etkili başvuruların varlığı, bilgilerin depolanması sorununa atıfta bulunurlar. Fakat diğer haklar (ifade ve örgütlenme özgürlüğü) aynı zamanda organize suçla karşı mücadele hususunda sınır koyarlar. Avrupa Mahkemesi tarafından gizli izleme sebeplerinin kabul edilebilirliğinin derecesinin tam olarak tanımlanmasında, bu bakımdan bir içtihat hukukunun gelişmesi göz önüne alınmalıdır.

Mahkeme, Sözleşme içerisinde elverişli görünen ilgili güvence maddelerinin metnini iktibas etmektedir:

“8. Madde- Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Herkes özel yaşamına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

“13. Madde- Etkili Başvuru Hakkı

Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir önünde etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.”

2. Araştırmanın Sonuçları

2.1. Uygulamanın Kapsamı

Üç ülkede, bu mütalaa kapsamındaki konuda, haberleşmelerin sınırlandırılmasında, gizli izleme ve benzer öteki soruşturma metodları sadece önemli ciddi suçlarda kullanılabilir ki bu, ülkelerin kanun koyucularının, gizli metodların kullanılması ile soruşturma kapsamındaki suçların ağırlığı arasında bazı dengeler veya ölçülülük muhafaza etmeye çalıştığı anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle iletişimin denetlenmesi, üç ülkenin hiç birinde küçük suçların soruşturmasında olduğu türden kesin metodlar gibi, izinsiz kullanılacak türden gözükmemektedir.

Mütalaa kapsamındaki ülkelerin birincisinde (Türkiye)⁴, haberleşmelerin sınırlandırılması ve gizli izlemenin her ikisine de sadece mevzuatın farklı yerlerinde, özel düzenlenmiş iki alanda izin verilebilmektedir. Bunlardan birincisi, yaklaşık yirmi yıldır yürürlükte olan terörizm

⁴ Çev. Notu.

kanununa atıfta bulunur; ikincisi ise, çıkar amaçlı suç organizasyonları olarak adlandırmıştır. Son yasa ise oldukça yenidir, sadece Temmuz 1999 tarihinden bu yana yürürlüktedir ki, uygulamasında nispeten pek az pratik deneyim ortaya çıkmıştır. *Bütün bunlar, çıkar amaçlı suç örgütleri kanununun uygulamanın içine dâhil edilmesinden önce, terörizm olayları dışında, burada haberleşmelerin sınırlanması konusunda resmi olmayan imkânların bulunduğu anlamına gelmektedir.* Bu ortaya çıkarmıştır ki, yasal ve uygulama problemleri ve bu türden tedbirlerin kabul edilebilirliğine ilişkin tartışmalar, haberleşmelerin gizliliğini garanti eden hukuk uygulamasının müstesna amaçları olan anayasal koşullar dolayısıyla. Bu ülkede çıkar amaçlı suç örgütü davalarında, tıpkı yeni kanun yürürlüğe girmeden önceki uzun yıllar için, uyuşturucu ticareti konusunda olduğu gibi, gizli polis metodlarının kullanılmış olduğuna dair güçlü belirtiler bulunmaktadır. Bu belirtiler, söz konusu davalarda, suçun soruşturulmasının terörist aktivitelerin finansmana eş değer anlaşılması olduğunu kanıtlamaktadır. En yüksek adli makamlar, bir suç işleme provokasyonu olmadığı müddetçe, mümkün olduğu kadar soruşturma metodlarını hoş görmüştür.

Bu çalışmanın amaçları, sadece çıkar amaçlı suç örgütlerine karşı gizli metodların kullanılmasına dair yasal dayanaklarla ilintilidir. Yeni yasa⁵, belli özel amaçları (kurumların, işletmelerin, kamu yönetiminin ya da servislerin, medyanın, kontrol edilmesi ya da baskı altına alınması gibi elde edilmiş gayri meşru yararlar) ya da hedefleri konusunda bir suç organizasyonunun adına hareket eden, direktif veren, tesis eden ya da belli özel metodları uygulayan (güç kullanır ya da güç kullanmakta tehdit eder v.s.) herkese uygulanmaktadır. Kanun, bu türden eylemlerin soruşturulmasında, bu türden eylemler için sadece adli cezalar değil fakat aynı zamanda çeşitli usuli tedbirler de temin etmektedir. Bu şu anlama gelir ki, bu ülkede, haberleşmelerin sınırlanması ve gizli izleme, doğrudan ciddi ve organize suç (ve terörizm) sorunları ile ilişkilendirilmiştir. Bu görünür ki, "sıradan" suçların davalarında, iletişimin denetlenmesi ve gizli izleme kanun dâhilinde mümkün değildir. Bununla birlikte organize suç ziyadesiyle geniş bir biçimde tanımlan-

⁵ Bu rapor hazırlandığı sırada henüz yürürlüğe giren 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri İle Mücadele Kanunudur. Kanun 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla (5271 Sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte) yürürlükten kaldırılmıştır. (Çev. Notu)

mıştır. Kanun, çıkar amaçlı suç örgütleri üzerinde, sadece uyuşturucu ticaretini tanımlamamakta; eğer organize bir davranışla işlenmiş ise, silah ve sanatsal nesnelerin ticareti, kültür kalıntı ya da çevresel koruma olaylarında da telefon dinleme yetkilerinin uzantısı vardır.

Mütalaa kapsamındaki üç ülkenin ikincisi (Macaristan)⁶, eski komünist ülkeler grubuna aittir ki bu şu anlama gelir; hukuk mesleği ve genellikle kamu, geçmişte bu tedbirler politik amaçlar uğruna geniş çapta suiistimal edildiği için, haberleşmelerin sınırlanması ya da gizli izleme gibi önlemlerin uygulanması konusunda oldukça duyarlıdır. Bundan ötürü, özel soruşturma teknikleri ile özel bir kanun içinde kapsamlı bir şekilde ilgilenilmiştir ki, polisin operasyonları bu kanun içinde düzenlenmektedir. Bu kanun, gizli bilgi toplamanın muhtelif metodları ile ilgili özel bir bölüm içerir ki bu bölüm oldukça ayrıntıcı bir karaktere sahiptir ve listeler ve kanun kapsamında düzenlenen muhtelif polis teknikleri vardır. Bazı teknikler kriminal suçların ortaya çıkarılmasında ya da önlenmesinde; suç hareketlerinin bozulmasında, suçluların kimliğinin belirlenmesinde, onların yakalanmasında v.b. kullanılabilir. Bununla birlikte tekniklerin çoğu, her suçun soruşturulmasında mümkündür, telefon konuşmalarının ya da fax ya da internet bağlantılarının gizlice izlenmesi ve kayıt edilmesi ve hareketlerin video ya da ses kaydının yer alması sadece vahim suçların (bu kavram ulusal güvenlik konularını içermez ki ulusal güvenlik konuları aynı kanun içerisinde ayrıca düzenlenmiştir) davaları kapsamında özel izinler ile mümkündür. Bununla birlikte, kanun kapsamında tartışma, neyin vahim bir suç meydana getirdiğinin tanımlanmamış olduğu konusundadır ki, kanun üst sınırı 5 yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan az olmayan suçlara vahim suç sonucunu bağladığı anlamını vermiştir. Ek olarak aynı kanun, yukarıda yer verilen metodların diğer suçların davalarında, belirlenen minimum hapis cezası verilebilecek suçlardan olsa bile, uygulanması için bir koşul içerir. Kanun, içinde uyuşturucu ticareti ve sahte para basma gibi organize bir karakter barındıran türden suçların olduğu detaylı bir liste içermektedir. Bunun yanında söz konusu suç listesi, bir çocuğa yönelmiş her hangi bir suçta, silahla ya da uluslararası suç ile bağlantılı olarak işlenmiş suçlara da atıfta bulunmaktadır. Bir telefonun kullanıcıını, ciddi tehlike altındaki ya da suçta

⁶ Çev. Notu

teşvik edilmiş, yardım talep eden bir kullanıcının bir telefonunun söz konusu olduğu durumda özel bir koşula bağlamıştır. Böyle bir olayda, adli bir izin bulunmadan, polis cihaz tarafından nakledilmiş haberleşmenin içeriğine erişebilir ve haberleşmeyi kaydedebilmektedir.

Son olarak üçüncü ülkede (İngiltere)⁷, haberleşmelerin sınırlandırılması ve gizli izleme mevzuatının iki farklı bölümü ile ilgilidir. Kamu telekomünikasyon sistemlerinin faaliyetleri ile iletilen haberleşmelerin sınırlandırılması, münhasıran bu metod ile yakından ilgili mevzuatın özel bir bölümü içerisinde düzenlenmiştir. Ülkenin ekonomik refahını içeren olaylar ve ulusal güvenlik olaylarının yanında aynı zamanda ciddi suçların ortaya çıkarılması ya da önlenmesi amacıyla bu türden metodlara müracaat edilmesine kanun tarafından izin verilebilmektedir. Bununla birlikte, kanun açık bir biçimde bu terimleri tanımlamakta, tedbirlerin uygulama standartları oldukça yüksek ve koşullar, temel olarak ciddi organize suçlar içerisinde uygulanmış gözükmektedir. Gizli izleme ile ilgili düzenlemelerin öbür kanadında, polis eylemlerinin düzenlendiği kanun düzenlenmesine de atıf yapılmıştır. Bu düzenleme, önemli finansal kazanç ya da bir suç soruşturmasının grup karakteri ve mahkemeye önüne getirildiği zaman en azından mahkûmiyet hükmü umulan türden bir suçtur ki, mevzuatın bu bölümünde bu kavramın, aşırılığı kullanan bazı unsurlara referans ile oldukça dikkatli bir biçimde tanımlandığı için önemlidir.

Asıl güçlüklerin arkasında, bu ülkede telekomünikasyon şirketlerinin özelleşmesi ve internetin yayılması gibi teknolojik gelişmelerin bu ülkedeki büyümesi gözükmektedir. İkinci bir gelişim ise, suç soruşturması usulünün pasiften aktife değişmesidir ki bu aynı zamanda "istihbarat yönetimi" olarak adlandırılır; bu sistemde, karmaşık gizli tekniklerin kullanılması teşvik edilmektedir. Başka bir ilgili gelişim, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen mahkeme kararlarının bir serisidir ki, bu kararlar halihazırda uygulanmakta olan kanunun, kamu dışı haberleşme sağlayıcılarının sınırlama için elverişli bir çalışma sahası temin etmediğini açıkça ortaya koymuştur. Ulusal ve Avrupa Mahkeme kararlarında, yakın geçmişte, mevzuatın küçük bir kısmının özel kendine has (ad hoc) bir karakterinin bulun-

⁷ Çev. Notu.

duğu dayanağı hâkim olmuştur. Kamu ve özel sektör sağlayıcıları arasındaki fark aynı zamanda, elektronik postanın sınırlanması hakkında tutarsız bir yöntemden kaynaklanmaktadır. Bunun yanında, mevcut kanun, telefon haberleşmelerinin (kamu) ve kablosuz telgraf sisteminin sınırlanmasını için farklı yöntemler benimsemektedir. Bütün bunlarda dolayı, ülkenin mevcut hükümeti, haberleşmelerin türüne bakmaksızın, bütün haberleşmelerin sınırlanması ile ilgili, lisanslama metodu ve müdahale edilmekte olan haberleşme yöntemi üzerinde, tek bir çalışma sahası getireceğini beyan etmiştir.

2.2. İlave Koşullar

Mütalaa edilen ülkelerin ikisinde, iletişimin denetlenmesinin kabul edilebilirliği ya da gizli izlemenin kullanılması şartlarına, açık ilave önlemler ve şartlar eklenmiştir ki, bu ikincilik ilkesi olarak adlandırılmıştır. Bu ilke, bu türden metodların sadece, eğer soruşturmanın hedeflerini başarmak diğer davranışlar (tedbirler) ile imkânsız ise uygulanabileceği anlamına gelir. Bu iki ülkenin bir tanesinde, ilave sınırlar olarak yerleşmiş, bu türden eylemin sonuçlarının yürütülen soruşturmadaki hedeflerin başarılmasında önemli değerde olması ihtimalinin bulunması şartı yer almaktadır. Başka bir deyişle, haberleşmelerin sınırlandırılması ve gizli izleme metodları soruşturmanın öncelikli hedefleri itibariyle küçük değerdeki hedeflerin gerçekleştirilmesinde uygulanamaz.

Bu şart ilginçtir ki, sadece mütalaa altındaki ülkelerin bir tanesinde, sınırlamanın uygulamasının ve haberleşmelerin kaydedilmesinin kesin şartı olarak, bir suç söz konusu olduğu ya da işlenilmiş olduğuna ilişkin evvelce güçlü delillere ihtiyaç vardır. Bu şartlara benzeyen şartlar diğer iki ülkede yoktur. Bu şart açıkça ortadadır ki, hiç sebepsiz ya da dedikodular ve genel şüpheler (örneğin sadece geçmişte suç işlemiş olmasına istinad edilmiş ise) vb. bulunmaksızın, bu gibi tedbirlerin kullanılmaksızın ceza yargılamasının genel ilkeleri uygulanmasına rağmen soruşturmanın yerine getirilmesi olanaksız olmalıdır. Bu sebepten dolayı, bu ülkelerde bu türden tedbirlerin olup olmadığı ya da kullanılmasına kararları veren polisin kendisi değildir. Polis genellikle, bu türden olaylarda bazı başka otoritelere müracaat eder ve aynı zamanda bu gibi uygulamalar için delile ulaşma sebebi olan bu müracaat vasıtasıyla uygulamalarını gerçekleştirir.

2.3. Uygulamaya Karar Veren Makamlar

Yukarıda zikredildiği gibi, mütalaa kapsamındaki her üç ülkede de, bu türden tedbirlerin uygulanmasına karar veren kişi polis değildir. Bazı istisnalar ile davanın aciliyeti için, her üç ülkede de onların adli bir otoritesi ya da İçişleri Bakanlığı bünyesinde bazı yüksek rütbeli resmi görevli bir makam karar vericidir. Özellikle, burada mahkeme heyetinin ilgisi, nihai kötüye kullanma ve yurttaş haklarına tecavüze karşı tesis edilmiş çok önemli temel bir teminat teşkil eder.

Mütalaa edilen ülkelerin ilkinde, haberleşmelerin sınırlanması ve onların kaydedilmesi kararlarının yürürlüğe konması münhasıran hâkimin yetkisindedir. Bu aynı zamanda, şüpheli kişilerin aktivitelerinin hareketli ya da sabit izlenmesi ve video ya da ses kaydetme gibi gizli izleme metodlarında da uygulanır. Bu gibi metodlara, genel veya özel mülkiyette yer alan her biriyle müsaade edilebilir ve bu olaylarda uygulandığında hedef kişinin organize suç içerisinde yer aldığına dair güçlü deliller olmalıdır.

Az çok buna benzeyen bir durum ikinci ülkede de vardır. Telefon, faks ya da internet vasıtasıyla iletilen haberleşmelerin sınırlanması için, ulusal güvenlik sorunlarının dışında daima adli onaya ihtiyaç vardır ki ulusal güvenlik konuları bu incelemenin ötesindedir. Diğer yandan, gizli izleme bakımından, genel ya da özel mülkiyet kapsamında yer alan eylemler olup olmadığına bağlı olarak durum farklıdır. Eğer izleme genel mülkiyet (kamuya açık alan) üzerine uygulanmış ise, adli onaya ihtiyaç duymaz. Özel mülkiyet kapsamından yer alan etkinliklerin gözlenmesine ve kayıt (video ya da ses) edilmesine (sabit izleme), hâkim tarafından kabul edilmiş ise müsaade edilebilir. Hâkimin kabulünün tartışılması zorunludur ki bu ülkede, tartışılan kanun, özel mülkiyetin yasal bir tanımını içerir. Burada aynı zamanda, bu türden tedbirlerin uygulanmasında hâkim onayına ihtiyaç duyulması kuralının bir istisnası vardır. Şöyle ki, belli suçların davalarında, örneğin gasp ya da şantaj, bu suçlarla tehdit altında olan kişi tarafından yazılı bir talep yapılırsa polis müdahale eder ve onun telefonuna girer ve dinler ki bu türden tedbirlerin adli onay ile uygulanması zorunlu değildir.

Mütalaa edilen üçüncü ülkede, gizli izleme ve haberleşmelerin sınırlanması onayları bakımından başkaca bir farklılık bulunmaktadır.

Şöyle ki, kamu telekomünikasyon sistemleri ile iletilen haberleşmelerin sınırlanması adli onay gerektirmez fakat İçişler Bakanı tarafından neşredilmiş kişisel bir emir vardır. Diğer yandan, kablosuz telegrafi ya da mülkiyete müdahale eden gizli izlemenin her bir metodu uygun yazılı izne ihtiyaç duyar. Bu izin ancak kanunda sayılan belirli yüksek rütbeli polis memurları tarafından verilebilir. Gizli izlemenin özel türlerinde daha önemli koşullar vardır. Davada gerçekleştirilen eylem, kanunda belirlenmiş özel mülkiyetin belli tiplerinde (otel odaları ya da meskenler gibi), ya da bu hareket sonuçlanacak, ya da bu eylem muhtemelen bilginin belli türlerine (özel imtiyazlarla korunmuş) gerçekleştirilmiş müdahale ile sonuçlanacak ise, polis tarafından düzenlenen izin adli ünvanlı (hakim ünvanlı) özel bir görevli tarafından (özel usullere göre atanmış özel jürinin bazı memurlar tarafından) onaylanmış olmalıdır. Bu ülkede ayın zamanda, gizli metodların kullanılması hakkında bireylerin şikâyetlerini ele alan, yüksek statülü görevlilerin oluşturduğu bağımsız bir heyet vardır.

2.4. Acele Hallerde Usul

Her üç ülkenin yasal sistemi de zorunlu hallerde, haberleşmelerin sınırlanması ya da gizli izlemenin diğer metodlarında özel usuller bulundurur, yani bu gibi durumlarda iznin standart prosedürüne bağlı kalınmasından ve onaylanmasından (ki daima biraz zaman alır) kaynaklanan gecikme olduğu zaman, delilin kaybolmuş olması, tahrif edilmesi ya da kullanışsız hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Zorunlu haller için genellikle bazı prosedürler oldukça basitleştirilmiştir ki bu, normal şartlardaki izin zorunluluğu bulunmaksızın uygun eylemleri gerçekleştirmek mümkün olduğu anlamına gelmektedir. İletişimin denetlenmesi ya da gizli izleme düzenlendiği, fevkalade (olağan dışı) durumda sadece belirli, genellikle daha kısa dönem için yürütülmüş bir yol olabilir. Bu zaman dilimi içerisinde, olağan prosedüre göre izin almak ya da onaylatmak daima zorunludur ve kanun tarafından belirlenmiş *bu zaman diliminin ötesinde* sadece söz konusu olağan izin ya da onay ile eylem devam etmiş olabilir. Eğer söz konusu izin ya da onay reddedilmiş ise eylem hemen son verilmiş ve elde edilmiş bütün materyaller her yasal sistem içerisinde belirtilen zaman dilimi içerisinde imha edilmiş olmalıdır.

Örnek olarak, ilk ülkede haberleşmelerin sınırlandırılmasının acil (olağan dışı) uygulaması için, polis tarafından değil savcı tarafından emir verilebilir. Söz konusu acil uygulamaya sadece 24 saat için izin verilebilir. Eğer adli onay reddedilmiş ise bütün veri 10 gün içinde imha edilmelidir. İkinci ülkede adli onay şartı bulunan haberleşmelerin sınırlandırılması ya da gizli izleme, acil durumlarda bu türden bir onay bulunmaksızın 72 saatlik bir zaman dilimi için mümkündür. Karar, yürütülen soruşturma için yetkili polis ünitesinin amiri tarafından alınmış olabilir. Son olarak, üçüncü ülkede acil olaylarda kamu haberleşmeleri sistemi tarafından iletilen haberleşmelerin sınırlandırılması aynı zamanda, İçişleri Bakanından daha düşük rütbeli bir görevli tarafından verilebilen bir emre ihtiyaç duyar. Sözü edilen bu emir iki iş günü için geçerlidir ve bu zaman diliminin ötesinde sınırlamanın devam etmesi olağan şartlara göre düzenlenmiş yeni bir emre ihtiyaç duyar. Gizli izlemenin diğer tedbirleri hakkında ise üçüncü ülkenin yasal sistemi acil durumlarda yukarıda bahsedilen yüksek rütbeli polis görevlisi tarafından verilmesi yeterli olan sözlü izni içerir. Yine, sözü edilen bu iznin temelinde sadece 72 saat için gizli izleme tedbirleri uygulanmış olabilir. Gizli izleme tedbirlerinin devam etmesi normal onaylama prosedürüne ihtiyaç duyar.

2.5. Özel Tedbirlerin Uygulanmasının Süresi

Mütalaa altındaki her üç ülkede de, iletişimin denetlenmesi ya da gizli izleme uygulamalarının her birinde belli zaman sınırlamaları vardır. İlk ülkede, hâkim bu türden tedbirlerin uygulanmasına izin verirken başlangıçta iletişimin denetlenmesine üç ay için izin verebilir. Bu süre, her bir defada üç ay olmak üzere sadece iki kez uzatılmış olabilir. Bu türden tedbirlerin süresinin uzaması daima adli karar (hâkim kararı) gerektirir. Bu demektir ki, iletişimin denetlenmesi (aynı kişiye karşı) en fazla dokuz aylık bir süre için uygulanmış olabilir, bu süre daha fazla uzatılamaz. Öte yandan bu ülkenin yasal sistemi kapsamında uyguladığı gizli izlemenin diğer metodları süresiz olarak uygulanabilir.

Keza ikinci ülkede de, haberleşmelerin sınırlandırılmasına başlangıçta hâkim kararı ile 90 gün için izin düzenlenebilir. Bu süre, aynı zamanda bu şekilde tedbirler özel konutun gizli izlenmesinde de uygulanır ise aynı zamanda hâkim onayı gerektirir. Bu zaman ikinci bir 90 gün daha

uzatılmış olabilir (aynı zamanda hâkim kararı ile). Hâkimin karar vermesi önemlidir ki, kanun metninin zor anlaşılır olmasından dolayı, burada uzatma konusunda şartların uygulanmasında somut bir uyumsuzluğun olduğu görülür. Görünüşte bu türden uzatmalar her 90 gün için süresiz olarak verilmiş olabilir yani gizli tedbirlerin uygulanması için maksimum bir üst limit yoktur.

Son olarak üçüncü ülkede, kamu telekomünikasyon sistemleri ile iletilen haberleşmelerin sınırlandırılmasında ve gizli izlemede farklı sınırlamalar uygulanır. İlk halde evvelce, içişleri bakanı tarafından iki aylık zaman dilimi için temel bir emir düzenlenebilir. Bu süre, tedbirin uygulanmasındaki dayanakların gerekçesine bağlı olarak uzatılmış olabilir. Ciddi suçların davalarında (ki organize suç cürümlerini de içerir) uzatma sadece ilave bir ay için düzenlenebilir. Ülke güvenliğine ve ülkenin ekonomik refahına ait olan davalarda süre 6 ay olabilir. Öte yandan başlangıçta üç aylık zaman dilimi için düzenlenmiş olan izin, gizli izlemenin diğer türlerinde de uygulanabilir. Bu zaman dilimi ikinci bir üç ay daha uzatılmış olabilir. Bu türden olaylarda süresiz ve sınırsız bir şekilde yenileme olabilir ki ona dikkat etmek önemlidir. Bu ise, ciddi suçların davalarında kamu telekomünikasyon sistemleri ile iletilen haberleşmelerin sınırlandırılmasında üç aylık süre uzatılamaz, buna karşın diğer gizli metodların süresiz olarak uygulanabileceği (en azından teorik olarak) anlamına gelmektedir.

Her üç ülkede de, haberleşmelerin sınırlandırılması ya da gizli izleme tedbirlerinin doğrudan doğruya olaya uygulanmış olması ihtiyacına ilişkin şartlar içerisinde, eğer bu tedbirler uygulandığında başarı elde edileceği (örn. delil elde edilmesi lüzumlu ise), vurgulanmış olmalıdır. Bu vurgulama, bu türden tedbirlerin suç soruşturmasının gereklerinin ötesinde devam etmesini yasaklamaktadır.

2.6. Amaç ve Kapsam

Haberleşmelerin sınırlandırılması ve gizli izleme tedbirlerinin uygulanması ile ilgili yasal ve usule ilişkin önemli problemlerden biri, gerçekte sadece şüphelenilen suçluların bu tedbirlere maruz kalmıyor olmasıdır. Bu tedbirlerin uygulanması, aynı zamanda soruşturma görevlilerinin sadece hedef kişilerin aile üyeleri ve tanıdıkları ile ilgili

değil aynı zamanda sıklıkla kişilerin ilişki içinde olmadıkları kimse-lerle, farkına varmadan ya da kesinlikle kazara olayın içinde olabilen kişilerle ilgili bilgi ve materyaller elde edebileceği anlamına gelir. Bu, sadece özel hayatın korunması bakımından ciddi ilgili olarak görünmez aynı zamanda çeşitli problemlere neden olur ki, bu problemler elde edilen bilgilerin nasıl kullanılacağı ve bu tür ek bilgilerin nasıl ele alınacağıdır.

Yukarıda bahsedilen problemlerden dolayı her üç ülkenin yasal sistemi kapsamında çoğu kez, özel soruşturma metodlarının uygulanmasına izin veren emirlerin ya da yetkilendirmelerin, sözü edilen tedbirlerin özel hedeflerinin ne olduğunun araştırılması gerekir. İlk ülkede emir, özel tedbirlerin uygulanacağı yerin (haberleşmelerin sınırlanmasında, telefon ya da fax numarasına ya da e-mail adresine hangi eylemin uygulanacağı, odalar, konutlar v.b., hangi gizli izleme tedbirlerinin uygulanabileceği) ve hedef kişinin isminin daima belli olmasını gerektirir. Uygulamada haberleşmelerin sınırlanması alanında genellikle, müşahhas kişilerin müşahhas telefon numaraları ve bu kişiler tarafından yapılan haberleşmeler ya da bu kişilerin kabul ettiği haberleşmeler ile ilgili olarak adli onaylar düzenlenmiştir. Bununla birlikte, mevcut hâkimler bu izinleri daha az sınırlayıcı bir biçimde yorumluyor ve belirlenmiş olan telefon numarasından yapılan ya da bu numara tarafından kabul edilen bütün görüşmeler için onaylamalar düzenliyor gözükmektedir. Bazı davalarda soruşturma konusu olay ile ilgisiz bütün bilgiler ve soruşturmanın kapsamadığı kişilere ait olan veri 8 gün içerisinde (bu ülkenin kanunu içerisinde açık bir şekilde düzenlenmiştir) silinmelidir.

İkinci ülkede, iletişimin denetlenmesi uygulamasına ilişkin adli kararlar genellikle müşahhas (somut) bir kişi bakımından düzenlenmiştir ki bu, bahsedilen kişinin kendisinin kullandığı bütün telefon numaraları ile yaptığı telefon konuşmalarının tamamının kaydedilebileceği anlamına gelir. Bununla birlikte, yetki aynı zamanda somut bir telefon numarası üzerinde de uygulanabilir. Burada, hedef kişinin haberleşmelerinin sınırlanması sırasında toplanan ya da kaydedilen diğer materyallerin (örn. başkalarına ait, kapsam dışı kişilerle ilgili) nasıl ele alınacağına ilişkin açık ve kesin şartlar yoktur. Kanun sadece bu gibi durumlarda uygulamanın durdurulacağını ve bütün materyallerin 10 gün içerisinde silineceğini düzenler. Bu düzenleme, bu

şartın yukarıda tartışılan duruma denk gelen bir biçimde uygulandığını gösteriyor. Uygulamada polis, organize suç soruşturduğu zaman iletişimin denetlenmesi için tarif edilişine ve soruşturmanın planına ve hedeflenen suç grubunun zikredilen kişilerine (ya da bütün üyeler bir arada) göre müracaatlar düzenlenmiştir.

Hâlihazırda mevcut en karmaşık durum üçüncü ülkededir. Burada kamu telekomünikasyon sistemleri ile iletilen haberleşmelerin sınırlandırılmasında düzenlenmiş emirler daima kişiler için değil (böyle bir emirde bireysel bir tanımlama yapılmış olabilir) fakat telefon numaraları içindir. Bununla birlikte, konuşmaları dinleyen kanun uygulayıcı görevliler, kullanılan hedef telefonu kullanan kişi olmayan bir şahıs fark ettikleri anda doğrudan doğruya kayıt yapan telefon hattını kapatmak ile yükümlü kılınmıştır. Telekomünikasyon pazarındaki gelişmeler (teknolojik süreçler ve özelleştirme) dolayısıyla bir kişinin çok sayıda telefon kullanabilmesi ya da hızlı bir şekilde diğer operatörlere geçirilebilmesi ortaya çıkmıştır ve mevcut düzenlemeler kanunun uygulanması için ciddi usul problemlerine yol açmaktadır. Bundan ötürü devlet gelecekte, emirlerin belli hedef kişi ve hedef kişi ile ilgili müdahale edilebilecek bütün telefon numaralarının envanterinin bir listesini içerecek değişiklikler hazırlamıştır.

2.7. Mekânsal Uygulama

Kamu ve özel mülkiyet arasında farklılık, mekânsal şartlar bakımından can alıcı bir öğedir. Örneğin, mütalaa kapsamındaki her üç ülkede de esasen kamusal mülkiyet üzerinde gizli tedbirlerin uygulanması mümkündür. Eğer kamu telefonunun suç amaçları için kullanıldığının varlığına dair mesnetler var ise bu tedbirler aynı zamanda kamu telefonlarından yapılan telefon konuşmalarının sınırlandırılması da içerir (ülkelerin birinde varolan durum gibi). Bu uygulama, evvela gizli izleme tedbirlerinin ve bahsedilen haberleşmelerin sınırlandırılması konusunda normal uygulamadaki kuralların özel konutlar mülkiyetler (konutlar) üzerinde de vuku bulacağı anlamına gelir (diğer iki ülkenin hukuk sisteminde en azından farklılık açık bir şekilde belirlenmiştir). Bu farklılıkta can alıcı önemli nokta, özel mülkiyette ne şekilde uygulanabileceğinin kesinlikle açık bir tanımının bulunmasıdır. Örneğin, ikinci ülkenin yasal sistemi önceleri bahsedilen tanımlamayı

ihtiva etmekteydi ki özel bir ikametgâh konusunda sınırlanmıştı. Bu, kamu mülkiyeti teriminin mefhumu muhalifinin daha geniş anlaşılması anlamındadır. Bunun yanında üçüncü ülkenin yasal sistemi, özel koruma konusu mülkiyetler olarak ele alınmış olan ya da özel korumaya konu olan yerlerin detaylı bir tanımlamasını ihtiva eder.

Mobil telefonların sınırlanması hakkında büyük yasal engeller yoktur. Sadece bir ülkede, özel tiplerinin dinlenmesinin engellenmiş olduğu yasal olumsuzlukların bulunduğu fark edilmiştir. Bununla birlikte inceleme kapsamındaki her üç ülkede de, mobil telefonların sınırlanması ile ilgili teknik problemler bulunmaktadır. Bunun yanında, üye ülkelerin ikisinde finansal engeller gözlenmiştir. Problemlerin her ikisi de, özel telekomünikasyon sağlayıcılarının (internet dâhil) sayısının artmasının bir sonucu olarak ağırlaşmış, sınırlama imkânları zorunlu olarak her bir için ayrı ayrı göz önüne alınmıştır. Bir ülkede sözü edilen imkânların tesis etmesi bir özel telekom sağlayıcısının yasal yükümlülüğünün hangi boyutta olduğu konusunda devam eden bir tartışma bulunmaktaydı. Diğer iki üye ülkede, zaten telefon şirketleri ve diğer telekom sağlayıcıları için kanun uygulaması ile iş birliği konusunda yasal bir yükümlülük vardır. Bununla birlikte, bu iki ülkenin birisinde, karşılaşılan bir engel bulunmaktaydı ki; eğer söz konusu (ilgili) sağlayıcı ülke içinde yerleşime sahip değil ise bahsedilen sağlayıcı işbirliği konusunda zorlanamazdı. Uygulamada, muhtemelen bu yabancı sağlayıcılar büyük bir pazar payına sahip olmadıkları için bu husus büyük bir problem olarak gözüküyordu. Dahası, telekom şirketleri çok dinamik olduğundan, yakın gelecekte bu durum zorunlu olarak değişecektir.

Diğer problem telekomünikasyonun şifrelenmesi ile ilgilidir. Müdahale edilmiş (dinlenmiş) materyalin kullanılabilir yapılmasında, şifrelemenin çözülmesi imkânsız değil ise de zor yapılmaktadır. Her ne kadar şu anda bu durum mütalaa kapsamındaki her üç ülkede de büyük bir problem olarak gözükme de, yakın gelecekte kanun uygulaması için büyük bir engel olacağı genel olarak beklenmektedir. Bazı internet servis sağlayıcılarının daha kolay kullanılabilir şifreleme araçları yapacağına dair belirtiler bulunmaktadır. Aynı zamanda şifrelenmiş mobil telefonların kullanılması, hukuka uygun sınırlanmış iletişimden elde edilebilen bilgi potansiyel olarak azaltır. İlk olarak, özellikle ziyadesiyle karmaşık suç örgütleri bunu deneyeceği ve bu imkândan tam olarak yararlanacağı beklenebilir. Bununla birlikte şifreleme, dünyayı

saran bir gelişmedir ki, sadece bu üç üye ülkenin birisinde devlet şifrelemenin ciddiyetini tanımış ve ilgili iç hukukta hukuk uygulaması ve iş dünyasından partnerleri ile aktif bir müzakereye girişmiştir. Şimdiye kadar bu müzakere, sağlayıcılar için birikmiş data şifreleme anahtarları konusunda yasal yükümlülüğün ele alınmasını başlatmıştır. Bu konuda sahip oldukları bilginin en iyisini sağlayıcılardan tespit etmek yerine alıcının yetkili otoritelere göstermek için açığa çıkaracağı bir bildiri üzerine yerleşen bir çözüm aranmıştır ki talep edilen anahtarlar alıcının (sağlayıcı şirketin) mülkiyetinde değildir.

2.8. Uygulamada Süre ve Uygulamanın Sıklığı

Mütalaa kapsamındaki üye ülkenin her üçünde de, uygulamaların fiili sayıları hususunda sadece mevcut bazı sayılar ve haberleşmelerin sınırlanmasının ortalama süresi bulunmaktadır.

Ülkelerin birisinde, 1998 yılında iletişimin denetlenmesi hususunda her bir milyon ikamet sahibi kişi için yaklaşık olarak 34 emir (sınırlama kararı) vardır. Bu sayının 1999 yılı için yaklaşık olarak %25 artacağı tahmin edilmiştir. Gizli soruşturma metodları ağır ve önemli organize suçlarla mücadele için kullanılmıştır. Olayların bilinmeyen bir miktarında, bir emir (karar) bir kişiden daha fazlasının haberleşmesinin sınırlanmasına atıfta bulunur.

Başka bir ülkede, 1997 yılında telefon dinleme hususunda her bir milyon ikamet sahibi kişi için yaklaşık 4 yetkilendirme vardır. Bu ülkenin başkentinde, son zamanda haberleşmelerin sınırlanmasının yardımıyla en az beş büyük organize suç grubu yok edilmiştir. Telefon dinlemenin ortalama süresi 1,5 ile 2 ay arasında olmaktadır.

Üçüncü üye ülkede ise, sadece başkentteki bir mahkemenin taleplerinin sayısı konusunda istatistiksel bilgiler mevcuttu. Bu mahkeme bir haftada iki ya da üç talebe sahiptir. Ortalama bir hesaplama ile 20 suç ve 10 şüpheli vakalarının çoğunluğunun, organize suç davaları olarak tarif edilir. Süre genellikle 2 ya da 3 ay arasındadır. Tam olarak bu ülke için, her 600 soruşturmanın yaklaşık olarak bir tanesinde özel soruşturma metodlarının kullanılmış olduğu tahmin edilmiştir. Bu, her yıl yaklaşık olarak bir milyon ikamet sahibi kişi için 100 emir düzenlenmiş olduğu anlamına gelir.

2.9. Açıklama ve Düzeltme

Açıklama düzenlenmesi, hedef bir kişi için bu türden tedbirlerin uygulanmaya devam konusundaki böyle bir bilgi temyiz v.b. nihai müracaatın kullanılması için zorunlu bir ön şarttır ki, çok önemli sorunlar meydana getirebilir. Önceki dönemde ve bu türden tedbirlerin uygulanması sırasında hedeflenen kişi kendine yapılan uygulama hakkında bilgilendirilmiş olmamalıdır ki böyle bir bilgilendirme bu tedbirlerin çoğu amacının aleyhine olacağı açıktır. *Hem bu bilgilendirme dosyanın içeriği ile kendisinin normal olarak haberdar edilme hakkı olduğu zaman, hedef kişinin kendisinin dinleme kapsamında olduğunu ya da dinlemeye son verilmiş olduğunu bu tedbirlerin sonunda, yani soruşturmanın tamamlanmasından sonra olabilir.* Bununla birlikte, eğer özel tedbirlerin yardımı ile toplanmış materyaller dosya içerisinde bir delil olarak dâhil edilmiş ise son söylenen konuda bu son durum söz konusu olacaktır. Bu ise, makamların toplanmış materyallerin kullanılmış olup olmamasından ve bir iddianame hazırlanıp hazırlanmamasından bağımsız bir biçimde, bu tedbirlere konu olmuş hedef kişileri bilgilendirme görevine sahip olup olmadıkları hususunda bir sorun olabileceği anlamına gelmektedir.

Mütalaa kapsamındaki ilk ülkede, kanun içerisinde bir açıklama görevi bulunmamaktadır ki hedef kişi, haberleşmelerin sınırlanması ya da bu türden tedbirlere konu olan hedef kişi ne suretle dâhil edildiğini öğrenme imkânına asla sahip olamaz. Burada, haksız bir şekilde telefonu dinlenmiş kişilerin başlı başına bir tazminat hükmü yoktur. Eğer delil dinlemeden elde edilmiş ise, bu dosya içinde olacaktır ki dosya savunmaya açık olacaktır.

İkinci ülkede, bu durum yine kamu telekomünikasyon sistemleri ile iletilmiş bir haberleşmenin sınırlanması ya da gizli izleme olup olmadığına bağlı olarak farklılık arz eder. İlk durumda, kanun kapsamında özel bir mahkeme kurulmuştur ve herkes kendi davasının soruşturulmasında iletişimin denetlenmesine konu olan kişi hususunda başvuru yapabileceğine inanır. Bununla birlikte, bu türden metodların uygulanmasında hedef kişilerin bilgilendirilmesi konusunda bir görev yoktur. *Öte yandan, burada her bir izin olsa da kanun kapsamında, bir kamu telefon sisteminin gizli dinlemesinin uygulanmasının mahkemede açıklanması yasaklanır. Uygulamada bunun yapılması imkânsız değilse de çok zordur,*

toplumun sıradan bir üyesi için olduğu kadar kendi telefon haberleşmesinin haksız yere sınırlanmış (dinlenmiş) olmasından şüphelenen bir sanık da polis hakkında bu bağlamda şikâyete muvaffaktır. Bu aynı zamanda, ceza duruşmasının neticesi için hayati olabilen delilin reddedilmesine yol açar. Bazen büyük suçlulara karşı ağır davalarda, polis tarafından telefon dinlemenin kullanıldığı savunması ortaya çıkmasını engellemek için bile reddedilmiş olabilir. İkinci durumda (yani gizli izleme) da benzer bir görev bulunmamaktadır. Yine bu konuda, bu türden tedbirleri konu olan ya da konu edildiğine inanan kişilerin şikâyeti için özel bir usul vardır. Ek olarak, gizli izleme tedbirlerine yetkili polis görevlileri, onay taleplerini reddeden adli kararlara itiraz edebilirler.

Gizli soruşturma metodlarının kullanılmasının denetlemenin bir yolu da, ulusal raporların yıllık bir prensiple yayınlanmasıdır. Bu üç üye ülkenin sadece bir tanesinde genel bir rapor yayınlama uygulaması vardır. Bu türden raporlar, bu metodların hukuk içinde kalınarak uygulanmış olduğu hususunda umum halkın güvenini muhafaza etmeye yarar.

2.10. Müdahaleden Elde Edilmiş Materyalin Kullanılması

Haberleşmelerin sınırlanması ve gizli izleme uygulanması hakkında can alıcı yasal sorunlardan birisi de, bu türden metodlarla toplanmış olan materyallerin delil değeridir. Bir başka deyişle sorun, işlemin sadece istihbari olarak yapıp yapılmadığı ya da mahkemede delil olarak kullanılabilir olup olmadığına dairdir.

Mütalaa edilen üç ülkenin ikisinde, bu türden materyaller daima mahkemede bir delil olarak kullanılabilir. Bu ülkelerden birisinde, sadece bir yıldan beri gizli soruşturma metodları ile toplanan bilgi duruşma sürecinde delil olarak sunulmuştur. Bu önlem organize suçlular arasında bir şok ortaya çıkarmıştır fakat bu durumun genel olarak daha çok mahkûmiyete yol açacağı dikkate alınmıştır. Buna rağmen şimdiye kadar sadece daha ziyade istisnai olaylarda davaların hesaplanan %2 sinde, bir şüpheli uygulanmış olan gizli soruşturma metodları ile toplanmış materyaller temelinde mahkûm edilmiştir. Bunların çoğu çok ciddi suçlar içeren büyük davalardır. Aynı zamanda izlenen politika-daki bu değişim, her bilginin ya da böyle bir yol ile elde edilen her delil

parçasının mahkemede delil olarak kullanılmış olabileceği anlamına gelmez. Delil olarak kullanma konusunda önemli açık sınırlamalar vardır. Bu duruma klasik bir örnek; A kişisi başlangıçta hedef kişiydi fakat özel soruşturma metodlarının uygulanması ile aynı zamanda delil olarak meydana gelmiş materyaller ile B kişinin bir suç işlediği ortaya çıkmıştır. Bir ülkede, A gizlice dinlenirken, B aleyhine toplanmış materyaller mahkemede delil olarak kullanılamamıştır. Bununla birlikte, söz konusu materyaller sadece B ye karşı özel soruşturma tedbirleri uygulanması için bir dayanak olarak kullanılabilmiştir. Diğer ülkedeki uygulama ile aynıdır. B hakkındaki bu türden bilgiler daha fazla soruşturma gerektiren bilgiler olarak dikkate alınmıştır. Hedef kişinin ilişkilerinden elde edilen açık bilgiler elde edildiği durumda da benzer uygulama yapılır. Örneğin, içtihat hukukuna göre, suç işlemiş A ile onun eşinin yapmış olduğu telefon görüşmesi (A nın kendi telefonu) nin dinlenmesinden elde edilmiş olan bulgu mahkemede delil olarak kullanılamaz. Bu iki ülkenin bir tanesinde aynı zamanda müdahaleden elde edilmiş delilin kullanılmasında başka önemli bir sınırlama vardır ki, bu türden bir delil tek başına delil olamaz. Bir mahkûmiyet için, tamamlayıcı delil materyallerine ihtiyaç duyulmaktadır.

Mütalaa kapsamındaki üçüncü ülkede ise, bu durumda küçük bir farklılık vardır. Burada, kamu telekomünikasyon sistemleri ile iletilen haberleşmelerin sınırlanması ile toplanmış materyal mahkemede delil olarak kullanılamaz, ilgili kanun bunu yasaklamaktadır. Öte yandan, gizli izleme uygulanırken elde edilmiş materyal, hukuka uygun olarak elde edilmiş ise mahkemede delil olarak kullanılabilir. Eğer bu türden metodlar aynı zamanda diğer kişilere karşı delil oluşturursa ki, onun daha önceden şüphelilerle ilgi olduğuna dikkat edilmez ve bu aynı zamanda başka bir davada (olaylara bağlı olarak) delil olarak ya da yeni bir soruşturma başlatılmasında kullanılabilir. Bu türden materyallerin delil olarak kullanılmasında sadece bir sınırlama var ki, o da bulgunun yeni suçun karakterine dâhil olmasıdır. Yani materyal ciddi bir suçun delili ise kullanılabilir, kaldı ki bu gizli suçların hepsinde gizli izleme uygulamasını yapmak mümkündür.

Sınırlamadan elde edilmiş materyallerin açıklanmaması için asıl neden, polisin taktiklerinin ve soruşturma tekniklerinin korunmasıdır. Aynı zamanda bilgilerin kaynağı olarak bilgi verenlerin korunmasına çok büyük önemle dikkat edilmiştir. Bununla birlikte mevcut sistem tutarlı

değildir. Daha öncede söylendiği gibi, gizli izlemeden elde edilen sonuçlar yargılama sırasında delil olarak sunulabilir. Keza haberleşmeye bu şekilde dışarıdan sınırlama uygulanabilir ki gerçekte bu çoğu zaman olmuştur. Mevcut uygulamada bu ülkenin, soruşturma ekibinin bütün üyelerine sınırlama uygulanmasını açıklamaması, ancak sadece gerçekten bilmesi gerekenlere açıklanması bütün olarak ekibin performansının daha az elverişli olmasına yol açmış olabilir.

Genellikle, özel soruşturma metodları aynı zamanda suç sorunları kapsamında var olan anlaşmaların temelinde uluslararası amaçların beraberliğinde uygulanmış olabilir. Üye ülkelerin birisinde, bir kamu telekomünikasyon sisteminden kaynaklanan hususi bir durum ortaya çıkar ki, yabancı bir ülkede o ülkenin kanunlarına uygun bir biçimde elde edilen dinleme, bir ceza davası sürecinde bu ülkede delil olarak kullanılabilir fakat elde edilmiş materyalin aynı türü ülkenin kendisinde elde edildiğinde kullanılamaz. İzleme ile ilgili ve sınır ötesi izleme genel bir uygulamadır; tertip edilen bir uzak izleme kullanıldığı zaman, örneğin bir şüpheli araca eklenmiş olması ya da geminin izleme altında olması durumunda, alakadar diğer ülke/lerin otoritelerine haber verilir. İzleme timleri, kendilerinin yasal sınırlarını geçemez. Bazı olaylarda sınırın öte yakasındaki otoritelerden izleme asistanı talep edilmiştir. Kısmen uzun bürokratik usullerden kaynaklanan gecikme (beklenen) nedeniyle bu pek sıklıkla meydana gelmez.

Gizli dinlemenin ve diğer gizli soruşturma metodlarının etkililiği hakkında, bu en iyi uygulama mütalaası sırasında görüşme yapılan kişiler arasında bu metodların organize suçlara karşı mücadelede çok yardımcı olduğu konusunda genel bir uzlaşma vardır. Burada olayların çoğunda diğer fiilen imkânlar ile zanlılara karşı toplanan (yeterli) delil ya da alternatifler genel olarak çok tehlikeli (örneğin, polisin içeri sızan ajanlarının kullanılması) biçimde saptırılmıştır. Dahası çoğu davada, iletişimin denetlenmesi ve gizli izleme diğer daha az gizli soruşturma teknikleri ile birleştirilmiştir. Bu durum, gizli metodların kullanılmasının etkililiği konusunda bilimsel bir hareket tarzı tesis edilmesini çok zorlaştırmaktadır. Çoğu davada iletişimin denetlenmesinden elde edilen materyal, yakalanan kişinin sorgulanması için dayanak oluşturur. Aslında polis, grupların suç eylemleri ve üyelerinin her birinin ilgililiği hakkında daima çok şey bilir ki, hiç şüphesiz bu durum, şüphelilerin gönüllülükle itiraf etmesine katkıda bulunur.

Böyle bir olayda, genellikle gizli elde edilmiş (sınırlanmış) materyal bulunmaz fakat itiraf mahkemesinde delil olarak kullanılabilir. Bundan ötürü, ilk önce iletişimin denetlenmesi ya da gizli izleme tedbiri uygulanarak bilgi toplanmış mağdurların sayısını tahmin etmek mümkün değildir. Bununla birlikte, bu türden materyalin devam eden soruşturmalarda çok sıklıkla doğrudan kullanılmış olduğu açıktır. Bunun yanında, bu materyal bazen suç örgütlerinin eylemlerini bozmak için kullanılmaktadır. Bu mütalası kapsamında görüşülen üç ülkenin simgelediği, üzerinde iştirak edilmiş ortak görüş; gizli soruşturma metodlarının organize suçlarla mücadelede vazgeçilemez olduğudur. Onların bir tanesi, kanunsuz hareketleri ele alan düzenlemelerdeki öteki şeyler arasında bu metodların önem kazandığını beyan etmiştir.

2.11. İlgili Soruşturma Metodları

İletişimin denetlenmesi ve izleme çok gizli soruşturma metodları içerisinde özel yerlerde, hukuk uygulayıcı görevliler ilk önce daha az gizli tedbirlerin uygulanmasını göz önünde tutarlar. Sonuç olarak daha az gizli tedbirler daha sıklıkla, özellikle bir soruşturmanın ilk evresinde kullanılmıştır. Mütalaa altındaki üç ülkenin ikisinde⁸, ilgili iki metod daha sıklıkla soruşturmanın en sonunda haberleşme trafiği⁹ üzerinde bilginin toplanmasında kullanılmıştır ki o, hedef kişiyi içine alan ve umumi yerlerde sistematik “24 saat durmaksızın” izlemedir (elektronik aygıtların yardımıyla ya da gizli izlemeyle ya da gizli izleme olmadan). Bu metodlar, organize suç kapsamında şüpheli hedef kişinin yaşam stili ve kişisel bağları, hareketlerinin iç yüzünü kapsamlı olarak öğrenmek bakımından elverişlidir. Sıklıkla bu tedbirlerin uygulanmasının (ilk) sonucu, hedef kişi ve bazı olaylarda aynı zamanda hedef kişinin görünen arkadaşları için iletişimin denetlenmesi için zorunlu onay alınmış olmasıdır. Aslında çoğu ciddi suçlu bu günlerde oldukça bilinçli gözetleme ve çeşitli güvenlik önlemleri almaktadır; şüpheliyi mahkemeye getirmek ve ona mahkûmiyet yüklemeye yeterli delil toplamak için sıklıkla daha gizli metodların uygulanması gerekmektedir.

⁸ Mütalaa süresince biz üç üye ülkede bu gizli metodların kullanıldığı durum hakkında iyi bir görüşe sahip olmadık.

⁹ Bu bilgi genellikle telefon görüşmesi ya da çağrılar (sonuçta telefon bağlantısı kurulmamış olsa bile) ve başlangıcı, sona ermesi ve bağlantının süresi hakkında bilgi içerir

Mütalaa kapsamındaki üç ülkenin ikisinde, yukarıda bahsedilen gerekli iki metodun uygulanması için adli onay yoktur. Bir üye ülkede savcı, haberleşme trafiğinin gözetimini onaylar. Diğer bir tanesinde, kıdemli bir polis memurunun kararı yeterlidir. Üçüncü ülkede kamusal alanda olsa bile, şüphelinin izlenmesinin yanında haberleşme trafiği konusunda bilgi toplama için de bir hâkimin olumlu kararı gereklidir.

Her üç ülkede saklıkla uygulanmış olan başka bir soruşturma metodu ise muhbir/jurnalci kullanılmasıdır. Bu çapta kullanılan metod için üç ülkenin hiç birinde adli onaya gerek yoktur. Bu mütalaa, izleme ve iletişimin denetlenmesi üzerine odaklandığından, bu konu burada daha fazla işlenmemiştir.

Bazen istihbarat ya da delil, gizli olarak çalışan ve “kablosuz” bir kayıt edici ya da iletim vasıtası ya da bir şüpheli ile konuşmalarını film alan polis memurları tarafından toplanmıştır. Mütalaa kapsamındaki üç ülkenin ikisinde, bu türden gizli memurların kullanılması kanunda düzenlenmiştir ve bu türden özel ifadelerin kaydedilmesinde esasen adli onay bulunmaksızın müsaade edilmiştir. Bununla birlikte, bu ülkelerin birisinde, özel bir konut içerisindeki görüşmelerin kaydedilmesi için bir hâkim tarafından izin verilmesi gerekir. Diğer üye ülkede ise kıdemli polis memurunun onay vermesi yeterli olur. Aynı kurallar, bu durumlarda video kaydında yapılmasında da uygulanır.

Gizli görevlinin rolü hakkında üye üç ülkenin düzenlemelerinde farklılık bulunmaktadır. *Genel olarak, provake olmadıkça ya da bir suç işlemeye teşvik edilmedikçe her üç ülkede de şüphelinin aldatılmasına izin verildiği gözükmektedir.* Gizli polis görevlisinin kendisinin bir suç işleyip işleyemeyeceği sorusu her üç ülkede de farklı bir şekilde cevaplanmıştır. Bununla birlikte, bu özel düzenleme hakkında detaylar sağlanması bu çalışmanın kapsamının ötesine geçer.

Son bir soruşturma metodu, kanunun uygulanması ile “storefront metodunun”¹⁰ kullanılması bakımından tartışılmıştır. Bazı firmalar, suç

¹⁰ Storefront: Halk içerisinde gönüllü kimselerin polise bilgi verdiği bir bilgi toplama biçimidir. Bu uygulama, toplumun yoğun olduğu yerlerde, ev ve işyerleri yakınında açılmış olan polis merkezlerinin gönüllü kimselerden topladıkları (veya gönüllü kimselerin ilettikleri) bilgilerin değerlendirilmesi ile suçlunun yakalanması veya suçun ortaya çıkarılması şeklinde ortaya çıkan bir bilgi toplama-önleyici polislik metodudur. Bu yönü itibarıyla bu metod, bir tür toplum destekli polislik görünümündedir. (Çev. Notu)

grupları için imkânlarını sunabilirler, çalınmış eşyaların perdelenmesi veya taşınması ya da kanun dışı uyuşturucuların depolanması türünden yardım, suç gelirlerinin aklanmasına yardım gibidir. Bu metod ile daha önce tartışılmış olanlar arasındaki fark, “storefront”ların özel bir soruşturmanın tertibinde yerleştirilmesine ihtiyaç duyulmamasıdır ki, ancak suç kardeşliği içinde genel olarak imkanlar sağlanabilir. Bu metod bazen, masum insanların kapana düşmesi riskinden dolayı eleştirilmiştir. Uygulamada, mütalaa kapsamındaki üç üye ülkenin bir tanesinde, ikinci el eşya dükkânının faaliyet göstermesi adli onaylama iledir ki özünde bir “perdeleme” işi yapar görünmüştür. Gizli görevlinin duruşu, kesin sınırlamalarda “anlaşmalı katiller” olarak kabul edilmiş olsa da, var olan en önemli şey gizli görevlinin refakatinde bir suça teşvik edilmemiş olmasıdır. Başka bir üye devlette, kanun açık bir şekilde izin verir ki, polis suç failinin açığa çıkması ya da delilinin ortaya çıkarılması hususunda yaralanma ya da sağlık üzerinde zarara sebep olmamak şartıyla bir tuzak uygulayabilir. Bu metodun uygulanması hususunda, her ne kadar uygulamada mağaza önü metodu polis tarafından kullanılabilir gözükse de, mütalaa kapsamındaki üçüncü ülkedeki yasal durum açık değildir.

3. Kanaatler ve Öneriler

3.1. Kanaatler

Ziyaret edilen her üç ülkede de, organize suçlar son on yıl içinde belirli bir şekilde artış göstermiştir. Devletler organize suçları, bir suç olarak mütalaa eder ve onun bastırılması gündemin en üst sıralarını işgal etmektedir.

Organize suç gruplarının faaliyetlerinin tipine özgü olarak çok sayıda kişinin iştiraki ile oluşur ve yasadışı eylemler sadece belli bir zamanda değil süregelen bir zaman dilimi içerisinde farklı yerlerde cereyan eder. Çoğu suç olaylarında, örneğin yasadışı uyuşturucu ticareti, yasadışı insan ya da silah ticareti, her bir adli delil güçlükle araştırılıp bulunabilir. Bunlar, “mağdursuz” ve aynı zamanda sıklıkla “tanıksız” suçlardır, bu türden bulgular çok seyrek olarak polise ihbar edilmiştir. Bu yüzden, geleneksel soruşturma metodları ve teknikleri her zaman başarılı değildir. Kanun uygulaması, geleneksel olmayan

bu soruşturma metodlarının uygulamaya konulmasıyla etkili bir biçimde bu suç tiplerini kovuşturabilir ve meydana çıkarabilir.

Son beş yıl içinde, ziyaret edilen üye devletler, suç örgütleri ile mücadelenin, modern teknik davranışlarının büyük bir çoğunluğunun kullanılması vasıtasıyla kontrollü olarak tevzi edilmiş gizli polislik ve iletişimin denetlenmesi gibi gizli metodları içeren yeni soruşturma metodlarını gerektirdiği kanaatine sahip olmuştur. Her üç ülkede de organize suç, suç soruşturması yönüyle değişmiştir. Organize suç mücadelesinde, soruşturma metodları ve öteki tedbirlerle ilgili çoğu yeni kanun son dönemde yürürlüğe girmiştir. Bilgi toplanması için yeni yasal metodların uygulanması ekonomik niteliği ve teknik olumsuzluklar ile engellenmiş ya da geciktirilmiştir. Yeni mevzuatın karmaşıklığı, icra edilen toplum içerisinde onun yorumlanması ve bazen de uygulamada çok sınırlı bir şekilde kullanılması tartışmalara yol açar. Sonuç olarak, genelde gizli soruşturma metodları ile deneyim hala sınırlıdır. Bununla birlikte, çalışmanın temelinde Avrupa Konseyi üyesi üç ülke (ve literatür bir araya getirildi ve incelendi) ziyareti, deneysel bilgi eksikliğinden ortaya çıkan bazı tereddütlerle birlikte, biz özellikle iletişimin denetlenmesi ve gizli izlemenin organize suç mücadelesinde, bilhassa uluslararası faaliyet gösteren organize suç gruplarına karşı yöneltilmiş soruşturmalarda, onların karmaşık suç aktivitelerini organize etmek için telekomünikasyona başvurmalarının oldukça etkili gözüktüğü konusunda bir sonuca ulaşabiliriz. Kanun uygulayıcı görevliler, uluslararası suçların yapılarındaki bu zayıflıktan, bu türden grupların üyeleri arasındaki iletişimin denetlenmesi (özel telefon görüşmeleri) metodu ile etkili bir biçimde yararlanmaktadır

Bununla birlikte, gizli polis metodlarının kullanılması aynı zamanda büyük bir risk ile birleşiktir.¹¹ Hukuk uygulayıcı memurlar, suç örgütleri mücadelesinde vatandaşların bireysel özgürlüklerine ve yaşamlarına en az müdahale ile görevlerini yerine getirmelidir. Demokratik bir toplum, adalete önemli bir ağırlık verir ve “sonuç, aracı aklar” fikrini reddeder. Bu yüzden, gizli soruşturma metodlarının kullanılması geleneksel polis metodlarından daha önemli makul sebep-

¹¹ Ayrıntı için bkz. G.T. Marx: Gizli Ajan: Güvenlik için bazı uygulamalar. C. Fijnaut & G.T. Marx: Gizli Ajan. Mukayeseli perspektif içerisinde polis izlemeleri. Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1995.

lere ihtiyaç duyar. İkincillik, ölçülülük ve karşılıklı çatışma riski gibi kavramlar, gizli soruşturma metodlarının kullanılmasında yetkilendirme sürecinde göz önüne alınmış olmalıdır. Ayrıntılı olarak hazırlanmış yasal denetimler üzerinde ve gizli operasyonların savcılık ve adli otoriteler tarafından sınırlı denetimi esastır. Bu mütalaa çalışması sürecinde ziyaret edilmiş olan ülkelerde, yukarıda sözü edilen kural-lar, gizli soruşturma metodlarının hepsinde olmasa da, çoğu yetkilendirme süreci içerisinde rol almıştır. Bununla birlikte, gizli soruşturma tekniklerinin kullanılması üzerinde kontrol, soruşturma aktivitelerinin kaydının yapılması ve denetleyici (adli) otoriteler tarafından bu kayıtlar talep edildiğinde derhal kullanılabilir olmasıyla mümkündür.

Uluslararası suç örgütlerinin karmaşıklaşmış haberleşme teknikleri kullanması gittikçe artmaktadır. Bu suç örgütleri, ulusal sınırlar arasında kolay haberleşme gerçekleştirilmede kanalların çok büyük bir çeşitliliğini (sabit ve hareketli telefonlar, çağrı cihazları, e-mail vb.) kullanmaktadır. Haberleşme (potansiyel) kanallarının büyük çoğunluğu, şimdiden kanun uygulaması aşamasında iletişimin denetlenmesi bakımından sıkıntılara neden olmaktadır. Şu anda çok az olayda gözlenen şifreleme kullanımı, yakın gelecekte daha karmaşık olacak olan bu yapı, potansiyel olarak en tehlikeli suç gruplarının üyeleri arasında haberleşmenin denetlenmesi imkânına ciddi bir biçimde engel olacaktır.

3.2. Öneriler

1. En önemli özel soruşturma metodları olmalarına rağmen, iletişimin denetlenmesi ve gizli izleme metodları, mütalaa kapsamındaki her üç ülkede de uygulanabilir olsa da, gizli soruşturma metodlarına müsaade edilen suç türleri içerisinde çok büyük farklılıklar vardır ki, yetkilendirmeye karar verebilecek kurumlar ve yetkilendirme prosedürü içindeki parametreler göz önüne alınmış olmalıdır.

2. Organize suçun tipik özelliklerinden birisi de onun uluslararası karakteridir ve gizli soruşturma metodları genel olarak geleneksel polis metodları ile kıyaslandığında suçun bu türü ile daha etkili mücadele eden bu metodlara ilişkin yasal şartların uyumlulaştırılması önemlidir. Gizli soruşturma metodları, bir ya da daha fazla kişinin suç işlediğine inanmak için makul sebep olduğu zaman en sonunda uygulanabilecek prensip olmalıdır. Yetkilendirme işleyişi içerisinde, öteki

sorunların yanında, normal soruşturma metodlarına girilmiş ve fakat başarısız olması ya da muhtemelen başarısız gözükmeye dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, özel haberleşmelerin ortaya çıkarılması suretiyle planlanan gizli izleme ya da iletişimin denetlenmesi vasıtasıyla özel delil ortaya çıkarılabileceğine kanaat getirmek için makul sebep dikkate alınmış olmalıdır.

3. Bu en iyi uygulama mütalaasında, çoğu özel soruşturma metodlarıyla karşılaşmıştır ki bu metodlar, resmi bir kanun (statü) içinde tanımlanmamıştır. Bu durum, bu metodların hukuka uygunluğu sorununu gündeme getirir. Örneğin, sistematik izleme için şüphelinin kamusal yerlerdeki hareketleri uzunca bir süre sistematik izlemeye alma ve haberleşme trafiğinin denetlenmesi. Bu metodlar, bireylerin sahip olduğu özel hayatı içerisine müdahalede saygılı olmalı ve bu yüzden kanun tarafından düzenlenmiş olmalıdır. Bununla birlikte, bu metodlar sadece belirtilen yasal amaçlara ulaşmak için uygulanmış olmalı ve bu amaçlar gerçekleştirmek için gerekli ve ölçülü olmalıdır.

4. Kişisel özgürlüklerin muhafazası için, devletler gizli soruşturma metodları kapsamındaki bütün hukuk uygulayıcı kişiler için rehberler yayınlamalı ve kesin ve açık olarak anlatmalıdır ki onların içerisinde etik standartlar, yetkilendirme prosedürleri, kayıt altına alma kuralları, şikâyet prosedürleri ve hukuk uygulamasının bu türden metodları uygulamaya giriştiğinde ortaya çıkan sonuçlar ve diğer rehber ilkeler açık bir dil ile tanımlanmalıdır.

5. Devletler, ülkede faaliyet gösteren bütün telekomünikasyon sağlayıcıları için, bu ülkenin kanunu uygulayan kişiler adına haberleşmelerin sınırlandırılmasına müsaade etmek için gerekli teknik altyapıyı tesis etmek konusunda yasal bir yükümlülük düzenlemelidir.

6. Devletler, ülke sınırları içerisinde ülkeden dışarıya ve dış sınırlardan içeriye ulaşan iletişimin denetlenmesi konusunda diğer üye ülke otoritelerinden gelen adli talepler konusunda yardımcı olmalıdır.

7. Devletler, telekomünikasyonun şifrelenmesi ve şifrelenmiş telekomünikasyona düzenlenmiş meşru bir talep olarak kanun uygulamasının erişilebilirliğini artırmak için uluslararası standartlar tesis etmeli ve çalışmalıdır.

8. Devletler, özel soruşturma tekniklerinin kullanılması konusunda, bağımsız bir yüksek otorite tarafından bu türden metodların kul-

lanılması üzerine, ulusal bir rapor sistemi meydana getirmeli, yıllık raporlar yayınlamalıdır.

9. Hukuk uygulayıcı kişiler tarafından meşru iletişimin denetlenmesi uygulaması, kasıt bulunmaksızın üçten daha fazla olan bir uygulama usulü yasaklanmalıdır. Yoğun bürokrasiden kaçınılmalı ya da büroksi ortadan kaldırılmış olmalıdır. Genel olarak, iki defa uygulama prosedürü (hiyerarşik seviye içerisinde) içerecek şekilde yeterli olmalı.

10. Bununla birlikte esas itibariyle suç örgütleriyle mücadelede, ulusal güvenlik birimleri ve hukuk uygulayıcı kişiler arasında uyum artışı verimli olabilir fakat güvenlik birimleri tarafından (bu birimler, bir yandan, gizli soruşturma teknikleri kullanma konusunda polisten daha fazla yetkilere sahip fakat öte yandan kaynakların, metodların ve aktivitelerinin gizli tutulması ile ne yetkilendirilmiş ne de adli otoriteler tarafından denetlenmiştir) potansiyel gayri meşru suç delilini toplaması konusunda ilave tedbirler alınmalıdır.

11. Genel olarak ulusal yasalar, hukuka uygun olarak sınırlanmış materyallerin (ve gizli soruşturma teknikleri vasıtasıyla toplanmış olan öteki materyalleri) mahkemede delil olarak kullanılmasını yasaklamamalıdır. Gerektiğinde savcı bu delillere ihtiyaç olup olmadığına, olayın önemi, ilgili olmayan gizli soruşturma tekniklerinin dışında geriye kalan mevcut diğer delilleri dikkate alarak karar vermelidir.

12. Organize suçlarla mücadelede, kanun uygulayıcı görevliler izleme (kamusal yerler içinde gizlilikle kombine bir şekilde) ve *haberleşme trafiğinin izlenmesi*¹² tedbirini mümkün olduğu kadar sık kullanmalıdır. Çünkü bu metotlar görüşmelerin sınırlanmasından daha az müdahale edicidir. Uygun olduğu durumlarda, kanun icrası, kısa bir sürede içinde maksimum neticeleri elde etmek ve şüpheli ve şüpheli ile birlikte onun çevresinde bulunan kişilerin özel yaşamı içine en az (süre) müdahale için soruşturma metodlarının bir kombinasyonu uygulanmalıdır. Bu metod, aynı zamanda suç örgütleri tarafından ortaya konulan karşı tedbirler (tıpkı kodlanmış haberleşmelerin kullanılması ve karşı izleme) konusunda da kullanışlıdır.

13. Hukuk uygulamasında, haberleşmelerin sınırlanması kapsa-

¹² Haberleşme trafiğinin izlenmesi ile kastedilen, haberleşmeye ilişkin, yer, görüşme saati, süresi vs. gibi dataların toplanmasıdır.

mında, bazı suçluların (özellikle organize ve tecrübeli) sıklıkla araç değiştirmesine cevap verebilmek için yeteri derecede esnek formüle edilmiş başvuru/onaylara izin verilmelidir. Bu gerekçe için, iletişimin denetlenmesi konusunda başvuru ve izinlerin belirli, şüphelilerin kimlikleri ve farklı şekillerde ve kanallarda mekân izinleri ve şüpheli kişilerin kullanabileceği özel haberleşme araçları tavsiye olunmalıdır. Bununla birlikte, kamu telefonları ve diğer haberleşme araçları için bir istisna oluşturulmalıdır. Bu türden araçlar vasıtasıyla iletişimin denetlenmesi onayı düzenlenmesi için talep gerekli kılınmalıdır.

14. İnsan hakları üzerine potansiyel zararlarından ötürü, özellikle özel yaşama saygı hakkı basta olmak üzere, gizli soruşturma metodlarının kullanılmasında, uygulamadan önce (a priori) ve uygulamadan sonra (makale şamil- ex post facto) geniş kapsamlı bir denetim icra etmek için adli ya da diğer bağımsız yüksek otoriteler yetkilendirilmiş olmalıdır. Her zaman, toplanmış delillerin ele geçirilme yollarının hukuka uygunluğunu, savunma ya da bağımsız bir otorite tarafından (örneğin bir yargıç) kontrol etmek yasal bir imkân olmalıdır.

15. Ulusal kanunlar, bir suça hazırlanan ya da söz konusu işlenmiş suçun şüphelisi olmayan kişiler arasındaki sınırlanmış haberleşmenin mümkün olan en kısa sürede yok edilmesi, her halükarda kayıt edilmesinden itibaren 10 gün içinde silinmesi için hukuk uygulayıcı (ya da kapsam içindeki diğer otoritelere) organları yükümlü kılmalıdır.

16. Gizli soruşturma metodlarının uygulanması ile haklarının ihlal edildiğini hisseden kişilerin, hukuk organları ya da diğer adli görevlilerden önce genel bir düzeltme istemesi mümkün olmalıdır. Bu organlar söz konusu metodun/ların bu olayda uygulanmış olduğuna ve bunun yasal yetki içerisinde ya da kapsam içindeki hukuk uygulama otoritelerinin yetkileri içerisinde olup olmadığına ve hukuka uygun olup olmadığına karar verebilmelidir. Adli şahıs, kişilerin haklarına usulsüz bir taciz olup olmadığına ya da tedbir uygulanan kişi hakkında takdir hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı karar verme hakkına sahip olmalıdır. Bu adli bir şahıs tarafından tesis edilmelidir, bu adli şahıs uygun müeyyideleri uygulayabilmelidir.

17. Özel soruşturma metodlarının kullanımını düzenleyen ulusal hukuk, sınırlamalar ve diğer tedbirler için uzatmaların sayısını sınırlandırmalı, bununla birlikte uzatma işlemi, bir hâkim ya da baş-

ka bağımsız bir otoritenin, diğerlerine ilaveten ölçülülük ve ikincilik ilkelerinin ışığında her uzatmanın gerekliliğini kontrol etme koşulu içermelidir.

18. Devletler, kanun uygulayıcılara; alanlar, kanallar ya da teknik araçlarla sınırlanmayacak şekilde ülkenin her yerinde telekomünikasyonun sınırlanmasına müsaade eden gerekli imkânları (örneğin mobil telefon) temin etmelidir.

19. Devletler, sınırlanmış haberleşmelerin hepsinin, ehil ve yürütülen soruşturma ile ilgili yargıç tarafından yetkilendirilmiş görevliler tarafından dinlendiğinden emin olmalıdır.

20. Devletler, organize suç gruplarına yönelik soruşturmalarda, soruşturma içeriğinin niteliği ve güvenilirliğinin temin edildiğinden ve düzenli olarak denetlendiğinden emin olmalıdır.

21. Devletler, uluslararası organize suçların davalarında sınırlanmış (müdahaleden elde edilmiş) konuşmaların soruşturma takımının talebi üzerine kolayca kullanılabilir şekilde yabancı bir dile aynı anda çevrilmesi için kolaylaştırıcı ön şart koymalıdır.

22. Hukuk uygulayıcı kişiler, gizli soruşturma metodlarının gerçekleştirilmesi ile toplanmış olan materyalleri, yargılama tamamlanmaya ya da içerdiği konu/ların cezai soruşturma dışında olduğuna dair bir durumu tespit eden hüküm verilinceye kadar güvenli bir yerde muhafaza etmekle yükümlü kılınmalıdır. Bu durum, duruşma hâkimine iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen ve diğer toplanmış materyallerin içeriğinden, ses ve video kayıtlarının hangisinin olduğunu ya da olmadığını anlama ve hangi materyalleri savunmaya açıklanması gerektiği konusunda karar verme imkânını sağlar.

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN
SÖZLEŞMEDEN DÖNME SONUCUNDA
ORTAYA ÇIKAN İADE TALEPLERİNİN HUKUKİ
NİTELİĞİNE ve TÂBİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI
SÜRESİNE İLİŞKİN 16.5.1988 TARİHLİ KARARI***
THE DECISION OF THE SWISS FEDERAL COURT DATED 16.5.1988
REGARDING THE NATURE AND THE STATUTE OF LIMITATIONS
OF THE DUTIES OF RESTITUTION IN CASE OF RESCISSION OF
THE CONTRACT

Çev. Leyla Müjde KURT**

Özet : Alacaklı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden döndüğünde, sözleşme hiç kurulmamış gibi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz; sadece içeriği değişir ve tasfiye amacına yönelir. Tarafların daha önce ifa etmiş oldukları edimlere ilişkin iade taleplerinin kaynağı dönülen sözleşmeseldir. İade talepleri sözleşmesel talepler olduklarından, İBK m.127'deki on yıllık zamanaşımı süresine tâbidirler.

Anahtar Sözcükler : Borçlu temerrüdü, sözleşmeden dönme, iade borçları, zamanaşımı, tasfiye.

Abstract : When the creditor rescinds a synallagmatic contract as a result of mora debitoris, the contract does not cease to exist from the beginning as if it had never been formed; it continues to exist with a different content aiming the liquidation. The source of the duties of restitution of performances already rendered is the rescinded contract. As the duties of restitution are contractual in nature, ten-year contractual statute of limitations (art. 127 CO) is to be applied to restitutionary obligations.

Keywords: Mora debitoris, rescission of the contract, duties of restitution, statute of limitations, liquidation.

* İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 16 Mayıs 1988 tarihli kararı. BGE 114 (1988) II s. 152-159. Bu çeviri bilimsel incelemeden geçmiştir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi.

İBK m. 109 ve m. 127. Sözleşmeden Dönme, Taleplerin Zamanaşımı.

Bir taraf diğer tarafın temerrüde düşmesi sebebiyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden dönerse, onun sadece tazminat alacağı değil, ifa edilmiş olan edimlerin iadesine ilişkin talebi de on yılda zamanaşımına uğrar.

A. A. Firması, 1980'de Luzern'de, Tahran'da iş adamı olan X. ile teslim etmeyi taahhüt ettiği binlerce ton soğuk haddelenmiş ve galvanizli sacın satışı konusunda anlaşmıştır. İran'daki politik gelişmeler ve bu ülkede döviz ihracına ve emtia ithaline ilişkin alınan kısıtlayıcı tedbirler sözleşmenin ifasını zorlaştırmıştır. Buna satıcıdan ve onun tedarikçilerinden kaynaklanan gecikmeler de eklenmiştir.

X. 16 Şubat 1981 tarihli yazı ile sözleşmeden dönmüştür. Sonuçta X., A. Firmasına karşı sahip olduğu talepleri, bunları kendisi 29 Haziran 1984'te Luzern'deki B. Firmasına temlik edecek olan İranlı bir fabrikatöre temlik etmiştir.

B. 22 Kasım 1985'te B. Firması, Luzern şehri Asliye Mahkemesi'nde, A. Firmasına karşı 4 303 332.45 DM ve değişik vade tarihlerinden itibaren % 12 faiz ödenmesine ilişkin olarak dava açmıştır. B. Firması bununla birlikte satıcıdan ifa edilmiş olan edimlerin iadesini ve buna ek olarak tazminat talep etmiştir. Davalı alıcının talebinin zamanaşımına uğradığını ileri sürmüş ve Asliye Mahkemesi'nden davanın bu sebeple reddini talep etmiştir.

20 Haziran 1986'da Asliye Mahkemesi zamanaşımı def'ini reddetmiş ve davayı kabul etmiştir. Davalının üst merciye başvurusu üzerine, Luzern Kanton Mahkemesi, 13 Ekim 1987'de Asliye Mahkemesi ile aynı yönde karar vermiştir.

C. Davalı, Kanton Mahkemesi'nin kararına karşı, zamanaşımı def'ine dayanarak temyize başvurmuştur.

Federal Mahkeme temyizi reddeder ve temyiz edilen kararı onaylar.

Gerekçelerden:

2. Davacı dava dilekçesinde taleplerine gerekçe olarak, alıcının satıcının temerrüdü sebebiyle İBK m. 107 f. 2'ye göre sözleşmeden döndüğünü, böyle olunca İBK m. 109 f. 1 ve f. 2'ye göre ifa edilen edimlerin

iadesini talep edebileceğini, diğer edimleri ifa etmekten kaçınabileceğini ve satıcının kusurlu olması halinde tazminat talep edebileceğini göstermiştir. Her ne kadar davacı iade edimlerine ilişkin olarak 5 048 426 DM ve 2 303 506.45 DM tazminat, yani toplamda 7 351 932.45 DM.1, bundan - X.in kendi yararına bir satıştan (Selbsthilfeverkauf) elde ettiği satış bedeli olarak - 3 048 600 DM çıkararak talep etse de, davalı temyiz dilekçesinde baştan sona sadece İBK m. 109 f. 1'deki iade taleplerinden söz etmiştir.

a) Kanton Mahkemesi'ne göre, böyle bir durumda sadece iade talebi değil, tazminat talebi de İBK m. 127'deki on yıllık genel zamanaşımı süresine tâbidir. Bunlardan biri de öteki gibi borçlunun sözleşmeye aykırı davranışına dayandığından dolayı, sözleşmenin ihlâline ilişkin prensipler uygulanmalıdır. Bu, ifa edilmiş olan edimlerin artık mevcut olup olmadığına, sebepsiz zenginleşme unsurları da içerip içermediğine bakılmaksızın iade talebi için de geçerlidir. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kanunî düzenlemelere ancak tazminat talebinin hesaplanmasında başvurulabilir. Zamanaşımına ilişkin karar kanununun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin mübadelesi tehlikeye düştüğünde, tarafların ortak menfaatlerinin korunması için öngördüğü hukuk kuralları sistemine uygun olarak verilmelidir. Bundan, İBK m. 109'a dayalı tüm taleplerin sözleşmesel ilişkilerden doğduğu, bunun sonucu olarak da sözleşmesel nitelikte olduğu anlaşılır. Davacı da aynı görüştedir. Ayrıca bu görüş, İBK m. 109'a dayalı tüm taleplerin aynı zamanaşımı süresine tâbi tutulması gerektiğine ilişkin BGE 60 II 27 vd. ile de uyumludur.

Davalı bunun aksine İBK m. 109 f. 1'e dayalı iade taleplerinin de zamanaşımı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi tutulması gerektiğini savunmaktadır. Davalı temel olarak Spiro'ya (Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I §§ 295 vd.) dayanmaktadır. Bu yazara göre, İBK m. 109 f. 1'e göre ifa edilen edimlerin iadesi talebi, sadece İBK m. 62 f. 2'deki sebepsiz zenginleşme davasının uygulandığı durumlardan biridir; bu yüzden de İBK m. 67'deki bir yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Davalı, sadece doktrindeki farklı görüşleri değil, yeknesak temel düşüncelerden yoksun bulunan ve bundan dolayı sonuçta desteklenemeyecek olan İBK m. 109'a ilişkin yargı içtihadını da eleştirmektedir. Özellikle İBK m. 109 f. 1 uyarınca iade talebi ile İBK m. 119 f. 2'ye

göre iade talebinin farklı biçimde ele alınması akla yakın değildir. İBK m.119 f. 2'de de iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler söz konusudur ve açıkça sebepsiz zenginleşmeye ilişkin sorumluluktan söz edilmektedir. İBK m. 67'deki bir yıllık zamanaşımının uygulanması, alacaklının korunması bakış açısı altında da rahatlıkla zamanaşımına ilişkin kanunî sistem içine yerleştirilebilir.

b) Davalı tarafından eleştirilen yargı içtihadı, 1934 tarihli bir karara kadar geriye uzanmaktadır. Bu kararda Federal Mahkeme, ifa edilen edimin İBK m. 109 f. 1'e göre iadesi talebini, bu hükmün 2. fıkrasındaki tazminat talebinin tâbi olduğu zamanaşımı ile aynı, yani on yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutmuştur. Federal Mahkeme, ifa edilmiş edimin sözleşmeden dönüldükten sonra İBK m. 62 f. 2 anlamında sebepsiz bir iktisap teşkil ettiğine, ancak bunun iade talebinin kanunen bağımsız yapısını değiştirmedişine hükmetmiştir. İBK m. 109'dan kaynaklanan taleplerin neden farklı zamanaşımı sürelerine tâbi olmaları gerektiği, biri sözleşmesel kabul edildiği halde diğerinin edilmediği anlaşılır değildir. Kaldı ki, her iki talep de sözleşmenin karşı tarafının yükümlülüklerini kararlaştırıldığı gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

(Dönülen) borç sözleşmesi, halen o ana kadarki etkilerini ortadan kaldırma gücünü bulundurmaktadır (BGE 60 II 27 vd.). Bu anlayış BGE 61 II 256/57'nin de temelini teşkil etmektedir; BGE 63 II 258'de teyit edilmiştir ve o zamandan beri Federal Mahkeme'nin bu meseleye geri dönmeye ihtiyaç duymamıştır.

Doktrinin büyük çoğunluğu yukarıda değinilen yargı içtihadını ayrıntılı bir gerekçe olarak göstermeksizin kabul etmiş veya sadece kararlara atıf yapmakla yetinmiştir (Becker, N. 4 zu Art. 109 OR; von Büren, OR Allg. Teil s. 380 dn. 82; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, s. 494/95; von Tuhr/Peter, OR Allg. Teil I. 493/94, Guhl/Merz/Kummer, OR 7. Bası s. 228; Keller/Schauvelberger, *Das Schweizerische Schuldrecht*, Bd. III s. 10 vd.). Diğer yazarlar iade talepleri için de on yıllık zamanaşımının uygulanmasını açıkça onaylamaktadırlar (Bucher, OR Allg. Teil s. 336/37; Gauch/Schluep/Tercier, *CO Partie générale I N. 1158*; Gauch, *Der Werkvertrag*, 3. Bası N. 1057 vd.; Gauch/Schluep, OR Allg. Teil I. 1184 vd.). Spiro ile birlikte von Keller/Schöbi (*Allgemeine Lehre des Vertragsrechts*, 3. Bası s. 278), von

Tuhr/Siegwart (OR Allg. Teil s. 598 dn. 100) ve von Tuhr/Escher (OR Allg. Teil II s. 156 dn. 100) ise, İBK m. 109 f. 1'e göre iade talebinin İBK m. 62 f. 2 anlamında sebepsiz zenginleşme talebi olarak ele alınması gerektiğini ve bu sebeple de bu talebin bir yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu kabul etmektedirler.

c) İBK m. 109 ne zamanaşımına ilişkin bir kural içermekte, ne de bu tür hükümlere atıf yapmaktadır. Bu sebeple Federal Mahkeme 1934 ve 1935'teki içtihatlarında iade talebinin zamanaşımı meselesini olaya uygulanacak hükmü aramaya ilişkin genel prensiplerle açıklamak zorunda kalmıştır. Özellikle hükmün amacı ve anlamı, bu hususta söz konusu olan taleplerin temeli ve farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanmasının doğuracağı sonuçlar, bu sonuçlardan tazminat talebi ile iade talebi aynı biçimde ele alındığı takdirde kaçınılabileceği göz önünde tutulmuştur. Sözü edilen içtihatla ısrar etmenin mi, yoksa bu içtihadın yol açtığı eleştiriler karşısında bunun değiştirilmesinin veya açıklanmasının mı gerektiği sorusu sorulabilir. Ancak özellikle bir kural onlarca yıldan beri belirli bir biçimde yorumlandığı ve uygulandığı takdirde (BGE 111 Ia 162 E. 1a ve 111 II 310 E. 2 atıflarla birlikte), bir içtihat değişikliğinin hukuk güvenliği sebebiyle ciddi ve nesnel gerekçeleri şart koştuğu dikkate alınmalıdır..

a) İade talepleri, Kanun'un genel ayırımına göre, diğer talepler gibi sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir.

Sebepsiz zenginleşme talebi sadece diğer hukukî dayanakların koşulları gerçekleşmediği takdirde söz konusu olur (BGE 102 II 338 E. 5c alıntılarla birlikte). Talepler kaynaklarına göre farklı zamanaşımı sürelerine tâbidirler. İBK m. 127'deki genel kurala göre tüm talepler, federal medenî hukuk farklı bir düzenleme getirmedeği takdirde, on yılın sonunda zamanaşımına uğrarlar. Haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerin zamanaşımı özel olarak düzenlenmiştir; bunlar İBK m. 60 f. 1'e ve İBK m. 67 f. 1'e göre kural olarak bir yılda zamanaşımına uğrarlar. Buna karşılık, sözleşme ilişkilerinden doğan talepler için kuralı İBK m. 127 oluşturur. İBK m. 107 ilâ 109 hükümleri borçlunun temerrüdünün iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki özel sonuçları ile ilgilenmekte, ancak sözleşmeden dönmenin sonucu olan taleplere ilişkin zamanaşımı konusunda susmaktadırlar.

Kanun'un bu temel fikirlerine ve değerlendirmelerine göre, İBK m. 109'dan doğan tüm talepler genel zamanaşımı süresine tâbi tutulmalı ve bu bağlamda sözleşmesel talepler olarak ele alınmalıdır.

Doktrindeki hâkim görüş bu son sözü edilen öneriyi iade talepleri bakımından uzun zaman kabul etmedi. Zira onlara göre sözleşme dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için, bunun sonucu olarak da hiç akdedilmemiş gibi sayılmalı, ifa edilen edimlerin iadesi talebi bir sebepsiz zenginleşme talebi olarak anlaşılmalıydı (Oser/Schönenberger, N. 4 zu Art. 109 OR; Guhl/Merz/Kummer, s. 198 ve 272/73; von Tuhr/Siegmart, s. 598; von Tuhr/Escher, s. 156). Başka bazı yazarlara göre, dönme ile birlikte muhtemel mülkiyet nakillerinin iktisap sebebi de ortadan kalktığı için aynı bir iade talebinden söz edilebilir (Keller/Schöbi, s.278; Keller/Schaufelberger, s. 10 vd. ve atflar). Buna karşılık, Almanya'da da kabul edilen doktrindeki yeni bir görüşe göre, sözleşmeden dönme sadece sözleşmenin içerik değiştirmesine sebep olur. Tasfiye ilişkisi olarak ayakta kalan sözleşme, ifa edilmiş olan edimlerin ya aynen ya da bedel üzerinden iadesi borcuna yol açar. Bu görüşe göre burada ne sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borç, ne de eşya hukukundan doğan bir iade borcu söz konusudur; aksine sözleşmesel nitelikte bir borç vardır. Bu borcun ifası ile birlikte sözleşme öncesi durum yeniden tesis edilir (Gauch/Schluep, N. 1187 vd. özellikle Bucher s. 337 vd. ve Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts I s. 315 vd. ; ayrıca Piotet, La restitution après résolution du contrat, in Baurecht 1984 s. 12'ye atflarla birlikte). Bu son görüş, bir noktada çelişkili olmakla eleştirilse de geriye kalanı bakımından ikna edici gerekçelerle kabul edilen şimdiye kadarki yargı içtihadının sonucuna uygun düşmektedir. Burada ifa edilmiş olan edimlerin iadesine ilişkin sözleşmesel bir talebin kabulü için ek sebepler vardır. Bundan dolayı bu yeni görüşe üstünlük tanınmalıdır. Bu görüş, bir geçmişe etki varsayımı gerektirmediği ve sözleşmenin tarafları arasındaki tasfiyeyi kolaylaştırdığı, özellikle onlara tazminat ve iade taleplerine aynı ilkelerin uygulanması imkânı sağladığı için nesnel olarak da haklıdır (W. Wiegand, Die Leistungsstörungen, in recht 1984 s. 13 vd.). Sözleşmenin kurulmuş olduğu ve borçlu tarafından ifa edilmemiş olduğu bir gerçektir; bu gerçek hiç meydana gelmemiş kabul edilemez. Kanun koyucu sözleşmeden dönmenin etkilerini, bir sözleşme hiç akdedilmemiş gibi düzenlememiştir. Sözleşmeden dönme ile sözleşme-

nin tüm etkilerinin ortadan kaldırılmadığını, daha ziyade sözleşmeye sonradan belirli etkiler tanındığını özellikle sürekli sözleşmelerden *ex nunc* dönme ve ard arda teslimli sözleşmelerden kısmen dönme göstermektedir. (P.Lemp, *Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges*, Diss. Bern 1939, s. 53 ve 64).

b) BGE 60 II 28'in aksine, önceden ifa edilmiş olan edimin sözleşmeden dönüldükten sonra İBK m. 62 f. 2 anlamında "sebepsiz" hele geldiği söylenemez. Daha ziyade, sözleşmeden dönmenin, karşılıklı ifa yoluyla sözleşmenin tasfiyesini mümkün kılan zorunlu iade yükümlülükleri doğurduğu doğrudur. İBK m. 109 f. 2'nin lâfzı buna aykırı değildir. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı kabulü bir varsayımdır (Fiktion). Çünkü var olmayan bir sözleşme ne ihlâl edilebilir, ne de menfî zararın tazmini talebini doğurabilir (Gauuch/Schluep, N. 1187 ve 1188a). Bu (menfî) tazminat talebinin, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden değil, sözleşmesel bir borcun ihlâlinden kaynaklandığı için İBK m. 127'ye uygun olarak on yılda zamanaşımına uğradığı uzun zamandan beri genel olarak kabul edilmektedir (BGE 60 II 257 ve 60 II 28) ve söz konusu olayda bu reddedilmemiştir.

d) Doktrindeki yeni görüş ile fikir birliği içinde, borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönüldüğünde sözleşmenin ortadan kalmadığından, sözleşme ilişkisinin içerik olarak bir tasfiye ilişkisine dönüştüğünden hareket edilmelidir. O halde İBK m. 109'dan doğan taleplerin ikisi de sözleşmeseldir ve bu sebeple zamanaşımına ilişkin genel hükme tâbidirler. Sadece tazminat talebi değil, ifa edilmiş olan edimlerin iadesi talebi de dolaylı olarak borçlunun sözleşmeden doğan borçlarını kararlaştırdığı gibi ifa etmemiş olmasına ve bu suretle alacaklının sözleşmeden dönmesine yol açmış olmasına dayanmaktadır. Bu iki talebin niçin zamanaşımı bakımından farklı ele alınması gerektiği anlaşılır değildir.

Spiro'nun ifa edilen edimlerin iadesi talebini sadece İBK m. 62 f. 2'nin uygulandığı bir durum sayan görüşü (§ 302 s. 716 vd.) temelden yoksun olduğu için tümüyle bir kenara bırakılmalıdır. Kaldı ki burada bağımsız kanunî bir talep söz konusudur. Bu suretle İBK m. 109 f. 1'deki talep, bunun yerine doğrudan sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bir sorumluluğun söz konusu olduğu İBK m. 119 f. 2'den de açıkça

ayrılır. Bu farka ve bu taleplerin farklı ele alınmasını haklı kılan başka dayanaklara daha BGE 63 II 258 E. 2'de işaret edilmiştir. Bu sebeple, Spiro'nun aksine Federal Mahkeme'nin bu meseleyi hiçbir suretle incelemediği (s. 720 dn. 29) söylenemez. Spiro'nun görüşü, Kanun'un borçları açıkça doğuş sebeplerine göre ayıran ve sözleşmeden doğan talepler için özel olarak veya genel olarak daha uzun süreler öngören genel ayırımına aykırıdır. Bu tür (sözleşmeden doğan) talepler, diğer tüm sıradan hukukî koruma talepleri gibi, sadece talî niteliği bulunan sebepsiz zenginleşme taleplerine göre öncelik taşırlar. Her ne kadar hukukî sonuçlar bu sıralamanın zamanaşımı bakımından da haklı olduğunu gösteriyorsa da, Spiro'ya göre geciken (temerrüde düşen) borçlunun lehine olduğundan dolayı bir yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmeliydi. Oysa borçlu, alacaklının sözleşmeden dönmesinin sorumluluğunu üstlenmelidir ve bu sebeple hiçbir özel hoşgörüyü hak etmemektedir. Acaba İBK m. 119 f. 2'ye göre de on yıllık zamanaşımının uygulanması yerinde olur muydu sorusunu Kanton Mahkemesi'nin Bucher'e atfı yaparak (s. 417 ve 642) kabul ettiği gibi irdelemey gerek bulunmamaktadır.

e) Bu ilkelere göre temyiz edilen karar sonuçta hatalı değildir. Bu karar, haklı olarak, sadece tazminat talebinin değil, davacının iade talebinin de sözleşmesel nitelikte olduğu ve bu sebeple on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu (İBK m. 127) düşüncesine dayanmaktadır. İleri sürülen talebin bu hükümden (İBK m. 127) hareket edildiğinde dahi zamanaşımına uğramış olacağı, davalı tarafından da iddia edilmemektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.03.2008
E. 2008/13-217
K. 2008/219

*** Kira sözleşmesinin feshi, tespit ve uyarılama**
(1086 sayılı HUMK m. 237)

Taraflar arasındaki Kira sözleşmelerinin feshi, tespit ve uyarılama davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy Asliye 2.Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 16.2.2006 gün ve 2005/353-2006/31 sayılı kararın incelenmesi davalılar A.K. ve G.G. vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 20.11.2006 gün ve 2006/6302-3928 sayılı ilamı ile, (...Davacı, davalıların miras bırakanı M.K.'den intikal eden Mimar Sinan mahallesi, Çatalca Yolu üzerindeki tek katlı işyerini davalı A. K.'den 1.12.1997 başlangıç tarihli 6 yıl süreli, diğer davalı G.G. ile de 1.12.1998 başlangıç tarihli 2 yıl süreli, aylık 500'er DM'den kira akdi ile kiraladığını, 18.12.1997 tarihinde yapılan imar uygulaması sonucu taşınmazın imar yolunda kaldığını, 1.11.1999 tarihli yoklama fişi ile işgalinin tesbit edildiğini, belediyeye işgaliye bedeli de ödemek zorunda kaldığını, akdin geçersiz olduğunu ileri sürerek, taraflar arasındaki akdin feshine, kira bedelinin uyarlanmasına karar verilmesini istemiştir. Davalılar, kesin hüküm nedeni ile davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının halen faaliyette bulunduğu davaya konu bina ile bunun haricinde yol üzerinde istif edilen inşaat malzemelerinin imar uygulaması neticesi davalıların malik oldukları parsel dışında yol üzerinde bulunduğu, davalıların binada tasarruf yetki-

lerinin kalmadığı gerekçesi ile taraflar arasında düzenlenen akdin feshine, uyarılama koşulları oluşmadığından istemin reddine karar verilmiş; hüküm, davalı A. ve G. tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, daha önce Büyükçekmece Asliye Mahkemesinin 1999/362 Esas 2000/1584 Karar ve birleşen 1999/426-1339 Karar sayılı dosyasında A.K.'yi hasım göstererek, taşınmazın bulunduğu yerde Mimarsinan Belediyesince imar uygulaması yapıldığını, taşınmazın yol üzerinde kalıp, davalının mülkiyet ve tasarrufundan çıktığını belediyeye işgaliye ödediğini, sözleşmenin geçersiz olduğunu buna rağmen Aylık kira bedeli karşılığı verilen bonoların takibe konduğunu bonolardan dolayı borçlu olmadığına tesbiti, geçersiz sözleşme nedeni ile akdin feshi istemli dava açmıştır. Mahkemece yargılama sonunda, sözleşmeye konu taşınmazın bir kısmı imar yolunda kalmış ise de halen davacının kullanımında olduğu, fiilen zeminde imar yollarının ayrılmamış olup tamamının davacının tasarrufunda bulunduğu gerekçesi ile davanın reddine ilişkin karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2001/5553 E. ve 2001/6549 karar sayılı ilamı ile onanmak; 8.4.2002 günlü karar düzeltme isteminin reddi suretiyle kesinleştiği getirilen dosyaların incelenmesinden anlaşılmaktadır. İlamların ve krokisinin dava konusu taşınmazla, ada ve parsel numaraları bildirilen taşınmazları kapsadığı, işgaliye bedeli ödenen yerin bina haricinde yola istif edilen kum, çakıl vs. inşaat malzemeleri olduğu keşif ve uygulama ile saptanmıştır. Kaldı ki, bir taşınmazın kiraya verilebilmesi için kiralayanın malik olması yasal koşul değildir. Gerek davacı, gerek davalı tarafın iddia ve savunmaları, dayandıkları vakıalar ve deliller bu davada ve daha önce davacı tarafından davalı A. aleyhine asliye hukuk mahkemesince açılıp, redle sonuçlanan davada aynıdır. İmar planında yapılan değişiklik ile getirilen oluşumun fiiliyatta uygulamaya konulmadığı, imar planında yolda kalan davalıların davaya konu kiralanan binasının bedeli kendilerine imar yasası gereği ödenerek tasarruflarına son verildiği kanıtlanmamıştır. Öyle olunca, önceki davacı tarafından davalı A. aleyhine açılıp redle sonuçlanmış ve kesinleşen dava dosyası, bu davada davacı ile davalı A. açısından HUMK 237. maddesi hükmüne göre kesin hüküm oluşturacağı gibi, diğer davada G. açısından da güçlü delil teşkil eder. Kesin hüküm yargılamanın her aşamasında, taraflar ileri sürmese dahi mahkemece resen nazara alınması gerekir. Öyle olunca davanın kararı temyiz

eden davalı A. hakkında kesin hüküm nedeniyle, kira sözleşmesi geçerli ve imar yasası gereği kiraya konu binanın bedeli ödenip tasarruflarına son verilmediğinden davalı G. hakkındaki davanın reddine karar verilmelidir. Mahkemece açıklanan hususlar gözardı edilerek, aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte,yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar A. K. ve G. G. vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara,bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararma uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

- T. 09.04.2008 * **Tazminat davası**
 E. 2008/17-299 * **Sigorta ettirenle sigortadan faydalanan kimsenin kusuru**
 K. 2008/302 * **Ariyet sözleşmesi**
 * **Vedia sözleşmesi**
 (818 sayılı BK m. 299 vd, 464 vd; 6762 sayılı TTK m. 1278)

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ümraniye Asliye 3. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 2.2.2006 gün ve 2005/277-2006/28 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin 26.4.2007 gün ve 2007/1019-1397 sayılı ilamı ile; (“...Davacı vekili, müvekkili şirkete kasko sigortalı aracın sigorta ettiren tarafından anahtar ve ruhsatıyla birlikte davalı Y.’ye emaneten bırakıldığını, onun da aracı diğer davalı A.’ya emanet ettiğini, ancak A. isimli başka bir şahsın aracın anahtarını davalı A.’nın işyerindeki çekmecesinden çalarak kaçırdığını ve bilahare kaza yapıp öldüğünü, aracın pert olduğunu, hasar bedelinin sigortalılarına ödendiğini, davalıların kusurlu olduğunu bu nedenle aracın hurda değeri düşüldükten sonra bakiye 15.745.00.YTL.nin 29.4.2004 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Y. davanın haksız olduğunu savunarak reddini istemiş, diğer davalı cevap vermemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece sigortalı aracın davalılara işletenin rızası ile kullanıldığından bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç toplanan delillere uygun düşmemektedir. Davalı Y.Ö.’nün bizzat beyanında araç sahibi K.B.’den emanet olarak aldığını, ancak bir süre için il dışına çıkacağından aracı diğer davalı A.Y.’ye muhafaza etmesi için teslim ettiğini ifade etmiştir. Davalı Y. aracı emanet aldığına göre aracı her türlü riske karşı gerekli önlemleri alarak, gereken özeni göstererek saklaması ve aynen sahibine iade etmesi gerekirdi. Oysa, aracı

geçici bir süre için yakını (arkadaşı) A.Y.'ye teslim etmiş anahtarı ve ruhsatı onun çekmecesine bırakmıştır. Aracı başkasına emaneten dahi olsa teslim etmemesi gerekirdi. Zira, araç sahibinden aracı teslim alırken, aracı başkasına teslim etme konusunda onun rızasını almış değildir. Kaldı ki, kısa süre için il dışına çıkması gerektiğinde aracı asıl sahibine teslim etmesi en uygun tedbir olurdu. Davalı bu tedbirleri almamış gereken özeni göstermemiştir. Davalı A.Y. de ifadesinde kendisine aracı Y.Ö.'nün muhafaza etmesi için teslim ettiğini, anahtar ve ruhsatı işyerindeki çekmecesine koyduğunu, bir kaç gün sonra Y.'nin aracı kendisinden istediğinde çekmecede anahtarın bulunmadığını, aracın da park edildiği yerde olmadığını, aracı 3.kişi A.P.'nin çalmış olabileceğini bildirdiğini söylemiştir. İfadesinden anlaşıldığı gibi A.Y. aracın anahtarını gerektiği gibi muhafaza etmemiş açık çekmecesine bırakmış, daha sonrada aracın A.P. tarafından çalınmış olabileceğini beyan etmiştir. Bu durumda, A.'nın da aracın saklanması gereken özeni göstermediği anlaşılmaktadır. Aracın anahtarını açık çekmecede saklaması yerine daha emniyetli bir şekilde saklayabilirdi. Aracın başkasının eline geçmesinde kusurlu kabul edilmesi gerekir. Aracın başkasına kullanırılmasında gerek aracı kendisine teslim edenin ve gerekse araç malikinin muvafakati söz konusu değildir. İzah edildiği gibi her iki davalı aracı emanet bırakanın ve teslim edenin rızasına aykırı davranmışlardır. Açıklanan nedenlerle, mahkemenin karar gerekçesinde açıkladığı düşünceye katılmak mümkün değildir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kasko sigorta poliçesi çerçevesinde dava dışı sigortalıya yapılan ödeme tutarının, davalılardan rücuen tahsili istemine ilişkindir.

Davacı Ş. Sigorta A.Ş. vekili, davacı şirket tarafından kasko sigortası yapılan, dava dışı sigortalı Y. Gıda Ltd. Şti.ne ait 34 R... 19 plaka

sayılı vasıtanın, anahtarları ve ruhsatıyla birlikte şirket yetkilisi dava dışı K.B. tarafından davalılardan Y.Ö.'ye emanet olarak bırakıldığı, davalı Y.Ö.'nün de anahtarları ve ruhsatıyla birlikte aracı 13.4.2004 tarihinde diğer davalı A.Y.'ye emaneten verildiğini, daha sonra A.P. isimli şahsın 16.4.2004 tarihinde aracın anahtarlarını çekmecedan ve aracı da bulunduğu yerden çalarak iki arkadaşıyla birlikte Manisa'ya gittiğini, orada 17.4.2004 tarihinde kaza yaptığını, kazada A.P.'nin öldüğünü; davalılar A.Y. ve Y.Ö.'nün, kendilerine teslim edilen sigortalıya ait aracı iyi ve güvenli bir şekilde muhafaza edemedikleri için %100 oranında kusurlu olduklarını, araçtaki hasar çok büyük olduğundan 14.7.2004 tarihli ekspertiz raporu uyarınca pert-total çalışması yapıldığını, aracın piyasa değeri olan 32.000.000.000 TL'den, hurda değeri olan 16.225.000.000 TL'nin düşülmesiyle kalan 15.745.000.000 TL'nin 17.09.2004 tarihinde davacı şirket tarafından sigortalısına ödendiğini, aracın çalınmasına sebep olan davalıların hasarın oluşumunda %100 oranında kusurlu bulunmaları nedeniyle, hasar miktarının tamamından sorumlu olduklarını, TTK'nun 1301. maddesi ve Sigorta Poliçesi Umumi Şartları gereğince davacının, ödeme yapmakla sigortalısının haklarına halef olduğunu ileri sürerek, sigortalıya ödenen 15.745.000.000 TL'nin, ödemenin yapıldığı 17.9.2004 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsüen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Y.Ö., cevap dilekçesinde davanın haksız olduğunu beyan etmiş; ancak herhangi bir açıklamada bulunmamış ve gerekçe göstermemiştir. Diğer davalı A.Y. cevap dilekçesi vermemiş, duruşmalara da katılmamıştır. Yerel Mahkemenin; somut olayda davalılara atfı kabul bir kusur bulunmadığı gerekçesine dayalı, davanın reddine dair kararı Özel Dairece metni yukarıda bulunan ilamla bozulmuş; Yerel Mahkeme gerekçesini tekrarlayarak ve genişleterek önceki kararında direnmiştir. Davacı Ş. Sigorta A.Ş. tarafından, 8.12.2003 tanzim tarihli ve 366 gün süreli "Oto Paket Sigorta Poliçesi" ile sigortalanan, dava dışı Y. Gıda Tic. Ltd. Şti. adına trafiğe kayıtlı 34 R... 19 plaka sayılı özel otomobilin, 17.4.2004 tarihinde, saat 23.45 sıralarında, Manisa-Akhisar karayolu üzerinde şarampole yuvarlandığı, sürücü A.P. ile araçta yolcu olarak bulunanlardan B.G.'nin olay yerinde öldüğü, dava dışı bir kişinin yaralandığı, araçta ağır hasar meydana geldiği; davacı şirketin bu kaza nedeniyle, ekspertiz raporu çerçevesinde sigortalısı Y. Gıda

Tic. Ltd. Şti. yetkilisi K.B.'ye 17.9.2004 tarihinde 15.745.000.000 TL. ödeyerek ibraname aldığı; her iki davalıya gönderdiği 3.11.2004 günlü yazılarla bu miktarın 10 gün içerisinde kendisine ödenmesini istediği, ödeme yapılmayınca eldeki davanın açıldığı, dosya kapsamıyla sabit ve çekişmesizdir.

Olaydan sonra davalı Y.Ö. tarafından verilen 19.4.2004 günlü şikayet dilekçesi üzerine, ölen A.P. hakkında oto hırsızlığı suçundan Şişli C. Başsavcılığınca yapılan hazırlık soruşturması sonucunda, 13.7.2004 günlü ve 2004/11543 karar sayılı takipsizlik kararının verildiği; takipsizlik kararında, A.P.'nin 34 R... 19 plakalı otoyolu çaldığının ve kaza yaparak öldüğünün belirtildiği; Manisa Başsavcılığınca da, A.P. hakkında tedbirsizlik dikkatsizlik sonucu iki kişinin ölümüne neden olmak suçundan hazırlık soruşturması yapıldığı ve sonuçta, sanığın ölmüş olması nedeniyle 20.4.2004 gün, 2004/1540 karar sayılı takipsizlik kararının verildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Eldeki davanın davalıları Y.Ö. ve A.Y.'nin, Şişli C. Başsavcılığınca yapılan hazırlık soruşturması sırasında alman ve birbirini teyit eden ifadelerine göre; davacı şirket tarafından oto paket sigorta poliçesiyle sigortalanan, dava dışı sigortalı Y. Gıda Ltd. Şti. ne ait 34 R... 19 plaka sayılı otomobil, davalılardan Y.Ö. tarafından geçici olarak kullanılıp iade edilmek üzere, Y. Gıda Ltd. Şti. nin yetkilisi dava dışı K.B.'den anahtarları ve ruhsatıyla birlikte teslim alınmış; davalı Y.Ö., il dışına çıkması gerekince, muhafaza ve dönüşünde kendisine teslim etmesi için anahtarları ve ruhsatıyla birlikte aracı 13.4.2004 tarihinde arkadaşları olan diğer davalı A.Y.'ye vermiş, araç her iki davalı tarafından davalı A.Y.'nin işyerinin yakınındaki bir sokağa park edilmiş, davalı A.Y. aracın anahtarlarını işyerindeki çekmecesine koymuş, işyerine gelip giden ve davalı A.Y.'nin uzak akrabası olan dava dışı A.P. 16.4.2004 tarihinde aracın anahtarlarını çekmecedan ve aracı da bulunduğu yerden çalarak, iki arkadaşıyla birlikte Manisa'ya götürmüş, orada 17.4.2004 tarihinde yukarıda açıklanan kaza meydana gelmiş; davalı Y.Ö. 19.4.2004 günü İstanbul'a dönmüş, her iki davalı, aracın çalındığını o gün öğrenmişlerdir.

Açıklanan bu oluşa göre, sigortalanan araç, dava dışı sigortalı tarafından geçici bir süre kullanıp iade etmesi için davalı Y.Ö.'ye ve onun tarafından da, muhafaza ve dönüşünde kendisine teslim edilmek üzere, diğer davalıya verilmiştir.

Belirtilmelidir ki; gerek taraflar ve gerekse Yerel Mahkeme ile Özel Dairenin kabulünde bulunan bu oluş biçimine göre; hukuksal nitelikçe, dava dışı sigortalı ile davalılardan Y.Ö. arasında ariyet (Borçlar Kanunu madde 299 ve izleyen maddeler); davalı Y.Ö. ile davalı A.Y. arasında ise vedia (Borçlar Kanunu madde 464 ve izleyen maddeler) sözleşmesi bulunmaktadır. Eş söyleyişle, sigortalanan araç, sigortalı ile davalı Y.Ö. arasındaki ariyet sözleşmesi çerçevesinde bu davalıya verilmiş, bilahare davalılar arasındaki vedia sözleşmesiyle bir sokağa park edilmiş ve oradan dava dışı A.P. tarafından çalınmıştır. Ariyet veren durumundaki dava dışı sigortalının, aracı davalı Y.Ö.'a kendi rızası ve muvafakatiyle verdiği kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Aksi iddia ve ispat edilmediğine göre, somut olayda, davalılar arasındaki vedia sözleşmesinin de sigortalının rıza ve muvafakatiyle yapılmış olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, dava dışı kişi tarafından çalındığı anda davalılardan A.Y.'nin hukuki ve fiili sorumluluğu altında bulunan aracın, çalınma anındaki konumu, dava dışı sigortalının bilgisi ve muvafakati dahilindedir ve bu nedenle de, davalılar, aşağıda değinilen Türk Ticaret Kanunu'nun 1278. maddesi anlamında 'sigortalının fiillerinden sorumlu bulunduğu kişiler' durumundadır. Türk Ticaret Kanunu'nun "Sigorta Ettirenle Sigortadan Faydalanan Kimsenin Kusuru" başlıklı 1278 maddesi, aynen "Mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin yahut fiillerinden hukukan mesul buldukları kimselerin kusurlarından doğan hasarları tazmin ile mükelleftir. Fakat hiçbir halde sigortacı sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kasımdan veya aksi mukavelede yazılı değilse sigorta edilen malın ayıbından doğan hasarları tazmine mecbur olmaz." Hükümünü taşımaktadır.

Somut olay bakımından değerlendirildiğinde; bu hüküm, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kastından kaynaklanmamış olması şartıyla; sigorta ettirenin veya sigortadan faydalananın veya eylemlerinden bu ikisinin hukuken sorumlu olduğu kişilerin kusurlarından doğan hasarların da sigortacı tarafından tazmin edileceğini öngörmekte; ancak, tarafların bunun tersini öngören sözleşme yapabileceklerini belirtmektedir. Dava dışı sigortalı ile davacı sigortacı şirket arasındaki sözleşmede, tersine bir hüküm bulunmadığı çekişmesizdir.

Öte yandan, "Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları"nın "Teminat Dışında Kalan Zararlar" başlıklı A.5-6. maddesi de, sadece, sigortalı veya fiillerinden sorumlu bulunduğu kimseler veya birlikte yaşadığı kişiler tarafından taşıta kasten verilen zararlar ile sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kimseler veya birlikte yaşadığı kişiler tarafından sigortalı taşıtın kaçırılması veya çalınması nedeniyle meydana gelen zararları teminat dışında tutmuş; teminat dışında kalma olgusunu bu hallerle sınırlamıştır.

Yukarıda açıklanan oluştura göre; dava dışı sigortalının geçici bir süreyle kullanıp iade etmek üzere davalılardan Y.Ö.'ye verdiği, O'nun da, muhafaza etmesi için davalı A.Y'ye teslim ettiği aracın, ölen A.P. tarafından çalınması ve kazaya uğrayarak ağır hasar görmesiyle sonuçlanan süreçte, dava dışı sigortalının eylemlerinden sorumlu olduğu davalıların Türk Ticaret Kanunu'nun 1278 maddesi anlamında kasdi davranışlarından söz edilmesine hukuken olanak yoktur ve esasen böyle bir iddia davacı tarafından dahi ileri sürülmemiştir. Yine, Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5-6. maddesinde belirtilen ve zararın teminat dışında kalmasını gerektiren hallerin de somut olayda söz konusu olmadığı açıktır.

O halde, davacı sigortacının, sigortalanan araçta oluşan hasar nedeniyle dava dışı sigortalısına ödediği sigorta tazminatını davalılara rücu etmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Yerel Mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 09.04.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 07.05.2008	* Alacak davası
E. 2008/4-356	* Yediemin olarak teslim edilen suç eşyasının iadesi
K. 2008/367	

Taraflar arasındaki “Alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bitlis Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 13.12.2005 gün ve 2003/272 E., 2005/204 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 20.03.2007 gün ve 2006/4789 E., 2007/3583 K. sayılı ilamı ile; (.. .Dava, yediemin olarak teslim edilen suç eşyasının iadesi istenilmesine rağmen iade edilmemesi nedeniyle alacak istemine ilişkindir. Mahkemece istem reddedilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı idare, davalıya 16/12/1995 tarihinde kaçak olarak yakalanan 17200 kg gazolinin yediemin olarak teslim edildiğini, ceza yargılaması sonucu 18/12/2002 tarihinde gazolinin müsaderesine karar verildiğini, bunun üzerine 07/02/2003 tarihinde gazolini teslim etmesinin istenilmesine rağmen, davalının teslim edemediğini iddia ederek alacak davası açmıştır. Davalı ise, teslim edilen malın muhafazasının zor olduğunu, 7 yılı aşkın bir süredir gazolini muhafaza ettiğini, yedieminlik ücretinin ödendiği takdirde gazolinini iade etmeye hazır olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı yediemin olarak suça konu eşyayı teslim aldığına göre istenmesi halinde aynen iade etmekle yükümlüdür. Davacı malın aynen teslimi isteyebileceği gibi aynen teslimi imkansız olmuş ise bedelini de isteme hakkına karşılıklı davalının da teslim edilen malın muhafazası için yapılan masrafi isteme hakkı vardır. Zararın denkleştirilmesi bakımından davalı tarafın dava konusu gazolini muhafaza ettiği süreç içerisinde muhafaza için Adalet Bakanlığına Ait Depo ve Garajlarda Muhafaza Edilen Mahcuz Mallar İçin Alınacak Ücret Tarifesi de dikkate alınarak ne miktar giderin yapılacağını belirlenip, hüküm altına alınacak tazminattan indirilmesi suretiyle gerçek zarar miktarının tespiti sonucu alacak miktarının belirlenmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi hatalı olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmiş-

tir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Davacı vekili, 1918 sayılı Yasaya aykırılıktan dolayı Bitlis Asliye Ceza Mahkemesinde açılan davada 17.200 kg. gazolinin yediemin tutanağı tutularak davalıya teslim edildiğini, Bitlis Asliye Ceza Mahkemesinin 15.07.2002 tarihinde kesinleşen 2001/55 Esas, 2002/199 karar sayılı ilamı ile suça konu gazolinin müsaderesine karar verildiğini, bu karara istinaden gazolinin idareye teslim edilmesi istendiği halde teslim edilmediğini, davalının aynen İade yükümlülüğünde bulunan gazolini teslim etmemesi nedeniyle 8.256.000.000 TL. gazolin bedelinin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, teslimi istenilen malı teslim hazırladıklarını, davalının muhafaza için masraf yaptığını ve nakletmeye dair harcama yapmasının istenemeyeceğini, bu nedenle davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Yerel Mahkeme; davacı dava konusu emtianın tarafına aynen iadesini talep etmesi mümkün iken hukuken yediemin tarafından sarf edilmesi mümkün olmayan kaçak mazotun bedelini talep etmiş olduğundan davanın reddine karar vermiş, davacı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece yukarıdaki gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme kararında direnmiştir, özel Daire bozma kararında da belirtildiği üzere davalı yediemin olarak suça konu eşyayı teslim aldığına göre istenmesi halinde aynen iade etmekle yükümlüdür. Davacı malın aynen teslimini isteyebileceği gibi aynen teslimi imkansız olmuş ise bedelini de isteme hakkına karşılıklı davalının da teslim edilen malın muhafazası için yapılan masrafı isteme hakkı vardır. Ancak davacı yargılama sırasında müsadere konusu malın sarf edildiğini ve halen mevcut olmadığını ileri sürdüğüne göre öncelikle davalının teslim hazırladığını belirttiği malın müsadere konusu mal olup olmadığının tespiti için mahallinde keşif yapılmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Her ne kadar sadece müsadere edilen malın bedeli istenmiş ise de malın halen mevcut olmadığı varsayılarak bu şekilde talepte bulunulmuş olup çoğun içinde az da bulunur ilkesi gereği, eğer yapılan inceleme sonucu müsadere edilen malın aynen muhafaza edildiği sonucuna varılır ise yedi emin ücreti de gözetilerek malın aynen iadesine, aksi halde bozma ilamında belirtildiği şekilde bedele karar verilmesi gerekir. O halde direnme kararı usul ve yasaya aykırı olup bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 07.05.2008 gününde, oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

T. 28.01.2011 * Disiplin soruşturmasında her iki tarafa
E. 2010/519 da usulüne uygun süre ve savunma hakkı
K. 2011/45 verilmesi gerekliliği

(1136 sayılı Av. K. m.137,144)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçi avukatlar ile karşılıklı davalarında yazdığı dilekçelerde hakaret içeren beyanlar ile kişilik haklarına saldırıda bulunduğu gerekçesi ile başlatılan disiplin kovuşturmasında Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmeyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında dilekçenin bütünü incelendiğinde beyanlarının savunma sınırları içinde kaldığının görüleceğini, ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesini talep etmiştir.

Samsun Barosu Disiplin Kurulu dilekçelerde kullanılan ifadelerin savunma sınırı içinde kaldığı gerekçesi ile disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiş, karara karşı şikâyetçi avukatlar tarafından süresi içinde itiraz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, Baro Yönetim Kurulunun 05.03.2010 günlü 2010/121 karar sayılı ve şikâyetli avukatın "disiplin kuruluna

sevkine" ilişkin kararından sonra Baro Disiplin Kurulu'nun şikâyetçi ve şikâyetliye tebligat yaparak, başkaca iddia ve savunmaları ile delilleri olup olmadığını sorması, şikâyetli avukatın kovuşturmanın duruşmalı yapılmasını isteyip istemediğini bildirmesini istemesi, bu işlemler tamamlandıktan sonra kovuşturmaya devam ederek sonucuna göre bir karar vermesi gerekirken sadece şikâyetli avukata duruşma gününü bildirir tebligat çıkardığı, bu tebligatta Avukatlık Yasasının 137. maddesinde belirtilen on günlük süre verilmediği gibi tebligatın 21.04.2010 tarihinde yapıldığı nazara alındığında re'sen duruşma günü olarak belirlenen 28.04.2010 tarihine de on günden az süre kaldığı anlaşılmıştır.

Kurulumuzun önceki kararlarında da belirtildiği üzere, disiplin kovuşturmasının açılmasından sonra Baro Disiplin Kurulu tarafından Avukatlık Yasasının 137. maddesi uyarınca şikâyetli avukatta en az on günlük süre verilmek suretiyle savunmasının istenmesi, başkaca savunması ve göstermek istediği delilleri varsa sunmasının istenmesi, Avukatlık Yasasının 144. maddesi uyarınca kovuşturmanın duruşmalı yapılmasını isteyip, istemediğinin sorulması, talebi halinde veya gerek görülmekte ise kovuşturmanın duruşmalı yapılması, silahların eşitliği ve adil yargılama ilkesinin korunması açısından, şikâyetçilerden de kovuşturma aşamasında bildireceği hususlar ve göstereceği başkaca delil varsa sorulması gerekmektedir.

Dosyada şikâyetli avukata usulüne uygun süre ve savunma hakkı verilmediği gibi şikâyetçi avukatlara Disiplin Kurulu tarafından hiçbir bildirim yapılmamıştır. Bu eksiklik her iki tarafın da iddia ve savunmalarının alınmaması sonucunu doğurmuştur.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunca yukarıda belirtilen hususları yerine getirildikten sonra oluşacak duruma göre bir karar vermek üzere Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Samsun Barosu Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

T. 28.01.2011 * **Avukata karşı takip edilen davayı baroya**
E. 2010/ 520 **bildirme yükümlülüğü**
K. 2011/46 (TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikâyetçi avukat, M. M. İ. adlı şahıs aleyhine manevi tazminat davası açtığını, şikâyetli avukatın 10.02.2009 tarihli duruşmada vekâletname sunarak davalı vekili olarak görev üstlendiğini, Baroya bildirimde bulunmadığını, şikâyetçi avukat, aynı şikâyetli avukat hakkında bir başka dilekçe ile bu kez kendisinin müşteki olduğu, sanık sıfatıyla yargılanan M. M. İ.'in Samsun 3. Sulh Ceza Mahkemesindeki davasına 19.02.2009 tarihli duruşmada vekâletname sunarak sanık M. M. İ. vekili olarak duruşmaya katıldığını, Baroya bildirimde bulunmadığını iddia etmesi üzerine, her iki şikâyet dosyasının birleştirilmesi suretiyle başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmeyle "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikâyetli savunmalarında, her iki davanın da başında bir başka meslektaşınca takip edildiğini, bu meslektaşının vekâletten çekilmesinden sonra tazminat davasında davalı vekili, diğer davada ise sanık vekili olarak görev üstlendiğini, meslek kurallarına aykırı bir davranışının olmadığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu her iki şikâyet dosyası yönünden şikâyetlinin eylemini Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırı bulmayarak "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar vermiş, karara şikâyetçi avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27. maddesinin 2. fıkrası " bir avukat bir başka avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi Barosuna yazı ile bildirir " hükmünü ihtiva etmektedir.

Bu durumda, şikâyetli avukatın davalarda sonradan görev üstlenmiş olması, davaların başında görev üstlenen avukatın Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2 maddesinde ifade edilmiş olan bildirim yükümlülüğünün, maddenin konuluş amacı gereğince görev üstlenen ilk avukata ait olacağı tabiidir.

Çünkü maddenin amacı, avukatla avukat veya avukat ile iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlık ile ilgili Baronun bilgi edinmesini sağla-

mak, gerektiğinde uyuşmazlığın Baro öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesini temin etmek olduğu gibi, aleyhine dava açılan avukatın davaya konu eylem veya işleminin Baro'ca değerlendirilip, gerekirse res' en disiplin soruşturması açılması için zaman geçirilmeden müdahale olasılığının yaratılmasıdır.

Şikâyetçi avukatın açtığı tazminat davasına önce bir başka avukat 27.11.2008 tarihinde davalı vekili sıfatıyla katılmış, şikâyetli avukat ise daha sonraki bir tarihte, 10.02.2009 tarihinde vekâletname sunarak görev üstlenmiştir. Şikâyetçi avukatın müşteki sıfatıyla girdiği Sulh Ceza Mahkemesindeki davada da işin başında bir başka avukat davada sanık vekili olarak görev üstlenmiş iken 6. celse de şikâyetli avukat sanık vekilliği görevini üstlenmiştir.

Bu sebeplerle şikâyetli avukatın eyleminde Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırılık bulunmamış ve Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi avukatın itirazlarının reddi ile, Samsun Barosu Disiplin Kurulunun "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

- T. 28.01.2011** * **Müvekkil adına alınan paraların ve başkaca değerlerin geciktirilmeksizin müvekkile duyurulması ve verilmesi gerekliliği**
E. 2010/528
K. 2011/48 * **Avukatın hapis hakkı alacağını orantılı olarak kullanabilmesi**
 * **Avukatın sadece vekil ücreti için değil kendisi tarafından yapılan zorunlu giderler için de hapis hakkını kullanabilmesi**
 (1136 sayılı Av. K. m.166; TBB Meslek Kur. m.45)

Şikâyetçi Y.C.Ö, şikâyetli avukatların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde "Ölmez C. Türkiye" davasında avukatı olduğu, mahkemenin Türkiye Cumhuriyetinin 25.000,00 Euro tazminat ödemesine karar verdiği, tazminatının 46,325,69.- TL.sı olarak tahsil edildiği, kendisine

35.000,00.-TL. sı ödendiği 11.325,00.-TL. sını eksik ödemeleri nedeniyle şikâyetçi olduğunu, şikâyetçi M.Ö. ise şikâyetli avukatların “Ölmez C. Türkiye” davasında “39464/98 no lu dosyada” 25.000,00 Euro tazminat ödemesine karar verildiği kendi haklarını yeterince savunmadığı için azlettiğini, Türkiye’ye hiç gelmediği ve Türkiye’de ikamet etmediği halde vekâlet ücreti için İstanbul Küçükçekmece 4. İcra Müdürlüğü’nün 2007/6294 Esas sayılı dosyası ile kardeşine tebligat yaparak parasına el koyduklarını, hak etmedikleri parayı aldıkları iddiası başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukatlar savunmalarında özetle, yaptıkları hizmet karşılığı vekalet ücretlerinin kendilerine ödenmediğini, haksız olarak azledildiklerini, vekalet ücreti alacaklarının daha fazla olduğunu bildirmişlerdir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatların eylemlerinin Avukatlık Yasasının 34. maddesine aykırı olması sebebiyle disiplin suçunu oluşturduğunu kabulde her iki şikâyetli avukatın ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukatlar ve şikâyetçi M.Ö. itiraz etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetçilerden Y.C.Ö’nün şikâyeti nedeniyle İstanbul Barosu Yönetim kurulu 2008/Ş3 esasında disiplin soruşturması açtığı, daha sonra diğer şikâyetçinin şikâyeti nedeniyle 2008/Ş64 sayılı disiplin soruşturması dosyasının aynı davadan ve şikâyetlilerin aynı olması sebebiyle birleştirilmesine karar verilerek yürütüldüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararının tercüme edildiği, karara göre her bir şikâyetçi için 25.000,00 Euro tazminat ve 3.000,00 Euro masraf ve mahkeme harçlarının ödenmesine karar verildiği, şikâyetçi M.Ö. yurt dışından 05.06.2007 tarihinde şikâyetli avukatları azlettiği, mahkeme kararının 20.02.2007 tarihinde verildiği, diğer şikâyetçi Y.C.Ö’nün mahkeme kararı gereğince gönderilen paranın 15.08.2007 tarihinde 46.325,69.-TL. sı olarak bankadan alınarak, 20/08/2007 tarihinde şikâyetçi Y.C.Ö’ye 35.000,00.-TL. sı olarak ödendiği; şikâyetli avukatlardan F.K.D.’nin alacaklı sıfatı ile borçlu M.Ö. aleyhinde İstanbul Küçükçekmece 4. İcra Müdürlüğü’nün 2007/6294 Esasında kayıtlı olarak ilamsız icra takibi yoluyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 39464/98 sayılı ve 20.02.2007 tarihli kararı gereği ödenmesi gereken vekâlet ücreti olarak 4.300,00.-TL. sı alacak için icra takibi başlattığı, alacağın

28.07.2007 tarihinde tahsil edildiği, şikâyetçi M.Ö.'nün vekaletname adresinden tamamen farklı bir adrese kapıdan kapağa teslim servisi ile tebliğ edildiği, şikâyetçinin bu yöne ilişkin itiraz davasının ise Mahkemece süre yönünden reddine karar verildiği; şikâyetçi Y.C.Ö'nün şikâyetli avukatlar aleyhinde Beyoğlu 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/587 Esas sayısında kayıtlı olarak fazla alınan vekâlet ücretinden kaynaklanan alacak davası açtığı, Mahkemenin 2008/464 Karar sayılı kararı ile taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığından Avukatlık Yasasının 164.maddesi uyarınca, şikâyetli avukatların alabileceği vekâlet ücretinin 6.948, 84.-TL. sı olduğundan, 2.112.97.-TL. sınun 06.09.2007 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı/şikâyetli avukatlardan müteselsilen tahsili ile davacı/şikâyetçi ödenmesine karar verildiği, anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasının konusu, şikâyetli avukatların ne kadar ücreti vekâleti hak ettiği veya azlin doğru olup olmadığı değil, avukatın Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları yönünden gerekli özen ve doğruluğun yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesidir.

Avukatlık Yasasının 166. maddesine göre "Avukatlar müvekkil tarafından verilen ve onun namına aldığı malları ve parayı diğer her türlü kıymetlileri avukatlık ücreti ve giderinin ödenmesine kadar kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir" hükmünü içermektedir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 45. maddesine göre de "Avukat hapis hakkı alacağını orantılı olarak kullanabilir". Bu maddeye göre avukat, sadece vekil ücretini değil kendisi tarafından yapılan zorunlu giderler için de hapis hakkını kullanabilir. Avukatın alacağından dolayı hapis hakkını kullanabilmesi için hapis hakkının ne miktar olarak kullanıldığının iş sahibine yazılı olarak bildirilmesi zorunludur.

Şikâyetli avukatların, şikâyetçi Y.C.Ö ile aralarında yazılı ücret sözleşmesi olmadığı halde, hak ettiklerinden fazlasını vekâlet ücreti olarak aldıkları, şikâyetçinin açtığı dava sonrasında fazla aldıkları miktarın geri ödenmesine karar verildiği dosya arasında bulunan mahkeme kararı ile sabit olmakla, şikâyetli avukatların yükledikleri görevi "özen" "Doğruluk" içinde yerine getirmedikleri anlaşılmaktadır.

Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesinin 20.02.2007 tazminat kararından sonra şikâyetli avukatların 05.06.2007 tarihinde azledildiklerinden Şikâyetli Avukatlardan F.K.D.'nin 21.06.2007 tari-

hinde İstanbul Küçükçekmece 4. İcra Müdürlüğü'nün 2007/6294 sayılı dosyası ile mahkeme ilamından doğan vekâlet ücreti için vekili kanalı ile icra takibi başlattığı, şikâyetçi/borçlu M.Ö.'nün İstanbul'da ikamet etmediğini, Yurt dışında yaşadığını bilmesine ve icra takibi tarihine kadar tüm haberleşmelerini Yurt dışındaki adresinden yapmasına karşın, şikâyetçinin İstanbul'daki kardeşinin adresine ödeme emrini tebliğ ederek ve takibi kesinleştirerek vekâlet ücretini tahsil etmesi, avukatın uymakla yükümlülüğü olduğu "doğruluk" karinesine de aykırıdır.

Avukatlık Yasasının 34. maddesine göre; "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesine göre "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam sadakatle yürütür." 4. maddeye göre "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." 43. maddeye göre, "müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir." 45. maddeye göre de "Avukat, hapis hakkını alacağı ile orantılı olarak kullanılabilir."

Bu nedenlerle, şikâyetli avukatların eylemleri Avukatlık Yasasının 34 ve 166. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3., 4., 43. ve 45. maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve Avukatlık Yasasının 136/1. maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerektiğinden, her iki şikâyetli avukatın ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, 1-Şikâyetli avukatların itirazlarının reddine ve Baro Disiplin Kurulunun her iki şikâyetli avukatın ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin kararının onanmasına,

2- Şikâyetçi M.Ö.'nün itirazının kabulü ile, Şikâyetli avukat F.K.D.'nin ayrıca kınama cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

- T. 28.01.2011 * Reklam yasağı**
E. 2010/529 * TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin değiştirilen 12. maddesinin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmemiş disiplin soruşturmaları hakkında da uygulanması
K. 2011/49

(1136 sayılı Av. K. m.55.; TBB Meslek Kur. m. 7,8; TBB Reklam Yön. m.12)

Şikâyetli avukatlar hakkında, şikâyetli avukatlardan Avukat Y.T.'un yayın sahibi, Avukat C. K.'ın yazı işleri müdürü, diğer şikâyetli avukatlarında yayın kurulunda yer aldıkları "Hukuki platform" adlı dergi ile Avukatlık Yasasının 55. maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 7. ve 8. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 6. ve 8/b maddelerine aykırı davrandıkları iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylemler sabit görülerek, şikâyetli avukatların ayrı ayrı "kınama cezası ile cezalandırılmalarına" karar verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararından sonra Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinde değişiklik yapılmış ve yapılan değişiklikler 07.09.2010 tarih 27695 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin değiştirilen 12. maddesinde "Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgiliye bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruşturma başlatılır. Bu Yönetmeliğe aykırı fiil veya fiilleri birden fazla işleyenler hakkında uyarı yazısı gönderilmez, derhal ve resen disiplin soruşturması açılır. Türkiye Barolar Birliğine yapılan şikâyet başvuruları içerik incelemesine tabi tutulmaksızın avukatın kayıtlı olduğu baroya gönderilir" denilmektedir.

Yine yönetmeliğin Geçici 2. maddesinde "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmemiş disiplin soruşturmaları hakkında da 12 nci madde hükümleri uygulanır." denilmekle uygulamanın kapsamı belirlenmiştir.

Ceza Yargılamasının temel ilkelerinden biri 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde "Zaman bakımından uygulama" başlığı altında yer alan "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmüdür. Bu temel ilke niteliği itibarıyla bir ceza yargılaması olan disiplin kovuşturması için de aynen geçerlidir.

07.09.2010 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve Geçici 2.madde uyarınca kesinleşmemiş disiplin kovuşturmalarına uygulanması gereken Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin değiştirilen 12.maddesinde kovuşturma koşulu olarak "Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgiliye bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruşturma başlatılır" denilmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 12.maddesinde yapılan değişiklik sonrasında kovuşturma açılması için getirilen uyarı önkoşulu yerine getirilmeden disiplin cezası tayin edilmesi ve yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımız, kesinleşmemiş disiplin dosyalarında lehe hükmün uygulanması zorunluluğu karşısında kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Baro Disiplin Kurulu dosyayı Baro Yönetim Kurulu'na iade ederek Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 12. maddesi uyarınca şikâyetli avukatların, şikâyete konu aykırılığı gidermesi, gidermediği takdirde hakkında disiplin kovuşturması açılacağına bildirilmesini talep etmelidir. Baro Yönetim Kurulu yönetmelik uyarınca yapacağı uyarıda belirtilen süre içinde aykırılığın giderilmesi du-

rumunda kovuşturma açılmasına yer olmadığına, aykırılığın giderilmemesi durumunda da bu nedenle disiplin kovuşturması açılmasına karar vermektedir.

Sonuç olarak, Şikâyetli avukatların itirazlarının kabulü ile, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun itiraz eden şikâyetli avukatlar hakkındaki ayrı ayrı kınama cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

- T. 28.01.2011** * **Avukatın işlem yapabilmesi için gerekli**
E. 2010/ 534 * **masrafın önceden verilmesi**
- K. 2011/51** * **Avukatın özen ve doğruluk yükümlülüğü**
 (1136 sayılı Av. K. m.34,177/2; TBB Meslek Kur. m.3,4)

Şikâyetçiler, oğullarının Adana (dilekçede sehven Ankara denilmektedir.) Askeri Cezaevinde işkence sonucu öldürülmesi sebebiyle sanıklar hakkında Adana Ağır Ceza Mahkemesinde açılan kamu davasında kendilerini katılanlar vekili olarak temsil etmesi ve Genel Kurmay Başkanlığı aleyhine açılacak maddi/manevi tazminat davasını yürütmesi için şikâyetli avukat ile anlaştıklarını ve vekaletname verdiklerini, tazminat davası için süresi içinde yetkili idareye gerekli yazılı başvuruyu yapmayarak ve Askeri İdare Mahkemesinde açması gereken davayı süresinde açmaması sebebiyle hak kaybına uğradıklarını, şikâyetli avukatın davayı açmak için kendilerinden 4.000,00.-TL. sı aldığını, zamanaşımı nedeniyle davanın red edildiğinden bahisle paranın bir kısmını iade ettiğini, 2008 yılında tekrar dava açacağını belirterek kendilerinden yazılı bir belge aldığını, Ağır Ceza Mahkemesindeki davanın da bir kısım duruşmalarına girmediğini, ayrıca Adli Yardımdan istifade hakları olduğu halde bu konuda bilgi vermediğini, iddia etmesi üzerine disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca şikâyetli avukatın eylemi sabit görülmeyle "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, hakkındaki iddiaları kabul etmediğini, Ağır Ceza Mahkemesindeki davada yapılması gereken tüm

görevlerini yerine getirdiğini, açılması gereken tazminat davasının harca tabii olduğunu söylediğini, paraları olmadığı için harç parasını vermeden gittiklerini, uzun süre geçtikten sonra geldiklerinde zamanışımının dolmuş olduğunu açıklamasına karşılık yine de davayı açmasını söylediklerini, şikâyetçinin SSK emeklisi olması sebebiyle Adli Yardımdan yararlanma haklarının olmadığını bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetçilerin oğlu askerliğini yaparken bir adi suçlama sebebiyle Adana Askeri Cezaevine sevk edildikten kısa bir süre sonra gardiyanların işkencesi sonucu vefat ettiği, Adana Ağır Ceza Mahkemesinde açılan kamu davasında şikâyetli avukat duruşmalara girdiği ve üstlendiği görevin gereklerini yerine getirdiği,

Şikâyetçiler tarafından 23.03.2006 tarihinde şikâyetli avukata idari başvuru yapması için masraf olarak 300,00.-TL. sı ve dava açması içinde 06.10.2006 tarihinde de 4.000,00.-TL. sının gönderilmiş olduğu, anlaşılmıştır.

Şikâyetçilerin oğlu M. P.'in ölüm tarihi 27.07.2005 tarihidir. 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yasasının 43. maddesi amir hükmü gereğince bir yıllık süre içinde davalı idareye başvurarak dava açılmasının gerekmesi sebebiyle şikâyetli tarafından Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinde 2007/ 566 Esas sayı ile 04.06.2007 tarihinde açılan dava, idareye başvurunun yapılıp yapılmadığı belli olmadığı için 13.06.2007 tarih 2007/ 539 karar sayılı karar ile 1602 sayılı yasanın 44. maddesindeki noksanlıklarda kanunsuzluk bulunmaması halinde bir defaya mahsus olmak kaydıyla, 30 gün içinde ve 36. maddeye göre, noksanları tamamlayarak yeni bir davanın açılması için dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir. 06.08.2007 tarihinde kayda giren yenileme dilekçesi ise 2007/ 784 Esas ve 2007/716 Karar sayı ile 19.09.2007 tarihinde, süresinde açılmadığından red edilmiştir.

Şikâyetçiler tarafından şikâyetli avukata gönderilen ilk masraf 300,00.-TL. sı 23.03.2006 tarihinde idareye başvuru için gönderilmiş, ikinci ödeme ise tazminat davasının açılması için 06.10.2006 tarihinde gönderilmiş ise de Askeri Yüksek İdare Mahkemesindeki ilk dava 30.05.2007 tarihinde, daha sonra yeniden müracaat ise 06.08.2007 tarihidir. Ancak, şikâyet konusu olay ile ilgili açılacak maddi ve manevi tazminat davası için son tarih 27.07.2006 tarihidir. Şikâyetli avukata ilk

masraf ödemesi bu tarihten önce yapılmış olmasına rağmen idareye başvuru işlemi yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Avukatlık Yasasının 173/ 2 maddesine göre, avukatın işlem yapabilmesi için gerekli masrafın önceden verilmesi, avukatın işe başlaması için şarttır. Verilmemesi halinde avukat işe başlamak zorunda değildir.

Şikâyet konusu olayda, şikâyetçiler masraf olarak gerekli gideri şikâyetliye ödemiş iseler de şikâyetli avukat tarafından idari işlem süresinde yapılmamış, böylece açılacak olan maddi ve manevi tazminat davasının, bir anlamda, ön şartı yerine getirilmemiştir.

Şikâyetli avukat, Ağır Ceza Mahkemesinde takip ettiği dava ile ilgili olarak vekâlet ücreti veya başka bir alacağının olduğundan bahsetmemiş, sadece açılacak tazminat davasının harç masrafını alamadığını savunmuştur. Ancak, idareye başvuru için kendisine gönderilmiş olan 300,00.-TL. sından hiç bahsetmemektedir. Şikâyetli tazminat davasından önce idareye bir yıllık süre içinde başvurarak talepte bulunmalı ve talebin reddi veya cevap verilmemesi halinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde gerekli maddi ve manevi tazminat davasını açması gerekmekte iken bu görevini yerine getirmeyerek kendisinden beklenen özen borcuna aykırı davranmış olduğu anlaşılmaktadır.

Şikâyetli avukat, şikâyetçiler adına açacağı maddi ve manevi tazminat davasının açılması için son tarih 27.07.2006 iken davanın açılması talebi ve dava ile ilgili masrafın ödeme tarihi, zamanaşımı tarihinden çok sonra olmasına ve davanın zamanaşımı sebebiyle red edileceği bilinmesine rağmen gerek dava masrafının alınması ve zamanaşımı geçmiş olan davanın açılması Avukatlık Yasasının 38/ a maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Avukatlık Yasasının " İşin reddi zorunluluğu " başlığını taşıyan 38/ a maddesi " Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa ... teklifi red etmek zorundadır. " hükmüne yer vererek, avukatın usulsüz bir işi kabul etmemesi ile ilgili düzenleme getirmiştir. Bahis konusu düzenlemenin aksine hareket eden şikâyetli avukat davanın zamanaşımına uğradığını bilmesine karşılık dava masrafını alarak davayı açmakta sakınca görmemiştir. Şikâyetli avukat tarafından, zamanaşımına uğramış davanın açılması için müvekkilleri olan şikâyetçilerden talimat aldığına ilişkin yazılı bir delil de dosyaya su-

nulmadığından, şikâyetli avukatın bu konuya ilişkin savunmasına itibar edilmemiştir.

Avukatlık Yasasının 34.maddesine göre; “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğiince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 3.maddesine göre “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam sadakatle yürütür.” 4. maddeye göre de “Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”

Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34. 38/a maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 3 ve 4. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde hukuki isabet görülmemiş, şikayetli avukat hakkında ki “Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararın kaldırılarak Avukatlık Yasasının 136/1 madde gereğince en az kınama cezası verilmesi gerektiğinden şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikayetçilerin itirazlarının kabulü ile, Adana Barosu Disiplin Kurulunun “Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararının kaldırılmasına, araştırılacak başkaca husus kalmadığından, şikayetli Avukat A.S.Ö’nün kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine Ekler bölümünde yer verilmektedir. Bütün Dergi için olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaçlarınıza ve isteklerinize göre şekillenecektir.

KANUNLAR

RG 25 Şubat 2011/27857

- 6111 Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 03 Mart 2011/27863

- 6112 Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun
- 6113 Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Bir Kısım Borç ve Alacaklarının Düzenlenmesine Dair Kanun
- 6114 Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

RG 10 Mart 2011/27870

- Bazı Anlaşmaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunlar

RG 12 Mart 2011/27872

- Bazı Anlaşmaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunlar

- 6170 Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6171 Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6188 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Geri Kabul Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun

RG 22 Mart 2011/27882

- 6172 Sulama Birlikleri Kanunu
- Bazı Anlaşmaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunlar
- 6191 Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu

RG 29 Mart 2011/27889

- Bazı Anlaşmaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunlar
- 6213 Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6214 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 03 Nisan 2011/27894

- 6216 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

RG 09 Nisan 2011/27900

- 6224 Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 12 Nisan 2011/27903

6215 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 14 Nisan 2011/27905

6217 Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

6218 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

6219 Türkiyede Yapılan Birleşmiş Milletler Konferansları ve Toplantılarına Dair Ayrıcalık, Bağışıklık ve Diğer Bazı Hususlara İlişkin Düzenlemeler Hakkında Birleşmiş Milletler ve Türkiye Arasındaki Çerçeve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

6220 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve İslam Ülkeleri Standardlar ve Metroloji Enstitüsü Arasında İslam Ülkeleri Standardlar ve Metroloji Enstitüsünün Türkiyede Kurulması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

6221 Milletlerarası Para Fonu ile Milletlerarası İmar ve Kalkınma Bankasına Katılmak İçin Hükümete Yetki Verilmesine Dair Kanun, Avrupa İmar ve Kalkınma Bankasının Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile Asya Kalkınma Bankası Kuruluş Anlaşmasına Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

6222 Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun

T Ü Z Ü K L E R

RG 09 Nisan 2011/27900

2011/1567 Polis Bakım ve Yardım Sandığı Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

Y Ö N E T M E L İ K L E R

RG 16 Şubat 2011/27848

- Atılım Üniversitesi Savunma Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Şubat 2011/27849

- Cumhuriyet Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Şubat 2011/27850

- Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Tesisleri ve Üniversitelere Ait İlgili Birimlerin Birlikte Kullanımı ve İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarında Döner Sermaye Gelirlerinden Yapılacak Ek Ödemenin Dağıtılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik
- Yeni Yüzyıl Üniversitesi İş Sağlığı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yıldız Teknik Üniversitesi İstanbul Tarihi Yarımada Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 19 Şubat 2011/27851

2011/1359 Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Pansiyonları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2011/1377 Afet ve Acil Durum Yönetim Merkezleri Yönetmeliği

- Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Deniz Yolu ile Yapılacak Düzenli Seferlere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletlerinin İthalat ve İhracatında Uygulanacak İşlemlere Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Satış ve Kiralama Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Türk Dili Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 20 Şubat 2011/27852

- Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Amatör Telsizcilik Sınav ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Tekstil Mühendisleri Odası Serbest Tekstil ve Deri Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliği

RG 21 Şubat 2011/27853

- Tahıl Tohumu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Şubat 2011/27854

2011/1331 Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul ve Kurumların Yönetici ve Öğretmenlerinin Norm Kadrolarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Şubat 2011/27855

- Maliye Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Turizm Amaçlı Sportif Faaliyet Yönetmeliği
- İstanbul Şehir Üniversitesi Modern Türkiye Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 24 Şubat 2011/27856

2011/1418 Özel Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Liman Yönetmeliği
- Çevre ve Orman Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atamalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Şubat 2011/27857

- Mera Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sporcu Eğitim Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Yağlı Güreş Müsabaka Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Güreş Federasyonu Karakucak Güreş Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Wushu Ji ve Duan Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Atletizm Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Deplasmanlı Greko-Romen ve Serbest Güreş Lig Müsabakaları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğünün Mal, Hizmet Alımları ve Yapım İşleri ile İlgili Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği
- Beykent Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Şubat 2011/27858

- Milli Eğitim Bakanlığı Özel Okullar Çerçeve Yönetmeliği
- Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültürel ve Sosyal İlişkiler Eşgüdüm Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Taşınır ve Taşınmazlarının İdaresine Dair Yönetmelik

RG 27 Şubat 2011/27859

- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Biyomalzeme ve Doku Mühendisliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 28 Şubat 2011/27860

- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Rüzgar Enerjisi Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 01 Mart 2011/27861

- Dış Ticaret Müsteşarlığı Personelinin Yurt Dışı Sürekli Göreve Atanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Personelinin Yabancı Dil Bilgisi Seviyesinin Tespitine Dair Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Emniyet Teşkilatı Personeli Kimlik Kartları ile Polis Kimlik Kokartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Personeline İlişkin Öndegelim Esasları Hakkında Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Memurlarının Yurtdışına Sürekli Göreve Atanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Diplomatik Kariyer Memurlarının Görevde Yükselme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kamu İhale Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Osmangazi Üniversitesi Eğitim Uygulama ve Araştırma Hastanesi Sağlık, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Mart 2011/27862

- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Celal Bayar Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Arel Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Mart 2011/27863

- Atılım Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Iğdır Üniversitesi Çevre ve Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Mart 2011/27864

- Kontrollü Teslimat Uygulaması Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Silivri Liman Yönetmeliği
- Fikir ve Sanat Eserlerinin Tespit Edildiği Materyallerin Dolum, Çoğaltım ve Satışını Yapan veya Yayan İşletmelerin Sertifikalandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TEİAŞ'nin 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3/g Maddesi Uyarınca Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Esas ve Usullere Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Tarımsal Biyoteknoloji ve Gıda Güvenliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Beykent Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Avrasya Kültür ve Sanat Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yeni Yüzyıl Üniversitesi Engelliler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Mart 2011/27865

2011/1271 Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Maliye Bakanlığında Görevli Müfettiş, Kontrolör, Denetmen ve Uzmanların Görev ve Çalışma Yönetmeliklerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tekirdağ Liman Yönetmeliği
- Etiket, Tarife ve Fiyat Listeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi İngilizce Hazırlık Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bartın Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bartın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykoz Lojistik Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Iğdır Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Iğdır Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Mart 2011/27866

- Afet ve Acil Durum Harcamaları Yönetmeliği
- Polis Akademisi Başkanlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzme Havuzlarının Tabi Olacağı Sağlık Esasları ve Şartları Hakkında Yönetmelik
- Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik
- İstanbul Aydın Üniversitesi Türkçe Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kavram Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mardin Artuklu Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Plato Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Selçuk Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Dilek Sabancı Devlet Konservatuvarı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Şırnak Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Mart 2011/27867

- Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aksaray Üniversitesi Doğal ve Kültürel Mirasın Tanıtımı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Aksaray Üniversitesi Kırsal Kalkınma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Aksaray Üniversitesi Türk Kültürü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Aksaray Üniversitesi Aile Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Aksaray Üniversitesi Hidrobiyoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Mart 2011/27868

- Mahalli İdareler Bütçe İçi İşletme Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 09 Mart 2011/27869

- Gümrük Kontrolörleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Wushu Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Mart 2011/27870

2011/1368 Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bitki Koruma Ürünlerinin Toptan ve Perakende Satılması ile Depolanması Hakkında Yönetmelik
- Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Öğrenci Kayıt Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başkent Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başkent Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başkent Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykent Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Mart 2011/27871

- Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Mart 2011/27872

- Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Nakit Taleplerinin Hazırlanması ve Hazine Müsteşarlığına Bildirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Genel Müdürlüğü Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği
- M.K.E. Kurumu Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Konseyleri ve Yükseköğretim Kurumları Ulusal Öğrenci Konseyi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Rehberlik Psikolojik ve Danışmanlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Mart 2011/27873

- Ordu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Mart 2011/27874

- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Önlisans Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Diploma, Diploma Eki, Diploma Defteri, Mezuniyet Belgesi ile Diğer Belgelerin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gediz Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Namık Kemal Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Su Ürünleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Uşak Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Mart 2011/27875

- İstanbul Altın Borsası Elmas ve Kıymetli Taş Piyasası Yönetmeliği
- Türkiye-Şili Serbest Ticaret Anlaşması Çerçevesindeki Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelik
- Pan Avrupa Akdeniz Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Denklik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Amaçlı Tarımsal Arazilerin Korunması Programını Tercih Eden Üreticilerin Desteklenmesine ve Bu Üreticilere Teknik Yardım Sağlanmasına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Yönetmelik
- Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bahçeşehir Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Mart 2011/27876

- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankaya Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Çankaya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Medipol Üniversitesi Sağlık Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Mart 2011/27877

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin İç Sistemlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ardahan Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çaç Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çaç Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğuş Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğuş Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğuş Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Gelişim Meslek Yüksekokulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Mart 2011/27878

- Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında Görevli Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hücresel Sistem Anten Tesislerinin Tasarımı, Kurulumu ve Paylaşımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Hizmetleri, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Mart 2011/27879

- İhracata Yönelik Devlet Yardımları Kapsamında Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan Yapılan Ödemelere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği (SHY-6A)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kamu İhale Uzman Yardımcıları Yarışma ve Yeterlik Sınavları ile Meslek Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Mart 2011/27880

- Bitki Koruma Ürünlerinin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Bazı Tehlikeli Maddelerin, Müstahzarların ve Eşyaların Üretimine, Piyasaya Arzına ve Kullanımına İlişkin Kısıtlamalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Mart 2011/27881

- Gazi Üniversitesi Moleküler Biyoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Mart 2011/27882

- Karasu Liman Yönetmeliği
- Şile Liman Yönetmeliği
- Tuzla Liman Yönetmeliği
- Koç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 23 Mart 2011/27883

- Maliye Bakanlığı Gelirler Kontrolörleri Yönetmeliği, Gelir İdaresi Başkanlığı Vergi Denetmenliği Yönetmeliği, Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Devlet Gelir Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliği ile Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Uzmanlığı Yönetmeliklerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Karadeniz Teknik Üniversitesi Profesör Doktor Saadettin Güner Yakıt Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Yaşlı ve Engelliler Eğitimi Bakım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 24 Mart 2011/27884

- Acıbadem Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Acıbadem Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Mart 2011/27885

- Harp Akademileri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Teşkilat, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Bitki Koruma Ürünlerinin Sınıflandırılması, Ambalajlanması ve Etiketlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Bitki Koruma Ürünlerinin Ruhsatlandırılması Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gemi Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ahi Evran Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Mart 2011/27886

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayın Seçme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yurt İçi ve Yurt Dışı Eğitim ve Araştırma Bursları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Yükseköğretim Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Mart 2011/27887

- İstanbul Kültür Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Mart 2011/27888

- Çağ Üniversitesi Satınalma ve İhale Yönetmeliği

RG 29 Mart 2011/27889

- Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adıyaman Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Devlet Konservatuarı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 30 Mart 2011/27890

- İnönü Üniversitesi Dil Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kadir Has Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kocaeli Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans, Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Çocuk Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

DÜZELTME (Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile İlgili)

RG 31 Mart 2011/27891

- Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Müzik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Çocuk Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Hakkari Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Nisan 2011/27892

- Gaz Yakan Cihazlara Dair Yönetmelik (2009/142/AT)
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Devlet Koroları ve Toplulukları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Acıbadem Üniversitesi Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Artvin Çoruh Üniversitesi Ormancılık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bozok Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bozok Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Tarım ve Çevre Bilişimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeditepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeditepe Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeditepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Enerji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 02 Nisan 2011/27893

- Emekliliğe Yönelik Taahhütte Bulunan Kuruluşların Aktüeryal Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Personeli Atama, Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Zirai Mücadele Alet ve Makineleri Hakkında Yönetmelik
- Ahilik Haftası Kutlamaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Alevi-Bektaşî Kültürü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Nisan 2011/27894

- Tunceli Üniversitesi Alevilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Nisan 2011/27895

- Dicle Üniversitesi Veteriner Fakültesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bingöl Üniversitesi Zaza Dili ve Kültürü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırklareli Üniversitesi Türkiyat Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kırklareli Üniversitesi Afrika Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Nisan 2011/27896

- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Meslek Personeli Sınav, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Romanlar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Nisan 2011/27897

- Karayolları Trafik Kanunu Hükümleri Gereğince Uygulanan İdari Para Cezalarının Tahsilinde ve Takibinde Uygulanacak Usul ve Esaslar ile Kullanılacak Alındılar, Tutanaklar ve Defterler Hakkında Yönetmelik
- Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayburt Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bingöl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Yaşayan Diller Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kırklareli Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kırklareli Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Nisan 2011/27898

- Türkiye Cumhuriyeti Sınırları İçinde İniş ve Kalkış Yapan Türk veya Yabancı Sivil Hava Araçları Mali Mesuliyet Sigortası Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Özel Öğretim Kurumlarında Ücretsiz veya Burslu Okutulacak Öğrenci ve Kursiyerler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Cemil Meriç Düşünce ve Kültürel Çalışmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Nisan 2011/27899

- Askerî Hâkim Adaylarının Seçimi ve Yetiştirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Jandarma Genel Komutanlığında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Islah Amaçlı Hayvan Yetiştirici Birliklerinin Kurulması ve Hizmetleri Hakkında Yönetmelik
- Mesleki ve Teknik Eğitim Bölgesi İçindeki Meslek Yüksekokulu Öğrencilerinin İşyerlerindeki Eğitim, Uygulama ve Stajlarına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aksaray Üniversitesi Kapadokya Yöre Mutfağı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Atatürk İlkeleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Galatasaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi İngilizce Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi İletişim Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Haliç Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Kuş Bilimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Teknoloji Araştırma ve Geliştirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Nisan 2011/27900

- 2011/1568 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2011/1569 992 Numaralı Seriri ve Gıdaî Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Maslı Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteri-yoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanununa Müteferri Talimatnamenin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği

- Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rüzgâr Enerjisine Dayalı Üretim Tesisi Kurmak Üzere Yapılan Lisans Başvurularına İlişkin Yarışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Organ Seçimleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ticaret Borsalarında Mesleklerin Gruplandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Odalarda Mesleklerin Gruplandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Nisan 2011/27901

- Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Döner Sermaye İşletmeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tohumluk Patates Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Orman Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Uzaktan Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Öğrenci Evleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Hava Kurumu Üniversitesi Ana Yönetmeliği

RG 11 Nisan 2011/27902

- Akdeniz Üniversitesi Gıda Güvenliği ve Tarımsal Araştırmalar Merkezi Yönetmeliği
- Bahçeşehir Üniversitesi İngilizce Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nevşehir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Nisan 2011/27903

- Anadolu Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Nisan 2011/27904

- Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Bilgi Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Güneydoğu Anadolu Bölgesi El Sanatları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Türk Dünyası Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 14 Nisan 2011/27905

- Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Dershaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapı Malzemelerinin Tabi Olacağı Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Kemik, Kıkırdak, Doku Biyoteknolojisi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Palyatif Bakım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Fıstık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Şehir Üniversitesi Şehir Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Nisan 2011/27906

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Ayni ve Nakdi Yardım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Rehberlik ve Psikolojik Danışmanlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karabük Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Müslüm C. AKALIN,

**URFA MUTASARRIFI ŞEHİT
NUSRET BEYİN NEMRUT
MUSTAFA PAŞA DİVAN-I
HARBİNDEKİ SAVUNMASI**

Genişletilmiş İkinci Baskı,

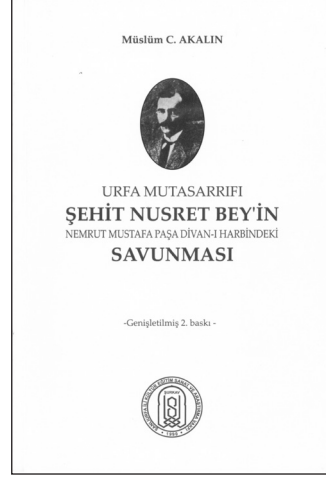
**Şanlıurfa İli Kültür Eğitim Sanat ve
Araştırma Vakfı
(ŞURKAV) Yayını, Ankara 2011**

Şanlıurfa Barosu önceki başkanlarından Avukat Müslüm C. Akalın Milli Mücadele döneminin önemli merkezlerinden olan Şanlıurfa tarihi ile ilgili çalışmalar yapmış, Milli Mücadelede Urfa, Urfa Mücahedesini, Urfa'nın Kurtuluşuyla ilgili Belgeler gibi kitaplar yayımlamış değerli bir meslektaşımızdır.

Son olarak ikinci baskısı yapılan ŞEHİT NUSRET BEY'İN SAVUNMASI yerel ve ulusal sınırları aşan uluslararası Ermeni soykırımını iddiaları yanında evrensel hukuk tarihine de katkılar da bulunabilecek kapsam ve içeriktedir.

4 Mart 1919 tarihinde "Allah'tan sonra İngiltere Krallık Hükümeti" ne "ümitlerini toplayan" Birinci Damat Ferit Paşa hükümeti 8 Mart 1919 tarihinde çıkardığı "Dersaadet Divan-ı Harbi Örfisi Hakkında Kararname" ile İstanbul'da (Nemrut) Mustafa Paşa başkanlığında 1 numaralı mahkemeyi kurdu. Aynı günlü bir Meclis-i Vükela kararı ile de "... tehcir münasebetiyle ika edilen ef'al-i cürmiyyede" bulunanların yargılanmasını bu mahkemeye tevdi etti. Bu mahkemeye ayrıca "milli mücadele yanlıların" yargılanması görevi de verilmişti ve bu mahkeme Mustafa Kemal Paşa başta olmak üzere bütün milli mücadele liderleri hakkında idam cezası verecektir.

Şanlıurfa Mutasarrıfı Nusret Bey bu mahkemede yargılanıp idama mahkûm edilir ve cezası Bayezit meydanında asılmak suretiyle yerine getirilir.



Nusret Bey'in Divan-ı Harbe gidişi Ermeni soykırımı iddiasında bulunanların yüzünü yere getirecek safhalar içermektedir.

Mahkemenin kararı ise adalet tarihine geçecek nitelik ve özellik taşımaktadır. Damat Ferit Paşa hükümetinin Anadolu'da gelişen milli mücadele karşısında başarısız kalması üzerine 18 Ekim 1920 tarihinde kurulan Ahmed Tevfik Paşa hükümeti Divan-ı Örfi kararlarının temyiz edilmek suretiyle gözden geçirilmesi ve düzeltilmesi imkânı taşıyan bir karar alır.

"Mustafa paşa Divan-ı Harbinin evrakında ve dosyalarında yapılan incelemeler sonucunda, Harbiye Nazırı; biri birini tanımayan kişilerin bir suçu aynı semtte aynı anda işlemiş gibi gösterilip tutuklanmış olduklarının, suçluymuş gibi tutuklanan bazı kişilerin geçimlerini sağlamaktan aciz kimseler olduğunun, görevlilerin bu kişiler hakkında suç tertip ettiklerinin ve sahte zabıt varakaları tanzim ettiklerinin ve kendi halindeki insanların düzmece isnatlara maruz kaldıklarının tespit edildiğini açıkladı. Harbiye Nazırı'na göre ilgisiz kişilerin haksız işlemlere maruz bırakılmasının nedeni yüksek görevdekilerin cemiyet ve parti zihniyetiyle dolu olmalarından ve bu durumun küçük memurlara sirayet etmesinden kaynaklanıyordu." (sh.35)

Eski dosyalar gözden geçirildiğinde eski Divan-ı Harb reisi Nemrut Mustafa Paşa'nın bir mahkûm için iki mazabata düzenlediği de ortaya çıkıyordu. Düzenlenen sahte mazbata ile idama mahkûm ve cezası infaz edilen Nusret Bey'dir. Nemrut Mustafa Paşa, bu eyleminden dolayı mahkûm olmuş ama "memleketin en kıymetli evladının, değerli askerinin idam hükümlerini tereddüt etmeden imzalayan 6. Mehmet Vahidettin" bu mahkûmiyeti onaylamamıştır.

Cezası infaz edilmiş bulunan Nusret Bey hakkındaki idam kararı da iptal edilmiştir. Bu olay idam cezası yandaşları açısından da önem taşımaktadır.

Milli mücadele ve hukuk tarihimizle ilgilenenlere tavsiye ediyorum.

**Dr. Ahmet ULUTAŞ,
Ömer Serdar ATABEY**

CEZA ALANINDA ULUSLARARASI ADLİ İŞBİRLİĞİ HUKUKU

Adalet Yayınevi, Ankara 2011

Bu kitapta, hukukumuzun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve ceza alanında adli işbirliği konusunda kendilerine en sık başvuru alan anlaşmalardan olan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi (CİKAYAS), Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS), Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi (HÜNADAS) ve bunların Ek Protokollerinin metinleri ile birlikte “açıklayıcı raporları” Türkçeye çevrilmiştir. Bu sayede uygulayıcının en çok ihtiyaç duyduğu metinlerin Türk hukuk yazınına kazandırılması hedeflenmiştir.



**Dr. Ahmet ULUTAŞ,
Ömer Serdar ATABEY**

TERÖRLE MÜCADELE MEVZUATI

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011

Bu kitapta, terörle mücadele alanında Türkiye'nin taraf olduğu tüm BM Sözleşmeleri ile Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri bir araya getirilmiş olup, bunun yanı sıra; son değişiklikleri işlenmiş Anayasa, Terörle Mücadele Kanunu, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Kanun Gerekçesi, Komisyon Raporları ve Türk Ceza Kanunu dahil ilgili diğer tüm yasal düzenlemelere yer verilmiş; akademisyen ve uygulayıcıların anılan düzenlemelere derli toplu ve bir arada erişmeleri hedeflenmiştir.

