

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.barobirlik.org.tr



UBAP ile

- ▶ Bilgilerinizi anında güncelleyebilirsiniz,
- ▶ Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilirsiniz,
- ▶ CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilirsiniz,
- ▶ Sosyal yardım başvurunuzu yapabilirsiniz,
- ▶ Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilirsiniz,
- ▶ "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilirsiniz,
- ▶ TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors
Av. Dr. Serkan Açar
Av. 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 Günüşur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.
Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.
Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

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

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

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

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

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

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. 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

13 Ece GÖZTEPE

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi / An Assessment Of The Right To Constitutional Complaint In Turkey In Light Of The Law No. 6216

41 Ali Rıza ÇINAR

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kürüm-Türkiye Kararının, Sözleşme ve İç Hukuktaki İlgili Hükümlere Göre Değerlendirilmesi / Evaluation of the Kürüm V. Turkey Judgment of the European Court of Human Rights with Respect to the Related Convention and National Provisions

97 Seçkin TOPUZ / Ferhat CANBOLAT

KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİ - (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi- / ALIENATION OF TENANCY CONTRACT - An Assesment of Article 323 of the (New) Turkish Code of Obligations-

135 Leyla Müjde KURT

Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücû Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı / The Statute of Limitations of the Claim for Recourse of the Debtor Who Indemnified the Victim When Several Persons are Liable for a Damage Caused by a Tort

163 Cenk AKİL

Yeni İsviçre Federal Medenî Usûl Yasası’nda Yer Alan Topluluk Davası (M. 89) Üzerine Kısa Bir Not / “Memorandum Regarding the Group Litigation (Article 89) in the New Swiss Federal Code of Civil Procedure”

175 Çınar Can EVREN

Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni / Distinction of Neglect of Duty-Tort and Branches of Judiciary

197 Fatma KARAKAŞ DOĞAN

Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı / The Compesations That Should Be Covered by the Amendment in the State Law to the Victims of Crime

MAKALELER / ARTICLES

235 Sibel İNCEOĞLU

Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler / What To Do for an Independent Judiciary Whithin the New Constitution? Suggestions from the Perspective of International Documents

269 Faruk Y. TURİNAY

Bir Kelime Olarak 'Anayasa'nın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler / Thoughts on Historical Journey of the Constitution As a Word

313 Ufuk TOPRAK

Çocuk Suçluluğunun Karakteristik ve Yapısal Özellikleri / Characteristics and Nature of the Childhood Delinquency

331 Turan ŞAHİN

Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması / Statements of Intent Concerning Formation of Electronic Contracts and Revocation of These Statements

377 Hasan DURSUN

Türkiye'de Ombudsmanlığın (Kamusaylığın) Etkin Olarak İşleyebilme Yetisi Yoktur / It Has No Potential for the Effective Operation of Ombudsman (Kamusay) in Turkey

419 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

442 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

Sevgili Meslektaşlarım,

Dergimizin bundan önceki sayısında yayımlanan yazımda, Birliğimizin 31. Olağan Genel Kurulu'nun biz avukatlara yakışan olgunlukta ve düzeyde geçmesini dilemiş, bu şekilde geçeceğine olan inancımın tam olduğunu ifade etmiş idim. Öyle de oldu. Yönetim olarak bundan duyduğumuz mutluluğu bir kez daha ifade etmek ve o güzel iklimi yaratan değerli baro başkanlarımıza, sevgili delege meslektaşlarımıza kendi adıma, Yönetim Kurulu üyesi arkadaşlarım adına en içten teşekkürlerimi sunmak isterim.

Çalışmanın, çalışanın genellikle pek dikkate alınmadığı, yeterince ödüllendirilmediği ve hatta kimi zaman cezalandırıldığı ülkemizde, yönetim olarak gösterdiğimiz çabanın, yürüttüğümüz çalışmaların takdir edilmiş olması, bizler için manevi yönden son derece anlamlı ve motive edici bir sonuç olmuştur. İnanıyorum ki bu sonuç, gelecekteki çalışmalarımız için yeni ve taze bir başlangıç olacaktır.

Kuşkusuz çalışma denilen, iş denilen şey, insanın dünyaya gelmesiyle birlikte var olmuştur. Ama yine de iş denilen, çalışma denilen şey insanlık tarihinin çok uzun sayılabilecek bir kesitinde eğitilmiş insanların, asillerin, varlıklı kişilerin yapacakları bir şey olarak değil, kölelerin yapması gereken bir şey olarak görülmüştür. Roma'da böyle olmuştur, eski Yunan'da, Osmanlı'da böyle olmuştur. Ve hatta Hıristiyanlığın ilk dönemleri ile İslamiyet'te de böyle olmuştur.

Alain De Botton'un "Görmek ve Fark Etmek" isimli kitabında işaret ettiği üzere çalışmayla, işle ilgili ilk pozitif düşünceleri, Rönesans ile birlikte İtalya'nın şehir devletlerinde, özellikle Michelangelo ve Leonardo da Vinci gibi seçkin sanatçıların biyografilerinde ve daha sonra Benjamin Franklin, Diderot, Rousseau gibi burjuva düşünürlerinin kitaplarında görürüz..

Çalışmayı, iş yapmayı, üretmeyi yücelten ve hatta kutsayan dinsel anlamdaki ilk çağrıya ise Protestan öğretisinde rastlarız. Bu bağlamda Protestan Kiliseleri'nin kendi cemaatlerine çok sık olarak *"Tanrı'nın, kullarından, hem dünyevi ve hem de ruhsal yönden başarılı bir yaşam sürmelerini; bu dünyada edinilen servetin, öbür dünyada da hak edileceğini"* öğütlediklerini görürüz.

Bundan olsa gerek, kapitalizmin en önce ve en çok gelişme gösterdiği ülke Protestanların çoğunlukta olduğu Almanya'dır. Sanayi Devrimi'nin gerçekleştiği ilk ülke olan İngiltere halkının çoğunluğu da, Katoliklik ile Protestanlığın bir sentezi, ama daha çok Protestan öğretisinin bir türe-

vi olan Anglikan mezhebi mensubudur. Kapitalizm ile Protestanlık arasındaki yakın ilişki, diğer bir deyişle Protestan öğretisinin kapitalizmin gelişmesi üzerindeki olumlu etkisi, ünlü toplumbilimci *Max Weber* tarafından yazılmış olan "*Protestan Ahlakı ve Kapitalizm*" isimli eserde enine boyuna incelenir.

Çoğumuzun kişisel tarihinde bir şeyleri kutsayan, yücelten yıllar vardır. Kutsanan, yüceltilen şey kimi zaman sol, kimi zaman sağ, kimi zaman sermaye, kimi zaman emek ya da dünyevi başka bir şey olmuştur. Bugün geldiğimiz noktada şöyle bir bakınca; hepsi değerli, hepsi anlamlı, hepsi saygıya değer olmakla birlikte, bunların hiçbirisinin kutsanacak ya da yüceltilecek kadar önemli olmadığını kendi adıma söylemek durumundayım. Bir şeyi daha söylemek durumundayım, o da şu; dünyevi herhangi bir şeyi yüceltecek veya kutsayacak isek eğer, o şey herhalde çalışmak olmalıdır, iş yapmak, hizmet etmek, üretmek olmalıdır, bu dünyadan ayrılıp giderken geride bir eser bırakmak olmalıdır.

İş yapmak, üretmek, eser bırakmak elbette çalışmayı, çok çalışmayı gerektirir. Ama sadece çalışmak yetmez. Bir kurumun, bir kuruluşun yönetim sorumluluğunu üstlenmiş olanlar için ise hiç yetmez. O konumda olanların çok çalışmanın yanı sıra vizyon sahibi olmaları, erdemli ve yetenekli olmaları gerekir. Ki buna "*meritokrasi*", yani "*erdemleri ve yetenekleriyle öne çıkanların yönetimi*" deniyor. Amerika Birleşik Devletleri'nin "*founding fathers/kurucu babalar*"ından olan *Thomas Jefferson*'un siyaset sanatına getirdiği ve "*en büyük hedefim ABD'ni meritokrasiye dayalı bir ülke yapmaktır*" dediği meritokratik yönetim: statülerin, pozisyonların, mevkilerin, ödüllerin yetenek, ehliyet, liyakat, erdem temelinde dağıtılmasını öngörür.

Avukatlar olarak bizim yapmamız gereken şey de, herhalde barolarımızda ve Türkiye Barolar Birliği'nde görev yapacak olanları bu ilkelere uygun biçimde seçmek olmalıdır.

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı



***Birliğimizin Denetleme Kurulu Üyesi Av. M.Mevlüt Ünlü
03.06.2011 Tarihinde Yaşamını Yitirdi.***

***Merhuma Allah'tan Rahmet, Ailesine, Yakınlarına ve
Tüm Meslektaşlarımıza Başsağlığı Dileriz.***

Türkiye Barolar Birliği

Av. Mevlüt ÜNLÜ

Av. Mehmet Mevlüt Ünlü 27 Ocak 1950 Çaycuma' da doğdu. İlköğretimi Zonguldak Özel Gelik İlkokulu, Ortaöğretimi Zonguldak Kilimli Ortaokulu, Lise öğrenimini ise Zonguldak Mehmet Çelikel Lisesinde okudu. Üniversite öğrenimini yaptığı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 30.11.1972 yılında mezun olmuştur. Avukatlık Stajına 2.12.1972 yılında başlayıp 03.12.1973 tarihinde bitirmiştir. 04.12.1973 tarihinde Zonguldak Barosuna kayıt olarak serbest avukatlık yapmaya başlamıştır. Zonguldak Barosu Yönetim Kurulunda ve 16.10.2000 - 16.10.2004 tarihleri arasında Baro Başkanı olarak görev yapmıştır. 2009 (Mayıs) - 2011 (03 Haziran) tarihleri arasında Türkiye Barolar Birliği Denetleme Kuruluna seçilmiştir. Evli ve üç çocuk babasıdır.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN VE DÜNYADAN HABERLER*

• Avrupa Birliği Konseyi

20 Haziran 2011 tarihinde Lüksemburg'da toplanan Avrupa Birliği Konseyi Dış İlişkiler Komitesi tarafından Suriye'de gerçekleşen olaylarla ilgili on bir maddeden oluşan bir rapor yayınladı.

Söz konusu raporda, Suriye'de yaşanan olaylar kınanırken, Yönetimin halkın güçlü reform isteklerine karşılık vermediği; Suriye'de devam eden şiddetli baskının iç ve bölgesel istikrarı tehdit ettiği gibi konular vurgulandı.

Konsey raporunda, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Suriye'de yaşanan olaylarla ilgili ön raporuna da atıf yaparak, ülkede işkence de dâhil olmak üzere birçok insan hakkı ihlalinin gerçekleşmekte olduğu ile ilgili iddialara da yer verdi.

Komisyon raporunun detayları için <http://www.consilium.europa.eu/showFocus.aspx?id=1&focusid=622&lang=en> adresini ziyaret edebilirsiniz.

• Avrupa Birliği Dönem Başkanlığı

Ocak ayından itibaren Avrupa Birliği dönem başkanlığını sürdürmekte olan Macaristan 1 Temmuz itibariyle dönem başkanlığını Polonya'ya bırakacak.

Polonya hükümet sözcüğünün yaptığı açıklamalar doğrultusunda ülkenin AB dönem başkanlığı programında üç ana öncelik bulunuyor:

* TBB Uluslararası İlişkiler ve Avrupa Birliği Merkezi'nden Murat Yalkın tarafından hazırlanmıştır.

- Büyümenin kaynağı olarak Avrupa entegrasyonu: Bütçe, ortak pazar

- Güvenli Avrupa: Gıda, enerji, savunma

- Açıklıktan faydalanan Avrupa.

Polonya'nın dönem başkanlığı hedefleri ile ilgili daha fazla bilgi için http://www.abgs.gov.tr/abis/files/makaleler/the_priorities_of_the_polish_presidency_of_the_eu_council.pdf adresini ziyaret edebilirsiniz.

• **Birleşmiş Milletler**

2007 yılından bu güne Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği görevini sürdüren Ban Ki-moon 21 Haziran 2011 tarihinde yapılan oylama sonucunda oybirliği ile yeniden Genel Sekreterlik görevine seçildi. Moon'un ikinci dönem Genel Sekreterliği 1 Ocak 2012 tarihinde başlayarak 31 Aralık 2016 yılına kadar devam edecek.

• **Tunus**

Tunus'un devrik lideri Zeynel Abidin Bin Ali ve eşi zimmetlerine para ve mücevher geçirmekten suçlu bulundu. 21 Haziran 2011 tarihinde yapılan duruşma sadece birkaç saat sürdü.

Arap dünyasını hızla saran "Yasemin Devriminin" çıkış noktası Tunus'un devrik lideri Bin Ali, 1987 yılında Cumhurbaşkanı görevine başlamıştı. Bin Ali, ekonomik krizden bunalan halkın özgürlük talepleri ile 2010 Aralığında başlayan ayaklanmaları sonucunda Ocak 2011 de Suudi Arabistan'a kaçmak zorunda kalmıştı.

Bin Ali'nin ülkeden ayrılmasının ardından hakkında birçok suçlamada bulunuldu. Hakkındaki suçlamalardan ilki olan zimmetine para ve mücevher geçirmekten ilk duruşmada ceza alan

Tunus'un devrik lideri ile ilgili silah ve uyuşturucu kaçakçılığı suçlamaları ile ilgili yargılama 30 Haziran 2011 tarihinde gerçekleştirilecek.

- **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2011 yılının ilk altı ayına ilişkin istatistikleri yayınladı.

İstatistiklere göre 30 Haziran 2011 tarihi itibarıyla Mahkemenin elinde 152.800 incelenmeyi bekleyen başvuru bulunuyor.

Ülkemizin de istenmeyen şekilde üst sıralarda yer aldığı istatistiklerde 42.300 başvuru sayısı ile Rusya birinci konumda iken Türkiye 17.700 başvuru ve tüm başvurular arasın %11,6'lık oranla ikinci sırada yer alıyor. Ülkemizin ardından ise Romanya (12.850 Başvuru), İtalya (11.550 Başvuru) Ukrayna (10.750 Başvuru) Polonya (7.100 Başvuru), Sırbistan (5.400 Başvuru), Moldova (4.150 Başvuru) ve Bulgaristan (3700 Başvuru) yer almakta.

Mahkemenin 31 Aralık 2010 tarihli istatistiklerinde incelenmeyi bekleyen toplam başvuru sayısı 139,650 olarak açıklanmıştı. Ülkemizle ilgili olarak incelenmeyi bekleyen başvuru sayısı geçtiğimiz yıl 15.200 idi.

Daha detaylı bilgi için bakınız. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information+by+year/>

**TÜRKİYE'DE ANAYASA MAHKEMESİ'NE
BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ
(ANAYASA ŞİKÂYETİ) 6216 SAYILI KANUN
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
AN ASSESSMENT OF THE RIGHT TO CONSTITUTIONAL
COMPLAINT IN TURKEY IN LIGHT OF THE LAW NO. 6216

Ece GÖZTEPE*

Özet: 5982 sayılı ve 7 Mayıs 2010 tarihli Anayasa Değişikliği Hakkında Kanunla kabul edilen anayasa şikâyeti kurumu, yeni Anayasa Mahkemesi Kanunuyla somutlaştırılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin özgül bir koruma yöntemi olan bu kurum, Türk anayasa yargısı açısından yepyeni bir dönemin başlangıcını teşkil etmektedir. Makale, yeni kanundaki düzenlemeleri anayasa şikâyetinin özü bağlamında değerlendirmekte ve kurumun başarı şansını artırmak için öneriler getirmektedir.

Anahtar Sözcükler: Anayasa Şikâyeti, anayasa yargısı, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

Abstract: The amendment of the Constitution from May 7, 2010 (No. 5982) has been introduced the constitutional complaint remedy which has to be concretised by the law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court. Constitutional complaint is one of the most effective remedies to protect the fundamental rights and freedoms. It constitutes a new challenge for the Turkish constitutional review system. The article analyzes the rules on constitutional complaint of the new law on Constitutional Court in a comparative basis and develops some suggestions to advance the chance of success of this new remedy.

Keywords: Constitutional complaint, constitutional review, Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court (No. 6216)

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Giriş

7 Mayıs 2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilip 13 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan, ancak 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması sonucunda yürürlüğe giren 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun¹, yargı alanında çok kapsamlı değişiklikler öngörmektedir. Bu değişiklikler arasında Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu, üyelerinin görev süresi, Mahkeme’nin görev ve yetkileri ile çalışma ve yargılama usulleri hakkındaki kökten yenilikler de yer almaktadır. Anayasa’nın 148. maddesine eklenen üç, dört ve beşinci fıkralar ile Anayasa Mahkemesi’ne “bireysel başvuruları” inceleme yetkisi verilmiştir². Buna göre,

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir”.

Anayasa değişikliği teklifinin madde gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının tanınmasına gerekçe olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) Türkiye aleyhine her yıl binlerce başvuru yapılması gösterilmiştir. Bu yeni kurumla hedeflenen amaç, bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanmasıdır. Bu hak doğrultusunda yapılacak insan hakları ihlâl başvurularının incelenmesi ve karara bağlanması, Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilecek, böylelikle AİHM’ye yapılacak başvurular azaltılacaktır. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

¹ Halkoylamasında seçmenlerin %57,88’i “evet”, %42,12’si ise “hayır” oyu kullanmıştır. Resmi sonuçlar için bkz. 23 Eylül 2010 tarih ve 27708 sayılı Resmi Gazete.

² Türk hukuk literatüründe genellikle “anayasa şikayeti” kavramı kullanılmaktadır. Aşağıdaki ülke örneklerinde de görüldüğü gibi, bazı ülkelerde bireylere de somut herhangi bir dava olmaksızın Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan doğruya anayasa aykırılık iddiasında bulunma hakkı tanınabilmektedir. Bu anlamda bireysel başvuru yolu, anaya şikayeti niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle Türk anayasa yargı sistemi ve Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yolları dikkate alındığında, 148. maddede düzenlenen yeni hakkın, anayasa şikayeti olarak ifade edilmesi daha doğrudur.

Her ne kadar gerekçenin devamında, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacağı ve kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacağı belirtilmekteyse de, asıl amaç, AİHM'ye başvuruda Anayasa Mahkemesi'ni bir iç hukuk filtresi haline getirmektir³. Bu asli hedef nedeniyle de, bireysel başvuru konusu yapılabilecek temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın İkinci Kısımının İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Bölümlerinde düzenlenen temel hak ve özgürlükler değil, *"Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birisidir"*. Dolayısıyla bireysel başvuru hakkının kapsamı, AİHS mekanizmasıyla organik bir bağ içerisindedir⁴.

3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa'nın 148/V doğrultusunda bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasları düzenlendi. Yasakoyucu, anayasa

³ 5 Nisan 2010 tarihli 2/656 numaralı kanun teklifi, s. 10 vd.

⁴ Anayasa Mahkemesi'nin kendi görev alanıyla ilgili olarak 2004 yılında hazırladığı anayasa değişikliği önerisinde ve Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) hazırladığı 2001 ve 2007 tarihli anayasa önerilerinde AİHS ile ilişkilendirilen anayasa şikâyeti hakkı, bu makalenin yazarının aksine organik bir bağ olarak anlaşılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin önerisinde şu ifade yer almaktadır: *"Anayasa şikâyeti, ilke olarak klasik haklarla sınırlı tutulmaktadır. Ancak, Anayasanın temel haklara ilişkin üçlü sınıflaması içinde bunları ayırmanın zorluğu karşısında Anayasa şikâyeti yoluyla sağlanacak korumanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması uygun görülmüştür. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasıyla da bir paralellik kurulmuştur"*. Aynı şekilde TBB'nin 2007 yılındaki Anayasa Önerisinde de AİHS ile ilişkin organik değil, pratik-işlevsel bir zorunlulukla açıklanmıştır: *"Gerek TOBB'nin ve gerekse TBB'nin 2001 yılında hazırladığı Anayasa taslaklarında Anayasa şikâyeti, AİHS'nin koruduğu hak ve özgürlüklere karşılık olarak Türk Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuş, Anayasa Mahkemesi de sunduğu taslakta aynı formülü benimsemiştir. Aslında bu formül, Türk Anayasası'nın haklar katalogundaki uyumsuzlukların zorladığı pratik bir çözümdür. Çünkü sosyal ve ekonomik haklardan kullanılmaları devletin olumlu bir edimine bağlı olanlar, ilke olarak Anayasa şikâyeti kurumu ile korunmaya elverişli değildir. Ancak Anayasa'mızın sosyal ve iktisadi haklar bölümünde yer alan sendika, grev ve toplu sözleşme gibi hakların kullanımı ilke olarak devletin olumlu bir edimine bağlı olmayıp, bu tür haklar yapıları itibariyle klasik haklardan farklıdır. Bu tür hakların ya tek tek sayılması ya da AİHS'deki haklarla paralellik kurularak açıklanması gerekiyordu. Yukarıda anılan taslaklarda ikinci yol daha pratik ve esnek olduğu düşüncesiyle tercih edilmiştir. Bu formülle kastedilen AİHS'deki hakların ihlali değil, Türk Anayasası'nda bunlara tekabül eden hak ve özgürlüklerin ihlalidir"*. Krş. Madde 166'nın gerekçesi, s. 292.

şikâyetini ayrı bir kanunda düzenlemek yerine, 2949 sayılı eski kanunda olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yetki ve görevlerinin neredeyse tamamını tek bir kanunda düzenleme yolunu seçmiştir. Bu çalışmanın amacı, Anayasadaki düzenlemeden başlayarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını düzenleyen kanun hükümlerini, kurumun işlevi doğrultusunda analiz etmektir. Bu nedenle ilk önce, bazı ülkelerdeki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru türlerine bakılarak, bu kurumun özü hakkında genel bir bilgi verilecektir. Genel anlamda Anayasa Mahkemesi'ne başvuru, özelde de anayasa şikâyeti uygulaması, değişik ülkelerde farklı biçimlerde somutlaştırılmıştır. Kısaca örnek verilen ülkelerin özelliği, gerçek anayasa şikâyetinin en iyi örnekleri olmalarından kaynaklanmaktadır (I). Daha sonra 6216 sayılı kanunun oluşum süreci, hükümet tasarısından başlayarak yasama sürecinin bütün aşamaları incelenerek değerlendirilecektir (II). Çalışmanın ana gövdesini, 6216 sayılı kanunun bireysel başvuruya ilişkin hükümlerinin ayrıntılı bir analizi oluşturmaktadır (III). Sonuç kısmında ise, kurumun başarıya ulaşması için gerekli görülen yasal düzenleme önerilerine yer verilmiştir.

I. Anayasa Şikâyeti: Kavram ve Farklı Ülke Uygulamaları Üzerine Kısa Bir Değerlendirme

Avrupa Konseyi bünyesinde görev yapan Venedik Komisyonu'nun 2004 tarihli anayasa değişikliği taslağının Anayasa Mahkemesi ile ilgili kısımlarına ilişkin görüşünde⁵ de belirtildiği üzere, Almanya (*Verfassungsbeschwerde*) ve İspanya'da (*recurso de amparó*) en kapsamlı örnekleri görülen anayasa şikâyeti kurumu, Rusya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, Makedonya, Hırvatistan, Macaristan, İsviçre ve Avusturya'da da değişik biçimlerde kabul edilmiştir⁶. Her ülke, anayasa şikâyeti kurumunun kapsamını kendi hukuk sisteminin bütünlüğünü ve iç tutarlılığını gözeterek değişik işlemlere karşı kabul etmekte ve kurumun yapısı temel siyasal tercih doğrultusun-

⁵ Opinion 296/2004, CDL-AD (2004)024 (29.06.2004), s. 6.

⁶ Venedik Komisyonu'nun 538/2009, CDL-AD (2010)039 sayılı (27.01.2011) "*Study on Individual Access to Constitutional Justice*" çalışmasında, Avrupa dışında diğer ülkelerdeki başvuru yolları da ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

da belirlenmektedir. Literatürde genellikle “gerçek anayasa şikâyeti” ve “gerçek olmayan anayasa şikâyeti”⁷ olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak, teknik anlamda anayasa şikâyeti, anayasayla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önlenmesi amacını taşıyan bireysel başvuru hakkı olarak tanımlanmaktadır. Başka bir nedenle kişilere tanınan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı ise genel anlamda bireysel başvuru olmakla birlikte, anayasa şikâyeti olarak kabul edilmemektedir⁸.

Yukarıda anılan ülkelerden Almanya’da, anayasa şikâyetinin en kapsamlı biçimlerinden birisi uygulanmaktadır⁹. Yasama, yürütme ve yargı olmak üzere, bütün kamu gücü işlemleri anayasa şikâyeti konusu yapılabilir. Anayasa şikâyeti bu ülkede 1949 Anayasası’yla değil, 1951 yılında federal bir yasayla ilk kez sisteme dahil edilmiş, kurumun başarısı üzerine 1969 yılında Anayasada düzenlenmiştir. Anayasa şikâyeti kurumunun varlığı, Almanya’daki birçok kritik sosyal politika konusunun Mahkeme’nin kararıyla çözüme kavuşturulmasına olanak tanımıştır (kürtaj, vicdani red, ortam dinleme, eşcinsel evlilik vb.)¹⁰. Mahkeme’nin kritik konulardaki kararları, temel hak ve özgürlüklerin alanını genişletmesi nedeniyle tatmin edici bulunmaktadır. Anayasa şikâyeti, kamu organlarından kaynaklanması muhtemel her türlü ihlale karşı yurttaşlara temel hak ve özgürlüklerini yargı yoluyla koruma olanağı tanıdığından, hukuk devletinin ve “yurttaşların anayasayı korumalarının”¹¹ gelişmiş bir aracı olarak görülmektedir. Diğer anayasal yargı yöntemleri son kertede temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet etmekle birlikte, onların temel işlevi anayasal düzeni bir bütün olarak korumaktır; temel haklar öncelikli mesele değildir. Buna karşılık anayasa şikâyeti

⁷ Bkz. Georg Brunner, “Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), s. 191-247; Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Editörler: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları: Ankara, 2006, s. 101 vd.

⁸ Krş. Venedik Komisyonu’nun 538/2009, CDL-AD (2010)039 sayılı (27.01.2011) “Study on Individual Access to Constitutional Justice” çalışması.

⁹ Türk hukuk literatüründeki kapsamlı bir çalışma için bkz. Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998.

¹⁰ Rudolf Mellinshof, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 32.

¹¹ Mellinshof (2009), a.g.m., s. 33.

anayasa hukukunun toplamda gelişmesine de katkıda bulunur; demokratik bilinci geliştirir ve devlet organları üzerinde eğitici ve önlleyici bir etkisi vardır¹². Almanya'da anayasa şikâyeti kamu gücünün bütün işlemlerine karşı, ama ancak bütün kanunları tüketildikten sonra mümkündür.

Ancak yasalara karşı tanınan anayasa şikâyeti yolunda, acil ve güncel bir hakkın ihlali ya da ihlal tehlikesi karşısında kanun yollarının tüketilmesi koşulu aranmamaktadır. Avrupa hukuk literatüründe büyük yankı uyandıran yakın tarihli bir karar, yasalara karşı anayasa şikâyeti hakkı tanınmasının ne denli önemli olduğunu ortaya koymuştur¹³. 11 Eylül 2001'de New York'taki Dünya Ticaret Merkezi'ne iki uçakla, Pentagon'a ise bir uçakla gerçekleştirilen ve 3000 kişinin ölümüne neden olan saldırılar; bunun yanısıra 5 Ocak 2003'te Frankfurt'ta tek kişilik bir uçağın pilotunun Avrupa Merkez binasına çarpacağı yönündeki tehditler, sivil havacılığın şiddet eylemlerinin aracı olarak kullanılabileceğini açık bir biçimde göstermişti. Alman hükümeti de bu iki olay sonrasında sivil havacılıktaki olası tehlikelere karşı bir yasal düzenleme yapmış ve Hava Güvenliği Yasasının 14. maddesiyle, sivil uçakların insanların yaşamlarını tehdit edecek biçimde silah olarak kullanılması durumunda, Alman ordusuna Federal Savunma Bakanının ya da vekilinin emriyle bu uçağı düşürme yetkisi vermişti. Bu maddede, alınacak önlemler kademeli bir biçimde sıralanmış ve daha önceki tedbirler uçağın insanların yaşamını tehdit eden bir silah olarak kullanılmasını engelleyemediyse, hava kuvvetlerine uçağı düşürme yetkisi tanınmıştı.

Bu kanun yürürlüğe girdikten hemen sonra üç Alman vatandaşı doğrudan doğruya yasaya karşı anayasa şikâyeti başvurusunda bulunmuşlardır. Başvuranların iddiaları bu yasayla, fail değil, bir suçun mağduru olan insanları kasıtlı biçimde öldürme konusunda devlete yetki verilmesiydi. Bu nedenle de Alman Anayasasında güvence altına alınan insan onurunun korunması ve devletin saygı yükümlülüğünün (madde 1/I), yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün (madde

¹² Mellinshof (2009), a.g.m., s. 33. Anayasa şikâyetinin sübjektif ve objektif fonksiyonu için ayrıca bkz. Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Auflage, C.H. Beck: München, 2006, s. 28 vd.

¹³ BVerfGE, 1 BvR 357/05 (15.2.2006).

2/II, birinci cümle), son olarak da temel hakların özüne dokunma yasağının (madde 19/II) ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, dava konusu normun başvuru açısından kişisel, güncel ve dolaysız (yani araya herhangi bir icrai işlem girmeksizin) bir etkisi olduğunu kabul etmiş; başvuru konusu normun da bütünüyle anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü üzere, kamu gücünün temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale ya da tehdit oluşturan her türden işlemi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin denetimine sunulabilmektedir.

Avusturya'da ise Anayasa'nın 144. maddesine göre anayasa şikâyeti (*Bescheidbeschwerde*) yoluna, temel haklarından birinin *idari bir işlemle* ihlal edildiğini ileri süren kişiler başvurabilir. Bu başvuruda hak ihlalinin yasaya aykırı bir kararnameden kaynaklandığı da ileri sürülebilir. Mahkeme'ye başvuru öncesinde *idari* başvuru yollarının tüketilmesi gerekmemektedir. Yani idari yargı denetimi olmaksızın şikâyet, doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne getirilmektedir. Bunun sonucunda idari yargı denetimi yoluna başvurulmadan Mahkeme'ye yapılan anayasaya aykırılık başvuruları, hem Mahkeme'nin iş yükünü artırmakta, hem de görece önemsiz konuların Mahkeme önüne gelmesine neden olarak onu asli işlevinden, yani kanunların anayasaya aykırılığını denetlemekten, alıkoymaktadır¹⁴.

Yasaların anayasaya uygunluk denetiminin doğrudan doğruya bireyler tarafından Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilmesine ise *bireysel başvuru hakkı* denmektedir. Anayasa'nın 140/I maddesine göre, bir yasa tarafından anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler, bu yasa idarenin bir işlemiyle ya da bir yargı kararıyla bireye

¹⁴ Gerhart Holzinger, "Avusturya Anayasa Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 73 vd. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan yıllık başvuruların yaklaşık %80'i reddedilmektedir (s. 65). Ancak Avusturya örneğinde dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, Anayasa'ya göre, Anayasa Mahkemesi'nin esastan incelemeyi reddedebilmesi için söz konusu uyuşmazlığın Danıştay'ın görev sahası dışında bırakılmamış olması gerekmesidir. Bunun anlamı, idari işlemlerin yargısal denetiminde Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın işlevsel bir işbirliği yapmalarıdır. Anayasa Mahkemesi idari işlemi anayasadaki temel hak ve özgürlüklere uygun yorum ve uygulama açısından denetlerken, Danıştay kanuna uygunluk denetimini üstlenmektedir. Bu işlevsel işbirliği ve Anayasa Mahkemesi'nin iş yüküyle ilgili açıklamalar için bkz. Holzinger (2009), s. 65.

uygulanmadıysa, doğrudan doğruya anayasaya aykırılık iddiasıyla Mahkeme’ye başvurabilmektedir (ayrıca bkz. madde 89/III)¹⁵. Ancak görülmekte olan bir davada uygulanacak normun anayasaya aykırılığı iddiasını bireyler ileri sürememekte, bu yetki sadece mahkemelerde bulunmaktadır ki, Avusturya anayasa yargısının eksikliklerinden birisinin de bu olduğu belirtilmektedir.

İspanya’ya da esin kaynağı olan ve 5 Şubat 1857 tarihli Federal Anayasa ile kabul edilen Meksika’daki *amparo* kurumu, kamu gücünün temel hak ve özgürlüklere riayet etmesini sağlayan bir araçtır. Bu güvence toplamda, birbirinden son derece farklı birçok hukuki koruma aracını bünyesinde barındırmakta, bunlar arasında gerçek anlamda anayasa şikâyeti koruma mekanizmasının sadece küçük bir bölümünü teşkil etmektedir¹⁶. İspanya’daki *recurso de amparo* yoluna İspanya Anayasası’ndaki bütün temel hak ve özgürlükler için başvurulamamaktadır (bkz. Anayasa’nın 53/II maddesi¹⁷). Bu nedenle amparonun objektif koruma alanı sınırlıdır¹⁸. Başvuru hakkı madde 162/1b fıkrasıyla “*meşru bir menfaat bağlantısı olan bütün gerçek ya da tüzelkişilere, Kamu Denetçisine ve Savcılık makamına*” tanınmıştır. Dolayısıyla madde 53/II’deki “*vatandaş*” kavramı, Anayasa’nın bir başka maddesinde yabancıları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir ve uygulamada da böyledir¹⁹. Başvurunun konusu, kamu güçlerinin işlemleri, eylemleri ya da ihmalleridir. Ama kanunlara karşı bireysel başvuru mümkün değildir. Temel hakların yatay etkisinin bir sonucu olarak, özel kişilerden kaynaklanan hak ihlalleri de başvuru konusu

¹⁵ Gerhart Holzinger (2009), a.g.m., s. 69. Ayrıca bkz. Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998, s. 28 vd.

¹⁶ Genaro David Gongora Pimentel, “*Amparo ne içindir?*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 163 vd.; Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Auflage, C.H. Beck: München, 2006, s. 73.

¹⁷ Madde 53: (2) Any citizen may assert a claim to protect the freedoms and rights recognized in [section 14](#) and in [division 1 of Chapter 2](#), by means of a preferential and summary procedure before the ordinary courts and, when appropriate, by lodging an individual appeal for protection (*recurso de amparo*) to the Constitutional Court. This latter procedure shall be applicable to conscientious objection as recognized in [section 30](#).

¹⁸ Maria Emilia Casas Baamonde, “*Amparo Başvurusu*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 102.

¹⁹ Vatandaşlık haklarından yabancıların da yararlanması için Maastricht Antlaşması uyarınca yapılan değişiklik için bkz. Anayasa’nın 13/2 maddesi.

olabilir. Özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı ve çalışma hayatı bu alanlara örnektir²⁰.

Değişik işlemlere karşı ve değişik usullerle kabul edilen anayasa şikâyetinin temel işlevine bakıldığında, dört ana unsur tesbit edilebilir²¹:

1. Hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını sağlamak ve korumak (bu da 11. maddede dile getirilen Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü yatay etki yoluyla hayata geçirilerek gerçekleştirilebilir),
2. Anayasaya uygun yorum ilkesinin kapsamını genişletmek,
3. Yargıda birliği sağlamak,
4. Yurttaşların demokratik bilinçlerinin gelişmesinde katkıda bulunmak.

Sayılan bu işlevlerin tümü, anayasa şikâyetinin kabul edildiği ülkelerdeki en öz ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle, anayasa şikâyetinin özü, yukarıda sayılan ilkelerde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle, 6216 sayılı yeni Anayasa Mahkemesi Kanununda düzenlendiği biçimiyle anayasa şikâyetini bu işlevlerin ışığında ele almak yerinde olacaktır.

Anayasa şikâyetinin temel işlevlerine ek olarak bir de, her bir ülkenin kendi ihtiyaçlarının dayattığı saikler vardır; bunların da ayrıca incelenmesi bir zorunluluktur. Ancak çalışmamızda bu kısım ele alınmayacaktır.

²⁰ Maria Emilia Casas Baamonde, "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 104. Recurso de amparo kurumu için ayrıca bkz. Selin Esen, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *AÜHF Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 4, 2003, s. 249 vd.

²¹ Fazıl Sağlam'ın giriş ve takdim konuşması, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 27. Ayrıca bkz. Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı (Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Doç. Dr. Ece Göztepe, Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak, Av. Serkan Cengiz ve Av. Zeynep Sedef Özdoğan İzmir Barosu Başkanlığı'nın daveti üzerine 4 Şubat 2011 tarihinde bir çalıştayda biraraya gelerek, Anayasa Mahkemesi Kanunu tasarısının anayasa şikâyetiyle ilgili bölümlerini, kurumun temel işlevlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını dikkate alarak tartışmışlar ve çalıştayın sonuçlarını, 15 Şubat 2011 tarihinde bir rapor olarak İzmir Barosu Başkanlığı'na sunmuşlardır. Çalıştay raporu, İzmir Barosu Başkanlığı'ndan edinilebilir).

II. Tasarıdan Resmi Gazete'ye: 6216 Sayılı Kanunun Oluşum Süreci

Anayasadaki bu yeni yetkinin usul ve esaslarının düzenlenmesinin yanısıra, diğer kapsamlı değişikliklerin kuruluş yasasında düzenlenebilmesi için, yepyeni bir yasa yapılması gereksinimi doğmuştur. Bu doğrultuda 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (bundan sonra AYM Kanunu) yerine geçecek olan 6216 sayılı Kanun çalışmalarına başlanmıştır. 11 Ocak 2011 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından TBMM Başkanlığı'na sunulan tasarı, hem komisyon, hem de Genel Kurul aşamasında iktidar partisi ile muhalefet partileri arasındaki şiddetli tartışmalara neden olmuş ve tasarı, önemli olarak nitelenebilecek değişikliklerle 30 Mart 2011'de TBMM'de kabul edilmiş, 3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bireysel başvuruların kabulü için gerekli personelin temini, Mahkeme üyelerinin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgili bu önemli kurumla ilgili yeterli bilgi edinmelerine zaman tanınması, anılan yasayla Anayasa Mahkemesi İçtüzüğündeki düzenlemelere bırakılan hususların yeni İçtüzük yapılması için öngörülen altı aylık sürede tamamlanacak olması gibi nedenlerle, 6216 sayılı kanunun 76. maddesi uyarınca, bireysel başvuruyu düzenleyen 45 ila 51. maddeler 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanunun geçici 1. maddesinin 8. bendine göre ise, Mahkeme, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak başvuruları inceleyebilecektir. Yani geriye dönük bir bireysel başvuru incelemesi mümkün olamayacaktır.

6216 sayılı AYM Kanununun bireysel başvuruyla ilgili hükümlerini daha iyi anlayabilmek ve eksik görülen hususların kaynağını kavrayabilmek için, hükümet tasarısından Genel Kurul'daki görüşmelere kadar uzanan sürece bakmak ve gerek iktidar, gerekse muhalefet partilerinin bu kurumla ilgili görüşlerini, saiklerini, kaygılarını ve yanlış yargılarını ele almak gereklidir.

Genel olarak kanun tasarısıyla ilgili iktidar-muhalefet anlaşmazlığı, 2010 yılındaki anayasa değişikliğinden bu yana muhalefet tarafından dile getirilen, yargının iktidara bağımlı kılınmaya çalışıldığı, Anayasa Mahkemesi'nin de bu yapı içinde yüksek yargı organları arasında daha üst konuma yükseltildiği noktasında düğümlenmektedir. Bu ge-

nel eleştiri noktaları, elbette anayasa şikâyeti kurumunun varlığına, usul ve esaslarına bakışı da büyük ölçüde belirlemiştir. Bunun sonucunda da esasa ilişkin bir tartışma neredeyse hiç gerçekleştirilememiş; muhalefetin eleştirisi Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek yargı organları arasında bir hiyerarşi kurulmadığının güvence altına alınması talebiyle sınırlı kalmış; iktidar partisi de en yoğun direncin gösterildiği bu noktada, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti başvurusuyla ilgili kararlarının etkisini düzenleyen 50. maddenin lafzını önemli ölçüde değiştirerek eleştirilere karşılık vermeye çalışmıştır.

Oysa daha Anayasa metninden başlayarak, anayasa şikâyeti kurumunun esasının gerçekten kavranmadığını gösteren ifadeler mevcuttur: Anayasa'nın 148/IV maddesinde "*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*" ifadesi yer almaktadır. Oysa anayasa şikâyeti konusu olan uyuşmazlıklar, ilke olarak aynı zamanda "*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar*" dır. Daha açık bir deyişle, "*kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus*" anayasa şikâyeti konusu değildir. Ama anayasa şikâyeti kapsamındaki her hususun aynı zamanda kanun yolunda da gözetilmesi gerekir. Aksi halde kanun yollarının tüketilmesi koşulunun bir anlamı kalmaz. Bu teknik bilgi olmaksızın, anılan kuralın doğru anlaşılması imkansızdır. Çünkü bu formül, salt lafzıyla anlaşılacak olursa, anayasa şikâyetinin konusu kalmayabilir²².

Anayasa şikâyetinin düzenlendiği yedi maddeye bakıldığında göze çarpan ikinci husus, kanunda düzenlenmesi gereken pek çok meselenin AYM İçtüzük düzenlemesine²³ ya da kısa vadede AYM içtihadına bırakılmış olduğudur. Oysa bu hayli açıklanmaya muhtaç ve yer yer anayasayla çelişen hükümler içeren kısa kanun maddeleri yerine, anayasa şikâyeti kurumunun ayrı bir kanunda düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Eğer ayrı bir kanun tercih edilmediyse, siyasetteki partiler ve yüksek yargı organları arasında bu denli büyük tartışmaların

²² Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı. Kanun yollarında gözetilmesi gereken hususlarla ilgili saptama için bkz. Rapordaki "*Genel Açıklamalar*" bölümü, III. başlık.

²³ Örneğin, Kanunun 2. maddesinde Komisyon "*Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere oluşturulan kurullar*" olarak tanımlanırken, bu komisyonların üye sayıları, karar yetersayıları vb. hususlar düzenlenmemiş ve İçtüzük düzenlemesine bırakılmıştır.

konusu olan bir kurumun mümkün olan en geniş biçimde kanunda somutlaştırılması ve kurumun ana çerçevesinin bu yolla çizilmesi daha yerinde olurdu. Böylelikle Anayasa Mahkemesi'nin, hem İchtüzük düzenlemesi, hem de içtihatları dolayısıyla daha az eleştiri konusu olması sağlanabilirdi.

Son nokta, yukarıda gösterildiği üzere, anayasa şikâyeti kurumunun temel bir "sistem" tercihi olduğu hususunun yasal düzenlemede gözardı edilmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi raportör ve bazı üyelerinin Almanya, İspanya ve Güney Kore'deki anayasa şikâyeti ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru prosedürü üzerine hazırladıkları bilgilendirme raporları ışığında, "Türkiye'nin ihtiyaçlarına göre" karma bir model oluşturulmuştur. Ancak gözardı edilen şey, herbir ülkedeki ve Strasburg'daki uygulamanın kendi içinde tutarlı bir bütünlük teşkil ettiği, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacının temel bir kurumsal tercihten doğduğudur. Dolayısıyla yeni AYM Kanunundaki anayasa şikâyeti düzenlemesinin tek belirlenebilir amacı, 2010 anayasa değişikliğinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, Strasburg'a giden davaların sayısını azaltmaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesi ile iç hukuktaki temel hak ve özgürlük ihlallerinin engellenmesi arasında bir paralellik sağlanıp sağlanamayacağı sorusunun cevabı ise açık uçludur. Oysa bu ancak ikincil sayılabilecek amacın başarıya ulaşması, sadece ek bir iç hukuk yolunun öngörülmesiyle gerçekleştirilemez. Aynı zamanda Türkiye'nin egemenliği altında yaşayan bireyleri, temel hak ve özgürlüklerinin kapsamlı biçimde korunduğu ve Strasburg'a gitmeye gerek olmadığı konusunda ikna edilecek nitelikte karar veren bir Anayasa Mahkemesi'ne ihtiyaç vardır; bunun Türkiye'de gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini bize ancak zaman gösterecektir.

Almanya ve Çek Cumhuriyeti'ne karşı verilmiş olan, etkili bir başvuru yolu olmakla birlikte, çok uzun dava süreleri nedeniyle ihlal kararları da dikkate alınmalıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi somut ve soyut norm denetiminde olduğu gibi aşırı uzun sürelerde karar verirse, anayasa şikâyetinin bir "iç hukuk filtresi" olması sözkonusu olmayacaktır²⁴. Bunun yanında temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında

²⁴ *Sürmeli v. Germany* [GC], no. 75529/01, §§ 105, ECHR 8.6.2006; *Hartman v. Czech Republic*, no. 53341/99, §§ 67-83, ECHR 3.12.2003.

hakları koruyucu ve geliştirici bir içtihat oluşturulamazsa, tıpkı Azerbaycan örneğinde olduğu gibi²⁵, anayasa şikâyetinin *etkili* bir başvuru yolu olmadığı kabul edilerek, AİHM'ye doğrudan başvuru hakkı tanınması da mümkündür.

III. 6216 Sayılı Kanunun Anayasa Şikâyeti ile İlgili Düzenlemelerinin Genel Bir Değerlendirmesi

6216 sayılı Kanunun anayasa şikâyeti ile ilgili hükümlerinin yer aldığı 45 ila 51. maddelerinin kenar başlıklarıyla sistematik biçimde ele alınması, konunun anlaşılabilirliğine katkıda bulunacaktır. Bu nedenle maddeler ya bütün olarak ya da gerekli olduğu takdirde her bir fıkrası ayrı olarak ele alınmıştır. Ancak elbette bir rapor biçiminde bütün maddelere ilişkin bir değerlendirme yapılmamış, sadece sorunlu görülen maddeler ve fıkraları bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur:

a) Bireysel başvuru hakkı (madde 45)

Anayasa'nın 148/III maddesinde sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki haklardan bahsedilirken, kanun bu hükmü somutlaştırarak, Sözleşmeyle kurulan koruma sisteminin ayrılmaz bir parçası olan ve Sözleşme hükümlerinin kapsamını genişleten Protokolleri de korunan temel hakların kapsamına almıştır. Anayasa Alt Komisyonunda her ne kadar Anayasadaki hükmün kapsamının genişletildiği yönünde itirazlar yer almışsa da²⁶, AİHS'nin koruma sistemi dikkate alındığında, kanundaki bu somutlaştırma yerindedir.

Buna karşılık kanunun 45. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasadaki "*olağan kanunyolları*" ifadesinin, "*idari ve yargısal başvuru yolları*" olarak genişletilmesi anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Alt Komiyonda yapılan bu uyarı, çoğunluk tarafından dikkate alınmamıştır. Hükümet tasarısının madde gerekçesinde Anayasadaki "*kanunyollarının tüketilmesi*" ifadesi, "*yargısal ve idari başvuru yollarının tüketilmesi*"

²⁵ *İsmayilov v. Azerbaijan*, no. 4439/04, ECHR 17.4.2008.

²⁶ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 19.

zorunludur" ifadesine dönüşmüştür. Ancak gerekçedeki "ve" bağlacı, önerilen tasarı metninde "ya da" ile ikame edilmiş ve Anayasa metnindeki kanunyolu kavramı hem genişletilmiş, hem de yanlış anlamaya açık bir biçimde alternatif başvuru yolları mevcutmuş gibi bir anlam doğurmuştur. Anayasa Alt Komisyonunda tekrar "ve" bağlacı eklenecek idari ve yargısal başvuru yollarından birisine başvurmanın ihtiyari olmadığı vurgulanmıştır.

Bunun yanında Anayasa Komisyonu'nda "idari" ibaresinden sonra gelmek üzere "kamu denetçiliği hariç" ibaresinin eklenmesi önerilmiş, ancak önerge reddedilmiştir. Bu kararın nedeni konusunda Anayasa Komisyonu raporunda bir açıklama yer almamakla birlikte, gelecekte önem arz edecek bir soru ortaya atılmıştır. 2010 yılı anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 74/III vd. maddelerinde düzenlenen kamu denetçiliği kurumunun görevi ve inceleme sonucunda yapacağı işlemlerin niteliği kanuni düzenlemeye bırakılmış ve Haziran 2011 itibarıyla bu kanun henüz çıkarılmamıştır. Kamu denetçiliği makamının anayasa şikâyeti bağlamında bir idari başvuru yolu sayılıp sayılmayacağı kanuni düzenlemenin içeriğiyle daha net biçimde ortaya çıkacaktır. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulacağı ve Kamu Başdenetçisinin TBMM tarafından seçilecek olmasından hareketle, Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurunun bir idari başvuru yolu olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

Anayasadaki "olağan kanunyolu" kavramının, "idari ve yargısal başvuru yolları" biçiminde ifade edilerek anayasaya aykırı biçimde genişletilmesi, medeni, idari ve ceza usul hukukunun en temel kavramlarının bilinmemesinden ya da bilinçli olarak çarpıtılmasından kaynaklanmaktadır. Kanunyolu, davanın taraflarına tanınan ve yanlış olan kararların tekrar incelenmesini ve değiştirilmesini sağlayan hukuki yoldur²⁷. Medeni usul hukukunda temyiz, karar düzeltme (olağan) ve yargılamanın iadesi (olağanüstü); ceza muhakemesinde itiraz, istinaf, temyiz (olağan) ile Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı,

²⁷ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. baskı, Cilt: V, Demir: İstanbul, 2001, § 60, s. 4483; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi: Ankara, 2009, s. 317 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. bası, Beta: İstanbul, 2008, s. 687 vd.; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt: 2, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. bası, Turhan: Ankara, 2010, s. 1114 vd.

kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü); idari yargılama usulünde ise temyiz, kararın düzeltilmesi (olağan) ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü) olmak üzere kanun yolları kabul edilmiştir. *Olağan* kanunyolları, kanun yolunun konusunu oluşturan kararın kesinleşmesini engellerken; olağanüstü kanun yolları, olağan kanun yollarından geçerek ya da olağan kanun yoluna başvurulmadığı için kesinleşen kararlara karşı başvurulabilen bir hukuki çaredir. Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen, "*olağan kanunyollarının tüketilmesi*" koşulunun olağanüstü kanun yollarını kapsamadığı kabul edilmelidir. Dikkat çekilmesi gereken en önemli nokta ise, hem medeni, hem ceza, hem de idari usul hukukunda kanun yolu ile kastedilenin, "*yargısal*" bir başvuru yolu olmasıdır²⁸. Dolayısıyla anayasa koyucunun iradesinin aksine, olağan kanun yolu kavramını "*idari ve yargısal başvuru yolları*" olarak düzenleyen yasakoyucu, anayasa şikâyetinin önkoşulunu artırdığı, dolayısıyla hakkın kullanılmasını zorlaştırdığı için anayasaya aykırı bir düzenleme yapmıştır.

Kanununun 45. maddesinin III. fıkrasında ise, Anayasa'nın aynı fıkra da yer alan "*kamu gücü*" kavramını daraltarak, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler anayasa şikâyetinin kapsamına alınmamıştır. Oysa Anayasadaki kamu gücü kavramı herhangi bir kısıtlama olmaksızın düzenlenmiştir ve bu kavramın yasama, yürütme ve yargı organlarını kapsadığı kuşkusuzdur. Düzenleyici idari işlemlerin bireylere uygulanması halinde idari yargı yolunun açık olduğu ve son inceleme merciinin kararına karşı yine anayasa şikâyeti yolunun açık olduğu düşünülebilirse de, yasalar için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Bunun yanında aynı fıkradaki "*yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan* bireysel başvuru yapılamayacağı gibi" ifadesi, aslında yasakoyucunun son mahkeme kararına karşı yapılan anayasa şikâyetinde, bu mahkeme kararına kaynaklık eden düzenleyici idari işlem ya da yasanın da anayasaya uygunluğunun denetlenmesini olanaklı kılma amacını taşıdığını düşündürmektedir. Öte yandan kanun tasarısının 49. maddesinin 6. fıkrasında "*Bölümler,*

²⁸ Krş. Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. baskı, Beta: İstanbul, 2009, s. 445 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 10. bası, Yetkin: Ankara, 2011, s. 583 vd.; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayinevi: Ankara, 2009, s. 318.

bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar” hükmü yer alırken, bu düzenleme Anayasa Alt Komisyonu’nda iktidar ve muhalefet partisinin oybirliğiyle tasarı metninden çıkarılmıştır²⁹. Yürürlükteki kanunun yorumlanması ve uygulanması sırasında salt tarihsel yorum yöntemine başvurulması düşünülemezse de, yasakoyucunun iradesinin de dikkate alınması gerektiğinden, bu husus Anayasa Mahkemesi açısından önemli bir yetki tartışmasını da içinde barındırmaktadır.

Bunun yanında aynı fıkrada *“Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler aleyhine de bireysel başvuru yoluna başvurulamayacağı”* belirtilmektedir. Akla öncelikle cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askerî Şûranın ilişik kesme kararları dışındaki kararları (AY 125/II) ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olmayan kararları gelmekle birlikte, Anayasa’nın 79. maddesinde düzenlenen Yüksek Seçim Kurulu’nun (YSK) kararları özel bir önem arz etmektedir. Çünkü 79. maddede *“Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulama”*yacağı belirtilmektedir. Oysa YSK seçimle ilgili bütün konuları karara bağlama, itirazları inceleme mercii olarak, seçilme hakkının ve siyasal partilerin varlıklarını sürdürmelerinin en önemli kurumlarından birisidir. Bu kurumun kararlarının anayasa şikâyeti konusu yapılamaması, siyasal katılım haklarıyla ilgili çok önemli kamu gücü işlemlerinin temel hak ve özgürlüklere uygunluk bakımından denetlenmemesi sonucunu doğuracaktır³⁰.

b) Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar (madde 46)

46. maddenin gerekçesinde, *“Bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlâllerine karşı tanınan bir yol olması ne-*

²⁹ Bkz. aşağıda d) Esas hakkındaki inceleme (madde 49)

³⁰ Yüksek Seçim Kurulu’nun 12 Haziran 2011 seçimleri öncesinde, 18 Nisan 2011 tarihinde açıkladığı Milletvekili Geçici Aday Listesi’nde Barış ve Demokrasi Partisi’nin (BDP) desteklediği bağımsız adaylardan bazılarının adaylıklarını kabul etmemesiyle ilgili olarak verdiği, ancak daha sonra düzelttiği kararı bu sorunu çok güncel bir biçimde ortaya koymuştur. YSK’nın geri alma kararı, 21.04.2011 tarihli toplantısı sonrasında *“Basın Açıklaması”* başlığı altında kurumun internet sitesinden duyurulmuştur.

deniyle, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukukî niteliği ile bağdaşmamaktadır” denmektedir. Oysa bilindiği üzere, kamu tüzelkişilerinin de kamu gücü kullanmaksızın, tamamen özel hukuk işlemlerine tâbi pek çok işlemi vardır. Bu durumda örneğin, mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle kamu tüzelkişilerine kamu gücünü kullanmadığı bir hukuki ilişki dolayısıyla dava hakkı tanınamak, anayasa şikâyetinin objektif hukuk düzenini koruma işlevini yerine getirmesine engel olacaktır.

c) Bireysel başvuru usulü (madde 47)

Tasarıda 47. maddenin III. fıkrasında“ olağan kanun yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların ve buna ilişkin nihai işlemin tebliğ tarihi”nin Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda belirtilmesi öngörülüyordu. 24 Mart 2011 tarihli birleşimde AKP milletvekilleri tarafından verilen önergeyle bu düzenleme, “başvuru yollarının tüketildiği (...) tarih” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin nedeni, önerge gerekçesinden ve Genel Kurul tartışmalarından anlaşılamamaktadır. Acaba başvuru yolları ne zaman tüketilmiş sayılacaktır? Eğer son yargı merciine bir başvuru yapılmışsa, bu merciin kararının tebliğinin beklenmesi gerektiği açıktır. Bu durumda mevcut kanun metninin, son yargı merciine başvuru tarihi ile birlikte, bu başvurunun sonucu beklenmeksizin, anayasa şikâyeti başvurusu süresinin başladığı şeklinde anlaşılması, anayasa şikâyetinin doğasına aykırıdır. Bu nedenle tasarının lafzını değiştiren yeni hükmün, özde bir değişiklik anlamına gelmediği sonucuna varılmalıdır.

d) Esas hakkındaki inceleme (madde 49)

49/II maddesinin tasarı metni “Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği Adalet Bakanlığına bildirilir” hükmünü içermekteydi. Tasarı gerekçesinde, kabul edilebilirlik kararı verilen dosyaların Adalet Bakanlığı’na bildirileceği belirtilip “kamu adına yapılması gereken savunmaların Adalet Bakanlığınca koordine edilmesi”nin öngörüldüğü belirtilmektedir. Alt Komisyonunda bu hükme yapılan itiraza da “Adalet Bakanlığının konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınması durumunda taraf olacağı, bu nedenle konu-

nun öncesini bilerek savunma yapmasını ve gerekli tedbiri almasını sağlamak amacıyla öngörüldüğü” açıklaması yapılmıştır.

Genel Kurul aşamasında bu düzenlemeye bir ek daha yapılarak 49. maddenin 2. fıkrasına şu cümle eklenmiştir: “*Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir*”. Önergenin gerekçesi³¹ açıklayıcı olmaktan uzaktır. Bu düzenlemeyle birlikte artık Alt Komisyondaki gerekçe, fıkra için açıklayıcı olmaktan çıkmıştır, çünkü anayasa şikâyeti davasının yapısı dikkate alındığında, kamuyu temsilen Adalet Bakanlığı'nın davaya ne türden bir savunma ile katılacağı da anlaşılammaktadır. Bu mantığın tutarlı bir uzantısı, anayasa şikâyeti kurumunun kabulü öncesinde, bütün teyiz mercilerinin nihai kararlarını, aynı gerekçeyle Adalet Bakanlığı'na bildirmeleri yönünde bir yasal düzenleme olmalıydı ki, bu söz konusu değildir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin bir başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı almış olması, başvurunun başarı şansının daha yüksek olduğu yönünde bir karine olarak kabul edilmemeli midir? Yani kanuni düzenlemenin gerekçesinin aksine, başvurucunun AYM'de istediği sonuca ulaşması ve AİHM'ye gitmesine gerek kalmaması daha yüksek bir olasılık değil midir?

En önemlisi, Adalet Bakanlığı'na bildirim dışında, Bakanlıktan görüş alınması erkler ayrılığına aykırılık teşkil etmektedir. Görüş bildirme yetkisinin aynı fıkroda öngörülen bilgilendirmenin çok ötesine geçtiği açıktır. Bu yolla yürütme organı bir anayasa şikâyeti başvurusunun tarafı yapılmaktadır ki, ne anayasa şikâyetinin yapısı, ne de Anayasa'nın egemenliğini kullanılmasına ve erklerin yetkilerini düzenleyen hükümleri böyle bir yetki verilebilmesine olanak tanımamaktadır.

Tasarı metninin 49/III maddesinde yer alan bilirkişi ve keşif incelemesi yapma yetkisi Alt Komisyon aşamasında kaldırılmıştır. Bu yerrinde bir karardır, çünkü anayasa şikâyeti davalarında davanın esası hakkında karar verilmeyeceğinden, bu iki delil elde etme yönteminin Anayasa Mahkemesi'ne tanınması da yersiz ve gereksizdi.

³¹ “*Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların Adalet Bakanlığına gönderilerek Bakanlığın bilgilendirilmesini; Adalet Bakanlığının ise her başvuru için değil, yalnızca gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirmesini sağlamak amacıyla bu önerge verilmiştir*”. TBMM Genel Kurul Tutanakları, 82. Birleşim, Dördüncü Oturum, 24 Mart 2011.

Tasarının 49/VI maddesinde “Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar” düzenlemesi yer almaktaydı. Bu hüküm Anayasa Alt Komisyonunda çıkarılmış, Genel Kurul’da da tekrar gündeme getirilmediğinden yasada yer almamıştır. Alt Komisyon’da Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası³² açma imkanı yaratıldığı ileri sürülmüştür. İtirazda bulunan komisyon üyelerine göre, Anayasa Mahkemesi hem hakim, hem savcı durumuna düşürülmemelidir. Komisyon üyesi Ayhan Sefer Üstün Bölümlerde görev yapan üyelerin Genel Kurula da katılacaklarını, bunun sakıncalı olacağını, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde *hassasiyet göstererek* yeni düzenlemeyi yapması gerektiğini söylemiştir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır³³.

1. Muhalefet partisi milletvekillerinin itirazlarını dört noktada toplamak mümkündür:
2. Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir itiraz yolu açma imkanı yaratılmıştır,
3. Bölümlerde görev yapan üyeler Genel Kurula da katılacaklarından, sakıncalı bir durum ortaya çıkacaktır.
4. Bu yolla Anayasa Mahkemesi hem hakim, hem savcı durumuna düşürülecektir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır.
5. Umut edilen durum, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde *hassasiyet göstererek* (abç) yeni düzenlemeyi yapmasıdır.

³² Burada kastedilen “itiraz yolu” olmalı.

³³ Bkz. *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu*, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 20.

Bu argümanlara katılmak mümkün değildir. Anayasa şikâyetinin asli işlevi, yasal düzenlemelerin temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimde güvence altına alacak biçimde, anayasa uygun olarak yorumlanıp yorumlanmadığını denetlemek olmakla birlikte, ikincil işlevi de, anayasaya uygun bir hukuk düzenini korumak ve tesis etmektir. Bu nedenle anayasaya aykırılığı konusunda ciddi kuşkuların olduğu ve anayasaya uygun yorumun sınırlarına gelindiği noktada, temel hak ve özgürlüklerin anayasaya aykırı biçimde sınırlandırılmasının kaynağını teşkil eden normların anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi büyük önem taşımaktadır. Kanunda bu olanağın tanınmamış olması, anayasaya uygun bir kamu düzeninin tesisi açısından büyük bir eksikliktir. Mevcut durumda Anayasa Mahkemesi'nin Bölümleri, bir kanun açıkça anayasaya aykırı olsa bile, bu normun iptali için bir girişimde bulunamayacaklar, sadece ilgili kanun hükmünün bu anayasaya aykırılığı yanında, anayasa şikâyeti konusu olan davada uygulanırken, temel hak ve özgürlüklere aykırı şekilde yorumlandığını tesbitle yetineceklerdir. Bu normun hukuk düzeninden kaldırılmasının tek yolu ise, yeniden yargılama yapan mahkemenin anayasaya aykırılık itirazı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurusudur. Bu dolambaçlı yolun büyük bir zaman israfı oluşturacağı ise açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla, anayasaya aykırılık halinin tespiti halinde bunu bir bekletici sorun yapıp kanun ya da KHK'nin iptali istemiyle Genel Kurula başvurusu da elbette mümkündür. Ancak bu durumda kanunun tarihsel yorumunun tümünden gözardı edilmesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır ki, bu sorunun nasıl aşılacağı ayrı bir tartışma konusudur.

Tasarının 49/V maddesinde tedbire karar verilmesi halinde esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde Resmi Gazete'de yayımlanmasının gerektiği belirtilirken, Alt Komisyonda bu hüküm, "kararın verilmesi"ni altı ayla sınırlandırmıştır. Gerekçe olarak da, bu hususun (yani gerekçeli kararın altı ayda yazılması) gerçekleştirilmesinin zorluğu gösterilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesiz yayımlanamayacağı ve ancak Resmi Gazete'de yayımlanmakla yürürlüğe gireceğine ilişkin anayasa hükmünün uygulamada sıklıkla ihlal edildiği, kamuoyunca yakından takip edilen davalara ilişkin kararın önce kamuoyuna duyurulup gerekçeli kararın daha sonra yazıldığı bilinmektedir. Bu uygulamanın anayasaya aykırılığı ve sakıncaları literatürde

sıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla bu pratiğin anayasa şikâyeti davalarına da aktarılması ve kararların bağlayıcılık kazanmasının ertelenmesi, kurumun işlevine zarar verici niteliktedir. Bu nedenle tasarıdaki ifadeden vazgeçilmiş olması yerinde değildir. Anayasa Mahkemesi'nin, kendisine sağlanan bu zaman esnekliğine rağmen kararlarını verdiği an ile, kararın gerekçesinin yazıldığı zaman arasındaki süreyi minimuma indirmesi ve bu yönde çaba göstermesi zorunludur.

e) Kararlar (madde 50)

Tasarının 50/III maddesinde “İhlâl, bir kamu gücünün kanunen yapılması gereken bir işlemi yapmamasından kaynaklanmışsa, Mahkeme, kararının hangi makam tarafından yerine getirileceğini ve özel durumlarda kararın yerine getiriliş şeklini belirleyebilir” denmekteydi. Ancak Alt Komisyon raporunda çıkarılan bu hüküm, Genel Kurul aşamasında da tekrar tartışılmadan metinden çıkarılmıştır. Kanunun mevcut halinde, ihmal-den kaynaklanan hak ihlallerinin nasıl giderileceği hususunda bir boşluk meydana gelmiştir; özellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlalinden (yani kamu gücünün bu makul sürece yargılama yükümlülüğünü ihmalinden) doğacak anayasa şikâyeti davalarında Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir karar verebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin bu boşluğu içtihat yoluyla doldurması gerekmektedir. Tasarıdaki hüküm doğrultusunda bir içtihat geliştirilmesi en doğru yol olarak görünmektedir.

AYM'nin kararının sonuçlarını düzenleyen 50. madde Alt Komisyonunda kapsamlı biçimde değiştirilmiş, özellikle yüksek yargı organları arasında bir hiyerarşi yaratıldığı itirazlarını ortadan kaldırmak ve Anayasa Mahkemesi'nin yeni yetkileriyle bir süper temyiz mahkemesi yaratılmak istendiği iddialarına karşılık verebilmek için, deyim yerindeyse, tasarının dili yumuşatılmıştır. Öncelik yargılamanın yenilenmesine verilmiş, yeniden yargılamaya rağmen ihlal kalkmamışsa, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır. Alt Komisyon metni şöyledir: “Mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı görüşe uygun karar vermediği takdirde başvurucu yeniden Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi doğrudan, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı

verebilir"³⁴. Anayasa Komisyonunun da benimsediği bu ifade, Genel Kurul aşamasında metinden çıkarılmıştır. Bu isabetlidir. Çünkü bu ifade, tam da itiraz edilen süper temyiz mercii yaratılması sonucunu doğururdu. Nitekim Almanya örneğinde de görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi birçok anayasaya aykırı yorumu tesbit ettiği kararının hüküm fıkrasında, *"bu açıklamalar ışığında dosyanın gönderildiği mahkemenin başka bir sonuca varması mümkündür"*³⁵ ifadesiyle, maddi olguların yeniden değerlendirilip ilgili temel hakkın anayasaya uygun yorumu sonucunda da aynı sonuca ulaşma olasılığına işaret etmektedir.

Kanun düzenlemeleri dikkate alındığında üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer husus ise, hak ihlali iddiasının hangi aşamalarda ileri sürülmüş olması gerektiği sorusudur. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Alt Komisyon çalışmasında sorulan bu soru, Komisyon çalışmalarına katılan Anayasa Mahkemesi yetkililerince, başvurudan önceki aşamalarda başvuranın temel hak ihlalinin ileri sürme şartının aranacağı yönünde yanıtlanmıştır. Ancak bu iddianın ilk dereceden başlayarak her başvuru kademesinde tekrarlanmış olmasının aranması, anayasa şikâyeti hakkını aşırı derecede kısıtlayacaktır. Ya da tam aksine temel hak ihlali, standart gerekçeli bir itiraz haline gelecektir. Bunun da normların temel hakları genişletici şekilde yorumlanmasına ve korunmasına maddi anlamda bir katkıda bulunmayacağı açıktır. Şartın, başvuru yollarından en az birinde yerinde getirilmesi ve itirazın bir başvuru kademesinde ileri sürüldükten sonra son kademe kadar hep tekrarlanması gerektiği kabul edilmelidir.

IV. Anayasal ve Yasal Düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Odaklanmasının Doğuracağı Muhtemel Sorunlar Nelerdir?

Anayasa şikâyetinin konusu Anayasada güvence altına alınmış olan bütün temel hak ve özgürlükler değil, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler olabilecektir. İlk bakışta sosyal hakların

³⁴ *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu*, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 42.

³⁵ Yakın tarihli bir karar örneği için bkz. BVerfGE, 1 BvR 1917/04 (23.08.2005), par. 26.

kapsam dışında bırakılmak istendiği düşünülebilirse de, Anayasa ile AİHS ve Protokollerin sistematik bir karşılaştırması daha vahim sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

İlk olarak Yavuz Sabuncu ve Selin Esen'in yaptığı sistematik çalışmada³⁶, anayasa şikâyetinin kapsamı, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamında yer alan ve aynı zamanda Anayasa tarafından tanınmış hak ve özgürlüklerle sınırlandırılmaktadır. Çıkarılan listede kapsama alınacak haklar şöyle belirlenmiştir³⁷:

I. AİHS / Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokoller (Haziran 2010 sonrası konsolide haliyle)	Anayasa
Yaşam hakkı (md. 2)	Md. 15/2; 17/1; 38/9
İşkence ve kötü muamele yasağı (md. 3)	Md. 17
Kölelik ve zorla çalışma yasağı (md. 4)	md. 18
Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (md. 5)	md. 19
Adil yargılanma hakkı (md. 6)	md. 36; 38; 138-142
Suç ve cezaların kanuniliği (md. 7)	md. 15/2; 38/1
Özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (md. 8)	md. 20; 21; 22; 26/2
Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü + ifade özgürlüğü (md. 9 + 10)	md. 15/2; 24; 25; 26 + 10 (eşitlik ilkesi) + 27-31 (bilim ve sanat ile basın ve haberleşme hakkı); + 133 (radyo-televizyon kurulması); + 32 (cevap hakkı)
Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü (md. 11)	33, 34, 51, 53, 54, 68, 69
Evlenme ve aile kurma hakkı (md. 12)	md. 41 (ama evlenme hakkı Anayasada düzenlenmemiştir)
Etkili başvuru hakkı (md. 13)	md. 36 ve 40
Ayrımcılık yasağı (AİHS md. 14)	md. 10 (Ayrımcılık yasağı Sözleşmede güvence altına alınan bütün hakların korunmasında gözetilen genel bir ilkedir; bu nedenle ilgili olduğu hakkın ihlali iddiasıyla bağlantılı olarak ileri sürülebilir)

³⁶ Yavuz Sabuncu/ Selin Esen Arnwine, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Model. Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 21, 2004, s. 229-246.

³⁷ Yazarlar çalışmalarını metin olarak yapmışlardır. Tabloid karşılaştırma, bu makalenin yazarına aittir.

Mülkiyet hakkı (1. Ek Protokol md. 1)	md. 35; 46-47
Eğitim ve öğrenim hakkı (1. Ek Protokol md. 2)	md. 42 (AY 174 uyarınca Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümleri saklı tutularak onaylanmıştır)
Serbest seçim hakkı (md. 1. Ek Protokol md. 3)	md. 67, 75-79; 101-102, 104; 94, 114 ve 116 (aslında bu üç madde yasama organının iç işleyişine ilişkin olup anayasa şikâyeti konusu yapılmaları olanaklı görünmemektedir)
II. AİHS'de Yer Almayan ya da Türkiye'nin Taraf Olmadığı 4, 7 ve 12 nolu Protokollerde Yer Alan Haklar (Dolayısıyla Anayasa Şikâyeti Konusu Yapılamayacak Olan Haklar)	
12. Protokol (genel ayrımcılık yasağı)	md. 10
Sözleşmeden doğan yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmama (4. Pro. md. 1)	md. 38/8
Seyahat ve yerleşme özgürlüğü (4. Pro. md. 2)	md. 23
Vatandaşların sınırdışı edilememesi ve ülkeye girişlerinin engellenememesi (4. Pro. md. 3)	md. 23/6
Eşler arasında eşitlik (7. Pro. md. 5)	md. 41/1
Yabancıların toplu sınırdışı edilme yasağı (4. Pro. Md. 4; 7. Pro. md. 1)	md. 16
Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (7. Pro. md. 2)	md. 36/1 ve 40/1
Adli hata halinde tazminat hakkı (7. Pro. md. 3)	md. 40/III
Aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama (7. Pro. md. 4)	md. 36/1 ve 38
III. AİHS ya da Protokollerde Yer Almayıp Anayasada Güvence Altına Alınan Hak ve Özgürlükler	
	md. 48+49 (çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi); md. 50 (çalışma şartları ve dinlenme hakkı); md. 60+61 (sosyal güvenlik hakkı); md. 70 (kamu hizmetine girme hakkı)

Görüldüğü üzere, Anayasa ve kanundaki düzenlemenin bir sonucu olarak bazı negatif statü hakları ile büyük ölçüde sosyal haklar, anayasa şikâyeti kapsamının dışında kalmaktadır. Ancak sorunlar bu kadarla bitmemektedir. AİHS'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının uygulama alanı, Anayasa'nın 10. maddesindeki genel eşitlik ilkesine göre sınırlıdır. Çünkü yasak yalnızca "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma"da ayırım gözetilmeksizin eşit muamele talep hakkını vermektedir. Dolayısıyla "bir hak ya da özgürlüğün kullanılmasına dayanmayan ayrımcılıklar da 14. maddenin kapsamında değildir" ve Mahkeme de bu maddeyi bağımsız bir madde olarak yorumlamamaktadır³⁸. Dolayısıyla Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen genel eşitlik ilkesinin ihlali halinde, taraf olunmayan 12. Protokolde yer alan genel ayrımcılık yasağının ve Anayasada yer aldığı halde anayasa şikâyeti kapsamında yer almayan bazı hakların bu yolla korunması zor olacaktır. Örneğin, eşler arasındaki eşitlik ilkesi anayasal güvence altında olmakla birlikte, bir yasal düzenlemenin bu eşitlik ilkesine aykırı olduğu/yorumlandığı gerekçesiyle anayasa şikâyeti yoluna başvurulamayacaktır. Bunun istenmeyen sınırlayıcı etkileri açıktır.

Bunun dışında AİHM 1970'lerin sonundan itibaren AİHS ve Protokollerdeki haklarla bu belgelerde yer almayan, ama Avrupa Konseyi ülkelerinin pekçoğunda yer alan sosyal haklar arasında bağlantı kurmuş, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşam, sosyal güvenlik, sağlık hakkı vb. sosyal hakların bunların ayrılmaz parçası olduğuna hükmetmiştir³⁹. Bu durumda anayasa şikâyetiyle ilgili anayasa ve kanun hükümleri nasıl yorumlanacaktır? Sadece AİHS ve Protokollerinin lafzının esas alınması, yaşayan bir hukuk sistemi olarak adlandırılan AİHM içtihadına aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle AİHM içtihadının genişletici etkisi esas alınmalıdır. Kaldı ki Türk Anayasa Mahkemesi de 17. madde ile sosyal güvenlik hakkı arasında bağlantı kurmuş ve 65. maddenin yorumunun sınırını iki örnek kararında daha 1990'larda göstermiştir⁴⁰.

³⁸ Yasemin Özdek (2004), *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE: Ankara, s. 288-289.

³⁹ Bkz. *Feldbrugge v. the Netherlands* (Appl. 8562/79) (29.05.1986), par. 37; *Airey v. Irland* (Appl.6289/73) (9.10.1979), par. 24 and 26; *Sidabras and Dziiautas v. Lithuania* (Appl. 55480/00 and 59330/00) (24.10.2004 final), par. 47; *Deumeland v. Germany* (Appl. 9384/81) (29.05.1986); *Salesi v. Italy* (Appl. 13023/87) (26.02.1993); *Guerra and Others v. Italy* (116/1996/735/932) (19.02.1998), par. 58.

⁴⁰ AYMK E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991; E. 1996/17, K. 1996/38, k.t. 16.10.1996;

V. SONUÇ YERİNE

Türkiye’deki tartışmalarda gerek Danıştay, gerekse Yargıtay, Anayasa Mahkemesi’nin bir süper temyiz mahkemesine dönüştürülmesinden ve kendi kararlarının Anayasa Mahkemesi tarafından bozulmasından çekinmektedirler. Bu nedenle anayasa şikâyeti kurumu bu yüksek mahkemeler tarafından kesin bir dille reddedilmektedir. İki yüksek yargı organının yıllardan beri süregiden anayasa şikâyeti kurumuna ilişkin bu reddedici tavırları karşısında, Türkiye’deki meselenin anayasa şikâyetinin maddi boyutunu tartışmaya başlamadan önce, buradaki düğümü çözmekte yattığını söylemek yanlış olmaz. Çünkü Anayasa Mahkemesi’ne anayasa ve yasayla verilen bu yetki, diğer yüksek mahkemeler temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasında anayasal düzenlemenin kapsamını, temel hak ve özgürlükler ışığında yorumlanması zorunluluğunu dikkate almayı reddettikleri sürece, amacına ulaşamayacaktır.

Oysa bu çatışmanın, Federal Anayasa Mahkemesi’nin ilk yıllarında yoğun biçimde yaşandığı Almanya örneğinde Anayasa Mahkemesi, diğer yüksek mahkemelerin kararlarının hukuka uygunluğunu, yani kanunların uyuşmazlık konusuna doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemeyi reddetmektedir. Dolayısıyla yapılan denetim, mahkemelerin bir anayasa normunun kapsam ve sınırını yanlış yorumlamalarından kaynaklanan bir hak ihlali olup olmadığını, yani “özümlü (spesifik) anayasa hukukunun” (*spezifisches Verfassungsrecht*) yanlış uygulanıp uygulanmadığının denetimiyle sınırlıdır⁴¹. Bu nedenle anayasa şikâyeti bağlamında kurumların birbirine üstünlüğü gibi bir tartışmayı yürütmek yerine, yerine getirilen yargı hizmetinin anayasayı hayata geçirmenin, bunun günlük hayata nüfuz etmesini sağlamanın bir aracı olduğuna odaklanmak en doğru yol olacaktır.

Bunun yanında yasakoyucunun, anayasa şikâyetinin işlevi ve amacıyla ilgili görüşünü gözden geçirmesi, kurumun başarı şansı açısından zorunlu görünmektedir. Salt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi odaklı bir temel hak ve özgürlükleri koruma anlayışı, uzun vadede dahi iç hukuk sisteminde etkin bir temel hak ve özgürlük koruma sistemi kurmaya yetmeyecektir. Anayasa Mahkemesi’nin anayasa şikâyetini etkili bir başvuru aracı olarak kullanabilmesi içinse, her de-

E. 1998/38, K. 1998/70, k.t. 17.11.1998.

⁴¹ Krş .BVerfGE 108, 282 (294) (Fall Ludin). Ayrıca bkz. Volker Epping, *Grundrechte*, Springer: Berlin, 2005, s. 74.

recedeki yargı organlarının işbirliği kadar, üniversitelerin de desteğine ihtiyacı vardır. Karşılaştırmalı ülke örneklerinin incelendiği toplantılar ve üniversiteler ile yargı arasındaki yapıcı diyaloglar, önümüzdeki sürecin kaçınılmaz unsurları olarak görünmektedir.

KAYNAKLAR

- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. baskı, Beta: İstanbul, 2009.
- Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu*, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696.
- Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı.
- Brunner, Georg, "Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), s. 191-247.
- Casas Baamonde, Maria Emilia, "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 101-110.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. bası, Beta: İstanbul, 2008.
- Epping, Volker, *Grundrechte*, Springer: Berlin, 2005.
- Esen, Selin, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *AÜHF Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 4, 2003, s. 249-271.
- Gongora Pimentel, Genaro David, "Amparo ne içindir?", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 163-220.
- Göztepe, Ece, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998.
- Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt: 2, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. bası, Turhan: Ankara, 2010.
- Holzinger, Gerhart, "Avusturya Anayasa Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 61-79.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. baskı, Cilt: V, Demir: İstanbul, 2001.
- Mellinghof, Rudolf, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 31-44.
- Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE: Ankara, 2004.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 10. bası, Yetkin: Ankara, 2011.

- Sabuncu, Yavuz/Esen Arnwine, Selin, "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Model. Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 21, 2004, s. 229-246.
- Sağlam, Fazıl, "Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Editörler: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları: Ankara, 2006, s. 71-111.
- Sağlam, Fazıl, "Giriş ve takdim konuşması", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 27-29.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi: Ankara, 2009.
- Venice Commission, "Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey", No. 296/2004, CDL-AD (2004)024 (29.06.2004).
- Venice Commission, "Study on Individual Access to Constitutional Justice", No. 538/2009, CDL-AD (2010)039 (27.01.2011).
- Zuck, Rüdiger, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Auflage, C.H. Beck: München, 2006.

Mahkeme Kararları

- BVerfGE 108, 282 (294) (Fall Ludin).
- BVerfGE, 1 BvR 357/05 (15.2.2006) (Luftsicherheitsgesetz).
- AYMK E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991.
- AYMK E. 1996/17, K. 1996/38, k.t. 16.10.1996.
- AYMK E. 1998/38, K. 1998/70, k.t. 17.11.1998.
- ECHR, *Airey v. Irland* (no. 6289/73) (9.10.1979).
- ECHR, *Deumeland v. Germany* (no. 9384/81) (29.05.1986).
- ECHR, *Feldbrugge v. the Netherlands* (no. 8562/79) (29.05.1986).
- ECHR, *Guerra and Others v. Italy* (116/1996/735/932) (19.02.1998).
- ECHR, *Hartman v. Czech Republic* (no. 53341/99) 3.12.2003.
- ECHR, *İsmayilov v. Azerbaijan* (no. 4439/04) 17.4.2008.
- ECHR, *Salesi v. Italy* (no. 13023/87) (26.02.1993).
- ECHR, *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (no. 55480/00 and 59330/00) (24.10.2004 final).
- ECHR, *Sürmeli v. Germany* (no. 75529/01), ECHR 8.6.2006.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KÜRÜM-TÜRKİYE KARARININ, SÖZLEŞME VE İÇ HUKUKTAKİ İLGİLİ HÜKÜMLERE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE KÜRÜM v. TURKEY JUDGMENT OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS WITH RESPECT TO THE
RELATED CONVENTION AND NATIONAL PROVISIONS

Ali Rıza ÇINAR*

Özet: Çalışmamıza konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Kürüm-Türkiye davası ile ilgili kararı incelenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinin, 3. ve 4. fıkraları üzerinde durulmuştur. Sözleşme'nin (AİHS) tutuklama ile ilgili hükümlerinin yorumu konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Türk Ceza Yargılama Yasası'ndaki düzenlemeler, Anayasamıza ve Sözleşme'ye (AİHS) göre değerlendirilerek açıklanmıştır. AİHM'nin son yıllarda Sözleşme'nin 5. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkralarına aykırılık nedeniyle Türkiye ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlar incelenmiştir. Yargılamada Sözleşme'ye (AİHS) göre, makul süre ile tutuklamada makul süre ayrımı üzerinde durulmuştur. Sözleşme'nin (AİHS) Türk hukukundaki yeri incelenmiştir. Türkiye tarafından Sözleşme'nin (AİHS) onaylanma süreci açıklanmıştır. Ayrıca, Sözleşme'nin (AİHS) ve Mahkeme'nin (AİHM) iç hukuktaki yeri, Anayasamızdaki ilgili hükmü gözetilerek değerlendirilmiştir. Çalışmamızın/incelememizin sonuç kısmında ise konuyu inceleyerek ayrıntılı olarak yer verdiğimiz değerlendirme ve önerilerin bir kısmı ana hatlarıyla belirtilmiştir. Kısaca önerimiz, öncelikle, yargılamanın tutuksuz yapılmasının, temel ilke olduğu gözetilmelidir. İstisnai olan tutukluluk koruma önleminin (tedbirinin) cezaya ve kurala dönüşmemesi için gerekli özen gösterilmelidir. Tutuklama önlemine, olaylara/verilere/olgulara ve inandırıcı gerçeklere/açıklamalara dayanarak karar verilmelidir.

Anahtar Sözcükler: Kişi özgürlüğü, tutuklama, tutuklama nedenleri, tutuklamada gerekçe, tutuklulukta makul süre, tutuklama yerine geçen seçeneklerin değerlendirilmesi, tutuklamaya itiraz

* Doç. Dr., Yargıtay Üyesi

yolunun etkinliği, tutukluluk süresinin uzun sürmesi nedeniyle tazminat istemi, yargılamada makul süre ile tutuklulukta makul süre ayrımı, Sözleşme'nin (AİHS)' Türk hukukundaki yeri.

Abstract: The *Kürüm v. Turkey* judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR) was analyzed in the instant work. The 3th and 4th paragraphs of the 5th Article of the European Convention of Human Rights (ECHR) were handled in particular. Information regarding the interpretation of the pre-trial detention related provisions of the Convention (ECHR) was provided in light of the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR). Regulations in the Turkish Penal Procedural Code were explained through an evaluation pursuant to the Turkish Constitution and the Convention (ECHR). The ECtHR judgments with regard to Turkey, delivered upon the decision of violations of the 3rd, 4th and 5th paragraphs of the 5th Article of the Convention were analyzed. The distinction between “reasonable time” under the right to a fair trial, and the scope of the right to be entitled to trial within a reasonable time under Art. 5 was emphasised. The place of the Convention (ECHR) under national law was discussed. The ratification of the Convention (ECHR) by Turkey was elaborated. The evaluation pertaining to the relevance of the Convention (ECHR) and the Court (ECtHR) under national law was carried out, taking the relevant provision of the Turkish Constitution into account. In the conclusion, the evaluation conducted through an elaborated analysis of the subject and some recommendations were revisited and outlined. In short, the suggestion of the study is to pay due regard, above all, to the fact that the right to be released pending trial is a fundamental principle. Due diligence must be provided so that pre-trial detention, which is an exceptional measure, does not become the rule and a punishment. The decision to detain a person pending trial must be taken by relying on the facts and by relying on credible reasons.

Keywords: Personal liberty, pre-trial detention, grounds for pre-trial detention, the reasoning of the decision to detain pending trial, reasonable time of detention, evaluation of the options alternative to detention, the effectiveness of objecting to detention, claim of compensation relying on the length of the detention period, the distinction between trial within a reasonable time and detention for a reasonable time, the relevance of the Convention (ECHR) under Turkish law.

GİRİŞ

Çalışmamıza konu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Kürüm-Türkiye* kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkralarının ihlal edildiği belirlenmiştir. Ay-

rıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin (AİHS) 6. maddesinin 1. fıkrasının da ihlal edildiğini kararında açıklamıştır.

Biz de, bu nedenle incelememizi/çalışmamızı/değerlendirmelerimizi, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkraları ile ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasını gözeterek yapacağız.

İç hukukun bu konudaki düzenlemelerini de inceleyerek uygulamadaki durumları da değerlendirmeye çalışacağız.

İncelememiz/çalışmamız, giriş, beş ana bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Birinci bölümde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) *Kürüm-Türkiye* davası ile ilgili kararı incelenmiştir. İleride inceleyeceğimiz konulara ışık tutması açısından söz konusu kararın tamamı özetlenerek açıklanmıştır.

İkinci bölümde, öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinin, 3. ve 4. fıkraları üzerinde durulmuştur. Sözleşme'nin (AİHS) tutuklama ile ilgili hükümlerinin yorumu konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında bilgi verilmeye çalışılmıştır.

Ayrıca, tutuklamayla ilgili Türk Ceza Yargılama Yasası'ndaki düzenlemeler, Anayasamıza ve Sözleşme'ye (AİHS) göre değerlendirilerek açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde, AİHM'nin son yıllarda Sözleşme'nin 5. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkralarına aykırılık nedeniyle Türkiye ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlar incelenmiştir.

Dördüncü bölümde, yargılamada Sözleşme'ye (AİHS) göre, makul süre ile tutuklamada makul süre ayrımı üzerinde durulmuştur.

Beşinci bölümde, Sözleşme'nin (AİHS) Türk hukukundaki yeri incelenmiştir. Türkiye tarafından onaylanma süreci açıklanmıştır. Ayrıca, Sözleşme'nin (AİHS) ve Mahkeme'nin (AİHM) iç hukuktaki yeri, Anayasamızdaki ilgili hükmü gözetilerek değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın/incelememizin sonuç kısmında ise konuyu inceleyerek ayrıntılı olarak yer verdiğimiz değerlendirme ve önerilerin bir kısmı ana hatlarıyla belirtilmiştir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRESİ'NİN 26 OCAK 2010 TARİHİNDE VERDİĞİ "KÜRÜM -TÜRKİYE" DAVASI KARARI*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen ve Türkiye için önemi bulunan *Kürüm-Türkiye* davası kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinin 3., 4., 5. fıkraları ile 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlali saptanırken bu madde ve fıkralarla ilgili önemli ilkeler belirlenmiştir.

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, kapsamlı bir şekilde özetlenerek, Mahkeme'nin, tutuklamayı ele alış biçimi ve kararın gerekçeleri orijinal metindeki inceleme yöntemine bağlı kalınarak açıklanmıştır.

USUL

Bu dava, Kazım Kürüm ("*başvuran*") adlı T.C. vatandaşı tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, 12 Aralık 2007 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - AİHS*") 34. maddesi uyarınca yapılan 56493/07 numaralı başvurudan kaynaklanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (AİHM) görülen bu davada: Başvuran, İstanbul Barosu avukatlarından M. Filorinalı, Y. Başaran ve F.A. Tamer tarafından; Türk Hükümeti ise, kendi Ajansı ile temsil edilmiştir.

OLAYLAR

DAVANIN KOŞULLARI

Başvuran, 1964 doğumludur ve halen Edirne Cezaevi'nde tutuklu bulunmaktadır.

İstanbul'da 27 Mart 1997 tarihinde, yasadışı bir örgüte yönelik operasyonlar çerçevesinde başvuran yakalanmış ve gözaltına alınmış-

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) *Kürüm-Türkiye* (Başvuru No. 56493/07) kararının, İngilizce olarak hazırlanmış metni ile T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan Türkçe tercümesinden kaynak olarak yararlanılmıştır.

tır. Yetkili yargıç tarafından, 1 Nisan 1997 tarihinde, başvuranın tutuklanmasına karar verilmiştir. Başvuran hakkında, özellikle Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal düzenini cebren yıkmaya kalkışmak suçundan kamu davası açılmıştır. Başvuran, yargılandığı ilk derece Ağır Ceza Mahkemesi'nce 19 Aralık 2002 tarihinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilmiştir. Yargıtay yapmış olduğu temyiz incelemesi sonunda, 16 Eylül 2003 tarihinde, bu kararı bozarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, şikayetçi (başvuran) AİHM'ye başvurduğu ve Mahkemece karar verildiği sırada, halen ilk derece mahkemesince söz konusu dava ile ilgili yargılamanın tutuklu olarak devam ettiği belirlenmiştir.

Yakalanmasından itibaren, adli makamlar, başvuranın yinelenen serbest bırakılma istemlerini (taleplerini) her defasında reddetmiştir. Ayrıca düzenli olarak, "atılı suçun niteliği ve değerlendirilmesi", "kanutların durumu" ve "dosyanın içeriği" gibi neredeyse aynı gerekçeleri temel alarak başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

Dosyadaki bilgiye göre, başvuran, 18 Haziran 2007 tarihinde, tutukluluk halinin devamı kararına itiraz etmiştir. Buna karşın, 25 Temmuz 2007 tarihinde İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, söz konusu istemi (talebi) reddetmiştir.

HUKUK

I. AİHS'İNİN 5/3, 5/4 ve 5/5 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, AİHS'nin 5. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkralarına yollamada/göndermede (atıfta) bulunarak, tutukluluk süresinden ve bir yandan, tutukluluğunun yasallığına itiraz etmek için, diğer yandan ise yasalara aykırı olarak tutuklandığı iddiası nedeniyle tazminat elde edebilmek için etkili başvuru yoluna sahip olamamaktan şikayetçidir.

A. Kabul Edilebilirliğe İlişkin

AİHS'nin 5/4. maddesi kapsamında yapılan şikayet ile ilgili olarak, Hükümet, tutukluluk halinin devamı kararlarına karşı başvuranın itirazda bulunmadığını belirterek iç hukuk yollarının tüke-

tilmediğini savunmaktadır. AİHS'nin 5/5. maddesi kapsamında yapılan şikayet ile ilgili olarak, Hükümet, başvuranın, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Yargılama Yasası'nın 141. ve izleyen maddeleri uyarınca ulusal mahkemeler önünde tazminat davası açması gerektiğini belirtmektedir.

İlk itiraz ile ilgili olarak, dava koşulları göz önüne alındığında, AİHM, dayanaktan yoksun olması nedeniyle Hükümet'in itirazını kabul edemeyecektir. Ceza Yargılama Yasası'nın 141. ve izleyen maddeleri uyarınca tazminat davası açmaması kapsamında yapılan itiraz ile ilgili olarak, AİHM, söz konusu şikâyetin AİHS'nin 5/5. maddesi kapsamında başvuran tarafından ifade edilen şikâyetin esası ile sıkı sıkıya bağlı olduğu kanısındadır. Bu nedenle incelemenin davanın esasına eklenmesine karar vermektedir.

Söz konusu şikâyetlerin hiçbirisinin kabul edilemezlik ögesi (unsuru) içermediğini saptayan/belirleyen AİHM, şikâyetlerin kabul edilebilir olduğunu açıklamıştır.

B. Esas

1. AİHS'nin 5/3. ve 5/4. Maddesi

Hükümet, davanın karmaşıklığı, kanıtların durumu, başvuranın terör örgütü ile olan ilişkisi ile adalete engel olma, suçun tekrarı ve firar tehlikesinin başvuranın tutukluluk halinin devamını haklı kıldığını savunmaktadır.

Başvuran ise, hem Hükümet'in ileri sürdüğü söz konusu nedenlerle itiraz eder ve hem de iddialarını yineler.

AİHS'nin 5/3. maddesi kapsamında yapılan şikâyet ile ilgili olarak, AİHM, çok sayıda ve aralıksız tutukluluk süresinin belirlenmesi ile ilgili yerleşik içtihadı göz önüne aldığı anda, işbu kararın kabul edildiği tarihte başvuranın on iki yıldan fazla bir süreyi tutuklu geçirdiğini tespit etmektedir¹. AİHM, benzer davaları incelediğini ve birçok kez AİHS'nin 5/3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştığını

¹ Bkz, *Baltacı-Türkiye*, başvuru no: 495/02, 18 Temmuz 2006 ve *Solmaz-Türkiye*, başvuru no: 27561/02

anımsatmaktadır². Söz konusu davanın ulusal makamlara yüklediği güçlükleri kabul eden AİHM, yine de yerleşik içtihadı ışığında, bu somut (mevcut) davada da aynı sonuca ulaşmıştır. Dolayısıyla AİHS'nin 5/3. maddesinin ihlal edildiği, Mahkemece (AİHM) kabul edilmiştir.

AİHS'nin 5/4. maddesi kapsamında yapılan şikayet ile ilgili olarak, Hükümet, tutukluluk halinin yasallığının (meşruluğunun) denetimi için öngörülen itiraz yolunun etkililiğini yinelemektedir. Bu bağlamda, AİHM, geçmişte çok sayıdaki benzer davada, ceza mahkemelerinin tutukluluk halinin devamına karar verme koşullarının somut (mevcut) davada olduğu gibi, basmakalıp gerekçelere dayandırılmasının, AİHS'nin 5/3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmak için ve aynı zamanda böyle gerekçelerle mücadele etmek amacıyla kullanılacak itiraz yolunun başarılı olma olasılıklarından (ihtimallerinden) şüphe duymak için önemli unsurlardan biri olduğunu hatırlatmaktadır³. Nitekim birçok kez AİHM, söz konusu yargılamanın; adli bir nitelik taşımadığına, özgürlükten yoksun bırakmada kabul edilen usul güvencelerini (teminatlarını) sunmadığına ve AİHS'nin 5/4. maddesinin gereklerini yerine getirmediğine hükmetmiştir. AİHM, özellikle, söz konusu yargılamanın; “*çekişmeli olması*” ve her durumda, iddia makamı ile sanık arasında “*silahların eşitliği*” ilkesinin temin edilmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, kamuya açık görüşülmesi gereken söz konusu yargılamaya başvuranın ya da avukatının etkili katılımlarının sağlanmış olması gerekirdi⁴. AİHM, işbu davada farklı bir sonuca ulaşmak için hiçbir neden göremediğinden AİHS'nin 5/4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

2. AİHS'nin 5/5. Maddesi

Mahkeme (AİHM), Sözleşme'nin (AİHS) 5. maddesinin 1., 2., 3. veya 4. paragraflarına aykırı olarak gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakma nedeniyle tazminat talep edilebildiği durumda,

² Bkz, diğerleri arasından, *Dereci-Türkiye*, başvuru no: 77845/01, 24 Mayıs 2005 ve *Taciroğlu-Türkiye*, başvuru no: 25324/02, 2 Şubat 2006

³ *Koştü ve diğerleri-Türkiye*, başvuru no: 74321/01, 3 Mayıs 2007

⁴ Bkz, *Bağrıyanık-Türkiye*, başvuru no: 43256/04, 5 Haziran 2007, *Cahit Demirel-Türkiye*, başvuru no: 18623/03, 7 Temmuz 2009

Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. paragrafına uyulmuş olacağını anımsatmaktadır⁵. Bu nedenle AİHS'nin 5. maddesinin 5. paragrafında ifade edilen tazminat hakkı, ulusal makam ya da Sözleşme (AİHS) kurumları tarafından ortaya konan söz konusu paragraflardan birinin ihlal edildiğini varsaymaktadır⁶.

Somut davada, söz konusu tutukluluğun "*makul süre*" sınırını aşması ve yasallığına (meşruluğuna) itiraz etmek için etkili iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 5. maddesinin 3. ve 4. paragraflarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca başvuranın uğradığı zarar için tazminat talep etme olanağının (imkanının) bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Hükümet tarafından atıfta bulunulan başvuru yolu ile ilgili olarak, AİHM, yeni Ceza Yargılama Yasası'nın¹⁴² maddesinin, tutuklanmasına hükmedilen ve makul bir sürede hakkında karar verilmeyen bir kimseye ancak hakkında açılan dava hakkında verilen son kararın/hükmün kesinleşmesinden sonra tazminat istemiyle (talebiyle) yetkili mahkemeye başvuruda bulunma olanağı tanıdığını gözlemlemektedir. Dolayısıyla, tazminat davasının, iç hukukta son kararın/hükmün verilmesinin ardından ancak kabul edilebilir nitelikte olmasından dolayı, söz konusu hüküm (CYY.m.142), yasa ya aykırı olarak tutuklu bulunduğu kanısında bulunan bir kimsenin (sanığın) hakkında devam eden yargılama süresince tazminat davası açma olanağı (imkanı) sağlamamaktadır⁷. Somut olayda (başvuruda), davanın halen ulusal mahkemeler önünde derdest olması nedeniyle, AİHM, AİHS'nin 5. maddesinin 3. ve 4. paragraflarına aykırı olarak tutuklu bulunmasına rağmen halihazırda başvuranın Ceza Yargılama Yasası'nın 141 ve 142. maddeleri uyarınca dava açma olanağına (imkanına) sahip olmadığını belirtmektedir.

Sonuç olarak işbu dava koşullarında, AİHM, yeni Ceza Yargılama Yasası ile öngörülen başvuru yolunun, yasalara aykırı olarak tutuklu tutulma nedeniyle tazminat elde etme hakkının gereklerini

⁵ *JVassink-Hollanda*, 27 Eylül 1990

⁶ *N.C.-İtalya*, başvuru no: 24952/94

⁷ Bkz, *Mutatis, Mutandis, Tüince ve diğerleri-Türkiye*, başvuru numaraları: 2422/06, 3712/08, 3714/08, 3715/08, 3717/08, 3718/08, 3719/08, 3724/08, 3725/08, 3728/08, 3730/08, 3731/08, 3733/08, 3734/08, 3735/08, 3737/08, 3739/08, 3740/08, 3745/08 ve 3746/08, 13 Ekim 2009

karşılamaadığı kanısındadır. AİHM, Hükümet'in ön itirazını reddetmektedir ve somut davada AİHS'nin 5/5. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır.

II. AİHS'NİN 6/1 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, yargılama süresinin, AİHS'nin 6/1 maddesi ile öngörüldüğü şekli ile "makul süre" ilkesini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

Hükümet, ihtilaflı yargılamanın ulusal mahkemeler önünde hâlen derdest olmasından dolayı söz konusu şikayetin zamanından önce yapıldığı gerekçesi ile iç hukuk yollarının tüketilmediğini savunmaktadır.

AİHM, süresinin çok uzun olmasından şikayet edilen bir yargılamanın önce sona ermesi gerektiğini söylemek yerinde olmayacağından söz konusu itirazın ceza davasının süresinin uzunluğuna ilişkin şikayetin niteliği ile bağdaşmadığı kanısındadır⁸. Bu nedenle AİHM, Hükümet'in itirazlarını reddetmektedir. Ayrıca kabul edilemezliğe ilişkin hiçbir öge (unsur) tespit edemeyen AİHM, başvuruları kabul edilebilir bulunduğunu açıklamıştır.

Esas ile ilgili olarak, Hükümet, davanın karmaşıklığına, ilgiliye karşı yapılan suçlamaların niteliğine ve atılı olayların ciddiyetine oranla ve mevcut davada söz konusu olan organize suça özgü güçlükler göz önüne alındığında, ihtilaflı yargılama süresinin makul olmadığı değerlendirilmesinde bulunulamayacağını savunmaktadır. Ayrıca, Hükümet'e göre, söz konusu yargılamanın seyrinde ulusal makamlar hiçbir ihmalle suçlanamaz.

Başvuran, Hükümet'in ileri sürdüğü söz konusu nedenleri kabul etmeyerek itiraz etmektedir.

AİHM, dikkate alınacak dönemin, 27 Mart 1997 tarihinde başvuranın yakalanması ile başladığını ve henüz sona ermediğini gözlemlemektedir. İşbu kararın kabul edildiği tarihte, söz konusu yargılama, iki dereceli yargıda incelenen tek bir dava için on iki yıl dokuz aydan fazla sürmüştür.

⁸ Bkz, *Erhun-Türkiye*, başvuru numaraları: 4818/03 ve 53842/07, 16 Haziran 2009

AİHM, dava süresinin makul olup olmadığına, davanın koşullarına göre ve başta davanın karmaşıklığı olmak üzere Mahkeme'nin (AİHM) içtihadı tarafından benimsenen kriterler ile başvuran ve yetkili makamların (mercilerin) tutumları dikkate alınarak değerlendirildiğini anımsatmaktadır⁹ (hatırlatmaktadır).

AİHM, defalarca, bu somut (mevcut) davadakine benzer sorunları ortaya koyan davaları incelemiş ve AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir¹⁰.

AİHM, değerlendirilmesine sunulan bilgi ve belgelerin tamamını incelemesinin ardından, Hükümet'in bu somut (mevcut) davada farklı bir sonuca ulaşmak için ikna edici hiçbir tespit ve yeni bir neden sunmadığı kanısına varmıştır. Konuya ilişkin içtihadını göz önüne alan AİHM, somut (mevcut) davada, yargılama süresinin çok uzun olduğu ve "makul sürede yargılanma hakkının" gerekliliğini karşılamadığı kanısındadır.

Sonuç olarak, AİHM, açıklanan nedenlerle bu davada AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu, kararında belirtmiştir.

III. AİHS'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

Başvuran, 37.500 Euro maddi tazminat ve 37.500 Euro manevi tazminat ile ayrıca AİHM önünde yapmış olduğu yargılama giderleri için ise, 5.500 Euro isteminde bulunmuştur. Belge olarak başvuranın avukatlarından biri, başvurunun hazırlanması ve yargılamanın devamı için geçen çalışma saatleri ile posta ve çeviri masraflarını gösteren ayrıntılı bir döküm sunmuştur.

Hükümet ise, söz konusu miktarlara itiraz etmektedir.

AİHM, tespit edilen ihlalle iddia edilen maddi tazminat arasında bir nedensellik (illiyet) bağı göremediği için söz konusu istemi (talebi) reddeder. Buna karşın, AİHS'nin 5. maddesinin 3., 4. ve 5. paragrafları ile AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği tespitini göz önüne alan AİHM, başvuranın belli bir manevi zarara uğradığı kanısındadır. AİHM, hakkaniyete uygun olarak, başvurana 14.400 Euro manevi taz-

⁹ *Pelissier ve Sassi-Fransa*, başvuru no: 25444/94

¹⁰ Bkz. sözü edilen *Pelissier ve Sassi*

minat ödenmesine, ayrıca yargılama giderleri ile ilgili olarak ise, sunulan belgeleri göz önüne alarak 1.000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

AİHM, söz konusu miktarlara, Avrupa Merkez Bankası'nın marginal kredi kolaylıklarına uygulanan orana üç puanlık bir artış eklenecek belirlenen gecikme faizi uygulanmasına da hükmeder.

Ayrıca, on iki yıl dokuz aydan fazla bir süredir ulusal mahkemeler önünde dava halen devam etmekte (derdest) olduğundan ve başvuranın tutuklu bulunmasından dolayı AİHM, bu somut (mevcut) davada, tespit edilen ihlali gidermek için en uygun yolun; adaletin yerine getirilmesi gerekliliğini gözeterek söz konusu yargılamanın ivedilikle sonuçlanması ya da AİHS'nin 5/3. maddesinin öngördüğü şekli ile yargılama sırasında başvuranın serbest bırakılması olacağı kanısındadır.

Yukarıda açıklanan bu gerekçelere dayalı olarak, AİHM, oybirliğiyle

1. Başvurunun *kabul edilebilir* olduğuna,
2. AİHS'nin 5. maddesinin 3., 4. ve 5. paragraflarının *ihlal edildiğine* ,
3. Yargılama süresinin uzunluğu nedeniyle AİHS'nin 6/1. maddesinin *ihlal edildiğine* ,
4. a) AİHS'nin 44/2. maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek üzere Savunmacı Devlet tarafından, başvurana aşağıdaki miktarların *ödenmesine* ,
 - her türlü vergiden muaf tutularak, 14.400 Euro (on dört bin dört yüz Euro) manevi tazminat
 - her türlü vergiden muaf 1000 Euro (bin Euro) yargılama masraf ve gideri
- b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar Hükümet tarafından, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz *uygulanmasına* ,
5. Adli tatmine ilişkin diğer tüm istemlerin (taleplerin) reddine, karar vermiştir.

II. KARARIN SÖZLEŞME VE İÇ HUKUKTAKİ İLGİLİ HÜKÜMLERE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

Söz konusu kararda, AİHS'nin 5. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkralarının ihlal edildiği belirlenmiştir. Ayrıca Mahkeme (AİHM), Sözleşme'nin (AİHS) 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğini kararında açıklamıştır.

Biz de, bu nedenle incelememizi/çalışmamızı/değerlendirmelerimizi, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkraları ile ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasını gözeterek yapacağız.

İç hukukta bu konudaki düzenlemeleri de inceleyerek uygulamadaki durumları da değerlendirmeye çalışacağız.

1. Sözleşme'nin 5. Maddesi ve Tutuklama ile İlgili Genel Bilgiler

Sözleşme'nin 5. maddesinde kişi "özgürlüğü" ve "güvenliği" kavramlarına yer verilmiştir. Daha doğrusu bu maddede "kişi özgürlüğü ve güvenliği" hakkı düzenlenmiştir.

Sözleşme'de "özgürlük" ve "güvenlik hakkı" kavramlarına yer verilmişse de "kişinin güvenliği" fiziksel özgürlük bağlamında algılanmalı, farklı çerçevelerde değerlendirilmemelidir. AİHM "kişi özgürlüğü" kavramını yorumlarken ve açıklık getirirken "kişi güvenliği" kavramına yer vermektedir¹¹. Mahkeme (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edilip edilmediği incelemesini genelde, "kişi özgürlüğü" kavramına göre yapmaktadır.

Bu nedenle "kişi güvenliği" kavramının "kişi özgürlüğü" kavramından bağımsız ve ayrı bir anlamı bulunmamaktadır¹².

Sözleşme'nin 5. maddesinde, kişi özgürlüğünün keyfi sınırlamalara karşı korunmasının düzenlendiği görülmektedir. Maddede kişi özgürlüğünün hukuka uygun olarak kısıtlanabileceği durumlar sayılarak gösterilmiştir¹³. Hiç kimsenin keyfi bir biçimde kişi özgür-

¹¹ Macovei, Monica., Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (İnsan Hakları El Kitabı, No.5) Birinci Baskı, Strazburg 2002, s.6

¹² Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat., İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2010, s.167

¹³ "Madde 5 Özgürlük ve güvenlik hakkı

lüğünden yoksun bırakılmamasını güvence altına alan Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kişi özgürlüğünün ayrıkısı (istisnai) olarak hukuka uygun biçimde kısıtlanabileceği durumlar dar yorumlanmalıdır. Aksi halde, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının amacına aykırı düşer¹⁴. Bu nedenlerden biri ise kişinin tutuklanmasıdır.

Mahkemeye göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasındaki hukukun öngördüğü bir usule uygun tutuklama (tutma) deyiimi, iç hukuktaki usule göndermede bulunmakta ve bu iç hukukta öngörülen usule uygun davranmayı öngörmektedir¹⁵. Ancak, iç hukuktaki usulün de Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun olması gerekmektedir. Buradaki usul kavramı, bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir işlem için yetkili makamlar tarafından verilmiş bir kararın bulunmasını, bu kararın yetkili kişilerce uygulanmış olmasını ve işlemin keyfi olmamasını gerektirir.

Mahkeme, olayda, iç hukukta öngörülen usule uygunluk bulunup bulunmadığını inceleme yetkisine sahiptir. Çünkü burada Sözleşme, doğrudan iç hukuka göndermede bulunmaktadır.

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun kılınmaz.
 a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;
 b) Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;
 c) Suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;
 d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak tutulması;
 e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulması;
 f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;”

14 Bkz. Winterwerp-Hollanda., 0035.24.10.1979, 6301/73 (Doğru, Osman., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları c.I (T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı), 2. Bası, Ankara 2003, s.332)

15 Bkz. Winterwerp-Hollanda için, Doğru., s.333

Buradaki "hukuk" sözcüğü iç hukukun hem maddi ve hem de usul hükümlerini kapsamaktadır. Bu nedenle bend içindeki "hukuk" sözcüğü ile 5. maddesinin 1. fıkrasının başındaki "hukukun öngördüğü usul" terimleri arasında belirli bir örtüşme vardır. Gerçekten de bu iki ifade, hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik bir toplumda, keyfi olan herhangi bir tutuklamanın (tutmanın) hiçbir zaman hukuka uygun sayılamayacağını vurgulamaktadır¹⁶.

2. Türk Hukukunda Tutuklama

Tutuklamaya ilişkin düzenlemeye hem Anayasamızda (m.19) hem de Ceza Yargılama Yasamızda yer verilmiştir (m.100 vd.) Tutuklama, şüpheli ya da sanığın suçluluğu hakkında kesin karar verilmeden önce, yasada belirtilen koşulların bulunması durumunda yargıç kararıyla özgürlüğünün kısıtlanarak tutukevi denilen yere konmasına denir¹⁷.

Tutuklama kişi özgürlüğünü en ağır biçimde sınırlandıran bir koruma önlemidir (tedbiridir). Bu nedenle, tutuklamaya ancak yargıç ya da mahkeme karar verebilir. Türk hukukunda yargıç ya da mahkeme dışında başka bir makam ya da kişi tutuklama kararı veremez (Any. m. 19/4; CYY. m. 101)

Tutuklamanın zorunlu durumlarda başvuru bir önlem (tedbir) olduğu Anayasamızın 19. maddesinin 3. fıkrasında da açıkça belirtilmiştir.

Tutuklama ağır bir önlem olduğu için zorunlu durumlarda başvurulmalıdır. Koruma önlemleri içerisinde en ağırı tutuklamadır¹⁸.

Bu nedenle, tutuklamanın amaçlarına başka önlemlerin uygulanması ile ulaşılabilecek durumlarda, tutuklama önlemine başvurulmalıdır.

¹⁶ Doğru., s.332

¹⁷ Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra., Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, s.400; Yurtcan, Erdener., Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s.321; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2010, s.337; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe., Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Bası, İstanbul 2008, s.861

¹⁸ Soyaslan, Doğan., Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2007, s.308

Tutuklama ihtiyari bir koruma önlemidir (tedbiridir). Tutuklama koşulları gerçekleşmiş olsa dahi tutuklama zorunluluğu (mecburiyeti) yoktur. Takdir yetkisi, yargıca ya da mahkemeye bırakılmıştır. Türk Anayasası ve Ceza Yargılama Yasası'nda, tutuklama koşulları sayıldıktan sonra, kişilerin tutuklanabilecekleri belirtilmiş, yargıcın ya da mahkemenin mutlaka tutuklama kararı vereceği açıklanmamıştır. Gerek Anayasa'da gerekse Ceza Yargılama Yasası'nda tutuklama koşulları sayıldıktan sonra, "kişiler (...) tutuklanabilir" (Any.m.19/4), "şüpheli ya da sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir" (CYY. m.100/1) kavramına yer verilmiştir. Yargıcın mutlaka tutuklama kararı vereceği açıklanmamıştır.

Bu nedenle tutuklama koşulları bulunsa dahi tutuklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi yargıç ya da mahkemeye aittir. Tutuklama, istisnai bir önlemdir. Tutuklama zorunluluğu yoktur.

Tutuklama kararı verilebilmesi için, üç koşulun gerçekleşmesi gerekir¹⁹.

Tutuklamanın iki maddi koşulu bulunmaktadır. Tutuklamanın birinci koşulu kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunmasıdır (CYY.m.100/1). Başka bir deyişle Yasa, "güçlü suç kuşkusunun varlığını gösteren olaylardan" söz ediyor.

İkinci koşulu, yasada gösterilen tutuklama nedenlerinden birinin gerçekleşmesidir. Şüpheli ya da sanığın suçluluğu konusunda olguya daha doğrusu olaya dayanan güçlü (kuvvetli) kuşkunun (şüphenin) bulunması tutuklanması için yeterli bulunmamaktadır. Kişinin, suçluluğu konusunda duyulan güçlü (kuvvetli) kuşkunun (şüphenin) yanında tutuklama nedenlerinden birinin de bulunup bulunmadığı aranmalıdır.

Ceza Yargılama Yasası'nda bu nedenler sayılarak belirlenmiştir (m.100/2). Birincisi, şüpheli ya da sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı kuşkusu (şüphesini) uyandıran somut olayların (olguların) varlığı. İkincisi ise, şüpheli ya da sanığın davranışlarıyla kanıtları (delilleri) yok edeceğine, gizleyeceğine, değiştireceğine ya da tanık, mağdur ve başkaları üzerinde baskı girişiminde bulunacağına dair güçlü (kuvvetli) kuşku (şüphe) uyandırması gereklidir.

¹⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu., s.861-873, no.50.1, 2, 3

Tutuklamanın üçüncü koşulu ise, ölçülülük/orantılılık olup, işin önemiyle, verilmesi beklenen ceza ya da güvenlik önlemiyle (tedbiriy-le) ölçülü (orantılı) olması gerekir (CYY. m.100/1).

Ceza Yargılama Yasası'nın 100/3. maddesinde, katalog halinde sayılan bazı suçların işlendiğine ya da işlenmesine kalkışıldığına (te-sebbüs edildiğine) ilişkin olaya (olguya) dayalı güçlü (kuvvetli) kuşku (şüphe) söz konusu olduğunda, "bir tutuklama nedeni var sayılabilir" de-nilmektedir. Öğretide, bu düzenlemenin yerinde olmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir²⁰.

Dikkat edilecek olursa yasada; "tutuklama nedeni varsayılır" ya da "varsayılmak gerekir" demiyor, bunların yerine "var sayılabilir" ifadesi kullanılmasına karşın, uygulamada, yasal karine öngörülen katalog suçlarında, tutuklamanın zorunlu olduğu yanlış anlayışının yerleştiği görülmektedir²¹.

Halbuki yasa, bu suçların işlenmesi konusunda güçlü (kuvvetli) kuşkunun (şüphenin) varlığı durumunda tutuklama nedenlerinin var-sayılabileceğini, ancak varsayılmak zorunda olmadığını belirtmekte-dir²². Böylece bu suçlarda tutuklamaya karar verecek olan yargıç ya da mahkemenin takdirini ön plana çıkarmaktadır.

Kanımızca, işlendiği iddia edilen suçun cezasının ağırlığı ya da ni-teliği tek başına şüpheli ya da sanığın kaçacak olduğunu veya kanıtları (delilleri) karartabileceğini göstermez²³. Bu nedenle, kaçma ve kanıt-ları karartma karinelerinin yasada bulunması yerinde bir düzenleme değildir²⁴.

Yasadaki bu düzenleme, uygulamada, bu tür suçların işlenmesi durumunda, otomatik tutuklama kararı verilmesine neden olmakta-

²⁰ Özbek, Veli Özer., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s.277 vd.; Yıldız, Ali Kemal., "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Adli Kontrol" Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku, İstanbul 2011, (Hazırlayan Feridun Yenisey/Ulrich Sieber (eds), Bahçeşehir Üniversitesi Yayını) s. 645-650 (s. 631-697)

²¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan., s.409; Centel/Zafer., 7. Bası, s.341; Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Ankara 2010, s.29-32

²² Ünver, Yener/Hakeri, Hakan., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010, s.356

²³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan., s.409

²⁴ Centel/Zafer., 7. Bası, s.341

dır. Yasada sayılan bu tür suçlarda bile yargıç ya da mahkeme, tutuklama nedeninin var olup olmadığını araştırmalıdır. Tutuklama, bir koruma önlemi (tedbiri) olup ön ceza değildir. Şüpheli ya da sanığın muhtemel cezasının peşinen çektirilmesi, tutuklamanın niteliğine aykırı olduğu gibi, hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz.

Koruma önlemi (tedbiri) olan tutuklamanın Ceza Yargılama Yasası'nın 100/3. maddesindeki suçlarda otomatik olarak tutuklama kararı verilerek cezanın hükümlük kararından önce peşinen çektirilmesine yol açmaması için söz konusu bu suçlarda da yasada belirtilen tutuklama nedenlerinin araştırılması zorunlu olmalıdır. Bu nedenle bu hüküm yeniden düzenlenmelidir.

Ceza Yargılama Yasası'nın 100/3. maddesinde sayılan suçların işlendiğine dair güçlü (kuvvetli) kuşkunun (şüphenin) varlığını gösteren olaylar (olgular), tutuklama nedenlerinin varsayılması için, yeterli sayılmasına ilişkin düzenleme kaldırılmadığı takdirde, Sözleşme'nin (AİHS) 5/3. maddesinin ihlali nedeniyle Türkiye tazminat ödemeye devam edecektir.

3. Sözleşme'nin 5. Maddesinin 3. Fıkrasında Güvence Altına Alınan Haklar

Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası hükmü şu şekildedir:

"Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir."

Bu düzenlemeye göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında kişi özgürlüğü ile ilgili iki hakkın güvence altına alındığı görülmektedir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen birinci hak, yakalanan ya da tutuklanan kişinin hemen/derhal bir yargıç önüne/huzuruna çıkarılma hakkıdır.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer verilen ikinci hak ise;

*“Geçici tutukluluk ve makul bir süre içinde yargılanma ya da adli kovuştur-
ma sırasında serbest bırakılma (tutuksuz yargılanma) hakkı”dır.*

Bizim incelememize konu *Kürüm-Türkiye* kararında, Mahkeme (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *“tutukluluk süresinin”* uzun sürmesi ile ilgili bir ihlal kararı verdiği için söz konusu madde ve fıkrada güvence altına alınan ikinci hak çerçevesinde konuyu ele alarak açıklamalarda bulunacağız. Daha doğrusu Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında birinci hak olarak yer verilen, yakalanan ya da tutuklanan bir kişinin *“hemen”* bir yargıç önüne/huzuruna çıkarılma hakkı inceleme konumuz dışındadır.

a. Sözleşme çerçevesinde “geçici tutukluluk/tutukluluk durumunun makul süre ile sınırlanması” olarak değerlendirilecek sürenin belirlenmesi

Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasındaki hükme göre, tutuklanan kişinin *“makul bir süre içinde yargılanma yahut yargılama sırasında serbest bırakılma hakkı”* bulunmaktadır²⁵. Böylece, tutuklama, ceza yargılamasında ayrıksı (istisnai) olarak başvurulabilecek bir önlem (tedbir) olarak öngörülmektedir.

Ayrıca tutukluluk durumu (hali) *“makul süre”* ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle bu tür tutuklamaya *“geçici tutukluluk”* önlemi diyebiliriz.

Sözleşme çerçevesinde *“geçici tutukluluk”* ya da *“makul süre”* olarak değerlendirilecek sürenin belirlenmesinde, Mahkeme (AİHM), göz önünde tutulacak sürenin, kişinin özgürlüğünden fiilen yoksun bırakıldığı andan başlayacağını *Müller-Fransa* davası kararında açıkça belirtmiştir²⁶. Mahkemeye göre somut davada, sürenin başlangıç tarihinin, yargıcın tutuklama kararı verdiği tarih değil, başvuru sahibinin kolluk (polis) tarafından gözaltına alındığı 13 Aralık 1988 tarihidir. Bu sürenin değerlendirilmesinde göz önünde tutulacak zaman diliminin sonu ise, şüphelinin/sanığın fiilen serbest bırakıldığı ya da, yargılama sırasında tutukluluk hali devam etmiş ise, ilk derece mahkemesinin

²⁵ Gözübüyük, A.Şeref/Gölcüklü, Feyyaz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 8. Bası, Ankara 2009, s.238

²⁶ *Müller-Fransa.*, 17.3.1997, Başvuru No. 21802/92, Par.34 (Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler., Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2007, s.162)

hükümlülük (mahkumiyet) kararının tebliği tarihidir²⁷. Mahkeme içtihadına göre, hükümlülük (mahkumiyet) kararının verildiği tarih ile bu kararın istinaf ve temyiz gibi yargılama derecelerine götürüldüğü ve davanın tekrar incelenmesinin talep edildiği tarih arasında geçen sürenin, tutukluluk süresi olarak dikkate alınacak sürenin dışında değerlendirilmesi gerekir. Bu konu *Kudla-Polonya* davasında AİHM tarafından incelenmiştir²⁸. Bu davada başvuru sahibi yakalandıktan sonra 4 Ekim 1993 tarihinde tutuklanmış, daha sonra mahkemeye çıkartılarak 1 Haziran 1995 tarihinde hüküm giymiştir. Başvuru sahibi, kendisi hakkındaki hükümlülük (mahkumiyet) kararını temyize götürmüş, temyiz kararı 22 Şubat 1996 tarihinde verilmiş ve netice itibarıyla başvuru sahibi, yeniden yargılanmak üzere 29 Ekim 1996 tarihinde kefaletle serbest bırakılmıştır. AİHM, ilk derece mahkemesince hükümlülük (mahkumiyet) kararı verildiği 1 Haziran 1995 tarihinden, bu hükümlülük kararının temyiz mahkemesince bozma kararının verildiği 22 Şubat 1996 tarihine kadar geçen süre boyunca devam eden tutukluluk süresinin Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası hükümleri çerçevesinde değerlendirilemeyeceği görüşündedir.

Daha doğrusu bu davada Mahkeme (AİHM), değerlendirilmesi gereken sürenin iki ayrı süreden oluştuğuna karar vermiştir. İlk süre 4 Ekim 1993 ila 1 Haziran 1995 tarihi arasındaki süredir. İkinci süre ise, 22 Şubat ila 29 Ekim 1996 tarihleri arasındaki süredir.

²⁷ *Abdo-Türkiye* davası kararı., 26 Ocak 2010, Başvuru No: 17681/04; Aynı şekilde, *Olstowski-Polonya* davası kararı, 15.11.2001, Başvuru No: 34052/96, Par.67; *Labita-İtalya* davası kararı, 06.04.2000, Başvuru No: 26772/95, par. 171-173; *Wemhoff-Almanya* davası kararı, 27.06.1968, seri A, No. 7, s.23, Par.9

²⁸ *Kudla-Polonya* davası, 26.10.2000, Başvuru No. 30210/96, Par.104 (Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s.163): (...) Mahkeme, Sözleşme'nin 5. madde 3. fıkrası ile aynı maddenin 1. fıkra c bendi arasındaki temel bağlantı dikkate alındığında, ilk derece mahkemesi tarafından hakkında bir mahkumiyet kararı verilen bir kişinin 1. fıkra c bendi uyarınca "suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunması sebebiyle yetkili merci önüne çıkarılmak üzere" alınmış olarak değerlendirilemeyeceğini, bu durumdaki bir kişinin 5. madde 1. fıkra a bendi uyarınca "yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine" özgürlüğünden mahrum edilmiş olacağını vurgular (örneğin bkz. B.-Avusturya davası kararı, 28 Mart 1990, Seri A No.175, s.14-16, paragraf 36-39). AİHM'ne göre bu çerçevede başvuru sahibinin, ilk derece mahkemesince hakkında hükümlülük (mahkumiyet) kararı verildiği 1 Haziran 1995 tarihinden, bu hükümlülük (mahkumiyet) kararının bozularak ve yeniden yargılanmasına karar verilen 22 Şubat 1996 tarihine kadar geçen süre boyunca devam eden tutukluluğu, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası hükümleri çerçevesinde değerlendirilemez.

Tutuklama süreleri arasında bir dönem kişinin serbest bırakıldığı hallerde, bu sürelerin toplamı hesaplanmalıdır²⁹.

b. Tutukluluk süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde AİHM'nin genel yaklaşımı

Mahkemenin içtihatlarına göre tutuklulukta söz konusu makul süre teorik olarak değerlendirilemez³⁰. Mahkemenin 27 Haziran 1968 tarihli *Wemhoff-Almanya*³¹ davası kararında da belirtmiş olduğu şekilde, sanığın süregelen alıkoyma halinin makul olup olmadığı, her davanın özel koşullarına göre değerlendirilmelidir. Sanık, kesin hükümlülük (mahkumiyet) kararına kadar suçsuz sayılacağı için, Mahkeme'ye (AİHM) göre, tutukluluk süresinin makul niteliği her somut olay göz önünde tutularak değerlendirilir. Tutuklulukta makul süre öngören madde hükmünün amacı, tutuklu olarak geçen sürenin, makul niteliğini kaybeder etmez, sanığın serbest bırakılmasını sağlamaktır³². Ulusal mahkemeler, bir somut olayda tutukluluk halinin makul olup olmadığını değerlendirirken suçsuzluk karinesini de göz önünde bulundurmalarıdır.

Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına göre, tutukluluk süresinin makul olup olmadığının, sanığın tutukluluk halinin devam etmesinin hukuka uygun olup olmadığı, her davanın özel koşulları gözetilerek değerlendirilmelidir. Bir davada tutukluluk halinin devamı, masumiyet karinesine karşın, yalnızca kamu düzeni açısından gerçek bir gereksinim (ihtiyaç) olduğuna ilişkin bulguların Sözleşme'nin 5. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğüne saygı ilkesinin önüne geçtiği durumlarda haklı olacaktır³³.

²⁹ Bouchet-Fransa davası kararı, 20.03.2001, Başvuru No. 33591/96, Par.33: Mahkemeye (AİHM) göre, Bouchet-Fransa davası kararında dikkate alınacak süre, başvuru sahibinin tutuklanmasına karar verilen tarih olan 8 Ocak 1996 tarihinden, bu şahsın adli gözetim altında serbest bırakıldığı 18 Mart 1996 tarihine kadar geçen süre ile şahsın tekrar gözaltına alındığı tarih olan 26 Mart 1996 ila ilk derece Ceza Mahkemesi tarafından hakkında mahkumiyet kararı verilerek bir yıl hapis cezasına çarptırıldığı 3 Temmuz 1997 tarihine kadar geçen süredir. Dolayısıyla toplam tutukluluk süresi, onyediyedi ay onyediyedi gündür.

³⁰ Bkz. Stögmüller-Avusturya davası kararı, 10 Kasım 1969, Seri A No.9, s.40, par.4

³¹ *Wemhoff-Almanya* davası kararı, 0007. 27.06.1968, 2122/64 (Kararın Türkçeye özet çevirisi için bkz. Doğru., s.35 vd.)

³² Gözübüyük/Gölcüklü., s.238

³³ *Erdem-Almanya* davası kararı., 5 Temmuz 2001, Başvuru No: 38321/97, Parg.39; Ayrıca bkz. *Kudla-Polonya ve Labita-İtalya* davası kararlarına

Bir davada sanığın tutuklulukta geçirdiği sürenin makul olma sınırlarını aşmamasını sağlamak, aslen ulusal yargı makamlarının görevidir. Bu çerçevede, ulusal yargı makamları (mercileri) masumiyet/suçsuzluk karinesini de göz önünde tutarak kamu düzeni açısından gerçek bir ihtiyacın mevcut olduğu ya da olmadığı durumlarda kişi özgürlüğüne saygı ilkesine bir istisna getirilip getirilemeyeceğini belirlemek için tüm koşulları incelemeli ve verecekleri tahliye istemlerine (taleplerine) ilişkin kararlarda bu hususları dikkate almalıdır. Bu kararlarında belirtilen gerekçeler ve sanığın dilekçesinde belirttiği gerçekler çerçevesinde Mahkeme (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilip edilmediğini belirlemelidir.

Yakalanan kişinin bir suç işlediğine dair şüphelenmek için makul nedenlerin (sebeplerin) devam ediyor olması durumu, tutukluluk halinin sürdürülmesinin olmazsa olmaz koşuludur. Ancak, bir süre sonra bu da yeterli değildir. Mahkemenin bu noktada ulusal adli makamların (mercilerin) benimsediği diğer gerekçelerin özgürlükten yoksunluk (mahrumiyet) önlemini (tedbirini) haklı kılmaya devam edip etmediğini tespit etmesi gerekir. Bu gerekçelerin "önemli" ve "yeterli" bulunması halinde Mahkeme, yetkili ulusal makamların (mercilerin) kovuşturmada "özel bir özen" gösterip göstermediğini inceler³⁴.

Sözleşme'nin 5. madde 1. fıkrasının (c) bendinde yer alan, kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphe bulunması nedeniyle özgürlüğünden yoksun (mahrum) bırakılabileceği ifadesi, yalnızca bu şüphenin dayanağı olduğu ve bu hükmün keyfi olarak uygulanmadığı durumları kapsamaktadır. Şüphe daima geçerli bir nedene dayanmalıdır. AİHM, *Murray-Birleşik Krallık* davasında³⁵, şüphede dürüstlük ve iyi niyet ilkelerinin aranmasının şüphenin makul olmasında ayrılmaz bir öge olduğunu belirtmiştir. Ancak söz konusu şüphenin makul olabilmesi için şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişki olması gerekir. Dolayısıyla, söz konusu kişiyi doğrudan suçla ilişkilendirecek eylemlere (fiillere) ait kanıt,

³⁴ Bkz. *Erdem-Almanya* davası kararı, 05.07.2001, Başvuru No: 38321/97, Parg.39; Ayrıca bkz. özellikle *Tomasi-Fransa* davası kararı, 27 Ağustos 1992, Seri A No. 241-A, s. 35, paragraf 84; *I.A.-Fransa* davası kararı, 23 Eylül 1998, Reports of Judgment and Decisions 1998-VII, s.2978/2979, paragraf 102; ayrıca, *Amiram Bar-Fransa* davası kararı, 7 Eylül 1999, Başvuru No. 37863/97

³⁵ *Murray-Birleşik Krallık* davası kararı, 28.10.1994

belge ya da bu tür adli bulgular olması gerekmektedir. Yani, bir kişi, bir suç işleminde bir gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da (etnik, dini ya da diğer) önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle özgürlükten yoksun bırakılamaz.

Öncelikle, tutukluluk halinin sürdürülmesinin olmazsa olmaz koşulu (şartı), suç işlediği konusunda kişiden şüphelenmek için makul gerekçelerin devam ediyor olması gerekir. *Labita-İtalya* davasında³⁶ AİHM, şu hükme varmıştır: Makul bir şüphe olması için, yansız (tarafsız) bir gözlemcinin ilgili kişinin bir suç işlemiş olduğu kanaatine varmasını sağlayacak bulgu ya da bilgilerin varlığı gerekir³⁷.

Tutukluluk süresinin makul olup olmadığını belirlerken AİHM, daima bütünsel bir yaklaşım içinde davranmaktadır. Mahkeme, örneğin işin karmaşıklığını, sanığın kişiliğini ve somut olayın olağanüstü özelliklerini de gözetmektedir.

Nitekim Mahkeme, *Cesky-Çek Cumhuriyeti* davasında, her ne kadar kovuşturmanın çeşitli aşamaları uzun sürmüş olsa da kaçma tehlikesi bulunduğuna ilişkin yeterli gerekçelerin varlığını tespit ettiği için, tutukluluk süresinin 3 yıl 3 ay sürmesine karşın "makul" bularak, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası hükmünün ihlal edilmemiş olduğu sonucuna varmıştır³⁸.

Puntzelt-Çek Cumhuriyeti davası kararında³⁹ ise, AİHM, ilk derece mahkemesinin daha fazla kanıt (delil) toplayabilmek için ilk duruşmadan sonraki oturumları üç kez ertelediğini ve sonuç olarak bu nedenle ilk derece mahkemesinin ilk hükümlülük kararını altı aylık bir gecikme ile vermiş olduğunu belirlemiştir.

Bu dava ile ilgili ilk derece mahkemesinin hükümlülük kararına karşı temyiz başvurusu üzerine, Yargıtay, ilk derece mahkemesinin

³⁶ Bkz. *Labita-İtalya* davası kararı, 06 Nisan 2000, Başvuru No: 26772/95, par.156-161

³⁷ *Abdo-Türkiye* davası kararı., 26 Ocak 2010, Başvuru No: 17681/04; Aynı şekilde, *Olstowski-Polonya* davası kararı, 15.11.2001, Başvuru No.34052/96, Par.67; *Labita-İtalya* davası kararı, 06.04.2000, Başvuru No. 26772/95, par.171-173; *Wemhoff-Almanya* davası kararı, 27.06.1968, seri A No.7, s.23, Par.9

³⁸ *Cesky-Çek Cumhuriyeti* davası kararı, 06.06.2000, Başvuru No: 33644/96

³⁹ *Puntzelt-Çek Cumhuriyeti* davası kararı, 25.04.2000, Başvuru No: 31315/96 (Karar için bkz. Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/Mcbride, Jeremy/Tezcan, Durmuş., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s.72

tüm kanıtları (delilleri) tespit etmediği, değerlendirmedeği, yanlış uyguladığı ve kararın belirsiz olduğu gerekçesi ile kararı bozmuştur. İlk derece mahkemesi, ilk hükümlülük kararının bozulmasından sonra, 10 ay boyunca ikinci kararını vermemiştir.

Bu koşullar altında AİHM, yargılama gerçekleştirilirken, tutuklu davada “özel bir titizlik” gösterilmediği sonucuna varmıştır.

Daha doğrusu, söz konusu bu davada tutuklu yargılanma süresinin uzunluğundan dolayı, Mahkeme (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Görülüyor ki göreceli olarak kısa süreli tutukluluk durumlarında da Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlali söz konusu olabilmektedir.

AİHM, ulusal mahkemeler tarafından tutukluluk uygulamasına ilişkin olarak ileri sürülen gerekçelerin, açık (net) olmadığı gibi, çok zaman birbirinin belirgin biçimde aynısı olduğu konusuna da bazı kararlarında değinmiştir.

Ulusal mahkemelerin belirttiği gerekçelerin net olmaması konusunu AİHM, *Labita-İtalya* davasında verdiği kararda değerlendirmiştir⁴⁰.

Bu davada, ulusal mahkemeler, sanığın tehlikeli bir kişi olması, davanın karmaşıklığı ve soruşturma koşulları nedeniyle tanıklara baskı yapılabileceği ve delillerin değiştirilebileceği riskine değinmişlerdir.

Mahkeme (AİHM), ilgili kararlarda belirtilen gerekçelerin en azından başlangıç olarak son derece genel gerekçeler olduğunu belirtmiştir. Adli makamlar (merciler), şüphelileri/sanıkları genel olarak değerlendirmiş ve suçun yalnızca soyut niteliklerine (vasıflarına) değinmişlerdir. Belirtilen risklerin gerçekten mevcut olduğunu gösteren bir hususa işaret etmemişler ve sabıka kaydı bulunmayan ve mafya tipi bir örgütte önemsiz bir görevi olduğu söylenen (savcı bu davada üç yıl hapis isteminde bulunmuştur) başvuru sahibinin bir tehlike arz ettiğini kanıtlayamamışlardır. Ayrıca, başvuru sahibine yöneltilen suçlamaların zaman içinde güçlenmek yerine giderek zayıflayan kanıtlara (delillere) dayandığı gerçeği de hiçbir şekilde dikkate alınmamıştır.

⁴⁰ *Labita-İtalya* davası kararı, 06.04.2000, Başvuru No. 26772/95 (Karar özeti için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler., s.170)

Bu çerçevede Mahkeme, ulusal makamların (mercilerin) itiraz edilen kararlarının, başvuru sahibinin iki yıl yedi ay boyunca alıkonulmasını haklı kılmakta yeterli olmadığı kanısına varmıştır.

Mahkeme, bazı davalarda hakkında soruşturma yürütülen bir kişinin güvenliği gereği en azından bir süre tutuklu kalabilmesi gerekebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu durum, yalnızca istisnai koşullarda, söz konusu suçların nitelikleri (vasıfları), bu suçların işlendiği koşullar ve hangi durumda işlenmiş bulduklarına bağlı olarak geçerli olabilir.

Mahkeme, *I.A.-Fransa* davasında⁴¹, ulusal makamlarca başvuru sahibinin hangi nedenden ötürü korunması gerektiğine ilişkin öğelere (unsurlara) değinilen birkaç kararda (9 Aralık 1991 ve 4 Aralık 1992 tarihli kararlar) “*mağdurun ailesinin intikam saldırısı*” ya da “*misilleme*”de bulunması riski ya da başvuru sahibi tarafından belirtilen “*sıklıkta barbarca olabilen ve adil olmayan (Lübnan) örfleri*”ne ilişkin “*korku*”ya (14 Eylül ve 17 Kasım 1992 tarihli kararlar) değinilmektedir. Bu kararlarda özellikle, mağdurun neredeyse tüm aile fertlerinin Lübnan’da yaşamakta olması sebebiyle, bu tür bir ihtiyacın nereden doğmuş olduğuna ilişkin tutarsızlığı AİHM, kararında açıkça belirtmiştir.

Çayan Bilgin-Türkiye davası kararında AİHM, tutukluluk uygulamasının sürdürülmesine ilişkin olarak gerekçelerin belirgin bir şekilde birbirinin tekrarı olması konusunu vurgulamıştır⁴².

Ulusal mahkemeler, neredeyse harfiyen daha önce belirtilen gerekçeleri sıralamış ve başvuru sahibinin tutukluluk durumunun devam ettirilmesini haklı kılan herhangi yeni bir öğeye değinmemişlerdir. AİHM, böyle gerekçelerle tutukluluk durumunun devamına ilişkin kararlarda, Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Nitekim inceleme konumuz olan *Kürüm-Türkiye* davasında da, bu nedenle AİHM, Sözleşme’nin 5/3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁴¹ *I.A.-Fransa* davası kararı, 23.09.1998, Başvuru No. 28213/95, par.108

⁴² *Çayan Bilgin-Türkiye* davası kararı, 08.12.2009, Başvuru No:37912/04; Ayrıca aynı nitelikte bkz. *Kürüm-Türkiye* davası kararı, 26.01.2010, Başvuru No: 56493/07; *Erdem-Almanya* davası kararı, 05.07.2001, Başvuru No:38321/97

AİHM, tutuklama yerine geçen seçeneklerin değerlendirme dışı bırakılarak şüpheli ya da sanığın tutukluluk durumunun sürdürülmesini, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali açısından değerlendirmektedir.

Mahkemeye göre, tutukluluk halinin devamı için geriye kalan tek neden, sanığın kaçacağı ve böylece duruşmaya çıkmayacağı endişesi olduğunda, örneğin bir güvence sunarak duruşmaya çıkmasını sağlayacak teminatları sunabilirse sanık serbest bırakılmalıdır⁴³.

AİHM, *Iwanczuk-Polonya* davası kararında gerekli güvencelerin temin edilmesi ve bununla ilgili usullere ilişkin ilkelere değinilmiştir⁴⁴.

Mahkeme, içtihadı uyarınca, kefalet miktarının "aslen ilgili kişi, bu kişinin mal varlığı (...), bir başka deyişle, bu kişiyi mahkemeye gelmemesi halinde kayba uğrayacağı miktarın kaçmaya ilişkin bir istek duymaktan caydırmaya yetecek ölçüde bir teminat çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği"ni vurgular⁴⁵. Adli makamların (mercilerin) kefaletle salıvermeye hazır olduklarını beyan ettikleri sanığın, tespit edilecek kefalet miktarına ilişkin olarak gerekirse kontrol edilebilecek şekilde yeterli bilgileri samimi bir şekilde temin etmesi gerekir. Sözleşme'nin 5. maddesinde güvence altına alınmış olan bireyin temel özgürlük hakkı söz konusu olduğunda, yetkili makamların (mercilerin), uygun kefalet miktarını belirlemede, sanığın tutukluluk halinin sürdürülmesinin gerekli olup olmadığını kararlaştırdıklarında olduğu kadar, titizlik göstermesi gerekir⁴⁶.

Somut davada, kefaletin miktarı ve ödenme şekline ilişkin işlemlerin dört ay on dört gün gibi uzun bir zaman almış olması ve bu süre zarfında, daha fazla alıkonulmasının gereksiz olduğuna dair karar verilmesinden sonra başvuru sahibinin alıkonulmasının sürdürülmüş

⁴³ *Letellier-Fransa* davası kararı, 26.06.1991, Başvuru No.12369/86; *Mamedova-Rusya* davası kararı, 1 Haziran 2006, Başvuru No.7064/05 (Bkz. Bu kararların Türkçe özeti için Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/Tezcan, Durmuş., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s.48)

⁴⁴ *Iwanczuk-Polonya* davası kararı, 15.11.2001, Başvuru No.25196/94 (Bkz. Bu kararın Türkçe özeti için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s.175)

⁴⁵ Bkz. *Neumeister-Avusturya* davası kararı, 27 Haziran 1968, Seri A, s.40, Parg. 14

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, No.8339/78, 11 Aralık 1980 tarihli rapor, Decisions and Reports 23, s.137

olması, ayrıca yetkili merciler tarafından kefaletin ödenme şeklinin defalarca değiştirilmesini haklı kılacak hiçbir yeterli gerekçenin gösterilememiş olması çerçevesinde Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddenin 3. fıkrasının ihlal edildiğini saptamıştır.

4. Türk Hukukunda Tutuklama Süresi

Ceza Yargılama Yasası'nın 102. maddesinde tutukluluk süresi ile ilgili olarak üst/azami süre sınırı getirilmiştir. Bu süreler, işin Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine girip girmemesine göre ayrı olarak belirlenmiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak, bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir (m.102/1).

Görülüyor ki Ceza Yargılama Yasası'na göre, sulh cezalık ve asliye cezalık suçlarda tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak, bu süre zorunlu hallerde gerekçesi gösterilmek kaydıyla altı ay daha uzatılabilir (m.102/1).

Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren işlerde ise, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplamı üç yılı geçemez. Öğretide, uzatma süresinin toplamının üç yılı geçemeyeceği öngörüldüğü ileri sürülerek, bu sürenin toplamının beş yıldan fazla olamayacağı belirtilmektedir⁴⁷.

⁴⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Onaltıncı Bası, s.886, 887, 888, n.50.6; Öztürk/Tezcan/Erdem/ Sırma/Saygılar/Alan., Ankara 2009, s.412, 413, 414; Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin., Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.221, 222; Centel/ Zafer., 7. Bası, s.348, 349, 350; Ünver/Hakeri., 3. Baskı, s.364; Şahin, Cumhur., Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, s.231, 232; Şentuna, Mustafa Tarık., Tutuklama ve Adli Kontrol., Ankara 2007, s.90 vd; Özen, Muharrem/Güngör, Devrim/Ergün Okuyucu, Güneş., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirme, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2010/4, sayı 68, s.183 (s.181-187); Dönmez, Halit., "CMK 102'deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme" Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2010/4, sayı 68, s.190, 191 (s.189-198); Yazıcı, Samet., "AİHM Kararları Işığında Tutuklulukta Makul Süre", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 54, Şubat 2011, s.36 (s.37-41)

Ceza Yargılama Yasası'ndaki ağır cezalı suçlarla ilgili tutuklama süresini düzenleyen madde açık değildir (m.102/2). Yasada temel/asıl süre iki yıl olduğu halde, uzatma süresinin asıl/temel süreden uzun olacak biçimde üç yıl olarak öngörülmüş olması hem işin doğasına hem de maddenin düzenleniş amacına aykırıdır. Bundan dolayı, yasadaki düzenleme haklı olarak öğretilerde eleştirilmiştir⁴⁸.

Ancak öğretilerde bazı yazarlar, tutuklamada asıl olan iki yıl ile birlikte toplam sürenin üç yılı geçmeyecek şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmişlerdir⁴⁹. Daha doğrusu yasadaki uzatma süresinin üç yıl değil de bir yıl olarak yorumlanması görüşünde olduklarını belirtmişlerdir.

Tutuklamanın süreyle sınırlanması, Sözleşme (AİHS) açısından zorunlu bulunmamaktadır⁵⁰. Ayrıca Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen tutukluluk süresinin makul olmasını sağlama da üst sınır getirilmesi, yeterli olmamaktadır. Çünkü göreceli olarak kısa süreli tutukluluk durumlarında da Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali söz konusu olmaktadır. Nitekim AİHM, *Shishkov-Bulgaristan* kararında⁵¹ 6 ay 3 haftalık tutuklama süresini Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, makul süreyi aşmayan gerekçesiz tutuklama kararları da kabul edilemez. Adli makamlar, tutuklamanın her aşamasını, bu aşamanın kısa olup olmadığına bakılmaksızın inandırıcı (ikna edici) biçimde gerekçelendirmek zorundadırlar.

⁴⁸ Toroslu/Feyzioğlu., s.221, 222: "Uzatma süresinin asıl süreden uzun olarak öngörülmüş olması elbette eleştirilmelidir"; Özbek., s.281, 282, 283: "Görüldüğü üzere yasal düzenleme ifadesinde zafiyet bulunmaktadır"

⁴⁹ Özbek., s.368, 361: "Sözkonusu yasadaki ifade asıl tutuklama süresi olan 2 yıl ile birlikte toplam 3 yılı geçmeyecek şekilde kabul edilerek uzatma süresi 1 yıl olarak anlaşılmalıdır. Görüldüğü gibi yasadaki düzenleme açık değildir. Bu nedenle yasal düzenlemenin, şüpheli ya da sanık lehine düzenlenmenin yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi halde bu durum AİHS m.5'e ve maddenin düzenleniş amacına aykırı olacaktır"; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu., Onaltıncı Bası, İstanbul 2008, s.886, 887, 888 n.50.6: "Ağır Cezalı Suçlardaki (2+3) beş yıllık üst süre, AİHS'nin 5. maddesinde gösterilen makul süreyi aşar nitelikte gözükmektedir. Bu nedenle madde amacına uygun yorumlanmalı ve bu sürenin uzatma ile birlikte üç yılı geçmeyeceği anlamını maddeye vermeye çalışılmalıdır."; Soyaslan., 3. Basım, s.313, 314: "Amaç Yasada yanlış ifade edilmiş. Ağır Cezalı suçlarda bu üç yılı aşamaz (2+1)" görüşündedir.

⁵⁰ Centel/Zafer., 7. Bası, s.350; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan., s.414, 415

⁵¹ *Shishkov-Bulgaristan* davası kararı, 09.01.2003, Başvuru No: 38822/97 (Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan., s.414)

Ceza Yargılama Yasası'nın 250. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, tutukluluk süresi, diğer ağır cezalı suçlar için öngörülen sürenin iki katı olarak belirlenmiştir (CYY m.252/2).

Görülüyor ki Ceza Yargılama Yasası'nın 250. maddesinin (c) bendinde gösterilen ve özel yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin görevine giren ağır cezalı suçlarda tutukluluk süresi genel yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin görevine giren suçlarda öngörülen tutukluluk süresinin iki katı olarak uygulanacaktır.

Ceza Yargılaması Yasası'nın 250. maddesinin (c) bendinde yazılı suçlar için diğer ağır cezalı suçlardan farklı asgari tutukluluk süresi öngörülmesi durumu, *Yiğitdoğan-Türkiye* davasında⁵² başvuran taraftan gündeme getirilmiştir.

AİHM, önce söz konusu başvuruda, iç hukuktaki yasanın tutukluluk süresinin asgari uzunluğuna dair yapmış olduğu ayırımın farklı guruplara yönelik olmayıp, ciddiyet derecesine göre farklı türlerdeki suçlara uygulandığını saptamıştır.

AİHM, Sözleşme'ye (AİHS) aykırı bir "*ayrımcılığın*" bulunduğunu gösterir herhangi bir ögenin yer almaması nedeniyle, bu konudaki istemin reddine karar vermiştir.

Bu davada, Ceza Yargılama Yasası'ndaki (m.102 ve 252/2) tutukluluk süresinin üst/asgari sınırının uzunluğu konusunda başvuran itirazda bulunmadığı için, AİHM de kararda tutukluluk süresinin üst/asgari sınırı ile ilgili yasadaki düzenlemeyi değerlendirmemiştir.

Mahkemenin (AİHM) içtihatları gözetildiğinde, Ceza Yargılama Yasamızın, tutukluluk süresi ile ilgili olarak öngördüğü sürelerin, "*tutuklamada makul süre*" olarak kabul edilebilecek süre olmadığı gibi, "*adil yargılanma hakkı*" ile de uyumlu değildir⁵³.

Karşılaştırmalı hukukta tutuklama için üst sınır öngören bazı ülkeler bulunmaktadır. Bu ülkelerden örneğin İsviçre, Avusturya, Polon-

⁵² *Yiğitdoğan-Türkiye* davası kararı., 16 Mart 2010, Başvuru No: 20827/08

⁵³ Aynı düşünce için bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan., s.413 vd; Özbek., s.281, 282, 283; Özen/Güngör/Ergün/Okuyucu., s.183

ya, Almanya ve İtalya'da tutuklama için öngörölmüş üst sınır, Ceza Yargılaması Yasamızda öngörölen sürelerden çok daha kısadır⁵⁴.

AİHM'ye göre, tutuklu işlerde çabukluk ilkesinin gerçekleştirilmesi için, ilk derece mahkemesi, tanık ve bilirkişileri çağırma ile diğer yargılama işlemlerinde sıkı bir duruşma planı belirleme konusunda, gözle görölrür bir çaba içerisinde olması gerekir⁵⁵.

Ceza Yargılama Yasamızın 190. maddesinin birinci fıkrasında da duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verileceği açıkça belirtilmiştir. Ara verilmesinin zorunlu olması durumunda ise, davanın makul sürede sonuçlanmasını sağlayacak surette duruşmaya ara verilmesi öngörölmüştür.

⁵⁴ Bkz. İsviçre, Avusturya, Polonya, Almanya ve İtalya'daki tutuklama için öngörölen sürelerle ilgili bilgileri ileten; Centel/Zafer., 7. Bası, s.350 ve 67, 68, 69, 70, 71 nolu dipnotlar: "İsviçre hukukunda çeşitli kantonlarda 3 gün ile 5 ay arasında değişen tutuklama üst süreleri vardır. Bak. Jescheck/Krumpelmann, 203, 204; Avusturya CMK.m.194'e göre, delilleri karartma tehlikesi nedeniyle yapılan tutuklama 2 aydan fazla süremez. Diğer hallerde üst süre 6 aydır. Bir cürüm sözkonusu ise soruşturma açılmadan önce tutuklama en çok 1 sene; 5 seneden fazla özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren cürüm sözkonusu ise en çok 2 sene sürebilir. Bak. Manz Texte von A bis Z, Strafrecht von AmtsSprV bis ZustellG, Stand 1.9.1993, Wien 1993; 1997 tarihli Polonya Ceza Muhakemesi Yasası (2000 yılında değiştirilen) m.263'e göre, soruşturma evresinde tutuklama, kural olarak üç ayı geçemez, istisna olarak on iki aya kadar uzatılabilir. Tutuklamanın süresi, hükmün verilmesine kadar toplam iki yılı geçemez. Sonraki muhakeme aşamalarında tekrar uzatılması olanağı vardır. Bak. Die polnische Strafprozeßordnung (çev. E.Weigend), Freiburg im Breisgau 2004; Alman CMK m.121/1: Aynı eylemden dolayı tutukluluk 6 aydan fazla süremez. Belli nedenlerin varlığı halinde Yüksek Eyalet Mahkemesi kararıyla istisnaen 6 ayın üzerine çıkılabilir. Bak. StPO Strafprozeßordnung mit EinführungsG GerichtsverfassungsGEGGVG Rechtspflege AnpassungsG, Beck Texte im dtv, München 2005; İtalyan Ceza Muhakemesi Yasası'nda, tutuklamanın üst süresi m.303'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Toplam tutuklama süresi, 305. maddede öngörölen uzatmalar dahil, şu süreleri aşamaz: a) Yasa'da üst sınırı altı yıldan fazla olmayan hapis cezası öngörölen suçlardan dolayı açılan davalarda iki yıl, b) Yasa'da müebbet hapis veya üst sınırı altı yıldan fazla olan hapis cezası öngörölen bir suçtan dolayı açılan davalarda dört yıl. Bu sürelerin durması mümkündür. Ancak, tutuklamanın süresi, hiçbir zaman süreli cezadan üst süresinin üçte ikisini geçemez. Müebbet hapis ise en yüksek süreli cezaya eşit sayılır. Öte yandan, m.305'de gösterilen hallerde ve öngörölen şekilde, tutuklamanın uzatılması mümkündür. Uzatma, ancak bir kez daha tekrarlanabilir ve m.303/1'de öngörölen sürelerin yarı oranından daha fazla süremez. Bak. Italienische Strafprozeßordnung mit Nebengesetzen-Codice di procedura penale con leaggi complementari (çev. ve yay. M.W.Bauer/B.König/J.Kreuzer/ R.Riz/H. Zanon), Bozen 1991"

⁵⁵ Cevizovic-Almanya davası kararı, 29.07.2004, StV 2005, s.136 vd. (Bkz. Karar için Öztürk/Tezcan/Erдем/Sırma/Saygılar/Alan., s.414

Ayrıca Ceza Yargılama Yasası'nın 331. maddesinde tutuklu işlere ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın adli tatil süresince de yürütüleceği düzenlenmiştir. Yasayollarına başvurulması durumunda tutuklu işlerin incelemesinin adli tatil süresince yapılacağı öngörülmektedir (m.331/3).

Öğretide, tutukluluğun uzun sürmesinin kanıt yetersizliğinden beraat etme olanağı bulunan sanığın bu nedenle cezalandırılması düşüncesini uyandırabileceği ileri sürülmektedir⁵⁶.

Ceza Yargılaması Yasası'nda, tutukluluk süresinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında, süre koşulu aranmaksızın adli kontrole ilişkin hükümler uygulanacağı da öngörülmektedir (m.109/7). Bu düzenlemenin yerinde olduğu kanısındayız. Ancak, bir koruma önlemi olan tutuklamaya ve tutuklamanın devamına karar verilirken öncelikle adli kontrol önlemine başvurma koşulları varsa buna başvurulmalıdır. Çünkü kişi özgürlüğünü ağır biçimde kısıtlayan tutuklulukta geçirilen sürenin önceden cezaya dönüşme olasılığı ileride şüpheli ya da sanığın beraat etmesi durumunda, tutukevinde geçirdiği yaşamın geri verilemeyeceği durumları gözetilerek, tutuklama önlemine istisnai hallerde ve özenli bir şekilde karar verilmelidir.

Ülkemizde, tutuklu sayısının hükümlü sayısı ile yarıştığını görmekteyiz⁵⁷. Son üç yıla baktığımızda çarpıcı bir tabloyla karşılaşmaktayız⁵⁸. Örneğin 2008 yılında cezaevinde bulunanların %60, 2'sinin (56.820 kişi) tutuklu olduğu görülmektedir. Bu oran 2009 yılında %51, 8 olup (60.606 kişi), yine tutuklular, hükümlülerden fazladır. Ancak, 2010 yılında cezaevinde bulunanlardan %49, 7'si (59.365 kişi) tutuklu bulunmaktadır.

Ülkemizde, tutuklu sayısının başka ülkelerle kıyaslandığında hükümlü sayısına göre çok fazla olduğu açıktır.

⁵⁶ Centel/Zafer., 7. Bası, s.350, 351; Şentuna., s.92

⁵⁷ Selçuk, Sami., "Unutmayalım ki, hukuk özgürleştirmek için vardır. Köleleştirmek için değil" diye konuştu (Bkz. 9 Mart 2011 tarihli Cumhuriyet Gazetesi, s.7; ileten Alican Uludağ)

⁵⁸ Bkz. Yücel, Mustafa T., "Tutuklama Paradoksu" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2010, Yıl 23, sayı 91, s.293 vd (s.291-299); Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi "Tutuklama Raporu", Ankara 2010, s.18

AİHM, 2010 yılı içerisinde, Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen tutuklamayla ilgili hükmüne aykırılıktan dolayı 80 davada Türkiye aleyhine karar vermiştir⁵⁹.

5. Sözleşme'nin 5. Maddesinin 4. Fıkrası Uyarınca Yakalama ya da Tutuklamanın Yasaya Uygunluğunun Denetimini Sağlamak İçin Yasayoluna Başvurma Hakkı

Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme şu şekildedir:

"Yakalama ya da tutuklama/tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının, 5. madde kapsamında özerk bir yeri ve etkisi (rolü) bulunmaktadır.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası hükümlerinde, tutuklanan kişi hakkındaki işlemin uygulamasının hukuka uygun olup olmadığının süratle tespit edilmesi ve tutuklama işleminin uygulaması hukuka aykırı ise kişinin salıverilmesine karar verilmesi için tutuklamaya itiraz etme hakkından söz edilmektedir. Bu hak daha doğrusu bir kişinin tutuklanmasının yasal olup olmadığının saptanmasını isteme hakkı hukuk dilinde "*habeas corpus*" türünde bir güvenceyi sağlamaktadır⁶⁰.

Bu maddede belirtilen yükümlülüğün en önemli öğeleri; yargı gözetiminin bir mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi, çekişmeli dava ve hukuki yardım olanağı sağlanan sözlü bir duruşma yapılması, tutuklama işleminin hukuka uygunluğunun en geniş anlamda ele alınması ve bu denetimin/inceleminin süratle gerçekleştirilmesi gereğidir.

⁵⁹ Bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F2735259-F638-4E83-82DF-AAC7E934A1D6/0/2010AnnualReportJanuary2011prov2.pdf>, page.131 (erişim tarihi 12.04.2011)

⁶⁰ Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü., s.241; Macovei., s.59

Hukuka uygunluğun bir yargıç ya da mahkeme tarafından incelenmesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi hükümlerinde belirtilen ve özellikle bağımsızlık ve yansızlığa (tarafsızlığa) ilişkin olmak üzere, adil yargılanmaya ilişkin koşulların yerine getirilmesi esastır. Hukuka uygunluk incelemesini gerçekleştiren makamın bir şekilde idareye karşı sorumlu olması halinde, bağımsızlık koşulu doğal olarak yerine getirilmemiş olacaktır.

Her durumda, mahkemenin özellikleri ne olursa olsun, mahkemenin, kişinin salıverilmesine karar verme yetkisine sahip olması gerekir. Denetleme/inceleme yapacak ulusal mahkeme/yargıç, karar alma ya da yasaya aykırı tutuklama halinde *Van Droogenbroeck-Belçika* davasında olduğu gibi, kişinin bu hakkından faydalanmasına yönelik diğer çözümlerin sağlanması konusunda yetkileri kısıtlanmışsa, bu durumda Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası hükümleri yerine getirilmemiş olur⁶¹. Bu maddenin özü, yakalama ya da tutuklamanın hukuka aykırılığının kanıtlanması durumunda (halinde) kişinin salıverilmesini güvence altına almaktır.

Yargı gözetiminin/denetiminin yararlarından biri de, yasaya aykırı tutuklama dışındaki suistimallerin de tespit edilebilmesidir. Bu da, tutuklama işleminin hukuka uygunluğunun araştırılması için tutuklanan kişinin normal koşullar altında mahkemeye çıkartılması ile sağlanabilir. Örneğin hakkındaki dolandırıcılık suçlaması nedeniyle gözaltına alınan kişinin Ceza Yargılaması Yasası'na göre, olanaklı olmakla birlikte, mahkemeye çıkartılmamış olduğu *Kampanis-Yunanistan* davasında Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası hükümlerinin ihlal edildiği tespit edilmiştir⁶². AİHM, tutuklanan kişinin, tutuklama işleminin hukuka aykırı olduğunu iddia etmek hakkı bulunması ve bizzat mahkeme huzuruna çıkmanın tutuklamada suiistimal yapılması olasılığını azaltması nedeniyle, yakalanan ya da tutuklanan kişinin, savcılığın kendisi hakkındaki iddialarına itiraz edebilmesinin önemini belirtmiştir.

Yakalanan ya da tutuklanan kişiye, itirazını formüle edebilmesi için hukuki yardım alma olanağı (imkanı) tanınması gerekir. Kişinin avukat ücretini ödeyememesi halinde bu masrafın Devlet tarafından

⁶¹ Macovei., s.60

⁶² Macovei., s.60

karşılanması gerekir. *Woukam Moudefo-Fransa* davasında AİHM, kişinin mahkemeye başvurması için kendisine bir avukat görevlendirilmemiş olmasının, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası hükmünün ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir⁶³. Öte yandan *Megyeri-Almanya* davasında AİHM, kişinin hukuki yardım alma konusunda kendisinden ödeme yapmasının istenemeyeceğine de işaret etmiştir⁶⁴.

Hukuki yardım alma gereksinimi bir itirazın formüle edilmesinin ötesinde, mahkemede kişinin temsil edilmesini de kapsar. Duruşmada her iki taraf da hazır bulunabilmeli ve AİHM'nin, 6. madde hükümlerini uygularken belirttiği şekilde, taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi de gözetilmelidir. Bunun anlamı, tahliye isteminde bulunan kişinin, tutuklanmasıyla ilgili öne sürülen gerekçelerden ve tutuklanmasını destekleyen kanıtlardan haberdar olması ve bu iddialara yanıt verme olanağının bulunması gerektiğidir. Örneğin, *Toth-Avusturya* davasında, tutuklanan kişinin katılmadığı duruşmada, mahkeme heyetinin iddia makamını dinlemiş olması kesinlikle kabul edilemez. Benzer bir şekilde dava dosyasını hazırlarken savcının dosyaya erişebildiği, ancak tutuklanan kişinin böyle bir olanaktan yararlanmadığı *Lamy-Belçika* davasında da Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası hükümlerinin ihlal edildiği belirlenmiştir⁶⁵. Davaya hazırlanmak için eşit olanak tanınması, tutuklanan kişinin bu amaç için yeterli zamanının olması anlamına da gelir; itirazın ancak çok kısa bir süre içinde olanaklı olması, başvurunun özde değil sözde sağlanmasına yol açabilir. Aynı şekilde tutuklanan kişinin, davasını hazırlamak için gereken olanaklara erişimi sağlanmalıdır. Bu olanaklar arasında, hukuk kitapları temin edilmesi, itirazını hazırlaması için uygun koşullardaki bir yerde tutulması ve kimsenin bulunmadığı ortamda avukatıyla davasını görüşmesi gibi durumlar sayılabilir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde yasallık kavramı her zaman Sözleşme standartlarına uygunluk anlamı taşımaktadır. Yakalanan ya da tutuklanan kişinin, bu işlemin ulusal yasalara ve Sözleşme'ye uygun olup olmadığını, dolayısıyla keyfi olup olmadığını sorgulama hakkı vardır.

⁶³ Macovei., s.60

⁶⁴ Bkz. Macovei., s.60

⁶⁵ Macovei., s.61

AİHM, *Jecius-Litvanya* davasında Sözleşme'nin 5. madde 4. fıkrası hükümleriyle ilgili olarak verdiği kararında⁶⁶; yakalanan ve tutuklanan kişilerin, özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının, Sözleşme açısından "hukuka uygunluğun" temel öğeleri (unsurları) olan usule ve esasa ilişkin koşulların, yerinde olup olmadığını incelemek için yargı makamına başvuru haklarının bulunduğu belirtilmiştir. Bunun anlamı, yetkili mahkemenin yalnızca usule ilişkin koşullar (şartlar) bakımından ulusal yasalara uygunluğu değil, aynı zamanda kişinin yakalanmasını destekleyen şüphenin makul olup olmadığını ve kişinin yakalanması ve sonrasında da tutuklanmasında gözetilen amacın yasallığını da (meşruiyetini) incelemesi gerektiğini belirtmiştir.

Yakalama ya da tutuklamaya itiraz durumunda kararların süratle alınması gerekir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bu süre, alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğuna itiraz başvurusunda bulunulduktan sonra başlar ve tutuklamayla ilgili son kararın verilmesiyle sona erer. Ancak, alıkonulan kişinin itiraz başvurusunda bulununca ya kadar bir süre beklemesinin gerektiği hallerde de Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası hükümleri ihlal edilmiş olabilir.

Dolayısıyla, başvuru tarihinden itibaren başvuru sonuçlandırılmaya kadar geçen sürenin bir ila iki hafta olması, genellikle pek çok davada kabul edilebilir olarak değerlendirilmektedir⁶⁷.

Bezicheri-İtalya ve *Sanchez-Reisse-İsviçre* gibi pek çok davada bir aydan uzun süreler kesinlikle kabul edilmemiştir. Yargıcın izinde olması ya da iş yükünün fazlalığından kaynaklanan gecikmeler kabul edilemez. Öte yandan, tutuklanan kişiden kaynaklanan gecikmeler de dikkate alınmaz.

Davada karmaşıklık bir sebep değildir⁶⁸. Yine iş yükünün çok yoğun olduğunun ileri sürülmesi de AİHM tarafından bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir⁶⁹. Bu davada Mahkeme, tutuklama işleminin hukuka uygun olup olmadığının tespit edilmesinin kırk üç gün sür-

⁶⁶ *Jecius-Litvanya* davası kararının özet çevirisi için bkz. MACOVEİ., s.62

⁶⁷ Bkz. Macovei., s.63

⁶⁸ *Baronowski-Polonya.*, 28.03.2000

⁶⁹ *Jablonski-Polonya.*, 21 Aralık 2000

mesinin, davanın özel koşulları çerçevesinde, süratle karar verilmesi koşuluna (şartına) aykırı olduğunu belirlemiştir. Ayrıca, *Rehbock-Slovenya* davasında⁷⁰ AİHM, tutuklanan kişinin iki kez tahliye talebinde bulunmasını takiben geçen yirmi üçer günlük iki sürenin süratle karar verilmesi koşulunu (şartını) ihlal ettiğini tespit etmiştir.

Bir kişinin, tutuklanmasının hukuka uygunluğuna itiraz edebilmek hakkı bir defaya mahsus bir olanak değildir; koşullar değiştiği gibi, tutuklama uygulaması için daha önce geçerli olan yasal gerekçe artık geçerli olmayabilir. Dolayısıyla, kişinin tutukluluk hali devam ettiği sürece, itiraz başvurusunda bulunma hakkının olması gerekir. Ancak bu durum, tutuklanan kişi herhangi bir anda ve her zaman itiraz başvurusunda bulunabilir anlamına gelmez. AİHM, itiraz hakkının makul aralıklarla tanınması gerektiği görüşündedir.

İçtihatlarla göre, yargılanması devam eden kişilerin tutuklanmaları durumunda itiraz edebilmeleri için çok daha kısa süreler uygun olacaktır. Örneğin, *Bezicheri-İtalya* davasında bir aylık bir süre kabul edilebilir bulunmuştur⁷¹. Bu süreden daha kısa süreler de elbette kabul edilebilecektir. Önemli olan, mahkeme, kişinin tutuklanmasına ilişkin gerekçenin haklı olup olmadığını incelerken, söz konusu kişinin tutuklanmasının doğru olmadığını öne sürdüğü gerekçelerin de gözetilmesi ve kişi hüküm giymeden önce haftalar geçtikçe, tutukluluk durumunun haklı olmama olasılığının bulunduğu da göz önünde bulundurulmasıdır.

6. Türk Hukukunda Konuyla İlgili Yasal Düzenleme

Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emrine karşı, serbest bırakmayı sağlamak için sulh ceza yargıcına Ceza Yargılaması Yasası'nun 91. maddesinin 4. fıkrasında itiraz hakkı düzenlenmiştir. İtiraz yasa-yoluna başvurma hakkı; yakalanan kişiye, savunmanına (müdafisine), yasal temsilcisine, eşine, birinci ya da ikinci dereceye kadar kan hısımlarına tanınmıştır (CYY. m.91/4; Yönetmelik m.15)

⁷⁰ *Rehbock-Slovenya* davası kararı., 28 Kasım 2000

⁷¹ *Bezicheri-İtalya* davası kararı için bkz. Macovei., s.65

Sulh ceza yargıcı, serbest bırakılmaya ilişkin itiraz incelemesini dosya (evrak) üzerinden yaparak derhal ve nihayet yirmi dört saat dolmadan sonuçlandırır (CYY. m.91/4).

Yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir ya da yakalananın derhal soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığı'nca hazır bulundurulmasına karar verilir (CYY.m.91/4).

Tutuklamaya ilişkin kararlara karşı yasayolunu Anayasamız öngördüğü için, bu konu Ceza Yargılama Yasamızda açıkça düzenlenmiştir. Anayasamıza göre, kişi özgürlüğünü kaldırmaya yönelik çok ağır bir önlem olması nedeniyle tutuklamaya karşı yasayoluna başvurulabilir (Any. m.19/8). Tutuklama kararına (CYY.m.101/5), tutukluluğun devamına, tutukluluğun kaldırılarak salıverilme (CYY.m.104/2) ve tutuklama yerine adli kontrol uygulanmasına ilişkin kararlara karşı itiraz edilebilir (CYY.m.105)⁷².

Cumhuriyet Savcısı, şüphelinin tutuklanmasını istediğinde sulh ceza yargıcının vereceği kararlara itiraz edilebilir. Sulh ceza yargıcı tutuklama istemi karşısında ya kabul ya da ret kararı verecektir. Sulh ceza yargıcının tutuklama isteminin reddine ilişkin kararına, Cumhuriyet Savcısı'nın itirazı üzerine, itiraz makamının (merciin) tutuklama kararı vermesi mümkündür. İtiraz makamının (merciin), itiraz üzerine verdiği kararları kesindir. Ancak ilk defa bu aşamada verilen tutuklama kararlarına da itiraz edilebilir (CYY.m.271/4).

Sonuç olarak, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli ya da sanık, salıverilmesini isteyebilir. Bu istem üzerine, şüpheli ya da sanığın tutukluluk halinin devamına ya da salıverilmesine yargıç veya mahkemece karar verilir. Ret kararına, mahkemece verilmiş olsa dahi itiraz edilebilir.

Dosya bölge adliye mahkemesine ya da Yargıtay'a geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi ya da Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re'sen de verilebilir (CYY m.104/3).

⁷² Centel/Zafer., 7. Bası, s.351; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygı-Lar/Alan., s.416

Şüpheli ya da sanık tarafından, tutuklama kararına ve tutukluluğun devamına karşı, tutukluluğun kaldırılarak/geri alınarak salıverilmesine ya da tutuklama kararının kaldırılarak adli kontrol kararının verilmesi yönündeki istem konusu, soruşturma evresinde sulh ceza yargıcı (hâkimi) kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık ya da savunmanın (Müdafiin) görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde sonuca bağlanır (CYY.m.105). O halde istem belli bir muhakeme yapmayı gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede yapılan muhakeme sonunda istemin kabulüne, reddine ya da adli kontrol uygulanmasına karar verilir⁷³. Bu kararlara itiraz edilebilir.

Ceza Yargılama Yasası'nda tutukluluğun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde belirli aralıklarla incelenmesi de düzenlenmiştir (CYY.m.108).

Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet Savcısı'nın ya da şüphelinin istemi üzerine sulh ceza yargıcı (hâkimi) tarafından karar verilir (CYY.m.108/1). Yargıç, Ceza Yargılama Yasası'nın 100. maddesinde öngörülen koşulların bulunup bulunmadığını her defasında yeniden irdelemelidir. Karar, mutlaka gerekçeli olmalıdır. Yargıç (hâkim) tutukluluğun devamına karar verir ise her defasında aynı gerekçeye başvurmamalıdır⁷⁴.

Kovuşturma evresinde ise yargıç ya da mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda ya da koşullar gerektiğinde oturumlar arasında ya da otuzar günlük süreler içinde de re'sen karar verir (CYY.m.108/3).

Bir yargıç ya da mahkeme kararına karşı yasada belirtilen kişiler tarafından yedi gün içinde kararı veren makama (mercie) yapılacak başvuru üzerine, kararın yeniden incelenmesine ilişkin yasayoluna itiraz denir⁷⁵. İtiraz, kural olarak kararın, kararı veren makamdan başka bir makamda (mercide) incelenmesini sağlayan bir yasayoludur.

⁷³ Özbek., s.284

⁷⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan., s.416; Özbek., s.285

⁷⁵ Tanımlar için bakınız, Özbek., s.701 vd; Centel/Zafer., 7. Bası, s.735; Yener/Hakeri., 3. Baskı, s.756; Toroslu/Feyzioğlu., s.315; Kunter/Yenisey/ Nuhoğlu., Onaltıncı Bası, s.1392, 1393, n.81.1; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/ Saygılar/ Alan., s.566; Erem, Faruk., Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996, s.567 vd; Tosun, Öztekin., Türk Suç Muhakemesi Hukuku, c.II, İstanbul 1976, s.187 vd; Yurtcan., 12. Bası, s.478 vd; Soyaslan., 3. Bası, s.526 vd

İtirazın konusunu yargıç kararları oluşturur. Ancak istisnai olarak mahkeme kararları da itirazın konusu olabilir. Nitekim Ceza Yargılama Yasası'nın 267/1. maddesine göre; *"Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir."*

Buna göre kural olarak bütün yargıç (hâkim) kararlarına karşı itiraz edilebilir.

Mahkeme kararlarına itiraz edilebilmesi için o mahkeme kararına karşı itiraz yoluna gidilebileceğinin yasada açıkça gösterilmiş olması gerekir (CYY.m.267). Örneğin mahkemenin vermiş olduğu görevsizlik kararına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği Ceza Yargılama Yasası'nın 5/2. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

Yargıç ya da mahkeme kararına karşı itiraz, yasada ayrıca düzenlenmeyen hallerde Ceza Yargılama Yasası'nın 35. maddesine göre kararın öğrenildiği günden itibaren yedi gün içinde yapılmalıdır. İtiraz, kararı veren makama (mercie) verilecek bir dilekçe ya da tutanağa geçirilmek koşuluyla tutanak yazmanına (zabıt katibine) sözlü açıklamada (beyanda) bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen sözlü açıklamayı (beyanı) ve imzayı, mahkeme başkanı ya da yargıç onaylar (CYY.m.268/1).

İtiraz, itiraza konu kararı veren yargıca/mahkemeye yapılır. Bu yargıç mahkeme kararının hukuka aykırı olup olmadığını kendisi inceler. Hukuka aykırı bulursa kararını düzeltir. Hukuka aykırı bulmazsa en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan üst makama (mercie) gönderir (CYY.m.268/2).

Ceza Yargılama Yasası'nın 268. maddesinin 3. fıkrasında, itirazı incelemeye yetkili makamlar (merciler) açıkça gösterilmiştir⁷⁶.

⁷⁶ Bkz. CYY.m.268/3: "(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:
a) Sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir.
b) Sulh ceza işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir.
c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

Ceza Yargılama Yasası'nın 269. maddesine göre; İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz (CYY.m.269/1). Ancak, kararına itiraz edilen yargıç ya da mahkeme kararın yerine getirilmesinin geri bırakılmasına karar verebilir (CYY.m.269/2).

İtirazı inceleyen makam esas itibarıyla itiraza konu olan kararı veren yargıç ya da mahkemedir. Söz konusu makam yani kararı veren yargıç ya da mahkeme hem maddi hem de hukuki yönden kararını inceler, hukuka aykırı bulursa bu karar yerine doğru olan kararı verir⁷⁷. Eğer yerinde görmez ise, itiraz başvurusunu, itirazı incelemeye yetkili olan makama (mercie) gönderir.

Ayrıca kararına itiraz edilen yargıç ya da mahkeme, verdiği kararın, karar hakkında itiraz makamınca incelenip kesin karar verinceye kadar, geri bırakılmasına karar verebilir.

Geri bırakmaya karar vermek, yalnızca kararına itiraz edilen makama (mercie) ait değildir. İtirazı incelemeye yetkili makam da kararın, kesin karar çıkıncaya kadar, geri bırakılmasına karar verebilir (CYY.m.269/2).

İtiraz hakkında karar verecek makam (merci), önce yapılan itiraz üzerine diğer tarafların da bu konuda görüşlerini bildirmesi için bir tebliğde bulunabilir. Ceza Yargılama Yasası'nın 270. maddesine göre, itirazı inceleme makamı (merci), itiraz hakkında yazılı görüşlerini verebilmeleri amacıyla bu itirazı Cumhuriyet Savcısı'na ve karşı tarafa bildirebilir. Kanımızca, itirazın kabul ya da reddedilmesinde etkili olacağı için, yalnızca itirazı yapan tarafın değil, aynı zamanda diğer tarafın ve Cumhuriyet Savcısı'nın da görüşünün alınması gereklidir⁷⁸. Yasada itiraz makamı itirazı "*Cumhuriyet Savcısı ve karşı tarafa bildirebilir*" denilmek suretiyle bu tebliğin yapılmasının zorunlu olmayıp takdire bırakılması yerinde değildir.

-
- d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.
- e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler."

⁷⁷ Özbek., s.704, 705

⁷⁸ Aynı düşünce için bkz. Özbek., s.706

İtiraz makamı, itiraz hakkında karar verirken yalnızca dosya içindeki bilgilere göre karar verebileceği gibi, itiraz konusu hakkında bizzat kendisi inceleme ve araştırma yapabilecektir. Ancak gerek iş yoğunluğu ve gerekse diğer nedenlerden dolayı itirazı inceleyip kesin karara bağlamakla yetkili olan itiraz makamı bu araştırma ve incelemenin başka bir görevli tarafından yapılmasını da isteyebilir (CYY.m.270/son cümle).

Yasada ayrıca düzenlenmiş olan durumlar dışında gerek yargıç kararlarına, gerekse mahkeme kararlarına karşı yapılan itirazlar hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir (CYY m.271/1). Daha doğrusu, yapılan itiraz üzerine, verilmiş olan karar duruşmasız olarak yalnızca dosya üzerinden incelenir (CYY m.271/1).

Ancak, yasadaki düzenlemeye göre, gerekli görüldüğünde savcı ve sonra müdafî ya da vekil dinlenir (CYY.m.271/1). Başka bir anlamla, gerekli görülmesi halinde duruşma yapılabilir.

Görülüyor ki yasakoyucu, itiraz makamının, tutuklamaya itiraz durumunda, incelemenin duruşmalı olarak yapılması konusunda zorunluluk getirmemiştir. İtiraz makamının takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle de itiraz makamı genelde duruşmasız inceleme yaptığı için, Türkiye, Sözleşme'nin (AİHS) 5/4. maddesini ihlalden mahkum olmaktadır.

İtiraz makamı (merci), itiraz olunan kararı hem maddi yönden ve hem de hukuki yönden bir değerlendirme yaparak inceleyecektir. Bu incelemede, bir karara temel alınan kanıtlar ve maddi olgular ile bunu doğuran hukuki durum birlikte değerlendirilir. Böylece, itiraz yolu ile karar maddi ve hukuki açıdan ayrı ayrı incelenecektir⁷⁹. Ayrıca, Ceza Yargılama Yasası'nın 271. maddesinin 2. fıkrasında itiraz yerinde görüldüğünde/kabul edildiğinde itiraz konusu hakkında da karar verileceği öngörülmektedir.

Yasakoyucunun itiraz makamına, itiraz edilen konu hakkında ayrıca karar vermek görevi verdiği açıkça anlaşılmaktadır (CYY.m.271/2).

Yasada, itiraz makamınca, kararın mümkün olan en kısa sürede verilmesi gerektiği belirtilmiştir (CYY m.271/3). Ancak belirli bir süre

⁷⁹ Centel/Zafer., 7. Bası, s.736

verilmemiştir. Görülüyor ki en kısa sürede karar verilmesi istenilerek tutuklamaya itirazın ve yargılamanın sürüncemede bırakılması önlenmeye çalışılmıştır⁸⁰.

İtiraz üzerine verilen karar kesindir. Ancak yasanın açık olarak düzenlediği durumlarda itiraz üzerine verilen karara karşı yeniden itiraz edilebilmesi mümkündür. Buna göre ilk defa itiraz makamı (merci) tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Örneğin Cumhuriyet Savcısı tarafından tutuklama istemiyle sulh ceza yargıci önüne çıkarılan şüphelinin yargıç tarafından serbest bırakılması durumunda, Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılan itiraz üzerine, itiraz makamı tutuklama kararı verdiğinde ilk defa itiraz makamı tarafından verilmiş olan böyle bir tutuklama kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Bu, itiraz üzerine verilen kararların kesinleştiği ilkesinin yasadaki tek istisnasıdır (CYY.m.270/4).

III. TUTUKLAMAYLA İLGİLİ OLARAK TÜRKİYE ALEYHİNE VERİLEN KARARLAR

1. AİHM'nin Yakın Tarihte Türkiye ile İlgili Olarak Verdiği, İç Hukukta Öngörülen İtiraz Yolunun Etkin Olmadığına İlişkin Kararları

Konuyla ilgili AİHM'nin çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan, Türkiye açısından önemli olanlarına değinmeye çalışacağız.

Erkan İnan-Türkiye kararı itiraz yolunun etkin olup olmadığı iddiaları ile ilgilidir. Bu davada, AİHM, söz konusu şikayetin AİHS'nin 5/4. maddesi açısından incelenmesi gerektiği kanaatindedir. AİHS'nin 35. maddesinin 3. paragrafı çerçevesinde başvurunun dayanaktan yoksun olmadığını kaydeden AİHM, ayrıca, başka açılardan bakıldığında da "kabul edilemezlik" unsuru bulunmadığını tespit eder. Bu nedenle başvuru AİHM "kabul edilebilir" nitelikte bulur.

AİHM, içtihatlarına göre, AİHS'nin 5/4. maddesi uyarınca tutukluluğa itiraz için başvuruda bulunulan mahkeme önünde yürütülen bir "duruşmanın çekişmeli" olması ve iddia makamı ile sanık arasında "silahların eşitliği" ilkesinin sağlanmış olması gerekir⁸¹. Eğer savunma-

⁸⁰ Özbek., s.707

⁸¹ Bkz. özellikle, *Schöps-Almanya*, 13.02.2001, başvuru no:25116/94; *Lietzow-Almanya*,

nın; savunmanı olduğu kişinin tutukluluk halinin yasallığına etkin bir biçimde itiraz edebilmesi için büyük önem taşıyan dosya bilgilerine erişimi reddedilmişse silahların eşitliği ilkesi temin edilmemiştir⁸².

AİHM, *Erkan İnan-Türkiye* ile ilgili davada⁸³, tutukluluk kararına karşı yapılan itirazın incelenmesi sırasında, Ağır Ceza Mahkemesi'nin başvurunu dinlemediğini belirlemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi duruşma gerçekleştirmemiştir. Diğer bir deyişle, dava çekişmeli olmamıştır ve iddia makamı ile sanık arasında "silahların eşitliği" temin edilmemiştir. AİHM, yeni Ceza Yargılama Yasası'nın 271. maddesinin hükümlerinin, itiraz talebinin incelenmesi sırasında teorik olarak sanığın avukatına adli makam tarafından dinlenme olanağı sunduğunu belirtmektedir. Buna karşın; duruşma yapılarak itirazın incelenmesi durumu; tutuklu ve savunmanın istemlerinden bağımsız olarak, mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu değerlendirmeleri belirttikten sonra AİHM, başvuranın tutukluluk halinin yasallığına itiraz etmek için açtığı davanın, AİHS'nin 5/4. maddesinin gereklerini karşılamadığı kanısına varmıştır. Bu nedenle de söz konusu davada, AİHS'nin 5/4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yine AİHM, 01.12.2009 tarihli *Abay-Türkiye* kararında⁸⁴, tutukluluk halinin yasallığının denetimini yaptırmak için iç hukukla öngörülen itiraz yolunun AİHS'nin 5/4. maddesinin gereklerini karşılamadığı değerlendirmesinde bulunmuştur.

Dolayısıyla, Mahkeme'ye (AİHM) göre, başvuranın, tutukluluk halinin yasallığının incelemesini yaptırtmak için AİHS'nin 5/4. maddesi uyarınca etkili başvuru yoluna sahip olduğu düşünülemez.

13.02.2001, başvuru no: 24479/94; *Garcia Alva-Almanya*, başvuru no: 23541/94, 13 Şubat 2001 ve *Svipsta-Letonya*, başvuru no: 66820/01

⁸² Bkz. Diğerleri arasından *Mooren-Almanya*, başvuru no: 11364/03; *Bağrıyanık-Türkiye*, başvuru no: 43256/04, 5 Haziran 2007; *Lamy-Belçika*, 30 Mart 1989, *Nikolova-Bulgaristan*, başvuru no: 31195/96, sözü edilen *Schöps, Shishkov-Bulgaristan*, 09.01.2003, başvuru no: 38822/97

⁸³ *Erkan İnan-Türkiye*, davası, başvuru no: 13176/05, 23 Şubat 2010

⁸⁴ *Abay-Türkiye* davası kararı, başvuru no: 19332/04, 1 Aralık 2009; aynı nitelikte karar için bkz. *Abdo-Türkiye.*, başvuru no: 17681/04, 26 Ocak 2010; *Demir ve İpek-Türkiye*, başvuru no: 42138/07 ve 42143/07, 26 Ocak 2010; *Koştü ve diğerleri-Türkiye.*, başvuru no: 74321/01, 3 Mayıs 2007; *Bağrıyanık-Türkiye.*, başvuru no: 43256/04, 5 Haziran 2007

Öte yandan *Demir ve İpek-Türkiye* kararı⁸⁵ da yeni Ceza Yargılama Yasası'nın 271. maddesinin 1. fıkrasının öngördüğü hükmün uygulamada tutuklamaya karşı etkin bir itiraz başvurusu olanağı sağlayıp sağlamadığı iddiası ile ilgilidir. Bu davada da AİHM, iç hukuk yolunun etkin bir başvuru olanağı sunmadığı sonucuna varmıştır.

AİHM, 16 Mart 2010 günlü *Yiğitdoğan-Türkiye* davası⁸⁶ ile ilgili olarak verdiği kararda da, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının uygulanması değerlendirilmiştir. Söz konusu bu kararda da, AİHM, önceki kararlarda olduğu gibi Ceza Yargılama Yasası'nın 271. maddesinin tutuklamaya itiraz sürecinin prensip olarak duruşma yapılmaksızın gerçekleşmekte olduğunu açıkça belirtmiştir. Ayrıca tutukluluk işlemine karşı birçok kez itiraz başvurusunda olduğu gibi en son başvurunun da 21 Ocak 2008 tarihinde 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nce duruşma yapılmadan reddedildiği, üstelik bu istemlerin “*atılı suçun niteliği ve isnat edilen suç*” ve “*dosyanın durumu*” gibi birbirinin neredeyse aynısı basmakalıp gerekçelere dayandırıldığını AİHM, bu davayla ilgili kararında açıkça vurgulamıştır.

Öte yandan AİHM, çok yakın tarihli olan 1 Şubat 2011 günlü, *Kutlar ve Ocaklı-Türkiye* davası⁸⁷ ile ilgili kararında da itiraz yasayolunun sanıklar için gerçek anlamda “*çekişmeli bir usul*” sunmadığını belirtmiştir.

Yine AİHM, çok yakın tarihte vermiş olduğu *Ulu ve Diğerleri-Türkiye* davası⁸⁸ ile *Şeyhmus Uğur ve Diğerleri-Türkiye* davası⁸⁹ ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında da, tutuklamaya itiraz yolunun iç hukukta etkin bir biçimde uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmiştir.

⁸⁵ *Demir ve İpek-Türkiye* davası kararı, 26 Ocak 2010, başvuru no: 42138/07 ve 42143/07

⁸⁶ *Yiğitdoğan-Türkiye* davası kararı, 16 Mart 2010, başvuru no: 20827/08

⁸⁷ *Kutlar ve Ocaklı-Türkiye* davası kararı, 1 Şubat 2011, başvuru no: 41433/06 ve 47936/08; Ayrıca bkz. Aynı nitelikte, *Doğan ve Kalın-Türkiye* davası kararı, 21 Aralık 2010, Başvuru No: 1651/05

⁸⁸ *Ulu ve Diğerleri-Türkiye* davası kararı, başvuru no: 29545/06, 15306/07, 30671/07, 31267/07, 21014/08 ve 62007/08, 7 Aralık 2010

⁸⁹ *Şeyhmus Uğur ve Diğerleri-Türkiye* davası kararı, başvuru no: 1968/07, 3608/07, 14474/07, 35240/07, 35252/07, 36503/07, 36505/07, 36509/07, 36541/07, 36544/07, 36556/07, 36571/07, 36573/07, 36582/07, 36586/07, 36593/07, 15637/08, 34229/08, 36489/08, 36492/08, 36493/08, 37232/08, 37233/08, 19 Ekim 2010

AİHM, geçmişte incelediği birçok benzer davada, ceza mahkemelerinin bir başvuranın tutukluluk halinin somut davalarda olduğu gibi basmakalıp gerekçelerle devamına karar vermesinin, Sözleşme'nin (AİHS) hem 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğini, hem de böylesi gerekçelerle mücadele etmeye olanak (imkan) tanıyan itiraz yollarının başarılı olmadığını, düşünmek için önemli bir öge (unsur) oluşturduğunu belirtmiştir. Özellikle de AİHM, itiraz yoluna başvurulduğunda, tutuklamanın yasaya uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin duruşmalı olarak/açık yargılamada, "yargının çekişmeli" ve iddia makamı ile tutuklu arasında "silahların eşitliği" ilkesine uyulması gerektiğini kararında vurgulamıştır. Ayrıca, ilgili kişinin bizzat kendisinin ya da avukatının yargılamaya/duruşmaya katılmasının sağlanması gerektiğini de AİHM, kararında açıkça belirtmiştir.

2. Tutukluluk Süresinin Uzun Olması Nedeniyle Tazminat İsteğine İlişkin AİHM'nin Türkiye Aleyhine Verdiği Kararlar

*Kürüm-Türkiye*⁹⁰ kararında AİHM, yeni Ceza Yargılama Yasası'nın 142. maddesinin tutuklanmasına hükmedilen ve makul bir sürede hakkında karar verilmeyen bir kimseye ancak hakkında alınan kararın kesin hüküm haline gelmesinin ardından tazminat talebiyle ilgili olarak mahkemeye başvuruda bulunma olanağı (imkanı) tanıdığını gözlemlemektedir. Dolayısıyla yasaya aykırı olarak tutuklu bulunduğu kanaat getiren bir kişiye, hakkında devam eden yargılama süresince, tazminat davası açma imkanı sağlamamaktadır⁹¹. İşbu başvuruda, davanın halen ulusal mahkemeler önünde derdest olması nedeniyle, AİHM, Sözleşme'nin (AİHS) 5. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına aykırı olarak tutuklu bulunmasına karşın, bu durumun, başvuranın, Ceza Yargılama Yasası'nın 141. ve izleyen maddeleri uyarınca dava açma imkanına sahip olmadığını belirtmektedir.

Sonuç olarak işbu dava koşullarında, AİHM, yeni Ceza Yargılama Yasası ile öngörülen başvuru yolunun, yasalara aykırı olarak tutuklu tutulma nedeniyle tazminat elde etme hakkının gereklerini karşılama-

⁹⁰ *Kürüm-Türkiye* davası kararı, başvuru no: 56493/07, 26 Ocak 2010

⁹¹ Bkz. Aynı nitelikte, *Mutatis, Mutandis, Tuncce ve diğerleri-Türkiye.*, başvuru numaraları: 2422/06, 3712/08, 3714/08, 3715/08, 3717/08, 3718/09, 3719/08, 3724/08, 3725/08, 3728/08, 3730/08, 3731/08, 3733/08, 3734/08, 3735/08, 3737/08, 3739/08, 3740/08, 3745/08 ve 3746/08, 13 Ekim 2009

diği kanaatindedir. Somut davada, Hükümet'in ön itirazını reddeden AİHM, Sözleşme'nin (AİHS) 5. maddesinin 5. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir⁹².

Benzeri bir karar da, *Çayan Bilgin-Türkiye* kararıdır. AİHM, *Çayan Bilgin-Türkiye* kararında⁹³ başvuranın şikayetinin, tutukluluk süresinin uzunluğu olduğunu, oysa ki Hükümet'in atıfta bulunduğu 466 sayılı Yasa'nın, örneğin beraatla sonuçlanan davalarda tutuklu kalınan süre için Devlet aleyhine sorumluluk davası açma olanağı (imkanı) sunduğunu belirtmektedir. Bu davada, AİHM, makul bir süre içerisinde yargılanma ya da yargılama sürecinde tahliye edilme hakkının, beraatla sonuçlanan davalarda haksız yere tutuklu kalma dolayısıyla tazminat almayla karıştırılmaması gerektiğini hatırlatmaktadır.

Söz konusu bu davada, AİHM, başvuranın ilk tutukluluk döneminin yakalandığı gün olan 20 Şubat 2001 tarihinde başladığını ve Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen kararla 4 Haziran 2002 tarihinde son bulduğunu gözlemlemektedir. Böylece, bu ilk tutukluluk dönemi bir yıl üç ay on üç gün sürmüştür. Başvuranın bu doğrultuda incelenen ikinci tutukluluk dönemi Yargıtay'ın 4 Haziran 2002 tarihli kararı bozduğu 26 Kasım 2002 tarihinde başlamış ve Ağır Ceza Mahkemesi'nin tahliye kararıyla 2 Mart 2005 tarihinde son bulmuştur. Böylece, bu ikinci tutukluluk dönemi de iki yıl üç ay altı gün sürmüştür.

Esasa ilişkin olarak AİHM, somut davada olduğu gibi tutukluluk halinin birçok kez devam ettirildiği durumlarda söz konusu tutukluluk döneminin tamamının değerlendirilmesinin daha doğru olacağını hatırlatmaktadır⁹⁴.

Dolayısıyla başvuranın somut davada toplam tutukluluk süresi üç yıl altı aydan fazladır.

Dosyadaki bilgilerden anlaşıldığına göre, adli makamlar hemen hemen aynı gerekçeleri kullanarak, bazen de gerekçe göstermeyi gereksiz bularak başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermişlerdir⁹⁵.

⁹² *Demir ve İpek-Türkiye* davası kararı, 26 Ocak 2010, başvuru no: 42138/07 ve 42143/07

⁹³ *Çayan Bilgin-Türkiye*., başvuru no: 37912/04, 8 Aralık 2009

⁹⁴ Ayrıca bkz. *Solmaz-Türkiye*., başvuru no:27561/02, paragraf 37, CEDH 2007-II (alıntılar).

⁹⁵ Bkz. Örneğin, *Türkiye aleyhine Temel ve Taşkın* kararı., başvuru no: 40159/98, paragraf 50-54, 30 Haziran 2005

Bu koşullar altında başvuranın uzun süren tutukluluk halini dikkate alan AİHM, Sözleşme'nin (AİHS) 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ayrıca, başvuran, somut davada ceza yargılaması süresinin AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen "makul süre" ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Bu nedenle, somut davada AİHM, ilk önce çekişmeli yargılamanın başvuranın tutuklanmasıyla 20 Şubat 2001 tarihinde başladığını ve Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararıyla 2 Mart 2005 tarihinde son bulduğunu saptamıştır. Dolayısıyla yargılama iki dereceli mahkeme önünde dört yıldan fazla sürmüştür.

AİHM, daha sonra, her ne kadar bu süre AİHS'nin 6. maddesinin 1. paragrafında öngörülen çabukluğa cevap verse de, özellikle tanıkların dinlenmesi için ertelenen duruşmalar nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde görülen yargılamanın aksadığı bazı dönemler olduğunu belirtmektedir. Ayrıca AİHM, tüm yargılama boyunca başvuranın tutuklu kaldığını ve bu durumun da davaya bakmakla görevli mahkemelerin, adaletin en kısa sürede gerçekleşmesi için daha özen göstermeleri gerektirdiğini vurgulamaktadır⁹⁶.

Bu dava ile ilgili somut koşulları ve bu konudaki yerleşik içtihadını göz önünde bulunduran AİHM⁹⁷, Sözleşme'nin (AİHS) 6. maddesinin 1. fıkrasının da ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM tutukluluğun ve ceza yargılamasının uzun sürdüğü davalarda sıklıkla AİHS'nin 5/3 ve 6/1. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmektedir⁹⁸. Kendisine sunulan delilleri inceleyen AİHM, Hükümet'in somut davalarda farklı sonuçlara varması için ikna edici delillerin ya da iddiaların öne sürülmediği kanaatindedir. Konuya ilişkin içtihadını göz önüne alan AİHM, başvuranların tutuklanma öncesi yargılanma ve

⁹⁶ Ayrıca bkz. Rusya aleyhine Kalachnikov davası, no: 47095/99, paragraf 132, CEDH 2002-VI

⁹⁷ Bkz. Örneğin, Temel ve Taşkın, ilgili bölüm, paragraf 67, 72

⁹⁸ Bkz. *Demir ve İpek*, başvuru no: 42138/07 ve 42143/07, 26 Ocak 2010; *Dereci-Türkiye*, başvuru no: 77845/01, 41. paragraf, 24 Mayıs 2005; *Tacıroğlu-Türkiye*, no: 25324/02, 24. paragraf, 2 Şubat 2006; *Çarkçı-Türkiye*, no:7940/05, 21. paragraf, 26 Haziran 2007; *Hasan Döner-Türkiye*, no: 53546/99, 54. paragraf, 20 Kasım 2007; *Uysal ve Osal-Türkiye*, no: 1206/03, 33. paragraf, 13 Aralık 2007; *Can ve Gümüş-Türkiye*, no: 16777/06 ve 2090/07, 21. paragraf, 31 Mart 2009

aleyhlerinde başlatılan cezai kovuşturma sürelerinin, AİHS'nin 5/3 ve 6/1. maddelerini ihlal edecek kadar aşırı olduğu sonucuna varmıştır.

Son yıllarda, AİHM, tarafların sundukları bilgilere göre, başvuruların, ceza yargılamasının devam ettiğini saptadığı davalarda Sözleşme'nin (AİHS) 5. maddesinin 3. fıkrasının ve 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermekle yetinmemiştir. Ayrıca, bu tür davalarla ilgili olarak, AİHM, bu koşullar altında belirlediği ihlallerin giderilmesi (telafi edilmesi) için en uygun yolun, adaletin en doğru şekilde uygulanmasının gerekleri gözetilerek başvurular aleyhine başlatılan ve devam etmekte olan ceza yargılamasının mümkün olan en kısa sürede öncelikle sonuçlandırılması ya da Sözleşme'nin (AİHS) 5. maddesinin 3. fıkrasının öngördüğü şekli ile yargılama sırasında başvuranın tahliye edilerek serbest bırakılması gerektiğini de kararlarında açıkça belirtmiştir⁹⁹.

Yine, AİHM, çok yakın tarih olan 1 Şubat 2011 günü, *Kutlar ve Ocaklı-Türkiye*¹⁰⁰ davası ile ilgili olarak vermiş olduğu kararında da; tarafların sunduğu bilgiye göre başvuranların halen tutuklu bulunmakta olduklarını belirlemiştir. Bu koşullar altında AİHM, tespit etmiş olduğu Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına ihlallere son verilmesi için uygun bir yolun başvuranların tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmaları kanaatinde olduğunu da kararında açıklamıştır.

IV. YARGILAMADA MAKUL SÜRE İLE TUTUKLULUKTA MAKUL SÜRE AYRIMI

Tutuklulukta makul süre ile Sözleşme'nin 6. maddesindeki "yargılama da makul süreyi" birbirinden ayırmak gerekir. Örneğin bir dava uzun süre devam etmiş olabilir ve geçerli nedenler varsa, buna karşın Sözleşme'nin 6. madde hükmü ihlal edilmemiş bulunabilir. Fakat bu yargılama sırasında sanık makul süreyi aşan şekilde tutuklu kalmışsa Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkra hükmüne aykırı hareket edilmiş olacaktır¹⁰¹.

⁹⁹ Bkz. *Demir ve İpek-Türkiye.*, başvuru no: 42138/07 ve 42143/07, 26 Ocak 2007; *Kürüm-Türkiye.*, başvuru no: 56493/07, 26 Ocak 2010; *Abdülkerim Kaya-Türkiye.*, başvuru no: 28069/07, 5 Ocak 2010; *Yakışan-Türkiye.*, başvuru no: 11339/03, 6 Mart 2007

¹⁰⁰ *Kutlar ve Ocaklı-Türkiye* davası kararı, 1 Şubat 2011, başvuru no: 41433/06 ve 47936/08

¹⁰¹ *Mah. K., Stögmüller-Avusturya.*, 10.11.1969, A § 5; *Matznetter-Avusturya.*, 10.11.1969, A 10 § 12 (İleten: Gözübüyük/Gölcüklü., s.240)

Sözleşme'nin 6/1. maddesinde yer alan “makul süre” kavramı bütün yargılama hukukunu ilgilendirdiği için, “tutuklulukta makul süre” kavramından farklıdır. Sözleşme'nin 5/3. maddesi, tutuklu kişinin makul süre içinde yargılanma ya da yargılama sürerken salıverilme hakkı olduğunu belirtir. Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası, yargılamanın makul sürede yapılmasından çok tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkindir¹⁰². Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasından farklı olarak, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki makul süre, yasal yolları da dahil olmak üzere yargılamanın bütünüdür. Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının amacı, kimsenin tutuklu olarak çok uzun süre geçirmemesidir. Ceza davalarında Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının amacı ise, sanığın sonucunun ne olacağına ilişkin belirsiz bir konumda uzun süre kalmamasıdır.

Bununla birlikte, bu iki hüküm arasında çok yakın bir ilişki vardır, tutuklu sanığın yargılanmasında bu iki güvence birlikte yer almaktadır. Örneğin mahkeme *Wemhoff-Almanya* kararında, “tutuklu sanığın davasına öncelik verilme ve özel bir hızla hareket edilmesini isteme hakkı vardır” demektedir. Dolayısıyla, tutuklu yargılanan sanıklar açısından mahkemelerin özel bir çaba göstermesi ve daha süratle davranması gerekmektedir.

Ayrıca, “tutuklamada” makul süre ile “yargılamada” makul süre değerlendirmesinde, zaman zaman, aynı ölçütlerin (soruşturma konusunun karmaşıklığı, görevli makamların yahut sanığın davranışı gibi) kullanıldığı da görülmektedir¹⁰³.

Sanık mahkum olana kadar masum kabul edildiği için, tutuklu olarak geçen sürenin makul olup olmadığının incelenmesi ve makul olmaksızın çıktığında, sanığın serbest bırakılması gerekmektedir. Bu nedenle AİHM'ye göre ulusal yargı makamları, tutukluluğun makul süreyi aşmış olmadığına karar verirken, kişi özgürlüğüne saygı ilkesini göz önüne almalı ve bu ilkeye istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının var olup olmadığını araştırmalıdır. Tutukluluğun devamına karar ver-

¹⁰² Gözübüyük/Gölcüklü., s.240; Inceoğlu, Sibel., Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara 2007, s.110

¹⁰³ Mah. K., *Wemhoff-Almanya.*, 27.6.1968, A 7, § 17; *B.-Avusturya*, 28.3.90, A 175, s.17, § 45; *Toht-Avusturya*, 12.12.1991, A 224 § 77; *Tomasi-Fransa*, 27.8.1992, A 241, § 100-102; *W.-İsviçre*, 26.1.1993, A 254-A, § 42 ve son.; *Punzeit-Çek Cumhuriyeti* 25.4.2000 ve *Labita-İtalya*, 6.4.2000 (İleten: Gözübüyük/Gölcüklü., s.240)

dikleri takdirde, bu kararın gerekçesinde ilgilinin salıverilme isteminde ileri sürdüğü dayanaklar çürütülmelidir. Dolayısıyla tutuklamaya ilişkin kararların kesinlikle ayrıntılı gerekçeleri olmalıdır ve yalnızca yasa hükümlerine gönderme yapan gerekçeler kullanılmamalıdır¹⁰⁴.

Sanığın suç işlediğine dair makul kuşku olması ilk tutuklama için yeterlidir. Ancak, tutuklamanın devam edebilmesi için, bu kuşkunun kuvvetlenmesi gerekmektedir. Kuvvetli kuşku olması, tutuklamanın devamı için onsuz olmaz koşul ise de, tek başına yeterli değildir. Sözleşme organları, tutukluluğun devamına karar verilirken, sanığın kaçma tehlikesi, delilleri karartma ya da yok etme, tanıklara baskı yapma, başka bir suç işleme tehlikeleri gibi, kamu yararına hizmet eden nedenlerin de varlığını aramaktadır¹⁰⁵.

AİHM'ye göre sanığın kaçma tehlikesi, yalnızca yargılandığı suç için öngörülen cezanın ağırlığı temeline dayanılarak da ölçülemez. Böyle bir tehlike başka faktörlere de dayanmalıdır, örneğin sanığın kişiliği, ahlakı, serveti, yurtdışındaki bağları gibi. Mahkeme, tutukluluk süresi uzadıkça kaçma tehlikesinin azalacağını belirtmektedir¹⁰⁶.

V. SÖZLEŞMENİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

1. Sözleşme'nin Türkiye Tarafından Onaylanması

İkinci Dünya Savaşı sonrası Avrupa'nın siyasal bütünleşmesi ve insan haklarına saygılı bir barış ortamı sağlanması için Avrupa Konseyi kurulmuştur. Türkiye de Avrupa Konseyi'nin kurucu üyeleri arasında yer almıştır.

Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan bazı temel haklara bir güvence sağlamak için, 1950 yılında Roma'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) imzaya açmıştır. AİHS, Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 1 no.lu Protokol ile birlikte 1954 yılında AİHS'yi onaylamıştır¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Mansur-Türkiye.*, 08.06.1995, Ser. A, No: 321 (İleten: İnceoğlu., s.112)

¹⁰⁵ İnceoğlu., s.111

¹⁰⁶ Bkz. *Letellier-Fransa.*, 26.06.1991; *Tomasi-Fransa.*, 27.08.1992 (İleten: İnceoğlu., s.118)

¹⁰⁷ Onay işlemine ilişkin 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı Yasa için bkz. Resmi Gazete; 19.3.1954 günlü ve 8662 sayılı

Onay belgesinin 18 Mayıs 1954 günü Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne verilmesi ile Sözleşme (AİHS) Türkiye açısından da yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir¹⁰⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmış olan haklar, Sözleşme'den sonra yapılmış olan, hem 1961, hem de 1982 Anayasaları tarafından da güvence altına alınmıştır.

Türkiye bireysel başvuru yetkisini 1987 yılında tanıdı (28.01.1987). Daha sonra da, Türkiye 1990 yılından geçerli olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) zorunlu yargı yetkisini tanımıştır.

Sözleşme organlarından olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla, Sözleşme'nin ulusal düzeyde uygulanabilirliği her gün biraz daha artmakta ve Sözleşme'nin soyut kuralları somutlaşmaktadır.

2. Sözleşme'nin İç Hukuktaki Yeri

Uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri ve değeri konusunda Anayasa (m.90/son) iki temel kural koymuştur. Bu kurallardan biri, "Uluslararası anlaşmalar yasa gücündedir", diğeri ise "Uluslararası anlaşmaların anayasaya aykırılığı"nın ileri sürülememesi.

Anayasanın 90. Maddesi'nin son fıkrasına, 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı yasa ile şu cümle eklenmiştir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeni ile çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."¹⁰⁹ Bu düzenlemenin, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile yasalar arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi için önerdiği çözüm, uluslararası sözleşme hükümlerinin "esas" alınmasıdır. Anayasadaki bu düzenleme, yasaların uygulanması kadar, yapılmasını da kapsar; yasama, yürütme ve yargıyı bağlar. Kamu yetkilileri (vali, kaymakam ve başka yöneticiler ile kolluk kuvvetleri) de, uluslararası sözleşmeleri/anlaşmaları yasaya üstün tutarak uyuşmazlıkları çözmekle yükümlüdürler.

Uluslararası sözleşmeler/anlaşmalar, daha ileri kurallar içerdiği sürece, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, yargıçlar uyuşmazlıkları, ulusal yasalara göre değil, kendiliğinden uluslararası sözleşmeleri gözeterek çözmelidir. Bu, anayasal bir yükümlülüktür.

¹⁰⁸ Gözübüyük/Gölcüklü., 8. Bası, s.18

¹⁰⁹ Bkz. Resmi Gazete., 22.05.2004 günlü ve 25469 sayılı

Yasalar ile uluslararası sözleşmelerin, aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı, salt sözleşmelerin/anlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz. Böylesi yüzeysel ve kolaycı bir yaklaşım, yapılan düzenlemenin işlevsiz bırakılması sonucunu doğurur. Sözleşme organlarından olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla, Sözleşme'nin ulusal düzeyde uygulanabilirliği her gün biraz daha artmakta ve Sözleşme'nin soyut kuralları somutlaşmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme'yi iç hukukta uygularken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yerleşik ilke kararları ve içtihatlarının göz önüne alınması gerekir¹¹⁰.

Anayasamızda 2004 yılında yapılan değişiklikle, onayladığımız ve iç hukukumuzun bir parçası haline getirdiğimiz "*İnsan Hakları Sözleşmesi*"ne, kurallar sıralamasının en üstünde yer vermiş olmamızın, onları yaşamın bir parçasına dönüştürmek için yeterli olmadığını da unutmamalıyız.

Yargı yerlerimizin ve yönetsel yetkililerimizin, hiç de kolay olmayan ve küçümsenmemesi gereken bu yükümlülüklerini, eksiksiz yerine getirebilmelerini sağlayacak koşulları hazırlamak gerekir. Bu koşulların başında da, insan hakları öğretimi ve eğitimi gelmektedir.

SONUÇ

Tutuklamayı; Sözleşme'nin (AİHS) ilgili hükümlerini, AİHM'nin içtihatlarını, Anayasamızdaki ve Ceza Yargılama Yasası'ndaki düzenlemeleri, öğretiyi ve uygulamadaki görüşleri de gözeterik inceledik. İlgili bölümlerde eleştiri ve önerilerimizi açıkladık. Bu bölümde kısaca önemli hususların ana noktalarını şöyle özetleyebiliriz.

Türk Ceza Yargılaması Hukuku ve AİHM açısından tutuklulukla ilgili temel ilke, yargılamanın tutuksuz yapılmasıdır. Bu ilke, sanığın masumluk karinesinden yararlanmasının bir sonucudur. İstisnai olan tutuk-

¹¹⁰ Bkz. Aynı düşünce için; Türmen, Rıza., "*Tutukluluk, AİHM ve 90. Madde*" 10 Ocak 2011 günlü Milliyet Gazetesi; Gözübüyük/Gölcüklü., s.22; Başlar, Kemal., Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2008, s.17 vd; ŞAHBAZ, İbrahim., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim 54, 2004, s.188 vd (178-216); BATUM, Süheyl., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3761, İstanbul 1993, s.32 vd.

luluk önleminin cezaya ve kurala dönüşmemesi için özen gösterilmelidir. Tutuklamaya karar verirken ölçülülük ve yansızlık ilkelerini örselemek için özen gösterilmeli ve bu konuda topluma güven verilmelidir¹¹¹.

Sanık tutuklanmışsa ve tutukluluk sürdürülüyorsa, AİHM iki aşamalı bir inceleme yapmaktadır.

Birinci aşamada, mahkemenin, tutukluluğun sürdürülmesi kararının gerekçesinde, tutukluluğun gerekliliğini yeterli ve sağlam kanıtlarla dayandırıp dayandırmadığını araştırmaktadır¹¹². Bu nedenle yargıç ya da mahkeme tutukluluğun sürdürülmesine karar verirken; tutuklunun kaçması, kanıtları yok etmesi ya da yeniden suç işlemesi gibi durumların mevcut olduğunu kararında somut olaylara/olgulara/verilere dayanarak belirtmelidir. Ayrıca, belli bir güvenceyle salıverme, yurtdışına çıkma yasağı gibi başka koruma önlemlerine neden başvurulmadığı, kararda gerekçeleri ile açıklanmalı. Tutuklamanın başlangıcında gösterilen gerekçeler, süre uzadıkça yeterli olmayabilir. Daha inandırıcı gerekçeler gösterilmelidir.

Türkiye'de yargıçlar ve mahkemeler tutuklamanın sürdürülmesine karar verirken, "suçun niteliği, kanıtların durumu, dosyanın içeriği" gibi klişe bir gerekçe gösterdiği durumlarda AİHM böyle bir gerekçeyi kabul etmemektedir. Bu nedenle Türkiye'yi mahkum etmektedir.

Tutuklamanın sürdürülmesi için gerekli koşullara uyulmuşsa, AİHM, ikinci aşamada sürenin makul olup olmadığını incelemektedir. Tutuklama koşullarına uyulmamışsa, süre ne olursa olsun, AİHM, Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlaline karar vermektedir.

AİHM, tutukluluk süresiyle ilgili bir üst sınır saptamamaktadır. Her olayın özelliklerine göre ayrı bir değerlendirme yapmaktadır. Ancak, uygulamaya bakıldığında, 2 yılı aşan tutukluluk süresinin "makul süre" olarak kabul edilmediği görülmektedir¹¹³.

Sürenin makul olup olmadığı, her tutuklamaya göre değişiklik gösterebilmektedir. Sürenin uzaması; ilgili makamların kusurundan, iddianamenin yazılmasının gecikmesi gibi durumlardan kaynaklanıyorsa, daha kısa bir süre Sözleşme'nin ihlaline yol açabilmektedir.

¹¹¹ Selçuk, Sami., 20.02.2011 günlü Vatan Gazetesi (Deniz Güçer Röportajı)

¹¹² Bkz. Türmen., Rıza "Tutukluluk Süresi" 4 Ocak 2011 günlü Milliyet Gazetesi

¹¹³ Bkz. Türmen., 10 Ocak 2011 günlü Milliyet Gazetesi

Ceza Yargılama Yasası'nın 102. maddesinde öngörülen, ağır cezalı suçlarda öngörülen ve belirsizlikler içeren bu süre üç yıl (2+1) ya da beş yıl (2+3) olarak yorumlanması da, AİHM'nin genelde kabul ettiği iki yıllık süreden fazladır. Bu nedenle AİHM'nin içtihadı ile uyumlu değildir.

Ceza yargılamasında, yoğunluk ilkesi gereği duruşmalara zorunlu olmadıkça ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verildiği takdirde, tutukluluk süresi ile ilgili olarak sorun kalmayacaktır (CYY m.190). Özellikle de tutuklu işler, kovuşturma evresinin temel ilkelerinden biri olan "yoğunluk" ilkesi uyarınca, özenli bir biçimde tek duruşmada ara verilmeksizin sonuçlandırılmalıdır.

Ceza Yargılama Yasası'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında, katalog halinde sayılan suçların işlendiği hususundaki kuvvetli suç şüphesinin varlığının başlı başına bir tutuklama nedeni sayılması yerinde değildir. Bu suçların işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde tutuklama nedeninin var sayılabileceğinin yasa da açıklanmasının doğal sonucu, katalog suçları açısından kaçma ya da kanıtları (delilleri) karartma tehlikesi bulunmaksızın tutuklama yoluna gidilebilecektir. Bu nedenle Ceza Yargılama Yasası'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki "tutuklama nedeni var sayılabilir" ibaresinin burada tutuklamayı engelleyici bir etkiye sahip olamayacağı açıkça anlaşılmaktadır.

Tutuklamanın, hukuk devleti ve orantılılık ilkelerine uygun bir biçimde uygulanabilmesi için Ceza Yargılama Yasası'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki bu düzenleme yasadan çıkarılmalıdır. Ceza Yargılama Yasası'nın 100. maddesinin 2. fıkrasındaki tutuklama nedenleri bu suçlarda da aranmalıdır.

Türkiye'nin tutuklulukla ilgili başka bir sorunu, yargıların tutukluluğa itirazı esas davadan bağımsız bir süreç olarak görmemeleridir¹¹⁴. Oysa, AİHM'ye göre, bu esas davadan tamamen ayrı bir süreç. O nedenle, bu süreçte adil yargılanmanın koşullarının gerçekleşmesi gereklidir. Başka bir deyişle, duruşma yapılmalı yüz yüzelik ilkesi gerçekleşmeli, tutuklu avukat yardımından yararlanmalı, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi sağlanmalıdır. Türkiye'de tutukluluğa itiraza ilişkin kararlar, bu koşullara uyulmadan verilmektedir. Çoğu kez duruşma yapılmamaktadır. Gizlilik kararı alınırsa, dosya tutuklunun avukatına verilmemektedir.

¹¹⁴ Türmen., 4 Ocak 2011 günlü Milliyet Gazetesi

Böylece silahların eşitliği ilkesi gerçekleşmemektedir. Bütün bunlar, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal nedeni olmaktadır. Bu nedenle, tutuklamaya itirazın incelenmesinin duruşmalı olarak yapılması için, bunu adli makamın takdirine bırakan Ceza Yargılama Yasası'ndaki (m.271) düzenleme, yasama organınca yeniden düzenlenmelidir.

Sözleşme'yi (AİHS) yorumlayan ve uygulayan AİHM'nin içtihadı Sözleşme ile bir bütünlük oluşturmaktadır.

Bu nedenle, yargıçlar ya da mahkemece tutuklamaya ve tutukluluğun sürdürülmesine karar verilirken, AİHM ölçütlerinin kendiliğinden göz önünde tutulması, Anayasa'nın 90. maddesi hükmü gereğidir.

Tutuklama kararı; yüzeysel yorumlar ve basmakalıp gerekçelerle/anlatımlarla değil, bu konudaki öğreti ve kurumlar çok iyi özümseyerek, yasanın metinlerinin özüne nüfuz edilerek verilmelidir. Tutukluluğun gerekçeleri inandırıcı ve kuşkuları giderecek nitelikte olmalı ve topluma güven vermelidir. Ölçülülük ve yansızlık ilkelerinin örselenmediği konusunda toplum kuşku değil güven duymalıdır. Koşulları oluşmadığı halde, gereksiz yere tutuklamak ve tutukluluğun sürdürülmesi suretiyle cezaya dönüştürmek, toplumda ve insanda sarsıntı yaratır¹¹⁵.

Bu nedenle, öncelikle, yargılamanın tutuksuz yapılmasının, temel ilke olduğu gözetilmelidir. İstisnai olan tutukluluk koruma önleminin (tedbirinin) cezaya ve kurala dönüşmemesi için gerekli özen gösterilmeli. Tutuklama önlemine, olaylara/verilere/olgulara ve inandırıcı gerçeklere/açıklamalara dayanarak karar verilmelidir.

KAYNAKLAR

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler : Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2007

Başlar, Kemal : Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2008

Batum, Süheyl : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3761, İstanbul 1993

¹¹⁵ Bkz. SELÇUK., 20 Şubat 2011 günlü Vatan Gazetesi

- Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/Mcbride, Jeremy/Tezcan, Durmuş : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008
- Centel, Nur/Zafer, Hamide : Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2010
- Doğru, Osman : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları c.I (T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı), 2. Bası, Ankara 2003)
- Dönmez, Halit : “CMK 102'deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme” Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2010/4, sayı 68
- Erem, Faruk : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996
- Gözübüyük, A.Şeref/Gölcüklü, Feyyaz : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 8. Bası, Ankara 2009
- İnceoğlu, Sibel : Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara 2007
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Bası, İstanbul 2008
- Macovei, Monica : Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (İnsan Hakları El Kitabı, No.5) Birinci Baskı, Strazburg 2002
- Özbek, Veli Özer : Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006
- Özen, Muharrem/Güngör, Devrim/Ergün Okuyucu, Güneş : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirme, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2010/4
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra : Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009
- Selçuk, Sami : “Unutmayalım ki, hukuk özgürleştirmek için vardır. Köleleştirmek için değil” diye konuştu (Bkz. 9 Mart 2011 tarihli Cumhuriyet Gazetesi, s.7; ileten Alican Uludağ)
- Selçuk, Sami : 20.02.2011 günlü Vatan Gazetesi (Deniz Güçer Röportajı)
- Soyaslan, Doğan : Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2007

- Şahbaz, İbrahim : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim 54, 2004
- Şahin, Cumhur : Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007
- Şentuna, Mustafa Tarık : Tutuklama ve Adli Kontrol., Ankara 2007
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat : İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2010
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin : Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006
- Tosun, Öztekin : Türk Suç Muhakemesi Hukuku, c.II, İstanbul 1976
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi "Tutuklama Raporu" : Ankara 2010
- Türmen, Rıza : "Tutukluluk, AİHM ve 90. Madde" 10 Ocak 2011 günlü Milliyet Gazetesi
- Türmen, Rıza : "Tutukluluk Süresi" 4 Ocak 2011 günlü Milliyet Gazetesi
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan : Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010
- Yazıcı, Samet : "AİHM Kararları Işığında Tutuklulukta Makul Süre", Terazi (Aylık Hukuk Dergisi), Yıl 6, Sayı 54, Şubat 2011
- Yıldız, Ali Kemal : "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Adli Kontrol" Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku, İstanbul 2011, (Hazırlayan Feridun Yenisey/Ulrich Sieber (eds), Bahçeşehir Üniversitesi Yayını)
- Yurtcan, Erdener :Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007
- Yücel, Mustafa T : "Tutuklama Paradoksu" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2010, Yıl 23, sayı 91

KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİ

-(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-

ALIENATION OF TENANCY CONTRACT

-An Assesment of Article 323 of the (New) Turkish Code of Obligations-

Seçkin TOPUZ*

Ferhat CANBOLAT**

Özet: Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinde, 'kira ilişkisinin devri' kenar başlığı altında yeni bir düzenleme getirilmiştir. Çalışmamızda kanunun ilgili maddesi dikkate alınmak suretiyle, kira ilişkisinin devrinin şartları, hukuki sonuçları, benzer kurumlarla karşılaştırılması ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kira, sözleşmenin devri, kira ilişkisinin devri, yeni Türk Borçlar Kanunu.

Abstract: A new regulation has been envisaged under the title "Alienation of Tenancy Contract" in Article 323 of the Turkish Code of Obligations. In this study, by considering the aforesaid provision, the conditions and legal consequences of alienation of tenancy contract has been set forth in comparison with similar transactions.

Keywords: Tenancy, alienation of contract, alienation of tenancy contract, the New Turkish Code of Obligations

I. GİRİŞ

818 Sayılı (eski) Borçlar Kanununda (eBK) kiraya ilişkin hükümlerin bulunduğu 248 vd. maddelerinde kira ilişkisinin devri hakkında her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte 1955 yılında kabul edilen ve özel kanun niteliğindeki 6570 Sayılı Gayrimen-

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yrd. Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kul Kiraları Hakkındaki Kanununun 12 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, kiracının kira sözleşmesini başkasına devredemeyeceği şeklinde bir düzenleme vardır.

11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen 6098 Sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanununda ise¹, 323 üncü maddede, “kira ilişkisinin devri” kenar başlığı altında, yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Çalışmamız kapsamında, kanunun 323 üncü maddesinin hukuki niteliği, bu kapsamda kira ilişkisinin devri ve benzer hukuki kurumlarla karşılaştırılması, kira ilişkisinin devrinin şartları ve hukuki sonuçları incelenmektedir.

II. KANUNDAKİ İLGİLİ DÜZENLEME

Türk Borçlar Kanununun “kira ilişkisinin devri” kenar başlığı altındaki 323 üncü maddesi hükmüne göre:

Kiracı, kirayaverenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kirayaveren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz.

Kirayaverenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kirayaverene karşı borçlarından kurtulur.

İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.

Hükmün gerekçesine göre²: “Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi³ göz önünde tutulmuştur.”

¹ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 4 Şubat 2011 Cuma günlü Resmî Gazete’de yayınlanmıştır (bkz., Resmî Gazete Sayı : 27836). Türk Borçlar Kanununun 648 inci maddesine göre, bu kanun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Öte yandan 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 12 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş ve 4 Şubat 2011 Cuma günlü Resmî Gazete’de yayınlanmıştır (bkz., Resmî Gazete Sayı : 27836). Bu kanun, 11 inci maddesi hükmüne göre 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

² Bkz., Tasarı, s. 260.

³ 1911 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda bulunmayan ve ancak 1989 tarihinde yapılan revizyon kapsamında kanunlaşan “Kiranın Üçüncü Kişiye Devri” kenar başlığı altındaki 263 üncü maddesi hükmüne göre: İşyerini kiralayan kiracı, kira ilişkisini, kirayaverenin yazılı onayıyla bir üçüncü kişiye devredebilir.

III. DÜZENLEMENİN UYGULAMA ALANI

Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesinde, açıkça ve sadece, işyeri kirasının kiracısından bahsedilmektedir. Dolayısıyla, kaynak kanun maddesinin uygulama alanı, işyeri kiralalarıyla sınırlıdır.⁴

Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesi ise, kanunda özel borç ilişkilerinin düzenlendiği *ikinci kısımda*, kiraya ilişkin hükümlerin bulunduğu *dördüncü bölümdedir*. Bu bakımdan söz konusu madde, kanunda düzenlenen diğer borç ilişkilerinin değil, sadece kira ilişkilerinin devrine uygulanır. Ayrıca söz konusu madde dördüncü bölümün genel hükümlerin düzenlendiği *birinci ayırım* altındadır. Bu sebeple madde hükmü, hem taşınır kiralalarında hem taşınmaz kiralalarında ve bu kapsamda konut ve işyeri kiralalarında uygulama alanı bulur. Bunun dışında söz konusu düzenleme, kiracı tarafının değişmesi niteliğindeki devirlere uygulanır. Kirayaverenin değişmesi sonucunu doğuran devirler, maddenin hükmü dışındadır. Son olarak, maddenin uygulama alanı, özel kanun hükümleriyle de sınırlıdır. Bu anlamda olmak üzere,

Kirayaveren, önemli sebeplerle onay vermekten kaçınabilir.

Kirayaveren onay verirse, üçüncü kişi kiracının yerine kira ilişkisinin tarafı olur. Kiracı kirayaverene karşı yükümlülüklerinden kurtulur. Kiracı, kira ilişkisinin kanuna veya sözleşmeye göre sona erdiği ya da sona erdirilebileceği zamana kadar ve ancak her halükarda en fazla iki yıl süre için üçüncü kişiyle birlikte kirayaverene karşı müteselsilen sorumlu olur.

(Kabul tarihi: 15 Aralık 1989. Yürürlük tarihi: 1 Temmuz 1990).

Görüldüğü üzere, İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi, dört fıkra olarak kaleme alınmışken, bu kanunun 1 inci ve 2 inci fıkraları Türk Borçlar Kanununun ilgili 323 üncü maddesinde tek bir fıkra altında birleştirilmiş ve toplam üç fıkra olarak düzenlenmiştir.

⁴ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 2; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 1; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 3. İsviçre hukukunda, kira ilişkisinin üçüncü kişiye devrine ilişkin olarak sadece işyeri kiralalarına ilişkin özel bir düzenlemenin yapılmasının arka planında, diğer kira konularından farklı olarak, yalnızca işyeri kiralalarında olan ve devreden kiracıya ait korunmaya değer maddi ve maddi olmayan malvarlığı değerlerinin, bir bütün olarak serbestçe devredilebilmesine imkân sağlanmak istenilmesi düşüncesi vardır. Öyle ki, devreden kiracıya ait olan müşteri çevresi ve stoktaki mallar gibi malvarlığı değerleri, işyeri kiralalarında söz konusu iken, örneğin konut kiralalarında bu tür korunmaya değer menfaatler bulunmamaktadır. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 2; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 2. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin uygulama alanı da sadece işyeri kiralalarının devriyle sınırlıdır. Konusu işyeri kiralaları dışında kalan kira sözleşmelerinde ise, kirayaveren, devredecek kiracı ve devralacak kiracı arasında, üçtünün birlikte serbest iradeleriyle yapacağı bir sözleşmeye ihtiyaç vardır. Bkz., Gauch/ Schluelp/ Schmid/ Rey, Nr. 3755 vd.; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 2.

örneğin kiracı sıfatına haiz olunan aile konutunun devrinin yapılabilmesi için, Türk Medeni Kanununun 194 üncü maddesinin 2 inci fıkrası gereğince, diğer eşin rızasına da ihtiyaç duyulur.

IV. DÜZENLEMENİN AMACI

Kira ilişkisinin kurulmasından sonra, ve fakat kira ilişkisinin sona ermesinden evvelki bir zamanda, kiracı kira ilişkisini sona erdirmek isteyebilir. Bu, değişik saiklerden kaynaklanabilir. Öyle ki örneğin kira konusu kendisi için küçük olabilir veya büyük olabilir, kirasını ödeme güçlüğü çekebilir veya oturduğu semti değiştirmek isteyebilir ya da - kira konusunu işyeri olarak kullanıyorsa- faaliyet alanını değiştirip bir başka yerde işlerini yürütmek isteyebilir vs.

Yukarıda durumlarda kiracının elinde, kira ilişkisini vaktinden evvel sona erdirmek için bazı imkanları vardır. Bu anlamda olmak üzere, kiracı kira ilişkisini kanunun 331 inci maddesine göre önemli sebeplerle sona erdirebilir. Ancak bu durumda kirayaverene karşı tazminat ödemekle karşı karşıya kalır (m. 331/f.2). Kaldı ki söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için, kira ilişkisinin devamının kiracı tarafından katlanamaz bir nitelik alması gerekir ki, her durumda bu yola başvurulamaz. Bu durumda kiracının elinde geriye kalan biricik hukuki imkan, tam bir tazminat ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetmesidir, meğer ki kirayaveren haklarından feragat etmiş olsun.

Yukarıdaki ihtimalde kiracının maddi kayıpları kirayaverene ödemek zorunda kaldığı tazminatla da sınırlı değildir. Öyle ki özellikle işyeri kiralarında kiracının kira konusuna ilişkin olarak yapmış olduğu yatırımlar (örneğin müşteri çevresini genişletmek için yapılan reklam giderleri, bunun sonucunda edinilen müşteri çevresi, makine ve ekipman masrafları, tavan-zemin-vitrin düzenlemesi vs. için yapılan giderler), kiracının zararının daha da yüksek olmasına sebep olabilir. Tüm bu sayılan hallerde söz konusu zararların tamamen veya kısmen kirayaveren üzerinde bırakılması da adil değildir.

Yukarıdaki açıklamalarımız göstermektedir ki, kiracı kira sözleşmesini vaktinden evvel sona erdirmek isterse, bundan hem kendisinin hem de kirayaverenin zarar görmeyeceği hukuki bir çözüme ihtiyaç vardır. İşte bunun yolu, kira ilişkisinin devridir.

V. KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Borçlar Kanununa göre, kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer (m.323/f.1-ilk hüküm). Şu halde, öyle bir hukuki kurum olmalıdır ki, bununla sözleşmenin bir tarafı (kiracı) yerine bir başkası geçmiş olsun.

Borçlar hukuku sistemimizde bir borç ilişkisinde bir tarafın yerine bir başkasının geçmesi, halefiyet durumlarında söz konusu olur. Halefiyet, en genel anlamı ile bir borç ilişkisinde bir şahsın yerine bir başkasının geçmesidir.⁵

Türk-İsviçre borçlar hukukunda halefiyet, kanundan doğar.⁶ Türk Borçlar Kanunu, 205 inci maddesinde genel nitelikte yeni bir halefiyet kurumuna yer vermiştir ki o da sözleşmenin devridir.⁷ Sözleşmenin devri, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında uzun zamandan beri tanınmaktadır.⁸

Kanunun 205 inci maddesine göre: “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır”.⁹ Bu tanımdan çıkan hu-

⁵ Kılıçoğlu, Halefiyet, s.3. Halefiyet, şahıslar arasında bir yer değiştirme şeklinde olursa, bir şahsi ikameden (persönliche-sübjektive surrogation) bahsedilir ki, bu açıdan halefiyet bir ikamedir ve ikamenin kişiler arasında olanıdır. Bkz., Kılıçoğlu, Halefiyet, s.12.

⁶ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 5. Farklı görüşte olan Ayrancı'ya göre (bkz., § 3, II, B), halefiyet kanundan doğabileceği gibi sözleşmeden de doğabilir.

⁷ Bkz., Funke, s. 3; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Ayrancı, § 3, II, B. Kavram olarak doktrinde bazı yazarlar sözleşmenin devri (Vertragsübertragung) ifadesini kullanırken (örneğin Früh, bkz. s. 1 vd.), çoğunluktaki yazarlar ise bu ifade yerine sözleşmenin yüklenilmesi, Übernahmevertrag, Vertragsübernahme) deyimini tercih etmektedir. Bkz. örneğin, Alman hukukunda Funke, (bkz., s. 3); Wagner (bkz., Jus 1997, Heft 8, s. 692), Pöggeler (bkz., JA 1995, Heft 8/9, s. 641); Türk hukukunda Eren, (bkz., s. 1206), Ayrancı, (bkz., §1, I.). Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin ilgili 14.10.2004 tarih, 2004/9625 esas ve 2004/10945 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁸ Alman hukuku için bkz., Pieper, s. 191; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Kandelhard, NZM 2001, s. 697; BGH, MDR 1958, s. 90; BGH, DtZ 1996, s. 56. İsviçre hukuku için bkz., Früh, s. 1 vd., BGE 32 II 104; BGE 47 II 416. Türk hukuku için bkz., Ayrancı, §5; Eren, s. 1206.

⁹ Bu tanımlama, doktrinde yapılan tariflere uyumludur. Bkz., Funke, s. 3; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Mauer, BWNotZ 2005, s. 114.

kuki sonuç odur ki, sözleşmenin devredilmesiyle birlikte taraf değişikliği gerçekleşir; yani devreden sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı, bütün hak ve borçlarıyla birlikte sözleşmeyi devralana geçer.¹⁰ Sözleşmenin içeriği ise bu devirden etkilenmez.¹¹ Kira sözleşmesinin devrini düzenleyen 323 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının hukuki sonuçları da bundan başka değildir.¹² Şu halde, kira ilişkisinin devri (m.323), genel bir halefiyet kurumu olan sözleşmenin devrinin (m.205), özel nitelikte bir uygulamasıdır. Gerçi kanunun 323 üncü maddesinde 205 inci maddenin 1 inci fıkrasında verilen tanımdan farklı olarak, sözleşmede kalan tarafın (yani, kirayaverenin) devir sözleşmesine taraf olmasından değil, bunun yerine kira ilişkisinin devrine onay vermesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Ancak 205 inci maddenin 2 inci fıkrası, “Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir” denilmektedir. Bu bakımdan, 323 üncü maddeye göre kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermesi gerekliliği, kira sözleşmesinin devrinin kanunun 205 inci maddesi anlamında sözleşmenin devri olarak nitelendirilmesine engel değildir. Kaynak İsviçre hukuk doktrininde ve Federal Mahkemenin kararlarında da, kira ilişkisinin devri amacıyla yapılacak anlaşmanın, tipik olarak, sözleşmenin devri niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.¹³ Yargıtayın görüşü de bu doğrultudadır.¹⁴

¹⁰ Pieper, s. 210 vd.; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Mauer, BWNotZ 2005, s. 114; Kandelhard, NZM 2001, s. 697.

¹¹ Bkz., Pieper, s. 116 vd.; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 693; Kandelhard, NZM 2001, s. 697. Alman Federal Mahkemesinin kararı da bu doğrultudadır. Bkz., BGH BGHZ Band 95, s. 88= JZ 1985, 1093.

¹² Bkz., aşağıda VII. Kira İlişkisinin Devrinin Hukuki Sonuçları, A. Genel Olarak.

¹³ Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 4; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 5: BGE 129 III 18.

¹⁴ Öyle ki, Yargıtay’a göre “... kira sözleşmesinde kiralayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine davacıyı ikame ettiği, bu hukuksal olguya cevabi ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmaktadır. O halde bütünlük içerisinde ve üç taraflı olarak kendine özgü bir şekilde ‘sözleşmenin yüklenildiği’ nin kabulü gerekecektir...”. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin ilgili 14.10.2004 tarih, 2004/9625 esas ve 2004/10945 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr.

VI. KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİNİN ŞARTLARI

Kira ilişkisinin devrinin sözleşmenin devri olarak nitelendirilmesi karşısında, kira sözleşmesinin devrinin şartları, evleviyetle 323 üncü maddeye göre belirlenecektir. Ancak 323 üncü maddede bu konuda yeterli açıklık yoktur. Bu sebeple, genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen 205 inci maddesinin de dikkate alınması gerekir. Bundan dolayı kira ilişkisinin devrinin şartlarının tespiti bakımından kanunun 323 üncü maddesinin yanı sıra 205 inci maddesi de bir arada değerlendirilmelidir.

A. Mevcut Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Olması

Sözleşmenin devri için, her şeyden evvel devre konu bir sözleşme olmalıdır. Böyle bir sözleşme yoksa, sözleşmenin devrinden de bahsedilemez.¹⁵ Aynı şekilde kira ilişkisinin devri için de, mevcut bir kira sözleşmesinin olması gerekir.¹⁶

Aslında bu unsur, gerek kanunun 205 inci maddesinde gerekse 323 üncü maddesinde açık bir şekilde ifade edilmemektedir. Ancak sözleşmenin devri, sözleşmede kalan tarafın (yani kirayaverenin) ve devreden (yani kiracının) malvarlığına etkisi itibarıyla bir tasarruf işlemidir. Zira taraf değişikliğiyle kirayaveren ve devreden kiracı, o zamana kadar sahip olduğu hakları üzerinde tasarrufta bulunmaktadır.¹⁷ Ortada devre konu olan mevcut bir sözleşme (kira vs.) yoksa ve fakat ileride yapılması düşünülen müstakbel bir sözleşme için taraflar sözleşmenin devri konusunda anlaşmış olsalar, devir gerçekleşmez. Zira böyle bir anlaşmayla taraflar malvarlıklarında tasarruf etmiş olmazlar. Dolayısıyla hukuki anlamda bir devirden de bahsedilemez.¹⁸

B. Tarafların Kira İlişkisinin Devri Konusunda Anlaşmış Olması

Sözleşmenin devri, sözleşmede kalan tarafın, sözleşmeyi devreden tarafın ve sözleşmeyi devralan tarafın hukuki durumlarının değişmesine sebep olur. Bu sebeple tüm bu kişilerin devir konusun-

¹⁵ Früh, s. 96; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Ayrancı, § 5, III.

¹⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 19; Gümüş, s. 227.

¹⁷ Sözleşmenin devrinin tasarruf işlemi olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Früh, s. 8-13; Ayrancı, § 3, III, B.

¹⁸ Bkz., Früh, s. 98; Ayrancı, § 5, III.

da anlaşması gerekir (m.205/f.1).¹⁹ Bu bağlamda kira sözleşmesinin devri için de kirayaveren, kiracı ve kira konusunu devralmak isteyen üçüncü kişi aralarında anlaşmaya varmalıdır.²⁰ Bunun genel olarak iki yolu vardır.²¹

1. Üç Taraflı Anlaşmayla Kira İlişkisinin Devri

Sözleşmenin devrinin bir yolu, sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devretmek isteyen ve sözleşmeyi devralacak üçüncü kişinin bir araya gelip, üç taraflı bir hukuki işlem olarak devir sözleşmesi (Übertragungsvertrag) yapmalarıdır.²² Bununla kiracı kira ilişkisini devretmeyi, üçüncü kişi de kira ilişkisini devralmayı, kirayaveren de kira ilişkisinin kiracıdan üçüncü kişiye devredilmesini kabul eder.²³ Bu içerikte yapılan sözleşmede tarafların teknik olarak devir tabirini kullanmaları gerekli değildir.²⁴

2. Kiracı ve Üçüncü Kişi Tarafından Yapılan Anlaşmaya Kirayaverenin Onay Vermesi

Genel Olarak

Sözleşmenin devrinin bir diğer yolu, devretmek isteyen ile sözleşmeyi devralmak isteyen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye, sözleşmede kalan tarafın onay vermesidir.²⁵

¹⁹ Bkz., Früh, s. 100; Ayrancı, özellikle §5; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Mauer, BWNotZ 2005, s. 116; BGH, DtZ 1996, 56, 18.10.1995, WM 1996, s.128.

²⁰ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 4; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 7.

²¹ Bkz., Ayrancı, § 7, I. Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Mauer, BWNotZ 2005, s. 116.

²² Alman hukukunda Oertmann (bkz., Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, 1928, § 398, Vorbem.7: Funke, s. 28 den naklen), sözleşmenin devrinin tek bir hukuki işlemle yapılabileceği görüşündedir ki, bu yol, sonraları doktrinde de genel olarak kabul görmüştür. Bkz., Früh, s. 102; Pieper, s. 191 vd Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Kandelhard, NZM 2001, s. 697; Ayrancı, § 7, I. Funke ise (Bkz., 28 vd), sözleşmenin devrinin tek bir işlemle değil, alacağın temliki ve borçların üstlenmesi yoluyla geçebileceğini savunmaktadır..

²³ Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 8; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 50; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 8.

²⁴ Bkz., Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; BGH, DtZ 1996, 56, 18.10.1995, WM 1996, s.128.

²⁵ Bkz., Früh, s. 102; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Ayrancı, § 7, I.

Bu usulde bir yanda kiracı ile üçüncü kişi kira ilişkisinin devrine ilişkin bir sözleşme yaparlar. Ancak bu sözleşme kirayavereni bağlamaz. Zira devrin hukuki sonucu, kirayaverenin kiracısına karşı sahip olduğu haklarını, yerine bir başkası geçmiş olsa bile, kaybetmesidir ki (m.323/f.2-ikinci hüküm), hiç kimse tarafı olmadığı ya da kabul etmediği bir sözleşmeden dolayı haklarından vazgeçmiş olmaz.²⁶

Devretmek isteyenle devralmak isteyen arasında yapılan devir sözleşmesi, sözleşmede kalanın onayına kadar, askıda geçersizdir.²⁷ Ne zaman ki sözleşmede kalan onay verir, askı durumu ortadan kalkar ve devir sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurur.²⁸ Bu husus kanunda: *"Kiracı, kirayaverenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez"* şeklinde ifade edilmektedir (m.323/f.1).

Sözleşmenin devri konusunda, gerek üç taraflı bir sözleşme yapılmış olsun gerekse iki tarafın yapmış olduğu sözleşmenin onaylanması yolu tercih edilsin, ki her iki yolda da amaç, sözleşmede kalan tarafın korunmasıdır ki, bu da sözleşmenin üçüncü kişiye devrini onun (sözleşmede kalanın) kabul etmesini gerektirir.²⁹ Bu bakımdan her iki yol arasında neticede bir fark yoktur.³⁰ Bu konuda Türk Borçlar Kanununun 205 inci maddesinin ifade tarzı birinci yola uygun iken, 323 üncü maddesinin metni ikinci yola uygundur.³¹

b. Onayın Talep Edilmesi, Verilme Zamanı, Geri Alınması ve Şekli

Kirayaverenin kira ilişkisine onay vermesi, ancak kendisinden bir

²⁶ Pieper, s. 193; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 644.

²⁷ Bkz., Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692.

²⁸ Bkz., Ayrancı, özellikle §7, I.; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 20; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3. İsviçre hukukunda Früh (bkz., s. 103), devir sözleşmesinin iki ayrı anlaşmadan (Verabredung) mürekkep tek bir hukuki işlem olduğu görüşündedir. Ona göre, bir yanda sözleşmeyi devretmek isteyen ile üçüncü kişi arasında yapılan anlaşma varken, diğer yanda ise sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devralan arasındaki anlaşma vardır. Sözleşmenin devri, ancak bu ikinci anlaşmayla gerçekleşir.

²⁹ Früh, s. 102; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Ayrancı, § 7, I.

³⁰ Bkz., Früh, s. 98; Ayrancı, § 7, I; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Alman Federal Mahkemesi, her iki yolun da hukuken geçerli olduğu görüşündedir. Bkz., BGH BGHZ Band 95, s. 88, 93; BGHZ Band 96, s. 302, 308.

³¹ Alman hukukunda noter uygulaması da daha ziyade ikinci yola göre yapılmaktadır. Bkz., Mauer, BWNotZ 2005, s. 116.

talep vukuunda söz konusu olabilir. Onayı talep edecek olan ise, kural olarak kiracıdır.³²

Kanunda (m. 323/f.1; Art. 263 Abs.1), onayın hangi süre içerisinde kiracıya bildirileceği düzenlenmemiştir. Doktrinde kabul edildiği üzere³³, bu konuda genel ilkelerden hareket edilmesi gerekir. Buna göre, dürüst ve makul bir sözleşme tarafı somut olayın tüm şartları, özellikle kiracının davranışları, devir sözleşmesinin şartları ve kirayaverenin iş tecrübesi, devir sözleşmesinin içeriğinin belirli olup olmaması gibi durumlar dikkate alındığında, hangi süre içerisinde bu talebe cevap verilmesi gerekiyorsa, kirayaverenin de bu süre içerisinde cevap vermesi kendisinden beklenilmelidir. Kirayaveren bu süre içerisinde sessiz kalırsa, kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmış olduğu kabul edilmelidir.

Onay, kira ilişkisinin devrinin taahhüdünden evvel ileriye etkili olmak üzere *izin* veya devrin taahhüdünden sonra geçmişe etkili olarak *icazet* şeklinde verilebilir.³⁴ Bununla birlikte verilen onay, tıpkı kabulün geri alınması gibi³⁵, Türk Borçlar Kanununun 10 uncu maddesindeki şartlar altında geri alınabilir.³⁶

Onayın şekline gelince, burası biraz daha ayrıntılı açıklamaya muhtaçtır. Şöyle ki;

Türk Borçlar Kanunumuz bir yandan şekil serbestisi ilkesini getirirken öbür yandan da kanundan doğan veya sözleşmeyle öngörü-

³² HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3. ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 23. Onaya ilişkin talep, her hangi bir şekle tabi değildir. Bununla birlikte onayın talep edildiğini ispat külfeti Türk Medenî Kanununun 6 ncu maddesi gereğince, kiracıya aittir. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 21.

³³ Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 27; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a.

³⁴ Früh, s. 103; Funke, s. 13; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 25; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 645. Evvelden verilen bir izin, şayet sözleşmeyi devralacak kişi belli değilse, kirayaverenin aslında istemeyeceği bir kişiyle sözleşme yapma riskini beraberinde getirir. Bunun önünün alınması için, izin, devredilecek kişinin şahsına veya başka maddi durumlara ilişkin belli kriterlerin varlığına bağlı olacak şekilde sınırlandırılabilir. Bkz., Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 695; Mauer, BWNotZ 2005, s. 116.

³⁵ Genel olarak "geri alma" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Demir, özellikle § 12, s. 213 vd.

³⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 21, 25; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 695.

len şekil zorunluluğunun olabileceğine işaret etmektedir (m.12/f.1 ve m. 17/f.1).

Şekil serbestisi kuralı, esas itibariyle sözleşmenin devri için de geçerlidir.³⁷ Bu konuda iki taraflı bir sözleşmeyle üç taraflı sözleşme arasında bir fark yoktur. Ancak kanunun 205 inci maddesi buna bir sınırlama getirmektedir. Öyle ki kanun, sözleşmenin devrinin geçerliliğini, devredilen sözleşmenin şekline tabi kılmaktadır (m. 205/f.3). Bu bakımdan, devredilen sözleşme için öngörülen kanundan doğan veya sözleşmeyle getirilmiş olan bir şekil zorunluluğu varsa, devir sözleşmesinin de aynı şekilde yapılması gerekir.³⁸ Tüm bunların dışında, yani asıl sözleşmenin geçerliliği her hangi bir şekil kuralına tabi olmasa bile, taraflar, sözleşmenin devrini belli şekil şartlarına bağlayabilirler ki (m.17/f.1), sözleşmenin devri buna uygun yapılmazsa geçerli olmaz.

Kanun, kira sözleşmesinin devrinde ise, şekil serbestisi kuralını daha da sınırlandırmaktadır. Öyle ki kanunda, kira ilişkisinin devri, kirayaverenin yazılı onayına bağlanmaktadır (m.323/f.1).³⁹

Kanunun 205 inci ve 323 üncü maddesinin birlikte değerlendirilmesinden şu sonuç çıkmaktadır. Kira ilişkisinin devrinde, asıl kira sözleşmesi hangi şekilde yapılmış ise, kira ilişkisinin devri de aynı şekilde yapılmalıdır (m.205/f.1). Gerçi kira sözleşmesinin geçerliliği kanunî bir şekle tabi değildir. Bununla birlikte iradi bir şekil, örneğin mevsuf veya adi yazılı şekil öngörülmüşse, kira ilişkisinin devri de yine bu şekilde olmalıdır. Aksi durumda, yapılan sözleşme tarafları bağlamaz (m. 17/f.1 ve m. 205/f.3). Öte yandan kira sözleşmesi için taraflarca öngörülen herhangi bir şekil olmasa bile, kanuna göre kira ilişkisinin devri için kirayaverenin onayının yazılı olması gerekmektedir (m.323/f.1).

³⁷ Bkz., Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 645; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 693.

³⁸ Alman hukukunda da sözleşmenin devrinin şekli konusunda hakim görüş (Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 693; Mauer, BWNotZ 2005, s. 117), BGH nin kira sözleşmesinin devrine ilişkin bir kararına (bkz., BGHZ Band 72, s. 394) dayanmaktadır ki, bu karara göre, sözleşmenin devri, asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle tabidir. Bu hüküm, sözleşmenin devrinin halefiyet niteliğinde olmasına bağlanmaktadır. Bkz., Mauer, BWNotZ 2005, s. 118.

³⁹ Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesi ise, kira ilişkisinin devrine ilişkin her hangi bir şekil şartı öngörmemektedir.

Kanunda kirayaverenin onayının yazılı olması gerekliliğine işaret edilmesi, bir başka hukuki sorunu ortaya çıkmaktadır. Onayın yazılı olması, acaba geçerlilik şekli midir yoksa bir ispat şartı mıdır? Konu, kaynak İsviçre hukukunda da tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş⁴⁰, onayın yazılı yapılmasının ispat şartı olduğunu iddia etmektedir. Buna göre, kanunda yazılı onay zorunluluğunun getirilmesinin sebebi, sadece kanıtların belirlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bir başka görüşe göre ise⁴¹, onayın yazılı verilmesi kira sözleşmesinin devrinin geçerlilik şartıdır.⁴²

Kanaatimize göre, onayın yazılı olması geçerlilik şartıdır. Zira bu düzenleme emredici niteliktedir.⁴³ Taraflar, sözleşmenin şekil kuralını hafifletemeyeceklerdir.⁴⁴ Aksi halde öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan devir, hüküm ve sonuç doğurmayacaktır (m.12/f.2). Şekil kuralının getirilmiş olması, özellikle devralan kiracının kirayaverenle yaşayacağı olası uyuşmazlıklarda fuzuli işgal sebebiyle tahliye rizikosunu yaşamasının da baştan önünü almış olur.

c. Kirayaverenin Onay Vermekten Kaçınması

Sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devrine onay vermek zorunda değildir; hiçbir gerekçe göstermeksizin dahi onay vermekten kaçınabilir. Zira sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de içerir ki, bunun için objektif bir değerlendirme yapılamaz, onun kararı sorgulanamaz.⁴⁵ Ancak kanunun 323 üncü maddesi, işyeri kiralari bakımından bu konuda bir istisna getirmektedir. Öyle ki madde hükmüne göre, kirayaveren, işyeri kiralalarında haklı sebep ol-

⁴⁰ BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr.3; Gümüş, s. 227.

⁴¹ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 25.

⁴² Alman hukukunda genel olarak sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafın onayı, şayet asıl sözleşme şekle tabi ise, sözleşmede kalan tarafın onayının da öngörülen şekle tabi olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz., Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 694.

⁴³ Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 4. Buna karşın Heinrich ise, Art. 263/f.1,II OR hükmünün kiracı lehine nispi emredici nitelikte olduğu görüşündedir. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 1.

⁴⁴ Bkz., Altaş, s. 70 vd. Ancak, mevsuf yazılı şekle gerek yoktur, adi yazılı şekil yeterlidir. Bkz. HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr.5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 25; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5.

⁴⁵ Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 645.

madıkça onay vermektan kaçınamaz (m.323/f.1-Son).⁴⁶ Şu halde, kira sözleşmelerinde kirayaverenin, kural olarak, kira ilişkisinin devrine onay verme zorunluluğu yoktur; ancak işyeri kiralalarında, kanunun 323 üncü maddesi gereğince, onay vermektan sadece haklı sebeplerin bulunması halinde kaçınabilir.⁴⁷

i. İşyeri Kiralarında Kirayaverenin Onay Vermektan Haklı Sebeplerle Kaçınması

İşyeri kiralaları bakımından kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermektan kaçınmasını haklı kılan sebepler, objektif veya sadece sübjektif nitelikte olabilir.⁴⁸ Haklı sebebin varlığının takdirinde, Türk Medenî Kanununun 2 inci maddesinin 1 inci fıkrası hükmündeki dürüstlük ilkesi ölçü alınır. Bu ölçünün ışığı altında kirayaverenin onay vermesinin kendisinden beklenilip beklenilemeyeceği değerlendirilir.

⁴⁶ Oysa Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanununun 12 inci maddesi bu kanuna tabi taşınmazlar bakımından konut ve işyeri kirası ayırımı yapmaksızın kira ilişkilerinin devrini sözleşmede bunun açıkça kararlaştırılmış olması kaydına bağlamaktadır ki, bu durumda şayet kirayaveren kabul etmezse, hiçbir haklı gerekçe göstermese bile, hem konut kiralalarında hem de işyeri kiralalarında kira ilişkisinin devrini kabul etmektan kaçınması hakkının olması anlamına gelmektedir. Öte yandan sadece Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kira sözleşmelerinde ise, kira ilişkisinin devri bu kanunda düzenlenmemiş olduğu için, kira ilişkisinin devri için kirayaveren ile kiracı arasında bir sözleşmenin yapılmasını gerektirecektir ki, kirayaveren burada da şayet istemezse, irade özerkliği ilkesi gereğince, haklı sebep olsun olmasın kira ilişkisinin devrini kabul etmek zorunda değildir.

⁴⁷ Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinin ilk fıkrasının yorumundan ortaya çıkan bu sonuç, esas itibariyle kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesine de paraleldir. Gerçi, yukarıda ifade edildiği üzere, Kanunun 323 üncü maddesi, kural olarak tüm kira sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulurken; kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi, sadece işyeri kiralalarına ilişkindir. Ancak, bu durum, kira ilişkisinin konusu işyeri kiralaları dışındaki kira sözleşmelerinin devri bakımından her iki hukuk sistemi arasında neticede bir fark yaratmamaktadır. Çünkü her ne kadar kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi sadece işyeri kiralalarına ilişkin olsa da, işyeri kiralaları dışındaki diğer kira ilişkilerinin devredilebilmesi için de en nihayetinde böyle bir sözleşmeye kirayaverenin katılması gerekmektedir. İrade özerkliği ilkesi gereğince ise, hiç kimse kirayavereni böyle bir sözleşme yapmaya zorlayamayacağı için, işyeri kiralaları dışında da kirayaveren onay vermezse, tıpkı Kanunun 323 üncü maddesinde olduğu gibi, kiracı kira ilişkisini devredemeyecektir. Dolayısıyla her iki hukuk sisteminde de, işyeri kiralaları dışındaki kiralalar bakımından kirayaveren, sınırsız bir şekilde kira ilişkisinin devrine onay vermektan kaçınma hakkına sahiptir. İşyeri kiralaları bakımından ise, kural, kirayaverenin kira ilişkisine onay vermesidir; istisna ise, haklı sebeplerle bu onayı vermektan kaçınabilmesidir. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 29

⁴⁸ SVIT-Kommentar, Art.263 OR, Nr. 20; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 29.

Beklenilmezliğin denetimi, kirayaverenin kira ilişkisinin devrinden bir yarar sağlayıp sağlamadığı sorusunun cevabıyla sınırlı değildir.⁴⁹ Haklı sebeplere ilişkin olay grupları arasında aşağıdaki durumlar sayılabilir.⁵⁰

1. Kira ilişkisinin devri durumunda kira konusunu devralacak üçüncü kişinin, kira konusunu kirayaveren ile kiracı arasında yapılan sözleşmeye uygun kullanmayacağı ve bu anlamda kira konusunun yapısını değiştireceğinin,⁵¹ veya kira konusunun kullanım tarzını değiştireceğinin öngörülmesi karşısında kirayaverenden kira ilişkisinin devrine onay vermesi haklı olarak beklenilemez. Ancak bu sebeple kirayaverenin kira ilişkisinin devrinden kaçınabilmesi için, kira ilişkisini devralacak olanın kullanım tarzını esaslı surette değiştirecek olması gerekir.⁵²
2. Kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermesinin beklenemeyeceği bir başka durum, kiracının vermiş olduğu veya sahip olduğu ekonomik güvencelerinin üçüncü kişide olmamasıdır.
3. Bir başka haklı sebep, kira konusunun sözleşmeye göre kullanılması için gerekli olan bilgi, tecrübe ve becerinin üçüncü kişinin şahsında bulunmamasıdır.⁵³
4. Kira sözleşmesi kiracının şahsı göz önünde bulundurularak yapılmış ise ve bu anlamda olmak üzere, kiracının iş hayatındaki saygınlığı sebebiyle kira sözleşmesi yapılmış ise ya da kiracıyla olan dostane ilişkileri sebebiyle sözleşmeye kiracıya daha fazla hak sağlayan özel şartlar konulmuş olması durumunda, kirayaverenden kira ilişkisini üçüncü kişiye devretmesi yine kendisinden beklenilemez.

⁴⁹ BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 29.

⁵⁰ Bu olay grupları, *Higi* tarafından ayrıntılı olarak açıklanmaktadır ki, biz de konunun anlaşılabilirliği açısından oradan aynen almayı uygun buluyoruz. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 31-39. Bu konudaki benzer ve diğer örnekler için bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 5; SVIT-Kommentar, Art.263 OR, Nr. 14, 18.

⁵¹ Bkz., BGE 4P.107/2003 E 2. 2.

⁵² Örneğin kirayaveren ile kiracı arasında yapılan sözleşmeye göre kiralanan işyerinin market olarak kullanılırken kira ilişkisinin devri halinde yeni kiracı tarafından atölye olarak kullanılacağı öngörülmesi gibi.

⁵³ Örneğin, kira ilişkisini devralacak üçüncü kişinin daha evvel benzer bir işletmenin faaliyetlerinde kötü bir ün sahibi olmuş veya iflâs etmesi gibi.

5. Kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmenin, kira ilişkisinin devri amacı dışında kiracının kira konusunu kullanım amacını devir amacını aşan maddi ve maddi olmayan yararlar sağlamak için yapılmışsa, aynı şekilde kirayaverenden kira ilişkisinin devrine onay vermesi kendisinden haklı olarak beklenilemez.⁵⁴
6. Kira ilişkisinin devrine onay vermesinin kirayaverenden beklene-meyeceği diğer bazı durumlar ise, bizzat kirayaverenin şahsından veya hukuki durumundan kaynaklanan haklı sebepler olabilir.⁵⁵

Tüm bu durumlar, kirayaverenden kira ilişkisinin devrine onay vermesi beklenilemeyecek nitelikteki olaylardır. Bunların dışında, değerlendirilmesi gereken bir başka konu ise, kiracının üçüncü kişiyle yapmış olduğu veya yapacağı sözleşme hakkında kirayavereni bilgilendirmemiş olmasının, işyeri kiralarda kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmasını haklı kılan bir sebep olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.⁵⁶

Kanaatimize göre bu sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için her şeyden evvel üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracının kirayaverene bilgi verme ve onu bu konuda aydınlatma yükümlülüğü olup olmadığının ortaya konulması gerekir.

Bilgi verme, belirli bir durumun varlığını objektif olarak tespit edip bildirmektedir.⁵⁷ Bilgi vermenin bir yükümlülük olması ise, sözleşmeden veya kanundan ya da dürüstlük ilkesinin uygulama alanlarından

⁵⁴ Örneğin kiracı, işyerinin devri durumunda elde edeceği menfaatlerin dışında, sırf hava parası karşılığında kira konusunu devretmek istemesi gibi veya kiracı tarafından yapılan ve ancak tazmin etmek zorunluluğu olmayan iyileştirmelerin sırf kirayaverenin yararlanmaması için bu iyileştirmeleri eski haline getirecek bir üçüncü kişiye kira konusunun devredilmek istenmesi gibi.

⁵⁵ Örneğin bir tekstil ürünlerinin satılması amacıyla kiralanan bir butikte kira ilişkisini devralacak üçüncü kişinin kürk ürünleri satmak istemesi ve kirayaverenin de etik sebeplerle veya itibarının zarar göreceği gerekçesiyle kürk ürünlerinin satılmasını istememesi gibi. Ya da kirayaveren kira konusunun maliki olmayıp kendisi de kiracıdır ve onun da kira ilişkisini devredebilmesi için ilk kirayaveren ya da malik olan kirayaverenin onayına ihtiyaç duyması gibi.

⁵⁶ Konusu işyeri dışında olan kira sözleşmelerinde irade özerkliği ilkesi gereğince kirayaverenin sınırsız bir şekilde kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmak hakkı olduğu için, işyeri dışındaki kira sözleşmelerinde bu sorun gündeme gelmeyecektir.

⁵⁷ Bkz., Kırca, s. 4 ve dn. 7'deki atıflar.

kaynaklanır.⁵⁸ Buradan hareketle, kiracının üçüncü kişiyle yapmış olduğu sözleşme hakkında kirayaverene bilgi verme yükümlülüğü olup olmadığı tespit edilebilir. Öyle ki, taraflar kira sözleşmesi yapıldığı sırada kira ilişkisinin devredilmesi gündeme gelirse kiracının bu sözleşme hakkında kirayaverene bilgi verip vermesi gerektiği konusunda sözleşmeye açık bir hüküm koymuş olabilirler. Bu durumda bilgi verme yükümlülüğünün kaynağı, doğrudan sözleşmedir. Taraflar bu konuda sözleşmede her hangi bir düzenleme yapmamışlar ise, bir sözleşme boşluğu gündeme gelecektir.⁵⁹

Sözleşme boşluğu, hâkim görüşe göre⁶⁰, uyuşmazlık durumunda Türk Medenî Kanununun 1 inci maddesine göre hâkim tarafından tamamlanır.⁶¹ Buna göre, her şeyden evvel kanunda somut olaya uygulanacak nitelikte bir hükmün olup olmadığı denetlenmelidir. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinde, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracının kirayaverene bilgi vermek yükümlülüğü getirilmemiştir. Gerçi, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinde de bu konuda bilgi verme yükümlülüğü öngörülmemiştir; ancak İsviçre Borçlar Kanununa göre, kiracı alt kira sözleşmesinin şartlarını kirayaverene bildirmezse, kirayaveren de alt kira sözleşmesine onay vermekten kaçınabilecektir (Art. 262/ Abs.2 OR). Doktrinde söz konusu hükmün kira ilişkisinin devrine kıyasen uygulanması suretiyle, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracının kirayaverene bildirmemesi halinde kirayaverenin de kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabileceği kabul edilmektedir.⁶² Ancak söz konusu İsviçre Borçlar Kanununun 262 inci maddesinin 2 inci fıkrası, buna karşılık gelen Türk Borçlar Kanununun 322 inci mad-

⁵⁸ Bkz., Eren, s. 35 vd.

⁵⁹ Sözleşme boşluğu, geçerli bir sözleşmede tarafların, düzenlemeleri gerekli olan bazı konuları ya ileride anlaşacakları düşüncesiyle veya plana aykırı olarak düzenlemeyip eksik bırakmış olmaları anlamındadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 131 vd., 133; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 486; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 213, 215. İsviçre Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGE 107 II 144 (149); 115 II 484 (487); Oğuzman/ Öz, s. 153 vd; Eren, s. 431 vd.; Topuz, s. 145 vd.

⁶⁰ Bkz., ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 503 vd., 529; Oğuzman/ Öz, s. 153 vd.; Kirca, s. 90; Eren, s. 433 vd., 441; Topuz, s. 278 vd.

⁶¹ Azınlık görüşü ve bu görüşü savunan yazarlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Topuz, s. 280 vd.

⁶² Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 22, 40.

desine alınmamıştır. Bu bakımdan, kirayaverenin onaydan kaçınması, kanunun 323 üncü maddesinin 1 inci fıkrası gereğince, sadece önemli sebeplerle olabilecektir. Bu durumda kiracının kirayaverene üçüncü kişiyle yapmış olduğu ya da yapacağı sözleşmenin şartları hakkında bilgi vermemiş olmasının, önemli sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu hala belirsiz kalmaktadır. Bu durumda hâkim, Türk Medenî Kanununun 1 inci maddesinin 2 inci fıkrası hükmü gereğince, örf ve adet hukukuna göre hareket edilmelidir. Ancak genel olarak borçlar hukukunda örf ve adet hukukunun uygulanma imkânı son derece sınırlı olduğu gibi, özel olarak kira ilişkisinin devri hakkında örf ve adet hukukunun varlığından bahsetme imkânı yoktur. Dolayısıyla hâkimin, son olarak hukuk yaratmak suretiyle üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracının kirayaverene bilgi verme yükümlülüğünün olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Bu aşamada ise, buradaki boşluk, güven teorisinden hareketle dürüstlük ilkesi dikkate alınarak tamamlanmalıdır.

Sözleşme boşluğu dürüstlük ilkesinin ışığı altında tamamlanırken her şeyden evvel sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre -yani, tarafların varsayımına dayalı iradeleri temel alınarak- yapılır.⁶³ Yani, dürüst ve makul sözleşme tarafları, sözleşmenin kurulduğu sırada açık kalan noktaları bizatihi düşünmüş olsalardı "*neyi isteyecekleri*" ve buna bağlı olarak da "*neyi kararlaştıracaklar ise*", ona göre sözleşme tamamlanır.⁶⁴ Ancak, sözleşmede tarafların varsayımına dayalı iradeleri de tespit edilemiyorsa, bu durumda, hâkim, doğrudan hukuk yaratmak suretiyle boşluklu olan sözleşmeyi tamamlamalıdır. Bu aşamada dürüst ve makul sözleşme tarafları değil, aynı iş çevresindeki dürüst ve makul

⁶³ Gauch/ Schluop/ Schmid/ Rey, Nr. 1261; Oğuzman/ Öz, s. 153; Eren, s. 434 vd.; Topuz, s. 279.

⁶⁴ Bu formülasyon konusunda doktrinde ve mahkeme kararlarında esas itibariyle her hangi bir farklılık yoktur. Bkz., ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 498; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 238 vd.; Gauch/ Schluop/ Schmid/ Rey, Nr. 1257, 1260; Oğuzman/ Öz, s. 154; Eren, s. 434; Topuz, s. 279; BGE 107 II 144 (149) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 108 II 112 (114); "... Karar verilirken sözleşmeye yönelik ve bağlantılı değerlendirme yapılmalı, özellikle tarafların farazi iradeleri yani taraflar sözleşmede açık kalmış hukuki meseleyi sözleşmenin inikadı sırasında düzenlemiş olsalardı doğru ve makul düşünen taraflar olarak neyi kararlaştırmış olabileceklerinin tespitine önem verilmelidir. ... ". Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425.

kişilerin bakış açısı esas alınır.⁶⁵ Bu bakış açısı ışığında, *kira sözleşmesi yapılırken kira ilişkisinin devri durumunda kiracının kirayavereni üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında bilgilendirmekle yükümlü olacağını sözleşmede kararlaştırılması gerekirdi* denilebiliyorsa, kiracının bu konuda bilgi verme yükümlülüğünün olduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimize göre, bu konuda kiracının kirayavereni bilgilendirme yükümünün olduğunu, kural olarak, kabul etmek gerekir. Çünkü ileride kira ilişkisinin devredilmesi gerekirse, kiracının kira ilişkisinin devretmek istediği üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında bilgi edinmek istemesi, dürüst ve makul bir kirayaveren olmanın doğal bir sonucudur. Öyle ki, hiçbir dürüst ve makul bir kirayaveren, hiçbir şekilde bilgi sahibi olmayacağı üçüncü bir kişiye kira ilişkisinin devredilmesini ve böylelikle onunla birlikte kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesini istemez. Esasında işyeri kiralalarında haklı sebeplerle kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabilmesi, kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan kiranın sözleşmenin içeriği hakkında kirayaverenin bilgi sahibi olmasıyla mümkün olabilir. Bu bakımdan, işyeri kiralalarında kiracının üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kirayaverene bilgi verme yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir.⁶⁶

Kiracının, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kirayaverene bilgi verme yükümlülüğünün olması, kirayaverenin de kiracıdan söz konusu sözleşme hakkında bilgi talep etme hakkının olması anlamına gelir. Bu kapsamda kirayaveren, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracıdan hem sözleşmenin içeriği hem de üçüncü kişi hakkında, gerek onun şahsı gerekse finanssal durumu hakkında bilgi talep edebilir.⁶⁷ Kirayaverenin kiracının kendisine ait olan ve hatta üçüncü kişi hakkındaki kimlik bilgilerini, ticaret sicili kayıtlarını, bilançosu ve malvarlığı bilgilerini istemesi, bu kapsamda kabul edilmelidir. Ancak, kiracının bilgi verme yükümlülüğü, sadece üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeye ilişkin

⁶⁵ Sözleşme boşluğunun doldurulmasında hukuk kurumları arasındaki hiyerarşide en son olarak hâkimin doğrudan yarattığı hukuk kurallarına başvurulması gerektiği konusunda bkz., ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 526 vd.; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 227 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 154; Topuz, s. 280.

⁶⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 22. Bilginin verilmesi, sadece kiracı tarafından yerine getirilebilecek bir yükümlülüktür. Bu yüzden kirayaveren, yargı yoluyla gerekli bilgileri verilmesini sağlayamaz. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 40.

⁶⁷ Bkz., Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 644.

konularla sınırlıdır; yoksa, kiracının üçüncü kişiyle ilişkileri kapsamında bu sözleşmeyle hiçbir şekilde ilgili olmayan konularla ilgili değildir.⁶⁸

Tüm bu değerlendirmeler ışığında kirayaveren üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracıdan bilgi talep etmesine rağmen kiracı, bu konudaki yükümlülüğünü ihlal ederse, kirayaverenin de kira ilişkisinin devrine onay vermektan kaçınmasının haklı bir sebep oluşturduğunu kabul etmek gerekir.⁶⁹

ii. Kirayaverenin Onay Vermekten Kaçınmasının Hukuki Sonuçları

aa. Kira Sözleşmesinin Taraflarının Değişmemesi

Sözleşmenin devrine onay verilmezse, devir sözleşmesi tamamlanmamış olur. Neticede geçersiz bir devir sözleşmesi vardır. Sözleşmenin tarafları aynı kalmaya devam eder.⁷⁰

Kiracı, henüz kirayaveren kararını bildirmeden evvel kira konusunu devralmak isteyen üçüncü kişiye kullandırmaya başlamış ise, kira sözleşmesine aykırı hareket etmiş olur. Ancak böyle bir durumda kirayaveren, kira ilişkisinin devrine sonradan onay verirse, artık kira ilişkisi devredilmiş olacağı için bu aykırılık giderilmiş olur. Buna karşın kirayaveren, onay vermektan kaçınırsa, kiracıya karşı sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde haklarını kullanabilir. Bu bağlamda kirayaveren, onay vermektan kaçındığını kiracıya bildirmesine rağmen kiracı buna uymaz ve kira konusunu üçüncü kişiye kullandırmaya devam ederse, kirayaveren sözleşmeyi feshedebilir (m.316/f.2) ve bundan doğan zararının tazminini talep edebilir (m.112). Ayrıca, üçüncü kişinin kira konusunu kullanması da yolsuz olacağı için, kirayaveren üçüncü kişinin kira konusu taşınmazdan çıkarılmasını talep edebilir.⁷¹

⁶⁸ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 40.

⁶⁹ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 22, 40.

⁷⁰ Mauer, BWNNotZ 2005, s. 118. Özellikle kira sözleşmesi hakkında bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 41. Nitekim Yargıtay da bir kararında, "... kira sözleşmesinin asıl tarafları kiralayan ile kiracıdır. Kiracıya tebliğ edilen ihtarnameden sonra kiracının taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde, bu fiili durumun eskiden beri devam ettiği iddia ve ispat edilmediğinden, kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan anlaşma kira ilişkisinin asıl taraflarını değiştirmez..." demek suretiyle kirayaverenin (üstü örtülü olarak dahi) kira ilişkisinin devrine onay vermemesi halinde, kira sözleşmesinin taraflarının değişmeyeceğine işaret etmektedir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin ilgili 5.5.1994 tarih, 1994/4776 esas ve 1994/5154 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁷¹ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 41.

Bunun dışında, kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme, devir sözleşmesi olarak değil ancak tahvil yoluyla ayakta tutulabilir. Bu konuda sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan hareket edilmesi gerekir. Buna göre, kiracı ile üçüncü kişinin iradesine uygun ise, kirayaverenin rızasını gerektirmeyen kiracıya ait alacak hakları, üçüncü kişiye devir edilmiş olur (m. 183 vd.). Kiracının kirayaverene karşı hak etmiş olduğu sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat alacaklarını bu kapsamda değerlendirmek gerekir.⁷² Ancak kiracının borçlarının üstlenilmesi bu kapsamda değildir; zira kanuna göre (m.196) borcun üstlenilmesinde, alacaklının (kira sözleşmesinde somut durumda kirayaverenin) kabulü gereklidir.⁷³ Böyle bir durum olmadığı sürece, kural olarak, kirayaverenin kiracının veya üçüncü kişinin geçersiz olan devir sözleşmesinden dolayı birbirlerine karşı talep hakları söz konusu olmaz.⁷⁴

ab. İşyeri Kiralarında Kiranın Devrine Onay Verilmesi İçin Kiracının Dâva Hakkının Olup Olmadığı Sorunu

İşyeri kiralarında kirayaveren sadece haklı sebeplerde kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabilecektir (m.323/f.Son; Art. 263/Abs.4 OR). Bu durumda şu soru gündeme gelmektedir. Kirayaveren işyeri kiralarında kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınırsa veya bu talebe uygun süre içerisinde cevap vermezse, kiracı, kirayaverenin haksız olarak onay vermektan kaçındığı gerekçesiyle talebini dava yoluyla kullanabilecek midir?

İsviçre hukukunda bu soruya olumlu cevap verilmektedir.⁷⁵ Ancak böyle bir durumda açılacak davanın hukuki niteliği, doktrinde tar-

⁷² Mauer, BWNotZ 2005, s. 118.

⁷³ Mauer, BWNotZ 2005, s. 118.

⁷⁴ Doktrinde kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeyi taahhüt sözleşmesi olarak nitelendiren yazarlardan bazıları (HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr.8; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 20), onayın gerçekleşmemesi halinde kiracının üçüncü kişiye sözleşmeye aykırılık sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalabileceğine işaret etmektedir. Kanaatimize göre, sözleşmenin tahvil yoluyla ayakta tutulması imkanı olmadığı sürece veya kiracı ve üçüncü kişi aralarında devir sözleşmesi değil de açıkça devri taahhüt eden bir sözleşme yapmadıkları sürece, bu mümkün görülmemektedir.

⁷⁵ Bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a.; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 43; BGE 125 III 229 E 2b.; Ayrıca bu davayı, sadece kiracı açabileceği ve fakat, üçüncü kişi açamayacağı kabul edilmektedir. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5.

tışmalıdır. *Weber*'e göre⁷⁶, burada kaçınmanın haksız olduğuna ilişkin bir tespit davası açılmalıdır. Hâkim olan görüşe göre⁷⁷ ise dava, kira ilişkisinin devrine onay verme yolunda kirayaverenin irade beyanını sağlamaya yönelik bir eda davasıdır.

Kanaatimize göre, işyeri kiralarında kirayaverenin kira ilişkisinin devrine haklı olmayan bir şekilde onay vermekten kaçınması durumunda açılacak dava, kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermesine yönelik irade beyanını sağlamak amacına yöneliktir. Böyle bir irade beyanının sağlanması için açılacak dava konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda her hangi bir hüküm yoktur. İsviçre'de 1947 tarihli Federal Hukuk Usulü Kanununda ise "*Davalı bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilirse, hüküm beyanın yerine geçer...*" şeklinde bir düzenleme vardır (m.78).⁷⁸ Buradaki esasın bizde de bu konuda tatbiki uygundur. Öyle ki bu esas kabul edilirse, yargılama sırasında kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermektan kaçınmasının haksız olduğu tespit edilmesi halinde, mahkeme tarafından kirayaverenin irade beyanı yerine geçmek üzere kira ilişkisinin devrine onay verilecektir. Bu durumda, kira ilişkisinin devrinin hukuki sonuçları gerçekleşecektir. Şayet kirayaveren, bu karara rağmen devralan kiracıya kullandırma borcunu yerine getirmese, devralan kiracı, borca aykırılığa ilişkin hükümlerden (m.112 vd.; m. 301 vd.) yararlanabilir.

VII. KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Yukarıda sayılan şartların tamam olması durumunda, sözleşme devredilmiş olur. Sözleşmenin devrinin, en önemli hukuki sonucu odur ki, devirle birlikte sadece taraf değişikliği gerçekleşir.⁷⁹ Bu bağlamda kira ilişkisi devredilirse, kira sözleşmesinin kiracı tarafı deği-

⁷⁶ Bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a.

⁷⁷ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 43.

⁷⁸ Benzer bir düzenleme Alman Usul Kanununun (ZPO) § 894/f.1 hükmünde de vardır. Öyle ki, söz konusu hükme göre, açılan davada borçlunun bir irade beyanında bulunması gerekiyor ise, kararın kesinleştiği anda, açıklanması gereken irade beyanı sağlanmış olur.

⁷⁹ Bkz., yukarıda V. Kira İlişkisinin Devrinin Hukuki Niteliği.

şerek onun yerine devralan kiracı geçer (m. 323/f.2).⁸⁰ Bunun dışında mevcut sözleşmenin içeriği, değişmeyip aynen geçerli kalır.⁸¹ Öyle ki sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacı, tarzı ve kira sözleşmesinin süresi değişmez.⁸²

Taraf değişikliğinin ne zaman gerçekleşeceği doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüşe göre devir, *en erken* onayın verildiği anda gerçekleşir.⁸³ Kanaatimize göre, bu konuda devir sözleşmesinin yapıldığı zamana göre hareket edilmesi gerekir. Buna göre devir sözleşmesi kirayaveren, kiracı ve üçüncü kişi arasında yapılmışsa, yine taraf değişikliği de bu sözleşmenin yapılma zamanıdır.⁸⁴ Yok böyle olmayıp da kirayaveren evvelden bir onay vermişse, kiracı ve devralan üçüncü kişi arasında sonradan yapılan sözleşme aslında geçerli bir devir söz-

⁸⁰ Funke, s. 13; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 44; Gümüş, s. 230.

⁸¹ Bkz., yukarıda V. Kira İlişkisinin Devrinin Hukuki Niteliği.

⁸² HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 44. Nitekim Yargıtay ilgili kararında "...Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraftan olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur..." demek suretiyle bu hususa açıkça işaret etmektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin söz konusu 14.10.2004 tarih, 2004/9625 esas ve 2004/10945 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr. Aynı hukuki sonuç, işyeri kiralarında kirayaverenin haksız surette onaydan kaçınması durumunda hâkim kararı ile kira ilişkisinin devrine onay verilmesi durumu için de geçerlidir. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 44. Ancak üçüncü kişi kiralananın kullanım amacını olmasa bile kullanım tarzını değiştirmek istiyor olabilir. Bu durumda kirayaveren kira ilişkisinin devrine onay verdiği sırada üçüncü kişinin bu düşüncesinden bilgi sahibi olarak onay vermişse, sözleşmenin içeriği bu ölçüde değişmiş kabul edilir. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 46.

⁸³ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; SVIT-Kommentar, Art.263 OR, Nr. 23 vd.; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 46. İsviçre hukukunda, onay vermenin, eda davasıyla sağlanabileceğini kabul eden yazarlar, şayet onay dava yoluyla talep edilirse, taraf değişikliğinin de hâkimin onay verdiği tarihte gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; SVIT-Kommentar, Art.263 OR, Nr. 20. Buna karşın *Weber*'e göre, kirayaverenin onay vermektan kaçınması üzerine açılan davada hakim tarafından kira ilişkisinin devrine onay verilirse, kirayaveren hangi tarihten itibaren onay vermek zorunda ise, kira ilişkisinin devri de o tarihe kadar geçmişe etkili olur (bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a). *Weber*'in bu görüşü, onun, kiracının açtığı davayı tespit davası olarak nitelendirmesinin (bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a) bir sonucu olsa gerek.

⁸⁴ Bkz., Ayrancı, §7, I.

leşmesi olur ki, taraf değişikliği de yine sözleşmenin yapıldığı anda gerçekleşir.⁸⁵ Buna karşın kiracı ve üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin askıda geçersiz olduğu zamanda kirayaveren onay vermişse, sözleşme geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir ki,⁸⁶ taraf değişikliği de onaydan evvel gerçekleşmiş olur.

B. Kirayaveren İle Devralan Yeni Kiracı Arasındaki İlişki

Taraf değişikliğinin bir sonucu olarak, devreden kiracının kira ilişkisinden dolayı sahip olduğu kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan tüm hak ve borçlar artık devralan kiracıya geçer (m.205/f.1).⁸⁷ Bu şu anlama gelmektedir, kirayaveren, daha evvel devreden kiracıya karşı olan borçlarından, artık devralan kiracıya karşı sorumludur. Aynı şekilde devralan kiracı da devreden kiracının ödemek zorunda olduğu kira bedelinden, kira konusuna verilecek zararlara karşı ödenilmesi gereken tazminattan, velhasıl kira konusunun sözleşmeye uygun kullanılmamasından dolayı kirayaverene karşı sorumlu olur.⁸⁸ Ancak kira sözleşmesine ilişkin olarak üçüncü kişilerce verilen teminatlar, teminatı veren muvafakat göstermediği sürece, kira ilişkisinin devredilmesiyle birlikte sona erer.⁸⁹

Burada bir başka hususu daha açıklamaya gerek vardır ki, acaba devir sözleşmesinin geçerli olmaması halinde, özellikle şekle aykırı bir sözleşmenin olması durumunda ne olacaktır? Bilhassa, hukuken geçerli bir sözleşme olmamasına rağmen, üçüncü kişi kira konusunu daha evvel kullanmaya başlamış ise, kirayaveren ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve kira sözleşmesinin akibeti ne olacaktır?

⁸⁵ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 45.

⁸⁶ Bkz., Mauer, BWNotZ 2005, s. 118.

⁸⁷ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 44. Devreden tarafın mevcut sözleşmeden dolayı sahip olduğu yenilik doğuran hakların da devralan tarafa geçtiği kabul edilmesi gerekir. Çünkü yenilik doğuran haklar, borç ilişkisiyle ayrılmaz surette birbirine bağlıdır. Bkz., Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643.

⁸⁸ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 47. Nitekim Yargıtay da ilgili kararında "...Yüklenen taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir...." demektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin söz konusu 14.10.2004 tarih, 2004/9625 esas ve 2004/10945 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁸⁹ Higi, şahsi teminatların sona ermesine karşın şahsi olmayan nitelikteki teminatların devam edeceği görüşündedir. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 48.

Yukarıdaki sorunun cevabına ilişkin olarak doktrinindeki bir görüşe göre⁹⁰, güvenin korunması temelinde kira ilişkisinin devri, tüm sonuçlarıyla birlikte, gerçekleşmiş olur. Ancak bu durumda kirayave-
renin, devir sözleşmesi sebebiyle haklarına hanel gelmemesi gerekir. Aksi halde kirayaveren, sözleşmenin geçersizliğinin tespitine ilişkin bir dava açabilir.

Kanaatimize göre burada üç duruma göre hareket edilmelidir.

Her şeyden evvel hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakların kötüye kullanılmaması gerektiği ilkesi tüm bilhassa şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil eder. Ancak, her hakkın kötüye kullanılmasında olduğu gibi şekle aykırılık iddiasının ne zaman kötüye kullanıldığını önceden kurallara bağlamak mümkün değildir. Bu konuda öğretide ve mahkeme kararlarında genel bazı ölçülerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir.⁹¹ Bu bağlamda sadece sözlü onayın mevcut olduğu veya susmak suretiyle ya da başka örtülü davranışlarla kirayaverenin onay verdiği ve fakat daha sonra şekle aykırılık iddiasında bulunulduğu hallerde, bu iddianın hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğu kabul edilebilir.⁹²

İkinci olarak, burada hakkın kötüye kullanıldığı iddiasına bazı durumlarda ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Özellikle, kirayaverenin üçüncü kişiden kira bedelini almış olması, tek başına, kirayaverenin kira ilişkisinin devrine örtülü olarak onay verdiği şeklinde değerlendirilemez. Zira kira bedelinin bizzat kiracı tarafından ödenmesinde kural olarak kirayaverenin her hangi bir menfaati yoktur. Dolayısıyla, kirayaveren üçüncü kişinin ifa ettiği kira bedelini kabul etmek zorun-

⁹⁰ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 50.

⁹¹ Kılıçoğlu, Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHF, Y. 1981, S. 38, S. 01-04, s. 214.

⁹² BGE 125 III 229 E 3b; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 28. Nitekim Yargıtay da bir kararında (Y.13.HD'nin 9.3.1992 tarih, 1992/1260 esas ve 1992/2218 sayılı kararı) "...Ne var ki kiralanan taşınmaz davacıya teslim edilmiş kira parası olarak bir kısım ödemeler yapılmıştır. Biçim koşulu yerine getirilmemiş olsa bile taraflar arasında karşılıklı edimler ifa edilmişse artık bundan sonra her iki taraf için akdın biçim şartlarına uygun yapılmadığından söz edilerek geçersizliğini ileri sürmek MK.nun 2. maddesindeki objektif iyiniyet kuralıyla bağdaşmaz..." şeklinde karar vermiştir. Bkz., www.kazanci.com.tr.

dadır (m.83). Böyle bir durumda kira bedelinin bu şekilde üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmiş olması ise, her durumda kirayaverenin kira ilişkisine onay vermesi olarak yorumlanamaz.⁹³

Son olarak, kirayaveren, devir sözleşmesinin geçersizliğini öğrenmiş ve bu duruma sessiz kalmışsa ve bu arada da üçüncü kişi, kira konusunu kullanmaya başlamış ise, şayet kirayaverenin hakkını kötüye kullanıldığı iddiası da ispatlanamıyorsa, kirayaveren ile üçüncü kişi arasında örtülü olarak yeni bir kira sözleşmesi kurulduğu kabul edilebilir.

C. Kirayaveren ve Devreden Kiracı Arasındaki İlişki

Taraf değişikliğinin gerçekleşmesine bağlı olarak, devreden kiracı, hem kira sözleşmesindeki taraf sıfatını hem de kira sözleşmesine ilişkin tüm haklarını kaybeder.⁹⁴ Böyle bir sonuç, yukarıda ifade edildiği üzere, sözleşmenin devrini düzenleyen kanunun 205 inci maddesinin 1 inci fıkrasında da ifade edilmektedir. Bu anlamda kaybedilmesi bakımından söz konusu hakların, devir yapılmasından evvel doğmuş olması ile devir yapılmasından sonra muaccel hale gelecek olması arasında hiçbir fark yoktur.

Devrin gerçekleştiği anda *devreden kiracı*, sadece kira sözleşmesinden doğan haklarını kaybetmez; bir de onun kirayaverene karşı borçları vardır ki, bunlardan da kurtulur (m.323/f.2; Art. 263/Abs.4 OR).⁹⁵

⁹³ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 28; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3. Nitekim Yargıtay, konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta (Y.13 HD.'nin 22.11 inci1994 tarih, 1994/8909 esas ve 1994/10315 sayılı kararı) "...*Davalı... ile dava dışı kiracı... arasında düzenlenmiş bulunan 15.8.1987 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 8/4. maddesinde, kiracının bu yeri 3. kişiye devredemeyeceği kararlaştırılmıştır. Bu sebeple davacı ...'in 5.1.1990 tarihleri arasında kira parasını yatırmış olması, kendisine kiracılık sıfatı kazandıramaz...*" demek suretiyle, kira bedelinin üçüncü kişi tarafından ödenmesinin, tek başına kira ilişkisinin devri olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmiştir. Bkz., www.kazanci.com.tr. Bununla birlikte kirayaverenin kira bedelini üçüncü bir kişiden alması, devir için, tek başına da olsa bir emare oluşturabilir. Bkz., HandKomm-Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, kira bedelinin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesinin, tek başına kira ilişkisinin devri için emare dahi oluşturmadığını kabul etmektedir (bkz. BGE 125 III 229 E 3c).

⁹⁴ Bkz., Pieper, s. 215; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Mauer, BWNotZ 2005, s. 114; Kandelhard, NZM 2001, s. 697; HandKomm-Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 51; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 7.

⁹⁵ Bkz., Pieper, s. 215; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9,

Bununla birlikte, devreden kiracının devretmiş olduğu kira ilişkisinde, devralan kiracı ile birlikte borçlardan dolayı kirayaverene karşı sorumluluğu bazı durumlarda devam eder. Bu sorumluluk hali, ya sözleşmeden ya da kanundan doğabilir.

Devreden kiracının ilk sorumluluk hali, sözleşme ile ayrıca taahhüt etmesi halinde söz konusu olabilir. Yani devreden kiracı, sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, devralan kiracının borçlarından dolayı onunla birlikte sorumlu olacağını kirayaverene karşı borçlanabilir. Böyle bir durumda devreden kiracı, kirayaverene karşı borcun tamamından sorumlu olmayı taahhüt ederse, müteselsil borçlu olur. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 162 inci maddesine göre: *“Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar”*. Bu anlamda olmak üzere devreden kiracı da kirayaverene karşı devralan kiracıyla birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edeceğini taahhüt etmiş olabilir. Bu durumda devreden kiracı, kirayaverene karşı müteselsil sorumlu olur. Ayrıca devreden kiracı, devralan kiracının borçlarını teminat altına almak için kirayaverenle kefalet sözleşmesi yapmış ise⁹⁶, kirayaverene karşı sorumluluğu kefalet sözleşmesi hükümleri uyarınca devam eder.⁹⁷

Devreden kiracının ikinci sorumluluk hali, kanun hükmünden kaynaklanabilir. Nitekim kanunun 323 üncü maddesinin son fıkrası (kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası hükmü), devreden kiracıya bu anlamda bir sorumluluk getirmektedir. Buna göre, işyeri kiralarda devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsil sorumlu olmaya devam edecektir. Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinin son fıkrası ile getirilen bu müteselsil sorumluluk hali, kanunun 162 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki düzenlemeye de uygundur.

s. 641; Mauer, BWNotZ 2005, s. 114; Kandelhard, NZM 2001, s. 697; HandKomm-Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 7.

⁹⁶ Örneğin kira sözleşmesine: *“Kiracı, kira sözleşmesinden doğan haklarını ve borçlarını bir başkasına devrederse, sözleşme süresince kişisel olarak sorumlu olmaya devam eder”* şeklinde bir kayıt konulmuş olabilir.

⁹⁷ Funke, s. 13; Pieper, s. 215.

Kanundaki müteselsil sorumluluğun başlangıcı, kira ilişkisinin devredildiği andır. Bu da, yukarıda ifade edildiği üzere, kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay verdiği ve dolayısıyla taraf değişikliğinin gerçekleşme zamanıdır.⁹⁸ Bu bakımdan işyeri kiralarında devreden kiracı, kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay verdiği andan itibaren kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır.

İşyeri kiralari bakımından devreden kiracının, sorumluluğunun kapsamının ve hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bu noktada ayırım bakımından *"kira ilişkisinin devredildiği an"* dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede kira ilişkisinin devredildiği andan önceki borçlar bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Zira bu dönemde devreden kiracı, kiracı sıfatına haiz olup, kira sözleşmesinin tarafıdır. Dolayısıyla doğan borçlardan dolayı kira sözleşmesine göre sorumlu olduğu gibi, kira ilişkisinin devrine rağmen -kanundan dolayı- sorumlu kalmaya devam etmektedir.

Kira ilişkisinin devredildiği andan sonraki borçlar bakımından ise devreden kiracı, artık kira sözleşmesinin tarafı değildir. Dolayısıyla devreden kiracı, tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı, devralan kiracının yerine getirmedeği borçlar nedeniyle sorumlu olmaya devam etmektedir. Devreden kiracının, ayrıca sözleşme ile taahhütte bulunmadığı böyle bir durumda, sorumluluğunun dayanağını kanun hükmü oluşturmaktadır. Yani işyeri kiralari bakımından devreden kiracı, devralan kiracının borçlarından, kanun (m.323/f.3) dolayısıyla sorumludur. Bu nedenle sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, devreden kiracı ile kirayaveren arasındaki kira sözleşmesi esas alınmalı ve bu sözleşmedeki esaslar çerçevesinde sorumluluğun kapsamı tespit edilmelidir. Kirayaveren ile devralan kiracı arasında kira ilişkisinin devredilmesinden sonra, kira sözleşmesinin ilk halini genişletecek şekilde yapılan anlaşmalardan doğan yükümlülüklerden dolayı ise, devreden kiracının müteselsil olarak sorumlu tutulamaması gerekir.⁹⁹

Bu çerçevede devreden kiracının müteselsil sorumluluğun kapsamını, devirden evvel veya sonra kira sözleşmesi hükümleri uyarınca ortaya çıkan asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri-

⁹⁸ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 53.

⁹⁹ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 57.

nin yerine getirilmemesinden doğan tazminat yükümlülüğü oluşturmaktadır.¹⁰⁰ Bu bağlamda devreden kiracı, sonradan muaccel olacak kira bedellerinden, kira konusunun sözleşmeye aykırı kullanılmasından doğan zararlardan ve hatta kirayaverenin, kira ilişkisini haklı sebeplerle olağanüstü feshetmesi halinde, uğramış olduğu zararlardan da, kirayaverenle yapmış olduğu sözleşme hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir.¹⁰¹ Dolayısıyla burada devreden kiracının sorumluluğu, kanundan doğan şahsi bir teminat fonksiyonu da taşımaktadır.¹⁰²

İşyeri kiralari bakımından devreden kiracının, devralan kiracının borçlarından dolayı kanun hükmü sebebiyle müteselsil sorumlu tutulması, alacaklının haklarının korunmasını amaçlamaktadır. Aslında teselsülün kanun hükmü gereğince doğduğu durumlarda, kamu düzeni söz konusu olacağı için, tarafların iradesi ile teselsülün ortadan kaldırılması geçersizdir. Ancak devreden kiracının kirayaverenle yapmış olduğu bir sözleşme gereğince, müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmaları kamu düzenine ya da üçüncü kişilerin korunması gerekliliğine aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Zira devreden kiracının kirayaverene karşı borçlu olarak sorumlu olup olmaması, devrin geçerliliği bakımından hiçbir surette önemli değildir.¹⁰³ Bu sebeple işyeri kiralalarında devreden kiracı, kirayaverenle yapmış olduğu bir sözleşme ile müteselsil sorumluluğu kısmen veya tamamen kaldırılabilmelidir. Böyle bir anlaşma olmadığı sürece devreden kiracı, kanunun 323 üncü maddesine göre işyeri kiralalarında iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya devam eder. Kanundaki iki yıllık süre de, en fazla, yani maksimum süredir. Dolayısıyla taraflar bu süreyi kiracı aleyhine uzatamazlar.¹⁰⁴ Bunun dışında kira ilişkisi sözleşmeye ve/veya kanuna göre daha evvel de sona erebilir. Tüm bu durumlarda, devreden kiracı, sorumluluktan daha evvel kurtulmuş olur. Bu anlamda olmak üzere, kira sözleşmesi iki yıl dolmadan evvel olağan şekilde feshedilirse, müteselsil sorumluluk da fesih tarihinde sona erer.¹⁰⁵

¹⁰⁰ BGE 121 III 408 E 3 ve 4; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; ZürcherKomm-Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 56.

¹⁰¹ Ancak, bu durumda devreden kiracının kirayaverene karşı sorumluluğu, devralan kiracının kirayaverene karşı sorumluluğuyla sınırlıdır. Bkz., ZürcherKomm-Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 55.

¹⁰² BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 7.

¹⁰³ Bkz., Funke, s. 14.

¹⁰⁴ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 7.

¹⁰⁵ BGE 121 III 408 E 4; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; ZürcherKomm-

D. Devreden Kiracı İle Devralan Kiracı Arasındaki Hukuki İlişki

Devreden kiracı ile devralan kiracı arasındaki hukuki ilişki, kira ilişkisinin devredilmesi için aralarında yaptıkları sözleşmenin hükümlerine göre belirlenir. Bunun dışında işyeri kiralarda devreden kiracı ile devralan kiracı arasında müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda da birbirlerine rücu imkânı ve kapsamı, genel hükümlere göre tayin edilir.¹⁰⁶

VIII. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Kira İlişkisinin Devri - Kira Konusunun Kullanım Hakkının Devri

Kira ilişkisinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinin gerekçesine göre¹⁰⁷, bu madde (yani 323 üncü madde), aslında Borçlar Kanununun 259 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında 'kiracının üçüncü şahsa ferağı' şeklinde ifade edilen hükme karşılık gelmektedir.

Her şeyden evvel belirtmemiz gerekir ki, her ne kadar 323 üncü maddenin gerekçesinde "*kiracının üçüncü şahsa ferağı*" ve "*kira ilişkisinin devri*"nin aynı hukuki kurum olduğu ifade edilmiş olsa da, bu kurumlar birbirinden farklıdır. Çünkü Borçlar Kanununun 259 uncu maddesi, alt kira ve kullanım hakkının devrine ilişkindir. Bu hükümde geçen 'kiracının üçüncü şahsa ferağı' ifadesiyle, üstün tutulması gereken görüşe göre, kira konusunun kullanım hakkının devri anlatılmak istenmektedir.¹⁰⁸ Borçlar Kanununun söz konusu maddesi

Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 54.

¹⁰⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 58; BGE 116 II 514.

¹⁰⁷ Bkz., Tasarı, s. 260.

¹⁰⁸ Bkz., Tandoğan, s. 155. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.10.2001 tarih, 2001/6-942 esas ve 2001/696 sayılı kararında "...Kiracı kiralayana zarar verecek bir değişikliği gerektirmemek koşuluyla kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kirayı bir üçüncü kişiye de devredebilir (BK. mad. 259). Burada iki durum söz konusu edilmiştir: Birincisi kiracının kiracısı ikincisi de kiracının kira sözleşmesinden doğan kullanma hakkını bir üçüncü kişiye devretmesidir..." demek suretiyle Borçlar Kanununun 259. maddesinde geçen "kirayı bir üçüncü şahsa ferağ edebilir..." ifadesiyle kullanma hakkının bir üçüncü kişiye devredilmesinin anlaşılması gerektiğine işaret etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aynı doğrultudaki diğer kararları: 14.11 inci2001 tarih, 2001/6-1042 esas, 2001/1030

ise, Türk Borçlar Kanununun 'alt kira ve kullanım hakkının devri' kenar başlığını taşıyan 322 inci maddesinde düzenlenmektedir. Öyle ki, 322 inci maddenin 1 inci fıkrasına göre: "*Kiracı, kirayaverene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebilir*". Kira ilişkisinin devri ise, daha evvel de ifade edildiği gibi, Borçlar Kanununda düzenlenmemektedir. Bununla birlikte yine yukarıda ifade edildiği üzere, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; kiracının, sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece, kullanım hakkının devrini yapamayacağı, bunun yanında da, kira mukavelesini (yani kira ilişkisini) başkasına devredemeyeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, kullanım hakkının devri ile kira ilişkisinin devri iki ayrı hukuki kurumdur. Kaldı ki, Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesi hükmü, bizzat kanunun gerekçesinde ifade edildiği gibi, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesine ilişkindir.¹⁰⁹ İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi ise, kira konusunun kullanım hakkının devrine ilişkin olmayıp, sadece kira ilişkisinin devrini düzenler.¹¹⁰ Bu tespitin yapılmasının ardından, kira ilişkisinin devri ile kullanım hakkının devrinin karşılaştırılması yapılabilir.

Kira ilişkisinin devri durumunda, kira ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve yükümlülükler devredilmiş olur. Oysa kullanım hakkının devri, alacağın temlik niteliğindedir.¹¹¹ Alacağın temlikinde ise, kira sözleşme-

sayılı karar; 3.10.2001 tarih, 2001/6-653 esas ve 2001/672 sayılı karar. Bkz., www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁹ Bkz., Tasarı, s. 260.

¹¹⁰ ZürcherKomm-Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 10 vd. Kullanım hakkının devri ise, daha evvel İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesinde hükme bağlanmışken, 1989 yılından yapılan revizyondan sonra İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir (bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 10 vd.). Bu durum karşısında Higi, Art. 263 OR hükmünün sadece işyeri kiralarna ilişkin olmasından hareketle, kullanım hakkının devrinin işyeri kiralari dışındaki diğer kira sözleşmeleri bakımından genel hükümlere göre yapılabileceği ve ancak işyeri kiralalarında sadece Art. 263 üncü hükmüne göre kira ilişkisinin devrinin yapılabileceğini savunmaktadır (bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 11).

¹¹¹ BaslerKomm-Weber, Art. 262 OR, Nr. 1 vd., HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr. 1 vd., Bucher, s. 1168; Huguenin, Nr. 329 vd., 333 vd.; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 7; Tandoğan, s. 155, 157 vd.; Aral, s. 263 vd.; Yavuz, s. 175 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 220 vd. Kullanım hakkının devrinin alacağın temlik niteliğinde olduğu hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.10.2001 tarih, 2001/6-942 esas ve 2001/696 sayılı kararı ile aynı yöndeki 14.11 inci 2001 tarih,

sinden doğan haklar (bu anlamda olmak üzere, kiracının kira konusuna ilişkin kullanım alacağı) bir üçüncü kişiye temlik edilebilirken, kira ilişkisinin devrinin aksine, tüm sözleşme ilişkisi devredilmez.¹¹²

B. Kira İlişkisinin Devri – Bir Malvarlığının veya Bir İşletmenin Devralınması

Türk Borçlar Kanununun 202 inci maddesinde, ticari işletmeler de dâhil olmak üzere, bir malvarlığının veya bir işletmenin devralınması düzenlenmektedir. İşte tam da burada, örneğin ticari işletmenin tacirine ait olmayan bir taşınmazda faaliyet göstermesi halinde, bu işletmenin devrinin kiracılık ilişkisinin devrini de kapsayıp kapsamadığı sorunu gündeme gelir.

Sorun, Borçlar Kanununun mer'î olduğu zaman doktrinde tartışılmıydı.¹¹³ Kanaatimize göre, Türk Borçlar Kanununun 323 üncü

2001/6-1042 esas ve 2001/1030 sayılı kararı ve 3.10.2001 tarih, 2001/6-653 esas ve 2001/672 sayılı kararları için bkz., www.kazanci.com.tr.

¹¹² HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr.3; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 10.

¹¹³ Doktrinadaki bir görüşe göre, eBK.m.179, devir işleminde malvarlığı veya işletmenin pasiflerini (borçlarını) hükme bağlamıştır. Bunun sonucu olarak malvarlığı veya işletmeye dahil olan aktiflerin devri bu hükmün kapsamı dışında olup, bunların devrine ilişkin hükümlere tabidir. Bkz., Kılıçoğlu, s. 629. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, yani eBK.m.179'un bir malvarlığı veya işletmenin sadece pasiflerini düzenleyen bir hüküm olduğunun kabul edilmesi halinde, kiracılık hakkı aktif malvarlığı içerisinde yer aldığı için, eBK.m.179 hükmüne göre malvarlığı veya işletmenin devri kiracılık hakkının devrini kapsamayacaktır. Buna karşın doktrinadaki bir başka görüşe göre, devir kapsamında, devredilecek olan, malvarlığıdır. Malvarlığı ise, kişinin ekonomik değer ve hukuki birlik arz eden ve para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tamamıdır. Bu kapsamda, pasiflerin yanında aktifler de yani kişinin sahip olduğu taşınurlar ve taşınmazların yanı sıra, üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları da devrin kapsamındadır. Kiracılık hakkını da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Gerçi Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesinde sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, kiracının kira sözleşmesini başkasına devredemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak 1956 tarihli Ticaret Kanununun 11 inci maddesinin 2 inci fıkrası, kiracılık hakkını, ticari işletmeye devamlı surette tahsis olunmuş unsurlar arasında saymaktadır. Bu madde 1955 tarihli Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'a göre özel hüküm niteliğinde olup, ticari işletmeler bakımından kiracılık hakkının farklı bir düzene bağlanmasını öngörmektedir. Böyle durumlarda yeni tarihli genel kanun eski tarihli özel kanundan evvel uygulanır. Bu sebeple, kira sözleşmesinde kiranın devredilebileceği açıkça kararlaştırılmamış olsa bile, ticari işletmenin devredilmesiyle birlikte ticari işletmenin tarafını oluşturduğu kira ilişkisi de kanunen üçüncü kişiye devredilmiş olur. Bkz., Arkan, s. 42 vd., 44. Buna karşın bir başka görüşe göre ise, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12

maddesi, bu konuda tartışmaya yer bırakmamaktadır. Çünkü madde hükmünde (m.323/f.1), kirayaverenin kira ilişkisinin devrine yazılı olarak rıza göstermesi gerektiği ifade edilmektedir ki, bu düzenleme, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu hüküm, tüm kira ilişkisinin devri durumunda uygulanmak zorundadır. Bir malvarlığı veya işletmelerin devrine ilişkin olarak ise, kanunda (m.202) bu nitelikteki sözleşmeler için her hangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Buna bağlı olarak, kirayaverenin yazılı bir rızası olmaksızın, kiralanan bir taşınmazın kiracısı kanununun 202 inci maddesi hükmüne göre işletmesini devrederse, kira ilişkisi devredilmiş olmayacaktır. Bunun için ayrıca kirayaverenin yazılı olarak onay vermesi gerekecektir. Şu halde kanununun 323 üncü maddesi, özel düzenleme olarak, Türk Borçlar Kanununun 202 inci maddesine göre evleviyetle uygulama alanı bulur.¹¹⁴

C. Kira İlişkisinin Devri - Kanununun 325 inci Maddesine Göre Kiracının Kira İlişkisini Devralmaya Hazır Yeni Bir Kiracı Bulması

Türk Borçlar Kanununun 325 inci maddesinde, Borçlar Kanununda olmayan yeni bir hüküm öngörülmektedir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 264 üncü maddesi esas alınarak hazırlanan¹¹⁵ söz konusu düzenlemede, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri veren kiracıya, kirayaverenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçlarının sona ereceği öngörülmektedir.

Söz konusu düzenleme (m.325), kira ilişkisinin devrine ilişkin olmayıp, kanunda veya sözleşmede öngörülen süreden evvel kira konusunu iade etmesi sebebiyle kirayaverenin uğrayacağı zararı tazmin etmek zorunda kalacak olan kiracının, kirayaverene karşı sorumluluktan kurtulabilmesine imkân veren bir düzenlemedir. Kira ilişkisinin devri için kirayaverenin yazılı olarak rıza göstermesi ge-

inci maddesi karşısında, kira sözleşmesinde sözleşmenin devredileceği açıkça kararlaştırılmamışsa, işletmenin devri tek başına kira ilişkisinin de devri sonucunu doğurmaz. Bkz., Karayalçın, s. 181.

¹¹⁴ HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr.3; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 17.

¹¹⁵ Bkz., Tasarı, s. 262.

rekliliği (m.323/f.1), bu madde hükmünde yoktur. Dolayısıyla kiracı, kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulursa, kirayaverenin bu şekilde yazılı bir onayına ihtiyaç duymayacaktır. Bunun dışında kira ilişkisinin devrinde mevcut kira sözleşmesi devam ederken (m.323/f.2); kiracının kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması durumunda, kural olarak, mevcut kira ilişkisi sona ermektedir. Ancak, şayet yeni kiracı, kira sözleşmesini aynı şartlarla üstlenmeye hazırsa ve eski kiracı ile kirayaveren de kabul ederse, sadece bu durumda kanunun 323 üncü maddesi anlamında kira ilişkisinin devri söz konusu edilebilir.¹¹⁶

D. Kira İlişkisinin Devri - Alt Kira Sözleşmesi

Alt kira, Borçlar Kanununun 259 uncu maddesinde ve ayrıca, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununda ise her iki düzenleme 322 inci madde altında kanunlaşmıştır.

Alt kira sözleşmesi ve kira ilişkisinin devri, birbirinden farklıdır.¹¹⁷ Alt kira sözleşmesinde kirayaveren ile kiracı arasındaki kira ilişkisinden doğan hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmez. Ayakta olan bu sözleşmenin yanında, kiracı ile alt kiracı arasında yeni bir kira sözleşmesi yapılır. Bununla birlikte, kirayaveren ile alt kiracı arasında da her hangi bir sözleşme ilişkisi yoktur.¹¹⁸ Kira ilişkisinin devrinde ise, devreden ilk kiracının yerine, devralan yeni bir kiracı geçmektedir. Bu bakımdan, alt kiradan farklı olarak, devreden ilk kiracı ile kirayaveren arasındaki sözleşme ilişkisi sona ererken; mevcut kira ilişkisi, devralan yeni kiracı ile kirayaveren arasında devam etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, kira ilişkisinin devrinde mevcut kira sözleşmesi ayak-

¹¹⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 18.

¹¹⁷ Bkz., Funke, s. 13; Tandoğan, s. 117 vd.

¹¹⁸ Bkz., Funke, s. 13; BaslerKomm-Weber, Art. 262 OR, Nr. 1 vd.; HandKomm-Heinrich, Art. 262 OR, Nr. 1 vd.; Bucher, s. 1168; Huguenin, Nr. 329 vd.; Tandoğan, s. 155, 157 vd.; Aral, s. 263 vd.; Yavuz, s. 175 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 220 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.10.2001 tarih, 2001/6-942 esas ve 2001/696 sayılı kararı; 14.11 inci2001 tarih, 2001/6-1042 esas ve 2001/1030 sayılı kararı; 3.10.2001 tarih, 2001/6-653 esas ve 2001/672 sayılı kararı. Bkz., www.kazanci.com.tr.

tadır; ancak, kira sözleşmesinin tarafları değişir. Buna karşın alt kira sözleşmesinde, mevcut (asıl) kira sözleşmesi yine ayaktadır, kira ilişkisi ve onun tarafları değişmez; ancak kiracı ile üçüncü kişi arasında da alt kira ilişkisi kurulur.¹¹⁹

SONUÇ

Türk Borçlar Kanununun "*kira ilişkisinin devri*" kenar başlığı altındaki 323 üncü maddesi, incelenmiş ve aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Söz konusu düzenleme, kanunda özel borç ilişkileri'nin düzenlendiği *ikinci kısımda* kira sözleşmesinin düzenlendiği *dördüncü bölümde* olup, burada da, *genel hükümlere* ilişkin *birinci ayırım* altındadır. Bu düzenleme emredici nitelikte olup, hem taşınır kiralalarında hem de taşınmaz kiralalarında ve bu kapsamda konut ve işyeri kiralalarında uygulanır. Maddenin hazırlanmasında kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi göz önünde tutulmuştur. Söz konusu düzenleme, kanunî halefiyetin özel bir uygulaması olup, maddede hüküm olmayan hallerde, eski kanunda olmayan ve fakat yeni kanunda yer alan sözleşmenin devrine ilişkin 205 inci madde hükmü uygulanır.

Kira ilişkisinin devredilmesi, kira ilişkisinin bir üçüncü kişiye devredilmesidir. Kira ilişkisinin bir üçüncü kişiye devredilebilmesi için, her şeyden evvel mevcut bir kira sözleşmesi olmalıdır. Bunun yanında kirayaveren, kiracı ve kira sözleşmesini devralacak üçüncü kişi arasında kiranın devri için sözleşmesi yapılmış olması gerekir. Kiracı ile kira ilişkisini devralmak isteyen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye kirayaverenin onay vermesi de aynı hukuki sonucu doğurur. Ancak kirayaverenin onayının her durumda yazılı olması, geçerlilik şartıdır.

Kirayaveren, kural olarak, kira ilişkisinin devrine onay verip vermeme konusunda serbesttir, onay vermekten kaçınabilir. Ancak kirayaveren, işyeri kiralalarında, sadece haklı bir sebebin bulunması durumunda kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabilir.

¹¹⁹ Funke, s. 13; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 9.

Bu durumda kaçınmanın haklı olup olmadığının takdirinde, Türk Medenî Kanununun 2 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki dürüstlük ilkesi ölçü alınır. Haklı sebepler, kirayaverenin kira ilişkisinin devrinden bir yarar sağlayıp sağlamadığı sorusunun cevabıyla sınırlı değildir. Öyle ki kirayaveren, kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan devir tahhüdünü içeren sözleşme hakkında kiracıdan bilgi talep etmesine rağmen kiracı bu konudaki yükümlülüğünü ihlal ederse, kirayaverenin de kira ilişkisinin devrine onay vermektan kaçınması, haklı bir sebep oluşturur. Şayet kirayaveren, işyeri kiralalarında haklı olmayan bir sebeple kira ilişkisinin devrine onay vermektan kaçınırsa, kiracı, talebini dava yoluyla kullanabilir.

Kira ilişkisinin devrine onay verilmezse, kiranın devri gerçekleşmemiş olur. Kira sözleşmesinin tarafları aynı kalmaya devam ederler. Buna karşın kira ilişkisinin devrine onay verilirse, mevcut kira sözleşmesi devam eder. Sözleşmenin içeriği, kural olarak değişmez; sadece, kiracı yerine devralan kiracı geçer. Buna bağlı olarak, devreden kiracının kira ilişkisinden dolayı sahip olduğu kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan tüm hak ve borçlar artık devralan kiracıya aittir. Aynı şekilde devreden kiracı, devrin gerçekleştiği anda kira sözleşmesinden doğan haklarını kaybeder. Bunun yanı sıra devreden kiracı, kirayaverene karşı borçlarından da kurtulur. Ancak işyeri kiralalarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Devreden kiracı ile devralan kiracı arasındaki hukuki ilişki ise, kiranın devri sözleşmesinin hükümlerine göre belirlenir.

Kira ilişkisinin devri, *“kira konusunun kullanım hakkının devrinden”, “kiracının kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulmasından”* ve *“alt kiradan”* farklıdır. Yine madde hükmü (m. 323), *“bir malvarlığının veya bir işletmenin devralınmasını”* düzenleyen 202 inci maddeye göre de öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

Tüm bu değerlendirmelerin sonucunda kira ilişkisinin devrinin pozitif hukukta düzenlenmesini, hükmün uygulanması aşamasında ortaya çıkabilecek sorunlara karşı eleştirilerimiz saklı kalmak kaydıyla, olumlu bir gelişme olarak kabul ediyoruz.

KAYNAKLAR

- Altaş, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007.
- Ayrancı, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.
- Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988.
- Christoph, Hurni: Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich-Basel-Genf 2008.
- Demir, Mehmet: Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2003.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11 inci Baskı, İstanbul 2009.
- Früh, Peter: Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Aarau 1944.
- Funke, Rulf: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, 1936.
- Gauch, Peter/ Higi, Peter: (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Erste Lieferung: Art. 253-265 OR, Zürich 1994 (*ZürcherKomm-Gauch/Higi*).
- Gauch, Peter/Schluemp, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 8. Aufl., Zürich 2003.
- Heinreich, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Kommentierung zu Art. 253-274g OR), Zürich/Basel/Genf 2007 (*HandKomm-Heinreich*).
- Huguenin, Claire: Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2002.

Jäggi, Peter/Gauch, Peter: (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980 (*ZürcherKomm-Jäggi/Gauch*).

Kandelhard, Ronald: Das Schicksal der Mietsicherheit bei Vertragsübernahme - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Mietkaution, NZM 2001, s. 696 vd.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku, I Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11 inci Bası, Ankara 2009.

Kılıçoğlu, Ahmet: Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFD, Y. 1981, S. 38, S. 01-04, s. 209 vd.

Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979 (*Halefiyet*).

Kırca, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.

Kramer, Ernst A.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband.: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 - 18 OR, (Kommentierung zu Art. 18 OR), Bern 1986 (*BernerKomm-Kramer*).

Merz, Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1962 (*BernerKomm-Merz*).

Maurer, Frank: Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme, BWNNotZ 2005, s. 114 vd.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009.

Pieper, Helmuth: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln 1963.

Pöggeler, Wolfgang: Grundlagen und Probleme der Vertragsübernahme, JA 1995, Haf 8/9, s. 641 vd.

Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder: Schweizerisches Mietrecht, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1998 (*SVIT-Kommentar Mietrecht*).

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, İstanbul 2008.

Topuz, Seçkin: Türk, İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009.

Wagner, Eberhard: Form und Beschränkung der Vertragsübernahme sowie der Einwilligung hierzu – BGH, DtZ 1996, 56, s. 690 vd.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007.

HAKSIZ FİİL SONUCU OLUŞAN ZARARDAN BİRDEN ÇOK KİŞİNİN SORUMLU OLDUĞU HALLERDE RÜCÛ TALEBİNİN TÂBİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

THE STATUTE OF LIMITATIONS OF THE CLAIM FOR RECOURSE OF THE DEBTOR WHO INDEMNIFIED THE VICTIM WHEN SEVERAL PERSONS ARE LIABLE FOR A DAMAGE CAUSED BY A TORT

Leyla Müjde KURT*

Özet: Haksız fiilden doğan zarardan birden çok kişinin müteselsil olarak sorumlu olduğu durumlarda, zarar gören kişinin zararını tazmin eden borçlunun diğer borçlulara yöneltebileceği rüçû talebinin tâbi olduğu zamanaşımı yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu sebeple, rüçû talebinin zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıcı doktrinde ve yargı kararlarında çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Ancak kanun koyucu Yeni Borçlar Kanunu'nda rüçû zamanaşımına ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiştir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiilden Doğan Zarar, Müteselsil Sorumluluk, Rüçû Talebi, Zamanaşımı Süresi.

Abstract : In case that several persons are joint liables for a damage caused by a tort, the statute of limitations of the claim for recourse of the liable who has indemnified the injured person against other liables is not regulated in the Code of Obligations which is currently in force. That's why the period and the beginning of the statute of limitations of the claim for recourse have been the subject of discussions on the doctrine and in the judicial decisions. However, in the new Code of Obligations, the law maker has adopted a particular rule on the statute of limitations concerning the claim for recourse.

Keywords: Damage caused by a tort, Joint liability, Claim for recourse, Period of the statute of limitations.

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

GİRİŞ

Haksız fiil sonucu oluşan zarardan birden çok kişinin sorumluluğu, bu kişilerin zarara ortak kusurları ile sebep olmalarından kaynaklanabileceği gibi, farklı hukukî sebeplerden de kaynaklanabilir. BK m. 50 ve 51’de düzenlenmiş olan haksız fiilden doğan bir zarardan birden çok kişinin sorumluluğu, hukukumuzda kanundan doğan müteselsil borçluluk hallerinden biridir.¹ Haksız fiilden zarar gören kişi, müteselsil sorumlulardan her birinden tazminat borcunun tamamını veya bir kısmını ifa etmelerini talep edebilecektir. Bu durumda, alacaklının başvurduğu ve iç ilişkide payına düşenden daha fazla bir miktar için alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlunun bu fazla miktar için diğer borçlulara rüçû etme hakkı doğacaktır.

Haksız fiilden zarar gören kişinin müteselsil borçlulardan birinden tazminat talep ettiği tarihten, zarar göreni tatmin eden bu borçlunun sorumluluğunu aşan kısım için iç ilişkide diğer müteselsil borçlulara başvurduğu tarihe kadar uzun bir zaman geçmesi sıkça rastlanan bir durumdur.² Bu sebeple, rüçû hakkı sahibi müteselsil borçlunun diğer müteselsil borçlulara hangi süre içinde rüçû etmek zorunda olduğu meselesi, yani rüçû talebinin tâbi olduğu zamanaşımı önem arz etmektedir.

Alacaklının zararını tazmin eden müteselsil borçlunun iç ilişkide payına düşenden fazla miktarda yaptığı ödemeyi diğer sorumlulardan elde etmekte meşru bir menfaati olduğu gibi, alacaklının başvurmadığı müteselsil sorumluların da süresi belirsiz biçimde rüçû edilme tehlikesi altında kalmamak konusunda korunmaya değer menfaatleri vardır. İşte alacaklının başvurmadığı müteselsil borçluların kendilerine ancak belirli bir süre içinde rüçû edilmesine ilişkin menfaatleri zamanaşımı kurumu ile korunabilmektedir. Zira zamanaşımı, borçlunun bilmediği veya beklemediği ya da ispat vasıtalarına artık sahip olmadığı taleplerden korunmasına ilişkin menfaatine hizmet eden bir kurumdur.³

¹ Gauch, Peter/Schlupe, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. Aufl., Zürich 2008, N 3702; Akıntürk, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 124 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979, s. 70; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2009, s. 1156; Canyürek, Murat, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 21.

² Pichonnaz, Pascal, "La prescription de l'action récursoire", *La pluralité des responsables*, Berne 2009, s. 156.

³ Pichonnaz, Pascal, De l'extinction des obligations, Art. 127-142, Thévenoz, Luc/

Her ne kadar bazı kanunlarda rüçü davalarının tâbi olduğu zamanaşımına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmişse de,⁴ halen yürürlükte olan 818 s.lı Borçlar Kanunu, aynı zarardan birden çok kişinin müteselsilen sorumlu olduğu durumlarda rüçü hakkı sahibi borçlunun rüçü talebinin tabî olduğu zamanaşımına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Borçlar Kanunu'nda bu konuda bir düzenlemenin bulunmaması, rüçü talebinin hangi zamanaşımı süresine tâbi olacağı konusunda tartışmaları beraberinde getirmiştir. Rüçü talebinin dayanağının ve tâbi olduğu zamanaşımının belirlenmesindeki güçlük, temelde rüçü davasının aynı kişiye, yani rüçü talebinin yöneltildiği kişiye karşı iki alacağı birleştirmesinden kaynaklanmaktadır. Bunlardan biri zarar görenin zararını rüçü hakkı sahibi borçludan tazmin etmeseydi rüçü edilen sorumluya karşı yöneltebilecek olduğu olacaktır; diğeri ise zarar görenin zararını tazmin eden borçlunun rüçü ettiği sorumluya karşı sahip olduğu olacaktır.⁵ Öte yandan, alacaklının kendisine başvurduğu ve başvurmadığı müteselsil borçluların menfaatlerinin dengelenmesindeki zorluk ve mevcut düzenlemede tam ve eksik olmak üzere ikili bir teselsül sisteminin varlığı da meselenin karmaşıklığını artırmaktadır.⁶

Werro, Franz (éd.s), Code des Obligations I, Commentaire romand, Genève-Bâle-Munich 2003, Art. 127, N 2; Pichonnaz, Prescription, s. 169; Gauch/Schluemp, N 3280; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 8. Basi, İstanbul 2010, s. 465.

⁴ Örneğin KTK m. 109 f. 4'e göre "Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rüçü hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rüçü edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar." Keza 5510 s.lı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinde de Sosyal Güvenlik Kurumu'nun diğer sorumlulara rüçü hakkının zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu kanunun 93. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rüçü davaları, on yıllık zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımı tarihi; rüçü konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlar."

⁵ Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre, La responsabilité civile, 2. éd., Berne 1982, s. 292; Werro, Franz, La responsabilité civile, Berne 2005, N 1575; Widmer, Pierre/Wessner, Pierre, Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne 2000, s. 225; Wessner, Pierre, "La prescription des actions réparatoires et récursoires au regard de la révision totale du droit de la responsabilité", Koller, Alfred (éd.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, St. Gallen 1997, s. 154.

⁶ Wessner, Pierre, "La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite: quelques mots sur un arrêt de portée considérable", Zen-Ruffinen, Piermarco (éd.), Le temps et le droit: recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Bâle 2008, s. 310.

6098 s.lı YBK'nda aynı zarardan birden çok kişinin sorumlu olduğu durumlarda alacaklıya iç ilişkide payına düşenden fazla miktarda ödeme yapan müteselsil borçlunun diğer borçlulara karşı sahip olduğu rüçû talebinin tâbi olduğu zamanaşımı özel olarak düzenlenmiştir.⁷ YBK m. 73 hükmüyle gerek rüçû talebinin tâbi olduğu zamanaşımı süresine, gerekse de bu sürenin başlangıcına açıklık getirilmiştir.

Çalışmamızın konusunu, haksız fiil sonucu oluşan zarardan birden çok kişinin sorumlu olduğu hallerde alacaklının zararını tazmin eden borçlunun rüçû talebinin tâbi olduğu zamanaşımı oluşturmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde meseleyi halen yürürlükte olan 818 s.lı Borçlar Kanunu kapsamında inceleyeceğiz. Tam teselsül-eksik teselsül ayrımı çerçevesinde alacaklının zararını tazmin eden borçlunun diğer sorumlulara rüçû hakkını, rüçû talebinin tâbi olduğu zamanaşımı süresini ve bu sürenin başlangıcını ele alacağız. Çalışmamızın ikinci bölümde ise, 6098 s.lı Yeni Borçlar Kanunu'nun konu ile ilgili getirdiği özel düzenlemeyi ele alacağız.

I. 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. EKSİK TESELSÜL-TAM TESELSÜL AYRIMI

Halen yürürlükte olan 818 s.lı Borçlar Kanunu'nda aynı zarardan dolayı birden çok kişinin ortak kusurları sebebiyle sorumluluğu ile farklı hukukî sebeplerden ötürü sorumluluğu ayrı hükümlerde düzenlenmiştir. Birden çok kişinin aynı zarara ortak kusurlarıyla sebep olmaları BK m. 50' de düzenlenmiştir. BK m. 50 f. 1'e göre, "*Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri⁸ takdirde (...) müteselsilen mesul olur-*

⁷ 2008 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan Borçlar Kanunu Tasarısı, 11.1.2011 tarihinde Meclis Genel Kurulu'nda kabul edilerek Kanun haline gelmiştir. 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir (YBK m. 648). 6098 s.lı Yeni Borçlar Kanunu'nun tam metni için bkz. 4.2.2011 tarihli, 27836 s.lı Resmî Gazete.

⁸ Birden çok kişinin birlikte bir zarar ika etmesinden kasıt, bu kişilerin ortak kusurlarıyla bir zarara sebep olmuş olmalarıdır. Werro, Responsabilité, N 1522; Deschenaux/Tercier, s. 280; Tandoğan, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 185 vd.; Oğuzman/Öz, s. 705; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınevi, 11. Bası, Ankara 2009, s. 331; Nomer, Halûk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 169.

lar". Buna göre, birden çok kişi bir zarara birlikte sebep olduklarında,⁹ aralarında BK m. 141 vd. anlamında bir müteselsil borçluluk söz konusu olmaktadır. Buradaki müteselsil sorumluluk, "tam teselsül" olarak adlandırılmaktadır.¹⁰ Birden çok kişinin aynı zarardan dolayı farklı hukukî sebeplerle sorumluluğu ise, BK m. 51'de düzenlenmiştir. BK m. 51 f. 1'de, "Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur." denilerek, BK m. 50 f. 1'e yollama yapılmıştır. Böylece, birden çok kişinin aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olması durumunda da, bu kişilerin sorumluluğu müteselsil sorumluluk olmaktadır.¹¹ Aynı zarardan birden çok kişinin farklı hukukî sebeplerle sorumlu olması halindeki müteselsil sorumluluk, "eksik teselsül" olarak adlandırılmaktadır.¹²

B. HAKSIZ FİİLDEN ZARAR GÖREN ALACAKLIYI TATMİN EDEN MÜTESELSİL BORÇLUNUN RÜCÛ HAKKI

1. Tam Teselsülde Rücû Talebi

BK m. 50 f. 1'de birden fazla kişinin ortak kusurlarıyla bir zarara sebep olmaları halinde bu zarardan müteselsil olarak sorumlu olacakları ifade edilmiştir. Buna göre, haksız fiilden zarar gören alacaklı, müteselsil sorumluların tamamından veya bir bölümünden zararın tamamını veya bir bölümünü talep edebilecektir (BK m. 142 f. 1).¹³ BK

⁹ Birden çok kişinin bir zarara sebep olması bunların zarar veren fiili birlikte tasarlamaları veya zarar veren fiili birlikte gerçekleştirmeleri ya da zarar verme konusunda ortak bir irade taşımakla birlikte farklı davranışlarda bulunarak zarara sebep olmaları gibi değişik biçimlerde gerçekleşebilir. Brehm Roland, OR-Art. 41-61: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Berner Kommentar, 3. Aufl., 2006, Art. 50, N 4; Pichonnaz, Prescription, s. 157.

¹⁰ Gauch/Schlupe, N 3750; Deschenaux/Tercier, s. 279; Tandoğan, s. 374; Gürsoy, K. Tahir, "Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Dolayı Sorumluluğu", AÜHF 1973, S. 1-4, C. XXX, s. 59; Oğuzman/Öz, s. 705; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 335; Tekinay, Selâhattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 697.

¹¹ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 335; Eren, Borçlar Genel, s. 1156; Karşı, Abdurrahim, Usul Hukuku Açısından Rücû Davaları, İstanbul 1994, s. 178.

¹² Gauch/Schlupe, N 3750; Deschenaux/Tercier, s. 278 vd.; Gürsoy, s. 68; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 335; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 697.

¹³ Gauch/Schlupe, N 3708; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 333; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 285; Nomer, s. 170.

m. 146 f. 1'e göre, her müteselsil borçlu, aksine anlaşma bulunmadıkça veya borcun niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, iç ilişkide borçtan eşit miktarda pay üstlenmiş kabul edilir ve payına düşenden fazla ödemede bulunan müteselsil borçlu, bu fazlalık oranında diğer müteselsil borçlulara *rücû edebilir*. Rücû hakkı, alacaklının hakkından bağımsız, alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlunun şahsında doğan yeni bir haktır.¹⁴ BK m. 50 f. 1 rücû ilişkisi ile ilgili özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, birden çok kişi bir zarara birlikte sebep olmuşlarsa, bu müteselsil sorumlulardan birinin diğerine rücû edip edemeyeceğini, edebileceği hangi oranda rücû edebileceğini hâkim tâyin edecektir. (BK m. 50 f. 1 c. 2).

BK m. 147 f. 1'e göre, *rücû hakkına sahip olan* müteselsil borçlulardan her biri, alacaklıya ödediği miktar oranında alacaklının haklarına *halef olacaktır*.¹⁵ Kanun koyucu rücû hakkı sahibini daha fazla korumak istediği durumlarda, onu alacaklının haklarına halef yapmakta, böylece onun rücû hakkını kuvvetlendirmiş olmaktadır. Rücû hakkı sahibi halefiyet sayesinde alacağa bağlı hakların özellikle rehin, kefalet gibi teminatların kendisine intikal etmesi ve ispat araçlarının alacaklı tarafından kendisine teslim edilmesi gibi imkânlardan yararlanabilmektedir.¹⁶ İşte BK m. 50'de düzenlenen ve halefiyetle kuvvetlendirilmiş olan rücû hakkı için de durum budur.¹⁷

¹⁴ BK-Brehm, Art. 50, N 56, 62; Rey, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2003, N 1494; Werro, Franz, Des obligations résultant d'actes illicites, Art. 41-61, Thévenoz, Luc/Werro, Franz (éd.s), Code des Obligations I, Commentaire romand, Genève-Bâle-Munich 2003, Art.50, N 10; Werro, Responsabilité, N 1576; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 15. Yarg. 4. HD., 9.2.1990 T., 12049 E., 1110 K.: "(...) rücû hakkı hak sahibi olan kişinin şahsında doğan yeni bir haktır. Yani burada alacaklıyı tatmin eden kişi, alacaklının hakkından bağımsız, kendi şahsında doğan yeni bir hak elde etmektedir." (Uygur, Cilt 2, 2511).

¹⁵ BK m. 147 f. 1'de ifade edilen halefiyetin ön koşulu, BK m. 146 f. 1 anlamında bir rücû hakkının varlığıdır. Bugnon, Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilité, Fribourg 1982, s. 77; Corboz, Bernard, La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, Genève 1974, s. 70; CR-Werro, Intro Art. 50-51, N 12; Werro, Responsabilité, N 1563; Pichonnaz, Prescription, s. 16; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 74.

¹⁶ Corboz, s. 67; CR-Werro, Intro. Art. 50-51, N 12; Werro, Responsabilité, N 1563; Pichonnaz, Prescription, s. 158; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 15; Canyürek, s. 132. Halefiyetin sonuçları hakkında bkz. Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 93 vd; Kılıçoğlu, Ahmet M., "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücû", AÜHFHD 1974, S. 1-2, C. XXXI, s. 398; Oğuzman/Öz, s. 865-866.

¹⁷ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 15, 71.

2. Eksik Teselsülde Rücû Talebi

BK m. 51 f. 1'de BK m. 50 f. 1 hükmüne yapılan yollama sebebiyle, birden fazla kişinin aynı zarardan dolayı farklı hukukî sebeplerden ötürü sorumlu olmaları halinde de müteselsil sorumluluk söz konusudur. Böylece haksız fiilden zarar gören kişi, eksik teselsül halinde de, müteselsil sorumluların tümünden veya herhangi birinden zararının tamamının veya bir kısmının tazminini talep edebilecektir (BK m. 142 f. 1).¹⁸ BK m. 51 f. 2 hükmü, eksik teselsülde zararı tazmin eden sorumlunun diğer sorumlulara rücû sırasına ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, zararı kanundan dolayı sorumlu kişi tazmin etmişse, sözleşmeden ve haksız fiilden dolayı sorumlu olan kişilere, sözleşmeden dolayı sorumlu olan kişi tazmin etmişse, haksız fiilden sorumlu olan kişiye rücû edebilecektir.¹⁹

Eksik teselsülde, tam teselsülden farklı olarak, alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlunun alacaklının haklarına *halefiyetten* (BK m. 147 f. 1) *yararlanamayacağı* yargı içtihatlarında²⁰ ve doktrinde²¹ genel olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, başka bir görüşe²² göre, alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu, eksik teselsül halinde de, rücû hakkı oranında alacaklının haklarına halef olur.

¹⁸ Yarg. 11. HD., 29.5.2006 T., 2005/6194 E., 2006/6411 K.: "*Davalılar, muhtelif sebeplerle davacılara karşı Borçlar Kanununun 51. maddesi hükmü gereğince eksik teselsül hükümlerine göre müteselsilen sorumludurlar. Davacılar, tam teselsülde olduğu gibi, bütün zararın tazminini müteselsil borçlulardan tümünden isteyebilecekleri gibi birisinden de isteyebilir.*" (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 335; Kılıçoğlu, Rücû, s. 397. Yarg. 4. HD., 2.3.2000 T., 1646 E., 1941 K.: "*BK.nun 50. maddesi hükmü, rücû hakkını kusur oranına, 51. maddesi ise belli bir sıralamaya dayandırmaktadır. Haksız fiil faili ödemedede bulunmuşsa kimseye rücû edemezken, yasadan dolayı sorumlu kişi sözleşme nedeniyle sorumlu kişiye ve haksız fiil failine rücû edebilir.*" (Uygur, Cilt 3, s. 2572).

²⁰ Yarg. HGK. 3.2.1999 T., 1999/9-42 E., 1999/51 K.: "*(...) taraflar arasında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle taraflar arasındaki teselsül ilişkisinin Borçlar Yasası'nın 50. maddesindeki dayanışmalı teselsül değil, anılan yasanın 51. maddesindeki eksik teselsül olmasına, böylece eksik teselsüle dayanan hukukî ilişkide halefiyet kuralının uygulanmasının mümkün görülmemesine göre Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulma gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*" (Uygur, Cilt 3, 2573). İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları da bu yöndedir. Örneğin BGE 130 III 362; BGE 115 II 42 = JdT 1989 I 531.

²¹ Gauch/Schluep, N 3754; Deschenaux/Tercier, s. 280; Werro, Responsabilité, N 1624; Pichonnaz, Prescription, s.166; Probst, Thomas, "*La solidarité imparfaite*", *La pluralité des responsables*, Berne 2009, s. 66; Gürsoy, s. 66; Tandoğan, s. 384.

²² Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 70-71.

C. RÜCÛ TALEBİNİN TÂBİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

1. Tam Teselsülde

Ortak kusurları ile bir zarara sebep olan sorumlulardan, alacaklının zararını tazmin eden müteselsil borçlunun, iç ilişkide payına düşen miktardan fazla yaptığı ödeme bakımından diğer müteselsil borçlulara yöneltebileceği rüçû talebinin zamanaşımı süresi ve zamanaşımının başlangıç tarihi 818 s.lı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu konuda doktrinde ve yargı içtihatlarında farklı görüşler ileri sürülmektedir.

a. Rüçû Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı Süresi

Tam teselsülde alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu, alacaklının haklarına halef olmaktadır (BK m. 147 f. 1). Bir görüşe²³ göre, halefiyete dayalı rüçû talebi (BK m. 147 f.1) bakımından uygulanacak zamanaşımı süresi, zarar gören alacaklının takip ettiği müteselsil borçludan talep ettiği tazminat alacağıının, yani asıl alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresi kadardır. Buna göre, konumuz bakımından alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlunun sorumluluğu haksız fiille (BK m. 41) dayandığından, onun rüçû alacağının zamanaşımı süresi de haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen BK m. 60'a kıyasen belirlenecektir. Yargıtay da bu görüştedir.²⁴

İsviçre hukukunda bazı yazarlara²⁵ göre, tam teselsülde müteselsil borçlunun rüçû alacağı iki hukukî temele dayandırılabilir. Burada halefiyete dayalı rüçû talebinin (İBK m. 149 f. 1 (BK m. 147 f.1)) yanında, İBK m. 50 f. 2'de (BK m. 50 f. 1 c. 2) dayanağını bulan bağımsız bir rüçû

²³ Oftinger, Karl/Stark, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht - Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, N 389; Rey, N 1713; CR-Werro, Art.50, N 10; Werro, Responsabilité, N 1576; Pichonnaz, Prescription, s. 161; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 135; Oğuzman/Öz, s. 709; Karacabey, Ö.Faruk, "Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK m. 60)", *Yagıtay Dergisi*, Ankara 1978, C. 4, S. 4, s. 490.

²⁴ Yarg.11. HD., 19.2.1980 T., 1980/871 E., 1980/821 K.: "Olayda davacı ile davalı arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. Davacı ve davalı, yukarıda anılan Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararından anlaşılacağı üzere birlikte zarar veren iki haksız fiil faili durumunda olan kuruluşlardır ve birbirlerine rüçû hususu BK. 50. maddesi ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu durumda olayda haksız fiil zamanaşımının uygulanması gerekmektedir ki o bir senedir (H. Tandoğan age s. 392) ve ödeme tarihinden başlayacaktır." (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵ BK-Brehm, Art. 50, N 56, 62; Rey, N 1494; CR-Werro, Art.50, N 10; Werro, Responsabilité, N 1576.

talebi (*selbständiges Regressrecht*) de söz konusudur.²⁶ Alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu, bu iki paralel talepten birine başvurabilir. Halefiyete dayalı rüçü talebi, zarar görenin zararı tazmin eden borçluya karşı sahip olduğu alacağın zamanaşımı süresine tâbidir.²⁷ Buna karşılık, müteselsil borçlu bağımsız bir talep olan İBK m. 50 f. 2'ye (BK m. 50 f. 1 c. 2) dayalı rüçü hakkını kullanırsa, bu rüçü talebi bakımından sebepsiz zenginleşme taleplerinin tâbi olduğu zamanaşımı süresinin (İBK m. 67 (BK m. 66)) kıyasen uygulanması gerekir.²⁸

Diğer bir görüşe²⁹ göre ise, alacaklıyı tatmin eden borçlunun rüçü alacağı bakımından kanunda herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmediğine göre, burada BK m. 125'te düzenlenen genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

Kanaatimizce, tam teselsül halinde alacaklının zararını tazmin eden borçlu alacaklının haklarına halef olduğuna göre, rüçü talebinin zamanaşımı konusunda özel bir düzenleme de bulunmadığından, borçlunun halef olduğu asıl alacağın zamanaşımı süresi rüçü talebi bakımından da esas alınmalıdır. Bu itibarla, esas alacak haksız fiil alacağı olduğuna göre, haksız fiillere ilişkin bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin (BK m. 60 f. 1) rüçü alacağı bakımından da kabulü en uygun çözümdür.

b. Zamanaşımının Başlangıcı

Tam teselsülde, alacaklıyı tatmin eden borçlunun rüçü talebinin tâbi olduğu zamanaşımının ne zamana işlemeye başlayacağı da tartış-

²⁶ Tam teselsülde rüçü talebinin dayanağı konusunda ikili bir ayırım yapan bu görüş hakkındaki eleştiriler için bkz. Pichonnaz, Prescription, s. 161. Pichonnaz'ya göre, ister rüçü talebinin halefiyete dayandığı, ister bağımsız bir talep olduğu kabul edilsin, her iki durumda da rüçü talebinin tutarı aynı olduğu gibi, amacı da iç ilişkide paylaşımı sağlamaktır. O halde, tutarı ve amacı hangi temele dayanırsa dayansın zorunlu olarak aynı olan bir rüçü alacağı için iki zamanaşımı süresinin bulunmasını anlamak güçtür. İsviçre Federal Mahkemesi de rüçü talebinin dayanağı bakımından ikili bir ayırım yapmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, iç ilişkide payına düşenden fazla ifade bulunan müteselsil borçlunun rüçü talebinin tek dayanağı İBK m. 149 f. 1'deki (BK m. 147 f. 1) halefiyettir. Örneğin bkz. BGE 130 III 362 = SJ 2004 I 304; BGE 127 III 257 = JdT 2002 I 249.

²⁷ Rey, N 1713; CR-Werro, Art.50, N 11; Werro, Responsabilité, N 1577.

²⁸ BK-Brehm, Art. 50, N 64; Rey, N 1493.

²⁹ Gautschi, Alain, Solidarschuld und Ausgleich, Zürich 2009, N 269, 272; Bugnon, s. 140 dn. 78'de zikredilen yazarlar; Gürkanlar, Metin, Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK m. 50), Ankara 1982, s. 127.

malıdır. Bir görüşe³⁰ göre, alacaklıya ödeme yapan müteselsil borçlu halefiyet sebebiyle alacaklının yerine geçtiğinden, alacaklının tazminat talebinin işlemeye başladığı tarihte, müteselsil borçlunun rüçü talebi için de zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Böylece müteselsil borçlu, rüçü alacağı bakımından, alacaklının talebinin tâbi olduğu zamanaşımı süresinin kalanından yararlanabilecektir. Bu görüş, zamanaşımının işlemeye başladığı anı asıl alacak olan zarar görenin haksız fiil alacağının muaccel olduğu an olarak kabul etmekte, bu sebeple müteselsil borçlu alacaklıyı tazmin ettiği anda onun rüçü alacağının zamanaşımına uğramış olma tehlikesi doğmaktadır. Ancak bu görüşe göre, söz konusu sıkıntı, zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesildiği takdirde, diğer borçlulara karşı da kesilmiş sayılacağına ilişkin İBK m. 136 f. 1 (BK m. 134 f. 1) hükmüne başvurularak giderilebilecektir.³¹

Bir başka görüşe³² göre, rüçü alacağı için zamanaşımı rüçü hakkı sahibinin alacaklının zararını tazmin ettiği tarih olan ödeme tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu sonuca farklı gerekçelerden hareketle ulaşılmaktadır. Bir görüşe³³ göre, rüçü talebinin zamanaşımının borçlunun alacaklıya yaptığı ödeme tarihinden itibaren işlemeye başlamasının temelinde, zamanaşımının alacağın muaccel olması ile işlemeye başlayacağını öngören İBK m. 130 f. 1 (BK m. 128) hükmü vardır. Bir diğer görüşe³⁴ göre, halefiyetin, temelinde bir rüçü hakkının varlığını gerektirdiği BK m. 50'de düzenlenen tam teselsül gibi durumlarda, rüçü hakkı sahibi lehine, alacaklının hakkından bağımsız olan yeni bir hak meydana gelmektedir. Halefiyetin temelinde bir rüçü hakkının bulunduğu durumlarda, halefiyet rüçü hakkının bir fer'i olduğundan,

³⁰ Pichonnaz, Prescription, s. 161; Bugnon, s. 139 dn. 74'de zikredilen yazarlar. İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski içtihadı bu yönde idi. Örneğin bkz. BGE 55 II 118 = JdT 1929 I 450.

³¹ Pichonnaz, Prescription, s. 161-162.

³² Oftinger/Stark, Band II, N 389; Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. II, Zürich 1974, s. 314 dn. 128; Deschenaux/Tercier, s. 292; Gautschi, N 273; Gürsoy, s. 79; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 137; Oğuzman/Öz, s. 866. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Yarg.11. HD., 19.2.1980 T., 1980/871 E., 1980/821 K.: "(...) rüçü hangi hukuki ilişki veya yasal nedenle doğmuş olursa olsun rüçü zamanaşımı rüçü neden olan ödemenin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar." (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

³³ Oftinger/Stark, Band II, N 389; Von Tuhr/Escher, s. 314 dn. 128; Gautschi, N 273.

³⁴ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 15-16, 137.

halefin rüçü alacağı için de rüçü alacağının doğduğu ve muaccel olduğu an olan ödeme tarihinden itibaren yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlamalıdır.³⁵ Aynı sonuca borçlulardan birinin alacaklıyı tatmin etmesinin borcun ikrarı niteliğinde olmasından ve borçlunun ikrarının zamanaşımını kesmesinden (BK m. 133 b. 1) hareketle de ulaşılmaktadır.³⁶ Zira tam teselsülde borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı diğerlerine karşı da kesilmiş olacaktır (BK m. 134 f. 1). Böylece, alacaklıya ödeme yapan müteselsil borçlu, diğer borçlulara başvururken, onun halefiyet yoluyla elde ettiği alacağa ilişkin zamanaşımı süresi ödeme anından itibaren tekrar işlemeye başlayacaktır.

Alacaklıyı tatmin eden borçlunun rüçü talebini biri halefiyete dayalı, diğeri İBK m. 50 f. 2 (BK m. 50 f. 1 c. 2) hükmüne dayalı iki hukukî temele dayandıran görüş kabul edildiği takdirde, rüçü talebinin zamanaşımı rüçü hakkı sahibinin rüçü hakkını hangi hükme dayanarak kullandığına göre değişecektir. Alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu, halefiyete dayalı olarak rüçü talebinde bulunursa (İBK m. 149 f. 1 (BK m. 147 f.1)), alacaklının yerine geçeceğinden, alacaklının tazminat talebinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi işlemeye başladığı anda rüçü talebinin zamanaşımı süresinin de işlemeye başlamış olduğu kabul edilecektir.³⁷ Böylece rüçü hakkı sahibi ancak alacaklının sahip olduğu tazminat talebinin zamanaşımı süresinin kalanından yararlanabilecektir. Buna karşılık, alacaklıyı tatmin eden borçlu rüçü hakkını İBK m. 50 f. 2'ye (BK m. 50 f. 1 c. 2) dayandırırorsa, zamanaşımı süresi müteselsil borçlunun alacaklının zararını tazmin ettiği anda işlemeye başlayacaktır.³⁸ Buna göre, halefiyete dayalı rüçü talebi zamanaşımına uğramış olsa dahi, bağımsız rüçü talebinin zamanaşımı süresi henüz dolmamış olabilecek, rüçü alacaklısı halefiyetten mahrum kalsa dahi, halen rüçü hakkı devam edebilecektir.³⁹

Kanaatimizce burada zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağını kabul eden BK m. 128 hükmü göz önünde tutulmalıdır. Rüçü hakkı sahibi müteselsil borçlunun rüçü alacağı, onun ala-

³⁵ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 136, 137.

³⁶ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 137; Oğuzman/Öz, s. 866.

³⁷ BK-Brehm, Art. 50, N 63; Rey, N 1713; CR-Werro, Art.50, N 11; Werro, Responsabilité, N 1577.

³⁸ BK-Brehm, Art. 50, N 63; CR-Werro, Art.50, N 12; Werro, Responsabilité, N 1578.

³⁹ Corboz, s. 71; CR-Werro, Art.50, N 13; Werro, Responsabilité, N 1579.

cağının zararını fiilen tazmin ettiği tarihte doğduğuna ve bu anda muaccel olduğuna (BK m. 74) göre, rüçû alacağıının zamanaşımı da onun alacaklıya tazminatı ödediği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır.

2. Eksik Teselsülde

a. Rücû Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı Süresi

Yargı içtihatlarında ve doktrinde genel olarak eksik teselsüldeki rücû talebinin halefiyetle güçlendirilmiş olmadığı kabul edildiğine yukarıda değinmiştik. Buna göre, eksik teselsülde, rücû hakkı sahibinin rücû talebi asıl alacaktan bağımsız, BK m. 51 (İBK m. 51) hükmüne dayalı bir talep hakkıdır.⁴⁰

Eksik teselsülde zararı tazmin eden sorumlunun diğer sorumlulara rücû talebinin hukukî temeli ve buna bağlı olarak hangi zamanaşımı süresine tâbi olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe⁴¹ göre, burada vekâletsiz iş görme söz konusu olduğundan, vekâletsiz iş görme durumunda uygulanan İBK m. 67'deki (BK m. 66) bir ve on yıllık sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süreleri kıyasen uygulanmalıdır. Bir başka görüşe⁴² göre ise, eksik teselsülde rücû davası, rücû talebinde bulunulan kişinin, zarar görene karşı sorumluluğunun zamanaşımı süresine tâbi olmalıdır. Buna göre, kendisine rücû edilen kişi haksız fiil sebebiyle sorumlu ise, ona karşı yöneltilecek rücû talebinin zamanaşımı süresi BK m. 60'a, sözleşme sebebiyle sorumlu ise BK m. 125'e göre belirlenir.

Eksik teselsülde rücû talebinin tâbi olduğu zamanaşımı yargı içtihatlarında da tartışmaya konu olmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi, eksik teselsülde rücû davasını bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbi tutmaktadır. Federal Mahkeme, burada bir yıllık kısa zamanaşımı süresini uygularken, bu sürenin hukukî temelini açıkça ortaya koymamaktadır.⁴³ Bununla birlikte, eksik teselsülde rücû davası bakımından

⁴⁰ BK-Brehm, Art. 51, N 143; Werro, Responsabilité, N 1629; Pichonnaz, Prescription, s. 166.

⁴¹ BK-Brehm, Art. 51, N 143; Bugnon, s. 144-145; Deschenaux/Tercier, s. 292; Werro, Responsabilité, N 1629.

⁴² Tandoğan, s. 392; Gürsoy, s. 79; Oğuzman/Öz, s. 713.

⁴³ Örneğin BGE 115 II 42 = JdT 1989 I 531. Ancak Pichonnaz'ın haklı olarak ifade ettiği gibi, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, eksik teselsülde bir yıllık zamanaşımı süresini uygularken, rücû talebinin temelinde bir vekâletsiz iş görme niteliği gördüğüne ilişkin bazı emareler vardır. Örneğin Federal Mahkeme 16.9.2006

on yıllık uzun zamanaşımı süresinin İBK m. 60 (BK m. 60) hükmüne kıyasen uygulanacağını ifade etmektedir.⁴⁴ Yargıtay'a göre ise, BK m. 51'den doğan bu bağımsız rüçü talebi için Kanun'da bir zamanaşımı süresi öngörülmediğine göre, bu talep genel zamanaşımı süresi olan BK m. 125'te düzenlenen on yıllık zamanaşımına tâbidir.⁴⁵

Kanaatimizce, eksik teselsülde rüçü alacağının halefiyetle kuvvetlendirilmediği kabul edildiği takdirde, artık alacaklının diğer sorumlulara karşı sahip olduğu talep haklarının niteliğinin ve bu taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı sürelerinin zarar görenin zararını tazmin eden borçlunun rüçü hakkına etkisinin olmaması gerekir. Öte yandan, rüçü zamanaşımı hakkında Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme de bulunmadığına göre, Borçlar Kanunu'nda başka türlü bir düzenleme bulunmadığı takdirde her alacağın on yılda zamanaşımına uğrayacağını ifade eden BK m. 125 hükmü gereği, burada rüçü alacağının zamanaşımı süresi on yıl olmalıdır.

tarihli bir kararında "(...) ilgili, bu borcu bir vekâletsiz iş gören gibi sona erdiren müteselsil borçlu aleyhine zenginleşmiş bulunmaktadır." ifadelerine yer vermiştir. Bu kararda Federal Mahkeme bir yıllık zaman aşımı süresinin İBK m. 60'da (BK m. 60) düzenlenen süre mi, yoksa İBK m. 67'de (BK m. 66) düzenlenen süre mi olduğunu değinmemiştir. Karar için bkz. BGE 133 III 6 E. 5.3.5 = SJ 2007 I 281-309. Bu karar hakkında bkz. Pichonnaz, Prescription, s. 166 ve oradaki dn. 41; Pichonnaz, Pascal/Werro, Franz, "La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite, Commentaire de l'ATF 133 III 6", BR 2007, s. 49.

⁴⁴ Örneğin BGE 115 II 42 E. 2 = JdT 1989 I 538; BGE 133 III 6 = SJ 2007 I 301-302.
⁴⁵ Yarg. HGK. 28.11.1979 T., 15-560/1401: "Davacının bu davada rüçü isteği halefiyetle dayanan bir rüçü talebi değildir. (...) Bu itibarla davalılar ile zarar gören arasındaki esas ilişkiye uygulanan zamanaşımı süresinin bu davada uygulanması kabul edilemez. Davacının davalılara rüçü isteğinin dayanağı Borçlar Kanununun 51. maddesi gereğince zarardan müteselsilen sorumlu bir borçlu sıfatıyla muhtelif sebeplerin içtima halinde rüçü kuralıdır. Davacının rüçü hakkı Borçlar Kanununun 51. maddesinden doğduğundan ve kanuna dayanan bu talep hakkı için özel herhangi bir zamanaşımı süresi belli edilmediğinden davada uygulanması gerekli zamanaşımı süresi Borçlar Kanununun 125. maddesi gereği 10 yıldır." (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Bu kararla ilgili olarak bkz. Eren, Fikret, "Haftung mehrerer Schädiger für den gleichen Schaden", Die Verantwortlichkeit im Recht, Band II, Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Zürich 1981, s. 430. Yarg. 4. HD., 13.2.2006 T., 2005/1282 E., 2006/1010 K.: "BK'nun 51. maddesi hükmü uyarınca ve zincirleme (müteselsil) olarak sorumlu tutulmuşlardır. Aralarındaki ilişki, eksik teselsülden doğmaktadır. Bu bakımdan, davacının isteminin dayanağı zarar görene yaptığı ödeme nedeniyle, onun haklarına halef olmasından kaynaklanmamaktadır. Şu durumda, zarar gören ile asıl davada sorumlu tutulan arasındaki ilişkiye uygulanan zamanaşımı süresi eldeki rüçü davası yönünden uygulanamaz. Davacının rüçü hakkı, BK'nun 51. maddesinden doğduğuna ve yasaya dayanan bu hak için özel herhangi bir zamanaşımı süresi de belli edilmediğine göre uygulanması gerekli zamanaşımı süresi BK'nun 125. maddesi gereğince 10 yıldır." (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

b. Zamanaşımın Başlangıcı

Bir görüşe⁴⁶ göre, her ne kadar eksik teselsülde rüçû alacağı müteselsil borçlunun alacaklının zararını tazmin ettiği anda doğacak olsa da, rüçû alacağı için bir yıllık kısa zamanaşımı süresi, alacaklıya ifade bulunan müteselsil borçlunun rüçû hakkını öğrendiği tarihte işlemeye başlayacaktır. Rüçû alacağının doğduğu an ile rüçû alacağının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin başladığı tarihi ayırtıran bu görüş, doktrinde haklı bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Şöyle ki bu görüş kabul edildiği takdirde, borçlu alacaklıyı tazmin etmeden önceki bir tarihte diğer borçlulara rüçû etme hakkının bulunduğunu öğrendiyse, onun rüçû alacağı daha doğmadan zamanaşımına uğrayabilecektir.⁴⁷

Buna karşılık bizim de katıldığımız bir başka görüşe⁴⁸ göre, rüçû alacağı bakımından zamanaşımı süresi, müteselsil borçlunun alacaklının zararını tazmin ettiği anda, yani alacaklıya ödemenin yapıldığı anda işlemeye başlar. Zira BK m. 128'e (İBK m. 130 f. 1) göre, zamanaşımı "*alacağın muaccel olduğu zamandan başlar.*" O halde rüçû alacağının zamanaşımına uğrayabilmesi için bu hakkın doğmuş olması gerekir. Rüçû alacağı alacaklı müteselsil borçlulardan biri tarafından tatmin edildiğinde doğacağından⁴⁹, zamanaşımı da bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.⁵⁰

⁴⁶ Bugnon, s. 144-145. İsviçre Federal Mahkemesi önceleri bu görüşte idi. Örneğin bkz. BGE 127 III 257 = SJ 2002 I 113; BGE 115 II 42 E. 2 = JdT 1989 I 538.

⁴⁷ BK-Brehm, Art. 51, N 141; Romy, Isabelle, Des obligations solidaires, Art 143-150, Thévenoz, Luc/Werro, Franz (éd.s), Code des Obligations I, Commentaire romand, Genève-Bâle-Munich 2003, Art. 148, N 14; CR-Werro, Art. 51, N 35; Pichonnaz, Prescription, s.168. İsviçre Federal Mahkemesi nispeten yeni tarihli bir kararında bu görüşe yöneltilen eleştiriyi haklı bulmuştur. BGE 133 III 6 E. 5.2.1 = SJ 2007 I 287.

⁴⁸ BK-Brehm, Art 51, N 141; Rey, N 1722; CR-Werro, Art. 51, N 35; Werro, Franz/Pichonnaz, Pascal, "*Note à l'ATF 130 III 362*", BR 2004, s. 179; Gürsoy, s. 79; Tandoğan, s. 392. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Örneğin bkz. BGE 133 III E. 5.3.3 = SJ 2007 I 298-299.

⁴⁹ BK m. 51'e dayalı rüçû alacağı, müteselsil borçlu alacaklının zararını tazmin ettiği anda doğrudan onun şahsında doğan bir alacaktır. Probst, s. 66. Bu yönde, BGE 130 III 362.

⁵⁰ Yarg. 4. HD., 9.2.1990 T., 12049 E., 1110 K.: "*(...) rüçû hakkı hak sahibi olan kişinin şahsında doğan yeni bir haktır.(...) Bundan çıkan sonuç, rüçû hakkının bu hakka sahip olan kişinin şahsında doğduğu anda muaccel olmasıdır. O halde faize, istek gibi ödeme gününden itibaren hükmedilmesi gerekirken (...)*" (Uygur, Cilt 2, 2511). Yarg. 4. HD., 25.1.1980 T., 10103 E., 703 K.: "*(...) davalı erin davranışı, aynı zamanda davacıya karşı da bir haksız eylem niteliğindedir ve davacıyı mağdura karşı BK m. 51'e göre ödeme külfeti altına sokmuştur. (...) tazminat niteliğinde bulunan rüçû hakkı, davalının haksız*

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe⁵¹ göre, rüçü talebi bakımından on yıllık uzun zamanaşımı süresi, BK m. 60'ın (İBK m. 60) kıyasen uygulanması sonucunda, haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır. Oysa haksız fiilin meydana geldiği tarihte henüz rüçü alacağı doğmamıştır. Kanaatimizce, henüz rüçü alacağının doğmadığı bir dönemde zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması isabetli olmadığından, rüçü alacağı bakımından on yıllık uzun zamanaşımı süresi de rüçü alacağının doğduğu ve muaccel olduğu an olan, alacaklıya tazminatın ödendiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır.

II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN KONU İLE İLGİLİ GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEME

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiilden doğan zarar sebebiyle birden çok kişinin sorumluluğunu düzenleyen hükümleri, İsviçre'de 2000 yılında yayınlanan "*Medenî Sorumluluk Hukukunun Gözden Geçirilmesi ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Federal Kanun Öntasarısı*"nda⁵² yer alan düzenlemeler örnek alınarak kaleme alınmıştır. Aşağıda önce yeni kanunda tam-eksik teelsül ayrımının kaldırılmış olmasına ve yeni kanunun rüçü hakkının niteliğine ve kapsamına ilişkin düzenlemesine değineceğiz. Daha sonra da yeni kanunun rüçü hakkının tâbi olduğu zamanaşımı bakımından getirdiği özel düzenlemeyi ele alacağız.

A. TAM TEELSÜL - EKSİK TEELSÜL AYRIMININ KALDIRILMIŞ OLMASI

YBK'nda haksız fiilden doğan zarar bakımından birden çok kişinin müteselsil sorumluluğu tek maddede düzenlenmiştir. YBK'nun

eyleminden kaynaklandığına ve davacının mal varlığındaki eksilme ödeme gününde gerçekleştiğine ve özellikle rüçü zamanaşımı da ödeme gününden başlayacağına göre, bu paraya ödeme gününden itibaren faiz yürütülmesi gerekir." (Uygur, Cilt 2, 2517).

⁵¹ Bugnon, s. 145; CR-Romy, Art. 148, N 15; Pichonnaz, Prescription, s. 169. BGE 115 II 42 E. 2 = JdT 1989 I 538; BGE 126 III 161 = JdT 2000 I 292; BGE 133 III E. 5.3.5 = SJ 2007 I 301-302.

⁵² Bu öntasarı çalışmamızda "*İsviçre Öntasarısı*" olarak anılacaktır. Bu Öntasarının tam metni için bkz. <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ve-f.pdf>.

61. maddesinde “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.” hükmü getirilmiştir.⁵³ Bu yeni düzenleme ile kanun koyucu, doktrinde ve yargı içtihatlarında tam teselsül olarak ifade edilen, ortak kusurlarıyla bir zarara sebep olan kişilerin müteselsil sorumluluğu (BK m. 50) ile eksik teselsül olarak adlandırılan, haksız fiil sonucu meydana gelen zarardan birden çok kişinin farklı hukukî sebeplerden ötürü müteselsil sorumluluğu (BK m. 51) arasındaki ayrımı kaldırmıştır.⁵⁴ Böylece kanundan doğan bu iki teselsül durumu da aynı hükümlere tâbi tutulmuştur.

B. HAKSIZ FİİLDEN ZARAR GÖREN ALACAKLIYI TATMİN EDEN MÜTESELSİL BORÇLUNUN RÜCÛ HAKKI

YBK'nun 62. maddesinin birinci fıkrasında “Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.” hükmü yer almaktadır. Buna göre, artık haksız fiilden doğan zarardan farklı hukukî sebeplerden ötürü sorumlu olan kişiler kanun gereği bir rüçü sırasına tâbi olmayacak, tıpkı ortak kusurları ile bir zarara sebep olan kişilerin sorumluluğunda olduğu gibi, borçluların birbi-

⁵³ Bu düzenleme İsviçre Öntasarısı m. 53b f. 1 hükmü ile paraleldir.

⁵⁴ Kılıçoğlu, Ahmet M., “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, *Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara 2007, s. 166; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140, Ankara 2008, s. 28-29; Kırca, Çiğdem, “Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı İle Getirilen Değişiklikler”, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s. 665; Yenice, Özge, *Teminat Sözleşmelerinde Rücû İlişkileri*, İstanbul 2009, s. 33-34. Doktrinde tam ve eksik teselsül ayrımının kaldırılması gereken, gereksiz bir ayırım olduğu görüşünü savunan yazarlar vardır. Bkz. örneğin, Corboz, s. 113 vd.; Oftinger/Stark, Band I, s. 493 vd.; Deschenaux/Tercier, s. 279; Tercier, Pierre, “Concours d'actions et solidarité: Oû en sommes-nous?”, *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, Werro, Franz (éd.), Berne 2002, s. 140; BK-Brehm, Art. 51, N 22; Gauch/Schluemp, N 3755; Zahnd, Bernard, *Pluralité des responsables et solidarité*, Lausanne 1980, s. 49 vd.; Probst, s. 85; Eren, Haftung, s. 432 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 1167. Buna karşılık, tam ve eksik teselsül ayrımının gerekli bir ayırım olduğu ve ayırımın kaldırılmasının doğru olmadığı görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, *Müteselsil Sorumluluk*, s. 170 vd.; Kılıçoğlu, *Eleştiri*, s. 29-31.

rine rüçü hakkının bulunup bulunmadığını ve varsa rüçü hakkının kapsamını hâkim tâyin edecektir.⁵⁵ Hâkimin bu konuda kullanacağı kıstaslar ise, bütün durum ve koşullar, özellikle sorumlulardan birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattığı tehlikenin yoğunluğu olacaktır.

YBK m. 62 f. 2'ye göre ise, *“Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rüçü hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”* Esasen burada iç ilişkide payına düşen miktardan fazlasını ödeyen borçlunun diğer borçlulara rüçü hakkına sahip olduğunu ve onun yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına halef olacağını düzenleyen müteselsil borçluluğa ilişkin genel hükümler tekrarlanmaktadır.⁵⁶ Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, halen yürürlükte olan düzenleme bakımından eksik teselsül olarak ifade edilen birden çok kişinin aynı zarardan farklı hukukî sebeplerle sorumluluğu durumda halefiyetin söz konusu olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu hükümle artık birden çok kişinin haksız fiilden doğan zarardan farklı hukukî sebeplerle sorumlu olması durumunda da, alacaklıyı tatmin eden borçlunun alacaklının haklarına halef olacağı açıklık kazanmıştır.⁵⁷

⁵⁵ Birden fazla kişinin haksız fiilden doğan zarardan farklı hukukî sebeplerle sorumluluğunda iç ilişkide rüçü sırasını açık biçimde düzenleyen BK m. 51 hükmü varken, yeni düzenlemede bu kişilerin rüçü ilişkisinin soyut ifadeler kullanılan kıstaslardan hareketle belirlenecek olması doktrinde eleştirilmektedir. Bu düzenlemenin hâkimin işini de ağırlaştıracağı ifade edilmektedir. Kılıçoğlu, Müteselsil Sorumluluk, s. 171-172.; Kılıçoğlu, Eleştiri, s. 31.

⁵⁶ YBK m. 61'de haksız fiilden doğan zarardan gerek ortak kusurlarıyla zarara sebep oldukları için, gerekse de farklı hukukî sebeplerden ötürü sorumlu olan birden çok kişinin sorumluluğunun müteselsil bir sorumluluk olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, YBK m. 62 f. 2 hükmü rüçü hakkına ve halefiyete özel olarak değinmeseydi de yine müteselsil borçluluğu düzenleyen genel hükümler (YBK m. 167, m. 168) uygulanarak aynı sonuca varılacaktı. Müteselsil sorumlulukta iç ilişkide paylaşımı düzenleyen YBK m. 167 f. 2 (BK m. 146 f. 1 c. 2)'de payına düşenden fazla ödemedede bulunan borçluya ödediği fazla miktarı diğer müteselsil borçlulardan talep etme hakkı, yani rüçü hakkı zaten tanınmıştır. YBK m. 168 f. 1'de (BK m. 147 f. 1) ise, rüçü hakkından yararlanan borçlulardan her birinin ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olacağı zaten ifade edilmiştir. Bu sebeple, aslında böyle bir hükme gerek olmadığı doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, Eleştiri, s. 33; Kılıçoğlu, Müteselsil Sorumluluk, s. 172; Kırca, s. 667. İsviçre Öntasarısı'nın 53c maddesinin ikinci fıkrasında da aynı düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme de gereksiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Tercier, Solidarité, s. 142.

⁵⁷ Widmer/Wessner, s. 173; Werro, Responsabilité, N 1564; Kırca, s. 667.

C. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN ZARAR SEBEBİYLE MÜTESELSİLEN SORUMLU OLANLARIN RÜCÛ TALEPLERİNİN TÂBİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

YBK'nun 73. maddesi, İsviçre Öntasarısı'nın 55c maddesi ile paralel bir düzenleme getirmektedir. Bu hükümlerle, rücû hakkının alacaklının zararını tazmin eden müteselsil borçlunun şahsında doğan, halefiyet ile elde edilenden bağımsız, ayrı bir hak olduğu ve rücû talebinin zamanaşımı rejiminin de kendi kurallarına tâbi olacağı vurgulanmaktadır.⁵⁸ Bu durum rücû alacaklısının haksız fiilden zarar gören alacaklının haklarına halef olmasına aykırı bir düzenleme de değildir. Zira halefiyet, rücû hakkını dışlamaz; aksine onu kuvvetlendirir.⁵⁹

1. Zamanaşımı Süresi ve Sürenin İşlemeye Başladığı Tarih

YBK m. 73 f. 1'e göre, "*Rücû istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*"⁶⁰ YBK m. 73 f. 1 hükmü, rücû davasının tâbi olduğu zamanaşımı bakımından biri kısa, biri uzun olmak üzere iki zamanaşımı süresi düzenlemiştir.

YBK m. 73 f. 1'de düzenlenen iki yıllık kısa zamanaşımı süresi ancak iki şart birlikte gerçekleştiğinde işlemeye başlayacaktır. Bu şartlardan ilki, haksız fiilden zarar gören alacaklıya tazminatın tamamının ödenmesidir. Bu noktada belirleyici olan, borçluyu tazminat ödemeye mahkûm eden mahkeme hükmünün verildiği veya ödemeye ilişkin işleminin yapıldığı tarih değil, ödemenin fiilen gerçekleştiği tarih olmasıdır.⁶¹ Zamanaşımının başlangıcı bakımından borcun ödendiği, dolayısıyla rücû alacağının doğduğu tarihin esas alınması, zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağını öngören BK m. 128 (YBK m. 149) hükmüyle uyumludur.⁶²

⁵⁸ Widmer/Wessner, s. 225; Wessner, Révision, s.154; Kırca, s. 666.

⁵⁹ Wessner, Révision, s. 154; Kırca, s. 666-667.

⁶⁰ İsviçre Öntasarısı'nın 55c maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme ise şöyledir: "*Rücû davası tazminatın tamamen ödendiği ve sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten itibaren üç yılda zamanaşımına uğrar; bu dava her durumda zarar veren olayın meydana geldiği veya sona erdiği andan itibaren yirmi yılda zamanaşımına uğrar.*"

⁶¹ Wessner, Révision, s. 155.

⁶² Pichonnaz, Prescription, s. 168.

İki yıllık kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için gerçekleşmesi gereken ikinci şart ise, rüçü alacaklısının rüçü edebileceği kişiyi öğrenmiş olmasıdır. O halde, birden çok rüçü borçlusu varsa, bunların her birine yöneltilecek rüçü talebi bakımından zamanaşımının başlangıcı farklı olabilecektir.⁶³ Burada da rüçü alacaklısının gerekli özeni gösterseydi diğer müteselsil sorumluyu öğrenebileceği an değil, onun diğer müteselsil sorumluyu fiilen öğrendiği an esas alınacaktır.⁶⁴

YBK m. 73 f. 1'e göre, on yıllık uzun zamanaşımı süresi, haksız fiilden zarar gören alacaklının başvurduğu müteselsil borçlunun, tazminatın tamamını alacaklıya ödediği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Borçlar Kanunu Tasarısı'nda uzun zamanaşımı süresi yirmi yıl olarak düzenlenmişti ve bu sürenin haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmüştü (BKT. m. 72 f. 2).⁶⁵ Tasarı'daki yirmi yıllık uzun zamanaşımı süresi, teknoloji ve haberleşme olanaklarının geliştiği, dava yoluyla hak arama bilincinin yükseldiği günümüz toplumunda çok uzun bir süre olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁶ Öte yandan, Tasarı'da rüçü alacağı bakımından uzun zamanaşımı süresinin haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmişti. Tasarı'daki bu düzenleme kabul edilseydi, haksız fiilin gerçekleştiği tarihin üzerinden yirmi yıl geçtiği halde bu fiilden doğan zarara ilişkin tazminat davasının yargılama veya hükmün icra aşamasının halen devam ettiği durumlarda, zararı tazmin eden borçlu ödemeyi yaptığı halde, rüçü hakkı zamanaşımına uğradığı için diğer borçlulara rüçü edemeyecekti. Söz konusu düzenleme bu sebeple haklı olarak eleştirilmiş⁶⁷ ve zamanaşımının başlangıç tarihinin zararın tazmini tarihi olması gerektiği ifade edilmişti.⁶⁸ Nitekim uzun zamanaşımı süresinin başlangıç tarihine ilişkin Tasarı'daki düzenleme değiştirilmiş ve YBK m. 73 f. 1 hükmünde uzun zamanaşımı

⁶³ Wessner, Révision, s. 155.

⁶⁴ Pichonnaz, Prescription, s.168-169; Pichonnaz/Werro, s. 49.

⁶⁵ Tasarıdaki bu düzenleme, İsviçre Öntasarısı'nın 55c maddesi ile paraleldi. Zira İsviçre Öntasarısı'nın söz konusu maddesi, rüçü alacağı için yirmi yıllık uzun zamanaşımı süresi kabul etmekte ve bu sürenin zarar veren olay meydana geldiği tarihte işlemeye başlayacağını ifade etmektedir. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, Eleştiri, s. 41.

⁶⁶ Kılıçoğlu, Eleştiri, s. 38, 41.

⁶⁷ Kılıçoğlu, Eleştiri, s. 42; Kırca, s. 671.

⁶⁸ Kılıçoğlu, Eleştiri, s. 42.

mı süresinin başlangıç tarihi olarak tazminatın tamamının alacaklıya ödendiği tarih esas alınmıştır. Yeni Borçlar Kanunu'nda zamanaşımının başlangıç anının fiilî ödeme tarihi olarak kabul edilmesi kanaatimizce de isabetli olmuştur. Zira rüçû alacağının zamanaşımı süresinin bu alacağın doğumundan, yani alacaklının tatmininden önceki bir tarih olan zararın gerçekleştiği anda işlemeye başladığının kabulü, rüçû alacağının daha doğmadan önce zamanaşımına uğrayabilmesi gibi hukuken açıklanamayacak bir sonuç doğurur. Oysa muaccel olmayan bir alacağın, zamanaşımına uğramasından söz edilemez (BK m. 128/YBK m. 149 f. 1).⁶⁹

2. Bildirim Külfeti

YBK m. 73 f. 2'ye göre, *"Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar."* Bu düzenleme İsviçre Öntasarısı'nın 55c maddesinin 2. fıkrasına karşılık gelmektedir.

a. Amacı ve İşlevi

Alacaklının başvurmadığı müteselsil borçlular, borçlulardan birine karşı açılmış olan tazminat davasından ve buna bağlı olarak tazminatı ödeyen borçlunun kendilerine rüçû edebileceğinden geç haberdar olurlarsa, olumsuz bazı sonuçlarla karşı karşıya kalırlar. Öncelikle bu kişiler, usul hukukuna göre müdahale edebilecekleri bir dava söz konusu ise, asıl davaya müdahale etme imkânını kaybedebilirler.⁷⁰ Öte yandan, alacaklının başvurmadığı müteselsil borçlular, kendilerine yöneltilebilecek rüçû talebinden haberdar olmadıklarından sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtulmalarını sağlayabilecek ispat araçlarını muhafaza etmeyebilirler.⁷¹ Kendilerine rüçû talebi yöneltilebilecek olan müteselsil borçluların bu tür olumsuz sonuçlarla karşılaşmalarının önüne geçmenin yolu, alacaklının tazminat davası açtığı borçlunun, durumu gecikmeksizin diğer müteselsil borçlulara bildirmesini sağlamaktır.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s.469 vd.; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 664-665.

⁷⁰ BGE 133 III 6 E. 5.3.5 = SJ 2007 I 302.

⁷¹ Wessner, Révision, s. 155; Pichonnaz, Prescription, s. 173. Bu yönde, BGE 133 III 6 E. 5.3.5 = SJ 2007 I 302.

b. Hukukî Niteliği ve Yerine Getirilmesi

Bu doğrultuda olmak üzere, YBK m. 73 f. 2 c. 1 hükmüyle alacaklının başvurduğu müteselsil borçlunun, bu başvuruyu diğer müteselsil borçlulara bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bildirim ödevi hukuken bir külfet (Obliegenheit/incombance) niteliğindedir.⁷² Alacaklının başvurduğu borçlunun bu başvuruyu diğer müteselsil sorumlulara ihbar edebilmesi için, kuşkusuz öncelikle onun diğer sorumluların kimliklerini tespit etmiş olması gerekir.⁷³ Borçlu ancak kendisine karşı tazminat davası açıldığı takdirde, zarar görenin diğer sorumlulara başvurmadığını öğrenebileceğinden, ondan ancak tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren gecikmeksizin davayı diğer sorumlulara ihbar etmesi beklenebilir.⁷⁴ Kanunda bildirim nasıl gerçekleştirileceği konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda açılan tazminat davasının ihbarı bakımından bu konudaki genel düzenleme olan HUMK 49-52 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁷⁵

c. Yerine Getirilmemesinin Müeyyidesi

Acaba borçlu bildirim külfetini yerine getirmezse, bunun müeyyidesi ne olacaktır? Alacaklının tazminat talep ettiği borçluyu diğer müteselsil borçlulara bildirimde bulunma külfeti altına sokan bir düzenleme İsviçre Öntasarısı m. 55c f. 2'de de yer almaktadır. Ancak böyle bir düzenlemeye İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, alacaklının başvurduğu müteselsil borç-

⁷² Widmer/Wessner, s. 227; Wessner, Révision, s. 155; Pichonnaz, Prescription, s. 177; CR-Werro, Art. 50, N 19.

⁷³ Widmer/Wessner, s. 227; Wessner, Révision, s. 155.

⁷⁴ Pichonnaz'ın haklı olarak belirttiği gibi, zarara uğradığını iddia eden bir kişinin basit bir tazminat talebi üzerine, bu talebin yöneltildiği kişinin muhtemel tüm sorumlulara bildirimde bulunması beklenemez. Pichonnaz, Prescription, s. 177. Buna karşılık, İsviçre Öntasarısı'nı hazırlayanlar, bildirim külfetinin doğması için alacaklının mutlaka borçlulardan birine karşı tazminat davası açmış olması gerektiğini, bunun için alacaklının müteselsil borçlulardan birinden dava açmaksızın tazminat talebinde bulunmuş olmasının yeterli olduğunu ifade etmektedirler. Widmer/Wessner, s. 227; Wessner, Révision, s. 155. Oysa kanaatimizce henüz tazminat davasının açılmadığı bir safhada sürecin nasıl gelişeceği belirgin hale gelmediğinden, kendisine yazılı veya sözlü olarak basit bir tazminat talebi yöneltilen kişi, bu talebi muhtemel sorumlulara ihbar etme külfeti altına sokulmamalıdır.

⁷⁵ Rücû davalarında davanın ihbarı konusunda bkz. Karılı, s. 191 vd. Genel olarak usul hukukunda davanın ihbarının etkisi konusunda bkz. Atalı, Murat, Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 141 vd.

lunun diğer borçlulara bildirimde bulunması külfetini, zarar gören (asıl) alacaklıya borcu zamanaşımına uğramış olan müteselsil borçlular⁷⁶ bakımından ele almıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, zarar gören alacaklının başvurduğu borçlu, alacaklıya karşı borcu zamanaşımına uğramış olan bir müteselsil borçluya rücu etmek istediği takdirde, onu dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenebilecek en kısa sürede başvuracağı borçluya bildirimde bulunmakla yükümlü tutmuştur. Federal Mahkeme, MK m. 2 f. 2' deki hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket ederek, alacaklının zararını tazmin eden ancak rücu etmek istediği müteselsil borçluya zamanında böyle bir bildirimde bulunmayan borçlunun, rücu talebi henüz zamanaşımına uğramamış olsa dahi, rücu hakkını kullanamayacağına hükmetmiştir.⁷⁷

YBK'nda bildirim külfetinin yerine getirilmemesi hali için rücu hakkının kullanılmaması gibi ağır bir müeyyide getirilmemiştir. YBK'na göre, bildirim yapılmamasının, yani alacaklının yönelttiği tazminat talebinin diğer müteselsil borçlulara ihbar edilmemesinin müeyyidesi, iki yıllık kısa zamanaşımının bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihten itibaren işlemeye başlayacak olmasıdır.⁷⁸ Ancak hükümde yer alan "*bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarih*" ifadesi net bir ifade değildir. Zamanaşımının işlemeye başlayacağı tarihi (*dies a quo*) net olarak ortaya koymayan bu ifade, bazı yazarlarca haklı olarak eleştirilmektedir.⁷⁹ Buna karşılık, diğer bazı yazarlar,⁸⁰ bu net olmayan başlangıç tarihini hukuk güvenliği açısından eleştirmekle

⁷⁶ Zarar gören alacaklının başvurmadığı müteselsil borçlulara karşı olan alacağı zamanaşımına uğradığı halde, alacaklının zararını tazmin eden borçlunun, bu kişilere karşı rücu alacağı henüz zamanaşımına uğramamış olabilir. Zira haksız fiilden zarar gören alacaklının tazminat alacağı bakımından zamanaşımı süresi haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başladığı halde, alacaklının zararını tazmin eden borçlunun rücu alacağı için zamanaşımı süresi onun ödemeyi fiilen yaptığı ve rücu edebileceği kişiyi öğrendiği anda işlemeye başlayacaktır. Bu konuda bkz. Pichonnaz, Prescription, s. 175; Wessner, Solidarité, s. 311.

⁷⁷ BGE 127 III 257 E. 6c; BGE 133 II 6 E. 5.3.5 = SJ 2007 I 302.

⁷⁸ Widmer/Wessner, s. 227; Wessner, Révision, s. 155-156; Kırca, s. 671.

⁷⁹ Kendisine dava açılan kişinin bu sırada diğer sorumluları bilip bilmediğinin belirlenmesi kesin olmayan bir olgu olduğu gibi, bildirim ne zaman dürüstlük kurallarına göre uygun zamanda yapılmış sayılacağı da belirsizlik taşımaktadır. Pichonnaz, Prescription, s. 176; Kırca, s. 672.

⁸⁰ Chappuis, Benoît, "*Quelques réflexions d'un praticien sur l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*", *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Foëx, Bénédicte / Werro, Franz (éd.s), Zurich 2004, s. 137-138.

birlikte, alacaklının başvurduğu ve başvurmadığı müteselsil borçluların menfaatlerinin ancak böyle bir düzenleme ile dengelenebileceğini ifade etmektedirler. Burada bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılması gereken tarihi hâkim tâyin edecektir (MK m. 4). Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi kendisine karşı tazminat davası açılan borçlunun davanın açıldığı tarihten bir ay sonra dava edilmeyen müteselsil borçluya ihbarda bulunmasını dürüstlük kurallarına uygun bulurken, alacaklının dava açtığı bir başka borçlunun diğer müteselsil borçluya dava tarihinden yirmi iki ay sonra ihbarda bulunmasını dürüstlük kurallarına aykırı bulmuştur.⁸¹

Rücû hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından YBK m. 73'ün 1. fıkrası ile 2. fıkrası birlikte yorumlanması gereken, farklı düzenlemeler getirmektedir.⁸² Kanaatimizce, bu iki hüküm şu şekilde yorumlanmalıdır: Alacaklının kendisine tazminat davası açtığı, bildirim külfeti altında olan borçlu, rücû edeceği diğer sorumlulara davayı ihbar ettiği, yani bildirim külfetini yerine getirdiği takdirde YBK m. 73 f. 1 hükmü uygulanmalıdır. Buna göre, ihbarda bulunduğu göre diğer sorumluları öğrenmiş olan borçlu, alacaklının zararının tamamını tazmin ettiği anda rücû alacağı bakımından iki yıllık kısa zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Buna karşılık, alacaklının tazminat davası açtığı borçlu diğer müteselsil borçlulara bu durumu ihbar etmediyse, YBK m. 73 f. 2 hükmü uygulanacaktır. Bu takdirde iki yıllık zamanaşımı süresi, ihbarda bulunmayan borçlunun alacaklının zararını fiilen tazmin ettiği tarih dikkate alınmaksızın, dürüstlük kuralı gereği borçlunun tazminat talebini diğer sorumlulara ihbar etmesi gereken tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Kendisinden tazminat talep edilen borçlunun rücû alacağı onun alacaklıya tazminatı ödediği anda doğduğuna göre, bu son durumda henüz daha rücû alacağı doğmadan, bu alacak bakımından zamanaşımı süresi işlemeye başlamış olmaktadır. Kanun koyucunun burada sorumlulardan birine yöneltilen tazminat talebi kendilerine ihbar edilmeyen diğer müteselsil sorumluları korumak, alacaklının kendisine yönelttiği tazminat talebini diğer sorumlulara ihbar etmeyen borçluyu ise, rücû alacağının zamanaşımı süresini erken işletmeye başlayarak cezalandırmak istediği anlaşılmaktadır. Ancak

⁸¹ BGE 133 II 6 E. 6. = SJ 2007 I 305-308.

⁸² Bu maddenin iki fıkrasının birbiriyle çeliştiği ve bu çelişkinin giderilmesi gerektiği konusundaki eleştiri için bkz. Kılıçoğlu, Eleştiri, s. 43.

müteselsil borçlular arasındaki menfaatler dengesini sağlamak için dahi olsa, zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağını öngören BK m. 128 (YBK m. 149 f. 1) hükmüne aykırı olarak, rüçü alacağı için zamanaşımı süresini bu alacağın muaccel olmasından önceki bir tarihten başlatmak isabetli olmamıştır.⁸³ Kanaatimizce bu durumda İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda değindiğimiz içtihadındaki⁸⁴ çözümün benimsenmesi, yani alacaklının kendisine yönelttiği tazminat talebini dürüstlük kurallarının gerektirdiği süre içinde diğer müteselsil borçlulara ihbar etmeyen borçlunun, bu sorumlulara yönelteceği rüçü talebinin hakkın kötüye kullanıldığı (MK m. 2 f. 2) gerekçesiyle reddedilmesi, daha uygun bir çözüm olurdu.

SONUÇ

Rüçü talebinin tâbi olduğu zamanaşımı hem rüçü hakkı sahibi borçlu, hem de kendilerine rüçü edilebilecek diğer müteselsil borçlular bakımından önemli bir meseledir. Bu meselenin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olması doktrinde ve yargı kararlarında görüş ayrılıklarını beraberinde getirmiştir. Halen yürürlükte olan 818 s.lı Borçlar Kanunu çerçevesinde durum şudur: Tam teselsülde, rüçü davasının zamanaşımı süresini belirleyecek olan, halefiyetle kuvvetlendirilmiş olan alacaktır. Bu konuda Kanun'da özel bir düzenleme bulunmadığı için, rüçü talebi, müteselsil borçlunun alacaklıya ödemede bulunarak halef olduğu alacaklının alacağının, yani haksız fiil alacağının tâbi olduğu zamanaşımı süresi olan BK m. 60 f. 1'de düzenlenen bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbi olmalıdır. Eksik teselsülde ise, rüçü alacağının halefiyetle kuvvetlendirilmiş olmadığı kabul edildiğine göre, kanunda zamanaşımı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmadığı için genel zamanaşımı süresi olan BK m. 125'te düzenlenen zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır. Rüçü alacağı tam teselsülde de, eksik teselsülde de müteselsil borçlu alacaklıyı tatmin ettiği, yani tazminatı ödediği anda doğan ve muaccel olan bir alacak-

⁸³ Kırca, bu düzenlemeyi haklı olarak eleştirmektedir. Yazara göre, diğer sorumlulara bildirimde bulunmak dürüstlük kuralının gereği ise, bu durumda bildirimde bulunmamanın yaptırım zamanaşımı süresinin başladığı tarihi değiştirmek değil, genel kuralları uygulamak olmalıdır. Kırca, s. 672.

⁸⁴ BGE 133 II 6 E. 5.3.5 = SJ 2007 I 302.

tır. Bu sebeple, her iki durumda da alacaklının zararını tazmin eden borçlunun rücû hakkı bakımından zamanaşımı süresi ödemenin fiilen gerekleştigi andan işlemeye başlayacaktır.

6098 s.lı Yeni Borçlar Kanunu'nda, haksız fiilden doğan zarardan birden çok kişinin sorumlu olması halinde rücû hakkı sahibi borçlunun rücû talebinin tâbi olduğu zamanaşımı özel olarak düzenlenmiştir. Yeni kanun, eksik teselsül-tam teselsül ayrımını kaldırmıştır. Ayrıca alacaklıya iç ilişkide payına düşenden fazla ödemede bulunan borçlunun bu oranda alacaklının haklarına halef olacağı esasını, sadece ortak kusurları ile bir zarara sebep olan kişiler bakımından değil, aynı zarardan farklı hukukî sebeplerden ötürü sorumlu olan kişiler bakımından da kabul etmiştir. Yeni kanuna göre, rücû talebi tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır (YBK m. 73 f. 1). Rücû talebinin zamanaşımı süresinin ve işlemeye başladığı tarihin yeni kanunda açıkça ifade edilmiş olması, bu konudaki tartışmalara son vermesi ve hukukî güvenliği sağlaması bakımından olumlu bir gelişmedir.

Yeni Borçlar Kanunu, rücû hakkı sahibi borçluya ihbar külfeti yüklemiştir. Zarar görenin tazminat talep ettiği borçlu, durumu diğer müteselsil borçlulara bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, rücû talebinin zamanaşımı, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlayacaktır (YBK m. 73 f. 2). Ancak bildirim külfetinin ihlâli halinde, rücû alacağının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin bu alacağın henüz doğmadığı bir tarihten, yani bildirim dürüstlük kurallarına yapılması gereken tarihten itibaren işlemeye başlayacağıının kabulü isabetli olmamıştır. Alacaklıyı tatmin eden borçlunun dürüstlük kurallarına aykırı biçimde diğer müteselsil borçlulara ihbarda bulunmamış olmasının müeyyidesi, ona rücû hakkının kullandırılması (MK m. 2 f. 2) olabilirdi.

KAYNAKLAR

- Akıntürk, Turgut, Mütessesil Borçluluk, Ankara 1971.
- Atalı, Murat, Medenî Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Brehm Roland, OR- Art. 41-61: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Berner Kommentar, 3. Aufl., 2006. (Kısaltma: BK-Brehm)
- Bugnon, Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilité, Fribourg 1982.
- Canyürek, Murat, Mütessesil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003.
- Chappuis, Benoît, "Quelques réflexions d'un praticien sur l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile", *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Foëx, Bénédict / Werro, Franz (éd.s), Zurich 2004, s. 123-141.
- Corboz, Bernard, La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, Genève 1974.
- Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre, La responsabilité civile, 2. éd., Berne 1982.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2009. (Kısaltma: Eren, Borçlar Genel)
- Eren, Fikret, "Haftung mehrerer Schädiger für den gleichen Schaden", *Die Verantwortlichkeit im Recht, Band II, Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern*, Zürich 1981, s. 403 vd. (Kısaltma: Eren, Haftung)
- Gauch, Peter/Schluemp, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. Aufl., Zürich 2008.
- Gautschi, Alain, Solidarschuld und Ausgleich, Zürich 2009.
- Gürkanlar, Metin, Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK m. 50), Ankara 1982.
- Gürsoy, K. Tahir, "Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Dolayı Sorumluluğu", *AÜHFD* 1973, S. 1-4, C. XXX, s. 45-57.
- Karacabey, Ö.Faruk, "Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK m. 60)", *Yagıtay Dergisi*, Ankara 1978, C. 4, S. 4, s. 477-502.
- Karlı, Abdurrahim, Usul Hukuku Açısından Rücû Davaları, İstanbul 1994.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücû", *AÜHFD*

- 1974, S. 1-2, C. XXXI, s. 395-443. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Rücû)
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Halefiyet)
- Kılıçoğlu, Ahmet M., "Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler", *Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara 2007, s. 163 vd. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Müteselsil Sorumluluk).
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140, Ankara 2008. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Eleştiri)
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınevi, 11. Bası, Ankara 2009. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Borçlar Genel)
- Kırca, Çiğdem, "Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı İle Getirilen Değişiklikler", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s. 641-677.
- Nomer, Halûk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- Oftinger, Karl/Stark, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht - Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul 2010.
- Pichonnaz, Pascal, "La prescription de l'action récursoire", *La pluralité des responsables*, Berne 2009, s. 155-188. (Kısaltma: Pichonnaz, Prescription)
- Pichonnaz, Pascal, De l'extinction des obligations, Art. 127-142, Thévenoz, Luc/Werro, Franz (éd.s), Code des Obligations I, Commentaire romand, Genève-Bâle-Munich 2003. (Kısaltma: CR-Pichonnaz)
- Pichonnaz, Pascal/Werro, Franz, "La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite, Commentaire de l'ATF 133 III 6", *BR* 2007, s. 48-52.
- Probst, Thomas, "La solidarité imparfaite", *La pluralité des responsables*, Berne 2009, s. 51 vd.
- Rey, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2003.
- Romy, Isabelle, Des obligations solidaires, Art 143-150, Thévenoz, Luc/Werro, Franz (éd.s), Code des Obligations I, Commentaire romand, Genève-Bâle-Munich 2003. (Kısaltma: CR-Romy)
- Tandoğan, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010.

- Tekinay, Selâhattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Tercier, Pierre, "Concours d'actions et solidarité: Où en sommes-nous?", *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, Werro, Franz (éd.), Berne 2002, s. 115-169. (Kısaltma: Tercier, Solidarité)
- Uygur, Turgut, Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003. (Kısaltma: Uygur, Cilt 2)
- Uygur, Turgut, Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003. (Kısaltma: Uygur, Cilt 3)
- Werro, Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2005. (Kısaltma: Werro, Responsabilité)
- Werro, Franz, *Des obligations résultant d'actes illicites*, Art. 41-61, Thévenoz, Luc/Werro, Franz (éd.s), *Code des Obligations I, Commentaire romand*, Genève-Bâle-Munich 2003. (Kısaltma: CR-Werro)
- Werro, Franz/Pichonnaz, Pascal, "Note à l'ATF 130 III 362", *BR* 2004, s. 179-180.
- Wessner, Pierre, "La prescription des actions réparatoires et récursoires au regard de la révision totale du droit de la responsabilité", Koller, Alfred (éd.), *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997*, St. Gallen 1997, s. 143-161. (Kısaltma: Wessner, Révision)
- Wessner, Pierre, "La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite: quelques mots sur un arrêt de portée considérable", Zen-Ruffinen, Piermarco (éd.), *Le temps et le droit: recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008*, Bâle 2008, s. 309-319. (Kısaltma: Wessner, Solidarité)
- Widmer, Pierre/Wessner, Pierre, *Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*, Rapport explicatif, Berne 2000.
- Von Tuhr/Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerisches Obligationenrecht*, Bd. II, Zürich 1974.
- Yenice, Özge, *Teminat Sözleşmelerinde Rücû İlişkileri*, İstanbul 2009.
- Zahnd, Bernard, *Pluralité des responsables et solidarité*, Lausanne 1980.

YENİ İSVİÇRE FEDERAL MEDENÎ USÛL YASASI'NDA YER ALAN TOPLULUK DAVASI (m. 89) ÜZERİNE KISA BİR NOT

“MEMORANDUM REGARDING THE GROUP LITIGATION (ARTICLE
89) IN THE NEW SWISS FEDERAL CODE OF CIVIL PROCEDURE”

Cenk AKİL*

Özet : İsviçre’de 1.1.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere federal düzeyde Medenî Usûl Yasası yürürlüğe girmiştir. Anılan Yasa’nın 89. maddesi ile topluluk davası kabul edilmiştir. Buna göre üyelerinin yahut belli menfaat gruplarının menfaatlerini korumaya yetkili dernekler ve diğer kuruluşlar kendi adlarına ilgililerin haklarına yönelik ihlal tehdidinin men edilmesi, mevcut ihlalin tespiti yahut ihlalin hukuka aykırılığının tespiti için dava açabilirler.

Anahtar Kelimeler : Medenî yargılama hukuku, İsviçre Medenî Usûl Yasası, hukukî himaye, topluluk davası.

Abstract : The Code of Civil Procedure at federal level has entered into force in Switzerland being effective from the date of 1.1.2011. The group litigation has been adopted with the Article 89 of the mentioned Code. According to this, associations and other institutions which are entitled to protect the interests of their members or of certain interest groups may bring an action before the court on their behalf for the bar of the threat of violation, declaration of the existing violation or declaration of the contrariety to law of the violation directed to the rights of those concerned.

Keywords : Civil procedure law, The Swiss Code of Civil Procedure, legal protection, group litigation.

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Günümüz toplumlarının ulaşılmış oldukları sosyal, endüstriyel ve ticari düzey yeni hukukî düzenlemelerin yapılmasını da zorunlu kılmaktadır. Diğer bir deyişle hukuk düzenleri çağdaş toplumların ihtiyaçlarına cevap vermek zorunda kalmaktadır. Bunun bir sonucu olarak özellikle kitlelerin müşterek sorunlarda kendi haklarını himaye edebilmeleri ve adalete ulaşabilmeleri için topluluk davasına ilişkin düzenlemeler kaçınılmaz hale gelmiştir. Nitekim bu gelişmelere parel olarak 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesinde de topluluk davası¹ düzenlenmiştir². Bu hükme göre dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler. Bu hüküm kabul edilirken yeni İsviçre Federal Medenî Usûl Yasası m. 89'da düzenlenmiş bulunan topluluk davasına ilişkin düzenlemeden de yararlanılmıştır. Aşağıda söz konusu düzenleme kısaca tanıtılacaktır.

I- GENEL OLARAK

Topluluk davası medenî yargılama hukukunda kolektif hukukî himayeyi³ sağlayan araçlardan biri olarak görülmektedir⁴. Kolektif

¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 118. maddesine karşılık gelen bu maddenin başlığı Tasarıda "grup davası" idi. Daha sonra başlık "topluluk davası" olarak değiştirilmiştir. Bu konuda bkz. Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul 2006, s.61; İbrahim Özbay, "Grup Davalarına Kavramsal Bir Yaklaşım ve Ortak Hukuk (Common Law) Sistemlerinde Grup Davalarına İlişkin Gelişmeler", (Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 1967-1988), s. 1988.

² Topluluk davası medenî yargılama kanunumuza ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile girmişse de bundan önce de hukukumuzun topluluk davasına tamamiyle yabancı olduğu söylenemez. Topluluk davasına ilişkin çeşitli kanunlardaki düzenlemeler için bkz. İbrahim Özbay, *Grup Davaları*, Ankara 2009, s. 209 vd.; Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, Ankara 2009, s. 220 vd.; Eser Tekeli, *Grup Davası (Tezsiz Yüksek Lisans Dönem Projesi)*, Ankara 2008, s. 20 vd.

³ Kolektif hukukî himayenin altında kolektif menfaat yatmaktadır. "Kolektif menfaat" kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Hanağası, s. 195 vd. Toplumsal gelişmenin kolektif menfaatlerin korunmasını faydalı; hatta zorunlu kıldığına ilişkin olarak bkz. İlhan Postacıoğlu, "Dava Teorisi Üzerine Bazı Mülahazalar" (Tahir Taner Armağanı, İstanbul 1956, s. 737-752), s. 744.

⁴ Dominik Gasser / Brigitte Rickli, *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommen-*

hukukî himaye yolları hakları ihlâl edilenlerin zarar verenler hakkında dava açmaktan kaçınmaları, yani haklarını koruma hususunda gösterdikleri pasif tutum nedeniyle kabul edilmiştir⁵.

Topluluk davası derneklere ve diğer kuruluşlara belli şartlar altında temsil ettiği kişilerin kişilik haklarının ihlâli halinde ilgili kişi hakkında kişilik hakkı ihlâlini toplu olarak ileri sürmesine imkân veren bir davadır. Burada derneklere kendi menfaatleri ihlâl edilmiş olmasına rağmen yabancı menfaatlerin korunması için verilmiş bulunan bir dava hakkı söz konusudur. Topluluk davasının açılması halinde davanın sonucundan, sadece dava açan dernek ya da topluluğu temsil eden tüzel kişi değil, o menfaate ya da hakka sahip olan herkes yararlanmaktadır⁶.

Bilindiği gibi İsviçre’de Anglo-Sakson hukuku kökenli grup davası yer almamaktadır⁷. Grup davasına yönelik olarak doktriner, yargı-

tar, Zürich 2010, s. 79. Zira bu dava ile sübjektif hakların tespiti ve hayata geçirilmesinin ötesinde toplu menfaatler ileri sürülmektedir. Bkz. Reinhard Greger, “Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik-Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung” (ZZP 2000/4, s. 399-412), s. 399. Karş. Dietmar Baetge, “Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen” (ZZP 1999/3, s. 329-351), s. 330. Anılan son yazar topluluk davası ile ilk etapta sübjektif hakların değil, aksine objektif hukukun yani kamu menfaatinin hayata geçirildiğini ifade etmiştir. Topluluk davası yolu ile ferdi-liberal medenî yargılama hukuku anlayışından sapılarak sosyal hukukî koruma usulünün benimsendiği hakkında bkz. Peter Gilles, “Prozessrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht” (ZZP 1985/1, s. 1-31), s. 2.

5 Nevhis Deren-Yıldırım, “Kollektif Hukukî Himaye-Medenî Usûl Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu?” (YD 1997/1-2, s. 137-154), s. 139.

6 Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, 10. B., Ankara 2011, s. 318.

7 Gerhard Walter, “Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland”, *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol. 11, 2001 (s. 369-379), s. 373; Samuel P. Baumgartner, “Class Actions and Group Litigation in Switzerland” (<http://ssrn.com/abstract=932064>), s. 3 İsviçre hukukunda grup davasının neden kabul edilmek istenmediği hakkında yasalaraştırma sürecinde başlıca iki gerekçe ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisine göre bir kişinin diğerlerine haber dahi vermeksizin onlar adına bağlayıcı biçimde dava hakkını kullanmasının Avrupa hukuk anlayışına yabancı olup; davaların bir arada görülmesi konusunda “dava arkadaşlığı” ile “davaların birleştirilmesi” kurumlarından yararlanılabilir. İkinci gerekçeye göre ise grup davasının işlevselliği menşe ülke konumunda bulunan Amerika Birleşik Devletleri’nde dahi tartışmalıdır. Buna göre bu dava ciddi organizasyon problemlerine yol açtığı gibi dava açmakta yetkili grupların tanımlanması ve dava sonucu elde edilen kazancın paylaşılmasında da sorunlar yaşanmaktadır. Zira ilgili grup üyeleri davaya katılmama (*opt out*) hakkına sahiptirler. Nihayet, grup

sal, kültürel ve ekonomik itirazlar ileri sürülmektedir. Bununla birlikte kitlelere yönelik haksız fiiller bakımından grup davasına duyulan ihtiyacı karşılayamaya yönelik başka bir takım hukukî çareler öngörül-müştür. Bunlardan biri grup davası yoluyla ileri sürülebilecek taleplerin hükümet kuruluşları tarafından talep edilebilmesi ve dava konusu yapılabilmesi; ikincisi ise kitlelere yönelik olarak işlenmiş haksız fiiller nedeniyle gündeme gelebilen deneme davaları, fonlara yönelik çö-zümler, birlik davaları ve çeşitli çok taraflı çözümlerdir⁸.

II- YASAL DÜZENLEME

Topluluk davası aslında İsviçre'de uzun bir geçmişe sahiptir⁹. Topluluk davası ilk olarak 1937 yılında patentin butlanı için açılan bir dava ile kabul edilmiştir. Bunu müteakip 1943 tarihli Haksız Rekabet Yasası m. 2, III ile mevzuata girmiştir. Bu gelişmeyi Gayri Maddi Mal-ları ve Rekabet Hukuku kapsamında (Markanın Korunması Yasası m. 56, I/b; Rekabet Yasası m. 10, II/b) ile Toplu İş Sözleşmesi Yasası m. 15, II ile kabul edilen düzenlemeler izlemiştir.

Medenî Usûl Yasası Ön Tasarısı'nda topluluk davası ile genel ola-rak tespit, ref ve kaçınma (içtinap) taleplerinin ileri sürülmesi kabul edilmişti. Böylelikle özellikle kartel hukukuna ilişkin düzenlemeler ile tüketicinin korunması hukuku kapsam içine alınmak istenmişti. Ya-salaşma sürecinde bu geniş kapsamlı hüküm sert eleştirilere maruz

davalarının kötüye kullanıldığına da rastlanılmakta olup dava konusu edilen miktarlar astronomiktir. Bu şekilde davalı taraf -bir gecede iflâsın eşiğine gelmek istemiyorsa - pes etmeye zorlanmaktadır. Nitekim bu durum Amerikan huku-kunda "yasal şantaj" olarak adlandırılmaktadır (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, s. 7290: www.admin.ch/ch/d/fff/2006/7221.pdf). Baumgartner ise İsviçre hukukunda grup davasına karşı duyulan isteksizliğin temel iki sebebi olduğunu dile getirmiştir. Yazara göre bu sebeplerden birincisi başka ülkelerden yeni usulî araçların iktibasından kaçınılmak istenmesidir. Zira İsviçre'de mevcut 26 kantonun usulî düzenlemelerinin tek bir federal usul yasasında birleştirilmesi zaten yeterince güç olmuştur. Bir de buna dışarıdan iktibas edilen yeni usulî araç-ların eklenmesi doğru olmayacaktır. İkinci sebep ise grup davasının kabul edilme-si durumunda sırf karşı tarafı, yani davalıyı uzlaşmaya zorlamak için bu davanın bir araç olarak kullanılacağı endişesidir (Baumgartner, s. 13-14).

⁸ Özbay, s. 59.

⁹ Florian Bommer / Richard Gassmann / Beat Mathys, *Schweizerische Zivilprozess-ordnung*, Bern 2010, s. 382.

kalmış ve özel hukuktan kaynaklanan taleplerin münferit kişilere ait olduğu ve bundan dolayı ferdi olarak ileri sürülmesi gerektiği üzerinde durulmuştur¹⁰. Ayrıca Amerikan hukuk uygulamasında görülen grup davasının kötüye kullanılmasına yönelik girişimler de bir eleştiri olarak dile getirilmiştir¹¹.

Bu eleştiriler 1.1.2001'den itibaren geçerli olan Federal Medenî Usûl Yasası hazırlanırken¹² dikkate alınmıştır. Topluluk davası bahsi geçen Yasanın 89. maddesinde¹³ düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre statüleri gereğince belirli kişi gruplarının menfaatlerini korumaya yetkili olan, tüm İsviçre ya da İsviçre'nin belli bölgesi çapında faaliyet gösteren dernekler ve diğer kuruluşlar bu kişi gruplarının üyelerinin kişilik haklarının ihlâli durumunda kendi adlarına dava açabilirler. Topluluk davası ile şunlar talep edilebilir: a. Gelecekteki ihlâl tehlikesinin önlenmesi; b. Mevcut bir ihlâlin ortadan kaldırılması; c. Eğer bir ihlâlin etkisi hala devam etmekte ise bu ihlâlin tespiti¹⁴. Topluluk davasına ilişkin özel hükümler saklıdır.

İMUY m. 89 uyarınca bir topluluk davası açılabilmesi için bir kişi grubunun üyelerinin kişilik haklarının ihlâl edilmiş olması şarttır¹⁵. Burada akla öncelikle İsviçre Medenî Yasası m. 28 ve devamında korunan değerlerin ihlâli gelmektedir. Bu bağlamda kişisel özgürlük ve onur ile kişilerin sahip olduğu fiziki ve psikolojik bütünlük, özel yaşamın korunması ve ekonomik gelişme ile kişilik haklarının korunmasını somut biçimde hükme bağlayan özel düzenlemeler de buraya dâhildir. Örneğin, İsviçre Borçlar Yasası m. 328 yahut Bilgilerin Korunması Yasası m.

¹⁰ Botschaft, s. 7289.

¹¹ Bommer / Gassmann / Mathys, s. 382.

¹² İsviçre Federal Medenî Usûl Yasası'nın hazırlık çalışmaları hakkında geniş bilgi için bkz. Yavuz Alangoya, "İsviçre'de Yeni Federal Medenî Usûl Kanununa Doğru" (Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 83-102), s. 83 vd.; Murat Atalı, "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler" (MİHDER 2006/III, s. 607-631), s. 607 vd.

¹³ Söz konusu madde Federal Hukuk Muhakemeleri Yasa Taslağı'nın 79. maddesini karşılıkmaktadır. Bu maddenin tercümesi için bkz. Murat Atalı, "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı" (MİHDER 2005/I, s. 123-188), s. 139.

¹⁴ Görüldüğü gibi burada tazminat talebinden bahsedilmemiştir. Aynı şey HMK m. 113 bakımından da geçerlidir. Bu konuda bkz. Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 61.

¹⁵ Diğer bir deyişle, topluluk davasının kapsamı kişiler hukukuna ilişkin normların ihlâliyle sınırlandırılmıştır (Gasser / Rickli, s. 79).

15 gibi. Bu cümleden olarak bir ırkın, dini bir cemaatin ya da politik bir grubun şeref ve haysiyetine leke sürülmesinde ya da pek çok kişinin şahsi bilgilerinin araştırılıp temin edilmesi hallerinde topluluk davası açılabilir¹⁶.

Topluluk davası açılabilmesi için menfaati ihlâl edilen grubun kaç kişiden oluşması gerektiği konusunda herhangi bir hüküm bulunmamasıyla birlikte yasalastırma sürecinde yapılan tartışmalardan hareketle yasa koyucunun topluluk davası açılabilmesi için grubun tüm üyelerinin kişilik haklarının ihlâl edilmiş olmasını aradığı sonucuna varılabilir. Fakat her somut olayda grubun nasıl tanımlandığı, özellikle grubun üyelerinin hangi özellikleri itibarıyla üçüncü kişilerden ayrıldığı incelenmelidir¹⁷.

Grup üyelerinden birinin sahip olduğu bireysel özellik nedeniyle kişilik hakları ihlâl edilmişse, örneğin, bir meslek grubu üyesinin mesleki onuruna tecavüz edilmişse topluluk davası açılamaz. Şayet pek çok kişiye yönelik bir ihlâl, aynı zamanda bu kişilerin oluşturduğu bir grubu kapsamıyorsa bu durumda topluluk davası yerine ihtiyari dava arkadaşlığı (İMUY m. 71) gündeme gelecektir¹⁸.

Topluluk davasını ancak belli bir temsil yetkisini haiz dernek ya da kuruluş açabilir¹⁹. Nitekim, İMUY m. 89'da davacının tüm İsviçre ya da belli bir bölge çapında öneme sahip olması aranmıştır. Bundan dolayı sadece belli bir bölgeyi ilgilendiren yani yöresel nitelikteki talepler topluluk davası yoluyla ileri sürülemez²⁰. Bunun dışında dava açan kuruluşun²¹ kendi statüsüne göre ilgili grup üyelerinin menfaatlerini koruma konusunda yetkili de olması gerekir. Söz konusu menfaatler ekonomik ya da ideal olabilir²².

¹⁶ Bommer / Gassmann / Mathys, s. 382.

¹⁷ Bommer / Gassmann / Mathys, s. 382.

¹⁸ Bommer / Gassmann / Mathys, s. 382.

¹⁹ Kuruluşun dava hakkı, hakkı ihlâl edilen münferit kişinin dava hakkından bağımsızdır. Kuruluş aynı zamanda münferit bir kişinin de dava açmaya yetkili olduğunu ispatlamak mecburiyetinde değildir. Topluluk davasının bu özelliği İsviçre hukukunda haksız rekabet hakkındaki federal yasanın yürürlüğe girdiği 1988 yılından beri tanınmaktadır (Botschaft, s. 7289).

²⁰ Bommer / Gassmann / Mathys, s. 382.

²¹ Bu kuruluşun hukukî formu (dernek, şirket, kurum) ve amacı (ekonomik, ideal) önemli değildir. Bkz. Gasser / Rickli, s. 80.

²² Botschaft, s. 7289.

Vakıf gibi hiçbir üyeye sahip olmayan kuruluşlar da dava açmaya yetkilidir. Zira topluluk davası ile kuruluşun “*kendi üyelerinin*” menfaatlerinin değil, belli bir kişi grubunun menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır²³. Diğer bir deyişle, topluluk davası yoluyla muhtemel üyenin korunması değil, aksine “*belli kişi grupları*”nın menfaatlerinin korunması amaçlanır²⁴. Topluluk davası bakımından “*ilgili*” sayılacak kişilerin ise dava açan kuruluşun üyeleri olması gerekmektedir. Dava açan kuruluş yasanın aradığı şartları taşıyorsa açmış olduğu dava aktif husumet ehliyetinin bulunmaması nedeniyle reddedilecektir. Topluluk davası yoluyla kişilik hakları ihlâlinin men edilmesi, yapılan ihlâlin ortadan kaldırılması yahut bu ihlâlin tespiti istenir. Diğer deyişle, topluluk davası yoluyla sadece menfi mahiyetteki talepler ileri sürülebilir²⁵. Topluluk davası yoluyla bir grubun tamamının kolektif talepleri onları temsil eden kuruluş tarafından ilgililerin bireysel menfaatleri ihlâl edilmeksizin dava konusu edilebilir. Buna karşılık topluluk davası yoluyla tazminat istenemez. Tazminat talebi bireysel olarak ileri sürülebilir. Şüphesiz topluluk “*kendi*” menfaatini korurken herhangi bir sınırlandırmaya tâbi değildir²⁶.

Davayı açan kuruluş İMUY m. 89 uyarınca kendi adına hareket ettiğinden hüküm sadece onu etkiler; menfaatini temsil ettiği kişileri etkilemez. Bu husus, topluluk davasını davayı takip yetkisinden ayıran bir özelliktir. Topluluk davası bakımından “*ilgili*” konumunda bulunanlar topluluk davasının reddinden sonra aynı davalıya karşı bir kez daha bireysel taleplerini ileri sürebilirler. Bu yolla topluluk davasını açmış olan kuruluşun davada ileri sürmeyi ihmal etmiş olduğu vakırlar ve iddialar ikinci bir davada ileri sürülebilecektir²⁷.

²³ Gasser / Rickli, s. 80.

²⁴ Buna örnek olarak “*avukatlar*”, “*kadınlar*”, “*göçmenler*” verilebilir. Grubun münferiden tanımlanması güçtür. Çünkü her bir üst grup (ör. avukatlar) kendi içinde sayısız alt gruplara da ayrılabilir (ör. Dünya avukatları, Avrupa avukatları, İsviçre avukatları, Bern Kantonu avukatları vs.). Bu noktada ihlâl edilen kişilik hakkının açıklığa kavuşturulmasındaki kamusal menfaat belirleyici bir rol oynamaktadır (Gasser / Rickli, s. 80).

²⁵ Buna karşılık tazmin edici mahiyetteki talepler (maddi ve manevi tazminat) ileri sürülemez. Söz konusu tazminatlar ferdi olarak açılacak bir dava ile istenebilir (Gasser / Rickli, s. 80).

²⁶ Botschaft, s. 7289.

²⁷ Bommer / Gassmann / Mathys, s. 386.

III- GENEL OLARAK GRUP DAVASININ YERİNİ TUTAN USÛLÎ ARAÇLAR

İsviçre hukukunda kitsel zararlara ilişkin olarak Amerikan hukukundaki gibi grup davası açılmamaktadır. Grup davasının açılmasını gereken hallerde ise “*hükümet kuruluşları*” bu tip işlerle meşgul olmaktadır. Örneğin, İsviçre’de erkeklere ve kadınlara eşit davranılmasını gözeten federal ofis cinsiyet ayrımcılığının yapıldığı ileri sürülen halleri ele almaktadır. Benzer şekilde Federal Kartel Komisyonu karteli önleyen mevzuatın hayata geçirilmesiyle görevlidir. İsviçre hukukunda kitsel zararın ortaya çıkması durumunda başvurulabilecek yollar şunlardır: Deneme davası, dernek davası, fonlara yönelik çözümler ve çeşitli çok taraflı çözümlerdir²⁸.

Deneme davasında, davacılar tek bir dilekçeyle dava açma konusunda anlaşmakta ve verilecek hükmü benimsemektedirler. Örneğin 1986 yılında, Çernobil nükleer kazasından sonra İsviçre’de pek çok çiftçi satın alınmayacağını düşündükleri için elde ettikleri hâsılatı imha etmişlerdir. Çiftçilerden biri İsviçre hükümetine karşı dava açmıştır. Bu dava diğer üreticiler için de model teşkil etmiştir²⁹.

İkinci yol ise dernek davasıdır, bu dava tipinde kamu menfaatini gözeten bir kuruluşun açmış olduğu bir dava söz konusudur. Kuruluşun böyle bir dava açabilmesi için statüsünde amaçlarından birinin de üyelerinin menfaatlerini korumak olduğu gösterilmek zorundadır³⁰.

Üçüncü yol ise fonlara yönelik çözümlerdir. Kitsel zarar ile ilgili üçüncü yol ise yasama meclisi tarafından kabul edilmiş bulunan fonlara yönelik çözümlerdir. Bu bağlamda bir ilaçtan kaynaklanan hatalı doğumlar neticesinde Almanya’da mağdurlar için bir fon kurulmuştur. Yasa ilaç üreticisinin belli bir miktar para ödemek suretiyle bir fon oluşturmasını amirdir. Bu düzenleme neticesinde Amerikan tipi grup davasındaki duruma benzer bir şekilde mağdurlara ödeme yapılması sağlanmaktadır³¹.

²⁸ Özbay, s. 59.

²⁹ Walter, s. 372; Baumgartner, s. 44.

³⁰ Walter, s. 375.

³¹ Walter, s. 376.

Çok taraflı çözümler ile ise genel olarak tarafların birleşmesi, bekletici mesele sayma ve üst derece mahkemesi tarafından davaların birleştirmesi usulleri kastedilmektedir. Tarafların birleşmesine örnek olarak bir uçak kazasının mağdurlarının birleşerek ilgili uçak şirketine karşı birlikte dava açmaları örnek gösterilebilir. Bu kişilerin ayrı ayrı dava açmaları durumunda ise aradaki irtibattan dolayı davaların birleştirilmesi mümkündür. Bir diğer yol ise diğer davanın sonucunun bekletici mesele sayılmasıdır. Buna göre kitsel zararın meydana geldiği bir olayda davacıların hepsi aynı mahkemede dava açmayabilirler. Bu durumda mahkeme, dava sonunda insicamlı bir hüküm verebilmek için diğer davanın sonucunu bekleyebilir³².

Üçüncü yol ise üst derece mahkemesinin davaları birleştirmesidir. Bu ihtimalde aynı olaydan dolayı davacılar farklı mahkemelerde dava açmışlarsa üst derece mahkemesi açılan bu davaların yetkili tek bir mahkemede görülmesini karara bağlayabilir³³.

SONUÇ

Gerek 1.1.2001 tarihinden itibaren geçerli olan İsviçre Federal Medenî Usûl Yasası gerekse 1.10.2011 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu topluluk davasına yer vermek suretiyle medenî yargılama hukukundaki gelişmelere uygun olarak kolektif hukukî himayeye verdikleri önemi göstermişlerdir. Topluluk davasının kabul edilmesiyle bir yandan toplumsal yararın korunması bağlamında dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratılacak³⁴; öte yandan bireylerin daha etkin bir hukuki güvenceye kavuşmalarına katkıda bulunulacak ve ayrıca dava sayısının azaltılması³⁵ suretiyle dava ekonomisi hayata geçirilecektir³⁶.

³² Walter, s. 378.

³³ Walter, s. 378.

³⁴ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa, T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2011, s. 167.

³⁵ Mustafa Özbek, "Dünya Çapında Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", (AÜHFD, 2002/2, s. 121-159), s. 125.

³⁶ Haluk Konuralp, "Yargıtay Kararlarında Çevre Sorunları", (Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları, Ankara 1986, s. 65-96), s. 69.

KAYNAKLAR

- Dietmar Baetge, "Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen" (ZZP 1999/3, s. 329-351).
- Dominik Gasser / Brigitte Rickli, *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, Zürich 2010.
- Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, Ankara 2009.
- Eser Tekeli, *Grup Davası* (Tezsiz Yüksek Lisans Dönem Projesi), Ankara 2008.
- Florian Bommer / Richard Gassmann / Beat Mathys, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bern 2010.
- Gerhard Walter, "Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland", *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol. 11, 2001 (s. 369-379).
- Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özeker, *Medenî Usûl Hukuku*, 10. B., Ankara 2011.
- Haluk Konuralp, "Yargıtay Kararlarında Çevre Sorunları", (*Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları*, Ankara 1986, s. 65-96).
- İbrahim Özbay, *Grup Davaları*, Ankara 2009.
- İbrahim Özbay, "Grup Davalarına Kavramsal Bir Yaklaşım ve Ortak Hukuk (Common Law) Sistemlerinde Grup Davalarına İlişkin Gelişmeler", (*Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, İstanbul 2007, s. 1967-1988).
- İlhan Postacıoğlu, "Dava Teorisi Üzerine Bazı Mülahazalar" (*Tahir Taner Armağanı*, İstanbul 1956, s. 737-752).
- Murat Atalı, "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı" (MİHDER 2005/I, s. 123-188).
- Murat Atalı, "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler" (MİHDER 2006/III, s. 607-631).
- Mustafa Özbek, "Dünya Çapında Adalete Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", (AÜHFD, 2002/2, s. 121-159).
- Nevhis Deren-Yıldırım, "Kollektif Hukukî Himaye-Medenî Usûl Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez Un-

suru mu?" (YD 1997/1-2, s. 137-154).

Peter Gilles, *"Prozessrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht"* (ZZP 1985/1, s. 1-31).

Reinhard Greger, *"Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik-Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung"* (ZZP 2000/4, s. 399-412).

Samuel P. Baumgartner, *"Class Actions and Group Litigation in Switzerland"* (<http://ssrn.com/abstract=932064>).

Yavuz Alangoya, *"İsviçre'de Yeni Federal Medenî Usûl Kanununa Doğru"* (Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 83-102).

Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul 2006.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

e-imza



**3 Yıllık Elektronik İmza
USB Token**

3 İş Günü içinde Teslim

* Baro Onayı verildikten sonra 3 iş günü içerisinde teslim edilir.

Baro onayı için ödemenin Baro'ya ya da kredi kartı ile yapılmış olması gerekmektedir.

99 TL
KDV DAHİL

**30 GÜNLÜK Corpus
İçtihat ve Mevzuat Programı Üyeliği**
(Corpus Üyeliği ve kullanımı için BaroKart özellikli Avukat Kimlik Kartı Gereklidir)

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi

HİZMET KUSURU-HAKSIZ FİİL AYRIMI VE YARGI DÜZENİ

DISTINCTION OF NEGLIGENCE OF DUTY-TORT AND BRANCHES OF JUDICIARY

Çınar Can EVREN*

Özet: İdari yargı sistemini benimsemiş ülkelerde, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü idari yargı yerlerine aittir. Bu tür uyuşmazlıkların idare mahkemelerinde çözülmesi, göreve ilişkin bir konu olmanın ötesinde hukuk devleti ile de yakından ilgilidir.

Anahtar kelimeler: Yargıtay, Danıştay, hizmet kusuru, idari yargı.

Abstract: In those countries which adopt administrative jurisdiction system, disputes arising from administrative acts and actions are to be settled in administrative courts. This is not only an issue of jurisdiction, but also an issue directly related with the rule of law.

Key Words: Court of Cassation, Council of State, neglect of duty, administrative jurisdiction.

Giriş

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak idare kusurlu veya kusursuz olarak verdiği zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Türkiye’de geçerli olan adli-idari yargı ayrımı neticesinde, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından genel görevli yargı yeri idare mahkemeleridir. Adli yargı yerleri ancak özel düzenlemelerin varlığı halinde, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevlidirler.

İdare hukukunun kendine has ve bağımsız bir hukuk dalı olması, özel hukukta doğup gelişmiş bazı kurumları iktibas etmekle birlikte bu kurumları kendine özgü değişiklikler yaparak bünyesine almasına neden olmuştur. Bu kurumlardan bir tanesi de sorumluluk hukukudur.

* Ar. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bu çalışmada, özel hukuk ve Borçlar Kanunundaki haksız fiile ilişkin düzenlemelerden farklı şekilde gelişmiş olan hizmet kusuruna, eşitler arası ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarını uygulayan ve büyük çoğunlukla yargılamada tarafların söz sahibi olduğu usuller kullanan Yargıtay'ın nasıl yaklaştığı incelenmeye çalışılacaktır.

I. İdarenin Sorumluluğu

Sorumluluk, başkalarına verilen zararın karşılanması yükümlülüğünü ifade eder.¹ Sorumluluğun süjesi, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri olabileceği gibi devlet ve diğer kamu tüzelkişileri de olabilir.

Uygar ülkelerin hiçbirinde idarenin sorumsuz olduğu veya olması gerektiği iddia edilemez. İdarenin sorumluluğu, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biridir.

İdarenin sorumluluğu ister özel hukuka isterse kamu hukukuna tabi olsun aynı amaca, verilen zararların giderilmesine yönelik olmakla beraber², ait oldukları hukuki rejimler ve uyuşmazlık halinde çözümlenecekleri yargı kolları bakımından farklılık gösterirler.

II. İdarenin Özel Hukuka ve İdare Hukukuna Tabi Sorumluluğu

Özel hukuk alanındaki sorumluluğun temelini “kusur” oluşturur. Özel hukuktaki kusurun hem hukuka aykırılık gibi nesnel, hem de dikkatsizlik, tedbirsizlik, ihmal gibi öznel yönleri vardır. Özel hukuk alanındaki kusurun, tüzelkişilerden oluşan idarenin sorumluluğunun temeli olması ve ona uygulanabilmesi mümkün değildir.³ Bu açıdan,

¹ Deschenaux Henri - Tercier Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983, s. 1.

² Gözler Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 942; Candan Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınevi, Ankara 2005, s. 158.

³ Balkar Kemal Galip: “İdari Fiillerle Hususi Hukuk Fiillerin Benzerliğinden Doğan Teşhis Hatası ve Bundan Hâsıl Olan Neticeler”, AÜHF Dergisi, Ankara 1956, C. 8, S. 1-4, s. 98, (Teşhis hatası). Yne aynı Müellif bir başka eserinde de memurlarıyla idareyi birbirine bağlayan bağın mahiyeti itibarıyla özel hukuk hükümleri dışında kalan hükümler olduğunu, bu rabıttan doğan güçlüklerin de idare hukuku hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Balkar Kemal Galip: “Hizmet Kusurunun Sınırları”, İHF Mecmuası, İstanbul 1961, C. XXVI, S. 1-4, s. 19, (Hizmet kusuru).

hizmet kusuru, BK madde 41'deki haksız fiilden farklı olup idare hukukuna has, nev'i şahsına münhasır, muhtar, müstakil⁴, orijinal, olaylara göre değişebilen, esnek bir sorumluluk türüdür.⁵

Kamu hukukunda kusura dayanıldığında, kasıt, ihmal, dikkatsizlik gibi sübjektif öğeler aranmadan idarenin sorumluluğuna gidilir. Yani idarenin sorumluluğunun kamu hukukuna uygun biçimde nesnel nitelikte olması gerekir.⁶

İdarenin özel hukuka tabi sorumluluğu, özel hukuk sözleşme ve ilişkilerinden, idarilik vasfını kaybetmiş, mülkiyet hakkına veya kamu hürriyetlerine ağır biçimde hukuk dışı olarak saldırıda bulunması şeklindeki fiili yol⁷ niteliğindeki eylemlerinden ve kanunlarda adli yargıda görüleceği açıkça belirtilmiş uyuşmazlıklardan vuku bulup istisna teşkil eder.⁸ Bunun dışında idarenin, idari eylem ve işlemlerinden doğan mesuliyeti, idare hukuku esasları dairesinde ve idari yargıda çözümlenir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi özel hukuka tabi sorumlulukla idare hukukuna tabi sorumluluk ayrımı kendisini, uygulanacak hukuk kurallarında ve uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı düzeninin tespiti gösterir.⁹ İdari sorumluluk, kamu hukuku kurallarına tabi olup

⁴ Hizmet kusurunun bağımsız niteliğine rağmen Yargıtay “*Dava, davalı Belediye'nin trafik sinyalizasyonu yapımı nedeniyle yaptığı kazı çalışmaları sırasında davacı kablolarına verdiği zararın tazmini istemine ilişkindir. Davalı belediyenin davacıya verdiği zarar özü itibarıyla bir haksız fiil ise de, idarenin bir kamu hizmetinin ifası sırasında üçüncü kişiye verdiği zararlar hizmet kusuru sayılır. Hizmet kusurundan kaynaklanan zararlarla ilişkin davalar ise özel hukuk hükümlerine tabi değildir. Bu tür zararların tazmini yönünden idare aleyhine tam kaza davasının idari yargı yerinde açılması gereklidir.*” gerekçesiyle hizmet kusurunun aslında özel hukuktaki haksız fiil ile aynı olduğunu vurgulamıştır. Y11HD: 25.09.2003, E. 03/8842, K. 03/8315, Hukuk Türk, (HT).

⁵ Sarıca Ragıp: “*Hizmet Kusuru ve Karakterleri*”, İÜHF Mecmuası, İstanbul 1949, C. XV, S. 4, s. 859.

⁶ Gözübüyük Şeref -Tan Turgut: *İdare Hukuku Cilt I*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 799.

⁷ Gerek Anayasa gerekse İYUK'da idarilik niteliğini kaybeden eylemler ile idari eylemler arasında herhangi bir fark olmadığı; bu bakımdan bu tür eylemlerin idarilik vasfını yitirdiği bu sebeple idari yargının görevli olmayacağı görüşünün doğru olmadığı; fiili yol teşkil eden eylemlerden ötürü adli yargıya gidilmesinin nedeni olarak, adliye hâkiminin ilgilileri daha iyi koruyacağı görüşü ileri sürülmüştür. Yıldırım Turan: *İdari Yargı*, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 23.

⁸ Onar Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I-II-III, İstanbul 1966, s. 1691, (Cilt III).

⁹ Adli yargı idari yargı ayrımı ve bunun gerekliliği hakkında bilgi için bkz. Duran Lütfi: “*İdari Yargı Adlileşti...*”, İHİD, Y. 1982-3, S. 1-3, s. 54 vd. (İdari yargı).

uyuşmazlık halinde idari yargıda çözümlenecek olan mali sorumluluk türüdür.¹⁰ Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında¹¹ da “*kamu hukukunun bir bölümü olan idare hukuku, (devletin özel kişiler gibi hareket ettiği durumlar hariç) devlet ile kişilerin ilişkilerine ait kurallar topluluğu olup, özel hukuk ise, eşit hak ve menfaatlere sahip kişiler arasındaki hukuki ilişkilere ait kurallardan ibarettir. Bu durumun tabi bir sonucu olarak, idare hukuku ilişkin ve anlaşmazlıklarına idare hukuku kuralları, özel hukuk ilişki ve anlaşmazlıklarına ise özel hukuk kurallarının uygulanması gereklidir. ... Hukuk alanında devamlılık (istikrar) ve güven ise temel ilkelere dendir. Onun için anlaşmazlık sebebi idare hukukunu ilgilendiren bir sebep ise bu çelişkiyi önlemek, ikili sonuca varma ihtimalini ortadan kaldırmak, uygulamada yeknesaklığı sağlamak, için de, tasarrufun ait bulunduğu hukuk kurallarının uygulanması zorunludur.*” gerekçesiyle özel hukuk kamu hukuku ve dolaylı olarak adli yargı idari yargı ayırımına değinilmiştir.¹²

İdarenin kamu hukukuna tabi sorumluluğu, özel hukuktaki sorumluluktan etkilenmiş olup, idare hukukunda yazılı bir kural bulunmadığı hallerde özel hukuk hükümlerinden yararlanılacak olsa da, özerktir. Özerklik, sorumluluk ilkelerinin özel hukuk sorumluluğu ilkelerinden farklı olmasıdır.¹³ Örneğin, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi nedeniyle idarenin sorumlu tutulmasının bir benzeri özel hukukta mevcut değildir; idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için varlığı gereken zararın nitelikleri de özel hukuktaki zarardan farklıdır. Hatta idarenin sorumluluğunda tazmini gereken zarar hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk noktasında dahi farklılık göstermektedir. Yine sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin davranışı ile zarar arasında bir illiyet bağı olmasa bile idare doğan zarardan sorumlu tutulabilir.

Hizmet kusurunda kamu görevlisi basit kusurundan dolayı sorumlu tutulmayabilirken, özel hukukta istihdam edilenin sorum-

¹⁰ Gözler: s. 952.

¹¹ YİBK: 05.04.1973, E. 72/6, K. 73/2, aktaran Şener Esat: Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara 1997, s. 596.

¹² Yargıtay, Anayasa hükümlerinde adli-idari yargı ayırımının yapıldığını da ifade etmiştir. YHGK: 11.02.1998, E. 98/4-27, K. 98/100, (HT).

¹³ Gözler: s. 954; Onar’a göre ise idare hukukunun konusuna giren bir meselenin çözümünde idare hukuku hükümleri yetersiz kalırsa, meselenin hükmünü Medeni Kanun veya Borçlar Kanununda aramaya imkan yoktur. Bu takdirde hukukun ana prensiplerine ve temel kaide-lerine dayanılarak meselenin içtihat yoluyla halledilmesi gerekir. Özel hukuk müesseseleri idare hukuku sahasına nakledilince, bu hukukun potasında ona uygun kalıplara girerek başka bir şekil ve mahiyette ortaya çıkarlar. Onar: s. 112, (Cilt I).

luluğu hafif kusurunun varlığı halinde dahi söz konusu olur. Özel hukukta kusursuz sorumluluk sınırlı ve istisnai hallerde söz konusu olurken idarenin kamu hukukuna tabi sorumluluğunda, herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan idarenin kusursuz sorumluluğuna da gidilebilir; özel hukukta sorumluluk kuralları kanun koyucu tarafından yasalarla belirlenirken, idari sorumluluk alanında bu kurallar içtihatlarla doldurulur. İdarenin sorumluluğu konusundaki ilkelerin yasalarla dondurulmayıp içtihatlarla geliştirilmesi, idarenin sorumluluğu karşısında her somut olayın özelliğine göre idare hukuku kavram ve ilkelerinin tartışılmasını, değerlendirilmesini ve sonuca varılmasını sağlar.¹⁴

O halde idare hukukunda, özel hukuktaki sorumluluk anlayışından esinlenilerek¹⁵, kamu yönetimi için, kamu hukuku kuralları göz önünde tutularak, özel hukuktakinden ayrı¹⁶ bir sorumluluk geliştirilmiş olup bu sorumluluğun kendine özgü kuralları vardır.¹⁷ İdarenin sorumluluğunun özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri için getirilen hükümlere tabi tutulmamasının nedeni, özel hukuk alanında olduğu gibi taraflar arasında eşitliğin olmaması, taraflar arasında gerek kamu gücü kullanımı gerekse menfaatler arasında farklılık bulunmasıdır.

¹⁴ Kutlu Meltem: “*Deprem ve İdarenin Sorumluluğu*”, Amme İdaresi Dergisi, Ankara 1999, S. 34, s. 27; Gözübüyük Şeref: “*Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu*”, AÜSBF Dergisi, C. 50, S. 3-4, s. 194, (Terör olayları).

¹⁵ “...davacının zararının BK. 58. maddesindeki bina malikinin sorumluluğunun idare hukuku alanında yansımaları biçiminde uygulanarak kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idarece giderilmesi...” AYİM2D: 12.10.1993, E. 93/555, K. 93/519, aktaran Gözübüyük\Tan: s. 862.

¹⁶ İdarenin sorumluluğunun tespitinde, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukuk kurallarının uygulanamayacağına ilişkin ilk karar, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından 1873 yılında verilen Blanco Kararı’dır. Kararın gerekçesi, yapılan itirazlar ve öğretisel tartışmalar için bkz. Delcrox Xavier - Delcrox Bernard: Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çev. Turgut Candan, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1984, s. 1 vd; Lemothe A. L. G. Dutheillet: “*İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler*”, Çev. Süheyp Derbil, AÜHF Dergisi, Ankara 1960, C. 17, S. 1-4, s. 113; Atay E. Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 561; Çağlayan Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayınları, Ankara 2007, s. 118; Gözler: s. 953.

¹⁷ Gözübüyük Şeref: Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 289, (Yönetim hukuku); Duran Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri - Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yayınları, No. 138, Ankara 1974, s. 10, (Türkiye idaresinin sorumluluğu); Esin Yüksel: Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, Ankara 1976, s. 17.

III. Hizmet Kusuru

İçtihatlarla geliştirilmiş olan hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ya da aksaklığı ifade eder.¹⁸

Danıştay'ın eski tarihli bir kararında belirttiği üzere bir olayda hizmet kusurunun varlığından söz edebilmek için, "... idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetiminin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç veya zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanmış olması..." gerekir.¹⁹

Hizmet kusuruna ilişkin Sarıca'nın yaptığı tanım ise şöyledir:²⁰ "İdarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, yapısında, personeline ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır."

Hizmet kusuru, kamu görevlisinin kusurundan bağımsızdır. İdarenin ajanı kusurlu da kusursuz da olsa, idarenin işleyişinde, kuruluşunda veya düzenlenmesinde bir aksaklık varsa hizmet kusuru vardır.²¹ Danıştay bir kararında²², bireyin uğradığı zararın tazmini için kamu görevlisine izafe edilecek bir kusurun aranmamasının, idare hukukunda kusuru ayıran en önemli faktörlerden biri olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay ise hizmet kusurunu "hizmetin olağan işleyişi içerisinde idarenin bir ya da daha çok görevlisine düşen (ve fakat salt kişisel kusur olarak tanımlanamayan) yanlışlıklar" şeklinde tanımlamıştır.²³ Oysa hizmet ku-

¹⁸ Günday Metin: İdare Hukuku, 6. Aynı Bası, İmaj Yayınları, Ankara 2002, s. 320, (İdare hukuku).

¹⁹ D10D: 17.10.1983, E. 82/185, K. 83/1984, DBB.

²⁰ Sarıca: s. 858.

²¹ Günday: s. 320, (İdare hukuku).

²² D12D: E. 68/2424, K. 69/1911, aktaran Gözübüyük\Tan: s. 803.

²³ Y4HD: 11.03.1997, E. 96/12172, K. 97/6014, HT.

surunda kusurlu personeli tespit etmek her zaman mümkün olmadığı gibi bazı durumlarda tespit etme yoluna da gidilmemektedir. Bu durum bir Danıştay kararında şu şekilde belirtilmiştir: “Hizmetin kusurlu işlemesi kamu ajanlarının kusurundan ileri gelebileceği gibi bu ajanlara izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın da hizmet kusurlu işlemiş olabilir. Fertlerin uğradıkları zararın tazmini için mutlaka ajanlara yani görevlilere izafe edilebilecek bir kusurun mevcudiyeti aranmaz”.²⁴

İdareye yabancı kişilerin verdiği zararlardan dolayı kural olarak idare sorumlu tutulamaz. Ancak, idarenin bir kamu hizmetini özel kişilere gördürmesi sırasında meydana gelen zararlardan idarenin de sorumlu tutulduğu görülür. Danıştay, idarenin yapması gereken hizmeti özel kişilere yaptırması ve bu hizmet sırasında zararın meydana gelmesinin yürütülen hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyeceğini; idarenin bu hizmetin görülmesinde sürekli bir gözetim ve denetiminin olması gerektiğini, bu denetimin yokluğunun hizmetin kötü işlemesi sayılacağını ve idarenin bundan sorumlu tutulacağını ifade etmiştir.²⁵

Yargıtay, Davalı DSİ Genel Müdürlüğü vekilinin kazaya neden olduğu iddia edilen inşaatın 1996 yılında taşeron şirkete ihale ettiklerini ve inşaatın halen devam ettiğini belirterek sorumluluğun müteahhit şirkete ait olduğunu savunması ve idari yazışmaları delil olarak sunması üzerine, bu savunma karşısında DSİ Genel Müdürlüğü ile anılan şirket arasında eser sözleşmesi olup olmadığının saptanması yönünden anılan sözleşme celbedilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine, bu nedenle eksik inceleme ve araştırma ile davanın DSİ

²⁴ D12D, 20.01.1970, E. 68/1043, K. 70/104, aktaran Akyılmaz Bahtiyar - Sezginer Murat - Kaya Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 150.

²⁵ D10D: 16.12.2003, E. 02/7475, K. 03/5193, DBB. “...İdarenin sorumluluktan kurtulması için üçüncü şahıslarla yapmış olduğu mukaveleler ve yazılı belgeler ancak idare ile bu şahıslar arasında muteber olup, bunlar dışında zarar gören diğer şahıslara sirayet etmeyeceği gibi, bu zararlardan dolayı mukavele yapan şahsa müraacaat ve zararı bu şahıslardan isteme zorunluluğu getirmez...İdare uhdesine tevdi kılınan yol yapım ve bakım hizmeti olarak tezahür eden kamu hizmetinin devamlı murakabesini yapmak zorunda olduğundan, müteahhit firmaca bu hizmet için alınacak ve alınmış tedbirlerin kifayetli olup olmadığını bizzat kontrol etmesi gerekir.” D12D: 20.05.1970, E. 69/187, K. 70/1087; D6D: 18.03.1970, E. 66/2898, K. 70/713, aktaran Çağlayan: s. 218; benzer kararlar için ayrıca bkz. D10D: 28.01.1997, E. 95/7597, K. 97/27; D10D: 27.02.1996, E. 94/8103, K. 96/864; D10D: 09.10.1995, E. 94/2806, K. 95/4243, aktaran Bal Yakup - Şahin Yahya - Karabulut Mustafa: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 280-285.

Genel Müdürlüğü yönünden kabulünün usul ve yasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.²⁶ Yukarıda Danıştay kararında belirtildiği gibi, hizmetin özel kişilere gördürülmesi hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmez ve bu nedenle idarenin bu hizmetin gerekli şekilde yürütüldüğünü sürekli gözetmesi gerekir. Yargıtay bir başka kararında “*Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü karayollarının yapım ve denetiminden sorumlu bir kamu kuruluşudur. Kural olarak da işlem ve eylemleri kamusal nitelikte ve kamu hizmeti kavramı çerçevesindedir. Dava dilekçesinde, davalının denetim görevini usulüne uygun olarak yerine getirmediği ileri sürülmüştür. Ki, bu sorumluluk nedeni, kamu hizmeti ile ilgili ve hizmet kusuruna ilişkindir. İdarenin, hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı; İdari Yargılama Usulü yasası m.2/1-b hükmü uyarınca idareye karşı ve idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir.*” gerekçesiyle aynı hususu vurgulamıştır.²⁷

İdarenin kusurlu sorumluluğunda yer alan kusur, hizmet kusuru olarak algılanır ve genel olarak üç halde hizmet kusurunun varlığı kabul edilir. Bunlar, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi veya hizmetin hiç işlememesi halleridir.²⁸ Yargıtay da benzer şekilde bir kamu hizmetinin yanlış düzenlenmesi, kötü yürütülmesi, kusurlu tertibi sonucunda zarar doğması halinde hizmet kusurunun mevcut olduğunu belirtmektedir.²⁹ Yargıtay, kamu hizmetinin yönteminin ve bu bağlamda hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, kamu gücüne dayalı, re’sen ve tek yanlı olarak tesis edilen ve idari nitelik taşıyan işlemler nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların giderilmesinin³⁰; bir kamu kuruluşu tarafından verilmiş olup, yerine getirilmesi gereken bir kararın, plan ve projesine uygun olarak uygulanmaması yüzünden zarar görenlerce (hukuku muhtel olanlarca) açılan davaların³¹; bir kamu kuruluşu tarafından, kamu yasaları uyarınca yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma yükümlülüğünün gerek

²⁶ Y17HD: 28.12.2004, E. 04/6630, K. 04/14233, HT.

²⁷ Y4HD: 21.05.2003, E. 03/458, K. 03/6581, HT.

²⁸ D10D: 10.04.2006, E. 05/1870, K. 06/2294, DD, Y. 36, S. 113, s. 306; D10D: 13.02.2006, E. 04/9120, K. 06/1220, DD, Y. 36, S. 113, s. 309.

²⁹ Y4HD: 01.11.2005, E. 05/3352, K. 05/3429, ayrıca bkz. Y11HD: 05.10.2005, E. 04/11793, K. 05/9308; Y11HD: 03.11.2003, E. 03/9859, K. 03/10310; Y11HD: 22.05.2003, E. 02/12752, K. 03/5333, HT.

³⁰ Y11HD: 05.04.2007, E. 05/14047, K. 07/5386; Y11HD: 10.11.2003, E. 03/10530, K. 03/10657, HT.

³¹ Y1HD: 16.03.2005, E. 05/2442, K. 05/2954, HT.

yapılmasındaki, gerekse kullanılması veya muhafazasındaki kusurdan doğan zararlar, idari karar ve eylemlerden doğan zararlar niteliğinde bulunduğundan onların ödetilmesi isteklerinin³²; kamu hizmeti görmekle yükümlü olan idarenin bu hizmetin yapım ve onarımı sırasında verdiği zararların³³; hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının; mecburi bir kamu görevinin yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen zararların (kamu görevi ile ilgili olup, hizmet kusuru sonucu doğmuş olacağından³⁴); bir amme müessesesi tarafından ittihaz edilmiş olan lazimül icra ve kararın tatbik ve icrasından dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılmış olan davaların³⁵ idare hukuku ilkeleri uyarınca incelenmesi gerektiğine ve bu tür davalara bakmaya idari yargı yerleri görevli olduğundan adli yargı yerlerinin görevsizliğine karar vermektedir.³⁶ Özetlemek gerekirse, bu tür durumlarda Yargıtay'a göre hizmet kusuru mevcut olduğundan, uyuşmazlıkları çözümleme görevi idare mahkemelerindedir.

Yine Yargıtay kararlarına bakıldığında, yol çalışmasında yolun bozulan kısmını belli edecek şekilde yeterli işaretleme yapmamak³⁷, gerekli önlemleri almamak veya aldırılmamak³⁸, mevzuata aykırı olarak yapı ve tadilat ruhsatı vermek ve ruhsatlı da olsa sonrasında denetim görevi çerçevesinde binayı yıkmaya veya durdurmaya ilişkin kamusal yetki ve görevinin gereğini yerine getirmemek³⁹, topraklama yapmamak, tel örgü çekmemek, gerekli kontrolü yapmamak, dikkat ve özen göstermemek, nitelikli eleman görevlendirmemek⁴⁰, hizmeti hiç yerine getirmemek (kullanma suyu şebekesi ve kullanılmış suları uzaklaştırma kanalizasyon şebekesi kurulmaması...) gibi durumlar hizmet kusurunu oluşturmakta ve bu tür olaylardan doğan uyuşmazlıkları çözümleme görevi de idari yargıya ait olmaktadır.

³² Y17HD: 28.12.2004, E. 04/6630, K. 04/14233, HT.

³³ Y11HD: 29.04.2002, E. 02/372, K. 02/4037, HT.

³⁴ Y11HD: 27.09.1999, E. 99/5362, K. 99/7195, HT.

³⁵ YİBK: 11.02.1959, E. 58/7, K. 59/10, aktaran Şener: s. 364.

³⁶ Y4HD: 03.04.2008, E. 08/1471, K. 08/4639; Y4HD: 25.12.2007, E. 07/11301, K. 07/16309; Y11HD: 02.11.2004, E. 03/14076, K. 04/10738, HT.

³⁷ Y19HD: 11.03.2002, E. 02/1368, K. 02/1620; Y11HD: 27.09.1999, E. 99/5362, K. 99/7195, HT.

³⁸ Y11HD: 08.11.1999, E. 99/7056, K. 99/8935, HT.

³⁹ Y4HD: 24.03.2003, E. 02/13029, K. 03/3443, HT.

⁴⁰ Y4HD: 17.03.2003, E. 02/12690, K. 03/3012, HT.

⁴¹ YHGK: 01.10.1997, E. 97/19-526, K. 97/754, HT.

Anayasa'nın 65. maddesinde devletin görevlerini "mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde" yerine getireceği hükmü yer alır. Bu hüküm karşısında hizmetin hiç işlememesi, mali kaynakların yetersizliği sonucu oluşmuşsa hizmet kusurunun da mevcut olmayacağı düşünülebilir. Danıştay eski tarihli bir kararında⁴² "...Devletin sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliğiyle sınırlıdır... Dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı bir halde tutulması mali ve teknik imkânlarla bağlı olduğundan, bu kabil hallerde doğan zararlardan devleti sorumlu tutmaya hukuken imkân olmadığı..." gerekçesiyle bu görüşü benimsemiştir. Ancak mali kaynakların yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerini sınırlandırmak gerekir. Zira idare, her zaman bu yetersizliği ileri sürerek sorumluluktan kaçınabilir.⁴³ Nitekim Danıştay daha sonraki bir kararında⁴⁴ "yol yapımının maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilememiş olması olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir neden olarak kabul edilemez" gerekçesiyle eski içtihadını değiştirmiştir. Yargıtay ise "... Yolun buzlu ve kaygan olması, hava soğukluğundan kaynaklanan doğal bir olaydır. Bu tür doğal olaylara karşı tedbir alınması, bir takım imkânlarla ve zamanla ilgilidir. Karayolları gibi hizmet alanı çok geniş olan bir kuruluşun havanın anında soğuması ile oluşabilen buzlanmayı bir anda giderebilmesi olanak dışıdır. Yörenin iklim şartları da buna imkân verecek gibi değildir. Araç sürücülerinin hızlarını hava ve yol şartlarına uygun biçimde ayarlamaları gerekir. Trafik kaza raporunda sürücünün hızını, hava ve yol şartlarına uygun ayarlamadığı da açıkça yazılıdır. Kaza raporunda idarenin de kusurlu olduğuna değinilmiş ise de, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün kusurunun tam izahı yapılamamıştır. Toplanan delillere göre davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün kazada kusurlu görülmesi isabetli değildir. Mahkemece, salt iklim şartlarına bağlı buzlanmanın hizmet kusuru olarak kabulü isabetli değildir." gerekçesiyle davacının rücu talebini reddetmiştir.⁴⁵ Söz konusu kararda, müteferik kusurun bulunduğu söyleyebilmek mümkün olmakla birlikte, bilirkişinin verdiği rapordaki görüşün neden dolayı reddedildiği tam olarak açıklanmadan, idarenin elindeki imkânların yetersiz olduğunu

⁴² D12D: 27.10.1972, E. 70/5736, K. 72/1282. Günday'a göre, idarenin yürütmeye başladığı bir kamu hizmetini daha sonra mali kaynaklarını gerekçe göstererek bırakması halinde sorumluluğunun devam etmesi gerekir. Günday: s. 323, (İdare hukuku).

⁴³ Günday: s. 324, (İdare hukuku).

⁴⁴ D10D: 13.09.1993, E. 93/724, K. 93/3146, DBB.

⁴⁵ Y17HD: 28.03.2007, E. 07/848, K. 07/1020, HT.

ileri sürerek zarardan sorumlu tutulamayacağını ifade etmek, hizmet kusurunun mantığına aykırıdır. Zira idarenin yolları açması mümkün değilse bile en azından olabilecek muhtemel kazalara karşı yolu belirli bir süre için kapalı tutma yetkisi mevcuttur. İdare özel hukuk kişilerinden farklı olarak, kamu hizmetini yerine getiren veya denetleyen olarak her zaman kamu gücü kullanma yetkisine sahiptir.

IV. Yargıtay'ın Hizmet Kusuruna İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay kararları incelendiğinde, aslında idare hukukunun konusu olup, idari yargıda çözümlenmesi gereken ve yasalarla da herhangi bir istisna getirilmemiş olan⁴⁶ bir takım uyuşmazlıkların yine Yargıtay'ın çeşitli mülhazaları nedeniyle adli yargıda çözümlendiği görülür. Biz burada, kamu iktisadi teşebbüslerinin (KİT), Karayolları Trafik Kanunu (KTK) uyarınca idarenin taşıtlarının (TCDD'nin işletmesinde olan trenlerin) verdiği zararlardan doğan uyuşmazlıklar üzerinde duracağız. Bunlar dışında, mevcut yasal düzenlemeler karşısında özellikle Yargıtay'ın kişisel kusur gerekçesiyle ve çeşitli kıstaslar geliştirerek kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğuna karar verdiği içtihatları da olmakla birlikte hizmet kusuru-şahsi kusur ayrımı incelenmeyecek olduğu için bu çalışmada söz edilen son konuya değinilmemiştir.

Yağmur sularının yetersiz ve bakımsız bulunan davalıya ait kanalizasyon sistemiyle tahliye edilemediğinden, biriken suyun davacının işyerine girerek malzemelerine zarar verdiği gerekçesiyle, tazminat istemine ilişkin açılan davada Yargıtay, uyuşmazlığın niteliğine göre, somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti bakımından öncelikle, davalı İSKİ Genel Müdürlüğünün hukuki statüsünün irdelen-

⁴⁶ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde 11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile yapılan değişiklik ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6110 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde idarenin araçlarının veya işlem ve eylemlerinin verdiği zararlardan doğan davaların adli yargıda çözümleneceği belirtilmiştir. Bu durum karşısında artık idari işlem ve eylemlerden doğan zararların büyük kısmının karşılanması için açılacak davalarda görevli yargı yeri adli yargı olacaktır. Yargıtay'da bu konularda içtihat mahkemesi haline gelecektir.

mesi gerektiğini belirtmiş, Davalı İSKİ Genel Müdürlüğü'nün İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı bulunan, bir kamu kurumu olduğunu tespit etmiş ve "İSKİ ...Özel Hukuk hükümlerine göre idare edilen bir kamu kuruluşu olması yanında, ticari şekilde veya iktisadi esaslara göre işletilmekte; yaptığı işler itibarıyla de ticarethane sayılmakta ve sonuç itibarıyla de çok açık biçimde tacir sıfatını taşımaktadır. İSKİ'nin, TTK. 3. maddesinde sayılan haksız fiilinden kaynaklanan eldeki davanın, hizmet kusuru bulunduğundan bahisle İdari Yargı yerinde görüleceğinin ileri sürülmesi mevcut yasal düzenleme ve eylemsel uygulama karşısında da geçerli bir görüş olarak benimsenemez. ... Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerine ilişkin olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemleri, özel hukuk alanına ilişkin olduğundan bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemez. Kamu idare ve kurumlarının kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde veya ondan sadır olan eylemlerinde hizmet unsuru söz konusu olduğu halde, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi olarak yürüttüğü hizmetlere ilişkin faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlardan ötürü, ilgili kamu tüzel kişisinin sorumluluğu özel hukuk hükümleri ve ilkeleri uyarınca belirlenmelidir. Durum bu olunca, tacir sıfatını taşıyan davacı ile yine açıklanan nedenlerle tacir olduğu kabul edilen davalı İSKİ arasındaki haksız fiilden kaynaklanan davaya adli yargı yerinde bakılacağına kuşku bulunmamaktadır." gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuş ve uyuşmazlığı çözümlenmekle görevli olarak adli yargı mercilerini görevli görmüştür.⁴⁷ Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak güçtür. Yargıtay, İSKİ'nin ticari esaslara göre faaliyette bulunan bir kamu tüzel kişiliği olduğunu belirtmiş ve görevlerini yerine getirirken verdiği zararlardan dolayı özel hukuk hükümleri uyarınca sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. İSKİ'nin yerine getirdiği faaliyet, devletin eskiden beri yürüttüğü idari kamu hizmetlerindedir. Ayrıca olayda zarar, İSKİ ile abone arasında imzalanan sözleşmenin yerine getirilmemesinden değil, İSKİ'nin kendi bünyesi içinde yürüttüğü hizmeti hatalı sunması veya gerekli bakım ve özeni göstermemesi nedeniyle doğmuştur. İSKİ'nin ticari esaslar uyarınca

⁴⁷ YHGK: 03.10.2007, E. 07/497, K. 07/694, ayrıca bkz. Y7HD: 24.05.2005, E. 05/1689, K. 05/1633; Y11HD: 04.03.2002, E. 02/1050, K. 02/1866; Y4HD: 11.04.2002, E. 02/3862, K. 02/4545; Y4HD: 15.12.1997, E. 97/7679, K. 97/11957; Y4HD: 03.10.1996, E. 96/7639, K. 96/8728, HT.

faaliyette bulunması O'nun kamu hizmetini sunmak için hazırladığı alt yapının eksikliğinden doğan zararlar açısından da adli yargıya tabi olması sonucunu doğurmaz. Zira hizmet kusuru, hizmetin hiç, eksik veya zamanında yerine getirilmemesidir. Bu nedenle olayda hizmet kusurunun varlığı söz konusudur ve hizmet kusurundan dolayı açılan davalarda görevli yargı yeri idare mahkemeleridir.

Yargıtay, yukarıdaki karara konu olaya benzer bir nedenle açılan davada vermiş olduğu bir başka kararda⁴⁸ "*Dava, davalı idareye ait ana su borusunun patlaması sonucu davacıya ait işyerini su basması sonucu zarar gördüğü maddi olgusuna dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davalı İSKİ'nin ... özel hukuk hükümlerine göre idare edilen kamu kuruluşu olduğunun kabulü gerekir. ... İSKİ'nin abonelerinden kullanma suyu ve atık sular için talep ettiği bedel konusunda çıkan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğu benimsenmişken (YHGK: 16.10.1996 E.1996/13 - 346, K.1996/699) aynı kurumun şahıslara karşı haksız eyleminden dolayı idari yargının görevli olduğunu söylemek 2560 sayılı Yasanın uygulanmasında çelişki yaratacağından benimsenemez. Bu durumda tacir olan İSKİ ile davacı arasında haksız fiilden kaynaklanan davaya bakma görevinin Adli Yargıya ait olduğu*"na karar vermiştir. Yargıtay'ın bu kararında da eleştirilebilecek noktalar vardır: Zarar, zarar görenle İSKİ arasındaki bir sözleşme ilişkisine dayanmayıp idarenin hizmet kusurundan doğmuştur. İSKİ'nin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde tacir sayılması ile kamu hizmeti sunarken yerine getirmesi gereken sorumluluklarını ihmal etmesi farklı hususlardır. Bunlardan ilki (idarenin özel hukuk kişisi olarak hukuki bir ilişkiye girmiş olması nedeniyle) ticari ilişki sayılıp uyuşmazlık halinde adli yargı mercileri görevli olabilecek iken, ikinci durumda İSKİ'nin görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini, hizmetin gerektirdiği yükümlülüklerle aykırı yürütmesinden doğan bir zarar söz konusudur ve hizmet kusurundan doğan uyuşmazlıklarda idari yargı görevlidir. Yargıtay bu kararında görülen hizmetin kamu hizmeti olduğunu açıkça vurgulamış olmakla birlikte kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zararın özel hukuk hükümlerince giderilmesi gerektiğini söylemektedir. Daha önce ifade edildiği gibi İSKİ ile

⁴⁸ Y11HD: 01.03.1999, E. 98/9893, K. 99/1706, ayrıca bkz. Y11HD: 27.11.1997, E. 97/7681, K. 97/8619, HT.

davacı arasında akdedilen abonman sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların (bedel konusunda doğan) adli yargıda çözümlenecek olması (İSKİ'nin ticari esaslar uyarınca faaliyette bulunması ve yapılan sözleşmelerin bir mal veya hizmet alımı olarak kabul edilmesi nedeniyle) hizmetin yerine getirilmesi sırasında doğan zararların da adli yargı yerlerinde çözümlenmesini gerektirmez. Benzer şekilde Anayasa ile öngörülmüş bulunan adli-idari yargı ayrımı, "...2560 sayılı Yasa'nın uygulanmasında bütünlük sağlanması gerekir..." düşüncesiyle göz ardı edilmemelidir. Yargıtay'ın bu görüşünün kabulü, aynı zamanda aynı zarara ilişkin davaların birden fazla yargı düzeyinde görülmesi sonucu hüküm uyumsuzluğuna neden olabilecek ve sorumluluğu ve tazmin borçlarının paylaşılmasını zorlaştırabilecek niteliktedir.⁴⁹ Ortada bir kamu hizmeti varsa hizmetten yararlananlar, özel işletmelerin müşterileriyle münasebetlerini düzenleyen özel hukuk kurallarına değil; idare hukukunun kanunî durum kurallına göre haklarını arayacaklar ve borçlarını yerine getireceklerdir. Kamu hizmeti olan bir durum karşısında haksız fiil, haksız rekabet gibi hususlarda uygulanan özel hukuk kuralları değil; hizmet kusuru, nasafet, beklenmeyen durumlar gibi idare hukukuna özgü kurullar uygulanmalıdır.⁵⁰

Hizmet kusuru haksız fiil olarak nitelendirilirse ve aslında doğan zararın personelin haksız fiilinden doğduğu kabul edilirse, bu durumda hizmet kusuru amacından sapmış olur. Zira hizmet kusuru sadece ve ilk etapta tazminat talebinin görevliden idareye yönlendirmesini sağlayan usuli bir hüküm olarak değerlendirilirse bu durumda kamu görevlisini yeterli şekilde eğitmeyen, denetlemeyen, seçiminde gerekli özeni göstermeyen idarenin mevcut kusuru perdelenebilecektir.

Hizmet kusurunun haksız fiil olarak nitelendirilmesini engelleyen bir başka neden ise, haksız fiil halinde kişinin hafif kusurunun varlığı halinde dahi sorumluluğu söz konusu olmasına rağmen, hizmet kusurunda hafif kusurun varlığının personelin sorumluluğunun varlığı için yeterli görülmemesi gerekliliğidir. Örneğin bir hastanede,

⁴⁹ Duran Lütfi: Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar II, Amme İdaresi Dergisi, Ankara 1985, C. 18, S. 3, s. 48, (Mülâhazalar II).

⁵⁰ Derbil Süheyp: "Kamu Hizmeti Nedir ?" , AÜHF Dergisi, Ankara 1950, C. 7, S. 3-4, s. 30.

personel sayısının da yeterli olmaması nedeniyle, doktorlara hastane nöbeti yerine (idareye bu konuda bir takdir yetkisi verilmesi şartıyla), sadece ev nöbeti zorunluluğu getirildiği durumlarda mesai saatleri dışında hastanede meydana gelen acil bir olay sonucu doğan zarardan, evinden çağırılan ve hastaneye makul sürelerde ulaşan doktorun herhangi bir kusuru olduğu söylenemez. Zira hukuki bir zorunluluğu olmadığı müddetçe bir doktorun 24 saat hastanede kalması beklenebilir. Aynı zamanda öteden beri uygulanmakta olan ev nöbeti uygulamasını devam ettiren başhekimin de kendisine verilen takdir yetkisini kullanarak uygulamayı bu şekilde devam ettirmesini sorumluluk nedeni olarak kabul etmek zordur. Bunun yanında doktorların 24 saat hastane nöbeti tutmalarına karar verilmesi halinde nöbeti tutan doktor bu defa ertesi gün tüm gün izinli sayılacak, özellikle personelin az olduğu yerlerde, hasta yoğunluğunun daha fazla yaşandığı gündüz vakitlerinde hastane bir doktor daha az olarak hizmet vermek durumunda kalacaktır. Böylesi bir durumda kim sorumlu olacaktır? Hastaneye evinden gelen doktor mu; ev nöbeti uygulamasını sürdüren başhekim mi; hastaneye yeterli sayıda personel istemeyen bakanlık mı? Tüm bu sorulara bir cevap verebilmek zordur. Ancak hizmet kusuru-haksız fiil ayrımı konusunda şu söylenebilir: Kamu hizmeti özel kişilerin yerine getirdiği faaliyetler gibi kişisel yararların tatminine ilişkin bir faaliyet olmayıp, kamu yararının sağlanmasına yönelik bir faaliyettir. Ayrıca idare ile personeli arasındaki ilişki de Borçlar Kanunu madde 55’de düzenlenen istihdam edenin sorumluluğu ile açıklanabilecek nitelikte değildir. Bu ilişki akdi olmayıp kanuni niteliktedir ve bir statü ilişkisidir. Bu nedenle kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen zararlar (kişisel kusur halleri saklı kalmak kaydıyla) hizmetle bütünleşmiş olup bir kamu görevlisine izafe edilebilecek nitelikte değildir. Bu nedenle de hizmet kusurundaki kusur objektif nitelikte olup sübjektif nitelikte olan haksız fiil ile açıklanamaz.

Yargıtay’ın KİT’lerin zarar doğuran faaliyetlerine ilişkin verdiği kararlara yeniden dönecek olursak, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu 1959 tarihli bir kararında⁵¹ “*Amme Kanunları hükümlerince yapılmış*

⁵¹ YİBK: 11.02.1959, E. 58/17, K. 59/15, aktaran Şener: s. 369.

olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma mükellefiyetleri de yine amme kanunlarından doğan mükellefiyetlerden olduklarından bu mükellefiyetlere aykırı davranma mahalleri de idari karara dayanan fiillerin hiç veya gereği gibi yapılmaması mahiyetini arz ettiğinden dolayı bunlardan doğan zararlar dahi idari karar ve fiillerden doğan zararlar olduğu cihetle söz konusu zararların tazminine dair davalar dahi yukarıda bildirilen Kanun hükmünce tam kaza davasıdır.” gerekçesiyle KİT’lerin statü ve hukuki rejimlerini göz önüne almadan ASKİ, İSKİ, TCDD gibi kuruluşların yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri, hizmetin gereklerine uygun şartta yerine getirmemesinden doğan zararların hizmet kusuru sayılıp tam yargı davasına konu olması gerektiğini vurgulamıştır.⁵²

Yargıtay bir başka kararında “...bir kamu kurumu tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre bir yol yapılması dolayısıyla evinin duvarı yıkılan veya bodrumunu sel basan, su tesisinin bozukluğu yahut bakımındaki ihmal yüzünden tarlasını sular basıp, tarlası kullanılamaz hale gelen kimsenin uğradığı zararlar gibi zararlar, idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlardır. Zira bir kamu kurumunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp, o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari eylemdir. O halde bu fiillerden doğan zararların ödettirilmesi istekleri, 2557 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesi hükmünce bir tam yargı davasıdır ve bu davalara bakmaya idari yargı yeri görevlidir.” gerekçesiyle yukarıda yer verilen İSKİ kararından farklı olarak kamu hizmetinin görülmesi sırasında doğan zararların idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵³ Ancak Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar dahi eleştirilebilir. Şöyle ki “bir kamu kurumunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp, o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari eylemdir.” şeklindeki Yargıtay gerekçesi, idari hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında yapılan hareket ve fiillerin çeşitliliği ve bunların her birinin belli bir idari kararla bağlantısını kurmak ve ilgili karar ve

⁵² Duran’a göre bayındırlık eser ve tesislerinin varlık ve işletilmesinden doğan sorumluluk ve tazmin borcu, sözleşmeye veya başka bir ilişkiye değil, tümü ile kamu hukukuna dayalı objektif ve genel hukuki durumlardan kaynaklanır. Duran: s. 49, (Mülâhazalar II).

⁵³ YHGK: 04.04.2007, E. 07/4-141, K. 07/188, HT.

usulle uygunluğunu saptamanın zorluğu karşısında çoğu kez oldukça zordur.⁵⁴ İdari eylemler çoğunlukla idari işlemler sonucunda yapılan fiiller olsalar da idari işlem tesis edilmeden de doğrudan idari eylem şeklinde fiillerin bulunması mümkündür. İdari eylem kavramı niteliği gereği gerek yargı kararlarında ve gerekse doktrinde geniş yorumlanır. Bu hususun kabul edilmemesi, idarenin araç, gereç ve personelinin verdiği pek çok zarardan, özellikle tehlike sorumluluğu söz konusu olduğunda, sorumlu tutulamamasına veya adli yargıda sorumlu tutulmasına neden olabilir. Yine benzer şekilde idari karar üzerine alınması gerekirken alınmayan önlemler de olumsuz davranış olup idari eylem olarak kabul edilmektedir. Yani idari işlem sonucu alınması gereken bir tedbirin alınmaması da idari eylem sayılır. Aksi görüşün kabulü, yani idari eylemin ancak idari işleme dayanması halinde idari yargı denetimine tabi olacağını savunmak, idari yargının görev alanını bir hayli daraltacaktır.

Yine Yargıtay'ın "... üstün yolun Devlet Demir Yolu olduğu, bu bakımdan da hemzemin geçidin düzenlenmesinin adı geçen kuruluşa ait bulunduğu, bu sorumluluğu yerine getirmemekle hizmet kusuru işlediği hususu yer almaktadır. Gerçekten Devlet Demir Yolunun işlettiği araç itibariyle üstün geçiş hakkı bulunduğu ve hemzemin geçitteki düzenlemenin onun tarafından yapılması gerektiği tartışmasızdır. Ne var ki...*her kamu hizmeti yapan kurumun hizmet kusurunun bulunması durumunda bundan doğacak uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümleneceği sonucunu doğurmaz. ... Bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceği 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasının 106. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu bakımdan davaya konu olan olayda 2918 sayılı yasa hükümleri çerçevesinde çözüm getirilmesi gerekmektedir. Anılan yasanın 2. maddesinde hiçbir ayrık durum gözetilmeden kanunun Karayollarında meydana gelen trafik olaylarında uygulanacağı belirtildikten başka,*

⁵⁴ Devlet Üretim Çiftlikleri Genel Müdürlüğü'nün işletmekte olduğu bir çiftlikte artezyen kuyusu açılması sonucu davacının kuyusunun kurumasından doğan zararın tazmini istemiyle açtığı davada Yargıtay, idarenin daha önceden aldığı bir karara bağlı olarak artezyen kuyusunu açtığını bu nedenle doğan zararın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir (Y4HD: 07.02.1983, E. 83/271, K. 83/1159). Ancak Duran bu kararı, idari eylemin idari işleme dayanarak tesis edildiğini söylemekle birlikte zararın oluşmasında idari işlemin herhangi bir etkisinin olmadığını, zararı doğuran olayın idarenin kuyu açmak şeklinde gerçekleşen eylemi olduğunu vurgulayarak eleştirmiştir. Duran: s. 49 vd, (Mülâhazalar II).

bu kural biraz daha genişletilerek aynı maddenin (a) ve (b) fıkralarındaki durumlarda da uygulanabileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda, karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, akaryakıt servis istasyonları gibi yerler ile birlikte ve özellikle karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerlerde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yine aynı yasanın 3. maddesinde yasanın uygulanmasında göz önünde tutulması gereken tanımlar içinde «Demiryolu geçidi» (hemzemin geçit) tanımı da verilmiş bunun karayolu ile demiryolunun kesiştiği bariyerli ve bariyersiz geçit olduğu ifade edilmiştir. Açıklanan yasal düzenleme itibariyle, karayolu üzerinde meydana gelen eylemlerden doğan olayların yarattığı uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargı olacağı yasanın düzenleniş biçiminden açıkça anlaşılmaktadır. Hemzemin geçit karayolu ile tren yolunun kesiştiği bir geçit olarak, o kesimin veya o noktanın Devlet Demir Yoluna ait olduğu sonucunu doğurmayacağı gibi, o noktada meydana gelen eylemin karayolu dışında oluştuğu sonucunu da doğurmaz. Bu bakımdan hukuka aykırı eylemin 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası kapsamında yer alan karayolu üzerinde meydana geldiği kabul edilmeli ve uyuşmazlığın çözüm yerinin aynı yasa gereğince Adli Yargıtay sonuçlandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Kaldı ki dairemizin kuruluşundan bu yana, bu tür uyuşmazlıklar adli yargı yerinde bakılıp çözümlenmiş aynı görüş Hukuk Genel Kurulunun 9.2.2000 günlü ve 2000/4-59 esas, 2000/72 kararı ile de benimsenmiştir. Yeni ve değişik bir yasal düzenleme olmadan bu güne kadar istikrarlı biçimde yürüyen bir uygulamanın değiştirilmesi hukuki istikrarı ortadan kaldırır. Açıklanan nedenlerle ... Görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesiyle verdiği ve uyuşmazlığın çözümlenmesinde adli yargının görevli olduğunu belirttiği kararları⁵⁵ da eleştirilebilir: Yargıtay, kararında zararın hizmet kusurundan meydana geldiğini ifade etmekte ancak zararın 2918 sayılı KTK’nun 106. maddesi uyarınca adli yargıda çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmekte ve bunun nedeni olarak da adı geçen Kanun’un 2 ve 3. maddelerini göstermektedir.⁵⁶ Oysa Kanun’un 2. maddesine bakıldığında kapsam

⁵⁵ Y4HD: 02.11.2002, E. 02/12730, K. 02/13291, ayrıca bkz. Y4HD: 20.10.2003, E. 03/6438, K. 03/11935; YHGK: 24.04.2003, E. 02/14764, K. 03/5288; Y4HD: 02.11.2002, E. 02/12730, K. 02/13291; Y4HD: 12.06.2000, E. 00/5627, K. 00/5666, HT.

⁵⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2000 tarihli bir kararının karşı oyunda, demiryolunun 2918 sayılı Yasa’nın 2. madde; trenin de 106. madde kapsamına girmediği, 106. maddede kastedilenin idarenin karayolunda hareket eden motorlu araçları olduğu, Karayolları Trafik Kanununda tanımı yapılan “araç”ın özelliğinin karayolunda kullanılabilmesi olduğu bu

içine hemzemin geçitlerinde girdiği açıkça ifade edilmemiştir⁵⁷. Yine benzer şekilde Yargıtay'ın dayandığı 3. madde hükmü de kanunun uygulanacağı alanları göstermeye yönelik bir hüküm olmayıp sadece Kanunda yer alan kavramların tanımlarını yapmaktadır. Aynı zamanda Yargıtay'ın bu kabulü karşısında, devlete ait bir uçağın karayolunda bulunan bir araca çarpması sonucunda da aynı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Bunun yanında Yargıtay'ın istikrar ilkesinden bahsederek sürekli aynı kararı vermesi ise, Türk Hukuk sisteminde geçerli olan yargı düzeni ayrımına aykırıdır.

Sonuç

Yukarıda da ifade edildiği gibi⁵⁸ yapılan son yasal düzenlemelerle idari işlem ve eylemlerden doğan birçok uyuşmazlık, daha önce Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihatları dolayısıyla idari yargı yerlerinin görev alanına sokulurken, adli yargının denetimine bırakılmıştır. Bir uyuşmazlığı çözüm görevinin kanunla adli yargı yerlerine bırakılması o uyuşmazlığın hukuki niteliğini değiştirmez. Yani bir idari işlem veya eylemden doğan uyuşmazlığın kanunla adli yargı yerlerinde görüleceğinin düzenlenmesi zararı doğuran eylem veya işlemin idarilik vasfının kaybına neden olmayacaktır. Hal böyle olunca adli yargı yerleri önlerine gelen uyuşmazlıkları idare hukuku ilke ve özelliklerini göz önünde bulundurarak çözümlenmelidirler.

Birden fazla yargı düzeninin bulunduğu memleketlerde görev ve hüküm uyuşmazlıklarının çıkması her zaman olasıdır. Bu durum uygulamada aynı konuda birbirinden farklı kararların çıkmasına ve bu nedenle de hakkın yerine getirilmesine engel olabilir.

nedenle de bu tür uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Y4HD: 12.06.2000, E. 00/5627, K. 00/5666, benzer bir karşı oy gerekçesi için ayrıca bkz. Y4HD: 22.06.2000, E. 00/5863, K. 00/6153, HT.

⁵⁷ 6099 sayılı Kanunla Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinde yapılan değişiklik ile "Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır." hemzemin geçitte meydana gelen kazalardan doğan zararların tazmini de artık kanun gereği adli yargı yerlerinde görülecektir.

⁵⁸ Bkn. 46 no'lu dipnot.

İdari yargı ve idari uyumsuzluklar adli yargı ve özel hukuk uyumsuzluklarından farklı niteliktedir ve bunların adalete uygun bir tarzda çözümlenebilmesi için ihtisaslaşmış idari yargı yerlerince incelenmeleri gerekir. Adli-idari yargı ayrımını benimsemiş ülkelerde, idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukların adli yargıda mı yoksa uzmanlık mahkemeleri olan idari yargı yerlerinde mi çözümleneceği sorunu, göreve ilişkin teknik bir husus olmanın ötesinde hukuk devletinin gerçek anlamda yerine getirilip getirilmediğiyle de ilgilidir⁵⁹.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz Bahtiyar - Sezginer Murat - Kaya Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Atay E. Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Bal Yakup - Şahin Yahya - Karabulut Mustafa: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- Balkar Kemal Galip: "Hizmet Kusurunun Sınırları", İHF Mecmuası, İstanbul 1961, C. XXVI, S. 1-4, (Hizmet kusuru).
- Balkar Kemal Galip: "İdari Fiillerle Hususi Hukuk Fiillerin Benzerliğinden Doğan Teşhis Hatası ve Bundan Hâsıl Olan Neticeler", AÜHF Dergisi, Ankara 1956, C. 8, S. 1-4, (Teşhis hatası).
- Candan Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınevi, Ankara 2005.
- Çağlayan Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Koursuz Sorumluluğu, Asil Yayınları, Ankara 2007.

⁵⁹ Günday Metin: "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı, Ankara 1997, C. 14, s. 347, (İdari yargının görev alanı). Bu bağlamda, Güran, yasama organının idari nitelikteki uyumsuzlukları istediği yargı düzenine değil idari yargı içinde yer alan mahkemelerden istediğine bırakma yetkisine sahip olduğu söylemektedir. Güran Sait: "Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Anayasa Yargısı, Ankara 1989, C. 6, s. 55, dipnot 48.

Delcros Xavier - Delcros Bertnard: Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çev. Turgut Candan, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1984.

Derbil Süheyp: “Kamu Hizmeti Nedir ?” , AÜHF Dergisi, Ankara 1950, C. 7, S. 3-4.

Deschenaux Henri - Tercier Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983.

Duran Lütfi: “İdari Yargı Adlileşti...”, İHİD, Y. 1982-3, S. 1-3, (İdari yargı).

Duran Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu-Sorumluluğunun Temeli ve Sebepleri- Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE. Yayınları, No.138, Ankara 1974, (Türkiye idaresinin sorumluluğu).

Duran Lütfi: Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar II, Amme İdaresi Dergisi, Ankara 1985, C. 18, S. 3, (Mülahazalar II).

Esin Yüksel: Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, Ankara 1976.

Gözler Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.

Gözübüyük Şeref -Tan Turgut: İdare Hukuku Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Gözübüyük Şeref: “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, AÜSBF Dergisi, C. 50, S. 3-4, (Terör olayları).

Gözübüyük Şeref: Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, (Yönetim hukuku).

Günday Metin: “İdari Yargının Görev Alanınının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı, Ankara 1997, C. 14, (İdari yargının görev alanı).

Günday Metin: İdare Hukuku, 6. Aynı Bası, İmaj Yayınları, Ankara 2002, (İdare hukuku).

Güran Sait: “Anayasa Mahkemesinin 1982 anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, Anayasa Yargısı, Ankara 1989, C. 6.

Kutlu Meltem: *"Deprem ve İdarenin Sorumluluğu"*, Amme İdaresi Dergisi, Ankara 1999, S. 34.

Lemothe A. L. G. Dutheillet: *"İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler"*, Çev. Süheyye Derbil, AÜHF Dergisi, Ankara 1960, C. 17, S. 1-4.

Onar Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt I-II-III, İstanbul 1966, (Cilt I-II-III).

Sarıca Ragıp: *"Hizmet Kusuru ve Karakterleri"*, İÜHF Mecmuası, İstanbul 1949, C. XV, S. 4.

Şener Esat: *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Seçkin Yayınları, Ankara 1997.

Yıldırım Turan: *İdari Yargı*, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

SUÇTAN DOĞAN MAĞDURİYETİN DEVLET TARAFINDAN GİDERİLMESİ VE SUÇ MAĞDURLARINA YARDIM HAKKINDA KANUN TASARISI

THE COMPESATIONS THAT SHOULD BE COVERED BY THE
AMENDMENT IN THE STATE LAW TO THE VICTIMS OF CRIME

Fatma KARAKAŞ DOĞAN*

Özet: Makalede suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi ve mevzuatımıza kazandırılması planlanan Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı ele alınmıştır. Suç mağduru ve suçtan zarar gören kavramları ayrı ayrı incelenerek suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin geçirdiği aşamalar aktarılmaya çalışılmıştır. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi konusunda uluslararası hukuk belgelerinde ve karşılaştırmalı hukukta yürütülen tartışmalara değinilerek, son aşamada Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler : Ceza hukukunda mağdur, suçtan zarar gören, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi, Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı.

Abstract: This article focuses on the crime victim and the outing focus on the greaving victims removals and the assitance to be provided to the victims of crime by the amendment of the law, each case should be inpected on a one to one merits of the case bases and any compensation that arises from the case to be covered. The arguments raised in the international law forum has come to the last stages and the are being argued in content to assist the victims of crime.

Key Words: Victim in criminal law, aggrieved person because of crime, overcoming grieving coming from crime, by the emendment to help the crime victims.

* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GENEL OLARAK

Ceza hukukunun temel meseleleri suç ve suç faili kavramlarıdır. Ancak özellikle son yıllarda suç mağdurunun ihmal edildiği görüşleri ağırlık kazanmış ve suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi yöntemleri üzerinde durulmaya başlanmıştır.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde özel hukuk kurallarının yetersiz kaldığı ve uygulamada sorunlar yaşandığı geçtiğimiz yüzyıldan beri görülmeye başlanmıştır. Bu gelişmeler bir yandan tazminata ulaşmanın mümkün olabilmesi için ceza hukukunun faili bu yönde zorlaması gerektiğini, öte yandan suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde devletin sorumluluğunu gündeme getirmiştir.

Bu çalışma boyunca suçtan doğan mağduriyet ve suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde sorumluk kavramlarının geçirdiği aşamalar ele alınacaktır. Son bölümde ise “*Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*” uyarınca hazırlanan “*Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı*” incelenmeye çalışılacaktır.

A. Ceza Hukukunun Suç Mağduruna Yaklaşımı

1. Kavram

Ceza hukukunun temel amacı, tek başına ya da iştirak halinde işlenen suçun failini bulmak ve cezalandırmaktır.¹ Geleneksel yani cezalandırıcı adalet anlayışında, işlenen suç nedeni ile ceza verilerek, bozulan toplumsal dengenin yeniden kurulması amaçlanır.² Mağdurun haklarının ceza ve ceza yargılaması hükümleri ile korunmasına ilişkin doktrin ve yasal akımların yeni olmasında bu görüşün etkisi bulunduğu belirtmek gerekir. XIX. Yüzyıla egemen olan fail odaklı ceza hukuku anlayışı ile suç ve ceza politikası tüm dikkatleri faile çevirince, suçtan doğan mağduriyet ceza hukukunun işlemeye başlaması için yeterli bir neden olmayıp, suçun olası bir sonucu olarak görülmüştür.³

¹ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, İstanbul 1999, 433.

² Hüsamettin Uğur, “Suça Süriklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma”, Terazi Hukuk Dergisi, Y:5, S:43, Mart 2010, 123.

³ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, HPD, S:7, Temmuz 2006, 140; Sulhi Dönmezer,

Yukarıda açıklanan geleneksel anlayışa göre, bireysel ya da topluca yahut kitle hareketleri sonucu işlenmiş olan tüm suçlarda devletin sorumluluğu, saptanabildiği takdirde faillerini cezalandırmakla sona ermektedir. Devletin suçtan zarar görenlere ya da ölümleri halinde onların yakınlarına karşı, suçtan doğan zararı giderme sorumluluğu bulunmamaktadır.⁴ Kuşkusuz suçtan zarar görenler, özel hukuk hükümleri çerçevesinde suç failinden zararlarının giderilmesini isteme hakkına sahiptir. Suçtan zarar görenlerin kullanabileceği diğer bir hukuk yolu da ceza davasına katılmak ve ceza mahkemesi sırasında suçtan doğan zararlarının giderilmesine karar verilmesini talep etmektir.

Günümüzde farklılaşan ve giderek daha karmaşık hale gelen suç tipleri her yıl milyonlarca insanı olumsuz etkilemektedir. Bu suç mağdurlarının ve suçtan zarar görenlerin maruz kalacakları tehlikenin önlenmesi ve uğradıkları zararlar karşılanarak ceza adalet sistemi içinde adil bir uygulamaya tabi tutulması önemli bir ihtiyaç haline gelmiştir.⁵ Nitekim yapılan araştırmalar, suç mağdurlarının geleneksel ceza adalet sisteminden hoşnut olmadığını ve giderek sistemden soğuduğunu göstermektedir.⁶

Uzun yıllar ceza adalet sisteminin unutulmuş tarafını temsil eden suç mağduru, günümüzde ilgi odağı haline gelmiştir. Ceza hukuku giderek mağdur eksenli bir anlayışa yönelmektedir.⁷ Mağdur eksenli adalet anlayışında her vatandaşın suç sayılan davranıştan veya devletin sorumluluğu altındaki bir hususta gösterdiği ihmalden dolayı zararının giderilmesini talep etme hakkı olduğu kabul edilmektedir.⁸

⁴ "Devlet ve Suç Mağdurunun Korunması", Onar Armağanı, İstanbul 1977, 179.

⁴ Dönmezer, 180; Duygun Yarsuvat, "Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması", İnan Kırac Armağanı, 1994 Ankara, 333

⁵ ABD'de yapılan bir suç mağdurları araştırmasında, bu ülkede işlenen bazı suçların gerçek sayısı ile polise rapor edilen sayıları arasında çok ciddi farklar olduğunu tespit ederek polisin ve diğer kurumların suç mağdurlarına karşı tutumlarının suçların rapor edilme oranlarını olumsuz yönde etkileyebileceğine dikkat çekmiştir. Araştırmadan çıkan sonuçlara göre, suç mağdurları evden hırsızlık suçlarında, suçu %82.4 oranında polise rapor etmekteyken; cinsel saldırı suçlarında rapor etme oranı %7.1'e kadar düşmektedir., Bayram Erzurumluoğlu, "Avrupa Birliği Normlarında Mağdur Haklarının Korunması", Polis Bilimleri Dergisi, C:11(4), 67-88, <http://www.pa.edu.tr/objects/assts/content/file/dergi/79/4-Makale-67-%2090.pdf>. (14 Aralık 2010), 70-71

⁶ Ekrem Çetintürk, "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)", Ceza Hukuku Dergisi, Y:4, S:9, Nisan 2009, 200-201.

⁷ Füsün Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, İstanbul 2008, 19.

⁸ Nesrin Kale, "Hukukun Adalet Uygunluğu", in:Muğla Üniversitesi "Felsefe Günleri" (9-13 Ekim 2003 (Ed.Hayrettin Ökçesiz), HPSA, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2004, 65.

Bütün bu gelişmeler mağdur bilim olarak çevrilebilecek olan viktimolojinin gelişmesine katkı sunmuştur. Mağduru psikolojik, sosyal ve hukuksal yönden incelemeyi ve nihayetinde mağdur olmayı önlemeyi amaçlayan viktimoloji, mağdurların ihtiyacı olan tazminat ve her türlü destek programları ile ilgilenmektedir.⁹ Kriminoloji disiplininin gelişmesi ile birlikte mağdur bilimi alanındaki çalışmalar artmıştır. Ancak bu alandaki çalışmaların, kriminoloji alanındaki çalışmalara oranla yeni olduğu açıktır. Kriminoloji suç ve suçluluğa, mağdur bilimi ise suça ve suçun mağduruna yoğunlaşmıştır. Son dönemde mağdur bilimi alanındaki çalışmalar, mağdurun ihtiyaçları konusundaki toplumsal sorumluluğa, ceza adaletine ve mağdurun hareketlerine göre gelişmekte ve politik saiklerin etkisi altında kalmaktadır.¹⁰

Mağdur biliminin gelişmesi sayesinde, cezanın amacının mağdur perspektifinden analiz edilmesi mümkün olabilmıştır.¹¹ Yapılan araştırmalar, mağdurun cezanın amacına yaklaşımının, mağdur ve gözlemci olmak üzere iki perspektifli olduğunu göstermektedir. Mağdurun sadece hak edilen cezanın faile verilmesini istemesi gözlemci perspektifini, öç almak için faile ceza verilmesini talep etmesi ise mağdur perspektifini temsil etmektedir.¹² Mağdurun yeni saldırılara karşı korunması mağdur perspektifinin bir parçasıdır. Mağdurlar failin cezalandırılmasını, toplum ve fail tarafından mağdurluk statülerinin tanınmasının bir işareti olarak isterler. Mağdurluk satatüsünün reddi ikinci bir mağduriyet olarak algılanmaktadır.¹³

2. Tarihi Gelişim

İlkel toplumlarda suça verilen ilk tepkinin kendini savunma ve öcalma biçiminde olduğu bilinmektedir. Kuşkusuz öcalmada sınırın aşılması, mağdurun faile dönüşmesine yol açmaktaydı. Tüm bu sakin-

⁹ Selman Dursun, "Mağdurun Suça Yol Açması", İÜHFİM, C:LXI, S:1-2, 2003, 5.

¹⁰ Lorrain Wolhuter/Neil Olley/David Denham, *Victimology Victimisation and Victims' Rights*, Routledge-Cavendish, 2009 London and New York, 13, <http://ifile.it/7bcwokx/1845680456.rar> (2 Kasım 2010)

¹¹ Uli Orth, "Punishment Goals of Crime Victims", *Law and Human Behavior*, Vol.27, No.2 (Apr., 2003), (27.10.2010), 173.

¹² Orth, 175.

¹³ Orth, 175.

calar, giderek öcalma aşamasının yerini uzlaşma aşamasına bırakmasına yol açmıştır.¹⁴ Uzlaşma, mağdurun zararının giderilmesini sağlayan etkili ve insancıl bir kurum olarak kabul görmüştür.¹⁵ Hatta olumlu yanları nedeniyle giderek uzlaşmayı kabul etmeyenler hakkında yaptırım uygulanmıştır.¹⁶

İslam ceza hukukunda mağduriyetin kısmen giderilmesini ifade eden diyet ile tümüyle giderilmesini ifade eden aynen iade ve tazminat, işlenen suça karşılık asli birer yaptırım olarak düzenlenmiştir.¹⁷ Diyet yoluyla doğrudan doğruya bedeli ödenerek kısas satın alınmakta ve uygulanması engellenmektedir. Böylece diyet, suçun yaptırımı olan bedensel cezanın yerini almıştır. İslam hukukunda uzlaşma kişilere karşı işlenen suçlarda kabul edilmiş olmakla birlikte, Allahın haklarına karşı işlenen suçlarda kabul edilmemiştir. Devletin temel yapısına ve temel ilkelerine karşı işlenen bu suçlarda uzlaşma ile birlikte af da kabul edilmemiştir.¹⁸

Ortaçağdan itibaren suçun kovuşturulması kişisel sorun olmaktan çıkartılarak, devlete ya da onu temsil eden krala ait mutlak bir hak olarak düzenlenmiştir. Suç devletin hukuki menfaatlerinin ihlali olarak ele alınmıştır.¹⁹ Ceza yargılamasını yürütme yetkisinin özellikle XI. ve XII. yüzyıldan itibaren devlet tarafından kullanılmaya başlanması ile beraber, mağdur ikinci plana düşmüştür. XIX. Yüzyıla kadar devam eden bu anlayış, mahkemelerin görevini devleti ya da kralı korumaya indirgemıştır.²⁰ Öyle ki doğrudan bireye karşı işlenen suçların dahi tanrıya ya da tanrısal bir kavrama yönelik birer saldırı olduğu kabul edilmiş, failer şiddetle cezalandırılmıştır.²¹

¹⁴ Veli Özer Özbek, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Ankara 58.

¹⁵ Özbek, 59; Dönmezer, 179.

¹⁶ Çetin Özek, "Suç Mağdurunun Korunması ile ilgili Bazı Sorunlar", İHFM, C:L, S:1-4, İstanbul 1984, 16.

¹⁷ Ünal Yerlikaya, *İslam Ceza Hukukunda Mağdur* (Süleyman Demirel Üniversitesine Sosyal Bilimler Enstitüsüne Sunulan Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006 Işparta, 126, <http://tez2.yok.gov.tr/> (6 Ocak 2011)

¹⁸ Özek, 18-19.

¹⁹ Özbek, 42-43; Koca/Üzülmez, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun...", 141.

²⁰ Çetintürk, 202.

²¹ Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 2002 Ankara, 39.

Görüldüğü üzere, mağdurun ihmal edilmesi ile sonuçlanan bu süreci, güçlü devlet karşısında zayıf konumdaki failin korunması çabaları derinden etkilemiştir. Öyle ki sanık hakları alanındaki gelişmeler, ülkenin demokratik olup olmadığını anlamaya olanak veren göstergeler olarak görülmüştür.²² Buna karşılık mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesi ve ceza yargılamasındaki yeri aynı derecede önemli anahtar rolüne sahip olmamıştır.

Ceza hukukunun ne şekilde düzenlenmesi gerektiği üzerinde duran ve ceza hukukunun toplumu koruma görevini en iyi şekilde yerine getirmesi için yapılması gerekenleri belirleyen suç politikasına dair tartışmalarda, özellikle son yıllarda mağdurun önemli bir yer tuttuğunu gözardı etmemek gerekir.²³ Mağduriyetin giderilmesinin hukuksal olduğu kadar, siyasal ve sosyal yönleri de bulunmaktadır. İşte ceza hukukunda mağdurun öne çıkmasında, suç bilimi ve suç politikasının etkisini anımsamak gerekir. Nitekim mağduru kendi kaderine terk etmesi halinde ceza hukukunun önemli bir yara almış olacağı savunulmaktadır.²⁴

1980'li yıllardan itibaren Avrupa'da gelişen mağdur bilimi alanındaki çalışmalar, suç siyasetinde mağdurun durumunu ileriye taşımaya amaçlamıştır.²⁵ Her suçun mağdurunun devlet olduğu anlayışı terk edilerek asıl mağdurun o suça maruz kalan kişi ya da kişiler olduğu ve devletin bir tüzel kişi olarak suçun mağduru olamayacağı kabul edilmektedir. Suçlu failini yargılayan ve topluma kazandırmak için çaba harcayan devletin, bir suçun mağduru olmakla, toplumsal denge aleyhine bozulan mağdurun uğradığı zararı gidermesi ve onun yeniden hukuk düzenine güvenmesini sağlaması görevi de bulunmaktadır.²⁶

3. Suç Mağduru ve Suçtan Zarar Gören Kavramları

Mağdur, işlenen fiil nedeniyle haksızlığa uğramış yani kendisine karşı suç işlenmiş olan kişi anlamına gelmektedir. Ceza hukukunda ise mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişileri ifade eder.

²² Koca/Üzülmez, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun...", 141.

²³ Özbek, 48.

²⁴ Özbek, 34-36.

²⁵ Yarsuvat, 333.

²⁶ Koca/Üzülmez, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun...", 141.

Suçun konusunun ait olduğu kişiler belirlenmişse, suçun mağduru bu kişilerdir. Suçun konusu belli kişilere değil de toplumdaki herkese ait ise, o toplumda yaşayan herkesin mağdur olduğu kabul edilir.²⁷

Her suçta bir pasif suje bulunduğunu ve bunun suçun mağduru olduğunu savunan Toroslu'ya göre, suç oluşturan eylemden doğrudan doğruya saldırıya uğrayan kişi o suçun pasif sujesidir. Suçun gerçekleşmesi için, pasif sujenin taşıyıcılığını yaptığı yararın ihlali zorunludur. Böylece pasif suje, ceza hukuku tarafından korunan hakkın öznesi, varlık ve yararın temsilcisidir. Her suçun pasif sujesinin devlet olduğu yahut suçtan dolayı hakkı ya da yararı saldırıya uğrayan kişi ya da kişiler ile birlikte devletin de pasif suje olduğu görüşünün ceza hukukuna yararı yoktur.²⁸ Her suçun doğal ve zorunlu mağdurunun devlet olduğunu savunan yazarlar dahi, bu durumun suçla korunan hukuksal yararı ihlal edilen kişilerin gözardı edilmesine yol açmaması gerektiğini belirtmektedir.²⁹ Gerçekten de, her suçta özel pasif suje olarak devletin bulunduğu görüşü aşılmıştır. Çağdaş anlamı ile hukuksal değerlerin korunması öğretisi ile bu görüş bağdaşmamaktadır. Bireye hizmet etmek ve bireyin lehinde davranmak görevi olan devletin, toplumun veya toplulukların, taşıyıcılık ve temsilciliğini yaptığı tüm hukuksal değerlerin sahibi bireydir.³⁰

²⁷ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 2008 Ankara, 208; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 146; Koca/Üzülmez, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun...", 141; Timur Demirbaş, Kriminoloji, 2009 Ankara, 321; Mustafa T. Yücel, Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, Ankara 2007, 38.

²⁸ Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 273, Sevinç Matbaası, 1970 Ankara, 176-177; Yazar aynı zamanda, her suçta ihlal edilen genel bir menfaat bulunduğunu ve bunun da devlete ait olduğunu dolayısıyla her suçta devamlı ve genel pasif suje olarak devletin yanında, her suçta değişen özel pasif suje bulunduğunu savunmaktadır., Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Savaş Yay., 2005 Ankara, 68.

²⁹ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 328, Ankara 2008.

³⁰ Yener Ünver, Ceza Hukuku İle Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 2003 Ankara, 142; Her suçun doğal ve zorunlu mağdurunun devlet olduğu anlayışı, kısas gerektiren suçlarda öngörülen kısas ve diyet cezalarından başka, suçun aynı zamanda toplum hakkını ihlal ettiği dolayısıyla tazir cezasını da gerektirmesi dışında genel olarak benimsenmemiştir. Ceza uyumsuzluklarının kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi çerçevesinde değil, ihlal edilen hakkın niteliğine bağlı olarak şahsi dava ve kamu davası ile yargı konusu edilmesi bu görüşü desteklemektedir., Yerlikaya, 14-15.

Suçun mağduru ile suçun konusu kavramları da farklıdır. Suçun korumayı amaçladığı hukuksal değer ile maddi konusu aynı anlama gelmemektedir. Suçun maddi konusu objektif unsur olup, onun aracılığı ile korunan hukuksal değer ihlal edilmektedir.³¹ Üzerinde suçun maddi olarak meydana geldiği şey suçun maddi konusunu oluşturur.³² Etkin eylem suçunda olduğu gibi, suç oluşturan harekete ilişkin hak ve yarardan zarar gören ile bu hak ve yararın sahibinin aynı kişi olması halinde suçun konusu ile suçun mağduru sıfatı aynı kişide birleşir. Bazı hallerde ise bu iki sıfat farklı kişilere ait olabilmektedir.

Suçun mağduru kavramı, suçtan zarar gören kavramından da farklıdır. Suçun mağdurunun suçtan zarar gören kişi olduğu ilk akla gelen olmakla birlikte, bazı hallerde suçtan zarar gören ile suçun mağduru farklı kişi ya da kişiler olabilmektedir. Örneğin insan öldürme suçunda, suçun mağduru ölen kişi olmakla birlikte, suçtan zarar gören, ölenin yani mağdurun yakınlarıdır.³³ Suçtan zarar gören kişinin de hukuken korunan hakkının ihlalden doğan zararının giderilmesini isteme hakkı vardır. Suçun mağduru suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören ancak hukuk ilişkisinin tarafı olabilir ve meydana gelen zararının giderilmesini talep edebilir.³⁴ Suçtan zarar gören olmanın başlıca koşulları, sağ olmak, dava ehliyetine sahip reşit olmak ve medeni hakları kullanmaktan kısıtlı olmamaktır.³⁵

4. Mağdur Sıfatı İçin Gereken Koşullar

Her suçun korunan bir hukuksal değere zarar verdiği veya zarar tehlikesi yarattığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla her suçun bir ya da birkaç tane mağduru vardır. Suç mağduru ancak suçun işlendiği sırada hayatta olan gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler suçun işlenmesi nedeni ile zarar gören sıfatını alabilirler ancak suç mağduru olamazlar. Pekçok suçun belirli bir mağduru yoktur. Kamu güvenine ya da kamu düzenine karşı suçlar böyledir. Ancak bu suçlarda toplumu oluşturan ve güvenli ve düzenli bir toplumda yaşama hakkına sahip olan tüm kişilerin suç mağduru olduğunu kabul etmek gerekir.³⁶

³¹ Ünver, 142.

³² Toroslu, Cürümlerin Tesnifi Bakımından..., 185.

³³ Özgenç, 209; Ünver/Hakeri, 304.

³⁴ Dönmezer/Erman, C:II, 426-427; Ünver, 143.

³⁵ Ünver/Hakeri, 304; Dönmezer/Erman, C:II, 427.

³⁶ Özgenç, 209-210.

Bazı yazarlar, kendilerine özgü ihtiyaç ve çıkarları olan devlet ve toplum gibi sosyal toplulukların da suçun mağduru olabileceğini savunmaktadırlar. Buna göre, tüzel kişiliği olmayan bu toplulukların kendisini oluşturan gerçek kişilerden ayrı ve bağımsız olarak bir suçun mağduru olabilmesi mümkündür.³⁷

Diğer yazarlar ise, bir topluluğun suçun mağduru olabilmesi için tüzel kişiliğe sahip olması gerektiğini savunmaktadır. Dönmezer/Erman, suç mağduru olunabilmesi için kişi olmanın şart olduğunu, gerçek ya da tüzel kişilerin suç mağduru sıfatını alabileceğini belirtmekle birlikte, tüzel kişiliği olmayan toplulukların mağdur sıfatını alarak mağdura tanınan haklardan yararlanmasının istisnai hallerde mümkün olduğunu savunmaktadır.³⁸

Suçun mağdurunun gerçek ya da tüzel kişiler olabileceğini savunan yazarlar³⁹ tüzel kişilerin ancak tüzel kişilere karşı işlenmesi mümkün bir suçun mağduru olabileceğini kabul etmektedirler.⁴⁰ Başka yazarlar tüzel kişilerin ya da kurumların suçun mağduru olamayacağını ancak suçtan zarar gören olabileceğini savunmaktadır.⁴¹ Buna göre, tüzel kişiler, aile, toplum ya da devlet, suçtan zarar gören sıfatını alabilir ancak suçun mağduru olmaları kabul edilemez.⁴² Kanımızca tüzel kişiler ya da tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar, suçtan zarar gören olabilir ve bu sıfattan doğan hakları yetkili kurulları eli ile kullanabilirler.

II. SUÇTAN DOĞAN MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ

A. Kavram

Ceza hukuku uzun yıllar boyunca faili ele almış ve haklarını belirlemeye çalışmıştır. Oysa ilkel ceza hukukunda temel amaç, mağduru tatmin etmek ve uğradığı zararın giderilmesini sağlamaktır. Ceza hukuku failin hakları temelinde geliştikçe, mağdur hakları bir kenara bırakılmışsa da geçen yüzyıldan beri yapılan çalışmalar, mağduru ceza hukukunda önemli bir konuma getirmiştir.

³⁷ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, 114.

³⁸ Dönmezer/Erman, C:II, 428-429.

³⁹ Dönmezer/Erman, C:II, 427.

⁴⁰ Dönmezer/Erman, C:II, 428-429.

⁴¹ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 146; Ünver/Hakeri, 304.

⁴² Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 146.

İşlenen suçtan bir gerçek kişi zarar görse de, suç nedeni ile sadece devlet ile suç faili arasında ilişki kurulduğu kabul edilince, ceza yargılamasının amacı faili cezalandırmak olmuştur. Suç işlendikten sonra devletin cezalandırma hakkı ve yetkisi doğmakta ve esasen bu devlet açısından bir fonksiyon olarak kabul edilmektedir. Cezalandırma bir fonksiyon olarak devletin tekeline verilince ve devlet için subjektif bir hak haline gelen bu fonksiyon savcılık örgütü eli ile yürütülmeye başlanınca, suçtan zarar görenler ilişkinin dışına itilmiştir.⁴³ Öyle ki, devlet karşısında hakları güvence altına alınmak zorunda olan sanık üzerine yapılan çalışmalar, mağdurun unutulup gitmesinde etkili olmuştur. Mağdur ceza yargılamasında, bilgi veren ve tanıklığına başvuru olan kişi olarak görülmüştür.⁴⁴

Ceza suçlunun kusurlu olduğunun toplum tarafından teyidi anlamını taşımakla mağdur açısından elbette manevi tatmin nedenidir. Buna karşılık çoğu zaman suç mağdurunun, maddi olarak da tatmin edilmesi gereken bir zararı bulunmaktadır. Hümanist doktrine göre, adalet mağdurun maddi ve manevi zararı giderilmeksizin sağlanmış olmayacaktır. Bu anlamda klasik doktrinin kefareti öne çıkartarak mağduru ihmal ettiğini savunan yazarlar, pozitivist okulun mağdurun korunmasına öncülük ettiğini belirtmiştir.⁴⁵ Klasik ölçüde cezalandırmak anlayışı çerçevesinde ceza ilişkisinin suçlu ile devlet arasında kurulması anlaşılabilir. Neyse ki suçu cezalandırmanın, toplumsal savunma anlamına geldiği ve ceza verilmek suretiyle suçun yarattığı tehlikelerin kaldırıldığı görüşü bir miktar ilerleme sağlamış ve cezanın toplumsal savunmayı sağlayacak özelliklere sahip olması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak toplum savunması görüşünde dahi ilişki yine devlet ile suç faili arasında kurulmuş ve mağdurun unutulup gitmesi süreci devam etmiştir.⁴⁶

Her suçun esas mağdurunun devlet olduğunu kabul eden klasik okula göre, failin bulunup cezalandırılması ile adalet sağlanmaktadır. Mağdurun zararının giderilmesi, mağdur ile fail arasındaki bir mesele olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık günümüz koşulları, mağdur ile devlet arasında doğrudan bir ilişki kurulmasını sağlayacak teoriler

⁴³ Özek, 14-15.

⁴⁴ Dönmezer, 179; Özbek, 7; Çetintürk, 203.

⁴⁵ Erem, 277-278.

⁴⁶ Özek, 15.

üzerinde durulmasını gerektirmektedir. Öyle ki mağdur, suçtan doğan zararının giderilmesini doğrudan doğruya devletten talep edebilmeli ve devlet kendisine yüklenen bu yükümlülüğü yerine getirmelidir.

Suçtan mağdur olan kişinin mağduriyetinin giderilmesi, sosyal bir ödev olmanın yanında, hakkaniyet ve adaletin de gereğidir. Hukuk devletinde yaşayan bir kişi olarak mağdurun, suçtan doğan zararının karşılanmasını talep etme hakkı olmalıdır.⁴⁷ Devletin mağduru özel hukuk usulüne yönlendirmesi yeterli değildir. Suçtan doğan zarara basit bir haksız fiilden doğan zarar olarak bakılamaz.⁴⁸ Devlet insan onuruna dokunmama biçimindeki negatif yükümlülüğünün yanında, onu aktif olarak da korumak zorundadır. İnsan onuruna yönelik tehditleri önleme ve gerekli tedbirleri almak devletin görevi sayılmalıdır. Bu tedbirler sadece güncel değil geleceğe dair olası tehditleri de kapsamalıdır.⁴⁹

Suç mağdurunun, faile karşı yürütülen yargılamada korunması da adaletin sağlanması açısından gereklidir. Adli yargıda yargılamanın makul sürede bitirilememesi, suç mağdurunun adalete ulaşması önündeki en önemli engellerden birisidir. Bu durum suç mağdurunu yasadışı çareler bulmaya dahi yönlendirmektedir.⁵⁰ Mevcut düzenleme ve uygulama içinde suç mağdurlarının adalete ulaşması, ceza davalarının kabul edilmesi mümkün olmayacak denli uzun sürmesi nedeni ile son derece zorlaşmıştır.⁵¹ Bu durum suç mağdurlarının adalet sistemine güven duymasını zorlaştırmaktadır. Nitekim yapılan çalışmalar, suçta siyah sayıların oluşmasına mağdurların neden olduğu vakaların azımsanmayacak kadar çok olduğunu göstermektedir. Kolluğa ve adalet örgütüne güvenmeyen ve adaletin yerine geleceğini umut etmeyen mağdur, suç bildirmekten dahi kaçınabilmektedir.⁵²

⁴⁷ Özbek, 94.

⁴⁸ Erem, 278-279.

⁴⁹ Özbek, 96.

⁵⁰ Feridun Yenisey, "Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği ve Gecikme", in: Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, 479.

⁵¹ Türkiye'de kamu davasının açılması ile hükmün kesinleşmesi arasında geçen ortalama sürenin 1.236 gün (3.3 yıl), Yargıtay tarafından bozulan dosyalarda ise ortalama 1.981 gün (5.2 yıl) olduğu belirtilmektedir., <http://www.umut.org.tr/public/kavramlar.aspx?id=21082>, (27 Aralık 2010); Çek davalarında bir yıl sonraya duruşma günü verilmesi üzerine karşılıksız çek mağdurları yürüyüş yaparak bu durumu protesto etmiştir., <http://karsiliksizcekmagdurlari.blogspot.com/2010/05/cek-davalarina-1-yl-sonraya-gun.html> (27.12.2010)

⁵² Füsün Sokullu-Akıncı, Kriminoloji, 2007 İstanbul, 75 vd.

Tüm bu nedenlerle Türkiye ceza adaleti sisteminde karşılaşılan güçlükler de dikkate alınarak, mağdurun korunmasında ve suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde, geleneksel hukuk yolları yerine başka kurumların ikame edilmesi zorunlu görünmektedir.

B. Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi Hakkındaki Görüşler

1. Genel Olarak

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi uzun yıllar boyu, suç faili ile suçtan zarar gören arasındaki kişisel bir mesele olarak görülmüştür. Dolayısıyla mağdura tazminat hukuku sınırları içinde, özel hukuk kurallarına göre kişisel dava açarak uğradığı zararı failden talep etme hakkı tanınmakla yetinilmiştir.

Çağımıza doğru yaklaştıkça, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine bir yandan sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği yani idare hukuku sorunu olarak bakılmaya başlanmış⁵³ öte yandan ceza hukuku içine alma, hatta bir yaptırım türü olarak düzenlemeye ilişkin tartışmalar yürütülmüştür.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi kurumunun ceza hukuku içine sokulmasında, ceza sorumluluğunun esasını sosyal sorumluluğa dayandıran pozitivist okulun etkisi bulunmaktadır. Pozitivistler sosyal yaptırımın şekli ile derecesi üzerinde durmuştur. Klasik okul ise ceza hukuku ile medeni hukuk arasında keskin bir ayırım olduğunu ve suçun ilk sonucunun ceza olduğunu kabul etmiştir. Pozitivistlerin öngördüğü tedbirlerden olan onarıcı araçlardan bir tanesi de suçun yol açtığı zararın giderilmesidir.⁵⁴

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi konusunda ileri sürülen başlıca görüşler aşağıda ele alınmıştır.

⁵³ Özbek, 165; Özbek, 165 dn.1.

⁵⁴ Özbek, 220-221, Pozitivistlerin öngördüğü diğer tedbirler ise; önleyici araçlar, tenkil edici ve zorlayıcı araçlar ile tasfiye edici araçlardır; Yarsuvat, 335; Günümüzde kullanılan anlamı ile onarıcı adalet, suçun işlenmesi ile doğan uyuşmazlığı mağdurlara verilen zararın giderilmesi ile çözen, bir yandan failleri yaptıklarından sorumlu tutarken öbür yandan toplumu sorunun çözümü sürecine ortak eden anlayışı ifade eder, Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, 2010 İstanbul, 64.

2. Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesinin Ceza Hukuku ile İlişkisi Konusundaki Görüşler

a. Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesinin Ceza Hukuku Yaptırımlarının Yerine Geçirilmesi Görüşü

Bu görüşe göre, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi, devlete ait ceza vermenin yerine geçirilmeli ve ceza hukukunun tek yaptırımı olarak düzenlenmelidir. Mağduriyeti gidermesi halinde fail hakkında ceza hukuku yaptırımlarını uygulamaya gerek kalmamalıdır.⁵⁵

Suçun, fail ile mağdur arasında meydana gelen bir uyumsuzluk olmakla beraber aynı zamanda toplumun çıkarlarını ihlal etmesi karşısında bu görüşü kabul etmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla ceza hukukunun tamamen ortadan kaldırılarak yerine, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin suçun karşılığı tek yaptırım olarak kabulü birçok sakıncayı beraberinde getirecektir. Hafif suçlarda kabul edilse dahi ağır suçlarda ceza hukukunun ortadan kaldırılması kabul edilemez.⁵⁶

b. Bütünleşme Görüşü

Bu görüşe göre ceza yargılaması, ceza hukukuna ilişkin bir yaptırım olarak mağduriyetin giderilmesi ile sona erer. Suçtan doğan mağduriyet ceza muhakemesi içinde giderilmelidir. Bu görüş kendi içinde iki farklı biçimde savunulmuştur. İlk gruptaki yazarlar, ceza muhakemesi sonunda hükmedilecek olan mağduriyetin giderilmesinin ceza karakterine sahip bir yaptırım, diğer gruptaki yazarlar ise mağduriyetin giderilmesinin bir ceza veya emniyet tedbiri değil üçüncü bir yaptırım türü olduğunu savunmaktadır.⁵⁷ Ceza hukukundan vazgeçilmesi mümkün değildir ancak mağduriyetin giderilmesi ceza hukukunun yaptırımlar sistemi içine bağımsız bir yaptırım olarak alınmalıdır. Mağduriyetin giderilmesi bir ceza olarak kabul edilebileceği gibi ceza hukukunun geleneksel yaptırımları yanında üçüncü bir yaptırım türü olarak da kabul edilebilir.⁵⁸

⁵⁵ Özbek, 175.

⁵⁶ Özbek, 178, 216.

⁵⁷ Özbek, 179-180.

⁵⁸ Özbek, 166; Almanya, Avusturya ve İsviçre ülkesinden bir grup profesör tarafından hazırlanan ancak resmi bir tasarı niteliği taşımayan "Mağduriyetin Giderilmesi Alternatif Yasa Tasarısı"nda, mağduriyetin giderilmesi üçüncü bir

c. Geleneksel Görüş

Bu görüşe göre, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi ceza hukuku yaptırımlarının yerine geçirilemez ve bağımsız bir yaptırım türü olarak düzenlenemez.⁵⁹ Mağduriyetin giderilmesi, medeni hukuka ilişkin özelliğine dokunulmadan, etkinliğini arttıracak şekilde ceza hukuku içine alınmalıdır.⁶⁰ Mağduriyetin giderilmesi, ceza hukuku tarafından dikkate alınmalı ve hapis cezası ile para cezasının uygulamasını azaltmalı veya gereksiz kılmalıdır. Bu görüşün etkilerini Alman Ceza Kanununda bulmak mümkündür.⁶¹

d. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Mağduriyetin suçtan doğduğunu ve dolayısıyla suçtan hareket edilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar, bu kavramın ceza hukukuna yabancı olmadığını savunmaktadır. Bu bağlamda suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine, tarihsel gelişime uygun olmamakla birlikte, gerekli ve yararlı olduğu için ceza hukuku içinde yer verilmelidir. Nitekim suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi sorunu, klasik ceza hukuku teorileri ile çözülemeyecek önemli bir sorun haline gelmiştir.^{62 63}

şerit olarak bağımsız bir ceza hukuku yaptırımı biçiminde ceza hukuku içine alınmıştır. Tasarı 1992 yılında Alman Hukukçular Günü'nde tartışmaya açılmış, 25 oya karşılık 42 oyla reddedilmiştir., Özbek, dn.115.

⁵⁹ Özbek, 166.

⁶⁰ Özbek, 198.

⁶¹ Alman Ceza Kanunu m.46, m.46a, m.56b, m.59a'da bu görüşün izlerini bulmak mümkündür., Alman Ceza Kanunu, Yenisey/Plagemann, 35 vd.; Özbek, 201.

⁶² Özbek, 216-219.

⁶³ Özbek, 213-214; Farklı bir yaklaşım Seelmann tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre; ceza hukuku açısından potansiyel mağdur ile güncel mağdurun birbirinden ayrılması gerekir. Süregiden tartışmalar güncel mağdur ile ilgilidir. Potansiyel mağdur suç ile korunan hukuksal değeri ifade eder ve ceza hukukunun görevlerinden birisi de potansiyel mağduru korumaktır. Güncel mağdurun ceza hukukuna yön vermesi iki nedenle çelişkili olup kabul edilemez. İlk, tarihsel kabul edilise göre mağdur, suçu cezalandırma yetkisini devlete bırakmış ve öz almayı sonlandırarak ceza hukukunda geriye çekilmiştir. Mağdurun yeniden ceza hukuku içine alınması ve güçlendirilmesi bu gelişmeye aykırıdır. Kaldı ki fail ile mağdurun çatışmasını ceza hukuku içine almak ve mağdurun duygularının ceza hukukuna yön vermesine yol açmak, mağdurun beklentileri ile masumiyet karinesi arasında çatışmaya yol açacaktır. İkinci çelişki, yaptırım yönünden ortaya çıkacaktır. Failin mağduriyeti gidermesi, işlenmiş bir suçun somut güncel mağduruna yönelik olacaktır. Mağdurun bir suçta maruz kalması nedeniyle kötüleşen durumu, failin edimi ile iyileştirilirse, ceza hukukundan beklenen

Kanımızca, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin ceza hukuku yaptırımlarının yerine geçirilmesi görüşü, cezanın amacı ve ceza hukukunun kamusalılığı ilkesi dikkate alındığında kabul edilemez.

Suçtan doğan mağduriyetin ceza yargılaması içinde giderilmesi gerektiği yönündeki bütünleşme görüşü ise yeterli hukuksal dayanağa sahip değildir. Salt ihtiyaç olduğu için, birbirine zıt iki kutbu temsil eden suç faili ile suç mağdurunu ceza yargılaması içinde tatmin etmek olanaklı görünmemektedir. Bunun yerine ceza yargılaması dışında ancak mağdur açısından daha ulaşılabilir ve somut sonuç almaya elverişli bir hukuk yolu sağlanmalıdır. Ceza yargılaması içinde, maddi gerçeğe ulaşma ve sanığın adil biçimde yargılanması ile mağdurun tatmini birlikte sağlanamaz. Gerçekten de mağdur veya suçtan zarar gören ile suç failinin çıkarları daima birbirine karşıt olacaktır. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin kamusal bir niteliği varsa bu mağdur veya suçtan zarar gören ile devlet arasında cereyan etmelidir. Medeni hukuka ilişkin yapısı ise suç faili ile mağdur arasındadır.

Yukarıda açıklanan teorilerden geleneksel görüşün ceza hukuku sistemimizde etkilerini görmek mümkün mümkündür. Alman Ceza Yasasında da etkileri görülen bu görüşün temel argümanı, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin tazminat hukukuna dair olduğudur. Öyle ise, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde, mağdura ceza hukukunun dışında, elverişli bir yol sağlanması bu görüş ile çelişmeyecektir. Suç failinin mağdurun zararını gidermeye daha fazla zorlanması, ceza hukuku yaptırımlarının uygulanmasını engelleyecek veya etkilerini zayıflatacaktır.

3. Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi

Suçtan doğan mağduriyetin devlet tarafından giderilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin izlerini birkaç yüzyıl geriye götürmek mümkündür. Aydınlanma sonrası yazarlardan Jeremy Bentham, devletin vatandaşı korumak görevini yüklenmiş bulunduğunu ve bu görevini

gelecekte işlenebilecek suçlara engel olmak amacına ulaşamaz. Mağduriyetin giderilmesi, güncel mağdurun değil potansiyel mağdurun ihtiyaçlarına bağlı olmalıdır. Bu nedenle güncel mağdurun mağduriyeti bir tazminat nedeni olarak medeni hukukun görevine dahildir, Kurt Seelmann, aktaran Özbek, 213-214.

yerine getirmemesi halinde meydana gelen zararı gidermek yükümlülüğü altında olduğunu savunmuştur.⁶⁴

Her meşru toplumun amacı, kişilerin güven içinde yaşamalarını sağlamaktır.⁶⁵ Suçtan doğan mağduriyetin devletçe giderilmesinin haklı gerekçeleri bulunmaktadır. Devlet vatandaşı suçtan koruma yükümlülüğünü üzerine almıştır.⁶⁶ Çağdaş hukuk anlayışında suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi insan haklarına dayandırılmaktadır. Sosyal güvenliğe sahip olma hakkı devlet tarafından sağlanması gereken temel haklardandır. Bu bağlamda, suçun sebep olacağı zararlara karşı kişileri güvence altına almak ve meydana gelmişse zararları gidermek gerekmektedir.⁶⁷ Özek, devletin kişilerin sosyal ve kişisel güvenliğini sağlamaya yönelik anayasal fonksiyonlarının bir sonucu olarak, suçtan doğan mağduriyeti gidermesinden yanadır ve bunu vatandaş haklarından birisi olarak kabul etmektedir.⁶⁸

Suçtan zarar gören kişinin mağduriyetinin giderilmesi ancak devletin bu konuda sorumluluk üstlenmesi ile mümkün olabilir. Bir suçun işlenmesini takiben doğacak hukuksal ilişkinin sadece fail ile devlet arasında değil aynı zamanda mağdur ile devlet arasında olduğunun kabulü gerekir. Suçluya karşı görevleri bulunan devletin mağdura karşı da görevleri bulunmaktadır. İşte bu yükümlülük, mağdurun zararının devlet tarafından giderilmesi anlamına gelecektir. Geleneksel ve dolaylı önlemlerden farklı olarak, zararı gidermek sorumluluğu doğrudan doğruya devlete ait olmaktadır.⁶⁹

Devlet ülkesinde yaşayan insanları korumakla yükümlü olup, bu görevini gereği gibi yerine getirmediği için doğan zarardan so-

⁶⁴ Yarsuvat, 335.

⁶⁵ Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev.Sami Selçuk), 2004 İstanbul, 57.

⁶⁶ "...çeşitli devlet anlayışları her zaman devlet içinde bireylerden ayrı ve onların üstünde bir özvarlık bulunduğunu düşünmüşlerdir. Biz ise devlette, tersine olarak onu oluşturan bireyler topluluğunu/bütünlüğünü görmekteyiz. Demek ki devlet, bireylerin dile getirip ortaya koyduğu biçimiyle, sonuçta kendi gücünü vekil edenlerin, üyelerin hizmet ve yararına sunan bir özvarlıktır. Böylece ona verilen devlet gücü, uyrukları olan vekil edenlerin karşısında, yalnızca bir ödev dönüşmekte, bir ödeveden başka bir şey olmamaktadır. Bu ödev bireyi iyileştirmek, insanı toplumsal yaşamla uyumlu kılmaktır..."
Filippo Gramatica, Toplumsal Savunma İlkeleri (çev.Sami Selçuk), İmge 2005 İstanbul, 445; Özbek, 23, dn.6.

⁶⁷ Yarsuvat, 335.

⁶⁸ Özek, 41

⁶⁹ Özek, 36-37.

rumludur. Devlet adına görev yapan kurumların gereği gibi çalışmamasından dolayı suç işlenmiş ise artık bu ihmalin sonucuna mağdurun katlanmasını beklemek adalete aykırıdır. Devletin suçtan doğan mağduriyeti bizzat gidermesi gereklidir. Bu görüş, devletin bir fon oluşturarak ya da her yıl bütçe ayırarak suç mağdurlarının zararını gidermesini gerektirecektir. Devletin tüm suç tiplerinden doğacak zararını gidermesinin kabulü, suçun işlenmesini önlemeye yönelik yeterli tedbir alınmamasına yol açabilir. Buna karşılık, özellikle kitle hareketleri sonucu meydana gelen zararların devlet tarafından karşılanması gerektiği öteden beri kabul edilmektedir.⁷⁰

Mağduriyetin giderilmesinde failin aktif halde tutulması bazı durumlarda cezanın amacı ile uyum göstermektedir. Bununla birlikte failin ödeme gücü yoksa zararın giderilmesi mümkün olmayacaktır. Kaldı ki bazı durumlarda mahkum olunan ceza hukuku yaptırımları, failin suçtan doğan zararını gidermesini olanaksız kılmaktadır. Örneğin failin uzun süreli hapis cezasına mahkum edilmesi, eylemsel olarak suçtan doğan zararını karşılamasını engelleyecektir. Failin cezalandırılması mağduru manevi yönden tatmin etmekle birlikte uğradığı maddi zararının giderilmesini sağlamayacaktır.⁷¹

Devletin suçla mücadele etme ve cezalandırma tekeli, suç faillerini cezalandırmaktan ibaret olmamalı, suçtan doğan zararın giderilmesini kapsayacak biçimde genişletilmelidir.

E. Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukukta Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi

1. Avrupa Konseyi Belgeleri

1960'lı yıllardan itibaren Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde, suç mağdurlarının zararlarının tazminini sağlayacak düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Suç Sorunları Hakkında Avrupa Komitesi, 1970 yılındaki çalışma programına suç mağdurlarına tazminat ödenmesini eklemiştir. Bu program Bakanlar Komitesi tarafından 1974 yılında onaylanmış ve 1977 yılında suç mağdurlarına tazminat ödenmesi ile il-

⁷⁰ Dönmezer, 185-188.

⁷¹ Özbek, 101-102.

gili daha ileri bir düzenleme kabul edilmiştir. 1977 Yılında ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından “Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında (77)27 sayılı tavsiye kararı alınmıştır.⁷²

Bu çalışmaların etkisi ile 116 sayılı “Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” ortaya çıkmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 24 Kasım 1983 tarihinde kabul edilerek imzaya açılan Sözleşme, 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, yaralanma veya ölümle sonuçlanan kasıtlı şiddet suçu mağdurlarına devletlerin tazminat ödemesi konusunda asgari standartları içermektedir. Tazminat ödeme yükümlülüğü, suç mağduruğunun uyruğu önemli olmaksızın üye devletin ülkesinde işlenen suçlar için geçerlidir. Sözleşmeye göre, devlet başka kaynaklardan tazminat ödenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, kasıtlı bir şiddet suçu sonucu bedenlen ciddi olarak yaralanmış veya sağlıkları bozulmuş kişilere ve bu tür suçlar sonucu ölenlerin bakmakla yükümlü oldukları yakınlarına tazminat ödemekle yükümlüdür.⁷³ Türkiye 24 Nisan 1985 tarihinde sözleşmeyi imzalamış ancak henüz uygun bulma kanununu çıkartmamıştır.⁷⁴

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 28 Haziran 1985 tarihinde Ceza Hukuku ve Ceza Yargılama Usulü Çerçevesinde Mağduruğunun Hakkında 85(11) sayılı, 1987’de ise Mağdurlara Yardım ve Mağdur Edilmenin Önlenmesi Hakkında (87)21 sayılı tavsiye kararlarını kabul etmiştir.⁷⁵ Yargılamanın tüm aşamalarında mağduruğun korunması gerektiğine işaret eden tavsiye kararlarına göre, mağduruğun hakları ve onuru ihlal edilmemeli, gerek soruşturma, gerekse yargılama aşamasında özel hayatının gizliliği korunmalı, suç türünün gerektirmesi halinde, kendisinin ve ailesinin güvenliği sağlanmalıdır.⁷⁶

Avrupa Konseyi Terörizm Hakkında Uzmanlar Komitesi tarafından yürütülen çalışmaların sonucunda, 116 sayılı Sözleşmenin terör

⁷² Cemil Kaya, “Avrupa Konseyindeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C:3, N:10, 2007, 27.

⁷³ Kaya, 27-28; Sözleşme metni için, <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas187o.htm> (26.12.2010)

⁷⁴ Kaya, 28, dn.20.

⁷⁵ Kaya, 27-28.

⁷⁶ Özbek, 114-115.

suçları mağdurlarının desteklenmesinde yetersiz kaldığından bahisle, 16 Mayıs 2005 tarihinde 196 sayılı Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi yürürlüğe konulmuştur. Türkiye Sözleşmeyi 19 Ocak 2006 tarihinde imzalamıştır.⁷⁷

Avrupa Konseyi'nin 15 Mart 2001 tarihli çerçeve kararı ile 14 Haziran 2006 tarihli ve 967. oturumda alınan (2006)8 sayılı tavsiye kararına göre, üye ülkelerde suç mağdurlarına destek verilmesi için özel birimler kurulmalı ve personel eğitilmelidir.⁷⁸ Bunun da ötesinde, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen tüm eylemlerin mağdurlarına, ceza davası sırasında ve sonrasında her türlü sosyal, ekonomik ve psikolojik yardımın sunulması gerekmektedir.⁷⁹

2. Birleşmiş Milletler Belgeleri

Suç mağdurların uluslararası hukuk himayesindeki haklarının temel dayanağını *"Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi"* oluşturmaktadır. Bildiri, 26 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da toplanan *"Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı"* üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresinin tavsiyesi ile BM Genel Kurulu tarafından 29 Kasım 1985 tarihli ve 40/34 sayılı karar ile kabul edilmiştir.⁸⁰

Bildiri m.1'e göre, *"üye devletlerin yetki istismarını suç olarak yasaklayan kanunları gibi yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimseye "mağdur" denir."* Bildiri m.8'de, suçu işleyenlerin veya bunların hareketlerinden sorumlu olanların, gerektiği takdirde mağdurlara, ailelerine veya bakmakla yükümlü oldukları kimselere adil bir giderim vermesi gerektiği belirtilmiş ve m.12'de, tazminatın failden veya diğer kaynaklardan tam olarak alınamaması

⁷⁷ Kaya, 29 ve dn.24.

⁷⁸ Erzurumluoğlu, 73; Daha fazla bilgi için bkz. Kaya, 30.

⁷⁹ Daha fazla bilgi için bkz. Erzurumluoğlu, 81 vd.

⁸⁰ Mustafa T.Yücel, Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, 38-39; <http://www.ihm.8m.com/i9sucyim.htm>

(27_Aralık 2010).

halinde, devletin tazminat ödemek konusunda çaba harcayacağı kabul edilmiştir.

Mağdur hakları alanında Uluslararası Ceza Mahkemesinin özel bir yeri bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu mekanizmanın amacı, mağdurların kendi ulusal mahkemelerinde tazminat elde edemedikleri durumlarda adalete erişmelerini sağlamaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesinin önceki mahkemelerden farkı, cezalandırıcı adalet yanında mağdura haklar tanınması, bağımsız statülerini kabul etmesi ve onarıcı adalet anlayışının gereği olarak uğradıkları zararlardan dolayı tazminat talep etmelerine olanak sağlamasıdır.⁸¹

3. Karşılaştırmalı Hukuk

Karşılaştırmalı hukukta mağdurun zararını gidermeye olanak sağlayacak ve faili buna zorlayacak çeşitli önlemlerin suç politikası ile bütünleştirilmeye çalışıldığını görmekteyiz. Birçok Avrupa ülkesinde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi konusunda devlet yükümlülük yüklenmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi ceza hukukuna ilişkin bir tepki biçimi olmanın yanında, hapis cezasına önemli bir seçenek olarak taraftar toplamıştır. Bununla birlikte "*restitution*" olarak ifade edilen mağduriyetin giderilmesi esasen suçtan doğan mağduriyetin suç faili tarafından giderilmesi anlamına gelmektedir. Özellikle mahkemelerin iş yükünün artması ve hapisanelerin aşırı derecede dolması, uyuşmazlıkların geleneksel yollarla çözülmesine seçenek olabilecek yöntemleri gündeme getirmiştir.⁸²

Amerikan Kongresi, 1984 yılında Suç Mağdurları Kanunu (Victims of Crime Act)'nu kabul ederek merkezi yönetimin suç mağdurlarına yapılacak yardımlar konusunda öncülük yapması için adım atmıştır. 1988 Yılında kabul edilen bir kanun ile suç mağdurlarına yapılacak yardımların organize edilebilmesi için Suç Mağdurları Bürosu (Office of Victims of Crime) kurulmuştur. 1994 Yılında kabul edilen Kadınla-

⁸¹ Burcu Kırancı, "*Mağdur Haklarının Gelişimi*", in:Uluslararası Ceza Mahkemesi Mağdur Hakları El Kitabı, <http://www.amnesty.org.tr/ai/system/files/magdurlaricinevrenseladalet.pdf>, (27 Aralık 2010, 31.

⁸² Özbek, 119, 121.

ra Karşı Şiddet Kanunu (Violence Against Women Act) ile ABD'nin tamamında uygulanmak üzere kadınların fiziksel ve cinsel şiddete maruz kalmalarının engellenmesi ve şiddete uğramaları halinde korunmaları amaçlanmıştır.⁸³

İngiltere'de suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi kurumu, "compensation order" olarak adlandırılmakta ve yaygın olarak kullanılmaktadır. İlk olarak 1964 yılında yapılan bir düzenleme ile devlete suç oluşturan fiillerin mağdurlarının zararını giderme yükümlülüğü getirilmiş ancak bu vatandaş açısından talep edilebilir bir hak olarak düzenlenmemiştir. 1982 yılında bu düzenlemenin sınırları genişletilmiş ve mağduriyetin giderilmemesi halinde gerekçesinin açıklanması zorunluluğu getirilmiştir.⁸⁴ "Suç Mağdurları Uygulama Kuralları"na göre, polisin tüm ciddi suçlarda mağdur destek servislerini haberdar etmesi zorunludur. Nitekim mağdur destek hizmetlerinden yararlananların %91'i polis tarafından yönlendirilen kişilerden oluşmaktadır.⁸⁵

Almanya'da 18.12.1986 yılında kabul edilen Mağdurun Korunması Kanunu ile mağdurun ceza yargılamasına katılımı sağlanarak, konumunun ve kişiliğinin güçlendirilmesi amaçlanmıştır. O zamana kadar Alman Ceza hukukunda bu konuda ciddi bir boşluk bulunduğu kabul edilmekteydi.⁸⁶ Mağdurun korunması açısından iyileştirici hükümler içeren bir başka düzenleme olarak 30.04.1998 tarihli Tanıkların Korunması Kanununu anmak gerekir. Duruşmalar sırasında tanık konumundaki mağdurlara koruma sağlanmıştır. Almanya'da 16.11.2001 tarihli olarak Federal Meclis tarafından Mağdur Haklarının Kuvvetlendirilmesi Kanunu Tasarısı tartışmaya açılmıştır.⁸⁷ Alman Ceza Kanunu m.46'ya göre, mağdurun zararının giderilmesi cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Alman Ceza Kanunu m.46a ise, mağdurun zararının tamamen veya büyük ölçüde giderilmesi suretiyle uzlaşma sağlanabileceğini düzenlemiştir.⁸⁸

⁸³ Erzurumluoğlu, 72.

⁸⁴ Yarsuvat, 344, dn.2; Özek, 37; Özbek, 133.

⁸⁵ Erzurumluoğlu, 79.

⁸⁶ Heinz Schöch, "Mağdurun Korunması-Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerinin Sınanması" (çev.Ayşe Nuhoğlu), in:Suç Politikası (Ed.Yener Ünver), 2006 Ankara, 117.

⁸⁷ Schöch, 121-122.

⁸⁸ Alman Ceza Kanunu (çev.Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann), 2009 İstanbul, 35-36.

4. İç Hukukumuzdaki Düzenleme

İç hukukumuzda, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine öz-gülenmiş bir düzenlemenin varlığına duyulan ihtiyaç öteden beri tartışma konusu edilmektedir. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine hizmet edebilecek mevcut düzenlemeler ise dağınık ve belirli bir anlayıştan yoksundur. 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 5233 sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Kanun⁸⁹, 4230 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile 2230 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde başvurulabilecek ancak farklı koşullarda uygulanması mümkün düzenlemelerdir.

Türkiye’de idari yargı yolu, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde önemli bir seçenek olarak işlev görmüştür. Danıştay ve Yüksek Askeri İdare Mahkemesi, mağdurun zararının giderilmesini, “hizmet kusuru”, “kusursuz sorumluluk”, “kanundan doğan sorumluluk” ve “sosyal risk” esaslarına dayandırmaktadır.⁹⁰ Kitle hareketleri sonunda meydana gelen zararın giderilmesi konusunda önceki kararlarında sosyal risk kuramına dayanan Danıştay, sonraki kararlarında hizmet kusuruna dayanmıştır. Kitle hareketleri sonucu ortaya çıkan zararın kişilerin sırtından alınarak topluma aktarılması Anayasa hükümleri gereğidir.⁹¹

⁸⁹ Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının, Adalet ve İçişleri’ne ilişkin 24. başlığın “Yargının İşlevselliği ve Kapasitesinin Arttırılması Suretiyle Etkin Bir Yargı sisteminin Tesis Edilmesi” alt başlığında “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Tasarısı”nın 2004 yılında çıkartılacağı taahhüt edilmiştir. Bu doğrultuda, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, 17.07.2004 tarihinde kabul edilmiş, 27.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun 5442 ve 5562 sayılı kanunlar ile değişikliğe uğratılmıştır. Kanunun uygulanmasını sağlamak üzere çıkartılan “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik” 20.10.2004 yürürlüğe girmiştir. Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının idare tarafından ve yargı yoluna gitmelerine gerek kalmaksızın en kısa süre içinde tespit edilmesini ve giderilmesini amaçlamaktadır., Kaya, 26.

⁹⁰ “6-7 Eylül 1955’de İstanbul ve İzmir’de meydana olaylardan zarar görenlerin mağduriyetinin giderilmesi hakkında” 28.02.1956 tarihli ve 6684 sayılı kanun sadece tek bir olay için çıkartılmıştır., Yarsuvat, 342; Fatma Karakaş, “Sosyal Risk Teorisine Göre İdarenin Sorumluluğu”, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2004, S:13.

⁹¹ Yarsuvat, 342; “...ortaya çıkan zararların, özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp, nedensellik bağı aranmadan, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu

1 Haziran 2005 tarihinde yenilenen Ceza Hukuku mevzuatımız incelendiğinde, mağdurun haklarını ve ceza yargılaması içindeki konumunu güçlendirici anlayışı göze çarpmaktadır. Önceki ceza hukuku mevzuatımıza yöneltelen eleştiriler dikkate alınarak, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine katkı sunabilecek dört temel kurum düzenlenmiştir. Bunlar, önödeme, uzlaşma, hapis cezasının ertelenmesi ve hapis cezasına seçenек kurumların oluşturulması olarak sıralanabilir.

Yukarıda anıldığı gibi iç hukukta yürürlükte bulunan düzenlemeler, belirli koşullar altında meydana gelen eylemlerden dolayı zarara uğramış mağdurlara yardımcı amaçlamaktadır. Oysa günlük yaşamda işine gitmek üzere yola çıkan bir kişiye yönelik gerçekleşen suça ve bunun sonucunda meydana gelen zarara hukuk kurallarının tepkisiz kalmaması gerekir. Mevzuatımızdaki bu eksikliği gidermek üzere, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmıştır.

II. SUÇ MAĞDURLARINA YARDIM HAKKINDA KANUN TASARISI

A. GENEL OLARAK

Yukarıda anıldığı üzere, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde devletin sorumluluğuna dair çerçeveyi “*Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi*” ile 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “*Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*”⁹² oluşturmaktadır. Türkiye Avrupa Sözleşmesini 24 Nisan 1985’te imzalamış ancak iç hukuktaki düzenlemeler yeterli olmadığı için henüz uygun bulma kanununu çıkarmamıştır. İşte iç hukukumuzun Avrupa Sözleşmesine uygun hale getirilmesi bağlamında Bakanlar Kurulu ta-

halde önleyemeyen davalı idarece, yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir...terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmini suretiyle topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olup, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir., D10D, E.95/566, K.95/5746, KT. 16.11.1996, Kaya, 32, dn.32.

⁹² Bundan sonra “*Avrupa Sözleşmesi*” olarak anılacaktır. Sözleşme metni için bkz., <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas187o.htm> (30.12.2010)

rafından “Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”⁹³ hazırlanarak görüşe sunulmuştur.⁹⁴

Tasarının genel gerekçesinde⁹⁵, hukuk düzenlemelerinin suç faillerinin haklarına odaklandığı ve bu arada suç mağdurunun ihmal edildiği haklı olarak vurgulanmıştır. Gerçekten de mağdurun tatmin edilmesi, zararlarının giderilmesi ve adalete olan güveninin yeniden sağlanması, hukuk düzeninin temel amaçlarından birisidir. Buna karşın mevcut düzenleme suç mağdurunu, sıradan bir haksız fiile uğramış gibi fail aleyhine tazminat davasına yönlendirmekle yetinmekte, mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesi, ancak suç faili tespit edilmişse ve maddi güce sahipse mümkün olabilmektedir.

Suç mağdurunun korunmasında, özel hukuk ve ceza hukuku düzenlemelerinden yararlanılması önemli olmakla birlikte, günümüz koşulları dikkate alınarak, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi olanaklarının genişletilmesi gerekmektedir. Modern devlette ekonomik ve sosyal güvenliğin temini ile mağdurun her ihtiyacının karşılandığı bir sosyal sistemin kurulması önemli bir ihtiyaçtır.⁹⁶ Bu ihtiyacı karşılamak üzere, suç mağdurlarının uğradığı zararın sosyal hukuk devleti ilkesine göre giderilmesini sağlamaya yönelik sistemler geliştirilmektedir.

Tasarıda, Türkiye’de suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi konusunda varolan boşluğun doldurulması gerektiği ve bunun aynı zamanda Avrupa Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (m.39)’nin gereği olduğu belirtilmiş ve karşılaştırmalı hukukta, Almanya, Fransa, İtalya ve İsviçre başta olmak üzere birçok ülkede benzeri düzenlemeler bulunduğu dikkat çekilmiştir. İç hukukumuzda, Anayasa m.2’de, “sosyal devlet ilkesi” kabul edilmiş ve m.17’de “yaşama hakkı” ile beraber, “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” güvence altına alınmıştır. Aynı bağlamda m.40’da,

⁹³ Bundan sonra “Tasarı” olarak anılacaktır, Tasarı metni için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/sucmagdur.pdf> (28 Aralık 2010)

⁹⁴ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/gg.html> (28 Aralık 2010); Kaya, 28, dn.20.

⁹⁵ Tasarının genel gerekçesi için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/sucmagdur.pdf> (28 Aralık 2010)

⁹⁶ Yarsuvat, 338; Tasarı sosyal hukuk devleti olma bakımından son derece önemlidir. Suçtan zarar görenlere ödenecek miktarlar yüksek değildir ancak bireylere, devletin yanlarında olduğunu hissettirecektir, Veli Özer Özbek, mhtml:file:///D:\DESKTOP\suç mağdurlarının zararının giderilmesi kanunu tartışıldı.mhtml:http://ctcs-mucadele.net/?p=203, (6 Ocak 2011)

Anayasa ile “*tanınan hak ve özgürlüklerin ihlali halinde yetkili makamlara başvurma hakkı*” ve m.60’da “*sosyal güvenlik hakkı*” düzenlenmiştir. Bu hükümler dünyada ve ülkemizdeki gelişmeler ile birlikte değerlendirildiğinde, hukukumuzdaki boşluğun doldurulmasının yerinde olacağı anlaşılabacaktır.

B. TASARININ AMACI VE KAPSAMI

Tasarının amacı, m.1’de, suç mağduruna veya onun ölmesi halinde bakmakla yükümlü olduğu kişilere, sosyal devlet ilkesine uygun olarak yardım sağlanması biçiminde açıklanmıştır.

Tasarının kapsamı m.2’de, suç mağduruna veya suçtan zarar görenlere, uğranılan maddi zararların tazmini için yapılacak nakdi ödemelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesi şeklinde ifade edilmiştir. Yalnızca Türkiye’de işlenen suçlardan doğan mağduriyetin giderilmesi düzenleme kapsamına alınmıştır.

Tasarı m.3’e göre, “*bakmakla yükümlü olunan kimseler*”; suç dolayısıyla ölenin ana, baba, eş ve altsoyu, “*suç*”; bir kişinin uğradığı bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğüne saldırı teşkil eden tüm eylemler, “*mağdur*”; kendisine karşı işlenen suç nedeni ile zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişi, “*çocuk*”; daha erken yaşta ergin olsa bile, suç tarihinde onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi, “*yardım*” ise; suç nedeniyle oluşan doğrudan kazanç kaybı, bakım, tedavi, protez ve cenaze giderleri ile suç sonucu ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenmesi gereken giderleri ifade etmektedir.

Bu bölümle ilgili eleştirilerin ilki, düzenleme ile oluşturulması amaçlanan kurumun “*yardım*” mı yoksa “*tazminat*” mı olduğu noktasındadır. Tasarının adında da yer alan “*yardım*” ibaresinin uygun olmadığı, kurumun amacının suç mağduruna yardım etmek değil, suçtan doğan zararı gidermek olduğu belirtilmektedir.⁹⁷ Düzenlemeye kaynaklık eden Avrupa Sözleşmesinin başlığında da, “*devlet tarafından tazminat ödenmesi*” ifadesi kullanılmıştır. Tasarı m.3’ten “*yardım*” sözcüğü ile “*tazminat*”ın ifade edildiği anlaşılmaktadır. Suçtan meydana gelen zararın giderilmesini isteme bir hak olarak düzenlendiğine göre,

⁹⁷ Füsün Sokullu-Akıncı, “*Suç Mağdurlarına Devlet Yardımı*”, Güncel Hukuk Dergisi ile Röportaj, Aralık 2009/12-72, 25.

tazminat sözcüğünün amaca daha iyi hizmet edeceği gözetilmeli ve gerek başlık gerekse tasarı metni gözden geçirilerek, “yardım” ibaresi yerine, “tazminat/giderim” ibaresi geçirilmelidir.

Tasarıda “suç mağduru” ve “suçtan zarar gören” kavramlarının, ceza hukukunda farklı anlamları olan birer terim olduğunun gözardı edilmesi ikinci eleştiri nedeni olmuştur. “Suçtan zarar gören” kavramına yer verildiği halde, ayrıca “suçtan dolayı ekonomik kayba uğrayan” kavramına da yer verilmesi yerinde olmamıştır. “Suçtan zarar gören”, aynı zamanda “suçtan dolayı ekonomik kayba uğrayan” kişidir.⁹⁸

Tasarı m.3’de yer alan suç tanımı, eleştirilerin üçüncü noktasını oluşturmaktadır. Suç mağdurlarına tazminat ödenmesine ilişkin bir düzenlemede, suç kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda Türk Ceza Kanununa atıf yapılması yerinde olacaktır. Tasarı ile tüm suçların mağdurlarına değil, bedensel, ruhsal ve cinsel bütünlüğe karşı işlenen suçların mağdurlarına tazminat ödeneceği düzenlenmiştir. Öyle ise Türk Ceza Kanununda bu hukuksal değerleri koruyan suç tiplerinin düzenlendiği hükümlere atıf yapılması gerekmektedir. Nitekin Avrupa Sözleşmesinde tazminatın kapsamına şiddet suçu mağdurları alınmıştır. Sözleşme ile uyumlu olması açısından şiddet suçları kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Avrupa Sözleşmesinin başlangıç kısmında ve m.2/a’da “kasıtlı bir şiddet suçu sonucu” denilmek suretiyle sadece kasten işlenen suçlardan mağdur olanlara tazminat verilmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir.⁹⁹ Başlangıç kısmında da belirtilmiş olduğu üzere, Avrupa Sözleşmesi sadece en az standartları içermektedir ve ülkeler suç mağdurlarına bu standartların daha üzerinde olanaklar sağlamak hususunda bağımsızdır. Tasarı’da suçun işlenmesine yol açan kusurluluk türünün ne olduğu gözetilmeksizin tazminat olanağı getirilmesi yerinde olmuştur.

C. YARDIMIN KAPSAMI VE KOŞULLARI

Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi’ne göre, esas sorumluluk suç failinin olmakla birlikte, sosyal sigorta ve benzeri kuruluşların da suçtan doğan zararın giderilmesinde sorumluluğu bulunmaktadır.

⁹⁸ <http://www.ttb.org.tr/index.php/etikkurul/1963-etik> (6 Ocak 2011)

⁹⁹ <http://www.avrupakonsevi.org.tr/antlasma/aas187o.htm> (30 Aralık 2010)

Avrupa Sözleşmesi m.2'ye göre, devlet, başka kaynaklardan tazminat ödenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, kasıtlı bir şiddet suçu sonucu bedenen ciddi olarak yaralanmış veya sağlıkları bozulmuş kişilere ve bu tür suçlar sonucu ölmüş bulunan kişilerin bakmakla yükümlü oldukları yakınlarına tazminat ödemekle yükümlüdür.¹⁰⁰ Bu maddeye paralel olarak Tasarı m.4, devlet tarafından tazminat ödenmesini, başka kaynaklardan zararın giderilmesinin sağlanamaması koşuluna bağlamıştır. Avrupa Sözleşmesi m.9 düzenlemesine paralel olarak bu maddede de, çifte tazminat ödenmesi engellenmek istenmiştir. Sosyal güvenlik kuruluşları ile sigorta şirketlerinin meydana gelen zararı tazmin etmesi halinde ikinci kere tazminat alınması mümkün olmayacaktır. Devlet tarafından yapılacak ödemede, evvelce yapılmış olan ödemeler dikkate alınır.

Avrupa Sözleşmesi m.2'ye paralel olarak, Tasarı m.4/(2) hükmüne göre, suç failinin bulunamaması veya hakkında herhangi bir soruşturma yapılamaması halinde de, suç mağduru veya suçtan zarar göreninin uğradığı zararın devlet tarafından giderilmesi gerekmektedir.

Avrupa Sözleşmesinin başlangıç kısmında, suçtan dolayı mağdur duruma düşen kişilerin, suçun işlendiği ülke devleti tarafından tazmin edilmesine olanak sağlayıcı programların yürürlüğe konulması öngörülmüştür. Avrupa Konseyine üye devlet vatandaşları, kendi ülkelerinde değil de üye devlet ülkesinde buldukları sırada şiddet suçuna maruz kalmaları halinde uğradıkları zararlarının giderilmesini isteyebilirler. Sözleşmeye üye ülkelerde daimi olarak ikamet eden yabancı uyruklu kişiler de bu haklardan yararlanabilirler. Zararın nasıl giderileceği hususu ülkelerin kendi iç hukukunda düzenlenecektir.¹⁰¹

Bu bağlamda Tasarı m.4'e göre, suçtan doğan zararın giderilmesi için, talepte bulunan kişinin işlenen suçun mağduru ve Türkiye vatandaşı olması gerekmektedir. Türkiye vatandaşı değil de yabancı uyruklu ise karşılıklılık ilkesi ile birlikte, mağdurun eylem tarihinden geriye doğru en az üç yıldır Türkiye'de yaşıyor olması koşullarının yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Tasarı m.19 ile bu hükme çocuklar açısından istisna getirilmiştir. Buna göre, göçmen kaçaklığı veya in-

¹⁰⁰ Kaya, 27-28; Sözleşme metni için, <http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas187o.htm> (26.12.2010)

¹⁰¹ Yarsuvat, 337.

san ticareti suçlarının mağduru, Türkiye vatandaşı olmayan çocuklar ile sığınmacı statüsü kazanmış veya bu statüyü kazanmak için başvuruda bulunmuş çocuklar ve Türkiye vatandaşlığı için başvurmuş çocuklar hakkında, yukarıda belirtilen Türkiye vatandaşı olmak veya en az üç yıldır Türkiye’te ikamet ediyor olmak koşulları aranmayacaktır. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi için gerek çocuklar için kabul edilen istisna gerekse suçun meydana geldiği ülkenin vatandaşı olmanın koşul olarak aranmaması yerindedir.

Avrupa Sözleşmesi m.3’e göre, tazminat asgari olarak kazanç kaybını, bakım, hastane ve masrafları ile suç sonucu ölen kişilerin bakmakla yükümlü oldukları kişilerin bakım masraflarını kapsmalıdır. Bu hükme paralel Tasarı m.5’e göre yardım, işlenen suçun niteliğine göre; yaralanan, sakatlanan veya yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz ve hayatını başkasının yardım ve desteği ile sürdürebilecek şekilde malül olanların bakım, tedavi ve protez giderlerini, maruz kalınan suç nedeniyle çalışmamadan doğan kazanç kaybını, mağdurun ölümü halinde ölüm gerçekleşene kadar yapılan tedavi giderlerini, kazanç kaybını, cenaze giderlerini ve ölenin bakmakla yükümlü olduğu eşi, altsoyu, ana ve babasına yapılacak yardımı ve ruhsal bakımdan görülen zarar nedeniyle yapılan tedavi masraflarını kapsar. Suç mağdurlarının yakınlarının giderim talebinde bulunması, mağdurun ölmüş olması koşuluna bağlıdır. Suç mağdurlarının yakınları, ekonomik açıdan ölen kişiye bağımlı iseler suçtan zarar gören olarak kabul edilebilirler¹⁰². Ölüm halinde belirlenen nakdi ödeme, ölenin eş ve altsoyuna, bunların olmaması halinde ana ve babasına yapılır.

Tasarı m.2’de yer verilmemek suretiyle, manevi zararın karşılanması kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır. Tasarının madde gerekçesinde, devletin suçun faili olmadığı dolayısıyla suçtan doğan manevi zararı üstlenmeyeceği ancak manevi zararın, özel hukuk hükümlerine göre suç failinden talep edilebileceği ifade edilmiştir. Devlet suçtan doğan maddi zararı gidermeyi yüklenmekte, manevi zarar kapsam dışında tutulmaktadır. Bu düzenleme Avrupa Sözleşmesi m.3’de yer alan düzenleme ile uyum içindedir. Ancak dikkat edilirse Avrupa Sözleşmesinde uygulanması gereken asgari olanaklar düzenlenmiş ve en az maddi zararın giderilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ülkelerin suç

¹⁰² Özek, 45.

mağdurlarına veya suçtan zarar görenlere, suçtan doğan zararın giderilmesinde Sözleşme'de öngörülen asgari standartların üzerinde olanaklar sağlaması önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Öte yandan tazminat hukukunda zararın, maddi ve manevi olmak üzere iki türü bulunduğu ve maddi zararın manevi zarara göre üstün ya da öncelikli olduğunun ileri sürülemeyeceği anımsanmalıdır. Bize göre, özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar gibi manevi zararın çok belirgin olduğu hallerde mağdura manevi tazminat ödenmesi yerinde olacaktır. Gerçekten de bu suçlarda manevi zararın çok belirgin olmasına karşın maddi zarar ancak tedavi giderlerini kapsayabilecektir.

Bir suçtan mağdur olanların, uğradığı zararın tazmin edilmesini devletten talep edebilmesi, genellikle işlendiği iddia edilen suçu güvenlik güçlerine rapor etmeyi gerektirmektedir.¹⁰³ Suç mağdurunun tazminat talebinde bulunabilmesi için maruz kaldığı suçu derhal polise haber vermesi bir ön şart olarak kabul edilebilmektedir. Suçu bildirme için geçirilmesi mümkün süreler ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, suçun işlenmesinden itibaren altı ay, iki ya da beş yıl olarak düzenlenebilmektedir.¹⁰⁴ Avrupa Sözleşmesi m.6'da tazminat başvurusunun belirli bir süre içerisinde yapılması zorunluluğunun kabul edilebileceği yer almaktadır. Bu düzenlemeye uygun olarak Tasarı m.6'da, yardım isteminde bulunma süresi suçun işlendiği tarihten itibaren bir yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre geçildikten sonra yapılacak başvurular dikkate alınmayacaktır. Fakat özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda mağdurun kamu makamlarına gitmekten çekindiği gözardı edilmemelidir. Bu hususlardan doğacak hak kaybını engellemek için tasarıya özel bir hüküm eklenmesi yerinde olacaktır.

Yardım talebinin iletilmesi için bir yıllık hak düşürücü başvuru süresi ve başvuru tarihinden itibaren yardım kurulunun üç ay içinde karar vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümlerden, suç faili hakkında yürütülecek soruşturma veya kovuşturmanın akıbetinin beklenmeyeceği anlaşılmaktadır. Bu düzenleme ile suçtan doğan zararın kısa bir süre içinde giderilmesi amaçlanmaktadır.

Tasarı m.7'de, yapılacak yardımın miktarı düzenlenmiştir. Avrupa Sözleşmesi m.5'te devletlerin tazmin edilecek zarar kategorileri

¹⁰³ Erzurumluoğlu, 78.

¹⁰⁴ Yarsuvat, 337.

için alt ve üst sınırlar belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Suç sonucu meydana gelen zarar dikkate alınarak her kategori için yapılacak en yüksek yardım miktarı gösterilmiştir. Yaralanmalarda ikibinikiyüzel- li Türk Lirası, sakatlanmalarda dokuzbin Türk Lirası, yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz ve hayatını başkasının yardım ve desteği ile sürdürebilecek derecede malül olanlara yirmialtıbin Türk Lirası, ölenin ana, baba, eş ve altsoyuna onbeşbin Türk Lirası ödeme yapılması azami sınır olarak kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulunun, yukarıda belirlenen nakdi ödeme miktarlarını %30'a kadar artırmaya veya yasal sınıra indirmeye yetkili olduğu aynı maddede düzenleme altına alınmıştır.

"Yardım miktarının belirlenmesi" başlıklı Tasarı m.8'e göre, yardım miktarının belirlenmesinde mağdurun beyanı esas alınacaktır. Gerek görülmesi halinde mağdurun mesleği, ekonomik ve sosyal durumu hakkında araştırma yapılır. Yardımın tamamını veya bir kısmını yap- ması muhtemel sosyal güvenlik kuruluşları ile sigorta şirketlerinden bilgi alınır.

Avrupa Sözleşmesi m.8'de yer alan düzenlemeye göre, mağdurun veya başvuruda bulunan kişilerin suçun işlenmesi öncesindeki, sıra- sındaki veya sonrasındaki veya yaralanma veya ölümle ilgili davra- nışı, tazminat miktarının azaltılmasına veya talebin tamamen reddine neden olabilir. Mağdur veya tazminat talebinde bulunan kişinin örgüt- lü suçla ilişkide bulunması veya şiddet suçu işleyen bir örgütün üyesi olması da aynı sonuçlara yola açabilir. Tazminatın tamamen veya kıs- men ödenmesinin hakkaniyet ilkesine veya kamu düzenine aykırı ol- ması halinde de tazminat miktarı kısmen veya tamamen reddedilebi- lir. Bu düzenlemeye paralel olarak Tasarı m.9'da, suçun işlenmesinden sonra mağdurun gösterdiği davranışlara, yapılacak yardım miktarının azaltılması veya reddi bağlamında bazı sonuçlar bağlanmıştır. Mağ- dur, suçun ortaya çıkartılması, faile karşı ceza soruşturması yapılması ve zararın tespit edilmesi hususlarında kendisinden beklenen yardı- da bulunmalıdır. Özellikle işlenen suçu soruşturma ve kovuşturma makamlarına gecikmeksizin bildirmelidir.

Tasarı m.9/1(b) hükmünde yer alan *"mağdurun, saldırının meyda- na gelmesine veya artmasına katkıda bulunması"* tazminat talebinin kıs- men veya tamamen reddi nedeni olabilir. Son yıllarda mağdurbilimi

alanında yapılan tartışmalar dikkate alınarak, mağdurun suça yol açması haline, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi aşamasında hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Mağdurun suça yol açması, faili cesaretlendirmesi veya kendisine karşı suç işlenmesi riskini arttırması halini ifade eder. Esasen Türk Ceza Kanununda, mağdurun suça katkısının bulunmasına hukuki sonuçlar bağlandığını gösteren hükümler bulunmaktadır.¹⁰⁵ TCK m.61'e göre cezanın belirlenmesi aşamasında yargıcın mağdurun suça katkısını dikkate alması mümkündür. Kaldı ki takdiri indirim nedenlerini düzenleyen TCK m.62'de mağdurun suça yol açması dikkate alınmaktadır. Mağdurun suça yol açması, failin eylemindeki haksızlığı azaltarak cezasında indirim yapılmasını sağlamaktadır.¹⁰⁶

Tasarı m.9/1(a)-(b) hükümlerinin suç mağdurunun veya suçtan zarar görenin çocuk olması halinde uygulanması, Tasarı m.20 ile engellenmiştir. Madde gerekçesine göre, suç mağdurunun veya suçtan zarar görenin çocuk olması, büyüklerden farklı ve ayrıcalıklı muamele görmesini gerektirmektedir. Çocuğun talebi, saldırının meydana gelmesine veya artmasına katkıda bulunduğu gerekçesi ile kısmen veya tamamen reddedilemez. Aynı yönde suçun ortaya çıkarılması, faille karşı ceza soruşturması yapılması veya zararın tespiti konusunda kendisinden beklenen yardımda bulunmadığı veya suça konu olayı gecikmeksizin soruşturma ve kovuşturma makamlarına bildirmemesi gerekçe gösterilerek yapılacak yardım azaltılamaz veya tamamen reddedilemez.

Mali durumu suçtan doğan zararı rahatlıkla karşılayacak kadar iyi olan kişilere, devlet tarafından herhangi bir tazminat verilmemesi genellikle kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Bu doğrultuda Tasarı m.9/c hükmünde, mağdurun mali durumunun kendisine yardımda bulunulmasını gerektirmeyecek kadar iyi olması halinde, yardım kurulunun hakkaniyet ilkesi çerçevesinde yardım istemini kısmen veya tamamen reddetmesine olanak sağlanmıştır. Bu hüküm, Avrupa Sözleşmesi m.7'de yer alan, kişinin maddi durumuna göre tazminat miktarının azaltılabilemesi veya tamamen reddedilebilmesine dair düzenlemeye paraleldir.

¹⁰⁵ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, 117.

¹⁰⁶ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, 135.

¹⁰⁷ Yarsuvat, 336.

Tasarı m.10'da, mükerrer ödemenin engellenmesi, m.11'de, devlet ve yetkili makamların, ödenmiş olan yardım miktarı kadar suç failine rücu edeceği ve m.12'de ise, yapılan yardımın haksız olduğunun mahkeme kararı ile belirlenmesi halinde geri alınabileceği hususları düzenlenmiştir.

D. YARDIM KURULLARI VE ÇALIŞMA ESASLARI

Tasarı m.13'e göre, vali veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısı, il defterdarı, il sağlık müdürü, Sosyal Güvenlik Kurumu il müdürü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu il müdürü veya görevlendirecekleri yardımcısı, sosyal çalışmacı ile baro temsilcisinden oluşan il yardım kurulu kurulur. Valinin uygun bulacağı ilçelerde de yardım kurulu kurulması mümkündür.

Yardım kurullarının merkezi örgütün temsilcisi olan valilik bünyesinde oluşturulmasını tümüyle Türkiye'nin geleneksel yönetim anlayışına bağlamak gerekir. Bize göre kurulun oluşumunda merkezi teşkilata bağlılık yerine, amaca hizmet edebilecek uzmanlıkta olmak kriteri tercih edilmelidir. Uzmanlıklarının gerektirdiği konularda örneğin il defterdarına ya da il sağlık müdürüne görüş sorulması mümkündür ancak bu kişilerin kurulun daimi üyesi olarak atanması büyük olasılıkla kurulun çalışma hızını yavaşlatacak ve kararların kalite ve isabetini olumsuz yönde etkileyecektir.

Tasarı m.14'e göre, yardım istemi bir dilekçe ile yardım kuruluna iletilir. Tasarı m.15'e göre yardım kurulu, gerekli gördüğü hallerde uzmanlardan yararlanabilir. Kurul, ceza soruşturması veya kovuşturması yapıp yapılmadığına bakılmaksızın her türlü araştırma ve incelemeyi kendiliğinden yapar ve gerekli bulması halinde ilgili kişileri dinleyebilir.

Tasarı m.21'de "*bildirim yükümlülüğü*" adı altında, yardım talep eden çocuğun korunmaya ihtiyacı bulunduğu tespit edilmesi halinde, bu durumun Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirilmesi görevi, yardım kuruluna verilmiştir. "*Çocuğun aydınlatılması*" başlıklı m.22'de, çocuğun ve yasal temsilcisinin, yararlanılabilecek haklar ve koruma alma olanakları konusunda bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tasarı 23' de göre, çocuklarla ilgili başvurularda ve başvuru sonrası yapılacak işlemlerin yürütülmesinde gizlilik ilkesi geçerlidir. Tasarı m.24' de, yapılacak işlemlerde çocuğun dinlenmemesinin esas olduğu, dinlemenin gerekli olduğu hallerde ise bir uzmanın bulundurulması ve mümkün olduğu ölçüde çocuk için uygun ortamın sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

Tasarı m.16' da, yardım kurulunun başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde karar vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu süre zorunlu hallerde en fazla bir ay uzatılabilir. Bu süre içinde karar verilmemesi halinde, yardım talebi zımnen reddedilmiş sayılır.

Anayasa m.125 gereği idarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine tabidir. Kurula yaptığı talep kısmen veya tamamen reddedilen suç mağdurlarının ya da suçtan zarar görenlerin idari yargı yoluna başvurması mümkün olmalıdır.¹⁰⁸

E. YÜRÜRLÜK HÜKÜMLERİ

Tasarı Geçici m.2' de kanun hükümlerinin, kanununun yürürlüğe girmesinden sonra işlenecek suçlar için geçerli olacağı ve yetişkinler bakımından 1 Ocak 2015 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. Tasarının yürürlük maddesinde ise, kanunun yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği yer almaktadır. Tasarının kanunlaşması halinde yürürlüğe girmesi için öngörülen tarih son derece uzaktır.¹⁰⁹ Kuruluşların altyapı çalışmaları ile bütçe olanaklarının tamamlanması için kanunun yürürlük süresinin makul bir süre sonraya ertelenmesi mümkündür. Ancak yürürlük süresinin beş yıl sonraya bırakılması makul görülemez. Kanunun yayınlanmasından sonra suçtan mağdur olan veya zarar görenlerin salt yürürlük maddesinden dolayı zararlarının giderilmesini talep edememesi hakkaniyete uygun olmayacaktır.

III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Suçun işlenmesinin toplumsal, siyasi ve ekonomik nedenler başta olmak üzere birçok nedeni bulunmaktadır. Çoğu zaman suçlar bu

¹⁰⁸ Sokullu-Akinci, "Suç Mağdurlarına Devlet Yardımı".

¹⁰⁹ Sokullu-Akinci, "Suç Mağdurlarına Devlet Yardımı".

etkenlerin bir ya da birkaçının baskısı ile işlenmektedir. Öyle ise suçun önlenmesi konusunda görevini layıkı ile yapmayan toplumsal ve siyasal düzenin suç failine olduğu kadar mağdura karşı da sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluğun gereği olarak, suçtan doğan mağduriyet giderilmedikçe adalet tümüyle sağlanmış olmayacaktır.

Devletin suç failini cezalandırmanın yanında, suçtan doğan mağduriyeti gidermesi gerektiği kabul edilmekte ve bu görüş hukuksal düzenlemeleri etkilemektedir. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesini sağlamak üzere, mağdura veya suçtan zarar görene ceza yargılaması içinde yer vermekle veya özel hukuk hükümleri çerçevesinde suç faili aleyhine tazminat davası açmaya yönlendirilmekle yetinilmesinin yetersiz kaldığının görülmesi, farklı hukuk yollarının önerilmesine ve düzenlenmesine yol açmaktadır.

Yapılan hukuksal düzenlemelerde, bir yandan mağdurun ceza yargılaması sürecinde yeniden mağdur edilmesi engellenmek istenmekte, öte yandan suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi, mağdurun kişisel sorunu olmaktan çıkartılarak kamusal gücün de katkısı ile giderilmek istenmektedir. Bütün bu gelişmeler giderek suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde devletin sorumluluğunu öne çıkartmıştır. Ceza Hukukunun tarihsel evrimine de uygun olduğu düşünülen bu görüşe göre, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde devlet aktif rol oynamalı ve meydana gelen zarar kişilerin sırtından alınarak kamuya dağıtılmalıdır.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde sorumluluğun tamamen suç failine yüklenmesi, ceza yargılaması sürecinin fail ile mağdurun çatışması üzerine kurulması sonucunu doğuracaktır. Esasen ceza hukukunun tarihsel gelişimi suç faili ile suç mağdurunun çatışması üzerine kurulu değildir. Bu bağlamda Seelman'ın¹¹⁰, potansiyel mağdurun suç ile korunan hukuksal değeri ifade ettiği ve ceza hukukunun potansiyel mağduru korumakla yani gelecekte suç işlenmesini önlemekle görevli olduğu yönündeki görüşleri önemlidir. İşlenen suçun mağdurunun yani yazarın deyişi ile güncel mağdurun ceza hukukuna yön vermesini kabul etmemek gerekir. Suçu cezalandırma yetkisi devlete bırakılmış olduğuna göre mağdurun yeniden ceza hukuku içine

¹¹⁰ Bkz., yukarıda dn.63.

alınması, mağdurun duygularının ceza hukukuna yön vermesine yol açarak, sanık hakları ile mağdur haklarını karşı karşıya getirecektir. Bu bağlamda suçtan doğan zararın giderilmesinde devletin etkin rol ve sorumluluk yüklenmesi, fail ile mağdur arasındaki çatışmanın şiddetini azaltacağı gibi mağduru da yalnızlıktan kurtaracaktır.

Türkiye iç hukukunda suç mağdurlarının korumasız olduğu öteden beri tartışılmakta idi. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine hizmet edebilecek düzenlemeler ise dağınık ve belirli bir anlayıştan yoksun olmanın yanında bazı koşullar altında uygulama alanı bulabilecek özel düzenlemelerdir. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde her olaya uygulanabilir bir düzenlemenin bulunmamasından doğan boşluğun doldurulmasında idari yargı yolundan yararlanılmıştır. Ceza hukuku mevzuatımızda 2005 yılında yapılan değişikliklerde, bir yandan suç mağdurunun ceza hukukundaki konumu güçlendirilme çalışılmış öte yandan suç faili suçtan doğan mağduriyeti gidermeye yönlendirilmiştir.

Dünyadaki gelişmeler de dikkate alınarak, suçtan doğan mağduriyetin devlet bütçesinden ayrılacak bir fondan giderilmesini sağlamak ve mevzuatımızda varolan dağınıklığa son vermek üzere “*Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı*” hazırlanmıştır. Tasarı ile, 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe giren “*Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*”nin gereği olup, iç hukukumuzun sözleşmeye uygun hale getirilmesine hizmet edecektir. Yasalaşması halinde bu düzenleme, suç mağdurlarının korunmasını sağlayan en derli toplu düzenleme olacaktır. Yürürlükteki hukuksal düzenlemeler, belirli koşullar altında meydana gelen eylemlerden dolayı zarara uğramış mağdurlara yukarıda açıklanan olanakları sağlamaktadır. Tasarı ile bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğü saldırı teşkil bir suç nedeni ile zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişilerin zararının devlet tarafından giderilmesi amaçlanmaktadır.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesini sağlamak suretiyle, suç mağdurlarına veya suçtan zarar görenlere, sosyal bir hukuk devletinde yaşadıklarını hissettirecek olan düzenlemenin yakın gelecekte Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilmesi beklenmektedir. Bu süre için, tasarıya yöneltilen haklı eleştirilerin gereğinin yapılması, düzenlemenin daha uzun ömürlü olmasına katkı sunacaktır.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C:2, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Can, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Seçkin Yay., Ankara 2002.
- Cesare, Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev.Sami Selçuk), İmge Yay., İstanbul 2004.
- Çetintürk, Ekrem, "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış), Ceza Hukuku Dergisi, Y:4, S:9, Nisan 2009, 191-245.
- Demirbaş, Timur, Kriminoloji, Seçkin Yay, 2009 Ankara.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, Beta Yay., 12. B., İstanbul 1999.
- Dönmezer, Sulhi, "Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi", in:Onar Armağanı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, 179-191.
- Dursun, Selman, "Mağdurun Suça Yol Açması", İÜHFİM, C:LXI, S:1-2, 2003, 3-33.
- Erem, Faruk, "Mağdurun Korunması", Adalet Dergisi, Y:57, S:4, Nisan 1966, 277-279.
- Erzurumluoğlu, Bayram, "Avrupa Birliği Normlarında Mağdur Haklarının Korunması", Polis Bilimleri Dergisi, C:11(4), 67-88, <http://www.pa.edu.tr/objects/assts/content/file/dergi/79/4-Makale-67-%2090.pdf>. (14 Aralık 2010)
- Gramatica, Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri (çev.Sami Selçuk), İmge Yay., İstanbul 2005.
- Kale, Nesrin, "Hukukun Adalet Uygunluğu", Muğla Üniversitesi "Felsefe Günleri" (9-12 Ekim 2003), "Adalet" Sempozyumu Bildirileri (Ed.Hayrettin Ökçesiz), HFSA, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2004, 60-66.
- Karakaş, Fatma, "Sosyal Risk Teorisine Göre İdarenin Sorumluluğu", Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2004, S:13.
- Karakaş Doğan, Fatma, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yay., İstanbul 2010.
- Kaya, Cemil, "Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve

- Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun*", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 3, No:10, 2007, 25-42, <http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/Xk7tT2E9hODsSLSJevty8ZQvm81fCf.pdf> (14.12.2010)
- Kıran, Burcu, "Mağdur Haklarının Gelişimi", in:Uluslararası Ceza Mahkemesi Mağdur Hakları El Kitabı, <http://www.amnesty.org.tr/ai/system/files/magdurlaricinevrenseladalet.pdf>, (27 Aralık 2010, 31-32.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, "Ceza ve Ceza Muhakemesi, Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar", HPD S:7 Temmuz 2006 140-149.
- Koca Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 2. B., Ankara 2009.
- Orth, Uli, "Punishment Goals of Crime Victims", Law and Human Behavior, Vol.27, No.2 (Apr., 2003), pp.173-186, (27.10.2010).
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. B., Seçkin Yay., 2008 Ankara.
- Özbek, Veli Özer, "Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi", Seçkin Yay., Ankara 1999.
- Özek, Çetin, "Suç Mağdurlarının Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar", İHFİM, C:L, S:1-4, İstanbul 1984, 13-67.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Seçkin Yay., 2008 Ankara.
- Schöch, Heinz, "Mağdurun Korunması-Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerinin Sınanması" (çev.Ayşe Nuhoglu), in:Suç Politikası (Ed.Yener Ünver), Seçkin Yay., 2006 Ankara.
- Sokullu-Akıncı, Füsün, Kriminoloji, Beta Yay., İstanbul 2007.
- Sokullu-Akıncı, Füsün, Viktimoloji, Beta Yay., İstanbul 2008.
- Sokullu-Akıncı, Füsün, "Suç Mağdurlarına Devlet Yardımı", Güncel Hukuk Dergisi ile Röportaj, Aralık 2009/12-72, 25.
- Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/sucmagdur.pdf> (21 Aralık2010)
- Taşkın, Mustafa, "Fransız Ceza Hukukunda Uyuşmazlıkların Muhakeme Dışı Çözüm Yolları Bağlamında Yaptırım Sözleşmesi ve Müessesenin Türk Ceza

- Hukukunda Uygulanabilirliği*", Terazi Hukuk Dergisi, Y:5, S:41, Ocak 2010, 17-45.
- Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, 1970 Ankara.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Yay., 2005 Ankara.
- Uğur, Hüsamettin, "Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma", Terazi Hukuk Dergisi, Y:5, S:43, Mart 2010, 123-144.
- Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Mağdur Hakları El Kitabı, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu Çalışma Grubu, Ece Matbaası, <http://www.amnesty.org.tr/ai/system/files/magdurlaricinevrenseladalet.pdf> (27 Aralık 2010)
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2010.
- Ünver, Yener, Ceza Hukuku İle Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- Wolhuter, Lorraine/Olley, Neil/Denham, David, Victimology Victimization and Victims' Rights, Routledge-Cavendish, London and New York 2009, <http://ifile.it/7bcwokx/1845680456.rar> (2 Kasım 2010)
- Yarsuvat, Duygun "Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması" İnan Kırac'a Armağan Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ankara 1994, 333-344.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried (çev), Alman Ceza Kanunu, Beta Yay., İstanbul 2009.
- Yenisey, Feridun, "Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği ve Gecikme", in:Prof. Dr.Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, 477-518.
- Yerlikaya, Ünal, İslam Ceza Hukukunda Mağdur, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsüne sunulan Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2006 <http://tez2.yok.gov.tr/> (6 Ocak 2011)
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. B., Yetkin Yay., Ankara 1992.
- Yücel Mustafa T., Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2007.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., İstanbul 2010.

YENİ ANAYASADA BAĞIMSIZ BİR YARGI İÇİN NELER YAPMALI? ULUSLARARASI BELGELER İŞİĞİNDE ÖNERİLER

WHAT TO DO FOR AN INDEPENDENT JUDICIARY WITHIN THE NEW CONSTITUTION? SUGGESTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL DOCUMENTS

Sibel İNCEOĞLU*

Özet: Hukuk devleti ilkesi yargının diğer erklerden bağımsız olmasını gerektirir. Bağımsızlık yargının tarafsız olabilmesi ve böylece adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için önkoşuldur.

Yargı bağımsızlığı Türkiye'nin Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana tartıştığı konulardan biridir. 1961 Anayasası döneminde önemli ölçüde yargı bağımsızlığı sağlanmıştır, fakat 1982 Anayasası ile tekrar geriye dönüş yaşanmıştır. 2010 Anayasa değişikliğinin yapılmış olması da yargıyı bağımsız hale getirememiştir.

Yargının bağımsızlığı için bazı yapısal değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Birincisi bir bütün olarak kurumsal açıdan yargının yürütmeden bağımsızlığının sağlanması gerekmektedir. İkincisi bireysel olarak yargıçların bağımsızlığı için güvenceler gereklidir. Örneğin görev süreleri, görevden alınamamaları, mesleki güvenceleri, bireysel olarak bağımsızlıklarını ilgilendirir.

Bu makale belirtilen bu yönler bakımından yeni Anayasada ne tür hükümlerin yer alması gerektiğine odaklanmıştır.

Anahtar Kelimeler : Yargı Bağımsızlığı, Adil Yargılanma Hakkı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Anayasa, Erklar Ayrılığı, Hukuk Devleti, Adalet Bakanlığı.

Rule of law requires that the judiciary be independent than other state powers. Independence is a precondition for the impartiality of the judiciary and thus for the realization of a fair trial.

Abstract : Since the establishment of the Republic, the independence of the judiciary is one of the issues discussed by Turkey. During the 1961 Constitution judicial independence has been achieved

* Prof. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

but the Constitution of 1982 have been taken a step back again. Even the recent constitutional amendment (2010) did not make the judiciary independent.

Some structural changes must be done for the independence of the judiciary. First, as a whole institutional independence of the judiciary from the executive brunch must be ensured. Second, it is necessary guarantees for individual independence of the judges. For instance, their terms of office, career based safeguards, ban on dismissal relevant to individual independence.

In terms of the aspects mentioned above, this article is focused on what types of provisions should be included in the new Constitution.

Keywords : Independence of the judiciary, Right to a fair trial, Supreme Council of Judges and Prosecutors, Constitution, Separation of Powers, Rule of Law, Ministry of Justice.

Yargının bağımsızlığı adil yargılanma hakkına hizmet eder. Bağımsız yargı kişilerin hak ve özgürlüklerinin dışarıdan gelebilecek herhangi bir etkileme olmaksızın tamamen hukuki sınırlar içinde gerçekleşen adil bir yargılama sonucu, tarafsız bir biçimde tespit edilmesini sağlar. Bu nedenle bağımsızlık yargıçlar için sağlanmış bir ayrıcalık değil hukukun tarafsız bir biçimde uygulanması için bir güvencedir¹.

Bir hukuk devletinde erklerin belirli bir denge içinde olması ve böylece yargının tarafsızlığının sağlanması için temel koşul yargının diğer erklerden, yasama ve yürütmeden bağımsız olmasıdır. Yargı bakımından bağımsızlık sadece diğer erklerden bağımsızlıkla da sınırlı değildir, yargının işleyişi diğer müdahalelerden hatta yargıçların kendi meslektaşlarından gelebilecek müdahalelerden de korunmasını içerir.

Yargı bağımsızlığı Türkiye'nin Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana tartıştığı konulardan en önemlisidir. 1961 Anayasası ile kısmen yargı bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmışsa da 1982 Anayasası ile tek-

¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 3, 11, Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to Member States on Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities, 17.11.2010. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1707137&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#>

rar geriye dönüş yaşanmıştır. 2010 yılında yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirme iddiası ile Anayasa değişikliği yapılmış, ardından Anayasa değişikliğini uygulamaya geçirmek için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu çıkarılmış ve Hakimler ve Savcılar Kanunu taslağı hazırlanmıştır. Fakat bu değişiklikler de yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirememiştir. Nitekim Venedik Komisyonunun 2011 yılının Mart ayında yayımladığı raporda, öngörülen değişiklikler doğru yolda atılmış bir adım olarak görülmüş, ancak “*ana felsefenin değişmediği*” vurgulanmış, “*yargının idare ve denetimini politikleştirme geleneğinin üstesinden gelinmediği*” belirtilmiş, yargı bağımsızlığı bakımından “*risklerin ciddi*” olduğu açıklanmıştır².

Yargı üyelerinin bağımsız ve dolayısıyla tarafsız davranması, ancak yargının bağımsız bir biçimde işleyişini güvence altına alacak yapısal unsurların hayata geçirilmesi ile gerçekleşebilir. Eğer bağımsızlığı sağlayacak yapısal unsurlar sağlanmamışsa yargı üyelerinin bağımsız ve tarafsız davranmalarını beklemek güçleşir.

Yapısal açıdan bağımsızlık çeşitli yönleriyle ele alınabilir. Birincisi bir bütün olarak kurumsal açıdan yargının yürütmeden bağımsızlığının sağlanması gerekmektedir. İkincisi bireysel olarak yargıçların bağımsızlığı için güvenceler gereklidir. Örneğin görev süreleri, görevden alınamamaları, mesleki güvenceleri, bireysel olarak bağımsızlıklarını ilgilendirir.

a) Kurumsal bağımsızlık: HSYK'nın Yapısı

Bağımsızlık bakımından en önemli koşul yargıç ve savcılarının mesleğe kabul ve atamaları da dahil olmak üzere onları yakından ilgilendiren pek çok konuda³ karar veren makamın diğer devlet erklerinden bağımsız bir yapıya sahip olmasıdır. Türkiye’de bu konularda karar veren makam Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) olduğuna göre, öncelikle bu Kurulun yapısı üzerinde durmak gerekmektedir.

² European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Interim Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para 5-9, 18, 101.

³ Geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararlarında vurgulandığı gibi, yargıçların seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi belirlemelidir⁴. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı da, yargıcın atanması, seçimi, kariyeri gibi konularda yasama ve yürütmeden bağımsız bir makamın belirleyici olması gerektiğini belirtmekte ve bu makamın en az yarısının yargıçlar arasından seçilmesini öngörmektedir⁵. Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi de 1 sayılı Görüşünde yargıçlar tarafından demokratik bir biçimde seçilmiş bağımsız bir makamın atamalar konusunda yetkili olması gerektiğinden söz etmektedir⁶.

12 Eylül 2010'da HSYK'nın yapısı ve işleyişi değişmiştir. Yeni düzenleme HSYK'nın üye sayısını artırmakla kalmamış (22 asıl 12 yedek), sadece yüksek mahkemelerden (Yargıtay ve Danıştay) üye seçilmesi yerine birinci sınıfa ayrılmış adli ve idari yargı hakim ve savcılar arasından da üye seçilmesine olanak vermiştir. Ayrıca Kurula bağlı genel sekreterlik kurulması ve daha önce Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışan adalet müfettişlerinin yürüttüğü bazı görevlerin kurula bağlı müfettişlerce yapılmasının öngörülmesi bu değişikliğin olumlu yönleridir.

Fakat buna rağmen bağımsızlık ve tarafsızlık konusundaki kuşular bertaraf edilememiştir. Şu andaki düzenleme 1982 Anayasasının ilk halinde olduğu gibi, Adalet Bakanının Kurulun başkanı olmasını sürdürmektedir, Adalet Bakanı müsteşarının da kurulun tabii üyesi olarak kalmasını benimsemektedir.

⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2c. Recommendation No. R (94)12 of the Committee of Ministers to Member States on Independence, Efficiency and Role of Judges, [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/administrative_law_and_justice/texts_documents/conv_rec_res/recommendation\(94\)12.asp#P167_18281](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/administrative_law_and_justice/texts_documents/conv_rec_res/recommendation(94)12.asp#P167_18281); Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 44,46.

⁵ European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum (Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı), 8-10 July 1998, para. 1.3, 3.1, 3.3, www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf

⁶ Opinion No. 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, 23 November 2001, para. 45, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp

Bu konu referandum tartışmaları sırasında da sıklıkla dile getirilmiştir. Demokratik meşruiyet temeline dayanılarak, yürütme organının HSYK içinde bulunması savunulmuştur. Oysa yukarıda belirtilen uluslararası belgeler özellikle yürütme organından gelebilecek siyasi etkilerden duyulan kaygıyı dile getirmektedirler. Nitekim bu kaygılar doğrudan yürütme organı tarafından atama yapılan bazı ülkelerde yasal değişiklikler yapılmasına neden olmuştur. Örneğin İngiltere’de kabine üyesi olan Lord Chancellor’un⁷ yargı üyelerinin atanması da dahil olmak üzere, yargı üzerindeki yetkileri 2005 tarihli Anayasal Reform Yasası⁸ ile önemli ölçüde sınırlanmıştır. Lord Chancellor artık yargının başı değildir, bu sorumluluğu baş yargıç olarak nitelenebilecek olan Lord Chief Justice’e geçmiştir. Ayrıca, Yasa Lord Chancellor ve Lord Chief Justice’in yeni rollerini desteklemek amacıyla yeni bir yapılanma kurmuştur. Yasa, Lord Chancellor ve Lord Chief Justice’in yeni rollerinin, İngiltere ve Galler Yargısal Atamalar Komisyonunun, Yargısal Atamalar ve Davranış Ombudsmanı’nın ve Yargısal Şikayetler Ofisinin 2006 itibarıyla kuruluşuyla hayata geçeceğini öngörmüştür. Türkiye’ye çok benzer bir yapılanması olan Fransa’da da, ülkemizdeki HSYK ile benzer işlevler gören Yargı Yüksek Kurulu’nun (YYK) yapısı 23 Temmuz 2008 tarihli Anayasa değişikliği ile değiştirilmiştir. Cumhurbaşkanı artık YYK’nın başkanı değildir, Adalet Bakanı da artık başkan yardımcısı değildir. Diğer bir deyişle YYK içinde yürütme organını temsil eden herhangi bir unsur kalmamıştır⁹.

Demokratik ülkelerdeki ve uluslararası yaklaşımdaki bu yönelim dikkate alınarak, yapılması tasarlanan yeni Anayasada Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarı HSYK içinde yer almamalıdır. Yürütmenin yargıç ve savcılar üzerinde etkili olması, ne egemenliğin halka dayanması ile açıklanabilir, ne de demokratik meşruiyetle. Yürütme organı halkın seçtiği meclisin sadece bir bölümünün desteğine sahiptir.

⁷ 2005 tarihli Anayasal Reform Yasasına kadar, Lord Chancellor, Adalet Bakanı olarak kabine üyesi olmanın yanı sıra, hem Lordlar Kamarası başkanı hem de yargının başı işlevlerini birlikte yerine getirmekteydi. Şimdi Adalet Bakanı olarak kabine üyesidir.

⁸ 2005 tarihli Anayasal Reform Yasası metni için bkz. www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm ; http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_2005-0004_en_1

⁹ Geniş bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, Beta yay., İstanbul 2008, s. 182-193, 207-2011.

Oysa egemenlik ve genel irade toplumu oluşturan her bir bireyin iradesinin toplamından oluşur, diğer bir deyişle her bir birey egemenlikte söz sahibidir. Bu nedenle Montesquieu'den bu yana erklerin birbirinden ayrılması, özellikle de yargının ayrı bir erk olması ilkesi benimsenmiştir. Aksi halde iktidarı kullanma yetkisine sahip çoğunluğun hiçbir biçimde denetlenmesi mümkün olamaz ve çoğunluğun azınlıkta kalanların üzerinde tahakküm oluşturması söz konusu olur ki, bu durumu modern dünyada demokrasi olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Bugün mevcut yapıda Adalet Bakanı ve müsteşarın Kurulda bulunmasının sakınca yaratmadığı, çünkü yetkilerinin artık sembolik hale getirildiği de savunulmaktadır. 2010 değişikliği ile Adalet Bakanının yetkileri önemli ölçüde azaltılmakla birlikte yargı bağımsızlığına tehdit olmayacak düzeye inmemiştir. Adalet Bakanı Genel Sekreterin belirlenmesinde, Kurul gündeminin oluşturulmasında, disiplin soruşturmasının yapılmasına izin verip vermeme konusunda hala yetkilidir. Adalet Bakanı dairelerin işleyişinde herhangi bir role sahip olmasına rağmen Genel Kurulda bulunarak daire kararlarına karşı itiraz aşamasında Kurulu etkileme pozisyonundadır. Nitekim Venedik Komisyonu Eylül 2010 raporunda ilke olarak Adalet Bakanının Kurulda bulunmasına karşı olmadığını fakat belirtilen bu yetkilerin yargı bağımsızlığını zedeleme noktasına varabileceğine dikkat çekmiştir. Ayrıca müsteşarın HSYK'dan çıkarılması yönünde bir öneri de yine aynı raporda yer almaktadır¹⁰.

Diğer yandan Adalet Bakanının Kurulda bulunmasının yasama organı ile ilişkileri sağlamak, Kurulun ihtiyaçları konusunda yasama organını devreye sokmak konusunda gerekli olduğu da savunulmaktadır. Bu işlev Adalet Bakanına oy hakkı vermeden gerekli görüldüğünde Kurul toplantılarına katılma hakkı tanınarak da sağlanabilir. Örneğin Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa önerisinde buna yer verilmiştir¹¹. Fakat Adalet Bakanının HSYK Genel Kurulu da dahil soruşturma veya disiplin konularını içeren herhangi bir toplantıya katılmasına kesin olarak izin verilmemelidir.

¹⁰ European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Interim Opinion on the Draft Law on The High Council For Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 41-48, 83.

¹¹ *Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Şen matbaa, Ankara 2007, s. 308.

Avrupa Yargıçları Danışma Kurulunun 10 numaralı Görüşünde belirtildiği gibi çoğulculuğu sağlamak, meslek içi dayanışmayı önlemek için yargı mensupları dışından da üyelerin HSYK içinde bulunması benimsenebilir¹². Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu 3 numaralı Görüşünde de benzer bir yaklaşım ortaya koyulmuştur. 3 Numaralı görüşte, korporatizm riskini, diğer bir deyişle yargıçların birbirleriyle dayanışma içine girerek birbirlerini koruma yoluna gitmeleri riskini önlemek için, yargıcın disiplin işlemleri konusunda yetkili olan disiplin mahkemesi veya kurulunda yargıçlar dışında da üyelerin olabileceğini benimsemektedir, fakat bu kişiler yasama, yürütme veya idarenin mensupları olmamalıdır¹³.

Bu önerilen yapıya uygun örnekler demokratik ülkelerde gözlemlenmektedir. ABD’de federe düzeyde oluşturulan ve yargısal disiplin konusunda yetkili olan Yargısal Davranış Organizasyonlarında, hukukçu olmayan üyeler de yer almaktadır. İtalya’da, avukatlar ve üniversite hukuk profesörleri Yargı Yüksek Kurulunda yer alır. Benzer şekilde Fransa’da da, yargıç olmayan üyeler kurulda bulunurlar¹⁴. İspanya’da da, Consejo General del Poder Judicial’ın disiplin bölümü, beş üyeden oluşur, bunlardan üçü yargıçtır, ikisi yargıç değildir, bu iki üyenin her biri Parlamentonun bir ve ikinci kanadı tarafından seçilir¹⁵.

Türkiye’de de HSYK için benzer bir yapı öngörülebilir. Yargı üyelerinin birbirlerini koruma risklerini önlemek, çoğulcu bir yapıyı sağlamak için üniversiteden hukuk profesörlerine veya avukatlara Kurulda yer verilebilir. Fakat bu üyelerin hangi oranda yer alacakları, seçimlerinde hangi organların nasıl bir rol oynayacakları önem ka-

¹² Opinion No. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, 21-23 November 2007, para. 19 http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp

¹³ Opinion No. 3 (2002) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles and Rules Governing Judges’ Professional Conduct in Particular Ethics, Incompatible Behaviour and Impartiality, 19 November 2002, ccje/doc2002/ccje(2002)op n° 3e, para. 69, 71, 72, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp.

¹⁴ Bilgi için bkz İnceoğlu, s. 166-167, 194, 208-209.

¹⁵ Mauro Cappelletti, “Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, 1983, s. 50.

zanmaktadır. Örneğin TBB önerisinde Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından üye seçilmesine yer verilmiştir¹⁶. Türkiye Barolar Birliğinin doğrudan üye seçmesi tartışmalı olmakla birlikte avukatlardan bir üyenin Kurulda yer alması ve belirleme sırasında TBB'ne aday gösterme rolü verme söz konusu olabilir.

1982 Anayasasında yapılan 2010 değişikliği ile Cumhurbaşkanına yargıç veya savcı olmayanlar arasından HSYK'ya doğrudan üye seçmesi (dört üye) olanaklı hale getirilmiştir. Cumhurbaşkanı daha önce Yargıtay ve Danıştay tarafından kendisine gösterilen adaylar arasından üye ataması yaparken şimdi doğrudan atama yapacaktır. Oysa 1982 Anayasası ilk günden beri Cumhurbaşkanına aşırı yetki vererek parlamenter rejime aykırı bir yapılanmaya neden olmakla suçlanmıştır. Cumhurbaşkanının yetkilerinin azaltılması gerekirken güçlendirilmesi kabul edilir bir durum değildir.

Cumhurbaşkanının Yüksek Yargı Kuruluna (YYK) sınırlı sayıda üye ataması Fransa'da da benimsenen bir yöntemdir. Fakat Fransa parlamenter modeli değil yarı-başkanlık modelini benimsemiş bir rejimdir. Türkiye bakımında yarı-başkanlık modelinin ne kadar ciddi sakıncalar içerebileceğini burada tartışmak konunun dışına taşmak olacaktır, fakat şunu hemen belirtmek gerekir, Türkiye gibi siyasi kutuplaşmanın keskin olduğu toplumlarda yarı-başkanlık rejiminin siyasi sistemi kilitleyeceğinden kuşku yoktur. Ayrıca yarı-başkanlığı benimsemiş Fransa'da dahi Cumhurbaşkanı Türkiye'deki kadar bağımsız bir atama yapma yetkisine sahip değildir. YYK'ya atama yaparken Parlamento'nun her iki kanadının ilgili daimi komisyonunun görüşünü almak zorundadır. Eğer her iki komisyonda da kullanılan oyların toplamının beşte üçü olumsuz ise, Cumhurbaşkanı atama yapmamaktadır (Fransız Anayasası md 65 ve 13). Diğer bir deyişle karşı denge kurulmuştur. ABD'de de Başkanlık rejimi olmasına rağmen Başkan, Federal Yüksek Mahkemeye yargıç atarken Senato'nun onayını almak zorundadır. Senatoda uzun tartışmalar sonucu yargıç atamaları değerlendirilmekte ve çoğu zaman oybirliği sağlanmaktadır, diğer bir deyişle muhalefetin onayı alınmaktadır. Üstelik Senato ve Başkanın seçimleri farklı zamanlarda yapıldığı için, Senato'daki çoğunluk ile Başkanın dayandığı çoğunluk aynı siyasi partiye dayanmayabilmekte-

¹⁶ TBB Anayasa Önerisi, s. 307.

dir ve bir uzlaşma sağlanmak zorunda kalınmaktadır. Görüldüğü gibi köklü bir demokrasi geleneği olan bu ülkelerde, demokratik meşruiyet bakımından uzlaşma son derece önemlidir. Demokrasi çoğunlukçu demokrasi olarak değil, azınlıkta kalanların da söz sahibi olduğu çoğulcu demokrasi olarak algılanmaktadır. Bu algılama toplumdaki çoğunluk ve azınlık karşısında tarafsız kalabilecek dolayısıyla hukuku nesnel bir biçimde uygulayabilecek yargı üyelerinin seçilmesinin de güvencesi olmaktadır.

Çoğulcu bir demokrasi için Cumhurbaşkanına değil yasama organına yargıç veya savcı olmayan üyelerin seçilmesinde rol verilmelidir. Bu noktada şunun altını çizmek gerekir: Yasama organı yargıç veya savcılar arasından seçim yapmamalıdır. Bu tür bir olasılık yargıç ve savcıların seçilebilmek için siyasi tavizler vermesine ve tarafsızlıklarını kaybetmelerine neden olabilir. Yasama organına bu tür bir yetki sadece meslekten olmayan üyelerin seçimi için verilebilir. Bu çerçevede 1982 Anayasasının 2010 değişikliğinden önceki hali de, Cumhurbaşkanına Yargıtay ve Danıştay tarafından gösterilen adaylar arasından seçim yapma hakkı tanıyarak oldukça hatalı bir yapı öngörmekteydi.

Bu yetkinin yasama organına verilmesi de bağımsız ve dolayısıyla tarafsız bir yargı sağlayabilmek için kendi başına yeterli bir unsur değildir. Yargının siyasallaşmasını önlemek, tarafsızlığını sağlamak, çoğunlukçu değil çoğulcu bir demokrasiye dayanmak için başka bazı güvenceleri de öngörmek gereklidir. İlk olarak yasama organı tarafından seçilecek üyelerin sayısı sınırlı tutulmalıdır, yargıç ve savcıların kendi aralarından seçecekleri üye sayısı büyük bir çoğunluğu oluşturmalıdır. Ayrıca yasama organının üye seçme usulü iktidar partisinin tek elinde bir atamaya dönüşmemelidir, yargı organının iktidar partisi karşısında da tarafsızlığını koruyabilmesi için muhalefetle uzlaşarak seçim yapılmalıdır. Nitekim Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu 10 numaralı Görüşünde HSYK gibi yargı kurullarının üyelerinin nitelikli çoğunluğunun yargıç olması ve kendi meslektaşları tarafından seçilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, bu tür yargı kurullarının herhangi bir partiye bağlılıktan uzak, yasama organının çoğunluğunun ve yürütme organının baskısından bağımsız olması gerektiğinin de altını çizmektedir¹⁷. Nitekim Venedik

¹⁷ Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu Opinion No. 10 (2007), para. 15-20.

Komisyonu da Eylül 2010'da hazırladığı raporda Cumhurbaşkanı verilen bu yetkiyi eleştirmiş, yargıç veya savcı olmayan üyelerin seçiminde çoğulculuğu sağlamak için meclise yetki verilmesini ve meclisin nitelikli bir çoğunlukla bu yetkiyi kullanmasını dile getirmiştir¹⁸.

Bu çerçevede örneğin İtalya'da Yargı Yüksek Kurulu'nun üyelerinin üçte biri yasama organı tarafından seçilirken, Parlamentonun her iki kanadının beşte üç çoğunluk oyu aranmaktadır. Halktan aldığı oya göre her siyasi partiye söz hakkı tanınması suretiyle üyelerin seçilmesi, çoğunluğu elde eden iktidar partisinin tekelinde bir seçim yapılmasını engellemektedir. Beşte üç gibi nitelikli çoğunluk aranmasına rağmen İtalya'da parlamentonun Yargı Yüksek Kuruluna (YYK) üye seçmesinin, YYK'yı siyasallaştırdığı gerekçesiyle eleştirildiğini unutmamak gerekir¹⁹. Bu nedenle yasama organının seçeceği üye sayısının üçte birden de az çok sınırlı olmasına özen göstermek gerekir, ayrıca seçilebilmek için yasama organında beşte üç çoğunluk aramak yerine daha yüksek üçte iki gibi bir nitelikli çoğunluk aramak çoğulculuk ve nesnelliği sağlamak bakımından daha yerinde olacaktır.

Alt mahkemelerden diğer bir deyişle adli ve idari yargı yargıç ve savcıları arasından seçilen üyelerin seçim usulü de üzerinde durulması gereken unsurlardan biridir. Avrupa Konseyinin 2010 tarihli Tavsiye kararı bu tür yargı kurullarında çoğulcu bir yapının olması gerektiğinin altını çizmektedir²⁰. Seçim biçimi çoğulculuğu sağlayacak bir biçime kavuşturulmalıdır. 2010 Anayasa değişikliğinin ilk halinde her yargıç ve savcının sadece bir aday için oy kullanma zorunluluğu öngörülmekteydi. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği Anayasanın değişmez maddesi olan 2. Md'deki demokratik hukuk devletine aykırı bularak iptal etmiştir²¹. Bu nedenle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu alt mahkemelerden gelecek üyelerin seçiminde seçilecek aday sayısı kadar oy kullanmayı olanaklı hale getirmiştir. Venedik Komisyonunun da belirttiği gibi bu usul sadece çoğunluk görüşünün HSYK'da

¹⁸ Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 32-35.

¹⁹ Bkz. Maria Elisabetta di Franciscis, "Italy", *Judicial Misconduct*, ed. Mary L. Volcansek, Florida 1996, s. 54; Donatella della Porta, "A Judges' Revolution? Political Corruption and the Judiciary in Italy", *European Journal of Political Research*, No. 39, 2001, s. 7.

²⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 27.

²¹ Anayasa Mahkemesinin E. 2010/49, K. 2010/87 ve 07.07.2010 tarihli kararı.

temsil edilmesi sonucunu doğurmaktadır²². Çoğulculuğu sağlamak için başka bir sistemin tasarlanması daha yerinde olacaktır. Örneğin tek oy kullanma ilkesi benimsenmekle birlikte iptal edilmeden önceki düzenlemenin sakıncalarını gidermek için barajlı ve iki turlu bir seçim sistemi düşünülebilir; ya da örneğin adli yargıda yedi asil dört yedek üye için blok oy kullanma yerine sadece üç aday için oy kullanma, idari yargıda ise iki aday için oy kullanma gibi usuller benimsenebilir. Ayrıca Türkiye’de yargıç, savcı tanımı gereğinden fazla geniştir. Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışan ve yargısal değil tamamen idari işler yapan bir kısım personel de yargıç ve savcı statüsünde bulunmaktadır. Oysa HSYK seçimlerinde sadece kürsü yargıç ve savcılarının oy kullanması ve seçilebilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü HSYK esas olarak yargısal faaliyet gösteren yargıç ve savcılar için kurulmuş bir kurumdur. Adalet Bakanlığında çalışan yargıç ve savcıların bu kurul içinde yer almaları veya üyelerin belirlenmesinde rol oynamaları yürütme ve yargı arasında çizilmesi gereken sınırı ihlal etmektedir.

Diğer bir öneri HSYK üyeliğine yeniden seçilmenin mümkün olmamasıdır. Bu şekilde seçilen üyelerin tekrar seçilebilmek için tavizler vermesi engellenir ve tarafsız davranmalarına olanak sağlanır. 2010 Anayasa değişikliği yeniden seçilmeyi olanaklı kılmıştır. Venedik Komisyonunun Eylül ayında hazırladığı raporda bu unsur da eleştirilen noktalardan biridir²³.

1982 Anayasasında HSYK’nın kendisine ait bir bütçesi ve sekreteryaşının olmaması özerkliğini zedelediği için çok eleştirilmiştir. 2010 değişikliği ile olumlu bir biçimde kurula bağlı Genel Sekreterlik oluşturulmuştur. Fakat Genel Sekreterin kurulun teklif ettiği üç aday arasından Adalet Bakanı tarafından seçilmesi bu olumlu adıma gölge düşürmüştür. Yargının işleyişinde kilit önemde olan bu kurulun Genel Sekreterini özerk bir biçimde belirleyememesi kabul edilir bir durum değildir. Diğer yandan Anayasada yer almamakla birlikte HSYK yasasında kurulun kendi bütçesi ile yönetileceği vurgulanmaktadır. Fakat bütçenin nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık yoktur. Yasaya göre TBMM’deki bütçe ile ilgili görüşmelerde Kurulu Başkan yani Adalet Bakanı temsil eder, başkan vekili ve Kurul üyeleri açıklama yapmak üzere davet

²² Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 37-38.

²³ Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 38.

edilemez. Dolayısıyla HSYK'nın yargı kökenli üyeleri kendi bütçeleri konusunda doğrudan etkili olma olanağına sahip değillerdir. Oysa Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2010 tarihli Tavsiye kararı *"yargısal sistemin bütçesi hazırlanırken eğer varsa yargı kurulları veya mahkemelerin idaresinden sorumlu diğer bağımsız makamlar, mahkemelerin kendileri ve/veya yargıçların meslek örgütlerine danışılmasını"* önermektedir.

b) Yargı üyelerinin mesleğe kabullerine ilişkin nesnellik

Uluslararası belgeler yargıçların mesleğe kabulü ve mesleklerinde ilerlemelerine ilişkin tüm kararların hukuken öngörölmüş nesnel ölçütlere bağlanmasının altını çizmektedir. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartına göre yargıçların seçimi ve kariyerleri; eğitimsel nitelikleri, bağımsız ve tarafsız davranabilme yetenekleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir²⁴, Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin 1 numaralı görüşüne göre, yargıçların atanmalarında, adayların dürüstlük, etkinlik, yetenek ve niteliklerine dayalı ölçütler açıkça ortaya koyulmalı, ilan edilmeli ve uygulanmalıdır²⁵. Her iki belgeye göre de yargıçlar tarafından demokratik bir biçimde seçilmiş bağımsız bir makamın atamaları konusunda yetkili olması gerekmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2010)12 Tavsiye kararına göre, bu tür kararlar yargıcın insan onuruna saygı göstererek hukuku uygulama ve davaları karara bağlama konusundaki yetenek, nitelik ve kapasitesine bakarak verilmelidir. Yine aynı Tavsiye Kararına göre, yargıç seçiminde uygulanan usuller şeffaf olmalı reddedilen adayın talebi halinde karar gerekçesine ulaşma olanağı sağlanmalı ve bu kararı dava etme hakkı güvence altına alınmalıdır; yargıçların seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve yasama erkinden bağımsız olmalıdır²⁶.

Türkiye'de yargıç ve savcı adaylarının seçiminde siyasi etkenlerin ve kayırmanın rol oynadığı kuşkusuz yaygındır. Adayların seçimini etkilemek için girişimler olduğunu bazen Adalet Bakanları dahi

²⁴ Adayın daha önce içine girdiği faaliyetler ve yakın ilişkiler, adayın bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda nesnel ve meşru bir kuşku yaratırsa atanmasına engel oluşturabilir. Bkz. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 2.1, 3.2.

²⁵ Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 25.

²⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 44, 46, 48.

itiraf etmektedirler²⁷. Yargıç ve savcıların belirlenmesindeki nesnellik siyasi kişiliklerin iyi niyetine bırakılamaz. Liyakata dayalı nesnel bir belirleme yapılması için gerekli olan usulün oluşturulması gerekmektedir. Türkiye’de nesnellikten uzaklaşıldığı kuşkusunu hem uygulanan yöntemden, hem de, uygulanan yöntem dolayısıyla yargıç ve savcılarının belirlenmesinde gerçekte çok az rolü olmasına rağmen, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısından kaynaklanmaktadır. HSYK’nın yapısından yukarıda söz edildiğine göre burada mesleğe kabul ve atamalara ilişkin usul üzerinde durmak gerekir.

Türkiye’de, yargıç veya savcının mesleğe kabul edilebilmesi için yargıç veya savcı adaylığına kabul edilmesi gerekmektedir. Mesleğe kabulden önce yargıç ve savcılarının adaylığa kabul edilmesi usulünde uygulanan mülakat yöntemi ne yazık ki öznel değerlendirmelere müsaittir. Yargıç ve savcılarının adaylığa atanmasında öznel nitelikteki mülakat yöntemini kabul eden ve Adalet Bakanlığı’na yönetmelik düzenleme yetkisi tanıyarak, mülakatın *Adalet Bakanlığı personeline* yapılmasına olanak sağlayan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 9. Maddesine 2005’de yapılan değişiklik, yargıçların seçimi konusunda bağımsız bir makam tarafından karar verilmesini öngören uluslararası belgelerle ve Anayasa’nın mahkemelerin bağımsızlığını ve yargıçlık mesleğini düzenleyen 138. ve 140. maddeleriyle çelişmiştir. Fakat buna rağmen Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir²⁸. Anayasa Mahkemesi, adaylık statüsüne atanma ile hakimlik

²⁷ Milliyet gazetesinde, 09.01.2008 tarihinde şöyle bir haber yayımlandı: “Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin, milletvekillerinden hâkimlik savcılık sınavında torpil istemiyle notlar geldiğini açıkladı. TBMM Genel Kurulu’ndaki görüşmeler sırasında soru-yanıt bölümünde söz alan DSP İzmir Milletvekili Recai Birgün, AKP grup toplantısı sırasında bir milletvekilinin Kılınc soyadlı bir aday için referans notu yazdığı yolunda haberler olduğunu belirterek, Bakan Şahin’e, “Bu not size ulaştı mı?” diye sordu. Bakan Şahin de, “Böyle bir nottan haberim yok, iletilmedi ancak çok önemli bir konuyu gündeme getirdiniz” diyerek şöyle konuştu: “Hiç kimseyi, objektif ölçüler dışında tercih etme gibi bir düşünceye ulaşamaz. Adalet Bakanı olarak kaldığım sürece buna asla izin vermeyeceğim.” “Sınavlara girecek arkadaşlarla ilgili notlar geliyor” diyen Şahin, şunları kaydetti: “Bu notlarla ilgili şu ana kadar hiç bir işlem yapmadım, yapmayacağım. Hâkim ve savcı olacak bir arkadaşımız daha sınava girerken birinin tavassutuna ihtiyaç duyarsa, hâkim ve savcı olduktan sonra bu alışkanlığımı sürdürür diye düşünüyorum. Bunu milletvekili arkadaşlarımızın da bilmesini istiyorum. Hiç kimseyi kimseye tercih etmemeliyiz”.

²⁸ Anayasa Mahkemesinin 2005/47 esas, 2007/14 karar sayılı, 07.02.2007 tarihli kararı.

ve savcılık statüsüne atanmayı birbirinden ayırarak, Anayasanın ikinci statüye atanmada HSYK'nın yetkisini zorunlu gördüğünü, fakat birincisinde yani adaylık statüsü bakımından Adalet Bakanlığına yetki verilmesinin yasa koyucunun takdiri içinde olduğunu belirtmiştir. Oysa bir kişinin adaylığa kabul edilmeden, yargıç ve savcı olarak mesleğe kabul edilmesi mümkün olmadığına göre, bu iki süreç birbirlerinden ayrı düşünülemez. Adaylığa kabulde ortaya çıkabilecek siyasi etki ve keyfiliğin önemsiz olduğu söylenemez. Başlangıçtaki bu aşamanın da bağımsız ve tarafsız bir kurul tarafından yapılması yargı bağımsızlığı açısından çok önemlidir.

01.12.2007'de Hakimler ve Savcılar Kanununa ek bir madde (md 9/A) getirilerek yazılı yarışmanın hangi içerikte olacağı ve mülakatın nasıl bir kurul tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Mülakat kurulu Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşmaktadır. Bu düzenlemeye göre yedi üyeli mülakat kurulunun beş üyesi Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışan üst düzey bürokratlardır. Yürütmenin etkin olduğu böyle bir kurulun yargıç ve savcı adaylarının belirlenmesinde nesnel bir görüntü sunması hayli güçtür. Nitekim Venedik Komisyonunun Mart 2011 raporunda gerek sınav konularının yetersizliği gerek mülakatta değerlendirilecek bazı konuların (genel ve fiziki görünüm, davranış ve tepkilerin mesleğe uygunluğu gibi) sübjektifliği gerekse de mülakat kurulunun yapısının sakıncaları üzerinde durulmuştur²⁹.

Yeni Anayasada adaylığa kabul aşaması da dahil olmak üzere her aşamanın HSYK gözetimi ve denetimi altında gerçekleşmesinin güvence altına alınması, yapılacak sınavlarda nesnel ölçütlerin belirleneceğinin ve izlenen usulün şeffaf olacağına altının çizilmesi gerekmektedir. Adaylık ve mesleğe kabule ilişkin kararlara karşı yargı yolunun açık olması da gerekmektedir..Ayrıca mevcut yasal düzenlemeye göre, bazı koşullar altında adaylığın sonlandırılması Adalet Bakanlığının inisiyatifindedir (2802 sayılı Kanun md 12). Bu yetki de HSYK'ya ait olmalıdır.

²⁹ Venedik Komisyonu. Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 35, 38.

Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartının ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2010 tarihli Tavsiye kararının belirttiği gibi, atamalarda cinsiyet, etnik veya sosyal köken ve felsefi, siyasi veya dini kanaatleri nedeniyle adaylar arasında ayırım yapılamaz³⁰. Atamalarda özellikle kadın erkek dengesine dikkat edilmelidir. Pek çok ülkede ise ne yazık ki bu konuda yeterli hassasiyet gösterildiği söylenemez. Türkiye’de de bir soru önergesi üzerine Adalet Bakanı yargıç ve savcılarının 8.688’inin erkek, 2.210’unun kadın olduğunu açıklamıştır³¹. Diğer bir deyişle, kadın oranı yaklaşık beşte birdir. Bu konuda önlem alınması mümkündür. Örneğin Avusturya’da eşit niteliklere sahip iki yargıç adayı söz konusu olduğunda daha az temsil edilen cinsiyetin tercih edilmesi gerekmektedir³². DİSK’in Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler Raporunda da bu konunun altı çizilmiştir³³.

Yargıç ve Savcılarının mesleğe kabulünde ve atanmalarında cinsiyetler arası eşit temsil esasının gözetilmesi Anayasada yer almalıdır.

c) Yargı üyelerinin görev süresi ve görevden alınamama güvencesi

Uluslararası belgelere göre yargıçların görev süresi yaşam boyu olabileceği gibi, belirli bir emeklilik yaşı belirlenebilir ya da yürütmenin veya diğer bir atamayı yapan makamın takdiri veya keyfi olarak müdahalesi dışında kalan ve kısa olmayan³⁴ belirli bir sabit süre öngörülebilir³⁵. BM Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler göre, seçilmiş veya atanmış olsun yargıçların zorunlu bir emeklilik yaşına

³⁰ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 2.1; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 45.

³¹ *Dünya*, 17.01.2008.

³² Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 31.

³³ Özgürlükçü-Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler, DİSK yay. No. 57, s. 75.

³⁴ İnsan Hakları Mahkemesi, yargıçların görev sürelerini, bağımsız olup olmadıklarını incelerken ele almakta ve kısa süreli yargıç atamalarını bağımsızlıkla çatışır görmektedir. Bkz. *Incal v. Turkey*, 09.06.1998, para. 67-68.

³⁵ Commentary on The Bangalore Principles on Judicial Conduct, (Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu), Mart 2007, s. 36, para. 26, <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/BangalorePrinciplesComment.PDF>; BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”, İlke 11, (UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary), <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/hcomp50.htm>; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2a(ii).

veya sürelerinin dolmasına kadar görevde kalmaları teminat altına alınmalıdır³⁶. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rec(2010)12 Tavsiye kararı "*erken emeklilik sadece yargıcın kendi isteğiyle veya tıbbi nedenlerle mümkündür*" demektedir³⁷. Uluslararası belgelere göre, atanmış hâkimler, zorunlu emeklilik sürelerine kadar, geçerli nedenler olmaksızın sürekli olarak görevden alınmamalıdır. Yasada açık ifadeler ile tanımlanmış olması gereken³⁸ bu geçerli nedenler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rec(2010)12 Tavsiye kararlarına göre, yargıcın yargısal işlevlerini artık yerine getiremez duruma düşmesi, yasalarca öngörülmiş ceza hükümlerinin veya disiplin kurallarının ciddi ihlâline ilişkin olabilir³⁹.

Anayasanın 139 md'si kural olarak yasada belirtilen yaştan (65 yaş) önce kendi istekleri olmadıkça yargıç ve savcıların emekliye sevk edilemeyeceklerini teminat altına almaktadır. Bununla birlikte bazı istisnalara da yer vermektedir. Diğer bir deyişle maddede belirtilen istisnalar söz konusu olduğunda yargıç veya savcının talebi olmasa da emekliye sevk edilmesi mümkündür. İstisnalar arasında "*bir suçtan dolayı hüküm giymiş olmak*" ve "*sağlık bakımından görevini kesin olarak yerine getiremeyeceği anlaşılanlar*"ın yanı sıra "*...meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler*" de sayılmaktadır. Söz konusu son istisna oldukça belirsiz bir tanım yapmaktadır. Bu hüküm 2802 Sayılı Kanunda da somutlaştırılmamış aynen Anayasadan aktarılmıştır. Disiplin cezası sonucu meslekten çıkarılma dışında, bu tür içeriği belirsiz bir istisnaya yer verilmesi yargı bağımsızlığı bakımından oldukça riskli bir durumdur⁴⁰. Söz konusu istisna açıkça Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2010)12 Tavsiye Kararına aykırıdır⁴¹.

Uluslararası belgeler bireylerin adli hata nedeniyle özel bir formalite gerektirmeyen bir biçimde bağımsız bir makama şikayet hakkının olması gerektiği üzerinde dururlar⁴². Elbette yargıç ve savcılar demokratik bir ülkede hukuk önünde hesap verir olmak zorundadırlar. Fakat

³⁶ BM "*Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler*", ilke 12.

³⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 50.

³⁸ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.1.

³⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 50.

⁴⁰ 2802 sayılı kanunu inceleyen Venedik Komisyonu da benzer kaygıları dile getirmiştir. Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 50.

⁴¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 50.

⁴² Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.3.

yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye kararına göre disiplin yaptırımını gerektiren fiiller mümkün olduğunca somut bir biçimde tanımlanmalıdır⁴³. Yargı bağımsızlığına ilişkin belgeler ayrıca şunları da öngörmektedir: Bir yargıç hakkında disiplin cezası gerektirecek bir itham veya şikayet, uygun bir usul çerçevesinde, süratle ve adil bir şekilde çözümlenmelidir; yargıç, disiplin süreçlerinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde kendisini tam olarak savunma, tanık dinletme, aleyhine olan tanıkları sorgulama ve gerektiğinde avukattan yararlanma haklarına sahip olmalıdır; olayın incelenmesi, yargıç tarafından aksi talep edilmedikçe, başlangıç aşamasında gizli tutulmalıdır; yargıçlar ancak ehliyetsizlik veya görevlerini yapmaya uygun olmayan davranışları sebebiyle geçici veya sürekli olarak görevden alınabilir; geçici olarak görevden alma veya göreve son vermeye ilişkin disiplin işlemleri, kökleşmiş yargı ilkeleri çerçevesinde yapılmalıdır; disiplin kararlarına, geçici olarak görevden alma veya göreve son vermeye ilişkin kararlara karşı bağımsız bir yargısal organa başvuru yolu açık olmalıdır⁴⁴. Disiplin cezaları ölçülülük ilkesi çerçevesinde verilmelidir⁴⁵.

Yukarıda belirtilenler çerçevesinde, ilk olarak, Türkiye’de yasada öngörülmüş olan, disiplin yaptırımını gerektiren fiillerin yeniden gözden geçirilerek, Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri dayanak alınarak daha somutlaştırılması gerekmektedir⁴⁶. İkinci olarak, disiplin yaptırımlarının uygulanmasında mevcut usul adil yargılanma hakkı ile çelişmektedir, usulün de yeniden yapılandırılması gerekmektedir.

Bu çerçevede disiplin usullerinin işleyişinde adil yargılanma hakkının gözetileceği Anayasa yer almalıdır.

⁴³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararının VI.2.

⁴⁴ BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”, İlke 17,18,19,20; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke VI/3; Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.1; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 59-60; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 69.

⁴⁵ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 5.1; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 69.

⁴⁶ Venedik Komisyonu da mevcut yapıyı bu yönüyle de eleştirmektedir. HSYK’nın yargıçlar üzerindeki denetim yetkisi aşırı geniştir ve yargısal faaliyete yargı bağımsızlığına aykırı bir biçimde etki etmeye müsaittir. Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 52-56.

Yargı üyeleri hakkında disiplin soruşturmalarının nesnel bir biçimde yapılması güvence altına alınmalıdır. 1982 Anayasasının ilk halinde Adalet Bakanlığının onayı ile Bakanlığa bağlı müfettişler veya Adalet Bakanlığının belirlediği kıdemli yargıç veya savcı tarafından soruşturma ve inceleme işlemleri yapılması usulü benimsenmekteydi. 2010 Anayasa değişikliği ile kurula bağlı müfettişler inceleme ve soruşturma yapmakla görevli kılınmışlardır. Soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli yargıç veya savcı eliyle de soruşturma ve inceleme işlemleri yaptırılabilir. Bu açıardan olumlu bir gelişme olduğu söylenebilir de ilgili dairenin teklifi ve HSYK başkanının oluru diğer bir deyişle Adalet Bakanının oluru ile soruşturma ve inceleme yapılabilir. Adalet bakanının olur vermemesi durumunda şikayetçinin başvurabileceği bir yol olup olmadığı kuşkuludur. Bakanın HSYK başkanı sıfatı ile bu işlemi yapması ve HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması hükmü birlikte ele alındığında eskisine oranla daha geri bir durum da ortaya çıkabilir. Burada idari yargının tavrı belirleyici olacaktır.

İtalya'da 2005'te yapılan değişiklikler sonucunda, disiplin soruşturmasını başlatan esas olarak Yargıtay Başsavcısıdır, Adalet Bakanının soruşturma açılmasını talep etme, talebi reddedildiğinde ise YYK'ya itiraz etme hakları saklı tutulmuştur. ABD'de Federal düzeyde Bölge Başyargıcı soruşturma aşamasında tam yetkilidir, Başyargıcın kararına karşı ancak zarar gören şikayetçi veya hakkında şikayet olan yargıç itiraz etme haklarına sahiptir. Federe düzeyde de soruşturma aşamasında yürütmenin herhangi bir müdahalesinden söz edilemez, bağımsız kurullar olan Yargısal Davranış Organizasyonlarına bağlı görevliler soruşturma yetkilerine sahiptirler.

Bu çerçevede yeni Anayasada HSYK'daki dairelerden birine soruşturma veya inceleme başlatma yetkisi verilip, başka bir daireye de karar yetkisi tanınabilir. Yeni Anayasada soruşturma izni verip verememe konusunda Adalet Bakanının rolü olmamalıdır; ilgili daireden soruşturma başlatılmasını sadece *talep etme* yetkisi tanınabilir. Bu durumda elbette ilgili daire bu konuda tamamen bağımsız bir biçimde talebi değerlendirecektir, diğer bir deyişle talebi reddedebilecektir, ayrıca ilgili dairenin resen soruşturma ve inceleme başlatma yetkisi saklı olmalıdır.

Diğer bir konu, daha önce de üzerinde durulduğu gibi, Türkiye’de HSYK kararlarına karşı etkili bir yargı yolu bulunmamasıdır. Bu konuda iki seçenek düşünülebilir. Birinci seçenek, bu kararlara karşı yargı yolunu (Danıştay’a başvuru gibi) açmaktır. İkinci seçenek ise ilk kararı veren HSYK üyelerinden bağımsız bir biçimde kurulan özerk bir kurula itiraz hakkının tanınmasıdır. 2010 Anayasa değişikliği itiraz yolunu benimsemiş görünmektedir. Fakat itiraz hakkının etkili olabilmesi için itirazı karara bağlayacak kurulun yasama ve yürütmeden tamamen bağımsız olmasının yanı sıra, ilk kararı veren kuruldaki bağımsız olması gerekir. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi, ilgilinin savunma haklarının tam olarak korunması zorunludur. Aksi yönde bir düzenleme İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne (İHAS) aykırı olacaktır. Nitekim *Kayasu – Türkiye* kararında bu nedenle Sözleşmenin 13. Maddesine aykırılık bulunmuştur⁴⁷.

Anayasa değişikliği sonrası yürürlüğe giren yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununa göre 3.Daire şikayetleri inceleyip gereğini yapma, soruşturma ve inceleme işlemleri için teklifte bulunma yetkisine sahiptir. 2. Daire ise suç soruşturması ile disiplin soruşturma ve kovuşturması sonucu hakkında karar vermek, Disiplin veya suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle geçici yetkiyle yer değiştirmesine veya görevden uzaklaştırılmasına karar vermek gibi yetkilere sahiptir⁴⁸. 2. Dairenin kararına karşı ise Genel Kurulda itiraz olanağı vardır. Fakat bu durumda 15 üye ile toplanabilecek olan 22 üyeli Genel Kurulun içinde teklifte bulunan ve kararı veren her biri 7 üyeli bu iki dairenin üyelerinin bulunması kaçınılmazdır⁴⁹. Genel Kurul bu haliyle ilk kararı veren daireden bağımsız olamayacağına göre İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 13. Maddesine aykırılık çok açıktır.

Mevcut Anayasal düzenlemeye göre HSYK kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. 2010 Anayasa değişikliği ile sadece meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar için yargı yolu açılmıştır. Oysa yukarıda belirtilen uluslararası belgelerde sadece meslekten çıkarma değil geçici olarak görevden alma cezasının da son derece önemsendiği ve sürekli görevden alma ile eş değerde kabul edildiği görülmektedir.

⁴⁷ *Kayasu c. Turquie*, 13.11.2008, para. 117-121.

⁴⁸ 6087 sayılı ve 11.12.2010 tarihli Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, md 9.

⁴⁹ Bkz. 6087 sayılı ve 11.12.2010 tarihli Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, md 7, 8, 9 ve 29/3.

Diğer bir deyişle bir disiplin cezası olarak verilen yer değiştirme cezası da son derece ağır bir cezadır ve yargıçların bağımsız ve tarafsız davranabilme yeteneklerine müdahale oluşturacak niteliktedir. Disiplin cezalarının uyarma veya kınama gibi hafif ceza da olsa tekrarı halinde daha ağırının verileceği kuralı dikkate alındığında yeni Anayasada HSYK kararlarının tamamının yargı denetimine açılması daha yerinde olacaktır⁵⁰.

Son olarak HSYK'nın gerekçeli kararlarının gizli olması çok önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktaydı. Bu sorun Anayasadan çok yasadaki kaynaklanmaktaydı. Yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun 32. Md'sinde şöyle denmektedir. *"Kararların gerekçesi, karar tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde yazılır; Kurul tarafından; gerekli görülen kararlar Resmî Gazetede; disipline ilişkin kararlar, kişisel verilerin korunması kaydıyla Kurulun internet sitesinde yayımlanır"*. Bu hüküm Kurul bakımından şeffaflık ilkesinin benimsendiği izlenimi yaratmışsa da uygulama hayal kırıklığı yaratmaktadır. Tarafımdan kurulun üç yıl için verdiği disiplin kararlarının tamamına ulaşmak için yapılmış başvuruya cevaben sadece seçilerek 14 karar gönderilmiştir⁵¹. Oysa Adalet Bakanlığının internet sitesinde üç yıllık karar toplamı 400 civarındadır⁵². Şeffaf olmayan bir kurumun halka güven vermesi mümkün değildir. Bir demokraside kamuoyu denetimi her şeyden önemlidir. Yargıç ve savcılara hangi gerekçelerle disiplin yaptırımını uygulandığını ya da hangi gerekçelerle uygulanmadığını halkın bilme hakkı vardır. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2010 tarihli Tavsiye kararı bu tür yargısal kurulların, gerekçeli kararlarla ve önceden belirlenmiş usulleri geliştirerek topluma ve yargıçlara karşı en yüksek seviyede şeffaflık sergilemesi gerektiğinin altını çizmektedir⁵³.

İtalya ve ABD örneklerine baktığımız zaman kısmi olarak gizliliğe yer verildiği görülmektedir. Örneğin sadece soruşturma aşamasının gizli tutulması veya nihai kararın verilmesine kadar olan sürecin gizli tutulması gibi. Yargıçlara yönelik disiplin süreçlerinin nihai karar ve-

⁵⁰ Venedik Komisyonunun da görüşü aynı yöndedir., Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 55, 76; Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 76.

⁵¹ 09.05.2011 tarih, B.03.1.HSK.07.0.11.02/622.03/720 sayılı cevabi yazı.

⁵² http://www.cigm.adalet.gov.tr/istatistik/hakim_ist.html (erişim 20.04.2011).

⁵³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec(2010)12 Tavsiye Kararı, para. 28.

rilene kadar, gizli tutulması, ABD’de bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır. Bu yazarlar, şikayetlerin büyük bir çoğunluğunun dayanaksız veya davanın esasını ilgilendiren bir içerikte olmalarına dayanarak, yargıçların şikayet tehlikesi altında sindirilebileceklerini, şöhretlerini tehdit edebilecek dava taraflarının lehine hareket edebileceklerini, uzlaşmaya gidebileceklerini ve böylece tarafsızlık ve bağımsızlıklarını kaybedebileceklerini belirtmektedirler⁵⁴.

Fakat demokratik hiçbir ülkede nihai kararın gizli kalması söz konusu değildir. Nitekim ABD’de resmi bir suçlama yapılmasından itibaren, daha nihai karar verilmeden önce, bütün bilgilerin kamuya açılmasına ilişkin önemli ölçüde gelişme sağlanmıştır. Amerikan Barolar Birliği Mesleki Sorumluluk ve Eyalet Adalet Enstitüsü Merkezi tarafından hazırlanan Yargısal Disiplin Uygulama Model Kuralları, yargıcın ehliyetsizliği ile ilgili olanlar hariç bütün disiplin sürecinin resmi suçlama yapılmasından itibaren halka açık olması gerektiğini belirtmektedir. Bu tür bir kural ile halkın bilme hakkı ile yargıcın gizlilikteki menfaati arasında bir denge kurulacağı düşünülmektedir. Çünkü *“resmi suçlamanın yapılması durumunda suçlamanın önemsiz olma tehlikesi ortadan kalkmaktadır”*. Bu görüşe göre, disiplin kurulu resmi duruşmanın başlaması için gerekli güçlü nedenler belirleyince, artık bunu halktan saklamanın anlamı kalmayacaktır, halk bir yargıca yöneltilmiş suçlamanın inanırlığı ve ciddiliği hakkında kendi kendine karar verme menfaatine sahiptir. Halkın disiplin sürecine ulaşmasının engellenmesi adaletin dağıtılmasına yönelik halkın güvenini zayıflatacaktır⁵⁵.

Gereçli nihai kararların tamamının açıklanması görev yapan yargıç ve savcıların HSYK’nın hangi fiile nasıl yaklaştığını anlamaları açısından da önemlidir. Mevcut Hakimler ve Savcılar Kanunu disiplin

⁵⁴ Bkz. Brayn E. Keyt, *“Reconciling the Need for Confidentiality in Judicial Disciplinary Proceedings with the First Amendment”*, 7 Geo. J. Legal Ethics 959, 966-70 (1994); R. Wheeler, & A. Levin, *“Judicial Discipline and Removal in the United States”*, 1-2 (July 1979); Owen M. Fiss, *“The Limits of Judicial Independence”*, 25 U. Miami Inter-Am. L. Rev 57, 58-59 (1993) in John P. Sahl, *“Secret Discipline in the Federal Courts-Democratic Values and Judicial Integrity at Stake”* Notre Dame Law Rev., Vol 70, N. 2, 1994, s. 225-227.

⁵⁵ Alex B. Long, *“Stop me Before I Vote For This Judge Again: Judicial Conduct Organizations, Judicial Accountability, and the Disciplining of Elected Judges”*, West Virginia Law Review, Vol. 106, 2003, s. 46. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 434-351.

cezası gerektiren fiilleri oldukça soyut tanımlamıştır⁵⁶. Bunları somutlaştırmak gereği açıktır. Fakat ne kadar somutlaştırılırsa somutlaştırılsın bir ölçüde soyut kalacak olan disiplin cezası gerektiren eylemlerin gerçekten anlaşılabilmesi gerekçelerin görülebilmesi ile mümkündür.

Yeni Anayasada HSYK kararlarının tamamının gerekçeli ve aleni olmak zorunda olduğu açıkça vurgulanmalıdır.

Mahkemede görev yapan bir yargıç, ilke olarak, başka bir yargısal makama veya başka bir yerdeki göreve, yükseltme yoluyla da olsa, özgür iradesi olmadan atanamaz⁵⁷. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, bu ilkeye ancak şu hallerde istisna getirilebileceğini belirtmektedir: (a) Yer değiştirmenin bir disiplin cezası olarak öngörülmesi ve uygulanması, (b) mahkeme sisteminin hukuka uygun olarak değiştirilmesi (c) yasayla belli bir sınırlı süre öngörülme şartıyla yakın bir mahkemeyi takviye etmek amacıyla geçici bir süre görevlendirme yapılması⁵⁸. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2010)12 Tavsiye Kararı sadece iki nedenle bir yargıcın kendi onayı dışında görev yerinin değiştirilebileceğinden söz etmektedir: (a) bir disiplin cezası verilmesi, (b) yargı sisteminin organizasyonunda reform yapılması⁵⁹. Yargıcın iradesi dışında yapılan yer değiştirmelere karşı işlemin hukukiliğini denetlemek amacıyla bağımsız bir makama itiraz yolu muhakkak bulunmalıdır⁶⁰.

Türkiye’de bir yargıç ya da savcının, aynı veya başka bir yerdeki göreve iradesi dışında rahatlıkla atanabildiği geçmişte sıklıkla dile ge-

⁵⁶ Bu soyutluk Venedik Komisyonunun Mart 2011 raporunda da eleştirilmiştir. Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 59-74.

⁵⁷ Örneğin Avusturya’da yargıcın kendi iradesi dışında başka bir mahkemeye tayin edilmesi ancak bir disiplin mahkemesi kararı ile mümkündür. Bkz. Hans W. Fasching, “Austria”, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, ed. By Shimon Shetreet-Jules Deschenes, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, Boston, Lancaster, 1985, s. 31. Finlandiya’da yargıcın özgür iradesi olmaksızın başka bir mahkemeye atanması mümkün değildir, sadece mahkeme sisteminin yeniden organize edilmesi halinde mümkündür. Bkz. Irma Lager, “Finland”, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, ed. By Shimon Shetreet-Jules Deschenes, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, Boston, Lancaster, 1985, s. 58.

⁵⁸ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 3.4.

⁵⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 52.

⁶⁰ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 3.4, 1.4.

tirilmişti⁶¹. HSYK'nın yapısı ve işleyişi 2010 Anayasa değişikliği ile yeniden düzenlendiği halde uygulama değişmemiştir. En son 2011 Haziran ayındaki atama kararnamesi ertesinde, HSYK yargıç ve savcılar iradeleri dışında keyfi bir biçimde başka yerlere atadığı için, Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) ile Demokrat Yargı Derneği tarafından protesto edilmiştir⁶².

Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartında ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye kararında belirtilen istisnalar dışında yargıç veya savcının iradesi hilafına yapılan atamalar kesinlikle engellenmelidir. Venedik Komisyonunun Mart 2011 raporunda belirtildiği gibi, bu tür atamalar yargıç ve savcıların üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmaya son derece müsaittir⁶³.

Bağımsız ve tarafsız bir yargı oluşturmak için yeni Anayasada yargıç ve savcının Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı'nda belirtilen koşullar haricinde özgür iradesi dışında görev yeri değişikliği yapılamayacağı belirtilmelidir. Ayrıca HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması sorunu burada da karşımıza çıkmaktadır. Kararlarının tamamının yargı denetimine açılmasının gereği tekrar hatırlanmalıdır.

⁶¹ Örneğin eski DGM savcısı Mete Göktürk kitabında, isteği dışında, Eyüp Cumhuriyet Savcılığından Büyükçekmece Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesini, İstanbul Cumhuriyet Savcılığından da İstanbul DGM Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesini bakanlık yetkililerini ve HSYK ile yakın ilişki içinde olan birini kızdırmış olmasına bağlamaktadır. Mete Göktürk, *Adaleti Gördünüz mü?*, Telos yay. İstanbul 2006, s. 36, özellikle bkz. s. 92-105 ve s. 153-154. Göktürk'ün bir gazetede yayımlanan yazısında, yargıç A.G.B.'nin 1995 yılında Balıkesir'e atandığını, hiç görev yapmadan İstanbul Gaziosmanpaşa'ya geri gönderildiğini ve son kararname ile yeniden Fatih'e atandığını belirtmektedir. Oysa bir yerde hizmet süresi en az iki yıl olarak belirlenmiştir. HSYK'nın 2 yıldan az hizmet eden kişilerin atama dilekçelerinin işleme konulmayacağı konusunda ilke kararı vardır. Bkz. Mete Göktürk, *Yeni Yüzyıl*, 14.10.1996.

⁶² Protesto eyleminde Demokrat Yargı Derneği Genel Sekreteri Kemal Şahin "*referandumla yargıda demokratikleşme ve AB değerleri yönünde atılan çok kıymetli bir adımın, yeni HSYK'nın oluşum süreci ve 8 aylık tasarruflarıyla heba edildiğini*" belirtmiştir. Basın açıklamasında YARSAV Genel Sekreteri Leyla Köksal ise 2010'da göreve başlayan HSYK'nın 7 ayrı kararnameye imza attığını ifade etmiş ve "*bu kurul siyasi iktidarın iradesini kendine rehber edinmiştir*" demiştir. *Milliyet*, 23.06.2011.

⁶³ Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 48.

d) Yargı üyelerinin kariyerleri ve mali güvenceleri

Uluslararası belgelere göre, yargı üyelerinin maaş ve emekli aylığı hakkı yürütmenin keyfi olarak müdahale edemeyeceği bir biçimde hukuk tarafından sabit olarak belirlenmiş olmalıdır ve ülkedeki hayat pahalılığına göre yükseltilerek⁶⁴ güvence altına alınmalıdır⁶⁵. Hastalık, ölüm, yaşlılık, doğum gibi sosyal risklere karşı güvenceleri olmalıdır⁶⁶. Maaşlar, şeffaf bir biçimde belirlenmesi şartıyla, meslekte geçirilen süre, yargıç tarafından yapılan görevin niteliği ve önemine göre değişebilir⁶⁷.

Uluslararası belgelere göre, yargıçların meslekî kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif ölçütlere dayanmalı, yargıçların seçimi ve kariyerleri; eğitimsel niteliklerini, bağımsız ve tarafsız davranabilme yeteneklerini⁶⁸, dürüstlük, etkinlik ve yeteneklerini de gözetilen liyakat esasına göre olmalıdır⁶⁹. Yargıçlıkta yükselme, BM *“Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”*e göre, özellikle yetenek, dürüstlük ve tecrübe temelinde olmalıdır, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararına göre ise nitelik, dürüstlük, yetenek, etkinlik temelinde nesnel esaslara dayanmalıdır⁷⁰. Tecrübe her ne kadar yükselme için bir ön koşul olsa da, modern dünyada bu artık tek başına yeterli kabul edilmemektedir. Halkın yargının sadece bağımsız olmasında değil, nitelikli olmasında da güçlü bir menfaati vardır⁷¹.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin de belirttiği gibi, yükselmede yargıçların dürüstlük, etkinlik, yetenek ve niteliklerine dayalı

⁶⁴ Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 62.

⁶⁵ Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu, s. 36, para. 26; BM *“Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”*, İlke 11; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2a(ii); Yargıçları Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 6.1, 6.4; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 61.

⁶⁶ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 6.3; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 61.

⁶⁷ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 6.2; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 61.

⁶⁸ Adayın daha önce içine girdiği faaliyetler ve yakın ilişkiler, adayın bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda nesnel ve meşru bir kuşku yarattırsa atanmasına engel oluşturabilir. Bkz Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 2.1, 3.2.

⁶⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2c; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 17.

⁷⁰ BM *“Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”*, İlke 13; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2c; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 17.

⁷¹ Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 29.

ölçütler açıkça ortaya koyulmalı, ilan edilmeli ve uygulanmalıdır⁷². Meslekte yükseltilmeyen adayın şikayet hakkı olmalıdır⁷³.

Meslekte yükselme konusu Anayasadan çok yasaların konusudur. Türkiye’de son değişikliklerden önce meslekte yükselme bakımından Yargıtay, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerince verilen notlar ile adalet müfettişlerinin düzenlediği hal kağıtları etkili olmuştur. Yargıtay, Danıştay, Bölge adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin verdiği notlar 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda yapılan 31.03.2011 tarihli değişiklikle kaldırılmıştır. 2010 Anayasa değişikliğine kadar, müfettişler Adalet Bakanlığına bağlı olduğu için denetim raporlarıyla (hal kağıtları) yargıç ve savcılar siyasi baskı altında tutabilecekleri yönündeki kaygılar oldukça yaygındı. Yargıç ve savcılar birbirleri karşısındaki bağımsızlıkları önemsiz değildir, fakat yürütmeye karşı bağımsızlıkları bir hukuk devletinde çok daha hayati bir önem taşır. Bu nedenle Anayasa değişikliği ile müfettişlerin Kurula bağlanması önemli bir gelişme olmuştur. Fakat müfettişler HSYK’ya bağlanmış olmasına rağmen hal kağıtlarındaki değerlendirme ölçütlerinin nesnel olmaması sorunu hala ciddiyetini korumaktadır. Örneğin 2802 sayılı Kanunda yargıç ve savcıların “*ahlaki gidişleri*” “*göreve bağlılıkları*” gibi öznel kavramlar yükselme ölçütleri olarak benimsenmektedir (md 21/c). Bu tür geniş ve kişiden kişiye değişen değerlendirmelere yol açacak kavramları nesnellikle bağdaştırmak mümkün görünmemektedir.

Buna ek olarak meslekte yükselmede etkili olan diğer bir unsur, üst mercilerce verilen siciller konusu da tartışılmaya muhtaçtır (2802 sayılı Kanun md 23). Bu siciller verilirken ilgili savcının görüşünün alınması gibi şeffaf ve katılımcı usullerin benimsenmesi oldukça önemlidir. Birinci sınıfa ayrılmış savcı ve yargıçlar üzerinde üç yılda bir denetimin sürdürülmesi de (2802 sayılı Kanun md 33) söz konusu yargıçların ve savcılarının, müfettiş ve HSYK’nın çoğunluğunu tatmin edecek yönde kararlar vermeleri sonucunu doğurabilir⁷⁴. Oysa yargıç ve savcılar görevlerini yerine getirirken sadece yürütmeden değil kendi meslektaşlarından da bağımsız hareket edebilmelilerdir. Elbette ki birinci sınıfa ayrılmış dahi olsalar yargıç veya savcılar mesleki davranış ilkelerine

⁷² Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 25.

⁷³ Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 4.1.

⁷⁴ Venedik Komisyonu da aynı kaygılardan söz etmektedir. Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 42, 46.

aykırı hareket etmeme yükümlülüğündedirler. Aykırı hareket halinde buna karşı disiplin usulleri zaten mevcuttur, buna ek olarak her üç yıl da bir denetlenmeleri yargı bağımsızlığına karşı bir baskı aracına dönüşebilir.

Yeni Anayasada meslekte yükselmede nesnel ölçütlerin bilgi, dürüstlük, yetenek ve etkililiğe dayalı liyakatın esas alınacağı açıkça belirtilmeli, yükselmede ilgili savcı ve yargıcın kendisi hakkında tutulan rapor, belge ve bilgilere (siciller, hal kağıtları gibi) ulaşabilmesi ve sürece katılımı güvence altına alınmalıdır⁷⁵. Ayrıca HSYK kararlarına karşı yargı yolu açılarak meslekte yükseltilmeyen yargıcın yargıya başvurma hakkının güvence altına alınması, hal kağıtları veya sicillerde nesnel ölçütlerin dışına çıkıp ilgili yargıç veya savcının verdiği kararların içeriği esas alınarak yapılan değerlendirilmelerin engellenmesini sağlayacaktır.

e) Yargının iç işleyişindeki bağımsızlık, dış müdahalelere karşı korunma

Yargının iç işleyişinin de bağımsız bir biçimde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu çerçevede doğrudan yargısal işlevin yerine getirilmesiyle ilgili idari ve kurumsal konulara ilişkin bağımsızlık sağlanmalıdır. Mahkemenin dış müdahalelere karşı korunması için de gerekli olan tedbirlere yer verme zorunluluğu vardır. İHAM mahkemenin dış müdahalelere karşı güvencelere sahip olup olmadığını incelemekte, bu konuyu mahkemenin bağımsız olup olmadığını ölçmede bir kriter olarak kullanmaktadır. Örneğin mahkeme üyelerine idare tarafından talimat, emir verilememesi yönündeki milli hukuktaki bir güvence dış müdahalelerden bağımsızlık açısından İHAM tarafından önemli bir güvence olarak görülmektedir⁷⁶. Bu çerçevede 138. Md'nin 2. Fkr'sında yer alan güvence önemlidir.

BM "Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler"e göre, bir mahkeme içinde bakacakları davalar açısından yargıçlar arasındaki iş bölümü yargının kendi iç işidir⁷⁷. Örneğin yargıçların görevlendirilmesi, dava

⁷⁵ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu gizli sicilden söz ederek (md 59) yargı bağımsızlığı bakımından sorunlu bir hükme yer vermektedir.

⁷⁶ *Sramek v. Austria*, 22.10.1984, para. 41.

⁷⁷ BM "Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler", İlke 11,12,13,14.

dosyalarının tevzi, mahkemelerin çalışma süreleri, duruşma sıralaması, duruşma salonunun tahsisi, adli personelin yönetimi gibi doğrudan yargısal işleyle ilgili konularda dış bir güç müdahale etmemelidir.

Yargı ile yürütme arasında her ne kadar kurumsal bir ilişki gerekli olsa da bu ilişki belirli bir uyumsuzluğun çözümünde ve hukuk ve anayasal değerlerin ele alınmasında yargının özgürlüğüne müdahale oluşturmamalıdır⁷⁸.

Yine uluslararası belgelere göre, yargı, yargısal nitelikteki her konuda yetkili olmalı ve karar vermesi için kendisine sunulan meselenin hukukun tanımladığı yetki alanına girip girmediği konusunda münhasır olarak karar verme yetkisine sahip olmalıdır⁷⁹.

Bu çerçevede Türkiye'deki ceza davalarındaki kolluğun işlevi yeniden ele alınmalıdır. Türkiye'de adli kolluk bulunmadığından suç soruşturmaları savcılığın kontrolü altında yürüten bir mekanizmadan çok yürütme organının kontrolünde yürüten bir mekanizma izlenimi yaratmaktadır. Soruşturmanın yürütmenin kontrolü altında olan kolluk gücü tarafından değil savcılık makamına bağlı adli kolluk gücü tarafından yapılması soruşturmaların nesnel yürütülebilmesi ve adil bir sonuca varılması bakımından zorunlu görünmektedir. Yeni Anayasada adli kolluk kurulması yönünde bir düzenlemeye yer verilmelidir.

Yine yargının yürütme ile ilişkilerinde bağımsızlığı bakımından Anayasanın 144. Md'sinin de ele alınması gerekir. 144. Md savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetleneceğini belirtmektedir. Bu madde Venedik Komisyonunun Eylül ayında yayımladığı raporunda da eleştirilmekte "idari görevler" ile yargısal görevler arasındaki çizgiyi belirlemenin çok kolay olmadığı vurgulanmaktadır⁸⁰.

⁷⁸ Bkz. *Valente v The Queen*, Supreme Court of Canada, [1985] 2 SCR 673; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Wang* (2003) 215 CLR 518 at 523-524; Murray Gleeson, "The Right to independent Judiciary", 14th Commonwealth Law Conference, London September 2005, http://www.hcourt.gov.au/speeches/cj/cj_sept05.html#fn32, (01.10.2008); Seylan Yüksek Mahkemesi, Adalet Bakanına belirli bir dava için yargıç aday gösterme yetkisi tanıyan yasayı Anayasanın yargı organına verdiği yargısal erkin kullanılmasına müdahale olarak görmüştür, In *The Queen v Liyanage* (1962) 64 NLR 313, in Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu, s 37, para. 26

⁷⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke 1/2a(iii); BM "Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler", İlke 3.

⁸⁰ Venedik Komisyonu, Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 62-64.

Anayasanın 159/9 hükmü ise Kurul müfettişlerine “*yargıç ve savcuların görevlerini kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (yargıçlar için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme*” görevini vermektedir. Bu hüküm yargıç ve savcuların karar ve işlemlerinin içeriğinin hiçbir sınırlama olmaksızın denetlenmesine izin verir niteliktedir. Müfettiş incelemesi bir kanun yolu veya itiraz yolu niteliğine bürünemez, aksi bir durum yargı bağımsızlığı bakımından son derece sakıncalı bir ortam yaratır⁸¹. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2010)12 Tavsiye Kararı şöyle demektedir: “*Kötü niyet veya ağır ihmal durumları hariç, davanın karara bağlanması için yargıç tarafından yapılan hukukun yorumlanması, olayların değerlendirilmesi ve delillerin takdiri yargıcın hukuki veya disiplin sorumluluğunun doğmasına neden olamaz*”⁸².

Yargısal Dürüstlük Grubunun hazırladığı Bangalor Yargısal Davranış İlkelerini açıklayan Yorum’da, “*yargıç yargıçlık görevini ifa ederken, aynı zamanda yürütme veya yasama faaliyetlerine katılmamalıdır. Bununla beraber eğer sistem izin veriyorsa, yargıç yargıdaki işlevini bıraktıktan sonra, bir bakanlığın idari bölümünde görev yapabilir (örneğin Adalet Bakanlığının bir bölümünde)*” denmektedir. Bir bakanın çalışanlarından birine dönüşen bir yargıç için konu daha hassastır. Common law uygulanan ülkelerde bu uygun bir atama olarak görülmezken, diğer bazı ülkelerde farklı görülebilmektedir. Bangalor Yargısal Davranış İlkelerinin Yorumunda şöyle denmektedir: “*Bu şartlarda, yargıç bakanlığın hizmetine girmeden önce yargıçları atamaktan sorumlu organ- dan ve meslektaşlarından görüş alınması gereklidir. Yargıya geri dönmeden önce de yargıç yürütme veya yasama organının faaliyetleriyle ilişkisini bütünüyle kesmelidir*”⁸³.

⁸¹ Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 94. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2010)12 tavsiye kararı da yargıçların verdikleri kararların kanun yolları dışında denetlenmesinin yargı bağımsızlığına aykırı olduğunu belirtmektedir, para. 16. Ayrıca aynı tavsiye kararı yargıçların kararlarına yönelik olarak sadece dışarıdan gelebilecek müdahalelerin değil yargı içinden gelebilecek müdahalelerin de engellenmesi gerektiğini belirtmekte ve hiyerarşik yargısal organizasyonların müdahalelerine karşı da bireysel olarak yargıçların güvence altında olması gerektiğinin altını çizmektedir, para. 22, 29.

⁸² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 66.

⁸³ Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu, s. 102, para. 164.

Yargıcın başka bir görev ifa ederken, aynı anda fiilen yargısal faaliyetleri yapması engellenmiş olsa dahi, diğer görevin getirdiği avantajlar veya dezavantajlar yargıcın kendisini bu göreve atama ihtimali olan makam karşısındaki tutumunu etkileyebilir. Bu nedenle, (dezavantajlar bakımından) ilgili yargıcın muvafakatının alınmasının yanı sıra, (avantajlar bakımından) yargısal bir makamın da izninin alınması veya yargısal makamın önermesi ya da seçmesi aranmalıdır. Nitekim bazı yasalarda çeşitli kurullarda (Rekabet Kurulu, Kamu İhale Kurulu gibi) görev alması öngörülen yargıçlar için yargısal makamın önermesi veya seçmesi usulü benimsenmektedir⁸⁴. Fakat bu ilkenin Anayasal bir ilke olması aksi uygulamaları engellemek bakımından son derece önemlidir.

Diğer yandan yukarıda belirtilenler çerçevesinde Anayasanın 159. md'sinde yer alan 12. fkr hükmü de revizyona ihtiyaç duyulan hükümlerden biridir. Bu hüküm *"Adalet Bakanlığının merkez bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hakim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir"* demektedir.

Adalet Bakanlığı merkez bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak yargıç ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve yargıç ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, atama yetkisini tek başına Adalet Bakanı kullanmaktadır. Yeni Anayasada bu hükme yer verilmemelidir. Adalet Bakanlığında çalışan ve idari görevler icra eden hukukçular ile yargısal faaliyet gösteren yargıç ve savcılar arasında kesin bir çizgi çizilmek zorundadır. Adalet Bakanlığında çalışanlar yargıç ve savcı statüsünde olmamalıdır. Nitekim Venedik Komisyonu da Mart 2011 tarihli raporunda bu geçişgenliği eleştirmekte, yargıç ve savcıların Adalet Bakanlığında görevlendirilme olanağının, yargıç ve savcılar arasında devletçi bir yaklaşımın yaygınlaşmasını ve yürütmenin lehine hareket etmeyi teşvik edebileceğini belirtmekte, bunun yargı bağımsızlığı bakımından sakınca yarattığının altını çizmektedir⁸⁵

Son olarak uluslararası belgeler yargıçların kararlarının hukuk tarafından öngörülmüş kanun yolları dışında bir gözden geçirmeye konu olmayacağını, genel ve özel af gibi kararlar dışında, hükümet

⁸⁴ Detaylı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 266-273.

⁸⁵ Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 28-29, 106.

veya idarenin yargı kararlarını geçmişe etkili biçimde geçersiz kılacak şekilde karar alamayacaklarının altını çizmektedir⁸⁶. Bu konu İHAM tarafından mahkemeye başvurma hakkının bir parçası olarak değerlendirilmiş⁸⁷ ve yürütmenin yargı kararlarını uygulamaması nedeniyle Türkiye'nin de Sözleşmeyi ihlal ettiği yönünde kararlar vermiştir⁸⁸.

Bu çerçevede hükümet veya idarenin yargı kararlarını, etkisiz kılacak şekilde karar alamayacakları Anayasada ayrıca belirtilmelidir.

SONUÇ

Bağımsız ve dolayısıyla tarafsız bir yargıya ulaşmak, Türkiye toplumunun en çok ihtiyaç duyduğu hedeflerden biridir. Bu çerçevede uluslararası belgeler son derece detaylı verileri bize sunmakta.

Uluslararası belgeler dikkate alındığında, bağımsızlığı sadece yasama ve yürütmeden bağımsızlık olarak değerlendirmeden, yargıçların kendi meslektaşlarına karşı da bağımsız olması gerektiği gerçeğinden yola çıkarak kapsamlı bir Anayasal değişime ihtiyaç olduğu ortaya çıkmakta.

Türkiye'de yargı bağımsızlığı çoğunlukla yargının kurumsal bağımsızlığı ve bu çerçevede HSYK'nın yapısı temel alınarak tartışılmaktadır. Bu tartışma yersiz olmamakla birlikte yetersiz kalmaktadır. HSYK'nın daha çoğulcu ve yürütmeden bağımsız hale gelmesi kuşkusuz gerekli. Fakat kurumsal bağımsızlığın yanı sıra yargıç ve savcılara getirilen bireysel güvenceler de bir o kadar önem kazanmakta.

Yargıç ve savcıların mesleğe kabullerinde ve atanmalarındaki nesnellik ve eşitlikçilik, geçici veya sürekli görevden alınamamalarına ilişkin güvenceleri, meslekte yükselme ölçütleri ve usulleri, herhangi bir

⁸⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2a(i ve iv); BM "Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler", İlke 4; Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu, Opinion No. 1, para. 64-65; İnsan hakları Avrupa Komisyonu, genel ve özel af çıkarma yetkisinin dahi yargı işlevini zayıflatacak şekilde kullanılmaması gerektiğini vurgulamıştır 12 YB (Greek case) at 148 (1969) Kom. Rap.; CM Res (70) 1 in D.J. Harris, M.O' Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995, s. 233

⁸⁷ Bkz. *Kutić v. Croatia*, 01.03.2002, para. 25-33; *Dragicević v. Croatia*, 09.12.2004, para. 27.

⁸⁸ Örneğin bkz. *Taskin and others v. Turkey*, 10.11.2004, para. 135-138.

dış müdahaleden korunma güvenceleri bakımından Türkiye’de çok ciddi sorunlar bulunmaktadır. Bunların bir kısmı Anayasadan, diğer bir kısmı ise yasalardan kaynaklanmakta.

Yeni Anayasa yapım sürecinde mevcut Anayasadaki hükümlerin bazılarının kaldırılması veya değiştirilmesinin yanı sıra bazı yeni güvencelerin de Anayasaya eklenmesi gerekmektedir. Böylece yargı üzerindeki aşırı merkezîyetçi ve yürütme organı odaklı bir denetim yapısından daha özerk bir yapılanmaya da geçilmesi olanağı doğacaktır.

KAYNAKLAR

Makale ve Kitaplar

- Alex B. Long, “*Stop me Before I Vote For This Judge Again: Judicial Conduct Organizations, Judicial Accountability, and the Disciplining of Elected Judges*”, *West Virginia Law Review*, Vol. 106, 2003.
- Brayn E. Keyt, “*Reconciling the Need for Confidentiality in Judicial Disciplinary Proceedings with the First Amendment*”, *7 Geo. J. Legal Ethics*, 1994.
- D.J. Harris, M.O’ Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995.
- Donatella della Porta, “*A Judges’ Revolution? Political Corruption and the Judiciary in Italy*”, *European Journal of Political Research*, No. 39, 2001.
- Mete Göktürk, *Yeni Yüzyıl Gazetesi*, 14.10.1996.
- Hans W. Fasching, “*Austria*”, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, ed. By Shimon Shetreet-Jules Deschenes, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, Boston, Lancaster, 1985.
- Irma Lager, “*Finland*”, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, ed. By Shimon Shetreet-Jules Deschenes, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, Boston, Lancaster, 1985.
- Maria Elisabetta di Franciscis, “*Italy*”, *Judicial Misconduct*, ed. Mary L. Volcansek, Florida 1996.

Mauro Cappelletti, *“Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility”*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, 1983.

Mete Göktürk, *Adaleti Gördünüz mü?*, Telos Yay, İstanbul 2006.

Murray Gleeson, *“The Right to Independent Judiciary”*, 14th Commonwealth Law Conference, London, September 2005, http://www.hcourt.gov.au/speeches/cj/cj_sept05.html#fn32, [01.10.2008].

Owen M. Fiss, *“The Limits of Judicial Independence”*, 25 U. Miami Inter-Am. I. Rev 57, 58-59 (1993) in John P. Sahl, *“Secret Discipline in the Federal Courts- Democratic Values and Judicial Integrity at Stake”* Notre Dame Law Rev., Vol 70, N. 2, 1994.

Özgürlükçü-Eşitlikçi Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler, DİSK Yayınları, No. 57, http://www.disk.org.tr/content_images/DiSKanayasa.pdf, [20.04.2011]

R. Wheeler, & A. Levin, *Judicial Discipline and Removal in the United States*, 1-2 July 1979.

Sibel Inceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Şen Matbaa, Ankara 2007.

Uluslararası Belgeler

European Charter on the Statute for Judges and Explanatory Memorandum (Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı), 8-10 July 1998, www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf, [30.07.2007].

European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Interim Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 610/2011, 29.03.2011. [01.04.2011].

European Commission For Democracy Through Law, (Venedik Komisyonu), Interim Opinion on the Draft Law on The High Council For Judges and Prosecutors of Turkey, Opinion No 600/2010, 27.09.2010. [01.10.2010].

Opinion No. 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, 23 November 2001, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp, [30.11.2007].

Opinion No. 3 (2002) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles and Rules Governing Judges' Professional Conduct in Particular Ethics, 19 November 2002, ccje/doc2002/ccje(2002)op n° 3e, http://euromedjustice.eu/files/repository/20091111152846_CcJE.Opinionn3Ethic.EN.doc.pdf, [30.11.2007].

Opinion No. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) (Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, 21-23 November 2007, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp, [28.06.2008.].

Recommendation No. R(94)12 of The Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=534553&SecMode=1&DocId=514386&Usage=2>, [30.07.2007]

UN, Basic Principles of the Independence of the Judiciary, http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp50.htm, [30.07.2007].

Kararlar

AYM: E.2005/47, K. 2007/14 numaralı, 07.02.2007 tarihli kararı.

AYM: E.2010/49, K. 2010/87 numaralı, 07.07.2010 tarihli kararı.

İHAM: *Dragicevic v. Croatia*, Başvuru Numarası: 11814/02, Karar Tarihi: 09.12.2004.

İHAM: *Incal v. Turkey*, Başvuru Numarası: 1/1997/825/1031, Karar Tarihi: 09.06.1998.

İHAM: *Kayasu c. Turquie*, Başvuru Numarası: 64119/00 ve 76292/01, Karar Tarihi: 13.11.2008.

İHAM: *Kutic v. Croatia*, Başvuru Numarası: 48778/99, Karar Tarihi: 01.03.2002.

İHAM: *Sramek v. Austria*, Başvuru Numarası: 8790/79, Karar Tarihi: 22.10.1984.

İHAM: *Taskin and others v. Turkey*, Başvuru Numarası: 46117/99, Karar Tarihi: 10.11.2004.

BİR KELİME OLARAK ‘ANAYASA’NIN TARİHSEL YOLCULUĞU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

THOUGHTS ON HISTORICAL JOURNEY OF THE CONSTITUTION AS A WORD

Faruk Y. TURINAY*

Özet : Kelimeler hukuk biliminin ve tabii anayasa hukukunun vazgeçilmez malzemesidir. O yüzden, hukuki ve etimolojik bakış açılarıyla üzerine düşünülmeyi en az bilimin içeriği kadar hak etmektedir; hele söz konusu kelime anayasa ise. Bu makalede, anayasanın Türkçede, Batı ve Doğu dillerinin bazılarında, hem yazılı anayasalarda hem yazarların eserlerinde hangi ifadeler vasıtasıyla kullanıldığı, kelimenin doğumundan günümüze karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. İçinde anayasa kelimesinin geçtiği söz varlıkları ile da inceleme kapsamındadır.

Anahtar Kelimeler: anayasa, etimoloji, dil

Abstract : Words are inevitable instruments of jurisprudence and also of constitutional law. So, they merit to be thought with legal, etymological perspectives at least as contents of sciences; above all if the word is ‘constitution’. They have been examined comparatively that various synonyms of the word of ‘constitution’ in Turkish, some of western and eastern languages, and also written constitutions likewise works of authors since creation of the word. The terms which contain ‘constitution’ are in scope of the examination.

Keywords : constitution, etymology, language

GİRİŞ

Sosyal bilimlerin her dalında olduğu gibi, anayasa hukukunda da bazı temel kavramların etimolojik, tarihi ve sosyal kökeninin araştırılması, anayasal konularda daha sağlıklı tespitler yapmak bakımından büyük bir ihtiyaçtır. “Anayasa” bu temel kavramların en önemlisidir. Bu terim, hem günlük hayatta hem hukuk ve siyaset dünyasında sıklıkla kullanılsa da, birtakım tartışmaları bünyesinde barındırmaktadır.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

Anayasanın bir yasa çeşidi olup olmadığı, aslında hukuku değil sadece siyaset bilimini ilgilendiren bir alan olup olmadığı, eğer hukuk bilimini ilgilendirdiği kabul edilirse felsefe ile tüm bilimler arasındaki ilişkinin bir benzerinin anayasa hukuku ile tüm hukuk dalları arasında olduğunun kabul edilip edilmediği bunlardan birkaçıdır. Anayasanın günlük dilde mecazi anlamda “müşteri memnuniyeti anayasası”, “tembellik anayasası”, “beslenmenin anayasası” ve benzeri pek çok şekilde kullanılıyor olması, kelimenin kamuya mâloldüğünü gösterdiği gibi, anayasanın tarihsel yolculuğu üzerine düşünmeyi gerekli kılmaktadır.

İkinci olarak söylemek gerekir ki, bilim dünyasında iki tür dünya vardır: kavramlar dünyası ve gerçekler dünyası. Kavramlar somut olayların adlarından başka bir şey değildir. Şayet bu iki dünya birbiriyle tam örtüşmüyorsa iki cins eksikliğin doğmuş olma ihtimali söz konusudur: Soyut düzeyde kavramlarla uğraşılırken gerçekler dünyasından uzaklaşmıştır. Mesela kavramlar üzerine konuşurken, genel kuralı her zaman özel durumlara uygulayarak aynı sonucun ortaya çıkacağını düşünme ve böylece tümdengelim hatasına (A dicto simpliciter ad dictum secundum quid) düşülmüştür. Veya birkaç özel durumdaki ortak hususları görerek onları bir çırpıda genel kural haline getirme yanlılığına (A dicto secundum quid ad dictum simpliciter) düşülmüştür. Siyasi ve somut dünyanın değişken menfaatleri nedeniyle kavramlar yanlış kullanılmaktadır. Her iki durumda da hukuk biliminin işlevini yerine getirmediği söylenebilir. Bu eksiklik tehlikesi en fazla anayasa hukukunda ortaya çıkabilir. Çünkü anayasa hukuku sadece anayasa hukukçularını değil, herkesi, bütün vatandaşları ilgilendirir.¹ Nitekim anayasa da ideal anlamda bir milletin fertlerinin hepsini ilgilendiren ortak konular hakkında kendi aralarında yaptığı sözleşmeden başkası değildir. Memiş'in deyişiyle, anayasa Beethoven'in 9. senfonisidir. Toplumun mutluluğunu sağlayacak hukuksal ve siyasal orijinlerin sağlam ayarlara bağlanması sözleşmesidir. Toplumun geleceği meselesidir. Sınırsız değişim eğrisinin sınırsızlığını sağlayan sınırlı organlar eğrisidir.² Dolayısıyla bağlayıcı toplumsal kurallar olarak hukuk alanında en müşterek kavram “anayasa”dır. Bu yüzden araştırma yapmaya değer bir mefhumdur.

¹ GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, Ekin Yayınları, 2009, s.17

² Emin Memiş, “Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Aralık 2010, Sa. 2, s. 497

Üçüncü olarak, hukukta kendisine anlam yüklenen tüm kelime ve kavramların ne anlama geldiği kadar, ne anlama gelmediği de hayati önem taşımaktadır. Sadece anayasa hukukunda değil; rekabet hukuku, ceza hukuku, icra ve iflas hukuku gibi hukukun tüm dallarında bu kural geçerlidir. Eskilerin deyimiyle hukukta her kavram “*efradını câmi, ağyarını mâni*” olmalıdır. Yani içermesi gereken tüm unsurlarını içermeli ve içermemesi gereken hiçbirini bünyesinde barındırmamalıdır. Aksi takdirde kavram karmaşası meydana gelir. Hukuk dünyasında doğabilecek kavramlar karmaşası ise hukukun nesnelliğini yok ederek anarşinin yolunu açar. Bu bağlamda, hukukun ‘endemik’ nitelikteki zorlayıcılık özelliği göz önünde tutulduğunda; hukukta meydana gelebilecek bir keşmekeşin, diğer alanlarda olabilecek sorunlardan çok daha fazla tehlikeye yol açabileceği söylenebilecektir. Kavrama geri dönersek, anayasa ‘en çok sayıda kişiyi ilgilendiren hukuki terim’ kimliğiyle, anlam haritasını çizmeye en layık kelime olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnsanlar, yeryüzünde kullanılan kelimeleri, yaşanan olayların günlük hayatta yarattığı değişikliklerden ötürü, kaçınılmaz bir ihtiyaç olarak oluşturmuştur. Bu değişimi toplumsal yapılarda adlandırma çabaları Sanayi Toplumu’ndan Bilgi Toplumu’na geçiş biçiminde yoğunlaşmaktadır.³ Devlet, cumhuriyet, millet, vatan, egemenlik, hukuk, demokrasi ve anayasa gibi evrensel kelimeler ilk meydana getirilmelerinden bugüne, en çok evrim geçirmeye elverişli olanlardandır. Zira yönetim biçimleri, toplumların gelişmişlik düzeyi, yaşam tarzı, ideolojiler değiştikçe bu kelimelerin de içi her devirde farklı şekilde doldurulagelmiştir. Bu görüşe verilecek en güzel örnek, kanaatimizce “*respublica*” kelimesidir. Roma hukukunda da yaygın olarak kullanılan “*res*” kelimesi “*şey, mal*” anlamını; “*publica*” ise “*kamusal, halkı ilgilendiren*” anlamını taşımaktadır. Bileşik “*respublica*” sözcüğü, Roma İmparatorluğu’ndan XVIII. Yüzyıla kadar “*devlet*” manasında kullanılmışken; 1789’daki Fransız İhtilali’nde kral ve kraliçenin giyotinle idam edilerek soya dayalı yönetim (hereditary monarchy) yerine monarşidışı bir devlet şekli olan cumhuriyetin kurulmasıyla “*cumhuriyet*” kav-

³ Güney Nair, “*Bilgi’nin Değişen Anlamı ve Kavram Tartışmaları*” C.Ü. İBF Dergisi Doç. Dr. Feramuz Aydoğan’ın anısına, s.329, <http://eskiweb.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/108.pdf>, erişim tarihi: 2.3.2011

ramını karşılayacak şekilde kullanılmaya başlamıştır.⁴ İşte, hukukun anlam yüklediği, böylece bağlayıcılık kazanarak pozitif hukuka girmiş en önemli kelimelerden biri olan “*anayasa*”nın etimolojik kökenleri de bahsi geçen nedenlerden dolayı önemlidir. Bu sözcüğün geçen yüzyıllar boyunca hangi siyasi olaylarda, hangi toplumsal belgelerde ne şekilde kullanıldığı, sonunda hangi şekli aldığı, anayasa hukuku alanında yapılacak çalışmalara ışık tutacaktır.

Bu makalede “*anayasa*”, bir kelime olarak, hukuki ve dilbilimsel bakış açılarının her ikisini de dikkate alan bir yaklaşımla, Türkçede ve yabancı dillerde var olduğu andan itibaren değişen anlamları, kullanımlarıyla incelenmiştir. Bu incelemeye hem anayasa koyucuların hem de doktrini oluşturan yazarların dilbilimsel tercihleri ve tabii her bir konudaki kanaatimiz dâhil edilmiştir.

1. KELİME VE KAVRAM

Kelime anlamlı ses ya da ses birliğidir. Kavram ise bir nesnenin, bir düşüncenin insan zihnindeki soyut ve genel varlığı/biçimidir. Kavram kelime veya kelimelerden oluşur. Bu yüzden kelime ile kavram birbirinden kolayca ayrılamaz. Hele anayasa gibi hukuki değeri çok yüksek bir kelime/kavram söz konusu ise zorluk daha fazladır. Fakat diğer yandan, konunun geniş olması bu ayrımı mecburi kılmış ve yapılan bölümlenme sayesinde kelime-kavram ayırıştırmasındaki zorluk bir ölçüde dengelenmiştir. “*Bir kelime olarak anayasa*” başka bir makalenin konusudur.

2. TÜRKÇEDE ANAYASA

Genel Olarak

Anayasa, ana ve yasa kelimelerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş ve Türkçeye kazandırılmıştır. Her ne kadar son yıllarda istikrar ve yaygınlık kazanmış bir kullanımı olsa da, bu kavramın Türk hukuk düzenine girmesinden itibaren pek çok değişik kullanımı olmuştur. Türk anayasacılık tarihinde şimdiye kadar, anayasa yerine “*ana tüze*”,

⁴ “*Respublica*” ve devlet tartışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKAL, Devlet Kuramı, Dost Yayınları, 2000; AKAL, İktidarın Üç Yüzü, Dost Yayınları, 2003;

"teşkilat-ı esasiye", "esasiye", "esasi", "esas", "esas teşkilat", "ana" (hukuk), "devlet ana" (hukuku) tabirleri kullanılmıştır. Şimdiye değin anayasa yerine pek çok kelimenin kullanılmış olması şaşkıncı değildir. Zira gerek hukuk alanında gerekse diğer sosyal bilimler alanında bir kavram için daima tek bir kelimenin kullanıldığı nadiren görülür.

Hukuk alanında, yazarlar kadar kanun koyucunun ve mahkemelerin de aynı kavram için farklı farklı kavramları tercih ettikleri, hatta herhangi bir kanundaki herhangi bir hükmü değerlendirmesine dâhil ederken, o hükmün kanunda yazan özgün halini değil, o günün Türkçesine kendince uyarlanmış sürümünü esas aldıkları görülmektedir. Özellikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu gibi önceki yıllarda kullanılan bir Türkçe ile kaleme alınmış yasalarla ilgili kitaplarda⁵ durum böyledir. Hem Türkçe yazılmış hukuk kitaplarında hem de Türk mevzuatında kelime seçimiyle ilgili bir berraklıktan söz etmek zordur. Kuşkusuz bu durum 'anayasa' terimi için de geçerlidir. Anayasanın, hukuk dünyasında en çok atıfta bulunulan veya bahsi geçen kavram sıfatıyla, adlandırılması diğer hukuk terimlerine oranla daha çetin bir iş olsa gerektir.

Dilbilgisi Bakımından

a) Anayasa ve yerine kullanılan ibarelerin dilbilimsel incelemesi

Anayasa, yukarıda değinildiği üzere iki isimden oluşan bir isim tamlaması olup aynı zamanda bir bileşik kelimedir. Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğüne bakıldığında anayasa, "1. Bir devletin yönetim biçimini belirten, yasama, yürütme, yargılama güçlerinin nasıl kullanılacağını gösteren, yurttaşların kamu haklarını bildiren temel yasa, kanunuesasî. 2. mec. Temel, esas"⁶ şeklinde karşılanmaktadır. Makalenin konusu bağlamında, ana sözcüğü, Sözlüğe göre, "temel, asıl, esas"⁷ anlamlarına gelmektedir. Yasa ise "devletin yasama organları tarafından konulan ve uyulması gereken kurallar bütünü, kanun"⁸ olarak tanımlanmaktadır.

⁵ Örneğin Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in Medeni Usul Hukuku kitabı bu özelliktedir.

⁶ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, "anayasa" başlığı, erişim tarihi: 8.3.2011

⁷ Loc.cit., "ana" başlığı, erişim tarihi: 8.3.2011

⁸ Loc.cit., "yasa" başlığı, erişim tarihi: 8.3.2011

Kelsen'in⁹ normlar hiyerarşisi tezi bakımından ise yasa, anayasanın altında, tüzük, yönetmelik ve bireysel işlemlerin üzerinde yer alan normdur. Dolayısıyla anayasa ile yasa (kanun) arasında *lex superior-lex inferior*¹⁰ (üst kural-ast kural) ilişkisi vardır.

Bu bilgiler ışığında yapılacak değerlendirmeye göre, anayasa, ana (asıl, temel) kanun demektir. Hukuk tekniği bakımından anayasa asıl, temel kanun mudur? Bu soruya hayır cevabı vermek için güçlü bir neden yoktur. Değiştirilmesi sıradan bir yasanın değiştirildiği usulle aynı olan yumuşak anayasaların varlığı¹¹ anayasanın bir yasa türü olarak asıl-temel kanun olduğu görüşünü desteklemektedir. Diğer yandan anayasaları çoğu zaman olağanüstü yetkilere sahip veya bir kurucu meclisin (sonuç itibariyle bir meclisin) yaptığı gerçektir¹². Normlar hiyerarşisi anlayışı uyarınca, bir norm başka bir normla aynı şekil kurallarına uyularak değiştiriliyorsa onlar aynı düzeyde ve aynı sıfattadır. Buna göre, anayasa bir yasadır. Nitekim anayasalarda yapılan değişiklikler şekli olarak bir yasayla yapılmaktadır. Örneğin, 1982 Anayasası üzerinde gerçekleştirilen, 12 Eylül 2010'da halkoyuna sunulan anayasa değişiklik paketi 5982 sayılı "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" ile hukuki varlık kazanmıştır. Bir başka yönden incelemek gerekirse, "*anayasa*", içerdiği kuralların günlük yaşamdaki vazgeçilmezliği, insanlar arasında en çok sorun olan "*nasıl yönetileceğiz?*" sorusuna yanıt verebilen bir norm olması ve "*üst kural*" işlevi dolayısıyla 'ana/temel/esas' sıfatını hak etmektedir. Yalnız bu açıdan bakıldığında "*anayasa*" terimi doğru bir seçimdir.

Hiç şüphe yok ki, 'bir devletin yönetim biçimini belirten, yasama, yürütme, yargılama güçlerinin nasıl kullanılacağını gösteren, yurttaşların kamu haklarını bildiren kurallar bütünü'nün 'anayasa' olarak adlandırılmasının eleştirilebilecek yönleri de vardır. Her şeyden önce, anayasa bir tür yönetim yasası ise bazı anayasalarda sadece yönetimle

⁹ Hans Kelsen (11 Ekim 1881 - 19 Nisan 1973) Avusturya-ABD vatandaşı hukukçu. 1919'da Viyana Üniversitesi'nde kamu hukuku ve idari hukukta profesör olmuştur. Ayrıca 1920'deki yeni Avusturya Anayasası'nın hazırlanmasında da çalışmıştır. 1934'te Salt Hukuk Kuramı isimli ünlü eseri ilk kez yayımlanmıştır.

¹⁰ Gözler, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, 2009, s.234

¹¹ Mesela 1921 Anayasası yumuşak bir anayasadır; diğer kanunların tabi olduğu rejime göre kabul edilmiş (1921), değiştirilmiş (1923) ve kaldırılmıştır (1924).

¹² Mesela 1982 Anayasası Danışma Meclisi ve Milli Güvenlik Konseyi'nden oluşan kurucu meclis tarafından kabul edilmiştir. Daha sonra halkoyuna sunulmuştur.

ilgili değil, iktisatla, maliyeyle, ormancılıkla, kooperatifçilikle, tüketicilerle, esnafla, sanatkârla, tabii servetlerin değerlendirilmesiyle ilgili hükümlerinin bulunması tanımla bağdaşmamaktadır. O halde anayasa başka bir şeydir. Hukuk bilimi, somut etkileri olan kurallar topluluğuna doğru ismi koymalıdır. Bu kelime telaffuz edilince, içindeki yasa kelimesinin etkisiyle akılda ilk beliren anlam, anayasanın salt hukuki bir söz olduğudur. Hâlbuki herkesçe teslim edileceği üzere anayasalar sadece hukuki metinler değildir; aynı zamanda siyasi, iktisadi, toplumsal kurallar topluluğudur. Hukukçu, kavramlar dünyasında salt hukuk tekniği gözlüğünü çıkardıktan sonra hukuk tekniğini de içeren ve tüm hukuk kurallarını yaratan insani gerçeklik gözlüğünü taktığında klasik bir tabirle anayasanın sadece anayasa olmadığı hakikatiyle karşılaşacaktır. Bu durumda anayasanın aslında ne olduğu meselesi ortaya çıkmış demektir. Bunlara ilave olarak, dilbilgisi bakımından 'anayasa' incelenirken, Türk-Osmanlı anayasacılık tarihinde anayasa terimine kadar kullanılan kelimelerin yakından ele alınması gerekir.

"*Kanun-u Esasi*" hukuk düzenimizde anayasa yerine kullanılan ilk deyim olup ilk anayasamızın resmi adıdır. Asla ilişkin kanun, esasla ilgili kanun gibi anlamlara gelmektedir. Tarık Zafer Tunaya'nın not ettiğine göre, Fransızcada anayasa yerine kullanılan sözcük¹³ karşılığı "*kanun-ı esasi*" kelimesinin kullanılmasını ilk defa Sadrazam Mehmet Sait Paşa önermiştir¹⁴. Kanun-u Esasi, anayasaya oldukça yakın bir anlama sahiptir. Dolayısıyla yukarıda anayasa kelimesi tercihinin isabeti noktasında lehe ve aleyhe olarak belirtilen hususlar büyük ölçüde kanun-u esasi ibaresi için de geçerlidir.

"*Teşkilat-ı Esasiye Kanunu*" 1. Meclis'in Kanun-u Esasi'nin yerine vazettiği maddi anayasa olan 1921 Anayasası ile 1924 Anayasasına verilen isimdir. 1921'de Kanun-u Esasi yerine Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ibaresinin kullanılmasının sebebi, bu düzenlemenin açıkça Kanun-u Esasi'yi yürürlükten kaldırmıyor oluşudur. Hâlbuki açıkça belirtilmese de içerdiği hükümler Kanun-u Esasi ile bağdaştırılamayacak düzeyde başkadır. Ayrıca, bu ismin tercih edilmesinde dönemin siyasi koşullarının¹⁵ büyük etkisinin olduğu inkâr edilemez. Belki şartlar uy-

¹³ constitution

¹⁴ Gözler, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, s.132, <http://www.anayasa.gen.tr/metodoloji-3-s-117-196.pdf>, erişim tarihi: 9.3.2011

¹⁵ Bahsi geçen dönem Ankara'da bir meclisin toplanmasıyla birlikte yurdun o zamana kadarki tek yetkili siyasi otoritesi olan İstanbul Hükümetine karşı tavır

gun olsaydı, yine Kanun-u Esasi ismi tercih edilecekti. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu günümüz Türkçesiyle, ana kuruluş kanunu veya temel oluşum kanunu şeklinde ifade edilebilir. Anayasanın tüm özellikleri dikkate alındığında, anayasa yerine kullanılan ifadeler arasında en isabetli olanı kanımızca 'Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'dur. Şöyle ki, anayasanın içerdiği unsurlar en temel ve olmazsa olmaz özellikte bir oluşumu, ilk kuruluşu ortaya koyar. Teşkilat zaten örgüt, kuruluş veya oluşum demektir. Tabi, bu teşkilatı diğer teşkilatlardan, örneğin Milli İstihbarat Teşkilatı'ndan ayırt edecek bir sözcüğe ihtiyaç vardır ki bu 'esasiye'dir. Anayasa şekli açısından bir kanun olduğuna göre 'Teşkilat-ı Esasiye Kanunu' her açıdan kavramı en iyi ifade eden tamlamayı oluşturmaktadır. Nitekim Gözler, konuya ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmaktadır: “*“Teşkilât-ı esâsiyye kanunu”* terimi *“kanun-ı esâsî”* terimine nazaran Fransızca *constitution* kelimesine daha uygundur. O halde, 1920'lerin Türkçesiyle *“teşkilât”*, *constitution* kelimesi için yerinde bir çeviridir. Herhalde bu *“teşkilât”*a, onu özel teşkilâtlardan ayırmak amacıyla ve 1876'nın mirasıyla bir de *“esâsiyye”* sıfatı eklendi. Böylece *“teşkilât-ı esâsiyye”* veya *“esas teşkilât”*, Fransızca *constitution* kelimesinin doğru bir karşılığı olarak dilimize yerleşti. Bugünkü Türkçeyle *“esas teşkilât”*, *“temel kuruluş”*, *“ana kuruluş”* demektir. 1920'lerde *“Teşkilât-ı esâsiyye”* veya *“esas teşkilât”* kelimelerine bir de kanun kelimesini eklemekte bir sakınca görülmemiştir. Böylece esas teşkilatı düzenleyen kanuna da *“teşkilât-ı esâsiyye kanunu”* veya *“esas teşkilât kanunu”* denmiştir. Keza, Fransızcada da *constitution* kelimesi ile kanun anlamına gelen *loi* kelimesinin birlikte, sıfat tamlaması şeklinde kullanıldığı da olur. *Loi constitutionnelle*, anayasal kanun demektir. Bu aslında *“esas teşkilât Kanunu”*ndan başka bir şey değildir.”¹⁶. Yazarın bu değerlendirmesi anayasanın tarihsel yolculuğunu da aydınlatmaktadır.

Anayasa, şimdilik, kavramın tarihsel yolculuğunda aldığı son halidir. “Yasa” kanun demektir. “Ana” ise bilindiği gibi yavruyu doğuran

alınan, yepyeni bir devletin tohumlarının atıldığı, yeni bir devlet rejimine doğru bayrak açmış bir dönemdir. Halk büyük oranda İstanbul Hükümeti'ni, hilafeti ve saltanatı meşru sayıyordu. Nitekim TBMM'ye karşı çıkan ve çıkartılan isyanların sebeplerinin başında kamuoyunun bu eğilimi gelmektedir. TBMM'nin meşruiyet sorunlarıyla karşılaştığı bu dönemde ağızdan açığa Kanun-u Esasi'yi ilga ettiğini ilan etmesi rasyonel olmazdı.

¹⁶ Gözler, op.cit., s.133, <http://www.anayasa.gen.tr/metodoloji-3-s-117-196.pdf>, erişim tarihi: 9.3.2011

dişidir. Bu anlamda “anayasa” “yasaların anası”, yani “yasaların kendisinden doğduğu yasa” anlamına gelmektedir¹⁷. Sözü edilen düşünceye göre kanunlar anayasadan doğmuştur; anayasa olmasaydı kanunlar da olmazdı. Diğer yandan kanunların yasama organının koyduğu kurallar olduğu tezi göz önüne alınırsa, anayasanın kanunların anası olduğu fikri eleştiriye açık hale gelir. Çünkü anayasa hukuku doktrininde yaygın surette kabul görmüş yasama yetkisinin asliliği ve genelliği diye iki kural vardır. Yasama yetkisinin asliliği (ilk-elliği), yasama organının bir konuyu doğrudan doğruya, yani araya herhangi bir işlem girmeksizin düzenleyebilmesi olup yasama yetkisinin genelliği ise kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olduğunu, yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceğini ifade eder¹⁸. Tanımlara bakılırsa, yasama organının hiçbir anayasal organın sahip olmadığı müthiş bir yetkiye, aykırı olmamak şartıyla anayasada düzenlenmemiş konularda dahi kanun çıkarma yetkisine sahip olduğu görülecektir. Böylece anayasa-kanun ilişkisi ile kanun-diğer hukuki işlemler ilişkisi arasında büyük bir fark olduğu kabul edilmiş olacaktır. Diğer hukuki işlemler ‘secundum legem’ koşuluna tabi iken; yasama organının yaptığı norm olan kanun ‘intra legem’dir¹⁹. Dolayısıyla, yeniden anayasaya dönecek olursak, anayasanın yasaların anası olduğu düşüncesini benimsemek güçleşmiştir. Pekâlâ, bazı yasalar anayasadan değil; bizzat ve sadece yasama organının iradesinden doğabilecektir. Buna şu eleştiri getirilebilir: Anayasada önemli konularla ilgili düzenlemeler yer alır; yasama organı anayasaya aykırı kanun yapamayacağına göre, normlar hiyerarşisi kanun-diğer hukuki işlemler arasında olduğu kadar belirgindir. Fakat göz ardı edilmemesi gereken bir kural varsa o da şudur ki, bir normun statüsü tespit edilirken hukuken içerdiği konu değil normun niteliği dikkate alınır.

¹⁷ Gözler, loc.cit., s.134

¹⁸ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 2005, s.191

¹⁹ Özbudun, loc.cit. s.192; ‘Secundum legem’ Latince de ikincil norm, başka bir normdan kaynağını alan norm demektir. Kanun dışındaki hukuki işlemler secundum legem’dir, kanundan doğar. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 115. maddesine göre tüzükler ancak kanunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir. Yine 124. maddeye göre yönetmelikler kanuna aykırı olamaz. Sözleşmeler, tek taraflı işlemler ve genelge, özelge, tebliğ, sirküler vs. düzenleyici işlemler ise evleviyetle kanuna aykırı olamayacaktır. ‘Intra legem’ Latince de kural-ıçer anlamına gelir. Kanunun ‘intra legem’ olması yeterlidir. Yani anayasaya aykırı olmamak dışında kanunu sınırlayan hiçbir şey yoktur.

O halde 'anayasa' teriminin; oluşumu, teşkilatı ifade etme hususunda dilbilgisi bakımından pek isabetli bir tercih olmadığı söylenebilecektir.

"Anayasa", aşağıda daha ayrıntılı ele alındığı gibi, 1924 Teşkilât-ı Esâsiyye Kanunu için 1945-1952 yılları arasında ve 1961 ve 1982 Anayasalarımız için kullanılmıştır. Esen'in²⁰ belirttiğine göre, "anayasa" terimini ülkemizde ilk kullanan, 1930'lu yıllarda Jandarma Subay Okulunda esas teşkilât hukuku dersi okutan Osman Nuri Uman'dır²¹. Uman'ın anayasa terimini kullanmasında dil hassasiyetinin etkili olduğu tahmin edilebilir bir şeydir. Zaten, anayasanın diğer terimlere nazaran en bariz üstünlüğü basit/öz-Türkçe kökenli oluşudur. Yoksa diğer açılardan, seleflerine göre daha zayıf bir kavram olduğunu vurgulamakta sakınca yoktur.

b) Anayasa hukuku terimi

Bir kelime olarak 'anayasa'yı incelerken 'anayasa hukuku' terimine temas etmemek mümkün olmayacaktır. 'Anayasa hukuku' da bir isim tamlamasıdır. Dilbilimsel açıdan incelendiğinde görülecektir ki; isim tamlamalarında asıl ifade edilmek istenen, temel, geniş kavram ikinci sözcükte yer alır. Birinci sözcük ise ikinci sözcüğün bir türünü, dalını veya yönünü oluşturur. İlk sözcük ikinci sözcüğü anlamsal olarak sınırlar, ayrıntılandırır. Hatta ikinci sözcüğün alanı öyle daralır ki, içermesi gereken anlamları da içermeyebilir. İşte 'anayasa hukuku' kavramında böyle bir yanlışlık söz konusudur. Anayasa hukuku ne anlama gelir? Devletin temel organlarını, işleyişini belirten ve fakat aynı zamanda hâlihazırda yürürlükte olan anayasada yazılı kurallar hakkındaki hukuk dalı olduğu hemen zihinlerde belirecektir. Peki, aslında anayasa hukuku kapsamında olması gereken bir müessese, örneğin devlet başkanının suçlandırılması, anayasada yer almıyorsa anayasa hukukunun kapsamında ele alınmayacak mıdır? Şüphesiz şu soruya hayır cevabını vermek gerekir. O halde nazik bir sorun vardır: anayasa hukuku deyimi, aslında içermesi gereken anlamların tümünü bünyesinde barındırmamaktadır! Olması gerekenden daha dar kapsamlıdır. Çünkü "anayasa" önemi haiz olduğu halde bir müessese ya

²⁰ Prof. Dr. Bülent Nuri Esen (1911-1975) Türk hukukçu.

²¹ Gözler, loc.cit., s.133

da bir husus, yürürlükte olan anayasada yer almıyor olabilir. Söz konusu ihtimal her zaman mevcuttur. Bütün bunlar dikkate alındığında doğru ifade ne olmalıydı? Düşüncemize göre, “anayasal hukuk” şeklinde bir sıfat tamlaması, özellikle de yabancı dillerdeki karşılıklarına paralel olarak, daha isabetli olurdu. Nitekim Gözler de, anayasa hukuku terimini eleştirmektedir²². Terimin yabancı dillerdeki karşılıkları ile Türkçeye çevriliş biçimi hakkındaki eleştirilere aşağıda değinilecektir. Şu var ki, ‘anayasa hukuku’nun başlı başına bir kavram ve bir deyim olarak ele alınması başka bir makalenin konusunu oluşturacaktır.

c) Pozitif Hukukta

Osmanlı Devleti’nin son döneminde dahi tedavülde olmayan anayasa sözcüğü, pozitif hukuk bağlamında ilk kez 1945 yılında hukuk dünyamıza girmiştir. 20 Nisan 1924’te çıkarılan, 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, 10 Ocak 1945 tarihli ve 4695 sayılı Kanunla sadeleştirilmiş ve bu haliyle 24.12.1952 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu tarihte 5997 sayılı Kanunla²³ 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu değişiklikleriyle birlikte yeniden yürürlüğe sokulmuştur. Dolayısıyla, 1945-1952 arasında yürürlükte kalan sadeleştirilmiş anayasa, içerik olarak 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile aynı olmakla birlikte, hukuki açıdan (şekli olarak) farklı bir anayasadır.²⁴ Bu yüzden bu anayasanın 1945 Anayasası olarak nitelendirilmesinde sakınca yoktur. Yine 1952’de yeniden yürürlüğe konan önceki metinle birlikte, aslında o dönemde üç adet anayasadan (1924, 1945 ve 1952) söz etmek mümkündür. Pekâlâ, 1945’te neden böyle bir değişikliğe ihtiyaç duyulmuştur? Bu sorunun cevabını bulabilmek için 1945 Anayasasının 104. maddesine bakmak gerekmektedir: “20 Nisan 1340 tarih ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu yerine mana ve kavramda bir değişiklik yapılmaksızın Türkçeleştirilmiş olan bu kanun yürürlüğe konmuştur.”²⁵ Demek ki, ‘teşkilat-ı esasiye’ teriminden ‘anayasa’ya geçişin sebebi içerik değil şekildir; dil konusundaki tutumdur. 1930’lu yıllarda M. Kemal Atatürk tarafından da desteklenen

²² Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, s.12-13

²³ (R.G. 31.12.1952-8297)

²⁴ ATAR, Karşılaştırmalı ve Notlu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar, Mimoza Yayınları, 2008, s.183

²⁵ Loc.cit. s.192

Güneş Dil Teorisiyle özdeşleşen öz-Türkçecilik akımının bir tezahürü olarak böyle bir değişikliğe gidilmiştir. Nitekim 1945 Anayasası 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunuyla birlikte incelendiğinde²⁶, maddelerdeki pek çok kavramın anlam muhafaza edilmek kaydıyla ikame edilerek eş anlamlılarının kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, ilk halindeki "idari dava ve ihtilafları rüyet ve hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun layihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalaa gerek kendi kanunu mahsus ve gerek kavânin-i saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şurayı Devlet teşkil edilecektir yerine "idare davalarına bakmak ve idare uyumsuzluklarını çözmek, hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşünüşünü bildirmek gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla verilecek görevleri yapmak üzere Danıştay kurulur" (m.51), "hâkimiyet bilâkaydüşart milletindir" yerine "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" (m.3), "meclis icra salahiyetini kendi tarafından müntehap Reiscumhur ve onun tayin edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder" yerine "meclis yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanır" (m.7) ibareleri dil bakımından yapılan değişikliklerin "anayasa"ya özgü olmadığını göstermektedir. Fakat Gözler, sadeleştirme ile elde edilen metin ile ilk metin arasında örneğin 59. maddeye ilişkin farklı şekilde yorumlanabilecek kelime farklılıklarının olduğunu belirterek, bunun hukuk tekniği bakımından zararlı sonuçlara yol açabileceğini ifade etmektedir.²⁷

Anayasa kelimesinin Türk hukukuna ilk defa ne şekilde girdiğini inceledikten sonra, 'anayasa' yerine daha önceden hangi terimlerin kullanıldığına bakmakta fayda vardır. Osmanlı-Türk anayasacılık tarihi, bütünlüğünden kuşku duyulamayacak bir kitabın başlığını oluşturabildiğine göre²⁸, anayasanın geçmişini araştırırken Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki anayasal isimlendirmeleri ele almanın mahzuru olmayacaktır.

1876, ilk Osmanlı-Türk anayasasının ilan edildiği yıldır. 1876 Anayasası, "Cemiyet-i Mahsusa" adını taşıyan bir kurulca Belçika, Polonya ve Prusya anayasalarından yararlanılarak hazırlanmış ve Mithat

²⁶ Loc.cit. s.169-192

²⁷ Gözler, Kemal, "1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu", www.anayasa.gen.tr/tek-1924.htm; (erişim tarihi: 4.3.2011)

²⁸ Bkz. TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 1992

Paşa başkanlığındaki Heyet-i Vükela'dan da geçtikten sonra 23 Aralık 1876'da Padişah İkinci Abdülhamit tarafından 'ferman' biçiminde ilan edilmiştir.²⁹ Resmi adı "*Kanun-u Esasi*"dir. İkinci anayasa, yalnız yirmi dört maddeden oluşmakla birlikte içerdiği hükümler itibariyle kaçınılmaz şekilde "*anayasa*" olarak nitelendirilen Teşkilat-ı Esasiye Kanunudur³⁰. Üçüncü anayasa, yukarıda değinildiği üzere 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, dördüncüsü 1945 Anayasa'sı, dördüncüsü 1952 yılında kabul edilen Teşkilat-ı Esasiye Kanunudur. Beşinci anayasa, 9 Temmuz 1961'de halkoyunca kabul edilmiş Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'dır³¹. Ve sonuncusu 7 Kasım 1982'de halkoylamasıyla kabul edilmiş, (1982 Anayasası olarak adlandırılan) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'dır³².

Bu noktada genel olarak Osmanlı-Türk anayasalarına bakıldığında; sırasıyla Kanun-u Esasi, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Anayasa, (yeniden) Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve nihayet Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ibarelerinin kullanıldığı, kelime tercihinde bir yeknesaklık olmadığı görülmektedir. 1961 yılından sonra ise "*anayasa*" deyimini pozitif hukuk bağlamında süreklilik kazanmıştır.

d) Genel Kullanım ve Doktrinde

Türkiye'de hukuk fakültelerinde, anayasal konularla ilgili çalışma yapan kürsünün adı uzun yıllar boyunca esas teşkilat hukuku kürsüsü olarak anılmıştır. Mesela Cumhuriyetin ilk hukukçularından olan Tarık Zafer Tunaya, akademik hayatına "*esas teşkilat*" kürsüsünde başlamıştır. Yine hukukçulardan Ali Fuat Başgil³³, İstanbul Üniversitesinde uzun yıllar "*Teşkilat-ı Esasiye Hukuku*" dersleri vermiş, 1933-1934 yılında, İstanbul Üniversitesi'nin yeniden yapılandırılması sırasında, bu üniversitenin Hukuk Fakültesi'nde, "*Esasiye Hukuku Profesörlüğü*"ne tayin edilmiştir. Başgil, 1934 yılında üç cilt olarak "*Esas Teşkilat Huku-*

²⁹ ATAR, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 2009, s.20

³⁰ 20 Ocak 1337 (1921)'de kabul edilip 1-7 Şubat tarihleri arasında Ceride-i Resmîye'de yayımlanmıştır.

³¹ ATAR, op.cit, s. 109; 20 Temmuz 1961'de Resmi Gazetede 334 sayılı kanun olarak yayımlanmıştır.

³² Loc.cit. s.1

³³ Prof. Dr. Ali Fuat Başgil, (d. 1893 - ö. 1967 İstanbul), Türk Hukukçu ve Siyaset Adamı

ku Dersleri" adlı kitabını yayınlamıştır³⁴. 1938'de Vasfi Raşid Seviğ³⁵, "Türkiye Cumhuriyeti Teşkilat-ı Esasiye Hukuku" kitabını yayınlamıştır³⁶. 1949 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi "Teşkilatı Esasiye Hukuku Profesörü" Hüseyin Nail Kubalı'nın³⁷ yaşamı boyunca kaleme aldığı kitapların isimlerindeki değişim, Türk hukuk doktrinindeki 'anayasa' kavramına ilişkin zaman içinde değişen tercihleri göstermesi bakımından oldukça dikkat çekicidir. Kubalı, sırasıyla 1943'te "Esas Teşkilat Hukuk Dersleri", 1946'da "Devlet Ana Hukuk Dersleri", 1960'ta "Türk Esas Teşkilat Hukuk Dersleri", 1965'te "Anayasa Hukuku-Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler" eserlerini yayınlamıştır. H. G. Forder'ın kitabı Türkçeye çevrilirken "Teşkilatı Esasiye Hukuku" başlığı tercih edilmiştir³⁸.

'Anayasa' kelimesi yerine en ilginç kullanımlardan biri Cem Eroğul'a³⁹ aittir. Eroğul'un eseri "Anatüzeye Giriş" adını taşımaktadır. Yazar, "Ana" sözcüğünü "esas" yerine, tüze sözcüğünü ise "hukuk" yerine kullanmak suretiyle "esas hukuk" deyiminin ikamesini "anatüze" olarak kabul etmiştir. Bu seçimde öz-Türkçecilik düşüncesinin rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yazar İlhan Arsel'e göre anayasa hukuku isabetli bir deyimdir. "anayasa tabirini Ali Fuat Başgil'in yaptığı gibi "ana" ve "yasa" şeklinde iki ayrı kelimedenden oluşmuş bir terkip olarak değil de, her iki kelimenin meydana getirdiği, bir tek terkip şeklinde, yani "esas teşkilât" manasına gelecek olan "anayasa" şeklinde kabul etmek gerekir⁴⁰. Bir açıdan bakıldığında bileşik kelimeler genellikle kendini oluşturan sözcüklerden bir nebze etkilenmekle birlikte, daha farklı bir anlama gelebilir. Filolojik açıdan bu tuhaf bir durum olmasa gerekir. Dalgakıran kelimesinin dalga ve kıran'dan başka bir anlama gelmesi gibi.

³⁴ TBMM Kütüphanesi, Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İnkılap Kitabevi, http://kutuphane.tbmm.gov.tr/cgi-bin/koha/opac-search.pl?op=do_search&number_of_results=10&startfrom=11&kohafield=author&field_value=Ba%20C5%9Fgil,%20Ali%20Fuat&pg=2&serverid=-1&reorder=, erişim tarihi: 8.3.2011

³⁵ Prof. Dr. Vasfi Raşid Seviğ, ö. 1971, Türk hukukçu ve siyasetçi

³⁶ Vasfi Raşid Seviğ, "Türkiye Cumhuriyeti Teşkilat-ı Esasiye Hukuku, 1938, Ankara, Ulus Basımevi, <http://www.nadirkitap.com/t-c-teskilati-esasiye-hukuku-cild-i-kitap798069.html>, erişim tarihi: 8.3.2011

³⁷ Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı (d. 1903, ö. 1981), Türk hukukçu, öğretim üyesi.

³⁸ Güneş Vakfı İlim Kültür ve Sanat Merkezi Kütüphanesi, <http://www.gunesvakfi.org/kutuphane/t.htm>, erişim tarihi: 8.3.2011

³⁹ Cem Eroğul, (d. 1944, İzmir), Türk hukukçu

⁴⁰ İlhan Arsel, Anayasa Hukuku: Demokrasi, Doğu Matbaacılık, 1964, s.5

1930'lu yıllarda Jandarma Subay Okulunda esas teşkilât hukuku dersi okutan Osman Nuri Uman'ın Esasiye Hukuku (Ankara, 1939) isimli bir kitabı vardır. Kitap alt başlık olarak "*Ana Yasa Hukuku*" başlığını taşımaktadır. Uman'dan sonra, kitabına Anayasa Hukuku başlığını veren ikinci yazar, Bülent Nuri Esen'dir. Yazar 1945 yılında yayınlanan kitabına Anayasa Hukuku ismini vermiştir. Esen'den sonra bu terimi, kitabına isim olarak kullanan yazar Sadık Tüzel olmuştur. Sadık Tüzel'in Anayasa Hukuku isimli kitabı 1950, 1960 ve 1969'da olmak üzere toplam üç baskı yapmıştır. 1960'lardan itibaren, Orhan Melih Kürkçüer, Selçuk Özçelik ve Kemal Dal dışında, bütün yazarlar anayasa hukuku terimini kullanmışlardır ve kullanmaktadırlar. Anayasa hukuku teriminin günümüzde büyük ölçüde yerleştiğini ve genel kabul gördüğünü söyleyebiliriz⁴¹.

3. YABANCI DİLLERDE ANAYASA

A. Genel Olarak

Etimolojinin verimli bahçesine girmek, anayasayı anlamanın yollarını zenginleştirecektir. Zaten Türkiye'de anayasa hareketlerinin başlaması, anayasa müessesesinin kurulması, anayasal kurumların ve kavramların oturması kendiliğinden değil, Avrupa'daki gelişmeler sayesinde olmuştur. Anayasa'nın yabancı dillerde, özellikle Avrupa dillerindeki kullanımlarının araştırılması, bir kelime olarak anayasayı açığa kavuşturabilmek için hayati bir ihtiyaçtır.

Sadece anayasa hukukunda veya genel olarak hukuk alanında değil, hemen tüm bilim dallarında Batı dillerinin ezici bir üstünlüğü vardır. Çoğu dil, sürekli gelişen bilimlerin ürettiği terimlere yeni karşılıklar bulmaya çalışmakta, bu konuda yeterince başarılı olamadığı durumlarda o terimi aynen veya ufak değişikliklerle bünyesine almaktadır. Batı dilleri arasında, bilim dili haline gelen, anayasa kelimesine ışık tutmaya en muktedir olanı İngilizcedir ve "*Yabancı Dillerde Anayasa*" bölümünde daha ziyade bu dil esas alınmıştır. Fakat İngilizceyle yakın etkileşim içinde olan diğer Avrupa dilleri ile bazı Doğu ülkelerinde kullanılan dillerdeki kelimeler, özgün alfabeleriyle yazılmış metinler aracılığıyla incelenmeye çalışılmıştır. Anayasa'nın yabancı dillerde,

⁴¹ Gözler, op.cit., Anayasa Hukukunun Metodolojisi, s.137, erişim tarihi: 9.3.2011

özellikle Avrupa dillerindeki kullanımlarının araştırılması, bir kelime olarak anayasayı açığa kavuşturabilmek için hayati bir ihtiyaçtır.

B. Yabancı Dillerde “Anayasa”

Anayasa yerine İngilizcede ve Fransızcada *constitution*⁴² kelimesi kullanılırken, İtalyancada *costituzione*, İspanyolcada *constitución* aynı anlamı taşır. Bu kelime sadece batıda değil bazı doğu dillerine de geçmiştir. Mesela Azericede *konstitusiya*, Endonezya dilinde *konstitusi* olarak kullanılır. Görüleceği üzere kelime kökeni ortaktır. Batı dillerindeki pek çok sözcük gibi bunun kökeni de Latin diline uzanır.

Diğer yandan birtakım dillerde anayasa farklı kökenden gelme kelimelerle ifade edilmektedir. Arapçada *düstur*⁴³, Almancada *verfassung*, Felemenkçede *grondwet*, Rusçada *конституция*⁴⁴ anayasa anlamına gelir. Farsçada anayasa yerine kullanılan tabir çok ilginç ve bir o kadar tanıdık: kanunuesası⁴⁵ İranlıların halen kullandığı bu sözcük, 1876'da yürürlüğe giren ilk Türk-Osmanlı anayasasının resmi adıdır. Yunancada anayasa, *syntagma* olarak ifade edilir⁴⁶.

Çağdaş Latince anayasa *constitutio* sözcüğüyle karşlanır. Gözler, Paul Bastid'in Anayasa Düşüncesi adlı kitabına atıfta bulunarak; Latince bir *constitutio* kelimesi olduğunu, ancak bu kelimenin devletin temel kuruluşunu değil, imparatorun özel bir işlemini, emirnamelerini ifade ettiğini yazmaktadır⁴⁷.

⁴² Anayasa kelimesi yerine hem İngilizcede hem Fransızcada 'constitution' sözcüğü kullanılsa da okunuşları farklıdır. Oxford Dictionaries Online'a göre İngiliz dilinde "kɒnstɪˈtʃuːʃ(ə)n" (yaklaşık olarak Türkçede 'konstitüşın') şeklinde okunur. Lexilogos Dictionnaire Française'e göre Fransız dilinde *constitution* feminen bir kelimedir; (yaklaşık olarak Türkçede 'konstitüşyon') şeklinde okunur. http://oxforddictionaries.com/definition/constitution?rkey=qCh1A1&result=1#m_en_gb0174060, <http://www.cnrtl.fr/definition/constitution>, erişim tarihi: 10.3.2011

⁴³ Anayasa kelime çeviri araması, <http://www.etranslator.ro/tr/turkce-arapca-online-sozluk.php>, erişim tarihi: 10.3.2011

⁴⁴ loc.cit., erişim tarihi: 10.3.2011

⁴⁵ Anayasa kelime çeviri araması, <http://www.etranslator.ro/tr/turkce-farsca-online-sozluk.php>, erişim tarihi: 10.3.2011

⁴⁶ Yunan anayasası: "Ελλάδα Σύνταγμα": Yunan Syntagması, <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/8c3e9046-78fb-48f4-bd82-bbba28ca1ef5/SYNTAGMA.pdf>; <http://www.eurofound.europa.eu/emire/GREECE/CONSTITUTION-GR.htm>, erişim tarihi: 11.3.2011

⁴⁷ Gözler, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Ekin Kitabevi, 1999, s.130, aktarma: Paul Bastid, L'idée de constitution, Paris, Economica, Coll. "Classique", 1985, s.12

Yabancı dillerde anayasa yerine kullanılan kelimelerden ilk incelenmesi gereken *constitution*, İngilizce bir söz varlığı olarak, *to constitute* fiili ve “-ion”⁴⁸ ekinin birleşmesinden meydana gelmiştir. *To constitute* için sözlüğe bakıldığında, bir bütünün parçası olmak, istenen bir nisabı sağlamak, eşdeğerini sağlamak, ikame etmek, bir kuruma yasal veya anayasal şekil vermek gibi anlamları olduğu görülmektedir⁴⁹. Ayrıca kelimenin orta-geç dönemde İngilizceye girdiği, kökünün Latince kurulmak, atanmak, belirlenmek anlamlarına gelen *constitut* sözcüğü olduğu; hatta *con* sözünün ‘birlikte’, *statuere* sözünün ‘tesis etmek’, ‘kurmak’ anlamına geldiği açıklanmaktadır⁵⁰. Dolayısıyla Latincedeki bileşik kelimenin ‘birlikte kurmak’ demek olduğu ortaya çıkmaktadır. İngilizcede ayrıca aynı kökten gelen başka bir kelime vardır: *constituent*. Bu kelime ‘kurucu’, ‘inşai’ anlamına gelerek siyasi, diplomatik kullanıma sahip olmakta⁵¹ ve böylelikle *constitution*’ın ‘birlikte kurulan şey’ anlamıyla oldukça örtüşen bir tablo oluşturmaktadır.

Yazılı, daha doğrusu kodifiye bir anayasaya sahip olmayan İngiltere’de, anayasal nitelikteki kuralların bütünü literatürde “anayasa” (*constitution*) olarak anılmaktadır. İngiltere’de yakın zamanda önerilen üç kodifiye anayasa taslağından ikisinin “Birleşik Krallık Anayasası”, birinin ise “Britanya Devletler Topluluğu Kanunu” (*The Commonwealth of Britain Act 1991*) olarak adlandırıldığını görmekteyiz⁵².

Anayasa ile kanun arasındaki ilişkiye bu defa etimolojik açıdan bakıldığında *constitution* ile *law* arasındaki bağlantıyla karşılaştırılması gerekliliği doğar. Amerikan Anayasasıyla ilgili kaynaklar anayasayı üst-kanun (*supreme law*) olarak nitelendirir. Normlar hiyerarşisi

⁴⁸ İsim yapan ek.

⁴⁹ Oxford Dictionaries Online, http://oxforddictionaries.com/view/entry/m_en_gb0174050#m_en_gb0174050, erişim tarihi: 10.3.2011, be (a part) of a whole, combine to form (a whole), be or be equivalent to (something), give legal or constitutional form to (an institution); establish by law

⁵⁰ Loc.cit.

⁵¹ “*Constituent*”, federal devleti oluşturan federe devletler için kullanıldığı gibi, uluslar arası bir örgütü kuran ülkelerin taşıdığı sıfat özelliği de göstermektedir.

⁵² Atar, op.cit. Türk Anayasa Hukuku, s.3; Bunlardan, liberal demokratların önerdiği taslak “*A Draft Written Constitution for the United Kingdom*”; IPRP tarafından hazırlanan taslak ise “*The Constitution of United Kingdom*” başlığını taşımaktadır. (Brazier, Rodney: “*Enacting a Constitution*”, *Statute Law Review*, Vol. 13, No: 2, 1992, s.115)

kuramını teyit eden bu yaklaşım, anayasayı, yüksek mahkemelerce üst-kanun'a uygunluk denetiminin yapılmasının zorunluluk haline gelerek yaygınlık kazandığı çağdaş dünyada, hak ettiği yerine oturtmaktadır.

"*Kilise hukuku*" olarak Türkçede ifade edilebilen *Canon Law* sisteminde constitution'un bahsetmeye değer, özel bir kullanımı vardır. *Canon Law*'ya İslam Hukukundaki *fıkıh* alanının Katolik Kilisesi ve Hıristiyanlıktaki eşdeğeridir dense yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla kilise kudretinin yarattığı ve benimsediği düzenlemelerin bütününe verilen addır. İşte *Canon Law*'da Papanın yayınladığı fermana apostolic constitution denir. *Apostolic constitution*'ın çoğul formda, *apostolic constitutions* şeklinde kullanıldığı da görülmektedir⁵³. *Apostolic*, "*havarilere dair*" demektir⁵⁴. *Constitution*'un bu bağlamdaki anlamının 'öğretti' ya da 'prensipler' olduğu dile getirilebilir. Görülen o ki, kelimenin, çağdaş İngiliz dilinde doldurduğu boşlukla yakından bağlantılıdır.

Constitution sözcüğüyle ilgili değinilmesi gereken bir mesele varsa o da şudur ki, Aristoteles'in *Athenaion Politeia* adlı kitabı İngilizce genellikle *The Constitution of the Athenians* ya da *The Athenian Constitution* şeklinde çevrilmiş⁵⁵; böylece *politeia*, çağdaş İngilizceye *constitution* olarak aktarılmıştır. *Athenaion Politeia*, Türkçede daha ziyade Atinalıların Devleti olarak tercüme edilmiştir. *Athenaion* sözcüğü 'Atinalıların' demektir, burada ihtilaf yoktur. Sorun, *politeia*'nın ne ile karşılanacağıdır. *Politeia* anayasa mıdır, devlet midir, yoksa bir "*vatandaş hakları bildirgesi*" midir? Kesin bir biçimde cevaplanamayacak bu soruya karşı en başta şu söylenebilir: *politeia*, Yunancada 'şehir devleti' demek olan *polis* kelimesinden türemiştir. Aristoteles'in dönemindeki Yunancaya göre, *politeia*, 'yurttaş ya da yurttaşlık hakları ve şartları' demektir ve Latince *civitas*'ın bir benzeridir⁵⁶. Ötel yandan Aristoteles'in yönetim

⁵³ Encyclopedia Britannica Dictionary, "*apostolic constitutions (ecclesiastical law)*" başlığı, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/30274/Apostolic-Constitutions>, erişim tarihi: 11.3.2011

⁵⁴ Loc.cit. "*apostolic*" başlığı, erişim tarihi: 11.3.2011

⁵⁵ Frederic G. Kenyon, *The Athenian Constitution*, Penguin Classics, 2002; Hartvig Frisc, *The Constitution of the Athenians. a Philological-Historical Analysis of Pseudo Xenophon's Treatise De re Publica Atheniensium*, Gyldendal Norsk Forlag Publishing, 1942; http://www.amazon.com/s/ref=nb_sb_noss?url=search-alias%3Dstripbooks&field-keywords=Constitution+of+the+Athenians&x=0&y=0, erişim tarihi: 11.3.2011

⁵⁶ H.G. Liddell and R. Scott, *Greek-English Lexicon* With a Revised Supplement,

biçimlerini sınıflandırdığı, bunlar arasında *politeia*'yı "*iyi halk yönetimi türü*" olarak kabul ettiği de bilinmektedir. Bu durumda *politeia*'nın anlamı 'demokrasi'ye eğilim göstermiş olur. *Constitution* ile ilintisi muhakkak olan bu kelimenin tanımını temkinli şekilde yapmak gerekirse, *politeia*, yurttaşların hakları ve sorumlulukları ile devletin özdeşleştiği bir siyasi düzendeki anayasadır. Kanaatimizce, Aristoteles, Jean Jacques Rousseau'dan iki bin yıl önce, bir toplumu oluşturan insanların bir araya gelip yaptıkları, bağlanacaklarını taahhüt ettikleri, tüm esaslı hak ve yükümlülükleri içeren kurallar bütünü olarak "*toplumsal sözleşme*"⁵⁷ye çok isabetli *politeia* adını koymuştur. *Constitution*'ın değinilen köken bilgileri sayesinde *politeia*'yı başarıyla karşıladığını söyleyebiliriz. Bu durumda *constitution* teriminin *Athenaion Politeia* kitabının İngilizceye çevrilirken *The Constitution of the Athenians* deyişinin tercih edilmesinin haklılığı ortaya çıkmıştır. *Constitution*'ın yeri geldikçe 'devlet', 'şehir devleti', 'toplumsal sözleşme' ibareleri için kullanılması yanlış değildir.

Fransızcadaki *constitution* kelimesi *constituer* fiilinden türemiş bir isimdir. *Constituer* fiili ise "*oluşturmak, teşkil etmek, meydana getirmek, kurmak, tesis etmek*" anlamlarına gelmektedir⁵⁸. O halde *constitution*'u "*oluşum*", "*kuruluş*" olarak Türkçeye çevirebiliriz. Petit Robert de *constitution* için (genel anlamda) şu üç açıklamayı yapmaktadır: (1) Kurma eylemi (action d'établir); (2) Bir şeyin oluşum tarzı (manière dont une chose est composée); (3) Bir bütünü oluşturma eylemi (action de constituer un ensemble)⁵⁹. "*Teşkilat-ı esasiye*"nin, "*kanun-u esasi*"nin yukarıdaki dilbilimsel incelemesindeki mânâları göz önünde tutulduğunda Fransızcadaki karşılığına hemen hemen eşdeğer olduğu; fakat 'kanun' ibaresini içermesine yönelik eleştiriler neticesinde "*teşkilat-ı esasiye*"nin *constitution*'u daha iyi karşıladığı kanaatini taşıyoruz. Gözler'e göre de "*Teşkilât-ı esâsiyye kanunu*" terimi "*kanun-ı esâsî*" terimine nazaran Fransızca *constitution* kelimesine daha uygundur. Yukarıda *constitution*'un "*oluşum, kuruluş*" anlamına geldiğini belirt-

57 Clarendon Pres-Oxford, 1996, "*politeia*" başlığı J.J. Rouessau "*contrat social*" demektir. Filozof, "*Du contrat social ou Principes du droit politique*" kitabını 1762'de yayınlamıştır.

58 Tahsin Saraç, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Adam Yayıncılık, 1999, "*constituer*" maddesi

59 Gözler, op.cit. s.132;

miştik. O halde, 1920'lerin Türkçesiyle "teşkilât", constitution kelimesi için yerinde bir çeviridir."⁶⁰ demekte ve şöyle devam etmektedir: "Böylece "teşkilât-ı esâsiyye" veya "esas teşkilât", Fransızca *constitution* kelimesinin doğru bir karşılığı olarak dilimize yerleşti. Bugünkü Türkçeyle "esas teşkilât", "temel kuruluş", "ana kuruluş" demektir. 1920'lerde "Teşkilât-ı esasiye" veya "esas teşkilât" kelimelerine bir de kanun kelimesini eklemekte bir sakınca görülmemiştir. Böylece esas teşkilatı düzenleyen kanuna da "teşkilât-ı esasiye kanunu" veya "esas teşkilât kanunu" denmişti. Keza, Fransızcada da *constitution* kelimesi ile kanun anlamına gelen *loi* kelimesinin birlikte, sıfat tamlaması şeklinde kullanıldığı da olur. *Loi constitutionnelle*, anayasal kanun demektir. Bu aslında "esas teşkilât kanunu"ndan başka bir şey değildir."⁶¹

Verfassung, Bealingus Online Dictionary'e göre isimdir; devlet, durum, değişiklik, sözleşme, oluşturma, düzen, gidişat gibi anlamları taşımaktadır⁶². Bu kelimenin İngilizcedeki *fountain* sözcüğüne tekabül eden kaynak, pınar gibi bir anlamı da mevcuttur. *Verfassung*'un söz konusu anlamı etimolojik açıdan değerlidir; şöyle ki, anayasanın 'norm' yönüne değil de (esas) 'teşkilat' yanını gözler önüne sermektedir. Kelimenin içinde kısmen yer alan, ortak kökenli bir başka sözcük olan *verfasser* bir fiildir ve Almanca yaratmak, yazmak demektir⁶³. Doğrusu Almanda *konstitution* diye bir sözcük daha vardır ve kolaylıkla tahmin edilebileceği gibi *constitution* ile aynı kaynaktan filizlenmiştir. *Konstitution*, anayasayla eş anlamlı olduğu gibi, fitopatolojide fizyolojik yapı ve kalıtsal özellik demektir. *Konstitution*'un dünya dillerinde ve özellikle Batıdaki benzerlerinin yaygınlığına rağmen, Almanda gerek günlük kullanımda⁶⁴ gerekse doktrinde⁶⁵ anayasa için *verfassung* terimi yerleşmiştir. Almanya'nın geçmişinde başka farklı terimlerin

⁶⁰ Gözler, op.cit. s.133

⁶¹ Gözler, op.cit. s.133

⁶² Bealingus Online Dictionary, German-English, "verfassung" başlığı; ilaveten "state", "condition", "amendment", "charter", "make-up", "trim", "fettle" karşılıkları, <http://dict.tu-chemnitz.de/dings.cgi?lang=en&service=deen&opterrors=0&optpro=0&query=verfassung&iservice=&comment=&email=>, erişim tarihi: 10.3.2011

⁶³ Loc.cit.

⁶⁴ Bkz: <http://de.wikipedia.org/wiki/Verfassung>

⁶⁵ Bkz: Peter Häberle: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Auflage, Duncker und Humblot, Berlin 1998; Robert Chr. van Ooyen: *Politik und Verfassung*, VS-Verlag, Wiesbaden 2006; Ernst Rudolf Huber: *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*. 5 Bde., Stuttgart, Berlin, Köln 1978-1997

kullanıldığı da görülmektedir. 1949'da Batı Almanya için kabul edilen anayasa, yapımcıları tarafından, 'anayasa' adının ileride "Birleşik (Tek) Almanya" anayasası için kullanılması düşüncesiyle, "Temel Kanun" (Grundgesetz) olarak adlandırmıştır⁶⁶.

Anayasanın yabancı dillerdeki karşılıklarına anlamsal olarak en paralel örneklerinden biri de Felemenkçedeki *grondwet* sözüdür. *Grondwet* bu dildeki *grond* ve *wet* sözcüklerinden oluşur. *Grond*, Felemenkçede zemin, temel, dip, garanti, sebep, durum, hak, yetki gibi anlamlara gelmektedir⁶⁷. *Wet* ise kanun, hukuk, akit, yasallaştırma demektir⁶⁸. O halde *grondwet* temel kanun, hak sözleşmesi, yetki kanunu gibi anayasanın tarihsel temelleriyle uyum içinde olan ve buna ek olarak Türkçedeki karşılığı anayasa ile simetri oluşturan bir anlamı ihtiva etmektedir.

Arapçadaki *düstur* sözüne gelince; zaten Türkçede de yaşayan, 1. Genel kural. 2. Yasaları içine alan kitap⁶⁹ şeklinde iki önde gelen anlama sahip ve tabii ki Arapça kökenli bir sözcük olduğu görülmektedir. Buna ilave olarak *düstur*, Resmi Gazetenin yayınlanış şeklini, tertip, cilt ve sayfasını ve böylece yayınlanan bir kanun, genelge ya da ilanın gazete içindeki yerini gösteren bilgiyi ifade eder⁷⁰. Yine de *düsturun* Arapçada anayasa yerine kullanılması enteresandır.

Nihayet, İran dilindeki *kanunuesasî* terimine geldiğimizde yukarıda ilk anayasa olan 1876 Kanun-u Esasi hakkındaki açıklamaların bunun içinde geçerli olduğunu söylemekte sakınca yoktur. 'Kanun' ve 'esasi' kelimeleri Arapça kökenlidir; Türkçeye geçtiği gibi Farsçaya da geçmiştir. *Kanunuesasî*'nin İran dilinde anayasa anlamında kullanılması, bu diller arasındaki söz varlığı alışverişinin günlük kelimelerle sınırlı kalmadığını, hukuk terimlerini kapsayacak ölçüde büyük olduğuna işaret etmektedir.

⁶⁶ Atar, op.cit., Türk Anayasa Hukuku, s.3

⁶⁷ Ectaco Dutch-English Online Dictionary, "grond" araması, http://online.ectaco.co.uk/main.jsp?do=e-services-dictionaries-word_translate1&direction=1&status=translate&lang1=40&lang2=en&source=wet, erişim tarihi: 10.3.2011

⁶⁸ Loc.cit., erişim tarihi: 10.3.2011

⁶⁹ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, op.cit., "düstur" başlığı, erişim tarihi: 11.3.2011

⁷⁰ Örneğin, yürürlükte olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hakkındaki kanunun Resmi Gazetede ki künyesi şöyledir: 9.11.1982-17863; **Düstur**: Tertip: 5, Cilt: 22, Sayfa: 3

C. Yabancı Dillerde “Anayasa Hukuku”

Bir kelime olarak anayasanın işgal ettiği anlam boşluğunu bütün olarak keşfedebilmek için bu kelimenin içinde yer aldığı en yaygın kalıp olan “*anayasa hukuku*”nun başka ülkelerdeki kullanım şekillerine bakmak gerekir. Anayasanın içinde bulunduğu diğer kullanımlar aşağıda ayrıca değerlendirilecektir. Bu kısımda asıl konu olan bir kelime olarak anayasadan sapmama duyarlılığıyla, yabancı dillerde anayasa hukuku terimi kısaca ele alınacaktır.

İngilizcede anayasa hukuku terimini karşılamak için *constitutional charter*, *fundamental law*, *ground law*, *organic law*, *paramount law* gibi deyişlerin kullanıldığı olmuştur da ezici çoğunlukla *constitutional law* kullanılmaktadır. Terim, bilimsel çalışmalarda genellikle bu şekilde kullanılmaktadır⁷¹. *Law* kelimesi isimdir. İngilizcedeki *-al* iki isimden sıfat yapan bir ektir. Dolayısıyla terimdeki *constitutional* kelimesi ismi niteleyen bir sıfattır. O halde *constitutional law* Türkçedeki kullanımından farklı olarak *anayasa hukuku* değil, *anayasal hukuk* demektir. İngilizcedeki diğer hukuk dalları da çoğunlukla yine bu şekilde oluşturulan sıfat tamlamalarıyla adlandırılmaktadır⁷². Dolayısıyla İngilizcedeki bilimsel hukuk eserlerinde bütünlük ve tutarlılık olduğu da söyleneceklere ilave edilebilir. Bu terimin dilbilimsel yapısıyla ilgili olarak “*Türkçede Anayasa*” bölümünde *anayasal hukuk* tabirinin, hâlihazırda kullanılan terime göre daha isabetli olduğunu düşündüğümüzü belirtmiştik.

Fransızcada anayasa hukuku yerine *droit constitutionnel* yerleşik bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dildeki bilimsel çalışmalar-

⁷¹ Bu tür bilimsel eserlerden başlıcaları şunlardır: NOWAK (John), ROTUNDA (Ronald D.) ve NOWAK (John E.), *Constitutional Law* (Hornbook Series), St. Paul, Minn., West Publishing Co., Yedinci Baskı, 2004, 1652 s. STEPHENS (Otis H.) SCHEB (John M.), *American Constitutional Law*, Belmont, CA, Wadsworth Publishing, 3. Baskı, 2002, 960 s., SHANOR (Charles), *American Constitutional Law: Structure and Reconstruction; Cases, Notes and Problems*, St. Paul, MN, ThomsonWest, İkinci Baskı, 2003, 896 s. MASSEY (Calvin R.), *American Constitutional Law: Powers and Liberties*, Gaithersburg, MD., Aspen Law Publishers, İkinci Baskı, 2005, 1280 s. TRIBE (Laurence H.), *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2000, c.I, 1470 s., BARNETT (Hilaire A.), *Constitutional and Administrative Law*, London, Cavendish Publishing Ltd., Beşinci Baskı, 2004, 870 s. (Gözler, op.cit., *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, s.7-8., <http://www.anayasa.gen.tr/ahgeg.pdf>, erişim tarihi: 14.3.2011)

⁷² Birkaç örnek vermek gerekirse; medeni hukuk *civil law*, rekabet hukuku *competitive law*, ceza hukuku *criminal law* sıfat tamlamalarıyla ifade edilir.

da da kullanım bu biçimdedir⁷³. Bu terim sıfat tamlaması şeklindedir. *Droit "hukuk"* demektir. *Constitutionnel* ise yukarıda anlamını açıklanan *constitution* isminin sıfat halidir⁷⁴. Fransız dilindeki kullanım, İngilizcedekine paraleldir.

Almancada anayasa hukuku yerine *staatsrecht* terimi kullanılmaktadır. *Staats* devlet, *recht* ise hak, hukuk anlamına gelir. *Recht*'in *staatsrecht*'teki anlamının hukuk olduğu kolaylıkla söylenebilir. *Staatsrecht* terimi dilimize "*devlet hukuku*" olarak çevrilmesi eleştirilse ve *staat*'ın burada anayasa anlamında olduğu iddiasına katılmak zordur. Çünkü Almancadaki *staat*, İngilizcede devlet anlamında kullanılan *state* ve İspanyolcada yine devlet demek olan *estado* ile aynı kökten gelmektedir. Dolayısıyla bu kelimenin anlamını 'anayasa'ya doğru çekmek gerçekçi olmayacaktır. Diğer dillerde, örneğin İngilizcede *constitution* sözcüğünün *constitutional law* teriminin içinde yer alması gibi, anayasa sözcüğü, 'anayasa hukuku' teriminin içinde bir şekilde geçse de, Almancada bu böyle değildir. Yine de teknik anlamda, Almancada anayasa hukuku yerine kullanılarak yerleşmiş *staatsrecht* dışında başka bir terim olmadığı için bu deyişi devlet hukuku olarak değil 'anayasa hukuku' anlamında saymak gerekmektedir.

Arapçada kullanılmakta olan terim, dikkate değerdir. Bu dilde anayasa hukuku, *kanun-u düsturi*⁷⁵ ibaresi ile karşılanmaktadır. Arapçada kelimenin sonuna gelen -i sesi⁷⁶ sıfat yapan bir ektir. Yabancı Dillerde "*Anayasa*" kısmında değinildiği üzere bu dilde anayasa yerine *düstur* sözcüğü kullanılmaktadır. Arapçada *kanun* parlamentonun

⁷³ Bu tür bilimsel eserlerden başlıcaları şunlardır: CONSTANTINESCO (Vlad) ve PIERRÉ-CAPS (Stéphane), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, Themis droit public, 2004, 586 s.; FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Sekizinci Baskı, 2005, 941 s. FRANCK (Claude), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. Themis, 2001, 512 s.; GICQUEL (Jean) ve GICQUEL (Jean-Eric) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 22. Baskı, 2005, 709 s. HAMON (Francis) ve TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Yirmidokuzuncu Baskı, 2005, 896 s. LAFERRIÈRE (Julien), *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, İkinci Baskı, 1947, 1112 s.

⁷⁴ Gözler, op.cit., Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, s. 134

⁷⁵ Vikipedi-Arapça, okunuş olarak "*kanun-i düsturi*" başlığı, <http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A>, erişim tarihi: 14.3.2011

⁷⁶ Bir ek olan -i'nin ses olarak nitelenmesi uygun görülmüştür. Zira bilindiği üzere Arapça Arap alfabesiyle yazılmaktadır.

yaptığı düzenleme değil, hukuk demektir⁷⁷. O halde *kanun-u düsturi* terimi dosdoğru Türkçeye aktarıldığında “*anayasal hukuk*” ortaya çıkmaktadır. Hemen görüleceği gibi, Arapçada yerleşen kullanım, dilbilimsel açıdan İngilizce ve Fransızcadaki deyişlerle aynı şekildedir.

Derecho constitucional, İspanyolcada anayasa hukuku yerine kullanılmaktadır. *Derecho*, hukuk ve hak anlamına gelmektedir⁷⁸. *Constitucional* ise hem ‘anayasal’ hem de ‘anayasacı’ (anayasacılık akımı destekçisi) demektir⁷⁹. Dolayısıyla *derecho constitucional*, anayasal hukukunu diğer Batı dilleriyle paralel olarak ifade etmektedir. Fakat bu dilde anayasa hukuku için yalnız bu terim değil, *derechos fundamentales* tabiri de kullanılmaktadır. Bu ibare ‘temel hukuk’ olarak Türkçeye çevrilebilir. *Derechos fundamentales* teriminin Türk anayasacılık tarihindeki Kanun-u Esasi’yle benzeştiği söylenebilir.

Genel olarak incelendiğinde yabancı dillerde anayasa hukukunun ekseriyetle bir hukuk dalı olarak ‘anayasal hukuk’a tekabül edecek biçimde kullanıldığını söylemek mümkündür.

4. ANAYASAYI İÇEREN SÖZ ÖBEKLERİ

A. Türkçede Anayasa Terimini Kapsayan Söz Öbekleri

Anayasa, sadece anayasa hukuku teriminde değil, gerek günlük dilde gerekse hukuk ve siyaset biliminde farklı tamlamalarda kullanılmaktadır. Hatta önde gelen bir anayasa hukukçusu kitabına “*Anayasal Demokrasi*” adını vermiştir⁸⁰. Bundan başka “*Anayasa Mahkemesi*” gibi, anayasaya uygunluk denetimi yetkisiyle donatılmış kurumu ifade eden ifadeler olduğu gibi; “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*”, “*anayasal hak*”, “*anayasal kurum*”, “*anayasal şikâyet*”, “*anayasal monarşi*”, “*anayasal iktisat*”, “*anayasal rejim*”⁸¹, “*anayasal devlet*”, “*anayasal reform*”, “*anayasal*

⁷⁷ Vikipedi-Arapça, Loc.cit., okunmuş olarak “*kanun*” anlam olarak “*hukuk*” başlığı

⁷⁸ Spanish Dictionary, Spanish-English, “*derecho*” başlığı, <http://www.spanishdict.com/translate/derecho>, erişim tarihi: 15.3.2011

⁷⁹ Spanish Dictionary, op.cit., “*constitucional*” başlığı, <http://www.spanishdict.com/translate/constitucional>, erişim tarihi: 15.3.2011

⁸⁰ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010, 380 s.

⁸¹ Bu konuda yazılmış bir kitap için bkz.: İlber Ortaylı, *Osmanlı’da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu (Seçme Eserleri 2)*, İş Bankası Kültür Yayınları / Tarih, 2008, 352 s.

cumhuriyet", "*anayasal görev*", "*anayasal suç*", "*anayasal gelişmeler*" gibi sıklıkla kullanılan pek çok söz öbeği anayasayı kapsamaktadır. Bunlardan en kayda değer olanlarının ele alınması gerekli ve yeterlidir.

Anayasal hak, ilk başta iki şekilde yorumlanabilecek bir kavramdır. Bunlardan birincisine göre, *anayasal hak*, anayasada yer verilen temel hak ve özgürlüklerden ibarettir. Eğer çok önemli bir hakka, örneğin eğitim ve öğrenim hakkına, anayasada yer verilmemişse, bu hak *anayasal hak* olmaktan çıkacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap vermek için ileri derecede pozitivist olmak gerekir. O halde *anayasal hak* başka bir şeydir. İkinci yorumlanışa göre, anayasada olan yahut olmayan, kuşaklar yoluyla genişlemiş haliyle temel hak ve özgürlüklerinin tamamı *anayasal hak*'tır. "*Hürriyetlerin Bütünlüğü İlkesi*" bu tezi desteklemektedir. Münci Kapani'nin deyişiyle; her ne kadar temel hak ve hürriyetler konusunda çeşitli ayrımlar yapılıyorsa da, temel hak ve hürriyetler bir bütündür. Bir kişi ancak, temel hak ve hürriyetlerin bütününe sahip olmak şartıyla özgür olabilir. Şüphesiz ki, kişinin özgür olması için her şeyden önce negatif statü haklarına, yani bireysel haklara sahip olması gerekir. Ancak, kişi aç ise, evsiz ise bu haklara sahip olmasının bir anlamı kalmaz. O nedenle kişinin pozitif statü haklarına, yani sosyal haklara da sahip olması gerekir. Nihayet, bu bireysel ve sosyal haklara sahip olan kişinin, aktif statü haklarına yani siyasal haklara da sahip olması gerekir. Çünkü yönetimine katılmadığı bir devlette kişinin bu hakları geri alınabilir. Görüldüğü gibi hürriyet özünde bütündür. Buna hürriyetin monizmi ismi verilir⁸². Bir hakkın *anayasal* nitelikte olup olmadığı, bir ülkenin anayasasında yazıp yazmamasına indirgenemez. Çünkü bazı ülkelerde tanınan pek çok hak, diğer ülkelerin anayasalarında yer bulamamaktadır. Hak, ülkeden ülkeye değişmeyeceğine göre; dünyanın neresinde olursa olsun, yaşama hakkı, mülkiyet hakkı, fikir ve vicdan hürriyeti, teşebbüs özgürlüğü, özel hayatın gizliliği olmazsa olmazlardansa; *anayasal hak* kavramının tanımı evrensel olmak zorundadır. Tüm insanlığı içine alacak şekilde tek bir anayasanın yaratılması düşünülemeyeceğine göre, o ya da bu ülkenin yürürlükte olan anayasalarıyla bağlı kalınmaksızın ve onları aşacak surette, evrensel *anayasal haklar*'ın varlığı inkâr edilemez. Zaten hukuk ile kanunu birbirinden ayıran ince ayırım işte budur.

⁸² Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, 1993, s. 6-7

Anayasal kurum, hukuk dünyasında geniş bir yelpazede, anayasa hukukuyla sınırlı kalınmayıp idare hukukunda da kullanılan tabirlerden biridir. Türkçedeki ilk akla gelen ve kabul gören anlamı, 'anayasada adı geçen kurum'dur. Mesela 1982 Anayasasında Diyanet İşleri Başkanlığı, Genelkurmay Başkanlığı, Radyo Televizyon Üst Kurulu, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Anayasa Mahkemesi, Yükseköğretim Kurumu, Milli Güvenlik Kurulu ve bazı kuruluşlar ismen düzenlendiği için *anayasal kurum* sayılmaktadır. Yine, ismen sayılmasa da, mahalli idareler, meslek kuruluşları gibi teşkilatlar dolaylı şekilde anayasal kurum olarak nitelenebilir. Görülen o ki, buradaki *anayasal* kelimesi, bahsi geçen kuruluşların tamamının anayasal öneme sahip olduğunu değil, sırf yürürlükteki anayasada düzenlendiği için bu sıfatı elde ettiğini göstermektedir. "Yürürlükteki anayasa" ifadesinin altı çizilmelidir; çünkü anayasal kurumlar her bir anayasa, hatta anayasa değişikliği döneminde başkadır. Örneğin, Devlet Planlama Teşkilatı, 1961 Anayasasına göre *anayasal kurum* iken 1982 Anayasasına göre, burada düzenlenmediği için, bu sıfatı taşımamaktadır. Anayasa değişikliği dönemlerine ilişkin değişkenliğe örnek vermek gerekirse, Devlet Güvenlik Mahkemeleri 2004'e kadar anayasal kurum iken, bu tarihte, Anayasanın 143. maddesinde yapılan değişiklikte bu sıfatını yitirmiştir. Diğer yandan, kanunla kurulmuş bir kuruluş olan RTÜK, 21 Haziran 2005'te yapılan değişiklikte Anayasada kendine yer bularak *anayasal kurum* sıfatını elde etmiştir. Dolayısıyla, *anayasal kurum*, bütünüyle pozitif hukuka yaslanmış bir ibaredir. Mevcut anayasaya göre, *anayasal kurum* sayılan bazı kuruluşların aslında anayasa hukuku alanında incelenmeye değer olmadığı düşünülmektedir.

Vergi anayasası, iktisatçı Buchanan tarafından incelenen bir konudur. Ona göre, "anayasal-kurumsal reform içerisinde kötü fena ve yetersiz olan politikacıların iyi nazik ve yetenekli olanlarıyla değiştirilmesi gibi önerilere yer yoktur. Anayasal reform içerisinde amaç, yönetimde yer alan kişilerin iyilerinin seçilmesi değildir. Anayasal reformun amacı; politikacıların uyması gereken sınırların veya kuralların oluşturulmasıdır."⁸³. Burada anayasanın iktisadi bir hedefi elde etmeye yönelik bir araç olarak kullanılmak istendiğini tespit etmek güç değildir.

⁸³ www2.aku.edu.tr/.../idt_XIV_hafta_kamutercihiteorisiveanayasaliktisat.PPT - erişim tarihi: 14.3.2011

Anayasal iktisat, devletin gücü ve yetkilerinin nasıl sınırlandırılabilirceğini ve nasıl sınırlandırılması gerektiğini inceleyen bir disiplindir. Bu disiplin bağlamında, anayasanın kökenine ilişkin aydınlatıcı bir tartışma yapılacaktır. Buchanan şu tanımı tercih etmektedir: Anayasal iktisat ekonomik ve politik birimlerin tercihlerini ve faaliyetlerini sınırlayan alternatif yasal-kurumsal ve anayasal kurallar bütünüünün işleyiş özelliklerini açıklamaya çalışır⁸⁴. Anayasal siyasi iktisat kuramının felsefi temellerini toplumsal sözleşme kuramı oluşturur. Bilindiği üzere J. J. Rousseau ile birlikte anılan toplumsal sözleşme, toplumda birlikte yaşayan bireylerin, temel hak ve özgürlükleri ile toplumun içerisinde uyulması gerekli olan kuralları içeren yazıya dökülmemiş kurallar üzerinde görüş birliğine varmalarını ifade eder. İyi bir toplumsal düzenin temelleri, sosyal sözleşme içerisinde oluşturulmuş kural ve kurumlara dayalıdır. Toplumsal sözleşme *anayasal demokrasinin* normatif ilkelerini içerir. Toplumsal sözleşme anayasalardan başlıca şekil ve amaç yönünden ayrılır: Anayasalar, yazılı üst hukuk kurallarıdır. Buna karşın, toplumsal sözleşme ilkelerinin yazılı olması gerekmez. Anayasalar iyi bir toplumsal düzenin siyasi ve iktisadi ilkelerini açıklar. Toplumsal sözleşme, anayasalar gibi belirli kurumlar oluşturmaz. Ortaklaşa kararların alınacağı çerçeveyi ve usulleri normlar olarak saptamaz. Bunun yerine toplumsal sözleşme, temel insani değerleri ortaya koymaya çalışır. Anayasal siyasi iktisat, iyi bir toplum düzeni oluşturacak siyasi kuralların ve kurumların sosyal sözleşme kuramına dayalı olarak belirlenmesini savunur. Ancak, anayasal politik iktisat, toplumun hem hukuki hem de kuramsal yapısını yönlendirecek anayasaların, vatandaşların bilinçli gayretleri ile ideal şeklini alacağını kabul eder. Bu düşünce bilim dilinde *sözleşmecî anayasacılık* (*contractarian constitutionalism*) olarak adlandırılır. Bu yönüyle sözleşmecî anayasacılık veya sözleşmeli anayasal iktisat aynı zamanda yapıcı gerçekçilik (*constructive rationalism*) ilkesine dayanır. Bu ilkenin karşıtı görüş ise toplumsal düzeni belirleyen kural ve kurumların zaman içinde kendiliğinden, yani kendiliğinden oluştuğunu iddia eden evrimci gerçekçilik (*evolutionary rationalism*) dir⁸⁵. Anayasal iktisat kuramının anayasa hukuku ile iktisat bilimlerinin kesiştiği noktada durması anayasaya yeni, işlevsel bir boyut kazandırmaktadır.

⁸⁴ Wikipedia-English, "constitutional economics" başlığı, http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_economics, erişim tarihi: 14.3.2011

⁸⁵ Coşkun Can Aktan, *Anayasal İktisat*, İz Yayınları, 1998, s. 20 vd.

B. Yabancı Dillerde Anayasa Terimini Kapsayan Söz Öbekleri

'Yabancı Dillerde Anayasa Hukuku' bölümünde yer verilen anayasa hukuku (*constitutional law*) bir kenara bırakılırsa; İngilizcede anayasa (*constitution*) kelimesinin kullanıldığı en bilinen deyişler şunlardır: "*constitutionalism*", "*constituency*", "*constitutionality*", "*constitutional convention*", "*constitutional amendments*", "*constitutional monarchy*", "*constitutional rights*", "*constitutional casualty*", "*constitutional definition*", "*constitutional government*", "*constitutional patriotism*" "*constitutional symptoms*", "*constitutional dictionary*", "*constitutional party*", "*morning constitutional*". Hepsinin ortak noktası *constitutional* sıfatıdır. Fransızcadan "*bloc de constitutionnalité*", "*conseil constitutionnel*" ve "*traité constitutionnel*" ele alınacaktır. Sözlüğe bakıldığında, bu kelimenin sadece 'anayasada bahsi geçen' değil, aynı zamanda 'anayasada olmasa da anayasa tarafından yasaklanmamış' anlamlarına geldiği görülmektedir⁸⁶. Bunlar arasında bazıları anayasa teriminin ne olduğu konusunu aydınlatmaya diğerlerinden daha elverişlidir.

Constituency beklenmedik biçimde, *to constitute* fiilinden türemiş olmakla birlikte bu fiilin az kullanılan 'belli bir nisabı sağlamak'⁸⁷ anlamıyla ahenk sağlamak suretiyle, 'seçim bölgesi' veya 'seçmenler' demektir. Seçilen bir görevlinin temsil ettiği bölgenin seçmenlerine veya bizzatihi bölgeye *constituency* adı verilmesi, kaynağını Batıdan almış bir müessese olan anayasa ile yine aynı özellikteki siyaset bilimi terimlerinin birlikte sahip olduğu, hem felsefi, hem hukuki, hem de etimolojik bir kökenin varlığına işaret etmektedir.

Constitutionality, anayasallık, anayasaya uygunluk demektir. Sözlükte bu sözcüğe bakıldığında, 'bir eylemin uygulanabilir bir anayasaya uygunluğu' anlamını karşıladığı görülmektedir⁸⁸. Dolayısıyla anayasa hukukunun uygulama kısmına ilişkin olan anayasallık, anayasa mahkemelerinin görev alanlarına dahil bir kavramdır. Buna değinildiğinde "*anayasallık bloğu*" akla gelmektedir ki anayasanın tarihsel kökeniyle yakından temas içindedir.

⁸⁶ Cambridge Dictionary Online, op.cit., "*constitutional*" başlığı, erişim tarihi: 14.3.2011

⁸⁷ Bkz. "*Yabancı Dillerde 'Anayasa'*", "*to constitute*" ile ilgili açıklamalar

⁸⁸ Merriam-Webster Dictionary, "*constitutionality*" başlığı, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/constitutionality>, erişim tarihi: 9.3.2011

Bloc de constitutionnalité anayasallık bloğu demektir; Uluslararası ansiklopedi Vikipedi'de "*bloc de constitutionnalité*" başlığının sadece Fransızcasının bulunması⁸⁹, yaygın bilim dili olan İngilizce sürümünün dahi olmaması, kavramın Fransız tarzı hukuk düzenine özgü, *sui generis* (nev-i şahsına münhasır) olduğuna işaret etmektedir. Bu ifade Fransa'da 1974 yılında Louis Faverou tarafından ortaya atılmıştır.⁹⁰ Doktrinde bu kavram, "*ölçü normlar bloğu*"⁹¹, "*referans normlar*" şeklinde de ifade edilmektedir. Bu kavramla kastedilen şey anayasaya uygunluk denetiminde denetlenen kanunun kendilerine uygunluğunun araştırıldığı anayasal değerdeki normlardır. Bu kavram Fransa'da yasama organının uymak zorunda olduğu anayasal değerde kurallar ve ilkeler bütünü olarak tanımlanmaktadır.⁹²

Anayasa Mahkemesi yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken, değerlendirmesini bir ölçü norma dayandırmak zorundadır. Bu norm elbette her şeyden önce Anayasanın kendisidir. Zaten "*anayasaya uygunluk denetimi*" ifadesinden de anlaşılabilir. Ancak konu bu kadar basit değildir. Bazı ülkelerde anayasalar, kendileri dışında bir takım ölçü normlar belirledikleri gibi bazı ülkelerde de anayasanın açık hükümleri dışında bir takım ölçü normlar yargı kararları yoluyla oluşmaktadır. Birinci duruma Macaristan ve Bulgaristan örnek verilebilir. Bu devletlerin anayasalarında anayasa mahkemelelerine anayasaya uygunluk denetiminde yasama işlemlerinin "*anayasaya*" uygunluğu dışında bu ülkelerin taraf olduğu "*milletlerarası antlaşmalara*" da uygunluğunu denetleme yetkisi verilmiştir. Bu kavramın ortaya çıktığı Fransa'da 1958 Anayasası'nın maddeleri ve başlangıcı, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmı ve Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkelerin anayasallık bloğunu oluşturduğunu görmekteyiz.

1958 Anayasası'nın maddeleri ve başlangıç kısmı kurucu iktidar tarafından kabul edilen anayasa metninin parçasını oluşturduklarından

⁸⁹ Wikipédia-Français, "*bloc de constitutionnalité*" başlığı, http://fr.wikipedia.org/wiki/Bloc_de_constitutionnalit%C3%A9, erişim tarihi: 9.3.2011

⁹⁰ Gözler, "*Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?*" <http://www.anayasa.gen.tr/blok.htm> erişim tarihi: 9.3.2011

⁹¹ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, 1996, s. 103; Ergun Özbudun, op.cit., *Türk Anayasa Hukuku*, s. 380

⁹² Gözler, op.cit., makale

anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılmaktadır. Bunun yanında 1958 Anayasası da başlangıç bölümünde 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine ve 1946 Anayasası'nın başlangıcına atıfta bulunarak bunları anayasallık bloğuna dahil etmiştir. Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler de kendisine atıfta bulunulan 1946 Anayasası'nın başlangıcında yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu ilkelerin de pozitif değere sahip olduğu ve ölçü norm olarak kullanılabilmesi söylenebilir.⁹³ Zaten Fransa uygulaması da bu yöndedir. İşte anayasaya uygunluk denetiminde kullanılan bu ilke ve normların tümü Fransa'da anayasallık bloğunu oluşturmaktadır.

Türk doktrininde de anayasallık bloğu kavramı kullanılmaktadır.⁹⁴ Anayasallık bloğu kavramını kullanan veya aynı anlama gelecek şekilde başka bir kavramı tercih eden yazarlar bu başlık altında anayasa dışında milletlerarası hukuk kurallarını ve hukukun genel ilkelerini de işlemektedirler.⁹⁵ Bunun yanında bazı yazarlar anayasanın başlangıç ilkeleri⁹⁶, cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler⁹⁷, Atatürk ilke ve inkılâplarını⁹⁸ da bu çerçevede ele almaktadırlar.

Bu yazarlara göre anayasa mahkemesi kanunları denetlerken bu normları ölçü norm olarak kullanabilir ve dolayısıyla bu normlara aykırı olan kanunları iptal edebilir. Buna karşılık anayasallık bloğu kavramının Türkiye'de işlevsiz olduğunu belirten Kemal Gözler'e göre Anayasa Mahkemesinin kullanabileceği yegâne norm anayasadır. Bu kavramın ortaya çıktığı Fransa'da, anayasa kendisi dışında başka normları da anayasal değerinde kabul etmiş ve bu durum açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Fransa anayasası kısa bir anayasa olduğundan Konseyin başka normları kullanma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle anayasallık bloğu kavramı Fransa açısından gerekli ve işlevseldir. Oysa Türk anayasa yargısında ölçü norm olarak anayasa normu dışında bir normun kullanılması söz konusu olamayacağından anayasallık bloğu kavramının Türkiye açısından herhangi bir işlevselliği yoktur. Anayasallık bloğu başlı başına, klasik bir deyimle, "anayasanın sadece anayasa

⁹³ Gözler, op.cit.

⁹⁴ Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku.

⁹⁵ Aliefendioğlu op.cit.; Özbudun, op.cit.

⁹⁶ Yüzbaşıoğlu, op.cit.

⁹⁷ Loc.cit.

⁹⁸ Özbudun, op.cit., s. 384; Yüzbaşıoğlu, op.cit., s. 81.

olmadığını" kanıtlamaktadır. 'Anayasal' sıfatı ile 'anayasa' ismini bu bağlamda da ayırmak zordur. Anayasa hukukçularının, anayasanın 'sadece anayasa olmayan' kısmı ile de ilgilenmeleri tabiidir.

Constitutionalism, anayasalcılık olarak Türkçeye tercüme edilebilir. Bir kelime olarak anayasa'nın ne olduğu konusuna aydınlatmaya elverişli bir kullanımdır. Genellikle John Locke'ın siyasi kuramları ve Amerikan Cumhuriyeti'nin kurucularıyla birlikte anılır. Hükümetin gücünün hukuken sınırlandırılmasını ve iktidarı bu sınırlamalar gözetiminde kullanmasını öngörür. Hükümet ile yasama arasında yakın etkileşim göz önüne alındığında akla pek çok iğneleyici soru gelmektedir. Hukuk hükümet tarafından yapılmaktayken, hükümet hukuken nasıl sınırlandırılabilir? Bu hükümetin kendi kendini sınırlaması anlamına mı gelmektedir? Veya bu gerçeği ima yoluyla değiştirmenin başka bir yolu mudur? Anamlı bir sınırlama imkân dâhilindeyse, anayasal sınırlamalar nasıl sağlama alınacaktır? Bunları yazılı hale getirip saklamak, kutsal bir yere koymak zorunlu mudur? Şayet zorunluysa bunlar nasıl yorumlanacaktır? Bunları kaleme alan kişilerin niyeti ve terimlerin hakiki anlamları ile sürekli değişen yapıları karşısında neyi ifade ettiklerine dair bir değer biçilebilir mi? Bu soruların yanıtlarının ne yönde olacağı; anayasanın otoritesi, tabiatı ve kimliğinin nasıl tasavvur edildiğine sıkı sıkıya bağlıdır. Kamu gücü kullanılırken, çeşitli etmenlerin tesiri altında kurulacak istikrarlı bir yapı, hakiki niyet ve anlamlarla örtüşecek midir? Peş peşe değişen siyasi değerler ve ilkeler karşısında hukuki düzen, gelişen ve büyüyen bir çınar olabilecek midir? Anayasanın bambaşka bir yönünü gözler önüne seren tartışmalar arasında *constitutionalism* düşüncesinin yeri özeldir. Hiç şüphe yok ki, demokrasilerin 'yaşayan demokrasiler' olabilmesi anayasa kelimesinin geniş yorumlanmasına bağlıdır⁹⁹.

Constitutional convention, doğrudan çevrildiğinde anayasal kongre/toplantı demektir. Fakat siyasi gelenek, siyasi toplanma ve yine bazı devletlerin düzenlediği toplantılar bağlamında üç ayrı kullanılışı vardır. Mesela siyasi gelenek bakımından, devlet kurumlarının kendini bağlı hissettiği, gayrı resmi ve kanunlaştırılmamış usuli sözleşmele-

⁹⁹ Konuyla ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz: Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>

re *constitutional convention* dendiği gibi¹⁰⁰; bir siyasi toplanma/miting türü anlamında, yeni bir anayasa yazmak veya mevcut anayasayı değiştirmek amacıyla gerçekleştirilen toplantıya da *constitutional convention* denmektedir¹⁰¹. Yine Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri ve Filipinler Cumhuriyeti'nin muhtelif tarihlerde düzenlediği ve genellikle yeni bir anayasa yazmak veya o alanda beyin fırtınası yapmak amacıyla toplanan insanların katıldığı toplanmalara *constitutional convention* adı verilmiştir¹⁰². Görülen o ki, bu terim resmi ya da gayri resmi fakat bir şekilde hukuki düzen üzerinde etkili olan anayasal toplanmalar için kullanılmaktadır. "Anayasal" (*constitutional*) sözcüğü, terime Türkçedeki anayasa teriminden daha geniş bir anlam kazandırmıştır.

Constituent power bir başka çarpıcı örnek olarak değerlendirilir. Bu ibare, 'kurucu iktidar' anlamına gelmektedir. Buradaki '*constituent*' sözcüğü *constitution* ile aynı kökten olup 'inşai', 'kurucu', 'bileşen', 'oluşturan parçalardan her biri' gibi anlamları bünyesinde barındırmak suretiyle, İngilizcede anayasa'yı karşılayan kelimeye paralel olarak, işteş ve inşai niteliğini apaçık yansıtmaktadır. Fakat Türkçeye çevrilip 'kurucu iktidar' anılmaya başlandığında, iktidarın günlük dildeki izlenimi ve siyasal yönünün baskın oluşu gibi nedenler dolayısıyla sanki anayasayı yaratan güç olmaktan uzakmış gibi bir algı oluşmaktadır. Kurucu iktidar, daha ziyade siyaset biliminin bir kavramı gibi bir etkileniş doğmaktadır. Bu hatalı algıların oluşmasındaki en büyük pay, kanaatimizce Türkçede anayasa ile kurucu iktidar ibareleri arasında etimolojik ortaklığın bulunmamasıdır.

Constitutional monarchy, anayasal monarşi ya da meşrutiyet demektir. Bilindiği üzere, monarşi, saltanat, bir hükümdarın devlet başkanı sıfatıyla ömür boyu yönettiği devlet sistemidir. Anayasal monarşi ise bir saltanatta hükümdarın mutlak yetkilerinin bir bölümünü meclis-

¹⁰⁰ Wikipedia-English, op.cit., "*Constitutional convention (political custom)*" başlığı, [http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_convention_\(political_custom\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_convention_(political_custom)), erişim tarihi: 14.3.2011

¹⁰¹ Wikipedia-English, op.cit., *Constitutional convention (political meeting)*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_convention_\(political_meeting\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_convention_(political_meeting)), erişim tarihi: 14.3.2011

¹⁰² Wikipedia-English, op.cit., "*Philadelphia Convention*" başlığı, The United States Constitutional Convention (Birleşik Devletler Anayasal Kongresi), Philadelphia Kongresi veya Federal Kongre olarak da bilinir. 1787'de gerçekleştirilmiştir. ABD'nin kuruluş ve yönetim şekli ve tabii ki anayasal sorunları çözmek amacıyla toplanmıştır.

se ve diğer anayasal kurumlara devretmesini öngören ve yazılı, yazısız veya her ikisiyle harmanlanmış bir anayasa ile bu devrin teminat altına alındığı yönetim şeklidir. Bu durumda anayasal (*constitutional*) sözcüğünün terime kattığı anlam 'sınırlanmış', 'anayasa ile bağlanmış'tır. Nitekim anayasal monarşi Türkçede *meşrutiyet* ile de ifade edilir ve bu kelime "*şarta bağlanmış yönetim*" demektir. Zaten Türk hukuk tarihinde, 1876 Kanun-u Esasi ile inşa edilen düzene 1. Meşrutiyet, 1909'da padişahın yetkilerinin iyice sınırlandırıldığı yeni anayasal düzene 2. Meşrutiyet adı verilir. Anayasaların varlık amacı çoğunlukla hükümdarı sınırlamak olduğuna göre *constitutional monarchy* ibaresindeki anayasal sıfatı, 'anayasa'nın geniş anlamıyla uyum içindedir.

Constitutional patriotism, anayasal yurtseverlik demek olup Almanca *Verfassungspatriotismus* olarak ifade edilir. Alman filozof Jürgen Habermas'la ilişkilendirilen ve halen siyaset bilimci Dolf Sternberger ile birlikte anılan bir kavramdır¹⁰³. Avrupa Birliği, Avrupacılık, postnasyonalizm gibi kuruluş ve fikir akımlarının vatandaşlık yaklaşımını ifade eder. Bu bağlamda, anayasal (*constitutional*) sözcüğünün çok dikkat çekici bir anlamını bünyesinde barındırmaktadır. Şöyle ki, burada *constitutional*, "*uluslar-üstü bir kuruluşa ait ve ilişkin olma*" gibi şimdiye kadar hiç incelemediğimiz bir anlamda kullanılmıştır. Anayasa sözcüğünü dahi şimdi bulunduğu hukuki kavramsal sahadan çıkarıp başka yerlere taşıma yetisine sahip bulunmaktadır. *Constitutional patriotism* hakkında düşünmek bile, tek başına, "*anayasa*" kavramının hukuk ile siyaset bilimi arasında dalgalandığını göstermek için yeterlidir.

Constitutional symptoms, beklenmedik şekilde, bir tıp kavramıdır. Sindirim, boşaltım gibi pek çok vücut sistemini etkileyebilen kilo kaybı, yüksek ateş, bitkinlik, keyifsizlik, titreme, gece terlemesi, iştahsızlık vb. belirtileri ifade eder. Diğer bir deyimle, önde gelen, en çok görülen, belli başlı hastalık belirtilerine verilen genel addır. Görüldüğü üzere, *constitutional*'ın bambaşka bir kullanımıdır; anayasal sözcüğü 'esaslı' anlamıyla kullanılmıştır. En az *constitutional patriotism* teriminde ortaya çıkan anlam çeşitliliği kadar şaşırtıcıdır. *Constitutional thrombopathy* adını taşıyan bir başka tıp terimi olduğunu da belirtmeden geçemeyeceğiz.

¹⁰³ Wikipedia-English, op.cit., "*Constitutional patriotism*" başlığı, http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_patriotism, erişim tarihi: 14.3.2011

Morning constitutional, şimdiye kadar incelenen söz varlıklarından daha ilginç bir anlama sahip olup istisnai bir deyiştir. Bu yüzden pek çok sözlükte yer almayan bu ifadeye ancak Urban Dictionary'de rastlıyoruz. Buna göre, *morning constitutional* sabah erken uyanan bir kişinin vücudunu harekete geçirmek üzere çıkıp ilk olarak herhangi bir şey satın alması halini ifade eder¹⁰⁴. *Constitutional* kelimesinin buradaki anlamını ayırt edici şekilde ve tek başına tespit etmek kolay değildir. Fakat 'ilk başta', 'ilk olarak' gibi anlamlara geldiği söylenebilecektir. Bu deyiş de, diğerleri gibi, gittikçe daha çok farklı alanda kullanılan *anayasa/constitution*, *anaysal/constitutional* terimlerinin kapsadığı ve gittikçe genişleyen sahayı gözler önüne sermesi bakımından değerlidir.

Fransızcada, anayasa kelimesini içine alan deyişlerden *conseil constitutionnel* ele alınacaktır. *Conseil Constitutionnel* Fransız Anayasa Mahkemesi'nin resmi adıdır¹⁰⁵. Fransızca-İngilizce sözlüğe bakıldığında, *conceil*, *council* (kurul) ile eşleştirilmiştir¹⁰⁶. O halde *Conseil Constitutionnel* "anaysal kurul" demektir. Buradaki *constitutionnel* sözcüğü söz konusu kurulun anayasa tarafından düzenlenmiş olduğunu belirtmek için değil; anaysal nitelikte ve kendinden başkasına ait olmayan yetkilerle donatılmış en üst düzeyde karar alabilen bir kurulu nitelemek amacıyla kullanılmıştır. Dolayısıyla alışılmış anlamının dışına taşan, 'görevi anayasadan ibaret olmayan', 'anaysal nitelikte her türlü işle uğraşan' özelliklerini yansıtmaktadır. Bir başka Fransızca söz varlığı *traité constitutionnel*'dir. *Traité* antlaşma demektir¹⁰⁷. Dolayısıyla *traité constitutionnel* 'anaysal antlaşma'dır. Pekala bu deyiş ne tür metinlerde kullanılmaktadır? Mesela Avrupa Birliği Anayasası inşa etmeye yönelik yapılan sözleşmelerle ilgili metinlerde, bu "AB anayasası hakkında sözleşme"yi ifade edecek şekilde bu terime rastlanmaktadır¹⁰⁸. Bu bağlamda *constitutionnel* sözcüğü dar anlamdaki anaysal'ı, yani 'anayasa yapmaya yönelik', 'anaysayla doğrudan ilgili' mânâlarını içinde barındırmaktadır.

¹⁰⁴ Urban Dictionary, "morning dictionary" başlığı, <http://www.urbandictionary.com/define.php?term=morning%20constitutional>, erişim tarihi: 15.3.2011

¹⁰⁵ Fransız Anayasa Mahkemesi Resmi sitesi, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>, erişim tarihi: 15.3.2011

¹⁰⁶ Reverso French-English Online Dictionary, "conceil" başlığı, <http://dictionary.reverso.net/french-english/conceil>, erişim tarihi: 15.3.2011

¹⁰⁷ Reverso French-English Online Dictionary, "traité" başlığı, <http://dictionary.reverso.net/french-english/trait%C3%A9>, erişim tarihi: 15.3.2011

¹⁰⁸ Bernard Cassen, Le Monde Diplomatique, 25 juin 2007, La Valise Diplomatique, "Le traité constitutionnel européen ressuscité" başlıklı yazı, <http://www.monde-diplomatique.fr/carnet/2007-06-25-Retour-du-TCE>

5. TÜRKİYE'DE VE DÜNYADA ANAYASA BENZERİ BELGELERE VERİLMİŞ İSİMLER

Çağdaş anayasalar tesadüfen oluşmamıştır. Hükümdarlar ile aristokratlar arasında yapılan yetki dağılımı, anayasanın tarihsel temelini oluşturmaktadır. Siyasi tarih boyunca, yönetim elitleri arasında yapılan sözleşmelerden bazılarının, bilhassa eski tarihli olanlarının, tamamen 'anayasa' olarak adlandırılmaması da birer 'anayasa benzeri belge' veya 'anayasal senet' olduğuna kuşku yoktur. Bunlar arasında İngiliz anayasal belgelerinin çoğunluğu teşkil ettiği bir çırpıda görülebilmektedir. Herhalde bu durumun sebebi, İngiliz demokratikleşme sürecinin, diğer ülkelerdeki geçişlerin aksine tedrici, peyderpey olmasıdır. Anayasal belgeler bu başlıkta ele alınanlardan ibaret değildir¹⁰⁹. Burada, belli başlı anayasal belgeler uzun uzadıya tetkik edilmeyecek; "bir kelime olarak anayasa"ya katkısı düzeyinde ele alınacaktır.

Bilinen anayasal belgelerden ilki, *Magna Carta Libertatum'* dur. Günümüzdeki anayasal düzene ulaşana kadar yaşanan tarihi sürecin en önemli basamaklarından birisi olarak kabul edilir. Konsept bağlamında daha da önemlisi, belgenin adı ile çağdaş anayasanın içeriği arasında yakın bir bağlantıya tanıklık edilmesidir. Bu sebeplerle *Magna Carta*, diğer anayasal belgelerden daha çok üzerine derinleşilmesini hak etmektedir.

Aslen, Papa III. Innocent, Kral John ve baronları arasında, kralın yetkileri hususunu karara bağlamak amacıyla imzalanmıştır. Bu belge, Kralın bazı yetkilerinden feragat etmesini, kanunlara uygun davranmasını ve hukukun kralın arzu ve isteklerinden daha üstün olduğunu kabul etmesini zorunlu kılıyordu. İngiltere'nin Normanlar tarafından işgal edilmesinden sonra krallar, derebeylerinin (baronlar, vassallar)

¹⁰⁹ Kısmen ya da tamamen anayasal nitelik taşıyan, tarih boyunca pek çok belge olmuştur. Bunlardan bazıları şunlardır: The Code of Hammurabi (B.C. 1800), Golden Bull of 1222 (1222; Hungary), Dušan's Code (1349; Serbia), Pacta conventa (1102; Croatia), Pacta conventa (1573; Poland), Henrician Articles (1573; Poland), Claim of Right Act 1689 (Scotland), Statute of Westminster 1931 Virginia Bill of Rights (June 1776), United States Declaration of Independence (July 1776), Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789; France), Constitution of Greece (1822; Epidaurus), Basic rights and liberties in Finland (1919), Fundamental rights and duties of citizens in People's Republic of China (1949), Fundamental Rights of Indian citizens (1950), Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982), New Zealand Bill of Rights Act (1990), Hong Kong Bill of Rights Ordinance (1991)

haklarını kısıtlamaya başladılar. Baronlar bu duruma sık sık itiraz edip ayaklanıyorlardı. Nihayet İngiltere Kralı John'un, Fransa Kralı Philip Augustus'a 1214'te yenilmesi, baronlara cesaret verdi ve kralla pazarlığa giriştiler. Baronlar pazarlığın şehirde olmasını, kral da açık arazide yapılmasını istiyordu. Böylece kral, baronları askerleri ile ezip dağıtacaktı. Fakat pazarlık baronların istediği gibi olunca, Londra şehri bir anda serseri sürüsü ile doldu. Kral bu vaziyette hiçbir direniş göstermeden baronların isteklerini kabul ederek, bunları bir ferman hâlinde yazdırdı. Magna Carta (Büyük Ferman) olarak ülkeye dağıtılan bu metinde en ilgi çeken madde, hiçbir hür insanın yürürlükteki kânunlara başvurmaksızın tutuklanamayacağı, mülkünün elinden alınamayacağı, öldürülemeyeceği idi. Magna Carta'yı oluşturan 63 madde İngiliz feodal toplumunun çeşitli sınıf, katman ve kurumlarının geleneksel olarak sahip oldukları hak ve özgürlükleri güvenceye bağlamaktadır. Bu sınıflar içinde en önemlisi baronlardır. Bunun yanı sıra özgür köylüler de sınıflı İngiliz feodal toplumunun bir parçası olarak belgede yerini almıştır. Ayrıca fermenda, geleneksel tabiiyet (uyrukluk)¹¹⁰ hakları de resmen anımsatılıp açıkça tanınmaktadır. Kilise'nin tam özerk olmasını sağlayan temel ayrıcalıklar burada yinelenmiştir.

Magna Carta anımsattığı bu temel hak ve özgürlükleri güvenceye de bağlamıştır. Bu haklar şunlardır:

- 1) Adalet satılmaz, reddedilemez, geciktirilemez.
- 2) Suçsuzca ceza verilemez.
- 3) Ceza suçla orantılı olmalıdır.
- 4) Zoralım yasaktır.
- 5) Kendilerinin izni olmadan uyrukların araçları kullanılamaz.
- 6) Ülkeye giriş ve çıkış serbesttir.
- 7) Tam bir ticaret serbestisi vardır¹¹¹.

¹¹⁰ Tabiiyet (Lat. nationis) ile vatandaşlık (Lat. civitas) farklıdır. Şöyle ki; tabiiyet, monarşiyle yönetilen bir ülkede birey ile devlet arasındaki ilişkinin adı iken; vatandaşlık liberal demokratik ülkelerde birey-devlet ilişkisinin kısa ifadesidir. 1215 İngiltere'sinde kuşkusuz monarşi ve dolayısıyla tabiiyet söz konusuydu.

¹¹¹ National Archives Featured Documents, The Manga Carta, http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/magna_carta/; Manga Carta History, <http://www.magnacarta.com/content/history>, erişim tarihi: 14.3.2011

Magna Carta Libertatum'u kaba hatlarıyla gördükten sonra, belgenin Latin dilinde kaleme alındığını belirtmeye sıra gelmiş demektir. *Magna* bu dilde 'büyük' anlamına gelir. *Carta* sözleşme¹¹², papirüs¹¹³ veya ferman, *libertatum* ise özgürlük demektir. O halde belge, Türkçede "*Büyük Özgürlük Sözleşmesi*" adı verilebilir. Bir anayasal belge için daha uygun nasıl bir isim olabilir? Sözleşme, yukarıda yer verilen bilgiler muvacehesinde, tıpkı çağdaş anayasalarda olduğu gibi temel hak ve özgürlükleri bünyesinde barındırmaktadır. Toplumsal gerçekleri dikkate olarak, sınıfsal hakları belirlemektedir. Taşındığı isim, neredeyse, çağının bir milenyum ilerisindedir. Ve şüphe yok ki, anayasa benzeri belgeler arasından birine anayasa ünvanı verilecekse bu *Magna Carta* olmalıdır. İbni Haldun, nasıl 'sosyolojinin öncüsü' olarak anılıyorsa, *Magna Carta* da 'anayasanın öncüsü' olarak anılmalıdır.

Diğer bir esaslı İngiliz anayasal belgesi, 1628 tarihli *Petition of Right*'dir. Kralın bazı özgürlükleri ihlal etmekten yasaklanmasını amaçlar. İngiliz parlamentosunca kabul edildiği için hukuki normlar arasındaki konumu kanunla eşdeğerdir. Sözlüğe göre, *petition* çok sayıda insan tarafından imzalanan, hükümet ya da başka bir otoriteden birtakım hakların talebini içeren belgedir¹¹⁴. Sözcük, hukuk dilinde 'dava dilekçesi'ni karşılayacak şekilde de kullanılmaktadır¹¹⁵. *Right*, İngilizcede 'hak', 'doğruluk' veya 'düzen' demektir. Bu durumda Burada hem hak, hem düzen yerine kullanıldığı söylenebilir. Dolayısıyla *Petition of Right* "*Hak Talebi*" olarak çevrilebilir. Belgenin adı, kısmi bir anayasal belge niteliğini ve bir anayasa olmayışını isabetle yansıtmaktadır.

*Habeas Corpus Act*¹¹⁶, Kral 2. Charles hüküm sürerken, 1679 yılında İngiliz parlamentosunda kabul edilmiş bir kanundur. Bu kanunun ne olduğunu anlayabilmek için öncelikle *Habeas Corpus*'un bilinmesi

¹¹² İngilizceye "*chart*" olarak geçmiştir.

¹¹³ Google Çeviri Programı, Latince-Türkçe, "*carta*" başlığı, <http://translate.google.com.tr/?hl=tr&tab=wT#>, erişim tarihi: 14.3.2011

¹¹⁴ Cambridge Dictionaries Online, "*petition*" başlığı, "*a document signed by a large number of people demanding or requesting some action from the government or another authority*" http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/petition_1, erişim tarihi: 14.3.2011

¹¹⁵ Loc.cit. "*petition*" başlığı, "*a formal letter to a court of law requesting a particular legal action*" erişim tarihi: 14.3.2011

¹¹⁶ 'Charles II, 1679: "*An Act for the better securing the Liberty of the Subject and for Prevention of Imprisonments beyond the Seas.*", Statutes of the Realm: cilt 5: 1628-80 (1819), s. 935-38, <http://www.british-history.ac.uk/report.asp?compid=47484>. erişim tarihi: 14.3. 2011

gerekir. *Habeas Corpus* hukuksuz biçimde tutuklanan mahpusların serbest bırakılmasını veya mahkeme önüne çıkarılmasını hedefleyen, kadim, ayrıcalıklı, yargısal bir talimattır. Birey özgürlüğünü çiğneyici işlemleri gidermek için bir tutuklamanın yasallığını yargıç kararına bağlayan *Habeas Corpus* 'tur. Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde tanınmış olan *Habeas Corpus* güvencesi, Roma-Germen hukuk sistemine bağlı ülkelerde genellikle yer almaz. Ama bunlar arasında da benzeri usul güvencelerini tanıyanlar vardır. *Habeas Corpus*, Latince "vücuduna (kendine) sahiptin" demektir¹¹⁷. *Act* ise kanun veya eylem anlamına geldiği halde burada, 'parlamentonun yaptığı soyut düzenleme, kanun' olarak kullanılmıştır. *Habeas Corpus Act*'i Türkçede özgün haline yakın ifade etme imkânı zayıftır; ancak "Kişi Hürriyeti Kanunu" denilebilir. Ki, *Habeas Corpus* kavramı olmasaydı kanuna böyle bir ad verilebileceği tahmin edilebilir. Bu kanun çağdaş anayasalardaki çekirdek haklardan olan 'hiç kimsenin hâkim kararı olmadıkça tutuklanamaması' ve diğer ceza usul güvencelerini kapsamakta ve böylece, kanaatimize göre, anayasal belge vasfına erişmektedir.

1689'da *Bill of Rights* yayınlanmıştır. "Haklar Beyannamesi"ni ifade eder. *Bill of Rights* sadece 1689 yılında ilan edilen belgeyi değil, bir ülkenin vatandaşlarının en önemli haklarını kapsayan her belge için kullanılabilen bir deyiştir. Hedefi, iktidarın yapacağı ihlalleri engellemektir. Nitekim bu tabir, 1789'da yapıp 1791'de tasdik edilen *United States Bill of Rights*'da da kullanılmıştır. 1689 *Bill of Rights*'a geri dönersek, belgenin uzun adı "An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown" (Vatandaşların Hak ve Özgürlüklerini Bildiren ve Hükümdarlıkta Veraseti Belirleyen Kanun) dur. Anayasa kelimesini içermediği halde bir anayasanın içinde olabileceklerin pek çoğunu açıkça dillendiren belgenin maddeleri incelendiğinde hem konulan isim hem de muhteva açısından anayasaya en yakın eserlerden olduğu anlaşılmaktadır.

Değinilecek son İngiliz anayasal belgesi, 1700 yılında kayda giren ve 1701 Haziranında İngiliz parlamentosunca kabul edilen *Act of Settlement*'tir. *Settlement* anlaşma, yerleştirme, uzlaştırma demektir. Cambridge Dictionary'e göre "bir tartışmayı bitiren resmi antlaşma"dır¹¹⁸.

¹¹⁷ Google Çeviri Programı, Latince-Türkçe, op.cit., "Habeas" ve "Corpus" başlığı, erişim tarihi: 14.3.2011

¹¹⁸ Cambridge Dictionaries Online, op.cit., "settlement" başlığı, <http://dictionary>.

O halde “Anlaşma Kanunu” olarak tercüme edilebilir. Belge için tercih edilen başlık, dünya genelindeki anayasal gelişmelerle ortaya çıkan kavramlardan çok İngiliz siyasi geleneğinin yarattığı kendine özgü (sui generis) yapısına uygun bir seçim olmuştur. Zira dünyadaki eğilim, hükümdarlar anlaşmalar yaparak yavaş yavaş hakları kazanmak şeklinde değil, hükümdarı yok ederek kısa sürede anayasal düzeni inşa etme yöntemiyle gerçekleşmiştir. Diğer yandan, *Act of Settlement* da *Bill of Rights* gibi, belli bir tarihte yapılan bir belgeye özgü bir özel isim olmayıp farklı belgelerde¹¹⁹ kullanılmıştır. *1701 Act of Settlement*, saygılı ve edebi bir dille kaleme alınmış olmasına rağmen¹²⁰, kraliçenin haklarını sınırlayıcı pek çok anayasal hüküm içermektedir. Aralarında çağdaş parlamenter hükümet sisteminin yasama ile yürütme gücünü ayırıcı ve gelenek halini almış kurallarından bazıları da bulunmaktadır. Örneğin, belgeye göre, Tacın (kraliçenin) emri altında çalışan ya da Tacın ödenek bağladığı hiç kimse meclis üyesi olamaz¹²¹. Sonuç olarak, şekil (başlık, belge adı) itibarıyla *1701 Act of Settlement* anayasa benzeri belge olduğundan şüphe edilmesine gerek olmayan bir eserdir.

Sened-i İttifak, anayasacılık tarihinde *Manga Carta’ya* bir boyutuyla benzeyen bir ‘anayasa benzeri belge’dir. Osmanlı İmparatorluğu’nda anayasal gelişmenin ilk adımı olarak, 1808 yılında merkezi hükümetin temsilcileri ile âyanlar arasında kabul edilip imzalanan *Sened-i İttifak* gösterilir. Bu senetle, devlet işlerine resmi sıfatı haiz memurlardan başkasının karışamayacağı, iktidarın kullanılmasına sadrazamın katılacağı ve bundan dolayı kendisinin sorumlu tutulacağı gibi hükümler yer almış, buna karşılık âyan temsilcileri, içlerinden birinin devlete karşı ayaklanması halinde bunun bastırılmasına yardımcı olacaklarını taah-

cambridge.org/dictionary/british/settlement_1, erişim tarihi: 14.3.2011

¹¹⁹ Bunlardan bazıları şunlardır: Act for the Settlement of Ireland 1652- in response to the Irish Rebellion of 1641, Act of Settlement 1657,-ratifying previous decrees from the Act for the Settlement of Ireland 1652, Act of Settlement 1662- a partial reversal of the Act of Settlement of 1652, Poor Relief Act 1662 (*The Settlement Act*) -clarify which parishes were responsible for Poor Relief, Act of Settlement 1690, declare the (Presbyterian) Church of Scotland to be the Established Church in Edinburgh, Act of Settlement 1703, clarifying the status of the population of the Isle of Man, http://en.wikipedia.org/wiki/Act_of_Settlement, erişim tarihi: 14.3.2011

¹²⁰ İngiltere Parlamentosu Resmi Sitesi, Act of Settlement, <http://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2/section/I>, erişim tarihi: 14.3.2011

¹²¹ Naamani Tarkow, ‘The Significance of the Act of Settlement in the Evolution of English Democracy’, *Political Science Quarterly*, Vol. 58, No. 4. (December, 1943), p. 547, Wikipedia-English, “Act of Settlement 1701” başlığı, http://en.wikipedia.org/wiki/Act_of_Settlement_1701, erişim tarihi: 14.3.2011

hüt etmişlerdir. Sened-i İttifak, bu niteliğiyle ilginç bir anayasal belge olmakla birlikte, hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak mekanizma getirmemiştir. Gerçekte bu belge, merkezi hükümetin ne kadar zayıflamış olduğunun bir kanıtıdır. Nitekim birkaç yıl içinde Mahmut II merkezi otoriteyi güçlendirince, Sened-i İttifak hükümlerini tanınamıştır¹²². Sened-i İttifak, 'anlaşma/bağlaşma belgesi' gibi bir anlama gelmektedir. İmzalanan belge için konulan isim, senedin, bir anayasa değil, anayasa öncesi döneme ait 'bir aristokratik iyi niyet akdi' olduğunu simgelemektedir. Zaten işin aslı da böyledir.

Sened-i İttifak'ı takiben anayasal belge niteliğindeki metinlere baktığımızda *Tanzimat Fermanı* ile *Islahat Fermanı* ön plana çıkmaktadır. Gerek isimleri gerekse muhtevaları itibarıyla ortak noktaları fazla oldukları için birlikte ele almakta yarar vardır. Osmanlı anayasal gelişmesinin ikinci aşaması, 1839 tarihli Tanzimat Fermanıdır. Bu fermanla, devletin bütün uyrukları için can, mal ve ırz güvenliği vaat edilmiş, vergi ve askerlik işlerinin de bir düzene bağlanacağı söylenmiştir. Bu vaatler, 1856 Islahat Fermanı ile de doğrulanmış; ayrıca bu ferman, din farkı gözetmeksizin bütün devlet uyruklarının eşit işlem görmesi ilkesini de getirmiştir. Tanzimat ve Islahat Fermanlarında yer alan ilkeler, hukuk devletinin gelişimi bakımından önemli olmakla beraber, hâlâ bu ilkelerin etkinliğini sağlayacak ve padişahın yetkilerini sınırlandıracak mekanizmalar kurulmuş değildir. Ferman hükümlerine uyup uymamak, padişahın takdirine bağlıdır¹²³. Dilbilimsel bakış ile fermanlar incelendiğinde şunlar ortaya çıkmaktadır: *Tanzimat*, düzenleme'nin çoğuludur; *ferman* ise 'emir' demektir. Her ne kadar *ferman*'ın bir "anayasa ilan yöntemi" olduğu söylene de, kanımızca anayasanın eşitler arasında (inter pares) sözleşme olması gerekir ki *ferman*'ın tek taraflı irade beyanı olduğu bilinmektedir. *Tanzimat* ise adından da anlaşılacağı üzere mevcut düzen içinde düzenleme biçimindeki birtakım yenilikleri ifade etmektedir. *Islahat*'a gelince o da düzeltme demektir; *tanzimat*'ın bir başka söyleniş şeklidir; tarih terimi olarak ise var olan düzenin aksayan yanlarının düzeltilmesini ifade eder. Bir anayasadan beklenen, eskiyi yıkması, sıfırdan yeni bir hukuk düzeni inşa etmesidir; düzeltme yapması değil! Ne Tanzimat Fermanı, ne de Islahat Fermanı, isminde anayasal kuvveti sergileyecek herhangi bir ibare barındırmamaktadır.

¹²² Özbudun, op.cit., Türk Anayasa Hukuku, s.25-26

¹²³ Loc.cit., s.26

6. SONUÇ

Hukukun vazgeçilmez aracı dil olduğundan, anayasa gibi önde gelen hukuki terimlerin dilbilimsel yerindelik denetimine tabi tutulmasına ihtiyaç vardır. Tabii, pek çok ülkenin hukukunda görüldüğü üzere Türk Hukukundaki kurumların Avrupa'daki gelişmelerden sonra ve onlardan ilham alınarak yaratıldığı göz ardı edilmeyerek, Batı dilleri önde gelmek kaydıyla yabancı diller bilimsel incelemelere dâhil edilmelidir. Hukuk alanındaki çalışmalara derinlik kazandıran, resmin tamamını görmeyi sağlayan bu yaklaşım hukukun tarih ve dilbilgisiyle bağına sağlamlaştırmaktadır.

Bu çalışmada anayasanın bir kelime olarak tarihsel yolculuğu incelenmiştir. Bunun için öncelikle kelime-kavram ayrıştırmasına gidilmiş, "bir kavram olarak anayasa"nın başka bir makalenin konusu olduğu düşünülerek mümkün olduğunca kavramsal tartışmalara girilmemiştir. Diğer yandan, anayasa için tercih edilen kullanımların anlamı karşılayıp karşılamama bakımından değerlendirmesi "*Türkçede Anayasa*" ve *Yabancı Dillerde Anayasa*" bölümlerinde ayrı ayrı yapılmıştır. Pozitif hukuktaki "anayasa"lar ihmal edilmemiştir. Dilbilimsel yaklaşımların hukuk dünyasındaki yansımalarına gerektiğince yer verilmiştir. Ayrıca anayasa öncesi döneme ait "*anayasal belge*"lerin en önemlileri ile özellikle Türkçe ve İngilizcede anayasa sözcüğünün geçtiği söz öbekleri/kavramlar da incelenmiştir.

Bir kelime olarak *anayasa*, artık bilimsel eserlerde artık yaygın şekilde kullanılmaktadır. Bu yüzden *anayasa'yı* bir kenara atarak yeni anayasayı ifade etmek için Türkçede yeni kelimeler bulmaya çalışmanın bilime faydalı olmayacağı düşünülmektedir. Kuşkusuz bu durum *anayasa'yı* eleştirilmekten masun kılmaz. Fakat anayasa hukuku ve diğer alanlarda bilim üretirken onun yerine ikamesini bulmaya gerek yoktur.

Bu çalışma, hukuk biliminin tarih ve dilbilgisi ile arasındaki illiyet köprülerinin aydınlatılmasına bir nebze katkıda bulunmuşsa amacına ulaşmış demektir.

Son olarak söylemek gerekir ki, etimolojinin zengin hazinesi, hukukun hizmetindedir.

KAYNAKLAR

Basılı Kaynaklar

- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, Ekin Yayınları, 2009
- GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, 2009
- GÖZLER, Kemal Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Ekin Kitabevi, 1999
- KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 1993
- LIDDELL H.G. & SCOTT R., Greek-English Lexicon With a Revised Supplement, Clarendon Press-Oxford, 1996
- MEMİŞ, Emin, "Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Aralık 2010, Sa. 2
- ÖZBUDUN, Ergun Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 2005
- SARAÇ, Tahsin, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Adam Yayıncılık, 1999
- TARKOW, Naamani, 'The Significance of the Act of Settlement in the Evolution of English Democracy', Political Science Quarterly, Vol. 58, No. 4. (December, 1943) -aktarma-
- AKAL, Cemal Bali, Devlet Kuramı, Dost Yayınları, 2000
- AKAL, İktidarın Üç Yüzü, Dost Yayınları, 2003
- AKTAN, Coşkun Can, Anayasal İktisat, İz Yayınları, 1998
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, 1996
- ARSEL, İlhan, Anayasa Hukuku: Demokrasi, Doğu Matbaacılık, 1964
- ATAR, Yavuz, Karşılaştırmalı ve Notlu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar, Mimoza Yayınları, 2008
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 2009
- BASTID, Paul, L'idée de constitution, Paris, Economica, Coll. "Classique", 1985 --aktarma-

İnternet Kaynakları

Oxford Dictionaries Online, <http://oxforddictionaries.com>

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, <http://www.cnrtl.fr/>

National Archives Featured Documents, http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/index.html

Standford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/>

Cambridge Dictionary Online, <http://dictionary.cambridge.org/>

Merriam-Webster Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/>

Encyclopedia Britannica Dictionary, <http://www.britannica.com>

İngiltere Parlamentosu Resmi Sitesi, Act of Settlement, <http://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2/section/1>

Yunan Parlamentosu Resmi Sitesi - İngilizce versiyonu, <http://www.hellenicparliament.gr/en/>

Ectaco Dutch-English Online Dictionary, <http://www.ectaco.co.uk/free-online-dictionaries/?jsessionid=bc30a212758d741c5025>,

The Magna Carta Institute For Human Rights and Obligations web site, <http://magnacarta.com/>

CASSEN, Bernard, Le Monde Diplomatique, 25 juin 2007, La Valise Diplomatique, "*Le traité constitutionnel européen ressuscité*" başlıklı yazı, <http://www.monde-diplomatique.fr/carnet/2007-06-25-Retour-du-TCE>

Reverso French-English Online Dictionary, <http://dictionary.reverso.net/>

Fransız Anayasa Mahkemesi Resmi sitesi, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

Urban Dictionary, <http://www.urbandictionary.com/>

Wikipedia- İngilizce, Fransızca, İtalyanca, İspanyolca, Felemenkçe, Arapça, Farsça, www.wikipedia.org

Spanish Dictionary, <http://www.spanishdict.com>

- Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>
- Bealingus Online Dictionary, <http://www.dict.tu-chemnitz.de/>
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Metodolojisi <http://www.anayasa.gen.tr/metodoloji-3-s-117-196.pdf>
- GÖZLER, Kemal, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?" başlıklı makale, <http://www.anayasa.gen.tr/blok.htm>
- SEVİĞ, Vasfi Raşid, "Türkiye Cumhuriyeti Teşkilat-ı Esasiye Hukuku, 1938, Ankara, Ulus Basımevi, <http://www.nadirkitap.com/t-c-teskilati-esasiye-hukuku-cild-i-kitap798069.html>
- TBMM Kütüphanesi, Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İnkılap Kitabevi, http://kutuphane.tbmm.gov.tr/cgi-bin/koha/opac-search.pl?op=do_search&number_of_results=10&startfrom=11&kohafield=author&field_value=Ba%C5%9Fgil,%20Ali%20Fuat&pg=2&serverid=-1&reorder=
- Etranslator Web Site, <http://www.etranslator.ro/>
- NAİR, Güney, "Bilgi'nin Değişen Anlamı ve Kavram Tartışmaları" C.Ü. İBF Dergisi Doç. Dr. Feramuz Aydoğan'ın anısına
- Google-Çeviri Programı, Latince-Türkçe, <http://translate.google.com.tr/?hl=tr&tab=wT#>
- Güneş Vakfı İlim Kültür ve Sanat Merkezi Kütüphanesi, <http://www.gunesvakfi.org/kutuphane/t.htm>

ÇOCUK SUÇLULUĞUNUN KARAKTERİSTİK VE YAPISAL ÖZELLİKLERİ

CHARACTERISTICS AND NATURE OF THE CHILDHOOD DELINQUENCY

Ufuk TOPRAK*

Özet : Çocuklara özel bir ceza hukukunda, suç işlemiş çocukları eğitmek ve ya korumak amacıyla uygulanan tedbir ve ya cezaların amaçlarına hizmet edip edemeyeceği sorusuna daha iyi bir yanıt bulabilmek için çocuk suçluluğunu yetişkin suçluluğundan ayıran karakteristik ve yapısal özelliklerin iyi bilinmesi gerekmektedir. Bu çalışmayla çocuk suçluluğunun ayırt edici özellikleri bilimsel araştırmalar ışığında kısa bir incelenmeye tabi tutulacaktır.

Anahtar Sözcükler : Çocuk, Çocuk Suçluluğu, Episode mi yoksa Kriminal Kariyer mi?, Çocuk Ceza Hukukunda Eğitim ya da Koruma Düşüncesi, Gizli Suçluluk.

Abstract : In order to achieve an adequate answer to the question within a special criminal law for children, whether the disciplinary or precautionary measures or sentences for the children accomplish their goal or not, one has to figure out, to what extent the childhood delinquency with respect to the characteristics and the nature differs from the adult criminal law.

The ongoing work will pursue this matter in due consideration of scientific analyses.

Key Words : Child, child crime, episode or criminal career? Educational or precautional theory in infant criminal law, undetected criminality.

* LL.M Doktora, Heinrich Heine Üniversitesi

GİRİŞ

Çocuk/genç suçluluğu¹ ve bunlar tarafından işlenen suçlara karşı verilmesi gereken cezai tepkilerin gerekli olup olmadığı, eğer gerekliyse bu tepkilerin hangi ölçüde gerçekleşmesi gerektiği sorusuna daha iyi bir cevap bulabilmek için tespiti yapılması gereken iki önemli faktör vardır. Bunlardan ilki, çocuk/genç suçluluğunun karakteristik özelliklerini bilmek, ikincisiyse, çocuk/genç suçluluğunun form ve yapısını bilimsel verilerle tespit edebilmek. Çünkü, çocuk/genç suçluluğu kendini ilk etapta, karakteristik ve de şekilsel yapı itibariyle yetişkinlerin işlemiş olduğu suçlardan ayırmaktadır. Bu da çocuk/genç suçluluğuyla, yetişkin suçluluğuna farklı (ceza-yi) tepkilerin verilmesini zorunlu kılmaktadır. Keza bu zorunluluk kendini, Türk Çocuk Koruma Kanununa egemen “koruma” ve de Alman Gençler Ceza Hukukuna egemen “eğitim” düşüncesinde bir kez daha göstermektedir. Bu anlamda çocukları, ceza hukuku kapsamında yetişkinlerle aynı kefeye koymamak ve de çocukların fiziksel, zihinsel ve psikolojik olgunluğa erişmesine kadar geçen zaman içinde orantısız cezai tepkilerden korumak için, çocuk/genç suçluluğunun karakteristik yapısına ve şekilsel özelliklerine özel ilgi gösterilmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada Almanya ve Avrupa’daki araştırmalar ve bilimsel çalışmalar esas alındığından ve de çocuk suçluluğu, karakteristik yapısı ve de yapısal ve formsal itibariyle, toplumdan topluma, (kültürel, sosyal ve ekonomik sebeplerden dolayı) farklılık gösterebileceğinden, bu çalışma Türkiye’deki çocuk suçluluğunu anlamada yardımcı bir kaynak olarak görülmelidir.

¹ Burda çocuk suçluluğu ibaresiyle kast edilen daha ziyade, çocuk suçluluğuna egemen basit ve orta ağırlıklı suçlardır, örneğin basit adam yaralama, hırsızlık, mala zarar verme suçları gibi. Bu anlamda çocuklar tarafından işlenen ağır suçlar, örneğin adam öldürme, tecavüz ve ya ağır gasp, çocuk suçluluğuna karakterini veren suç tiplerine girmediğinden, çocuk suçluluğu kavramının dışında tutulmuştur. Bu husus çalışmanın ileri aşamalarında daha ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Genç suçluluğuyla da 14 ile 16 yaş grubuna dahil kişilerin işledikleri fiiller anlatılmak istenmiştir. Bu kapsamda belirtmek isterim ki, çocuk ve genç kavramları farklı grupları temsil etse, psikolojik ve sosyal gelişimleri bakımından farklılık gösterebilir de, bu çalışmada verilen kaynaklar iki grup içinde önemli olduğundan, iki grupta çalışmaya dahil edilmiştir.

I) ÇOCUK SUÇLULUĞUNUN KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ

Çocuklara özel bir ceza hukukunda, koruma ya da eğitim düşüncesinin anlamının kavranabilmesi için, çocuk suçluluğunun karakteristik yapısının iyi bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin, çocukların çocukluktan yetişkinliğe geçtiği dönem içerisinde işlemiş olduğu basit suçların, örneğin hırsızlık, basit adam yaralama ya da mala zarar verme suçlarının, gelişim süreçlerinin bir parçası olduğunun tespitini yapabilmek bize çocuk suçluluğuyla yetişkin suçluluğunun karakter yapıları arasındaki farkı anlayarak, çocuk suçluluğuna farklı bir bakış açısıyla bakmamıza yardımcı olacaktır. Keza, Almanya`da ceza ehliyetine sahip olmayan 14 yaşın altındaki çocuklarla, gençlerin ve ya yetişkinlerin işlemiş oldukları suçlar bile farklı kavramlarla ifade edilmektedir. "Kriminalität" kavramıyla, işlenmesi halinde ceza hukuku kapsamında belirli bir devletsel tepkiyi beraberinde getiren her türlü fiil, anlatılmak istenirken², "Kinderdelinquenz" kavramıyla 14 yaşın altındaki küçüklerin suç oluşturmayan, ceza hukukuna aykırı fiilleri vurgulanmaktadır³. Bu anlamıyla Alman Literatüründe, 14 ile 18 yaş grubuna giren gençlerin işlemiş oldukları suçları "Kriminalität" kavramı yerine "Jugenddelinquenz (Genç Suçluluğu)" ibaresiyle ifade etmeye çalışarak, yetişkinlerle gençler arasında işlenen suçların karakteristik yapı farklılığını ibaresel olarak dile getirmeye çalışanların sayısı az değildir. Bunu desteklemek için sunulan argümentlerin başında, çocuk ve gençlerin motivasyonel ve de ruhsal bakımdan yetişkinlerden farklı özelliklere sahip oldukları, bu anlamıyla bunların ceza hukukuna aykırı eylemlerinin kural olarak yetişkinlerin işlemiş oldukları suç tiplerine pek uymadığı, gelmektedir⁴.

Değindiğimiz hususlara açıklık getirebilmek için aşağıda, çocuk ve genç suçluluğunun kural olarak belirli bir dönem içerisinde (episode) kendini gösteren normal hukuka aykırılıklar olarak mı, yoksa kriminal bir kariyerin ilk basamağı olarak mı görülmesi gerektiği sorusuna değinilerek, çocuk ve genç suçluluğunun karakter ve biçimsel yapısı ele alınacaktır.

² Eckard Pongratz, Zum Umgang mit kindlichen Auffälligkeiten, 1. Baskı, Mainz 2000, S.15.

³ Josef Kürzinger, 2. Baskı, Dresden 1996, Kriminologie, Rn. 271; Hans Joachim Schneider, Kriminologie, New York 1993, S. 220.

⁴ Karşılaştırma için bkz. Eckard Pongratz, Zum Umgang mit kindlichen Auffälligkeiten, 1. Baskı, Mainz 2000, S. 18; Frank Neubacher, "Kinderdelinquenz", Zeitschrift für Rechtspolitik, 1998, S.121 (123).

a) Episode mi Yoksa Kriminal Kariyerin İlk Basamağı mı?

Çocuklara özel, çocukları ceza hukukunun ağır ve aşırı tepkilerinden koruma düşüncesinin ve ya Alman Gençler Ceza Hukukuna ege- men "Eğitim Düşüncesinin" gerçekleştirildiği bir ceza hukukunun gerek- kip gerekmediğini iyi bir şekilde kavrayabilmek için tespiti yapılması gereken hususların başında, çocuklar tarafından işlenen suçların ço- cukların gelişim evresinin bir parçası olup olmadığı gelmektedir. Keza çocuk suçluluğunu bir episode olarak değilde, ileri kriminal kariyerin ilk aşaması olarak görmek, çocukların işlediği suçlara verilecek cezayı tepkilerin şeklini ve de ağırlık derecesini ve çocuk ceza hukukuna ege- men ilkenin karakterini köklü şekilde etkileyecektir. Başka bir deyişle, çocukların işlediği suçları, yetişkin suçluluğuyla karıştırmamak ve de çocuklara işledikleri fiiller yüzünden daha bir müsamaha gösterebilme- nin yoluda bu tespitten geçmektedir. Çünkü, çocukların gelişim evreleri içinde hukuka aykırı fiiller işlemesi nadir görülen bir olgu değilse, ço- cukları, eğitim ya da koruma düşüncesiyle olsa bile, her eylemlerinden dolayı cezalandırmanında gerekli olmadığı anlaşılır demektir. Çocuk- ların davranışlarının kendine ait kuralları vardır ve büyük çoğunlukla çocuk suçluluğuna, çocukların oyun, spor ve macera arayışları damga- sını vurmaktadır⁵. Suçsal fiiller, çocukluk döneminde, çocuğun gelmiş olduğu sosyal sınıftan bağımsız olarak hemen hemen bütün çocuklarda görülmekte ve bu durum alışla gelmemiş bir durum olarakta görülme- mektedir⁶. Bu kapsamda, Alman Gençler Ceza Hukukunda eğitim dü- şüncesi odaklı tartışmalara değinmekte yarar vardır. Almanya'da genç suçluluğunun, her halükarda gençlerin eğitim ve yetiştirme eksikliğiyle açıklanamayacağı ve de bu yüzden gençleri eğitmek amacıyla Alman Gençler Ceza Kanununda düzenlenmiş eğitsel tedbir ve cezalara baş- vurmanında gerekli olmadığı hakim olan görüştür⁷. Bu görüşe daya-

⁵ Hans Joachim Schneider, *Kriminologie*, New York 1993, S. 225.

⁶ Hans Göppinger, *Kriminologie*, 5. Baskı, München 1997, S. 502; Günther Kaiser, *Kriminologie*, 6. Baskı, München 2006, § 29 S. 267; Eckard Pongratz, *Zum Um- gang mit kindlichen Auffälligkeiten*, 1. Baskı, Mainz 2000, S. 63 ; Josef Kürzinger, *Kriminologie*, 2. Auflage, Dresden 1996, Rn. 271; Hans Joachim Schneider, *Kri- minologie*, New York 1993, S. 228; Weber/Meier-Stier in: Wollenweber, *Kinder- delinquenz und Jugendkriminalität*, S. 41; Alexander Böhm, *Einführung in das Jugendstrafrecht*, 3. Baskı, München 1996, S.16; Peter Alexis Albrecht, *Jugendstraf- recht*, 3. Baskı, München 2000, § 2, S. 12; Karl Thomas, "Der *Kinderdelinquenz Ein- halt gebieten- aber wie?*", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1999, S. 193f.

⁷ Örneğin Wolfgang Heinz, "Das *Jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert*", *JuS* 1991, S. 898f.; Peter Alexis Albrecht, *Jugendstrafrecht*, 3. Baskı, München 2000,

nak en önemli husussa, genç suçluluğunun da, çocuk suçluluğu gibi, genel olarak geçici bir evre “*episode*” olarak görülmesi gerektiği ve de gençlik evresinde işlenen suçların ve de suç tiplerinin yetişkinliğe geçiş dönemiyle ilintili olarak azalmaya başladığıdır⁸. Bu durum literatürde şu şekilde açıklanmaktadır; gençler yaşlarına ve gelişim süreçlerini tam tamamlamamalarıyla alakalı, hukuk kurallarını daha erken ihlal edebilmektedirler⁹. Çocuk ve genç suçluluğunun normal, yani hemen hemen bütün genç ve çocukların gelişim evresinde görülen bir durum olduğu kriminolojik araştırmalarda kanıtlanmıştır. Bu araştırmalar şöyledir;

Wallerstein ve Wyle`nin 1947`de New York`ta 1698 kişi üzerinde yaptığı gizli suçluluk araştırması neticesinde araştırmaya katılanların % 99`u geçmişlerinde bir ve ya daha fazla suç işlemiş olduklarını ifade etmişlerdir. Bu erkek deneklerden % 89`u 16 yaşından sonra en az bir tane basit hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olduklarını beyan etmişlerdir¹⁰.

1973 tarihinde Hamburg`ta 5169 öğrenci üzerinde araştırma yapılmış, bu araştırma neticesinde, ankete katılan 8. sınıf öğrencilerinden (farklı okullara mensup) hemen hemen hepsi basit bir suç işlemiş olduklarını itiraf etmişlerdir. Bu suçların çoğunluğunu, hırsızlık, mala zarar verme ve biletsiz otobüse binme suçları oluşturmuştur¹¹.

Schumann 1987 yılında 15 ile 17 yaş arası 740 genç arasında yaptığı araştırmada, bunların % 83`nün hayatlarında en az bir kez gençlere has basit suç işlemiş olduklarını tespit etmiştir¹².

§ 9 I, S. 79.

⁸ Karşılaştırma için Torsten Lenz, Die Rechtsfolgensystematik im Jugendgerichtsgesetz, Dissertation 2007, S. 127; Klaus Jürgen Seisar in: Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich, Dissertation 1987, S. 75; Michael Bock, Kriminologie, 2. Baskı, München 2000, S. 372; Hans Jörg Albrecht, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?, München 2002, S. 26; Lösel/Bliesener, Aggression und Delinquenz unter Jugendlichen, München 2003, S. 9; Frieder Dünkel in: Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich, 1997, S. 574.

⁹ Gençler ve yetişkinlerin işlediği suçlar, suç tipleri ve ağırlık dereceleri ve de suç işlemelerine neden unsurlar birbirlerinden farklılık gösterdiğinden, genç ve ya çocuk suçluluğu kavramıyla yetişkin suçluluğu kavramı arasındaki farkı gözden uzak tutmamak gereklidir. Örneğin, yetişkinlerin işlediği vergi kaçırma, evrakta sahtekarlık ve ya dolandırıcılık suçu türleri genç suçluluğunda belirleyici değildir.

¹⁰ Günther Kaiser, Jugendkriminalität, Weinheim 1977, S. 18ff.

¹¹ Konuya dair bkz. Arthur Kreuzer, “Schülerbefragung zur Delinquenz“, RdJB 1975, S. 229-239.

¹² Schumann nach Voß, “Jugendkriminalität zwischen Normalisierung, Informalisierung

Köln ve Freiburg`ta 1999 yılında 13 ile 16 yas arası 5331 öğrenci gizli suçluluk kapsamında yapılan araştırmaya katılmışlardır. Araştırma çerçevesinde ankete katılan erkek öğrencilerin % 71,6`sı ve kız öğrencilerden % 51,7 `si geçmişte bir suç işlemiş olduklarını itiraf etmişlerdir. Bu araştırmada ama dikkati çeken en önemli noktaysa, ankete katılan erkek öğrencilerden % 9`nun anket kapsamında itiraf edilen suçların % 50`sinden sorumlu olduklarının tespit edilmiş olmasıdır¹³.

Hemen hemen herkesin, hayatında bir defada olsun kanuna aykırı eylem işlediğine en önemli örneği İsveç`te yapılan bir gizli suçluluk araştırması ortaya koymuştur. İsveç`te yapılan çalışmaya göre ankete katılan hukuk fakültesi öğrencilerinden % 92`si gençlik döneminde bir suçtan dolayı sorumlu olduklarını itiraf etmişlerdir¹⁴.

Yukarıda sunmuş olduğumuz araştırmalardan çıkan sonuçlardan en önemlilerinden biri, çocuk suçluluğuna egemen basit suçların işlenmesine ceza hukuku kapsamında tepki vermenin ilk etapta gerekli olmadığıdır, şayet Alman Gençler Ceza Kanununda bahsedilen eğitim düşüncesine ve de Türk Çocuk Koruma Kanununa ,sözümona, egemen koruma anlayışına samimi şekilde inanılıyorsa. Keza çocukların suç işlemesini, onların yeterli şekilde eğitilmediği ya da korumaya ihtiyaç duyduklarının bir göstergesi olarak algılasak, hemen hemen bütün çocukların iyi bir eğitim almadığını ya da ceza hukuku tedbirleriyle koruma altına alınması gerektiğini de inanmamız gerekir¹⁵, ki böylesi bir anlayışın bilimsel bir temelini olmadığı yapılan gizli suçluluk araştırmalarında ortaya koymuştur.

und Strafverfahren“, in: FS für Lekschas, S. 85.

¹³ Dietrich Oberwittler, *Soziale Lebenslagen und Delinquenz von Jugendlichen*, Dissertation 1998, S. 21; benzeri sonuçlara varan araştırmalar için bkz. Carola Heitlinger, *Die Altersgrenze der Strafmündigkeit*, Dissertation 2004, S. 38.

¹⁴ Gerhard Wolf in: *Freiheit statt Strafe*, S. 18. Aynı şekilde Amerika`da ve Norvec`te yapılan araştırmalarda sadece küçük bir kısım gencin hayatlarında hiç bir suçla karşılaşmış olduklarını ortaya koymuştur. Bkz. Hans Joachim Schneider, *Kriminologie*, New York 1993, S. 184ff. Ayrıca farklı örnekler için, Weber/Meier-Stier, *“Kinderdelinquenz im Wandel“*, in: Wollenweber, *Kinderdelinquenz und Jugendkriminalität*, S. 37; Oberwittler, *Soziale Lebenslagen und Delinquenz von Jugendlichen*, Dissertation 1998, S.19 f.; Hans Göppinger, *Kriminologie*, 5. Baskı, München 1997, S. 502.

¹⁵ Aynı şekilde Heribert Ostendorf, *JGG*, 6. Baskı, München 2003, Grdl. zu § 1-2 Rn. 5.

b) Yoğun Şekilde Suç İşlemiş Gençler “Intensivtäter”

Yalnız şunu belirtmek gerekirken, çocukluk ve ya gençlik döneminde ortaya çıkan hukuka aykırı davranışların hemen hemen bütün çocuklarda görüldüğü kuralına sınırlamanın getirilerek daha somutlaştırılması gerekmektedir. Keza, çocuk suçluluğunun normallığı ve de sebeplerine dair yapılan araştırmalar göstermişirki, gençler ve de çocuklar arasında (sayısı fazla olmasada), göz ardı edilemeyecek küçük bir grubun var olduğu, ve de bu grup içerisindeki çocuk ve gençlerin yoğun bir şekilde suç işledikleridir. Örneğin Bock'un araştırmalarına göre Almanya'da gençler tarafından işlenen suçların yarısından fazlası polis kayıtlarına geçmiş genç suçluların yüzde 5-7' si tarafından işlenmektedir¹⁶. Bu tespitin doğal sonucu, bu gruba giren “Intensivtäter” çocuk ve gençler için, çocuk suçluluğunun normal olduğu ve ileriki suçluluk için bir gösterge olmadığı tezinin geçerli olmadığıdır. Schneider'a göre bu gruba dahil olan ve de çocukluk ve gençlik evresinde yoğun şekilde ceza hukuku kurallarını ihlal eden kişilerin, ileride de (yetişkin oldukları dönemde de) sık sık suç işleme ve çocukluk döneminde kazanmış oldukları kriminal kariyeri sürdürme eğilimleri kuvvetle muhtemeldir¹⁷. Yalnız bu iddianın relative edilerek, sınırlandırılması gerektiğine inanmaktayım. Keza Lamnek'in araştırmaları ortaya koymuşturki, bahsini ettiğimiz yoğun şekilde suç işlemiş olan intensiv genç suçluların yarısı dahi 18' ne vardıktan sonra kriminal kariyerlerinden vazgeçmektedirler. Bu durum yoğun bir şekilde suç işlemiş ve 10 yılı aşkın gözlemlenmiş gençler arasında yapılan bir araştırmayla desteklenmiş durumdadır¹⁸. Ayrıca şunuda belirtmek gerekirken, Schneider'in yoğun şekilde suç işlemiş gençler hakkında ileri sürmüş olduğu iddianın daha kapsamlı şekilde araştırılması gerekmektedir,

¹⁶ Michael Bock, Kriminologie, 2. Baskı, München 2000, S. 372; konuya dair ayrıca bkz. Schneider, Einführung in die Kriminologie, S.223f.; Dietrich Oberwittler, Soziale Lebenslagen und Delinquenz von Jugendlichen, Dissertation 1998, S. 27f.; Hans Joachim Schneider, “Wesen und Erscheinungsformen der Kinder- und Jugenddelinquenz”, Jura 1991, S. 342ff.; Dieter Rössner, “Erziehungsgedanke und Systematik des Jugendgerichtsgesetzes”, in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, S. 350f.

¹⁷ Hans Joachim Schneider, Kriminologie, New York 1993, S. 223f.; Toni Breuer, Kriminologie als kriminologische Handlungslehre, Langwaden 1998, S. 378f.

¹⁸ Siegfried Lamnek, “Sozialisation und kriminelle Karriere, in: Mehrfach auffällig, 1982, S. 34; aynı şekilde Wolfgang Ludwig, “Die Funktion des Erziehungsgedankens im Jugendstrafvollzug”, ZfJ 1986, S. 337f.

çünkü bu konuda yeterli derecede kanıt literatürde sunulmuş değildir¹⁹. Aynı şekilde Heinz`de, geçmişinde bir çok suç işlemiş gençlerin genelde belirli bir dönemde intensiv-aşırı şekilde kanunları ihlal etmiş olduklarına dikkati çekmektedir²⁰. Sonuç olarak diyebiliriz ki; çocuk ve gençlerin bu dönemlerde işlemiş oldukları hukuka aykırı fiiller kural olarak normal ve yetişkin olmakla birlikte geçici olan bir davranış şekli olarak görülmelidir. Bu kurala istisnayı ilk etapta, yoğun şekilde suç işlemiş olan gençlerin oluşturmaktadır.

c) Ağır Suç(lar) İşlemiş Gençler Bakımından Çocuk Suçluluğunun Normallığı Tezinin Savunulabilirliği!

Ağır suçların işlenmesini, çocukluk ya da gençlik evresinde görülen suçluluğun normal bir hareket olması tezi içinde değerlendirmek pek mümkün görünmemektedir, çünkü böylesi ağır suçların işlenmesi (adam öldürme, tecavüz gibi) ne çocuk suçluluğuna egemen, basit ve orta ağırlıklı suç işlenmesi konseptine uymakta ne de çocukların ve ya gençlerin gelişim evresi içerisinde görülebilen hukuka aykırılıklar perspektifinde bakıldığında "*jugendtypisch*" yani çocuksal ya da gençsel olarak değerlendirilebilmektedir. Keza polis tarafından tutulan Kriminal-istatistiklere bakıldığında görüleceği gibi ağır suçlar, çocuklar ve gençler tarafından nadiren işlenmekte ve de bu suçların işlenmesinin nedenleriyle, "*jugendstypisch*" olarak değerlendirdiğimiz basit suçların işlenmesinin nedenleri farklılık göstermektedir. Aynı şekilde belirtilmesi gerekirken, ağır suçları işleyen çocuk ve ya gencin, bu tür suçları işlemesini iyi eğitilmediği çıkarımıyla açıklamaya çalışmak her olay için geçerli değildir. Yani çocukların ve ya gençlerin böylesi ağır suçları işlemesine kötü eğitim, yetersiz aile eğitimi ya da farklı nedenler sebep olabileceği gibi, böylesi ağır suçların işlenmesinin gençler ya da çocuklar arasında görülmesinin nedenini psikolojik sorunlarda oluşturabilir²¹. Yapılan araştırmalar, yoğun şekilde suç işleyen ya da

¹⁹ Siegfried Lamnek, "*Die spezialpräventiven Wirkungen jugendrichterlicher Maßnahmen*", in: Jugendstrafe an Vierzehn und Fünfzehnjährigen, S. 45f.

²⁰ Wolfgang Heinz, "*Das Jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert*", JuS 1991, S. 898; vgl. auch Lösel/Bliesener, Aggression und Delinquenz unter Jugendlichen, München 2003, S. 9.

²¹ Konuya dair ayrıca bkz. Dieter Rössner, "*Erziehungsgedanke und Systematik des Jugendgerichtsgesetzes*", in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, S. 350f.

ağır suçlar işlemiş gençler arasında ciddi sosyal problemleri, aile ve okul yaşamlarında ciddi zorluklarla karşı karşıya olanların varlığını ortaya koymuştur²². Yani bu tip gençler ve ya çocukların, işlemiş oldukları suçları, çocuk suçluluğunun normallığı varsayımı dışında, psikolojik, sosyal ya da başka nedenlere dayanan eksikliklerle açıklamak daha tutarlı görünmektedir.

d) Çocuk ve ya Genç Suçluluğunun Normallığı Varsayımına Eleştiriler

Alman Literatüründe, çocuk ve ya genç suçluluğunun normal "episode" olduğu ve de normal kabul edilebilecek basit çocuk suçluluğunun aktörleri genç ve ya çocukların eğitimi için ekstra cezaiyî tedbirlere başvurma'nın gerekli olmadığı varsayımına eleştirel bakan düşüncelerde vardır. Bock`a göre genç suçluluğunun normal ve episode olduğuna dair varsayımlar sadece yanıltıcı olmayıp, aynı zamanda saf bir yaklaşım. Bock bu düşüncesini kanıtlamak için, aksi düşüncede olanların, genç ve çocuk suçluluğuna eksik ve yetersiz yetiştirme ile eğitimin sebep olduğunu görmezden geldiklerini iddia etmektedir²³. Bock`un bu düşüncesine destek Beulke`den gelmektedir. Beulke, Bock`tan farklı olarak, genç ve çocuk suçluluğunun, gizli suçluluk araştırmalarında gösterdiği gibi, normal olduğunu kabul etmekle birlikte, genç ve çocukların basit suçlarına dahi cezaiyî tepki vermemenin yanlış olduğunu düşünmektedir. Beulke`ye göre, basitte olsa, işlenmiş bir suçta tepki verilmemesi çocuk ve gencin eğitilmesinde yanlış bir yöntem olacaktır. Keza aksi halde, aile içinde dahi çocuğun yaramazlıklarına hiç bir şekilde tepki verilmemesi ve de çocuğun cezalandırılmaması gerekir²⁴.

Çocuk suçluluğunun normallığıne ve de bunun genç ve ya çocukların gelişim evrelerinin bir parçası olduğuna ve bunun gizli suçluluk araştırmalarıyla desteklenmiş olmasına kuşkuyla yaklaşan ve eleştiren diğer isimlerden biride Grünewald`tır. Grünewald`a göre, her çocuğun ve ya gencin hukuka aykırı fiiller işlemesi ve de bu fiillerin

²² Dieter Rössner, "Erziehungsgedanke und Systematik des Jugendgerichtsgesetzes", in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, S. 350f.

²³ Michael Bock, "Je weniger desto besser", in: FS für Hanack, S. 634.

²⁴ Werner Beulke, "Brauchen wir eine Wende im Jugendstrafrecht", in: GS für Meyer, S. 691.

bir çoğunun gizli kalması "*Ubiquitäts- Eposodenhaftigkeitstheze*" tezi sadece genç ve çocuklar için geçerli olmayıp, bu durumu yetişkinlerde de görmek mümkündür. Yani, Grünewald yetişkinlerinde basit suçluluk kapsamında birçok suç işledikleri ve de bunların bir çoğunun gizli kaldığı (soruşturma makamlarına intikal etmediği), bu anlamıyla "*Ubiquität- gizli suçluluk*" tezinin yetişkinler içinde geçerli olduğu sonucuna varmaktadır²⁵. Bu haliyle Grünewald'a göre sadece genç ve ya çocuk suçluluğunun normal olduğu iddiası, yetişkin suçluluğunun basit suçlulukta kalan kısmının buna dahil edilmemesi, yanlış bir çıkarımdır. Şunu belirtmek gerekirken, Grünewald bu sonuca, yetişkinlerin işlediği basit suçlarında normal bulup onlara karşıda cezayı tepki verilmemesini savunmak için değil, bilakis, çocukların işledikleri basit suçlarında, yetişkinlerde olduğu gibi, Alman Gençler Ceza Hukukunda düzenlenmiş eğitim tedbirleri ve ya cezalarla müdahale edilmesi gerekliliğini ortaya koymak için varmaktadır. Yoksa, ilerde belirli bir kriminal kariyer yapma riski olan çocukların zamanında tespit edilememesi tehlikesi büyük olacaktır. O yüzden, çocuk/genç suçluluğunun normal olduğu varsayımına inanmak, çocuk ve ya gençlerin hukuka aykırı fiillerine, basitte olsalar, müdahale etmemeyi meşru kılmamaktadır²⁶.

e) Eleştirilere Karşı Kişisel Düşünce

Daha öncedende değinildiği gibi, çocuk/genç suçluluğunun temelini eksik eğitim ve yetersiz gelişimin oluşturduğu yönlü Bock'un düşüncesine karşı şu şekilde itiraz edilebilir. Bock'un düşüncesini kabul ettiğimizde, hemen hemen bütün çocuk ve gençlerin iyi eğitilmediğini ve de gelişim süreçlerinin eksik şekilde ilerlediğini kabul etmemiz gerekecektir, çünkü yukarıda da (gizli suçluluk araştırmaları ışığında da) vurguladığımız gibi, hemen hemen her çocuk ve ya genç hayatlarında birkezde olsa, hafif suçlar işlemiş vaziyettedir. Ayrıca, Bock'un düşüncesinin bir temeli olup olmadığını bilmek için, çocukluğunda ya da gençliğinde basit suç işlemiş kişilerden kaçının,

²⁵ Ralph Grünewald, Die De-Individualisierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht, Dissertation 2003, S. 181-185.

²⁶ Ralph Grünewald, Die De-Individualisierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht, Dissertation 2003, S. 181-185.

yetişkinlik döneminde de (çocukluk döneminde işlediği suçlara tepki verilmediğinden dolayı), suç işlediğini tespit etmek gerekmektedir. Araştırmalar, gençsel (jugendtypisch) olan suçluluğun, yetişkinlik döneminde kendiliğinden bırakıldığını, çocukluk döneminde görülen suçluluğun kural olarak ileriki yaşamda kriminal bir kariyerin başlangıcı olmadığını ve yetişkin suçluluğunun oluşum ve karakter yapısının çocuk suçluluğundan farklı olduğunu göstermiştir²⁷. Ayrıca belirtilmesi gereken farklı bir hususda var ki, o da, çocuk/genç suçluluğunun kaynağının eksik ve yetersiz eğitim/gelişim olduğunu farz etsek bile, bu eksik eğitim ve ya gelişimin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını ceza hukuku kapsamında nasıl çözebileceğimiz sorusuna cevap vermek gerekecektir, şayet Alman Gençler Ceza Hukukundaki "eğitim" ve Türk Çocuk Koruma Kanunundaki "koruma" düşüncesine samimi bir şekilde inanılıyorsa. Çünkü yapılan bilimsel araştırmalarında gösterdiği gibi, ceza hukuku kapsamında öngörülen tedbirlerle ve ya cezalarla, ne çocukların eğitilmesi ne de onların korunması amacına hizmet etmek mümkün değildir²⁸. Hatta ceza hukuku tedbirlerinin, eksik ve yetersiz eğitilen ya da yetiştirilen, ve de bu yüzden suç işlemeye eğilimli olan gençlerde tam tersi bir etki yarattığı, yani onları daha bir kriminal yaptığı bilimsel çevrelerde hakim olan görüş-

²⁷ Bkz. Frank Neubacher, "Kinderdelinquenz", Zeitschrift für Rechtspolitik, 1998, S.121 (123); Eckard Pongratz, Zum Umgang mit kindlichen Auffälligkeiten, 1. Baskı, Mainz 2000, S.67.

²⁸ Bu noktada Almanya'da yapılan yeniden suçluluğun tespitine hizmet eden istatistiklere dikkati çekmek isterim. Bu istatistiklere göre, hükmedilen ceza ve ya tedbirin şekline göre, o tedbir ve ya cezanın infazı sonrası işlenen yeniden suçluluğun oranında farklı olmaktadır. Bu istatistiklere göre, belirli bir kurum, kuruluşa ya da cezaevine sevk edilen çocukların yeniden suç işlemesi oranı, bu tür eğitim kurumlarına ya da cezaevlerine yerleştirilmeyip başka şekilde cezalandırılan çocukların suç işleme oranından daha fazladır. Aynı şekilde, hükmedilen ceza ve ya tedbirin sertliğiyle ve uzun sürmesiyle orantılı olarak yeniden suç işleme riskide artmaktadır. Bunu daha somutlaştırmak gerekirse; İlk suçlarından dolayı mahkeme önüne çıkartılmış gençler arasında yapılan yeniden suçluluk araştırmasına göre, hürriyeti bağlayıcı ceza dışında, davanın kapatılması ya da başka hafif cezalarla cezalandırılanların yeniden suç işleme oranı, hürriyeti bağlayıcı cezalarla çarptırılan gençlerden daha azdır. Bu nedenledir ki literatürde haklı olarak, ne kadar ağırsa hükmedilen ceza ve ya tedbir, yeniden suç işlenmesi riskide o kadar daha fazladır varsayımı ciddi şekilde savunulmaktadır. Konuya dair tartışmalar için bkz. Berckhauer/Hasenpusch, "MSchrKrim 1982", S. 319; ayrıca Hans- Jörg Albrecht, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?, München 2002, S.53. Ayrıca Wolfgang Heinz, "Das Jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert", JuS 1991, S. 898; Albrecht/Dünkel/Spieß, "Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit der Kriminalität", MSchrKrim 1981", S. 317f.

tür²⁹. Bu bağlamda Beulke'nin ceza hukuku tedbirlerini, aile içindeki eğitimde de çocukların cezalandırıldığı savıyla, meşru göstermeye çalışmasının, kabul edilebilir bir yanının olmadığını belirtmek gerekir, çünkü aile içindeki eğitim ile çocuklara ve ya gençlere özel ceza hukukunda adı geçen eğitim ya da koruma kavramlarının içerik olarak aynı kefeye koymak ya da karşılaştırmaya çalışmak tamamıyla yanıltıcıdır. Örneğin, aile içinde geçerli olan, sıcaklık, bireysel ilişki, sevgi, ailesel bağlar ve de bununla ilintili olan eğitime göreviyle, işlenen kriminal suçlara cezai müdahaleyi kendine ödev edinen ceza hukukunun mantığını kıyaslamak mümkün değildir.

Grüneward'ın argümanları da belirli noktalarda tutarlı görünmemektedir. Grüneward'ın dediği gibi, gizli suçluluk oranının yetişkinler arasında da yoğun olduğu savını kabul etsek bile, bu yetişkinler arasında işlenen hafif suçluluğunda, gençlerde olduğu gibi, normal olduğu tezini kanıtlamaya yetmez, çünkü çocuk ve ya gençlerin hukuka aykırı fiiller işlemesinin hareket nedenleri ve motivasyonlarıyla, çocuk ve ya gençlerin kural olarak belirli basit suçları işlemesinin sebepleri, yetişkinlerinkiyle aynı değildir³⁰. Çocuk/genç suçluluğunun kural olarak normal olması teziyle dile getirilmek istenen, basit suçların işlenmesinin kural olarak, çocuk ve gençler arasında alışılmadık bir durum olmadığı ve de bu anlamıyla normal olarak görülebileceğidir, çünkü çocuk ve ya gençlerin belirli nedenlerden dolayı (örneğin olgun olmayışları, macera arayışları, düşüncesiz davranmaları vs.) hukuk kurallarını çiğnedikleri varsayımından hareket edilmektedir. Bu durum ama yetişkinler için söz konusu değildir. Örneğin, yetişkin birinin süpermarkette bulduğu fırsatı kaçırmamak için, düşüncesiz davranarak hırsızlık yapması ya da kendini arkadaş grubuna kanıtlamak için bir kavgaya girmesi ya da arkadaş baskısı yüzünden belediye otobüsünü boyaması, pek akla yatkın gelmemektedir. Ama bu saydığımız faktörler, çocuk ve ya genç suçluluğunda belirleyici unsurlardan

²⁹ Konuya dair tartışmalar için bkz. Hans-Jörg Albrecht, *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?*, München 2002, S.53; Albrecht/Dünkel/Spieß, "Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit der Kriminalität", *MSchrKrim* 1981", S. 317f.; Horst Viehmann, "Statt Verschärfung des Jugendstrafrechts, in: *Entwicklungsstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht und im europäischen Vergleich*, S. 656f.

³⁰ Hans Joachim Schneider, "Wesen und Erscheinungsformen der Kinder- und Jugenddelinquenz", *Jura* 1991, S. 344.

biridir. Ayrıca, Grünewald`ın dediği gibi, yetişkinlerin basit suçluluğunda normal/episode olması varsayımı (dogru olduğunu kabul edelim), bu onun dediği gibi, çocuk ve ya genç suçluluğuna karşıda cezai tedbirlerin uygulanmasının zorunlu olduğu sonucuna zorunlu olarak götürmek durumunda değildir. Grünewald`ın bu varsayımını, yetişkinlerin işlediği basit suçlara karşıda cezai tedbirlerin uygulanmasının zorunlu olmadığı yolluda yorumlayabiliriz³¹.

II) ÇOCUK SUÇLULUĞUNUN YAPISAL GÖSTERGELERİ

Çocukların işlemiş oldukları fiillerin ayırt edici özellikleri, hareket ve davranışlarına neden olan motivasyonları bizim için, çocuk/genç suçluluğuyla yetişkin suçluluğu arasındaki farkı anlamamızda yardımcı olan önemli belirtilerdir. Çocuklar ve gençler gelişim evresi içinde olup, yetişkinliğe geçebilmek için bu evreyi tamamlamak zorundadırlar. Bunun içinde, içinde buldukları toplumu tanıyabilmek ve toplum içerisinde topluma uygun (ya da aykırı) bir birey olabilmek içinde, o toplumun kurallarını öğrenmek, yetişkinlerin önceden yaratmış oldukları dünyayı tanımak durumundadırlar. Çocuklar bu anlamıyla, yetişkinliğe geçmeden evvelki aşamada, kendilerine ait bir dünyaya sahiptirler ve de bu dünya içinde gerçek ve fantezi arasındaki çizgi kalın bir şekilde çizilmemiş olup, kuralları çiğnemek görülmemiş bir davranış şekli değildir³². Yalnız çocukların davranışlarına egemen olan kasıt ve hareket sebepleriyle yetişkinlerinkinin aynı değildir. Macera arayışı, yeni bir şeyler deneme hırsı, deneyim eksikliği, saflık, can sıkıntısı vs. gibi durumlar çocuk suçluluğunun ortaya çıkmasına neden faktörler arasındadır³³. Örneğin bir çocuk, saygısını kazanmak

³¹ Cezai tedbirlerin uygulanmasının zorunlu olmadığı durumlarda, hukuka aykırı fiillerle ortaya çıkan zararın özel hukuk kapsamında tazminine gidilmesi gerekir. Bu bağlamda şunu belirtmek isterim ki, Avrupa`da ceza hukukunun tamamıyla iptal edilmesi, ağır suçlar dışında kalan suçların özel hukuk kurallarıyla halledilmesi, ağır suçları işleyenlerinde ceza evi dışında, rehabilite merkezlerinde rehabilite edilmesi gerektiğini savunan akımın "Abolitionistler" ciddi temsilcileri bile vardır. Örneğin, Plack Arno, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1. Baskı, München 1974.

³² Hans Joachim Schneider, Kriminologie, New York 1993, S. 223f .; Rudolf Wassermann, "Der Kinderdelinquenz Einhalt gebieten- aber wie?", NJW 1998, S. 2097 (2099).

³³ Rudolf Wassermann, "Der Kinderdelinquenz Einhalt gebieten- aber wie?", NJW 1998, S. 2097 (2099).

istediği kişiye kendini kanıtlamak için hukuka aykırı fiil işleyebilir. Çocuklar, hukuka aykırı fiilleri genelde oyun ya da boş zamanları esnasında işlemektedirler³⁴. Ayrıca çocuk suçluluğunun ayırt edici özelliklerinden biride, çocukların suç işlemeyi genelde planlamayıp, sadece ellilerine geçen fırsatı değerlendirmektedirler³⁵, örneğin önceden bir hırsızlık planı yapmamış bir grup çocuğun, alışveriş esnasında o anki grup dinamiği içinde hırsızlık yapmaya çalışması ya da market sahibinin dalgınlığının onları spontan şekilde hırsızlık yapmaya güdülemesi ya da içlerinden bazılarının grup baskısına boyun eğmesi gibi. Ayrıca çocuklar yakalandıklarında, işledikleri suçu itiraf etmeye, yetişkinlerin aksine çok daha hazırdırlar³⁶.

Çocuk suçluluğunun yetişkin suçluluğundan, nedensel özellikleri bakımından farklılık gösterdiğini belirtmek için son olarak hırsızlık suçunu örnek göstermek isterim. Hırsızlık suçu çocuklar ve gençler arasında işlenen suç tiplerinin ilk sırasında yer almaktadır. Bu oran hemen hemen işlenen çocuk suçluluğunun yarısına isabet etmektedir³⁷. Çocuklar arasında hırsızlık suçunun işlenmesinin nedenleri arasında, çocukların aileleri tarafından yaşlarının küçüklüğü nedeniyle daha az ceza alacaklarından dolayı kullanılmaları dışında³⁸, sevgi eksikliği, çocukların çevresi tarafından ilgi görmemesi, belirli bir gruba girmek isteyen çocuğun o grup üyeleri tarafından kullanılması, çocuğun kendine haksızlık yaptıklarını düşündüğü kişilerden intikam almaya çalışması³⁹ vs. gelmektedir. Çocukların işlemiş oldukları hırsızlık suçunda, yetişkinlerin işlediği hırsızlık suçlarındaki motivasyondan farklı olarak, para dışında, çocuğun üyesi olduğu grup içinde itibarını artırma güdüsü ya da prestij kazanma ihtiyacıda etkili olmuş olabilir⁴⁰.

³⁴ Pongratz, Zum Umgang mit kindlichen Auffälligkeiten, 1. Baskı, Mainz 2000, S.15.; Carola Heitlinger, Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, Dissertation 2004, S. 52.

³⁵ Weber/Meier-Stier, "Kinderdelinquenz im Wandel", in: Kinderdelinquenz und Jugendkriminalität, S. 42.

³⁶ Hans Göppinger, Kriminologie, 5. Baskı, München 1997, S. 510.

³⁷ PKS 2008, S. 88.

³⁸ Bu durum özellikle Türkiye gibi gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler için geçerlidir.

³⁹ Nave nach Weber/Meier-Stier, "Kinderdelinquenz im Wandel", in: Kinderdelinquenz und Jugendkriminalität, S. 32.

⁴⁰ Pongratz, Zum Umgang mit kindlichen Auffälligkeiten, 1. Baskı, Mainz 2000, S. 55.

III) SONUÇ

Yukarıda belirttiğimiz hususlar doğrultusunda varılabilecek sonucu aşağıdaki gibi özetleyebiliriz; çocuk ve ya gençler arasında görülen basit hukuka aykırı fiiller, kural olarak ileriki (yetişkinlik dönemindeki) kriminal kariyerin bir başlangıcı olmayıp, onların gelişim evresinin bir parçasıdır. Bu tespitle, bütün genç ve ya çocukların, gelişim evrelerinin bir parçası olarak mutlaka suç işleyeceği değil, şayet böylesi kanuna aykırı fiillerin görülmesi halinde bu durumun abartılmaması, cezai tedbirlere başvurmanın akla gelebilecek ilk alternatif olmaması gerektiği anlatılmak istenmektedir. Eğer çocuk ve ya gençlerin olgunlaşmadan önce farklı gelişim evrelerinden geçtiğine inanıyorsak, onları yetişkinlerle aynı kefeye koymamızın gerektiğide açıktır, ki çocuk ve ya genç suçluluğunun yapısal özellikleri bu olguyu destekleyici niteliktedir. Bu duruma, koruma ve ya eğitim düşüncesiyle istisna getirmek, samimiyetsiz bir tutum olacaktır. Bunu Alman Gençler Ceza Hukuku ve Türk Çocuk Koruma Kanunlarına egemen ilkeler ışığında somutlaştırdığımızda şöyle bir çıkarıma varırız; çocukları korumanın ya da eğitmenin olmazsa olmazlarının başında, onları ceza hukukunun uygulanma alanı dışına çıkarmak gelmektedir. Devlet müdahalesini ancak, hukuka aykırı suç işleyen çocuk ve ya gencin, bu aykırı davranışlara içinde bulunduğu ciddi sorunların neden olduğu ve ya müdahale etmemenin gelecekteki kriminal kariyeri destekleyici etkilerinin olduğu durumlarda düşünmek gerekir. Bu durumlarda bile, hürriyeti bağlayıcı tedbir ve ya cezalara başvurmak en son çare olarak düşünülmelidir, şayet çocukların korunması ve ya hatalarının gözler önüne serilerek eğitimlerine yardımcı olunmasına samimiyetle inanılıyorsa. Hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif olarak akla örneğin, para cezası, sosyal kurum ve ya kuruluşlarda hizmet etme cezası, belirli sosyal içerikli kurslara katılma, psikolojik yardım tedbirleri vs. gelebilir. Son olarak belirtmek isterimki, bu çalışma kapsamında hürriyeti bağlayıcı cezalara sadece, çocuk/genc suçluluğunun ağır biçimlerinde (örneğin adam öldürme ve ya tecavüz suçlarında) başvurulabilmesi savunulmaktadır, keza bu tür durumlarda mağdurun ve ya geride kalanların pozisyonu çocuk ve ya gençlerin konumlarından daha ağır basmaktadır.

KAYNAKLAR

- Albrecht, Hans-Jörg Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?, Gutachten zum 64. Deutschen Juristentag, 2002.
- Albrecht, Peter-Alexis Jugendstrafrecht, 3.Auflage, München 2000.
- Albrecht Hans-Jörg [u.a.] Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, MschrKrim 1981, S.310-325.
- Berckhauer, Friedhelm [u.a.] Rückfälligkeit entlassener Strafgefangener Zusammenhänge zwischen Rückfall und Bildungsmaßnahmen im Vollzug, MschrKrim 1982, S. 318-333.
- Beulke, Werner Brauchen wir eine Wende im Jugendstrafrecht? in: FS für Meyer, S. 676-697.
- Bock, Michael Kriminologie, 2.Auflage, 2000.
- Bock, Michael Je weniger desto besser. Wie im Jugendstrafrecht kriminologische Torheiten dogmatisch geadelt wurden, in: FS für Hanack, 1999, S. 625-638.
- Breuer, Toni Kriminologie als kriminologische Handlungslehre, Langwaden 1998.
- Böhm, Alexander Einführung in das Jugendstrafrecht, 3.Auflage, München 1996.
- Düinkel, Frieder Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich, in: Entwicklungstendenzen und Reformstrategien des Jugendstrafrechts im europäischen Vergleich, S. 565-635.
- Göppinger, Hans Kriminologie, 5.Auflage, München 1997.
- Grünwald, Ralph Die De-Individualisierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht, Dis. 2003.
- Heinz, Wolfgang Das Jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert, JuS 1991, S. 896-900 .
- Heitlinger, Carola Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, Diss. 2004.

- Kaiser, Günther Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlagen, 9.Auflage.
- Kaiser, Günther Jugendkriminalität, 3.Auflage, 1982.
- Kreuzer, Arthur Schülerbefragung zur Delinquenz, RdJB 1975, S. 229-238.
- Kürzinger, Josef Kriminologie, eine Einführung in die Lehre vom Verbrechen, 2.Auflage, Stuttgart,Dresden 1996.
- Lamnek, Siegfried Die spezialpräventiven Wirkungen jugendrichterlicher
- Maßnahmen, in: Jugendstrafe an Vierzehn- und Fünfzehnjährigen, P. Albrecht/ Schüler- Springorum (hrsg.), 1983, S. 17-65.
- Lamnek, Siegfried Sozialisation und kriminelle Karriere- Befunde aus zwei
- Erhebungen in: Mehrfach auffällig, Schüler-Springorum (hrsg.), 1982, S. 13-86.
- Lenz, Torsten Die Rechtsfolgensystematik im Jugendgerichtsgesetz, Diss. 2007.
- Lösel, Friedrich/ Aggression und Delinquenz unter Jugendlichen, Bliesener, Thomas München, Neuwied 2003.
- Ludwig, Wolfgang Die Funktion des Erziehungsgedankens im Jugendstrafvollzug, ZfJ 1986, S. 333-339.
- Neubacher, Frank Kinderdelinquenz, ZRP 1998, S.121-123.
- Oberwittler, Dietrich Von der Strafe zur Erziehung, Jugendkriminalpolitik in
- England und Deutschland (1850-1920), Diss. 1998.
- Ostendorf, Heribert Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6.Auflage, Köln,Berlin,Bonn,München 2003.
- Plack, Arno Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, München 1974.

- Pongratz, Eckard Zum Umgang mit kindlichen Auffälligkeiten, 1. Auflage, Mainz 2000.
- Rössner, Dieter Erziehungsgedanke und Systematik des Jugendgerichtsgesetzes in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, Walter (hrsg.), S. 344-352.
- Schneider, Hans-Joachim Kriminologie, Berlin; New York: die Gruyter 1987.
- Schneider, Hans-Joachim Wesen und Erscheinungsformen der Kinder- und Jugenddelinquenz, Jura 1991, S. 342-349.
- Seiser, Klaus-Jürgen Untersuchungshaft als Erziehungshaft im Jugendstrafrecht, Diss.1987.
- Thomas, Karl Der Kinderdelinquenz Einhalt gebieten- aber wie? ZRP 1999, S.193-196.
- Viehmann, Horst Statt Verschärfung des Jugendstrafrechts: Verbesserung der Lebenslagen- In der Jugendstrafrechtspolitik droht der Verlust der Rationalität, in: Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht und im europäischen Vergleich, Dünkel [u.a. hrsg.], S.651-663.
- Voß, Michael Jugendkriminalität zwischen Normalisierung, Informalisierung und Strafverfahren, in: FS für Leckschas [u.a. hrsg.], S. 79-109.
- Wassermann, Rudolf Der Kinderdelinquenz Einhalt gebieten- aber wie?, NJW 1998, S.2097-2099.
- Weber, Georg Elfriede, Meier-Stier Kinderdelinquenz im Wandel, in: Wollenweber, Kinderdelinquenz und Jugendkriminalität, S.10-47.

ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞUNA İLİŞKİN İRADE BEYANLARI VE BU BEYANLARIN GERİ ALINMASI

STATEMENTS OF INTENT CONCERNING FORMATION OF ELECTRONIC CONTRACTS AND REVOCATION OF THESE STATEMENTS

Turan ŞAHİN*

Özet : Günümüzde iletişim ve bilgisayar teknolojilerindeki inanılmaz hızlı gelişmeler, ticari faaliyetlerinde elektronik ortamda yapılmasına imkân sağlamış ve bunun sonucunda da elektronik ticaret olarak adlandırılan yeni bir ticaret yöntemi ortaya çıkmıştır. Elektronik ticaretin hukuki alt yapısı esas olarak elektronik sözleşme kavramına dayanmaktadır. Elektronik sözleşme genel anlamda elektronik iletişim araç ve yöntemleriyle kurulan sözleşmeleri ifade etmektedir. Elektronik sözleşmede, normal yollarla yapılan sözleşmeler gibi tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile doğar. Ancak elektronik ortamda yapılan irade beyanlarının icap mı yoksa icaba davet mi olduğu ve bu beyanların geri alınmalarının mümkün olup olmadığı hususu hukuki açıdan incelenmesi gereken bir konu olmuştur. Bizde bu çalışmamızda elektronik sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin irade beyanları ve bu beyanların geri alınması konusunu incelemeye çalıştık. Çalışmamızın ilk kısmında elektronik sözleşme kavramı üzerinde durulmuştur. İkinci kısımda ise elektronik sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin irade beyanları anlatılmıştır. Üçüncü kısımda ise elektronik sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin irade beyanlarının geri alınması konusu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Sözcükler : Elektronik Sözleşme, Elektronik Ticaret, irade beyanı.

Abstract : Nowadays, unbelievable rapid developments in communication and computer technologies enabled also the commercial activities to be performed in the electronic medium, and as a result of this, a new form of commerce emerged that is called as electronic commerce. Legal infrastructure of electronic commerce is fundamentally based on electronic contract. In general meaning, electronic contract expresses the contracts formed with electronic communication tools and methods. Electronic contract is also born with the coherent and reciprocal statements of intent of the parties like contracts formed in normal ways. However, the

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

issue whether the statements of intent made in electronic medium is offer or invitation to offer, and whether the revocation of these statements is possible or not has been a subject that shall be examined from the point of view of legal perspective. In this work, we studied for examining the statements of intent concerning the formation of electronic contracts and the issue of the revocation of these statements. In the first part of our work, electronic contracts concept has been dealt with. In the second part, statements of intent concerning the formation of electronic contracts were told. Lastly, in the third part, the issue of revocation of the statements of intent concerning electronic contracts has been dealt with.

Keywords: Electronic contract, Electronic commerce, Statements of Intent.

I- ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN TANIMI, ÖZELLİKLERİ, TÜRLERİ VE KURULUŞ ŞEKİLLERİ

A-Elektronik Sözleşmenin Tanımı

Sözleşmenin her iki tarafının veya taraflardan birinin irade beyanının yazı, görüntü ses ve diğer verilerin sayısallaştırılması suretiyle meydana geldiği ve bu şekilde karşı tarafa iletildiği sözleşmeye elektronik sözleşme denir¹.

Elektronik sözleşmeler, klasik usuldeki sözleşmeler gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile doğar. Elektronik sözleşmeleri klasik usuldeki sözleşmelerden ayıran en önemli nokta, elektronik sözleşmelerin elektronik bir biçimde akdedilmeleridir. Yoksa elektronik sözleşmelerdeki unsurlar klasik usuldeki sözleşmelerde yer alan unsurlardan farklı değildir. Elektronik sözleşmelerin hukuki niteliği ve konusu klasik usuldeki sözleşmelerle aynıdır². Burada ifade edilmesi gereken bir önemli husus internet araçları kullanılarak yapılan tüm sözleşmelerin elektronik sözleşme olarak kabul edilmeyeceği hususudur. Bu anlamda web sayfası kurulması, bir server³ (sunucu)

¹ Sağlam İpek, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2007, s.71; Elektronik sözleşmenin Web sayfası üzerinden kurulan sözleşmeler olduğu yönündeki tanım için bkz. Sözer Bülent, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2002, s.92; Elektronik sözleşmeler, elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan sözleşmelerdir. Altınışık Ulvi, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara 2003, s.33.

² Falcıoğlu Mete Özgür, *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Ankara 2004, s.61; Sağlam, s.71- 72.

³ Server, belli kapasitesi olan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar veya programdır. Server aynı zamanda da dijital bilgilerin depo edildiği bir

üzerinden reklam ya da yayın yapılması amacıyla yapılan sözleşmeler, internete bağlanabilmek amacıyla bir servis sağlayıcısı ile yapılan sözleşmeler elektronik sözleşme olarak kabul edilmezler⁴. Bu sözleşmelerin salt elektronik ortam veya iletişimini konu edinmelerinden ötürü elektronik sözleşme olarak tanımlanamazlar⁵.

B-Elektronik Sözleşmenin Özellikleri

1- Hazır Olmayanlar Arasında Yapılan Bir Sözleşme Olması

Elektronik araçlarla yapılan başka bir deyişle elektronik posta yoluyla veya internet aracılığı ile web sayfaları üzerinden kurulan sözleşmeler, hazırlar arasında mı akdedilmiş olacak yoksa hazır olmayanlar arasında mı akdedilmiş olacaktır? Bu sorunun cevabının belirlenmesi son derece önem taşımaktadır. Çünkü bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an ile sözleşmenin kurulduğu an, sözleşmenin hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında yapılıp yapılmadığına göre tespit edilecektir⁶. Hazırlar arasında bir sözleşmede icap yapıldığında bunun, muhatap tarafından derhal kabul edilmesi gerekir, aksi takdirde icabı yapan icabı ile bağlı kalmaz. (BK.m.4/1) İcap, muhatap tarafından derhal kabul edilirse sözleşme kurulmuş olur. Hazırlar arası sözleşmelerde sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması aynı anda gerçekleşir.

Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde ise icabı yapan, usulüne uygun şekilde ve zamanında gönderilen cevabın varmasını beklemesi gereken ana kadar icabıyla bağlıdır. (BK.m.5/1) Bu durumda sözleşme muhatapın kabul haberini gönderdiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Kabul haberinin icapçıya vardığı anda da sözleşme kurulmuş sayılır.

İşte bu noktada elektronik sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını doğurdıkları an ile sözleşmenin kurulduğu anın tespiti bakımından, bu sözleşmeleri hazırlar arası sözleşme mi yoksa hazır olmayanlar arası sözleşme mi kabul edeceğimiz sorusunun cevabı verilmelidir.

manyetik ortamdır. Server başka bilgisayara veya manyetik ortama hizmet/destek sağlama fonksiyonunu ifa eder. (Sözer, s.101)

⁴ Altınışık, s.33; Falcıoğlu, s.62; Sağlam, s.72.

⁵ Falcıoğlu, s.62.

⁶ Sağlam, s.73.

Hazırlar arasında yapılan bir sözleşmede tarafların doğrudan doğruya iletişim içerisinde buldukları, başka bir deyişle tarafların anında birbirlerine cevap verebilme imkânına sahip oldukları bir ortam vardır. Buradaki 'hazır' deyiminden kastedilen icabı yapıldığı anda öğrenebilecek durumda değildir. Tarafların mekân itibariyle aynı yerde bulunmaları zorunlu olmadığı gibi taraflar arasındaki coğrafi uzaklık veya yakınlığın önemi de yoktur⁷. Akustik açıdan aynı yerde bulunma yeterli kabul edilir⁸. Bu yüzden BK.m.4/2 bağlamında telefonla yapılan irade beyanları hazırlar arasındaki irade beyanlarıdır. Bir telefon görüşmesinde taraflar birbirlerinden uzak yerlerde olsalar da birbirlerinin irade beyanlarını araya zaman unsuru girmeksizin öğrenebileceklerdir. Taraflar arasında doğrudan doğruya bir temas söz konusudur. Bir sözleşmenin hazırlar arasında kurulduğunu kabul edebilmemiz için, tarafların irade beyanlarını araya fasılalar girmeksizin karşılıklı tartışabildikleri bir ortam içerisinde bulunmaları gerekmektedir⁹.

Muhatap icabı yapıldığı anda değil de daha sonra öğrenebiliyorsa bu halde hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşme söz konusu olur. Burada taraflar arasında kesintisiz bir iletişim söz konusu olmamakta, tarafların irade beyanları arasına fasılalar girebilmektedir.

Teleks, faks ve telgraf söz konusu olduğunda da telefon için getirilen BK.m.4/2 hükmünün uygulanabilirliği sorunu ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar teleks ve faksta irade beyanı karşı tarafa anında iletilmekteyse de muhatabın bunu eş zamanlı olarak öğrenebilmesi mümkün olmayabilir. İcab çok hızlı bir şekilde ulaşırsa da icabı öğrenebilme daha geç gerçekleşiyorsa, hazırlar arası bir sözleşmeden bahsedilemez¹⁰. Ancak bizimde katıldığımız aksi yönde görüşe göre¹¹ mesele icapta bulunan tarafın tutumuna göre, başka deyişle

⁷ Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s.54.

⁸ Kırcı Çiğdem, İnternette Sözleşme Kurulması, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XX, S.4, Aralık 2000, s.107.

⁹ Sağlam, s.74.

¹⁰ Özmen E.Saba, Telefaks Cihazları (Facsimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990/1, s.77; Oğuzman/Öz, s.54; Sağlam, s.74.

¹¹ Tekinay S.Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1988, s.115.

her somut duruma göre değerlendirilmelidir. İcapçı derhal cevap bekliyorsa ve muhatap da teknik imkânlarla göre derhal cevap verebilecek durumda ise hazırlar arası bir irade beyanından (yüz yüze olanlar arasındaki icaptan) söz etmek mümkün olur, aksi takdirde irade beyanının (icabın) hazır olmayanlar arasında gerçekleştiği kabul edilir.

Elektronik sözleşmelerin hazırlar arası bir sözleşme olup olmadığı noktasında değerlendirme yapılırken taraflar arasında kesintisiz bir iletişimin bulunup bulunmadığına yani tarafların irade beyanları arasına fasılaların girip girmediğine bakılmalıdır. Eğer tarafların irade beyanları arasına fasılalar giriyorsa bu sözleşmeler hazır olmayanlar arası sözleşme olarak kabul edilmeli, aksi takdirde hazırlar arası sözleşme olarak kabul edilmelidir.

2- İltihaki Bir Sözleşme Olması

Elektronik sözleşmelerin ikinci özelliği, iltihaki sözleşme olmasıdır. İltihaki sözleşmelerde taraflar sözleşmenin içeriği veya şartları üzerinde görüşüp tartışmazlar. Bu tür sözleşmelerde sözleşmenin içeriğinin ya tamamı ya da belirli bir kısmı daha önce taraflardan biri veya üçüncü bir şahısa belirlenmiştir. İltihaki sözleşmelerde, görüşme (müzakere) olmadığından sözleşmenin bir tarafı ya o sözleşmeyi kabul edecek ya da etmeyecektir¹². İşte taraflardan birisince önceden hazırlanmış ve karşı tarafça müzakere edilme imkânı olmadan kurulan sözleşmelere iltihaki sözleşmeler denir¹³.

İltihaki sözleşmeler Borçlar Hukukunun temel kavramlarından olan sözleşme özgürlüğü ilkesine ters düşmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca taraflar herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulmuş olan sözleşmeyi ortadan kaldırma serbestisine sahiptirler¹⁴. İşte genel işlem şartları ve iltihaki sözleşmeler kanun tarafından kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmış olduğu istisnai bir durum oluştururlar.

¹² Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2003, s.197.

¹³ Eren, s.197.

¹⁴ Eren, s.19.

İş hayatında üreticiler aynı konuda farklı taraflarla sözleşmeler kurarlarken, her defasında sözleşmenin içeriğini tespit etmek için fazladan zaman ve emek harcamayı engellemek için standart sözleşmeler sunmaya başlamışlardır. Bu standart sözleşmeler genellikle matbu biçimde hazırlanmaktadır. İşte bu standart sözleşmelere genel işlem şartları denilmektedir¹⁵. Bu tip sözleşmelere en çok kamu tüzel kişilerinin objektif şartlarla arz ve ilan ettikleri hizmetlerde (EGO, İETT ve elektrik işletmelerinin verdikleri hizmetlerde), bankalar ve sigorta şirketleri ile yapılan sözleşmelerde rastlamak mümkündür¹⁶.

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler iltihaki sözleşmelere çok benzerler. Hatta bunların nitelik itibarıyla aynı sözleşme olduğu da söylenebilir. Genel işlem şartları gelecekte belirsiz sayıda kişilerle, belirsiz sayıda yapılacak sözleşmelere temel olmak amacıyla müteşebbisin tek başına veya diğer müteşebbislerle birlikte önceden hazırladığı genel ve soyut nitelikteki bir takım kurallar olarak da tanımlanabilir¹⁷.

Genel işlem şartlarında bir tarafın, içeriği diğer tarafa empoze etmesine rağmen bazı hususlarda tarafların karşılıklı müzakere etmeleri gerekir. Bu hususlara örnek olarak karşı tarafın adı, varsa ticaret ünvanı, adresi, malın teslim yeri ve teslim tarihi sayılabilir¹⁸. İfade edilen hususların ayrı olarak kararlaştırılmaları bunun genel işlem şartı taşıyan bir sözleşme özelliğini ortadan kaldırmaz.

İltihaki sözleşmelere bakıldığında genel işlem şartlarına benzer özellikler taşımalarına rağmen bu sözleşmelerde içeriğin hiçbir müzakereye açık olmadığı görülür. İltihaki sözleşmelerde taraflar, sözleşme içeriği ve şartları üzerinde hiçbir şekilde tartışamazlar. Sözleşmeye taraf olmayı isteyen kişinin iradesini kullanabileceği tek alan sözleşmeyi kabul etmesi veya reddetmesidir.

İltihaki sözleşmelerle genel işlem şartları arasındaki ayrım kendisini sözleşmenin içeriği ve bu içeriğin müzakere edilebilir nitelikte olup olmamasında gösterir. İltihaki sözleşmelerde içerik son derece katıdır. Sözleşme yapmak isteyen kişi içeriği olduğu gibi kabul etti-

¹⁵ Sağlam, s.77.

¹⁶ Sağlam, s.77.

¹⁷ Sağlam, s.77.

¹⁸ Sözer, s.114.

ği takdirde sözleşmenin tarafı haline gelebilir. Başka bir deyişle sözleşmede belirlenmiş şartlara adapte olup bunlara intibak ederse taraf olunabilecektir. Sözleşmenin hiçbir hükmünde tartışma söz konusu değildir. Eğer sözleşme koşullarından biri dahi karşı tarafça müdahale edilerek değiştiriliyorsa o zaman ortada iltihaki bir sözleşme değil genel işlem şartları vardır denilebilir¹⁹.

Elektronik sözleşmeler de iltihaki sözleşmelerdir. Taraflar elektronik sözleşmelerde iradelerini elektronik ortamda beyan etmekte olup, tarafların karşılıklı müzakere edebilme imkânları mevcut değildir. Bir kimse örneğin satıcı web sayfası üzerinde kurmayı istediği sözleşmenin tüm şartlarını önceden hazırladığı şekilde sunarak karşı taraftan bu sözleşme şartlarına aynen uymasını bekler²⁰. Web sayfası üzerinden arz edilen sözleşme hükümleri bu sözleşmeye taraf olmayı isteyen herkes için aynı biçimde uygulanacaktır. Örneğin satış sözleşmesine taraf olmak isteyen kullanıcıların satım konusu şeye ilişkin soru sorma, tartışma, yeni tekliflerde bulunma ve pazarlık etme imkânları bulunmamaktadır. Alıcının web sayfasında belirtilen şartlar dışında yeni şartlar ileri sürmesi mümkün değildir. Satıcının iradesini açıkladığı web sayfasındaki şartların tamamen satıcının istediği sınırlar içerisinde tamamlanması gerekir. Aksi halde sözleşmenin ileri aşamalarına geçilemeyecek ve sözleşme tamamlanamayacaktır²¹. Tüm bu özelliklerden yola çıkarak elektronik sözleşmelerin iltihaki sözleşme örneklerinden biri olduğu söylenebilecektir. Web sayfası üzerinde şartları tespit edilmiş bir sözleşmeye taraf olmak isteyen kişiye serbest hareket edebileceği hiçbir alan bırakılmamışsa ve ancak satıcının açıklamış olduğu iradeye boyun eğmek suretiyle sözleşme kurulabiliyorsa ortada bir iltihaki sözleşme vardır²². Oysa alıcıya bir takım konularda (örneğin ödemenin kredi kartı ile veya nakit olarak yapılabilmesi konularında) karar verebilme hakkı tanınmışsa bu durumda ortada iltihaki bir sözleşme olmayacak, genel işlem şartları içeren bir sözleşmeye daha da yaklaşılmış bir durum söz konusu olacaktır²³.

¹⁹ Sağlam, s.79.

²⁰ Sağlam, s.80.

²¹ Sözer, s.115- 116.

²² Sağlam, s.81.

²³ Sağlam, s.81.

3- Mesafeli Sözleşme Olması

Elektronik sözleşmeler, mesafeli sözleşmedir²⁴. 4077 sayılı TKHK. m.9/A'nın birinci fıkrasında mesafeli sözleşmelerin tanımı yapılmıştır. Buna göre; *"Mesafeli sözleşmeler, yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir."* Madde bağlamında elektronik sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak kabul edilmiştir.

Elektronik sözleşmelerde görsel yayın yoluyla satışa sunulan ürünler posta ve sair nakil araçları ile tüketiciye ulaştırılmaktadır. Burada yer alan sair nakil araçları kavramı ile genel bir çerçeve çizilmiştir ve internet üzerinden yapılan satışlarda da mallar tüketicilere sair nakil araçları ile ulaştırılmaktadır. Elektronik sözleşmelerde satıcı firma ile tüketici, işlemin hiçbir aşamasında karşı karşıya gelmemektedir ve bu sözleşmelerde işyeri, fuar, panayır gibi satış mekânları dışında ve önceden mutabakat olmaksızın kurulurlar. Elektronik sözleşmeler işyeri, fuar, panayır gibi satış mekânları dışında kurulduğundan bu özellikleri ile kapıdan satışlara da yaklaşmaktadır²⁵.

C-Elektronik Sözleşmenin Türleri

1- Mal Satımına Yönelik Sözleşmeler

Gün geçtikçe giderek daha da yaygın hale gelen bu tür sözleşmelerde, her türlü malın alım ve satımının yapılması mümkündür. Burada sözleşme her ne kadar internet ortamında kurulmakta ise de satıcının borcunu ifası posta ve kurye gibi alışılabilen yöntemlerle yapılmaktadır. Alıcı ise borcunu kredi kartı yahut havale gibi elektronik araçlar kullanarak ifa etmektedir²⁶.

2- Dijital Ürün Satımına Yönelik Sözleşmeler

Sözleşmenin gerek kuruluşunun gerekse ifasının internet üzerinden yapıldığı en tipik elektronik sözleşmelerdendir²⁷. Bu sözleşmelerde yazılım, melodi, film, makale, kitap gibi elektronik ortamdaki ürün-

²⁴ Savaş Abdurrahman, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler ve Bunların Hukuki Sonuçları*, Doktora Tezi, Konya 2005, s.91; Sözer, s.116- 118.

²⁵ Sağlam, s.87.

²⁶ Kırca, s.101; Altınışık, s.33.

²⁷ Altınışık, s.33; Bu sözleşmenin internet veri bankası sözleşmesi olarak nitelendirildiğine ilişkin bkz. Kırca, s.100.

ler download (bilgisayara indirme) yöntemiyle alıcının bilgisayarına yüklenmektedir²⁸.

3-Hizmet Sunumuna Yönelik Sözleşmeler

Bu sözleşmede web sayfası sahibi firma, müşterilerine karşı bir hizmet sunma taahhüdü altına girmektedir. Elektronik ortamda sunulabilecek hizmetler arasında bankacılık hizmetleri, sigortacılık hizmetleri, uçak, otobüs, otel ve tatil rezervasyonları, bilet temini, çeşitli eğitim hizmetleri sayılabilir. Burada hizmet tamamen internetin sağladığı teknik olanaklarla verilebilmektedir²⁹. Örneğin bir düğüne bizim adımıza çiçek gönderilmesi için gerekli siparişi çiçekçiye ait web sayfasını ziyaret edip sayfadaki ilgili yerleri doldurarak verebiliriz.

4-Bilgi Teminine Yönelik Sözleşmeler

Bilginin iletiminden başka bir taahhüt altına girilmeyen sözleşmelerdir. Bilgi temininde web sayfası hazırlayan taraf, kullanıcı tarafı bilgilendirmenin dışında hiçbir taahhüt altına girmez. Kullanıcı taraf ise büyük bir çoğunlukla hiçbir taahhüt altında değildir. Web sayfaları üzerinden kullanıcılar deniz, hava ve karayollarına ilişkin çeşitli bilgileri, kütüphanelerde bulunan kitap ve makaleleri öğrenebilir³⁰.

D-Elektronik Sözleşmenin Kuruluş Şekilleri

Elektronik ortamda sözleşme yaparken izlenen pek çok yöntem bulunmaktadır. Bunlar değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

1-Elektronik Posta Aracılığıyla

Elektronik posta, bir metnin veya verinin internet aracılığıyla bir bilgisayardan diğer bir bilgisayara gönderilmesi işlemidir³¹. Elektronik posta fiziksel anlamdaki posta ile gerçekleştirilen gönderme işleminin dijital ortamdaki karşılığını oluşturmaktadır³². Taraflar elektronik posta aracılığıyla geçerli bir sözleşme kurabilirler.

²⁸ Erişgin Nuri, Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı, *AÜHFD.*,C.48, S.1- 4, Y.1999, s.231; Sağlam, s.107; Altınışık, s.34.

²⁹ Sağlam, s.102.

³⁰ Sağlam, s.104.

³¹ Kırcı, s.100; Sağlam, s.92.

³² Kocasakal H.Özdemir, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul 2003, s.67; Sağlam, s.92.

2- Web Sitesi Aracılığıyla

Genellikle bir web sitesi operatörü satılık mal ve hizmetler önerir. Müşteri ekrana yerleştirilen sipariş formunu doldurur ve karşı tarafa iletir. Satıcının siparişi kabul etmesiyle sözleşme kurulmuş olur³³.

3- Online Kitlesele Pazara Yönelik Sözleşmeler

Elektronik sözleşmeler on line davranışlarla da kurulabilmektedir. Bir yayımcı yazılım veya başka dijital içerikleri, kalıp sözleşmeler halinde elektronik ortamda arz edebilir. Kullanıcının bu içerikleri bilgisayara download etmesi kalıp sözleşmenin kabulü anlamına gelir³⁴.

4- Electronic Data Interchange (EDI) Aracılığıyla

Elektronik veri değişimi (EDI), taraflar arasında mal veya hizmetlerin siparişlerinin alınması, fatura, irsaliye ve konşimento düzenlenmesi işlemlerini otomatize ederek bilgisayarlar arasında aktarımı ve işlenmesine olanak sağlayan bir sistemdir.³⁵ Burada veriler önceden belirlenmiş standartlara göre formatlanmıştır ve alıcı bilgisayar tarafından doğrudan işleme konabilir. EDI, standart satın alma siparişlerinin, kabullerinin, faturaların ve diğer kayıtların iletiminde kullanılır. Bu değişimlerle geçerli sözleşmeler kurulur³⁶.

II- ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞUNA İLİŞKİN İRADE BEYANLARI

A-Genel Olarak İrade Beyanları

İrade beyanı, kişinin bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya ortadan kaldırma iradesini dış dünyaya bildirmesi veya bunu doğrudan doğruya icra ederek yürürlüğe koymasındır³⁷. İrade beyanı, irade unsuru ve beyan unsuru olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. İrade beyanının ilk unsuru olan irade unsuru (subjektif unsur)

³³ Altınışık, s.35.

³⁴ Altınışık, s.35.

³⁵ Falcıoğlu, s.59; EDI, bilgi ve belgelerin insan faktörü olmaksızın bilgisayar ağları yardımıyla, bilgisayarlar arasında otomatik olarak değişimin sağlayan bir sistem olarak tanımlanabilir. (bkz. Kocasakal, s.29); EDI, bilgi-işlem sistemlerinin araya herhangi bir insan unsuru girmeksizin, kendi aralarında veri transferi gerçekleştirdiği bir sistemdir. (bkz. Sağlam, s.89)

³⁶ Altınışık, s.35.

³⁷ Eren, s.118.

kendi içerisinde fiil iradesi, işlem iradesi ve beyan iradesi olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir. Dış bir davranışın yapılmasına yönelik bilinçli bir irade fiiline fiil iradesi denir. Beyanda bulunanın belirli bir hukuki sonucu doğurma iradesine sahip olmasına işlem iradesi, beyan sahibinin davranışıyla hukuki işlem yapma iradesini muhataba beyan etmeyi istemesine de beyan iradesi adı verilir³⁸.

İrade beyanının ikinci unsuru olan beyan unsuru (objektif unsur) işlem iradesini dış dünyaya yansıtma, muhataba bildirme amacıyla harici bir fiille açığa vurulmasıdır³⁹. Yapılan irade beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. (BK.m.1/1) Ayrıca irade beyanları yazılı veya sözlü de olabilir. Bunların dışında irade beyanları muhataba varması gerekli olabileceği gibi muhataba varması gerekli olmayabilir. Vasiyetname, vakıf kurma gibi işlemlerde irade beyanının muhataba varması gerekmez⁴⁰. Hukukumuzda kural olarak irade beyanlarının bir şekle bağlı olması gerekmez. Ancak bir irade beyanının herhangi bir şekle bağlı olarak yapılması kanunda öngörülmüş olabilir. Bunun yanında taraflarda irade beyanının herhangi bir şekle bağlı olarak yapılmasını kararlaştırabilir.

B-Elektronik İrade Beyanları

Kural olarak irade beyanları herhangi bir şekle tabi değildir. İrade beyanlarının on line bir görüşmede veya elektronik posta yoluyla ya da bir web sitesindeki sipariş formunu doldurmak suretiyle elektronik yollarla açıklanması mümkündür⁴¹.

Elektronik irade beyanları ikiye ayrılarak incelenebilir. Bu ayrımın esası, beyanda bulunan tarafından bizzat oluşturularak elektronik yollarla iletmeye veya insan katılımı olmaksızın bir bilgisayar programı sayesinde otomatik olarak oluşturularak elektronik yollarla iletmeye dayanmaktadır⁴².

³⁸ Eren, s.119- 120.

³⁹ Eren, s.122.

⁴⁰ Eren, s.124 vd.

⁴¹ İnal Emrehan, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul 2005, s.96.

⁴² İnal, s.96.

1- İrade Beyanlarının İnternette Elektronik Olarak İletilmesi

Bir kullanıcının internetin sunmuş olduğu iletişim imkânları çerçevesinde bir irade beyanında bulunması ve bu irade beyanını internet vasıtasıyla elektronik olarak göndermesi mümkündür.

Kullanıcı irade beyanını internet üzerinden çeşitli şekillerde açıklayabilir. İlk olarak kullanıcı bir web sayfasındaki formu doldurup web sitesi sağlayıcısına göndererek iradesini açıklayabilir. İkinci olarak kullanıcı web sayfasındaki 'kabul ediyorum', 'I agree' vb. şeklindeki kutucukları tıklayarak irade açıklamasında bulunabilir. Üçüncü şekilde kullanıcı elektronik posta yazıp bunu muhataba gönderebilir. Dördüncü olarak kullanıcı bir chat server bağlantısı ile yazmış olduğu beyanını, bu server üzerinden aynı chat kanalındaki diğer kullanıcıya gönderebilir. Beşinci olarak kullanıcı internet-telefon bağlantısı ya da video konferans yöntemiyle muhatap ile doğrudan konuşarak irade açıklamasında bulunabilir⁴³. Belirtilen tüm bu hallerde kullanıcı irade açıklamasını bizzat kendisi yapmaktadır.

İrade beyanlarının açık veya örtülü olması elektronik ortamda da kısmen mümkün gözükmektedir. Her ne kadar kullanıcının bir web sayfasındaki formu doldurup web sitesi sağlayıcısına göndermesinde, kullanıcının web sayfasındaki 'kabul ediyorum', 'I agree' vb. şeklindeki kutucukları tıklayarak irade açıklamasında bulunması hallerinde örtülü bir irade beyanında bulunmak mümkün olmasa da elektronik posta göndererek irade açıklamasında bulunmada yahut chat kanalında yapılan beyanlarda örtülü irade beyanında bulunmak mümkündür.

Susmanın internette örtülü bir irade beyanı sayılıp sayılmayacağı hususuna da değinmek gerekir. Susma kural olarak bir irade beyanı oluşturmaz. Ancak somut olayın özelliği ile mevcut hal ve koşullar içerisinde kişinin dürüstlük kuralı gereğince aktif bir davranışta bulunması gerekirken bunu yapmamış olması durumunda susma bir irade beyanı oluşturacaktır⁴⁴. Başka deyişle yapılan işlemin niteliği cevap verme yükümlülüğü getirebiliyorsa susma bir irade beyanı teşkil edecektir. Bu esasın aynı şekilde internette de geçerli olmaması için herhangi bir neden yoktur.

⁴³ İnal, s.97.

⁴⁴ Eren, s.125.

2- Otomatikleştirilmiş İrade Beyanları

Otomatikleştirilmiş irade beyanlarında irade açıklaması hareketi, bizzat ve vasıtasız olarak kullanıcı tarafından değil bilgisayar tekniği ile yapılmaktadır. Burada bilgisayar, programlanmış olduğu şekilde irade açıklamasını tamamen otomatik olarak oluşturmakta ve bunu internet vasıtasıyla muhataba göndermektedir. Örneğin kullanıcı, on line satış yapan bir web sitesindeki sipariş formunu doldurup bu formu sağlayıcıya göndermektedir. Sağlayıcının bilgisayarına ulaşan sipariş ve formdaki bilgiler bu bilgisayar sistemi tarafından bir değerlendirilmeye tabi tutulmakta ve sözleşmenin kurulup kurulmadığına veya diğer bir içeriğe ilişkin bir metin yine otomatik olarak bu bilgisayar sistemi tarafından oluşturulup muhataba bildirilmektedir. Burada kullanıcı bir bilgisayarla muhatap olmaktadır⁴⁵.

Burada irdelenmesi gereken mesele bu durumlarda bilgisayar açıklamalarının irade beyanı olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı meselesidir. Bizimde katıldığımız görüşe göre bilgisayar açıklamaları da bir insan iradesine dayanmaktadır. Nitekim bilgisayarın bir iradeye sahip olması söz konusu olamaz. Burada bilgisayarın kendisine yapılan beyanlara karşı verdiği yanıtlar bilgisayarın kullanıcısı olan kişiye ait irade beyanlarıdır. Zira bu durumlarda bilgisayar belli şekillerde hareket etmek üzere programlanmakta ve neticede bilgisayarın gerçekleştirdiği işlemlerin temelinde insan iradesi vardır. Bilgisayarı muhatapın davranışına göre belli şekillerde yanıt vermek üzere programlayan ve onu kullanıma sunan sağlayıcı, bu davranışıyla irade beyanının unsurları olan hukuki bir sonuca ulaşma ve açıklama yapma iradesini genel nitelikte de olsa ortaya koymuş bulunmaktadır⁴⁶.

Bilgisayarın programlanması ve kullanıma sunulması, sağlayıcının genel olarak fiil iradesini, beyan iradesini ve hukuki sonuç iradesini ortaya koymaktadır. Bu sebeple ortaya konan iradede ona ait bulunmaktadır. Bu bağlamda bilgisayar açıklamaları halinde de bir gerçek kişiye veya tüzel kişiye atfı kabil bir irade beyanının söz konusu olduğu söylenebilir.

⁴⁵ İnal, s.99- 100.

⁴⁶ Bozbel Savaş, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler, *Yargıtay Dergisi*, C.27, Ocak-Nisan 2001, s.278; Kocasakal, s.81; İnal, s.100.

C-Elektronik İrade Beyanlarının Hüküm İfade Etmeye Başlaması

Varması gerekli her irade beyanı gibi elektronik irade beyanlarının da hüküm ifade etmesi için gerçekleşmesi gereken iki safha vardır. Bu safhalar irade beyanının yapılması ve irade beyanının ulaşmasıdır.

1-Elektronik İrade Beyanının Yapılması

Elektronik bir irade beyanı metin olarak gönderilmişse bilgisayarda gönder emrinin verilmesiyle beraber irade beyanı gönderilmiş olmaktadır. Ancak söz konusu bu metin daha sonra belli bir zamanda gönderilmek üzere programlanmışsa, gönder emri verilmiş olmasına rağmen irade beyanının gönderildiği an, bu emrin verildiği yani programlamanın yapıldığı an değil, metnin programlandığı şekilde fiilen gönderildiği andır. İnternet-telefon bağlantısı veya video konferans yoluyla yapılan irade beyanlarında ise sözlü beyanın varlığından bahsedilir ve sözlü beyanın muhatabın duyabileceği şekilde söylendiği an beyanın yapıldığı andır⁴⁷.

2-Elektronik İrade Beyanının Ulaşması

Taraflar arasındaki iletişim doğrudan doğruya bir iletişimse, başka deyişle tarafların irade beyanları arasına fasılalar girmiyorsa hazırlar arasında bir iletişimin varlığından aksi takdirde hazır olmayanlar arasında bir iletişimin varlığından söz edilir.

a-Elektronik Posta Olarak Gönderilen İrade Beyanları

Elektronik posta vasıtasıyla iletişim beyanda bulunanın yazdığı metni, internet üzerinden muhatabın elektronik posta adresine göndermesi suretiyle gerçekleşmektedir. Gönderilen mesaj, muhatabın elektronik posta hizmet sağlayıcısının (mail server) bilgisayarında bulunan muhataba ait elektronik posta kutusunda kaydedilmekte ve muhatap tarafından çağrılmaya hazır tutulmaktadır. Muhatap, mail server'a bağlanarak elektronik posta kutusunu çağırmakta ve elektronik posta kutusu bu şekilde bilgisayarına taşındıktan sonra kendisine bir elektronik posta geldiğini gören muhatap, bunu açıp okumak imkânına sahip olmaktadır⁴⁸.

⁴⁷ İnal, s.107.

⁴⁸ İnal, s.108.

aa-Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşen İletişim

Elektronik posta iletişiminin işleyişinde taraflar arasında doğrudan doğruya bir iletişim yoktur. Elektronik posta yolu ile yapılan irade beyanları hazır olmayanlar arası yapılmış sayılmaktadır⁴⁹.

bb-Ulaşma Anı

Türk-İsviçre hukuklarında ulaşma anı olarak, irade beyanının muhatabın hâkimiyet alanına girmesi kabul edilir. Buna göre beyan, karşı tarafla öyle bir alan-iktidar ilişkisi içine girmiş olmalıdır ki bundan böyle hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek münhasıran muhatabın elinde olmalıdır⁵⁰.

Burada irdelenmesi gereken husus elektronik posta kutusunun bir kimsenin hâkimiyet alanı olarak kabul edilip edilmeyeceği hususudur. Elektronik posta kutusu, kullanıcının üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan bir mekân, maddi bir alan değildir. Bu, elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarındaki bir kayıt yeridir ve kullanıcının bu elektronik posta kutusu üzerinde dahi teknik olarak maddi bir hâkimiyeti yoktur. Kullanıcı sadece elektronik posta kutusunu şifresini girmek suretiyle kullanma, orada kaydedilmiş elektronik postaları çağırarak bilgisayarına yükleme imkânına sahip bulunmaktadır. Bu durumda elektronik posta kutusunun kullanıcının hâkimiyet alanına dâhil olup olmadığı noktasında şüphe oluşturmaktadır⁵¹.

Hâkimiyet alanı çok dar yorumlanıp, elektronik posta kutusu kişinin hâkimiyet alanı olarak kabul edilmezse, elektronik posta olarak gönderilen bir irade beyanı, ancak kullanıcının elektronik posta kutusunu çağırmasından sonra, söz konusu elektronik postayı bilgisayarına yüklemesi anında, neredeyse öğrenmesi anında ulaşılmış sayılacaktır. Bu sonucun kabulü ise mümkün görünmemektedir⁵². Elektronik posta kutusu kullanıcıya gönderilen elektronik postaların kabulüne ve kaydedilmesine yaramakta ve bu amaç için oluşturulmuş bulunmaktadır. Kullanıcıda istediği zaman şifresini girip elektronik posta kutu-

⁴⁹ Gezder Ümit, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul 2004, s.114; Kocasakal, s.74; Kırca, s.108; Sağlam, s.124; Savaş, s.176.

⁵⁰ İnal, s.109.

⁵¹ İnal, s.109.

⁵² İnal, s.109.

suna erişmek ve içeriğini öğrenmek iktidarına sahiptir. Bu bakımdan elektronik posta kutusu kullanıcının hâkimiyet alanına dâhildir⁵³.

Elektronik posta olarak gönderilen bir elektronik irade beyanı, muhatap tarafından çağrılmak üzere elektronik posta kutusunda kaydedildiği anda muhatapın hâkimiyet alanına girmiş bulunmaktadır⁵⁴.

Elektronik posta kutusu, kullanıcının hâkimiyet alanına dâhil olmakla beraber burada irdelenmesi gereken bir diğer husus elektronik posta adresine sahip bir kullanıcının salt elektronik posta adresine sahip olması sebebiyle hukuki işlemlere ilişkin iletişimlerinde de bu elektronik posta adresini kullandığı veya kullanması gerektiği sonucuna varılıp varılamayacağı hususudur. Başka bir deyişle elektronik posta kullanıcısı elektronik posta kutusunu düzenli bir şekilde kontrol etme yükümlülüğü altında mıdır? Örneğin bir kimse mektup yoluyla muhataba icapta bulunmuştur. Muhatap ise icapçının her nasılsa öğrendiği elektronik posta adresine kabul beyanını göndermiştir. Acaba bu kabul beyanı da genel kural gereğince icapta bulunanın elektronik posta kutusuna kaydedildiği anda mı ulaşmış sayılacaktır? Günümüzde elektronik posta adresine sahip olup onu bir kez dahi açmamış yahut da çok uzun aralıklarda açmış pek çok kimse vardır. Bu açıdan elektronik postanın hukuki işlemlere ilişkin iletişimde klasik iletişim yolları ile aynı hukuki sonucu doğuracak şekilde kullanılabilmesi, başka bir deyişle gönderilen irade beyanının ulaşma ile hüküm ifade etmeye başlayabilmesi için, elektronik posta adresi sahibinin bu yönde bir kullanıma en azından örtülü bir şekilde izin vermiş olması aranmalıdır⁵⁵.

Elektronik posta adresinin ticari bir kullanıcıya, bir işletmeye ait olması durumunda bu elektronik posta adresinin herhangi bir şekilde evraklarda, arama motorlarında, web sitesinde açığa vurulması yeterlidir. Bu halde kullanıcının izninin varlığından söz edilir. Tacir kullanıcı, elektronik posta iletişimini hariç bırakarak sadece diğer iletişim araçlarını kullanmak istiyorsa bu durumu muhataba açıkça bildirmelidir. Yoksa muhatap irade beyanını bu elektronik posta adresine göndermekte haklı kabul edilir ve buraya ulaşan irade beyanı ulaşma anında hüküm ifade etmeye başlar⁵⁶.

⁵³ İnal, s.110.

⁵⁴ Kırca, s.110; İnal, s.110.

⁵⁵ Gezder s.122; İnal, s.111.

⁵⁶ İnal, s.111.

Kullanıcının bir tüketici olması halinde ise bu elektronik posta adresinin herhangi bir şekilde açığa vurulması da yeterli olmayıp, tüketici olan kullanıcının somut olarak iletişime girdiği muhatabına elektronik posta iletişimini hukuki işlemler ilişkin iletişimlerinde de kullandığını bir şekilde bildirmesi gerekir. Örneğin iletişimi elektronik posta yoluyla kendisi başlatan tüketici, elektronik posta adresinin bu yönde kullanımına izin vermiş demektir ve artık bu elektronik posta adresine gönderilen irade beyanı ulaşma anında hüküm ifade etmeye başlayacaktır⁵⁷.

Elektronik posta adresinin kullanımına ilişkin açık veya örtülü bir izin olmaksızın elektronik posta olarak gönderilen bir irade beyanı ise ancak öğrenme anında ulaşılmış kabul edilecektir⁵⁸.

cc-Ulaşma Engelleri

İnternet üzerinden gönderilen bir irade beyanının karşı tarafa ulaşmaması riski her zaman söz konusudur. Bu durumda, gönderilen irade beyanlarının kaybolmasının veya gecikmesinin sonuçlarına kimin katlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz bu sorunun, hukukumuzda geçerli olan ulaşma teorisinin esasları çerçevesinde çözülmesi gerekir. Kural olarak ulaşmanın gerçekleşmesinden önceki riskler irade beyanını gönderene, ulaşmanın gerçekleşmesinden sonraki riskler ise muhataba ait olacaktır⁵⁹. Elektronik posta muhatap tarafından çağrılmak üzere elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarında, yani muhatabın elektronik posta kutusunda kaydedildiği anda muhatabın hâkimiyet alanına ulaşılmış demektir⁶⁰.

Elektronik posta henüz iletim esnasında yani internette yolculuğu sırasında kaybolursa ulaşma gerçekleşmez. Bu aşamada kaybolmanın sonuçlarına beyanda bulunan katlanacaktır. Elektronik posta gönderildiği bilgisayara yani muhatabın elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarına (alıcının e-mail server'ına) ulaşmakla beraber burada muhatabın elektronik posta kutusuna kaydedilememişse ne olacaktır?

⁵⁷ İnal, s.112.

⁵⁸ Özsunay Ergun, Uluslar arası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s.131.

⁵⁹ Bozbel, s.285.

⁶⁰ İnal, s.112.

Burada, elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarına ulaşmış olsa bile henüz muhatabın elektronik posta kutusuna kaydedilmiş bir irade beyanı olmadığı için ulaşma gerçekleşmemiştir. Zira elektronik posta henüz muhatabın hâkimiyet alanına girmiş değildir. Muhatabın hâkimiyet alanı onun elektronik posta kutusudur. Yoksa elektronik posta hizmet sağlayıcısının bilgisayarını değilirdir⁶¹.

Elektronik posta muhatabın elektronik posta kutusuna kaydedildikten sonra bazı aksaklıklar ortaya çıkabilir. Muhatap elektronik posta kutusuna ulaşamayabilir. Bilgisayarı bozulabilir, bilerek veya bilmeyerek elektronik postayı silebilir veya elektronik posta kayıttan sonra muhatapça çağrılmadan önce kendiliğinden silinebilir. Tüm bu durumlarda ulaşma gerçekleşmiştir. Yani irade beyanı hüküm ifade etmeye başlamıştır⁶².

b-Web Sayfaları Üzerinden Gönderilen İrade Beyanları

Web sitelerinin tamamına yakını internet üzerinden irade beyanında bulunulmaya başka bir deyişle web sayfası üzerinden sözleşme yapmaya müsait değildir. Ancak elektronik ticaret faaliyetinde bulunan sağlayıcılar sözleşmenin kurulabilmesini sağlamak için web sayfalarını irade beyanında bulunulabilecek şekilde tasarlamaktadır. Üzerinden irade beyanında bulunulabilen web sitelerine etkileşimli web siteleri, bu imkânı sunmayan web siteleri ise etkileşimsiz web siteleri olarak adlandırılır⁶³.

Web sayfası üzerinden bir irade beyanının gönderilmesi kullanıcının bir web sayfasındaki formu doldurarak web sitesi sağlayıcısına göndermesi şeklinde olabileceği gibi web sayfasındaki ilgili yere tıklamak şeklinde de olabilir. Ayrıca kullanıcının irade beyanlarına cevap bu irade beyanını alan web sitesi sağlayıcısına ait bilgisayarın otomatik olarak hazırlayıp web sayfası halinde kullanıcının bilgisayarına gönderme şeklinde de irade beyanı gönderilebilir⁶⁴.

aa-Hazır Olmayanlar Arasında Gerçekleşen İletişim

Web sayfaları üzerindeki iletişim hazır olmayanlar arasında ger-

⁶¹ Ultsch, NJW 1997, s.3008 (İnal, s.113'den naklen)

⁶² Dörner AcP 2002, s.372 (İnal, s.114'den naklen)

⁶³ Falcıoğlu, s.189.

⁶⁴ İnal, s.115.

çekleşen bir iletişimidir⁶⁵. Çünkü tarafların sözleşmeyi müzakere etmeleri, soru sormaları ve pazarlık yapma gibi imkânları yoktur. Kullanıcı özelliklerini web sayfasından gördüğü bir ürünü ya sipariş edecek ya da etmeyecektir.

bb-Ulaşma Anı

Web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanı elektronik posta iletişiminde olduğu gibi aradaki üçüncü bir bilgisayarda muhatap tarafından çağrılmak üzere kaydedilmemekte, aksine doğrudan muhatabın bilgisayarına gönderilmektedir.

Bir görüşe göre web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanlarının ulaşma anı irade beyanının muhatabın bilgisayarına girdiği ve geçici veya sabit bir şekilde kaydedildiği andır⁶⁶. Bir başka görüşe göre ise ulaşma anı, bilgisayara kayıt anı değil, irade beyanının internet üzerindeki yolculuğunu tamamlayıp iletim hattını terk ettiği andır⁶⁷. Bu andan sonrası, irade beyanının kaydedilip kaydedilememesi, muhatabın bilgisayarına ilişkin bir konudur ve gönderenin artık burada herhangi bir hâkimiyeti söz konusu değildir. Gönderenin hiçbir etkisi bulunmayan bu alanda meydana gelen bir sorun neticesinde irade beyanı kaydedilemese dahi ulaşılmış sayılmalıdır. Çünkü bu alan artık muhatabın hâkimiyet alanıdır ve bu alandaki risk muhataba ait olmalıdır⁶⁸.

İnternet üzerinden gönderilen bir veri önce paketlere ayrılmakta, bu veri paketleri gönderildikleri bilgisayara ulaşmakta ve bilgisayar tarafından tekrar bir araya getirilmektedir. Ancak bu veri paketleri muhatabın bilgisayarında herhangi bir problem olmasa dahi bir araya getirilemeyebilir. Bizimde katıldığımız görüşe göre⁶⁹ her ne kadar muhatabın bilgisayarı onun hâkimiyet alanında bulunsa bile, muhataptan kaynaklanmayan bir sebeple henüz bir araya getirilip kaydedilmeyen irade beyanı ulaşılmış sayılmaz. Çünkü irade beyanının salt muhatabın hâkimiyet alanına girmiş olması ulaşma için yeterli değildir. İrade be-

⁶⁵ Kocasakal, s.74; Kırcı, s.110; Altınışık, s.53; Aksi yönde görüş için bkz. Savaş, s.172.

⁶⁶ Süßenberger, s.193 (İnal, s.116'dan naklen)

⁶⁷ Wildemann, s.17 (İnal, s.116'dan naklen)

⁶⁸ Wildemann, s.17 (İnal, s.116'dan naklen)

⁶⁹ İnal, s.117.

yanının ulaşmış sayılması için beyanın karşı tarafla öyle bir alan ilişkisi içerisine girmiş olması gerekir ki artık hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek münhasıran muhatabın elinde olmalıdır. Veri paketleri internetten bilgisayara girmiş olmasına rağmen bir araya getirilerek kaydedilememişse irade beyanının muhatap tarafından öğrenilmesi mümkün değildir. İrade beyanının muhataptan kaynaklanmayan bir sebeple onun bilgisayarı tarafından kaydedilememesi iletişim yolunun riski olarak görülmeli ve riskin göndericiye ait olduğu kabul edilmelidir. Bu açıdan web sayfaları üzerinden gönderilen irade beyanı muhatabın bilgisayarına girdiği ve bu bilgisayara kaydedildiği anda ulaşmış sayılmalıdır⁷⁰.

c-Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Gönderilen İrade Beyanları

Chat kanalları üzerinden iletişim, iki veya daha fazla kullanıcının aynı anda bilgisayarları başında internet üzerinden, aynı chat server veya chat kanalı üzerinden birbirlerine yazılı metinler göndermesi şeklinde gerçekleşmektedir. Burada kullanıcılar hem kendi metnini muhataba göndermekte hem de muhatabın gönderdiği beyanı ekranında görmektedir. Bu iletişim doğrudan ve eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir. Yazılan metin, gönder komutu verilmesiyle beraber, arada herhangi bir aşama söz konusu olmaksızın doğrudan muhatabın ekranında belirlemekte ve onun tarafından öğrenilmektedir⁷¹.

aa-Hazırlar Arasında Gerçekleşen İletişim

Eş zamanlı iletişim kanallarının kullanılması halinde taraflar karşılıklı ve doğrudan iletişim ilişkisi içinde bulunmaktadırlar. Bu nedenle bu şekilde gerçekleşen iletişimin hazırlar arasında gerçekleştiği açıkça görülmektedir⁷². Nitekim buradaki iletişimde taraflar doğrudan doğruya ve kayda değer bir zaman kaybı söz konusu olmaksızın birbirleriyle iletişim kurabilme, karşı tarafın açıklamalarına anında tepki verebilme ve gerektiğinde soru sorabilme olanaklarına sahip bulunmaktadır⁷³.

⁷⁰ İnal, s.117.

⁷¹ İnal, s.118.

⁷² Kırca, s.108.

⁷³ İnal, s.118.

bb-Ulaşma Anı

İsviçre-Türk hukuklarında, Alman hukukundan⁷⁴ farklı olarak cismani varlığı bulunsun ya da bulunmasın hazırlar arasındaki irade beyanlarında ulaşma teorisi kabul edilmektedir. Bu anlamda eş zamanlı bir iletişim kanalı üzerinden gönderilen beyanlar da muhatabın hâkimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Burada önemli olan muhatabın bu irade beyanını öğrenme imkânına sahip bulunmasıdır. Muhatabın irade beyanını fiilen öğrenmesi şart değildir.

D-Elektronik Sözleşmelerin Kurulması

1-Genel Olarak İcap ve Kabul

Sözleşmeler, tarafların birbirine uygun irade beyanlarının karşılıklı olması sonucu meydana gelir. İrade beyanlarının karşılıklı olmasından kastedilen, bir sözleşmenin kurulmasında taraflardan her birinin, hem beyan sahibi, hem de diğer tarafın beyanının muhatabı olması demektir. Karşılıklı olan bu irade beyanları yapıldıkları zamana ve taraflara göre icap ve kabul olarak nitelendirilir. Zaman itibariyle ilk yapılan irade beyanına icap, ikincisine ise kabul denir⁷⁵.

a-İcap Kavramı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve İcabin Şekli

İcap, sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman itibariyle daha önce yapılan, karşı tarafa (muhataba) varması gerekli, tek taraflı kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile beraber sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasıdır⁷⁶. İcap sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan irade açıklamalarının ilk olanıdır. Bu açıdan icap sözleşme yapma teklifi niteliğindedir. İcap hukuki niteliği itibariyle tek taraflı bir hukuki

⁷⁴ Alman hukukunda genel olarak kabul edilen esasa göre hazırlar arasındaki görüşmelerde cismani varlığı bulunmayan bir irade beyanı öğrenme anında hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Chat kanalları üzerinden gerçekleşen iletişim hazırlar arasında vuku bulduğuna göre bu yolla iletilen bir irade beyanı bu esasa göre öğrenme üzerine hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Süßenberger, s.132 (İnal, s.119'dan naklen)

⁷⁵ Eren, s.219.

⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.108; Eren, s.219; Oğuzman/Öz, s.45- 46.

işlemdir⁷⁷. Çünkü bununla icabı yapan bu icabıyla hem belirli bir süre bağlanmakta hem de muhataba kendisiyle teklif edilen sözleşmenin kurulması hususunda bir yetki vermektedir. Bunun yanında icabı yapan, icap beyanıyla muhataba, kabul ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran yenilik doğuran bir hak da sağlamaktadır⁷⁸.

Muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran icabın bazı özellikler taşıması gerekir. Bu özellikler şu şekilde belirtilebilir.

-İcap, muhataba ulaşmalı, ona varmalıdır. İcap muhataba varması gerekli irade beyanlarından biridir. İcabın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, bu irade açıklamasının muhatabın hâkimiyet alanına ulaşması gerekir. İcap iş hayatındaki genel telakkilere göre uygun bir zamanda muhatabın posta kutusuna, evine veya işyerine ulaşmakla veya yetkili personel yahut aile üyeleri tarafından kabul edilmekle hâkimiyet alanına varmış sayılır⁷⁹. İcap kural olarak belirli bir veya birkaç şahsa yöneltilir. Fakat bu bir zorunluluk olmayıp icabın bir topluluğa da yöneltilmesi mümkündür. İcabın belli bir veya birkaç şahsa yöneltilmesi halinde muhatabın kişiliği bellidir. Bu tür icaba ferdi (bireysel) icap denilebilir. İcabın bir topluluğa yöneltilmesi halinde ise muhatabın kişiliği tam ve kesin olarak belirli değildir. Bu tür icaba da aleni (umuma yapılmış) icap denir⁸⁰. Örneğin bir malın üzerine fiyat veya etiket konulmak suretiyle vitrinde sergilenmesi aleni icaptır. (BK.m.7/3)

-İcap sözleşmenin objektif ve subjektif yönden bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır. Bu anlamda örneğin bir satım sözleşmesinde satılan şey ile satım parası gibi objektif esaslı noktalar icap irade beyanında açıkça belirtilmelidir. Açıklık sözleşmenin konusunun belirliliğini ifade eder. Bu açıklık ve belirlilik sayesinde icap muhatap tarafından kabul edilmekle sözleşme kurulur. Bunun yanında icap sahibi sözleşmenin kurulmasını bazı yan noktalar üzerinde anlaşma sağlanmasına

⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.109; Reisoğlu Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2000, s.53; Ancak icabın tek taraflı bir hukuki işlem olmayıp, sözleşmenin bir parçası olduğu yönünde görüş için bkz. Schmidlin Bruno, *Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art.3- 10 OR*, Bern 1985, N.30 vd.

⁷⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.109; EREN, s.219.

⁷⁹ Eren, s.220; Akıncı Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Konya 2000, s.62.

⁸⁰ Ayan Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2007, s.119; Eren, s.227.

bağlıyorsa bunlar subjektif esaslı noktalar olmasından dolayı icap beyanında tam ve açık olarak belirtilmelidir⁸¹. Buna karşılık tali nitelik taşıyan ikinci derecedeki noktaların icap beyanında yer almaması önem taşımaz.(BK.m.2/2)

İcap irade beyanı öyle bir şekilde açıklanmalıdır ki karşı tarafa sadece kabul ediyorum demek düşünün ve bu kabul beyanıyla sözleşme kurulmuş olsun⁸².

Sözleşmenin objektif ve subjektif yönden bütün esaslı noktalarını taşımayan teklifler icap olarak değerlendirilemez. Bu teklifler icap olarak değil icaba davet olarak nitelendirilebilir⁸³.

-İcap hukuki sebebi içermelidir. Yapılan icap beyanından muhatap kurulması teklif edilen sözleşmenin hukuki sebebini anlamalıdır⁸⁴.

-İcapı yapan ciddi olmalı, icabıyla bağlanmak niyetinde olmalıdır. Kişi muhatabın kabul beyanını elde etmek için beyanda bulunmuş olmalıdır. Beyan, bağlanma niyetiyle yapılmamışsa icap olarak nitelendirilemez. Böyle bir davranış ancak icaba davet olarak kabul edilebilir⁸⁵.

İcap, ilke olarak hiçbir şekle tabi değildir. Nitekim Borçlar Kanunu icabın tabi olacağı şekle ilişkin bir hüküm getirmemiştir. Bu sebeple burada BK.m.11/1'e göre şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak BK.m.11/2 veya BK.m.16'ya göre kanun ya da icapta bulunan sözleşmenin geçerliliğini, sıhhat şartı olarak bir şekle tabi tutmuşsa icap beyanının da bu şekilde yapılması gerekir⁸⁶.

İcap açık bir şekilde yapılabileceği gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir. Açık irade beyanı ya sözlü ya da yazılı şekilde yapılabilir. Örtülü irade beyanında ise iradenin varlığını gösteren bir davranış söz konusudur. Burada icap iradesi bir beyan şeklinde değil iradenin doğrudan doğruya icrasıyla açıklanır. Bu çeşit icaba fiili icap da denir. Örneğin bir satıcının kendisinden talep edilmemiş olan bir ürünü mu-

⁸¹ Eren, s.220.

⁸² Ayan, s.119.

⁸³ Akıncı, s.62.

⁸⁴ Eren, s.221.

⁸⁵ Eren, s.221.

⁸⁶ Eren, s.221; Ayan, s.120.

hataba göndermesi halinde buradaki icap irade faaliyetiyle gerçekleştirilen fiili bir icap olarak kabul edilir⁸⁷.

aa-İcap ve İcaba Davet

İcap ve icaba daveti birbirinden ayırmak gerekir. İcapta icabı yapan kimse sözleşmenin yapılması için gerekli olan bütün noktaları irade beyanıyla kesin bir şekilde açıklamıştır. Öyle ki, icap irade beyanının muhatap tarafından kabulü ile sözleşme meydana gelir. Oysa icaba davette beyan sahibi nihai ve kesin işlem iradesini, borçlanma niyetini açıklamamakta, sadece muhataba karşı belirli bir sözleşmeyi yapmaya hazır olduğunu bildirmektedir. Bu noktadan hareketle icaba daveti, beyan sahibinin muhatabı icapta bulunmaya sevk ve tahrik etmesi olarak tanımlamak mümkündür⁸⁸. Örneğin bir kimse ev eşyası almak için mağazaları dolaşarak bunların sahipleriyle eşyaları ne kadar satın alabileceğini, alması halinde eşyaların ne zaman teslim edilebileceğini öğrenmek istiyor. İşte böyle bir durumda icap söz konusu değildir. Burada icaba davetten bahsedilir. Çünkü bir beyanın icap niteliği taşıyabilmesi için kesin ve belirli olması gerekir. Oysa burada eşya satın almak isteyen kişi, mağaza sahibi satıcının sözleşmeyi kurmaya hazır olup olmadığını öğrenmek istemekte ve icabın (teklifin) onun tarafından yapılmasını istemektedir.

Bir irade beyanının icap olarak sayılabilmesi için onu yapanın, karşı tarafın kabulü üzerine sözleşmenin kurulmasını arzu ettiğini açıklaması gerekir. Eğer bir irade beyanı sadece bir müzakereye girişmek amacını açıklıyorsa bu irade beyanı icap değil, icaba davettir. Bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunu ayırmak büyük önem taşır. Zira bir irade beyanı icap ise icabı yapan irade beyanı ile bağlı olacak ve muhatabın kabulü ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Eğer irade beyanı icaba davet ise bunu yapan kimse bu irade beyanı ile bağlı olmayacak ve karşı tarafın cevabı üzerine -ki icabı bu teşkil edebilir- sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbest olacaktır⁸⁹.

Bir irade beyanının sözleşmenin yapılmasına imkân sağlayan bir icap mı yoksa bir icaba davet mi olduğunun ayrımı her zaman kolay

⁸⁷ Eren, s.221.

⁸⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.110.

⁸⁹ Oğuzman/Öz, s.46.

halledilebilen bir sorun değildir. Bu sorunun çözümü söz konusu beyanın yorumuna bağlıdır. Bu konuda güven teorisinin ışığında gerek beyanda bulunanın beyanının içeriğine gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak bir sonuca ulaşmak gerekir⁹⁰. Nitekim BK.7/1'e göre 'İcabi dermeyan eden kimse bu bapta hakları mahfuz olduğunu sarahaten beyan eder yahut akdi iltizam etmemek niyetinde olduğu gerek halin muktezasından gerek işin hususi mahiyetinden istidlal olunursa, icap lüzum ifade etmez'.

Eğer beyanda bulunan beyanına bağlı olmama kaydı eklemişse veya hal ve vaziyetten onun hiçbir şekilde beyanı ile bağlı olmamak niyetinde bulunduğu sonucuna varılabiliyorsa bu beyan bir icap sayılmaz, burada ancak bir icaba davet söz konusu olur⁹¹.

Bununla beraber Borçlar Kanunu bazı durumlarda bir irade beyanının, icap mı yoksa icaba davet mi olduğu noktasında yorum kuralları koymuştur. Bu yorum kurallarından bir tanesi BK.m.7/2'de düzenlenmiştir. Maddeye göre tarife ve cari fiyat irsalı, icap teşkil etmez. Burada genel duyuru söz konusudur. Bu itibarla tarife, fiyat listesi, katalog, prospektüs göndermek icap olmayıp, icaba davettir. Yorum kurallarından bir diğeri BK.m.7/3'de düzenlenmiştir. Buna göre semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur. Kanun burada bir karine ortaya koymaktadır. Bu nedenle bir eşya üzerine fiyat koymakla bir icapta bulunmak arzusunun mevcut olmadığı hallerde, fiyat gösterilerek eşya teşhiri icap sayılmayacaktır. Örneğin bir kömürücü çeşitli yığınlar halinde bulunan kömürleri kaçta satacağını hatırlayabilmek için her yığının üzerine bir numara ve bu numaraların altına da bir fiyat yazsa bunu icap olarak değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü hal ve şartlara göre kömürçünün bu işaretleri kendisi için fiyatları hatırlamak maksatlı koyduğu anlaşılmaktadır. Bir sözleşme yapma niyetiyle, başka bir deyişle diğer bir kimsenin kabulü ile sözleşmenin kurulması arzusu açıklanmış değildir. Bu hususu ispat, fiyat koymasının icap olmadığını iddia edene düşer ve tutumu güven teorisi ışığında değerlendirilir⁹².

⁹⁰ Eren, s.222; Oğuzman/Öz, s.47; Ayan, s.120.

⁹¹ Oğuzman/Öz, s.47.

⁹² Oğuzman/Öz, s.47.

bb-İcabın bağlayıcılığı ve İcapla Bağlılık Süresi

İcap kural olarak icapta bulunanı bağlar. İcap sahibinin bağlılığından kastedilen icap sahibinin icabını değiştirememesi, icabın serbestçe geri alınmamasıdır⁹³. Borçlar Kanunu'na göre icapta bulunan kimse belli bir süre icabı ile bağlıdır, bağlı bulunduğu süre içerisinde icabından dönemez ve sonuç olarak zamanında ulaşan kabul beyanıyla sözleşmenin tamamlanmasını önleyemez. Bu bağlanma icabın geri alınmasına ilişkin BK.m.9 uyarınca karşı tarafın icabı öğrendiği andan itibaren başlar⁹⁴.

İcabın, beyanda bulunanı ne zamana kadar bağlayacağını Borçlar Kanunu, icabın süreli veya süresiz oluşuna göre ayrı ayrı düzenlemiştir.

-Süreli İcap: İcapta bulunan tarafından bağlanma süresi açık olarak belirtilmişse bu icaba süreli icap denir. İcabı yapan kabul için belli bir süre tayin etmişse (örneğin on gün içinde kabul edip etmediğinizi bildiriniz demişse) bu sürenin sonuna kadar icabından dönemez. Kabul haberi sürenin sona ermesinden önce ulaşmazsa veya karşı taraf icabı reddederse icap bağlayıcı niteliğini kaybeder. (BK.m.3)

-Süresiz İcap: İcapta bulunanın bağlılık süresi belirtmemiş olduğu icaba süresiz icap denir. Burada icapta bulunan muhataba kabul için bir süre tanımamıştır. BK.m.4 ve m.5 süresiz icabı düzenlemiştir. Buna göre süresiz icap hazırlar arasındaki süresiz icap ve hazır olmayanlar arasındaki süresiz icap olmak üzere iki şekilde olur.

Hazırlar arasındaki süresiz icapta, icap derhal kabul edilmediği takdirde icapta bulunan icabıyla bağlı kalmaz. (BK.m.4/1) Buradaki derhal sözü, en fazla tarafların hazır olduğu, beyanların değiştirildiği, doğrudan doğruya temas ve iletişimin kesilmeden devam ettiği süreyi ifade eder. Taraflar hazır durumdayken bile icap reddedilirse bağlılık süresi sona erer. Ayrıca muhatabın düşünme süresi istemesi halinde de doğrudan doğruya temas kesildiği için icapta bulunanın icabıyla bağlılığı sona erer⁹⁵.

Hazır olmayanlar arasındaki süresiz icapta ise icapta bulunan normal bir süre beklemek zorundadır. Bu süre içinde icapta bulunan

⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.112; Eren, s.224.

⁹⁴ Reisoğlu, s.54.

⁹⁵ Eren, s.226; Oğuzman/Öz, s.55.

icabı ile bağlıdır. Bu süre zamanında ve düzenli bir şekilde gönderilmiş kabul haberinin beklenebileceği süredir. (BK.m.5) Şu halde burada icapta bulunan, bekleme süresinin hesabında üç hali göz önünde tutacaktır. Bunlar kendi icabının muhataba varması için geçecek süre, muhatapın bu icap üzerinde icabın mahiyet ve içeriğine, taraflar arasındaki ilişkilere göre düşünülebilmesi için gerekli süre ve son olarak kabul haberinin normal bir araçla icapta bulunana varması için geçecek süredir⁹⁶. BK.m.5/2, icap sahibini icap haberinin zamanında ulaştırmış olduğunu kabule yetkili saymaktadır. Ancak muhatap kabul haberini vaktinde ve muntazam bir araçla göndermiş olmasına rağmen bu haber postadaki aksaklıklar veya diğer sebepler yüzünden icapçıya geç ulaşmış olabilir. İşte BK.m.5/3'e göre kabul haberi geç ulaştığı takdirde icapçı kural olarak icabıyla bağlı olmaktan kurtulur. Ancak vaktinde gönderilen kabul haberi icapçıya geç ulaşır, icapçı da artık icabıyla bağlı olmak niyetinde değilse durumu derhal muhataba bildirmek zorundadır, aksi takdirde sözleşme meydana gelmiş olur⁹⁷.

b-Kabul

Kabul beyanı, icaba uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin olarak imkân sağlayan, varması gerekli, tek taraflı bir irade açıklamasıdır⁹⁸. Kabul beyanı, sözleşmenin kurulması yönünden zaman itibarıyla ikinci irade beyanını oluşturur. Kabul beyanının içeriğinin icaba uygun olması gerekir. Kabul icap beyanının içerdiği esaslı noktaları genişletiyor, daraltıyor veya değiştiriyorsa bu ya icabın reddi ya da yeni bir icap sayısı⁹⁹.

Kabul beyanı ile sözleşmenin meydana gelebilmesi için beyanın bağlanma süresi içinde icabı yapana ulaşması gerekir. (BK.m.5/3)

Kabul açık bir beyanla yapılabileceği gibi sipariş edilmeden gönderilen malın kullanılması, önerilen bir işin yapılması gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir¹⁰⁰. Aynı şekilde susma da bazen örtülü bir kabul

⁹⁶ Oğuzman/Öz, s.55; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.116; Eren, s.226.

⁹⁷ Eren, s.227; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.119.

⁹⁸ Eren, s.228.

⁹⁹ Eren, s.228.

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, s.58.

teşkil edebilir. Kural olarak susma bir irade beyanı değildir ve icaba karşı bir cevap vermeyerek susan muhatap (böyle bir durumun kabul teşkil edeceği icapta belirtilmiş olsa dahi) icabı kabul etmiş sayılmaz¹⁰¹. Ancak istisnai olarak BK.m.6' da ifade edildiği üzere, icabı yapan kimse gerek işin özel niteliği, gerekse şartlar sebebiyle açık bir kabulü beklemek zorunluluğunda değilse icap uygun bir süre içinde reddedilmediği takdirde sözleşme tamam olmuş sayılır. Ancak muhatap susmanın kabul anlamına geldiği durumlarda hata hükümlerine dayanabilir¹⁰².

Kabul beyanının yapılmasında ilke olarak şekil serbestisi söz konusudur. Kanun veya tarafların anlaşması ile yapılacak sözleşme için bir şekil şartı öngörülmüş olmadıkça ya da icabı yapan kabul için bir şekle uyulmasını şart kılmış olmadıkça kabul beyanı bir şekle tabi değildir, sözle, yazı ile veya kanaat verici davranışla yapılabilir¹⁰³.

c-Sözleşmenin Kurulduğu An

Borçlar Kanunu hazırlar arasında yapılan icaba, derhal kabul cevabı vermeyi öngördüğü için, icap beyanından sonra muhatapın kabul beyanında bulunduğu anda, sözleşme kurulmuş olacaktır¹⁰⁴. Hazır olmayanlar arasında yapılan icapta sözleşmenin kurulduğu an için varma (ulaşma) teorisi kabul edilmiştir. Bu nedenle kabul beyanı icap sahibinin hâkimiyet alanına vardığı, ulaştığı anda sözleşme kurulmuş olur. Bunun için icapta bulunanın kabul beyanını öğrenmesi şart değildir. Fakat sözleşmenin meydana gelmesi, açık bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmayan hallerde icap, muhatap tarafından uygun bir süre içinde reddedilmediği takdirde icap beyanının muhatapın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla gerçekleşir. Yani örtülü kabul beyanlarında, sözleşmenin kurulduğu an, muhatapın red beyanında bulunmaması şartıyla, icap beyanının muhataba ulaştığı andır¹⁰⁵. (BK.m.6)

Sözleşme, kabul haberinin icapta bulunana ulaşması, varması anında kurulmakta iken, hüküm ve sonuçlarını kabul haberinin icapta bulunana gönderildiği andan itibaren doğurur. (BK.m.10/1) Açık bir

¹⁰¹ Eren, s.230; Oğuzman/Öz, s.58.

¹⁰² Oğuzman/Öz, s.60.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, s.58.

¹⁰⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.124; Eren, s.235.

¹⁰⁵ Eren, s.235.

kabule ihtiyaç olmayan hallerde sözleşme, hükümlerini, icabın karşı tarafa vardığı andan itibaren doğurur¹⁰⁶. (BK.m.10/2)

2-Elektronik Sözleşmelerde İcap, İcaba Davet, Kabul ve Sözleşmenin Kurulduğu An

a-İcap-İcaba Davet

Klasik yöntemlerle açıklanan irade beyanlarının elektronik ortamda yapılması da mümkündür. Bu noktada elektronik ortamda yapılan bir icap irade açıklamasının klasik usulde yapılan icap irade açıklamasında bulunması gereken unsurları taşıması gerekir. Bu anlamda elektronik ortamda yapılan irade açıklamasının da icap olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşmenin kesin olarak kurulması teklifini kapsamı, zaman itibarıyla daha önce yapılması, karşı tarafa varması gerekli bir irade açıklaması olması gerekir. Ayrıca bu irade açıklaması sözleşmenin objektif ve subjektif yönden esaslı unsurlarını da taşımalıdır. Elektronik ortamda, internet üzerinden yapılan irade beyanlarının icap mı yoksa icaba davet mi teşkil ettiği belirlenirken daha önce ifade ettiğimiz genel prensiplere bakılacaktır. Bu anlamda güven teorisinin ışığında gerek beyanın içeriğine, gerekse beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak bir sonuca varmak gerekecektir.

aa-Web Sayfalarının İcap veya İcaba Davet Oluşturması

Ürünlerin internette sunulmasına ilişkin web sayfalarındaki bilgilerin icap mı yoksa icaba davet mi olduğu konusu tartışmalıdır. Doktrinde genel kabul gören görüş bu bilgilerin icap değil icaba davet olarak kabul edilmesi yönündedir¹⁰⁷. Bu görüşe göre web sayfalarında yer alan bilgileri açıklayan kişiler, bu bilgiler çerçevesinde sözleşmeyi kurma (bağlanma) iradesi ile hareket etmezler. Zira bu bilgileri sunanların muhatabın ödeme gücü hakkında bilgi sahibi olmaları ve talep edilen ürünün depoda bulunup bulunmadığını, teslim hazırlanıp olmadığını kontrol etmeleri gerekmektedir. Web sayfalarında yer alan bilgilerin icap olarak kabulü halinde satıcı ve sağlayıcı bu sayfanın ulaştığı her yerden bu anlamda potansiyel olarak dünyanın

¹⁰⁶ Reisoğlu, s.58.

¹⁰⁷ Özsunay, s.130; Bozbel Savaş, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviçre'deki Düzenlemeler, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet_uzere_rinden_hukuki_islem.htm, s.6.

her tarafından gelen kabul cevabı ile sözleşmeyi kurmak zorunda kalacaktır. Böylece bir yandan stokta kalmamış ürünleri satmak ve teslim etmek yükümlüğü altına girecek diğer yandan muhatabın kimliği ve özellikle onun ödeme gücü hakkında araştırma yapma imkânını bulamayacaktır. Bu nedenle web sitesinde satışa sunulan mal ve hizmetlerle ilgili sözleşmeler açısından icap ancak muhatabın sipariş formunu doldurarak göndermesi ile gerçekleşir¹⁰⁸. Web sitelerinde yer alan mal ve hizmetlere yönelik açıklamalar BK.m.7/2 anlamında tarife ve fiyat listesi gönderilmesine benzer işlemlerdir. Bu sebeple bu işlemlerin hukuki sonucu olan icaba davet niteliğinin web sayfalarında yer alan bilgiler açısından da kabul edilmesi ve bunların internet kullanıcılarına yapılmış icaba davet niteliği taşıyan beyanlar olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Bu görüşte olan yazarlar doğrudan ticarete konu olan dijital ürünler açısından bu genel prensipten ayrılmakta ve bu ürünlerin web sitesinde sergilenmelerinin icap niteliğinde olduğunu ileri sürmektedirler. Çünkü bu ürünler çok fazla sayıda kopya edilmek suretiyle download edilmeye elverişli olduklarından stokların kontrol edilmesi gibi bir sorun bu ürünler bakımından mevcut değildir. Ayrıca bu ürünlerde ödemeler genellikle kredi kartı ile yapıldığından müşterinin güvenilirliğini kontrol etmeye de ihtiyaç yoktur¹¹⁰.

Bu konuda diğer görüşe göre¹¹¹ internet kullanıcıları web sayfasında yer alan bilgilerden satıcının icapta mı yoksa icaba davette mi bulduklarını tam anlayamamakta bu nedenle aksine bir açıklama olmadığı takdirde web sayfasında yer alan bilgilerin icap olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Web sayfasında satışa sunduğu ürünlerin stoklardaki miktarı konusunda satıcı veya sağlayıcının teklifinin bağlayıcı olmadığı konusunda açıklamada bulunması zorunludur. Böyle bir açıklama (bağlayıcı değildir, stoklarımızla sınırlıdır gibi) olmadığı sürece, web sayfasında ilan edilen bilgilerin icaba davet değil icap olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁸ Kırca, s.103; Özsunay, s.130.

¹⁰⁹ Özsunay, s.25.

¹¹⁰ Kırca, s.104

¹¹¹ Mehring, Vertragabschluss im internet, Eine neue Herausforderung für das alte BGB, MMR, 1998. (Kocasakal, s.59'dan naklen); Sözer, s.96.

Bizimde katıldığımız görüşe göre¹¹² web sayfalarındaki bilgilerin icaba davet niteliğinde bulunduğunun kesin ve katı şekilde kabulü yerinde değildir. Somut irade beyanının (web sayfasının) içeriği göz önünde bulundurulmaksızın genel bir yaklaşımla web sayfalarının bir öneriye davet olduğunun kabulü her şeyden önce irade özgürlüğü ilkesinin göz ardı edilmesi anlamını taşır. Web sayfalarındaki bilgilerin icaba davet olduğu yönündeki getirilen gerekçe de stokların takip imkânının ayrıca müşterinin ödeme gücünün ve kimliğinin tespitinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Ancak stokların elektronik yollarla izlenmesinin takibi son derece kolaydır. Bunun yanında günümüzde seri üretime geçişle beraber seri halde üretilen malların satışına ilişkin pek çok işlemde, alıcının kimliği önemini kaybetmiş bulunmaktadır. Artık 'ilgili için işlem' gereğince pek çok satış yerinde olduğu gibi internette de web sitesi sağlayıcısı için alıcının kimliği hiçbir önem arz etmemektedir. Bu çerçevede sadece paranın ödenmesi önem kazanmaktadır ki web sayfalarından yapılan sunumlarda bu da bir zorluk teşkil etmemekte, çoğu kez kredi kartı bilgilerinin siparişle beraber verilmesiyle ödemenin yapılması sağlanmaktadır. Diğer yandan güven prensibi çerçevesinde irade beyanlarının yorumunda stokların kontrolü veya karşı tarafın ödeme gücü gibi subjektif kıstasların esas alınmasının ne derece doğru bir yaklaşım olduğu şüphelidir. Bu sebeplerle malların satışı ile dijital ürünlerin doğrudan satışına ilişkin web sayfaları arasında bir ayırım yapılması da tamamen yapay bir farklılık olmuştur. BK.m.7/2 ve BK.m.7/3 hükümlerinden yola çıkıldığında ise sözleşmenin kurulmasına imkân sağlayan web sayfalarının ikinci fıkrada belirtilen tarife veya fiyat listelerinin yayınlanmasından çok, üçüncü fıkradaki semeni göstererek mal teşhirine benzediğini kabul etmek gerektiğini ileri sürmek daha yerinde olacaktır.

Web sayfalarının kesin bir şekilde icap ya da icaba davet olarak nitelendirilmesinin yapılması, bunun kesin bir şekilde söylenmesi yerinde değildir. Web sayfalarındaki irade beyanları nitelendirilirken bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun bir yorum meselesi olduğuna ve bunun güven teorisinin ışığında tespit edilmesi gerektiğine ilişkin temel kuraldan ayrılmak mümkün değildir. Bura-

¹¹² İnal, s.130.

dan hareketle bu nitelendirme her somut olayda kullanıcının web sayfasının içeriğine, dürüstlük kuralı ve tüm şartlar çerçevesinde vermesi gereken anlama göre yapılmalı ve o web sayfasının icap mı yoksa icaba davet mi olduğu bu şekilde tespit edilmelidir¹¹³.

bb-Elektronik Postaların İcap veya İcaba Davet Oluşturması

Fonksiyonları bakımından normal postaya benzeyen elektronik postalar bireysel elektronik postalar ve spamming olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹⁴.

Bireysel elektronik postalarda icabı yapan kişi bunu belirli bir veya birkaç kişiye göndermektedir. Elektronik posta ile yapılan icaplar hukuki açıdan mektupla yapılan icaplara benzemektedir¹¹⁵. Dolayısıyla hukuken geçerli bir icabın varlığı için aranan şartları taşıdığı takdirde bir mesajın elektronik posta ile gönderilmesi, normal posta ile gönderilmesine nazaran hukuki açıdan bir farklılık yaratmaz ve icap olarak nitelendirilebilir. Bir icabın elektronik posta yolu ile muhataba yöneltilmesi için bu icabı içeren mesajın, gönder tuşuna basmak suretiyle muhataba ait elektronik posta adresine gönderilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

Spamming'de ise genellikle ticari amaçlı elektronik postaların, çok fazla sayıda ve bazen de tekrarlanarak bu konuda bir talepte bulunmayan ve göndericinin hiçbir ilişkisi olmayan kişilere gönderilmesi söz konusudur¹¹⁷. Bu elektronik postalar genellikle reklam ve tanıtım amaçlı kullanılmaktadır¹¹⁸. Spamming'le birden çok kişiye bir seferde elektronik posta ile icap içeren reklam yollanması durumu, web sitesinden yapılan arzılara benzetilebilir ve icaba davet olduğu ileri sürülebilir. Ancak bizimde katıldığımız üzere birden fazla kişiye yollanan elektronik postaların gerek isim belirtilsin gerek matbu olsun icap olarak nitelendirilmesi gerekir¹¹⁹. Eğer yollayan kişi bu elektronik posta ile bağlı olmak istemiyorsa yaptığı beyanın bağlayıcı olmadığını bunun reklam amaçlı olduğunu ifade etmesi gerekir¹²⁰.

¹¹³ İnal, s.131; Sağlam, s.115.

¹¹⁴ Kocasakal, s.67; Savaş, s.157- 159.

¹¹⁵ Özsunay, s.25.

¹¹⁶ Kocasakal, s.68.

¹¹⁷ Kocasakal, s.68.

¹¹⁸ Falcıoğlu, s.128.

¹¹⁹ Savaş, s.160; Kocasakal, s.69- 70; Falcıoğlu, s.129.

¹²⁰ Kocasakal, s.70.

cc-Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Gönderilen Beyanların İcap veya İcaba Davet Oluşturması

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen irade beyanlarının da genel kural çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen bir beyanın icap olarak değerlendirilebilmesi için normal yollarla yapılan icapta bulunması gereken unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlardan birinin eksik olması halinde bu beyanın icaba davet olarak nitelendirilmesi söz konusu olacaktır.

dd-İcapla Bağlılık Süresi

İcapla bağlılık süresi elektronik ortamda da tıpkı normal yollarla yapılan icapta olduğu gibi iletişimin hazır olanlar veya olmayanlar arasında gerçekleşmesine göre değişmektedir.

aaa-Web Sayfaları Üzerinden Yapılan İcap ile Bağlılık Süresi

Web sayfaları üzerinden gerçekleşen iletişim hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre icapta bulunanın icabı ile bağlılık süresi BK.m.5'e göre değerlendirilecektir. Web sayfasının bir icap teşkil ettiği durumlarda bu icap, sağlayıcı web sayfasındaki icabı kullanıcılar tarafından erişilmeye hazır bulundurduğu müddetçe geçerlidir¹²¹.

TKHK.m.9/A hükmü dayanağı ile çıkartılan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 5.maddesinde tüketiciye verilmesi gerekli bilgilerden bir tanesi de satıcı veya sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresidir. (m.5/f) Bu hüküm uyarınca sağlayıcı icabın geçerli olduğu süreyi, başka ifadeyle icabı ile bağlı olduğu süreyi tayin etmek zorundadır. Bu durumda kabul için bir süre belirtilmiş olduğundan sağlayıcı BK.m.3 gereğince bu süre sonuna kadar icabından dönemeyecektir. Bunun dışında sağlayıcının teknik olarak icabı ile bağlılık süresi, kullanıcının web sayfasını bilgisayarına yüklemesinin ardından zaruri olan düşünme süresi ve kabul beyanını oluşturarak sağlayıcının bilgisayarına göndermesi için gerekli olan süreden oluşmaktadır¹²².

¹²¹ Gezder, s.117; Savaş, s.185; İnal, s.132.

¹²² İnal, s.132.

Web sayfasının icaba davet oluşturduğu durumlarda ise form doldurmak veya mouse tıklamak suretiyle kullanıcının gönderdiği irade beyanı icabı oluşturmaktadır. Bu icap sağlayıcının bilgisayar sistemine ulaştıktan sonra sistem tarafından otomatik olarak değerlendirilmekte ve gerekli cevap muhabata gönderilmektedir. Otomatik olarak yapılan bu işlem son derece hızlı cereyan ettiği için icapta bulunanın bağlayıcılığı neredeyse kendi irade beyanının muhatap bilgisayara ulaşması ile bu bilgisayar sistemi tarafından gönderilen cevabın kendisine ulaşması için gereken süreye inhisar etmektedir. Kullanıcı normal şartlar altında BK.m.5 kuralına göre saniyeler içinde olmasa bile birkaç dakika içinde web sayfası biçimindeki kabul beyanının kendisine ulaşması gerektiğini beklemekte haklı sayılır, yoksa saatlerce beklemesi gerektiği söylenemez¹²³.

bbb-Elektronik Posta Yoluyla Yapılan İcap İle Bağlılık Süresi

Elektronik posta yoluyla kurulan iletişim kural olarak hazır olmayanlar arasında gerçekleşmektedir. Bu sebeple icapta bulunan kabul için bir süre belirtmemişse BK.m.5 hükmüne göre zamanında ve usulüne uygun gönderilmiş bir cevabın kendisine ulaşacağı ana kadar icabı ile bağlıdır. Bu durumda bağlılık süresi; icabın muhabata ulaşma süresi, muhabatın işin önemine göre gerek duyacağı asgari düşünme süresi ve bunun üzerine gönderilen bir kabul beyanının icapta bulunana ulaşması sürelerinin toplamından ibarettir¹²⁴. İnternet üzerinden gerçekleşen iletişimin hızı nedeniyle elektronik posta yolu ile yapılan icabın muhabata ulaşması en fazla birkaç dakika sürecektir ve gönderilen icap muhabatın elektronik posta kutusunda daha sonra erişilmek üzere kaydedildiği anda ise ulaşmış sayılacaktır¹²⁵.

İşin önemine göre muhabatın ihtiyaç duyacağı düşünme süresi her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gönderilen kabul beyanının icapta bulunana ulaşması için geçecek sürenin tayininde, muhabatın kabul beyanını yine bir elektronik posta yolu ile gönder-

¹²³ Falcıoğlu, s.186; İnal, s.133.

¹²⁴ İnal, s.131; Sağlam, s.143.

¹²⁵ İnal, s.131.

mesi gerekli midir? Burada icapta bulunanın bunu şart koyması mümkündür. Ancak icapta bulunan böyle bir şart koymamışsa, muhatabın cevabını mutlaka elektronik posta olarak göndermesinin zorunlu olduğu söylenemez, meğerki dürüstlük kuralı gereğince somut olayda aksini kabul etmek gereksin¹²⁶.

Kural olarak cevabın illaki elektronik posta ile gönderilmesi gerekmemekle beraber, muhatap kabul beyanını icapta bulunanın beyanını gönderirken kullandığı iletişim yolunun hızına eş değer bir iletişim yolu ile göndermelidir. Bu noktada kabul beyanı telefon, faks veya telex yoluyla da açıklanabilir, fakat normal posta yolu ile gönderilen bir kabul beyanı gecikmiş bir kabul beyanı olarak görülmelidir¹²⁷.

ccc- Eş Zamanlı İletişim Kanalları Üzerinden Yapılan İcap ile Bağlılık Süresi

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden yapılan iletişim hazırlar arasında cereyan etmektedir. Bu anlamda icapta bulunan kabul için herhangi bir süre tayin etmemişse BK.m.4 hükmüne göre icap derhal kabul olunmazsa, icabı yapan icabı ile bağlı olmaktan kurtulur. Buradaki derhal kelimesinden, icapta bulunanın muhatabın cevap verebilmesi için zaruri olan asgari düşünme süresince bağlı olduğu anlaşılmalıdır¹²⁸.

b-Kabul ve Sözleşmenin Kurulduğu An

Bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının varlığı gerekir. Elektronik sözleşmelerin kurulması içinde tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarının mevcudiyeti aranır.

Elektronik sözleşmeler icapta bulunanın icabının, muhatap tarafından kabul edilmesi ile kurulur. Tüm irade beyanlarında olduğu gibi kabul beyanının hüküm ifade etmesi de icapta bulunana ulaşmasına bağlıdır. Bu noktada internet üzerinden gönderilen kabul beyanlarının sözleşmeyi kurduğu anı şu şekilde tespit edebiliriz.

¹²⁶ İnal, s.131.

¹²⁷ İnal, s.132.

¹²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.114.

Elektronik posta olarak gönderilen bir kabul beyanı daha sonra muhatap tarafından erişilmek üzere kendisinin elektronik posta kutusuna kaydedildiği anda ulaşmış ve böylece sözleşme kurulmuş olur¹²⁹. Bunun için icapta bulunanın elektronik posta adresinin kullanımına açık veya örtülü bir şekilde izin vermiş olması gerekliliği unutulmamalıdır¹³⁰.

Web sayfası olarak gönderilen bir kabul beyanı ise web sayfasının icap veya icaba davet teşkil etmesine göre tespit edilecektir. Nitekim web sayfası icap niteliğindeyse kullanıcının kabulünün sağlayıcının bilgisayarına ulaşmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır. Eğer web sayfası icaba davet niteliğindeyse, sağlayıcının kabulünün kullanıcının bilgisayarında kaydedilerek ekranda belirmesiyle sözleşme kurulmuş olacaktır¹³¹.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden örneğin chat kanalı üzerinden veya video konferans şeklinde gerçekleşen iletişim, hazırlar arasında cereyan eden bir iletişim olduğu için kabul beyanının muhatap tarafından anlaşılacak şekilde açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır¹³².

Sözleşmenin kurulması noktasında TKHK.m.9/A.f.2'deki düzenlemeye göre "Mesafeli satış sözleşmesinin¹³³ akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi, yine elektronik ortamda yapılır". Madde bağlamında sözleşmenin kurulabilmesi teyit işleminin gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Teyit işleminin yapılmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırım sözleşmenin kurulmadığı yaptırımıdır. Kanaatimizce burada getirilen teyit yükümlülüğü ile kanun koyucu sözleşmenin kurulması durumunda bu bilgilerin kesinlikle tüketiciye verilmesini amaçlamaktadır. Teyit mekanizması ile de ispat kolaylığı hedeflenmektedir.

¹²⁹ Burada da genel kuralda olduğu gibi sözleşme varma teorisi uyarınca kabul haberinin icapçının hâkimiyet alanına vardığı anda kurulmuş olmaktadır.

¹³⁰ İnal, s.134.

¹³¹ İnal, s.134.

¹³² İnal, s.134.

¹³³ Fıkra mesafeli satış sözleşmesinden bahsedilmekle birlikte, bu ifadenin mesafeli sözleşme olarak anlaşılması gerekir.

III- ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULUŞUNA İLİŞKİN İRADE BEYANLARININ GERİ ALINMASI

A-Genel Olarak İcap ve Kabulün Geri Alınması

İcap ve kabulün geri alınması BK.m.9'da düzenlenmiştir. İcap veya kabul beyanının geri alınması halinde bu beyanlar hiç yapılmamış sayılır. Bir irade beyanının, geri alma beyanı olarak kabul edilebilmesi için, daha önce yapılmış bir irade beyanının (icap veya kabul beyanının) mevcut olması, bu irade beyanı ile geri alma beyanının sahip ve muhataplarının aynı kişilerden oluşması ve ilk yapılan irade beyanının sonuçlarını önlemeye veya ortadan kaldırmaya yönelik olması gerekir¹³⁴. Ayrıca geri alınan irade beyanı dolaylı bir irade beyanı, yani hazır olmayanlar arası bir irade beyanı olmalıdır. BK.m.9'da kullanılan varma kelimesi bu görüşü doğrulamaktadır. Bu bağlamda hazır olanlar arasında doğrudan doğruya gerçekleşen irade beyanlarının geri alınması ilke olarak mümkün değildir. Çünkü hazır olanlar arasında yapılan icap irade açıklaması yapıldığı anda muhataba ulaşmıştır¹³⁵.

İcap ve kabulü geri alma, zaman ve bazen de öğrenme yönünden belli şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. BK.m.9'a göre geri alma haberi, icap veya kabul haberinden daha önce veya aynı zamanda karşı tarafa varırsa icapçı veya muhatap icap ve kabulü ile bağlı kalmaz. Burada kanun geri alma beyanının varma anını esas almakta, öğrenme unsurunu göz önünde tutmamaktadır. O nedenle geri alma beyanı, geri alınan beyandan önce veya onunla aynı anda muhataba ulaşsa ve muhatap önce geri alınan beyanı (icap veya kabul beyanını) öğrense bile geri alma gerçekleşmiştir. BK.m.9 bu halde varma teorisini kabul etmiştir¹³⁶. Buna karşılık geri alma haberi icap ve kabul haberinden daha sonra karşı tarafa varmış olmakla beraber, o, geri alma haberini icap ve kabul haberinden daha önce öğrenmişse, bu halde de icap ve kabul sahibini bağlamaz. Burada BK.m.9 varma teorisinden ayrılmış ve öğrenme teorisini kabul etmiştir¹³⁷.

¹³⁴ Eren, s.232.

¹³⁵ Eren, s.232.

¹³⁶ Eren, s.233; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.120.

¹³⁷ Eren, s.233; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.121.

Geri alma beyanının tabi olduğu şekil hakkında kanunda herhangi bir hüküm söz konusu değildir. Bu nedenle geri alma beyanının geçerliği özel bir şekil şartına bağlı değildir. Geri alan geri alma beyanını dilediği şekilde yapabilir¹³⁸.

B-Elektronik Sözleşmelerde İcap ve Kabulün Geri Alınması

İcap ve kabulün geri alınabilmesi ancak hazır olmayanlar arası irade beyanlarında mümkündür. Hazır olanlar arasında doğrudan doğruya gerçekleşen irade beyanlarının ise geri alınması ilke olarak mümkün değildir¹³⁹. Çünkü hazır olanlar arasında yapılan icap irade açıklaması yapıldığı anda muhataba ulaşmıştır. Bu anlamda elektronik sözleşmelerde icap ve kabulün geri alınmasında da hazır olmayanlar arası bir iletişimin mevcudiyeti gerekir.

1- Web Sayfaları Aracılığıyla Yapılan İcap ve Kabulün Geri Alınması

Web yoluyla yapılan irade beyanları hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre burada icap ve kabul beyanlarının geri alınması mümkündür. Ancak geri alma imkânı teorik düzeyde kalmaktadır¹⁴⁰. Çünkü gerek kabul gerekse icap niteliği taşıyan irade beyanları yapıldıkları anda elektronik iletişimin hızından dolayı hemen karşı tarafın hâkimiyet alanına öğrenilir şekilde girmektedir. Bu durumun tek istisnasını sistem bakımından kıyasen geri alma sayılabilecek siparişin tamamlanmasından önceki son aşamada 'siparişiniz kesinse tıklayınız' şeklinde son bir kontrol olanağının alıcıya tanınması oluşturur¹⁴¹.

2-Elektronik Posta Aracılığıyla Yapılan İcap ve Kabulün Geri Alınması

Elektronik posta ile yapılan icap veya kabul beyanları açısından geri almanın şartlarının oluşması pek kolay olmamaktadır. Çünkü elektronik posta iletileri server'larda veya elektronik posta kutusunda

¹³⁸ Reisoglu, s.56.

¹³⁹ Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden yapılan icap ve kabulün geri alınması da mümkün değildir. Zira burada da hazırlar arası bir iletişim söz konusudur.

¹⁴⁰ Kocasakal, s.78; Kırca, s.112; Altınışık, s.48; Falcıoğlu, s.202.

¹⁴¹ Falcıoğlu, s.202.

herhangi bir sorun olmadığı takdirde çok kısa süreler içinde, neredeyse anında muhatabın posta kutusuna ulaşmaktadır. Bu nedenle geri alma beyanının da elektronik posta ile gönderilmesi durumunda geri alma beyanının önceden yapılmış olan icap veya kabul beyanı ile aynı anda veya ondan önce ulaştırılması çok zordur¹⁴². Ancak icap ve kabul beyanını elektronik posta ile gönderen kişinin hemen sonra geri alma beyanını da göndermesi halinde iki iletinin de çok kısa zaman aralığı ile muhataba ulaşması ve muhatabın bu iki mesajı birlikte değerlendirmesi sağlanabilir. Burada önemli olan, icabı içeren elektronik postanın muhatabın elektronik posta kutusuna ulaşmasından sonra, fakat henüz içeriğini öğrenmesinden önce, geri alma beyanının ona ulaştırılmasıdır¹⁴³. Bu konuda geri alma beyanının, icap veya kabul beyanını içeren elektronik postanın gönderilmesinden hemen sonra telefonla açıklanması suretiyle muhatabın bu beyanı daha önce öğrenmesinin sağlanması düşünülebilir¹⁴⁴.

SONUÇ

Elektronik ticaretin hukuki alt yapısı esas olarak elektronik sözleşme kavramına dayanmaktadır. Elektronik sözleşmede normal yollarla yapılan sözleşmeler gibi tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile doğmakla beraber elektronik ortamda yapılan irade beyanları ile ilgili tartışmalar olmuştur.

Tartışmaların yoğunlaştığı noktalar elektronik ortamda yapılan iletişimin, bu anlamda elektronik posta aracılığıyla, web sayfası aracılığıyla ve eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden yapılan iletişimin hazırlar arası olup olmadığı yine bu yollarla gönderilen irade beyanlarının icap mı yoksa icaba davet mi olduğu ve bu beyanların geri alınıp alınamayacağı noktalarıdır.

Elektronik ortamda yapılan iletişimin hazırlar arası bir iletişim olup olmadığı noktasında değerlendirme yapılırken taraflar arasında kesintisiz bir iletişimin bulunup bulunmadığına yani tarafların irade

¹⁴² Kocasakal, s.78; Sağlam, s.140.

¹⁴³ Bozbel, s.285.

¹⁴⁴ Kocasakal, s.78.

beyanları arasına fasılaların girip girmediğine bakılmalıdır. Eğer tarafların irade beyanları arasına fasılalar giriyorsa bu iletişim hazır olmayanlar arası olarak kabul edilmeli, aksi takdirde hazırlar arası iletişim olduğu kabul edilmelidir. Burada iletişimin hazırlar arası olup olmadığının önemi kendisini, bu iletişim sonucu yapılan sözleşmenin ne zaman kurulmuş olacağı, hüküm ve sonuçların ne zaman doğacağı bunun yanında icap ve kabulün geri alınmasının mümkün olup olmadığı noktasında gösterecektir. Nitekim hazırlar arası bir sözleşmede, sözleşmenin kurulması ve hükümlerinin doğması muhatabın kabul beyanını açıkladığı anda gerçekleşecektir. Hazırlar arası bir sözleşmede icap ve kabulün geri alınması mümkün olmayacaktır. Ancak hazır olmayanlar arası bir sözleşmede sözleşmenin kurulma anı muhatabın kabul beyanının icap sahibinin hâkimiyet alanına vardığı an olacak, sözleşmenin hüküm doğurma anı ise kabul beyanının muhatap tarafından gönderildiği an olacaktır. Hazır olmayanlar arası sözleşmede icap ve kabulün geri alınması da mümkün olmaktadır.

Elektronik posta iletişiminin işleyişinde taraflar arasında doğrudan doğruya bir iletişim yoktur. Elektronik posta yolu ile yapılan irade beyanları hazır olmayanlar arası yapılmış sayılmaktadır. Elektronik postaları bireysel elektronik posta ve spamming olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Bireysel elektronik postalarda icapı yapan kişi bunu belirli bir veya birkaç kişiye göndermektedir. Elektronik posta ile yapılan icaplar hukuki açıdan mektupla yapılan icaplara benzetilmektedir. Dolayısıyla hukuken geçerli bir icabın varlığı için aranan şartları taşıdığı takdirde bir mesajın elektronik posta ile gönderilmesi normal posta ile gönderilmesine nazaran hukuki açıdan bir farklılık yaratmaz ve icap olarak nitelendirilir. Spamming'de ise genelde ticari amaçlı elektronik postaların çok fazla sayıda ve bazen de tekrarlanarak bu konuda bir talepte bulunmayan ve göndericinin hiçbir ilişkisi olmayan kişilere gönderilmesi söz konusudur. Bu mailler genellikle reklam ve tanıtım amaçlı kullanılmaktadır. Spamming'le birden çok kişiye bir seferde elektronik posta ile icap içeren reklam yollanması durumu web sitesinden yapılan arzulara benzetilebilir ve icaba davet olduğu ileri sürülebilir. Ancak bizimde katıldığımız üzere birden fazla kişiye yollanan elektronik postaların gerek isim belirtilsin gerek matbu olsun icap olarak nitelendirilmesi gerekir.

Elektronik posta yoluyla kurulan iletişim kural olarak hazır olmayanlar arasında gerçekleşmektedir. Bu sebeple icapta bulunan kabul için bir süre belirtmemişse BK.m.5 hükmüne göre zamanında ve usulüne uygun gönderilmiş bir cevabın kendisine ulaşacağı ana kadar icabı ile bağlıdır. Bu durumda belirlilik süresi; icabın muhataba ulaşma süresi, muhatabın işin önemine göre gerek duyacağı asgari düşünme süresi ve bunun üzerine gönderilen bir kabul beyanının icapta bulunana ulaşması sürelerinin toplamından ibarettir. İnternet üzerinden gerçekleşen iletişimin hızı nedeniyle elektronik posta yolu ile yapılan icabın muhataba ulaşması en fazla birkaç dakika sürecektir ve gönderilen icap muhatabın elektronik posta kutusunda daha sonra erişilmek üzere kaydedildiği anda ise ulaşmış sayılacaktır İşin önemine göre muhatabın ihtiyaç duyacağı düşünme süresi her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Elektronik posta olarak gönderilen bir kabul beyanı daha sonra muhatap tarafından erişilmek üzere kendisinin elektronik posta kutusuna kaydedildiği anda ulaşmış ve böylece sözleşme kurulmuş olur. Bunun için icapta bulunanın elektronik posta adresinin kullanımına açık veya örtülü bir şekilde izin vermiş olması gerekliliği unutulmamalıdır.

Elektronik posta yolu ile yapılan iletişim hazır olmayanlar arası bir iletişim olduğuna göre burada elektronik posta ile yapılan icap ve kabulün geri alınması mümkündür. Ancak elektronik posta ile yapılan icap veya kabul beyanları açısından geri almanın şartlarının oluşması pek kolay olmamaktadır. Çünkü elektronik posta iletileri server'larda veya elektronik posta kutusunda herhangi bir sorun olmadığı takdirde çok kısa süreler içinde neredeyse anında muhatabın posta kutusuna ulaşmaktadır. Bu nedenle geri alma beyanının da elektronik posta ile gönderilmesi durumunda geri alma beyanının önceden yapılmış olan icap veya kabul beyanı ile aynı anda veya ondan önce ulaştırılması çok zordur. Ancak icap ve kabul beyanını elektronik posta ile gönderen kişinin hemen sonra geri alma beyanını da göndermesi halinde iki iletinin de çok kısa zaman aralığı ile muhataba ulaşması ve muhatabın bu iki mesajı birlikte değerlendirmesi sağlanabilir. Burada önemli olan, icabı içeren elektronik postanın muhatabın elektronik posta kutusuna ulaşmasından sonra, fakat henüz içeriğini öğrenmesinden önce geri alma beyanının ona ulaştırılmasıdır.

Web sayfaları üzerindeki iletişim hazır olmayanlar arasında gerçekleşen bir iletişimdir. Çünkü tarafların sözleşmeyi müzakere etmeleri, soru sormaları ve pazarlık yapma gibi imkânları yoktur. Kullanıcı özelliklerini web sayfasından gördüğü bir ürünü ya sipariş edecek ya da etmeyecektir.

Ürünlerin internette sunulmasına ilişkin web sayfalarındaki bilgilerin icap mı yoksa icaba davet mi olduğu konusunda genel kanaat icaba davet olduğu yönünde oluşmuştur. Ancak web sayfalarındaki bilgilerin icaba davet niteliğinde bulunduğu kesin ve katı şekilde kabulü yerinde değildir. Somut irade beyanının (web sayfasının) içeriği göz önünde bulundurulmaksızın genel bir yaklaşımla web sayfalarının bir öneriye davet olduğunun kabulü her şeyden önce irade özgürlüğü ilkesinin göz ardı edilmesi anlamını taşır. Web sayfalarındaki bilgilerin icaba davet olduğu yönündeki getirilen gerekçe de stokların takip imkânının mümkün olmadığı ayrıca müşterinin ödeme gücünün ve kimliğinin de tespitinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Ancak stokların elektronik yollarla izlenmesi, takibi son derece kolaydır. Bunun yanında günümüzde seri üretime geçişle beraber seri halde üretilen malların satışına ilişkin pek çok işlemde alıcının kimliği önemini kaybetmiş bulunmaktadır. Artık 'ilgili için işlem' gereğince pek çok satış yerinde olduğu gibi internette de web sitesi sağlayıcısı için alıcının kimliği hiçbir önem arz etmemektedir. Bu çerçevede sadece paranın ödenmesi önem kazanmaktadır ki web sayfalarından yapılan sunumlarda bu da bir zorluk teşkil etmemekte çoğu kez kredi kartı bilgilerinin siparişle beraber verilmesiyle ödemenin yapılması sağlanmaktadır. Diğer yandan güven prensibi çerçevesinde irade beyanlarının yorumunda stokların kontrolü veya karşı tarafın ödeme gücü gibi subjektif kıstasların esas alınmasının ne derece doğru bir yaklaşım olduğu şüphelidir. Bu sebeplerle malların satışı ile dijital ürünlerin doğrudan satışına ilişkin web sayfaları arasında bir ayırım yapılması da tamamen yapay bir farklılık olmuştur. BK.m.7/2 ve BK.m.7/3 hükümlerinden yola çıkıldığında ise sözleşmenin kurulmasına imkân sağlayan web sayfalarının ikinci fıkrada belirtilen tarife veya fiyat listelerinin yayınlanmasından çok, üçüncü fıkradaki semeni göstererek mal teşhirine benzediğini kabul etmek gerektiğini ileri sürmek daha yerinde olacaktır. Web sayfalarının kesin bir şekilde icap ya da icaba davet ola-

rak nitelendirilmesinin yapılması, bunun kesin bir şekilde söylenmesi yerinde değildir. Web sayfalarındaki irade beyanları nitelendirilirken bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun bir yorum meselesi olduğuna ve bunun güven teorisinin ışığında tespit edilmesi gerektiğine ilişkin temel kuraldan ayrılmak mümkün değildir. Bu noktadan hareketle bu nitelendirme her somut olayda kullanıcının web sayfasının içeriğine, dürüstlük kuralı ve tüm şartlar çerçevesinde vermesi gereken anlama göre yapılmalı ve o web sayfasının icap mı yoksa icaba davet mi olduğu bu şekilde tespit edilmelidir.

Web sayfaları üzerinden gerçekleşen iletişim hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre icapta bulunanın icabı ile bağlılık süresi BK.m.5'e göre değerlendirilecektir. Web sayfasının bir icap teşkil ettiği durumlarda bu icap, sağlayıcı web sayfasındaki icabı kullanıcılar tarafından erişilmeye hazır bulundurduğu müddetçe geçerlidir.

Web sayfası yoluyla yapılan iletişimde de sözleşmenin kurulması şu şekilde açıklanabilir. Web sayfası olarak gönderilen bir kabul beyanı ise sözleşmenin kurulması web sayfasının icap veya icaba davet teşkil etmesine göre tespit edilecektir. Nitekim web sayfası icap niteliğindeyse kullanıcının kabulünün sağlayıcının bilgisayarına ulaşmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır. Eğer web sayfası icaba davet niteliğindeyse, sağlayıcının kabulünün kullanıcının bilgisayarında kaydedilerek ekranda belirmesiyle sözleşme kurulmuş olacaktır.

Web yoluyla yapılan irade beyanları hazır olmayanlar arasında cereyan ettiğine göre burada icap ve kabul beyanlarının geri alınması mümkündür. Ancak geri alma imkânı teorik düzeyde kalmaktadır. Çünkü gerek kabul gerekse icap niteliği taşıyan irade beyanları yapıldıkları anda elektronik iletişimin hızından dolayı hemen karşı tarafın hâkimiyet alanına öğrenilir şekilde girmektedir. Bu durumun tek istisnasını sistem bakımından kıyasen geri alma sayılabilecek siparişin tamamlanmasından önceki son aşamada 'siparişiniz kesinse tıklayınız' şeklinde son bir kontrol olanağının alıcıya tanınması oluşturur.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gerçekleşen iletişimde kullanıcılar hem kendi metnini muhataba göndermekte hem de muhatabın gönderdiği beyanı ekranında görmektedir. Bu iletişim doğrudan ve eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir. Bu nedenle burada hazırlar

arası bir iletişim söz konusudur. Eş zamanlı bir iletişim kanalı üzerinden gönderilen beyanlar muhatabın hâkimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Burada önemli olan muhatabın bu irade beyanını öğrenme imkânına sahip bulunmasıdır.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen irade beyanlarının da genel kural çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gönderilen bir beyanın icap olarak değerlendirilebilmesi için normal yollarla yapılan icapta bulunması gereken unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlardan birinin eksik olması halinde bu beyanın icaba davet olarak nitelendirilmesi söz konusu olacaktır.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden yapılan iletişim hazırlar arasında cereyan etmektedir. Bu anlamda icapta bulunan kabul için herhangi bir süre tayin etmemişse BK.m.4 hükmüne göre icap derhal kabul olunmazsa icabı yapan icabı ile bağlı olmaktan kurtulur. Buradaki derhal kelimesinden icapta bulunanın muhatabın cevap verebilmesi için zaruri olan asgari düşünme süresince bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

Eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden örneğin chat kanalı üzerinden veya video konferans şeklinde gerçekleşen iletişim hazırlar arasında cereyan eden bir iletişim olduğu için kabul beyanının muhatap tarafından anlaşılacak şekilde açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olacaktır. İcap ve kabulün geri alınabilmesi ancak hazır olmayanlar arası irade beyanlarında mümkündür. Hazır olanlar arasında doğrudan doğruya gerçekleşen irade beyanlarının ise geri alınması ilke olarak mümkün değildir. Bu bağlamda eş zamanlı iletişim kanalları üzerinden gerçekleşen iletişim hazırlar arası sayıldığına göre burada icap ve kabulün geri alınması olanağı bulunmamaktadır.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000
- ALTINIŞIK, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2007
- BOZBEL, SAVAŞ, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler, Yargıtay Dergisi, C.27, Ocak-Nisan 2001, s.278.
- BOZBEL, SAVAŞ, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviçre'deki Düzenlemeler, [http:// www.hukukcu. com/ bilimsel/ kitaplar/ internet_uzer_rinden_hukuki_islem.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet_uzer_rinden_hukuki_islem.htm)
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- ERİŞGİN, Nuri, Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı, AÜHFĐ.,C.48, S.1- 4, Y.1999, s.231.
- FALCIOĞLU, Mete Özgür, Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara 2004
- GEZDER, Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004
- İNAL, Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005
- KIRCA, Çiğdem, İnternette Sözleşme Kurulması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XX, S.4, Aralık 2000, s.107.
- KOCASAKAL H. ÖZDEMİR, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005
- ÖZMEN, E. Saba, Telefaks Cihazları (Facsimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi,1990/1, s.77.

ÖZSUNAY, Ergun, Uluslar arası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000

SAĞLAM, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007

SAVAŞ, Abdurrahman, İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler ve Bunların Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, Konya 2005

SCHMİDLİN, Bruno, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art.3- 10 OR, Bern 1985

SÖZER, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002

TEKİNAY, S. Sulhi/

AKMAN, Sermet/

BURCUOĞLU, Haluk/

ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988

TÜRKİYE'DE OMBUDSMANLIĞIN (KAMUSAYLIĞIN) ETKİN OLARAK İŞLEYEBİLME YETİSİ YOKTUR

IT HAS NO POTENTIAL FOR THE EFFECTIVE OPERATION OF
OMBUDSMAN (KAMUSAY) IN TURKEY

Hasan DURSUN*

Özet: 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumla ombudsmanlık anayasal bir temele kavuşturulmuştur. Yine, konuyla ilgili olarak 5 Ocak 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kanun tasarısı sunulmuştur. Ancak gerek Anayasa gerekse Tasarıda öngörülen hususlar ombudsmanlığın evrensel ölçütlerine uygun olmadığı gibi ombudsmanlığın Türkiye'de etkin bir şekilde işlevsini sağlayıcı nitelikte de değildir.

Anahtar Sözcükler: Ombudsman, kamusay, hukukilik denetimi, yerindelik denetimi, alternatif uyuşmazlık çözümü.

Abstract: With referendum dated 12 September 2010, there is constitutional basement for the ombudsman. Again, a draft bill related with that matter submitted to Turkish Grand National Assembly. However, either constitutional or draft arrangements are not accord with universal standards of ombudsman as well as appropriate to function effectively the ombudsman in Turkey.

Keywords: Ombudsman, kamusay, legality control, opportunity control, alternative dispute resolution.

GİRİŞ

Anayasa veya yasa ile kurulmuş veya Parlamento tarafından seçimi sağlanan, başında yasama organı veya parlamentoya karşı sorumlu olan, yüksek seviyeli bağımsız bir bürokratın olduğu, kamu kurum ve kuruluşları, yetkilileri veya çalışanları tarafından haksızlığa uğratılmış insanların şikâyetleri doğrultusunda veya kendi inisiyatifi ile harekete

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Doktora Öğrencisi.

geçen, araştırma yapma, disiplin uygulaması önerme ve rapor yayımlama hakkı olan bir ofis olarak tanımlanan ombudsmanlık¹ karşılığı olarak Türkçe'de kamu sözcüsü, halk sözcüsü, kamu denetçisi, halk savunmanı, halk koruyucusu, parlamento komiseri, mediatör, arabulucu, kamutay, kamusay gibi pek çok isimlendirme önerisi bulunsa da² bizim kamusay olarak isimlendirilmesini uygun bulduğumuz³ ombudsman, 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulan olan mini anayasa paketinde, hukuksal bir ifadeyle, 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun metni içerisinde "*kamu denetçiliği kurumu*" ismiyle öngörülmüştür. Bu anayasa değişikliği halkoyuyla kabul edilmesine ve kamusaylık anayasal bir statüye kavuşmasına karşın kamımızca onun Türkiye'de etkin bir şekilde işlerliği bulunmamaktadır. Bu savımızı gerekçelendirmeye geçmeden önce kamu denetçiliğinin Türkiye'deki mevzuat tarihçesini kısa bir şekilde incelemek uygun olacaktır.

I- TARİHÇE

Aslında, dünyada ilk ombudsmanlık kurumu resmi olarak 1809 yılında İsveç'te kurulsa da, bu kurumun kökeni Osmanlılara dayanmaktadır. Gerçekten de, İsveç'teki ombudsman düşüncesi, İsveç Kralı XII. Charles dönemine kadar geriye götürülebilir. Daha açık bir deyişle, Türk tarihinde Demirbaş Şarl olarak bilinen İsveç Kralı XII. Charles, 1709 yılında Ruslar tarafından yenilmesi üzerine Osmanlılara kaçmış

¹ Krş. Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi, TÜSİAD, 1997, İstanbul, s. 15.

² Bu bilgi, Zehra Odyakmaz'ın 26.3.1998 tarihinde Başbakanlık Basın Toplantısında yaptığı konuşmadan elde edilmiştir.

³ Çünkü "*kamusay*" sözcüğü, akılda kalması kolay olan tek bir sözcükten oluşmakta ve kurumu daha iyi kavramaktadır. Bu kurum he ne kadar evrensel olarak "*ombudsman*" olarak tanınsa da söz konusu sözcük yabancı kökenli olduğu ve telaffuzu zor olduğu için böyle bir kullanımı doğru bulmadık. Öte yandan, ombudsmanın ilk olarak doğduğu İsveç ülkesi dilinde karşılığı "*temsilci*" veya "*arabulucu*"dur. Bkz. Uler, Y. Ombudsman (Kamu Denetçisi), I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 3. Kitap, Danıştay Yayınları, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 1021. Temsilci veya arabulucu kavramı bizce kurumu tam olarak anlatamadığı için de "*ombudsman*" kavramının kullanılması doğru değildir. Yine, "*kamutay*" ibaresi önceleri T.B.M.M. Genel Kurulu için kullanıldığı ve tutmadığı için o ibarenin de kullanılmasını doğru bulmuyoruz.

ve burada bir kaç yıl sığınmacı olarak kalmıştır. O dönemde İsveç'te huzursuzluk ve düzensizlik egemen olmuş, bu durumu önleyebilmek için Osmanlı İmparatorluğunda sığınmacı olan Kral, bir buyruk çıkararak kendisinin en yüksek ombudsmanın başında bulunacağı bir büronun İsveç'te kurulmasını emretmiştir. Bu büronun temel görevi; kanunlara uyulmasını ve kamu görevlilerinin yükümlülüklerinin yerine getirmesini sağlamak olmuştur. Bir başka deyişle, ombudsman, yargıçların ve öteki kamu görevlilerinin Toprak Kanununun uygulanmasındaki etkinliklerini gözetlemeye yetkili kılınmıştır. Daha sonra, bu büro "*Kralın Adalet Başkanlığı Bürosu*" olarak adlandırılmıştır.⁴

İşte, ombudsmanlığın kökenini oluşturan bu büro, Osmanlı İmparatorluğundaki adalet dizgesinden esinlenmiştir. Bu esinlenmenin iki kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, o tarihlerde, Osmanlılarda "*Kazasker*" olarak adlandırılan Osmanlı Başyargıcının bürosudur. Bu büro, o dönemde İslam adalet dizgesinin önemli bir parçasını oluşturmuştur. Söz konusu başyargıcın görevi, İslam Hukukunun, Padişah dâhil memurlarca, halkın birbiriyle ve İmparatorlukla ilişkilerini düzenlerken uygulanmasını güvence altına almak olmuştur. Böylelikle, başyargıç, halkın haklarını, memurların adaletsizliğine ve güçlerinin kötüye kullanılmasına karşı korumuştur. İkinci olarak, önceleri Padişahın, daha sonraları ise Sadrazamın başkanlığında⁵ Kazaskerlerin katıldığı Divan-ı Hümayunun bulunmasıdır.⁶ Bu kurulda, hükümdar veya sadrazam halkın davalarını ve devlet memurlarından yakınmalarını dinlemiştir.⁷ Ombudsmanın kökenini oluşturduğu için divan ve kazasker konusunda ek bir takım açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

Açıklamalarımıza divan ile başlamak gerekirse, Abbasilerden bu yana, bütün İslam devletlerinde resmi daire veya kurul niteliğinde divanlar bulunmuştur. Osmanlılar da bu yönetim geleneğine bağlı kalmışlar, ancak divan kurumunu son derece ileri bir seviyede geliştirmişlerdir. Gerçekten de İslam devletlerinde türlü resmi işlerle uğraşan çeşitli divanlar bulunmuş, bunların üstündeki büyük divan ise sadece bir danışma ve denetim işi görmüştür. Osmanlılarda ise divanların

⁴ Pickl, V. J. Ombudsman ve Yönetimde Reform (Çeviren, Turgay Ergun), Amme İdaresi Dergisi, Sayı 4, Cilt 10, 1976, s. 39.

⁵ Bkz. Üçok, C. Hukuk Tarihi Dersleri, AÜHFY No: 297, Ankara, 1972, s. 147 vd.

⁶ Krş. Pickl, s. 39.

⁷ Turgay Ergun'un notu, Bkz. Pickl, s. 39 dip not 3.

çoğu birleştirilmiş, çok geniş yetkili yepyeni bir divan kurulmuştur. Padişahın divanı anlamına gelen Divan-ı Hümayun, merkezdeki devlet işlerinin görüşülüp karara bağlandığı son derece önemli bir organ durumunu almış, kökleşmiş ve kurumsallaşmıştır.⁸

Divan-ı Hümayunda yönetim ve örf-adet hukuku ile ilgili işler Sadrazam, toprak işleri Nişancı, şeri ve hukuki işler Kazaskerler⁹ ve mali işleri de Defterdarlar çözümlenmişlerdir. Bir bakıma Yargıtay ve Danıştay niteliğinde olan bu divana, herkes gelip derdini anlatabilmiş ve yakınmasını bildirmiş ve söz konusu yakınmalar usulüne göre sonuca bağlanmıştır. Daha açık bir deyişle, Divan-ı Hümayunda devlet işleri hakkında karar verilmiş, önemli davalar kesin bir biçimde hükme bağlanmış, hangi sosyal kesimden, etnik gruptan veya dinden gelirse gelsin Divana gelen herkes dinlenmiştir. Bu bağlamda, en yoksul bir kişi bile Sadrazamdan adalet isteyebilmiş ve ona sorununu söyleyebilmek özgürlüğüne sahip olmuştur.¹⁰

Osmanlılarda Divan-ı Hümayundan başka, bazı alt-divanlar kurulmuş, bu divanlar, merkezdeki işlerin görülmesini kolaylaştırmıştır. Gerçekten de merkezdeki her baş-yönetici kendi işleriyle ilgili konuları görüşen bir divan kurmakta ve yetkisi oranında gerekli kararları vermekteydi. Bu bağlamda, kazaskerler kendi konaklarında yaptıkları toplantılarla kendi işlerini düzenlemişlerdir.¹¹

Ombudsmanın kökenini oluşturan ikinci organ kazaskerlik ise Osmanlı'da oldukça köklü bir kurum kimliğini taşımıştır. Gerçekten de Osmanlı'da "*kadiasker*" de denilen kazaskerler yargı örgütünün başını oluşturmuşlar, Osmanlıların ilk yıllarında Bursa kadısı yargı örgütünün en önemli kişisi olarak kabul edilmiş, 1360 veya 1362 yıllarında, daha sonra vezir-i azam olan Çandarlı Kara Halil Hayrettin Paşa Bursa kadısıyken kazasker yapılmış ve bu makam böylece Osmanlılarda da kurulmuştur. Aşağıda, ayrıca bahsedileceği üzere, Eyyübilerden bu yana İslam devletlerinde ordu mensuplarının yargı işlerini gören ve "*kadileşker*" denilen yüksek yargıçlar bulunmuş ve Anadolu Selçuklu-

⁸ Üçok C. ve Mumcu A., Türk Hukuk Tarihi, Altıncı Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1987, s. 241.

⁹ Osmanlılarda Rumeli ve Anadolu Kazaskeri olmak üzere iki türlü kazasker bulunmaktaydı. Bu konuda bilgi için bkz. Üçok ve Mumcu, s. 227 vd.

¹⁰ Bkz. Üçok, s. 148.

¹¹ Üçok C. ve Mumcu A., s. 247.

ları da böyle bir kadıyı işbaşında tutmuşlar, ancak, Selçuklular, bunun yanında, Kad'il Kudat denilen ve yargı örgütünün başında ulemadan ayrı bir kimse bulundurmışlardır. İşte Osmanlılar, kazaskerlik makamını kurduktan sonra, Anadolu Selçuklularındaki Kad'il Kudat'lığa gerek görmemişler, onun görevini de kazaskerlere geçirmişlerdir.¹²

Yukarıda belirtildiği üzere, dünyada ilk defa resmi olarak İsveç'te kurulan Ombudsmanlığın kökenini, Kazaskerlik ve divanlar, özellikle Divan-ı Hümayun oluşturmuştur. Divan-ı Hümayunun kökenini ise *Şikâyetler Kurulu* olarak adlandırılabilen olan "*Divan-ı Mezalim*", Kazaskerliğin esin kaynağını ise Kad'il Kudat oluşturmuştur. Ombudsmanlığın kökenini tam olarak kavrayabilmek açısından Divan-ı Mezalim ve Kad'il Kudat hakkında temel bir takım bilgilerin verilmesi uygun olacaktır.

Divan-ı Hümayunun kökenini oluşturan Divan-ı Mezalim, Abbasi Devletinin bir örgütüdür. Bu divan, bir nevi Yargıtay ve Danıştay'ın görevini yerine getirerek kadıların ve diğer yüksek mevkideki memurların zulümlerinden yakınların şikâyetlerini dinlemiş ve suçlu görülenler hakkında gerekli işlemleri yapmıştır. Gerçekten de Hz. Ali'den beri halifeler kimi aralıklarla halkın söz konusu kamu görevlileri hakkındaki şikâyetini dinlemişler, ancak, XIV. Abbasi Halifesi Mühtedî'den itibaren bu işe önce vezirler, daha sonra da az sonra anlatılacak olan Kad'il Kudat adı verilen *Başkadılar*, Divan-ı Mezalim olarak adlandırılan Divanlarda bakmaya başlamışlardır. Eyyübiler döneminde ise yakınmalar "*Dar'ül-Adl*" (Adalet Evi) denilen özel bir evde hükümdarın başkanlığında sonuca bağlanmıştır.¹³

Kazaskerliğin kökenini oluşturan Kad'il Kudat ise Anadolu Selçuklu Devletinin örgüt yapısı içerisinde önemli bir yer tutmuştur. Gerçekten de, bu devlette, illerde, başkentteki örgütün küçük bir örneği bulunmuş ve buralara adalet işlerini görmek üzere kadılar atanmıştır. Bununla birlikte, mahkemeler; askeri ve sivil olmak üzere ikiye ayrılmış, askeri davalara *kadileşker* denilen ordu kadısı bakmış, Konya kadısı ise *Kad'il Kudat* ismini taşıyarak en yüksek yargıç sayılmıştır.¹⁴

¹² Üçok C. ve Mumcu A. s. 226.

¹³ Bkz. Üçok, s. 111.

¹⁴ Üçok, s. 120.

Görüldüğü üzere, ombudsmanlık kurumu, daha doğru bir deyişle, ombudsmanlığın kökeni, Türkler bakımından oldukça uzundur. Bununla birlikte, Cumhuriyet döneminde, ombudsmanlığın tartışılmaya başlanması, nispeten yakın yıllara, daha somut bir deyişle, 1970’li yıllara rastlamaktadır. Ombudsmanlığın mevzuat çalışmasının ise daha da yakın bir geçmişi bulunmaktadır. Gerçekten de söz konusu kavram, bir mevzuat çalışması olarak ilk kez 1982 Anayasası yürürlüğe girmeden önce, Ankara Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyeleri tarafından hazırlanan “Anayasa Önerisi”nde yer almıştır.¹⁵ Daha somut bir deyişle, bu anayasa önerisinin “Kamu Denetçileri Kurulu” başlıklı 114. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; Cumhurbaşkanının, T.B.M.M, Danıştay, Sayıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Türkiye Barolar Birliği’nin ayrı ayrı göstereceği ikiye adaydan birisini 5 yıllık bir süre için atamak yoluyla Kamu Denetçileri Kurulunu oluşturacağı, 5 kişilik söz konusu kurulun, yurtaşların dilek ve şikâyetlerini inceleyerek temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesini gözeteceği öngörülmüştü.¹⁶

Ancak, bu anayasa önerisi, dönemin anayasa koyucusu olan Milli Güvenlik Konseyi tarafından dikkate alınmamıştır. Anayasa koyucu bu öneriyi kabul etmemesine rağmen, kimi yazarlar, Anayasanın 108. maddesinde yer alan Devlet Denetleme Kurulunun bir tür ombudsman olduğunu savlamıştır.¹⁷ Bununla birlikte, Erhüman’ın isabetli olarak belirttiği üzere, Devlet Denetleme Kurulunun hiç bir şekilde ombudsman olmadığı ortadadır. Çünkü az sonra anlatılacağı üzere, ombudsmanın karakteristik özelliklerinden birisi *bağımsız* olmasıdır. Hâlbuki söz konusu kurul, Cumhurbaşkanına bağlı olduğu gibi üyeleri yine onun tarafından seçilmekte ve ancak Cumhurbaşkanının isteği üzerine harekete geçmektedir. Bu niteliklere sahip olan bir kurulun bağımsız olmadığı, dolayısıyla, ombudsman kimliğini taşımadığı açıktır.¹⁸

Türkiye’de 1990’lı yıllardan itibaren ise ombudsmanlığın kurulması konusunda somut bir takım girişimlerde bulunulmuştur. Bu yıl-

¹⁵ Bkz. Erhüman, T. Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?, AÜHFD, Yıl 2000, Cilt 4, Sayı 1-4, s. 155.

¹⁶ Sağlam, A. Ombudsman Kurumu ve Türkiye Macerası, s. 3 (<http://www.turkhuksitesi.com>, Erişim Tarihi, 17.5.2010).

¹⁷ Bkz. Erhüman, s. 155 dipnot 3.

¹⁸ Fazla bilgi için bkz. Erhüman, s. 155 ve dipnot 4.

larda, özellikle insan haklarının korunması ve geliştirilmesi tartışmaları ışığında, 7. Beş Yıllık Kalkınma Planında ombudsmanın kurulacağı konusuna yer verilmiş, 55. Hükümet döneminde, Adalet Bakanlığı bünyesinde “Ombudsman Yasa Tasarısı Taslağı Hazırlama Komisyonu” oluşturulmuştur. Komisyon, konuyla ilgili “Kamu Sözcülüğü Kanun Tasarısı Taslağı”nı hazırlamış ve çalışmalarını 12 Ağustos 1998 tarihinde tamamlamıştır.¹⁹ Bununla birlikte, bu öntasarı da kanunlaşmamıştır.²⁰

Ombudsmanın yasalaşması, ancak, 2006 yılında sağlanmıştır. Gerçekten de, 28.9.2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile ombudsmanlık düzenlenmiştir. Kanunun 1. maddesiyle gerçek ve tüzel kişilerin “idare”nin her türlü eylem, işlem, tutum ve davranışlarıyla ilgili yakınmalarını, Türkiye Cumhuriyeti’nin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve “idare”ye önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunun oluşturulması öngörülmüş, 4. maddesiyle de Kurumun, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı, kamu tüzelkişiliğini haiz, özel bütçeli, merkezi Ankara’da olduğu belirtilmiştir.

Bu kanunun tümünün Anayasaya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesine iptal ve yürürlüğünün durdurulması davası açılmış, Anayasa Mahkemesi de 27.10.2006 tarih ve E. 2006/140, K. 2006/33 sayılı kararıyla Kanunun geçici 1. maddesinin yürürlüğünü durdurmuştur.²¹ Anayasa Mahkemesinin yürürlüğünü durdurduğu bu maddede; ilk başdenetçi ve en az beş denetçinin seçimi ile Kamu Denetçiliği Kurumunun kurulacağı, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün sonra T.B.M.M. Başkanlığı tarafından başdenetçi ve beş denetçi seçimi yapılacağı belirtilmişti. Anayasa Mahkemesinin, kamu denetçiliğinin kurulmasına ilişkin bu maddenin yürürlüğünü durdurması üzerine Kamu Denetçiliği Kurumu fiilen kurulamamıştır.

¹⁹ Erhüman, s. 156.

²⁰ Bundan başka, düşen (kadük olan) 15.7.2005 tarih ve 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanunun 42. maddesinde de “Mahalli İdareler Halk Denetçisi” şeklinde yerel bir ombudsmanlık öngörülmüştü. Bu konuda bkz. Azrak, A.Ü. İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri in Danıştay Başkanlığı 141. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 72. Bu çalışmada, ulusal ombudsmanlık üzerinde durulduğu için sadece konuya temas etmeyi uygun bulduk.

²¹ Bu karar için 1.11.2006 tarih ve 26333 sayılı Resmi Gazeteye bakınız.

Anayasa Mahkemesi, 25.12.2008 tarih ve E. 2006/140, K. 2008/185 sayılı kararıyla da 5548 sayılı Kanunun tümünü, Anayasanın 6., 87., ve 123. maddelerine aykırı görerek iptal etmiştir. Mahkeme, bu kararında, Anayasanın 123. maddesinde; idarenin bir bütün olduğunun belirtildiğini, bir kamu kurumu ya da kuruluşu kurulurken Anayasada öngörülen idari teşkilat yapısı dışına çıkılmaması gerektiğini, kamu kurum ya da kuruluşlarının söz konusu yapı dışında kurulmasının idarenin bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, ayrıca, Anayasanın 87. maddesinde, T.B.M.M.’nin görev ve yetkilerinin sayıldığını, bunlar arasında Kamu Denetçiliği Kurumuna Başdenetçi ve denetçi seçme görev ve yetkisi tanınmadığı gibi adı geçen kurumla T.B.M.M. arasında bu seçime olanak verecek Anayasadan kaynaklanan doğal sayılabilecek bir ilişki bulunmadığını, dolayısıyla, söz konusu kanunun, Anayasanın 87. maddesine de aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, son olarak, Anayasanın 6. maddesinde; hiç kimse veya organının kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını belirtildiği, buna karşın, Kamu Denetçiliği Kurumunun merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına aykırı olarak “*idare*” dışında kurulmasının ve T.B.M.M.’ne bağlanmasının Anayasanın 6. maddesine aykırılık oluşturduğu hususunu eklemiştir.²²

İşte, tüm bu anayasal sorunları aşabilmek için 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulan mini Anayasa Paketinde “*ombudsmanlık*” kurumuna yer verilmiştir. Gerçekten de söz konusu paketin 8. maddesiyle, Anayasanın 74. maddesinin kenar başlığı “*VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*” şeklinde değiştirilmiş, 74. maddenin üçüncü fıkrası kaldırılmış ve söz konusu maddeye aşağıdaki fıkralar eklemiştir:

“Herkes bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve

²² Bu karar için 4.4.2009 tarih ve 27190 sayılı Resmi Gazeteye bakınız.

üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumda seçime katılanların yaklaşık %58'i çoğunluğunun²³ “evet” oyu vermesiyle ombudsmanlık anayasal bir dayanağa kavuşmuş ve onun kurulmasının önünde var olan anayasal engel ortadan kalkmıştır. Anayasal engelin ortadan kalkması sonucunda ise 5548 sayılı Kanun hükümlerinin ezici çoğunluğuyla aynı hükümleri taşıyan yeni bir Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı²⁴ hazırlanmış ve 5 Ocak 2011 tarihinde Meclise sunulmuştur.²⁵ Bu tasarı halen T.B.M.M.’nin gündeminde bulunmaktadır.²⁶ Ancak, bu tasarı kanunlaşsa bile mevcut durumda ombudsmanlığın Türkiye’de etkin bir şekilde işleyebilme yetisi yoktur. Çalışmanın bundan sonraki kısmında bu konu üzerinde durulacaktır.

II- OMBUDSMANLIĞIN TÜRKİYE’DE ETKİN İŞLEYEBİLME YETİSİNİ ORTADAN KALDIRAN NEDENLER

Bu kısımda ombudsmanlığın Türkiye’de etkin bir şekilde işlerliğini ortadan kaldıran nedenleri iki başlık altında inceleyeceğiz. Bunlardan ilki, ombudsmanlığın olmazsa olmaz koşulu (conditio sine quo non), ikincisi ise Türkiye’ye özgü koşullar bakımından olacaktır. Tekrar belirtmek gerekir ki yapılacak bu açıklamalar, halen T.B.M.M. gündeminde bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısının yasalaşacağı varsayımına bağlıdır.

²³ Bkz. Yüksek Seçim Kurulunun 846 sayılı Kararı, 23 Eylül 2010 tarih ve 27708 sayılı Resmi Gazete.

²⁴ Bundan sonra Tasarı olarak adlandırılacaktır.

²⁵ Tasarının tam metnine “basbakanlik.gov.tr” adresindeki “Kanun Tasarıları” kısmından ulaşabilmek olanaklıdır.

²⁶ 1.3.2011 tarihi itibarıyla.

1- Ombudsmanın Olmazsa Olmaz Koşulu Bakımından

Kanımızca, bir kuruma ombudsman niteliğini verebilmek için o kurumun Anayasa veya yasada ombudsman (Türkiye’deki ismiyle Kamu Denetçiliği Kurumu) olarak adlandırılması yeterli değildir. Bir kuruma ombudsman niteliğini verebilmek için olmazsa olmaz üç koşul gereklidir. Bunlar; ombudsmanın bağımsızlığı, idareyi denetlemesi ve kararlarının hukuken bağlayıcı olmaması esasıdır.²⁷ Bu üç koşulu eş anlamlı olarak taşımayan bir kuruma ombudsman denilemez, olsa olsa yeni bir idari denetim türü denilebilir. Şimdi bu koşulları biraz daha yakından incelemek uygun olacaktır.

a- Ombudsmanın Bağımsızlığı

Ombudsmanın bağımsız bir kurum olması, ombudsmanlığın olmazsa olmaz şartıdır. Gerçekten de, yürütmeden ve idareden bağımsız olmayan bir kurumun kamu üzerinde denetim uygulaması durumunda bu denetimin idari denetimden farklı bir denetim olarak nitelendirilmesi olanaklı olmayacaktır. İşte bu yüzden “ombudsman denetimi” adı altında ayrı ve kendisine özgü bir denetimden söz edebilmek ancak yürütmeden ve idareden bağımsız olan bir kurum yaratmakla olanaklıdır.²⁸ Bu bağlamda, Fransa’da mediateur’un atanması, kayıtsız şartsız hükümetin takdirine bırakılmış olması²⁹ yüzünden, kanımızca, Fransa’da gerçek anlamda bir ombudsmanın bulunmadığını belirtmek gerekir.

Bir ombudsmanın bağımsız olabilmesi için onun atanması ve görevden alınmasının nitelikli çoğunlukla olması ve ombudsmanın Meclis dâhil hiç bir organa karşı bağımlı olmaması gerekir. Öncelikle ombudsmanın atanmasından işe başlamak gerekirse, 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulan olan mini anayasa paketinin yukarıda belirtilen 8. maddesinde ombudsmanın üçüncü oylamada Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu (226 milletvekili) ile üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılacağı, dördüncü oylamada en fazla oy alan adayın seçilmiş olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, bu maddeye-

²⁷ Bkz. Erhüman, s. 157 vd., biraz değişik bir şekilde, Oytan, M. Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi, Danıştay Dergisi, Sayı: 18-19, Ankara, 1975, s. 196.

²⁸ Erhüman, s. 158-159.

²⁹ Oytan, s. 207.

le ombudsmanın toplanmasında özel bir toplantı yeter sayısı aranmamakta, Meclisin normal toplantı yetersayısıyla (184 Milletvekili) toplanacağı, iş dördüncü oylamaya kalırsa 226 milletvekilinden aşağı sayıda oy alsa bile ombudsmanın seçilebileceği öngörülmektedir. Bu düzenleme tarzı, Türk siyasi yaşamında bir uzlaşma kültürünün olmaması olgusuyla birleşerek, iktidar partisi, eğer bir koalisyon hükümeti varsa koalisyonun büyük ortağı tarafından ombudsmanın seçilmesine yol açacaktır. Ombudsmanın iktidar partisi veya koalisyon hükümetinin büyük ortağı tarafından atanması durumunda ise ombudsman iktidara karşı bağımsız olamayacak, dolayısıyla, kurulmasının varlık nedenini "*raison d'état*" yitirecektir. Ombudsmanın yürütmeye, özellikle, iktidara karşı bağımsızlığını sağlayabilmek için Anayasanın Cumhurbaşkanının seçimini düzenleyen 102. maddesinin 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunun 5. maddesiyle değiştirilmeden³⁰ önceki duruma benzer bir şekilde düzenlemeye gidilmesi gerekir. Konu oldukça önemli olduğundan biraz daha ayrıntı vermek isabetli olacaktır.

Ombudsmanın bağımsızlığını sağlamada temel koşul, onun seçilirken nitelikli bir çoğunlukla seçimini sağlayacak dizgenin oluşturulmasıdır. Bu bağlamda, ombudsman seçiminin ilk turunda, Anayasa Mahkemesinin, Cumhurbaşkanı seçiminde "367" kararı olarak bilinen 1.5.2007 tarih ve E.2007/45, K. 2007/54 sayılı kararında "*kısmen isabetli*"³¹ bir şekilde yorumladığı üzere, toplantı ve karar yetersayısının bütün oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğu şeklinde³² kaleme alınması uygun düşer.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi bu kararında haklı olarak, Anayasanın Meclis Başkanının seçimiyle ilgili 94. maddesinin 4. fıkrasında, Anayasanın 102. maddesinin üçüncü fıkrasında olduğu gibi dört

³⁰ Resmi adı "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" olarak adlandırılan bu düzenleme, 21.10.2007 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 31.10.2007 tarih ve 26686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasada değişiklik öngören bu kanunla, Cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçilmesi uygulamasına son verilmekte, onun halk tarafından seçilmesi esası getirilmektedir. Bu halkoylaması sonucu, Türkiye'nin "*parlamentar sistem*" olarak adlandırılan siyasi dizgesi "*başkanlı parlamenter sistem*"e dönüşmüştür.

³¹ Kısmen isabetli diyoruz çünkü bizce, Anayasanın 102. maddesi, 2007 yılında değiştirilmeden önce, Cumhurbaşkanlığı seçiminin dört turunda da "367" toplantı yetersayısının bulunmasını örtülü bir şekilde aramaktaydı.

³² 27.6.2007 tarih ve 26565 sayılı Resmi Gazeteye bakınız.

oylama ve seçilme yetersayısı olarak da TBMM üye tamsayısının, ilk iki oylamada üçte iki, üçüncü oylamada ise salt çoğunluğunun öngörülmesine karşın, bu maddede, 102. maddenin 1. fıkrasına benzer biçimde “yetersayı” öngören bir kurala yer verilmediğini, Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin 102. maddenin 1. fıkrasında, Cumhurbaşkanının TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oyla seçileceği belirtilirken, 94. maddenin 4. fıkrasında, Meclis Başkanının “gizli oyla” seçileceği vurgulandıktan sonra fıkranın devamında öngörülen karar yetersayısı ile seçileceğinin açıklandığını, bu farklı düzenleniş biçiminin 102. maddenin 1. fıkrasındaki “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ... seçilir” kuralının bilinçli olarak “toplantı yetersayısı”nı belirtmek amacıyla getirildiğini gösterdiğini, bu bağlamda, 102. maddede, dört oylamanın her birinde seçilebilmek için aranan karar yetersayılarının ayrı ayrı belirlenmesinin, birinci fıkra ile üçüncü fıkra arasında otuz günlük seçim takviminin düzenlendiği ikinci fıkranın konularak birinci ve üçüncü fıkraların birbirinden ayrılmasının da 102. maddenin bu anlam ve içerikle yorumlanması gerektiğini ortaya koyduğunu, bir kuralın yorumunda sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için onun lafzı kadar amacının da gözetilmesi gerektiğini, 102. maddedeki düzenlemeyle, Cumhurbaşkanı seçiminde Mecliste olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının amaçlandığının açık olduğunu, nitekim, ikinci fıkrada otuz günlük seçim takviminde adaylık süresinin on günle sınırlandırılması, kalan yirmi günde yapılacak dört oylamanın ilk ikisinde adaylardan birinin seçilebilmesi için üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyunun aranması, dördüncü oylamaya, üçüncü oylamada en çok oy alan iki adayın katılabilmesi, bu oylamada da yarışan iki aday arasında üye tamsayısının salt çoğunluğunun adaylardan biri üzerinde sağlanarak Cumhurbaşkanının seçilememesi halinde, TBMM seçimlerinin derhal yenilenmesi yoluna gidilmesinin, Cumhurbaşkanı seçiminde uzlaşmanın temel alındığını gösterdiğini, Cumhurbaşkanının seçimi sürecinde ilk oylamada uzlaşmanın sağlanmasının, 102. maddenin 1. fıkrasındaki “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ... ile seçilir” kuralının toplantı yetersayısını da kapsamıyla olanaklı olduğunu, aksi halde, üçüncü fıkradaki birinci ve ikinci oylamaların anlamsız hale geleceğini, üçüncü ve dördüncü oylamalarda üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilebileceği için

bir uzlaşmaya da gerek kalmayacağını, üçüncü fıkrada öngörülen üçüncü ve dördüncü oylamalarda, TBMM'nin, adaylardan birini üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla seçebilme olanağı karşısında, Mecliste salt çoğunluğa sahip parti ya da partilerin, birinci ve ikinci oylamada üçte iki çoğunlukla aranan uzlaşmaya sıcak bakmayabileceklerini, bu durumun, Anayasanın, Cumhurbaşkanı seçiminin uzlaşmaya dayanması amacıyla bağdaşmadığını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararına “*ek gerekçe*” yazan Serruh Kaleli ise; Anayasanın 96. maddesindeki genel toplantı yeter sayısı kuralının daha çok görüşmeyi zorunlu kılan toplantı ve karar süreçleri için düşünülmüş, başka bir deyişle, oylamadan önce görüşmeye-müzakereye katılıp katılmama ile ilgili yeter sayı olduğunu, oysa Cumhurbaşkanlığı seçiminde, görüşmenin, müzakere olmayıp doğrudan seçim oylaması olduğu, bu oylamada önemli olan kavramın “*oylamaya katılma*” şeklinde tecelli ettiğini, bunun toplantı ve karar nisabı olarak ayrılması oylama sürecinin doğasına aykırı olduğunu, ilk iki oylamada Meclis üye tamsayısının en az üçte iki çoğunluğunun Cumhurbaşkanı seçimine katılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Bu karara bir başka “*ek gerekçe*” yazan Osman Alifeyyaz Paksüt; parlamento üye tamsayısının üçte ikilik çoğunluğu Cumhurbaşkanı seçimini yapmak yönünde irade beyanı ortaya koymuş, bir başka deyişle, ilk iki oylamada, üçte ikilik toplantı yetersayısının sağlanmış ise dört turlu oylama dizgesinin işlerlik kazanacağını, aksi halde, parlamentoda temsil edilen Millet iradesinin Cumhurbaşkanı seçimini yapmak yerine genel seçime gitmek yönünde tecelli ettiğini kabul etmek gerekeceğini, bu nedenlerle, ilk iki turun gerekli toplantı yeter sayısı sağlanmadan yapılmış sayılması ve doğrudan üçüncü tura geçilerek, seçimin salt çoğunlukla sonuçlandırılması olanaklı olmadığını ortaya koymuştur. Kanımızca, gerek KALELİ gerekse PAKSÜT'ün görüşleri kısmen isabetlidir, çünkü Anayasanın bu maddesinin bütünsel olarak değerlendirilmesi sonucunda, dört turlu oylama dizgesinin tümünde toplantı yetersayısının “367” olarak arandığı şeklinde bir yorum yapılması gerekmektedir.

Siyasal partileri ombudsman seçiminde uzlaşmaya zorlayabilmek ve bu bağlamda ombudsmanın bağımsızlığını oluşturabilmek açısından, Anayasanın 102. maddesinin 2007'den önceki halinden farklı olarak onun seçiminin dört turunda da Meclis üye tamsayısının en 2/3'ünün

katılımı aranmalı, buna karşın, ombudsman seçimini çıkmaza sokmamak açısından karar yetersayısı farklı bir şekilde düzenlenmelidir. Kısacası, Anayasanın ombudsman seçimi somut olarak şu şekilde düzenlemelidir:

“Başkamusay, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Başkamusay seçiminde Meclisin bütün turlarda toplantı yetersayısı asgari 2/3’tür.

Başkamusay’ın görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya makamının boşalmasından on gün sonra Başkamusaylık seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir.

Her bir oylamada Meclis üye tamsayısının en az 2/3 çoğunluğu ile toplanılacak ve asgari üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday başkamusay seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanmadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu ile başkamusay seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir.

Seçilen yeni başkamusay göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan başkamusayın görevi devam eder.”

Yukarıda belirtildiği üzere ombudsmanın bağımsızlığını sağlayacak bir başka koşul, onun görevden alınmasının nitelikli çoğunlukla olmasıdır. Bu bağlamda, ombudsman, usul ve şekilde paralellik ilkesi gereğince atanmasındaki usul ve şekle göre görevinden alınabilmelidir. Hâlbuki Tasarıda, bu esasa aykırı düzenlemeler öngörmüştür. Gerçekten de, Tasarının 15. maddesinde; başdenetçinin veya denetçilerin 10. maddede sayılan nitelikleri taşımadıklarının sonradan anlaşılması veya seçildikten sonra kaybetmeleri halinde, bu durumun Adalet Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan

Karma Komisyonca³³ saptanmasını takiben başdenetçinin görevinin sona ermesine Meclis Genel Kurulu tarafından görüşmesiz karar verileceği, denetçinin görevinin sona ermesine ise Komisyon tarafından karar verileceği, seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan başdenetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının T.B.M.M. Genel Kurulunun denetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Komisyonun bilgisine sunulmasıyla, başdenetçi veya denetçi sıfatının sona ereceği ifade edilmiştir. Tasarının 10. maddesinde ise, başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için, Türk vatandaşı olmak, seçimin yapıldığı tarihte başdenetçi için 50, denetçi için 40 yaşını doldurmuş olmak, dört yıllık eğitim veren hukuk, siyasi bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak, mesleği ile ilgili olarak kamu kurum veya kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında kayıtlı olarak ya da özel sektörde en az on yıl çalışmış olmak, kamu haklarından yasaklı olmamak, başvuru sırasında herhangi bir siyasi partiye üye olmamak,³⁴ Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsalar bile bir takım suçlardan hükümlü olmamak koşulları aranmıştır.

Ombudsmanın görevden alınmasına ilişkin bu hükümlerin son derece sakıncalı olduğunu düşünmekteyiz. Bir kere, ombudsmandan memnun olmayan bir iktidar, Meclisteki çoğunluğuna güvenerek ombudsmanı kolaylıkla görevden alabilir. İkinci olarak, bu hükümlerle ombudsmana savunma hakkı bile verilmeden onun görevden alınma-

³³ Bundan sonra Komisyon olarak adlandırılacaktır.

³⁴ Bu hüküm son derece isabetsiz bir hükümdür. Bir kere, kişi cam bir fanus içerisinde yaşamadığına göre onun başvuru sırasında siyasi partiyle ilişkisinin kesilmesi doğru değildir. Kişi, yalnızca, ombudsman seçildiği takdirde partiyle ilişkisi kesilmelidir. Diğer yandan, bu hüküm yüzünden bir siyasi partiye mensup milletvekilinin ombudsman olabilme olanağı neredeyse elinden alınmaktadır. Çünkü bir milletvekili ombudsman olabilme için başvuru yaparsa partisinden istifa etmek zorunda kalacaktır ki bunun uygulamada kolay kolay gerçekleşmeyeceği ortadadır. Hâlbuki ombudsmanlık görevini hakkıyla yapabilecek bir milletvekilinin partisinden istifa etmeksizin ombudsman olabilmesi teşvik edilmelidir. Bu yüzden, başkamusay seçilen kimsenin varsa partisiyle ilgisinin kesileceği ve T.B.M.M. üyeliğinin sona ereceğinin benimsenmesi esası daha uygun olacaktır.

sının önü açılmaktadır. Hâlbuki savunma hakkı kutsal³⁵ ve en temel bir insan hakkı olduğundan savunmasına fırsat bile verilmeden onun görevinden alınması vahim bir hatadır. Üçüncü olarak, Tasarının 10. maddesinde, Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsalar bile bir takım suçlardan hükümlü olan bir kimsenin ombudsman olma olanağı ortadan kaldırılmaktadır. Türk mevzuatında bu şekilde hükümlere yer verilerek bu tür bir suçtan dolayı mahkûm edilen kimseler hakkında adeta onun sağlığında "medeni ölüm" (civil dead) fermanı verilmektedir. Kişi bir suçtan mahkûm edildiğinde cezasını çektiği veya çekmiş sayıldığı kabul edildiğine göre bu şekildeki bir kişiye ilave cezaların verilmesi doğru değildir. Öte yandan, genel af, mahkûmiyeti bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırdığına göre genel affa suçu ortadan kaldırılan bir kimsenin ombudsman olamaması genel affın doğasına aykırıdır.

Ombudsmanın bağımsızlığını sağlayacak bir başka yol, onun görev süresinin iktidarın görev süresinden farklı olarak daha uzun bir şekilde saptanması ve bir daha seçimine olanak sağlanmamasıdır. Hâlbuki Tasarıda bunun tam tersi bir durum öngörülmektedir. Gerçekten de, Tasarının 14. maddesinin 1. fıkrasında, başdenetçi ve denetçilerin görev sürelerinin dört yıl olduğu belirtilmekte, 3. fıkrasında ise bir dönem başdenetçi veya denetçi olarak görev yapan bir kimsenin sadece bir dönem daha başdenetçi veya denetçi seçilebileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, ombudsmanın bağımsızlığını sağlayabilmek için başkamusayın yedi yıllık bir süre için seçilmesi ve bir kimsenin iki defa başkamusay seçilemeyeceği esasının benimsenmesi uygun düşer. Çünkü ikinci defa seçimine olanak sağlanan bir başkamusay, iktidara yaranmak için kamusal denetimini hakkıyla yerine getirmeyebilir.

Ombudsmanın bağımsızlığını sağlayacak diğer bir yol, onun, T.B.M.M. dâhil hiç bir organa bağlı olmamasıdır. Hâlbuki Tasarıda bunun tam tersi bir yol izlenmiştir. Gerçekten de, Tasarının 4. maddesinde; Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumunun kurulmuş olduğu belirtilmektedir. Ombudsmanın T.B.M.M.'ne

³⁵ Savunma hakkı kutsaldır, çünkü Cenabı Allah bile Hz. Âdem'i Cennetten kovmadan önce ona savunma yapma olanağı sağlamıştır.

bağlı olması son derece sakıncalıdır. Gerçekten de, Erhüman'ın isabetli olarak belirttiği üzere, ombudsman, salt idare karşısında değil, seçilmesi ve görevden alınması dışında parlamento karşısında da bağımsız olan bir kurumdur. Ombudsman yetkisini her zaman parlamentodan almasına karşın, incelemelerinde parlamento karşısında da bağımsızdır. Parlamento onu seçebilir ve görevden alabilir ancak ona herhangi bir emir veya talimat veremez.³⁶ Oytan ise daha açık bir deyişle, ombudsmanın, parlamento tarafından seçilmesine rağmen, onun karşısında bağımsız olduğunu, hiç bir makam, merci ve kişiden emir ve talimat almayacağını, mutlak bir bağımsızlığa ve tarafsızlığa sahip olduğunu, yılsonunda, parlamentoya yıllık bir rapor vererek o yıl içerisinde yaptığı faaliyetleri genel olarak açıklayacağını, bunun yanında, önemli saydığı sorunlar hakkında ayrıca özel raporlar verebileceğini ifade etmektedir.³⁷

Ombudsmanın T.B.M.M.'ne bağlı olarak kurulması yüzünden, Tasarının 12. maddesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Bu madde; hiç bir organ, makam, merci veya kişinin Başdenetçi ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ifade edilmiştir. Bu hükmün, kâğıt üzerinde kalıp uygulamaya geçmeyeceği ortadadır. Çünkü ombudsmanın bağımsız olduğunun belirtilmesiyle ombudsman bağımsızlık kazanamaz. Onun bağımsız olabilmesi için uygulamada gerçekten bağımsız olduğunun görülmesi gerekir. Ombudsman T.B.M.M. Başkanlığına bağlı olarak kurulduğuna ve Başkan da büyük bir olasılıkla iktidar partisinden seçileceğine göre, iktidarın uygulamalarını eleştiren bir ombudsmanın T.B.M.M. Başkanı tarafından sıkıştırılabileceğini, hatta azarlanabileceğini söylemek olanaklıdır.

Ombudsmanın bağımsızlığını sağlayacak son bir yol; ona göreviyle ilgili yapmış olduğu faaliyetlerden dolayı mutlak bir dokunulmazlığının sağlanmasıdır. Tasarıda bu esasa uygun hüküm getirilememiştir. Gerçekten de Tasarının 31. maddesinde, başdenetçi ve denetçilerin görevleri sebebiyle bir suç işledikleri öne sürüldüğü takdirde haklarında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabilmesinin T.B.M.M. Başkanının iznine bağlı olduğu, izin verilmesi veya verilmemesine ilişkin karara itiraz merciinin Danıştay'ın ilgili dairesi olduğu, başdenetçi ve denetçiler hakkındaki hazırlık soruşturmasının Yargıtay Cumhuriyet

³⁶ Erhüman, s. 159 dip not 10.

³⁷ Oytan, s. 196-197.

Başsavcısı tarafından yapılacağı, açılacak kamu davasının Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde görüleceği, temyiz merciinin Yargıtay Ceza Genel Kurulu olduğu, bu maddede hüküm bulunmayan hususlarda 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ilişkin suçüstü hâlinin genel hükümlere tabi olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu maddede getirilen hükümle başdenetçi ve denetçilerin görevleriyle ilgili suçlar! nedeniyle T.B.M.M. Başkanının izniyle kolayca yargılanmasının önü açılmıştır. Bu tutumu doğru olarak kabul etmek olanaksızdır.

Yukarıda belirtildiği üzere, kanımızca, ombudsman olarak kabul edilemeyecek olan Fransa'da arabulucukla (mediatör) ilgili 3 Ocak 1973 tarih ve 73-6 sayılı Kanununun 3. maddesinde arabulucuya bile tanınan dokunulmazlık dikkate alınırca Tasarınının 31. maddesinin isabetsizliği daha da artmaktadır. Gerçekten de Fransızların konuyla ilgili yasasının bahsedilen maddesinde; mediatörün görevinin ifası sırasında yaptığı işlemlerden veya söylediği sözlerden dolayı kovuşturulamayacağı, aramaya tabi tutulamayacağı, tutuklanamayacağı ve mahkûm edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu hükümle, arabulucunun görevini yaparken hiçbir endişe ve korkuya kapılmaması sağlanmış, onun tam bir bağımsızlıkla çalışması için geniş bir dokunulmazlık öngörülmüştür.³⁸ Bu bağlamda, ombudsmanın tam anlamıyla bağımsızlığını sağlayabilmek için başkamusay ve kamusay için görev suçunun kabul edilmemesi, görevi dışındaki suçlarda ise genel hükümlere başvurma dışında başka bir yolun kabul edilmemesi uygun olacaktır.

b- Ombudsmanın İdareyi Denetlemesi

Aslında, özü itibarıyla ombudsman, yurttaşların şikâyetleri nedeniyle çeşitli kamu idarelerinin idari faaliyetlerini denetleyen bir otoritedir. Onun yetki alanı ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin, Finlandiya ve İsveç'te ombudsmanın yargı yerlerini de denetleme yetkisi olmasına karşın, Norveç ve Danimarka ombudsmanın böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.³⁹ Tasarıda ombudsmanın idareyi denetlemesi esasından bazı sapmalar görülmektedir.

³⁸ Oytan, s. 207.

³⁹ Altuğ, Y. Vatandaş İdarenin Yetki Tecavüzlerine Karşı Koruyan <<Ombudsman>> Müessesesi, Yargıtay 100. Yıl Armağanı, Ankara, 1968, s. 151.

Gerçekten de Tasarının “(k)urumun görevi” başlıklı 5. maddesinde; Kurumun, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevli olduğu, bununla birlikte, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re’sen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemlerin Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı dışında olduğu belirtilmiştir.

Tasarının bu maddesinde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re’sen imzaladığı kararlar ve emirlerin, yasama ve yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemlerin Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanından çıkartılması yerinde olmamıştır. Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı belirlenirken iki yaklaşım esas alınabilir. Bunlardan birincisi organik yaklaşım, diğeri ise iş görüsel (functional) yaklaşımdır. Organik yaklaşımın esas alınması durumunda, sadece “idari teşkilat” içerisinde yer alan organlar tarafından yapılan işlem, eylem ve davranışlar kurumun denetim alanı içerisinde olacak, iş görüsel yaklaşımda ise ister idari teşkilat içerisinde yer alsın isterse yer almasın yapılan işlem idari işlem, eylem veya davranış niteliğinde ise ombudsmanlığın görev ve yetkisi içerisinde olacaktır. Bunlardan iş görüsel yaklaşım, Türk hukukunda yerleşik olan dizgeye daha uygun düşmektedir.⁴⁰ Bu çerçevede; yargı organlarının yargısal kararları ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin yasama faaliyetleri ve Cumhurbaşkanının temsil işleri Kamu Denetçiliği Kurumunun görev ve yetki alanından çıkartılmalı, bu organların idari tasarruf ve davranışları söz konusu kurumun görev ve yetki alanına sokulmalıdır.

c- Ombudsmanın Kararlarının İdareyi Bağlayıcı Olmaması

Yukarıda belirtildiği üzere, ombudsman kurumunun temel özelliklerinden birisi, onun resmi bir yaptırım yetkisinin bulunmamasıdır. Daha açık bir deyişle, bu kurumun, soruşturma açmak, eleştirmek, İdarenin aksayan yönlerini kamuoyuna açıklamak gibi yetkileri bulunmasına karşın, söz konusu kötü davranış ve işleyişleri düzeltmek yetkisi

⁴⁰ Erhüman, s. 170.

yoktur.⁴¹ Gerçekten de, ombudsmanın geniş faaliyet alanı ve serbestisi bulunsa da onun tipik bir özelliği, bağlayıcı hiç bir karar alma yetkisinin bulunmamasıdır. Daha açık bir deyişle, ombudsman, sorunu her türlü yöntemle incelemesine, gerçek durumu saptamasına, vardığı sonuçlarını, görüşlerini ve eleştirilerini idareye bildirmesine; İdareden tutumunu veya davranışlarını değiştirmesini isteyebilmesine, yüksek prestij ve nüfuzunu kullanabilmesine karşın, bağlayıcı nitelikte kararlar alamamakta, İdareyi mahkûm edememekte, bir idari işlem veya eylemi iptal edememekte, bir memuru hakkında kendisi disiplin cezası uygulayamamaktadır. Ancak, bir memurun veya yargıcın hata yaptığı kanısına varırsa, o memura veya yargıca kovuşturma yapılması için durumu disiplin ya da ceza yargısı yerlerine bildirebilmektedir. Aslında, İdarenin ve kamu görevlilerinin ombudsmandan son derece çekinmelerinin ana nedenini, onun denetlediği idare birimi hakkında rapor hazırlayıp parlamentoya sunması olgusu oluşturur. Ombudsmanın girişimlerini, soruşturmalarını, denetimlerini açıkladığı, aksaklıklara işaret ettiği, eleştiri ve ithamlarını sıraladığı ve son derece etkili olan bu raporlarda yer almak hiç bir idari birimin hoşuna gitmez, çünkü söz konusu raporlarda yer alan idari birimler, önce parlamentonun ilgili komisyonunda daha sonra ise genel kurulda ağır eleştirilere tabi tutulmaktadır. Daha sonra ise rapor kamuoyuna açıklanmakta, yapılan eleştirileri kendisine mal eden basın da soruna el atıp söz konusu birimleri eleştirmektedir.⁴²

Kanımızca, Türkiye'de gerçek anlamda bir ombudsmanlık kurumu kurulmasının önündeki en büyük engel, "*tavsiye edici*" bir nitelik gösteren ombudsmanın kararlarına uyumun neredeyse yok denecek ölçüde az olacağıdır. Gerçekten de, Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğu açıkça belirtilmesine ve yargı kararlarına uymamak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 257. maddesinin 1. ve 2. fıkraları gereğince "*görevi kötüye kullanma suçu*" oluşturmasına karşın⁴³ uygulamada özelleştirmeyi iptal eden

⁴¹ Oytan, s. 196.

⁴² Oytan, s. 198.

⁴³ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Erkut, C. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar in Danıştay Başkanlığı 141. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 32-38. Bununla birlikte, Erkut, çalışmasının 37. sayfası ve dipnot 38'de TCK'nun 257. maddesi yerine 157. maddesinden bahsetmedir ki bunun bir basım hatası olduğunu düşünmek istiyoruz.

yargısal kararlar ile üst kademe yöneticilerinin görevden alınması iptalle sonuçlanan yargı kararlarının gereğini yerine getirmemek yönünde adeta bir milli birlik ve beraberlik! sağlanmıştır. Kısacası, yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak için güçlü bir düzenek oluşturulmasına rağmen uygulamada ters yönlü bir eğilim doğmuştur. Ombudsmannın kararlarının doğası gereği “zorlayıcı” nitelik taşınamaması durumunun ise uygulamada nasıl bir berbat duruma yol açacağını, ombudsmanlığı gereksiz bir kuruma, bir başka deyişle, boşa çalışan bir teşkilat kimliğine büründüreceğini kestirebilmek zor değildir.

Ombudsmannın gerçek anlamda idari yargıda açılan dava sayısını azaltabilmesi, teknik ve hukuki bir deyişle, idari yargıya alternatif bir uyuşmazlık yöntemi olabilmesi için “tazminat” konusunda idareye öneride bulunması esasının kabul edilmesi gerekir.⁴⁴ Ombudsmannın yapacağı tazminat konusundaki önerinin idare tarafından kabul edilmesi açısından hukuksal bir engel bulunmaktadır. Gerçekten de, 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 34. maddesinin 2. fıkrasında; mali yıl içinde ödeme emri belgesine bağlandığı halde, hak sahibinin talep etmemesi veya başka nedenlerle ödenmeyen tutarların, bütçeye gider yazılarak emanet hesaplarına alınacağı ve buradan ödeneceği, ancak hesaba alındığı mali yılı izleyen beşinci yılsonuna kadar talep edilmeyen emanet hesaplarındaki tutarların bütçeye gelir kaydedileceği, gelir kaydedilen tutarların ise mahkeme kararı üzerine ödeneceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere 5018 sayılı Kanun, yalnızca mahkeme ilamlarına dayalı kamusal borçların ödeneceği esasını benimsemiştir. Bu bağlamda, ombudsmannın tazminata yönelik kararı idare tarafından kabul edilse bile ödenebilme olanağı yoktur. Çünkü Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda gösterilmeyen bir ödeme türünün yapılması, harcamayı yapan kamu görevlilerini sorumlu kılar. Bu açıdan, kamusayılığın ödenmesine karar verdiği tazminatların ilgili kişiye ödenebileceği⁴⁵ doğrultusunda Tasarıya bir hüküm konulması isabetli olacaktır.

⁴⁴ Krş. Alaska Ombudsmanı Dean Cotherer’in yukarıda belirtilen konuşması.

⁴⁵ Dikkat edilirse “ödeneceği” ibaresi yerine “ödenebileceği” ibaresini kullanıyoruz. Çeşitli defalar belirtildiği üzere, eğer, kararları bağlayıcı bir nitelik kazanırsa ombudsman olmaktan çıkar. Çünkü dünyanın hiç bir ülkesinde ombudsmannın resmi olarak bağlayıcı karar alma yetkisi yoktur. Ayrıca, bu konuda bkz. Gammeltoft-Hansen, H. Ombudsman Kavramı, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 29, Sayı 3, Eylül 1996, s. 195.

2- Türkiye’ye Özgü Koşullar Bakımından

Yukarıda ombudsmanın olmazsa olmaz koşullarının yerine getirilmesi bakımından Türkiye’de kamusalığın etkin bir şekilde işleyemeyeceği ifade edilmişti. Buna ilave olarak, Türkiye’ye özgü koşullar bakımından da ombudsmanın etkin bir şekilde işlememesine yol açacak engeller bulunmaktadır. Sırasıyla bu engelleri incelemek uygun olacaktır.

a- Devlet Denetleme Kurulunun Kaldırılmaması

Anayasanın 108. maddesinde; idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak Kurulan Devlet Denetleme Kurulunun, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluştaki, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapacağı, Silahlı Kuvvetler ve yargı organlarının Devlet Denetleme Kurulunun görev alanı dışında olduğu, Devlet Denetleme Kurulunun üyeleri ve üyeleri içinden Başkanı, kanunda belirlenen nitelikteki kişiler arasından Cumhurbaşkanınca atanacağı, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, Devlet Denetleme Kurulu sadece Cumhurbaşkanının emir ve talimatıyla harekete geçmekte ve kişilerin şikâyet ve başvurularına kapalı bir kuruluş niteliğini taşımaktadır. Bu bağlamda, Azrak’ın isabetli olarak belirttiği üzere Devlet Denetleme Kurulunun ombudsmanlıkla yakından veya uzaktan bir ilgisi bulunmamaktadır.⁴⁶ Kurulduğundan bu yana etkin bir şekilde çalışamayan ve denetim hizmetlerinde çok başlılığa yol açan Devlet Denetleme Kurulu, kamusalı kurumunun kurulması üzere daha da verimsizleşecek ve söz konusu çok başlılık daha da katmerleşerek, ombudsmanın faaliyetlerini de etkisizleştirecektir. Eğer, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan anayasa değişikliğiyle, Devlet Denetleme Kurulu kaldırılabilse ve Kurulun Anayasada yer aldığı 108. maddede ombudsmanlık düzenlenebilseydi oldukça isabetli hareket edilmiş olurdu.

⁴⁶ Azrak, s. 73.

b- Bürokrasi Kültürü ve Ortamı Bakımından

Kanımızca, ombudsmanın etkin bir şekilde çalışabilmesinin temel koşulu, uygun bir bürokratik kültür ve ortamın bulunmasıdır. Hâlbuki Türk kamu idaresi, ne İsveç idaresi gibi her tarafı görünen camdan bir bina içerisinde çalışmaya alışıktır ne de İngiliz idaresi gibi kendi bünyesi dışından gelen istemlere uyup bilgi vermeye alışıktır.⁴⁷ Bu durumun ombudsmanın faaliyetlerini ne kadar güçsüzleştireceği ortadadır.

Bu bağlamda, ombudsmanın faaliyetlerini etkisizleştiren temel faktör; Türk bürokrasisinin “gizlilik” ve “kapalılık” kültürü altında faaliyetlerini yürütüyor olmasıdır. Zaten, bürokraside görülen görevi kötüye kullanma ve yolsuzluk olaylarının bir kısmı da söz konusu kültür altında gizlenmektedir. Bu durumun, ombudsmanın etkin bir şekilde işleyebilmesi bakımından ne kadar büyük bir tehlike doğuracağı ortadadır.

İkinci olarak, Türk bürokrasisi, mevzuata ve bu arada mevzuat olarak kabul edilemeyecek olan ve idarenin iç işlerini göstermesi veya bir hukuk normunu yorumlaması gereken genelge, tamim, sirküler gibi İdarenin iç işlemlerine büyük önem vermekte, mevzuatta veya söz konusu iç işlemlerde bulunmayan hiç bir şeye değer vermeme eğilimini taşımaktadır. Gerçi, bu sorun, salt Türkiye’ye özgü bir sorun olarak durmamakta, bunun yanında, derin ve sağlam bir bürokrasi kültürü olan ülkelerde örneğin, Finlandiya’da da bulunmaktadır. Gerçekten de, Finlandiya’da önceki ombudsman yardımcılarında Pirkko K. Koskinen; aranan bir suçlu sanısıyla yakaladığı ve tutukladığı bir şahıs için polise özür dilemesini salık vermiştir. Bunun üzerine polis, ombudsman yardımcısının bu istemine nezaketsiz ve kaba bir yanıt vererek, haksız yere yaptığı bir işlemde dolayı herhangi bir kimseye karşı özür dilenmesini gerektiren bir hukuk kuralının bulunduğu konusunda bilgisinin olmadığını ileri sürmüştür.⁴⁸

Türk bürokrasinin bu yapısının ombudsmanın faaliyetlerini etkinlikten oldukça uzak bir konuma getireceği düşüncesindeyiz. Bu bü-

⁴⁷ Krş. Oytan, s. 213.

⁴⁸ Report of The Finnish Parliamentary Ombudsman 1997 A Summary, Helsinki, 1998, s. 17.

rokratik kültür ve ortamı kırabilmek, dolayısıyla ombudsmanı etkin bir konuma getirebilmek için ombudsmanlık hakkında çıkartılan yasanın yürürlüğe girişi, kanımızca en az iki yıl ertelenmeli ve bu zaman zarfında bürokrasi ve halk sürgit bir şekilde eğitim ve öğretime tabi tutulmalıdır.

c- Etkin Bir Bilgi ile Belge İsteme ve Elde Etme Düzenine Kurulamaması

Tasarı, Kamu Denetçiliği Kurumunun İdareden etkin bir şekilde bilgi ve belge isteme ile elde etme düzeni kuramamıştır. Bu durumun ombudsmanın faaliyetleri bakımından büyük bir sakınca doğuracağı ortadadır. Gerçekten de, Tasarının 18. maddesinin 1. fıkrasında; Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak istediği bilgi ve belgelerin, bu isteğin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesinin zorunlu olduğu, bu süre içerisinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında Başdenetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili mercinin disiplin soruşturması açacağı, 2. fıkrasında ise; devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin, yetkili mercilerin en üst makam veya kurulunca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebileceği ifade edilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere Türk bürokrasisi yaygın bir şekilde sır veya kapalılık kültürünün etkisi altında bulunduğu devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin, yetkili mercilerin en üst makam veya kurulunca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebileceğinin madde metninde bulunması yüzünden kamu denetçiliği kurumu idareden gerekli bilgi ve belgeyi elde etmesinde büyük sıkıntılarla karşılaşacaktır. İdareden gerekli bilgi ve belge edilememesi durumunda ise ombudsmanlığın etkin bir şekilde çalışması ham bir hayal olmaktan öteye geçemeyecektir. Aslında, ombudsmanın istediği bilgi ve belgenin verilmeyebileceğinin öngörülmesinin, kanımızca, hiç bir rasyonel temeli yoktur. Gerçekten de yetkileri sınırlı olan İngiliz Parlamento Komiserine, yargısal işlemlerde Kraliyet imtiyazına dayanılarak bilgi ve belgenin verilmemesi esas uygulanmamakta, komiser, kabine işlemleri dışında, milli savunma sırrı dâhil olmak üzere kamu yararına aykırı olan her türlü dokümanı inceleyebilecektir. Tanınan bu serbesti, Parlamento Komiserinin faaliyetlerini, kanıtlar ile sıkı sıkıya bağlı olan

yargıçların faaliyetlerinden ayırmaktadır.⁴⁹ Bu sakıncalı durumu önleyebilmek için İdarenin, kamusaylığın istediği her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorunda olduğu, İdarenin, ancak, gerekçesini bildirmek koşuluyla kamusaylığa verdiği bilgi ve belgelerin basına açıklanmasını yasaklayabileceği, kamusayın, İdarenin gerekçesini inandırıcı bulmazsa veya yasal açıdan bir suç oluşturmadığı kanısında ise söz konusu bilgi ve belgeleri açıklayabileceği esasının benimsenmesi uygun olacaktır.

Tasarının söz konusu maddesinde bir başka sakınca daha bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, maddede, otuz günlük süre içerisinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında başdenetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merciin disiplin soruşturması açacağı belirtilmekte, ancak soruşturma sonucunun ne olacağı konusunda herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Türkiye’de göstermelik bir şekilde disiplin soruşturmasının açıldığı, buna karşın, belirli bir süre sonra disiplin soruşturmasının kapatılarak söz konusu soruşturma düzeneğinin sulandırıldığı haller az değildir. Bu çerçevede, disiplin soruşturması bakımından asıl önemli olan husus, disiplin cezasının verilmesidir. Bilgi ve belge vermeyen ilgili kamu görevlisine disiplin yaptırımını öngörülmezse ombudsmanın etkin bir şekilde işleyebilmesi olanaksızdır. Nitekim Erhüman’ın naklettiği üzere, ombudsmanın istediği bilgi ve belgelerin iletilmemesi veya ombudsman huzurunda tanıklık etmenin reddedilmesi durumunda farklı ülkelerdeki ombudsman düzenlemelerinde idari yaptırımlar gündeme gelmektedir. Kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda ombudsman, herhangi bir yaptırım uygulama yetkisiyle donatılmamış olmasına karşın, karara ulaşmak için gereksinim duyduğu bilgi, belge ve görüşlerin zamanında iletilmemesi olasılığına karşı, idari yaptırım yetkisiyle donatılmaktadır.⁵⁰

Bu yüzden, madde metninin; kamusaylığın yapacağı incelemede bilgi veya belge vermeyen kamu görevlisine kamusay tarafından uyarı cezası verilmesi ve bu cezayı hangi kamu görevlisine verdiğini ileride anlatılacak olan yıllık raporunda göstermesi şeklinde maddeye hüküm konulması uygun olacaktır.

⁴⁹ Arslan, S. İngiltere’de Ombudsman Müessesesi, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Mart 1986, s. 170.

⁵⁰ Erhüman, s. 176.

Bu maddeyle ilgili olarak son olarak Ŗu hususu belirtmek gerekir ki, ombudsmanlığın etkin bir Ŗekilde faaliyet yŖrŖtebilmesi için kamusalığın yapacağı inceleme sonucu kamu gŖrevlisinin disiplin suçu veya cezai bir suç iŖlediđi kanısını taŖıyorsa kamu gŖrevlisi disiplin suçu iŖlemiŖse kamu gŖrevlisinin bağlı olduğu idareden kamu gŖrevlisine disiplin cezası verilmesini isteyeceği, kamu gŖrevlisinin bağlı olduğu idarenin 2 ay içerisinde kamu gŖrevlisine disiplin cezası tayin etmezse baŖkamusayın yılsonunda az sonra anlatılacak olan Meclis Kamusalık Komisyonuna verdiği raporda durumu gŖstereceđi, kamu gŖrevlisinin suç iŖlemesi durumunda ise kamusalın ilgili Cumhuriyet Savcısına verdiği bildirim ihbar yerine geçeceği ve bundan sonraki iŖlemlerin ilgili Cumhuriyet BaŖsavcılıđı tarafından yŖrŖtŖleceđi esasının madde metnine ilave edilmesi yerinde olacaktır.

d- T.B.M.M. Kamusalık Komisyonunun Kurulamaması

Ombudsmanın etkin bir Ŗekilde faaliyet gŖsterebilmesi için Mecliste salt bu iŖ için Ŗzel bir komisyonun kurulması gerekmektedir. Buna karŖın, Tasarı, Kamu Denetçiliği Kurumu için Mecliste Ŗzel bir komisyon kurulacağı yŖnŖnde İtŖzŖge yollamada bulunmamıŖ,⁵¹ bunun yerine mevcut komisyonlardan Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun karmasından oluŖacak Komisyonun sŖz konusu kurumun iŖleriyle ilgileneceği esasını benimsemiŖtir.⁵² Daha somut bir deyiŖle, Tasarının 3. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde; Komisyonun, TŖrkiye BŖyŖk Millet Meclisi Adalet Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Ŗyelerinden oluŖan Karma Komisyonu ifade edeceği belirtilmiŖtir. Kamusalığın etkin bir Ŗekilde alıŖabilmesi açısından Mecliste bu iŖe ŖzgŖ bir komisyonun kurulması yaŖamsal bir Ŗnem taŖıdıđından konuyla ilgili biraz daha ayrıntılı bilgi vermek uygun olacaktır.

5.3.1973 tarih ve 584 sayılı karar ile kabul edilen TŖrkiye BŖyŖk Millet Meclisi İtŖzŖgŖnŖn⁵³ 20. maddesinde, TŖrkiye BŖyŖk Millet

⁵¹ Az sonra anlatılacağı Ŗzere, T.B.M.M. Komisyonları yalnızca İtŖzŖkte dŖzenlenebilir. Tersine bir deyiŖle, Kanunla T.B.M.M. Komisyonunun dŖzenlenmesi hukuka aykırıdır.

⁵² Az sonra belirtileceği Ŗzere bu durum aslında hukuka aykırıdır.

⁵³ 13.4.1973 tarih ve 14506 sayılı Resmî Gazeteye bakınız.

Meclisinde görev yapacak olan komisyonların adı teker teker sayılmıştır.⁵⁴ T.B.M.M. İctüzüğünde gerekli değişiklikler yapılarak etkin ve iş görüsel bir şekilde çalışmayan bu komisyonlardan Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu kaldırılmalı, bunun yerine Kamusaylık Komisyonu kurulmalıdır.

Ombudsmanın etkin bir şekilde çalışabilmesi için salt Kamusaylık Komisyonun kurulması da yeterli değildir. Bu komisyona, T.B.M.M.'nde grubu bulunan tüm partiler eşit ölçüde üye vermeli ve Komisyon Başkanlığını, Komisyon üyesi ana muhalefet partisinden bir milletvekili yapmalıdır.⁵⁵ Çünkü kamusaylık kurumuyla İdarenin tasarruf ve davranışları denetleneceğinden Meclisteki mevcut komisyonlarda olduğu gibi Komisyona iktidar partisi milletvekilleri ağırlıklı olarak katılırlarsa bu denetimden beklenen fayda elde edilemeyecek ve ayrıca bu durum ombudsmanın bağımsızlığına da aykırılık oluşturacaktır.

Bu kısım ile ilgili açıklamaları bitirmeden önce şunu vurgulamak gerekir ki, Adalet Komisyonu ve İnsan Hakları Komisyonundan oluşacak karma Komisyonun yerine kurulması gereken Kamusaylık Komisyonu; Türk vatandaşlarının kendileriyle veya kamu ile ilgili olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderdikleri dilek ve şikâyetleri de incelemesi, kamusayın görev alanına giren dilekçeleri Kamu Denetçiliği Kurumuna⁵⁶ intikal ettirmesi gerekir.

⁵⁴ Mevcut durumda, söz konusu maddeye göre T.B.M.M.'de 16 Komisyon bulunmaktadır. Bunlara 15.4.2003 tarih ve 4847 sayılı Kanunla Avrupa Birliği Uyum Komisyonu eklenerek sayı 17'ye ulaşmıştır. Hâlbuki Balta'nın isabetli bir şekilde belirttiği üzere, yasama organının içtüzüğü, gerek yapılışı gerekse düzenleme alanı açılarından kanundan ayrı, ancak ona eş nitelikte olup, her iki kaynağın birbirinin alanına taşmaması gerekir. Anayasanın 85. maddesi (1982 Anayasası md. 95) gereğince içtüzüğün düzenleme alanı kendi çalışmalarındadır. Bu bağlamda, bir kanun Meclisin iç işine karışan bir hüküm koyarsa bu durum Anayasaya aykırı düşer. Bkz. Balta, T.B. İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları No: 117, Ankara, 1988/1970, s. 115. Bu çerçevede, 4847 Kanun, Meclis İctüzüğünde düzenlemesi gereken Avrupa Birliği Uyum Komisyonunu düzenlediği için anayasaya aykırıdır. Bu durumun, o dönemde Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı olanlar (Cumhurbaşkanı, ana muhalefet partisi gibi) tarafından Anayasa Mahkemesine taşınmaması bize oldukça garip ve anlaşılmaz gelmektedir.

⁵⁵ Krş. Baylan, Ö. Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikâyetleri ve Türkiye İçin Ombudsman Formülü, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1978, s. 178.

⁵⁶ Önerimize göre "Kamusaylık Kurumuna".

e- Etkin Bir Raporlama Düzeneginin Öngörülememesi

Ombudsmanın görevlerini etkinlikle yerine getirilmesi ile idare üzerinde otorite ve saygınlık kazanmasını sağlayan yetisini, duraksamasız bir şekilde söylemek gerekirse incelemelerinin sonuçlarını içeren raporlar düzenleyebilmesi ve bunları kamuoyuna açıklayabilmesi oluşturur.⁵⁷ Gerçekten de, İdare, kararın gereğini yerine getirmese, ombudsman, önce işlem, eylem ya da davranışı gerçekleştiren idari makamın hiyerarşik üstüne başvurarak sonuç almaya çalışacak, buradan bir sonuç alamaması durumunda ise hazırlayacağı özel raporun parlamentoya sunulması suretiyle parlamento denetimini harekete geçirecektir. Buradan da bir sonuç çıkmazsa, ombudsmanın geriye yalnızca kamuoyu denetimini harekete geçirme olanağı kalacaktır.⁵⁸

Türkiye'de kamusalığın etkin bir şekilde işleyemeyecek olmasının temel nedenlerinden birisini, kanımızca, etkin bir raporlama düzeneginin kurulamaması oluşturmaktadır. Tasarının konuyla ilgili hükmü yetersizdir. Gerçekten de, Tasarının 22. maddesi; Kamu Denetçiliği Kurulunun her takvim yılı sonunda yürütülen faaliyetleri ve önerileri kapsayan bir rapor hazırlayarak T.B.M.M. Adalet Komisyonu ile İnsan Hakları İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyona sunacağını, Komisyonun, bu raporu görüşüp, kendi kanı ve görüşlerini de içerecek şekilde özetleyerek Genel Kurula sunulmak üzere T.B.M.M. Başkanlığına göndereceğini, Komisyonun raporunun Genel Kurulda görüşüleceğini, Kurulun yıllık raporunun, ayrıca Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle kamuoyuna duyurulacağını, Kamu Denetçiliği Kurulunun, açıklanmasında fayda gördüğü hususları yıllık raporu beklemeksizin her zaman kamuoyuna duyurabileceğini ifade etmiştir.

Bu hüküm etkin bir raporlama düzenegi getirmekten son derece uzaktır. Çünkü bir kere, rapor, başkamusay tarafından değil, Kurul tarafından Meclise sunulacaktır ki bunu doğru olarak görmeye olanak yoktur. Başkamusayın kendi düşünce ve fikirlerini de ekleyerek raporunu Meclise sunması işin doğası gereğidir. Öte yandan, rapor, iktidar parti ve/veya partilerinin çoğunluk oluşturduğu Karma Komisyona sunulacaktır ki, bundan da bir verim elde edilmesi zor gözükmekte-

⁵⁷ Oytan, s. 213.

⁵⁸ Erhüman, s. 177.

dir. Çünkü kamusaylığın idarenin tutum ve davranışlarını eleştirmesi durumunda Karma Komisyon söz konusu eleştirilerin kendi hükümetinin şahsını hedef aldığı düşüncesiyle raporu adeta kuşa çevirerek Meclise sunabilir. Böyle bir durumda ise rapordan beklenen fayda elde edilemez. Rapordan gerçek anlamda bir fayda edilebilmesi için yukarıda belirtildiği üzere Komisyon Başkanlığını ana muhalefet partisinden komisyon üyesi bir milletvekilinin yapacağı Kamusaylık Komisyonunun kurulması gerekmektedir. Ancak, böyle bir komisyon hiç çekinmeden raporu gerçek niteliğiyle Meclis Genel Kuruluna sunulabilir. Yine, Kamusaylık Komisyonun başkanı ana muhalefet partisinden olacağı için o başkan raporu gerçek anlamda değerlendirilebilir. Son olarak, yıllık rapor, ertesini yılın 1 Şubatında Kamusaylık Komisyonuna sunulması, 1 Martında ise söz konusu komisyon başkanı tarafından okunması uygun görülen kısımlarının Genel Kurulda okunması gerekir. Meclis İktüzüğüne bir hüküm konularak her yıl 1 Mart tarihinde, Kamusaylık Komisyonu Başkanınca, Başkamusayın raporunun okunmak üzere Genel Kurulun kendiliğinden toplanacağı esasının konulması da raporun etkinliğini sağlamak bakımından uygun olacaktır.

f- Ombudsmanlığa Başvurunun Zorlaştırılması ve Süresinin Kısa Tutulması Bakımından

Tasarıda ombudsmanlığa başvuru sıkı koşullara bağlanmış ve süresi oldukça kısa tutulmuştur. Gerçekten de, Tasarının 17. maddesi; Kamu Denetçiliği Kurumuna gerçek ve tüzel kişilerin başvurabileceğini, başvurunun, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, yerleşim yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve yerleşim yeri ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren Türkçe dilekçe ile yapılacağını, bu başvurunun, yönetmelikte belirlenecek şartlara uyulmak kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabileceğini, yapılan başvurulardan; belirli bir konuyu içermeyenlerin, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıkların, başvuru sahibi için aranan koşulları taşımayan uyuşmazlıkların, sebepleri, konusu ve tarafları aynı olanlar ile daha önce sonuçlandırılanların incelenmeyeceğini, Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yollarının tüketilmesinin zorunlu olduğu, bu hüküm uyarınca yapılacak başvuruya idare tarafından verilecek cevabın tebliğ tarihinden, idare başvuruya altmış

gün içerisinde cevap vermediği takdirde bu sürenin bitmesinden itibaren doksan gün içinde Kuruma başvurulabileceği, başvuru tarihinin dilekçenin Kuruma, valilik veya kaymakamlıklara verildiği, diğer hallerde ise başvurunun Kuruma ulaştığı tarih olduğunu, dava açma süresi içinde yapılan başvurunun, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durduracağını ifade etmiştir. Maddeden anlaşılacağı üzere, ombudsmana başvurmak, adeta bir yargı organına yapılan başvuru gibi sıkı biçim koşullarına bağlanmıştır.

Hâlbuki ombudsmana başvuru, kurumun doğası gereği, idari yargıda dava açmaktan daha kolay, ucuz ve şekilci olmak zorundadır. Çünkü ombudsmanlık kurumunun demokratik hukuk devletine sağladığı en önemli katkılardan ikisi, yurttaşların hak arama yollarını kullanmalarını sağlamak ve onların idarenin denetimine katılmak yoluyla devlet yönetimine katılmalarını kolaylaştırmaktır. Aksi takdirde, idari yargı organlarının yanında ombudsman adında yeni bir organın daha kurulmasının gerekçesini açıklamak olanaklı olmayacaktır.⁵⁹ Bu bağlamda, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, ikametgâh veya iş yeri adresi olmasa, tüzel kişiler de bahsedilen biçimde başvurmasa bile verilen başvuru dilekçeleri kabul edilmeli ve bu dilekçeler kamusalın re'sen harekete geçmesi için yeterli sayılmalıdır. Çünkü gerçek ve tüzel kişilerin çeşitli kaygılarla⁶⁰ kimliğini gizlemekte haklı nedenleri bulunabilir.

Tasarının bu maddesinde idari başvuru yıllarının tüketilmesinin aranması da son derece isabetsiz olmuştur. Gerçekten de 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "(ü)st makamlara başvuru" başlıklı 11. maddesinde düzenlenen idari başvuru yolu yargı organına başvuru yönünden bile seçimlik kılınmış iken o yolun ombudsmana başvuru için tüketilmesinin zorunlu kılınması ombudsmana başvuruyu güçleştirmekten başka bir işe yaramaz. İdari başvuru yolunun tüketilmesinin aranmasının pratik bir faydası da bulunmamaktadır. Çünkü genel olarak yurttaşlar idari başvuru yolundan herhangi bir olumlu sonuç alamamaktadırlar. Diğer yandan, ombudsmana başvuru için kural olarak 90 günlük bir sürenin tanınmış olması da ka-

⁵⁹ Erhüman, s. 175.

⁶⁰ Örneğin, İdareden baskı göreceği kaygısıyla.

nımızca yersiz olmuştur.⁶¹ Gerçekten de, ombudsmanlığı kabul etmiş ülkelerde, ombudsmana başvuru süresi konusunda, yargı organlarına başvuru süresinden çok daha uzun süreler bulunmaktadır. Birçok ülkede, ombudsmana başvuru süresi konusunda, şikâyet konusu işlem, eylem ya da davranıştan itibaren bir ya da iki yılın geçmemiş olması aranmakta, ancak, öngörülen bu sürenin geçirilmesi durumunda başvuruyu kabul edip etmeme noktasında ombudsmanlara bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Böylelikle ombudsmanlara, haklılığına inandıkları başvurularda süre koşulunu fiilen ortadan kaldırma yetkisi tanınmış olmaktadır.⁶² Bu bağlamda, kanımızca, kural olarak, idari işlem veya eylemin tesisinden veya kamu görevlisinin uyuşmazlığa neden olan davranışından itibaren 1 yıl geçmişse kamusayılığa başvurulamayacağı, süresi geçen başvuruları kabul edip etmeme yönünde kamusayılığa yetki tanınması daha uygun olacaktır.

Bu kısım ile ilgili açıklamaları bitirmeden önce ombudsmana başvurunun kolaylaştırılması ile ilgili önemli bir hususa vurgu yapmak uygun olacaktır. Okur-yazar olmasa, yoksul olsa bile herkesin başvurusuna açık olmak, insan hakları ve ombudsman açısından önemli bir özelliktir.⁶³ Gerçekten de, hiç bir ombudsman dizgesi, başvuruda ücret talep etmez. Mahkemelerde davayı kaybetmek ekonomik bir risk oluşturduğu için konu mahkemelik olsa bile kişiler genellikle ombudsmana başvurur. Bu nedenle, ombudsmana, “*yoksulların mahkemesi*” gözüyle bakılır. Finlandiya’da avukatlar, yeterli gelirlere sahip buldukları için bu duruma bir tepki duymamakta, ancak, bazı endişeler taşımaktadırlar. Çünkü ombudsmana başvuran kişiler, başvurudan sonra artık avukata başvurma gereksinimi duymamaktadırlar. Bazı şahıslar, ombudsmanı adli bir danışman olarak kullanmaya çalışmaktadır ki, bu durum, çok sık yapılan bir hata niteliğini taşımaktadır. Finlandiya’da, ombudsman, kişinin hukuksal yardım nitelikli başvuru-

⁶¹ 90 günlük başvuru süresi oldukça kısa bir süre olup genellikle yargı organlarına yapılan başvurularda uygulanan bir süre niteliğini taşımaktaydı. Nitekim 6.1.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile ortadan kaldırılan 521 sayılı Danıştay Kanununda idari tasarruflara karşı iptal davası açabilmek için 90 günlük bir süre tanınmıştı.

⁶² Erhüman, s. 174.

⁶³ Bu bilgi, AGİT Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi başkanı Erol Akdağ’ın 19.2.1998 tarihinde Başbakanlık Basın Toplantısında yaptığı konuşmadan elde edilmiştir.

rusuna salt tavsiyede bulunmakla yetinmekte ve ombudsmanlık bürosunda bu konuda sürekli görev yapan bir avukat da bulunmaktadır.⁶⁴

Bu bağlamda, Türkiye’de kamusalığın etkin bir şekilde çalışmasını temin etmek için okur-yazar olmayan kişilerin ombudsmanlık kurumuna sözlü olarak başvurusunu sağlayacak bir düzeneğin kurulması ve söz konusu kurumun adli danışmanlık hizmeti sunmasının önüne geçilebilmesi için adli konularda kişileri avukata veya mahkemeye başvurmalarını salık verici ve yönlendirici bir hukuk müşavirliğinin Kamusalık Kurumunda kurulması isabetli olacaktır.

g) Ombudsmanın Sayısı, Çalışma Tarzı ve Nitelikleri Bakımından

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısının 4. maddesinin 2. fıkrasında; Kamu Denetçiliği Kurumunun Başkanlık, Kurul ve Genel Sekreterlikten oluşacağı, 3. fıkrasında ise Kurumda, bir Başkan ve en fazla on denetçi ile genel Sekreter, uzman, uzman yardımcıları ve diğer personelin bulunacağı belirtilmekte, yukarıda bahsedilen 10. maddesinde ise başkan ve denetçilerin nitelikleri sayılmaktadır. Tasarının 7. maddesinde; Kurulun, Başkan, Başkanlık ve denetçilerden oluşacağı, Kurulun görevleri, Kurul halinde incelenmesi gereken şikâyetleri incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak, Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikleri çıkarmak, yıllık raporu hazırlamak, yıllık raporu beklemeksizin gerek gördüğü konularda özel rapor hazırlamak, raporları kamuoyuna duyurmak şeklinde sayılmaktadır, Kurula Başkan, Başkanlığın yokluğunda Başkanlığının başkanlık edeceği, Kurulun Başkanlığının başkanlığında denetçilerin beşte üçünün katılımı ile toplanacağı ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar alacağı ifade edilmiştir. Tasarının 8. maddesinde ise Başkanlığının, denetçiler arasında işbirliğini sağlayacağı ve bunların uyumlu çalışmasını gözeteceği, denetçilerin, Kurul halinde incelenmesi gereken konular dışında, Başkan tarafından görevlendirildikleri konu ve/veya alanlarda tek başlarına çalışacağı ve önerilerde bulunacakları, Kurulca karara bağlanacak konular ile denetçilerin Başkan tarafından görevlendirildikleri konu ve/veya alanlara ve aralarındaki iş bölümüne ilişkin ilkelerin yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir.

⁶⁴ Finlandiya Ombudsmanı Lauri Lehtimaja ile 27.3.1998 tarihinde Ankara’da yaptığım görüşmeden elde ettiğim şifahi bilgi.

Kamusaylık Kurumunun Başdenetçilik, Kurul ve Genel Sekreterlikten oluşacağına hükme bağlanması son derece isabetsiz olmuştur. Çünkü böyle bir örgütlenme modeline çağcıl ülkelerin ombudsmanlık kurumunun hiçbirisinde rastlanılamamaktadır. Öte yandan, “kurul” şeklinde örgütlenme, daha çok idari nitelikte karar verici organlarda rastlanılan bir yöntem olması bakımından da uygun değildir. Zira ombudsmanlık kurumundaki başkamusay ve kamusaylar kendi görev alanlarıyla ilgili konularda tek başına karar verici mercii sıfatını taşırlar.⁶⁵

Kamu Denetçiliği Kurumunda on denetçinin bulunması da doğru değildir. Türkiye'nin gereksinim duyduğu, başkamusayın dışında dört kamusaydır. Bu dört kamusaydan birisi merkezi yönetimden, diğeri yerel yönetimlerden, bir diğeri askeri işlerden, sonuncusu ise din hizmetlerinden sorumlu olmalıdır. Tasarıda olduğu gibi on denetçinin bulunmasının öngörülmesi ve bu denetçilerin hangi alanlardan sorumlu olacağına belirtilmemesinin denetçiler arasından yetki ve görev karmaşasına yol açacağından kuşku duyulmaması gerekir.

Tasarıda başdenetçi ve denetçi olabilmek için aranan nitelikler de isabetli bir şekilde düzenlenememiştir. Her şeyden önce yukarıda belirtildiği üzere Tasarının 10. maddesinde, başdenetçi olabilmek için “50” yaş şartı aranmaktadır. 50 yaş şartı, Türk pozitif hukukunda görülmemiş bir koşul niteliğinde olduğundan ve Anayasanın 101. maddesinde Cumhurbaşkanı olabilmek için “40” yaşını doldurmuş olmak koşulu arandığından, Cumhurbaşkanlığı kadar görevi yüce olan başkamusay için de “40” yaş koşulunun aranması yerinde olacaktır. İkinci olarak, Tasarının bu maddesinde başdenetçi ve denetçi olabilmek için kamu veya özel kesimde en az on yıl çalışmış olmak koşulu aranmaktadır. Ombudsman, kural, olarak kamu kesimi üzerinde denetim görevi yerine getirdiği için kamuda en az on yıl çalışmış olmak koşulunun getirilmesi uygundur, buna karşın, özel sektörde on yıl çalışmış olan bir kişinin başdenetçi veya denetçi olarak atanabilmesi son derece isabetsizdir. Çünkü özel sektörde çalışan, dolayısıyla İdareyi tanımayan bir kimsenin kamu organ ve kişileri üzerinde denetim görevini hakıyla yapabileceğini beklemek ham bir hayalden öteye geçemez.

⁶⁵ Yine, Kurumda Genel Sekreterliğe yer verilmesi anlaşılabilir bir husus değildir.

Başdenetçi ve denetçilerin nitelikleriyle ilgili Tasarının 10. maddesiyle ilgili olarak Şu hususu da belirtmek gerekir. Bu maddede, başdenetçi ve denetçi olabilmek için hukuk fakóltesi mezunu olmak dışında, siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat ve işletme fakólterinden mezun olmanın da yeterli olduğu hükme bağlanmıştır. Hukuk fakóltesi mezunu olmayanların denetçi olabilmesinde bir sakınca yoktur, ancak söz konusu mezunların “başdenetçi” olabilmesi kanımızca son derece sakıncalıdır. Gerçekten de Finlandiya’nın önceki ombudsmanlarından Lauri Lehtimaja, kimi zaman ombudsmanın bir din görevlisi ve psikologun sahip olduğu yetiyi edinmesinin gerekli olduğunu düşündüğünü, ombudsmanlar bu yetiye sahip olurlarsa tavsiye ve öneri biçimleriyle hukuka ve kanuniliğe karşı güvenini yitirmiş insanların gerginliklerini hafifletebileceklerini, söz konusu güven kaybının ombudsmanların temel bir endişe alanı olması gerektiğini ifade etmektedir. Lehtimaja, yurttaşların kanuna ve hukuka karşı güven duygusu kaybolursa, demokrasinin de bir geleceğinin bulunmayacağını vurgulamaktadır.⁶⁶ Bu bağlamda, yurttaşların hukuka ve kanuna olan saygısını koruyabilmek için başkamusayın hukuk fakóltesi mezunu olması mutlak bir gerekliliktir. Başkamusay, hukuk fakóltesi mezunları arasından seçilmeli, merkezi ve yerel yönetimlerden sorumlu kamusay ile askeri ve din hizmetlerinden sorumlu kamusay 10 yıllık kamu görevlileri arasından başkamusay tarafından atanmalı ve görevinden alınabilmelidir.

h) Ombudsmanın Denetim Kapsamının Dar Tutulması

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısının 5. maddesinin 1. fıkrasında; Kamu Denetçiliği Kurumunun, idarenin işleyişi ile ilgili Şikâyet üzerine, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içerisinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevli olduğu ifade edilmiştir.

Bu fıkrada iki sakınca bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ombudsmanın re’sen harekete geçememesi, ikincisi ise İdarenin tasarruf ve davranışlarını “yerindelik” açısından inceleyememesidir. İkincisinden

⁶⁶ Report of The Finnish Parliamentary Ombudsman..., s. 15.

işe başlamak gerekirse, her ne kadar fıkrada denetimin “*hakkaniyet*” açısından yapılacağı ifade edilse de bunu “*yerindelik*” denetimi olarak kabul etmek olanaksızdır. Aslında, “*hakkaniyet*” kavramı “*hukuk*” kavramının içerisine dâhil olduğundan ombudsman yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapabilecek, yerindelik denetimi yapamayacaktır. Gerçi, ombudsmanların salt hukukilik denetimi yaptığı, yerindelik denetimi yapmadığı örnekler az değildir. Örneğin, Finlandiya’da ombudsman, yalnızca hukukilik denetimi yapmaya yetkilidir. Daha açık bir deyişle, ombudsman, kamu görevlisinin hukuka uygun davranıp davranmadığı, davranmadıysa ona dava açılması veya ihtar verilmesi için yeterli nedenlerin bulunup bulunmadığını sorununu çözmeye çalışır.⁶⁷

Ancak, kanımızca, Finlandiya’da ombudsmanın yerindelik denetimi yapamaması, Türkiye’de de kamusaylığın yerindelik denetimi yapamamasını gerektirmez. Düşüncemize göre, hukukilik denetimi ile yerindelik denetimini açık ve kesin ölçülerle birbirinden ayıracak hiçbir nesnel ölçüt yoktur ve İdare üzerinde daha gerçek ve etkin bir denetim yapılmasından söz edebilmek için “*yerindelik*” boyutunu da işin içerisine katmak gerekir. Bu bağlamda, ombudsman hukuka uygunluk (legality) denetimi yapabildiği kadar yerindelik (opportunity) denetimi de yapabilmelidir. Daha açık bir deyişle, ombudsman, bir idari yargıcın sahip olmadığı bir yetkiyi kullanarak, örneğin, tutuklunun cezaevinde, hastanın hastanede iyi muamele görüp görmediğini inceleyip eleştirebilmelidir ki⁶⁸ görevini layıkıyla yerine getirebilmiş olsun.

Ombudsmanın İdare üzerindeki denetiminde tek sınır, kamu görevlilerinin takdir hakkını nasıl kullanacağı yolunda onlara tavsiyede bulunmasının yasaklanması olabilir. Nitekim halk tarafından sık sık istemde bulunulmasına karşın, Finlandiya’da ombudsman, somut olaylarda takdir yetkilerini nasıl kullanmaları gerektiği konusunda kamu görevlilerine genellikle tavsiyede bulunmamaktadır.⁶⁹

Yukarıda belirtildiği üzere, ombudsmanın re’sen harekete geçme yetkisinin olmayıp ancak şikâyet üzerine faaliyette bulunması da son

⁶⁷ Report of The Finnish Parliamentary Ombudsman..., s. 10.

⁶⁸ Oytan, s. 197.

⁶⁹ Report of The Finnish Parliamentary Ombudsman..., s. 10.

derece isabetsizdir. Gerçekten de ombudsmanın anavatanı sayılan İskandinav ülkelerinin tümünde ombudsman re'sen harekete geçebilmekte, buna karşın, İngilizlerin ombudsmanı sayılan Parlamento komiseri, harekete geçebilmek için şikâyetin bulunması aranmakta, kendisi re'sen soruşturma yapamamaktadır.⁷⁰

Tasarıda ombudsmanın ancak şikâyet üzerine harekete geçeceği anlayışının benimsenerek bu konuda Birleşik Krallık ombudsmanının örnek alınmasının kabul edilir bir tarafı yoktur. Çünkü ombudsmanlık konusunda Birleşik Krallığın özel bir durumu bulunmaktadır. Gerçekten de, Arslan'ın naklettiği üzere, İngiliz Parlamento Komiseri doğrudan doğruya yurttaşlardan şikâyet kabul edemez veya re'sen soruşturma yapamaz. Şikâyet, ancak, Avam Kamarası üyelerinden birisine yapılmakta, Lordlar Kamarası üyelerine şikâyetin yapılması olanaklı görülmemektedir.⁷¹ Birleşik Krallıkta hem şikâyetçinin bulunması hem de parlamenterin şikâyeti ombudsmana iletmesinin⁷² gerekmesinin kendine özgü temel bir nedeni bulunmaktadır. Gerçekten de Birleşik Krallıkta tarihten bu yana, halkın parlamenterlere yaptığı şikâyetleri, doğrudan doğruya Ombudsmanın kabul etmesi parlamenterin haklarını gasp etmek olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda, parlamenterler kendilerine yapılan şikâyeti eski usulle araştırabilmekte veya ombudsmana aktararak durumu inceleyip kendisine bildirmesini isteyebilmektedir.⁷³ Bununla birlikte, İngilizler, aracılık aracılığıyla ombudsmana başvurudan vazgeçmesi yönünde bir eğilim taşımaktadırlar. Gerçekten de, Birleşik Krallıkta başlangıçta yerel yönetim

⁷⁰ Oytan, s. 200.

⁷¹ Arslan, s. 161.

⁷² Fransız dizgesinde de yurttaşların doğrudan doğruya médiateur'a başvurma olanağı bulunmamaktadır. Médiateur'a başvurabilmek için bir milletvekilinin veya senatörün aracılığına gereksinim vardır. Fazla bilgi için bkz. Oytan, s. 211 vd. Yukarıda belirtildiği üzere médiateur doğrudan doğruya hükümet tarafından atanmış, dolayısıyla onun bağımsızlığının olmaması nedeniyle biz médiateur'u ombudsman olarak kabul etmediğimiz için Fransız dizgesinden bahsetmeyi uygun görmedik. Gerçi, İngiliz dizgesinde de Parlamento Komiseri Meclis tarafından atanmamaktadır. Ancak, Birleşik Krallıkta ombudsmanın bağımsızlığını sağlayabilmek için bu atama hem Kraliçenin Parlamento'ya yazmış olduğu bir mektup (letters patent) ile yapılmakta, hem de söz konusu komiser ölene kadar veya emekli olacağı 65 yaşına kadar seçilmektedir. Bkz. Oytan, s. 199-200. Bu koşullarda İngiliz Parlamento Komiserinin gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız olduğu, dolayısıyla, ombudsman kimliğini taşıdığı ortadadır.

⁷³ Oytan, s. 200.

ombudsmanlarına başvurunun yerel meclisler aracılığıyla yapılması öngörülmüşken 1988 yılında yapılan bir değişiklikle onlara doğrudan başvuru yolu açılmış ve bu değişiklikten sonra başvurular yaklaşık %50 oranında artmıştır.⁷⁴

Her ne kadar, İngilizler, aracılık vasıtasıyla ombudsmana başvuru eğiliminden vazgeçmeseler de ancak şikâyet üzerine ombudsmanın harekete geçeceği anlayışını sıkı bir şekilde korumuşlardır. Tasarıda, ombudsmana başvuru konusunda şikâyetin gerekli olduğu aranarak İngilizlerin kendisine özgü nitelik gösteren dar yetkili ombudsman anlayışı kabul edilmiştir ki bu durumu onaylamaya olanak yoktur. Çünkü ombudsman yapacağı faaliyetlerle; İdarenin, bireye ve insan onuruna saygı duymasını, temel insan haklarının korunmasını, İdarenin daha verimli ve insan odaklı hizmet vermesini sağlatabilir. Ombudsmanın faaliyetinin şikâyete bağlandığı durumlarda bu amaçların gerçekleştirilmesine olanak yoktur. Bu nedenle, ombudsmana re'sen harekete geçmek yetkisinin tanınması mutlak bir zorunluluktur.

SONUÇ

Kamu denetçiliği, günümüzde, özellikle İskandinav ülkeleri (İsveç, Finlandiya, Norveç, Danimarka) ile kimi Avrupa ülkelerinde (İngiltere) oldukça başarılı bir şekilde uygulanmaktadır. Türkiye'de de başarılı bir şekilde uygulanabilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Hatta yukarıda belirtildiği üzere ombudsman kurumunun kökeni temel olarak Osmanlılara dayanmaktadır. Kökenini Türklerin oluşturduğu bu kurum, daha sonra Batılılaşma dalgasıyla Batı tarafından geliştirilmiş ve dünyaya Batı kurumu olarak sunulmuştur.

1950 yılına kadar, dünyada, birisi 1809 yılında İsveç'te kurulan, diğeri ise 1919 yılında Finlandiya'da oluşturulan iki ombudsmanlık kurumu bulunmaktaydı. Ancak, 1960 yılından sonra ombudsman sayısı hızla yükselerek 1 Ocak 1997 tarihi itibarıyla 40'ın üzerinde ülkede uygulamaya geçmiştir.⁷⁵ Günümüzde ise 50'den fazla ülkede görülmek-

⁷⁴ Uyanık, S. İngiliz Yerel Yönetimlerinde Ombudsman Denetimi, Türk İdare Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 403, Haziran 1994, s. 207.

⁷⁵ Bkz. Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi, s. 33.

tedir.⁷⁶ Bu artışın temel nedeni; ombudsman ve ona bağlı olarak çalışanların etkinliği olarak görülebilirse de daha önemlisi, hükümetlerin, ombudsmanın insan haklarını geliştirmek, kamu yönetiminin kötü işleyişine karşı bireysel şikâyetleri gidermek ve kamuoyunun dikkatini kamu örgütlerindeki yönetsel hastalıklara çekmek yönündeki düşüncelere daha açık olmaları oluşturmaktadır.⁷⁷

Aslında, ombudsman kurumunun oluşturulmasında pratik bir gereksinim bulunmaktadır. Ombudsman bir moda değil, Oytan'ın da belirttiği üzere, günümüzün bir simgesidir. Daha açık bir deyişle, günümüzde yöneten ile yönetilen arasındaki ilişkilerin yeniden ele alınması, belirlenmesi, düzenlenmesi ve tanımlanması gereksiniminin git-tikçe büyümesi sonucunda ombudsman ortaya çıkmıştır.⁷⁸ Gerçekten de İdarenin hemen her alana el atması, mevzuatın son derece karmaşık bir nitelik göstermesi, yargısal denetim dizgelerinin kendi kendilerini yenilemeyip çığ gibi artan işi yükü karşısında işlemez hale gelmesi, kimi zaman bir davayı 3-4 yıl sonra sonuçlandırmak gibi anlamsız sonuçların ortaya çıkması sonucunda yeni bir kuruma gereksinim duyulmuştur. İdarenin yargısal denetiminin tarafsız ve bağımsız idari yargı yerlerince yapılabildiği ülkelerde bile, İdarenin bünyesine daha kolaylıkla girip nüfuz edebilen, daha süratli ve kişisel, daha az biçimci, karşılıklı ilişki kurmada önemli bir boşluğu doldurabilen, daha iyi bilgi sahibi, keyfilikle savaşmada daha etkin ve tutarlı bir kuruma duyulan gereksinim gözlerin ombudsmana ve bunun formel biçimde ilk çıktığı ülke olan İsveç'e çevrilmesine yol açmıştır.⁷⁹

İdarenin haksız işlemlerine karşı idari yargının bulunması, yurttaşın her zaman hakkını elde etmesine yetmemektedir. Günümüzde, çağcıl hükümetlerin iş görüsellliği ve sorumluluklarının son derece artması, hükümet ve idarenin yurttaşlar üzerindeki yetkilerini de oldukça fazla olarak artırmıştır. Ancak, bu durum, tersine bir etkiyle yurttaşların kamu gücü karşısında sahip olduğu geleneksel koruma araçlarının yetersiz kalmasına yol açmıştır. Bundan da öte, idari yargının çoğu zaman pahalı olup vakit alması, usul ve şekil kurallarına tabi olması ve küçük haksızlık, gereksiz sertlik ve tersliklerin idari yargının

⁷⁶ Cop, M. (<http://www.ntvmsnbc.com/id/25133848>, Erişim Tarihi, 28.9.2010).

⁷⁷ Pickl, s. 40.

⁷⁸ Oytan, s. 195.

⁷⁹ Oytan, s. 194.

görev alanı dışında kalması, ombudsmana olan gereksinimi daha da artırmaktadır.⁸⁰ Ombudsmanlık kurumu yaşama geçtiği takdirde vatandaşlarla idare arasındaki uyuşmazlıkların azalacağı ve kamusayın önerisiyle Türk kamu yönetiminin büyük bir gelişim kaydedeceğinden hiç kimsenin kuşkusunun olmaması gerekir.

Burada önemli olan husus, ombudsmanın gücünün kaynağının korunmasıdır. Eğer ombudsman, politik olarak tarafsız kalabiliyorsa, bağımsız kararlar alabiliyorsa ve vardığı kararlar ilgili kurumlar tarafından ciddi olarak değerlendiriliyorsa diğer konular ikinci derece önemli bir hale gelir. Asıl önemli olan husus, ombudsmanın gücünün kaynağının korunarak veya yeni kaynaklarla beslenerek bir Türk ombudsmanı kurumunun yaratılmasıdır.⁸¹

Ancak unutulmaması gereken nokta, Ombudsmanın elinde sihirli bir değnek olmadığıdır. Kamu yönetimindeki usulsüzlüklerin, adletsizliklerin ve verimsizliklerin hepsini ombudsmanın çözmesi beklenemez. Ancak kurumu uyarlayan diğer ülkelerin sayısındaki artış göz önünde bulundurulursa çağcıl ölçütler ışığında yeni bir Türk Kamusaylık Kurumunun tasarlanmasına bir an önce başlanması uygun düşer.⁸²

Ombudsmanlık kurumsal olarak kırılğan bir organdır. Bu organın kırılğanlığını gösterebilmek için bir örnek vermek uygun olacaktır. Amerika Birleşik Devletlerinde yeraltı maden ocaklarında kanarya bulundurulur. Çünkü bu kuşun gazdan hızla etkilenme olasılığı bulunmakta ve gazın ön habercisi olarak bu özelliğinden yararlanılmaktadır. Bunun gibi ombudsmanın da demokrasinin sağlıklı olduğu yerde öttüğü, sağlıklı olmadığı yerde öldüğü söylenebilir. Kısacası, ombudsman, kamunun kanaryasıdır.⁸³

Ombudsmanlık, uyuşmazlıkları yargı organlarına götürmeden çözüme kavuşturan alternatif uyuşmazlık yollarından birisidir.⁸⁴ Ör-

⁸⁰ Altuğ, s. 150.

⁸¹ Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi, s. 30.

⁸² Krş. Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi, s. 30.

⁸³ Bu bilgi, Alaska Ombudsmanı Dean Cotherer'in 19.2.1998 tarihinde Başbakanlık Basın Toplantısında yaptığı konuşmadan elde edilmiştir.

⁸⁴ Uyuşmazlıkların, yargı organlarına götürmeden çözümleme yolları hakkında ayrıntılı bir bilgi için bkz. Payashoğlu, Arif. Yönetimde Davaları Azaltma Yolları, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 2, Sayı 3, 1969, s. 5 -13.

neğin, İrlanda'da ombudsmana yapılan başvuruların %40'ının tatmin edici şekilde haksızlığı giderici bir sonuç doğurmuştur⁸⁵ ki bu durum, ombudsmanın, mahkemelere açılacak olan davaları nasıl büyük ölçüde azaltmış olduğunun somut bir kanıtıdır. Aslında, özellikle idari yargı rejimini benimsemiş ülkelerde ombudsman denetimi, mevcut yargısal denetim dizge ve yollarına bir rakip değil, onları tamamlayıcı bir yol ve yöntemden ibarettir. Bu denetim yöntemi, yargısal denetimden doğan içtihatlar kadar gelişmiş bir içtihat kurmaya elverişli değildir. Ancak, yargı yerlerinin içtihatları da aslında, ancak sınırlı bir uzman çevre tarafından bilinebilmektedir. Bu bağlamda, orta kademedeki idarecilerin ve halkın çoğunluğunun bu içtihatlardan ya haberi yoktur ya da anlayacak durumda değildirler. Tam aksine, ombudsmanın fikirleri şaşırtıcı ölçüde sade ve yalındır, bu fikir ve kanıların toplamından yöneticiler ile yönetilenler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde son derece geçerli ve faydalı öneri, ilke ve kurallar çıkartılabilmektedir.⁸⁶

Ombudsman, salt hata bulmak amacıyla yönetimin gizli saklısını araştırarak onun işlerine karışan birisi olarak düşünülmemelidir. O, kendisinden adalet esirgenmiş şikâyetçi kişiye adaleti elde edebilmesinde yardımcı olabileceği gibi doğru yapılmış idari işlem ve eylemlerin savunulmasında da İdareye yardım edecektir. Gerçekten de ombudsmana yapılan şikâyetlerin %90'ı haksız şikâyetlerdir. Haksız şikâyet durumunda bile ombudsmanın faydalı görevleri bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, bu durumda, ombudsman, şikâyetçi kişiye, memurun eyleminin ilk bakışta anlaşılabilmesine ve bir adaletsizlik duygusu uyandırmasına karşın, işlem veya eylemin doğru olduğunu açıklamaktadır. Böylelikle ombudsman, idare ile yurttaşlar arasındaki sürtünme noktalarını yağlamış olmakta, idare ise ombudsman aracılığıyla, işlem ve eyleminden zarar görmüş kişilere, yaptığı tasarrufların haklılığını anlatan bir halkla ilişkiler görevlisi niteliğini kazanmış bulunmaktadır.⁸⁷

İdarenin bünyesi içerisindeki hiyerarşik (kademeli) ve vesayet denetiminin ana amacı, idari düzeneğin etkinliğini sağlamak ve artır-

⁸⁵ Bu bilgi, İrlanda Ombudsmanı Kevin Murphy'inin 19.2.1998 tarihinde Başbakanlık Basın Toplantısında yaptığı konuşmadan elde edilmiştir.

⁸⁶ Oytan, s. 214.

⁸⁷ Pickl, s. 42 - 43.

maktır. Bununla birlikte, etkinlik, her zaman adaleti sağlamaya yeterli değildir. Buna ilave olarak, bu denetimin sorumluları da genel olarak denetlenen idareye bağlı olup az veya çok denetlenen birimin baş yetkilisine bağlıdırlar. Bu yüzden, söz konusu denetçiler, tam olarak nesnel bir denetim yapabilme özgürlüğüne sahip değildirler. Bunun sonucunda da yurttaş, bir bürokratik düzenek olan çağcıl idare karşısında kendisini güçsüz hissetmekte ve çoğu zaman, İdareye yapacağı başvuruların anlayışla karşılanacağına, İdarenin hatasını kabul edip işlemini düzeltereğine güven duymamaktadır.⁸⁸

Bu anlatılanlar çerçevesinde şunu hemen belirtmek gerekir ki çağcıl ölçütler çerçevesinde yeni bir ombudsmanın kurulmasına mutlak bir gereksinim bulunmaktadır. Ancak, Türkiye’de ombudsmanın etkinliğini tek başına çağcıl bir yasanın çıkartılması sağlayamayacaktır. Bu etkinliği sağlayabilmek için çağcıl ölçütler ışığında önce Anayasada ombudsmanlık konusunda yeni bir düzenleme yapılmalı, daha sonra yeni bir Türk Kamusaylık Kurumu Kanunu çıkartılarak bu kanunun yürürlüğe girmesi kanımızca en az 2 yıl ertelenmeli ve bu süre içerisinde ombudsmanın etkin görev yapmasını engelleyen hususları kırabilmek için yukarıda belirtildiği üzere, halkın ve kamu görevlilerinin sürgit bir eğitime tabi tutulması gerekir. Bu yapılmayıp Tasarı kanunlaştırılır ve çıkartılacak kanun derhal yürürlüğe konulursa bunun yalnızca zaman, emek ve masraf kaybına yol açılacağından hiç kimsenin kuşkusunun bulunmaması gerekir.

KAYNAKLAR

- Altuğ, Y. Vatandaş İdarenin Yetki Tecavüzlerine Karşı Koruyan “Ombudsman” Müessesesi, *Yargıtay 100. Yıl Armağanı*, Ankara, 1968.
- Arslan, S. İngiltere’de Ombudsman Müessesesi, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, Mart 1986.
- Azrak, A.Ü. İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri in *Danıştay Başkanlığı 141. Yıl Sempozyumu*, Ankara, 2009.

⁸⁸ Oytan, s. 207.

- Balta, T.B. *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE Yayınları No: 117, Ankara, 1988/1970.
- Baylan, Ö. *Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikâyetleri ve Türkiye İçin Ombudsman Formülü*, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1978.
- Erhüman, T. Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?, *AÜHFED*, Yıl 2000, Cilt 4, Sayı 1-4.
- Erkut, C. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Mekanizmalar in *Danıştay Başkanlığı 141. Yıl Sempozyumu*, Ankara, 2009.
- Gammeltoft-Hansen, H. Ombudsman Kavramı, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, Eylül 1996.
- Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi*, TÜSİAD, 1997, İstanbul.
- Oytan, M. Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 18-19, Ankara, 1975.
- Payashoğlu, Arif. Yönetimde Davaları Azaltma Yolları, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 3, 1969.
- Pickl, V. J. Ombudsman ve Yönetimde Reform (Çeviren, Turgay Ergun), *Amme İdaresi Dergisi*, Sayı 4, Cilt 10, 1976.
- Report of The Finnish Parliamentary Ombudsman 1997 A Summary*, Helsinki, 1998,
- Sağlam, A. Ombudsman Kurumu ve Türkiye Macerası (<http://www.turkhukuksitesi.com>).
- Uler, Y. Ombudsman (Kamu Denetçisi), *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 3. Kitap*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1-4 Mayıs 1990.
- Uyanık, S. İngiliz Yerel Yönetimlerinde Ombudsman Denetimi, *Türk İdare Dergisi*, Yıl: 66, Sayı: 403, Haziran 1994.
- Üçok C. ve Mumcu A., *Türk Hukuk Tarihi*, Altıncı Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1987.
- Üçok, C. *Hukuk Tarihi Dersleri*, AÜHFY No: 297, Ankara, 1972.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.03.2008
E. 2008/13-217
K. 2008/219

- ★ Tarafların o dava yönünden, hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetiminin yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması, zorunludur.
- ★ Mahkeme kararlarının taraflar yönünden etkili ve bağlayıcı kabul edilebilmeleri, bir gerekçeyi içermesi ve kısa karar ile gerekçeli karar arasında tereddüte yol açacak çelişkiler taşınamaması ile mümkündür.
- ★ Direnme kararlarının hukuksal niteliklerinin doğal sonucu ve gereği olarak,

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yapacağı inceleme ve değerlendirme sırasında gözeteceği temel unsurlardan birini, bozmaya karşı tarafların beyanlarının tespiti ile uyulup uyulmama konusunda verilen ara kararları ile sonuçta hüküm fıkrasını içeren kısa ve gerekçeli kararların birbiriyle tam uyumu

ve buna bağılı olarak da kararın ortaya konulan sonucuna uygun gerekçesi oluşturmaktadır. Bunlardan birisinde ortaya çıkacak farklılık ya da aksama çelişki doğuracaktır.

- ★ **Bozma ilamlarında “kabule göre de” veya “kaldı ki” gibi söz dizinleriyle başlayan, bozma sebebine göre inceleme sırası gelmemekle birlikte sadece mahkemenin hükmündeki hatanın varlığına işaret eden, hükmü o yönden eleştiren, mahkemenin aynı hataya düşmemesi için ona bir tavsiye ve yol gösterme amacına yönelik bulunan ifade ve açıklamalar; usul hukuku anlamında “bozma” niteliğı taşımaz.**

(ANY.m.141/3, HUMK.m.381,388,389)

Taraflar arasındaki “Alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye7.Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabul kısmen reddine dair verilen 24.05.2005 gün ve2003/686-2005/213 sayılı kararın incelenmesi davacılar Nurettin Doğan, Mirza Doğan ve Cevat Çelik ile davalı vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin13.11.2006 gün ve 2005/6445-2006/6462 sayılı ilamı ile ;

“1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacılardan Nurettin Doğan 08.03.2000 ve Mirza Doğan da 17.06.1999 tarihli teslim tutanakları ile kendilerine isabet eden bağımsız bölümleri eksiksiz olarak teslim almış olmalarına ve bu bağımsız bölümlerdeki kusurlu işlerin de açık ayıp niteliğinde bulunmasına ve bu ayıplarla ilgili olarak da ihtiraz kayıt dermeyeran etmemiş olmalarına göre bu davacılar, ancak bağımsız bölümlerinin kirası ile ortak yerlerdeki eksik ve ayıplı işler bedellerinden paylarına düşeni talep edebilirler. Bu durumda diğer taleplerinin reddi gerekir.

Diğer davacı Cevat Çelik ise 25.06.1999 tarihli ibraname ile kendisine düşen bağımsız bölümler yönünden sözleşmeden doğan alacakla-

rından dolayı yükleniciyi ibra ettiğine göre, bu davacı da, ancak ortak yerlerdeki eksik ve ayıplı işler bedelinden payına düşeni talep edebilir. Bunun dışındaki taleplerinin reddi gerekir.

Mahkemece teslim ve ibra tutanakları dikkate alınmaksızın yazılı şekilde karar oluşturulması doğru olmamıştır. Yapılacak iş, gerekirse yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda bilirkişilerden ek rapor alınmak suretiyle gerekli değerlendirmenin yapılmasından ve sonucuna göre karar oluşturulmasından ibarettir.

3- Kabule göre de, ıslah ile artırılan alacak kısmına, ıslah tarihi itibarıyla faize hükmedilmesi gerekirken, tüm alacak miktarları yönünden esas dava tarihinin faize başlangıç alınması doğru olmamıştır." gerekçesiyle "(1.) bent uyarınca tarafların sair temyiz itirazlarının reddine, kararın (2.) bentte açıklanan nedenlerle taraflar, (3.) bentte açıklanan nedenlerle davalı yüklenici yararına" bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Asıl ve birleşen davalar, Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacılar Mirza ve Cevat yönünden davanın kısmen kabulüne, davacı Nurettin yönünden ise fazlaya ilişkin hakları saklı bırakılarak davanın kabulüne karar verilmiş; bu davacıların ve davalı vekillerinin temyizi üzerine karar, başlık bölümüne aynen alınan bozma ilamının ikinci bendinde açıklanan nedenlerle taraflar yararına, üçüncü bendinde belirtilen kabul biçimine göre bozma nedeniyle de davalı yararına, bozulmuştur.

Bozma üzerine yeniden yapılan yargılama sırasında davacılar vekili önceki kararda direnilmesini; davalı vekili ise bozmaya uyulmasını istemişlerdir.

Yargılamanın 26.06.2007 tarihli oturumunda mahkemece bozma ilamına uyulup uyulmaması yönünden verilen ara kararında aynen ;

“1-Davacı Nurettin Doğan vekilinin açtığı davada ıslah da nazara alınarak mahkememizin 24.05.2005 günlü hükmünde faiz başlangıç tarihi haricinde direnilmesine, faiz başlangıcı ile ilgili olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 13.11.2006 günlü bozmasına uyulmasına,

2-Ankara 12. Asliye hukuk Mahkemesi'nin 2004/60 Esas sayılı dosyası ile açılan davacı Mirza Doğan'la ilgili davanın Mirza Doğan yönünden dava konusu yapılan 9. ve 15. bağımsız bölümlerdeki geç teslimden istenen kira alacağına dair toplam 765 YTL talebin reddine ve bağımsız bölümlerdeki gizli ayıba karşı verilen 1.500 YTL'lik tazminat ile ilgili ve ıslah olmadığından faiz başlangıcına ilişkin bozmaya karşı direnilmesine, hükmedilen 2.673.03 YTL'lik alacaktan 1.500 YTL ile ayıplı noksan işlerinde 2.707.95 YTL tuttuğu anlaşılma, noksan ve ayıplı işler yönünden Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2006 günlü bozmasına uyulmasına, Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/60 Esas sayılı dosyasındaki davacı Cevat Çelik'le ilgili olarak açılan davada Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2006 günlü bozmasına, kira tazminatı talebinin reddine ve bağımsız bölümlerdeki gizli ayıpla ilgili tazminat hükmedilmesine dair kısmına karşı direnilmesine, gizli ayıplı bağımsız bölümlerdeki 3.000 YTL lik alacakla birlikte toplam alacağın 5.531.96 YTL olması nedeniyle bu yönden bozmaya uyulmasına” karar verilmiş;

11.10.2007 tarihli son celsede verilen kısa kararda ise aynen;

“1-Davacı vekilinin davacı Nurettin Doğan ile ilgili açtığı davanın ıslah da nazara alınarak Mahkememizin 24.5.2005 günlü hükmünde faiz başlangıcı haricinde kalan Yargıtay 15 HD.sinin 13.11.2006 bozmasına karşı 24.5.2005 günlü kararında direnilerek ıslah edilen miktarda nazara alınarak davanın kabulü ile ortak yerlerdeki noksan işlerden dolayı 2.187.21 YTL ile açık ayıplı işlerden dolayı 356.20 YTL gizli ayıplı işlerden dolayı 670.36 YTL bağımsız bölümlerdeki gizli ayıplardan dolayı 3.300 YTL ve kira mahrumiyetinden dolayı 1.125 YTL ki 7.638,77 YTL mn 6.000 YTL lik kısmına 28.7.2003 dava tarihinden 1.638.77 YTL lik kısmına ıslah tarihi olan 23.3.2005 tarihinden itibaren % 70 oranın aşılacak kaydı ile değişken avans faizi ile davalı Erdal Menekşe'den alınıp Davacı Nurettin Doğan'a verilmesine,

2-Davacıların Ankara 12 Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004/60 esasta açıp ta dava dosyası ile birleştirilen dosyasına ilişkin olarak;

a- Davacı Mirza Doğanın açtığı davaya ilişkin olarak noksan ve gizli ayıplı iş bedeli olarak Mahkememizin 24.5.2005 günlü kararının bozulmasına ilişkin Yargıtay 15 HD nin 13.11.2006 günlü bozmasına ilişkin olarak da 24.5.2005 günlü Mahkememiz kararında dava konusu olan 9 ve 15 bağımsız bölümlerdeki geç teslim de istenen kira alacağına dair toplam 765.00 YTL talebin reddine ve bağımsız bölümlerdeki gizli ayıba karşı verilen 1500 YTL lik tazminatla ilgili islah olmadığından faiz başlangıcından ilişkin bozmaya karşı direnilmesi ile 2.707,95 YTL nin birleştirilen dosyanın dava tarihi 28.1.2004 den itibaren değişken oranlardaki ve % 48 oranı aşılacak kaydı ile avans faizi ile davalıdan alınıp davacıya verilmesine, fazla talebin reddine,

b- Davacı Cevat Çelik'in açtığı davaya ilişkin noksan ayıplı iş bedeli olarak mahkememizin 24.5.2005 günlü kararının bozulmasına dair Yargıtay 15 HD nin 13.11.2006 günlü bozmasına ilişkin olarak da dava konusu olan 4-5-16 bağımsız bölümlerin geç tesliminden kira tazminatı reddine ve bağımsız bölümdeki gizli ayıpla ilgili tazminat hükmedilmesine dair kısmına karşı direnilmesi ile noksan ve ayıplı iş bedellerinden 5.551, 96 YTL mn birleştirilen dosyanın dava tarihi 28.1,2004 tarihinden itibaren değişken oranlardaki ve % 48 oram aşıl-mamak koşulu ile avans faizi ile davalıdan alınıp bu davacıya verilme-sine, Fazla talebin reddine," hükmedilmiştir.

Böylece, mahkemenin kararın gerekçesinde de açıkladığı üzere Nurettin Doğan yönünden sadece bozma ilamında kabul biçimine göre faiz başlangıcı yönünden yapılan eleştiri mahiyetindeki açıklamalar da bozma kabul edilerek uyulmuş; diğer yönlerden direnilmiştir. Yine davacı Mirza yönünden geç teslimden kaynaklanan kira talebinin reddine, gizli ayıptan kaynaklanan 1.500 YTL tazminat ve ayrıca yine kabul biçimine göre faiz başlangıcı yönünden yapılan eleştiri mahiyetindeki açıklamalar da bozma kabul edilerek direnilmiş, ayıplı ve noksan işler yönünden ise kısmi olarak bozmaya uyulmuştur. Davacı Cevat yönünden ise kira tazminatının reddine ve bağımsız bölümlerden dolayı gizli ayıpla ilgili tazminata hükmedilmesine ilişkin kısım yönünden direnme kararı verilmiş; gizli ayıpların bağımsız bölümlerle ilgili kısmına ilişkin alacak yönünden bozmaya uyulmuştur.

Mahkemenin yukarıda açıklanan bozmaya kısmen uyma kısmen direnmeye ilişkin ara kararı ile kısa kararı birbiriyle çelişkili olduğu gibi, gerekçeli kararda ortaya konulan "...bozmaya karşı direnilerek ortak yerlerden dolayı noksan ve ayıplı işler bedeli olarak 5.541 ,96 YTL'ye dava tarihinden itibaren faiz uygulanarak hükmedilmesi gerektiği sonucuna varıldığından bozma ilamına karşı hüküm kurulduğu sırada Cevat ÇELİK'le ilgili alacağın 5.531,96 YTL şeklinde hataen tutanağa geçtiği de anlaşılmalı, bozmaya uyulmasına ilişkin 26.06.2007 tarihli celsedeki 5.531,96 YTL'lik rakamdaki daktilo hatası ve son kısa karardaki daktilo hatası düzeltilerek 5.541,96 YTL'ye faiz uygulanarak hüküm kurulması yönünde karar verilmesinin doğru olacağı sonuç ve kanısına varılarak aşağıda gösterildiği şekilde her üç davacı ile ilgili kısmi direnme ile hüküm kurulması cihetine gidilmiştir." şeklindeki gerekçeyle de çelişkinin varlığı açıkça vurgulanmış; gerekçeli direnme kararının hüküm fıkrasında ise aynen;

"1-Davacı vekilinin davacı Nurettin DOĞAN ile ilgili açtığı davanın ıslah ta nazara alınarak Mahkememizin 24.05.2005 günlü hükmünde faiz başlangıcı haricinde kalan Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 13.11.2006 tarihli bozmasına karşı 24.05.2005 günlü kararında DİRENİLEREK ıslah edilen miktar da nazara alınarak DAVANIN KABULÜ ile ortak yerlerdeki noksan işlerden dolayı 2.187,21 YTL ile açık ayıplı işlerden dolayı 356,20 YTL, gizli ayıplı işlerden dolayı 670,36 YTL, bağımsız bölümlerdeki gizli ayıplardan dolayı 3.300 YTL ve kira mahrumiyetinden dolayı 1.125 YTL ki 7.638,77 YTL nin 6.000 YTL lik kısmına 28.07.2003 dava tarihinden, 1.638,77 YTL lik kısmına ıslah tarihi olan 23.03.2005 tarihinden itibaren % 70 oranı aşılmamak kaydı ile değişken avans faizi ile davalı Erdal Menekşe'den alınıp davacı Nurettin Doğan'a verilmesine,

2-Davacıların Ankara 12 Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/60 Esas sayılı dosya ile açtıkları ve birleştirilen dava dosyasına ilişkin olarak;

a) Davacı Mirza Doğan'ın açtığı davaya ilişkin olarak noksan ve gizli ayıplı iş bedeli olarak mahkememizin 24.05.2005 günlü kararının bozulmasına ilişkin Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 13.11.2006 günlü bozmasına ilişkin olarak da 24.05.2005 günlü mahkememiz kararında dava konusu olan 9 ve 15. bağımsız bölümlerdeki geç teslim de istenen

kira alacağına dair toplam 765 YTL talebin reddine ve bağımsız bölümlerdeki gizli ayıba karşı verilen 1,500 YTL lik tazminatla ilgili islah olmadığından faiz başlangıcına ilişkin bozmaya karşı DİRENİLMESİ ile 2.707,95 YTLnin birleştirilen dosyanın dava tarihi 28.01.2004 tarihinden itibaren değişken oranlardaki ve % 48 oranı aşılmamak kaydı ile avans faiziyle davalıdan alınıp davacıya verilmesine, fazla talebin reddine,

b) Davacı Cevat ÇELİK'in açtığı davaya ilişkin noksan ayıplı iş bedeli olarak mahkememizin 24.05.2005 günlü kararının bozulmasına dair Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2006 günlü bozmasına ilişkin olarak da dava konusu olan 4-5-16 bağımsız bölümlerin geç tesliminden kira tazminatı talebinin reddine ve bağımsız bölümlerdeki gizli ayıpla ilgili tazminat hükmedilmesine dair kısmına karşı DİRENİLMESİ ile noksan ve ayıplı iş bedellerinden 5.541,96 YTL nin birleştirilen dosyanın dava tarihi 28.01.2004 tarihinden itibaren değişken oranlardaki ve % 48 oranı aşılmamak koşulu ile avans faizi ile davalıdan alınıp bu davacıya verilmesine, fazla talebin reddine şeklinde hüküm oluşturulmuş; dolayısıyla, bu hüküm ve ara kararı ile kısa karar arasında çelişki yaratılmıştır.

Öte yandan, mahkemece bozma ilamının kabule göre açıklamasıyla başlayan ve tavsiye niteliğinde bulunan faiz başlangıcına ilişkin bozma nedenine karşı uyma ve direnme kararları tesis ettiği de belirgindir.

Hukuk Genel Kurulu'nda işin esasının incelenmesine geçilmeden önce, yukarıda aynen içeriklerine yer verilen kısmen önceki kararda direnilmesine, kısmen de uyulmasına ilişkin mahkemece oluşturulan ara kararı ile kısa ve gerekçeli kararların usulüne uygun olup olmadığı; gerek kendi aralarında gerekse kararın gerekçesi ile çelişki içerip içermedikleri; diğer yandan da kabule biçimine göre eleştiri mahiyetinde ortaya konulan bozma nedenine karşı uyma veya direnme kararı verilmesinin de olanaklı olup olmadığı da usuli sorunlar olarak öncelikle incelenip değerlendirilmiştir.

Durum bu olunca konuya ilişkin şu genel açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür:

Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı 1086 sayılı Hukuk

Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388.maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

Aynı kural HUMK.nun 389.maddesinde tekrarlanmış; keza yine aynı Kanunun 381.maddesinde "kararın tefhimi en az 388.maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur" hükmüne yer verilmiştir.

Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar. Hükümün hedefine ulaşmasını engeller, Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitirdiğinden ona atıf suretiyle hüküm tesisi yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceği gibi bozma kararı karşısında uyulup uyulmama yönünden varılacak sonucun ortaya konulması dolayısıyla direnme ve uymaya yönelik hüküm fıkralarının da aynı unsurları taşıması gerektiği aşikardır.

Diğer taraftan, yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kısa ve gerekçeli kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükümün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir.

Zira, tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükümün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması, zorunludur.

Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiği öngören Anayasa'nın 141/3. maddesi ve ona koşut

bir düzenleme içeren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesi, işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.

Öte yandan, mahkeme kararlarının taraflar, bazen de ilgili olabilecekleri başka hukuki ihtilaflar yönünden etkili ve bağlayıcı kabul edilebilmeleri, bu kararların yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle ve kısa karar ile gerekçeli karar arasında tereddüte yol açacak çelişkiler taşımaması ile mümkündür.

Önemle vurgulanmalıdır ki, direnme kararlarının hukuksal niteliklerinin doğal sonucu ve gereği olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yapacağı inceleme ve değerlendirme sırasında gözetileceği temel unsurlardan birini, bozmaya karşı tarafların beyanlarının tespiti ile uyulup uyulmama konusunda verilen ara kararları ile sonuçta hüküm fıkrasını içeren kısa ve gerekçeli kararların birbiriyle tam uyumu ve buna bağlı olarak ta kararın ortaya konulan sonucuna uygun gerekçesi oluşturmaktadır. Bunlardan birisinde ortaya çıkacak farklılık ya da aksama çelişki doğuracaktır ki bunun açıkça usul ve yasaya aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur.

Başka bir ifadeyle, mahkemece düzenlenecek kısa ve gerekçeli kararlara ilişkin hüküm fıkralarında, Özel Daire bozma ilamına hangi açılardan uyulup hangi açılardan uyulmadığının hüküm fıkrasını oluşturacak kelimeler yönünden tek tek ve anlaşılır biçimde kaleme alınması, varsa hükmedilen miktarların doğru ve çelişki oluşturmayacak biçimde ortaya konulması; kararın gerekçe bölümünde de bunların nedenlerinin ne olduğu ve bozmanın niçin yerinde bulunmadığı ve dolayısıyla mahkemenin bozulan önceki kararının hangi yönleriyle hukuka uygun olduğunun açıklanması, kararın yargısal denetimi açısından aranan ön koşullardır. Nihayet, direnme kararları, yapıları gereği, Yasa'nın hukuka uygunluk denetimi yapmakla görevli kıldığı bir Yargıtay dairesinin bu denetimi sonucunda hukuka aykırı bularak, gerekçesini açıklamak suretiyle bozduğu bir yerel mahkeme kararının aslında hukuka uygun bulunduğu, dolayısıyla bozmanın yerinde olmadığına ilişkin iddiaları içerdiklerinden, o iddiayı yasal ve mantıksal gerekçeleriyle birlikte ortaya koymak zorunda olduğu gibi, direnilen ve uyulan kısımları da kalem kalem net ve birbirine uygun bir biçimde içermelidir. Ayrıca, bozma ilamlarında "kabule göre de" veya "kaldı ki" gibi söz dizinleriyle başla-

yan, bozma sebebine göre inceleme sırası gelmemekle birlikte sadece mahkemenin hükmündeki hatanın varlığına işaret eden, hükmü o yönden eleştiren, mahkemenin aynı hataya düşmemesi için ona bir tavsiye ve yol gösterme amacına yönelik bulunan ifade ve açıklamalar; usul hukuku anlamında "bozma" niteliği taşımamaktadır. Dolayısıyla, yerel mahkemelerin, bozma ilamında yer alan bu tür ifade ve açıklamalara ilişkin direnme ya da uyma kararı veremeyecekleri belirgindir. Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulaması da bu yöndedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6.3.1996 gün ve 1995/14-966 E.,1996/124 K. sayılı ; 28.02.2007 gün ve 2007/2-91 E., 2007/85 K. sayılı kararları).

Bu genel açıklamaların ışığında somut olaya bakıldığında:

Mahkemece yukarıya aynen alınan ara kararı, kısa karar ve gerekçeli kararda uyulan ve direnilen kalemler gösterilirken birbiriyle çelişen ifadelere yer verildiği gibi, hükmedilen rakamlar da her üç kararda birbirinden farklı gösterilmiştir. Kararın gerekçesinde bu farklılık maddi hataya dayandırılmışsa da aslolan kısa karar ve burada ortaya konulan hüküm fıkrası olduğu gibi, direnme ve uyma kararlarının kapsamını belirleyen ara kararının da ortaya çıkaracağı usuli kazanılmış haklar çerçevesinde kısa karara dolayısıyla da gerekçeli karara etkisi göz ardı edilmemeli; bu kararlar birbiriyle çelişik olmamalıdır. **Mahkemenin, çelişki ve ifade bozuklukları ile rakam farklılıkları içeren ara kararı ve bununla olduğu kadar birbiriyle de uyum içinde olmayan kısa ve gerekçeli hüküm fıkraları; bunlarla uyum içinde olmayan gerekçesi, usul ve yasaya uygun bulunmamıştır.** Öte yandan, bozma ilamında "Kabule göre de" ibaresi ile başlayan açıklama usuli anlamda bozma niteliği taşımadığı halde, bozma nedeniymiş gibi kabul edilerek faiz başlangıcı yönünden yapılan bu eleştiri mahiyetindeki açıklamalara karşı da uyma ve direnme kararları oluşturulması da usul ve yasaya aykırıdır.

Yerel mahkeme kararının işin esasına yönelik temyiz itirazları incelenmeksizin salt bu usuli eksiklere dayalı olarak bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle H.U.M.K.nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, bozma nedeğine göre davalının işin esasına yönelik temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harem gerisi verilmesine, 19.3.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

- T. 27.2.2008** ★ **İmar planında oyun alanı olarak ayırma fiilen el koyma sayılmaz.**(Karar muhalefet serhleri açısından önem taşımaktadır.)
E. 2008/5-170
K. 2008/201 (ANY. m.35; TMK 638/2, 3194 sayılı İmar Kanunu m. 10, AİHS Ek Protokol 1 ve AİHM Sporrong ve Lönnroth/İsveç kararı).

Taraflar arasındaki davadan dolayı, bozma üzerine direnme yoluyla; Ankara Asliye 19. Hukuk Mahkemesinden verilen 25.5.2007 gün ve 2007/137 E. 2007/179 K. sayılı kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan çıkan 31.10.2007 gün, 2007/5-718 Esas, 2007/805 Karar sayılı ilamın, karar düzeltilmesi yoluyla incelenmesi davacı vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla; Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Düzeltilmesi istenen Hukuk Genel Kurul ilamında gösterilen gerektirici nedenlere göre, HUMK.nun 440.maddesinde yazılı sebeplerden hiç birisine dayanmayan ve yerinde olmayan karar düzeltme isteğinin REDDİNE, aynı kanunun değişik 442.maddesinin 3.fıkrası hükmüne göre takdiren (160) YTL para cezasının ve (28.90) YTL harem düzeltme isteyen den alınmasına, peşin harem mahsubuna 27.2.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacı Fadime Çetinkaya'nın 504/76733 nispetinde malik olduğu 4962 parsel sayılı taşınmazın imar uygulaması sonucu 2/5 m2.1ik kısmının 15886 ada 1 nolu parselde oyun alanı olarak ayrıldığını mülkiyetten kaynaklanan tasarruf hakkının kısıtlandığını, kamulaştırmasız elatma sebebiyle payına düşen taşınmazın değerinin ödenmesini talep etmiştir.

Davalı Belediye davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkeme, taşınmazın imar uygulaması ile oyun alanı ilan edilerek davacının mülkiyet ve tasarrufundan çıktığını açıklayarak davanın kabulüne karar vermiştir.

Yüksek Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, taşınmaza oyun alanı olarak fiilen el atılmadığını, imar planında oyun alanı olarak ayırmanın fiili el atma sayılamayacağını açıklayarak hükmü bozmuştur, Yerel mahkeme, Anayasal mülkiyet hakkının ancak kamu yararı ile kısıtlanabileceğini, bu durumda idarenin davacı gibi zarar gören mülkiyet hakkı sahiplerinin zararını taşınmazın bedelini ödeyerek ya da takas suretiyle başka bir taşınmaz vererek gidermesi gerektiğini açıklayarak hükmünde direnmiştir.

Yüce Genel Kurul direnme kararını 31.10.2007 Tarih, 2007/5718 E.,2007/805 K. sayılı ilamıyla oybirliğiyle bozmuştur. Bozma kararına karşı davacı vekili tarafından karar düzeltme talebinde bulunulmuştur. Bu defa Genel Kurul karar düzeltme talebini oyçokluğuyla reddetmiştir. Bahsi geçen karara katılmadığımdan aşağıdaki karşı oy düşüncesindeyim.

Dava konusu taşınmaz üzerinde davacının mülkiyet hakkı vardır. TMK.nun 683. (MK.618) maddesi mülkiyet hakkının unsurlarını ve kapsamını göstermektedir. Buna göre “...Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin şuuruları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir... Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir...”

Davalı Belediye, 3194 sayılı Kanunun boşluklarından ve Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 T., 1999/33 E., 1999/51 sayılı kararı ile iptal ettiği aynı kanunun 13/1-3. maddesi yerine yasa koyucunun yeni kural koymamasından istifade ederek, imar planı gereği yapması gerekli oyun alanını dava konusu taşınmaz üzerinde gerçekleştirilmekte ve taşınmazı bu amaçla kamulaştırmamaktadır. Pasif ve suskun kalarak, işlem tesis etmeyerek taşınmaza müdahale etmektedir. Hareketsiz kalarak mülkiyet hakkını süresi belli olmayan bir sınırlamaya tabi tutmaktadır. Bu haksız bir el atmadır. TMK.nun 683/2. maddesine göre malik haksız el atmaya karşı dava açabilir. Bu dava el atmanın önlenmesi davası olabileceği gibi 1/1000 ölçekli revizyon imar planında rekreasyon alanı olarak gösterilen taşınmazın bedelini isteme şeklinde bir dava da olabilir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 35. maddesine göre, “...Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu ya-

rarı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz...". Dava konusu taşınmaz üzerinde, kamu yararına uygun olarak, imar planında gösterilen "oyun alanının" yapılmaması ve uzun süre hareketsiz kalınması kamu yararının bulunmadığını göstermektedir. Taşınmazı kamulaştırmayarak veya takas yoluyla davacıya başka bir yerden taşınmaz vermeyerek pasif kalan davalı idare, kamu yararı savında bulunamaz. Davacıya zarar verilmektedir. Davacının zararının karşılığı olarak taşınmazın bedeli kendisine ödenmelidir.

Mülkiyet hakkına kamusal yarar sebep gösterilerek getirilen sınırlama, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirerek bir hukuk devletinde kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açarak hukuk güvenliğini yok etmektedir.

Anayasa Mahkemesi 3194 sayılı Kanununun 13/1-3. maddesini iptal ederken meseleyi Anayasanın 13 ve 35. maddeleri yönünden incelemiş ve aşağıdaki gerekçeyle kanunun ilgili maddelerini iptal etmiştir. İptal gerekçeleri, yapılan idari tasarrufların ne derece hukuka aykırı olduğunu göstermesi bakımından ve ayrıca yasa koyucunun iptal edilen kanun maddelerinin yerine yenilerini koymayarak idarenin zararlandırıcı hukuka aykırı fiillerinin devamına imkan sağlaması bakımından önemlidir. Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 T., 1999/33 E., 1999/51 sayılı kararının iptal gerekçesini önemi nedeniyle aynen aktarıyorum.

"...Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Kişinin bir şey üzerindeki hakimiyetini ifade eden mülkiyet hakkı, malike dilediği gibi tasarruf olanağı verdiği ve ona özgü olduğundan mutlak haklar arasındadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz", kuralına yer verilmiş, temel hak ve özgürlüklerini sınırını gösteren 13. maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genele sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve

ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngöröldükleri amaç dışında kullanılmayacağı, bu maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğu belirtilmiştir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir.

Özgürlükler, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir.

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez.

Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

3194 sayılı Yasanın 13. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında imar planlarında, resmi yapı, okul, cami, yol, meydan gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlerin, imar programına alınuncaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceği öngörölmüştür. Yasa'nın 10. maddesinde de belediyelerin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde bu planı uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları belirtilmiş, ancak Yasa'da bu planların tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer veril-

memiştir. 13. maddenin birinci fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki bu belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu açıktır.

İmar planlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlanmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü bulunmamakta ise de, itiraz konusu kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan biri nitelik taşımaktadır.:

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de 23.9.1981 günlü Sporrong ve Lonroth kararında, kamulaştırma izni ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının, toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varmıştır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..."

İdarenin ve Belediyelerin keyfi tutumları, yasa koyucunun kanuni boşlukları doldurmaması nedeniyle hukuka aykırılık devam etmektedir. Bu durumda mülkiyet hakkı sahibinin hakları, TMK.nun 1. maddesinin başlığında ifade edildiği gibi "Hukukun uygulanması ve kaynakları"nın bulunması yoluyla çözümlenmelidir. Haksız fiil sonucu oluşan zararın tazmini gerekir. Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne muhalifim.

KARŞI OY YAZISI

1- Somut Olay:

Dava; kamulaştırmatsız elatmadan doğan tazminat isteğine ilişkindir.

Davanın kısmen kabulüne ilişkin "direnme" hükmünün Yüksek Hukuk Genel Kurulunca, Özel Daire bozma ilamında belirtilen gerekçeler doğrultusunda bozulmasına karar verilmesi üzerine davacı vekili karar düzeltme isteğinde bulunarak bozma ilamının kaldırılmasıyla Genel Kurulca yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesini istemiştir. Yüksek Hukuk Genel Kurulu oyçokluğuyla karar düzeltme isteğinin reddine karar vermiştir.

Davacı, 4962 sayılı kadastro parselinde 504/76.733 pay malikidir. Taşınmazın bulunduğu bölgede Yenimahalle Belediye Encümeni tarafından 13.11.1981 tarihinde imar planı hazırlanmış ve bu imar planı İmar İskan Bakanlığınca 1982 tarihinde onaylanmıştır.

Yenimahalle Belediye Başkanlığınca aynı bölgede 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesi gereğince 1989 yılında şuyulandırma yapılmış ve yapılan bu işlem sonucu davacının payından 126 m² düzenleme ortaklık payı kesilmiş, 165 m² yer imarın 15885/4 sayılı parselinde, 215 m² ise 15886/1 sayılı parselde davacı tarafa verilmiştir. Davacı 15886/1 parsel içerisinde kendisine verilen 215 m² için tazminat isteğinde bulunmuştur. Bu yer imar parselinde "oyun alanı" olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü gibi taşınmaz 1982 yılında onaylanan imar planı kapsamına alındığı ve 1989 yılında yapılan şuyulandırma ile ufak parçalara bölündüğü ve bu tarihlerden dava tarihine kadar davacının taşınmaz üzerindeki kullanım hakkının hukuken sınırlandırıldığı ve bu hususun uyumsuzluk konusu olmadığı bir gerçektir.

2- Uyuşmazlık Noktası:

Yerel mahkeme ile Hukuk Genel Kurulu ve Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, davalı idarece taşınmazlara fiilen el konulmadığının saptanmış olması ve idare tarafından yapılan hukuki olgular (işlemler) karşısında, davacının taşınmazlardaki payı yönünden hukuken kullanma hakkının engellenip engellenmediği veya kısıtlanıp kısıtlanmadığı ve buna bağlı olarak somut olayda kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığının kabul edilip edilemeyeceği yani idarenin bu davranışının fiili (eylemler) bir kamulaştırma anlamına gelip gelmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

3- Mülkiyet Hakkının Ulusal ve Uluslararası Yasal Dayanakları ve Somut Olaya Etkileri:

A) Mülkiyet Hakkının Ulusal Yasalardaki Dayanakları ve İrdenmesi:

-1982 Anayasasının 35. maddesinde; "Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yaran amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması, toplum yararına aykırı olamaz."

Görüldüğü gibi, Anayasa mülkiyet ve miras hakkını kutsal ve mutlak bir hak olarak kabul etmektedir. Bu nedenlerle Anayasa'da, temel hak ve ödevler kısmında yer verilmiştir. Şu halde, 35. maddenin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması başlığını taşıyan 13. maddeyle birlikte yorumlamakta yarar vardır. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen olayda mülkiyetin kullanılması hakkına getirilen kısıtlama, Anayasa'nın 13. maddesinde açıklanan ilkeleri aşan bir sınırlama olup, önemli ölçüde zorlaştırmacı ve dahası ortadan kaldırmacı nitelikte bulunmaktadır. 43 yılı aşan bir süreç gözetildiğinde sosyal ve hukuk devleti ilkeleriyle örtüştüğü de söylenemez.

-4721 sayılı TMK. nun 683. maddesine göre; "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. İdarenin 1982-1989 yılından beri başlayan 14 yılı aşkın bir süre içinde taşınmazlarla ilgili olarak aldığı kısıtlayıcı işlemler ile davacının serbest (dilediği gibi) kullanma hakkının elinden aldığı somut bir olgudur.

-3194 sayılı İmar Kanununun 13/1. madde ve fıkrasıyla, "imar planlarında, resmi yapı, okul,cami,yol ve meydan gibi genel hizmetlere ayrılan yerlerin, imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceği öngörülmüştür, aynı kanunun 10. maddesiyle de belediyelerin imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç üç ay içinde bu planı uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları" belirtilmiştir.

Madde metninden de anlaşıldığı gibi üç ay içinde imar planlarının uygulanması için 5 yıllık imar programlarının hazırlanması öngörülmüş ise de, planların programa alınarak uygulanmasına ilişkin düzenleyici bir kurala (süreye ve benzeri kısıtlamaya) yer verilmemiştir. İdare, işte bu açık kapıdan yararlanarak kişilerin mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamaları uzun süre (olayda 43 yıldan beri) askıda tutabilmektedir. Örneğin batı Avrupa ülkelerinde planların ne kadar süre içerisinde kullanılacağı konusunda açık ve kesin kurallar konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı İmar Kanununun 13/1-3. fıkralarının iptali ile ilgili 29,12,1999 gün ve 1999/3 esas, 1999/51 sayılı kararında; Anayasanın 13 ve 35. maddelerini birlikte yorumlayarak, "... çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olduğunu, özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılmaz hale getiren sınır-

lamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez...” ilkesine vurgu yapılmıştır. B-Mülkiyet Hakkının Uluslararası Sözleşmelerden Doğan Yasal Dayanağı ve İrdelenmesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Nolu Protokol’ün 1. maddesinde; “... Her gerçek ve tüzel kişi, maliki olduğu şeyleri barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve Uluslararası Hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça, bir kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz...” denilmektedir. Ek Protokol’ün mülkiyet hakkı ile ilgili 1. maddesi, Türkiye Büyük Millet Meclisince onanmış ve onaylayan yasada; “...Her hakiki veya hükmü şahıs malların masuniyetine (dokunulmazlığına) riayet edilmesine hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak amme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dahilinde mülkiyetinden mahrum edilebilir...” ilkelerine yer verilmiştir. Ek Protokolün 1. maddesi ile, mülkiyet hakkına getirilen koruma, diğer haklar konusunda olduğu gibi önce ilkeyi ya da genel kuralı koymakta, böylece güvence altına alınan hakkı tanımakta, daha sonra genel kurala getirilmesi olası sınırlama ve kısıtlamalar ile bunların meşru koşulları birlikte belirlenmektedir. Örneğin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında “...sonuçları inşaat yasakları ile ağırlaştırılmış olan ve verilen uzun süreli kamulaştırma izinleri ile kamusal yarar ve bireysel yarar arasındaki dengenin kişi aleyhine bozulduğuna ve mal varlığına saygı ilkesinin, geçerli bir nedene dayanmaksızın çiğnemiş olduğuna” işaret edilmiştir. (1-Güney Dinç, Türkiye Barolar Birliği, AİHS ve Mal Varlığı Hakları, Ankara 2007, Sh:5, 37-43, 2- Osman Doğru, AİHM İçtihatları, 1, Adalet Bakanlığı, sh:481-500, Ankara 2003, -Sporrong ve Lönnroth/İsveç, 0055.23.9.1982 T. 7151/75 E., davası, sözü edilen davanın olayı şöyledir; Stockolm kent merkezindeki 1960 yıllardan kalma binalarının imar planında yapılması tasarlanan bir viyadük ayağına rastlaması nedeniyle Hükümet, 1956 yılında 5 yıl içinde uygulanmak koşulu ile Belediyeye kamulaştırma izni vermiştir. Aynı gerekçe ile taşınmaza 1954 yılında yapılaşma yasağı da konulmuştur. Sözü edilen 5 yıllık sürenin dolmasından önce Belediyenin, mal sahiplerine ödenecek tazminatı belirleyecek olan mahkemeye dava açması gerekmektedir. Aksi halde, kamulaştırma izni ortadan kalkacaktır. Belirli aralıklarla sözü edilen süre kamulaştırma izni için üç kez uzatılmış ve en son 3.5.1979 yılında Hükümet, Belediyenin kamulaştırma izin isteğini iptal etmiştir...)

4- Somut Olayın Değerlendirilmesi;

Yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde, davacının taşınmazları ile ilgili olarak idarenin 1982-1989 tarihlerinden beri mülkiyet hakkını sınırlayacak ve kullanım hakkını kısıtlayacak bir takım işlemler yaptığı gerçek bir olgudur. Bu hali ile davacıya inşaat izni verilmesi olanaklı olmadığı gibi, taşınmazlarını gerçek (sürüm) değeri üzerinden satması da olanaklı değildir. Bu husus Özel Dairenin de kabulündedir.

Dayanak gösterilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının (1982) 13,35 TMK.nun 683 ve İmar Kanununun 10. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol'ün 1. maddesi uyarınca, davacının mülkiyet hakkından hukuken ve serbestçe yararlanma olanağının oldukça zorlaştırıldığı, taşınmazlarının (mülklerinin) geleceği konusunda da tamamen belirsiz bir durum söz konusu olduğu görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mülkiyetle ilgili tüm kararlarında; "mülkiyet hakkının korunması, mülkiyet (mal varlığı) hakkına saygı, toplumun genel yararlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir dengenin sağlanması, mülkiyet hakkına el atılan kişinin (olağan dışı ve aşırı) yükümlülük altına sokulmaması, aksi halde, adil dengenin bozulacağı ilkelerine özen gösterilmesine vurgu yapılmıştır" Şu halde AİHM Sporrong ve Lönnroth, İsveç, 1982 davasında olduğu gibi, somut olayda da, aradan geçen uzun süreç gözönünde tutulduğunda mal varlığına saygı ilkesi ile az yukarıda açıklanan diğer ilkeler çok haklı bir nedene dayanılmaksızın çiğnendiğinin ve hukuken kullanma hakkının ağır bir şekilde kısıtlandığının, kamu yararı ile kişi yararı arasındaki adil dengenin kişi aleyhine bozulduğunun kabulü gerekmektedir.

Tüm bu somut ve hukuki olgular karşısında idarenin davranışının fiili (eylemler) ve hukuki bir kamulaştırma (el koyma) niteliğinde bulunduğu görüşünde olduğumdan, karar düzeltme isteğinin kabulü ile istenen tazminat (bedel) miktarının Dairesince, esastan değerlendirilmesi için dosyanın dairesine gönderilmesi gerekirken, bu isteğin reddine karar verilmesi biçiminde gerçekleşen sayın çoğunluğun görüşlerine açıklanan nedenlerle katılmıyorum.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T.16.7.2008 ★ **Askeri okullardan başarısızlık nedeniyle ilişiği kesilen öğrenci ve yasal temsilcisi ile kefil yüklenme senedinde harcama kalemleri arasında açıkça yer verilmeyen giderlerden sorumlu değildir.**

E: 2008/18-490

K: 2008/496

(5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Göstermeyenler Hakkındaki Yasa m.3; Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler için Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebepelerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelik-13.2.1992 tarih ve 21141 sayılı R.G.)

Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 4.Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 21.3.2006 gün ve 2005/299-2006/78 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 14.11.2006 gün ve 2006/7031-9163 sayılı ilamı ile, ("..."Davacı vekili dava dilekçesinde, Silahlı Kuvvetler adına öğrenci olarak kayıt edilen davalı İzzet Koksal Demirci'nin öğrenimini tamamlamadan okuldan kendi isteği ile ayrıldığını bu suretle yüklenme senedi hükümlerini ihlal ettiğini, davalı öğrenciye 17.397.400.000 TL. masraf yapıldığım, öğrencinin velisi olan Yüksel Demirci'nin vermiş olduğu 4.9.2003 tarihli dilekçe ile tahakkuk eden borcu faizi ile birlikte ödemeyi taahhüt ettiğini, borca mahsuben de 12.233.090.000 TL ödediğini, geriye asıl alacak ve faizi olarak 14.841.210.000 TL. borç kaldığım ancak bunu ödemediğini; bakiye kalan 5.164.310.000 TL asıl alacağın sarf tarihinden itibaren işleyecek faizinin ve davalılar tarafından ödenen 12.233.090.000 TL'nin ise sarf tarihinden ödeme tarihine kadar işlemiş faizinin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili istenilmiştir. Yargılama aşamasında davalının sorumlu olduğu miktarın belirlenmesi için mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, yüklenme senedinde gösterilmeyen

atış, personel ve amortisman giderlerinden davalının sorumlu olmayacağı, bu kaleme ait masrafların belirlenen harcamalardan düşülmesi ve buna göre değerlendirmenin yapılması gerektiği ileri sürülerek bu kalemlere ait masraflar düşüldükten sonra hesaplama yapılmış, davalıların 7.676.715.930 TL asıl 4.491.162.266 TL faiz olmak üzere toplam 12.167.878.196 TL borçları olduğu, buna karşılık 12.233.090.000 TL ödeme yapıldığı, davalıların borcu olmadığı, aksine 65.211.804 TL. alacaklarının bulunduğu belirtilmiş, mahkemece de bu rapor esas alınarak davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosya içerisinde bulunan ve İzmir 16. Noterliğince düzenlenen, davalı öğrencinin velisi tarafından da imzalanan yüklenme senedinde "Silahlı Kuvvetler adına öğrenci olarak okulun giriş şartlarına uygun şekilde kayıt ve kabulüm yapıldığı takdirde Subay çıkıncaya kadar, yürürlükte bulunan veya öğrenim süresi içerisinde çıkacak kanun, tüzük, yönetmelik, yönerge ve sair mevzuat hükümlerini kabul ettiğimi, bunlara aynen uyacağım..." şeklinde taahhüt verilmiştir.

5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Göstermeyenler Hakkındaki Yasanın 3. maddesine göre; «sağlık sebepleri dışında okullarla yüksek öğrenim kurumlarından çıkarılan öğrencilere Devlet tarafından yapılan bilûmum masraflar faizi ile birlikte mukavelesi gereğince ödettirilir." Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler için Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelik'e 13.02.1992 tarih 21141,sayıli Resmi Gazetede yayınlanarak eklenen değişiklik gereğince askeri okullardan başarısızlık nedeniyle ilişkisi kesilen öğrencilerin sorumlu oldukları masraflar, belirtilmiş, bu durumdaki öğrencilerin sorumlu olduğu masraf kalemleri arasında atış, personel ve amortisman giderleri de sayılmıştır. Somut olayda; davalı adına velisi tarafından askeri okula giriş esnasında verilen yüklenme senedinin düzenlendiği tarihte yukarıda sözü edilen yasa ve yönetmelik hükümleri yürürlükte ve bunlar bilinerek yüklenme senedi düzenlenip imzalanmıştır. Yüklenme senedi içeriğinde ise yasa ve yönetmelik hükümlerine uyulacağı taahhüt edildiğine göre, davalının sorumlu olacağı masraflar arasına atış, personel ve amortisman giderlerinin de dahil edilmesi gerekirken, yerinde olmayan bilirkişi raporları doğrultusunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Mahkemece, yukarıda belirtilen husus doğrultusunda davalının atış personel ve amortisman giderleri ile bunların sarf tarihinden itibaren işlemiş faizinden de sorumlu olacağı dikkate alınarak yeniden birlikişiden ek rapor alınmalı ve bu rapor doğrultusunda karar verilmelidir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, 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, eğitim ve öğretim gideri alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı Milli Savunma Bakanlığı vekili, Silahlı Kuvvetler adına kayıt ve kabul edilen davalı İzzet Koksal Demirci'nin öğrenimini tamamlamadan okuldan ayrılmak suretiyle yüklenme senedi hükümlerini ihlal ettiğini, İzmir 16. Noterliğince düzenlenen 25 Ağustos 2000 gün ve 30155 sayılı yüklenme senedi, hükümlerine göre, davalı öğrenci adına velisi Yüksel Demirci'nin, iş bu taahhüt senedi hükümlerine aykırılık halinde Devletçe yapılan masrafları ve ayrıca Yatı masrafı karşılığı 4 yıllık 12.009.375.000.-TL'yi sarf tarihinden itibaren kanuni faizi ile birlikte ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğini, aynı Noterlikçe düzenlenen kefalet senedi hükümlerine göre de, diğer davalı Ayşe Bölükbaş'ın, yüklenme senedi hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde yapılan masrafları 12.009.375.000.-TL'yi geçmemek üzere müteselsil kefil ve müşterek borçlu sıfatıyla ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğini, davalı öğrenciye öğrenimi süresince toplam 17.397.400.000.-TL masraf yapıldığını, öğrencinin babası olan davalı Yüksel Demirci'nin Ege Ordu Defterdarlığına verdiği 04.09.2003 tarihli dilekçe ile tahakkuk eden borcu faizi ile birlikte ödemeyi taahhüt edip, borca mahsuben 04.09.2003 tarihinde 20.000.000.-TL, 07.10.2003 tarihinde 12.213.090.000.- TL olmak üzere toplam 12.233.090.000.TL ödeme yaptığını, ilgili saymanlıkça davalı Yüksel Demirci tarafından yapılan ödemenin tarihine kadar işlemiş faiz tutarının 9.676.900.000.TL olarak hesaplandığını, ödenen

meblağlar düşüldükten sonra geriye kısmi ödeme tarihine kadar işlemiş faiz dahil 14.841.210.000.- TL borç kaldığını ileri sürerek, fazlaya dair haklar saklı kalmak üzere; 5.164.310.000.- TL'nin sarf tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, ödenen 12.233.090.000.-TL'nin sarf tarihinden ödeme tarihine kadar işlemiş olan 9.676.900.000.-TL faizinin de davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini istemiştir. Davalılar davanın reddi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Yerel Mahkeme, Yüklenme senedinde artış, personel gideri ve amortisman ile ilgili bir taahhüdün bulunmadığı, diğer giderlerin ise davalılarca fazlasıyla ödenmiş olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; davacı vekilince temyiz edilen karar Özel Dairece metni yukarıda bulunan ilamla bozulmuş; Yerel Mahkeme gerekçesini tekrar ederek ve genişleterek önceki kararında direnmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerekçeleri nedenlere, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle, Hukuk Genel Kurulu'nun 22.11.2006 gün ve E:2006/15-743, K:740 sayılı; 29.12.2006 gün ve E:2006/1 8-757, K:763 sayılı; 02.05.2007 gün ve E:2007/18-229, K:238 sayılı; 03.10.2007gün ve E:2007/18-643, K:714 sayılı; 03.10.2007 gün ve E:2007/18-644, K:715 sayılı; 31.10.2007 gün ve E:2007/18-785, K:806 sayılı; 31.10.2007 gün ve E:2007/18-796, K:800 sayılı; 14.11.2007 gün ve E:2007/18-863, K:836 sayılı; 05.12.2007 gün ve E:2007/18-913, K:948 sayılı; 20.02.2008 gün ve E:2008/18-137, K: 153 sayılı; 27.02.2008 gün ve E:2007/1 8-209, K: 203 sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenerek, öğrenci ve yasal temsilcisi ile kefilin yüklenme senedinde harcama kalemleri arasında açıkça yer verilmeyen giderlerden sorumlu tutulmalarına olanak bulunmadığı sonucuna varılmış olmasına, bu itibarla yüklenme senedinde gösterilmeyen artış, personel ve amortisman giderlerinin hesaplamaya dahil edilmemesi gerektiği yönündeki Yerel Mahkeme kararında bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

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, 16.7.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

- T. 18.02.2011
E. 2010/608
K. 2011/107
- ★ 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
 - ★ Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır
 - ★ Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir.

(Avukatlık Yasası m. 34, 134, 158; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 43)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçinin ilama dayalı alacağı için başlattığı icra takibi sürecinde tahsil ettiği 40.026,97.-TL. sının 10.000,00.-TL. sını şikâyetçinin kızına teslim ettikten sonra bakiye kalan tutarın henüz tahsil edilmediğini söyleyip uhdesinde tuttuğu, başka bir mahkeme ilamını da icraya koyarak tahsil ettiği 915,49.-TL. sını da şikâyetçiye ödemediği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, tahsil ettiği meblağdan şikâyetçiye 10.000,00.-TL. sını ödediği, 30.000,00.-TL sını uhdesinde tuttuğunun doğru olduğunu, şikâyetçinin paranın tamamını istediği için şikâyetçi adına takip edip sonuçlandırdığı maddi ve manevi tazminat davalarına ait avukatlık ücretini öncelik hakkını kullanarak kestiğini, şikâyetçi adına altı adet dava, üç adet icra dosyası takip edip bir adet karar düzeltme

istemini Yargıtay'a gönderdiğini, bu işler için 2.000,00.-TL. sından fazla tutan yol giderleri ile harçların ve bilirkişi ücretlerinin bir kısmını kendisinin karşıladığını, yapılan anlaşma gereği % 15 avukatlık ücreti ile mahkeme vekâlet ücretlerini ve mahkeme masraflarını peşin olarak kestiğini, yasa gereği avukatın ücretini peşin kesme hakkına sahip olduğunu, şikâyetçiye haber verilmeden kesinti yapmasının sebebi olarak da müvekkilinin durumu kabullenmemesinden kaynaklandığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasının 34 ve 134. maddelerine aykırı bularak şikâyetli avukatın "214,00.-TL.sı para cezası ile cezalandırılmasına" karar vermiş, karara İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından; şikâyetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasasının 5/a maddesinde sayılan suçlardan "Hizmet nedeniyle inancı kötüye kullanmak" suçunu oluşturduğu göz önüne alınarak disiplin cezasının buna göre oluşturulması gerekirken para cezası ile cezalandırılmasının usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın kaldırılması gerektiği kanaati ile itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetin 26.08.2009 tarihinde yapıldığı, şikâyetli avukatın 07.10.2008 tarihli reddiyat makbuzu ile icra dosyasından 40.026,97.-TL. sını tahsil edip, bunun 10.000,00.-TL. sını şikâyetçiye verdiği, bakiye meblağı uhdesinde tuttuğu, başka bir icra dosyasından 20.02.2009 tarihli reddiyat makbuzu ile tahsil ettiği 915,49.-TL. sını da müvekkiline vermeyip bu miktarı da uhdesinde tuttuğu, şikâyetçi tarafından fotokopisi sunulan ve tanzim tarihi 16.03.2010, ödeme günü 20.04.2010 ve meblağı 18.000,00.-TL. sı tutarlı, alacaklısı D.A., borçlusu Av. M.Ç. olan bononun düzenlenip şikâyetli avukat/borçlu tarafından imzalanmış olduğu, anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukatın icra dosyasından tahsil ettiği meblağlardan müvekkiline yaptığı ödemelerden geriye kalan kısımdan alacağını aşan miktar için dosyada fotokopisi olan 18.000,00.-TL. lık bonoyu imzaladığı halde, hala ödemiş olduğu, hapis hakkını hangi işler için ve ne miktar kullandığına dair şikâyetçi müvekkiline bildirimde de bulunmadığı anlaşıldığından, şikâyetli avukatın savunmalarına itibar edilmemiştir.

Müvekkile ait alacağın tahsil edilmesinden sonra en kısa zamanda müvekkile bilgi verilerek hesap görülmesi ve gerekli miktarın geciktirmeden teslim edilmesi gereklidir. Şikâyetli avukat, müvekkili adına icradan paralar tahsil etmiş, şikâyetli müvekkiline ödemeyi yapmamış

veya onun adına tevdi mahalli tayini ile belirlenen hesaba da ödemede bulunmamıştır.

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 Kurallarının 3. maddesine göre “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam sadakatle yürütür.” 4. maddeye göre de “Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 43. maddesi de avukatın müvekkili adına para tahsil ettiğinde “geciktirmeksizin” müvekkiline bilgi vermesini ve ödemesinin gerektiğini belirtmiştir.

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34 ve 134.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4. ve 43.maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı her ne kadar şikâyetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasasının 5/a maddesinde sayılan “Hizmet nedeniyle inancı kötüye kullanma” suçunu oluşturduğunu bu sebeple şikâyetli avukat hakkında buna göre ceza oluşturulması gerektiği konusunda itirazda bulunmuş ise de, dosya kapsamına göre şikâyetli avukat hakkında kamu hukukunca savcılık soruşturması veya açılmış bir kamu davası olmadığından, eylemin “Hizmet nedeniyle inancı kötüye kullanma” suçunu oluşturduğu ancak Yargı kararı ile mümkün olup, disiplin incelemesi yapan Kurulumuz bu hususta bir karar vermeye yetkili değildir. Bu nedenle, “Hizmet sebebiyle inancı kötüye kullanma” suçunun olduğu ve buna göre karar verilmesi gerektiğine ilişkin Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı yerinde görülmemiştir.

Dosya içinde şikâyetli avukatın disiplin sicil özeti incelendiğinde daha önce bir disiplin cezası almamış olduğu, kovuşturma konusu olayın ilk eylemi olduğu anlaşılmaktadır.

Şikâyetli avukatın eylemin niteliği, birden fazla oluşu ve Avukatlık Yasasının 158. maddesindeki ilkeler da nazara alındığında, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin

değerlendirmesi ve tayin ettiği disiplin cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “214,00.-TL. sı Para Cezası Verilmesine” ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

* * *

- T. 18.02.2011** ★ **Avukat, iddia ve savunmanın hukuki yönü ile**
E. 2010/611 ★ **ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın do-**
K. 2011/109 ★ **ğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır.**
- ★ **Avukat, yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat, hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır.**
- ★ **Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşını özellikle hasım vekili meslektaşını hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini açıkça belirtemez.**

(TBB Meslek Kuralları m. 5, 6, 27/1)

Şikâyetli avukatın, Alanya 2.Sulh Ceza Mahkemesinin 2008/768 D.İ sayılı ve Manavgat Ağır Ceza Mahkemesinin soruşturmanın genişletilmesi ile ilgili kararı üzerine görülmekte olan davasında, şikâyetçi avukatın mahkemeye sunduğu 06.10.2008 havale tarihli dilekçesine karşılık olarak sunduğu 20.01.2009 havale tarihli dilekçesindeki beyanlarının Avukatlık Yasasının 34.maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 5 ve 27/1. maddelerine aykırılık oluşturduğu iddiası ile yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturmasında, şikâyet konusu dilekçede yer alan ibarelerin davanın esası ile ilgili olduğu ve şikâyetçiye yönelik olmadığı Baro Disiplin Kurulunca kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, dilekçesinin şikâyetçinin 06.10.2008 havale tarihli dilekçesinde ileri sürüdüğü hususlar ve sunduğu eklerine cevap niteliğinde olduğunu, 15 sayfadan oluşan dilekçesinin tamamının yargılama kapsamında kaldığını ve savunma ilkelere uygun bulunduğunu, iddia edildiğinin aksine hakaret unsuru içermediği gibi şikâyetçi avukata yönelik bir ibare de içermediğini, ceza yargılamasına karşı kapsamlı savunma ve iddialarını içerdiğini,

şikayet konusu olarak ileri sürülen ibarelerin şikayetçi avukata yönelik olmayıp, şikayetçinin dilekçesinde ileri sürdüğü hususların doğru olmadığı ve mahkemenin dikkatinin asıl inceleme konularına çekilmesini sağlamak amacı ile yazıldığını bildirmiştir.

Şikayetli avukatın, Alanya Sulh Ceza Mahkemesinin 2008/47 D.İş sayılı dosyasına sunulan 29.01.2009 havale tarihli dilekçenin incelenmesinde, dilekçenin 15 sayfadan ibaret olduğu, soruşturma konusu ile ilgili olarak beyan ve açıklamaların yer aldığı, şikâyetçinin aynı dosyaya sunduğu 06.10.2008 tarihli dilekçede ileri sürülen hususlara cevap ve itirazlarla ilgili olduğu, ancak, 4. sayfasında büyük harflerle “*şüpheliler vekili olduğunu beyan eden H.T. tarafından sunulan 06 Ekim 2008 havale tarihli dilekçe, gerçekler ile herhangi bir alakası olmayan, tamamen mahkemenizin soruşturma konusu esas konular üzerinde durmasını engellemeye ve mahkemenizi yanlış yönlendirmeye yönelik olarak hazırlanmış 8 sayfadan ibaret bir kâğıt parçasından ibarettir. Sözde savunma dilekçesi, şüphelilerce önceden planlanarak kasıtlı şekilde gerçekleştirilen dolandırıcılık eylemlerinin nasıl usulüne uygun, normal eylemler gibi gösterilmeye çalışıldığının bir örneğidir.*” ibaresi yer almaktadır.

Kurulumuzun önceki kararlarında da yer alan Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 1974/1160 Esas, 1975/5782 Karar sayılı kararında “Avukatın temsil ettiği tarafın çıkarlarının korunmasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz, icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef alan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeğe yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Davanın amacı haklı gösterdiği savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilemez” denilmektedir.

Şikayet konusu beyanların, dilekçenin bütünlüğü içerisinde genel anlatımdan ayrılarak, şikâyetçi avukatın adını da belirtmek suretiyle, aynı dosyaya verdiği 06.10.2008 tarihli dilekçesini “sekiz sayfadan ibaret bir kâğıt parçası” olarak nitelemesi, aynı dilekçenin “sözde savunma dilekçesi” olduğunun ileri sürülmesi, şikâyetli avukatın doğrudan meslektaşına yönelik, onun mesleki kariyerini küçülten ve davanın esası için zaruri, esasa etkili ve hatta yararlı olmadığı açıktır. Bu sözler şikâyetli avukatın diğer açıklamalarına katkısı olmayacak, yersiz, icapsız ve karşı taraf vekili olan şikâyetçi meslektaşını küçük düşüren gereksiz sözlerdir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 5, 6 ve 27/1.maddeleri,

avukatın yazarken de görüşlerini olgun ve objektif bir biçimde açıklaması gerektiğini, davanın ancak hukuki yönü ile ilgili kalmak zorunda bulunduğunu, meslektaş ile ilgili küçük düşürücü kişisel görüşler belirtmeyeceğini düzenlemektedir. Avukatlık Yasasının 34. maddesi ise genel olarak avukatların yükümlülüklerini düzenlemekte olup, soruşturma konusu olayda Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının tam olarak olaya uyan 5, 6 ve 27/1. maddelerinin uygulanması söz konusudur.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin değerlendirmesine hukuki isabet bulunmamış, yeniden incelemeyi gerektirir bir husus da bulunmadığından "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararının kaldırılarak şikâyetli avukatın "Uyarma" cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararın KALDIRILMASINA yeniden incelemeyi gerektiren bir halin bulunmaması sebebiyle Şikâyetli Avukat M.C.'nin UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 18.02.2011 ★ **Baro Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuştur-**
E. 2010/611 **ması açılmasına ilişkin kararında belirtilen id-**
K. 2011/109 **dialardan biri hakkında araştırma yapılmamış**
olması.

Şikâyetli avukat hakkında, CMK Servisi tarafından görevlendirilmiş olduğu dosyada hukuki yardımda bulunduğu şikâyetçiden sonraki aşamalarda vekâletname aldığı, ücret ve masraf adı altında 1.400,00.-TL.sı para aldığı, şikâyetçinin ağabeyi ile ücret sözleşmesi yaptığı ve bu sözleşmeye dayanarak 7.000,00.-TL. sı üzerinden icra takibi başlattığı, iddiaları ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucu Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, Baro tarafından sadece Karakol sorgusu için görevlendirildiğini, sonraki aşamalar için başka bir meslektaşının görevlendirilmiş olması nedeniyle kovuşturma aşama-

sında vekâletname almakta ve ücret sözleşmesi yapmakta bir sakınca görmediğini, talep ettiği ücretin olaya uygun olduğunu, yargılama devam ederken kendisine bilgi verilmeden ikinci bir avukata daha vekâletname verilmesi nedeniyle ücretin tamamının ödenmesini istemesi nedeniyle şikâyet edildiğini belirterek ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesini talep etmiştir.

Baro Yönetim Kurulu, kovuşturma açılmasına ilişkin kararında iki ayrı eylem belirtmiştir. Birincisi şikâyetli avukatın şikâyetçi ile aynı suçlamadan gözaltına alınan A.Y.'nin sorgusunda da şikâyetçi ile menfaat çatışması olmasına rağmen hazır bulunması, yani aynı olayda menfaati çatışan iki ayrı kişiye hukuki yardımda bulunması, ikincisi de sonraki aşamada şikâyetçiden vekâletname almasına karşılık ağabeyi ile ücret sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeye dayanarak icra takibi başlatmak eylemleridir.

Baro Disiplin Kurulu, bu eylemlerden sadece ikinci eylem ile ilgili değerlendirme yapmış ancak birinci eylem, yani menfaati çatışan kişilere hukuki yardımda bulunma suçlaması ile ilgili hiçbir araştırma ve değerlendirme yapmamıştır. Dosya içerisinde A.Y.'nin ifade tutanağı ya da birlikte yargılandıkları ceza dava dosyası ile ilgili hiçbir bilgi ve belge de bulunmamaktadır.

Baro Yönetim Kurullarının disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin kararları ceza yargılamasındaki iddianame niteliğinde olup bu kararda yer alan iddialardan birinin araştırılmaması, iddia hakkında olumlu, olumsuz bir karar verilmemesi bozma sebebidir.

Baro Disiplin Kurulu tarafından iddiaya konu ifade örneklerinin dosya içine alınması, ceza dava dosyasının incelenmesi ve bu dosya ile ilgili kısımlarının örneklerinin dosya içine alınması verilen kararın değerlendirilebilmesi için zorunludur. Bu nedenle Baro Disiplin Kurulunun "Uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikâyetli avukatın itirazlarının kabulü ile Baro Disiplin Kurulu'nun "Uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin kararının BOZULMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 18.02.2011 ★ **Mesleki çalışmada avukatlar arasında usule ilişkin işlemlerde ve dosya incelemelerinde dayanışma gereği sayılabilecek yardımlar ve kolaylıklar esirgenmez.**
E. 2010/618
K. 2011/114

(TBB Meslek Kuralları m. 30)

Şikayetçi avukat, Aksaray 1. Aile Mahkemesinde davalı vekili olarak görev üstlendiğini, 26.12.2006 tarihli duruşmaya gittiğinde davacı vekili olan şikâyetli avukatın duruşma salonunda olmaması sebebiyle bir süre duruşma salonunda, daha sonra da baro odasında beklediğini, şikâyetli avukatın bürosunu arayarak beklediğini söylediğini, ancak öğleden sonra duruşmaya gittiğinde duruşmanın şikâyetli avukat tarafından aldırılarak dosyanın karara çıktığını öğrendiğini, bu davranışın Meslek Kurallarına aykırı olduğunu iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylemin disiplin suçu oluşturduğu kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, davanın daha önceki duruşmalarında davalı vekili olmadan davalının yokluğunda devam ettiğini, son celsede de mazeret verdiğini, dosyayı incelemeyen 26.12.2006 tarihli duruşmaya girdiğini, dosyada davalı vekili olarak bir meslektaşının olduğunu bilmediğini, bilmesi halinde bekleyeceğini, bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyete konu Aksaray 1. Aile Mahkemesinin 2006/324 Esas sayılı davasının 12.10.2006 tarihli duruşmasına, şikayetçi avukatın davalı vekili olarak vekaletname sunarak duruşmaya katıldığı, davacı vekili olan şikayetli avukatın mesleki mazeret bildirmesi sebebiyle duruşmaya katılmamış olduğu, 30.11.2006 tarihli duruşmasına davacı vekilinin mazeret bildirerek katılmadığı, davalı vekili olan şikayetçi avukatın katılmış olduğu, duruşmanın 26.12.2006 saat 10.40 a ertelendiği, davanın karara çıktığı 26.12.2006 tarihinde duruşmanın saat 10.40'dan çok sonraki bir saatte alındığı, şikayetçi avukatın davanın duruşma saatinden itibaren şikayetli avukatı beklediği, duruşmanın ancak öğlen saatlerinde alınabildiği ve şikayetli avukatın dosyada davalı vekili olan şikayetçi avukatın vekaletnamesi olmasına rağmen duruşmayı aldırıldığı ve Mahkemece davanın şikayetli avukatın lehine karar tesis edildiği anlaşılmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 30.maddesine göre "Mesleki çalışmada avukatlar arasında usule ilişkin işlemlerde ve dos-

ya incelemelerinde dayanışma gereği sayılabilecek yardımlar ve kolaylıklar esirgenmez.”

Şikayetli avukatın davacı vekili olarak takip ettiği davada, davalı vekili olan meslektaşı şikayetçi avukatı beklemeksizin davanın yargılamasının yapılmasını Mahkemeden isteyerek davanın karara çıkarılmış olduğu sabittir.

Şikayetli avukat, davalı vekili olarak şikayetçi avukatın dosyaya vekaletname sunduğunu bilmediğini savunmuştur. Ancak dosyanın birkaç celse yargılamasının yapılması, karar aşamasına gelmiş bir davanın davacısı olan şikayetli avukatın dosyayı incelemeyen duruşmaya çıktığının kabulünü gerçeğe uygun olmadığı nazara alındığında, şikayetli avukatın bu yöne ilişkin savunması yerinde bulunmamıştır. Kaldı ki, mahkemelerdeki uygulamada, tarafların ve vekillerinin yargılamayı yapan hâkim tarafından mübaşire bildirilerek çağrılmaları, taraflardan biri gelmediği takdirde hâkim tarafından yargılamanın yapılıp yapılmayacağı hazır olan taraf vekiline sorulması usul yönünden de zorunlu olmakla, şikâyetli avukatın savunmasına itibar edilmemiştir.

Tüm avukatların uymak zorunda olduğu Meslek Kurallarından mesleki dayanışma gereğine aykırı davranan, şikayetçi meslektaşını dosyanın karar safhasındaki duruşmasında beklemeyerek onun mesleki açıdan güç durumda kalmasında bir sakınca görmeyen şikayetli avukatın bu eylemi Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 30. maddesine açıkça aykırı olduğundan disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve takdir ettiği disiplin cezasında hukuki isabetsizlik bulunmadığından kararın onanması gerekmiştir

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazlarının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “Uyarma Cezası Verilmesine” ilişkin 01.09.2010 tarih 2007/6 Esas, 2010/13 Karar sayılı kararının ONANMASINA oybirliği ile karar verildi.

T. 18.02.2011 ★ **Avukata karşı takip edilen davayı baroya**
E. 2010/620 **bildirme yükümlülüğü**
K. 2011/115 (TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukatlar hakkında, şikâyetçi avukat aleyhine Ankara 9.Sulh Ceza Mahkemesinde açılan kamu davasında katılan vekili olarak görev aldıkları, kamu davasının sanığı olan şikâyetçinin avukat olduğunu bildikleri halde Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2. maddesi gereğince baroya bilgi vermedikleri, iddiası ile yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylemde disiplin suçu bulunmayarak disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında, şikâyetçi avukatın müvekkillelerine gıyabında hakareti sebebiyle kamu davası açıldığını, açılan davada "ihtilat" unsurunun bulunmaması sebebiyle şikâyetçinin beraat ettiğini, ancak bu sebeple cezalandırılmasa dahi eyleminin sabit olduğunu, aynı eylem sebebiyle açılan manevi tazminat davasında şikâyetçinin mahkûm olduğunu ve Yargıtay'dan manevi tazminat miktarının düzeltilerek onandığını, kamu davasında sanık olan şikâyetçinin eyleminin avukatlık görevinden doğmadığı hususunun hem Adalet Bakanlığının soruşturma izini verilmemesi yönündeki yazısı ile hem de şikâyetçinin bağlı olduğu Baro kararı ile tespit edildiğini, davada sanığın durumunun avukatlık mesleği ile bağlantısının bulunmaması sebebiyle baroya bildirimde bulunmadıklarını, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesinde "Başka bir avukata karşı" ibaresinden de aldıkları davanın karşı tarafın avukat olması ve davanın konusunun da avukatlık mesleğinin icrası ve mesleki faaliyetle ilgili olması gerektiğinin anlaşıldığını, zira bu durumda baronun "babalık" görevi ve arabuluculuk işlevinin mümkün olabileceğini, şikâyet konusu davada böyle bir durumun bulunmadığı için bilgi verme yükümlülüğünün de olmadığını bildirmişlerdir.

Baro Disiplin Kurulu, Avukatlık Yasasının 158. maddesine göre "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ve Baro Disiplin Kurulları gösterilen delilleri, soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kanıya göre serbestçe takdir ederler" hükmüne dayanarak ve şikâyetçi avukat hakkında açılan kamu davasının takibinin şikâyete bağlı olmadığını ve uzlaşma yoluyla sulhen çözülebilecek nitelikte olmadığını, baro tarafından çözümlenebilmesine olanak bulunmadığını, eylemin avukatlık görevinin ifası sırasında gerçekleşmediğini, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.maddesinin bir amacının da sanık avukatın eyleminin baroca değerlendirilip

gerekirse re'sen disiplin soruşturması açılmak olduğunu, iddia olunan şikâyetçinin eyleminden Ankara Barosunun da, Aksaray Barosunun da, şikâyetli avukatların görev kabul etmelerinden önce haberdar olduklarını gerekçe göstererek, şikâyetli avukatların bildirimde bulunmamaları eylemlerinin disiplin suçu oluşturmadığını kabul etmiş, karara şikâyetçi avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Kurulumuzun uzun süredir yerleşmiş kararları ile bildirim Türkiye Barolar Birliği Meslek kurallarının 27/2. maddesinde düzenlendiği gibi "takip edeceği" ibaresinden de anlaşıldığı üzere göreve başlamadan yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Taraflar arasında ihtilafın niteliği ne olursa olsun bütün davalarda ayrı ayrı bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerektiği de açıktır. Baronun, şikâyetli avukatların görev almalarından önce de ihtilaftan haberdar olmaları, ya da mesleğin saygınlığını ve itibarını da etkilemesi tabii olan bir ihtilaf ile ilgili olarak, belirtilen "mesleki dayanışmaya zarar verecek ihtilafları sulhen çözümlenmek", "babalık rolünü üstlenmek" hususunda girişimlerinin olup olmadığı, ilgili maddenin uygulanmasının kalkması anlamına gelecek yorumlara imkân veremez. Avukatlık Yasasının 158.maddesi de, yasa ve yönetmelik kurallarını yürürlükte buldukları sürece uygulama yükümlülüğü altında olan disiplin kurullarına, maddenin amacının yerine gelmediği, ya da başkaca yetkililerin, maddenin amacına uygun gereklilikleri yerine getirmediikleri, getirsel de sonuç alınamayacağı gibi mütalaalarla, geçerli hükümleri uygulamaktan kaçınmak mümkün değildir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2. maddesinin, Baro Disiplin Kurulunun gerekçesine aldığı benzer iddiaları da kapsayan iddialar ile iptali istemi ile açılan dava Danıştay 8.Dairesinin 20.10.2006 gün ve 2004/2557 Esas, 2006/319 Karar sayılı kararı ile reddedilmiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde hukuksal isabet bulunmamış, "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak, başkaca incelemeyi gerektirir bir husus da bulunmadığından şikâyetli avukatların ayrı ayrı "Uyarma" cezası ile cezalandırılmalarına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi avukatın itirazının kabulü ile Ankara Barosu Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararının KALDIRILMASINA Şikâyetli Avukat A.A., Avukat P.A. ve Avukat C.D.'nin AYRI AYRI UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMALARINA, oybirliği ile karar verildi.