

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.barobirlik.org.tr



UBAP ile

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

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

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

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

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 Dağıtımı Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

9 Güney DİNÇ

Güle Güle Cengiz İlhan

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

17 Şafak PARLAK / Levent BÖRÜ

Alt Vekâlet / Sub-Authorization

49 Sançar Sefer SÜER

"Catch-All" Siyasi Partiler / Catch All Political Parties

91 Mustafa ÇAĞATAY

Geçmişten Günümüze Azınlık Vakıflarının Mal Edinmeleri Sorunu / The Problem of Property Acquisition by Minority Foundations From Past to Present

149 Selda ÇAĞLAR

Engelli Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu / Discrimination Ban in Convention on the Rights of Persons With Disabilities and Adaptation Problem of Turkey

179 Mustafa AVCI

İdari Yargıda İstinaf / Appeal in Administrative Procedure

205 Ali YEŞİLİRMAK

Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi? / Could an Ordinary Execution Proceedings With Attachment Be Taken Despite the Existence of a Valid Arbitration Agreement?

229 Halide Gökçe TÜRKÖĞLU

Roma Hukukunda Humanitas İle Maiestas Populi Romani Arasındaki Bağlantı / The Connection Between Humanitas and Maiestas Populi Romani in Roman Law

269 Bilgehan SAVAŞCI

Haberleşme Özgürlüğünün Kovuşturma Evresinde Sınırlandırılması / Limiting Freedom of Communication in Serve Proceedings Stage

293 Yeliz ŞANLI ATAY

İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü / Obligation of Indication of the Remedies for Administrative Act

MAKALELER / ARTICLES

319 Pınar GÜZEL

Avrupa Birliği Mevzuatı Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşlemlerde Geç Ödeme ve KOBİ'lerin Korunması / Late Payment and Protection of Sme's in Commercial Transactions Under the New Turkish Commercial Code in Light of the European Union Legislation

331 M. Serhat SARISÖZEN

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler / New Rules in Codes of Civil Procedure

383 Ömer AYKUL

648 Sayılı KHK ve Dayanağı 6223 Sayılı Yetki Kanununun Ekolojik Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

403 İlker Hasan DUMAN

Hukuk Muhakemeleri Yasası'nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu / Liability To Damage Of The Judge In Civil Procedures Law

413 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

449 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

461 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION

513 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

başkan'dan

Sevgili Meslektaşlarım,

Yaşamımız, nasıl yaşayacağımızı kendi seşmemiz ve yine bu seşimlerimizin mevcut verilerin değerlendirilmesine dayalı, rasyonel seşimler olması durumunda özerktir. Eğer ve gerçekten kendi hayatımızı kendimiz yönetiyorsak, o zaman, kötü talih hariç, yaşamımız daha keyifli, verimli, üretken ve başarılı olacaktır. Yapmak istediğimiz şeyi bilmiyorsak eğer, yapmak istediğimiz hiçbir şeyi yapamayız. Arzularımızı, tutum, davranış, eylem, inanç, düşünce, yetenek ve eğilimlerimizi bilmiyorsak eğer, yaşama dair rasyonel hiçbir plan yapamayız. İnsanın özerk olması, diğer bir deyişle kendi kendini yönetmesi ise, ancak kendisini tanınması ile mümkündür. Kendimizi tanımadan, mesleğimiz, dostlarımız, arkadaşlarımız, siyasi tercihlerimiz, evliliğimiz, çocuklarımız konusunda sağlıklı ve bilgilendirilmiş kararlar veremeyiz.

Aklımız, algılayabildiğimiz verilerin kavramlar halinde bütünleştirilmesi yoluyla çalışır. Bu işleyiş, giderek daha büyük bütünleşmeleri gerektirir. Böylece, kendine özgü yasaları, işleyişi, aşamaları ve süreçleri bulunan evren hakkında, üzerinde yaşadığımız, çalıştığımız, yaşamımızın resmini yaptığımız bir atölye olan tarihsel dünya hakkında, yaşam ve yaşamın sayısız olgu ve olayları hakkında, yaradılış hakkında, varlığın anlamı, hikmeti, yapısı ve karakteri hakkında, kendimiz ve başkaları hakkında, bilginin kendisi ve araçları hakkında, bize bilgi verecek ve yol gösterecek bütünleşmeleri elde ederiz.

Bütün bunlar için, *Ayn Rand'*ın özlü açıklamasıyla; varoluğu inceleyen bilim olan ve *Aristoteles'*in '*kendiliğinden oluş'* olarak ifade ettiği *metafizik'e*; insanın kavrama yollarını inceleyen *epistemolojiye*; felsefenin

teknolojisi olan, sadece insan için anlam ifade eden, varoluşun bütünü ile ilgilenen, insanın tercihlerine ve davranışlarına yön veren bir değerler sistemi olan *ahlaka*; insanın diğer insanlara, yönetenlerin yönetilenlere nasıl davranmaları gerektiğini belirleyen ve gerçek bir sosyal sistemin ilkelerini tanımlayan *siyasete*; insan olarak bilincimizi ve duygularımızı besleyen, bizi yumuşatan, incelten, metafiziğe, epistemolojiye ve ahlaka dayalı olarak sanatı inceleyen *estetikçe*, yani bunların toplamını ifade eden *felsefeye* gereksinim duyarız.

Bütün bunlara gereksinim duymuyor, kendimizi ve hayatımızı bu yönlerden sorgulamıyorsak eğer, o zaman hiç yaşamıyoruz demektir. Zira ve bilge *Sokrates*'in söylediği gibi: '*Sorgulanmamış bir hayat, hiç yaşanmamıştır.*'

Saygılarımla.

Av.V.Ahsen Coşar

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

GÜLE GÜLE CENGİZ İLHAN

Güney DİNÇ

Menemen Kaymakamı Bedri İlhan Bey'in üç çocuğu ile, değişik zamanlarda tanışma olanağını buldum. Kardeşlerin en küçüğü olan Çolpan İlhan'la Karşıyaka Lisesi'nde aynı yıllarda öğrenci olduk. Kardeşlerin en büyüğü Attila İlhan'ı bir ozan olarak tanıdım. Öğrencilik yıllarında şiiri severdim, çok şiir okurdum. O dönemde Nazım Hikmet yasaklı idi. Ben de bir şeyler karalamaya çalışırdım. Günün birinde Nazım Hikmet'i okuduğum zaman, çarpıldım kaldım. "Şiir yazacaksan eğer böyle yazmalısın," dedim kendi kendime ve bu alandan çekilmem gerektiğini düşündüm. Attila İlhan şiirleriyle beni ikinci kez sarsan ozan oldu. Arayış, coşku ve hüznün. Bunları Attila İlhan'ın inişli çıkışlı dizelerinde, kendi duyuramadığım sesimi dinler gibi önemsedim. Beyazıt, Aksaray, Unkapanı üçgeninde geçen öğrencilik yıllarımda, Haliç'in ağır kokusunu, yağmurunu, çamurunu ve umudunu "Sisler Bulvarı" nda buldum.



Hemşehrilik, bir çokları için modası geçmiş bir kavram da olsa, en azından aynı kentlerde yaşayan insanların yakınlaşmalarına neden olabiliyor. Doğma büyüme Karşıyakalı'yım. Münir Birsel üstadımızın bürosunda, sevgili öğretmenim diyeceğim Riyaz Kayıhan'ın

stajyeri iken, sabah saat 8.30'da Karşıyaka'dan kalkan vapurla Pasaport iskelesine giderdim. Attila İlhan da o sırada "Demokrat İzmir Gazetesi" nde çalışıyordu. Önce vapurda daha sonra yolda onunla söyleşmek, dostluğunu kazanmak benim için doyulmaz bir onurdu. Sonraki yıllarda Türkiye İşçi Partisi'nin İzmir'deki yöneticileri arasında bulundum. Bu defa Attila İlhan'ın Türkiye soluna dönük eleştirilerini ve Paris anılarını dinliyordum. Zaman zaman bazı düşünsel farklılıklar içinde olsak da, Attila İlhan'ı hep ödünsüz ve kararlı bir öncü olarak belledim.

Stajımı bitirdiğim 1961 yılında avukatlığa başladım ve Cengiz İlhan'ı tanıdım. Cengiz İlhan, 1969- 1972 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği'nin Kurucu Yönetim Kurulu üyesi ve Başkan Yardımcısı görevlerinde bulunmuştu. 1974-1978 yıllarında da İzmir Barosu Başkanı idi. O yıllarda benim Avukatlıktan daha başka uğraşlarım vardı. Baro ile pek ilgilenmezdim. Genel Kurul günü gider, oymu verir, dönerdim. Aslında herkes böyle yapıyordu. "Barocular" denilen bir avuç avukat arasında yürütülüyordu bu işler. Sonradan anladım ki, bu arkadaşlar gerçekten başkalarının ilgilenmedikleri bir alanda özveriyle çalışıyorlarmış. Özellikle avukatların SSK'na bağlanmaları, Sosyal güvenlik kapsamına alınması için çaba veriliyordu. Cengiz İlhan bu çalışmaların içinde etkili bir konumdaydı. Sonunda Cengiz İlhan'ın TBB yönetiminde bulunduğu yıllarda çıkarılan Avukatlık Yasası ile avukatların çok önemli olan bu eksiği giderildi, SSK kapsamında emekli olabilmeleri sağlandı. Aynı yıllarda ben de Türkiye İşçi Partisi'nin Genel Yönetim Kurulu üyesiydim. TİP'i temsil eden karar organı, tüzüğüne göre, Genel Yönetim Kurulu'dur. Yeni Avukatlık Yasası, eski avukatlara ayrıcalıklı emeklilik olanağı getirince, TİP bu yasaya karşı Anayasa Mahkemesi'nde dava açtı ve anılan maddeler iptal edildi. Ben de davanın açılması kararını verenler arasındaydım. Çok eleştirilmeme neden olan böyle bir de çelişki yaşamıştım.

12 Mart darbesinden sonra tutuklandım. Yıl sonuna kadar Ankara Mamak Askeri Ceza Evi'nde tutuklu kaldım. Sekiz ay sonra ilk kez Mahkeme önüne çıkarıldığım 29 Aralık 1971 günü salıverildim. Mamak koskoca bir askeri garnizon. Cezaevi de söylendiğine göre tam ortasında. Nasıl girilip çıkılır, tutuklular bilmiyor. Neyse ki, salıverilenlere bir iyilik yapıp hangi yolla memleketlerine döne-

ceklerse, terminalin kapısına kadar askeri bir araçla götürüyorlar. Beni de böyle uğurladılar. Tutukluların topladıkları paralarla uçakla İzmir'e döneceğim. Kızılay'da Yüksel Çarşısı'nın üzerindeki eski THY Terminali'nde Cengiz İlhan'la karşılaşınca, ikimiz de çok sevindik. Uçakta yan yana oturduk. Cengiz İlhan'ın anlattıklarıyla İzmir'e varmadan İzmir'i kucaklamak benim için çok keyifli olmuştu.

Barocu olmadığım için işlevsel açıdan çok sık karşılaşmıyorduk. O yıllarda Konak'taki işhanından bozma adliye odalarında güzel söyleşiler yapılırdı. Cengiz İlhan'ın mesleki yorumlarını, genele dönük anlatımlarını ve hele fıkralarını dinlemek her zaman güzeldi.

Cengiz İlhan'ın İzmir Barosu Başkanlığı'nın ikinci döneminde, Fehmi Çam'la ikimiz, Çağdaş Avukatlar Grubu'nun Yönetim Kurulu üye adayları olarak katıldığımız seçimi kazandık. Böylece Cengiz İlhan'ın sorumluluğuna biz de katılmış olduk. Birlikte çalıştık. Yönetim Kurulu toplantıları bittikten sonra gündemin son maddesi sırasında da çok güzel saatler geçirdik. Cengiz İlhan gerilimden, gerginlikten çok çabuk olağan davranışlara geçebilen, en iddialı olduğu tartışmaları bile kolayca tatlıya bağlamayı başaran bir üstadımızdı. Yalnız hukuku değil, insana dair her konuyu iyi bilir, doğru yorumlar yapar ve dostlarıyla paylaşırdı.

Elbette Baro Başkanlığım, Barolar Birliği'ndeki görevlerim sırasında da birlikte önemli görevleri üstlendik, elimizden geleni yapmaya çalıştık. Cengiz İlhan, uygulayıcı olduğu kadar bir hukuk kuramcısıydı. Öykücüydü. Anı yazarıydı. Açık sözlüydü, yerine göre isyancıydı.

Cengiz İlhan'ın hukuk ve genel toplumsal konulardaki son düşünceleri nelerdi ? Elimde yepyeni bir belge var. 2011 yılı Nisan ayında yayınlanan Hukuk Düzlemi Dergisi'nin 1. sayısında İzmir Barosu Avukatları Azra Siray, Hüseyin Özgür ve Tamer Doğan'ın Cengiz İlhan'la yaptıkları bir söyleşi yayınlandı. Ben de, araya bir şeyler eklemekten üstadı kendi sesinden bir kez daha anımsamak üzere bu konuşmaları aynen aşağıya aktarıyorum. Cengiz İlhan'a mesleğimize ve yaşamımıza verdiği katkıları nedeniyle teşekkürlerimi, saygılarımı, sevgilerimi sunuyorum.

CENGİZ İLHAN DİYOR Kİ:

Eski İzmir Barosu Başkanı Avukat Cengiz İlhan:

“Genel kültürü, edebi derinliği olmayan iyi avukat olamaz”

‘Adliye Koridorlarında’ isimli yapıtının yeni baskısı üzerine kendisini ziyaret eden arkadaşlarımız Av. Azra Siray, Av. Hüseyin Özgür ve Av. Tamer Doğan ile söyleşen İzmir Barosu eski başkanlarından Av. Cengiz İlhan’ın anlattıklarından seçtiğimiz anekdotları aşağıda sunuyoruz.



Hüseyin Özgür, Cengiz İlhan, Azra Siray ve Tamer Doğan...

Hakimlik

- Hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı gibi kavramların hâkimlerin ‘takter hakkı bağımsızlığı’ olarak algılanması yanlıştır. Türk hukuk devrimi pozitiftir.
- Ben Mecelle’yi Türkçeye çevirdim. Orada hâkimin tacter hakkı sıfırdır. Hiçbir alanda hâkime tacter hakkı vermemiş. Hatta hüküm altına örnek bile getirmiş. Kuralı koyuyor, ‘mesela’, diyor; örnek veriyor, somutluyor.

Bizim hocamız derdi ki *“ben hâkimlere verilen takdir hakkından çok korkarım.”* Hâkim hukuk kaynağı değil ki, uygulayıcı. Bir adamı tutuklayacak isen bunun yasal dayanakları olacak. Hukuki yorumu olacak. Genel gerekçelerle tutuklama kararının verilemesi gerekir.

- Osmanlı’da kadılar vardı. Tanzimat’tan önce, örneğin İzmir kadısı hem idari yönden yetkiliydi hem de yargı yetkisine sahipti. Narh koyuyordu mesela. Bugün de kira bedelinin tespiti aynı şey değil mi? Bir tür kadılık. Bunlar idari tasarruflar olduğuna göre yargı idarenin yerine geçiyor. Ya da karar verirken, sözleşmede benim yerime geçiyor.

Oysa Borçlar Kanununa göre hâkim sözleşmenin esasına dokunamayacaktır. Kira tespitinde hâkim, *“hayır o kadar veremeyeceksin, bu kadar vereceksin”* diyor, belli şablonlara göre karar veriliyor. Bu yetki nereden geliyor peki? Ben bunu hukuki bakımdan çok zayıf görüyorum.

- Hâkimlik kolay bir iş olmadığı gibi, memuriyet de değil. Yargı bağımsızlığı denile denile bugüne gelindi. Haftada üç gün duruşma yapılıyor. Önceden dosya okunmuyor. Dava uzuyor. Bir dava zamanaşımına uğramışsa, bence sorumluluğu vazifesini yapmadığı için mahkemeye vereceksin. İş çokluğu bunun bahanesi olamaz. Bizim zamanımızda da iş çoktu, şimdi de iş çok. Bence istinaf mahkemelerini de acilen hayata geçirmek gerekir.

Kürsü arkasına *“adalet mülkün temelidir”* diye yazarsan, önündeki hüküm veren kişi kendini devletin koruyucusu diye düşünür. Devlete bu açıdan bakar: böyle bir formasyon göstermesi gerektiğini düşünür. Fikren bağımlı olmaktan kurtulması güçtür. Başka ülkelerde böyle bir esas yoktur. Bizde de devlet adına değil, Millet adına karar verildiğinin bilincinde olmak gerekir. Eskiden Hazine ile gayrimenkul davaları çok fazlaydı. Kararlar genelde Hazine lehine çıkardı. Bugün ülkemizdeki arazilerin yarısının Hazine üzerinde olmasının nedenlerinden biri budur.

- Bir dava on yılda bitirilemiyorsa, bu nasıl iş? Hâkimler, avukatlar bir devlet hizmetini yerine getiren kişiler değildir.. Adalet

dağıtılması bahse konudur. Bu meslekte hiyerarşi yoktur; elli yıllık hâkimle bir yıllık hâkimin oyu aynı değerdedir. Avukatlar için de durum aynıdır. Bu meslek özveri ister; bütün aksaklıkları sisteme yüklemek sorumluluktan kaçmaktır.

- İşinin erbabı olan bir hukukçu önündeki dosya bin sayfa da olsa nereye bakacağını bilir, sorunu çözer. Her zaman söylüyorum: Aynı hukuk kuralıyla zulüm de yaratırsın mutluluk da. Bu da birikiminize, görüşünüze, kültürünüze bağlıdır.

Avukatlık

- Genel kültürü, edebi derinliği, birikimi olmayan insan iyi avukat olamaz. Ben bazen dinliyorum bir avukatı, daha konuşurken vurguları yanlış yapıyor. Hiçbirimiz vurgu dersi almadık; sanırım zamanla, birikimle olan bir şey bu.
- 60'lı -70'li yaşlarda olanlar bilir, eskiden büyüklerimizin hepsinin bir edebi derinliği vardı. Sınav sisteminin de bunda etkisi var. Bizim zamanımızda sözlü sınav bile vardı. Ben bütün stajyerlerime anlatırım. Benim fakülteye başladığım 1946 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'ne 2.000 kişi kayıt yaptırdı. Dört yıl sonra mezun olanlarımızın sayısı aralarında benim de bulunduğum 50 kişiydi. Konunun ciddiyetini anlatmak için başka söze gerek yok..
- Türkiye'de lise öğretimi çöktü. Oysa bir çok şey liselerde kazanılır. Lise eğitimi güçlü olunca, gerisi gelir. O dönemde zaten liseye girme hakkını kazanmak da büyük olaydı. Ortaokuldan sonra eleme imtihanı vardı. Her öğrenciye iki hak tanınırdı. Haziran'da ve Eylül'de. üç ders vardı; birinden kalınca, diğerlerinden de kalmış sayılırdınız. Başka imtihana da giremezsiniz. İki hakta geçememişseniz bir daha liseye kabul edilemezsiniz.
- Lisede de sıkı bir sistem söz konusu idi. Önce sözlü imtihan, sonra olgunluk.. Olgunluk sınavında başarılı olamazsanız

üniversiteye giremezsiniz. Şimdi ise her şey dört senelik üniversite tahsiline bağlanmış durumda. Elbette çok iyi yetişmiş gençler var, ama bunun için özel çaba harcamaları, kendilerini geliştirmeleri gerekiyor.

Ceza Yargılaması

- İktidarlar gelip geçicidir. Ama bazı şeyler kalıcıdır.. Örneğin sıkıyönetim mahkemelerinin eylem birliği gerekçesiyle herkesi bir davada toplaması. Herkesin yaptığı fiilleri toplu halde değerlendirmek ve her eylemi kendi çerçevesinden çıkarmak. Hükümete hakaret ettiği iddia edilen bir kişiye *"hayır sen hakaret amacıyla değil, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini iskat etmek için hareket ediyorsun."* diyorsun. Veya banka soyan bir adamı gasp fiili yerine eski TCK.'nın 146., şimdiki 309. madde hükümüne muhalefetten yargılıyorsun, olmaz..
- 12 Mart 1971 darbesinden sonra İzmir Barosu olarak herkes işlediği suçtan yargılsın, dedik. O dönemde Askeri Savcılık bir görüş yazdı. Askeri Yargıtay Genel Kurulu da karar verdi. Her sanığın cürmü aynı kast altında toplandı ve yeri geldi, demek kurmak bile TCK.'nın 146. maddesinin ihlali olarak değerlendirildi. Böylece ceza hukukunun birçok temel kavramı ortadan kaldırıldı. Bence Türk hukukunu asıl çıkmaza sokan bu gibi uygulamalardır. Bilindiği gibi bizim hukukumuz *"yakın illiyefi kabul eder. "Sebep olmak" ayrı bir şeydir, "işlemek" ayrı. "Sen öyle bir ortam yaratıyorsun ki, hükümetin düşmesine sebep oluyorsun!"* mantığını bizim hukukumuz kabul etmez. Cezaya sebep eylemlerdir, fikirler değil. Dört bin sayfa iddianame mi olur? Bizim burada bir başsavcı vardı, o söylerdi, *"iddianame-nin iyisi bir buçuk sayfadır"* diye.
- Bunlar hiç tartışılmıyor. Sanki mevzuat buna uygunmuş gibi, eylem müsaitmiş gibi davranılıyor. Bence yanlış bu. Böyle giderse, yarın öbür gün başkası gelecek bu defa bunlar aynı işleme tabi tutulacak. Bu hukuk değildir, engizisyondur. Bu siyasi

hukuktur. Siyasallaşma varsa bundan daha ötesi yoktur. Gözünden gözlüğü çıkarıyorsun; kim gelmiş, ha bu komünisttir, bunun yaptığı gasp eylemi hükümeti devirme amaçlıdır.. Böyle şey olmaz. “Teşebbüsün teşebbüsü” olmaz. Kastı da eylem belirlirler. Adamın kafasına ateş edersen, öldürmek istiyorsundur. Öbürü niyettir, saiktir. Dürtüyü suç olarak kabul ederseniz o zaman herkesi içeri almak gerekir.

Bu konular niye tartışılmıyor?

Sınırlı Demokrasi

- Hep kendi kendimize yalan söylüyoruz. Sınırlı demokrasi var bizim kafamızda. Tabii ki her devlet, her toplum kendini korur. Demokraside rejimin esasları üzerinde tartışma olmaz. Hiç kimse de bu tartışmayı yapmıyor zaten. Fransa’da yapıyorlar mı, Almanya’da yapıyorlar mı? Yapmıyorlar. Biz bugün hala Cumhuriyet’i tartışıyorsak, bir asır olmuş, hala bunları tartışıyorsak, olmuyor işte. Rejim tartışması yapıyor. Bunun nesini tartışacağız.
- Ama eskiden de böyleydi. Halk Partisinin de bunda günahı var. Ne kadar insan harlandı. Türkiye’de sol, kültürel çizgide Halk Partisi ile aynı çizgideydi. Batılıydı. Kültürel yönden batıya dönüktü. Bu noktada Halk Partisi ile birleşiyordu. Buna rağmen geçmişte Halk Partisi sağla işbirliği yaptı..
- Bütün darbeler sanki sağa karşı yapılmış gibi, şimdi konuşuyorlar. Kimse de ağzını açmıyor. Kaç nesil harlandı! Bu ülkenin en değerli çocukları ya öldürüldü, ya da hapislerde çürüdü. Ben her zaman söylüyorum. Kurtuluş Savaşı hakkında, Atatürk hakkında yazılan bütün kitapları solcular yazdı. Nerede yazdı? Hapishanede. Kemal Tahir, Nazım Hikmet, Hassan İzzettin Dinamo, hepsi.
- Çok karanlık günlerden geldi Türkiye. Yazık ettiler.

ALT VEKÂLET

SUB-AUTHORIZATION

Şafak PARLAK*

Levent BÖRÜ*

Özet : Vekilin iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi kural olsa da, kanunda belirtilen istisnai durumlarda vekilin işi bir başkasına gördürmesi mümkündür. Alt vekâlet, vekilin iş görme edimini başkasına gördürme türlerindedir. Vekilin vekâletten doğan borçlarının ifasını kendi adına yaptığı bir sözleşme ile başkasına devretmesi halinde alt vekâlet sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Anahtar Kelimeler : Alt vekalet, alt vekil, alt sözleşme, vekalet, tevkil etme.

Abstract : As a main rule the procurator must perform his obligations in person, but it's also possible in exceptional circumstances that he causes another person to perform it. One of these exceptional circumstances is sub-authorization. According to sub-authorization the procurator assigns his obligations based on procuratorship to another person with an agreement which he acts on his behalf.

Keywords: Sub-authorization (substitute power of attorney), sub-attorney, subcontract, procuratorship, substitution.

GİRİŞ

25.12.2008 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı 11.01.2011 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu olarak 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanması ile kanunlaşmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 01.08.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu sebeple inceleme konumuz olan "alt vekâlet (Unterauftrag)" ile ilgili 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu ile birlikte metinde belirtilecektir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

818 S.TBK m. 390/III (6098 S.TBK m. 506/I) gereğince, vekil, kural olarak sözleşme konusu işi bizzat kendisi ifa etmek zorundadır. Kanun koyucu, bu durumu vekâlet sözleşmesine egemen olan güven ilişkisi sebebiyle, 818 S.TBK m. 67'de (6098 S. TBK m.83) öngörülen genel kuraldan ayırmıştır¹.

818 S.TBK m. 390/III (6098 S.TBK m. 506/I) hükmü, yukarıdaki kuralın istisnası olarak, aşağıdaki üç halde, vekile üstlendiği iş görme edimini başkasına yaptırma imkânı vermektedir:

1-) *Müvekkilin vekilin başkasına tevkil etmesine açıkça veya zımnen rıza göstermesi*: Müvekkilin, işin başkasına gördürülmesi için açık veya örtülü rıza göstermesidir. Müvekkil bu rızayı vekâlet sözleşmesi akdedilirken başlangıçta açık bir şekilde verebileceği gibi, sonradan da açık veya örtülü olarak da verebilir².

Vekilin işin yapılmasına yetkili kılınması tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla gerçekleşir. Bu irade beyanı açık veya zımni olabilir. İşin mahiyetine göre başkasını tevkilin hesaba katılması gerekiyorsa, başkasını tevkile zımnen razı olduğunu kabul etmesi gerekir³.

2-) *Vekilin başkasını tevkile örf (veya teamül) gereğince yetkili olması*: 818 S.TBK m. 390/III (6098 S.TBK m. 506/I)' de getirilen ikinci istisna,

¹ Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.8, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 410; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.8, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 466-467; Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.282; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre K.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.11, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.493; Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, B.2, C. VII, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.8546.

² Aral s.410; Yavuz s. 466-467; Zevkliler/Gökyayla s.493-494; Gümüş s. 282; Hukukumuzda, bu rızanın avukatlar bakımından ne şekilde verileceği AK m. 171/II'de açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre, avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümleri ve yazılı sözleşme şartlarına göre sonuna kadar takip eder. Verilen vekâletnamede avukat başkasını tevkile yetkili kılınmış ise, yazılı sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, işi başka bir avukat ile birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir. Vekâletnamede, bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak dava ve işlerde vekâlete ve başkasını tevkile genel şekilde yetki verilmişse, avukat bu tarihten sonraki dava ve işlerde müvekkilinden ayrıca vekâlet almaya lüzum olmaksızın, işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir.

³ Esener, Turhan: Mukayeseli ve Hususiyle Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Sâlahiyete Müstenit Temsil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1961, s. 90; Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 457; Akipek, Şebnem: Alt Vekâlet, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 110.

mevcut örf ve adet (teamül) gereği, vekilin başkasını tevkile yetkili sayıldığı durumlardır. Bu anlamda bir örf veya adet (teamül) bulunduğu takdirde, müvekkilin rızasının olup olmadığına bakılmaksızın, vekilin işi başkasına gördürebileceği kabul edilir⁴.

3-) *Vekilin başkasını tevkile halin gereklerine göre mecbur olması*: 818 S. TBK m. 390/III (6098 S. TBK m. 506/I)' de düzenlenen sonuncu durum, ilk iki durumdan farklı olarak bir zorunluluğa işaret etmektedir ve bu durum gerçekleştiği takdirde vekil zorunlu olarak işi üçüncü bir kişiye gördürecektir. Bu durumun gerçekleşmesi için, vekilin kendisinden ya da dışarıdan kaynaklanan bir nedenle işi göremeyecek durumda olması veya işi görmesinin imkânsız olması gerekir⁵.

Belirtilen bu durumlarda, vekilin işi başkasına gördürmesi ise çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Vekil; vekâletin konusuna giren bazı işlerin ifasını yardımcı şahsa bırakabilir, ikame vekil atayabilir veya vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan işin görülmesini alt vekile tevdi edebilir. Ancak uygulamada genellikle "alt vekâlet" kurumuna başvurulduğu görülmektedir.

Çalışmamızın konusunu alt vekâlet oluşturduğu için, aşağıda bu konu incelenecektir.

⁴ Zevkliler/Gökyayla s.495; Aral s.410 vd; Gümüş s. 285; Vekâlet sözleşmesine konu bir işin görülmesi, kişinin belli bir ruhsat sahibi olmasını gerektiriyorsa, örf gereği olsa bile, o iş ancak ruhsat sahibi bir üçüncü kişiye yaptırılabilir. AK, TBK'nun aksine, avukatın tevkil imkânını bu konuda vekâletnamesinde yetki verilmiş olması hali ile sınırlamıştır. Bu yüzden, örneğin birden fazla avukatın ortak çalıştığı bir büroda, bu avukatlardan birine iş verilmesi, aksi açıkça belirtilmedikçe diğer ortakların da gerektiğinde o işle uğraşmaya teamül gereği yetkili olduğuna kabule imkân tanımaz. Zira AK'nun 171/II maddesi, TBK m. 390/II'ün aksine örf gereğince tevkile yetkili olma durumunu düzenlememiştir (Sungurtekin-Özkan, Meral: Avukatlık Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2006, s. 195; Tanrıver, Süha: Noterlik Açısından Vekâlet (Temsil), B.2, Adalet Yayınevi, Ankara 2001, s.27); Bir görüşe göre ise, birden fazla avukat aynı büroda ortak çalışıyorlarsa, büroda bunlardan birine bir iş tevdi edilirse, aksi açıkça belirtilmedikçe, diğer ortakların da gerektiğinde o işle uğraşmaya teamül icabı yetkisi olduğu kabul edilmelidir, bkz Fellmann, Walter: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Der einfache Auftrag, Verlag Stämpfli, Bern 1992, s.382 vd; Kanaatimizce, birden fazla avukatın aynı büroda çalışması durumunda bu avukatlardan birine iş verilmesi ile diğer ortakların da o işle teamül gereği uğraşmaya yetkili sayılmaması gerekir. Çünkü, bir avukata dava takibi için verilen vekâletnamede yalnızca o avukatın ismi yazılıdır. Zira, vekil aracılığı ile takip edilen davalarda, geçerli bir vekâletname bulunması ve bunun mahkemeye verilmesi dava şartıdır. Bu nedenle mahkeme, vekilin vekâletnamesinin bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırır (Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, B.21, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 264-265).

⁵ Akipek s.112.

I. ALT VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARAFLARI

Vekilin iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi kural olsa da, 818 S. TBK m. 390/III (6098 S. TBK m. 506/I)'de belirtilen istisnai durumlarda vekilin işi bir başkasına gördürmesi mümkün hale gelmektedir. Vekilin işi başkasına gördürme şekillerinden uygulamada en çok karşılaşılan ve 818 S. TBK m. 391 (6098 S. TBK m. 507)'de özellikle düzenlenen ise alt vekâlettir. Vekilin vekâletten doğan borçlarının ifasını "kendi adına" yaptığı bir sözleşme ile başkasına devretmesi halinde alt vekâlet sözleşmesinin varlığından söz edilir⁶. Alt vekâlet sözleşmesini vekil kendi adına yaptığından, bu sözleşmenin tarafları doğal olarak asıl vekil ile alt vekildir; müvekkilin bu sözleşmeye taraf olması söz konusu değildir⁷. Asıl vekil bu sözleşme ile vekillik sıfatını devretmemektedir⁸, vekâletten doğan borçların ifasının kısmen veya tamamen devredilmesi söz konusudur. Ortada tarafları farklı olan iki vekâlet sözleşmesi vardır. Sözleşmelerden biri müvekkil ile vekil arasındaki vekâlet ilişkisine (asıl vekâlet sözleşmesi), diğeri ise ilk müvekkilin vekilinin kendi adına yaptığı bir sözleşmeyle alt vekili tevkil ettiği vekâlet ilişkisine (alt vekâlet sözleşmesi) ilişkindir⁹.

Alt vekâlet sözleşmesini alelade bir vekâlet sözleşmesinden farklı kılan temel özellik, hukuki anlamda değilse de, fiilî anlamda başka bir vekâlet sözleşmesinden kaynaklanıyor olmasıdır¹⁰. Alt vekâlet sözleşmesi başlı başına ve bağımsız bir sözleşme niteliği taşımakla birlikte, bu sözleşmenin konusunu -kısmen veya tamamen- asıl vekâlet sözleşmesinin konusu olan karakteristik edim oluşturacaktır¹¹.

⁶ Akıpek s.113; Becker, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No:24, Yargıtay Yayınları, Ankara 1993, (çev. Suat DURA), s.708; Erlütle, Fulya: "Alt Vekalet", Prof.Dr.Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatrasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1999, s.260; Tandoğan s.459; Yavuz s.467; Tanrıver s.26.

⁷ Cerutti, Romeo; Der Untervertrag, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1990, s.4 vd; Akıpek s. 129; Zevkliler/Gökyayla s.495.

⁸ Acar, Faruk: Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.184; Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.420.

⁹ Akıpek s.113-114.

¹⁰ Cerutti s. 4 vd.

¹¹ Bir başka sözleşme ile olan "fiili bağ"ı alt sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran temel özellik olmakla birlikte, bir başka sözleşmeyle ilişkisi bulunan bütün sözleşmelerin alt sözleşme olarak nitelendirilmesi de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle her iki sözleşme arasında fiili bir ilişkinin bulunmasının

Ortak taraflarını “asıl vekil”in oluşturduğu iki farklı vekâlet sözleşmesi olmasına ve müvekkil ile alt vekil arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki bulunmamasına rağmen, yasa koyucu bu iki taraf arasında 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III) uyarınca kanundan kaynaklanan bir ilişki kurulmasını öngörmüştür. Bu hüküm sadece müvekkile alt vekâletin gereği gibi ifa edilmesini talep hakkı verirken, alt vekilin müvekkile karşı vekâlet sözleşmesine dayanan bir talep hakkı bulunmamaktadır. Böylelikle alt vekâlet sözleşmesinin tarafları dışında, ilk müvekkil bakımından da alacak doğurması sağlanmıştır¹². Ancak belirtilmelidir ki, müvekkil ile alt vekil arasında kanundan kaynaklanan bu ilişki ve öngörülen doğrudan talep hakkı, özünde aralarında sözleşmeye dayanan bir ilişki bulunmadığı gerçeğini değiştirmez¹³.

II. ALT VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Alt vekâlet sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla bir vekâlet sözleşmesi olduğundan, vekâlet sözleşmesine ilişkin yer verilen unsurlar alt vekâlet sözleşmesi için de aynen geçerlidir.

Alt vekâlet sözleşmesinin ilk unsuru da bir işin görülmesi veya hizmetin ifasıdır. Alt vekilin göreceği iş veya ifa edeceği hizmet, vekilin asıl vekâlet sözleşmesiyle üstlendiği iş veya hizmetten daha fazla olamaz, ancak o iş veya hizmetin bir bölümüne ilişkin olabilir¹⁴. Alt vekil hukuki işlemlere ilişkin bir iş görmeyi üstlenebileceği gibi, maddi fiillere yönelik işleri de yerine getirebilir¹⁵. Örneğin, alt vekil müvekkile ait bir taşınmazı kiralayabileceği gibi, müvekkilin dışını de çekebilir¹⁶. Ancak kanımızca asıl vekâletin konusu ile alt vekâletin konusu karakteristik edim benzerliğinin sağlanması açısından paralellik arz etmelidir. Asıl vekâlet sözleşmesinin konusu bir hukuki işleme ilişkin ise, alt vekâlet sözleşmesinin konusu da öyle olmalıdır.

yanında, her iki sözleşmenin karakteristik edimleri bakımından da benzeşmeleri gerekir (Akkanat, Halil: Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.16).

¹² Yavuz, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1983, (Dolaylı Temsil), s.71-72.

¹³ Akipek s.114.

¹⁴ Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Aufl.6, C.H. Beck, München 1983, s.604; Tandoğan s.459; Tanrıver s.29.

¹⁵ Tandoğan s.459.

¹⁶ Akipek s.115 dpn.115.

Alt vekâlet sözleşmesinin ikinci unsuru, işin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak görülmesidir. Alt vekâlet sözleşmesindeki müvekkil asıl vekâlet sözleşmesinin vekilidir. Alt vekâlet sözleşmesinde asıl vekilin müvekkil sıfatıyla alt vekile tevdi ettiği iş, esasen kendi müvekkilinin işidir. Dolayısıyla burada vekil kendi müvekkilinin iradesini alt vekile yansıtmaktadır. Alt vekâlet sözleşmesinde müvekkilin menfaatini üstün tutan¹⁷ yasa koyucu bu nedenle ilk müvekkile alt vekile karşı kullanabileceği doğrudan bir talep hakkı tanımıştır¹⁸.

Alt vekâlet sözleşmesinin üçüncü unsuru, işin bağımsız olarak ve sonucun elde edilmemesi riski üstlenilmeksizin görülmesidir. İşin bağımsız olarak görülmesi müvekkilin talimat verme hakkıyla¹⁹ sınırlandırılmıştır. Alt vekâlette alt vekile talimat verme hakkı aralarındaki sözleşmeden dolayı asıl vekile ve kanundan dolayı daha sınırlı olmak üzere ilk müvekkile aittir²⁰. Yine alt vekil tarafı olduğu sözleşmenin gereklerine uygun olarak, özenli bir şekilde üstlendiği işi görürse artık istenen sonucun gerçekleşmemesinden dolayı bir sorumluluğu olmayacaktır²¹.

Son unsur, asıl vekil ile alt vekilin anlaşmasıdır. Alt vekâlet sözleşmesi belirli bir işin veya hizmetin tamamen veya kısmen ifasına ilişkindir. Bu sözleşme ilk bakışta, bu sözleşme bakımından müvekkil sıfatını taşıyan asıl vekil lehine menfaat sağlarmış gibi görünse de, özünde asıl vekâlet sözleşmesinin müvekkili, yani ilk müvekkil lehine bir menfaat

¹⁷ Menfaat kriterinin alt vekil-yardımcı kişi ayırımında belirleyiciliğine ilişkin olarak bkz BGE 112 II 347.

¹⁸ Akipek s.190 vd.

¹⁹ Gümüş, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 (Vekil), s.30-31 dpn.114.

²⁰ Akipek s.116; "Davadan feragat dilekçesinde, havale tarihi altındaki imzanın kime ait olduğuna ilişkin bilgi ve söz konusu dilekçenin davacı vekili tarafından verildiğine ilişkin kimlik tasdiki bulunmamaktadır. Feragat dilekçesinde adı yazılı olan avukatın vekâletnamesinde feragat yetkisi bulunmaktadır. Ancak kendisini tevkil eden avukatın vekâletnamesinde bu hususta açık bir yetki bulunmamaktadır. Bu durumda feragat dilekçesinin kimin tarafından havale edildiği, dilekçenin davacı vekili tarafından verilip verilmediğinin tevsik edilmesi ve tevkil veren avukatın feragat yetkisi bulunup bulunmadığı araştırılarak varsa eklenmesi gerekir" HGK, 19.09.2001, E. 2001/4-665, K. 2001/612 (www.kazanci.com, 30.07.2011).

²¹ Tandoğan s.39; Yalçınduran, Türker : Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, s.56.

sağlamaktadır. Asıl müvekkil alt vekâlet sözleşmesinin tarafı olmadığından, yasayla yetkilendirildiği durum dışında, sözleşmeye müdahale etme imkânı yoktur. Bu açıdan alt vekilin seçimi de tamamen asıl vekile aittir. Kuşkusuz asıl vekilin yapılacak işin niteliğini göz önünde bulundurarak bir seçim yapması gerekir²².

Ücret alt vekâlet sözleşmesi açısından zorunlu bir unsur değildir. Ancak yine tarafların sözleşme ile ücrete ilişkin bir kayda yer vermeleri mümkün olduğu gibi, örf ve âdet gereğince de ücret söz konusu olabilir. Vekâletin ücretli olması durumunda bu ücret kural olarak sözleşmenin tarafı olan asıl vekil tarafından ödenir. Hukuken birbirinden bağımsız iki farklı sözleşme söz konusu olduğundan, sözleşmelerden birinin ücretli olmasını diğerinin de ücretli olmasını zorunlu kılmaz. Ancak kuşkusuz, örf ve âdet gereğince ücretin gündeme geldiği hallerde, her iki sözleşmenin de ücretli olduğunu kabul etmek yerinde olur²³.

III. ALT VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Alt vekâlet sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi niteliği taşır ve vekâlet sözleşmesi bakımından da yasa koyucu kural olarak herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Dolayısıyla alt vekâlet sözleşmesi de herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Ancak *Akipek*'e göre²⁴, isabetli olarak, tarafların ilerde bir uyuşmazlık yaşamaları ihtimaline karşın, önceden kararlaştırdıkları hususları daha kolay ispat edebilmeleri için alt vekâlet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir²⁵.

Esas olan şekil serbestisi olmakla birlikte, tarafların iradi olarak sözleşme yaparken belli bir şekil kararlaştırmaları mümkündür²⁶. Asıl

²² Akipek s.117.

²³ Akipek s.117.

²⁴ Akipek s.119.

²⁵ "Sanığın dava konusu çeki keşide ettiği tarihte şirket adına çek keşide etme yetkisinin bulunup bulunmadığının ve şirket temsilcisi tarafından kendisine bu konuda alt vekâlet verilip verilmediğinin, yazılı delilleri ile birlikte araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumu belirlenmelidir" 10.CD, 28.06.2004, E. 2004/4327, K. 2004/7728 (www.kazanci.com, 30.07.2011).

²⁶ Şekil özgürlüğünün istisnası olan geçerlilik şeklinin iki kaynağı olarak kanuni şekil ve iradi şekle ilişkin olarak bkz Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.13, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.66 vd; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.4, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s.116 vd.

sözleşmeye ilişkin bu tarz bir iradi şekil kararlaştırılmış olması halinde, bu şeklin alt vekâlet sözleşmesi açısından etkili olup olmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Ancak vekâlet sözleşmesinin tarafların iradesiyle belli bir şekilde akdedilmiş olması, alt vekâlet sözleşmesini de bu şekle tabi kılmaz. Zira asıl vekil her iki sözleşmenin tarafı olsa da, diğer tarafların yanısıra vekilin sözleşmelerdeki konumu da farklıdır. Bunun yanında asıl vekâlet ve alt vekâlet sözleşmeleri temelde birbirinden bağımsız nitelikte iki sözleşmedir²⁷.

IV. ALT VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Alt vekâlet sözleşmesi alt sözleşmelerin bir türüdür ve hukuki niteliği itibarıyla vekâlet sözleşmesidir²⁸. Vekâlet akdi bir sözleşme olması itibarıyla da iki taraflı bir borç ilişkisi doğurur²⁹.

Vekâlet sözleşmesi doktrinde paylaştığımız görüş³⁰ çerçevesinde, kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Zira vekil her durumda müvekkile karşı iş görme borcu altına girmekte; müvekkil ise ücretin kararlaştırılmadığı veya teamül gereği ücretin söz konusu olmadığı hallerde sadece vekilin sözleşmenin ifası çerçevesinde yaptığı harcama ve masrafları karşılamakla yükümlüdür. Sözleşmenin ücretsiz olduğu durumlarda vekilin yine masraf ve harcama yapması mümkün olduğundan, kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu görüşünü paylaşmaktayız. Sözleşmenin ücretli olduğu durumlarda ise, bu nitelik değişir ve vekâlet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelir. Ücretli vekâlet sözleşmesinde vekilin iş görme ediminin karşılığını müvekkilin vekile ücret ödeme borcu oluşturduğundan, her iki edim de asli edim niteliği taşır³¹.

Vekâlet sözleşmesinin bir diğer önemli özelliği sürekli borç doğuran bir sözleşme olmasıdır. Her ne kadar konu doktrinde tartışmalı

²⁷ Erlüle s.261; Zevkliler/Gökyayla s.495; Akipek s.120.

²⁸ Cerutti s. 51 vd; Akipek s.120; Aral s.411; Yalçınduran s.34.

²⁹ Aral s.394; Tandoğan s.355 vd; Tanrıver s.4; Özkaya, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınevi, B.2, Ankara 2005, s.17.

³⁰ Akipek s..43; Aral s.400-401. Vekâlet sözleşmesini kural olarak tek tarafa borç yükleyen sözleşme olarak değerlendiren görüş için bkz Yavuz s.451.

³¹ Akipek s.43; Tandoğan s.502; Yavuz s.451.

olsa da³²; belirli bir işin görülmesini amaçlayan vekâlet sözleşmeleri hariç tutulmak üzere, vekâlet sözleşmesiyle taraflar arasında sürekli bir iş görme faaliyeti söz konusu olmaktadır ki; bu da sözleşmenin kural olarak sürekli sözleşme sayılması sonucunu beraberinde getirir.

Sonuç olarak, yukarıda vekâlet sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin yer verdiğimiz açıklamalarımız alt vekâlet sözleşmesi açısından da geçerlidir. Buna göre, kanaatimizce, alt vekâletin hukuki niteliğini, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ve sürekli borç doğuran rızâ bir sözleşme olarak ifade edilebiliriz.

V. ALT VEKÂLET KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRDEDİLMESİ

A-ALT VEKÂLET - YARDIMCI KİŞİ

Yardımcı kişi kavramı geniş olarak değerlendirilirse alt vekil de yardımcı kişi olarak kabul edilebilir. Ancak, 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) anlamındaki yardımcı kişiden³³ farklı olarak bu kişiler nitelikli yardımcılarıdır³⁴.

Vekilin işin görülmesi için kendisi yerine bir başkasını ikameye yetkili olduğu hallerde, ne zaman 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II)'yi uygulamaya geçirecek bir kaim vekil, ne zaman 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) anlamında yardımcı kişi söz

³² Vekâlet sözleşmesinin sürekli bir sözleşme olup olmadığı gerek İsviçre gerekse Türk doktrininde tartışmalıdır. Görüşlere ilişkin olarak bkz Akipek s.44 dñn.46.

³³ 818 S. TBK m.55 (6098 S. TBK m. 66)'e göre sözleşme dışı sorumluluktaki yardımcı kişi kavramı ile 818 S. TBK m.100 (6098 S. TBK m. 116)'e göre sözleşmeden doğan sorumluluktaki yardımcı kişi kavramı birbirinden farklıdır. 818 S. TBK m.100'de öngörülen yardımcı kavramı daha kapsamlıdır. Zira 818 S. TBK m. 55'e göre yardımcı kişinin adam çalıştırmanın otoritesi altında bulunması veya sürekli olarak onunla hizmet ilişkisi içerisinde bulunması gerekirken, 818 S. TBK m.100'e göre yardımcı kişinin sürekli veya geçici olarak borcun ifasına borçlunun muvafakati ile katılması yeterlidir; yardımcının borçlunun otoritesi altında bulunması şart değildir (818 S. TBK m.55- 818 S. TBK m.100 ayrımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu s.534 vd; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.10, Beta Yayınevi, Ankara 2008, s.576; Oğuzman/Öz s.592 vd; Şenocak, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara 1995, s.135 vd).

³⁴ Akipek s.143; Tandoğan s.465 vd; Jaussi, Nelli: Die Auftragssubstitution Nach Schweizerischem Obligationrecht, Zürich 1926, s.5.

konusu olduğunu tespit etmek uygulama ve doktrin için büyük güçlük arz etmektedir. Bu belirleme özellikle vekilin sorumluluğunun kapsamı bakımından büyük önem taşır. Bu tespiti yapabilmek için doktrinde çeşitli ölçütler ileri sürülmektedir³⁵. Bağımsızlık ve kişiliğin önemli olduğu işlerin kısmen veya tamamen bir başka kişiye devredilmesi ölçütleri bu ayrımı yapabilmek açısından her zaman yeterli olmayabilir. Zira yardımcı kişilerin de mutlaka borçluya tabi olmasının gerekmemesi hususu bağımsızlık ölçütünü, alt vekile bir kısım işlerin yanısıra vekile sözleşme gereğince yüklenen edimlerin tamamının bırakılmasının mümkün olması da diğer ölçütü yetersiz kılar. Doktrinde bizim de paylaştığımız görüşe göre³⁶ bu ayrımda vekilin üçüncü kişiyi kendi menfaatine mi, yoksa müvekkilin menfaatine mi görevlendirdiği kriteri belirleyici olabilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir sanat eşyasının değerinin takdirini konu edinen vekâlet sözleşmesinin ifası için vekil tarafından bir başkasının kullanılmasına ilişkin olayda³⁷ Hofstetter'in³⁸ “vekilin kendi menfaatine kullandığı üçüncü kişinin alelâde yardımcı kişi olduğu” şeklindeki görüşünden hareket ederek 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II)'yi değil, 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) hükmünü uygulamıştır.

³⁵ Erlüle s.260-261; Şenocak s.141 vd; Tandoğan s.460-461.

³⁶ Hofstetter, Josef: Der Auftrag und die Geschaeftsführung ohne Auftrag: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2 (Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhaeltnisse), herausgegeben von Frank Vischer, Basel 1979, s. 74 vd.

³⁷ BGE 112 II 347: Karara konu teşkil eden olayda davacı karı koca sahip oldukları antika bir lambanın değerinin takdiri için Zürih'teki bir şirkete başvurur. Ancak lambanın satımına ilişkin süreli bir teklif alınmış nedeniyle lambanın değerinin 10 aralığa kadar takdiri gerekir. Davalı şirkette çalışan bir yetkili lambanın değerini çekilecek bir fotoğraf üzerinden Londra'daki bir firmanın belirlemesi gerektiğini, ancak anılan tarihe kadar belirlemenin yapılması konusunda söz veremeyeceğini belirtir. O günün akşamı davacı, Zürih'teki firmaya yazdığı mektupla lambanın fotoğrafını bu firmaya gönderir ve değerinin telefonla bildirilmesini rica eder. Zürih'teki firma fotoğrafı 7 Aralık günü derhal Londra'daki firmaya yollar. Londra'dan hala bir cevap gelmemesi üzerine davalı şirketin yetkilisi buraya telefon açar ve fotoğrafın henüz ellerine geçmemiş olduğunu öğrenir. Bunun üzerine Zürih'teki yetkili lambayı Londra'daki yetkiliye tarif eder ve bu tarife göre lambaya ilişkin yaklaşık bir değer alır. Lambanın malikleri bu değeri esas alarak lambayı 16500 İsviçre frankına satarlar. Yaklaşık bir ay sonra Londra'daki firma fotoğrafı alır, lambanın özel bir parça olduğunu tespit eder ve lambanın esas değerinin 30-40000 İsviçre frankı değerinde olduğunu davacıya ve Zürih'teki firmaya bildirir (Şenocak s.147 dpn.319).

³⁸ Hofstetter s.74.

Borçlu, vekâlet sözleşmesinde vekil, yardımcı kişiye belli bir işin gerçekleştirilmesi için üçüncü bir kişinin yardımından, becerisinden veya bilgisinden yararlanmak amacı doğrultusunda başvurur. Alt vekil ataması durumunda ise vekil kendisi yerine sözleşmeden kaynaklanan bazı edim veya edimleri ifa etmesi için birini görevlendirmektedir. Bu anlamda vekil alt vekili bir anlamda kendisinin yerine koymakta, geniş bir ifade ile “ikame” etmektedir³⁹. Vekil yardımcı kişiyi alt vekilde olduğu gibi, kendisinin yerine ikame etmez, sadece belli konularda onun fiilinden yararlanır. Dolayısıyla vekil, daha önce incelediğimiz 818 S. TBK m. 390/III (6098 S. TBK m. 506/I)’deki sınırlamalara tabi olmaksızın her zaman yardımcı kişiden yararlanma imkânına sahiptir⁴⁰. Örneğin, bir avukat yerine duruşmaya giren avukat alt vekil olduğu halde, avukatın icra takiplerini yapan yardımcısı bir yardımcı kişidir. Ameliyat sırasında doktora aletleri ve malzemeyi veren doktor veya hemşire yardımcı kişi, doktorun aniden rahatsızlanması üzerine ameliyatın yapılmasını kendisine bıraktığı meslektaşısı alt vekildir⁴¹.

Vekilin kendisinden yararlandığı kişi ona hizmet sözleşmesi ile bağlı bir kişi ise, bu durumda yardımcı kişinin varlığından söz edilecektir⁴². Örneğin, bir avukatın hizmet sözleşmesine dayalı olarak yanında çalıştırdığı diğer avukatlar alt vekil değil, yardımcı kişi olarak nitelendirilir ve asıl avukatın yardımcı avukatlarının fiilleri nedeniyle 818 S. TBK m. 390/III (6098 S. TBK m. 506/I) gereğince sorumluluğu gündeme gelir⁴³.

Alt vekil ile yardımcı kişinin ayırt edilmesi özellikle vekilin sorumluluğunun kapsamını belirlemek açısından önemlidir. İlerde değineceğimiz üzere, vekilin alt vekil nedeniyle sorumluluğu 818 S. TBK m. 391 (6098 S. TBK m. 507) hükmü uyarınca belirlenir ve yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk ile karşılaştırıldığında hafifletilmiş bir

³⁹ Akipek s.144; Erlüle s.261; Hatemi/ Serozan/ Arpacı s.419.

⁴⁰ Akipek s.144; Erlüle s.261.

⁴¹ Akipek s.144; Tandoğan s.461.

⁴² Akipek s.144; Tandoğan s.461.

⁴³ Günergök, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.115; Avukatın alt vekil atayarak işin görülmesini bu suretle başka bir avukata bırakması halinde ise, bu avukatın kusurundan dolayı, müvekkiline karşı kusuru bulunan alt vekille birlikte sorumluluğu gündeme gelir (AK m.171/III). Avukatlık Kanunu’nun bu düzenlemesiyle bir başkasını tevkil durumunda avukatın sorumluluğu adi vekile oranla ağırlaştırılmıştır.

sorumluluktur. Yine alt vekâlete ilişkin yasa koyucu 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III) ile özel bir düzenleme getirmiş, müvekkile alt vekile yönelik doğrudan bir talep hakkı tanımıştır. Niteliğe ilişkin tereddüde düşüldüğü hallerde, üçüncü kişinin yardımcı kişi olarak kabul edilmesi daha yerinde olur, zira vekilin yardımcı kişi nedeniyle sorumluluğu daha ağırdır. İş görme edimini bizzat yerine getirmeyerek bunu üçüncü bir kişiye yaptıran vekile nazaran müvekkil korunmalıdır. Alt vekil nitelikli yardımcı kişi olarak değerlendirildiğinde ve alt vekâlete ilişkin bir belirleme yapılmadığında, yardımcı kişinin varlığından söz etmek yerinde olur⁴⁴.

B- ALT VEKÂLET - İKAME VEKÂLET

Gerek alt vekâlet gerekse de ikame vekâlet, vekilin iş görme edimini başkasına gördürme türlerindedir. Ancak, bu iki kavram, aynı amaca hizmet etseler de, birbirlerinden çok farklı kavramlardır ve sonuçları bakımından da aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır⁴⁵.

Alt vekâlet, vekilin kendi adına ve hesabına yaptığı tamamen bağımsız bir sözleşmedir. Dolayısıyla alt vekâlet durumunda asıl vekâlet sözleşmesinin yanında, ondan tamamen bağımsız ve tarafları farklı ikinci bir sözleşme yer alır ve bu sözleşme de bir vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Alt vekâlet ilişkisinde, alt vekil ile müvekkil arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusu değildir⁴⁶. Diğer bir deyişle, alt vekâlette müvekkil ile alt vekil arasında herhangi bir hukuki ilişki doğmaz. Bu sebeple alt vekil, kural olarak yaptığı işler

⁴⁴ Akipek s.145; Tandoğan s.460 vd.

⁴⁵ Akipek s. 121; Zevkliler/Gökyayla s.495; İsviçre hukukunda, 'Substitution (Übertragung des Auftrags' terimi, yani "vekâletin devri", doktrinde genellikle ikame vekâletin yanı sıra alt vekâleti kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Buna karşılık teknik anlamıyla alt vekâlet ile ikame vekâleti birbirinden ayırt etmek amacıyla, İsviçreli hukukçular alt vekâlet için 'Unterauftrag', ikame vekâlet için ise 'Ersatzauftrag' terimlerini tercih etmişlerdir (Fellmann s.516 vd; Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm : Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halband), Aufl.2, Schultheß, Zürich 1936 (Oser/Schönenberger), s.1484 vd; Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Aufl.3, Helbing-Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2003, s.2176 vd; von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1972, s.131-132; Jaussi s.20; Akipek s.129); Aynı şekilde Tandoğan da bu iki kavramı ayırt etmek için, "ikame vekâlet" - "alt vekâlet" terimlerine yer vermiştir, bkz Tandoğan s. 461-462.

⁴⁶ Erlüle s. 261; Akipek s. 129; Zevkliler/Gökyayla s.495.

ve harcamalar için doğrudan müvekkile değil, ancak asıl vekile başvurma olanağına sahiptir⁴⁷.

İkame vekâleti, alt vekâletten ayıran en önemli özellik, asıl vekilin kendi adına ve hesabına bir sözleşme yapmamasıdır. Yani, ikame vekâlet, vekil ile üçüncü kişi arasında akdedilir. Ancak vekil bu sözleşmeyi ne kendi adına ne de kendi hesabına yapar⁴⁸. Bu sebeple, vekil ile ikame vekil arasında hiçbir şekilde bir vekâlet ilişkisi doğmaz ve bir vekâlet sözleşmesi kurulmaz⁴⁹. Dolayısıyla, ikame vekâlette, hukuki ilişki ikame vekil ile müvekkil arasında doğduğundan, ikame vekil müvekkile karşı doğrudan talep imkânına sahip olacaktır⁵⁰.

Ancak hemen şunu belirtmek isteriz ki, her ne kadar alt vekâlet ile ikame vekâlet arasında önemli farklılıklar bulunsa da, tüm somut olaylar bakımından anılan iki kavramı birbirinden ayırt etmek her zaman kolay olmayabilir. Somut olayda alt vekâlet mi, yoksa ikame vekâlet mi olduğunu belirleyebilmek için, tüm özellikler ve olgular dikkatlice değerlendirilmelidir. Somut olayın niteliğinin belirlenememesi durumunda, doktrinde, alt vekâletin varlığının fiili bir karine olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵¹.

VI. ALT VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

A. Genel Olarak

Alt vekâlet sözleşmesinin önemli ve bu sözleşmenin yapısını şekillendiren özelliklerinden biri fiilî anlamda başka bir vekâlet sözleşmesinden kaynaklanıyor olmasıdır⁵². Alt vekâlet sözleşmesinin kurulması için bu sözleşmeden önce kurulmuş asıl vekâlet sözleşmesinin bulunması zorunlu olmasa da, sözleşmeler arasındaki fiilî bağ alt vekâlet sözleşmesinin hüküm doğurmaya başlaması için asıl vekâlet sözleşmesinin varlığını gerekli kılar⁵³. Her iki sözleşmenin ortak tarafı ikinci âkit olarak da adlandırılabilir asıl vekildir⁵⁴.

⁴⁷ Akipek s. 129

⁴⁸ Oser/Schönenberger s. 1484; Akipek s. 123.

⁴⁹ Erlüle s. 261; Akıncı, Şahin: Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 41; Yavuz s. 467; Honsell/Vogt/Wiegand s. 2177-2178.

⁵⁰ Akipek s.129.

⁵¹ Tandoğan s. 462; Erlüle s. 261; Akipek s. 130; Esener s.92; Zevkliler/Gökyayla s.495.

⁵² Oser/ Schönenberger s. 1484-1485; Akkanat s.16.

⁵³ Cerutti s. 4; Akipek s.147; Akkanat s.16.

⁵⁴ Cerutti s.53; Akipek s.89.

B. Alt Vekil ile Asıl Vekil Arasındaki İlişkiler

1. Alt Vekilin Borçları

Alt vekilin ilk borcu alt vekâlet sözleşmesi ile amaçlanan işin görülmesine yöneliktir. Asıl sözleşmede, alt vekâlet sözleşmesinin akdedilmesi halinde bu sözleşmeye ilişkin belli kayıt ve şartlar öngörülse dahi, sözleşmelerin bağımsızlığı ilkesi gereği, alt vekil kabul etmedikçe bu kayıtlarla bağlı değildir. Ancak böyle bir durumla karşılaşmayı tercih etmeyen asıl vekil ya bu konuya ilişkin alt vekille uzlaşmaya çalışır ya da alt vekâlet sözleşmesinde asıl vekâlet sözleşmesine nazaran daha ağır standartlar getirir⁵⁵.

Alt vekil üstlendiği iş görme borcunu özenle yerine getirmelidir. Alt vekilin özen borcu kural olarak asıl vekile karşıdır. Ancak asıl vekilin başkası adına iş görmekte olduğunu alt vekile bildirmesi ve alt vekilin durumu kabulü halinde, alt vekilin özen borcunun kapsamı genişleyecek, asıl vekâlet sözleşmesindeki düzenlemelerden de sorumlu olacaktır⁵⁶.

Alt vekilin bir diğer borcu sadakat ve sır saklama borcudur. Sadakat yükümü TMK m. 2' de yer alan dürüstlük kuralının özel yoğunluk-taki bir şeklinden ibarettir⁵⁷. Sadakat borcu alt vekâlet sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam eder ve bu aşamadan sonra sır saklama borcuna dönüşür⁵⁸. Asıl vekilin müvekkile ilişkin işin gerektirdiği bazı özel bilgileri alt vekile vermesi durumunda, bu bilgiler sır saklama borcu kapsamına girecektir⁵⁹.

Alt vekil işi müvekkilinin varsa talimatlarına uygun şekilde, tecrübe, bilgi ve uzmanlığı doğrultusunda görmekle yükümlüdür. 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III)'de asıl müvekkile tanınan doğrudan talep hakkı, asıl vekilin alt vekile verebileceğinden öte bir talimat verme imkânı içermez. Dolayısıyla aralarında ayrıca bir ilişki kurulmadıkça alt vekilin müvekkilin özel talimatlarına uyma yükümü yoktur. Yine ayrıca bir ilişki kurulmadığı sürece alt vekil kendi müvekkiline hesap vermekle yükümlüdür⁶⁰.

⁵⁵ Cerutti s.59; Akipek s.152.

⁵⁶ Cerutti s.59-60; Akipek s.153.

⁵⁷ Akipek s.153; Gümüş (Vekil) s.154; ayrıca bkz Honsell/ Vogt/ Wiegand s.2134.

⁵⁸ Başpınar, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, B.2, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, s.145.

⁵⁹ Akipek s.153.

⁶⁰ Akipek s.154-155.

Alt vekil iade borcu çerçevesinde, iş görüldükten sonra, işin görülmesi sırasında elde ettiği bütün hakları asıl vekile devretmekle borcundan kurtulmuş olur. Asıl vekilin işlemleri kolaylaştırmak amacıyla, alt vekilden olan alacağını alacağın temlik yoluyla müvekkiline devretmesi olasıdır. Ancak alacağın temlik hükümleri gereğince asıl vekilin borçludan, yani alt vekilden onay almaksızın da alacağı müvekkiline temlik olanağı olduğundan, sonrasında karışıklığa yaşanmaması için alt vekili borcunu kime karşı yerine getireceği hakkında bilgilendirmek yerinde olur⁶¹.

2. Asıl Vekilin Borçları

Alt vekâlet sözleşmesinin tarafları arasında ücrete ilişkin bir anlaşma olmadığı yahut ücret ödenmesinin örf ve âdet gereği olmadığı durumlarda, asıl vekilin alt vekile ücret ödeme borcu yoktur. Ancak günümüz ekonomik şartları, iş bölümü ve uzmanlaşma ihtiyacı dikkate alınrsa, artık şahsi bilgi ve becerilerin karşılıksız sunulmasının söz konusu olmadığı görülür. Bu nedenle uygulamada vekâlet sözleşmelerinde ücret unsuru yaygınlaşmış hatta neredeyse olmazsa olmaz hale gelmiştir. Dolayısıyla alt vekâlet sözleşmesinde de sözleşmenin kurulması sırasında veya sonradan ücret kararlaştırılabileceği gibi; örf ve âdet gereği ücret ödenmesini gerektiren bir iş söz konusu ise, böyle bir kararlaştırma olmasa dahi, asıl vekilin alt vekile ücret ödeme borcu gündeme gelir⁶².

Asıl vekilin bir diğer borcu, alt vekilin işin görülmesine ilişkin bir borç üstlenmesi veya sözleşmenin ifası sırasında bir zarara uğraması halinde, onu borçtan kurtarmaya veya uğradığı zararı karşılamaya ilişkindir. Yine alt vekâletin caiz olması durumunda yapmış olduğu harcamaları müvekkilden talep edebilecektir⁶³.

Vekâlet sözleşmesinden doğan bir diğer borç, müvekkilin vekile avans verme ve karşılık sağlama borcudur. AK m. 173/II' de avukatlar bakımından öngörülen bu borç TBK yer almadığından ayrıca kararlaştırılmadıkça diğer vekâlet sözleşmelerinde uygulama alanı bulmayacaktır. Alt vekâlet sözleşmesinin Avukatlık Kanunu'na dayalı olarak

⁶¹ Akipek s.155.

⁶² Akipek s.157; Özkaya s.22-23.

⁶³ Akipek s.159; Tandoğan s.577; Yavuz s.451.

kurulması durumunda, avukat olan alt vekilin avans istemesi ise ka-
nun gereğince mümkündür⁶⁴.

C. Alt Vekâlet Sözleşmesi Nedeniyle Asıl Vekil ile Müvekkil Arasındaki İlişkiler

1- Genel Olarak

818 S. TBK m. 390/III (6098 S. TBK m. 506/I)'de sayılan üç istisnai
durumdan birinin varlığı halinde, vekilin üstlendiği işi başkasına gör-
dürmesi olanaklıdır. Böyle bir durumda caiz olan vekâlet sözleşmesi
kurulmuş olacaktır. Söz konusu istisnai durumlardan hiçbirisinin bu-
lunmamasına rağmen kurulan alt vekâlet sözleşmesi ise caiz olmayan
bir vekâlet sözleşmesidir⁶⁵.

Her iki sözleşmenin bağımsız niteliğine ve alt vekâlet sözleşmesi-
nin vekilin asıl vekâlet sözleşmesi bakımından edim yükünü değiştir-
memesine rağmen, vekilin ediminin yerine getirilmesinde alt vekilin
rol oynaması asıl vekilin müvekkile karşı olan sorumluluğunu geniş-
letmektedir⁶⁶.

Yasa koyucu asıl vekilin yerine başkasını koymasının caiz olup ol-
mamasına göre sorumluluğunu farklılaştırarak 818 S. TBK m. 391/I
(6098 S. TBK m. 507/I) ve 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/
II)'de ayrı ayrı düzenlemiştir.

2. Caiz Olan Alt Vekâlette Vekilin Müvekkile Karşı Sorumluluğu

a) Sorumluluğun Genel Çerçevesi

Alt vekâletin caiz olması için 818 S. TBK m. 390/III (6098 S. TBK
m. 506/I)'de sayılan durumlardan birinin varlığı gerekir. Caiz olan alt
vekâlette vekilin sorumluluğu ise bir nevi özel hüküm niteliği taşıyan
818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II) ile düzenlenmiştir. Bu
hükme göre:

*“Vekil başkasını tevkiye salâhiyettar olduğu takdirde, yalnız salâhiyetini
kullanırken ve talimat verirken takayyüt ve ihtimam göstermekle mükelleftir”.*

⁶⁴ Akipek s.159-160; Günergök s.154 vd.

⁶⁵ Akipek s.160-161; Yavuz s.451.

⁶⁶ Akipek s.161 vd.

“Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür”.

Bu hüküm caiz olan tüm hallerde alt vekâlet bakımından uygulama alanı bulur⁶⁷. Bu hükümde 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) gereğince alelade yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğa nazaran hafifletilmiş bir sorumluluk öngörülmektedir. 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II) hükmüne göre, vekil alt vekili seçmekte ve ona talimat vermekte kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir; oysa 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) böyle bir kurtuluş kanıtı ileri sürme olanağı tanımamaktadır⁶⁸. Buna göre vekil caiz olan alt vekâlette, yerine işin gerektirdiği nitelikleri taşıyan (yetenekli, ödeme gücü olan, güvenilir vs.) bir kimseyi koymadığı ya da ona eksik veya yanlış talimat verdiği takdirde kendisine düşen özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiş olacaktır. Örneğin, bir doktorun tarihini önceden belirleyip üstlendiği by-pass ameliyatında yerine, işinde uzman ancak o dönemde alkol sorunları olduğunu bildiği bir meslektaşını sokması halinde, 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II) gereğince özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden ötürü sorumluluktan kurtulamayacağı kanısındayız.

Vekilin alt vekili seçmek ve ona talimat vermektan dahi sorumlu tutulamayacağına ilişkin şart veya kayıtlar vekâletin niteliğiyle bağdaşmayacağından geçerli olmaz⁶⁹. Doktrinde bir görüş⁷⁰, tarafların karşılıklı iradelerine öncelik tanınması ve her iki tarafın kabulü halinde sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olması gerektiği yönünde olsa da, biz de zaten hafif olan bu sorumluluğun böylelikle daha da hafifletilmesinin veya kaldırılmasının yerinde olmayacağı kanısındayız.

b) Sorumluluğun Hukuki Niteliği

818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II) ile getirilen hafifletilmiş sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

⁶⁷ Tandoğan s.466.

⁶⁸ Akipek s.163; Akkanat s.155; Erlüle s.263; Tandoğan s.466.

⁶⁹ Akipek s.177; Erlüle s.264; Gümüş (Vekil) s.173; Tandoğan s.467; Yavuz s.452-453.

⁷⁰ Fellman s.574.

Doktrinde bir görüş⁷¹, 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II) hükmünün 818 S. TBK m. 55 (6098 S. TBK m. 66) hükmü ile benzerlik arz ettiğini ifade etmektedir. Oysa 818 S. TBK m. 55 (6098 S. TBK m. 66) bir sebep sorumluluğu iken, 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II) çerçevesinde vekilin sorumluluğu alt vekilin seçimi ve ona talimat verilmesi ile sınırlandırılmış akdi bir sorumluluktur. Burada sorumluluk aslında vekilin kendi kusuruna dayanmaktadır. Vekilin objektif özen yükümünün ihlali vekâlet sözleşmesinin ihlaline yol açmaktadır. Fakat vekile alt vekili seçmede ve ona talimat vermede kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Bununla birlikte, sorumluluğun akdi sorumluluk olarak nitelendirilmesi, caiz olan alt vekâlette vekilin konumunu caiz olmayan alt vekâletteki nazarana ağırlaştırmakta ve bu da çelişkiye yol açmaktadır.

Doktrinde bir diğer görüş⁷², 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II)'de düzenlenen sorumluluğu 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) ile karşılaştırmaktadır. Bu anlamda caiz olan alt vekâlette alt vekilin sorumluluğu S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116)'e kıyasla, yumuşatılmış bir sorumluluktur. Yine bu fikre göre söz konusu sorumluluk hukuki niteliği itibarıyla sınırlandırılmış bir sebep sorumluluğu olarak ifade edilmekle birlikte, iş ilişkilerinin geliştiği ve yoğun bir şekilde yaşandığı günümüz modern dünyasında vekile farklı bir sorumluluk getirilmesinin de bir anlamı kalmamıştır. Bu anlamda hükmün kapsamı ve uygulama alanını daraltıcı şekilde yorumlamak doğru olur.

Son bir görüş ise⁷³, 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II)'nin akdi bir sorumluluk getirmediğini, olağan sebep sorumluluğunun bir türü olduğunu ileri sürmektedir. Ancak burada bir anlamda hafifletilmiş ve kolaylaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğundan⁷⁴ söz edilebilir. Vekilin sorumluluğu genel değil, alt vekilin seçimi ve ona talimat vermeye yönelik objektif özen yükümünün ihlaliyle sınırlı bir sorumluluktur. Bu sorumluluğun doğması için kusur aranmamaktadır; dolayısıyla bir kusursuz sorumluluk, bir olağan sebep sorumluluğu söz konusudur.

⁷¹ Fellmann s.567.

⁷² Cerutti s.110.

⁷³ Akipek s.172-173; Aynı yönde Gümüş (Vekil) s.173.

⁷⁴ Olağan sebep sorumluluğu, zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanan kusur sorumluluğunun yanısıra, zaman içinde zarara sebep olma düşüncesinden kaynaklanan farklı bir sorumluluk türü olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz Eren s.452 vd.

3. Caiz Olmayan Alt Vekâlette Vekilin Müvekkiline Karşı Sorumluluğu

a) Sorumluluğun Genel Çerçevesi

818 S. TBK m. 391/I'e göre; *"vekil salâhiyeti haricinde başkasını tevkil ettikte onun fülinden kendi yapmış gibi mes'uldür"*. Bu hüküm 6098 S. TBK m. 507/I'de ise şu şekildedir: *"Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fülinden kendisi yapmış gibi sorumludur"*.

Bu hüküm caiz olmayan alt vekâlet hallerinde uygulama alanı bulur. Vekil yetkisi olmadığı halde, ister kendi adına isterse müvekkili adına yaptığı bir sözleşmeyle sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ifası için yerine başkasını koymuş olsun, müvekkille arasındaki vekâlet sözleşmesine aykırı davranmış olur. Bu aykırı davranışının tüm sonuçlarından, bu arada yerine geçen kişinin eylemlerinden doğan zararlardan, hatta bu kişinin kusuru bulunmasa dahi sorumlu olur⁷⁵. Bu husus, 818 S. TBK m. 391/I (6098 S. TBK m. 507/I) hükmü olmasaydı dahi, sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel esaslardan çıkartılabildi.

Vekil alt vekilin davranışında bulunmuş olsaydı, onun bu davranışı özen ve sadakat borçlarına aykırılık teşkil edecek idiyse, doğan zarardan sorumlu tutulacaktır. Burada dikkate alınacak ölçüt, vekilin kişiliği ve nitelikleridir. Örneğin, caiz olmayan şekilde kendi yerine bir tıp öğrencisini bırakan tecrübeli bir doktor, öğrencinin tecrübeli bir doktordan beklenen özeni gösterememesi dolayısıyla sorumlu olacaktır. Asıl vekilin yerine geçen kimse bizzat asıl vekilden beklenebilecek özeni göstermiş ve buna rağmen arzu edilen sonuç gerçekleşmemişse, alt vekâlet caiz olmasa dahi asıl vekilin sorumlu tutulamayacağı ileri sürülmüştür. Ancak paylaştığımız görüş uyarınca⁷⁶, alt vekâletin caiz olmamasından dolayı bir sözleşme ihlali gerçekleşmiştir ve müvekkil zarara uğraması halinde 818 S. TBK m. 96 (6098 S. TBK m. 112)'daki genel hükmü işleterek asıl vekile gidebilmelidir.

Alt vekâlet caiz olmasa bile alt vekil vekâletin yöneldiği sonucu meydana getirmişse, sorumluluk gündeme gelmez; zira vekâletten doğan iş görme borcu gereği gibi ifa ile sona ermiştir. Müvekkilin bu ifayı, sadece caiz olmayan bir alt vekâlet söz konusu olduğu için kabulden kaçınması TMK m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kurallarına aykırı olur⁷⁷.

⁷⁵ Becker s.711; Tandoğan s.465.

⁷⁶ Akipek s.180 dpn. 95; Tandoğan s.465.

⁷⁷ Erlüle s.262; Tandoğan s.465.

b) Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Caiz olmayan alt vekâlette, asıl vekilin müvekkiline karşı sorumluluğu bir kusursuz sorumluk türüdür⁷⁸. Vekil alt vekilin kusuru olmasa dahi, müvekkile karşı onun eylemlerinden sorumludur. 818 S. TBK m. 391/I (6098 S. TBK m. 507/I)'in lafzı çerçevesinde, asıl vekilin sorumluluğunun onun yerine iş görenin kusurlu fiilleriyle sınırlandırılmış olduğu yönünde bir anlam çıksa da, esasen bu hükmü dar yorumlamamak gerekir. Yani sorumluluğun doğması için alt vekilin kusurlu davranması şart değildir. Doktrinde⁷⁹ 818 S. TBK m. 391/I (6098 S. TBK m. 507/I)'in 818 S. TBK m. 96 (6098 S. TBK m. 112)'nın özel bir uygulama alanı olduğu ileri sürülmektedir. Zira bu hüküm olmasaydı bile sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel kurallardan hareketle aynı sonuca varmak mümkün olurdu.

818 S. TBK m. 391/I (6098 S. TBK m. 507/I)'in, 818 S. TBK m. 96 (6098 S. TBK m. 112) ve 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) ile ilişkisi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁸⁰, vekil caiz olmayan şekilde alt vekil kullanmışsa hem 818 S. TBK m. 96 (6098 S. TBK m. 112) hem de 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) gereğince sorumlu olacaktır. 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) hükmüne gidilebilmesi vekilin kusurlu olmadığı durumlarda da sorumlu tutulması açısından önem taşır. Vekilin bu anlamda sorumluktan kurtulması ancak işi başkasına gördürmenin caiz olduğu yönünde mazur görülebilir bir hataya düşmüş olduğunu kanıtlaması ile mümkün olur.

Doktrinde baskın görüş⁸¹ ise, 818 S. TBK m. 96 (6098 S. TBK m. 112)'yı genel hüküm olarak nitelendirmekte ve hükmün sadece borçlunun kendi eylemlerinden sorumluluğuna ilişkin uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle işin bir başkasına gördürülmesi durumunda sorumluluk 818 S. TBK m. 96 (6098 S. TBK m. 112) gereğince değil, ama 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) ve 818 S. TBK m. 391/I (6098 S. TBK m. 507/I) gereğince gerçekleşecektir. 818 S. TBK m. 391/I esasen 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116)'ün

⁷⁸ Akipek s. 180; Erlüle s.263; Fellmann s.554; Tandoğan s.465.

⁷⁹ Akipek s. 181; Erlüle s.263; Tandoğan s.465.

⁸⁰ Derendiger, Peter: Die Nicht-und die Nichtrichtige Erfüllung des Einfachen Auftrages, Aufl.2, Freiburg 1990, Nr.299.

⁸¹ Cerutti s.116; Hofstetter s.95-100; Fellmann s.561.

özel bir uygulama şeklidir; bu nedenle de bu özel hüküm varken 818 S.TBK md.96'ya (6098 S.TBK m.112) ve 818 S. TBK m. (6098 S. TBK m. 116)'e gitmeye gerek yoktur. 818 S. TBK m. 391/I(6098 S.TBK m.507/I) yorumlanırken uygun düştüğü ölçüde 818 S. TBK m. 100 (6098 S. TBK m. 116) için geliştirilen görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanılabilir⁸².

Konuya ilişkin bir diğer görüş⁸³ ise 818 S. TBK m. 391/I (6098 S. TBK m. 507/I)'in bir olağan sebep sorumluluğu türü olduğunu ifade etmektedir. Vekilin anılan hüküm gereğince sorumlu olabilmesi için, burada bir olağan sebep sorumluluğunun varlığı gerektiğine göre, objektif özen yükümünü ihlal etmesi gerekir. Objektif özen yükümünü ihlal etmediğine dair bir kurtuluş kanıtı getirmesi ise mümkün değildir. Bu anlamda ancak alt vekil atamanın caiz olmamasında kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

D. Alt Vekâlet Sözleşmesi Nedeniyle Alt Vekil ile Müvekkil Arasındaki İlişkiler

1. Müvekkilin Alt Vekile Karşı Sahip Olduğu Doğrudan Talep Hakkı

a) Doğrudan Talep Hakkının Genel Çerçevesi

Asıl vekâlet sözleşmesinin taraflarını müvekkil ile asıl vekil oluştururken, alt vekâlet sözleşmesinin taraflarını asıl vekil ile alt vekil oluşturur. Asıl vekil her iki sözleşmenin de tarafıdır, buna karşılık müvekkil ile alt vekil arasında kural olarak bir hukuki ilişki yoktur. Ancak yasa koyucu 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III) hükmüyle bu ilişkiyi bizzat kurmuştur. 818 S. TBK m. 391/III'e göre; *"her iki surette vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları müvekkil, doğrudan doğruya o şahsa karşı dermeyan edebilir"*. Bu hüküm, 6098 S. TBK m. 507/III' de şu şekilde ifade edilmiştir: *"Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir"*.

Böylelikle müvekkile alt vekile karşı ileri sürebileceği doğrudan bir talep hakkı yasa eliyle tanınmış olmaktadır. Aralarında hukuki ilişki bu-

⁸² Aral s.412-413.

⁸³ Akipek s.182 vd.

lunmayan taraflar arasında doğrudan talep hakkı pozitif hukukumuzda sadece alt kira (818 S. TBK m. 259/III; 6098 S. TBK m. 322) ve alt vekâlet (818 S. TBK m. 391/III; 6098 S. TBK m. 507/III) için öngörülmüştür.

b) Doğrudan Talep Hakkının Kapsamı

818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III)'e göre, müvekkilin kendisinin vekile karşı haiz olduğu hakları değil, ancak vekilin alt vekilden talep edebileceği hususları doğrudan alt vekile karşı ileri sürmesi mümkündür. Demek ki müvekkilin alt vekile ileri sürebileceği talep hakkının çerçevesi kural olarak vekilin alt vekâlet sözleşmesinden doğan haklarına göre belirlenecektir.

Müvekkilin alt vekile karşı olan hakları vekâletin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan tazminat talebiyle sınırlı değildir. Müvekkil alt vekilden vekâletin gereği gibi ifasını isteyebilir, ona talimat verebilir, onu her zaman azledebilir, ondan hesap istemeye ve vekâletin ifası dolayısıyla aldığı şeylerin kendisine iadesini istemeye ve alt vekilin iflası halinde onun kendi hesabına iktisap ettiği şeyleri masasından ayırmaya yetkilidir⁸⁴.

Müvekkil alt vekille olan ilişkisinde vekilin alt vekile karşı sahip olduğunun ötesinde hak iddiasında bulunamaz. Alt vekil ise alt vekâlet sözleşmesine ilişkin bütün itiraz ve def'ilerini müvekkile karşı da ileri sürebilir⁸⁵.

Doğrudan Talep Hakkının Uygulama Alanı

818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III) hükmünde “*vekilin ikame ettiği şahsa (vekilin kendi yerine koyduğu kişiye)*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle vekilin yerine bir başkasını koymasının gerekmektedir. Vekilin iş görme borcunun ifasında yardımcı kişilere başvurusu, yerine başkasını ikame etmeye eş tutulamayacağından söz konusu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir⁸⁶.

İkame vekâlet açısından da bu hükmün uygulanırlığı yoktur. Vekilin sahip olduğu yetkiye dayanarak, “müvekkili adına” yaptığı bir sözleşmeyle vekâletin ifası için yerine başkasını koymasının (ika-

⁸⁴ Tandoğan s.474.

⁸⁵ Akipek s.191 vd.

⁸⁶ Bkz. Akipek s..195-196; Hatemi/ Serozan/ Arpacı s.419.

me vekâlet) , zaten müvekkil ile ikame vekil arasında doğrudan bir vekâlet sözleşmesi kurulmuş olmaktadır⁸⁷. Müvekkil doğrudan ikame vekil ile arasındaki sözleşme ilişkisine dayanabileceğinden ayrıca korunmasını gerektirir bir durum yoktur⁸⁸.

Bu itibarla 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III) hükmü vekilin işi başkasına gördürme şekillerinden sadece alt vekâlet için gündeme gelecektir. Zira alt vekâlette müvekkil ile alt vekil arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Müvekkilin bu nedenle bir zarara uğraması olasılığına karşın korunması ihtiyacını anılan hüküm yerine getirmeye elverişlidir. Caiz olmayan alt vekâlette doğrudan talep hakkı özellikle asıl vekilin ödemededen acze düşmesi veya iflası gibi hallerde müvekkil için bir nevi can simididir⁸⁹. Doğrudan talep hakkının kullanılması özellikle caiz olan alt vekâlet bakımından büyük önem arz eder. Zira caiz olan alt vekâlette 818 S. TBK m. 391/II (6098 S. TBK m. 507/II) hükmüyle asıl vekilin sorumluluğu hafifletilmiş, müvekkile tazminat ödemekten kurtulması kolaylaşmıştır.

d) Doğrudan Talep Hakkının Hukuki Niteliği

Doktrinde doğrudan talep haklarının hukuki niteliğine ilişkin olarak birçok farklı görüş ileri sürülmüştür:

aa) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Görüşü

Gautschi'nin önderliğini yaptığı bir görüş⁹⁰, müvekkilin 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III) uyarınca alt vekile karşı sahip olduğu doğrudan talep hakkının hukuki niteliğini "üçüncü kişi yararına sözleşme" kurumuyla açıklamaya çalışmıştır. Buna göre, vekil ile alt vekil arasında kurulan alt vekâlet sözleşmesi özünde müvekkil lehine akdedilmiş bir sözleşmedir. Müvekkil bu sözleşmeye ve 818 S. TBK m. 111/II'ye (6098 S. TBK m. 128) dayanarak alt vekile karşı doğrudan doğruya ifayı ve ifa etmeme durumunda ise tazminat talep edebilecektir⁹¹.

⁸⁷ Erlüle s.264.

⁸⁸ Tandoğan s.469; Akipek s.197.

⁸⁹ Acar s.185; Akipek s.198.

⁹⁰ Gautschi, Georg: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Abt.II, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Tbd.IV, Der Einfache Auftrag, Art.394-406 OR, Aufl.3, Verlag Stämpfli, Bern 1971, Art.399, Nr.10 a.

⁹¹ Tandoğan bu görüşü pek yerinde bulmamıştır; zira eğer alt vekil müvekkilin

bb) Kanuni Temlik Görüşü

*Jaussi ve Becker*⁹², 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III)'ün, 818 S. TBK m. 393/I'de (6098 S. TBK m. 509) öngörülen kanuni temlik özel bir uygulama şekli olduğu görüşündedirler. Buna göre, vekilin kendi adına müvekkili hesabına yaptığı sözleşmeden doğan haklar, müvekkil vekile karşı olan borçlarını yerine getirdiği zaman kanunen müvekkile geçer ve böylece müvekkil bu hakları doğrudan doğruya alt vekile karşı ileri sürebilir.

cc) Kanuni Borç Görüşü

Oser / Schönerberger'e göre⁹³, 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III)'de bir kanuni borç, tek tarafa hak bahşeden bir borç ilişkisi karşısında bulunmaktadır. Bu ilişkiden müvekkil lehine doğan alacak haklarının içeriği ve kapsamı, vekille alt vekil arasındaki borç ilişkisinin içeriğine ve kapsamına tabidir; müvekkil alt vekile karşı vekilin haiz olduğu hakların aynısına sahiptir.

Doktrinde bu durumda bir alacaklı teselsülünün varlığından da söz edilmektedir⁹⁴.

dd) Doğrudan Talep Görüşü

Yavuz'a göre⁹⁵, müvekkilin alt vekile karşı doğrudan talep hakları "doğrudan talep" hukuki niteliğindedir. Gerçekten yapılan hukuki muamelenin başkası için hükümler meydana getirmesinin tek sebebi kişinin iradesi değildir. Kanun hükümleri de, sözleşmelerin başkasının menfaatini nazara alarak, başkası için hükümler meydana getirmesini sağlayabilir. Doğrudan taleplerde durum böyledir. Doğrudan talep, belirli bir alacaklı lehine o alacaklının borçlusunun belirli bir borçlusuna karşı tanınır ve ona, diğer alacaklıların iddiası ne olursa olsun, borçlusundan olan alacağının değerini kendisi için muhafaza

varlığından haberdar değilse, burada tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığından söz edilemeyecektir (Tandoğan s.472).

⁹² Jaussi s.38; Becker s.708 vd; Tandoğan'a göre bu görüşe de katılmak mümkün değildir, zira vekilin müvekkile karşı herhangi bir alacağı doğmadan da, müvekkil alt vekile karşı 818 S.TBK md.391/III (6098 S.TBK m.507/III) hükmüne dayanarak vekâleti sadakat ve özenle ifa etmesi talebinde bulunabilir (Tandoğan s.473).

⁹³ Oser/Schönerberger s.2145.

⁹⁴ Akipek s.208 vd; Tandoğan s.473; Acar s. 186 vd.

⁹⁵ Yavuz s.451 vd; Erlüle s.266.

etmesini temin eder. Böylelikle, bir alacaklı borçlusunun borçlusuna karşı kendi adına doğrudan doğruya başvurabilme yetkisine sahip olmaktadır. Doğrudan talepler bir kanun hükmü gereği olarak, başkası için alacaklar meydana getiren bağımsız bir hukuki kategori oluşturmaktadır ve 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III) hükmü de bu kategori içinde değerlendirilerek gerçek hukuki niteliğine kavuşmuş olacaktır⁹⁶.

2. Alt Vekilin Müvekkile Karşı Sorumluluğu ve Hakları

a) Alt Vekilin Müvekkile Karşı Sorumluluğu

Alt vekil ile müvekkil arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da, yasa koyucunun müvekkile tanıdığı doğrudan talep hakkı sebebiyle alt vekil müvekkile karşı sorumlu hale gelmiştir. Alt vekil bu durumda hem sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu asıl vekile, hem de doğrudan talep hakkı nedeniyle müvekkile karşı sorumludur. Bu sorumluluk kuşkusuz kötü ifa veya ifa etmeme nedeniyle tazminat ile sınırlı değildir. Ayrıca alt vekil alt vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan tüm yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde hem müvekkil, hem de kendi müvekkili olan asıl vekil buna ilişkin alt vekilden talepte bulunabileceklerdir. Bu ikisinden birinin talebiyle yükümlülüğünü yerine getiren alt vekile karşı artık diğeri talepte bulunamayacaktır⁹⁷.

Alt vekil, müvekkile karşı ayrıca vekâletsiz iş görme hükümleri gereğince de sorumludur⁹⁸.

Alt vekilin haksız fiili nedeniyle de hem müvekkile hem de asıl vekile karşı sorumlu olabilecektir. Asıl vekil ile alt vekilin ortak kusurlarıyla müvekkile zarar vermeleri durumunda müvekkile karşı haksız fiil nedeniyle müteselsilen sorumlulukları gündeme gelecektir⁹⁹.

⁹⁶ Fransız hukuk sisteminde kabul edilen “doğrudan talep” kavramı henüz Türk-İsviçre hukukunda bağımsız bir hukuki kategori olarak bilinmemektedir. Zaman içinde hukukumuzda bu kavramın benimsenmesiyle sorunun giderilebileceğini düşünmekle birlikte, o döneme kadar doğrudan talep hakkının “kanuni borç” olarak nitelendirilmesi uygun olacaktır. Böylelikle müvekkile hak tanıyan, yasadan kaynaklanan bir borç ilişkisi ortaya çıkacaktır (Akipek s.213).

⁹⁷ Akipek s.219.

⁹⁸ Akipek s.213.

⁹⁹ Hofstetter s.107; Tandoğans.471; Akipek s.220.

*b) Alt Vekilin Müvekkile Karşı Hakları**aa) Caiz Olan Alt Vekâlette*

Doktrinadaki baskın görüş¹⁰⁰, alt vekilin vekâletin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yaptığı masrafların ödenmesi, giriştiği borçların üstlenilmesi, uğradığı zararların tazmini ve hak kazandığı ücret konusunda asıl müvekkile karşı herhangi bir hak ileri sürmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Zira 818 S. TBK m. 391/III (6098 S. TBK m. 507/III) sadece müvekkil lehine alacak hakkı sağlamaktadır. Alt vekil bu konuda kural olarak ancak sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu asıl vekile başvurmalıdır. Burada alt vekil açısından oldukça adaletsiz bir durum yaratılmaktadır. Bu adaletsizliği gidermek için çeşitli çözüm yolları yaratılması mümkündür. Alt vekil ile müvekkilin anlaşması halinde, alt vekil haklarını müvekkile karşı ileri sürmesi mümkün olabilecektir. Bu anlamda asıl vekâlet sözleşmesi üçüncü şahıs yararına akdedilebilir ya da müvekkil bu konuda taahhüt altına girmiş olabilir. Yine asıl vekil ile müvekkilin ücret ödeme borcunu müteselsilen üstlenmeleri mümkündür¹⁰¹.

bb) Caiz Olmayan Alt Vekâlette

Caiz olmayan alt vekâlette asıl vekil yetkisi olmadığı halde, bir alt vekil atamaktadır. Bu nedenle genellikle caiz olmayan vekâletsiz iş görme çıkacaktır. Buna göre, alt vekil masraflarını, borçtan kurtulmasına ve zararın tazminine ilişkin alacaklarını iş sahibi olan müvekkile karşı 818 S. TBK m. 414/II (6098 S. TBK m. 530) uyarınca ancak onun işten doğan faydaları elde ettiği oranda ileri sürebilecektir¹⁰².

VII. ALT VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Vekâlet sözleşmesinin sona ermesi sebepleri, genel olarak bünyesine uygun düştüğü ölçüde alt vekâlet sözleşmesinin sona ermesinde de geçerlidir. Bunun dışında, alt vekâlet sözleşmesinin sona ermesi, asıl vekâlet sözleşmesinin sona erip ermemesi bakımından önem arz edebilir¹⁰³.

¹⁰⁰ Erlüle s.267; Tandoğan s.476; Uygur s.8669-8670.

¹⁰¹ Akipek s.227; Uygur s.8669-8670.

¹⁰² Erlüle s.268.

¹⁰³ Akıncı s.90-91.

Alt vekâlet sözleşmesi sona erse bile, asıl vekâlet sözleşmesi hükümlerini doğurmaya devam edebilir. Böyle bir durumda asıl vekil işi ya kendi görür ya da görecek başka birisini bulur¹⁰⁴. Asıl vekilin bu durumda ifa imkânsızlığına düşmesi kanımızca günümüz modern dünyasının şartlarını dikkate alırsak nispeten zayıf bir ihtimaldir. Alt vekâlet sözleşmesi devam ederken, asıl sözleşme sona ererse, böyle bir durumda sıkıntıya düşecek olan kuşkusuz asıl vekildir. Bu durumda vekil alt vekili azlederek sözleşmeyi sona erdirebilir¹⁰⁵ ve alt vekile tazminat ödenmesi gündeme gelebilir. Böyle sorunlu durumlarla karşı karşıya gelmek istemeyen asıl vekile geciktirici veya bozucu şart kullanarak sözleşmeleri birbirine bağlama yoluna gitmesi önerilir¹⁰⁶.

Zincirleme alt vekâlet ilişkilerinin varlığı halinde ise, örneğin alt vekâlet verenlerden birisinin ölümü halinde, kendisine alt vekâlet verilmiş olanlar müvekkilin vekili konumunda oldukları için, ölen alt vekilin daha önceden kurmuş olduğu vekâlet ilişkisinin de sona ermesi sonucunu doğurmaz¹⁰⁷.

SONUÇ

Vekil, kural olarak sözleşme konusu işi bizzat kendisi ifa etmek zorundadır. Ancak bazı istisnai hallerde, kanun vekile üstlendiği iş görme edimini başkasına yaptırma imkânı vermektedir. 818 S. TBK m. 390 (6098 S. TBK m. 506) 'dan çıkarılan bu kural aslında vekâlet sözleşmesinin temelinde yatan yoğun güven duygusundan kaynak-

¹⁰⁴ Akıncı s.91; Akipek s.105.

¹⁰⁵ "Bu bağlamda asıl tartışılması gereken hususlardan birini de, asıl iş sahibinin, alt vekilden, kendisine alt vekâlet vermiş olanın azledilmesini isteyip isteyemeyeceği oluşturur. Alt vekâlette, alt vekilin sahip olduğu yetki, kapsam itibarıyla kendisine alt vekâlet vermiş olanıkiyle sınırlı olup; bu iç vekâlet ilişkisini de alt vekâlet vermiş olan (vekil) kurduğuna göre, söz konusu hukuki bağı, kurulan ilişkinin doğası gereği azil yoluyla sona erdirmeye hakkı, ancak alt vekâlet vermiş olana (vekile) ait bulunacaktır; alt vekil ise, bu iç vekâlet ilişkisinde üstlenmiş olduğu rolün gereği, ancak ilişkiyi istifa yoluyla sona erdirebilir; onun azil hakkının bulunduğundan söz edilemez. Fakat, asıl iş sahibinin, alt vekilden, kendine alt vekâlet vereni azletmesini istemesi, yeni bir işlemin icrası için alt vekile yeni bir temsil yetkisi ya da vekâlet vermesi anlamına geleceğinden; alt vekil, bu çerçevede asıl iş sahibi ile kendisi arasında kurulan yeni vekâlet ilişkisi bağlamında, iş sahibi adına, bu azil işlemini gerçekleştirebilecektir" (Tanrıver s.29-30).

¹⁰⁶ Akipek s.266.

¹⁰⁷ Larenz s.603-604; Tanrıver s.30.

lanmaktadır. Bununla beraber 818 S. TBK m. 390/III (6098 S. TBK m. 506/I) hükmü işin vekil tarafından bizzat görülmesine istisnalar da getirmiştir. Uygulamada vekilin yerine başkasını koyması çeşitli şekillerde mümkün olabilmekle beraber, en sık karşılaşılan kurum çalışma konumuzu oluşturan alt vekâlettir.

Alt vekâlet, vekilin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan iş görme ediminin kısmen veya tamamen ifasını “kendi adına” yaptığı bir sözleşmeyle bir üçüncü kişiye bırakmasıdır. Alt sözleşme hukuken olmasa da fiilen başka bir vekâlet sözleşmesinden kaynaklanır. Asıl sözleşme- alt sözleşme ilişkisinin doğabilmesi için her iki sözleşmenin karakteristik edimleri ve içerik bakımından benzeşmesi ve aralarında fiili bir bağ bulunması gerekir.

Alt vekâlet asıl sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun alt sözleşmenin karakteristik edim alacaklısı konumunda olduğu sözleşmeler arasındadır. Alt vekâlet sözleşmesinin bir diğer temel özelliği, sözleşmenin konusunun kısmen veya tamamen asıl vekâlet sözleşmesini konusu ile aynı olmasıdır. Bu nedenle alt vekâlet sözleşmesi asıl müvekkilin çıkarına sonuçlar doğuran bir sözleşmedir. Kanımızca bu kıstas aynı zamanda alt vekâleti diğer benzerlik gösteren hukuki kurumlardan ayırma konusunda da belirleyici nitelik taşır.

Alt vekâlet sözleşmesi asıl vekil ile alt vekil arasında kurulur ve tipik bir vekâlet sözleşmesi özelliği taşır. Tek fark bu sözleşmedeki karakteristik edimin kısmen veya tamamen asıl sözleşme konusu edim ile aynı olmasıdır, yani sözleşmenin alt sözleşme niteliğini taşımasıdır. Bundan dolayı her iki sözleşmenin de birbirleri üzerinde doğrudan veya dolaylı etkileri vardır. Alt vekâlet sözleşmesinin alt sözleşme olarak varlığı bir asıl sözleşmeyi gerektirse de, asıl sözleşmenin her daim alt sözleşmeden önce kurulmasının şart olmadığını düşünmekteyiz.

Alt vekil ile müvekkil arasındaki ilişkiler ele alındığında, bu iki tarafın aralarında sözleşme ilişkisinin kurulmadığı görülür. Zira her ikisi de farklı ve birbirinden bağımsız sözleşmelerin tarafıdır. Taraflar arasında bir sözleşme olmasa da, taraf oldukları sözleşmelerin fiili bağılılığı ve etkileşimi yasa koyucunun kanun eliyle bu taraflar arasında bir bağ kurmasına yol açmıştır. Bu kapsamda müvekkile önemli bir imkân yaratılmış, alt vekile karşı ileri sürebileceği doğrudan talep hakkı tanınmıştır.

Uygulamada özellikle hukuk, tıp ve bankacılık gibi alanlarda karımıza çıkan alt vekâlet büyük önem taşımaktadır. Asıl vekil, bu iki sözleşmenin kendisine yansıyan dolaylı etkilerinden olumsuz etkilenmemek için asıl sözleşme ile alt sözleşmeyi birbirine bağlama yoluna gidebilir. Bunun yanında müvekkilin yasa koyucunun kendisine bir lutfu olan doğrudan talep hakkını yerinde ve zamanında kullanması, sözleşmelerin sağlıklı şekilde devam etmesi açısından büyük önem taşır. Dünyadaki gelişmelerin bir sonucu olarak, günümüzde uzmanlaşmanın zorunlu hale geldiği birçok alanda, işlerin uzmanları tarafından daha hızlı görülmesini sağlamak amacıyla alt vekâlet kurumunun daha da yaygınlaştırılması yerinde olacaktır.

KAYNAKLAR*

- ACAR, Faruk: Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Telsül, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- AKINCI, Şahin: Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınları, Konya 2004.
- AKİPEK, Şebnem: Alt Vekâlet, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.
- AKKANAT, Halil: Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.8, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010
- BAŞPINAR, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, B.2, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004.
- BECKER, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No:24, Yargıtay Yayınları, Ankara 1993, (çev. Suat DURA).

* Bibliyografyada kısaltılmış şekilleri ayrıca gösterilmeyen eserler, metinde, yazarların soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar, ilgili kaynağın yanında parantez içinde ayrıca gösterilmiştir.

- CERUTTI, Romeo: Der Untervertrag, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1990.
- DERENDİGER, Peter: Die Nicht-und die Nichtrichtige Erfüllung des Einfachen Auftrages, Aufl.2, Freiburg 1990.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.10, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- ERLÜLE, Fulya: "Alt Vekalet", Prof.Dr.Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1999, s.259 vd.
- ESENER, Turhan: Mukayeseli ve Hususiyle Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Sâlahiyete Müstenit Temsil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1961.
- FELLMANN, Walter: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Der einfache Auftrag, Art.394-406 OR, Verlag Stämpfli, Bern 1992.
- GAUTSCHI, Georg: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Abt.II, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Tbd.IV, Der Einfache Auftrag, Art.394-406 OR, Aufl.3, Verlag Stämpfli, Bern 1971.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 (Vekil).
- GÜNERGÖK, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- HOFSTETTER, Josef: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag: Schweizerisches Privatrecht, Bd.VII/2 (Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhaeltnisse), herausgegeben von Frank Vischer, Basel 1979.

- HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Aufl.3, Helbing-Lichtenhahn Basel-Genf-München 2003.
- JAUSSI, Nelli: Die Auftragssubstitution Nach Schweizerischem Obligationenrecht, Zürich 1926.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.13, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, B.21, Ankara 2010.
- LARENZ, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Aufl.6, Verlag C.H.Beck, München 1983.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.4, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- OSER, Hugo / SCHÖNENBERGER, Wilhelm : Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2.Teil (Halband), Aufl.2, Schultheß, Zürich 1936 (Oser/Schönenberger).
- ÖZKAYA, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınevi, B.2, Ankara 2005.
- SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral: Avukatlık Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2006.
- ŞENOCAK, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara 1995.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.
- TANRIVER, Süha: Noterlik Açısından Vekalet (Temsil), B.2., Adalet Yayınevi, Ankara 2001.
- UYGUR, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.VII, B.2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

- von BÜREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1972.
- YALÇINDURAN, Türker: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000.
- YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.8, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.
- YAVUZ, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1983 (Dolaylı Temsil).
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B.11, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

“CATCH-ALL” SİYASİ PARTİLER

CATCH ALL POLITICAL PARTIES

Sançar Sefer SÜER*

Özet : Siyasi parti sistemleri ve tipolojileri, 20. yüzyılın başlarından itibaren, bilim adamları tarafından tasnife çalışmıştır. Bu çalışmalar içinde, Kirchheimer’in “catch-all” teorisi, parti sistemlerinde günümüzde gerçekleşen birçok değişikliğe ışık tutabilecek niteliktedir.

Siyasi partilerde ideolojik söylemlerin yumuşatılması, geleneksel sınıfsal taban dışındaki kitlelere açılım, örgütün ve üyelerin önemini kaybetmesi ve partilerin merkeze ve birbirlerine yaklaşması olarak özetlenebilecek catch-all partileşme sürecini Kirchheimer’in kaçınılmaz bir gidişat gibi algılaması, öğretilerde eleştirilmiştir. Birçok ülkede, catch-all eğilimli partiler görülmekle birlikte, her yönüyle Kirchheimer’in tarifine uyan bir catch-all parti bulmak imkansız gibi görünmektedir. Ancak, Kirchheimer’in elindeki veriler itibarıyla vardığı sonuçların doğru olduğu görülmektedir.

Diğer yandan, catch-all eğilimli partilerin siyasi katılma ve siyasi devşirme bakımından kitlelere açık olmamaları, siyaseti sırf iktidara gelme ve devlet yönetme vasıtası olarak görmeleri, kitlelerin beklenti ve fikirlerinin seslendirilmesi konusunda hassasiyet taşımamaları, vatandaşların demokratik düzenden beklentilerinin karşılanması noktasında zafiyet doğurabilecek hususlar olarak göze çarpmaktadır.

Batı Avrupa ve ABD’de başlıca örnekleri görülen “catch-all” partilerin, ülkemizde de örneklerinin bulunduğu genel kabul görmektedir.

Anahtar Kelimeler : Siyasi partiler, siyasi parti tipolojileri, parti sistemleri, catch all parti, herkesi kucaklayan parti, Kirchheimer

Abstract : Political party systems and typologies have been tried to be classified by scholars as of early 20th century. Among these studies, “catch-all” theory by Kirchheimer may shed light to some contemporary evolvments in party systems.

Kirchheimer’s perception of “catch-all” process -which can be summarised as softening of ideological rhetoric at political parties, expansion to masses other than traditional class-based electorate, loss of importance of party members and convergence of parties to the center as well as each other – as an unavoidable course has been criticized in the doctrine. Although one may find catch-all tended parties in many countries, it is still nearly impossible to find a party that fits strictly to Kirchheimer’s depiction. However, we should give Kirchheimer his due by admitting that his conclusions are well matched to the data at his hand.

* TOBB Ticaret ve TIR Dairesi Başkanı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

On the other hand, some main trends mostly seen at catch-all tended parties, like, the lack of openness to masses as regards of political participation and political recruitment, perceiving politics solely a mean for governing, carrying no sensibility for the expectations and voicing the ideas of masses are seen as issues that raise concern as to satisfy the expectations of citizens from a democratic society.

It is generally accepted that, "catch-all" parties, whose major examples have been seen at USA and Western Europe, have also samples in Turkey.

Keywords : Political parties, political party typologies, party systems, catch all party, Kirchheimer

I. GİRİŞ

Devletlerin, bilinen insanlık tarihi içinde yaklaşık 5 bin yıllık bir geçmişleri olmasına rağmen¹, siyasi partiler, nispeten çok yeni olup, en fazla son 200 yıl içinde gelişmişlerdir². Bununla birlikte, günümüzde, siyasi partilerin, çağdaş siyasi rejimlerin temel unsurlarından olduğu genel kabul görmektedir. Nitekim, Duverger'in meşhur "özdeyişi" ile ifade etmek istersek, "Klasik anayasa hukukunu bilen, fakat partilerin rolünü bilmeyen bir kimse, çağdaş siyasal rejimler hakkında yanlış bir fikir sahibidir; partilerin rolünü bilen, fakat klasik anayasa hukukunu bilmeyen bir kimse ise, çağdaş siyasal rejimler hakkında eksik fakat doğru bir fikir sahibi olur"³.

Başta demokrasiler olmak üzere, otoriter ve totaliter sistemlerde, "siyasi parti" terimi az veya çok benzer işlevleri yerine getirmekte olan grupları ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu nedenle, modern demokrasi, partiler demokrasisi olarak nitelendirilmekte, günümüzde, partilere dayanmayan bir demokratik devlet örneği bulunmamakta, bunun da ötesinde partisiz rejimlere ancak bazı geleneksel ve az gelişmiş toplumlarda rastlanmakta olduğu ifade edilmektedir⁴. As-

¹ İlk devletlerin M.Ö. 3000 yıllarında Mezopotamya ve Mısır'da ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bkz. GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ekim 2009, s.41-43.

² Duverger, tarihte "parti" olarak adlandırılan farklı grupların, modern demokrasilerdeki geniş halk örgütlenmeleriyle "hısım" olduklarını, bütün bu kurumların fonksiyonunun siyasal iktidarı ele geçirmek olduğunu, fakat bunların özdeş olmadıklarını, gerçek anlamda partilerin, 1850 yılında bile, Amerika dışında, dünyada tanınmadığını ifade etmektedir. Bkz. DUVERGER, Maurice, *Siyasi Partiler*, çev. Ergun Özbudun, Bilgi Yayınevi, İkinci Basım, Mayıs 1974, Ankara, s.15.

³ DUVERGER, s.453.

⁴ ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,

lında, çoğulcu toplumu oluşturan gruplardan yalnızca bir tanesi olan siyasi partiler, kadro ve örgüt bakımından daha geniş olmaları, hemen hemen bütün toplum ve devleti ilgilendiren bir siyasal programa dayanmaları ve doğrudan siyasi iktidarı ele geçirmeyi amaçlamaları bakımından diğer gruplardan ayrılmakta ve ifa ettikleri işlevleri bakımından da vazgeçilmez hale gelmektedir⁵.

Çağdaş rejimler için önemini açıkladığımız siyasi partiler, kısaca “halkın desteğini sağlamak suretiyle devlet mekanizmasının kontrolünü ele geçirmeye veya sürdürmeye çalışan, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip siyasal topluluklar” olarak tanımlanmaktadır⁶. Bu çerçevede, siyasi partiler, siyasal katılma, menfaatlerin birleştirilmesi, siyasal devşirme, devlet yönetimi gibi işlevleri yerine getirmektedirler.

Bu durum, siyasi partilerin, çeşitli yönlerden tasnifini de gerekli kılmıştır. Esasen siyasi parti sistemleriyle ilgili teorik çalışmalar da, ancak 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır. Bu çalışmalara örnek olarak, Michels ve Ostrogorsky'nin eserleri verilmektedir. Ancak, adı geçen yazarların çalışmalarından sonra, yarım yüzyıla yakın benzeri bir eser ortaya konulmadığı ve bu eserlerin teknik anlamda birer teori denemesi olmadığı, bir siyasi parti sistemi teorisine yönelik ilk çalışmanın Duverger'nin Siyasal Partiler isimli kitabında yer aldığı da ifade edilmektedir⁷.

Duverger'ye göre, siyasi partiler, kadro (*cadre*) ve kütle (*mass*) partileri olarak iki temel kategoride incelenmektedir⁸. Bunlar arasındaki ayrım üye sayılarına dayanmaz, büyüklük değil yapı farkı söz konusudur. Kütle partileri için üye devşirme, siyasal ve mali yönden

1993, s.65 (ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku olarak anılacaktır).

⁵ KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.272-273.

⁶ ÖZBUDUN, Ergun, *Siyasal Partiler*, İkinci Bası, AÜHF Yayınları No. 409, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s.4 (ÖZBUDUN, Siyasal Partiler olarak anılacaktır). Ancak, öğretilerde farklı birçok parti tanımı bulunmakta olup, tek-partinin siyasi parti sayılıp sayılmaması, örgütsel ve yapısal özellikler, devlet mekanizmasının kontrolünü ele geçirme yöntemleri gibi esaslı noktalarda ayrımlar mevcuttur. Bkz. ÖZBUDUN, *Siyasal Partiler*, s. 2-4. Farklı tanım örnekleri için bkz. MUTLU, Ozan, *1982 Anayasası ve Siyasal Partiler Kanunu'na Göre Parti İçi Demokrasi*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 3-4.

⁷ ÖZBUDUN, Ergun, “M.Duverger'in ‘Siyasal Partiler’i ve Siyasal Partilerin İncelenmesinde Bazı Metodolojik Problemler”, *AÜHF Dergisi*, C.XXI, y.1964, S.1-4, s.24-25.

⁸ DUVERGER, s. 106-108.

temel nitelik taşır. Kadro partileri, daha çok seçim zamanı etkin hale gelen, lider ve etrafındaki merkez teşkilatının etkinliğinin fazla, taşra teşkilatı sayı ve etkinlik bakımından zayıf, üye sayısının az olduğu bir parti türüdür. Kütle partileri ise, üyelerin karar alma süreçlerinde etkin olduğu, taşra teşkilatı sayı ve etkinlik bakımından önemli olduğu, üye sayısı fazla bir parti türüdür. Kadro partileri, daha çok liberal burjuva sınıfının temsilcisi olarak görünmekte, finansman bakımından temsilcisi oldukları kitlenin bağış ve yardımlarına dayanmakta, üye aidatlarının pek önemi bulunmamaktadır. Kütle partileri ise, ilk olarak sol/sosyalist/komünist partiler görünümünde, işçi hareketini temsilcisi olarak görülmüş olup, bu klasik örneklerde, üyelerin parti içindeki önemli konumunu pekiştiren şekilde, finansmanda da, üye aidatları önemli yer tutmaktadır. Diğer yandan, Duverger'in eserini yazdığı çağda dahi saf kadro partisi bulunmasının pek mümkün olmadığı, kadro partilerinin de alelade üyelere kapılarını açabildiği hatırd tutulmalıdır⁹. Bununla birlikte, her iki parti türünün, seçmen sayısının parti üyelerine oranlanması ve parlamento dışı teşkilatın boyut ve etkinliği incelenerek ayırt edilebileceği ifade edilmektedir¹⁰.

Neumann tarafından, Duverger ile yakın tarihlerde geliştirilen bir diğer teoride ise, partiler, bireysel temsil (*individual representation*) ve kitlesel bütünleşme (*mass integration*) partileri olarak iki ana gruba ayrılmakta, kitlesel bütünleşme partileri de, kendi içinde demokratik bütünleşme ve totaliter partiler¹¹ olarak ikiye ayrılmaktadır. Bireysel temsil partileri, belli toplumsal menfaat gruplarının taleplerini dile getirmektedir. Bütünleşme partileri ise, üyelerin maddi destekleri ve seçim kampanyalarında gönüllü hizmetleri karşılığında, iyi örgütlenmiş yapılarıyla, üyelerine çok çeşitli hizmetler sunmakta ve bir camianın içine onları dahil etmektedir¹². Bireysel temsil partileri, salt siyasi

⁹ Duverger, bu konuda ülkemizdeki Demokrat Parti'yi örnek göstermekte, aslında bir kadro partisi olan Demokrat Parti'nin 1950'de, taraftarlarını kastederek "üç veya dört milyon üyesi" olduğunu ileri sürdüğünü belirtmektedir. Bkz. DUVERGER, s.108-109.

¹⁰ WOLINETZ, Steven B., "Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies" in *Political Parties: Old Concepts and New Challenges*, ed. Gunther, R., Montero, J.R., Linz, J., New York, Oxford University Press, 2002, s.140.

¹¹ Burada partilerin "siyasal katılma" bakımından değerlendirildiği göze çarpmaktadır. Totaliter partilerin aksine, otoriter partiler bakımından siyasal katılmanın önemi az olduğundan, bu tür partiler, bütünleşme partileri arasında sayılmamıştır.

¹² GÜNTHER, Richard/DIAMOND, Larry, "Species of Political Parties: A New

mahiyette faaliyet gösteren, amacı sadece siyasal iktidarı ele geçirmek olan partilerdir. Parlamento dışı örgütleri, seçim kampanyası haricinde genellikle hareketsizdir. Üyelerin, siyasi bazı ilkeleri kabulü haricinde, siyaset dışı faaliyetleri partinin ilgi alanı dışındadır. Üyelerin katılımı da, oy kullanmak ve seçim kampanyalarında çalışmakla genellikle sınırlıdır. Partinin sahip olduğu siyasi fikirler de, sistemli, kapsayıcı bir ideoloji mahiyetinde değildir. Parti siyasetinin saptanmasında, mümkün olan en geniş seçmen kitlesine ulaşma isteği rol oynamaktadır. Bütünleşme partilerinde ise, faaliyet alanı, salt siyaseti aşarak, üyenin sosyal hatta kişisel alanını da kapsamaktadır. Üyelerin parti faaliyetlerine katılımı yoğundur, öyle ki, bazı totaliter parti uygulamalarında, üyenin özel hayatı bile ortadan kalkarak, partinin yan kuruluşlarınca düzenlenmeye başlar. Demokratik bütünleşme partilerinde ise, parti ve üyeler arasındaki bağ, totaliter partilerden zayıf, bireysel temsil partilerinden kuvvetlidir. Sosyalist ve Katolik partiler bu türün örneği olup, burada da parti, salt siyasi hedeflerin yanı sıra temsil ettiği grubun kutsal değer ve hedeflerini siyaset yoluyla gerçekleştirmeye çalışır¹³.

Esasen her iki ayrımın da, paralel yönleri bulunmaktadır. Kadro partileri ile bireysel temsil partileri, kütle partileri ile kitlesel bütünleşme partilerinin benzer yapı ve tabanlar üzerine bina edildiği görülmektedir. Bununla birlikte, Duverger'in yaklaşımının daha çok yapısal ve örgütsel özellikleri esas aldığı ve partinin teşkilatlanma şeklindeki farklılıkları, partinin köken, sınıfsal taban ve örgütsel ihtiyaçlarıyla ilişkilendirdiği, Neumann'ın yaklaşımının ise, partilerin -siyasal katılma sürecindeki oynadıkları- işlevi esas aldığı da ifade edilmektedir¹⁴.

Partilerin ve parti sistemlerinin değişimi de, uzun zamandır siyaset bilimcilerin ilgi alanı içindeki bir konu olarak göze çarpmaktadır. Duverger'nin kütle partisinin yaygınlaşacağı (sol bulaşma) iddiasına karşılık, Epstein'ın daha sermaye odaklı yaklaşımı (sağ bulaşma) buna bir örnektir¹⁵. Nispeten yeni olan siyasi parti sistemi ve daha genel olarak siyasal sistem çalışmaları içinde¹⁶, Alman asıllı bilim adamı Otto

Typology", *Party Politics*, 2003, Vol. 9. No.2, s. 169.

¹³ ÖZBUDUN, *Siyasal Partiler*, s. 73-77.

¹⁴ WOLINETZ, s.140.

¹⁵ WOLINETZ, s.139.

¹⁶ Öğretideki parti tipolojilerinin, hâlihazırdaki parti tiplerinin tamamını kapsamaktan uzak olduğu, bu durumun büyük ölçüde, tipolojilerin 19. yüzyıl

Kirchheimer'in ortaya attığı, "catch-all" siyasi parti tipolojisi dikkati çekmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle, "catch-all"¹⁷ partilere ilişkin Kirchheimer'in fikirlerinin oluşmasına büyük katkısı olduğu belirtilen Kirchheimer'in hayatı ve siyasi rejimlere ilişkin genel görüşlerine değinerek, "catch-all" partilere ilişkin teorisi ve bu görüşlerin eleştirilerini ülke örneklerine de eğilerek özetleyeceğiz.

II. OTTO KIRCHHEIMER VE SİYASET TEORİSİ

A. Hayatı

Kirchheimer'in siyasi parti sistemlerine ilişkin görüşleri, genel olarak, partilerin yapı ve içeriklerinde meydana gelen değişikliklere dayanmakla birlikte, bu değişimden, demokratik düzenin geleceği bakımından duyulan bir endişeyi de içermektedir. Bu endişenin doğmasında, Kirchheimer'in kişisel tecrübeleri de önemli rol oynadığından, öncelikle hayatına genel bir bakışın, fikirlerinin anlaşılmasını kolaylaştıracağını düşünüyoruz.

Yahudi asıllı Alman bir ailede 1905 yılında dünyaya gelen Kirchheimer, Köln, Berlin ve Bonn'da hukuk ve sosyoloji eğitimi almış, siyaset bilimci ve hukukçudur. Almanya Sosyal Demokrat Partisi (SPD) ve sosyalist hareket içinde yer almış, işçi sendikalarında eğitimler vermiştir. Hitler'in 1933'te başbakan olarak atanmasının ardından Paris'e göç etmiş, sürgündeki "Frankfurter Institut für Sozialforschung"da çalışmıştır. Enstitü'nün 1937 yılında New York'a taşınmasıyla, Kirchheimer da, hayatının geri kalan kısmını geçireceği ABD'ye yerleşmiştir. ABD'de, üniversite öğretim üyeliğinin yanı sıra, ABD Dışişleri Bakanlığı ve Office of Strategic Studies (OSS)¹⁸'de görev almıştır¹⁹. ABD

sonundan 20. yüzyıl ortalarına kadar Batı Avrupa demokrasilerindeki şekliyle partileri sınıflandırmasından kaynaklandığı görüşüyle, parti tiplerini 15 "tür" olarak tasnif eden yeni bir çalışma için bkz. GÜNTHER/DIAMOND, s.167-168.

¹⁷ Türkçe'ye "herkesi kucaklayan", "herkese hitap eden", "hepsini yakala" siyasi partiler gibi muhtelif şekillerde tercüme edilen bu terimin öğretilerde genel kabul görmüş ve kulağı tırmalamayan bir kullanım şekli henüz yerleşmediğinden, şimdilik İngilizce karşılığı çalışmamızda tercih edilmiştir.

¹⁸ ABD'nin, II. Dünya Savaşı sırasında faaliyette bulunan bir istihbarat teşkilatı. CIA'in selefi olduğu ifade edilmektedir: bkz. <https://www.cia.gov/library/center-for-the-study-of-intelligence/csi-publications/books-and-monographs/oss/index.htm> (18.12.2010).

¹⁹ KROUWEL, André, "Otto Kirchheimer and the Catch-All Party", *West European Politics*, Vol. 26, No.2 (April 2003), s.25.(KROUWEL, 2003 olarak anılacaktır).

hükümet kurumlarındaki komünist etkinliğiyle ilgili McCartyci saldırılardan da rahatsızlık duyarak, 1956'da Dışişleri Bakanlığında ayrılmış, çeşitli akademik kuruluşlarda çalışmış, 1965 yılında hayata gözlemini yu mmuştur²⁰.

B. Görüşlerinin Kökenleri

Kirchheimer'in, işçi sendikaları, Weimar Almanyası, Fransa, ABD ve savaş sonrası Alman demokrasisiyle ilgili izlenim ve tecrübeleri, siyaset bilimiyle ilgili fikirlerini derinden etkilemiştir. Öyle ki, işçi sendikalarında eğitim verdiği yıllarda dahi, liderlik seviyesinde iktidarın yoğunlaşması, buna karşılık kitlesel üyeler bazında depolitizasyon ve apati sonucunda siyasi hayatın dışına itilme sürecini gözlemlemiştir. Daha üst seviyede ise, özellikle Hindenburg'un, parlamentoyu feshetmesi, sol kanattan bir hükümete el çektirmesi gibi kararlarını, siyasi amaçlarla hukuki kuralların kötüye kullanılması olarak tanımlanabilecek "*siyasilemiş adalet*"in belirtileri olarak görmüş, bu tür uygulamaların, resmi olarak "*demokratik*" olan Weimar Cumhuriyetini "*başkanlık diktatörlüğüne*" dönüştürdüğünü ifade etmiştir. Bu şekilde, Hindenburg'un işçi sınıfını hükümet seviyesinde temsilden uzaklaştırdığı ve sırf kendisinin yeniden seçilebilmesini temin etmek amacıyla siyasi bir kriz ortaya çıkardığını belirtmiştir²¹.

Daha sonra Fransa'daki deneyimlerinde de, peş peşe gelen hükümetlerin kararnamelerle ülkeyi yöneterek benzer şekilde anayasaya aykırı olarak erklerini kötüye kullandıklarını gözlemlemiştir. II.Dünya Savaşı sonrasında ise, Alman devlet ve siyasetindeki Nazi iz ve etkisinin tamamen ortadan kaldırılmasını beklerken, sol ve komünizm karşıtı bir eğilimin hakim olduğunu görmüştür. Buna ilave olarak, Alman devletinin ikiye bölünmesi ve 12 yıl süren bir totaliter rejimde sonra bile, sosyal gruplar arasındaki kuvvet dağılımı ve siyasi temsil kalıplarında bir değişim olmaması da, onun beklentilerinin karşılanmamasına yol açmıştır²².

²⁰ http://de.wikipedia.org/wiki/Otto_Kirchheimer (18.12.2010).

²¹ KROUWEL, 2003, s.25, dp.10, s.33; KROUWEL, André, The Catch-All Party in Western Europe 1945-1990-A Study in Arrested Development, Vrije Universiteit, 1998, s. 22-24 (<http://dare.ubvu.vu.nl/bitstream/1871/13043/1/4664.pdf> adresinden 12.11.2010 tarihinde erişilmiştir) (KROUWEL, 1998 olarak anılacaktır).

²² KROUWEL, 2003, s.26.

Kirchheimer'in catch-all partilerle ilgili görüşlerinde, Lipset'in görüşlerinin etkisinden de bahsedilmektedir. Örneğin, Kirchheimer'a göre, batılı sanayileşmiş demokrasilerde artan zenginlik ve sonucu olarak yukarı doğru toplumsal hareketlilik –catch-all partilerin doğuşuna da ortam sağlayan- yeni bir orta tabaka yaratmıştır. Lipset'e göre de, siyasetin profesyonelleşmesi ve sınıf çatışmasının en aza inmesi, tüm büyük partiler arasında esaslı siyasi oydaşma ve itidalin yanı sıra pragmatik yönelimler doğurmuştur. Komünist partiler, her ne kadar yeni toplumsal gerçeklikleri kabul etmekte isteksiz olsalar da, bazıları ideolojilerini sosyal-demokrat yönde değiştirmiştir. Lipset'e göre sonuç, büyük partilerin çoğunluğunun sınıf-aşırı talep görmesidir. Sağcı partilerin refah devleti ve iktisadi planlamayı kabul etmesi, solcu partilerin ise kapitalizmin revizyonu konusundaki fikirlerini ılımlılaştırmasıyla, hem sağ hem de soldan partiler sosyal-demokrat ideolojiyi kabullenerek sınıf çatışmasını çözmüşlerdir. Katolik ve sosyalist kitle partileri, üye, parti toplantılarına katılım, gazetelerinin okur sayısında azalmalar yaşayıp, seçmen tabanlarını dönüştürürken, parti dışı menfaat grupları üye sayısını attırmakta ve güç kazanmaktadır. Ortaya çıkan sonuç ise, sadece, tamamı siyasi arenanın ortasında mücadele eden ve orta sınıfa hitap eden ılımlı partilerin var olduğu bir sistemdir²³.

C. Siyasi Teorisi

Kirchheimer'in catch-all partilere ilişkin fikirlerinin, siyasi parti yapısında meydana gelen değişimlerden etkilenen daha genel bir siyasi teorinin bir parçası olduğu ifade edilmektedir. Bu teoriler, esas olarak, onun Weimar Almanyası'nın çöküşüyle Nazizm'in yükselişine ve Fransız demokrasisine ilişkin gözlemleri, ABD ve savaş sonrası Almanya ve Batı Avrupa demokrasilerinin durumu ve gelişiminden duyduğu hayal kırıklıklarından da beslenmişlerdir.

Kirchheimer'in genel siyasi teorisinin dört ana mesele etrafında oluştuğu ifade edilmektedir²⁴:

- Yerleşmiş demokrasiler de dahil olmak üzere, ilkeli muhalefet ve siyasi karşıtlığın ortadan kalkmasıyla "*parlamentar demokrasinin yıpranması*",

²³ KROUWEL, 2003, s.30.

²⁴ KROUWEL, 2003, s.31.

- Akabinde, “*devlet-parti kartelinin ortaya çıkışı*”: Partilerin, kendilerinin toplumsal temelleriyle ilişkilerini kesmesi ve devletle iç içe geçmeleri sonucunda, siyasetin, bireysel siyasi amaçları için hukuki araçları kötüye kullanabilen profesyonel siyasetçiler tarafından, sırf “*devlet idaresi*” seviyesine indirilmesi,
- Toplumsal temellerinden kopmuş ve devlet tarafından maddi olarak beslenen partilerin, parti örgütlenmelerini profesyonelleştirmeleri ve daha çok seçmen çekmeye yönelik yöntemleri uygulamaları,
- En sonunda, bu gelişmelerin, kitlelerin siyasi “*apati*”sine ve geniş ölçüde “*depolitisasyonu*”na, ayrıca, “*yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki klasik ayrımın ortadan kalkmasına*” yol açması.

Kirchheimer’a göre, devlet, fiillerini parlamentodaki partiler vasıtasıyla meşrulaştırmakta, siyasi partiler ise kaynakları bakımından giderek daha fazla devlete bağımlı hale gelmektedir. Devletle iç içe geçen partiler de, artık hakim rejime esaslı olarak muhalif olamamakta ve toplumda köklü bir değişim amaçlayan siyasi programlar da gütmemektedirler²⁵.

Parlamentonun otorite ve prestij kaybetmesine paralel olarak, Kirchheimer, ideolojiden yoksun partizanlığın ve siyasi partiler, devlet ve güçlü menfaat gruplarından oluşan üçlü kuvvet kartelinin gelişimine işaret etmiştir. Partiler, toplumdan uzaklaşarak devlet aygıtı durumuna gelmiş, bu da farklı sosyal sınıfların siyasi hareketliliğinde azalmaya yol açmıştır. Parti üyeleri ve liderliği arasındaki mesafe artmıştır; demokratik siyasi rejimler artık vatandaşları siyasi yapıya entegre etmek yerine, onların “*siyasi ürünlerin*” eleştirmeyen tüketicileri olmakla yetinmelerini sağlamaya çalışmaktadır. Demokratik bir bakış açısından, halkın oyuyla seçilmiş parlamenterlerin, esas olarak teknik sorunlarla uğraşmak yerine siyasi kararları vermeleri gerekirken, günümüzdeki siyasi sistemlerde bürokratlar siyasi kararları vermekte, parlamentolar ise teknik meselelerle uğraşmaktadır²⁶.

Kirchheimer’in vurguladığı bir diğer husus, sıradan vatandaşların, özellikle alt sınıfların siyasi süreçlere giderek yabancılaşmaları sonucunda karar alıcı yapıların dışında kalmalarıdır. Böylece batı demok-

²⁵ KROUWEL, 2003, s.34.

²⁶ KROUWEL, 2003, s.32.

rasilerinde, bir yandan vatandaşlar siyasi teşkilatlanmalar üzerindeki, diğer yandan siyasi teşkilatlanmalar taraftarları üzerindeki denetimlerini kaybetmektedirler. Denetim kaybı ve liderlikle geniş halk kitleleri arasındaki bağlantısızlık, gücün popüler liderler elinde toplanması sonucunu doğurmuştur. Popüler liderler, demokratik çerçeve içinde kaldıkları sürece, bu kişiler, vatandaş-sistem arasında bir bağ rolünü oynayabilir, ancak, gücün, kurumsal seviyede değil, bireysel seviyede toplanması ve kişiselleşmesi, kötüye kullanılması sonucunu da doğurabilir. De Gaulle'e atıfla, Kirchheimer, popüler liderlerin, popüleritelelerini, var olan siyasi yapıyı yıkarak, kişisel siyasi amaçlarına hizmet edebilecek, görünürde hukuka uygun otoriter karar alma süreçlerini ikame etmek için kullanabileceklerini iddia etmiştir. Hukuki yöntemlerin siyasi amaçlarla kötüye kullanımı (siyasi adalet), Kirchheimer'in sıklıkla vurguladığı bir konudur. Hatta, ona göre, demokratik ve totaliter rejimler arasındaki fark, hukuki vasıtaların kötüye kullanılma şiddet ve sıklığıdır²⁷.

III. CATCH-ALL SİYASİ PARTİLERE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. Kirchheimer'in Catch-All Teorisi

Kirchheimer'in catch all partilere ilişkin en bilinen yayını "*Batı Avrupa Parti Sistemlerinin Değişimi*" adını taşıyan bir makalesidir²⁸. Kirchheimer'in vefatından sonra yayınlanan bu makale, aslında, konuyla ilgili bir taslak çalışmanın, gözden geçirilmiş halidir²⁹. Kirchheimer'in bu konudaki görüşü, kitlesel bütünleşme partilerinin, oy tabanını genişletmek için ideolojisinden ve örgütsel yapısından tavizler veren catch-all partiler haline geldikleri şeklinde özetlenebilecek olup, Neumann'ın ayrımının üzerine bina edildiği ifade edilmektedir³⁰.

Söz konusu makalede Kirchheimer, öncelikle bireysel temsil partileri ile işçi sınıfının kitle partileri arasındaki karşıtlığa ve bu partilerin bazı özelliklerine dikkat çekmektedir. Kirchheimer, siyasi bütünleşmeyi (*political integration*) "*burjuva toplumunun devlet aygıtını, tüm toplum-*

²⁷ KROUWEL, 2003, s.32-33.

²⁸ KIRCHHEIMER, Otto, "*The Transformation of Western European Party Systems*" in *Political Parties and Political Development*, ed. J. LaPalombara/M.Weiner, New Jersey, Princeton University Press, s.177-200.

²⁹ KIRCHHEIMER, s.177, J.LaPalombara'nın dipnotu.

³⁰ WOLINETZ, s.139, 145.

sal sınıfların müşterek girişimine dönüştürme işi"³¹ olarak tanımlamakta, II. Dünya Savaşı öncesine ilişkin tahlilinde, İngiltere haricinde, Fransa, Almanya ve İtalya partilerini, bu bakımdan başarısız bulmakta, kitle partilerinin çoğunluğunun, üyelerinin mevcut siyasi topluluğa (*political community*) katılımıyla ilgilenmediği veya zaten bunu yapacak kapasitede olmadıklarını, esasen partinin, takipçilerini, resmi devlet aygıtına karşı kendi saflarına kaynaştırmaya hevesli olduğunu ifade etmektedir³². Burjuva partilerinin, bireysel temsil partilerinden, katılım partileri aşamasına geçememesiyle proleter kitle partilerinin resmi siyasi sisteme entegre olamaması da birbiriyle bağlantılıdır. Burjuva partileri, parlamentolarda temsil edilen "klüp"lerden, siyasi pazarın kuralları çerçevesinde katılımcı tip kitle partileriyle pazarlık yapabilecek kuruluşlara dönüşme yolunda hiçbir yetkinlik göstermemişlerdir, zaten, daha yoğun bir burjuva parti örgütlenmesi için pek fazla teşvik vasıtası da yoktur: devlet nimetleri, şekli bir demokratikleşmeden olsa da, halen eğitim ve diğer sınıfsal ayrıcalıklar üzerinden erişilebilir durumdadır, burjuvanın sayısal olarak azlığından dolayı kaybettiklerini ise ordu ve bürokrasi ile iyi bir stratejik ilişki kurarak kazanması mümkündür³³.

II. Dünya Savaşından sonra ise, bireysel temsile dayanan eski tip burjuva partisi istisna haline gelmiştir. Kalan örnekleri ise, parti sisteminin doğasını belirleyici rolünü kaybetmiştir. Aynı şekilde, daha sert sınıfsal çizgiler ve cemaat yapılarının hakim olduğu bir dönemin ürünü olan kitle bütünleşme partisi de, kendisini, catch-all "halk" partisine dönüştürmeye başlamıştır. Bu partiler, daha geniş bir kitleye hitap edebilmek ve bir an önce seçim başarısı yakalamak uğruna, daha önceden gerçekleştirdikleri, bir kitlenin/grubun fikri ve ahlaki çerçevesi içindeki girişimleri bir yana bırakmışlardır³⁴.

Sınıfsal kitle partilerinin bu dönüşüm sürecinde başlıca üç merhale birbirinde ayırt edilmektedir. Öncelikle, I.Dünya Savaşına kadar süren güç toplama safhası, sonrasında 1920 ve 30'lardaki ilk hükümet tecrübeleri ve üçüncü olarak, -makalenin yazıldığı tarihteki- catch-all gruplaşma yönünde, az veya çok ileri seviyeler. Kirchheimer, bu dönü-

³¹ KIRCHHEIMER, s.178.

³² KIRCHHEIMER, s.181-182.

³³ KIRCHHEIMER, s.184.

³⁴ KIRCHHEIMER, s.184-185.

şüm sürecini -ilerleme, yavaşlama veya durdurma yönünde- etkileyen faktörleri tek tek saymaya girişmemiştir. Bununla birlikte, toplumun geleneksel çerçevesi, toplumsal ve mesleki çatışmaların genel seyri, partilere yönelen talebi sınırlayabileceği gibi, potansiyel takipçiler de sunabilmektedir. Bir parti, bütün grupların desteğini elde etmeyi bekleyemeyecek durumdaysa, menfaatleri esaslı olarak çatışmayan tüm kategorilerde daha fazla bir destek bulma amacını da güdebilecektir. Daha da önemlisi, toplumda, dirençle karşılaşma ihtimali ve oranı düşük konulara ciddi ağırlık verilmesidir. Örneğin, grup menfaatleri aşan milli toplumsal hedefler, kitlesini genişletmek isteyen bir parti için iyi bir tercih olacaktır. Nitekim, gelişmiş toplumlarda, genel ekonomik refah ve sosyal güvenlik seviyesi sayesinde, bireyler çoğunlukla, daha önce devletten talep edilen korumaya ihtiyaçları kalmadığını düşünmekte, üstelik, gelecekteki refahlarını belirleyecek genel etkenlerin fazlalığı ve karmaşıklığının farkına varmaktadırlar³⁵.

Catch-all partilerin, Avrupa'da ideolojilerin terk edildiği bir dönemde ortaya çıkmaları da, doğuş ve yayılmalarına katkıda bulunmuştur. Önceki iki onyılıda (makalenin yazıldığı döneme göre 1945-1965 arası) Alman ve Avusturya Sosyal Demokrat Partileri, ideolojiden arınmış siyasetin örneklerini en iyi şekilde göstermişlerdir. Alman Hristiyan Demokrat Partisinde bu durum daha az belirgindir, zira, arındırılacak ideoloji zaten daha azdır. Kural olarak, yalnızca büyük-ana partiler başarılı catch-all partiler olabilmektedir. Küçük-bölgesel, sert ve sınırlı ideolojik iddialar veya geçiş sürecindeki grup talepleri çevresinde yapılanan partiler, belli bir meslek grubunun partileri, sınırlı bir amaç için kurulmuş partiler iyi bir catch-all adayı değildirler. Benzer şekilde, küçük demokrasilerdeki büyük partilerde de, catch-all eğilimi pek belirgin olmamaktadır. Zira, bu partilerin de hitap ettikleri, sınırları belirgin sosyal gruplara yönelik söylemlerini veya taraftar toplama yöntemlerini değiştirmeleri gerektirecek herhangi bir neden yoktur³⁶.

Kirchheimer'e göre, gittikçe yaygınlaşan laik eğilimler ve değişen, daha az ön plandaki sınıf çizgileri karşısında, sınıfsal ve dini cemaat odaklı kitle partileri catch all partiler olma yönünde baskı altındadır. Benzer şekilde, bu eğilim, rakip kitle partilerinin taktik manevralarından ve seçim kanunlarının gerekliliklerinden kaçınmak isteyen bireysel temsile daya-

³⁵ KIRCHHEIMER, s. 185-186.

³⁶ KIRCHHEIMER, s. 187-188.

nan burjuva partilerinin kalan birkaç örneği için de geçerlidir. Catch-all parti olma yönündeki değişim, beş ana unsurdan oluşmaktadır:

- Partinin ideolojik müktesebatının büyük ölçüde azaltılması, kısa vadeli taktik mülahazaların ön plana çıkması,
- Üst düzey lider grubun daha fazla kuvvetlenmesi, liderlerin eylem ve hatalarının, mensubu oldukları teşkilatlanmanın hedefleri bakımından değil, bütün olarak toplumsal sistemin etkinliğine katkısı bakımından değerlendirilmesi,
- Parti üyesi bireylerin rolünün azalması,
- Daha geniş bir kitleden seçmenleri çekmek için, geleneksel olarak ilişkili olunan menfaat gruplarına (classe gardée) vurgunun azaltılması
- Daha çok sayıda ve çeşitte menfaat gruplarıyla ilişki tesisi³⁷.

Kirchheimer'in catch-all partilerle ilgili bir diğer ilginç değerlendirmesi, onları, piyasadaki önemli markalarla kıyaslamasıdır. Yazara göre, catch all kitle partisinin bütünleşme potansiyeli, görünür sonucu seçim günü azami sayıda seçmenin cezbedilmesi olan bir dizi etkene dayanmaktadır. Bu nedenle, catch all parti, büyük ölçüde standartlaşmış ve herkesin ihtiyaç duyduğu bir kitle tüketim ürünü pazarlamasında, önde gelen bir markanın durumuna benzer şekilde milyonlarca kişinin zihnine tanıdık bir nesne olarak yerleşmek zorundadır. Kendisini parti içinde başarıya ulaştıran çizgi ne olursa olsun, parti lideri, seçildiği andan itibaren, tavırlarını standart gereksinimlere uygun hale getirmelidir. Ürünün diğerlerinden ayırt edilebilmesini sağlayacak kadar marka farklılaştırması sağlanmalı, ancak, farklılaştırma derecesi, potansiyel müşteriye ürkütmemelidir. Aşına olunan marka gibi, ülkenin kaderi üzerinde belli bir süre etkili olmuş ve liderleri kitle iletişim araçları vasıtasıyla seçmen tarafından tanınır hale gelmiş catch all kitle partisi de, -bir noktaya kadar- büyük bir avantaj sahibidir. Ancak, hükümet saflarında bir skandal, ekonomik bir çöküş gibi, partinin, hatta muhalefetin elinde olmayan sebepler, iktidarın, müşterinin rakip markaya yönelmesi gibi seçmenin başka bir partiye geçmesine neden olabilecek olumsuz bir sembole dönüşmesine de sebep olabilecektir. Esasen, catch-all kitle partilerinin başarılarını etkileyen etkenler aşırı

³⁷ KIRCHHEIMER, s.190.

derecede karmaşık ve tesadüfi, partinin performansından da genellikle bağımsızdır: liderin tarz ve görünümü, son zamanlardaki harici bir olayın etkisi, seçmenlerin çalışma ve izin programları gibi³⁸.

Kirchheimer'in dikkat çektiği, catch-all partilerin bir diğer önemli özelliği ise, *üye sadakati ve menfaat gruplarıyla ilişkileridir*. Bu tür partilerde, üye sadakatini sağlamak çok daha zordur, sağlanabilen sadakat de hiçbir zaman sonuçlara tesir edebilecek seviyede değildir. Fakat, ideolojik veya ekonomik menfaat grupları, partilere, ihtiyaçları olan hazır seçmen kitlesini sunabilecektir. Catch all partiler, çok küçük gruplar haricinde halkla doğrudan temaslarını kaybettikleri halde, menfaat gruplarının daha sürekli iletişim kanalları bulunmakta, mesajları daha fazla kabul görmektedir. Bununla birlikte, menfaat grupları ile catch-all partiler arasındaki ilişkilerin niteliğinde de değişimler gözlemlenmektedir. Öncelikle, her iki taraf da, birbirinden daha bağımsız hale gelmiştir. Ortak bir amaç doğrultusunda uygulanan müşterek bir stratejinin yerini, karşılıklı fakat sınırlı bazı hizmetlerin görülmesi almıştır. Diğer yandan, mümkün olduğunca fazla seçmeni çekmeye çalışan catch-all partinin, menfaat gruplarıyla ilişkisini, farklı menfaatleri olan potansiyel seçmenleri ürkütmecek şekilde kurgulaması gerekecektir. Buna karşılık, menfaat grubu da, bütün yumurtaları aynı sepete koymamalıdır. Bu, farklı siyasi bağlantıları olan mensuplarını rahatsız edebileceği gibi, daha da önemlisi, başka bir catch-all partiden gelecek yeşil ışığın ve vaatlerin de önünü kapatmak istemeyecektir³⁹.

Yukarıda özetlenen makale, catch-all partilere ilişkin en derli toplu çalışması olmakla birlikte, öğretide, catch all partilerin izleri, Kirchheimer'in 1954'teki çalışmalarına kadar götürülmektedir. 1949 ve 1953 yılında Batı Almanya'da gerçekleştirilen seçim sonuçlarını kıyasladığı bir analizinde Kirchheimer, Alman seçmenlerin, muhafazakar bir catch all partiyi tercih ettiği ve müttefik güçlerin de, SPD'ye, ideolojik pozisyonunu yumuşatması yönünde baskı uyguladığı görüşünü belirtmiştir. Bu analize göre, SPD, ancak, catch all kitle partisi haline dönüşerek iktidar partisi olabilecektir. Daha 1950'lerin başından itibaren de, Kirchheimer, merkezi partiler kartelinin doğuşu, siyasi muhalefetin gücünü kaybetmesi ve parlamentodan yürütme organına doğru kuvvet dengesinde bir kaymanın sonucunda devlet-parti karteline vücut vereceğini gözlemlemiştir⁴⁰.

³⁸ KIRCHHEIMER, s.192.

³⁹ KIRCHHEIMER, s.193-194.

⁴⁰ KROUWEL, 2003, s.26; KROUWEL, 1998, s.25-31.

Yukarıda belirtilen catch-all partileşme sürecini tüm partiler tam olarak izlemese de, Kirchheimer, bir partinin başarısının, diğerlerini de taklit etmeye yönelteceği ve tüm Batı Avrupa parti sisteminin dönüşeceği kanısındadır⁴¹.

B. Kirchheimer'in Görüşlerinin Tasnifi

Kirchheimer'in catch-all partilere doğru dönüşüm sürecine olumsuz gözle baktığı eserinin genelinden anlaşılmaktadır. Bu endişe, çoğulcu demokrasinin, söz konusu dönüşümden zarar göreceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Esasen, Kirchheimer'in eserlerindeki temel meseleyi, demokrasinin özünün çoğulculuk mu oydasma mı olduğu sorusunun oluşturduğu ifade edilmiş, onun, birlik ve oydasma yönünde bir zorlamanın, toplumun sınıfsal yapısının tam olarak temsil edilmemesine yol açacağı, toplumsal ve siyasi çoğulculuğun demokrasinin temel gerekliliğini oluşturduğu fikrinde olduğu belirtilmiştir. Çoğulculuğun yozlaşması, demokrasinin yozlaşmasıdır. Bunun da üç temel göstergesi vardır: *siyasi amaçlarla yasal vasıtaların kullanılması-siyasi adalet*, bunun neticesinde kuvvetler ayrımının ortadan kalkması ve kuvvetlerin kartelleşmesiyle siyasi muhaliflerin dışlanması, *siyasi seçenek ve muhalefetin kaybolması*, bunun da sonucunda, vatandaşın devlete yabancılaşması, ortak bir amaç paylaşmamaları, halkın temsil edilmemesi, *siyasi düzeyde toplumun temsil edilmemesi*⁴².

Catch-all partilere ilişkin görüşlerin tasnif ve değerlendirilmesinde, öğretilerde, örgütsel, ideolojik ve seçmen tabanı bakımından çeşitli ölçütler geliştirilmiştir.

Örgütsel bakımdan, parti üyelerinin rolünün azalması ön plana çıkmakta olup, bu konu çok yönlü olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda, partilerin üye sayısındaki durgunluk, parti üyelerinin toplumsal profilleri bakımından daha dengeli bir dağılım, parti gelirleri arasında üye aidatlarının öneminin azalması değerlendirilmektedir. Ayrıca, parti üyelerinin, seçmen kitlesi ve parti liderliği arasındaki aracılık rolü ve parti liderliğinin seçimindeki etkisi azalmaktadır. Parti liderleri de, ideolojik eğilimleri veya sınıfsal kökenlerinden ziyade, teknik ve idari becerileri nedeniyle buldukları noktaya gelmektedir.

⁴¹ WOLINETZ, s.145.

⁴² KROUWEL, 1998, s.36.

Catch-all partilerin örgütleri artan oranda profesyonel ve sermaye-yoğun olmakta, gelirleri bakımından devlet yardımları ve menfaat gruplarının katkılarına, iletişim gereksinimleri bakımından ise, kitle iletişim araçlarına daha bağımlı hale gelmektedir. Diğer yandan, catch all partilerin daha önceden ilişkili buldukları diğer teşkilatlarla ilişkilerini kesmeleri ve giderek üye etkinliğinin daha da azalmasının etkisiyle, vatandaşların siyasi katılımı da azalmaktadır.⁴³ LaPalombara, bu durumu, siyasi partilerin, toplumsal grupların mevcut siyasi sisteme entegrasyonunda daha önceden oynadıkları anahtar rolü kaybetmeleri olarak yorumlamaktadır⁴⁴. Örgütsel bakımdan catch-all partilerin özellikleri aşağıdaki tabloda özetlenmektedir⁴⁵:

ÖZELLİK	GÖSTERGE	ÖLÇÜM VASITASI
Parti üyeliğinin önemini kaybetmesi	Üye tabanında azalma veya durgunlaşma	Toplam seçmen sayısı içinde üye sayısının oranı
	Parti mali gelirleri içinde üyeliğin öneminin azalması	Toplam gelir içinde üyelik gelirlerinin oranı
	Devlet desteğine artan bağımlılık	Toplam gelir içinde devlet desteğinin oranı
Parti örgütünde artan oranda profesyonelleşme	Sermaye yoğun seçim kampanyalarının artması	Yıllık gelir içinde seçim kampanyası harcamalarının oranı
	Parti yapısı içinde sermaye yoğunluğunun artması	Parlamentoda ve merkezi parti örgütünde profesyonellerin sayısı
Parti içi güç dengelerinin liderlik lehine değişmesi	Adaylar ve temsilcilerin seçiminde parti üyelerinin azalan ağırlığı	Parti tüzüklerinde ve uygulamada aday ve lider seçimine ilişkin öngörülen ve uygulanan usuller
	Hükümete katılım kararları ve politika oluşturulmasında üyelerin azalan rolü	Politikaları etkileme imkanlarının (Kongreler) sıklığı ve etkileme yöntemlerinin açıklığı (Kongrelerde önerge verme kuralları)

⁴³ KROUWEL, 2003, s.28.

⁴⁴ LAPALOMBARA, Joseph, "Reflections on Political Parties and Political Development, Four Decades Later", *Party Politics*, 2007, Vol.13, No.2, s.147 (<http://ppq.sagepub.com/content/13/2/141> adresinden 15.01.2011 tarihinde erişilmiştir).

⁴⁵ KROUWEL, 1998, s.56.

İdeolojik yoğunluk bakımından, Kirchheimer'a göre, catch-all partiler, siyasi yelpazenin merkezinde, benzer siyasi pozisyonlar benimseyecek ve benzer hususları vurgulayacaktır. Çoğunluğu sağlayacak büyük bir parti, o kadar catch-all'dur ki, kendine has bir ideolojik programa sahip olamaz. Muhakkak, sürekli belli bir partiye oy veren bazı kişiler olacaktır, ancak, yüzen oyları elde etmek için, her parti diğerlerinden farklılıklarını en aza indirecektir. Bu noktada, Kirchheimer'in, -Downs'un "*Demokrasinin İktisadi Kuramı*" ve siyasi partilerin temel amacının gelecek seçimleri kazanmak olduğu iddiasına atfen-, sonuçta toplumun fertleri için hasıl olan menfaatler, politikaları sonucunda oluşan zararlardan daha büyük olacak şekilde partinin politikalarını ayarlayacağını belirttiği ifade edilmektedir. Azami sayıda seçmen çekebilmek için, önceki ideolojik pozisyonlarını ve çekirdek seçmen kitlesinin menfaatlerini feda etmiş parti örnekleri olarak, Kirchheimer catch-all partileri, Downs ise, çok-politikalı partiyi vermektedir. Partilerin bu çok yüzlü ideolojik yaklaşımı uygulamaları hususundaki tek sınır, partilerin tamamen aynı programlar ortaya koymaları halinde seçmenin oy kullanmaktan vazgeçeceği gerçeğidir⁴⁶. Catch-all partinin ideolojik boyutu kısaca beş kategoride özetlenebilir: azami oy almaya dönük bir seçim stratejisi, vurgulanan konularda artan benzerlikler, geleneksel ideolojiye vurgunun düşürülmesi, farklı menfaatlerin uzlaştırılması, parti sistemi içinde merkezi konum⁴⁷. İdeolojik boşluğun yerini ise, adaylarının cazip kişisel özelliklerine yapılan vurgu alır, adaylar da, partiye hizmet süresi, deneyimi gibi örgütsel nitelikleri nedeniyle değil, etkili oldukları varsayılan potansiyel seçmen kaynağı nedeniyle aday gösterilir⁴⁸. İdeolojik bakımdan catch-all partilerin özellikleri aşağıdaki tabloda özetlenmektedir⁴⁹:

ÖZELLİK	GÖSTERGE	ÖLÇÜM VASITASI
Parti sistemi içinde merkezi konumun benimsenmesi	Partilerin, sağ ve soldan sistemin merkezine doğru kümelenmesi	Parti beyannamelerinde vurgulanan sol ve sağ konuların sıklığı belirlenerek, merkeze uzaklığın tespiti

⁴⁶ KROUWEL, 2003, 28-29.

⁴⁷ KROUWEL, 1998, s.51.

⁴⁸ GUNTHER/DIAMOND, s.186.

⁴⁹ KROUWEL, 1998, s.58.

ÖZELLİK	GÖSTERGE	ÖLÇÜM VASITASI
Geleneksel konulara vurguda azalma	Parti platformlarında geleneksel konulara atıfların azalması	Parti platformlarında geleneksel konulara vurgu oranı
Koalisyon potansiyelinin artması	Hükümete katılım ve devlet makamlarının kontrolünde, ayrıca iktidarda geçen sürede artış	Hükümette elde edilen bakanlık oranı ve hükümet sorumluluğunun taşındığı süre

Seçmen tabanı bakımından, catch-all partiler, daha geniş bir takipçi kitlesi çekebilmek için, seçmen topluluğu içindeki, zaten çökmekte olan sosyo-ekonomik ve kültürel bölünmeleri aşmaya çalışmaktadır. 1960 ortalarında, Britanya ve Kıta Avrupası'ndaki siyasi partiler, belli bir kitleye hitap ederek, o kitleden seçmen toplamak yerine, seçmenlerin tümünü çekmek mümkün olmasa dahi, tüm sosyal sınıflara hitap edecek şekilde ciddi bir değişim geçirmekteydiler. Kirchheimer, ideolojinin ağırlığının ve sınıf farklılıklarının azalması, toplumsal hareketliliğin artmasının yanı sıra, seçmenlerin giderek daha fazla oranda parti liderlerinin kişiliklerinin çekim gücünden de etkilenmesinin bu süreci kolaylaştırdığını düşünmektedir. Bu noktada, kitle iletişim araçlarının gelişiminin artan oranda –hatta günümüzde artık Kirchheimer'in tahmin bile etmediği kadar- etkili olduğu düşünülebilir. Catch-all partiler siyaseti bireysel siyasi kişiliklere indirgemektedir, ancak, partinin dünya görüşü (*weltanschauung*) kaybedilirse, seçmen tabanı da her lider değişiminde daha kolay bağlılığını değiştirebilecektir⁵⁰. Bu nedenle, catch-all partiler, aslında, oldukça hassas ve kırılabilir bir teşekkül görünümündedir, mensubiyet duyan bir seçmen kitlesinin yokluğunda, catch-all partinin sağlam bir destekçi tabanı da yoktur, bir seçimde catch-all partiyi destekleyen seçmen, diğerinde kolaylıkla onu terk edebilir⁵¹. Seçmen tabanı bakımından catch-all partilerin özellikleri aşağıdaki tabloda özetlenmektedir⁵²:

⁵⁰ KROUWEL, 2003, s.30.

⁵¹ WOLINETZ, s.160.

⁵² KROUWEL, 1998, s.60.

ÖZELLİK	GÖSTERGE	ÖLÇÜM VASITASI
Partiye yönelik seçmen teveccühünün genişlemesi	Parti seçmeninin sınıfsal farklılığının azalması	Parti destekçilerinin sınıfsal katmanlaşma seviyesi, sınıfsal oy vermenin azalması
Seçmen tabanıyla bağların gevşemesi	Parti özdeşleşmesinde azalma	Kendisini partiyle kuvvetli olarak özdeşleştiren seçmenlerin oranı
	Yüksek oranda seçmen devinimi	Seçmen hareketliliği seviyesi
Menfaat gruplarının artan etkisi	Liderliğin siyasi/ideolojik niteliklerine daha az vurgu yapılmasına karşılık, teknik ve idari niteliklerine daha çok vurgu yapılması	Parti teşkilatı dışından ve menfaat gruplarından devşirilen bakan sayısı

Partilerin catch-all partilere dönüşmesinin, parti sisteminin geneli üzerinde de çeşitli etkiler doğuracağı ifade edilmektedir. Bunların birincisi, catch-all partiler, ortalama seçmeni cezbetme ve mümkün olduğunca fazla oy kazanma amacıyla siyasi merkezde tercihlerini birleştireceklerinden, birbirlerini taklit etmeye başlayacaklar ve zaman içinde iki partili bir sistemin doğmasıyla, seçim rekabetinde azalma oluşacak ve siyasi muhalefetin yeniden tanımlanması gerekecektir. Bu durumla bağlantılı bir diğer sonuç, daha büyük catch-all partilerin rekabeti karşısında, daha küçük ideolojik partiler kaybolacaktır. Son olarak da, yasama organına da hakim olan büyük partiler, seçim sistemini de kendi başarılarını garanti altına alacak şekilde düzenlemeye çalışacak, nisbi temsil esaslı sistemler yerine, iki parti rekabetine dayalı çoğunlukçu sistemlere rağbet edeceklerdir⁵³.

C. Kirchheimer'in Görüşlerine Yönelik Değerlendirmeler

1. Sistematiğine Yönelik Eleştiriler

Kirchheimer'in catch-all partilere ilişkin görüşlerinin, sistemli ve derli toplu olmadığı, kullandığı dilin açık ve anlaşılır olmadığı belir-

⁵³ FORESTIERE, Carolyn, "Kirchheimer Italian Style-Catch-All Parties or Catch-All Blocs", *Party Politics*, 2009, Vol.15, No.5, s.574.

ılmaktadır⁵⁴. Örneğin, Kirchheimer, hiçbir eserinde, catch-all partiyi tanımlamış değildir. Dönemi için yeni olan bu parti tipini isimlendirmek için kullandığı terminoloji dahi değişkendir: "catch-all people's party", "catch-all mass party", "conservative catch-all party", "Christian type of catch-all people's party", "personal loyalty variant of the catch-all party" gibi isimlendirmeler kullanılmıştır. 1966 tarihli makalede ortaya konulan catch-all parti de, en azından 12 yıl boyunca sürekli değişikliğe uğramış bir kavramdır⁵⁵.

Catch-all tezinin önemli katkıları üzerinde öğretide görüş birliği bulunmasına rağmen, Wolinetz tarafından açık, test edilebilir önermeler içeren bir hipotezden ziyade, birbiriyle ilgili varsayımlar dizisi olarak tarif edilmiş, belirgin bir süreç tanımlanmadığı, sebep-sonuç mantıksal ilişkisi önermediği, gözlemlenme ve yanlışlanmasının zor olduğu ifade edilmiştir.⁵⁶

Bu durumun sonucu olarak, catch-all partilerin abartılı ve eksik olarak betimlendiği, bazı bakımlardan ne olmadığı -ki, kitlesel bütünleşme partisi olmadığı kastedilmektedir- ne olduğundan daha iyi bilindiği belirtilmiştir⁵⁷.

Kirchheimer'in İngilizce makalesinin bir yıl önce basılan bir Almanca versiyonunun da olduğu ve çeşitli noktalarda bu iki versiyonun da birbirinden farklı olduğu ifade edilmektedir. Kirchheimer'in esasen 1966'da vefatından önce, catch-all teorisini geliştirme sürecinin devam ettiği ve bu henüz tamamlanmamış versiyonlardaki muğlaklığın, fikirlerinin sonraki analiz ve uygulamalarında sıklıkla zihin karışıklarına neden olduğu belirtilmektedir⁵⁸. Esasen, onun, bir tipoloji geliştirme çabasında da olmadığı, fakat, hepsinde değilse de, partilerin çoğunda gördüğü değişiklikleri betimlemeye çalıştığı da ileri sürülmüştür⁵⁹.

Catch-all partilerin yukarıda özetlenen çok boyutlu -örgütsel, ideolojik, seçmen tabanına yönelik- özelliği, onun, bakış açısına göre, oy

⁵⁴ ibid.

⁵⁵ KROUWEL, 2003, s.26 dp.20, s.27.

⁵⁶ WILLIAMS, Michelle Hale, "Kirchheimer's French Twist:A Model of the Catch-All Thesis Applied to the French Case", *Party Politics*, Vol.15, September 2009, s.593 (WILLIAMS, French Twist olarak anılacaktır).

⁵⁷ WOLINETZ, s.146; aynı yönde, GUNTHER/DIAMOND, s.186.

⁵⁸ KROUWEL, 2003, s.28.

⁵⁹ WOLINETZ, s.146.

avcısı aşırı fırsatçı bir parti, lider merkezli bir parti, menfaat gruplarına bağımlı bir parti veya bunların hepsi olarak algılanmasına yol açmış, terimin, bir strateji ve eğilimi mi, bir örgütlenme şeklini mi yoksa bunların bir birleşimini mi oluşturduğu konusunda tereddüt olduğu ifade edilmiştir⁶⁰. Kanaatimce, catch-all parti tüm bu boyut ve unsurları bir araya getiren bir oluşum olarak kabul edilmeli, bunların bir kısmının bulunmaması halinde, ancak, bir catch-all parti eğiliminden söz edilmelidir.

2. İçeriğe Yönelik Değerlendirmeler

Batı Avrupa siyasi sistemlerindeki birçok çağdaş gelişme, Kirchheimer'in 1950 ve 60'larda ileri sürdüğü görüşlerde öz itibarıyla tanımlanmıştır. Örneğin, parti üyeliğinin tüm Avrupa'da, mutlak olarak ve seçmen sayısına oranla düşmekte olduğu ifade edilmektedir⁶¹. Ayrıca, depolitizasyon ve muhalefetin kaybolması süreçlerinin bir sonucu olarak devlet-parti kartelinin doğuşunu da erken bir safhada, gözlemlediği belirtilmektedir. Hatta, daha 1930 ve 40'lardaki eserlerinde, yasama, yürütme ve yargı arasındaki kuvvetler ayrılığının zayıfladığını ve kuvvetlerin temsilcileri olan siyasi partiler, hükümetler ve mahkemelerin giderek birleşik bir kartel oluşturduğunu, bunun karşısında birey olarak vatandaşların kuvvetsiz kaldığını tespit ettiği ifade edilmektedir⁶².

Kirchheimer'i çağdaşlarından ayıran bir diğer nokta ise, diğer yazarların çoğunluğu, siyasetçileri, çoktan unutulup gitmiş eski düşmanlıkları sürdürmekle itham ederken, tam tersi yönde bir iddiayı ortaya koymasıdır⁶³.

Kirchheimer'in çok sayıda verinin içinden ilgili olanı seçmesi, genel eğilimleri kendine özgü olaylardan ayırması ve bunları orijinal ve yaratıcı bir tarzda sunmasının, 21. Yüzyılda dahi tartışılmaya devam eden eğilim ve gelişmelerin taslağını çizmesini sağladığı da ifade edilmektedir⁶⁴.

⁶⁰ WOLINETZ, s.146.

⁶¹ WOLINETZ, s.144; GUNTHER/DIAMOND, s.191.

⁶² KROUWEL, 2003, s.33.

⁶³ KROUWEL, 2003, s.34.

⁶⁴ KROUWEL, 2003, s.34.

Bununla birlikte, Kirchheimer'in catch-all tezinin halen Batı Avrupa parti sistemlerinin değişimi tartışmalarında gündemde kalmasının asıl sebebi, güncelliği ve geçerliliğinden ziyade, zengin içeriği ve muhakemeleridir⁶⁵.

Nitekim, günümüzde, partilerin değişimi tamamen catch-all partilere dönüşme şeklinde gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, Kirchheimer'in görüşleri, tüm partilerin yeknesak veya tek yönlü bir değişim süreci geçireceğini öngördüğü gerekçesiyle eleştirilmiş, bazı Batı Avrupa partilerinin bu görüşün aksine, catch-all değil, program odaklı bir değişim geçirdikleri savunulmuştur⁶⁶. Benzer şekilde, örgütsel bazda Kirchheimer'in kitle partilerinin düşüşü tahmini gerçekleşmesine rağmen, en azından ABD ve Britanya gibi ülkelerde, ideolojik vurgunun giderek gerilemesi öngörüsünün gerçekleşmediği belirtilmiştir⁶⁷. Nitekim, Lijphart'ın 21 demokratik ülke üzerindeki çalışması sonucunda vardığı sonuç da, 1960'larda ortaya atılıp geniş bir kabul görmüş olan, sol ve sosyalist düşüncenin gerçek bir ideoloji olmaktan çıkıp daha pragmatik ve ılımlı bir programa dönüştüğü, sosyalistlerle muhafazakarların politika tercihleri arasındaki eski büyük uçurumun önemli ölçüde daraldığı yönündeki, "sözde" ideolojilerin sonu teorisinin yalanlandığı yönündedir. 1950'ler ve 60'ların ilk yarısındaki büyük refah artışı sonucunda, sol tutumlar ve bunlara karşı sağ tepkiler ılımlılaşmışsa da, 1970 ve 80'lerde sol-sağ gerilimleri yeniden artmıştır. Bunda grupların subjektif ve nisbi beklentilerinin etkisi olduğu kadar, ekonomik refah ve refah dağılımının büyük ölçüde siyasal faktörlerce belirlendiği bilincinin güçlenmiş olması da önemli rol oynamıştır⁶⁸.

Bu konuda, Krouwel'in 1998 tarihli çalışması, sistemli ve kıyaslamalı bir analiz olarak ön plana çıkmaktadır. Krouwel, 12 Batı Avrupa ülkesindeki 83 parti üzerinde gerçekleştirdiği ve yukarıdaki tablolarda⁶⁹ belirtilen ölçütleri esas alarak istatistikî analizler de yaptığı çalışmasında, sonuç olarak, savaş sonrası dönemde, Batı Avrupa parti

⁶⁵ KROUWEL, 1998, s.251.

⁶⁶ WOLINETZ, s.159, 163.

⁶⁷ GUNTHER/DIAMOND, s.191.

⁶⁸ LIJPHART, Arend, *Çağdaş Demokrasiler-Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, çev. E.Özbudun ve E.Onulduran, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, yayın yılı ve yeri yok, s.87-88.

⁶⁹ Bkz. yuk. s.15-18.

sitemlerinde catch-all particiliğe doğru kısmi bir değişimin meydana geldiği, ancak bu değişimin 1970'lerin sonu ile 1980'lerin başında devam etmediği, durakladığı sonucuna varmaktadır⁷⁰. Krouwel, çalışmasında, 1960'ların başına kadar çeşitli göstergeler bakımından açık bir catch-all eğiliminin bulunduğunu, 60'ların sonundan itibaren 80'lere kadar ise genel olarak catch-all eğilimlerinde azalma olduğunu belirtmektedir. Ona göre, Kirchheimer'in teziyle ilgili temel sorun, catch-all eğiliminin devamlı bir süreç olacağı varsayımından kaynaklanmaktadır. Oysa ki, çalışmada, doğrusal bir eğilim olduğu yönünde hiçbir delil bulunamamıştır. Aksine, Batı Avrupa'da parti dönüşüm yön, zamanlama ve kapsamlarında büyük değişkenlikler bulunmaktadır. Avrupa partileri, benzer örgütsel, ideolojik ve seçmen stratejileri izleyen tek tip bir partiye doğru evrilmemekte, ülkeler içinde ve tüm Batı Avrupa'da partiler arasında hala esaslı farklılıklar bulunduğu gibi, partilerin örgütsel dönüşümleri, siyasi pozisyonları ve seçim stratejileri farklı yönlerde gelişmektedir.

Krouwel'in çalışmasının doğruladığı ve doğrulamadığı başka catch-all varsayımlarına bakacak olursak⁷¹:

- Kitle partileri Batı Avrupa'da büyük ölçüde kaybolmuş ve yeni tip parti teşkilatlanmaları tarafından yerleri alınmış olmakla birlikte, hakim parti tipi, catch-all partiler değildir. Bununla birlikte, kısmi bir catch-all dönüşümü gerçekleşmiştir.
- 1950'ler boyunca ve 60'ların başında, parlamento-dışı demokratik kitle örgütleri kurulması amaçları aniden terk edilmişti, bununla birlikte, Kirchheimer, bazı gelişmeleri de yanlış yorumlamıştır. Örneğin, etkileri azalmakla beraber, üyeler, parti içi karar alma süreçlerinden dışlanmamışlardır. Partilerin siyasi oydaşmaya yönelik sürekli bir eğilim gösterdikleri veya kararlı bir şekilde merkeze yöneldiklerini gösterir bir delil de yoktur.
- Batı Avrupa parti sistemlerine daha az sayıda partinin giderek hakim olacağı, siyasi tepkisizlik ve muhalefetin kaybolması öngörüsünün aksine, 1960'ların ortalarından itibaren başlayan sosyal tepki süreci, yeni siyasi katılım ve temsil şekillerini doğurmuş, ra-

⁷⁰ KROUWEL, 1998, s.230, 250-251.

⁷¹ KROUWEL, 1998, s.223-232.

dikal siyasi partiler ortaya çıkmış, söylemlerde bir kutuplaşma ve parlamentoda ayrışma görülmüştür.

- Parti üyeliğinin çoğu Avrupa ülkesinde sayı ve mali destek aracı olarak önemini kaybetmesi süreci gözlemlenmiştir⁷². Ancak, parti üyeleri, parti elitleri nazarında tamamen önemsiz de değildir. Üyeler, parti toplantı ve kongrelerinde, liderliğe yetki vererek ve kararlarını alenen onaylayarak, onlara meşruiyet kazandırmakta, hatta, üyeler, parti liderlerinin seçildiği en önemli havuzu oluşturmaya devam etmektedir. Üyeler, partinin parlamento adaylarının seçiminde söz haklarını bir ölçüde kaybetmiş olsalar da, liderin seçiminde daha fazla etkinlik kazanmışlardır.
- Kirchheimer'in kuvvet ve kaynakların parti liderliğinin elinde daha fazla toplanması öngörüsü doğrulanmıştır. Kitle partisinin kaybolmasıyla, özellikle parti teşkilatının parlamento içindeki kısmı partilerin hakim kısmı olmuş, parlamento dışı parti güç kaybetmiştir. Parlamento içi parti, mali ve profesyonel çalışanlar bakımından kaynaklarını arttırmış, Kirchheimer'in tahmin ettiği gibi, üyelik aidatları bu masrafları karşılayamaz hale gelmiştir. Ancak, partilerin devlet yardımına giderek çok daha bağımlı hale gelme süreci, 1970'lerde özel kişi ve kuruluşların bağışlarının ağırlık kazanmasıyla durmuştur⁷³.
- Catch-all tezinin aksine, partiler ve seçmenler arasında sabit bir bağın olmaması, seçmen hareketliliğinde beklenen yükselişi doğurmamıştır⁷⁴. Birçok büyük parti seçmen tabanında bir erozyon

⁷² Yerleşmiş demokrasilerin çoğunda siyasi parti üyeliğinin son yıllarda düşüşte olduğu yönünde bkz. GUNTHER/DIAMOND, s.174.

⁷³ Ülkemizde siyasi partilere devlet yardımı ise, ilk defa 1971 yılında 1421 sayılı Kanunla Anayasa'da düzenlenmiştir. Bkz. ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s.72-73.

⁷⁴ Ancak, 1994 yılında İtalya seçimlerinde, 1885'ten beri Batı Avrupa'da görülen en büyük seçmen hareketliliği, %37.2 lik bir seviyede gerçekleşmiş, parlamentoya giren partilerin hiç biri 1987'den önce aynı ad veya şekilde temsil edilmemiştir. 1993 Kanada seçimleri de, %42'lik bir seçmen hareketliliğine sebep olmuş, bu oran, 70 ve 80'lerdeki ortalamanın beş kat üstünde gerçekleşmiş, iktidardaki Muhafazakar Parti 169 sandalyeden 2 sandalyeye düşmüştür. Bunlar ve başka örnekler de göz önüne alınarak, parti rekabetinin geleneksel kalıplarının giderek yıkıldığı, ve daha açık ancak daha az öngörülebilir bir tarza dönüştüğü, sonuç olarak, seçmen tercihinin ve aynı zamanda yerleşmiş seçmen diziliminin ciddi oranda dengesizleşmesi önündeki büyük bir engelin kalkmasının muhtemel olduğu ifade edilmektedir. bkz. MAIR, Peter, "Party Systems and Structures of Competition", in *Comparing Democracies - Elections and Voting in Global Perspective*, ed. LeDuc L.,

yaşamışsa da, Kirchheimer'in tahmin ettiği seçmen akışkanlığı sadece 70'lerin başıyla 80'lerin ortası arasında görülmüştür.

- Partilerin seçmenlere örgütlü menfaat grupları üzerinden ulaştıkları varsayımını destekleyecek pek veri de yoktur. Parti elitleri arasında, partiyi destekleyen menfaat gruplarından bireylerin daha fazla yer aldığı söylenemediği gibi, örneğin, bakanların bu gruplardan ve parti dışından devşirildiğine yönelik de çok az delil bulunmuştur.
- Profesyonellere ve uzmanlara doğrudan partinin yönetiminde yetki verilmemekte, siyasi elitler bu yetkiyi kendi ellerine almaktadır. Kısmen profesyonelleşme gerçekleşmekteyse de, bu uzmanlar, alınacak kararlar üzerinde tavsiyelerde bulunmakta, siyasetçiler idareyi kendi sıkı kontrollerinde tutmaktadır.
- Çalışmada değerlendirilen 83 partiden hiçbiri tam olarak catch-all özellikleri göstermemektedir. Ayrıca, sadece büyük partilerin catch-all partiler olabilecekleri tezine karşın, küçük partiler de catch-all özellikleri bakımından üst sıralarda yer alabilmektedir. Diğer yandan, büyük ülkelerdeki partiler (Fransa, Almanya, İtalya) genellikle daha fazla catch-all özelliği gösterirken, İskandinav ülkeleri, İrlanda ve Britanya partilerinin catch-all dönüşümü daha yavaş olmuştur.

IV. CATCH-ALL TEORİSİNİN TEORİK VE PRATİK YANSIMALARI

A. Catch-All Sonrası Teorik Yaklaşımlar

Catch-all parti, günümüz siyasi partilerine verilen genel bir isim olmuştur. Nitekim, günümüzde aslında birbirinden farklı örgütsel, ideolojik veya stratejik karakterde olan partilerin temelsiz olarak benzer veya aynı şekilde gruplandırılması eleştirilirken, "catch-all" teriminin bu tür yanlış kullanımlara sıklıkla maruz kaldığı, bunun sebebinin de, terimin, daha eski klasik parti modellerine nazaran çağdaş şartlara uyum sağlayabilecek, daha esnek bir "bakiye kategorisi" şeklinde de facto bir statü kazanması olduğu ifade edilmiştir⁷⁵.

Niemi, R.G., Norris, P., Thousand Oaks, California, Sage Publications, 1996, s.98-100, 105.

⁷⁵ GUNTHER/DIAMOND, s.169.

Bununla birlikte, partilerin ve parti sistemlerinin değişim ve gelişim süreçlerine ilişkin çalışmalar bu noktada durmamıştır. Örneğin, Katz ve Mair'in devletle ilişkiler baz alınarak geliştirilen tipolojisinde, Duverger'in kadro, Neumann'ın bireysel temsil partilerinden kütle partileri ve catch-all partiye oradan da, devlet yardımlarına bağımlılıklarından dolayı devletin bir parçası olan kartel partilerine geçiş süreci tanımlanmaktadır⁷⁶. Liderler ve politikalarının etkinliği üzerinden birbirleriyle mücadele eden catch-all partilerin, önceki siyasi bağlantılarından kopan seçmenlerin değişken tercihlerinden dolayı zamanla zarar görmeleri sonucunda, kendilerine giderek daha fazla devlet desteği tahsis etmeleri ve devlet yardımına bağımlı olmalarıyla; birbirleriyle seçmen desteğini nerede olursa olsun elde etmek için rekabet eden partilerin yerine, diğerleriyle güç paylaşımına giderek devlet nimetlerine erişimlerini garanti altına almakla tatmin olan kartel parti tipolojisi ortaya çıkmıştır. Bu partilerin üyeleri de, aslında, parti için, üye olmayanlardan pek de farklı değildir, örgütlenme gevşektir, sermaye ağırlıklı seçim kampanyaları yürütülür. Katz ve Mair'e göre, catch-all partilerin aksine, kartel partileri, sivil toplum ve devlet arasında bir tür aracılık işlevi görmeyi bırakarak, devletin temsilcileri haline gelmişlerdir.

Öğretide, catch-all parti tanımındaki belirsizlikleri gidermek için yapılan çalışmalara bir örnek olarak Panebianco'nun bürokratik-kitle partilerinden profesyonel-seçmen odaklı partilere doğru değişim teorisi verilmektedir⁷⁷. Bürokratik kitle partisi, Duverger ve Neumann'ın kütle ve kitlesel bütünleşme partilerine benzer şekilde, merkezi rolde atanmış veya seçilmiş bürokrasi, üyeliğin önemini koruması, kuvvetli dikey örgütlenme, üyelik aidatları ve yan örgütler vasıtasıyla finansman ve ideolojiye verilen önemle ayırt edilmektedir. Profesyonel-seçmen odaklı parti ise, merkezde profesyonel idare, zayıf dikey hiyerarşi, seçilmiş temsilcilerin önemi, menfaat grupları ve devlet yardımı ile finansman, ideoloji dışı konu ve menfaatlerin vurgulanmasıyla ayırt edilmektedir. Bu teoriye yönelik eleştirisinde Wolinetz özetle, Kirchheimer gibi, Panebianco'nun da, yeknesaklaştırıcı eğilimlerin ağır basacağını düşündüğü, partilerin, seçim mücadelesi içinde tercih ede-

⁷⁶ WOLINETZ, s.139, 148-149

⁷⁷ WOLINETZ, s.146-148.

bilecekleri çok farklı yöntemleri nazara almadığı, aksine, partilerin, başlangıçtaki farklılıkları ve kökenleri ne olursa olsun, profesyonel-seçmen odaklı parti olmanın cazibesine kapılacaklarını varsaydığını belirtmektedir.

Wolinetz ise, partilerin veya hiziplerin değişik boyutlarını yansıttığını, ayrıca parti yapı ve örgütlenmesiyle ilgili olduğunu iddia ettiği bir ayrım geliştirmiştir. Ona göre partileri, oy, politika veya makam odaklı partiler olarak üçe ayırmak mümkündür⁷⁸. Politika odaklı partiler, siyasi amaçların takibine ağırlık verirken, oy odaklı partilerin birinci amacı oy sayısını azami seviyeye çıkarmak ve seçimleri kazanmak, makam odaklı partilerin ise, diğer partilerle güç paylaşımını veya oy oranının en üst seviyeye çıkarılmasını engelleyecek stratejiler izlenmesini gerektirse bile, liderlerini hükümete sokarak makamın menfaatlerinden faydalanmayı garanti altına almaktır. Politika odaklı partilerin kapsamına sadece iyi tanımlanmış/ ifade edilmiş programları olan partiler değil, tek-konulu partiler ve tepki partileri de girmektedir. Bu partilerin üye sayısının çok olması gerekmesede, aktif üyeleri vardır. Kuzey Avrupa sosyal demokrat partileri, birçok liberal ve bazı Hıristiyan demokratlar, yeşiller, sol-liberaller, bazı yeni sağ partiler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Oy odaklı partilere, aralıklı olarak faal olan ve politik taahhütleri seçimden seçime değişen Kanada partileri, sabit program niteliğinde içerikten yoksun ABD partileri, sabit ideolojik eğilimi olmayan, lider odaklı Fransız Chirac RPR'si, Alman Hıristiyan Demokrat Birlik Partisi gibi klasik catch-all partiler örnek verilmiştir. Makam odaklı partiler ise, kendilerini bir koalisyon ortağı olarak tercih edilmeyecek bir noktaya sürükleyecek siyasi taahhüt ve söylemlerden kaçınacaktır. Buna örnek olarak da, Hollanda'nın Hıristiyan Tarihi Birlik Partisi, orta çizgideki Belçika partileri, 1993 öncesi İtalyan parti sistemindeki küçük partiler gösterilmektedir. Bu ayrımda, catch-all partiler, oy odaklı partilere, kartel partileri ise, makam odaklı partilere yaklaşık olarak denk gelmektedir⁷⁹.

Bugün birçok ülkede, kadro ve kütle partileri arasındaki ayrım belirsizleşmiştir. Gelineen noktada, birçok eski kadro partisi daha sağlam bir örgütsel yapıya sahip bulunmakta, kütle partileri ise, daha önce sağ-

⁷⁸ WOLINETZ, s.149-153.

⁷⁹ WOLINETZ, s.159.

ladıkları üye-seçmen oranını yakalayamamaktadır. Öğretide, Hollanda örneğinde modern kadro partilerinin ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bu partilerin özelliği, alt seviyeye karşı yüksek derecede sorumlu profesyonel liderlik gruplarının hakimiyeti, düşük bir üye-seçmen oranına karşın, üyelerin, finans kaynağı, siyasi makamlar için adayların seçimi gibi konulardan önemini koruması, seçmenlere karşı bir yandan catch-all seviyesinde olmayacak diğer yandan geleneksel olarak ilişkili olunan menfaat gruplarına vurgu yapmayacak geniş bir eğilim yelpazesi sunması, hem belli bir imajı korumak hem de belli bir ölçüde iç demokrasiyi sürdürmek için yapısal olarak kitle partisi teşkilat bağlarını koruması, mali bakımdan hem devlet yardımlarına hem de üyelerin bağış ve aidatlarına dayanması olarak sayılmıştır. Diğer ülkeler için çok açıklayıcı olmayacağı da belirtilen bu ayrımın, özellikle parti üyelerinin ve liderliğinin rolleri ve parti içi demokrasinin korunması kaygısı bakımından klasik catch-all partilerden ayrıldığı ifade edilmektedir⁸⁰.

B. Ülke Uygulamalarında Catch-All

1. Almanya

Kirchheimer'in makalesinde, Almanya partilerinin catch-all parti örneği olarak açıkça verildiğini yukarıda belirtmiştik⁸¹. Yakın zamanda Almanya üzerinde yapılan bir araştırma ise, 1949-2005 arasında Alman partilerinin ideolojik ve seçmene yönelik pozisyonlarının, catch-all tezini doğrulamadığını ileri sürmektedir⁸². Bu araştırmaya göre, öncelikle, CDU ve SPD'nin birbirlerine ideolojik olarak yaklaştığı süreçler olduğu gibi, uzaklaştığı süreçler de görülmektedir. Genel olarak, 1957-1976 arasında sabit görünen ideolojik mesafe, 1976-2002 arasında artmış ve ortalamanın üzerinde seyretmiş, 2005 seçimlerinde ise, her iki parti tekrar merkeze yaklaşmıştır. Partilerin ortalama seçmene mesafelerine bakıldığında ise, CDU'nun ortalama seçmene daha yakın bir çizgi takip ettiği, genel manada "*sorumlu parti*" görüntüsü verdiği, bu çizgiden ayrıldığında oy ve iktidar kaybettiği, SPD'nin ise, "*kendi seçmenine karşı daha sorumlu parti*" görüntüsünde olduğu, hatta iktidar-

⁸⁰ Koole'den naklen WOLINETZ, s.142; GUNTHER/DIAMOND, s.195, dp.15.

⁸¹ Bkz. yuk. s.14.

⁸² WILLIAMS, Michelle Hale, "Kirchheimer Revisited: Party Polarisation, Party Convergence, or Party Decline in the German Party System", *German Politics*, Vol.17, No.2, June 2008, s.105-123 (WILLIAMS, German Party System olarak anılacaktır).

da bulunduğu zamanın %40'ının, ortalama seçmenden uzaklaştığı zamanlara denk geldiği belirtilmiştir (EK). Parti üyeliği bakımından ise, 1980 sonrasında keskin bir düşüş gözlemlendiği, 1961-1998 arasında seçmen hareketliliğinin arttığı ve seçmen sadakatinin azaldığı ifade edilmekle birlikte, daha dikkatli bir inceleme sonucunda, bu hareketliliğin, Kirchheimer'in beklentisinin aksine, sol-sağ blokları arasında değil, aynı blok içinde gerçekleştiği belirtilmektedir.

Kanaatimizce, Almanya örneğine ilişkin, yaklaşık 50 yıl geriye bakarak oluşturulan yukarıdaki veriler, catch-all tezini doğrulamıyorsa da, aynı çalışmada kullanılan tablolardan yola çıkarak, Kirchheimer'in makalesini yazdığı 1950'lerin sonu ve 1960'lı yıllarda, CDU ve SPD arasındaki ideolojik ayrımın en aza indiği ve her iki partinin de merkeze yaklaşarak bu dönemde ortalama seçmeni takip ettiğinin açıkça görüldüğü söylenebilir. Bu durum, Kirchheimer'in yaptığı tahlilin, elindeki verilere göre oldukça sağlıklı olduğunu göstermektedir.

2. İtalya

İtalya örneğine yönelik incelemelerde ise, 1994 öncesi ve sonrası kesin olarak ayrılmaktadır. 1994 öncesinde, İtalyan Hristiyan Demokrat Partisi (DC) kısmen catch-all özellikler gösterse de, son tahlilde, hem DC hem de İtalyan Komünist Partisi (PCI) kitle partisi özelliklerini muhafaza etmişlerdir⁸³. DC, 1944 yılında kitle partisi olarak kurulmuş, Katolik ve anti-komünist sınıflar arası bir parti olarak tanımlanmaktadır. Catch-all partilere yaklaşan yönü olarak da, dini inanç ve komünizm karşıtlığı dışında, söylemlerinin tutarlı siyasi mesajlar içermemesi gösterilmektedir. Ancak, tamamen siyasetin merkezine yönelmemesi de göz önüne alınarak, esnek ve catch-all'un sadece bazı özelliklerini gösteren bir parti olarak anılmaktadır. PCI da, özellikle 1968'deki Prag Baharı sonrasında Sovyetler Birliğine yönelik tutumunu değiştirirse de, ideolojik olarak çizgisini genel olarak korumuş ve kitle partisi olarak kalmıştır. Üye sayısı da, çok keskin bir düşüş göstermemiştir. Bu dönemde, PCI ve DC merkeze yaklaşarak benzeşmedikleri gibi, küçük partilerin gücü de, catch-all'un gerektirdiği iki partili sistemin aksine düşmemiştir.

⁸³ FORESTIERE, s.577-580.

1994 sonrası İkinci Cumhuriyet olarak da anılan dönemde İtalya parti sisteminin ise, catch-all partilerden ziyade, "catch-all bloklar"ı doğurduğu belirtilmektedir. Catch-all blok ise, catch-all olsun olmasın, tek catch-all parti gibi hareket etme konusunda önceden anlaşılan ve bu şekilde hareket eden münferit partilerin oluşturduğu grup olarak tanımlanmaktadır. Bu dönemde, catch-all tezinin bazı özellikleri İtalya parti sisteminde gözlemlenmiştir. Öncelikle, merkez sağ ve merkez sol iki blok, merkezdeki seçmenin oyunu almak amacıyla, oy artırıcı stratejiler uygulamaktadır. Parti liderlerinin, önemli siyasi kuruluşları kontrol altına alma mücadelesi ve hesapları yanında, kamuoyu önünde fikre dayalı tartışmalar ikinci planda kalmıştır. Parti liderleri, kitle iletişim araçlarının da yardımıyla, ön plana çıkmış, belki de bunun bir sonucu olarak, İtalya siyaseti, "başkancılaştırmış", başbakan ve yürütme organının hakimiyeti artmıştır. Partilerin oluşturduğu bloklar, oylarını azamiye çıkarmak için merkeze yönelim işaretleri de göstermektedirler. Küçük partiler, varlıklarını sürdürmekteyseler de, bu durum büyük ölçüde seçim sisteminin sonucu olarak görülmektedir⁸⁴.

3. Fransa

Fransa'da, partilerin örgütlerinin, Duverger'in zamanındaki kadar gevşek olmadığı, Cumhuriyet İçin Birlik (RPR) partisinin, nispeten büyük bir üye tabanını teşkilatlandığı ama, bir kitle partiden beklenen üye etkinliğinin görülmediği, dolayısıyla ne kadro ne kitle partisi olmadığı belirtilmektedir. Fransız Sosyalist Partisinin (PS) de tipik kitle partisi olmadığı, 1970'li yıllardaki etkin katılımın artık sağlanmadığı, üye-seçmen oranının da hiçbir zaman yüksek olmadığı ifade edilmektedir. PS, modern kadro partisinin birçok özelliğini taşımakla birlikte, iç hizipçiliği ölçütleri arasında yer almamaktadır. RPR de, kitle örgütlenmesi özelliğini göstermektedir, ancak, hesap verebilirlik veya parti içi demokrasi ölçütleri bakımından modern kadro partilerine uymamaktadır⁸⁵. Fransız parti sistemi için yapılan bir araştırma, bireysel ve toplumsal seviyede Fransa'da catch-all tezinin doğrulanmadığını, parti ve parti sistemindeki gös-

⁸⁴ FORESTIERE, s.573, 587-588.

⁸⁵ WOLINETZ, s.141, 143.

tergelerin ise büyük ölçüde catch-all tezini teyit ettiğini belirtmektedir. Buna göre, sosyal bölünmeler ve ideolojik ayrımlar, Fransız siyasetinde belirleyici rol oynamaya devam etmektedir. Seçmenler bakımından, mevcut partilerden memnuniyetsizlik duyulmakta ve bu durum catch-all tezini desteklemekteyse de, üye sayısında ciddi bir düşüş olmadığı, oy kullanma oranının düşmediği, seçmenin parti sistemine ilgisinin devam ettiği sonuçlarına varılmıştır. Partiler bakımından ise, siyaset ve söylemlerinde diğer partileri ve ortalama vatandaşı takip ettikleri, merkeze yaklaşarak, taban genişletme çabası içinde oldukları gözlenmiştir. Parti sisteminin ise, iki kutuplu ve büyük partilerin tekelinde geliştiği, hükümetin bu partilerce belirlendiği, parti sayısındaki azalmanın ise, Fransa'nın kendine has bazı sebeplerle engellendiği, tüm bu verilerin de catch-all tezini desteklediği belirtilmiştir. RPR ile diğer bazı Chirac'çı sağ-liberal partilerin 2002 yılında oluşturdukları Halk Hareketi İçin Birlik (UMP) partisinin ise, özellikle 2007 seçimlerinin sonrasında, catch-all partinin iyi bir örneği olabileceği değerlendirilmektedir⁸⁶.

4. Türkiye

Gelişmiş ülkelerdeki catch-all süreçlerini inceledikten sonra, ülkemizdeki duruma ilişkin görüşleri de kısaca aktarmak ve incelemekte fayda bulunmaktadır.

Ülkemizdeki parti sistemine genel bir bakış olarak, Özbudun, Avrupa'nın birçok bölgesinde, partilerdeki örgütsel değişikliklerin kitle partisinden catch-all parti ya da kartel parti modeline doğru olduğunu, ancak Türkiye'de kitle partisi safhası yaşanmadan, kadro partisinden catch-all parti ya da kartel partisi aşamasına geçildiğini ifade etmektedir⁸⁷.

Yukarıdaki görüşe paralel şekilde, Osmanlı Devletinin son dönemindeki İttihat ve Terakki başta olmak üzere önemli partilerin ve Türkiye Cumhuriyetinin ilk partileri olan CHP ve DP'nin kadro partileri özellikleri gösterdiği, esasen, kitle partisi niteliğinde bir partinin

⁸⁶ WILLIAMS, French Twist, s.610-611.

⁸⁷ ÖZBUDUN, Ergun, *Çağdaş Türk Politikası: Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller*, çev. Ali Resul Usul, İstanbul, 2003, s.94.

ülkemizde ortaya çıkmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, özellikle Anavatan Partisi (ANAP) ile Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP)'nin catch-all parti özellikleri öğretide gündeme gelmiştir.

Özbudun'a göre, 1980'li yıllara damgasını vuran ANAP, çok çeşitli kesimleri bir araya getiren bir kitle partisi, hatta bir herkesi kucaklayan (catch-all) partiydi⁸⁸. Kalaycıoğlu da, ANAP ve AKP'nin, muhafazakâr toplumsal güçlerin ve liberal ekonomik menfaatlerin yeni partileri olarak kendilerini takdim ettiklerini ve catch-all partiler olarak sundukları geniş ideolojik mesajlar ile, asıl duruşları konusunda seçmeni sıklıkla zihin karışıklığına sevk ettiklerini ifade etmektedir. Nitekim, ANAP dört ana siyasi akımı –milliyetçilik, İslamcılık, liberalizm ve sosyal demokrasi- safları içinde bulundurmakla övünmekteydi⁸⁹.

ANAP'ın tüzük ve programında bu durum açıkça göze çarpmaktadır. ANAP'ın 1984 tarihli tüzüğüne göre, *"Anavatan Partisi, ...Milliyetçiliği, milli ve manevi değerlere bağlılığı düstur ittihaz eden, ...Asıl olan fertlerin ve topluluğun mutluluğudur görüşü içerisinde sosyal adalete ve fırsat eşitliğine inanmış, ...İktisadi gelişmede fertlerin teşebbüs gücünü esas kabul eden; ...siyasi bir partidir"* (m.2). Aynı durum, ANAP programının önsözüne şu şekilde ifade edilmiştir: *"Milliyetçi, muhafazakar, sosyal adaletçi ve rekabete dayalı serbest pazar ekonomisini esas alan bir siyasi partiyiz. Bunun için, daha önceki siyasi eğilimleri ne olursa olsun programımıza inananları birliğe ve beraberliğe davet ediyoruz"*.

ANAP'ın kurucuları da, partiyi benzer şekilde tanımlamaktadır: *"ANAP'ın çağdaş, hoşgörülü, merkez sağda, tutucu olmayan muhafazakar, birleştirici milliyetçi, piyasa ekonomisini benimsemiş bir kitle partisi olduğuna itiraz eden hiçbir görüşe rastlanmamıştır. Bu durum da, ANAP'ın ilkesel yönden bir meselesi olmadığına kanıttır. Ancak ANAP kimliğinin net tanımı konusunda ağırlıklar bakımından yorumların olduğu düşünülebilir"*⁹⁰.

⁸⁸ ÖZBUDUN, Ergun, *"Türkiye Siyasetindeki Bölünme Çizgisi"*, Zaman, 17.08.2007 (ÖZBUDUN, Zaman olarak anılacaktır).

⁸⁹ KALAYCIOĞLU, Ersin, *"Attitudinal Orientation to Party Organisations in Turkey in the 2000s"*, Turkish Studies, 2008, Vol.9 No.2, s.299.

⁹⁰ TAŞAR, Mustafa, *1983'den 2000'li Yıllara Anavatan*, II.Baskı, Temmuz 1991, Nurol Matbaacılık, Ankara, s.134.

ANAP'ın özellikle belirli bir ideoloji ile kendisini kısıtlamaması sonucunda geniş bir seçmen tabanına hitap ettiği, bu nitelikleriyle catch-all partilerin ülkemizdeki tipik örneği olduğu söylenebilir. Örgütsel bakımdan da, özellikle ilk genel başkan Turgut Özal önemindedir. Nitekim, Özal'ın özellikle medyanın kullanımına önem verdiği, örneğin, "İcraatın İçinden" programları ile liderin kamuoyundaki görünürlüğünün arttığı, buna karşılık kitle partilerindeki üye tabanının yönetim ve seçim kampanyalarındaki ağırlığının görülmediğini düşünmekteyim.

AKP ise, öğretilerde, genellikle catch-all parti olarak nitelendirilmektedir. Özbudun'a göre, AKP, kırsal ve kentsel bölgelerden yükselen muhafazakar burjuvazi ile büyük kentlerin yoksul kesimlerinden oy alan tipik bir "herkesi kucaklayan" (catch-all) partidir⁹¹. Kalaycıoğlu tarafından, AKP'nin, merkez ve sağ ideolojilerin hepsini kapsamakla övüldüğü ve Türk parti sisteminin yeni merkezini oluşturduğunu sıklıkla ifade ettiği belirtilmektedir, AKP, "catch-all" bir parti olarak tanımlanmaktadır. Nitekim, catch-all partilerin temel özelliklerinden olan, seçmenlerin, ideolojik tercihlerden değil, pragmatik hata ekonomik/maddi menfaatleri nedeniyle AKP ve ANAP'a yöneldiği belirtilmektedir⁹². AKP seçmeninin partiye yönelik algısı da, catch-all imajını kuvvetlendirmektedir. AKP seçmeni, AKP'yi ılımlı merkez sağ, dindar fakat ılımlı laik bir parti olarak görmektedir. Parti, ılımlı Kemalist, hafifçe İslamcı, ılımlı Türk milliyetçisi, biraz da Kürt milliyetçisi, genel olarak demokratik görülmektedir⁹³.

Bir diğer görüşe göre, AKP, örgütsel gelişme bakımından kitle partisine en yakın parti olarak değerlendirilmektedir⁹⁴.

⁹¹ ÖZBUDUN, Zaman, 17.08.2007.

⁹² KALAYCIOĞLU, s.299.

⁹³ GUIDA, M./TUNA, T., "Centre-Periphery Divide as a Key to Understand Electoral Choices in Istanbul", *European Journal of Economic and Political Studies*, 2009, Vol. 2, No.2, s.138 (<http://ejeps.fatih.edu.tr/docs/articles/25.pdf> adresinden 20.02.2011 tarihinde ulaşılmıştır).

⁹⁴ USUL, Ali Resul, "Ergun Özbudun'un Türk Siyaset Bilimine Katkılarının Değerlendirilmesi", *Özbudun'a Armağan Cilt I: Siyaset Bilimi, Yetkin Yayınları*, Ankara 2008, s.11.

AKP'yi catch-all partilere yaklaştıran en önemli husus, seçmen tabanını genişletme çabalarıdır. Bu kapsamda, özellikle etnik ve dini olarak toplumda azınlıkta bulunan grup mensuplarına yönelik sembolik jestlere ve catch-all stratejilere dikkat çekilmektedir⁹⁵. Bu kapsamda, belli bir sınıfa dayanan kitle partilerinden farklı olarak, AKP'nin seçim başarısı, sınıf-üstü ittifaklar kurabilme becerisine de bağlanmaktadır⁹⁶. Ancak, diğer yandan, AKP'nin, bu catch-all stratejilerden ziyade, Müslüman muhafazakar elitlerin genişleme ve güçlenmesinden daha fazla yarar sağladığı belirtilmektedir⁹⁷.

AKP'nin seçmen tabanına daha yakından bakmak, catch-all niteliklerini değerlendirebilmek bakımından gereklidir. AKP üye sayısı olarak 4 milyon rakamına yaklaşmış olması, kitle partilerine yaklařtırmaktadır⁹⁸. Ancak, araştırmalarda, AKP seçmenin, oldukça dindar nitelikleri göze çarpmaktadır⁹⁹. Bu veriye paralel şekilde, AKP seçmenin köken olarak, DP ve AP'nin liberal-muhafazakar merkez sağ geleneğinden ziyade, Milli Görüş'ün siyasi İslamcı geleneğine daha iyi oturduğu belirtilmektedir. Nitekim, ebeveynleri Milli Görüş taraftarı olan seçmenlerin, ebeveynleri DP-AP'li seçmenlere göre AKP'yle daha fazla özdeşim kurduğu, bu nedenle de, siyasi İslam ve din ve vicdan hürriyetine ilişkin hassasiyetlerin, AKP'ye yönelik eğilimlerde halen bir miktar rol oynadığı ifade edilmektedir. Ancak, özellikle 2007 seçimlerinde, AKP, İslamcı olamayan hatta laik ve eski CHP'li üyeleri de saflarına katmıştır. Kökenleri sağ kesimin tamamına yayılmış olsa da, AKP, milli görüş kökenlilere daha cazip gelmektedir¹⁰⁰. AKP, resmi olarak laik, ancak, dindar seçmenin desteğine dayanan, bu nedenle, dini ifade ve talepleri laik bir politikaya dönüştüren, bu şekilde İslamcı sivil toplumun laik bir temsilcisi olarak da görülmektedir. Bir görüşe göre, AKP'nin doğrudan İslamcı politikalar takip etmeden, İslamcı STÖ'ler vasıtasıyla dini talepleri organize etmesi, İslamcı eğilimli ve seçmen tabanı bakımından catch-

⁹⁵ GUIDA/TUNA, s.129.

⁹⁶ Öniş'ten naklen ÖZLER, Ş.İlgü/SARKISSIAN, Ani, *Negotiating Islam, Civil Society and Secularism: The Justice and Development Party in Turkey*, s.19 (http://papers.ssrn.com/Sol3/papers.cfm?abstract_id=1451116 adresinden 20.02.2011 tarihinde erişilmiştir).

⁹⁷ GUIDA/TUNA, s.130.

⁹⁸ ÖZLER/SARKISSIAN, s.21.

⁹⁹ GUIDA/TUNA, s.136.

¹⁰⁰ KALAYCIOĞLU, s.309-311.

all bir parti olarak varlığını sürdürmesini sağlamıştır. Nitekim, AKP türü Müslüman-demokrat partilerin İslamcılardan temel farklarından birisi de, demokratik ilkelere inanan, bu nedenle de, parti programlarını, çok partili rekabetçi bir yapıda en çok oyu almak üzerine kuran, faydacı politikalara dayanmasıdır¹⁰¹.

İdeolojik bakımdan incelendiğinde, AKP'nin, esasen, Müslüman demokrat yerine, belirli bir ideolojiye dayanmayan muhafazakar demokrat¹⁰² tabirini kabul ettiği, partiye ve Türkiye'ye has çeşitli fikirleri bir araya getirmesinin, onu hem sağda bir catch-all parti, hem de geniş bir dindar-muhafazakar tabanın temsilcisi haline getirdiği ifade edilmektedir¹⁰³. Nitekim, Özbudun'a göre, AKP ve CHP'yi ayıran farklar, ekonomik politika farklılıkları değildir. Hatta, Özbudun'un alıntı yaptığı Öniş'e göre, bazı bakımlardan AKP, CHP'ye oranla daha fazla üçüncü yolcu, Avrupa tarzında bir sosyal demokrat parti izlenimi vermektedir. AKP, Milli Görüş politikalarından çok farklı politikalar izlemekte, laiklikle barışık bir görünüm vermekte, Milli Görüşçü partilerden çok daha geniş bir tabana hitap etmekte olup, merkez sağın rakipsiz partisi olarak da nitelendirilmektedir¹⁰⁴. Bu çerçevede, AKP, ne eski merkez sağın, ne de milli görüşün basit bir devamı olarak görülmemekte, bir yandan, muhafazakar-gelenekçi, diğer yandan piyasa kapitalizmi içinde ekonomik liberalleşmeyi savunan sağ parti olarak değerlendirilmektedir. Liberal-muhafazakar bu parti, giderek ekonomik eğilim olarak liberalleşen, sosyokültürel olarak gelenekçi-muhafazakarlaşan bir topluma hoş gelen kitle, hatta catch-all bir partidir¹⁰⁵.

Örgütsel yapı bakımından, AKP, parti içi demokrasi sözünü yerine getirememiş görünmektedir¹⁰⁶. Lider karizmasının ve parti liderliğinin, catch-all partilere uygun şekilde, ön planda olduğu görülmektedir. Bu durum, seçmenin, oy tercihini ifade ederken genellikle parti

¹⁰¹ ÖZLER/SARKISSIAN, s.7-9,13.

¹⁰² Türkiye Cumhuriyeti'nin 59. Hükümet Programı (<http://www.byegm.gov.tr/icerikdetay.aspx?Id=24> adresinden 22.02.2011 tarihinde erişilmiştir).

¹⁰³ ÖZLER/SARKISSIAN, s.14.

¹⁰⁴ ÖZBUDUN, Zaman, 17.08.2007.

¹⁰⁵ KALAYCIOĞLU, s.312

¹⁰⁶ ÖZLER/SARKISSIAN, s.15

genel başkanı ve Başbakan'ın adını belirtmesinden de anlaşılmaktadır. Bu durum, yukarıda belirtildiği şekilde¹⁰⁷, seçmen sadakatinin liderin parti başında bulunduğu sürece sağlanmasını büyük ölçüde teminat altına alırken, olası bir lider değişikliğinde seçmen sadakatini sağlamayı da zorlaştıracaktır.

AKP 2010 yılı gelirleri içinde devlet yardımları %93'lük bir dilimi oluşturmakta olup, bu konuda da, catch-all partilerle benzeşmektedir¹⁰⁸. Ancak, ülkemizde, üye aidatlarının genel olarak siyasi partilerde, özellikle de merkez sağ partilerde parti gelirlerinin cüzi bir kısmını oluşturduğu¹⁰⁹ göz önüne alındığında, bu durumun bir catch-all parti olma belirtisi olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünmekteyim.

Türkiye'nin gelişen sanayi toplumu içinde, benzer popülerliğe sahip bir sol parti veya bir sol catch-all partinin ortaya çıkması konusunda ise, öğretilerde ümit verici görüşler beyan edilmemekte, toplumun %20'den daha azının kendisini sol olarak tanımladığı bir toplumda böyle bir pozisyonun nasıl geliştirilebileceğinin de muğlak olduğu belirtilmektedir¹¹⁰.

Guida/Tuna'nın araştırmasına göre, Türkiye'de sosyal bölünmelerin, özellikle merkez-çevre bölünmesinin siyasi sistemde hakim bir faktör olması, partilerin seçmen kitlesine yatay olarak hitap edememesi ve toplumu bir arada tutma görevlerini yerine getirememesi endişe vericidir. Partilerin toplumsal bölünmeler arasında bir köprü görevi görememeleri ve bu bölünmeler paralelinde konumlanmaları, toplum içinde mevcut gerilimleri ortadan kaldırmamakta, aksine ülkenin demokratikleşme sürecine zarar vermektedir¹¹¹. Bu değerlendirmeler, Türkiye'deki partilerin catch-all partilere dönüşmesinin, toplumsal çatışmaların azalmasına katkıda bulunacağı şeklinde de yorumlanabilir.

¹⁰⁷ yuk. s.17-18.

¹⁰⁸ http://www.akparti.org.tr/media/www/html/gelirgider/gelir_gider.htm (19.02.2011).

¹⁰⁹ UZUN, s.110

¹¹⁰ KALAYCIOĞLU, s.312

¹¹¹ GUIDA/TUNA, s.141-142

5. Diğer Ülkeler

ABD partilerinin, aday merkezli hizipçi mücadeleler için iyi bir çerçeve oluşturdukları ve Duverger'in klasik örnekleri ve Hollanda örneğinden farklı olsalar da en iyi kadro partisi olarak tanımlandıkları¹¹² ifade edilmekle birlikte, öğretilerde, catch-all partiler olarak da ifade edilmekte¹¹³, diğer yandan, mevcut parti tipolojilerine tam olarak uymayacakları da ileri sürülmektedir¹¹⁴.

Bir başka görüş ise, ABD'deki partilerin, 19.yüzyılda kitle partisi özellikleri göstermekle birlikte, 1890'lardan itibaren bu özelliklerini kaybetmeye başladıkları yönündedir. Bu tarihten sonra, ABD partilerini bir tür kadro partisi olarak nitelemek mümkün olsa da, ne kitle ne de kadro partisi özelliklerine tam uymamaktadır. Aynı zamanda, sosyal gruplarla bağlantıları zayıflayan ABD partileri, catch-all stratejiler izlemeye de başlamışlardır. Ancak, ABD partilerinin baştan itibaren sınıf tabanlı olmamaları, ademi merkezizetçi parti örgütlenmesi nedeniyle aynı toplumsal sınıfın farklı şehirlerde farklı partilerde örgütlenebilmesi, başkanlık sisteminin de tesiriyle iki büyük parti etrafında toplanan grupların, kendi sınıf partilerini kurmamaları nedenleriyle, ABD ve Avrupa catch-all süreçlerinin gelişimi esas itibariyle farklıdır. Bu nedenle, Avrupa'da Kirchheimer'in gündeme getirdiği catch-all partilerin, "Avrupa siyasetinin Amerikalalaşması" olarak değerlendirilmesi de yanıltıcı olacağı sonucu ifade edilmektedir¹¹⁵.

Diğer yandan, ABD Cumhuriyetçi Partisinin, özellikle 1980'den itibaren ulusal düzeyde giderek daha yoğun bir ideolojik söylem içine girdiği ve çatışmacı bir üslup benimsediği, bu nedenle de, klasik catch-all çizgisinin dışına çıktığı belirtilmektedir. İki ana blok da catch-all stratejileri uyguladıklarından, bir "catch-all parti siteminden" de söz edilebilecektir¹¹⁶.

Tayvan'daki Kuomintang partisinin, yarı-Leninist partiden, catch-all partiye oldukça uzun süren dönüşümünü tamamlamak üze-

¹¹² WOLINETZ, s.143.

¹¹³ Örn. ABD Demokrat Partisi için GUNTHER/DIAMOND, s.186.

¹¹⁴ GUNTHER/DIAMOND, s.168.

¹¹⁵ WARE, Alan, "American Exceptionalism", *Handbook of Party Politics*, ed. Katz, R.S./Crotty, W., Sage Publications, 2006, s.275-276.

¹¹⁶ GUNTHER/DIAMOND, s.191.

re olduğu, Kore'nin ana partilerinin de catch-all partilerin pek çok özelliğini taşıdığı, ancak yerel özelliklerinin de ağır bastığı ifade edilmektedir¹¹⁷.

V. SONUÇ

Çağdaş demokrasilerin vazgeçilmez unsurlarından olan siyasi partiler, sürekli bir gelişim içinde olan toplumdaki değişime paralel olarak, muhtelif şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Geçtiğimiz yüzyılın başlarından itibaren, birçok bilim adamı, siyasi parti sistemlerini ve tipolojilerini tasnife çalışmıştır.

Söz konusu çalışmalar, partilerin, çağdaş rejimlerdeki belirleyici rolü nedeniyle son derece önemlidir. Zira, bu çalışmalar, salt akademik merakın tatmin edilmesinin ötesinde, sağlayacağı veriler ışığında, insanoğlunun siyasal ve toplumsal huzuruna da katkı sağlayacaktır.

Geçtiğimiz yüzyılda yapılan bu yöndeki çalışmalar içinde, Kirchheimer'ın "*catch-all*" teorisi, parti sistemlerinde günümüzde gerçekleşen birçok değişikliğe ışık tutabilecek niteliktedir.

II.Dünya Savaşı sonrasında Batı Avrupa'da görülen refah artışına paralel olarak, siyasi partilerde ideolojik söylemlerin yumuşatılması, geleneksel sınıfsal taban dışındaki kitlelere açılım, örgütün ve üyelerin önemini kaybetmesi ve partilerin merkeze ve birbirlerine yaklaşması olarak özetlenebilecek catch-all partileşme sürecini Kirchheimer'ın kaçınılmaz bir gidişat gibi algılaması, öğretilerde eleştirilmişse de, kanımca, bu eleştiriler çok yerinde değildir. Zira, Kirchheimer'ın elindeki veriler itibarıyla vardığı sonuçlar doğru olup, sonraki olay ve eğilimlere bakarak bir yanlışlamaya gitmek haksızlık olacaktır.

Nitekim, günümüzde de, birçok ülkede, kısmi de olsa catch-all eğilimli partiler görülmekle birlikte, tümünden catch-all partilerin hakim olduğu bir parti sistemi, hatta her yönüyle Kirchheimer'ın tarifine uyan bir catch-all parti bulmak imkansız gibi görünmektedir.

¹¹⁷ GUNTHER/DIAMOND, s.186. Ancak, Leninist parti ifadesini, ideolojik değil, örgütsel özellikleri ve demokrasiyi bir vasıta olarak gören hegemonik anlayışı nedeniyle kullandıklarını ifade etmeliyiz. Örgütsel anlamda Leninist parti için bkz. GUNTHER/DIAMOND, s.179-180.

Diğer yandan, catch-all eğilimli partilerin geniş kitlelerin siyasi katılımını sağlama konusunda isteksiz olmaları, siyasi devşirme bakımından yine kitlelere açık olmamaları, siyaseti sırf iktidara gelme ve devlet yönetme vasıtası olarak görmeleri, kitlelerin beklenti ve fikirlerinin seslendirilmesi konusunda hassasiyet taşımamaları, vatandaşların demokratik düzenden beklentilerinin karşılanması noktasında zafiyet doğurabilecek hususlar olarak göze çarpmaktadır.

Ülkemizde, Avrupa demokrasilerindekilere benzer şekilde kitle partilerinin siyasi hayatta yer almamış olması, parti sistemlerinin dönüşümüyle ilgili söz konusu teorilerin birebir yansımaları görmemizi de engellemektedir. Ancak, genel olarak ANAP ve kısmen de AKP'nin catch-all partilerin ülkemizdeki örnekleri oldukları kabul edilmektedir.

KAYNAKLAR

59. Hükümet Hükümet Programı

ANAVATAN Partisi Tüzüğü, 26.12.1984.

ANAVATAN Partisi Programı (<http://www.belgenet.com/parti/program/anap-1.html> adresinden 17.02.2011 tarihinde erişilmiştir).

Adalet ve Kalkınma Partisi Parti Programı

DUVERGER, Maurice, *Siyasi Partiler*, çev. Ergun Özbudun, Bilgi Yayınevi, İkinci Basım, Mayıs 1974, Ankara.

FORESTIERE, Carolyn, "Kirchheimer Italian Style-Catch-All Parties or Catch-All Blocs", *Party Politics*, 2009, Vol.15, No.5, s.573-591.

GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ekim 2009.

GUIDA, M./TUNA, T., "Centre-Periphery Divide as a Key to Understand Electoral Choices in Istanbul", *European Journal of Economic and Political Studies*, 2009, Vol. 2, No.2, s.129-143 (<http://ejeps.fatih.edu.tr/docs/articles/25.pdf> adresinden 20.02.2011 tarihinde ulaşılmıştır).

- GUNTHER, Richard/DIAMOND, Larry, "*Species of Political Parties: A New Typology*", *Party Politics*, 2003, Vol. 9. No.2, s.167-199.
- KALAYCIOĞLU, Ersin, "*Attitudinal Orientation to Party Organisations in Turkey in the 2000s*", *Turkish Studies*, 2008, Vol.9 No.2, s.297-316.
- KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- KIRCHHEIMER, Otto, "*The Transformation of the Western European Party Systems*" in "*Political Parties and Political Development*" ed. La-Palombara, J. and Weiner, M., Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1966, s. 177-200.
- KROUWEL, André, *The Catch-All Party in Western Europe 1945-1990-A Study in Arrested Development*, Vrije Universiteit, 1998 (<http://dare.ubvu.vu.nl/bitstream/1871/13043/1/4664.pdf> adresinden 12.11.2010 tarihinde erişilmiştir) (KROUWEL, 1998)
- KROUWEL, André, "*Otto Kirchheimer and the Catch-All Party*", *West European Politics*, Vol. 26, No.2 (April 2003), s.23-40 (KROUWEL, 2003).
- LAPALOMBARA, Joseph, "*Reflections on Political Parties and Political Development, Four Decades Later*", *Party Politics*, 2007, Vol.13, No.2, s.141-154 (<http://ppq.sagepub.com/content/13/2/141> adresinden 15.01.2011 tarihinde erişilmiştir).
- LIJPHART, Arend, *Çağdaş Demokrasiler-Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, çev. E.Özbudun ve E.Onulduran, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, yayın yılı ve yeri yok.
- MAIR, Peter, "*Party Systems and Structures of Competition*", in *Comparing Democracies -Elections and Voting in Global Perspective*, ed. Le-Duc L., Niemi, R.G., Norris, P., Thousand Oaks, California, Sage Publications, 1996, s.98-105.
- MUTLU, Ozan, *1982 Anayasası ve Siyasal Partiler Kanunu'na Göre Parti İçi Demokrasi*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008

- ÖZBUDUN, Ergun, "M.Duverger'in 'Siyasal Partiler'i ve Siyasal Partilerin İncelenmesinde Bazı Metodolojik Problemler", AÜHF Dergisi, C.XXI, y.1964, S.1-4, s.24-25.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Siyasal Partiler*, İkinci Bası, AÜHF Yayınları No. 409, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977 (ÖZBUDUN, Siyasal Partiler)
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993 (ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku).
- ÖZBUDUN, Ergun, *Çağdaş Türk Politikası: Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller*, çev. Ali Resul Usul, İstanbul, 2003.
- ÖZBUDUN, Ergun, "Türkiye Siyasetindeki Bölünme Çizgisi", *Zaman*, 17.08.2007 (ÖZBUDUN, *Zaman*, 17.08.2007).
- ÖZLER, Ş.İlgü/SARKISSIAN, Ani, *Negotiating Islam, Civil Society and Secularism: The Justice and Development Party in Turkey*, (http://papers.ssrn.com/Sol3/papers.cfm?abstract_id=1451116 adresinden 20.02.2011 tarihinde erişilmiştir).
- TAŞAR, Mustafa, *1983'den 2000'li Yıllara Anavatan*, II.Baskı, Temmuz 1991, Nurol Matbaacılık, Ankara.
- USUL, Ali Resul, "Ergun Özbudun'un Türk Siyaset Bilimine Katkılarının Değerlendirilmesi", *Özbudun'a Armağan Cilt I: Siyaset Bilimi, Yetkin Yayınları*, Ankara 2008, s.1-15.
- UZUN, Cem Duran, *Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- WARE, Alan, "American Exceptionalism", *Handbook of Party Politics*, ed. Katz, R.S./Crotty, W., Sage Publications, 2006, s.270-277.
- WILLIAMS, Michelle Hale, "Kirchheimer Revisited: Party Polarisation, Party Convergence, or Party Decline in the German Party System", *German Politics*, Vol.17, No.2, June 2008, s.105-123 (WILLIAMS, German Party System).
- WILLIAMS, Michelle Hale, "Kirchheimer's French Twist: A Model of the Catch-All Thesis Applied to the French Case", *Party Politics*, Vol.15, September 2009, s.592-614 (WILLIAMS, French Twist).

WOLINETZ, Steven B., *"Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies"* in *Political Parties: Old Concepts and New Challenges*, ed. Gunther, R., Montero, J.R., Linz, J., New York, Oxford University Press, 2002, s.136-165.

Elektronik Kaynaklar

<http://www.akparti.org.tr/>

<http://www.belgenet.com>

<http://www.byegm.gov.tr/>

<https://www.cia.gov/library/>

<http://dare.ubvu.vu.nl/>

http://de.wikipedia.org/wiki/Otto_Kirchheimer

GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE AZINLIK VAKIFLARININ MAL EDİNMELERİ SORUNU

THE PROBLEM OF PROPERTY ACQUISITION BY MINORITY FOUNDATIONS FROM PAST TO PRESENT

Mustafa ÇAĞATAY*

Özet: Azınlık vakıflarının mal edinebilmeleri, geçmişten günümüze önemli bir sorun olarak varlığını devam ettirmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, Lozan Antlaşması'yla gayrimüslim azınlıklara ait vakıflara her türlü kolaylık ve korumayı sağlama taahhüdünde bulunmuş ve azınlık vakıfları, 1970'li yıllara kadar herhangi bir sorunla karşılaşmadan taşınmaz mal edinmişlerdir. Ancak, söz konusu tarihten sonra yargı kararlarıyla bu hakları engellenmiş ise de 2000'li yıllardan sonra Avrupa Birliği süreciyle birlikte yapılan yasal değişikliklerle, tekrar eski haklarına kavuşmuşlardır.

Anahtar Sözcükler : Azınlık, azınlık hakları, cemaat vakıfları, taşınmaz mal edinme, mülkiyet, karşılıklılık ilkesi, Lozan Antlaşması.

Abstract : Acquiring goods by minority foundations continued to exist a major problem from to past. With Treaty of Lausanne, Turkey Republic committed to providing all of types of convenience and protection for foundations belonging to non-Muslim minorities and minorities foundations, facing without any problems until the early 1970s, have obtained real estate. However, after that date even those rights blocked judicial decision, after 2000s with legal changes that made in the process of European Union, they regained former rights.

Keywords : Minority, minority rights, community foundations (non-Muslim foundations), real estate acquisition, property, principle of reciprocity, Treaty of Lausanne.

* Hakim, Anayasa Mahkemesi Raportörü

GİRİŞ

Azınlık vakıfları ya da bir başka adıyla cemaat vakıfları ve özellikle bu vakıfların taşınmaz mal edinmeleri sorunu, Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinden günümüze kadar süregelen bir sorundur.

Cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri konusunda 2002, 2003 ve 2008 yıllarında önemli yasal değişiklikler yapılmıştır. 2002 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesine eklenen fıkralarla yapılan değişiklikle, Cemaat vakıflarının vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilmelerine ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilmelerine olanak sağlanmıştır.

2003 yılında yapılan ikinci yasal düzenleme ile de azınlık vakıflarının mal edinebilmelerinde Bakanlar Kurulu yerine Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izninin yeterli olacağı hükmü getirilmiştir.

2008 yılında kabul edilip yürürlüğe giren 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu'nun 12. maddesiyle yapılan düzenlemeyle ise önceki hükümlerden farklı olarak, cemaat vakıflarına herhangi bir makamdan izin almaksızın ve vakıf amacıyla öngörülen hizmetleri gerçekleştirme koşulu aramaksızın mal edinme olanağı sağlanmıştır.

Yapılan bu yasal değişiklikler, bir çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. İşte bu çalışmada, hayli tartışmalı olan bu konu incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak azınlık ve azınlık hakları kavramları, azınlık haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ve Türkiye'nin azınlıklara ilişkin yaklaşımı incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde, vakıflar ve özellikle cemaat vakıfları ile bunların hukuksal statüsü hakkında genel bilgiler verilmeyle çalışılmıştır. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri sorunu geçmişten günümüze, yasal düzenlemeler ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK AZINLIK VE AZINLIK HAKLARI

1.1. AZINLIK KAVRAMI

Uluslararası hukukta genel kabul gören bir azınlık tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu raportörü Francesco Capotorti'nin 1978 yılında hazırladığı *"Etnik Dinsel ve Dinsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına İlişkin Çalışma"* da yer verdiği tanımlamanın, daha sonraki yapılmış olan tanım denemelerinin temel çerçevesini oluşturduğu kabul edilmektedir¹.

Capotorti'nin tanımına göre azınlık, *"bir devletin nüfusunun geri kalanına göre sayısal olarak az olan, egemen konumunda bulunmayan, - o devletin vatandaşı olan - üyeleri nüfusun geri kalanından farklı etnik, dinsel ya da dinsel özelliklerine sahip olan ve kültürlerini, geleneklerini, dinlerini ya da dillerini korumaya yönelik üstü örtülü de olsa bir dayanışma duygusu gösteren bir grup"* tur².

Avrupa Konseyi bünyesinde yapılan çalışmalarda Capotorti'nin tanımı temel alınmıştır³. Avrupa Konseyinin danışma organı niteliğindeki Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)'nun hazırladığı *"Azınlıkların Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi Önerisi"* (1991) ile Parlamenterler Meclisinin hazırladığı *"Ulusal Azınlıklara Mensup Kişiler Hakkında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokol Önerisi"*nde (1993) azınlık tanımına yer verilmiştir.

Venedik Komisyonunun Önerisi'nin 2. maddesinin birinci fıkrasında *"Bu Sözleşme'nin amaçları bakımından azınlık, bir devletin nüfusunun geri kalanından sayıca az olan, o devletin vatandaşı olan üyeleri nüfusun geri kalanından farklı etnik, dinsel ya da dinsel özelliklere sahip olan ve kültürlerini koruma isteğiyle yönelen bir grubu ifade eder."* şeklinde bir tanımlama yapılmıştır.

¹ Naz Çavuşoğlu, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, Su Yayınları, Ankara, 2001, s. 35.

² Çavuşoğlu, a.g.e., s. 35.

³ Hüseyin Akgül, *Azınlık Kavramı*, Akademi Kitabevi, İzmir, 2003, s. 11.

Daha ayrıntılı bir tanım içeren Avrupa Parlamenterler Meclisi'nin Ek Protokol Önerisi'nde ise ulusal azınlık;

- Bir devletin ülkesinde ikamet eden ve bundan dolayı o devletin vatandaşı olan,
 - O devletle eskiden beri süregelen, sıkı ve sürekli bağlarını koruyan,
 - Ayırt edici etnik, kültürel, dinsel ya da dilsel özellikler gösteren,
 - O devletin ya da o devletin bir bölgesinin geri kalan nüfusundan sayıca az olmasına rağmen,yeterli derecede temsil edilen,
 - Kültürleri, gelenekleri, dinleri ya da dilleri dahil olmak üzere, ortak kimliklerini oluşturan öğeleri hep birlikte koruma kaygısıyla yönlenen,
- kişiler grubu olarak ifade edilmiştir⁴.

Bu tanımlamalardan yola çıkılarak, üç tür azınlık grubundan söz edilmektedir⁵: Ulusal (etnik) azınlıklar⁶, dinsel azınlıklar ve dilsel azınlıklar.

1.2. TÜRKİYE AÇISINDAN AZINLIK KAVRAMI

Türkiye'nin azınlıkların tanımına ilişkin temel yaklaşımı Türkiye Cumhuriyetinin kurucu antlaşması niteliğindeki Lozan Antlaşması'na dayanmaktadır.

Azınlık kavramının tanımlanması Lozan Konferansı'nda alt komisyonunun en fazla uğraştığı konu olmuştur⁷. Türkiye adına görüşmelere katılan Rıza Nur'un Türkiye'de yalnızca din azınlığının bu-

⁴ Çavuşoğlu, a.g.e., s. 38.

⁵ Ayşe Füsün Arsava, *Azınlık Kavramı ve Azınlıkların Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi*, AÜ. SBF Basımevi, Ankara, 1993, s. 53-58.

⁶ İçerik olarak ulusal azınlık kavramının etnik azınlık kavramına karşılık gelmesine karşın, etnik azınlık kavramının daha kapsamlı olduğu ve ulusal azınlık teşkil etmeyen etnik grupları da kapsadığı ifade edilmektedir (Bkz. Arsava, a.g.e., s.56; Akgül, a.g.e., 14). Örneğin Bulgaristan ve Makedonya Türkleri ulusal azınlık olarak kabul edilirken, Fransa'daki Korsakalılar ile İspanya'daki Basklılar etnik azınlık olarak kabul edilmektedir (Akgül, a.g.e., s. 13).

⁷ M. Altuğ İmamoğlu, *Azınlık Vakıfları ve Yabancıların Taşınmaz Edinimleri*, Yazıt Yayınları, Ankara, 2006, s. 12.

lunduğunu, soy azınlığının bulunmadığını ve Türkiye'nin soy ya da dilsel azınlıkların korunmasını kabul etmediğini beyan etmesiyle ilk sorunlar başlamıştır⁸. Alt Komisyonunda yapılan görüşmeler sonucunda, 2. maddenin ikinci paragrafında yer alan "azınlıklar" kelimesi yerine "Müslüman olmayan azınlıklar", aynı maddenin üçüncü paragrafında yer alan "azınlıklar" yerine "Türkiye'de oturan azınlıklar"; 7. maddedeki "Hristiyan ya da Musevi" terimleri yerine "gayrimüslim azınlıklar" terimlerinin kullanılması kabul edilmiştir⁹.

Gerçekten de Lozan Konferansı tutanakları incelendiğinde, Azınlıklar Alt Komisyonu Başkanı M. Montagna'nın sunduğu 7.1.1923 tarihli raporda; azınlıkların korunmasına ilişkin hükümlerin Türkiye'de oturan soy, dil ve din azınlıklarının hepsine uygulanması konusunda yapılan tartışmalar sonucunda, söz konusu hükümlerin yalnızca Müslüman olmayan azınlıklarla sınırlı olarak uygulanmasına karar verildiği belirtilmiştir¹⁰.

Sevr Antlaşması'nda soy, dil ve din esasına dayalı olarak kabul edilen azınlık kavramı, Lozan Antlaşması'nda Türk tarafının çabaları sonucunda sadece gayrimüslim vatandaşlar yönünden (din esas) kabul edilmiştir¹¹. Aslında bu durum, I. Dünya Savaşından sonra müttefik ve ortak devletlerin kimi ülkelere imzalattığı antlaşmalarda yer alan ve dönemin soy, dil ve din esasına dayalı standart azınlık anlayışının Türkiye'ye kabul ettirilemediği anlamına gelmektedir¹².

Lozan Antlaşması'nda azınlık tanımı yer almamakla birlikte, Antlaşma'nın bütünü ile azınlıklarla ilgili bölüm bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Türkiye'nin azınlık olarak sadece gayrimüslimleri kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Lozan Antlaşması'na göre yalnızca gayrimüslimler azınlık olarak kabul edilmekle birlikte, söz konusu Antlaşma'daki haklardan

⁸ Lozan Barış Konferansı - Tutanaklar Belgeler- (Çev. Seha L. Meray), SBF Yayınları No: 291, Ankara, 1970, Takım 1, C.1, Kitap 2, s. 154-155.

⁹ Lozan Barış Konferansı..., 26.12.1922 tarihli oturum, 10 Sayılı Tutanak, Takım 1, C.1, Kitap 2, s. 21-213.

¹⁰ Lozan Barış Konferansı - Tutanaklar Belgeler- (Çev. Seha L. MERAY), SBF Yayınları No: 291, Ankara, 1969, Takım 1, C.1, Kitap 1, s. 309.

¹¹ Baskın Oran, "Lozan'ın 'Azınlıkların Korunması' Bölümünü Yeniden Okurken", Yılmaz Günel'a Armağan, SBF Dergisi, C. 49, Haziran - Aralık 2004, No: 3 -4, s. 287.

¹² Baskın Oran, Küreselleşme ve Azınlıklar, İmaj Kitabevi, Ankara, 2001, s. 152 - 153.

Türkiye'deki tüm gayrimüslimler yararlandırılmamıştır. Bu haklar, Antlaşma'da bu konuda bir hüküm bulunmamasına karşın, sadece Rum, Ermeni ve Musevi vatandaşlara uygulanmıştır¹³. Örneğin Süryaniler, Keldaniler, Asuriler vb. diğer gayrimüslim azınlıklar, Antlaşma'da azınlıklar için öngörülen haklardan yararlandırılmamıştır¹⁴.

1.3. AZINLIK HAKLARI KAVRAMI

Azınlık haklarının kapsamının sınırlarının belirlenmesi, azınlık haklarının tanımı kadar karmaşık ve üzerinde uzlaşa sağlanamayan bir konudur¹⁵.

Azınlık hakları, geçerli bireysel insan hakları kapsamında değerlendirildiğinden, varolma (hayat) hakkı, eşit olma hakkı, ayrımcılık yapılmaması, din, ifade ve kültür özgürlüğü, bu hakların bir parçası olarak kabul edilmektedirler¹⁶.

Azınlık hakları, eşitlik ilkesi üzerine kurulu "demokratik toplum" çerçevesinde tanınan haklardır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı yanında, azınlık haklarının niteliğine bağlı "pozitif ayrımcılık" ilkesi de azınlık haklarının kurucu unsurları içinde yer almaktadır¹⁷.

Gerçekten başlangıçta uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan azınlık hakları "eşitlik" ve "ayırıcılık yasağı" gibi negatif ifadelerle devletlere negatif yükümlülükler getirirken, son zamanlarda devlete verilen bu negatif koruma (engellememe) görevi, pozitif ayrımcılık yapma görevine dönüşmektedir¹⁸.

¹³ M. Çağatay Okutan, *Tek Parti Döneminde Azınlık Politikaları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 73.

¹⁴ Oran, a.g.e., s. 155. Aynı yazar, bunun nedeninin açık olmadığını ancak büyük olasılıkla 1920'ler veya 1930'larda İçişleri Bakanlığınca çıkarılan gizli bir genelgeyeye dayanmış olabileceğini ileri sürmektedir (Bkz. a.g.e., s. 155'teki 80 numaralı dipnottaki açıklamalar).

¹⁵ Yılmaz Aliefendioğlu, "Azınlık Hakları ve Türk Anayasa Mahkemesinin Azınlık Konusuna Bakışı", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002, s. 219.

¹⁶ Javaid Rehman, "Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002, s. 99.

¹⁷ Çavuşoğlu, a.g.e., s. 85.

¹⁸ Sedat Sadioğlu, "Azınlık Sorunu ve Çözüm Önerileri", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002, s. 363; Oran, a.g.e., s. 137.

Günümüz insan hakları hukuku, azınlık gruplarının olumsuz biçimde ayrımcılığa uğramasını hoş görmemekte, aksine olumlu ayrımcılık uygulamalarıyla bu grupların zayıf taraflarının telafi edilerek varlıklarını sürdürmeleri hedeflenmektedir. Olumlu ayrımcılıktan kastedilen, gerçekte eşitsiz bir durumu gidermek adına görünürdeki eşitsizliği bozmaktır¹⁹.

Azınlık haklarına ilişkin bütün uluslararası belgelerde, azınlık haklarında öznenin "birey" olduğu varsayımından hareket edilmektedir²⁰. Azınlık haklarının bireysel hak olarak kabul edilmesinin temelinde, bu hakların kollektif hak olarak kabul edilmesi durumunda özerklikten ayrılıkçıya kadar varan talepleri beraberinde getireceği kaygısı yatmaktadır. Ancak, azınlık haklarının bireysel haklar olarak kabul edilmesi, bu hakların birlikte kullanımına da engel oluşturmamaktadır²¹. Nitekim, Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme'nin 3/2. maddesinde, ulusal azınlıklara mensup kişilerin hem bireysel olarak hem de başkalarıyla birlikte topluca azınlık haklarını kullanabilecekleri ifade edilmiştir.

Azınlık haklarının yukarıda belirtilen bireysel yönüne karşın, aynı zamanda kollektif boyutunun bulunması nedeniyle, azınlık hakları kollektif boyutu olan bireysel haklar olarak kabul edilmektedir²². Zira, bir azınlığı diğer sosyal gruplardan ayıran çizgiler kollektif niteliktedir²³. Azınlık hakkının varlığı sadece fiziksel varlığa bağlı değil, fakat söz konusu grubun diğerlerinin yanında aynı zamanda farklılığını kaybetmeden, kültürel, dinsel ve dilsel varlığını da sürdürebilmesini içermektedir²⁴. Bir başka ifadeyle, azınlık mensubu kişilere tanınan kendi kültürlerini, dinlerini ve dillerini yaşatma ve koruma hakkı ile asimilasyon yasağı, dolaylı da olsa "kollektif kimliğin" korunması so-

¹⁹ Emre Öktem, "Yeni Vakıflar Kanununun Cemaat Vakıflarına İlişkin Hükümleri Hakkında Uluslararası Hukuk Açısından Bazı Gözlemler", *Ergun Özbudun'a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, C. II, s. 571.

²⁰ Çavuşoğlu, a.g.e., s. 161; Oran, a.g.e., s. 84.

²¹ Naz Çavuşoğlu, "Azınlık Hakları: Avrupa Standartları ve Türkiye Bir Karşılaştırma", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002, s. 127.

²² Rehman, a.g.m., s. 99; Çavuşoğlu, a.g.m., s. 161; Oran, a.g.e., s. 84.

²³ François Rigaux, "Azınlıklar Hukuku: Tanımlama Sorunları", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002, s. 52.

²⁴ Rehman, a.g.m., s. 99.

nucunu doğurmaktadır²⁵. Bu özelliğinden ötürü, azınlık hakları günümüzde sui generis nitelikli insan hakları olarak kabul edilmektedir²⁶.

1.4. AZINLIK HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARASI SÖZLEŞMELER

II. Dünya Savaşı sonrası dönemde, uluslararası kuruluşların azınlık hakları konusunda yaptığı çalışmalar ön plana çıkmıştır. Özellikle BM, Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı -daha sonra Teşkilatı- (AGİK/AGİT) bünyesinde yapılan çalışmalarda azınlık haklarının korunmasına ilişkin önemli gelişmeler sağlanmıştır.

1.4.1. Birleşmiş Milletler Koruması

26 Haziran 1945'te San Fransisco'da imzalanan BM Şartı'nda ve 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde azınlık hakları yönünden öngörülen esas, insanlar arasında ırk, din, dil, kültür gibi farklılıklara göre ayırım yapmamak ve ayırım yapmayarak sağlanan eşitlikle azınlıkları korumaktır. Ancak, azınlık haklarının korunmasında "ayırım yapmama veya eşit davranma"nın yeterli olmadığı görülmüşü üzerine 16 Aralık 1966'da imzalanan ve 1976'da yürürlüğe giren BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme²⁷ ile yeni bir adım atılmıştır²⁸.

Söz konusu Sözleşme'nin 27. maddesindeki "*Etnik, dinsel ya da dilsel azınlıkların bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup kişiler, kendi gruplarının diğer üyeleriyle birlikte toplu olarak, kendi kültürlerinden yararlanmak, kendi dinlerini açıklamak ve uygulamak ya da kendi dillerini kullanmak hakkından mahrum edilemezler.*" kuralı, uluslararası insan hakları hukuku içinde evrensel nitelikte ve hukuki bağlayıcılığa sahip, azınlık haklarına ilişkin ilk düzenlemedir²⁹.

27. madde, azınlıkların belirlenmesi konusunu düzenlememektedir. Madde, azınlıkların varlığını esas alarak bazı düzenlemeler öngörmektedir.

²⁵ Çavuşoğlu, a.g.m., s. 161-162.

²⁶ Arsava, a.g.e., s. 33; 69 ve 70.

²⁷ Türkiye söz konusu Sözleşme'yi Ağustos 2000'de imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır.

²⁸ Aliefendioğlu, a.g.m., s. 220-221.

²⁹ Çavuşoğlu, a.g.m., s. 23.

Diğer taraftan, Sözleşme'nin 26. maddesinde yer alan "ulusal bir azınlığa ilişkin her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır" kuralı (diskriminasyon yasağı) ile de azınlıklara dolaylı bir koruma sağlanmıştır³⁰.

Söz konusu Sözleşme, bir azınlık içinde yer alan bireyin, öncelikle bu nedenle, öteki vatandaşlara göre bireysel açıdan bir ayrıma tabi tutulmasını yasaklamakta; ayrıca, grup içinde kendilerine özgü kültürel yaşamlarını sahiplenmek, dinlerinin gereklerini yerine getirebilmek ve dillerini kullanabilmek hakkından mahrum edilmemelerini (pozitif ayrımcılık) öngörmektedir. Sözleşme, aynı zamanda bireyle, Sözleşme'ye ek protokolü onaylayan devletler aleyhine BM İnsan Hakları Komitesine başvuru hakkını da tanımaktadır.

BM bünyesinde azınlıkların korunması konusunda ikinci belge, BM İnsan Hakları Komisyonuna bağlı olarak çalışan Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonunca hazırlanan "Ulusal ya da Etnik, Dilsel ve Dinsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına İlişkin Bildirge" dir³¹. Söz konusu Bildirge, BM Genel Kurulunca 18 Aralık 1992 tarihinde kabul edilmiştir. Bildirge'nin hukuksal bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, doğrudan azınlık haklarını konu alan ilk uluslararası belge olması ve azınlık haklarına ilişkin yeni standartları ortaya koyması bakımından önemlidir³².

Söz konusu Bildirge, BM uygulamasında "ayrımcılığın önlenmesi"nden "azınlıkların korunmasına" geçiş anlamını taşımaktadır³³.

1.4.2. AGİK/AGİT Koruması

Azınlık haklarının eşitlik ve ayrımcılık yasağı genel ilkelerinin ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesindeki "negatif" ifadesinin sınırlarını aşarak, özel haklar gerektiren yeni standartlara kavuşturulmasında öncülüğün AGİK tarafından üstlenildiği görülmektedir³⁴.

³⁰ Arsava, a.g.e., s. 74.

³¹ Bu Bildirge'ye Türkiye, yorum beyanında bulunarak oydaşma yoluyla katılmıştır.

³² Çavuşoğlu, a.g.m., s. 23.

³³ Oran, a.g.m., s. 132.

³⁴ Çavuşoğlu, a.g.m., s. 23-24.

AGİK³⁵ sürecinin başlangıcında, 1975 Helsinki Nihai Senedi'nde ulusal azınlıklara "hukuk önünde eşitlik, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada fırsat eşitliği bağlanması gerektiği"nden söz edilmiştir.

AGİK tarafından 5-29 Haziran 1990 tarihleri arasında Kopenhag'da gerçekleştirilen insani boyut toplantısı sonucunda kabul edilen Kopenhag Belgesi'nde, Avrupa'da barış, güvenlik ve istikrarın korunması için azınlık haklarına geniş biçimde yer verilmiş, ancak bu hakların kullanılması ülke bütünlüğü ve ulusal egemenlik kavramlarıyla sınırlı tutulmuştur.

Devlet ve hükümet başkanlarının 21 Kasım 1990 tarihinde yaptıkları Paris AGİK zirve toplantısı sonucunda açıkladıkları ve Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı olarak adlandırılan bildiriye, taraf devletler ulusal azınlıkların etnik, dil, kültürel ve dinsel kimliklerinin korunacağını ve azınlık mensuplarının bu kimliklerini herhangi bir mağduriyete uğramaksızın, kanun önünde tam bir eşitlik ve serbestlik içinde dile getirebileceklerini, bu kimliklerini koruyabileceklerini ve geliştirebileceklerini kabul etmişlerdir.

1.4.3. Avrupa Konseyi Koruması

Avrupa Konseyince hazırlanan 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde azınlık hakları ile ilgili ayrı bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak, Sözleşme'nin 14. maddesinde bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada ırk, renk, dil, din ve "ulusal bir azınlığa mensup olma" gibi nedenlerle, ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir.

Avrupa Konseyinin 1993 Viyana Zirvesi'nde hazırlanan Bildirge'nin "Ulusal azınlıklar" başlıklı 2. Ekinde, Kopenhag Belgesi'nin ulusal azınlıkların korunmasına ilişkin siyasal taahhütlerinin hukuksal yükümlülüklerle dönüştürülmesi gereği vurgulanmıştır.

Viyana Zirvesi'nde alınan kararlar sonucunda bu konuda görevlendirilen Bakanlar Komitesince 10 Kasım 1994'te hazırlanıp kabul edilen "Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme" 1 Şubat 1995 tarihinde imzaya açılmıştır.

³⁵ Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK), Aralık 1994'te Budapeşte'de yapılan zirvede adını Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) olarak değiştirmiştir.

Çerçeve Sözleşme hükümleri, doğrudan uygulanabilir olma özelliğine sahip değildir. Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında, özel koşulların göz önünde tutulabilmesi için, devletlere geniş takdir yetkisi bırakılmıştır³⁶.

Avrupa Konseyi üyeleri arasında sadece Türkiye, Fransa, Belçika ve Andora tarafından imzalanmayan söz konusu Sözleşme’de uygulamayı denetleme yetkisi Bakanlar Komitesine verilmiştir (m. 24, 25).

Söz konusu Sözleşme, ulusal azınlıklara bir yandan farklı olma hakkını tanıyarak bir takım haklar vermekle birlikte; bu hakkı, ülke bütünlüğü, ulusal egemenlik, hukukun üstünlüğü ve hukuksal düzeni koruma yükümlülükleri ile sınırlandırmaktadır³⁷.

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen bir başka belge de 5.11.1992 tarihinde imzaya açılan ve 1998’te yürürlüğe girmiş bulunan Bölgesel ya da Azınlık Dilleri Avrupa Şartı’dır. Şart, Avrupa kültürel mirasının bir parçası olarak kabul edilen bölgesel ya da azınlık dillerini geliştirmeyi ve korumayı amaçlamaktadır.

1.5. LOZAN ANTLAŞMASI VE AZINLIKLAR

Azınlıklara ilişkin hükümler, Lozan Antlaşması’nın “Akalliyetlerin Himayesi” başlıklı 1. Kısımının III. Faslında 37 ilâ 45. maddeler arasında düzenlenmiştir. Antlaşma’nın mütekabiliyet ilkesini düzenleyip düzenlemediği tartışmalı 45. maddesi, konumuz açısından önem arz ettiğinden, ayrı bir başlık altında incelenmeye çalışılacaktır.

1.5.1. Genel Olarak Antlaşma’daki Azınlıklara İlişkin Hükümler

Antlaşma’nın 37. maddesinde, Türkiye Devleti’nin Antlaşma’nın azınlıklarla ilgili bölümünde yer alan hükümleri temel yasalar olarak tanıdığı ve bunlara aykırı ya da çelişen hiçbir yasal düzenleme yapmayacağı taahhüdünde bulunduğu hükmü yer almaktadır.

Antlaşma’nın 38. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin doğum, milliyet, dil, ırk ve din farkı gözetmeksizin Türkiye’de yaşayan tüm halkların yaşam ve özgürlüklerini tam olarak korumayı yükümlendiği, Türkiye’deki tüm halkın kanun düzeni ve genel ahlaka aykırı olma-

³⁶ Çavuşoğlu, a.g.m., s. 27.

³⁷ Aliefendioğlu, a.g.m., s. 223.

mak koşuluyla din ve inanç özgürlüğüne sahip olduğu, azınlıkların seyahat ve göç etme hakkının bulunduğu ifade edilmiştir.

39. maddede, gayrimüslim azınlıkların siyasal, ekonomik ve kültürel hakları güvence altına alınmıştır. Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyruklarının, Müslümanların yararlanacakları aynı yurttaşlık haklarıyla siyasi haklardan yararlanacakları, tüm Türk Halkının din farkı gözetilmeksizin yasalar önünde eşit olacakları, her Türk'ün özel ve ticari ilişkilerde herhangi bir dili özgürce kullanabileceği belirtilmiştir.

Antlaşma'nın 40. maddesinde, gayrimüslim azınlıkların giderlerini kendileri ödemek üzere, her türlü hayır kurumlarıyla, dinsel ve sosyal kurumlar, her türlü okullar ve buna benzer öğretim ve eğitim kurumları kurmak, yönetmek ve denetlemek konusunda diğer Türk vatandaşları gibi eşit haklara sahip olacakları ifade edilmiştir.

Antlaşma'nın 41. maddesinde, gayrimüslim azınlıkların önemli oranda buldukları il ve ilçelerdeki ilkokullarında kendi dilleri ile eğitim görmeleri konusunda Türk Hükümetinin gerekli kolaylıkları göstereceği ve bu okullara bütçeden pay verileceği hükmü yer almaktadır.

Antlaşma'nın 42. maddesinde, Türk Hükümetinin gayrimüslim azınlıkların aile hukuku veya kişisel hakları konusundaki sorunlarını kendi gelenek ve göreneklerine göre çözümlenmesinde yardımcı olacağı, ayrıca söz konusu azınlıkların Türkiye'deki vakıflarına, din ve hayır işleri kurumlarına her türlü kolaylıklar ve izinlerin sağlanacağı ve kuruluşlarla ilgili olarak her türlü koruma önleminin alınacağı belirtilmiştir.

Lozan Antlaşmasının 42. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, Türkiye Cumhuriyeti gayrimüslim azınlıklara ait vakıf niteliğindeki kilise, havra, mezarlık, hastane gibi dini ve hayri kurumların Türk Hükümetinin tam bir koruma garantisi altında olduğunu yükümlenmiştir³⁸.

Medeni Kanun'un kabul edilmesinden önce gayrimüslim azınlıklardan Yahudiler 25.9.1925, Ermeniler 17.10.1925 ve Rumlar 27.11.1925

³⁸ İsmet Sungurbey, *Eski Vakıfların Yeni Sorunları*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 397.

tarihlerinde kendi istekleriyle Adalet Bakanlığına verdikleri dilekçeler ile artık aile hukuku ve şahsın hukuku bakımından ayrı bir işleme tabi tutulmak istemediklerini ve bu konuda Lozan'daki haklarından feragat ettiklerini bildirmişlerdir³⁹. Söz konusu feragatler, Antlaşma'nın 42. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin olup, diğer fıkraları kapsamamaktadır⁴⁰. Nitekim, azınlıkların bu feragatlerinin 42. maddede öngörülen haklardan yalnızca aile hukuku ve şahsın hukuku açısından özel hükümlere tabi tutulmama isteği olarak algılanması gerektiği hususu, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 10.4.1962 günlü, 2775/3567 sayılı kararında da belirtilmiştir⁴¹.

43. maddede, gayrimüslim azınlıkların inançlarına zıt veya ibadetlerini bozan herhangi bir işleme zorlanamayacakları, hafta tatili günlerinde herhangi bir resmi işlemi yerine getirmeye zorlanamayacakları hükmü yer almaktadır.

Antlaşma'nın 44. maddesinde Türk Hükümetinin, gayrimüslim azınlıklara ilişkin Antlaşma hükümlerinin uluslararası çıkarları içeren yükümlülükler oluşturduğunu ve Milletler Cemiyetinin güvencesi altına alınmasını kabul ettiği belirtilmiştir.

Antlaşmanın 45. maddesinde, Antlaşma'nın bu bölümündeki hükümler ile Türkiye'nin gayrimüslim azınlıklarına tanınan hukukun, Yunanistan tarafından da kendi ülkesinde bulunan Müslüman azınlıklar için de tanındığı hükmüne yer verilmiştir

Söz konusu maddelerde tanınan haklara bakıldığında, Türkiye'nin Lozan Antlaşması ile gayrimüslim azınlıklara "pozitif ayrımcılık" yapmayı taahhüt ettiği görülmektedir. Pozitif ayrımcılık, genel yurtaş kitlesinin sahip olduğu ve "negatif haklar" adı verilen hakların dışında ve ötesinde, tam ve etkili eşitliğin gerçekleştirilmesi, azınlıkların

³⁹ Nazif Öztürk, *Azınlık Vakıfları*, Altınküre Yayınları, Ankara, 2003, s. 131.

⁴⁰ Yuda Reyna, Ester Moreno Zonana, *Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları*, Gözlem Gazetecilik Basın ve Yayın A.Ş., İstanbul, 2003, s. 61.

⁴¹ Söz konusu kararda aynen; "...Lozan Muahednamesinin 42. maddesinin üçüncü fıkrasında: 'Türkiye Hükümeti ekalliyetlere ait kiliselere, haoralara, mezarlıklara vesair müessesatı diniyeye her türlü himayeyi bahşeylemeyi taahhüt eder' denilmiştir. Davalı kiliselerin temsil ettikleri ekalliyetlerin mümessilleri işbu maddede derpiş edilen bir kısım haklardan feragat etmişseler de, bu feragat aile hukukuyla ahkamu şahsiye hakkında hususi hükümler konulmasına dair selahiyetlere münhasırdır..." denilmiştir (SUNGURBEY, a.g.e., s. 397).

kendilerine özgü kimliklerini korumaları için uygun koşulların oluşturulması anlamını içermektedir. Lozan Antlaşması'nın 41., 42. ve 43. maddelerinde belirtildiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, gayri-müslim azınlıklara tanıdığı hakların tam olarak gerçekleşebilmesi ve Türkiye'de yaşayan diğer Türk vatandaşları ile tam ve etkili eşitliği sağlayabilmek için tedbirler almak, kolaylıklar göstermek yükümlülüğünü üstlenmiştir⁴².

Azınlıklar ile ilgili hükümlerin güvencesi, Antlaşma'nın 37. maddesidir. Bu maddeye göre, Türk Hükümeti Lozan Antlaşması'nı temel yasa olarak kabul etmiş ve buna aykırı hiçbir düzenleme yapmamayı taahhüt etmiştir.

1.5.2. Lozan Antlaşması'nın 45. Maddesi

Lozan Antlaşması'nın 45. maddesi "*İşbu fasıl ahkâmı ile Türkiye'nin gayri müslim akalliyetleri hakkında tanınan hukuk, Yunanistan tarafından dahi kendi arazisinde bulunan müslüman akalliyet hakkında tanınmıştır*" şeklindedir.

Lozan Antlaşması'nın 45. maddesinin mütekabiliyeti öngörüp öngörmediği hususunda iki ayrı görüş bulunmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar, söz konusu maddenin "mütekabiliyet" esasını öngördüğünü ve Yunanistan'ın kendi ülkesindeki Türk azınlığının haklarına ne kadar riayet ediyorsa, Türkiye'nin de o oranda azınlık haklarına ilişkin yükümlülüklerine uyması gerektiğini ileri sürmektedirler⁴³.

Ancak, bu görüşü ileri sürenler, mütekabiliyet ilkesinin iki tarafı keskin bir kılıç olduğu gerçeğini göz ardı etmektedirler. Gerçekten de Lozan Antlaşması'nın 45. maddesinin karşılıklılık ilkesini öngördüğünü ileri sürmek, Türkiye'nin kendi ülkesinde azınlıklara yaptığı haksızlık ya da hak kısıtlamalarının Yunanistan tarafından Batı Trakya

⁴² Zeynep Aydın, "Lozan Antlaşması'nda Azınlık Statüsü Farklı Kökenlilere Tanınan Haklar", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002, s. 212.

⁴³ Gülseren S. Aytaş, "Vakıflar Kanunu Bir Ayrıcalık Belgesidir", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S. 2008/2, Mart-Nisan, s. 787; Sadi Somuncuoğlu, Başkent Üniversitesince 2.4.2008 tarihinde düzenlenen "Yeni Vakıflar Yasasının Değerlendirilmesi" konulu panelde yaptığı konuşma, s. 24; Sadi Somuncuoğlu, "Yeni Vakıflar Kanunu Lozan'a Aykırı mı?", (http://www.dengeli.net/vakiflar_kanunu_lozana_aykiri_mi_.html- 21.4.2008).

Türkleri'ne de aynen yapılmasını reva görmek gibi anlamsız bir sonucu ortaya çıkaracaktır.

Buna karşılık bizim de katıldığımız aksi görüşte olan yazarlar ise; Cemaat vakıflarının "azınlık" olarak nitelendirilse bile, "kişilik" olarak yabancı statüsünde olmadıkları, zira cemaat vakıflarının Lozan Antlaşması'na göre "müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyruğu" kabul edilerek, vatandaşlık statüsü içine alındıkları, devletler arasında uygulanması ve uluslararası hukuk kuralları bağlamında mümkün olan "mütekabiliyet" esasının, bir devlet ile o devletin vatandaşları arasında bir hak tanıma şeklindeki ilişkiye uygulanamayacağı, Türk vatandaşlarına Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla yeni haklar verilmesinin karşılıklılık esası ile ilgili olmadığı, söz konusu maddenin, bir misilleme hakkı olarak görülmesinin mümkün bulunmadığı, uluslararası antlaşmalar hukukunun (23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi) kişilere karşı misillemeyi yasakladığı⁴⁴, söz konusu Sözleşme'nin 60/5. maddesinde⁴⁵ insanların korunmasına ilişkin hükümler içeren uluslararası antlaşmaların esaslı bir ihlale konu olması halinde bile bu nitelikteki antlaşmaların, ona taraf olan diğer devletlerce yürürlükte tutulması ve uygulamaya devam olunması gerektiği hükmünün yer aldığını, ileri sürmektedirler⁴⁶.

Azınlık hakları, temel insan haklarından kabul edilmektedir. İnsan hakları hukukunun temel hakları her zaman ve herkes için koruma amacı ile bir devletin bu hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini bir başka devletin ihlalleri sebebiyle mütekabiliyet ilkesini baz alarak askıya almasını ya da sona erdirmesini bağdaştırabilmek zordur. İnsan haklarına ilişkin antlaşmalar, sinallagmatik (tam iki tarafa borç yükleyen) yüküm-

⁴⁴ 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi. Türkiye tarafından imzalanmamasına karşın, Dışişleri Bakanlığı'nın verdiği bilgiye göre, teamül hukuku olarak uygulanmaktadır. Anılan Sözleşme'nin 4. maddesinde Sözleşme'nin yürürlük tarihinden sonra yapılan sözleşmelere uygulanacağı hükmü yer almasına karşın, Sözleşme'nin ahdi hukuk niteliğinin yanı sıra teamülü yansıtıcı özelliğinin bulunması nedeniyle, Sözleşme hükümlerinin büyük bölümünün zaman bakımından bir sınırlamaya tabi olmadığı kabul edilmektedir.

⁴⁵ Sözleşme'nin akdedilmesinden hemen sonra, bu hükmün genel olarak insan haklarına ilişkin antlaşmaları da kapsadığına dair bir eğilim belirmiş ve doktrinde ağırlık kazanmıştır. Milletlerarası Adalet Divanının da eğilimi bu yöndedir.

⁴⁶ Öktem, a.g.m., s. 548-558; Turgut Tarhanlı, "Cemaat Vakıfları", *İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Azınlık Hakları Çalışma Grubu*, 2002, s.36-38; Aydın, a.g.m., s. 216.

ler içeren klasik antlaşmalardan farklı nitelikleriyle basit bir mütekabiliyet ilişkisinin çerçevesini aşarlar. Günümüzde, insan hakları hukuku, genel uluslararası hukukun aksine, mütekabiliyet fikrine yabancıdır⁴⁷.

Öktem, Lozan Antlaşması'nın hazırlık çalışmaları sırasında, azınlık düzenlemelerinin mütekabiliyet uygulamalarına müsait, karşılıklı hak ve borç içeren hükümler oluşturduğu yönünde bir veriye rastlamak mümkün olmadığını ifade ettikten sonra, kavrama Antlaşma'nın Fransızca metninden yola çıkarak açıklık getirmeye çalışmıştır. Yazar, Türkçe metinde "*dahi*" olarak geçen kelimenin Fransızca metinde "*également*" olarak geçen ve Türkçe'de "eşit biçimde, aynen, aynı biçimde" anlamına gelen kelime olduğu görüldüğünü, eğer bu maddede kastedilenin mütekabiliyet olması durumunda bu kavramı açık bir biçimde ifade eden "*reciproquement*" kelimesinin kullanılabileceğini ifade etmektedir⁴⁸.

Şu halde, 45. madde Türkiye bakımından geçerli olan yükümleri Yunanistan için de geçerli olduğuna ilişkin bir atıf maddesidir. Madde ile hedeflenen amaç, Türkiye için öngörülen yükümlerin ülkesindeki Müslüman azınlıklar bakımından Yunanistan'a da yüklenmesidir. Burada "mütekabiliyet"ten değil, her iki ülkeye de yükümlülükler getiren bir "paralellik"ten söz etmek daha uygundur⁴⁹.

45. maddenin mütekabiliyet ilkesini öngördüğünü ileri sürmek, gayrimüslim azınlıkları yabancı olarak kabul etmek anlamına gelir. Oysa, Türkiye'de yaşayan gayrimüslim azınlıklar, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarıdır.

Kaldı ki, 45. maddenin "mütekabiliyet" şeklinde yorumlanması, Türkiye'deki azınlıkların sadece Rumlardan oluşmadığı dikkate alındığında bir takım sorunlara neden olacaktır. Örneğin, Türk azınlığının bulunmadığı İsrail ve Ermenistan devletleri bakımından Yahudilere veyahut Ermenilere ait olan vakıflarla ilgili sorunlarda hangi ülkenin muhatap alınacağı ya da hiç devleti bulunmayan Süryani ve Keldaniler bakımından karşılıklılık ilkesi ne şekilde uygulanacağı sorusunun yanıtını vermek mümkün görünmemektedir⁵⁰.

⁴⁷ Öktem, a.g.m., s. 554-555.

⁴⁸ Öktem, a.g.m., s. 551-552.

⁴⁹ Yusuf Uluç, *Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2008, s. 924; Öktem, a.g.m., s. 551.

⁵⁰ Samim Akgönül, "Vakıflar Kanunu, Azınlık Olmak ve Azınlık Kurumları",

Öktem, 45. maddenin mütekabiliyet ilkesi olarak algılanması gerektiği yönündeki görüşlerin siyasi görüşler olduğunu belirttikten sonra, bu şekilde bir uygulamanın İstanbul'daki Rumlar ve Batı Trakya'daki Türklere acı çektirmekten başka bir sonuç doğurmayacağını, hatta ekonomik durumları zayıf olan Batı Trakya Türklerinin bu durumdan daha fazla zarar görebileceğini, diğer taraftan İstanbul'daki Rum nüfusun 2000 kişinin altına inmesi ve Yunanistan'ın İstanbul Rum Cemaatini çoktan gözden çıkarması nedeniyle Yunanistan'ın Lozan'aki azınlık hükümlerinin Türkiye açısından konusuz kaldığı gerekçesiyle Batı Trakya Türklerini azınlık korumasından tamamen mahrum bırakma yoluna gidebileceğini ileri sürmektedir⁵¹.

Ne var ki her iki ülke arasındaki uygulamanın "mütekabiliyet" ilkesi dikkate alınarak yapılageldiği anlaşılmaktadır⁵².

Anayasa Mahkemesinin azınlıklık haklarına ilişkin yaklaşımını, siyasal partilerin kapatılması davalarında verdiği kararlarında görmek mümkündür⁵³. Anayasa Mahkemesinin 45. maddeyi "mütekabiliyet" ilkesi anlamında değerlendirdiği görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi 8.5.1980 günlü, E. 1979/1, K. 1980/1 sayılı siyasi parti kapatılması davasında "Lozan Barış Antlaşması'nın 'III. Fasil' hükümleriyle gayri müslim azınlıkların varlığı tanınmış ve yararlanacakları hak ve ayrıcalıklar belirtilmiştir. Konferansta uzun tartışmalar sonunda saptanan bu hükümler 'mütekabiliyet' esasına dayanmakta..." şeklinde karar vermiştir⁵⁴.

Ancak, Anayasa Mahkemesi 27.12.2002 günlü, E. 2002/146, K. 2002/201 sayılı kararında, cemaat vakıflarına Bakanlar Kurulunun izniyle, dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilmelerine ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilmelerine olanak sağlayan yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verirken konuyu Lozan Antlaşması'nda yer alan mütekabiliyet ilkesi yönünden değerlendirmemiştir.

Azınlıkça Dergisi, S. Mart - 2008, s. 10 (http://www.azinlikca.org/pdfs/AZINLIKCA-36_Mart-08.pdf); uluç, a.g.e., s. 925.

⁵¹ Öktem, a.g.m., s. 557-558.

⁵² Aliefendioğlu, a.g.m., s. 226; aydın, a.g.m., s. 216.

⁵³ Söz konusu kararların ayrıntılı incelemesi için bkz. Aliefendioğlu, a.g.m., s. 228-236.

⁵⁴ AMKD, S. 18, s. 32.

5737 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde "Bu Kanunun uygulanmasında milletlerarası mütekabiliyet ilkesi saklıdır" hükmüne yer verilmiş ve Yasa'nın TBMM'de yapılan görüşmeleri sırasında, bundan kastedilenin Yunanistan'daki Vakıflar Yasası olduğu ifade edilmiştir⁵⁵.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK VAKIFLAR VE AZINLIK VAKIFLARI

2.1. VAKIF KAVRAMI

Vakıf, insanla beraber mevcut olan karşılıklı dayanışma ve başkasına iyilik yapma duygusunu hukuksal statüye kavuşturan ve ona süreklilik kavramı sağlayan, ulusların sahip bulunduğu manevi güç ve değerlerin tanımlanmasına yardımcı, tüzel kişiliğe sahip, demokratik ve sivil bir toplum kuruluşudur⁵⁶.

Vakıflar başlangıçta bireysel ve sosyal ihtiyaçların karşılanması amacıyla ortaya çıkmış, ancak daha sonra toplumsal yaşamda meydana gelen değişime ve gelişmelere uygun olarak, içinde bulunduğu toplumların sosyo - kültürel yapısı, ekonomik olanakları ve kabiliyetleri oranında değişmiş ve gelişmiştir⁵⁷. Vakıf kurumunun ortaya çıkışına ilişkin kesin bilgiler bulunmamaktadır.

İslam hukukunda klasik kaynaklar vakfı, "bir malı kullanım hakkı şahıslara, mülkiyeti Allah'a ait olmak üzere başkasının mülkiyetine vermek (temlik) veya mülkiyetini almaktan (temellük) alıkoymak" olarak tanımlamaktadırlar⁵⁸.

22.11.2002 günlü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 101. maddesinin birinci fıkrasında ise vakıflar, "gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları" olarak tanımlanmıştır.

⁵⁵ Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı M. Ali Şahin'in 5555 sayılı Yasa'nın TBMM'de görüşülmesi sırasında yaptığı konuşma (Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, C. 133, 12. Birleşim, s. 336).

⁵⁶ Öztürk, a.g.e., s. 11.

⁵⁷ Öztürk, a.g.e., s. 12.

⁵⁸ İlhan Akbulut, "Vakıf Kurumu, Mahiyeti ve Tarihi Gelişimi", *Vakıflar Dergisi*, Ankara, 2007, S. XXX, s. 64.

Bu tanımlamadan yola çıkılarak bir tüzel kişilik olan vakfın ortaya çıkabilmesi için dört unsurun varlığına ihtiyaç bulunduğu ileri sürülmektedir⁵⁹. Bu unsurları;

- Vakıf kurma iradesiyle hareket eden *kişi (vakfeden)*,
- Vakfın konusunu oluşturan *mal veya hak*,
- Malın veya hakkın özgüleneceği bir *amaç*,
- Malın veya hakkın belli bir amaca özgülendiğini belirten *vakıf iradesi*, olarak saymak mümkündür.

Vakfın amacı; hukuka uygun, belirli, anlaşılabilir olmalı ve süreklilik arz etmelidir.

Vakfa özgülenecek mal varlığının vakfın amacını gerçekleştirme-ye yeterli olması, vakfın amaç veya devamını imkânsız ya da yararsız hale getirmemesi şarttır.

Vakıf kuranın vakfın amacını belirleme hürriyeti sınırsız değildir. Bu konuda TMK'nun 101. maddesinin son fıkrası önemli bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasa'nın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.

TMK'na göre vakıf kurma iradesi şekle tabidir ve ancak kanunun aradığı şekle uyularak açıklanırsa geçerli olur. TMK'nun 102. maddesinin birinci fıkrasına göre, vakıf kurma iradesi ya "resmi senetle" ya da "ölüme bağlı bir tasarrufla" açıklanabilir.

Vakıf kurma iradesinin yer aldığı yazılı belgeye "vakıf senedi" denir. TMK'nun 106. maddesinde, vakıf senedinde vakfın adının, amacının, bu amaca özgülenen mal ve hakların, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yerinin gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir.

TMK'nun 102. maddesinin birinci fıkrasına göre vakıf, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır. Vakfın tesciline ilişkin başvurular, vakfın ikametgahında bulunan as-

⁵⁹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 664.

liye hukuk mahkemesine yapılır. Mahkeme, vakfın kurulması için gerekli ve zorunlu unsurların mevcut olup olmadığını, vakfın senedinde noksanlıklar veya kanuna aykırılıklar bulunup bulunmadığını inceledikten sonra tescile karar verir. Ancak, TMK'nun vakıf için aradığı zorunlu unsurları ihtiva etmeyen, hukukun emredici hükümlerine ya da TMK'nun 101. maddesinde belirtilen yasaklanmış amaçlara aykırı olarak kurulan vakıfların tescili mümkün değildir⁶⁰.

Osmanlı'nın son döneminde merkezîleşme hareketleri, dağınık vaziyet alan vakıfların tek elde toplanması, vakıf sektöründe baş gösteren yolsuzlukların ortadan kaldırılması, devlet çatısının Batı tarzı merkezî bir anlayışla yeniden organize edilmesi ve vakıf potansiyelinden devletin diğer sektörlerinde de yararlanılması fikriyle Evkaf Nezareti kurulmuştur.

Batılılaşma döneminde vakıfların yönetiminin merkezîleştirilmesi sonucu, vakıfların imkânlarının ve gelirlerinin devletin diğer sektörlerine aktarılması ve sonrasında yapılan hukuki düzenlemelerle, Hazine ile Vakıflar arasında mevcut alacak ve borçların karşılıklı ibra edilmesi, birçok vakfın bakımı için masraf gerektiren hayrat yapıların Evkaf Hazinesine kalması, bu kurumlara gelir sağlamak için tahsis edilen taşınmazların azalması, hayrat eserlerin harap olmasına, hayri hizmetlerin ve vakıf hizmetlerinin durma noktasına gelmesine de neden olmuştur.

3 Mart 1924 tarihli ve 429 sayılı Yasa ile de Evkaf Vekâleti kaldırılmış ve bu görevler, Başbakanlığa bağlı Vakıflar Umum Müdürlüğüne devredilmiştir. 1935 yılında da Vakıflar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu tarihler arasında vakıflarla ilgili herhangi bir mevzuat yürürlüğe konulamamış, Evkaf Umum Müdürlüğü ve Vakıflar bütçe kanunlarına eklenen maddelerle idare edilmiştir.

2.2. VAKIF TÜRLERİ

Vakıf türleri 17.2.1926 günlü, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (MK)'nin kabulünden önceki ve sonraki dönemdeki vakıflar olmak üzere iki ana grupta tasnif edilebilir.

MK'un kabulünden önceki dönemdeki vakıfları, mahiyetleri (Hayri - zürri), mülkiyetleri (sahih - gayrisahih), kullanım şekilleri (İcare-i

⁶⁰ Akipek-Akıntürk, a.g.e., s. 667, 676 ve 677.

Vahideli Vakıflar - İcare-i Vahide-i Kademeli Vakıflar) ve idareleri (mazbut - mülhak - cemaat ve esnafa mahsus) bakımından dörtlü bir ayırımı tabi tutmak mümkündür⁶¹.

MK'un kabulünden sonra yürürlüğe giren 5.6.1935 günlü, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, vakıfları; mazbut ve mülhak vakıflar olmak üzere iki grupta toplamıştır.

Mazbut vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğüne bir kül halinde yönetilen vakıflardır. 2762 sayılı Vakıflar kanununun 1. maddesine göre MK'un yürürlüğe girmesinden önce kurulan ve;

- Bu kanundan önce zapdedilmiş,
 - Bu kanundan önce İdareleri zapdedilmiş,
 - Mütevelliliği bir makama şart edilmiş,
 - Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerinden başkalarına şart edilmiş,
 - Kanunen veya fiilen hayrı bir hizmeti kalmamış,
- vakıfların tamamına mazbut vakıflar denilmektedir.

Mülhak vakıflar, mütevellileri veya seçilmiş heyetleri tarafından idare olunan vakıflardır. 2762 sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre Medeni Kanun'dan önce vücut bulmuş ve;

- Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerine (soylarına) şart edilmiş,
 - Cemaatlerce idare olunan,
 - Bazı sanat sahiplerine mahsus
- vakıflar, mülhak vakıflardır.

2762 sayılı Kanun'la birlikte 16 Şubat 1328 (1912) tarihli Kanunda "Osmanlı Cemaat ve Müessesatı Hayriyesi" olarak adlandırılan cemaat vakıflarına tüzel kişilik tanınarak, bunlar mülhak vakıf statüsüne alınmışlardır⁶².

Mazbut vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idaresi ve denetimi altındadır. Mülhak vakıflar ise mütevellileri tarafından idare olun-

⁶¹ http://www.vgm.gov.tr/02_VakiflarHakkinda/001_Vakiflarimiz/hukuktavakif.cfm (10.12.2010)

⁶² Reyna-Zonana, a.g.e., s. 79.

makla birlikte, Genel Müdürlüğün denetimi altındadır. Mülhak vakıfların her biri bağımsız bir tüzel kişiliğe sahipken, mazbut vakıfların bağımsız bir tüzel kişiliği yoktur.

2762 sayılı Yasa'nın ilk halinde mülhak vakıf olarak kabul edilen cemaat ve esnaf vakıfları, 1949 yılında yapılan Yasa değişikliğiyle mülhak vakıflar statüsünden çıkarılmışlardır.

743 sayılı MK'da vakıf terimi yerine "tesis" kelimesi kullanılmıştır. 20.5.1926 günlü, 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrasında da MK'un yürürlüğe girmesinden sonra kurulacak vakıflar için "tesis" terimi kullanılmış ve bu vakıfların MK hükümlerine tabi olacağı hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu kavram kargaşası MK'da değişiklik yapan 13.7.1967 günlü, 903 sayılı Yasa ile giderilmiş ve MK'da "tesis" terimi yerine "vakıf" kelimesi kullanılmaya başlanmıştır⁶³.

Söz konusu kavram değişikliğinin yapılmasında önemli bir etken de "tesis" kavramının Türk Toplumunu tarafından benimsenememesi nedeniyle MK'nun kabulünden sonra kurulan "tesis" sayısındaki azalmalar olarak ifade edilmektedir⁶⁴.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ise vakıf türlerine beş kategoride ele almıştır. Yasa'nın 3. maddesinde vakıf türlerinin tanımlamalarına yer verilmiştir. Buna göre;

Mazbut vakıf, *"Bu Kanun uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıflar"*,

Mülhak vakıf, *"Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflar"*,

⁶³ Söz konusu Yasa değişikliğine ilişkin Kanun Teklifi'nin gerekçesinde vakıf kelimesinin tesis kelimesi yerine kavramı daha isabetli ifade ettiği belirtilmiş ve Komisyonlarda yapılan görüşmeler sırasında davet edilen Vakıflar Genel Müdürlüğü ve Üniversite mensupları da tesis yerine vakıf teriminin kullanılmasının faydalı olacağı yönünde görüşler ileri sürmüşlerdir (Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 1, Toplantı 4, C. 42, Sıra Sayısı 918, s. 2 - 6).

⁶⁴ *Cumhuriyetimizin 50. Yılında Vakıflar*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, 1973, s. 7.

Cemaat vakfı, “*Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar*”,

Esnaf vakfı, “*2762 sayılı Vakıflar Kanununun yürürlüğünden önce kurulmuş ve esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilen vakıflar*”,

Yeni vakıf, “*Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar*”

olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere, 5737 sayılı Yasa, yürürlükten kalkan 2762 sayılı Yasa’daki mazbut – mülhak – cemaat ve esnaf vakıfları şeklindeki üçlü ayırım yerine vakıfları beşli bir ayırıma tutmuştur. Yasa’nın 1. maddesinde esnaf vakıfları, mülhak vakıflardan ayrı olarak tanımlanmasına karşın, 6. maddenin dördüncü fıkrasında bu vakıflara mülhak vakıflara ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir.

5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu’nun önceki Kanun’dan bir diğer önemli farkı da; yeni Yasa’nın MK’un yürürlüğe girmesinden sonra kurulmuş olan ve MK hükümlerine tabi olan “yeni vakıflar” hakkında bir takım hükümler öngörmesidir.

2.3. CEMAAT VAKIFLARININ HUKUKSAL STATÜSÜ

Cemaat vakıflarını, 1926 yılından önce kurulmuş olan, Türkiye’de yaşayan Türk vatandaşı gayrimüslim cemaatlere ait olan, cemaat tarafından ve cemaat arasından seçilen kişi ya da heyetlerce yönetilen, tüzel kişiliği olan ve bu nedenle de tüzel kişilerin bütün hak ve borçlarına sahip olan ve Vakıflar Kanunu hükümlerine tabi bulunan vakıflar şeklinde tanımlamak mümkündür⁶⁵.

Cumhuriyetin ilânından sonra yurdumuzda mevcut vakıflarımızı ciddi bir düzen ve esasa bağlamak için 1935 yılında yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ilk defa olarak cemaatlere mahsus vakıflar adı altında bu vakıfları da kontrol ve murakabesi altına almak yoluna gitmiş ve bunlar, mülhak vakıflar statüsüne tabi tutulmuştur.

⁶⁵ İmamoglu, a.g.e., s. 49.

İsviçreli hukukçu H. Leemann tarafından 31.8.1929 tarihinde hazırlanan Vakıflar Kanunu'nun ilk taslak metninin 34. maddesinde azınlık vakıflarının kaldırılarak yönetimlerinin Devlete geçmesi hükmü getirilmiş ve maddenin gerekçesinde Devletin son zamanlarda aynı amacı taşıyan diğer vakıflara el koyması nedeniyle azınlık vakıflarına da el koymanın adalet ve eşitlik ilkesine uygun olacağı ileri sürülmüştür. Ancak, söz konusu madde, Danıştayın azınlık vakıflarına el konulmasının Lozan Antlaşması'na aykırı olacağı yönündeki kararları dikkate alınarak benimsenmemiş ve azınlık vakıfları Vakıflar Genel Müdürlüğünün denetiminde ve mütevellileri tarafından yönetilen mülhak vakıflar statüsüne alınmıştır⁶⁶.

Cemaat vakıfları 2762 sayılı Yasa'nın ilk halinde mülhak vakıflar içinde değerlendirilmiş ve bunların "mütevelliler veya seçilmiş heyetleri" tarafından idare edileceği belirtilmiştir. 28.6.1938 günlü, 3513 sayılı Yasa ile 2762 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde yapılan değişiklikle "mütevellileri veya seçilmiş heyetleri" şeklindeki ibareden "veya seçilmiş heyetleri" biçimindeki bölüm çıkarılmasına karşın, cemaat vakıflarının mülhak vakıf statüsüne dokunulmamıştır.

Ancak, cemaat vakıfları 31.5.1949 günlü, 5404 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, mülhak vakıf statüsünden çıkarılarak (esnaf vakıflarıyla birlikte) ayrı bir vakıf statüsüne konulmuştur. Söz konusu değişiklikle, mülhak vakıflar "mütevelliliği vakfedenlerin fer'ilerine şart edilmiş vakıflara (Mülhak vakıflar) denir. Bunlar mütevellileri tarafından idare olunur." şeklinde tanımlanmış; ayrıca cemaat vakıflarının bunlar tarafından seçilen kişi veya heyetlerce yönetileceği hükmü getirilmiştir. Yasa'nın gerekçesi ile İçişleri, Adalet, Maliye ve Bütçe Komisyonu raporlarında da yapılan yasal değişiklikle cemaat ve esnaf vakıflarının mülhak vakıf statüsünden çıkarıldığı açıkça ifade edilmiştir⁶⁷.

Nitekim, Danıştay 10. Dairesinin 21.6.2005 günlü, E. 2004/8356, K. 2005/3544 sayılı kararında da "2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesini değiştiren ve 1949 yılında yürürlüğe giren 5404 sayılı Yasa ise, o tarihe kadar mülhak vakıf olduğu kabul edilen cemaat vakıflarını ayrı bir vakıf türü olarak belirlemiş; "cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar, bunlar tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetilir." hükmünü getirmiştir. Böylece 5404

⁶⁶ Öztürk, a.g.e., s. 133-134.

⁶⁷ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem VIII, Toplantı 3, C. 19-A, Sıra sayısı 229, s. 1-5.

sayılı Yasa ile Medeni Kanun öncesi mevcut vakıflar, mazbut, mülhak ve cemaat vakıfları olarak tasnif edilmiştir.” denilmek suretiyle, 1949 tarihinde yapılan yasal değişiklikle cemaat vakıflarının mülhak vakıf statüsünden çıkarıldığı ifade edilmiştir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin 27.12.2002 günlü, E. 2002/146, K. 2002/201 sayılı kararında da cemaat vakıfları, *“Türkiye’deki müslüman olmayan Türk uyruklu cemaatlere ait olup, Lozan Barış Antlaşması ile koruma altına alınan ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu kapsamında bulunan mülhak vakıf niteliğindeki tüzelkişiler”* olarak tarif edilmiş⁶⁸ ise de bu tanımlamada cemaat vakıflarının mülhak vakıf statüsünde olduğuna ilişkin değerlendirmenin, 1949 değişikliğinden önceki durumu ifade ettiği tarafımızca değerlendirilmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 17.6.2010 günlü, E. 2008/22, K. 2010/82 sayılı kararında önceki nitelendirmesinden vazgeçerek, 1949 yılında yapılan yasal değişiklik sonucunda cemaat vakıflarının mülhak vakıf statüsünden çıkarıldığını ifade etmiştir⁶⁹.

20.2.2008 günlü 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 3. maddesinde cemaat vakıfları, *“Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar”* olarak tanımlanmıştır.

MK hükümlerine göre kurulan vakıfların kuruluşu vakıf senedine dayanmakta iken, cemaat vakıflarının çoğunluğunun vakıf senedi bulunmamaktadır. Cemaat vakıflarının kuruluşlarının büyük çoğunluğu Osmanlı padişahlardan aldıkları fermanlara dayanmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde 1815 yılında çıkarılan ve çözüme dönemlerine kadar uzun yıllar boyunca uygulanan fetva uyarınca, gayrimüslimlere kilise ve manastır inşa ettirmek veya bunların bakım ve onarımlarının yapılarak yeniden ihyalarını sağlamak üzere vakıf kurmalarına izin verilmemiş, kilise ve manastır yoksullarına yardım yapılmak amacıyla kurulacak vakıfların malvarlığının ise yalnızca para olmasına izin verilmiş, ancak 18. yüzyıldan itibaren iç ve

⁶⁸ AMKD, C. 39/1, s. 318.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin kararının tam metni için bkz. 11.01.2011 tarih ve 27812 sayılı Resmi Gazete.

dış etkililerle birlikte gayrimüslimlere yeni bazı kiliseler yapma hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, gayrimüslimlerin İslam dinince de hayır sayılan hastane, çeşme ve benzeri amaçlarla vakıf kurmalarına izin verilmiştir⁷⁰.

Osmanlı Devletinde tüzel kişilik kurumu bulunmamaktadır. 1870 tarihli Ticaret Kanunnamesi ile ticaret şirketlerine tüzel kişilik tanınmış, ancak vakıflar için böyle bir düzenleme öngörülmemiştir.

Tüzel kişiliklerin varlığı ilk defa 1325 (1909) tarihli Cemiyetler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle mümkün olmuştur.

1936 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun muvakkat maddesi ile cemaat vakıflarını idare eden kişilerce bilcümle mallarının, gelirlerinin ve bunları sarf ettikleri yeri birer beyanname ile Vakıflar İdaresine bildirilmesi şart koşulmuştur.

Cemaat Vakıflarının çoğunluğunun vakfiyeleri olmadığından bunların vermiş olduğu 1936 tarihli beyannameler, vakfiye olarak kabul edilmektedir. Ancak, Sungurbey, bu beyannamelerin vakfiye olarak kabul edilemeyeceğini, bu beyannamelerin yalnızca söz konusu vakıfların tasarrufunda bulunan taşınmazların kendi adlarına tapuya tescili için yapılan bir bildirimden ibaret olduğunu ileri sürmektedir⁷¹.

Gerçekten de bugün cemaat vakfı olarak kabul edilen diğer tüzel kişilerin hiçbiri vakıf olarak kurulmamıştır ve bunların vakfiyeleri bulunmamaktadır. Bu durum, azınlıklar tarafından da doğrulanmaktadır. Nitekim, 2762 sayılı Yasa'nın 44. maddesi uyarınca 1936 yılında azınlıklardan beyanname istenmesi üzerine, cemaat mensupları önce beyanname vermek istememişler, ancak daha sonra vakıf olmadıklarına dair şerh⁷² koymak suretiyle beyannameleri imzalamışlardır⁷³.

⁷⁰ Reyna- Zonana, a.g.e., s. 40; Öztürk, a.g.e., s. 118.

⁷¹ Sungurbey, a.g.e., s. 356.

⁷² Örneğin Yeniköy Rum Parayia Klisesi ve Mektebi tarafından verilen beyannamenin altına konulan ihtirazi kayıt da aynen: "Not - Mezkür Kilise ve Mektep **bir vakıf tarafından vakf edilmediklerinden ve vakfiyeleri olmadıklarından ve Teşrin-i Evvel 1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıflardan bulunmadıklarından**, idare ve murakebesi cemaate ait bulunduğu cihetle 2762 numaralı Vakıflar Kanunu'nun daire-i şümulüne dahil olamayacağı derkar ise de, bu baptaki kâffe-i hukukumuzun mahfuz kalması şartıyla vakıflar müdürlüğünün emri tahririne binaen iş bu beyanname imla (imza) ve takdim kılındı" ifadelerine yer verilmiştir (Öztürk, a.g.e., s124).

⁷³ Öztürk, a.g.e., s. 124.

Cemaat vakıfları, yürürlükten kalkan 743 sayılı MK'nun 74/2. ve yürürlükte bulunan 4721 sayılı TMK'nun 101/4. maddesinde yer alan "belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı" kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisnanın dayanağı ise Türkiye'nin Lozan Antlaşması'nın 42. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan söz konusu vakıflara ilişkin taahhüdüdür.

Ülkemizde halihazırda 161 adet cemaat vakfı bulunmaktadır⁷⁴. Bunlardan 74'ü Rumlara, 51'i Ermenilere, 18'i Musevilere, 9'u Süryanilere, 3'ü Keldanilere, 2'si Bulgarlara, 1'i Gürcülere, 1'i Manini Ortodokslarına ve 1'i de bağımsız Türk Ortodokslarına aittir. Bu vakıflardan dini olanları kilise, manastır, havra veya sinagogların; ilmî olanları okulların; hayrî olanları ise hastanelerin veya diğer hayrî faaliyetlerin yaşatılmasına yönelik amaçlar taşımaktadırlar. Söz konusu vakıfların her biri ayrı bir vakıf tüzel kişiliği olarak kabul edilmektedir.

2.4. YUNANİSTAN'DA BATI TRAKYA TÜRKLERİNE AİT VAKIFLARIN DURUMU

Yunanistan'da yaşayan Müslüman Türk azınlığa ait vakıfların hukuki statüsü, esas olarak, 1912-1913 Balkan Savaşlarından sonra Yunanistan ile Osmanlı İmparatorluğu arasında imzalanan 1913 tarihli Atina Antlaşması'nın 11. ve 12. maddeleriyle belirlenmiştir. Buna göre;

- Yunanistan'a verilen topraklar üzerindeki Müslümanlara ait vakıflar hakkında Osmanlı İmparatorluğu döneminde geçerli olan kanunlara saygı duyulması,
- Yunanistan'da yaşayan Müslümanların kendi vakıflarını yönetme hakkı,
- Vakıf yönetimlerinin müftüler tarafından denetlenmesi,
- Müftülerin doğrudan Müslüman halk tarafından seçilerek iş başına getirilmeleri,

Antlaşma ile güvence altına alınmıştır. Söz konusu Antlaşma hü-

⁷⁴ http://www.vgm.gov.tr/02_VakiflarHakkinda/004_CemaatVakiflar/cemaat.cfm (20.12.2010).

kümlerine uygun olarak, 1920 yılında "Müftüler ve Başmüftü Seçimiyle İslam Cemaatlerine Ait Evkaf Varidatının Yönetimine Dair Geçici Kanun" başlıklı 2345 sayılı Yasa yürürlüğe konularak, Antlaşma hükümleri iç hukuk mevzuatı haline getirilmiştir. Bu hak ve düzenlemeler Lozan Antlaşması'nın 40. maddesiyle de teminat altına alınmıştır.

Yunanistan'ın Batı Trakya Bölgesinde, karşılıklı nüfus mübadelesi dışında bırakılan Müslüman Türk azınlığa ait vakıflar, devletin olumsuz tavrı ve müdahaleleri nedeniyle, evkaf idarelerinin 30 yıl sonra seçilmeye başlanmış olmasına rağmen, 2345 sayılı Yasa'nın güvencesi altında 1967 yılına kadar devletle ahenk içinde çalışmışlar ve azınlık okullarının ve dini kurumlarının finans kaynağını oluşturmuşlardır⁷⁵.

1967 yılında yapılan askeri darbe sonucunda iş başına gelen cunta yönetimi, Müslüman Türk azınlığa ait vakıfların yönetimine kendi adamlarını getirmiş, bu durum demokrasiye geçildiği 1974 yılından sonra da devam etmiştir. 1980 yılında çıkarılan 1091 sayılı Vakıflar Yasası ile kuruluşlarından beri İslam-Osmanlı hukuku ilkelerine göre yönetilen azınlık vakıfları hakkında Yunan Medeni Kanunu'nun hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Yunanistan'da vakıfların idare heyetleri müftülerin bulunduğu Gümülcine, İskeçe, Dedeoğaç ve Didimoticho'da kurulmuştur. 1930 yılından 1967 yılına kadar geçen dönemde, İdare Heyetleri yerel müftüler tarafından seçilmekte ve yetkili makam tarafından onaylanmaktaydı. 1967 yılından sonra ise İskeçe ve Gümülcine'nin İdare Heyetleri Yunan Hükümeti tarafından atanmakta; Didimoticho'daki evkaf mallarını ise yerel müftü idare etmektedir⁷⁶.

Şubat 2008 tarihinde kabul edilen "Batı Trakya Müslüman Azınlığının Vakıf ve Taşınmazlarının Yönetim ve İdaresine İlişkin Yasa ile 1980 tarihli Vakıflar Yasası yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, her iki Yasa metni karşılaştırıldığında, sonradan yürürlüğe giren Yasa'nın öncesinden çok farklı hükümler getirmediği anlaşılmaktadır.

⁷⁵ Sabahattin Emin, "Yunanistan'da Vakıflar ve Müslüman Türk Azınlığı Vakıflarının Durumu", *Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara, 2004, s. 113-118.

⁷⁶ Angelos Syrigos, "Yunanistan'daki Müslüman Dini Vakıfların Hukuki İdaresi", *Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara, 2004, s. 195.

2.5. VAKIFLARA İLİŞKİN TEMEL MEVZUAT VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Vakıflarla ilgili hükümlere ilk defa 17.2.1926 günlü, 743 sayılı MK'un 73 ilâ 81. maddeleri arasında yer verilmiştir. MK'da vakıf kelimesi yerine "tesis" kelimesi kullanılmış ve bu durum 13.7.1967 günlü, 903 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe kadar sürmüştür.

743 sayılı MK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu dönemden önce kurulan eski vakıfların yeni yasa hükümlerine bağlı olması uygun görülmemiş, 20.5.1926 günlü, 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasında⁷⁷ bu vakıflar hakkında ayrı bir tatbikat yarasının çıkarılması gerektiği belirtilmiştir.

864 sayılı Yasa'nın gerekçesi bulunmamakla birlikte Adliye Encümenince düzenlenen Mazbata'da 8. maddeye ilişkin olarak "*Müesses ve mevcut evkafımızın enva ve eşkali muhtelif arz eylemekte olması hasebiyle bunlar hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu neşri kabul edilerek ona göre bir madde tespit edilmiştir.*" ifadesine yer verilmiştir⁷⁸.

864 sayılı Yasa'nın 8. maddenin birinci fıkrasında öngörülen "tatbikat kanunu" nun hazırlanması için İsviçre'li ünlü hukukçu Hans Leemann Türkiye'ye davet edilmiş ve bu kişi tarafından hazırlanan Kanun, 1935 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu adıyla çıkarılmıştır.

Yasa'nın genel gerekçesinde, eski dönem vakıfları için MK'dan ayrı bir vakıflar yarası çıkarılmasının nedeni olarak, eski vakıfları kötü kullanımdan korumak amacıyla güçlü bir kontrol sistemi içerisine almak, ekonomik açıdan yetersiz kalan vakıfların yaşatılmasını sağlamak ve MK'un kabul ettiği mülkiyet esasını bağdaşmayan ve beraberinde bir çok tartışmaları getiren eski vakıflardaki mukataa ve icareteyne tahvil usulünü kaldırmak ve tasfiye etmek olarak açıklanmıştır⁷⁹.

2762 sayılı Yasa'ya ilişkin TBMM Adliye Encümeni'nin 2.7.1934 günlü, E. 1/395, K. 43 sayılı Encümen Mazbatasında tesis ve vakıf

⁷⁷ 864 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "*Kanunu Medeninın meriyete vaz'ından mukaddem vücade getirilen evkaf hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu neşrolunur.*"

⁷⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre II, İctima Senesi III, C. 25, S. Sayısı 173, s. 14.

⁷⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre V, İctima F, C. 4, S. Sayısı 124-2, s. 2.

kavramlarına ilişkin değerlendirmelerde de bulunulmuştur. Söz konusu Mazbata'da vakıf ve tesis kavramlarının mahiyetlerinin aynı olduğu ancak, MK'un yürürlüğünden önce ve sonraki vakıfları ayırt etmek için böyle bir terim farklılığına gidildiği açıkça ifade edilmiştir⁸⁰. Ancak, 13.7.1967 günlü, 903 sayılı Yasa ile MK'da yapılan değişiklikle MK'da "tesis" yerine "vakıf" kelimesi kullanılmaya başlanmış ve terim farklılığı sona erdirilmiştir.

Böylece, 2762 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte vakıflara ilişkin hükümlere 743 sayılı MK ve 2762 sayılı Yasa'da yer verildiğini görmekteyiz. MK'un yürürlüğe girmesinden sonra kurulacak vakıflar hakkında 864 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Kanunu Medenin meriyete vaz'ından sonra vücade getirilecek tesisler, Kanunu Medeni ahkâmuna tâbidir.*" kuralı gereğince, MK hükümleri uygulanırken; MK'un yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar hakkında 2762 sayılı Yasa hükümleri uygulanmıştır.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu hükümlerine tabi vakıflar için 7.7.1936 günlü ve 3371 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Vakıflar Tüzüğü hükümleri uygulanmıştır.

MK hükümlerine göre kurulan vakıflara ilişkin olarak ise MK'da vakıflara ilişkin esaslı düzenlemelerin yapıldığı 903 sayılı Yasa'nın uygulanmasını göstermek amacıyla Bakanlar Kurulunca kabul edilen 21.8.1970 günlü ve 13586 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük çıkarılmış ve söz konusu vakıflar için bu Tüzük hükümleri uygulanmıştır⁸¹.

22.11.2001 günlü 4721 sayılı TMK ile 743 sayılı MK yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni TMK'nda vakıflara ilişkin hükümler, Yasa'nın 101 ilâ 117. maddeleri arasında yer almıştır.

⁸⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre V, İctima F, C. 4, S. Sayısı 124-2, s. 5 -6.

⁸¹ 3.12.2001 günlü, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 22. maddesinde yer alan "*Türk Medeni Kanununda öngörülen tüzük ve yönetmelikler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde çıkarılır ya da yürürlükteki tüzük ve yönetmeliklerde gerekli değişiklikler yapılır. Bu düzenlemeler yapıncaya kadar, yürürlükteki tüzük ve yönetmeliklerin Türk Medeni Kanununa aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*" şeklindeki hüküm nedeniyle, söz konusu Tüzük'ün halen bazı maddeleri yürürlüktedir.

4721 sayılı TMK'nun yürürlüğünü ve uygulama şeklini gösteren 3.12.2001 günlü 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasında *"Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş bulunan vakıflar hakkında yürürlükte olan özel hükümler saklı kalmaya devam eder"* hükmüne yer verilmek suretiyle de 2762 sayılı Yasa'nın kapsamındaki vakıflar için bu Yasa'nın uygulanmaya devam edeceği belirtilmiştir.

20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile 2762 sayılı Vakıflar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. 5737 sayılı Yasa, MK'un yürürlüğe girmesinden sonra kurulan yeni vakıflar hakkında da hükümler öngörmesi nedeniyle, bu güne kadar yapılmakta olan yasa-laşma tekniğinden farklı bir yol izlemiştir. Gerçekten de 5737 sayılı Yasa'da bir yandan Yasa'nın 5. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Yeni vakıflar; Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterirler."* hükmü gereğince, TMK hükümlerine göre kurulan yeni vakıflar hakkında TMK'nun vakıflara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilirken, diğer yandan aynı Yasa'nın sonraki maddelerinde yeni vakıflar için de hükümler vazedilmiştir (örneğin, Yasa'nın 12., 14., 15., 23., 25., 26. maddeleri). Böylece, MK'un kabulünden sonra kurulan vakıflar hakkında hem MK hükümleri hem de 5737 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Her iki yasa arasında çatışma bulunması durumunda, MK'a göre özel ve sonraki kanun niteliğini taşıyan 5737 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

5737 sayılı Yasa'nın Geçici 2. maddesi uyarınca söz konusu Yasa'nın ilgili maddelerinde düzenlenmesi öngörülen yönetmelik, Vakıflar Yönetmeliği adı altında, 27.9.2008 günlü ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Yönetmelik'te; yeni vakıfların kuruluşu, vakıfların yönetimi, faaliyetleri, denetimlerine ilişkin usûl ve esaslar ile Vakıflar Meclisi, Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı, Vakıf Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı ile ilgili görev, yetki ve sorumlulukların düzenlenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Vakıflarla ilgili düzenlemeye Anayasa'nın "Dernek kurma hürriyeti" başlıklı 33. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu maddenin son fıkrası uyarınca 33. madde hükümleri, vakıflar hakkında da uygulanacaktır.

Sonuç olarak, bugün itibariyle vakıflar hakkında uygulanacak temel mevzuatı; Anayasa'nın 33. maddesi, TMK'nun 101 ilâ 117. maddeleri, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük'ün TMK'nun ve 5737 sayılı Yasa'nın hükümlerine aykırı olmayan ilgili hükümleri ve 5737 sayılı Yasa'ya dayalı olarak çıkarılan Vakıflar Yönetmeliği olarak sayabiliriz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AZINLIK VAKIFLARININ MAL EDİNMELERİ

3.1. GENEL OLARAK VAKIFLARIN MAL EDİNMELERİ

Malvarlığı, bir kişinin sahip olduğu para ile ölçülebilen mal, hak ve borçların tamamından oluşan hukuki bütünlüktür. Herkes mutlaka bir malvarlığına sahiptir. Kişi olma yönünden tüzel kişilerle gerçek kişiler kural olarak birbirlerine eşittirler. Her ikisi de haklar ve borçlar edinmeye ehil (hak ehliyeti) varlıklardır. Bir başka ifadeyle, bir tüzel kişi de borç doğurucu işlemlerle alacak ya da borç edinebilir ya da gereksinim duyduğu taşınır veya taşınmazın mülkiyetini kazanabilir ve bunlar üzerinde kullanmak veya yararlanmak amacıyla sınırlı nesnel hakların sahibi olabilir⁸².

Ancak, kural olarak tüzel kişilerin de gerçek kişilerininkine eşit bir hak ehliyetine sahip oldukları söylenebilirse de, bu durum kesinlik taşımaz. Tüzel kişilerin yapısından kaynaklanan bazı özellikler ve hukuk düzenince öngörülen bazı nedenlerle, tüzel kişilerin hak ehliyetlerinde bazı kısıtlamalar söz konusu olabilir. Tüzel kişilerin hak ehliyetinin sınırlandırılmasında üç tür sistemden söz etmek mümkündür.

Bazı ülkelerde (örneğin Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde), tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin ancak *bünyelerinden* dolayı sınırlandırılacağı kabul edilmektedir. Nitekim, TMK'nun 48. maddesinde tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil oldukları belirtilmek suretiyle, hak ehliyetinin sınırlandırılmasında tüzel kişinin bünyesinin dikkate alındığı anlaşılmaktadır⁸³.

⁸² Aydın Zevkliler, M. Beşir Acarbey, K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk*, Ankara, 1999, s. 626.

⁸³ Akipek-Akıntürk, a.g.e., s. 544.

Bazı ülkelerde (örneğin İngiliz ve Fransız hukuk sistemlerinde), tüzel kişilerin ancak *amaçlarıyla* sınırlı bir hak ehliyetine sahip olacakları görüşü egemendir. Tüzel kişilerin sahip olabilecekleri hakların ve borçların kapsamını amaçlarıyla sınırlamak isteyen bu görüşe “tahsis ilkesi” (principe de la spécialité veya ultra - vires teorisi) denmektedir. Bu görüşe göre, amaç tüzel kişilerin en esaslı ve yapıcı unsurudur. Tüzel kişilerin hak sujesi olarak tanınması, örgütlenmesi de hep bu amacın gerçekleşmesini sağlamak, bu amaca ulaşmalarını mümkün hale getirmek içindir. Bu nedenle, tüzel kişiler ancak amaçlarının gerçekleşmesine yarayacak haklara ve borçlara sahip olmalıdırlar.

Bazı ülkelerde ise, tüzel kişilerin fazla güç ve kudret sahibi olmalarının önüne geçebilmek amacıyla, *özel kanunlarla* özellikle mal varlığı edinmeleri konusunda bir takım sınırlamalara gidilmektedir. Türk Hukukunda yürürlükten kaldırılan 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 64. maddesinde derneklerin ikametgahları ile amaç ve faaliyetleri için gerekli olanlardan başka taşınmaz mala sahip olmalarına olanak tanınmazken, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda⁸⁴ ise herhangi bir sınırlama öngörülmemiş sadece bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

Şu halde, Türk Hukukunda kural olarak, tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin bünyeleri dolayısıyla sınırlandırılabilmesi kabul edilmekle birlikte, doktrinde Türk - İsviçre hukukunda tüzel kişilerin hak ehliyetinin⁸⁵ amaçları ile de sınırlanması gerektiği hususunda tam bir görüş birliği vardır⁸⁶. Bir başka ifadeyle Türk Hukukunda, tüzel kişilerin, yapılarına ve amaçlarına uygun düştüğü oranda, mal varlığı haklarından sayılan her türlü hakka sahip olabilecekleri görüşünün egemen olduğunu söyleyebiliriz.

Vakıflar da bir tüzel kişiliğe sahiptirler. Bu husus, 22.11.2002 günü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 101. maddesinin bi-

⁸⁴ 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun derneklerin taşınmaz mal edinimini düzenleyen 22. maddesi şöyledir: “Dernekler genel kurullarının yetki vermesi üzerine yönetim kurulu kararıyla taşınmaz mal satın alabilir veya taşınmaz mallarını satabilirler. Dernekler edindikleri taşınmazları, tapuya tescilinden itibaren bir ay içinde mülki idare amirliğine bildirmekle yükümlüdürler.”

⁸⁵ Akipek-Akıntürk, burada hak ehliyetinden ziyade fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı görüşünü ileri sürmektedirler (a.g.e., s. 545-548).

⁸⁶ Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk*, İstanbul, 1984, s. 414; Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul, 1982, s. 61 ve 62; Akipek-Akıntürk, a.g.e., s. 548.

rinci fıkrasında “*Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.*”; 5737 sayılı Kanun’un 4. maddesinde ise “*Vakıflar, özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir.*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle, vakıfların tüzel kişilerin sahip olduğu tüm haklardan istifade etmeleri doğaldır.

Vakıf, tesciliyle birlikte tüzel kişilik kazanır ve bağımsız bir şahsiyet haline gelir. Tescilin diğer bir sonucu da tahsis edilen malların başka bir işleme gerek duyulmaksızın vakfın mülkiyetine geçmesidir. Vakfın ilk malvarlığı, vakıf senedi ile kendisine tahsis edilen mal ve haklardan oluşur. Bu malvarlığına, dar anlamda vakfın malvarlığı da denilir. TMK’nun 101. maddesinde, vakfa özgülenecek mal varlığının vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli olması, vakfın zorunlu unsurları arasında sayılmış ve aynı Yasa’nın 102. maddesinde de yeterli malvarlığına sahip bulunmayan vakıfların tesciline karar verilemeyeceği hükmüne yer verilmiştir.

Geniş anlamda vakfın malvarlığı ise, kuruluşta tahsis edilenlerle birlikte, sonradan elde edilen tüm değerler, ihtiyatlar, vakfın işletmeleri için ayrılan sermayeler ve borçlardan oluşur⁸⁷.

TMK’nda amaca özgülenen kuruluş malvarlığı için Mahkeme izni öngörülmüş, vakfın amacını gerçekleştirmeye yönelik olarak sonradan edildiği mallarla ilgili bir hükme ya da sınırlamaya yer verilmemiştir.

3.2. CEMAAT VAKIFLARININ MAL EDİNMELERİ SORUNU

3.2.1. Tarihsel ve Yasal Süreç

Osmanlı döneminde tüzel kişilere taşınmaz mal edinebilme olanağı ilk defa 16 Şubat 1328 (1912) tarihli kanunla bahşedilmiştir. “Eşhası Hükmiyenin Emvalı Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanunu Muvakkat” adını taşıyan bu Kanun, tüzel kişilere bu tarihten sonra taşınmazlarda temellük ve tasarruf imkanı sağladığı gibi, tüzel kişilerin o tarihte fiili tasarrufları altında olmakla beraber, başkaları üzerine tapuya tescil ettirdikleri mallarının bazı kayıt ve şartlarla kendi namlarına tescil ettirmelerine olanak sağlamıştır.

⁸⁷ Murat Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, Ankara, 2000, s. 163.

Bu kanunun verdiği yetkiye dayanarak diğer hükmi şahıslarla birlikte azınlık cemaatleri de mülkiyetleri takma adlarla başka kimselerin üzerinde bulunan ve tasarruf ede geldikleri taşınmaz mallarını kendi tüzel kişilikleri üzerine geçirebilmek için Defter-i Hakani idarelerine birer beyanname ile başvurmuşlardır. Bu beyannameler, yalnızca taşınmaz mallar için doldurulmuştur.

Kanunda çizilen çerçeveye ve aktarılan bilgilere uygun olarak süresi içinde Defter-i Hakani İdaresine beyanname veren azınlıkların okul, yetimhane, kilise, havra ve hastane gibi sosyal, kültürel, dini ve hayri kurumlarının her biri ayrı birer tüzel kişilik olarak kabul edilmişlerdir.

Lozan Antlaşması'nın 40. maddesinde, gayrimüslim azınlıkların giderlerini kendileri ödemek üzere, her türlü hayır kurumlarıyla, dinsel ve sosyal kurumlar, her türlü okullar ve buna benzer öğretim ve eğitim kurumları kurmak, yönetmek ve denetlemek konusunda diğer Türk vatandaşları gibi eşit haklara sahip olacakları; 42. maddesinin üçüncü fıkrasında ise Türkiye'nin azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve sair müessesatı diniyeye her türlü himayeyi bahşeylemeyi ve aynı azınlıkların hali hazırda Türkiye'de mevcut olan evkafına ve müessesatı diniye ve hayriyelerine her türlü kolaylık ve müsaadeyi göstereceği taahhüdünde bulunduğu ifade edilmiştir.

1935 yılında çıkarılan 2762 sayılı Yasa'nın 44. maddesi uyarınca, cemaat vakıflarının vakıf olarak tasarruf edildikleri, vergi kayıtları, kira mukaveleleri ve 1328 tarihli Yasa'nın yayınlanmasından sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve buna benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerleri "vakıf kütüğü"ne kaydedilmiş, ayrıca aynı Yasa'nın Geçici 1. maddesi uyarınca da, cemaat vakıflarını idare eden kişilerce bilcümle mallarının, gelirlerinin ve bunları sarf ettikleri yeri birer beyanname ile Vakıflar İdaresine bildirilmesi şart koşulmuştur.

2762 sayılı Yasa (mülga) ile durumu belirlenen cemaat vakıfları, zaman zaman kuruluş amaçlarına uygun olarak ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinmiş ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunmuş iken, bu konu çeşitli yargı kararlarına konu olmuş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK)'nun 8.5.1974 günlü, E: 1971/2-

820, K: 1974/505 sayılı kararıyla⁸⁸ birlikte, bu vakıfların taşınmaz mal edinmelerinin önü kapatılmıştır. Söz konusu kararda, cemaat vakıflarının 1936 yılında verdikleri beyannamelerin vakıfname olarak kabulünün zorunlu olduğu, vakıfnamelerinde mal ya da bağış kabul edebilecekleri yönünde açıklık bulunmayan vakıfların ise gerek doğrudan gerekse vasiyet yoluyla taşınmaz mal iktisap edemeyecekleri belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararından sonra, cemaat vakıflarının 1936 beyannamesinde yer almayan taşınmazları aleyhine açılan davalarda, Yargıtay aynı görüş doğrultusunda kararlar vermeye devam etmiştir.

Ancak, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 6.12.1999 günlü, E. 1999/12630, K. 1999/12902 sayılı kararında, Yargıtayın çeyrek yüzyıldan beri sürdürüdüğü cemaat vakıflarının bağış ya da vasiyet yoluyla taşınmaz edinebilmeleri için beyannamelerinde bu konuda açıklık bulunması gerektiği yolundaki görüşünden dönülmüş ve kararda sonradan edinilen taşınmazın vakfın tüzüğü dikkate alınarak taşınmaz mal edinmenin amacı aşan bir durum yaratıp yaratmayacağına değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiş ise de, bu karar istisnai bir karar niteliğinde kalmıştır. Nitekim, Yargıtayın daha sonra verdiği çeşitli kararlarında eski görüşünü yinelediği görülmüştür⁸⁹. Benzer yaklaşım, Danıştay tarafından da benimsenmiştir⁹⁰.

Bu noktada, yukarıda belirtilen yargı kararlarına konu olan 1936 tarihli beyannamenin hukuksal niteliği üzerinde durulması gerekmektedir.

Yargı kararlarında benimsenen ve bir kısım yazarlarca⁹¹ da desteklenen 1936 tarihli beyannamenin vakıfname olarak kabul edilmesi gerektiği, vakıfnamede açık hüküm bulunmaması durumunda vakıfların taşınmaz mal edinmeyecekleri, cemaat vakıflarının da gerçek anlamda vakıfnamelerinin bulunmaması nedeniyle taşınmaz mal edinmeyecek-

⁸⁸ YKD, 1975, C. 1, S. 8/16.

⁸⁹ Örneğin Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 22.2.1993 günlü, E. 1992/14847, K. 1993/2047 ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.5.2002 günlü, E. 2002/16-159, K. 2002/355 sayılı kararlarında da Yargıtay HGK'nun 1974 yılında verdiği kararda benimsediği argümanlar esas alınmıştır.

⁹⁰ Örneğin Danıştay 10. Dairesinin 26.5.1982 günlü, E. 1982/3285, K. 1982/1413; 27.5.1986 günlü, E. 1986/69, K. 1986/1302 ve 26.3.1992 günlü, E. 1991/1596, K. 1992/1144 sayılı kararları.

⁹¹ Aytaş, a.g.m., s. 784.

leri yönündeki görüşün tutarlı olmadığı kanaatindeyiz. Bu husus, 2762 sayılı Yasa'nın gerek 44. maddesi gerekse Geçici 1. maddesinin gerekçeleri ve yasalaşma süreçleri incelendiğinde açıkça ortaya çıkacaktır.

Gerçekten de 2762 sayılı Kanun'a ilişkin Tasarı'nın ilk halinde 44. maddenin bulunmadığını görmekteyiz. Bu madde Tasarı'ya TBMM Adliye Encümeni'nin 2.7.1934 günlü, E. 1/395, K. 43 sayılı Mazbatası ile eklenmiştir. Encümenin gerekçesi şöyledir:

*"Encümenin bu fasla ilave ettiği maddelerden birisi de alakadarların mü-racaatlarını beklemeden bu kanunun neşrinden en az onbeş sene evvelinden beri vakfolunarak tasarruf edildikleri anlaşılacak olan mallar Evkaf idaresinin talebi üzerine tapuya işaret edilerek ilân olunacağı, bu ilân tarihinde itibaren beş sene içinde itiraz eden çıkmazsa o malın vakıf olarak katî tescili yapılacağı tasrih edilmiş olup bununla da vakıf mallar gizlide kalmayarak bir an evvel tescillerinin yapılması temin olunmak istenmiştir. Gerçi 1515 sayılı kanun mucibince dahi vakıf malların tapuya raptı mümkün ise de kısmı mühimi eş-hası hükmiyeye aid olmak üzere bir kısım vakıflarda mevcut muvazaalı ve gizli vaziyetin ortadan kaldırılmasına mezkûr kanunun hükümleri kâfi gel-meyeceği düşünülmüş ve tapu sicillerinin bir an evvel tesisi hakkında medeni kanunun istihdaf ettiği gayenin bir kat daha kolaylıkla temini husulü için bu hususta halin icaplarına göre daha müsait hükümler vazına lüzum görülmüş ve maddenin bu şekilde tesbitinde bu mülâhazalar âmil olmuştur."*⁹²

2762 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinde azınlık vakıflarından beyanname istenmesinin gerekçelerine yer verilmiştir. Söz konusu gerekçede "Bu kanunun meriyeti vazı ile beraber şimdikiye kadar Devlet teşek-külleri ile hiç te alakadar olmamış bir çok vakıflar ve bu meyanda akalliyet vakıflarında da Devlet murakebesi teessüs edecek demektir. Murakebe edebil-mek için murakebe edilecek şeyin mahiyetinin bilinmesi zaruridir. Halbuki bu vakıflar hakkında umum müdürlükçe hiçbir kayid ve malumat yoktur. Bunun için bu kabil vakıfları idare edenlerden derhal bir beyanname istenilmesi ve ba-dema vakıfta tasarruflarının bu beyannamenin tasdikına taliki ve beyanname-ler muhteviyatının sıhhat ve selâmetini temin için de bunların istinadedeceği vesaikın bu kanunun neşrinden evvel mevcut ve meri bulunduğuunun sabit olması esasının şart ittihazı muvafık metalea edilmiş 1 -5 maddeler bu esaslar dairesinde tedvin edilmiştir." denilmektedir⁹³.

⁹² TBMM Zabıt Ceridesi, Devre V, İçtima F, C. 4, S. Sayısı 124-2, s. 9.

⁹³ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre V, İçtima F, C. 4, S. Sayısı 124-2, s. 5.

Görüldüğü üzere, cemaat vakıflarından beyanname istenmesinin temel gerekçesinin bu vakıfların Devlet tarafından denetlenmesini sağlamak ve denetlemenin yapılabilmesi için de söz konusu vakıfların o ana kadar fiilen tasarrufu altında tuttıkları ancak muvazaa ya da gizli bir takım işlemlerle kayıt altında bulunmayan tüm mal varlıklarının bir envanterinin ortaya çıkarılması amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, 1936 tarihli beyannamenin vakfiye olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığı gibi, bu beyannamenin cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmesinin önüne geçilmesi amacıyla istendiği görüşü de yerinde değildir. Esasen yasakoyucu cemaat vakıflarının sonradan taşınmaz mal edinemeyecekleri yönünde bir iradeye sahip olsa idi, bu konuda 2762 sayılı Yasa'ya açık bir hüküm koyma yönüne gidebilirdi.

Nitekim, Sungurbey de cemaat vakıflarınca verilen bu beyannamelerin yalnızca tasarruflarında bulunan taşınmazların kendi adlarına tapuya tescili için yapılan bir bildirimden ibaret olduğunu, vakıfname niteliğinde bulunmadığını, bu nedenle gerek 1328 tarihli Yasa'da gerekse 2762 sayılı Yasa'da cemaat vakıflarının satış, bağış ya da vasiyet yoluyla taşınmaz mal edinip edinmeyeceği hususunun açıkça belirtilmesine gerek görülmediğini ifade etmiştir⁹⁴.

Bu bağlamda, 2762 sayılı Yasa'nın 44. maddesine ilişkin TBMM'nin 2.7.1956 günlü ve 1972 sayılı tefsir kararından da söz etmek gerekecektir⁹⁵. Söz konusu Tefsir Kararı'nda cemaat vakıflarının 16 Şubat 1328 (1912) tarihli Kanun'a kadar yalnızca kayden gayrimenkul tasarruflarına izin verilmediğini, bu durumun bir takım hukuki, ekonomik ve sosyal sakıncalar ortaya çıkarması nedeniyle adı geçen Kanun ile soruna çözüm getirildiği ifade edildikten sonra, 2672 sayılı Kanun'un 44. maddesiyle de yasada öngörülen koşullar içerisinde cemaat vakıfları-

⁹⁴ Sungurbey, a.g.e., s. 356.

⁹⁵ 2.12.1942 günlü, 8/24 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla, yaklaşık iki bin yıl önce yaşamış hristiyan azizleri adına "nam-mevhum" olarak tapuya tescil edilmiş cemaat vakfı taşınmazlarının vakıf adına tescili için bunların rıza ve muvafakatlarının gerekli olduğu yolunda yerine getirilmesi olanaksız bir koşulun öngörülmesi üzerine, cemaat vakıfları cemaatten birilerinin bu azizlerin torunu olduğu yolunda komik mirasçılık belgeleri aldırarak bu kişilerin rıza ve muvafakatiyle vakfın taşınmazını tescil ettirme yoluna gidiyorlardı. Bu durumun giderilmesi için söz konusu tefsir kararının alınması yoluna gidilmiştir.

nın fiilen tasarrufunda bulunan taşınmazların cemaat vakıfları adına tescilinin yapılmasına olanak tanındığı, buna karşılık gerçek kişilerin takrirleriyle vakıflar lehine tescil yapılmasında ise her hangi bir tereddütün bulunmadığı ifade edilmiştir.

AİHS'nde düzenlenen ayrımcılık yasağı ve Ek 1 sayılı Protokolle güvence altına alınan mülkiyet hakkının korunması ilkeleri ile uyum sağlamak amacıyla, 3.8.2002 günlü, 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 4. maddesiyle 2762 sayılı Yasa'nın 1. maddesine eklenen fıkralarla yapılan değişiklikle, Cemaat vakıflarını vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilmelerine ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilmelerine olanak sağlanmıştır.

Söz konusu Yasa değişikliğinin iptali için Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru, Mahkemenin 27.12.2002 günlü, E: 2002/146, K: 2002/201 sayılı kararıyla⁹⁶ reddedilmiş, karardan sonra 2.1.2003 günlü, 4778 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile de Bakanlar Kurulu yerine Vakıflar Genel Müdürlüğünün izninin yeterli olacağı hükmü getirilmiştir.

5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu'nun 12. maddesiyle yapılan düzenlemeyle, önceki hükümlerden farklı olarak, cemaat vakıflarına herhangi bir makamdan izin almaksızın ve vakıf amacıyla öngörülen hizmetleri gerçekleştirme koşulu aramaksızın bir mal edinme olanağı sağlamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kararına da konu olan cemaat vakıflarına taşınmaz edinme hakkı tanıyan 2002 yılındaki Yasa değişikliğinden sonra geçen 6 yıllık süreçte Türkiye'de faaliyet gösteren toplam 161 cemaat vakfının edindikleri taşınmaz sayısı 41; 5737 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 27.2.2008 tarihinden 9.2.2010 tarihine kadar geçen süreçte ise 14 vakıf tarafından 22 adet taşınmaz (6 taşınmaz satış, 16 taşınmaz bağış) edinilmiştir⁹⁷.

⁹⁶ AMKD, S. 39/1, s. 295-350.

⁹⁷ Söz konusu rakamlar, Vakıflar Genel Müdürlüğü yetkililerinden alınmıştır.

3.2.2. 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu'nun Öngördüğü Düzenleme

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda cemaat vakıflarının mal edinmeleri, özellikle taşınmaz mal edinmeleri hususunda, iki maddede düzenleme yapılmıştır. Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında, söz konusu vakıfların ileriye dönük mal edinmeleri ve mevcut malları üzerindeki tasarruf yetkileri düzenlenirken; Geçici 7. maddesinde⁹⁸ ise söz konusu vakıfların 1936 Beyannamesinden sonra elde ettikleri taşınmazların kendi adlarına kayıt edilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Ancak, çalışmamızın konusunu, Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasındaki hüküm oluşturduğundan, Geçici 7. madde üzerinde durulmayacaktır.

5737 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrası "*Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler.*" şeklindedir.

Söz konusu kural, "vakıflar"ın önceden herhangi bir merciden izin almaksızın, mal edinebileceklerini ve malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabileceklerini ifade etmektedir. Kuralda geçen "vakıflar" sözcüğünün, aynı Kanun'un 3. maddesi uyarınca mazbut, mülhak cemaat ve esnaf vakıflarını ifade etmesi karşısında, gerek MK hükümlerine göre kurulan gerekse MK'un kabulünden önce kurulan cemaat vakıflarının özellikle taşınmaz mal edinebilmelerine yasal dayanak oluşturulmuştur.

Maddenin gerekçesinde, "*Madde ile; halen izin almak suretiyle mal alabilen vakıfların, özel hukuk tüzel kişileri olmaları göz önüne alınarak, hiçbir makam ve merciden izin almaksızın mal alabilecekleri ve malları üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hükmü getirilirken, vakfın devamlılığının sağlanması açısından mülhak, cemaat ve yeni vakıflara başlangıçta özgülenen*

⁹⁸ 5737 sayılı Kanun'un Geçici 7. maddesi şöyledir:

"Cemaat vakıflarının;

- a) 1936 Beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar;
 - b) 1936 Beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edineme gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar;
- tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescilleri yapılır."

mal ve hakların değiştirilebilmesi imkânı sağlanmış, vakıfların sonradan edindikleri malları, izin almaksızın yönetim organlarının kararıyla değiştirebileceklerine ilişkin hüküm getirilmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, vakıf yöneticilerinin iktisap ettikleri taşınmaz malları tapuya tescil tarihinden itibaren bir ay içinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne bildirmeleri gerekmektedir. Yasa'nın 11. maddesinde ise bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen vakıf yöneticilerine idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

Yapılan bu düzenleme, 4.11.2004 günlü, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 22. maddesiyle paralel bir düzenlemedir. Söz konusu Kanun'un "Taşınmaz mal edinme" başlıklı 22. maddesinde "Dernekler genel kurullarının yetki vermesi üzerine yönetim kurulu kararıyla taşınmaz mal satın alabilir veya taşınmaz mallarını satabilirler. Dernekler edindikleri taşınmazları, tapuya tescilinden itibaren bir ay içinde mülki idare amirliğine bildirmekle yükümlüdürler." hükmüne yer verilmiştir.

3.2.2.1. Düzenleme Ülkenin Bölünmezliği İlkesine Aykırı mı?

Doktrinde bazı yazarlar, Türkiye'nin önüne getirilen gayrimüslim vakıflarının gayrimenkul edinmeleri ve dış ilişkilerinin serbest bırakılmasının, Türkiye Cumhuriyetinin Osmanlı İmparatorluğu gibi yok olmasına giden yolda önemli bir dönemeç oluşturacağını, Avrupalı Hıristiyan vakıfların sahip oldukları büyük maddi imkanlarla Türkiye'nin en önemli bölgelerini para gücüyle satın alacaklarını, kurtuluş savaşı sırasında şehit kanlarıyla kurtarılmış olan vatan topraklarının para gücü ile düşman kesimlerin eline geçeceği, böylece Türkiye'nin Bizanslaşmasının sağlanacağını ileri sürmektedirler⁹⁹.

Bu ve benzeri yaklaşımlara göre, azınlık vakıflarına taşınmaz edinme hakkı konusundaki sınırlamaları kaldırmak, Türkiye'nin toprak bütünlüğünün bozulması ve yıkılışının yolunu açmak anlamına gelmektedir. Oysa bu yaklaşım, kötü niyetli çevreler yüzünden bütün gayrimüslim vakıflara sınırlama getirmenin adil olup olmadığını sorgulamamakta, eşit vatandaşlık haklarından yaralanmanın doğal ve pozitif hukuka uygun olup olmadığını tartışmamakta ve kötü niyetli

⁹⁹ Anıl Çeçen, "Türkiye Yeniden Bizans'a Dönüştürülüyor", <http://dipdalga.org/node/125> (9.11.2010); Ali Akyıldız, "Vakıflar Kanununun Getirdikleri ve Götürdükleri", *Türk Hukuk Dergisi*, Kasım-2006, S. 116, s. 3-13.

kişilerin vakıf kurma dışında başka yollardan da yararlanabileceği olasılığını göz ardı etmektedir¹⁰⁰.

Anayasamız, Türk Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk sayan birleştirici ve bütünleştirici bir milliyetçilik anlayışına sahiptir (Anayasa m. 66). Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, bu çağdaş milliyetçilik anlayışının belirgin niteliklerinden birini oluşturmaktadır.

Ülkemizde yaşayan ve Lozan Antlaşmasına göre de din bağı gözetilerek gayrimüslim olmalarından dolayı azınlık kabul edilen kişiler, Türk vatandaşlarıdır.

Nitekim, Lozan Antlaşması'nın 39. maddesinde de, gayrimüslim azınlıkların siyasal, ekonomik ve kültürel hakları güvence altına alınmış, Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyruklarının, Müslümanların yararlanacakları aynı yurttaşlık haklarıyla siyasi haklardan yararlanacakları ve tüm Türk Halkının din farkı gözetilmeksizin yasalar önünde eşit olacakları belirtilmiştir.

Bu durumda, Anayasa'ya göre Türk vatandaşı olarak kabul edilen gayrimüslim azınlıklara verilen hakları, Anayasa'ya dayanarak ve bunları adeta yabancı ve düşman bir unsur olarak telakki ederek, engellemeye çalışmanın tutarlı bir yönünün bulunmadığını söyleyebiliriz.

3.2.2.2. Konunun Mülkiyet Hakkı Boyutu

Anayasa'nın 2. maddesinde "insan haklarına saygılı olma", hukuk devletinin nitelikleri arasında sayılmıştır.

Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Maddede geçen "herkes" tabirinin gerçek ve tüzel kişileri kapsadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

¹⁰⁰ Bekir Berat Özipek, "Gayrimüslimlerin İnsan Hakları Sorununu Tartışmak: Kaygılar ve Sorular", www.rightagenda.org/main.php?id=173 (27.11.2010).

AİHS'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde de *"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez." denilmektedir.

Anayasa'nın 35. maddesi ile AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokolde öngörülen korumanın, edinilmiş mallar üzerinde var olan mülkiyet hakkına ilişkin olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Sözleşme mülk edinme beklentisini, bir başka ifadeyle geleceğe yönelik mal edinme olasılığını korumamaktadır¹⁰¹.

Ancak, mülkiyet hakkının hak sahibine verdiği yetkilerden birinin de mülkiyeti edinme yetkisi olduğu¹⁰² dikkate alındığında, kanaatimizce gerçek veya tüzel kişilerin sahip oldukları ekonomik olanaklarla mal edinebilmeleri de mülkiyet hakkının kapsamı içerisinde mütalaa edilmelidir. Diğer taraftan, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisi olan hukuki güvenlik ilkesi de kişilere belli koşulları yerine getirdiğinde hiçbir sürprizle karşılaşmadan belli haklara sahip olunabileceği garantisini vermektedir. Bu anlamda, vakıfların da bünyeleri ve amaçlarına uygun olmak koşuluyla, diğer gerçek veya tüzel kişiler gibi malvarlığı edinebilmeleri, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak mütalaa edilmelidir.

Nitekim, AİHM de, ekonomik hayatın gerekleri ile hukuki güvenlik ve hakkaniyet gibi ilkeleri dikkate alarak, bu tutumunu zaman içinde yumuşatarak hakkın ileride mevcut olacağı durumu ifade eden "meşru beklenti" kavramını ortaya çıkarmış ve bu kavramı kararlarında kullanmıştır¹⁰³.

¹⁰¹ Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007, s. 28 ve 29

¹⁰² Saim Tuğrul, *Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması*, Kazancı Yayınları, Ankara, 2004, s. 8.

¹⁰³ Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 139, 145 ve 146.

AİHM azınlık vakıflarının mal edinmeleri konusunu mülkiyet hakkı açısından değerlendirmeye tabi tutmuştur. AİHM'nin 9.1.2007 günlü, 34478/97 başvuru numaralı "*Fener Rum Erkek Lisesi – Türkiye*", 16.12.2008 günlü, 1480/03 başvuru numaralı "*Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu - Türkiye*" ve 16.12.2008 günlü, 36165/02 başvuru numaralı "*Yedikule Surp Pırgıç Ermeni Hastanesi Vakfı – Türkiye*" davalarında verdiği kararların önemle dikkate alınması gerekmektedir.

Her üç kararda da davacı vakıfların 1952, 1955, 1958 ve 1962 yıllarında hibe yoluyla edindiği ve tapuda adına tescil edilen taşınmazlarının yukarıda belirtilen 1974 tarihli Yargıtay HGK kararı dayanak gösterilerek Hazine adına tescili için açılan davaların yerel mahkemelerce kabul edilmesi ve kararların Yargıtayca onanması üzerine, AİHM'e yapılan başvuruda AİHM, mülkiyet hakkının korunmasını güvence altına alan AİHS'nin Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vererek Türkiye'yi ya taşınmazları davacı vakıflara iade etmesine ya da tazminat ödemeye mahkum etmiştir¹⁰⁴.

AİHM'nin "*Yedikule Surp Pırgıç Ermeni Hastanesi Vakfı – Türkiye*" kararında aynen şu ifadelere yer verilmiştir:

"Başvuranın mülkiyeti kazanmasından kırk yıl sonra tapu kaydının tapu sicilinden silinmesinin, ilgili kişiyi halihazırdaki malından yoksun bırakmaya sebebiyet verdiği ve 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca mülkiyetten "yoksun bırakma" olarak değerlendirileceği hususunda bir şüphesi yoktur (Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı).

AİHM, Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı kararında, dini azınlıklara ait vakıflar tarafından 1936 yılında verilen beyannamelerin, bu vakıfların "vakıf senedi" yerine geçtiğine ilişkin 1974 tarihli içtihadın uygulanmasının "ön-görülebilirlik" gereği ile bağdaşmadığı kanaatinde olduğunu belirttiğini ha-

¹⁰⁴ AİHM; "Fener Rum Erkek Lisesi – Türkiye" davasında taşınmazların davacı vakfa iade edilmesine veya davacıya 910.000 Euro tazminat ödenmesine, "Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu - Türkiye" davasında taşınmazın davacı vakıf adına yeniden tescil edilmesine ya da 600.000 Euro tazminat ödenmesine, "Yedikule Surp Pırgıç Ermeni Hastanesi Vakfı – Türkiye" davasında ise 275.000 Euro tazminat ödenmesine karar vermiştir.

⁵⁵⁵ sayılı Yasa'ya ilişkin TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu'nda Dışişleri Bakanlığı yetkililerinin bilgilerine dayanılarak, sekizyüze yakın davanın açılmasının beklendiği ifade edilmiştir.

tırlatır. AİHM sonuç itibarıyla, ediniminden on altı ve yirmi iki yıl geçtikten sonra kabul edilen bir içtihadın uygulanması nedeniyle taşınmazların tapu senetlerinin iptal edilmesinin meşruiyet ilkesi ile bağdaşmadığı ve başvuranın mülkiyet hakkına yönelik bir ihlal oluşturduğu neticesine varmıştır.”

Diğer taraftan vakıfların mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmesini eleştiren bir yaklaşım, Anayasa'nın benimsediği özgürlükçü yaklaşımla bağdaşmadığı gibi; Anayasa'nın muhtelif maddelerinde öngörülen Devletin “hukuk devleti” ve “demokratik” olma niteliklerinin ve Anayasa'nın öngördüğü temel felsefenin değişmezliği kavramının anayasal denetimde temel hak ve özgürlükleri koruyucu biçimde yorumlanması gerektiği yönündeki anlayışla da bağdaşmayacaktır¹⁰⁵.

Yine, cemaat vakıflarına mensuplarının dinsel kökenlerinden hareketle diğer vakıflardan ayrı bir muamelede bulunulmasını istemenin, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen Devletin laik niteliği ile de bağdaşmadığı ortadadır.

Diğer taraftan, vakfa özgülenen mal varlığının vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli düzeyde olması gerektiği biçimindeki kuraldan hareketle vakıfların sonradan malvarlığı edinemeyecekleri yönünde çıkarsama yapılması da doğru bir yaklaşım değildir. Çalışmamızın vakıfların mal edinmelerine ilişkin bölümünde yaptığımız açıklamalarda belirttiğimiz üzere, vakıfların biri başlangıçta özgülenen diğeri ise sonradan elde edilen iki tür mal varlığı vardır. Vakfa özgülenen mal varlığının vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli düzeyde olmaması durumunda, TMK'nun 102. maddesi uyarınca tesciline olanak yoktur. İleri sürülen husus, bu mal varlığı yönünden doğrudur. Ancak, 5737 sayılı Kanun'un 12. maddesindeki kural, vakıfların başlangıçtaki mal varlığını değil, sonradan edineceği mal varlıklarını düzenlemektedir. TMK'nda bu hükmün dışında, vakıfların sonradan mal varlığı edinemeyeceklerine ilişkin her hangi bir hüküm yoktur. Esasen, tüzel kişiliğe sahip vakıflar için sonradan mal varlığı edinebilecekleri yönünde ayrıca bir hüküm vazedilmesine gerek de bulunmamaktadır. Atatürk zamanında çıkarılan 1926 tarihli MK ve 1935 tarihli Vakıflar Kanunu'ndan bugüne kadar geçen süreç içerisinde vakıflarla ilgili yapılan düzenlemelerde vakıfların sonradan mal varlığı edinemeyecek-

¹⁰⁵ Ömer İzgi, Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Ankara, 2002, C. I, s. 37.

leri yönünde bir hüküm bulunmaması ve buna rağmen vakıfların 1974 tarihli Yargıtay HGK kararına kadar hiçbir yasal engelle karşılaşmadan mal varlığı edinebilmeleri bunun açık bir göstergesidir¹⁰⁶.

Diğer taraftan, özellikle azınlık vakıflarının taşınmaz mal edinmelerine ilişkin sınırlamaların kaldırılması sonucunda bu vakıfların dışarıdan maddi yardım alarak ülke menfaatlerine aykırı faaliyetlerin bir aracı haline gelecekleri yönündeki düşüncelerin ise kişilerin etnik veya dinsel kimi farklılıklarından yola çıkarak ve şüpheye, zanna ve vehimlere dayalı olarak söz konusu kişiler hakkında yasa kurallarıyla bazı kısıtlamalar getirilmesinin hukuk devleti anlayışıyla bağdaşır bir yönü yoktur. Esasen böyle bir yaklaşım, Müslüman Türk vatandaşları tarafından kurulabilecek vakıflar veya diğer tüzel kişiler ya da gerçek kişiler tarafından da aynı amaçlarla mal edinebileceği gerçeğini de göz ardı etmektedir.

Kaldı ki burada TMK'nun 54., 115., 116. ve 5737 sayılı Yasa'nın 27. maddelerinin azınlık vakıfları bakımından da bu konuda yeterli önlemleri öngördüklerini söyleyebiliriz. Her ne kadar söz konusu yasa maddeleri yeni vakıflar için uygulanabilecek idiyse de 5737 sayılı Yasa'da bu konuda hüküm bulunmaması nedeniyle söz konusu vakıflar için de anılan hükümlerin uygulanabileceği düşünülmektedir.

Buna göre, TMK'nun 115. maddesinde İçişleri Bakanlığınca Anayasa'da öngörülen hallerde ve belirlenen usullere uygun olarak, denetim makamının da görüşünü almak suretiyle mahkemece bir karar verilmeye kadar bu tür faaliyetlerde bulunan vakıflar geçici olarak faaliyetten alıkonulabileceği gibi, yine aynı Yasa'nın 116. maddesi uyarınca da Anayasa'da öngörülen bu tür ilkelere aykırı faaliyette bulunduğu saptanan vakıfların TMK'nun 116. maddesi uyarınca mahkeme kararıyla dağıtılmaları da mümkündür.

Yine, TMK'nun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri düzenleyen bölümünde yer alan 54. maddesinin son fıkrasındaki "*Hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı her halde ilgili kamu kuruluşuna geçer.*"; 5737 sayılı Yasa'nın 27. maddesindeki "*...dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta*

¹⁰⁶ Ata Sakmar, "Cemaat Vakıflarıyla İlgili Hukuki Düzenlemeler", *Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara, 2004, s. 114.

kalan mal ve haklar ise Genel Müdürlüğe intikal eder.” şeklindeki kurallar uyarınca da bu tür faaliyetlerde bulunan vakıfların mahkeme kararıyla dağıtılması halinde malvarlıklarının Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün mülkiyetine geçeceği unutulmamalıdır.

Burada çözümlenmesi ya da açığa kavuşturulması gereken husus, yeni ya da eski vakıfların sonradan mal varlığı edinebilmelerinde değil, yapılan bu düzenlemeyle vakıfların amaç ve faaliyetleri ile ilgili her hangi bir sınırlama yapılmadan mal varlığı edinebilmelerine olanak tanınmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı hususudur. Bir başka ifadeyle, 5737 sayılı Kanun'un 12. maddesindeki kuralla vakıfların mal edinmelerine hiçbir sınırlama getirilmemesinin ve vakıfların sınırsız ya da hiçbir denetime tabi olmadan mal edinmelerine olanak tanınmasının, hukuk devletinin ilkesine aykırı bir durum oluşturup oluşturmayacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Her şeyden önce, vakıfların mal edinebilmelerine belli bir sınır getirilmemesinin doğru bir yaklaşım olduğunu söylemeliyiz. Zira, TMK'nda gerçek ve tüzel kişilerin hak ehliyetine ilişkin hükümler dışında mal edinebileceklerine ilişkin bir hükme gerek görülmediği gibi, buna bir sınırlama getirilmesine de gerek görülmemiştir.

Kaldı ki vakıfların mümkün olduğunca her türlü müdahalelerden ve sınırlamalardan uzak tutulması gerektiği hususu, bu kurumların yaşamlarını sürdürebilmeleri için oldukça önemlidir. Bu husus, vakıfların Devlet denetimi dışında tutulmaları anlamına da gelmemektedir. Ancak, denetimin ötesine geçen bir müdahale, bu kurumların mahiyetlerine uygun düşmeyecektir¹⁰⁷.

Yukarıdaki bölümlerde belirttiğimiz üzere, bir özel hukuk tüzel kişisi olan vakıflar, ancak yapılarına ve amaçlarına uygun düştüğü oranda, mal varlığı haklarından sayılan her türlü hakka sahip olabileceklerdir. Vakıfların mal edinmeleri sınırsız bir hak olmayıp, ancak bünyelerine ve amaçlarına uygun olmaları koşuluyla mümkündür. Bir başka ifadeyle, vakıfların mal edinebilmeleri konusunda vakfın kendi

¹⁰⁷ Prof. Dr. Mehmet İbşirli'nin Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumunda tartışmacı sıfatıyla yaptığı konuşma, *Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara, 2004, s. 76.

bünyesi ve amacından kaynaklanan doğal ve zorunlu sınırlar söz konusudur. Bu hususta, yasada bir kurala yer verilmemiş olması ona sınırsız bir mal edinme hakkı tanımaz. Bu noktada TMK'nun vakfa ilişkin genel kuralları ve kanunlarda yer alan diğer kurallar ile 5737 sayılı Yasa'da öngörülen ve Vakıflar Genel Müdürlüğüne yapılan amaca uygunluk denetimleri devreye girer.

Nitekim, 5737 sayılı Kanun'da cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinimi ile ilgili izin müessesesi kaldırılırken, Vakıflar Meclisince alım sırasında bir defa yapılan denetim yerine bildirim, beyanname verme ve iç denetim¹⁰⁸ müessesesi getirilmiş; ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün amaca uygunluk denetimi yani malın hangi amaçla ve vakfın hangi kaynağıyla, hangi yolla edinildiği, amaca uygun kullanılıp kullanılmadığı, gelir getiriyorsa ekonomik değerlendirilip değerlendirilmediği, gelirin nerelere harcandığı hususlarının Vakıflar Genel Müdürlüğü müfettişlerince denetleneceği öngörülmüştür (Vakıflar Kanunu, m. 33, 36, 60; Vakıflar Yönetmeliği, m. 39, 42, 122, 123; ayrıca TMK m. 111)¹⁰⁹. 5737 sayılı Yasa'nın genel olarak, vakıfların malları ve gelirlerinden elde edilen gelirlerin ne şekilde elde edildiği ve vakfın amacına uygun olarak harcanıp harcanmadığı üzerinde bir denetim öngördüğünü görmekteyiz.

¹⁰⁸ İç denetim, Vakıflar Kanunu'nun 33. ve Vakıflar Yönetmeliği'nin 39. ilâ 49. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Vakıflar Yönetmeliği'nin 41/1. maddesine göre, iç denetim, vakıf faaliyetlerinin mevzuata ve vakfın stratejik planına uygun olarak yürütülmesini; kaynakların etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasını; bilgilerin güvenilirliğini, bütünlüğünü ve zamanında elde edilebilirliğini sağlamayı amaçlar. Vakıf senetlerinde denetim organına yer veren vakıflarda iç denetim bizzat bu organları eliyle yapılabileceği gibi bağımsız denetim kuruluşlarına da yaptırılabilir. Vakıf yöneticileri, yıl sonundan itibaren altı ay içerisinde yapılacak iç denetim rapor ve sonuçlarını Ek-7'deki forma uygun olarak düzenleyerek rapor tarihini takip eden iki ay içerisinde ilgili bölge müdürlüğüne göndermekle yükümlüdürler.

¹⁰⁹ Örneğin 5737 sayılı Yasa'nın 33. maddesinin son fıkrasında "*Vakıfların amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadi işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetimi Genel Müdürlükçe yapılır.*"; aynı Yasa'nın Rehberlik ve Teftiş Başkanlığının görevlerine düzenleyen 60. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ise "*Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıfların, vakfiye ve vakıf senedinde yazılı şartlara, yürürlükte mevzuata uygun yönetilip yönetilmediği, amacı doğrultusunda faaliyette bulunup bulunmadığı, mallarının ve gelirlerinin vakfiye, 1936 Beyanname ve vakıf senedindeki şartlara uygun kullanılıp kullanılmadığı hususlarını incelemek, denetlemek ve rehberlik yapmak.*" hükümlerine yer verilmiştir. Benzer hükümler Vakıflar Yönetmeliği'nin 39., 42., 122 ve 123. maddelerinde de yer almaktadır.

5737 sayılı Yasa'nın 60. maddesi ile Vakıflar Yönetmeliği'nin 39., 42., 122 ve 123. maddelerinde cemaat vakıflarının Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya iç denetim yoluyla yapılacak amaca uygunluk denetimlerinde, 1936 beyannamesinin dikkate alınacağı hükmüne yer verilmiştir.

Bu durumda, cemaat vakıflarının mal edinmelerinde Lozan Antlaşması'nın 40. maddesinde öngörülen hususlar ile bu vakıfların 1936 tarihinde verdikleri beyannameler birlikte değerlendirilerek, söz konusu vakıfların edindikleri malların amaçlarıyla uyumlu olup olmadığı denetlenebilecektir.

Vakıflar Genel Müdürlüğüne yapılan amaca uygunluk denetimi sonucunda, edinilen malın vakfın amacına uygun olmadığına saptanması durumunda ne gibi bir işlem yapılacağı 5737 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde gösterilmektedir. Buna göre, vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmayan, vakfın mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmayan vakıf yöneticileri, asliye hukuk mahkemesince görevden alınabileceklerdir.

Kuşkusuz, Devletler gerçek kişilerden farklı olarak özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki vakıfların ileriye yönelik mülk edinebilmelerine kamu yararı amacıyla bir takım kanuni sınırlamalar da getirebilirler. Ancak, bu durumda yapılacak sınırlamaların vakıf statüsünde kabul edilen tüm tüzel kişileri kapsamı altına alması gerekir. Daha açık ifadeyle, ileriye dönük mülk edinmeye ilişkin getirilen sınırlama, yalnızca bazı vakıfları kapsamına alıyor ve bu düzenlemenin gerek anayasal gerekse hukukun genel ilkeleri bakımından haklı bir nedeni bulunmuyorsa, böyle bir sınırlamanın savunulacak bir durumunun olmayacağı açıktır.

Diğer taraftan, 5737 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasındaki kuralın, pratikte, önceki kuraldan pek de farklı bir düzenleme öngörmediğini söylemek mümkündür. Zira, temel olarak Lozan Antlaşması'nın 40. maddesinin baz alındığı önceki yasal düzenlemede, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinebilmeleri için öngörülen dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarla sınırlı mal edinebilme koşullarının ise gerçekte bir sınırlama olmadığı açıktır. Çünkü, "dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlar" kavramı oldukça geniş bir kavramdır ve neredeyse bu kavramın içerisine girmeyecek bir alan bulmak oldukça zordur.

3.2.2.3. Konunun Eşitlik İlkesi ve Lozan Antlaşması Yönünden Değerlendirilmesi

Cemaat vakıflarına mal edinme hakkı tanınmasının, bu vakıflara bir ayrıcalık getirip getirmediği ve Lozan Antlaşması'na aykırı olup olmadığı hususlarının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

5737 Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasındaki kural, yalnızca cemaat vakıflarının mal edinebilmelerine olanak tanıyan bir düzenleme niteliğinde değildir. Söz konusu kural, 5737 sayılı Yasa'nın 3. maddesi uyarınca, mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfların tamamını kapsamaktadır. Bu bağlamda, yapılan düzenlemenin cemaat vakıfları için ayrıcalık getirdiğini söylemek olası görülmemektedir. Bir başka ifadeyle yapılan düzenleme, cemaat vakıflarına diğer vakıflardan farklı ve ayrıcalıklı bir takım haklar getirmemekte, bilakis söz konusu vakıfların diğer vakıflar gibi aynı hak ve yetkilere sahip olacağını hükme bağlamaktadır.

Esasen, günümüz insan hakları hukuku, azınlık gruplarının olumsuz biçimde ayrımcılığa uğramasını hoşgörmemekte, aksine olumlu ayrımcılık uygulamalarıyla bu grupların zayıf taraflarının telafi edilerek varlıklarını sürdürmelerini hedeflemektedir. Olumlu ayrımcılıktan kastedilen, gerçekte eşitsiz bir durumu gidermek adına görünürdeki eşitliği bozmaktır¹¹⁰. AİHM'ne göre, eşitlik ilkesinin tek ihlal biçimi, objektif ve makul gerekçeler olmaksızın, benzer durumda bulunan kişilere, Sözleşme'deki haklardan yararlanma bakımından farklı muamele yapılmasından ibaret değildir. Ayrımcılığa uğramama hakkı, aynı zamanda, durumları bariz biçimde farklı kişilere, objektif ve makul gerekçeler olmaksızın, farklı muamelede bulunulmaması halinde de ihlal edilmiş olur¹¹¹.

Esasen AİHS'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı da cemaat vakıflarına diğer vakıflardan ayrı bir muamelede bulunulmasını engellemektedir.

Diğer taraftan bu vakıflara diğer vakıflar gibi taşınmaz mal edinilme hakkının tanınması bir ayrıcalık ise; bu ayrıcalığın temelini,

¹¹⁰ Droit Renucci, Européen Des Droits De L'homme, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 2002, s. 113'ten aktaran Öktem, a.g.m.

¹¹¹ AİHM'nin 6.4.2000 tarih ve 34369/97 sayılı Thlimmenos Yunanistan'a karşı kararı.

Lozan Antlaşması'na ve 1935 yılında çıkarılan Vakıflar Kanunu'na dayandığı bilinmelidir. Zira, yukarıda ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, Lozan Antlaşması'yla gayrimüslimlere ait cemaat vakıflarına Türk vatandaşlarının sahibi olduğu vakıflarla eşit muamelede bulunulacağı ve bu vakıfların faaliyetlerini yerine getirmeleri konusunda kendilerine her türlü kolaylığın sağlanacağı taahhüt edilmiş ve 2762 sayılı Yasa'yla da cemaat vakıflarına tüzel kişilik tanınmıştır. 1935 yılından bu tarafa tüzel kişilik tanınan ve Türk vatandaşı olan gayrimüslimlere ait olan cemaat vakıflarına, diğer vakıflardan farklı olarak muamele edilmesini eşitlik adına savunmanın tutarlı bir yönünün bulunmadığı açıktır. Böyle bir düşünce, cemaat vakıflarına mensuplarının dinlerinden dolayı farklı bir işlem yapılmasını istemekle aynı anlama gelecektir.

Bir başka ifadeyle 1935 yılında çıkarılan 2762 sayılı Yasa ile birlikte cemaat mensuplarının sahip oldukları hayri ve dini niteliği ağır basan kurumlarına vakıf tüzel kişiliği tanınmasından sonra, bu vakıfların TMK hükümlerine göre kurulan vakıflara tanınan bazı haklardan, özellikle mülkiyet hakkı gibi temel insan haklarından, mahrum edilmelerine çalışılması, Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Lozan Antlaşması'nda bu vakıfların sonradan mal edinemeyeceklerine ilişkin her hangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Aksine, bu vakıflara her türlü kolaylığın gösterileceği ve diğer Türk vatandaşlarının sahip olduğu tüm haklardan eşit surette yararlandırılacağı taahhüdü altına girilmiştir.

Gerçekten de Lozan Antlaşması'nın 40. maddesindeki "*Gayri müslim akalliyetlere mensup olan Türk tebaası hukukan ve fiilen diğer Türk tebaaya tatbik edilen aynı muamele ve aynı teminattan müstefit olacaklar ve bilhassa, masrafları kendilerine ait olmak üzere her türlü müessesatı Hayriye, diniye ve aiyyeyi, her türlü mektep ve sair müessesatı talim ve terbiyeyi tesis, idare ve murakabe etmek...hususlarında müsavi bir hakka malik bulunacaklardır.*" hükmü dikkate alındığında, Türkiye Cumhuriyeti'nin azınlıkların kurdukları vakıfları Türk vatandaşlarının sahip olduğu tüm haklardan eşit derecede istifade ettirme yükümlülüğü altına girdiği anlaşıldığından, söz konusu düzenlemenin Lozan Antlaşması'na aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.

5737 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde "Bu Kanunun uygulanmasında milletlerarası mütekabiliyet ilkesi saklıdır" hükmüne yer verilmiş ve Yasa'nın TBMM'de yapılan görüşmeleri sırasında, bundan kastedilenin Yunanistan'daki Vakıflar Yasası olduğu ifade edilmişse de bu hükmün pratikte bir anlam ifade etmediği ortadadır.

Çalışmamızın "Lozan Antlaşması'nın 45. Maddesi" başlıklı bölümünde mensupları Türk vatandaşı olan cemaat vakıfları hakkında mütekabiliyet ilkesinin uygulanamayacağı ayrıntılı bir şekilde anlatıldığından, söz konusu bölüme atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Kaldı ki, Yunanistan tarafından Şubat 2008 tarihinde kabul edilen "Batı Trakya Müslüman Azınlığının Vakıf ve Taşınmazlarının Yönetim ve İdaresine İlişkin Yasa Tasarısı"nın ilgili hükümleri incelendiğinde, Yasa'nın 3. maddesinin beşinci fıkrasındaki "Vakıf taşınmaz veya taşınmazlarının satışı, ipotek kaydı, vakfa ait taşınmazın kat karşılığı müteahhite verilmesi, taşınmaz satın alımı ve başka bir vakfa mali yardım ve destek de dahil olmak üzere, vakıf gelirlerinin her türlü yönetim ve idaresi yetkili Müftünün olumlu görüş beyan etmesinden sonra gerçekleşir." şeklindeki hükümden, Yunanistan'daki Türk azınlığa ait vakıfların Yetkili Müftü'nün olumlu görüşü üzerine taşınmaz mal satın alabileceği de anlaşılmaktadır. Buradaki Yetkili Müftü ibaresinin Yunan Hükümetince atanan Müftü'yü ifade ettiği açık olmakla birlikte, sonuçta, Batı Trakya Türklerine ait vakıfların taşınmazları üzerinde tasarruf yetkileri bulunmaktadır.

3.2.2.4. Anayasa Mahkemesinin Konuya İlişkin Yaklaşımı

Cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmelerine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin önüne iki dava gelmiştir.

Bu davalardan birincisi, yürürlükten kaldırılan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesine 3.8.2002 günlü, 4771 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen "Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler." şeklindeki altıncı fıkranın iptaline ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 günlü, E. 2002/146, K. 2002/201 sayılı kararıyla, cemaat vakıflarına Bakanlar Kurulundan izin almak koşuluyla, fıkarda belirtilen alanlarda taşınmaz mal edi-

nebilme ve bu mallar üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkını veren kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vererek, iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında, yargısal kararlarla cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmelerinden yoksun bırakıldığı, iptali istenen kuralla cemaat vakıflarının bu mağduriyetlerinin giderilmek istendiği ve mülkiyet haklarının güvence altına alındığı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen ikinci dava ise, 5737 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasındaki kuralın iptaline ilişkindir. Mahkeme söz konusu kuralla yönelik iptal istemini 17.6.2010 günlü, E. 2008/22, K. 2010/82 sayılı kararıyla¹¹² reddetmiştir. Söz konusu kararda cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri hususu, Anayasa'nın 2., 10. ve 35. maddeleri açısından irdelenerek, Anayasa'ya aykırı bir durumun bulunmadığına karar verilmiştir.

SONUÇ

Türkiye'de 1974 ilâ 2001 yılları haricinde, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri konusunda her hangi bir sınırlama ya da engellemede bulunulmamıştır. Cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri konusunda, söz konusu dönemde yargısal kararlarla ortaya çıkan sorunlar 2002, 2003 ve 2008 yıllarında yapılan yasal değişikliklerle giderilmeye çalışılmıştır. Şu anda mevzuatımızda cemaat vakıfları ile diğer vakıflar arasında taşınmaz mal edinmeleri noktasında her hangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Ancak, Avrupa Birliği üyesi olmayan ülkemizin azınlık vakıflarının bu alanda yaşadıkları sorunları gidermesine karşın, AB üyesi olan Yunanistan'ın ülkesinde bulunan Müslüman Türk azınlığa ait vakıflara 2008 yılında çıkardığı yeni Vakıflar Kanunu'nda dahi taşınmaz mal edinme ve diğer bazı konularda sınırlamalar getirmesi ve böylece Lozan Antlaşması'ndaki yükümlülüklerini göz ardı etmesi oldukça manidardır.

Çalışmamızda da belirtildiği üzere, cemaat vakıflarının kendilerinin bile başlangıçta vakıf olmadıklarını belirtip vakıf statüsüne geçme

¹¹² 11.1.2011 günlü ve 27812 sayılı Resmi Gazete.

konusunda çekinceler koymalarına rağmen sonraki dönemlerde ısrarla vakıf olduklarını iddia ederek taleplerini sürekli olarak genişletmeleri ve bu vakıfların uluslar arası camiadan da destek olarak sürekli olarak ülkemiz için sorunlu alanlardan birini oluşturmaları, bu vakıflar hakkında toplumda haklı olarak bazı şüpheli kanaatlerin oluşmasına neden olmuştur.

Gerçek kişilerden farklı olarak, tüzel kişi statüsündeki vakıfların ileriye dönük malvarlığı edinebilmelerine kamu yararı amacıyla bir takım yasal sınırlamalar da getirilebilir ve bu sınırlamalar, Anayasa'nın 35. maddesi ve AİHS'nin Ek 1 No'lu Protokolü'ne de aykırılık oluşturmayabilir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, getirilecek sınırlamanın Anayasa ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir tarafının bulunmaması ve haklı bir nedeninin bulunması gerekir. Bir başka ifadeyle, yalnızca azınlık vakıflarının ileriye dönük mülk edinebilmelerine ilişkin getirilecek bir sınırlamanın ayırıcılık yasağı ve eşitlik ilkeleri karşısında savunulacak bir tarafı olamayacaktır.

Bu bağlamda, modern Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kurucu antlaşması niteliğinde bulunan Lozan Antlaşması'yla gerçekte vakıf niteliğini haiz olmayan bu kurumlara vakıf statüsünün verilmesi ve söz konusu vakıflara diğer Türk vatandaşlarına ait vakıflara verilen tüm hakların tanınacağına garanti altına alınması ve artık günümüzde azınlık haklarının geldiği noktada bu vakıflara Müslüman Türk vatandaşlarının mensubu olduğu vakıflardan ayrı bir muamelede bulunabilmesi mümkün olmadığı da ortadır.

Konunun özellikle mülkiyet hakkı gibi temel bir insan hakkıyla da ilgisi olması dikkate alındığında, söz konusu vakıflar hakkındaki şüpheleri paranoya boyutuna vordırmadan ancak gerekli tedbirleri de elden bırakmayarak sorunun sağduyulu bir yaklaşımla ele alınması gerekmektedir. Bu konuda Vakıflar Genel Müdürlüğüne çok büyük ve tarihi sorumluluklar düşmektedir. Sonuç olarak, yapılan son yasal düzenlemelerin bazı eksikliklerine rağmen olumlu hükümler getirdiğini ve ülkemizin uluslar arası alanda karşılaştığı sorunların çözümüne olumlu katkı sağlayacağını söyleyebiliriz.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- AKBULUT, İlhan, "Vakıf Kurumu, Mahiyeti ve Tarihi Gelişimi", *Vakıflar Dergisi*, Ankara, 2007, S. XXX.
- AKGÖNÜL, Samim, "Vakıflar Kanunu, Azınlık Olmak ve Azınlık Kurumları", *Azınlıkça Dergisi*, S. Mart - 2008, s. 10 (http://www.azinlikca.org/pdfs/AZINLIKCA-36_Mart-08.pdf).
- AKGÜL, Hüseyin, *Azınlık Kavramı*, Akademi Kitabevi, İzmir, 2003.
- AKİPEK, Jale, AKINTÜRK, Turgut, *Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- AKYILDIZ, Ali, "Vakıflar Kanununun Getirdikleri ve Götürdükleri", *Türk Hukuk Dergisi*, Kasım-2006.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Azınlık Hakları ve Türk Anayasa Mahkemesinin Azınlık Konusuna Bakışı", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002.
- ARSAVA, Ayşe Füsün, *Azınlık Kavramı ve Azınlıkların Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi*, AÜ. SBF Basımevi, Ankara, 1993.
- AYDIN, Zeynep, "Lozan Antlaşması'nda Azınlık Statüsü Farklı Kökenlilere Tanınan Haklar", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002.
- AYTAŞ, Gülseren S., "Vakıflar Kanunu Bir Ayrıcalık Belgesidir", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S. 2008/2, Mart-Nisan.
- Cumhuriyetimizin 50. Yılında Vakıflar*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, 1973, s. 7.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz, "Azınlık Hakları: Avrupa Standartları ve Türkiye Bir Karşılaştırma", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, Su Yayınları, Ankara, 2001.

- ÇEÇEN, Anıl, "Türkiye Yeniden Bizans'a Dönüştürülüyor", <http://dipdalgasi.org/node/125> (9.11.2010).
- DİNÇ, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007.
- DOĞAN, Murat, *Vakıflarda Mal Varlığı*, Ankara, 2000.
- EMİN, Sabahattin, "Yunanistan'da Vakıflar ve Müslüman Türk Azınlığı Vakıflarının Durumu", *Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara, 2004.
- GEMALMAZ, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- İBŞİRLİ, Mehmet "Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumunda tartışmacı sıfatıyla yaptığı konuşma", *Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara, 2004.
- İMAMOĞLU, M. Altuğ, *Azınlık Vakıfları ve Yabancıların Taşınmaz Edinimleri*, Yazıt Yayınları, Ankara. 2006.
- İZGİ, Ömer, GÖREN, Zafer, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Ankara, 2002, C. I.
- KÖPRÜLÜ, Bülent, *Medeni Hukuk*, İstanbul, 1984.
- Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar Belgeler- (Cev. Seha L. MERAY), SBF Yayınları No: 291, Ankara, 1970, Takım 1, C.1, Kitap 2.
- OKUTAN, M. Çağatay, *Tek Parti Döneminde Azınlık Politikaları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- ORAN, Baskın, "Lozan'ın 'Azınlıkların Korunması' Bölümünü Yeniden Okurken", *Yılmaz Günel'a Armağan*, SBF Dergisi, C. 49, Haziran – Aralık 2004, No: 3 -4.
- ORAN, Baskın, *Küreselleşme ve Azınlıklar*, İmaj Kitabevi, Ankara, 2001.
- ÖKTEM, Emre, "Yeni Vakıflar Kanununun Cemaat Vakıflarına İlişkin Hükümleri Hakkında Uluslararası Hukuk Açısından Bazı Gözlemler", *Ergun Özbudun'a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, C. II.

- ÖZİPEK, Bekir Berat ÖZİPEK, "Gayrimüslimlerin İnsan Hakları Sorununu Tartışmak: Kaygılar ve Sorular", www.rightagenda.org/main.php?id=173 (27.11.2010).
- ÖZSUNAY, Ergun, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul, 1982.
- ÖZTÜRK, Nazif, *Azınlık Vakıfları*, Altıncüce Yayınları, Ankara, 2003.
- REHMAN, Javid, "Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002.
- RENUCCI, Droit, *Européen Des Droits De L'homme*, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 2002.
- REYNA, Yuda, ZONANA, Ester Moreno, *Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları*, Gözlem Gazetecilik Basın ve Yayın A.Ş., İstanbul, 2003.
- RIGAUX, François, "Azınlıklar Hukuku: Tanımlama Sorunları", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002.
- SADİOĞLU, Sedat, "Azınlık Sorunu ve Çözüm Önerileri", *Azınlık Hakları*, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2002.
- SAKMAR, Ata, "Cemaat Vakıflarıyla İlgili Hukuki Düzenlemeler", *Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara, 2004.
- SOMUNCUOĞLU, Sadi "Yeni Vakıflar Kanunu Lozan'a Aykırı mı?", (http://www.dengeli.net/vakiflar_kanunu_lozana_aykiri_mi_.html- 21.11.2008).
- SUNGURBEY, İsmet, *Eski Vakıfların Yeni Sorunları*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.
- SYRİGOS, Angelos, "Yunanistan'daki Müslüman Dini Vakıfların Hukuki İdaresi", *Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara, 2004.
- TARHANLI, Turgut, "Cemaat Vakıfları", *İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Azınlık Hakları Çalışma Grubu*, 2002.

TUĞRUL, Saim, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, Kazancı Yayınları, Ankara, 2004.

ULUÇ, Yusuf *Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2008.

ZEVKLİLER, Aydın, ACARBEY, M. Beşir, GÖKYAYLA, K. Emre, *Medeni Hukuk*, Ankara, 1999.

Dergi ve Elektronik Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (Çeşitli sayılar)

Yargıtay Kararlar Dergisi

TBMM Tutanak Dergisi (Çeşitli ciltler)

http://www.vgm.gov.tr/02_VakiflarHakkinda/001_Vakiflarimiz/hukuktavakif.cfm(10.12.201).

http://www.vgm.gov.tr/02_VakiflarHakkinda/004_CemaatVakiflar/cemaat.cfm (20.12.2010).

ENGELLİ HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE AYRIMCILIK YASAĞI VE TÜRKİYE'NİN UYUM SORUNU

DISCRIMINATION BAN IN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND ADAPTATION PROBLEM OF TURKEY

Selda ÇAĞLAR*

Özet : Bu çalışmada, ayrımcılıkla mücadele ve devlet yükümlülükleri ağırlıklı bir belge olan Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'ndeki ayrımcılık yasağı hükümleri incelenecek, Sözleşme'ye uyum konusunda taraf ülke Türkiye'nin alması gereken yasal, idari, toplumsal ve siyasal önlemler/eylemler üzerinde durularak öneriler geliştirmeye çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler : Ayrımcılık, Engelli, Engellilik, Engelli Hakları Sözleşmesi.

Abstract : In this study, discrimination ban rules in United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities which predominantly consist struggle against discrimination and state responsibilities, will be analyzed. On the subject of adaptation to agreement, legal, administrative, social and political preventions/actions of Turkey as a signatory country will be emphasized and bringing of solution overtures to adaptation problem will be tried.

Keywords : Discrimination, Person with Disabilities, Disability, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) verilerine göre dünya çapında 650 milyon engelli bulunmakta, bu rakamın 500 milyonu gelişmekte olan ülkelerde yaşamaktadır. Dahası, dünyanın en yoksul kesiminin %20'sinin engelli olduğu ileri sürülmektedir.¹ Engel-

* Yrd. Doç. Dr. Trakya Üniversitesi İ.İ.B.F. Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı (scaglar@trakya.edu.tr)

¹ Jacobus tenBroek, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Towards a New International Politics of Disability", *Disability Law Symposium*, April 17, 2009, s.35-36

liler sayısal olarak azımsanmayacak büyüklükte bir nüfusu temsil etmekle birlikte, haklarını kullanma ve arama bakımından oldukça zayıf bir gruptur. UNESCO'nun araştırmalarına göre okul dışı kalan (okula gitmeyen) dünya çocuk nüfusunun %35'i engellidir. Engelli çocukların da ancak %2'den azı okula kaydolabilmektedir. Afrika'da engelli çocukların %90'dan fazlası okula gitmemektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün hesaplamalarına göre, bazı ülkelerde engellilerin %80'i işsizdir.

Türkiye'deki engellilere yönelik sayısal verilere bakıldığında tablonun değişmediği görülmektedir. 2002 yılında yaptırılan "Türkiye Özürlüler Araştırması"nda özürlü² nüfusun toplam nüfus içindeki oranı %12.29 olarak ifade edilmektedir.³ Toplam nüfusunun %12.94'ü okuma- yazma bilmezken, bu oran özürlülerde üçe katlanmaktadır.⁴ Çalışma hayatına dâhil olmayan özürlü nüfus oranı %78.29'dur. Özürlülerin yaklaşık % 47'si özüründen dolayı herhangi bir şekilde tedavi edilmediğini bildirmiştir.⁵

Oysa, engelli kişiler de onur ve değer bakımından diğer insanlarla eşittir. Ancak, haklara erişim ve kullanma konusunda en zayıf ve dezavantajlı toplumsal gruptur. Engelliliğe dayalı ayrımcılığın daha da derinleştirdiği mağduriyetlerin önlenmesi/giderilmesi zorunluluğu, uluslararası alanda engelli haklarına yönelik daha etkili silahlarla mücadele edilmesini gündeme getirmiştir. Engellilik temasına dayalı bir sözleşme yapılmasına yönelik çalışmaların sonucunda 13 Aralık 2006 tarihinde Engelli Hakları Sözleşmesi (EHS) kabul edilmiştir. Bireysel şikayet mekanizmasını öngören Seçmeli Protokolle birlikte Sözleşme, 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁶ Sözleşme Türkiye'de de 18 Aralık 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷

² Araştırmayla ilgili bilgiler verilirken araştırmanın diline uygun olarak "özürlü" deyimini kullanılmakla birlikte, bu çalışmada "engelli" deyimini tercih edilmiştir. S.Ç.

³ Türkiye Özürlüler Araştırması 2002, T.C. Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı ve T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, DİE Matbaası, Ankara, Temmuz 2004, s.VIII-IX

⁴ Türkiye Özürlüler Araştırması 2002, s.6

⁵ <http://www.ozida.gov.tr/?menu=arastirma&sayfa=oztemelgosterge> (22.04.2011)

⁶ <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=166> (14.03.2011)

⁷ 5825 Sayılı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, 3.12.2008 tarihinde kabul edilmiş, 18 Aralık 2008 tarihli 27084 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Sözleşme adı itibarıyla “haklar” a yönelik bir sözleşme izlenimi vermekle birlikte, içerik olarak engellilik olgusunu çağdaş insan hakları anlayışıyla yorumlayan ve Birleşmiş Milletler (BM)’in diğer sözleşmelerinde yer alan insan haklarını, engellilerin ihtiyaçlarına uyarlama amacını güden bir insan hakları belgesidir. Bu ön kabule uygun bir dil ve terminolojiyle kaleme alınan Sözleşme’de, yıllardır engelliliğin kişiye sınımsız bağlı bir sakatlık, bozukluk ya da hastalık olarak ele alınmasının engellilerin insan haklarının korunmasına ve yerine getirilmesine ket vurduğu, engelliliğin tıbbi tedavi ve rehabilitasyonla giderilmesi veya hafifletilmesinin sorunların çözümüne yetmediği, hak ihlallerinin bu yöntemlerle aşılamadığı, asıl sorunun engelliliğe dayalı ayrımcılık ve engelsizlere göre yapılandırılan fiziksel ve sosyal çevreden kaynaklandığı her fırsatta dile getirilmiştir. Bu nedenle Sözleşme, çok geniş bir içerikle tanımladığı ayrımcılığı yasaklamanın ötesinde önleyici ve giderici parametreleri de sıralayarak, devletler için aktif ve olumlu eylem yükümlülüğünü ön plana çıkarmıştır.

Bu anlamda, Sözleşmeye taraf olan Türkiye’yi ayrımcılıkla mücadelede hangi yükümlülüklerin beklediği, uyum çalışmaları çerçevesinde yapılan ve yapılması gereken yasal, idari, yargısal ve diğer önlemlerden ne anlaşılması gerektiği konusu önem kazanmaktadır. Fakat, konuyu Türkiye’nin yükümlülüklerine getirmeden önce, Engelli Hakları Sözleşmesi’nin ayrımcılık olgusunu nasıl ele aldığı, ayrımcılık yasağını ne şekilde değerlendirdiği konuları üzerinde durulmalıdır.

I. AYRIMCILIK VE AYRIMCILIĞI ÖNLEME

Engelli Hakları Sözleşmesi, tek başına ne salt ayrımcılık yasağı sözleşmesidir, ne de doğrudan temel hak ve özgürlükler üzerine kurulmuştur. Her iki türün özelliklerini taşıyan, ‘hibrit’ bir sözleşmedir. Ancak, hak ve özgürlüklerin engelliliğe dayalı ayrımcılığın önlenmesi koşuluna bağlı olarak gerçekleştirilebileceği inancı, Sözleşme metninin her noktasına sindirilmiştir. Ayrımcılık karşıtlığı, moral değerlerin açıklandığı Giriş bölümünde, Genel İlkeler, Genel Yükümlülükler gibi genel esaslarda ve münferit hak ve özgürlüklere ilişkin pek çok hükümde tekrarlanmış ve içeriği açıklanmıştır.⁸ Sözleşme, engellili-

⁸ A/HRC/10/48, 26 January 2009, s.12

ğe dayalı ayrımcılığı da tanımlamıştır. Buna göre ayrımcılık, “..siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alandaki tüm insan hak ve temel özgürlüklerinin diğerleri ile eşit biçimde kullanılması veya bunlardan yararlanılması imkanını ortadan kaldıran veya bunu engelleyen her türlü ayırımın, dışlamanın veya kısıtlanmanın engelliliğe dayalı olarak yapılmasıdır.” Aynı hükümle makul uyumlaştırmanın (reasonable accommodation) ⁹ yapılmaması da ayrımcılık kabul edilmiştir (m.2). “Ürünlerin, çevrenin, programların ve hizmetlerin özel bir ek tasarıma veya düzenlemeye gerek duyulmaksızın, mümkün olduğunca herkes tarafından kullanılabilir şekilde tasarlanması..” olarak tanımlanan ‘evrensel tasarım’, engelliliğe dayalı ayrımcılık tanımı içinde yer almamakla birlikte, ‘ayrımcılık’ ve ‘makul düzenleme’ tanımlarının altında yapılan düzenlemeyle ayrımcılık yasağının tamamlayıcı bir unsuru olarak değerlendirilmiştir.

Sözleşme'nin tasarı aşamasında en yoğun tartışma, ayrımcılığın ne olduğu/olmadığı üzerine gerçekleşmiştir. Tanımda kullanılacak kelime ve terimlerin ne tür bir dili (negatif ve/veya nötr) ifade etmesi gerektiği, ayrımcılık eylemlerinin gerçekleştirilme biçimlerine (açık-kapalı, kasıtlı-kasıtsız, aktif-pasif, doğrudan-dolaylı) yer verilip verilmeyeceği çeşitli teklifler üzerinden değerlendirilmiştir.¹⁰ Doğrudan ayrımcılık (direct discrimination) ile dolaylı ayrımcılık (indirect discrimination) arasındaki farka¹¹ ilişkin görüş ayrılıkları yaşanmamış,¹² resmi kurumların uygulamalarıyla yasal düzenlemelerden, toplumsal ve kültürel yaşam normlarından kaynaklanan ya da fiili durum (de

⁹ Makul uyumlaştırma (makul düzenleme) Sözleşme'nin 2. maddesinde “engellilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere somut durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve uyarlamalar” olarak tanımlanmıştır.

¹⁰ Eşitlik- ayrımcılık yasağı madde tartışmaları için bkz. UN Enable Daily Summary related to Draft Article 7- Equality and non-discrimination, Volume 3, #1, January 5, 2004; UN Enable Contribution by Governments, European Union Proposed Modifications to Draft Article 7- Equality and non -discrimination; Comments on the draft text, Draft Article 7- Equality and non-discrimination

¹¹ Oran Doyle, “Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, 23(3), s.537-553, Kevin Kitching (Ed.), *Non-Discrimination in International Law A Handbook for Practitioners*, INTERRIGHTS, January 2005, s.20-22

¹² UN Enable Daily Summary related to Draft Article 7- Equality and non-discrimination, Volume 3, #1, January 5, 2004, s.15

facto) olarak ortaya çıkan dolaylı ayrımcılığın, doğrudan ayrımcılığa göre daha yaygın olduğu konusunda ise, görüş birliğine varılmıştır. Bazı durumlarda taraf devletlerin, makul ve gerekli bir amaca hizmet etmek ve objektif olmak kaydıyla, haklı nedenlere dayanarak farklı uygulama ve düzenlemeler yapabileceği, bunun ayrımcılık sayılmayacağı yönündeki hüküm,¹³ devletlerin özellikle dolaylı ayrımcılık fiillerine meşruiyet kazandıracığı gerekçesiyle Tasarı'dan çıkarılmış, ayrımcılığın türlerine değinilmeden "her tür ayrımcılık" yasaklanmıştır. Böylece, ayrımcılık yasağı, hiçbir istisnaya yer bırakmayacak şekilde, oldukça geniş kapsamlı ve koruyucu genel ilkeye dönüştürülmüştür.

Ayrımcılık yasağı, Sözleşme'de eşitlik ile birlikte münferit bir hükümle yeniden ele alınmış ve hak olarak düzenlenmiştir (m.5). Böylece, ayrımcılık yasağı, engellilerin tüm hak ve özgürlüklerinin korunması ve yerine getirilmesinde gözönüne alınması gereken bir ilke olmanın ötesinde, Sözleşme'deki haklarından bağımsız, eşitlikle bağlantılı olarak engelliler tarafından ileri sürülebilecek bir 'hak' gücüne kavuşturulmuştur.

II. TÜRKİYE'NİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olan her devletin, iç hukuk düzeni ve uygulamalarını ilgili sözleşmenin münferit hükümleriyle uyumlu hale getirmenin yanı sıra sözleşmenin genel felsefesini ve amacını da kabul ettiği; bu anlamda sözleşmeyle uyumlu bir iradeye sahip olduğu varsayılır. Engelli Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmakla birlikte, Türkiye'nin de engelliliğin sosyal modelini yansıtan; diğer deyişle engelliliği bireysel değil, toplumsal bir patoloji olarak gören felsefeyi benimsediği kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak Türkiye, 18 Aralık 2008 tarihinden itibaren başta yasal düzenlemeler olmak üzere, idari uygulamalarını, toplumsal hizmet ve görevlerini bu anlayış doğrultusunda değiştirmek ve yürütmekle yükümlüdür. Devletin tüm organ ve kurumları, görevlerini yerine getirirken Sözleşme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin ilke ve standartlarına uygun davranma, Sözleşme'nin gerisine düşmeyecek biçimde engelli haklarını gerçek-

¹³ UN Enable Contribution by Governments, European Union Proposed Modifications to Draft Article 7- Equality and non-discrimination, s.2

leştirme sorumluluğunu taşımaktadır. Türkiye'nin Engelli Hakları Sözleşmesi'ne uyum konusunda alacağı ilk önlem, yasal düzenlemeleri¹⁴ gözden geçirerek ayrımcılık yaratan hükümleri temizlemek, ihtiyaç duyulan alanlarda yeni düzenlemeleri yürürlüğe koymaktır. Bu sıralama, Engelli Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin ayrımcılık yasağına uygun davranıp davranmadıklarının önemli bir ölçüsü kabul edilen rapor denetiminde devletlerden istenen bilgilere de uygun bir sıralamadır. Keza, Engelli Hakları Komitesi, Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen "ayrımcılık yapılmaması ve eşitlik" hakkına ilişkin bölümü için taraf devletlerden şu hususlarda raporlama yapmalarını beklemektedir:

- Engelli kişilerin haklarını korumak ya da aramak amacıyla hukuktan diğer kişilerle eşit bir şekilde yararlanıp yararlanmadığı.
- Makul düzenleme dahil olmak üzere, engellilerin hiçbir şekilde ayrımcılığa maruz kalmamalarını güvence altına alan eşit ve etkili yasal koruma ve önlemler.
- Engellilik çeşitlerini göz önünde bulundurarak tasarlanmış, olumlu eylemleri de içeren ve engellilerin fiilen eşitliğini sağlamaya yönelik politika ve programlar.

Ayrımcılık yasağı özel hükmüne dayalı olarak istenen bilgilerden bu sıralamaya uyarak ilk iki başlık bir arada ele alınacak; fakat, ayrımcılık yasağının aynı zamanda Sözleşme'nin genel ilkesi olması nedeniyle, Türkiye'nin önlem ve eylemleri bu bölüme ilişkin istenen bilgiler ışığında da değerlendirilecektir. Özellikle, Sözleşme'nin 1. ve 2. maddelerinde geçen kavramların iç hukukta nasıl tanımladığı ve anlaşıldığını ortaya koyan yöntem ve araçlarla, engelliler aleyhinde ayrımcılık teşkil eden yasalar, düzenlemeler ve uygulamalara değinilecektir.¹⁵

¹⁴ Yasal düzenleme kavramı, yasama organının yanı sıra idarenin düzenleyici işlemlerini de kapsayacak biçimde kullanıldığından, ilgili yükümlülüğün değerlendirilmesinde yasalar kadar yönetmelik, genelge, yönerge gibi düzenlemelere de yer verilecektir.

¹⁵ Engelli Hakları Sözleşmesi Madde 35 Bent 1 Kapsamında Taraf Devletlerce Sunulacak Olan Sözleşmeye Özgü Belgeye Dair Kılavuz, Engelli Hakları Komitesi İkinci Oturum Cenevre, 19 - 23 2009 CRPD/C/2/3 Dağıtım: Genel 18 Kasım 2009, Özgün Lisanı: İngilizce, başlık B ve C.; ÖZİDA tarafından Türkçeleştirilen metin için bkz. <http://www.ozida.gov.tr/sonuc.html?q=engelli%20haklar%C4%B1%20>

A. YASAL ÖNLEMLER

Bu başlık altında önce, engelliler ile toplumun diğer üyeleri arasında ya da engellilerin kendi aralarında ayrımcılık üreten veya bu tehlikeyi barındıran temel mevzuat, dil ve içerik bakımından Engelli Hakları Sözleşmesi'yle karşılaştırılarak genel bir değerlendirme yapılacaktır. İkinci alt başlıkta taslak halindeki Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Yasa Tasarısı, son olarak idarenin düzenleyici işlemleriyle üretilen doğrudan ayrımcılık ile engellilerin özel durum ve ihtiyaçlarını karşılamaya yetmeyen nört ya da dışlayıcı yasal hükümlerin neden olduğu ayrımcılık örnekleri üzerinde durulacak, engellilere yönelik doğrudan ve dolaylı ayrımcılık açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Yasaların Dili ve İçeriği

Engelli Hakları Sözleşmesi, yukarıda da açıklandığı gibi, engelliliği toplumsal bir olgu, engellileri de toplumun diğer üyelerinden farklı bireyler olarak kabul etmiş; engellileri aşağılamanın ilk yolunun dilden geçtiğini bilerek her türlü etiketlemeden kaçınmıştır. Konuya Türkiye'deki mevcut yasal düzenlemelerde kullanılan dil açısından baktığında, genel veya özgün mevzuatın engellileri ifade etmek üzere hasta, sakat, âmâ, özürlü, sağır gibi deyimlere yer verdiğini, böylelikle engelliliği bireye özgü tıbbi bir sorun olarak kabul eden, etiketleyen ve olumsuzlayan anlayışı desteklediği görülmektedir.¹⁶ Oysa, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) bu anlayışı ortadan kaldırmak amacıyla eski sınıflama sistemini kaldırmış, 2001 yılında "İşlevsellik, Yetiyitimi ve Sağlığın Uluslararası Sınıflaması" (International Classification of Func-

s% C3% B6zle% C5% 9Fmesinin% 20rapor% 20haz% C4% B1rlama% 20teknikleri% 20 (15.06.2011)

¹⁶ Örnek olarak bkz. 5378 Sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Yayımlandığı Resmi Gazete: 7.07.2005/ 25868; 571 Sayılı Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Yayımlandığı Resmi Gazete: Sayı.23004 (Mükerrer) , Tarih. 30/5/1997; 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik, Yayımlandığı Resmi Gazete: Sayı. 26204, Tarih. 20.06.2006; Yapılarda Özürlülerin Kullanımına Yönelik Proje Tadili Komisyonları Teşkili, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Yayımlandığı Resmi Gazete: Sayı. 26147, Tarih. 22.04.2006; Sakatlık İndiriminden Yararlanacak Hizmet Erbabının Sakatlık Derecelerinin Tesbit Şekli ile Uygulanması Hakkında Yönetmelik, R.G. : Tarih.28/4/1981, Sayı.17324

tioning, Disability and Health, ICF)¹⁷ adı altında yeni bir sınıflamaya gitmiştir. Önemli bir sağlık ögesi olarak insan vücudunun fonksiyonu ve yetersizliğinin tanımı konusunda ortak ve standart bir dil ve çerçeve geliştirme amacıyla yapılan sınıflama sistemi, 3 genel prensip üzerine oturtulmuştur: evrensellik, tarafsızlık ve eşitlik. Evrensellik prensibi, engelliliğin insanlığın bir alt kümesi ya da belli kişilere özgü bir durum değil, yaşamın seyri içinde herkesin başına gelebilecek bir durum olarak kabul edilmesidir. Bu nedenle, yeni sınıflamada tüm sağlık durumlarına yer verilmiştir.¹⁸ Tarafsızlık; engelliliğin küçültücü ya da olumsuzlayıcı bir dil kullanılmadan ifade edilmesidir. Eşitlik (muadillik) prensibi ise, sınırlı sayıda örnek dışında, engelliliğin çeşitli görünüşleri ile sağlık durumları arasında önceden kestirilebilir bir ilişki olamayacağını, aynı mental ya da fiziksel hastalığı olan kişiler için aktivite ve katılım sınırlılığının aynı olabileceği gibi, farklı deneyimlerle de yaşanabileceğini belirtmektedir.¹⁹ Bu prensiplere bağlı olarak yapılan sınıflama, engellilerin çeşitli hizmetlerden yararlanmalarını ve o anlamda haklarını ayrımcılığa tabi olmadan eşit biçimde kullanmalarını yakından etkilemektedir. Fakat, Türkiye'deki engelli mevzuatına yön verdiği söylenmesine ve bazı yasaların gerekçelerinde bizzat atıf yapılmış olmasına karşın, ICF sınıflama sistemi 2010 yılına kadar uygulanmamıştır.²⁰ 2010 yılında eski yönetmeliğin yerine yürürlüğe giren Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik ve ekleri de ICF sınıflama sistemiyle tam uyumlu olmadığı için uygulamayı değiştirememiştir.²¹ Özürlü sağlık kurulu raporlarında standart uygulama sağlanmadığı için sıkıntılar devam etmektedir.

¹⁷ International Classification of Functioning, Disability and Health(ICF), World Health Organisation (WHO), 22 May 2001, A54/VR/9, Sınıflama ile ilgili bkz. Social Analysis and Disability: A Guidance Note Incorporating Disability-Inclusive Development into Bank-Supported Projects, The World Bank, March 2007, s. 4-6; ICF Introduction, <http://www.who.int/classifications/icf/site/intros/ICF-Eng-Intro.pdf> (05.05.2008)

¹⁸ Bkz. ICF CHECKLIST Version 2. 1a, Clinician Form for International of Functioning, Disability and Health, World Health Organization, September 2003

¹⁹ UN Department of Economic and Social Affairs Statistics Division, Statistics on Special Population Groups Series Y No,10, 2001, s. 9

²⁰ Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik ve ekleri için bkz. Resmi Gazete 16 Temmuz 2006 Sayı: 26230

²¹ 2010 yılında yenilenen Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik ve ekleri için bkz. Resmî Gazete 16 Aralık 2010 Sayı : 27787 (Mükerrer)

Evrensel dili yakalayamamış karmaşık yapıda engelli mevzuatı arasında, az sayıda da olsa, engellileri etiketlemeyen, onurunu kırmayan olumlulayıcı dilde kaleme alınmış iç hukuk düzenlemeleri olduğunu da belirtmek gerekir. Bunlardan biri, Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliğidir²². Yönetmeliğin çoğu yerinde engelliler, 'yetersizliği olan birey, 'güçlüğü olan birey' deyimleriyle ifade edilerek en azından birey kimlikleri vurgulanmıştır. Bu olumlu dilin, Türkiye'de engellilere ilişkin mevzuatın tamamına yayılması, başta Engelli Hakları Sözleşmesi ve yakın tarihli insan hakları belgelerinde tercih edilen, uluslararası kurumlar ve sivil toplum örgütleri tarafından yerleşik hale getirilmeye çalışılan "engelli kişi/birey" deyiminin kullanılmaya başlanması ve ilgili mevzuatta terminoloji birliğinin sağlanması gerekmektedir.

Mevzuat açısından Sözleşme'ye uyum konusunda bir diğer sorun, engelli/engellilik tanımlarıdır. Bunun en tipik örneği, engelli hukukunun temel belgesi sayılan ve 2005 yılında kabul edilen 5378 Sayılı Özürlüler Yasası'dır²³. Yasanın kullandığı deyimle özürlü kişi, "doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi" dir (m.3/a). Bu tanım, başka yasalarda da kullanılarak standart hale gelmiştir.²⁴ Sözleşme'de ise engelli tanımı özellikle yapılmamış, engelliliğin dinamik bir olgu olduğu belirtilerek, yetileri sınırlı olan kişilerin topluma diğer bireylerle birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını engelleyen tutumlar ve çevre koşullarının etkileşiminden kaynaklandığına yönelik bir saptamayla yetinilmiştir [(Giriş (e)). Toplumlar ve toplumda yer alan fikirlere bağlı olarak engelliliğin dinamik bir olgu olduğu, sabit bir tanımın kavramın evrimine engel olma riskini beraberinde getireceği düşüncesiyle, farklı

²² Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği, R.G. : Tarih. 31.05.2006, Sayı. 26184

²³ 5378 Sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Resmi Gazete: 7.07.2005/ 25868

²⁴ 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu , Kabul T. 24/5/1983, R.G. : Tarih. 27/5/1983, Sayı. 18059, m.3/c (Değişik:30/5/1997- KHK-572/5md.)Bkz. 572 Sayılı KHK, R.G. :Tarih. 6/6/1997, Sayı.23011(Mükerrer); Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik, Yayımlandığı Resmi Gazete: Sayı. 26230, Tarih. 16.07.2006, m.4/c; Büyükşehir Belediyeleri Özürlü Hizmet Birimleri Yönetmeliği, R.G. : Tarih.16/08/2006, Sayı. 26261, m.4/f

sosyo-ekonomik oluşumlara ve değişen zamana göre yapılacak uyarlamalara izin veren yaklaşım tercih edilmiştir. Ancak iç hukuk düzeninde tanım yapılacaksa, bu tanımın Sözleşme'yle uyumlu, tarafsız ve eşitlikçi bir dili temel alması, engellileri diğer kişilerle ya da kendi aralarında ayrımcılığa tabi tutmaması gerektiği açıktır. Nitekim Sözleşme'nin denetim organı olan Engelli Hakları Komitesi, İspanya'nın teslim ettiği ilk raporuyla ilgili değerlendirmede, iç hukuk yasaları uyarınca belirlenen özel durumlardan kimlerin faydalanacağını yakından ilgilendirmesi nedeniyle, İspanya yasalarında yer alan engelli kişi tanımının ne olduğunun ek bilgiyle verilmesini istemiştir.²⁵ Aynı şekilde Tunus'tan da, zihinsel yetersizliği olan kişilerin engelli kabul edilip edilmediğini ve buna göre raporda belirtilen yasadan yararlanıp yararlanmayacağını açıklanması istenmiştir.²⁶ Komite, Tunus'un sunduğu ek rapordaki zihinsel engelli tanımını, özellikle zihinsel ve ruhsal açıdan engelli kişileri dışlama riski taşıdığı gerekçesiyle eleştirmiş, Tunus'u engelli tanımını değerlendirmeye ve Sözleşme temelinde yeniden düzenlemeye davet etmiştir.²⁷ Tunus yasalarında kullanılan tanım, temelde bizim Özürlüler Yasası'ndaki tanımla temelde benzerliği, Türkiye'nin de aynı yönde eleştiriye maruz kalması olasılığını akla getirmektedir.²⁸

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik arasındaki yakın ilişki nedeniyle, 1982 Anayasası'nın 'kanun önünde eşitlik' ilkesini düzenleyen 10/3 hükmüne Eylül 2010'da eklenen "Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz" ibaresinin engellileri diğer kişilerle eşit-

²⁵ Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities List of issues to be taken up in connection with the consideration of the initial report of Spain (CRPD/C/ESP/1), concerning articles 1 to 33 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/ESP/Q/1, 11 April 2011, A. para.1.

²⁶ Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities List of issues to be taken up in connection with the consideration of the initial report of Spain (CRPD/C/TUN/1), concerning articles 1 to 33 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 10 November 2010, A. para.1.

²⁷ Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 29 April 2011, D.1 para.9.

²⁸ Tunus'un ek raporundaki tanım ve benzerlik için bkz. Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Consideration of reports submitted by States parties in accordance with article 35 of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Reply submitted by the Government of Tunisia to the list of issues (CRPD/C/TUN/Q/1) to be taken up during the consideration of the initial report of Tunisia, 11 March 2011, para 1.

lemeye yönelik tedbirlere nasıl katkı sağlayacağı konusuna da kısaca bakmak gerekir. 2010 Anayasa değişikliğiyle eklenen ibare, aslında kanun önünde eşitliği aşan, haklar ve özgürlükler açısından dezavantajlı grupları toplumun diğer üyeleriyle eşitlemeye çalışan ve bu anlamda fiili eşitliği hedefleyen bir anlatıma sahiptir. Sözleşme'nin 5. maddesinden de anlaşıldığı gibi, fiili eşitliği sağlamak üzere alınacak tedbirlerin ayrımcılık teşkil etmeyeceği, aksine, bu yönde eşitliği sağlama çabasının engelliler aleyhine geliştirilen ayrımcılığın tasfiye edilmesine hizmet edebileceği kabul edilirse, sözkonusu Anayasa hükmüyle engellilere etkin bir koruma sağlanabilir. Ancak, Anayasa'nın 10/3 hükmü, aynı maddenin bir üst paragrafında yer alan "kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin bu eşitliği yaşama geçirmekle yükümlü tutulduğu"nu (An. m.10/2) belirterek fiili (gerçek/maddi) eşitliğin sağlanmasını daha güvenceli bir yolla ifade eden ibare kadar güçlü değildir. Devlete yükümlülük getirmeyen, sayılan grupların haklarına vurgu yapmayan bir hükmün pratikte nasıl bir değer ifade edeceği tartışılabilir. Diğer yandan, bu ekleme olmasaydı da, Türkiye zaten Engelli Hakları Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen insan hakları sözleşmelerinin gereği olarak dezavantajlı kişilerin diğerleriyle şeklen olduğu kadar fiilen de eşitliğini sağlamak, gerekli olumlu eylem ve önlemleri almakla yükümlü olacaktı. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin insan hakları sözleşmeleriyle yasalar çatıştığında sözleşme hükümlerinin esas alınacağını belirten hükümle bu durumu iç hukuk bakımından da açıklığa kavuşmuştur. Ancak yine de 10/3 hükmü, yasama organının genel anlamda tüm dezavantajlı kesimleri kapsamına alacak tür ve tanımlarla geniş kapsamlı bir ayrımcılık yasağı/eşitlik yasası yapmasına veya sadece engellilere özgü bir ayrımcılık ve eşitlik yasası düzenleyerek soyut anayasal hükmü fiili eşitliği sağlayacak yönde somutlaştırmasına imkan vermesi bakımından bir değere sahiptir.

2. *Bitmeyen Son: Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanun Tasarısı Taslağı*

2009 yılı sonlarında yasama organı değil, ama hükümet, yukarıdaki seçeneklerden ilki yönünde bir irade ortaya koymuş, ancak sonunu henüz getirememiştir. Hükümetin "Demokratik Açılım"ın bir adımı olarak düzenlemeyi vaad ettiği "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik

Kanun Tasarısı Taslağı" adıyla hazırlanan metin yasalarsa, engellilere yönelik ayrımcılıkla mücadelede etkili bir araç olacaktır. Çünkü, Taslak'ta, 'eşit muamele görme ve ayrımcılığa tabi tutulma' hak olarak düzenlenmiştir. Makul düzenlemeleri de içeren kapsamda ayrımcılık, her türüyle tanımlanmış ve çok sayıda hizmet alanında yasaklanmıştır. Yasağın devletin organ ve kurumları ile tüm gerçek ve tüzel kişileri bağladığı, bu hizmetlerin her aşamasında sorumlu kişi ve kurumların farklı özür gruplarını hesaba katarak makul düzenleme önlemlerini almakla yükümlü olduğu, yasağa uymayanların TCK'nın 257. maddesi kapsamında cezalandırılacağı yönündeki hükümleri ve öngördüğü denetim mekanizmasıyla Engelli Hakları Sözleşmesi'ne uyum yeteneği yüksek bir taslaktır. Bunun yanı sıra, şikayet üzerine ya da res'en harekete geçebilen, taraflara uzlaşma önerebilen, para cezası verebilen, yargı kararlarının uygulanmasını takip edebilen, yargıya açılan davalarda raporları dikkate alınan, kamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahip bağımsız bir kurul öngörmüştür. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu adıyla oluşum, görev ve yetkileri itibarıyla Birleşmiş Milletler'in Paris Prensipleri'nde öngörülen bağımsız ulusal bir insan hakları kurumu niteliğindedir.²⁹

Taslak, halihazırda Başbakanlık'ta bulunmaktadır. TBMM, Taslakla ilgili olarak sivil toplum örgütleriyle ve ilgili milletvekilleriyle çalıştaylar düzenlemekte, bakanlıklardan ve çeşitli kuruluşlardan görüş almaya devam etmektedir. Maliye Bakanlığı'ndan istenen görüş çerçevesinde Bakanlığın taslağa ilişkin değerlendirmesi hayli çarpıcı ve çarpık bir algıya dayandığı için ilginçtir. Bakanlığa göre, Taslak ile kurulması öngörülen Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu'nun görev ve faaliyetlerinin önemli bir bölümü halen Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı tarafından yürütülmektedir. Diğer yandan, hâlihazırda TBMM Anayasa Komisyonunda çalışmaları devam etmekte olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu Tasarısı ile de insan haklarını korumak, geliştirmek ve ihlallerin önlenmesine yönelik çalışmalar yapmak üzere Türkiye İnsan Hakları Kurumunun kurulması öngörüldüğünden, bu kurumunun kurulması halinde yine görev çatışmalarının çıkabileceği belirtilmektedir. Ayrıca Bakanlık, Ayrımcı-

²⁹ Taslak metni için bkz. http://www.icisleri.gov.tr/default.icisleri_2.aspx?id=5692 (13.06.2011)

cılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu'nun müstakil bir bütçeye sahip olmasına gerek bulunmadığını, şayet söz konusu Kurulun müstakil bir bütçeye sahip olarak kurulması halinde benzer durumdaki yapıların da benzer taleplerinin ortaya çıkabileceğini, kurulacaksa da, Kurulun 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvele tabi genel bütçeli bir idare olarak örgütlenmesinin daha uygun olacağını ileri sürmüştü; Kurulun, Türkiye İnsan Hakları Kurumunun içinde alt bir komite şeklinde kurulması ve sekretarya işlerinin de tek bir kurum tarafından yürütülmesini önermiştir.³⁰ Maliye Bakanlığı'nun olumsuz görüş vermesinde Taslak hükümlerinin uygulanmasının getireceği mali yük etkeni ağır basmış görünmektedir. Diğer bakanlıklar da kendi görev alanlarıyla ilgili olarak bu içerikte bir tasarının yasalaşmasından kaygı duyabilirler. Örneğin değerlendirmesine erişilmemekle birlikte, İçişleri Bakanlığı'nun özellikle etnik ayrımcılık ve cinsel yönelim meselelerinde devletin bazı grupların yeni talepleriyle karşılaşacağından endişe duyması mümkündür.

Engelli Hakları Komitesi, taraf devletlerin rapor yükümlülüğünü düzenleyen Sözleşme'nin 35. maddesiyle ilgili rehber açıklamalarında, devletlerin başlangıç raporlarında engellilere yönelik kapsamlı ayrımcılık yasağı mevzuatına sahip olup olmadıklarını bildirmelerini istemektedir. Sözleşme'nin genel hükümlerine ilişkin olarak da iç hukuk düzenlerinde yasalarda, idari düzenlemelerde, toplumsal gelenek ve uygulamalarda engellilik zemininde ayrımcılığın tanımlanmasında hangi yöntem ve araçların kullanıldığını, 'makul uyarılama' (reasonable accommodation) ile 'orantısız ve aşırı yük' (disproportionate and undue burden) kavramlarını anlamlandırma ve tanımlamaların hangi yol ve yöntemler kullanılarak yapıldığının örneklerle açıklanmasını istemektedir.³¹ Tunus'un raporuna ilişkin nihai gözlemlerinde Komite, 'makul uyarılama' kavramı üzerinde özellikle durmuş ve Tunus'un 2005 yılında yürürlüğe koyduğu Engellilerin Korunması ve Geliştirilmesi Hakkında Kanun'da 'makul uyarılama' tanımının yer ve-

³⁰ Metnin tamamı için bkz. <http://www.bumko.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF7A2395174CFB32E1FAEB5097C9CF4D87> (14.06.2011)

³¹ Guidelines on treaty-specific document to be submitted by states parties under article 35, paragraph 1, of the Convention on the Rights of persons with Disabilities, Committee on the Rights of persons with Disabilities, Second session, Geneva, 19-23 October 2009, CRPD/C/2/3, 18 November 2009, para.A.3.2.b and B

rilmesini, makul uyarılmanın reddinin engellilik temelinde ayrımcılık olarak kabul edildiğinin net biçimde ifade edilmesini tavsiye etmiştir. Komite'nin Tunus'a 'önemli ve acil' uyarısıyla verdiği diğer öneri, seçim, iş, eğitim, sağlık vb. alanlardaki tüm yasalarda engellilik temelinde ayrımcılığın yasaklanması, engellilere yönelik ayrımcılığın net olarak yasaklandığı genel bir ayrımcılık yasasının yürürlüğe konması yönündedir.³² Komite'nin bu yöndeki uyarılarından hareketle, Türkiye'ye Anayasa madde 10/3'e etkinlik kazandıracak ve Sözleşme'yle uyum sağlayacak nitelikteki Taslağı bir an önce yasalaştırması tavsiyesi çıkacağı söylenebilir.

Taslağın yasalaşması için kararlı politik bir iradeye ihtiyaç vardır. Parlamentoda çoğunluğa sahip hükümetin istediği zaman yasaları hızla geçirebildiği düşünüldüğünde, bu taslağın tasarı haline getirilerek yasalaşmasını istemesi de yeterli bir koşuldur.

3. Bir Yasanın İptaliyle Gelişen Süreç: Nötr Yasa ve İdari Düzenlemelerin Yarattığı Hukuki Durum

Uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki ayrımcılık yasağına dair güvenceler, hem fiili (de facto) hem de hukuki (de jure) eşitliği içermektedir. Hukuki (veya şekli) eşitlik ve fiili (veya maddi) eşitlik farklı, fakat birbirlerine bağlı kavramlardır. Şekli eşitlik, hukuk veya politikaların tarafsız olması anlamına gelir ve benzerlik temelinde eşit muameleyi esas alır. Maddi eşitlik ise, hukukun, politikanın ve uygulamaların belirli grupların sahip olduğu süregelen dezavantajlı konumu devam ettirmemesi ve bu konumun etkilerinin azaltılması için güvencelerin alınması ile ilgilidir. Diğer deyişle, farklı durumdaki kişilere farklı muamele edilmesi gereğini temel alır.³³ Ayrımcılık ise, belli temellere ve nedenlere dayalı olarak fark gözetme (*distinction*), dışlama (*exclusion*), kısıtlama (*restriction*), yeğleme (*preference*) gibi eylem-

³² Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 29 April 2011, D.1.para.12 and 13

³³ The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art.3) E/C.12/2005/4 11 August 2005, Committee on Economic Social and Cultural Rights Thirty-fourth session Geneva, 25 April-13 May 2005, Agenda item 5, para.7. ; Şennur Ağırbaşlı, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, Seçkin, Ankara 2009, s.36-37

lerle gerçekleştirilir. Bu eylemler, toplum yaşamının siyasi, ekonomik, toplumsal, kültürel ve benzeri alanlarında insan hakları ve temel özgürlüklerin eşitlik temelinde tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını veya bunların kullanılmasını kaldırır veya bunlardan yoksun kılar, bunları zarara veya tehlikeye sokar. Başka bir anlatımla, toplum içinde bazı insanların veya grupların dışlanması, bunlara farklı davranılması, haklarının salt bu nedenle daraltılması veya salt bu nedenle başkalarının bunlar yerine tercih edilmesi ayrımcılıktır. Ayrımcılık, genellikle “eşitliğe aykırı durumlar/sonuçlar” biçiminde tanımlanır. Ancak, her eşitliğe aykırı durum ayrımcılık teşkil etmez. Kuralların uygulanmasında farklı durumlar yaratılması/ kurulması zorunlu olmakla birlikte farklı durum doğru kurulamamışsa, o durum içinde olmaması gereken, orada yer almışsa ya da bir kimse veya şey içinde olması gereken duruma alınmamışsa, eşitliğe aykırılık vardır; bu bağlamda eşitlik ile ayrımcılık eş anlamlıdır.

Tarihsel gelişme içinde farklı durum yaratma yasaklarından biri olarak ortaya çıkan ayrımcılık yasağı ile “öncelikli olarak reddedilen farklı durumlar” kastedilmektedir.³⁴ Bunun yanı sıra, herkes için getirilen bir koşul ya da kuralın bazı kimseler için yerine getirilmesi imkansız veya çok zor olduğu durumlarda söz konusu koşul ya da kural herkes için konmuş olsa da, bazıları için haktan yoksun kalma anlamına geliyorsa, dolaylı ayrımcılık sözkonusudur. Dolaylı ayrımcılığı kaldırmak da devletlerin olumlu eylem yükümlülüğünün gereğidir.³⁵

Bu bilgiler ışığında engellilere yönelik ayrımcılık, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir iptal kararı ve bu karar üzerine gelişen hukuki süreç ele alınarak açıklanmaya çalışılacaktır. Sözkonusu süreç, 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun kadın-erkek ayrımcılığına yol açtığı düşünülen 14/A maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali ile başlamıştır. İdarenin iptalle beraber oluşan yasal boşluğu doldurmak adına düzenleyici işlemleriyle müdahale etmesiyle süreç, ayrımcılığı gidermek bir yana doğrudan ayrımcılık yaratan işlemlerle daha kar-

³⁴ Tekin Akıllıoğlu, *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında Ayrımcılık Yasağı*, para.1-6, www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/.../rt2/Akillioglu_Ayrimcilik.doc (16.06.2011)

³⁵ Bkz. Association internationale Autisme-Europe (AIAE) v. France, Complaint No. 13/2002, decision on the merits of 4 November 2003, para.52, European Committee on Social Rights. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC13Merits_en.pdf (16.06.2011)

maşık hal almıştır. Pasaport Kanunu'nun hususi pasaport alabilecek kişileri düzenleyen ilgili 14. maddesi, hususi damgalı pasaport alma hakkına sahip ana-babaların 18 yaşından küçük erkek çocuklarıyla evli ve işi olmamak kaydıyla 25 yaşına kadar olan kız çocukların, ailelerinin bu hakkından yararlanabileceğini düzenlemekteydi. Ancak hüküm, seyahat hakkı ve hürriyeti bakımından erkek ve kız çocuklar arasında ayrıma ve eşitsizliğe yol açmakta, engellilere özel bir düzenleme içermediği için de özellikle ailelerinin bakımına muhtaç, seyahat zamanlarında da ailelerine bağımlı olan zihinsel, fiziksel ve ruhsal engelli genç ve yetişkinlerin seyahat hürriyetlerini sınırlayarak mağduriyete neden olmaktaydı. Bu sorunu gidermek için 18 yaşını tamamlayan engelli oğlunun hususi pasaport süresinin uzatılması talebinin reddedilmesi üzerine idare mahkemesine iptal davası açan baba, aynı zamanda Pasaport Kanunu'nun 14/A maddesinin Anayasa'nın eşitlik hükmüne aykırı olduğu iddiasını da ileri sürmüştür. İtirazın yerel mahkemece kabul edilerek Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesiyle, engelli bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ayrımsız olarak kullanabilmelerine ilişkin sancılı mücadele başlamıştır. Anayasa Mahkemesi,³⁶ hususi damgalı pasaport sahibi olan kişilerin kız ve erkek çocuklarının aynı hukuki durumda olduklarını, aynı durumda bulunan kişilerin yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının eşitlik ilkesinin gereği olduğunu ileri sürerek 14/A maddesinin son paragrafını Anayasa'nın 2 ve 10 maddelerine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. İptal kararında Mahkeme, Anayasa'nın 10. maddesini hukuki (şekli) eşitliğin korunmasıyla sınırlandıran bir değerlendirmeye ele almış, fiili eşitliği içerecek bir yorum geliştirmemiştir. Mahkemeye göre, *Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi"nin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu yasak, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Ancak kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanların, farklı kurallara tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı-*

³⁶ Bundan sonra Mahkeme olarak anılacaktır.

rılık oluşturur. Anayasa Mahkemesi bu gerekçeyle, hususi damgalı pasaport sahibi olan kişilerin kız ve erkek çocuklarının aynı hukuki durumda olduklarını saptamış ve itiraz konusu ibarenin yer aldığı 5682 sayılı Yasa'nın 14/5 hükmü uyarınca kız çocuklarının hususi damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşadıkları, çalışmadıkları ve evlenmedikleri sürece hususi damgalı pasaporttan yararlanabilmelerine karşın, aynı durumda bulunan erkek çocuklarının bu imkandan ancak reşit olana kadar yararlanabilmelerinin cinsiyetler arasında ayrımcılığa yol açtığını ve bu durumun yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir.³⁷

Anayasa Mahkemesi, eşitlik değerlendirmesinde içtihatlarından dönmemiştir. Ancak, değerlendirmesini yaparken ilk derece mahkemesinden iptali istenen idari işleme yol açan somut durumla beraber itiraz gerekçelerini hiç gözönüne almaması şaşırtıcıdır. İlk derece mahkemesinden götürülen itiraz, kadın-erkek eşitsizliğinin giderilmesine yönelik bir itiraz görünse de, *yasa koyucunun anne-babanın pasaport olanaklarından çocukların da yararlanmasının koşulları ve şeklini düzenlerken erkek çocuk için sadece reşit olmayı esas almasının yetersiz kaldığı, Devletin ailenin korunması yönünde pozitif ve negatif yükümlülüklerinin mevcut olup, aile hayatının sağlıklı devamını sağlayıcı tedbirleri almak ve buna aykırı her türlü düzenlemeyi ortadan kaldırmak zorunda olduğu* gerekçesine dayandırılmıştır. İptal kararının yürürlüğe girişinin 1 yıl süreyle ertelendiği düşünülürken, Anayasa Mahkemesi'nden, bakıma muhtaç engelli erkek ve kız çocukları için yaş koşulu aranmaksızın ailenin hususi pasaport imkanından yararlanmalarını sağlayacak bir hüküm tesis etmesinde yasama organına yol gösterici bir yorum geliştirmesi beklenirdi. Somut olaydaki mağduriyet gözönüne alınarak, ailesinin bakımına ihtiyaç göstermesi halinde engelli kişilerin reşit olup olmadıklarına bakılmaksızın, Anayasa'nın aile birliğinin korunması ve seyahat özgürlüğü hükümlerinin gereği olarak ailesinin özel durumundan yararlanabilmelerini sağlayacak yönde bir içtihat, sorunun derinleşmesini de önlerdi. Salt kadın-erkek eşitliği açısından bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla bu sorun çözülmüştür, ancak engelli bireyler için ayrımcılık yaratan durum devam etmektedir.

³⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı : 2004/30, Karar Sayısı : 2008/55, Karar Günü : 7.2.2008, R.G. Tarih-Sayı :19.03.2008-26821

Hükmün iptaliyle engelli olmayan kişiler arasındaki cinsiyet eşitsizliğinin önüne geçilmiş, fakat, insanların ihtiyaçları ve özellikleri arasındaki benzerliklerin kategorize edilerek engellilerin özel durumunu ve farklı ihtiyaçlarını gözeten bir düzenleme yapılmadığı için devlet eliyle dolaylı ayrımcılık yaratılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla çözülemeyen ve kararın yürürlük tarihi geldiğinde devam eden sorunun giderilmesi için bu kez sürece idare organı dahil olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin kararını yerine getirmek amacıyla İçişleri Bakanlığı, 13 Şubat 2009 tarihinde **"doktor raporuyla zihinsel özürsüz ve sürekli bakıma muhtaç olduğu tespit edilen, fiil ehliyeti olmayan, reşit olan erkek çocuklarına da Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda anne ve/veya babasının hususi damgalı pasaport alma hakkından dolayı hususi damgalı pasaport verileceği"**ni belirten bir genelge çıkartmış ve 81 ilin valiliklerine göndermiştir.³⁸ Genelgeye göre, Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe gireceği 29.03.2009 tarihinden itibaren yapılacak başvurularda, 18 yaş üstü engelli erkek çocuğu olan hususi pasaport sahibi ailelerin bu talebi karşılanacaktır. Bu arada ilgili gelişmeden haberdar olan aileler, başvurularını hemen yaparak engelli çocukları için hususi pasaport alabilmişlerdir. Ancak, Bakanlık birkaç ay sonra uygulamanın hatalı olduğuna kanaat getirmiş, Pasaport Kanunu'ndaki yasal boşluğun yasama organınca giderilmediği sürece 18 yaş üstü engelli erkek çocuklarının böyle bir hakka sahip olamayacağı gerekçesine dayanarak Genelgeyi iptal etmiştir. Hususi damgalı pasaport başvurusunda bulunmuş, fakat işlemleri tamamlanmamış aileler, genelgenin iptaliyle birlikte çocuklarına hususi pasaport alamamış; daha önce alanların ise pasaportları geçerli kabul edilmiştir. Aynı yasal durumda olmalarına rağmen süreci zamanında değerlendiren engellilerin hususi pasaport hakkına kavuşması, başvurusunu yapmış veya yapacak olanların ise eski uygulamaya tabi tutularak bu haktan yararlanamamaları sonucunu doğuran uygulama, doğrudan ayrımcılığın açık bir örneğidir. Diğer yandan, sözkonusu idari işlem hukuki eşitliğe de aykırıdır. Diğerlerinden ayrılan ortak özellikleri ve kendi içinde benzerlikleri nedeniyle sınıflandırılan engelliler arasında sonuçlar açısından

³⁸ İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, Sayı: B.05.1-EGM.0.13.04.04.41932-4096, Konu: Erkek Çocuklarının Hususi Damgalı Pasaport Talebi, 13 Şubat 2009

eşitliği bozmuştur. Ayrımcılık ve eşitsizlik yaratan uygulama, Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 6009 Sayılı Kanun'la 5682 Sayılı Pasaport Kanunu'nda yeni düzenleme yapılmasıyla son bulmuş, ancak, hüküm boşluğunun doldurulduğu 01.08.2010 tarihine kadar çok sayıda mağduriyet yaşanmıştır.³⁹

İçişleri Bakanlığı'nın Anayasa Mahkemesi kararını yerine getirmek üzere yaptığı girişimin hukuken doğruluğu ya da yanlışlığı ise, ayrı bir tartışma konusudur. Genelgeyle hak yaratılamayacağı kabulünden hareketle, Bakanlığın genelgesinin kanuni dayanaktan yoksun olduğu, böyle bir işlemin hiç yapılmaması gerektiği; eğer yapıldıysa da yanlış idari işlemin geri alınmasının zorunlu olduğu söylenebilir. Fakat diğer yandan, Türkiye'nin Engelli Hakları Sözleşmesi'ne Genelge tarihinden önce taraf olduğu gerçeği Anayasa'nın 90/son hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, sözkonusu hüküm boşluğunun Sözleşme'nin ayrımcılık yapılmaması ve eşitlik (m.5), seyahat özgürlüğü (m.18), hane ve aile hayatına saygı (m.23) ve ilgili diğer hükümlerinin doğrudan uygulanmasıyla giderilebileceği yönünde bir yorumla idari işleme meşruiyet kazandırmak da mümkündür. Ancak, nereden bakılırsa bakılsın; eşitlik ve ayrımcılık yasağına aykırı hareketle geliştirilen idari işlemlerin yol açtığı olumsuz sonuçlar yaşanmıştır.

³⁹ Gelir vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 6009 Sayılı Kanun, Resmi Gazete Tarih: 01.08.2010, Sayı: 27659 5682. İlgili değişiklik uyarınca 5682 Sayılı Pasaport Kanunu'nun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle hususi damgalı pasaport alabilecek durumda bulunanların Ergin (18 yaşını ikmal etmiş) olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan öğrenimi devam eden çocuklarına 25 yaşının ikmaline kadar, (Açık Öğretim Lisesi) Açık Öğretim Fakültesi dahil öğrenim gördüğü okuldan öğrenci olduğunu belgelemek şartı ile), yine ergin (18 yaşını ikmal etmiş) olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan, aynı zamanda bedensel, zihinsel veya ruhsal özürlerinden en az biri nedeniyle sürekli bakıma muhtaç durumda olduğu resmi sağlık kurumlarının düzenlediği (Tam Teşekküllü Devlet Hastanesinden Alacakları) sağlık raporu ile belgelenen çocuklarına hususi damgalı pasaport verilecektir. Anne babasıyla ikamet eden, çalışmayan, bekar ve engelli (bedensel, ruhsal ve sinirsel) vatandaşlar, durumlarını tam teşekküllü hastaneden alacakları doktor raporu ile belgelenmeleri halinde yaş sınırı olmaksızın anne veya babalarının hakkından yeşil yada gri pasaport alabilecekler. Bu genelgeye ilişkin bilgiler, engelli çocuk ailelerinin deneyimlerine ve Edirne Pasaport Şubesi'nden ailelere verilen yanıtla da yanmaktadır. Belgenin aslı için bilgi edinme hakkı uyarınca yapılan başvurulara ise henüz yanıt gelmemiştir. (S.Ç)

Bu sonuçlar üzerinden ders çıkarabilmek için gelişmelere yol açan durumların iyice değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözkonusu sonuçların ortaya çıkması, Türkiye'de engelli hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiren uygulamaların genellikle yönetmelik, genelge ve tebliğ gibi idarenin düzenleyici işlemlerine bağlı olarak yürütülmesi ve bu işlemlerin sık sık değiştirilmesi geleneğiyle yakından bağlantılıdır. Sürdürülen yöntem, hukuk güvenliği açısından sorunlu olduğu kadar, alana ilişkin idari düzenlemelerin bir kısmının içerik ve kapsam açısından belirsiz ya da anlaşılmasız olması nedeniyle hukuk tekniği yönünden de eleştiriye açıktır. İdari düzenlemeler hazırlanırken sorun ve ihtiyaçları belirlemekle görevli kurumların, uzman kuruluşlara ve engelli örgütlerine danışmadan ya da eksik bilgiyle hareket etmeleri, uluslararası hukuk düzenlemeleri ve gelişmelerin yakından izlenmesi, koordinasyon ve işbirliği içinde ortak standartlar belirlenmeden acele hareket edilmesi nedeniyle engelliler ve aileleri kadar uygulayıcılar da zor durumda kalmaktadır.

Engellilik, dinamik bir olgu olarak, değişen ihtiyaç ve gelişmelere göre zaman zaman yeni düzenlemelerin yapılmasını, varolanların değiştirilmesini gerektirmekle birlikte, bu sürecin titiz ve hassas bir değerlendirme süzgecinden geçirilmesi, yapılan düzenlemelerin çok sayıda engellinin hayatını etkilediğini bilerek gerçekçi ve insan hakları temelinde hareket edilmesi zorunludur. Engelli Hakları Sözleşmesi'nin koyduğu ilke ve standartlardan yola çıkılarak, engellilerin hak ve özgürlüklerini ilgilendiren tüm işlemlerde ortak standartların belirlenmesi, kurum ve kuruluşların uygulamalarının bu yönde denetlenmesi ortaya çıkacak olumsuz sonuçların sayısını da ağırlığını da azaltacaktır. Bir diğer öneri, idari birimlerin içinde ya da üstünde düzenleyici işlemleri şekil, usul ve içerik açısından denetleyecek uzman komisyonların kurulması, acil konular öncelikli olmak üzere, belli süre içinde komisyon incelemesinden geçirilmesidir. Böylece, engellilerin insan haklarını yakından ilgilendiren ve etkileyen idari düzenlemelerin dil ve içerik bakımından anlaşılmasız, kanunlara ve/veya uluslararası sözleşmelere aykırı veya gerisinde olmasının önüne geçilebilir, standart uygulamaların geliştirilmesi mümkün olabilir. Diğer yandan, engelli bireylerin ihtiyaç ve sorunlarına insan hakları bakışıyla üretilen çözümler daha sağlıklı ve kalıcı olacağı için bu tür düzenleyici işlemlerin sık değiştirilmesine de ihtiyaç kalmaz, hukuki istikrar ve güvenlik de sağlanır.

B. AYRIMCILIĞI ÖNLEMENE YÖNELİK POLİTİKA VE PROGRAMLAR

Engellilere yönelik ayrımcılığın önlenmesi, hukuki ve fiili eşitliğin sağlanmasında diğer önemli unsur, yasaların uygulanmasını sağlayacak politika, plan ve programların geliştirilmesidir. Gerçekte politik irade, sadece yasaların uygulanmasında değil, normatif düzenlemelerin belirlenmesinde de baskındır. Yasama organında çoğunluğa sahip iktidar partisi, yasaları tek başına geçirme gücünden yararlanarak, kendi insan hakları ve engellilik anlayışını dikte ettirecektir. Bu durum, güç ve yetkisini yasalardan alan idarenin düzenlemelerini ve uygulamalarını da etkileyecektir. Diğer deyişle, insan haklarına inanan, ayrımcılıkla mücadeleyi 'her koşulda' ve 'herkes için' sürdürebilen, bu yönde objektif ve istikrarlı sosyal politikalar üreten iktidar döneminin idari uygulamaları, sadece devlet kaynaklı ayrımcılık ve eşitsizliklerin önlenmesinde değil, toplumsal önyargı ve klişelerin yol açtığı ayrımcılığın ortadan kaldırılması üzerinde de daha başarılı olacaktır.

Bu nedenle, Engelli Hakları Komitesi, taraf devletlerin idari uygulamalarına yön veren politika ve programlara ilişkin bilgilere çok önem vermekte, engellilerin fiilen eşitliğini sağlamaya yönelik politika ve programları, engel türleri göz önüne alınarak olumlu eylemleri içerep içermeyi yönünden değerlendirmeye tabi tutmaktadır.

Bir devletin politika ve uygulamalarının ayrımcılığı önleme ve gidermede ne ölçüde başarılı olduğunu saptamanın en etkin yolu, engellilerin deneyimlerine başvurarak bilgi edinmektir. Engelli kişilerin ayrımcılık yaşadığı alanlar ve deneyimleri hakkında edinilen bilgiler, devletlerin politikalarına yön vermesi açısından da ayrıca değerlidir. Başbakanlık Özürlüler İdaresi tarafından Türkiye'de Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele Projesi kapsamında başlatılan ve 2010 yılında raporu açıklanan "Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılığın Ölçülmesi Araştırması", Türkiye'de engelli ayrımcılığının düzeyi hakkında fikir vermesi bakımından önemli bir çalışmadır. Araştırma, çeşitli derecelerde engelleri bulunanların ya da yakınlarının engellilere yönelik ayrımcılık algı ve deneyimlerini ölçme amacıyla yapılmıştır. Araştırma bulgularına göre, Türkiye'de en fazla ayrımcılığa uğrayan grup zihinsel engellilerdir. Bu bulgu, Özürlüler İdaresi'nin "Toplum Özürlülüğü Nasıl Anlıyor" araştırmasındaki toplumsal algı ve değerlendirme so-

nuçlarıyla da uyumludur. Ruhsal sorunu olanlar ve zihinsel engelliler yakın arkadaş, iş arkadaşı, eş ve komşu olarak, bir iş yerinde çalışan olarak, bir günü geçirmede partner olarak tercih edilmemektedir. Toplum, bu engelli grubunun eğitim alması gerektiğine inanmakla birlikte, akranlarıyla aynı ortamda eğitim almalarını uygun bulmamakta ve en fazla önyargıyı bu gruba karşı göstermektedir.⁴⁰

Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılığın Ölçülmesi Araştırması'na göre eğitim, istihdam ve çalışma yaşamı, sağlık, siyasi yaşama katılım, adalete erişim, boş zaman ve dinlenme faaliyetleri, topluma dahil olma ve bilgiye erişim alanlarında ayrımcılık algı ve deneyimleri arasında engelliler en fazla istihdam alanında ayrımcılığa uğradıklarını düşünmektedirler. Bunu sırasıyla eğitim, toplumsal yaşama katılım, boş zaman ve dinleme faaliyetleri, bilgiye erişim, sağlık ve adalete erişim izlemektedir. Örneklem grubundakilerin algıları, özürlülerin siyasi yaşama katılım alanında çok az ayrımcılığa uğradıkları yönündedir. Türkiye'de özürlülerin en fazla istihdam alanında ayrımcılığa uğradığı algısı ise, çalışma hayatına dahil olmayan özürlü nüfus oranının %78.29 olduğu bulgusuna erişen "Türkiye Özürlüler Araştırması sonuçlarından da bilindiği gibi, Türkiye'deki genel bir soruna işaret etmektedir. Bu durum, engellilerin doğrudan ya da işyerinde makul uyarlamalar yapılmadığı için dolaylı ayrımcılığa tabi tutulduğu ve işgücü dışında kaldığını göstermektedir. İkinci sırada yer alan eğitim alanında ayrımcılık, özür derecesine göre farklılık göstermektedir. Özür derecesi sağlık kurulu raporuna göre %80 ve üzeri olanların eğitim alanında ayrımcılıkla karşılaşma sıklıkları daha fazladır. Bu durum ise, birden fazla özre sahip olanlarla özür derecesi yüksek olanların eğitim imkânlarından yararlanmak konusunda daha fazla destek ve hizmete ihtiyaç duyduğunu, ancak bu desteklerin ve hizmetlerin sağlanmadığını göstermektedir. Aynı sorun özel olarak işitme özürlü grup için de geçerlidir. Eğitim kurumlarının ve bu kurumlarda hizmet veren kişilerin işitme özürlülerin eğitimi konusunda yeterli bilgi ve donanımına sahip olmadığı anlaşılmaktadır.⁴¹

⁴⁰ Özürlülük Eğitimi:Toplum Özürlülüğü Nasıl Anlıyor Temel Araştırması, Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, s.74-80, http://www.ozida.gov.tr/arastirma/toplum_ozurlulugu_nasil_anliyor.pdf (10.06.2011)

⁴¹ Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılığın Ölçülmesi Araştırması, 2010, OZİDA, s.81 http://www.ozida.gov.tr/ayrimciliklamucadele/rapor_tum.pdf (10.06.2011)

Örnekleme grubundakilere sekiz alanla ilgili ayrımcılığa uğrama deneyim bazlı olarak sorulduğunda ise, ilk sırayı toplumsal yaşama katılım alırken, bunu bilgiye erişim, eğitim, istihdam, boş zaman ve dinlenme, adalete erişim, sağlık ve siyasi katılım izlemektedir. Toplumsal yaşama katılım sorunu, toplumun ayrımcı tutum ve davranışlarından kaynaklandığı gibi yine ayrımcılıkla bağlantılı olarak çevrenin erişilebilir düzenlemelerden yoksun oluşuyla da açıklanabilir. Toplumda dahil olma konusunda bu iki alanda da ayrımcılık deneyimleri ölçülmüştür. Fiziksel çevrenin ulaşılabilir nitelikte olmamasından kaynaklanan ayrımcılık deneyimi, kamuya açık alanlarda en yüksek değerde bulunmuştur; ardından sırasıyla şehir içi toplu taşıma, kamuya açık binalar ve şehirlerarası toplu taşıma gelmektedir.⁴² Toplumsal tutumlara dayalı ayrımcılık olarak değerlendirilen üçüncü kişilerin antisosyal davranışlarına maruz kalma deneyimi de oldukça yaygındır. Örnekleme grubunun %65'i bu tür olumsuz davranışlarla karşılaşmıştır; yaklaşık olarak her dört kişiden biri sık sık bu tür durumlarla karşılaşmış olduğunu belirtmiştir. Kamu görevlilerinin ayrımcı davranışlarına maruz kalma deneyimi ise, görece daha düşük düzeydedir.⁴³ Ancak yine de, Türkiye'de engellilerin bireysel deneyim olarak yaşadığı ayrımcılığın, karşılaşmayı beklediklerinden (algılanandan) daha düşük olduğu görülmüştür.⁴⁴

Araştırma sonuçları, engelli bireylerin her alanda ve her kesim tarafından ayrımcılığa maruz kaldığını göstermektedir. Bunun önemli bir nedeni, ayrımcılıkla mücadele ve eşitliği sağlamada idari uygulamalara yön verecek özgün bir yasanın bulunmaması, var olan yasalarda da ayrımcılığın her yönüyle açık bir biçimde tanımlanmamış olmasıdır. İdare ve toplum açısından bakıldığında, yukarıda sözü edilen Tasarı Taslağının yasalaşması, bu sorunun aşılması için olumlu bir adım olacaktır. Merkezi ve yerel yönetimlerin yanı sıra kamu hizmeti veren kişi ve kurumlara da ayrımcılıktan kaçınma, ihlali sona erdirmeye, sonuçlarını giderme yükümlülüğü getiren Tasarı, adli ve idari yoldan takibin sağlanmasına ilişkin gerekli tedbirlerin alınmasıyla ayrımcılığın önlenmesinde de etkili olacaktır. Bunun yanında, ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan kişi ve kurumlar, yetki alanları

⁴² Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılığın Ölçülmesi Araştırması, s.132-133

⁴³ Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılığın Ölçülmesi Araştırması, s.135

⁴⁴ Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılığın Ölçülmesi Araştırması, s.75-76

içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve fiili eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olacaktır. Ancak, konuya bu yasal girişimden bağımsız olarak bakıldığında da, idari kurumların engellilere yönelik ayrımcılığı önlemek adına alabilecekleri bazı tedbirlerin olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin, Başbakanlık Özürlüler İdaresi, "Ulaşılabilirlik" temasına yönelik geliştirdiği Strateji ve Ulusal Eylem Planı (2010-2011)⁴⁵ benzeri bir çalışmayı, ayrımcılıkla mücadele konusunda da yapmalıydı. Ayrımcılıkla mücadele edebilecek stratejik plan üzerinden önlemlerin, eylemlerin, yetki ve sorumlulukların yer aldığı bir ulusal eylem planı geliştirmek, nihayetinde idari kurumların yükümlülüğüdür. Üstelik Özürlüler İdaresi, Türkiye'de Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele Projesi kapsamında "Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılığın Ölçülmesi Araştırması"nı tamamlamış, Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 31/1 maddesinde öngörülen uygun bilgileri toplamıştır. Bu anlamda, Sözleşme'nin uygulanması açısından gerekli politikaları formüle etmeleri ve geliştirmelerinde devletlere yol gösterecek bilgiler arasında sayılan araştırmanın tamamlanmış olması önemli bir gelişmedir. Ancak, zaman geçirilmeden, bu sonuçlar üzerine ulusal boyutlu bir eylem planının inşaa edilmesi gerekmektedir.

Engellilerin yaşamın her alanında ayrımcılığa uğramadan diğerleriyle eşit temelde haklarını kullanabilmelerinin sağlanmasında kurumsal yapı ve işleyiş de aynı derecede önemlidir. Engelli Hakları Sözleşmesi'nin "Ulusal Uygulama ve Denetim" başlıklı 33. maddesi, taraf devletlerin uygulamaya ilişkin konularla ilgili olarak hükümet içinde bir veya daha fazla 'kilit nokta' oluşturmalarını, yine hükümetin içinde sektörler ve idari birimler arasında ilgili faaliyetlerin teşvik edilmesi için koordinasyon mekanizması kurulmasını öngörmektedir. Söz konusu kurumların uygulamaya yön verecek ve geliştirecek çalışmaları yürütebilmesi için yeterli insan ve mali kaynağa sahip olması, uygun yetkilerle donatılması gerekmektedir. Başbakanlığa bağlı olarak kurulan Başbakanlık Özürlüler İdaresi, bu yönde hem kilit hem de koordinasyon kurumu niteliğindedir. Özürlülere yönelik hizmetlerin düzenli, etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini temin etmek için ulusal ve

⁴⁵ Ulaşılabilirlik Stratejisi ve Ulusal Eylem Planı (2010-2011), T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Resmi Gazete Tarih: 12/11/2010, Sayı: 27757

uluslararası kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak, özürllüer ile ilgili ulusal politikanın oluşmasına yardımcı olmak, özürllüerinin problemlerini tesbit etmek ve bunların çözüm yollarını araştırmak üzere 1997 yılında 571 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuştur. Ancak, kilit ve/veya koordinasyon kurumu olarak daha üst düzeyde, yetki ve olanaklar açısından daha zengin bir siyasi ve idari yapılanmaya ihtiyaç vardır. Engelli İşleri Bakanlığı gibi bir bakanlık olmadıkça, bu tür kurumlar tek başına uygulamayı istenilen düzeyde geliştirememekte, beklenen sonuçları üretememektedir.

Bağımsız denetime gelince, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanun Tasarısı Taslağı'nda kurulması öngörülen Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu, işlev ve yetkileri açısından Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 33/2 hükmüne uygun bir yapıdır. Türkiye'de engellilerin yargıya erişim konusundaki güçlükleri yavaş işleyen bir yargı sistemiyle birleştğinde, engellilerin hak arama olanaklarının iyice daraldığı, Taslağın yasalaşmasıyla bu kanalların açılarak sorunların biraz daha hafifleyeceği söylenebilir.

SONUÇ

Sosyal model teorisyenlerinin çoğu, maddi ve sosyo-kültürel güçlerin toplumsal engellerin yaratılmasında birlikte rol oynadığını düşünmektedir. Kişisel önyargılardan kurumsal ayrımcılığa, erişilemez ve kullanılamaz binalardan yararlanılamayan ulaşım sistemine, ayrılmış eğitim düzeninden dışlayıcı çalışma koşullarına kadar pek çok yapısal ve kültürel ögenin, engellilerin bireysel ve kolektif olarak dışlanmasında etken olduğu ileri sürülmektedir. 21. yüzyılda çağdaş insan hakları anlayışına uygun olarak, engellilerin engelli olmayanlarla aynı haklara sahip olma talebi, bu nedenle "ayrımcılık karşıtlığı" ve "eşitlik" üzerinden dile getirilmektedir. Uluslararası insan hakları belgelerinin de neredeyse tamamında, ayrımcılığın haklar üzerindeki olumsuz etkisine değinilmiş, ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması devletlerin yükümlülüğü olarak ifade edilmiştir.

Yukarıda bölüm değerlendirmelerinde Türkiye'nin yükümlülükleriyle bağlantılı olarak her başlıkla ilgili öneri getirilmeye çalışıldı. O nedenle burada kısa ve toplu bir bakışla;

Engellilerin haklarını kullanabilmeleriyle yakından bağlantılı olarak, tıbbi tanılama ve engellilik düzeyinin ölçülmesi işlemlerinin doğru ve objektif sonuçlar verecek şekilde uygulanabilmesi için Türkiye'nin ICF sınıflama sistemini içeren yasal düzenlemelerini yapması, yasa ve kurum adlarından etiketleyici deyimleri ayıklaması, ayrımcılığı yasaklayan ve ayrımcılık temasına özgülenen yasa tasarısını Engelli Hakları Sözleşmesi'nin ilke ve standartlarına uygun biçimde yasalaştırması gerekmektedir.

Yasal önlemlere ilaveten, yasal düzenlemelerin hayata geçmesini sağlayacak politika ve programların yapılması, uygulamadan sorumlu kurumların uygun biçimde yapılandırılması, denetlenmesi, engellilere yönelik önyargı ve klişelerin ortadan kaldırılması amacıyla kurumsal ve toplumsal eğitim çalışmalarına hız verilmesi olarak sıralanabilecek politik, idari, toplumsal ve kültürel önlemlerin de alınması zorunludur.

KAYNAKLAR

A/HRC/10/48, 26 January 2009

Association internationale Autisme-Europe (AIAE) v. France, Complaint No. 13/2002, decision on the merits of 4 November 2003, para.52, European Committee on Social Rights. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC13Merits_en.pdf (16.06.2011)

Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı : 2004/30, Karar Sayısı : 2008/55, Karar Günü : 7.2.2008, R.G. Tarih-Sayı :19.03.2008-26821

Consederation of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 29 April 2011

Engelli Hakları Sözleşmesi Madde 35 Bent 1 Kapsamında Taraf Devletlerce Sunulacak Olan Sözleşmeye Özgü Belgeye Dair Kılavuz, Engelli Hakları Komitesi İkinci Oturum Cenevre, 19 - 23 2009 CRPD/C/2/3 Dağıtım: Genel 18 Kasım 2009, Özgün Lisanı: İngilizce

Guidelines on treaty-specific document to be submitted by states parties under article 35, paragraph 1, of the Convention on the Rights of persons with Disabilities, Committee on the Rights of persons with Disabilities, Second session, Geneva, 19-23 October 2009, CRPD/C/2/3, 18 November 2009

International Classification of Functioning, Disability and Health(ICF), World Health Organisation (WHO), 22 May 2001, A54/VR/9, Sınıflama ile ilgili bkz. Social Analysis and Disability: A Guidance Note Incorporating Disability-Inclusive Development into Bank-Supported Projects, The World Bank, March 2007.

ICF CHECKLIST Version 2. 1a, Clinician Form for International of Functioning, Disability and Health, World Health Organization, September 2003.

Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities List of issues to be taken up in connection with the consideration of the initial report of Spain (CRPD/C/ESP/1), concerning articles 1 to 33 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/ESP/Q/1, 11 April 2011.

Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities List of issues to be taken up in connection with the consideration of the initial report of Spain (CRPD/C/TUN/1), concerning articles 1 to 33 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 10 November 2010.

Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Consideration of reports submitted by States parties in accordance with article 35 of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Reply submitted by the Government of Tunisia to the list of issues (CRPD/C/TUN/Q/1) to be taken up during the consideration of the initial report of Tunisia, 11 March 2011.

Jacobus tenBroek, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Towards a New International Politics of Disability", *Disability Law Symposium*, April 17, 2009

Kevin Kitching (Ed.), *Non-Discrimination in International Law A Handbook for Practitioners*, INTERRIGHTS, January 2005

Oran Doyle, "Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, 23(3), s.537-553 UN Enable Daily Summary related to Draft Article 7- Equality and non-discrimination, Volume 3, #1, January 5, 2004

Özürllülük Eğitimi:Toplum Özürllülüğü Nasıl Anlıyor Temel Araştırması, Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı, http://www.ozida.gov.tr/arastirma/toplum_ozurlulugu_nasil_anliyor.pdf (10.06.2011)

Özürllülüğe Dayalı Ayrımcılığın Ölçülmesi Araştırması, 2010, ÖZİDA, http://www.ozida.gov.tr/ayrimciliklamucadele/rapor_tum.pdf (10.06.2011)

Şennur Ağırbaşı, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, Seçkin, Ankara 2009

The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art.3) E/C.12/2005/4 11 August 2005, Committee on Economic Social and Cultural Rights Thirty-fourth session, Geneva, 25 April-13 May 2005, Agenda item 5.

Tekin Akıllıoğlu, *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında Ayrımcılık Yasağı*, para.1-6, www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/.../rt2/Akillioglu_Ayrimcilik.doc (16.06.2011)

Türkiye Özürllüler Araştırması 2002, T.C. Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı ve T.C. Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı, DİE Matbaası, Ankara, Temmuz 2004

Ulaşılabilirlik Stratejisi ve Ulusal Eylem Planı (2010-2011), T.C. Başbakanlık Özürllüler İdaresi Başkanlığı, Resmi Gazete Tarih: 12/11/2010, Sayı: 27757

UN Department of Economic and Social Affairs Statistics Division, Statistics on Special Population Groups Series Y No.10, 2001

UN Enable Daily Summary related to Draft Article 7- Equality and non-discrimination, Volume 3, #1, January 5, 2004.

UN Enable Contribution by Governments, European Union Proposed Modifications to Draft Article 7- Equality and non-discrimination; Comments on the draft text, Draft Article 7- Equality and non-discrimination.

Elektronik Kaynaklar

<http://www.ozida.gov.tr/?menu=arastirma&sayfa=oztemelgosterge>
(22.04.2011)

<http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=166>
(14.03.2011)

<http://www.ozida.gov.tr/sonuc.html?q=engelli%20haklar%C4%B1%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesinin%20rapor%20haz%C4%B1rlama%20teknikleri%20>
(15.06.2011)

<http://www.who.int/classifications/icf/site/intros/ICF-Eng-Intro.pdf>
(05.05.2008)

http://www.icisleri.gov.tr/default.icisleri_2.aspx?id=5692 (13.06.2011)

<http://www.bumko.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF7A2395174CFB32E1FAEB5097C9CF4D87> (14.06.2011)

Yasal Düzenlemeler

5378 Sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Yayımlandığı Resmi Gazete: 7.07.2005/ 25868.

571 Sayılı Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Yayımlandığı Resmi Gazete: Sayı.23004 (Mükerrer) , Tarih. 30/5/1997.

2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu , Kabul T. 24/5/1983, R.G. : Tarih. 27/5/1983, Sayı. 18059 (**Değişik:30/5/1997- KHK-572/5md.**)

5825 Sayılı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kabul tarihi: 3.12.2008, Resmi Gazete Tarih:18 Aralık 2008, Sayı: 27084.

65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik, Yayımlandığı Resmi Gazete: Sayı. 26204, Tarih. 20.06.2006.

Büyükşehir Belediyeleri Özürlü Hizmet Birimleri Yönetmeliği, R.G. :
Tarih.16/08/2006, Sayı. 26261.

İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, Sayı: B.05.1-
EGM.0.13.04.04.41932-4096, Konu: Erkek Çocuklarının Hususi
Damgalı Pasaport Talebi, 13 Şubat 2009

Gelir vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde kararname-
lerde Değişiklik Yapılmasına Dair 6009 Sayılı Kanun, Resmi Gazete
Tarih: 01.08.2010, Sayı: 27659 5682

Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği, R.G. : Tarih. 31.05.2006, Sayı.
26184

Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Ku-
rulu Raporları Hakkında Yönetmelik ve ekleri Resmi Gazete 16
Temmuz 2006 Sayı: 26230

Sakatlık İndiriminden Yararlanacak Hizmet Erbabının Sakatlık Dere-
celerinin Tesbit Şekli ile Uygulanması Hakkında Yönetmelik, R.G.:
Tarih.28/4/1981, Sayı.17324.

Yapılarda Özürlülerin Kullanımına Yönelik Proje Tadili Komisyonları
Teşkili, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Yayımlan-
dığı Resmi Gazete: Sayı. 26147, Tarih. 22.04.2006.

İDARİ YARGIDA İSTİNAF

APPEAL IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Mustafa AVCI*

Özet : Adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da zaman içinde oluşan iş yükü fazlalığı idari yargıda istinaf sistemini gündeme getirmiştir. Çalışma üç dereceli olan istinaf sistemiyle yürürlükte olan iki dereceli idari yargı sisteminin karması olarak nitelendirilebilecek bir sistem önerisini içermektedir. Üç dereceli yargılama sisteminin bir gereği olarak, bölge idare mahkemelerinin, itiraz müessesesi dışında, tam istinaf mahkemesi haline getirilmesi gerekmektedir. Üç dereceli yargılama sistemiyle adil yargılamanın gerçekleşmesi, doğru ve isabetli kararlar verilebilmesi ve en önemlisi olarak da kişi haklarının korunması daha güvenceli hale gelebilir. Çalışmada ayrıca mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına yönelik önerilerde de bulunulmuştur.

Anahtar sözcükler : İdari yargı, yargılama usûlü, idari kanun yolları, istinaf.

Abstract : Judicial judgments over time as in the administrative court of appeal of the administrative court system has led to excessive workload. Working in three-level judicial system in force in the appeal might be described as a mix of two-level judicial system of administrative justice system includes the proposal. As part of a three-level judicial system, the regional administrative courts, appeal outside the institution, needs to be brought into the full appellate court. The three-level judicial system of judicial proceedings, the realization of a fair trial, correct and accurate decisions and most importantly grant the person the protection of the rights may become more secure. The study also made suggestions to reduce the workload of the courts.

Key words: Administrative procedure, proceedings, administrative remedy, appeal.

* Yrd. Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Giriş

Yargıtay'da ve ilk derece adli yargı mahkemelerinde dava dosya sayısının gün geçtikçe artması, kararların olması gereken zamanda verilememesine sebep olmuş, bu durumda adil yargılanma hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkilemiştir. Bu olumsuzluğun giderilebilmesi amacıyla iki dereceli olarak faaliyet gösteren adli yargı sisteminde değişikliğe gidilmiş ve adli yargıda bölge adliye mahkemeleri eski adıyla istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla üç dereceli yargılama sistemi oluşturulmuştur.¹ Adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da zaman içinde oluşan iş yükü fazlalığı idari yargıda istinaf sistemini gündeme getirmiştir. Türk idari yargı sisteminde istinaf mahkemesi olarak nitelendirilebilecek olan bölge idare mahkemesi örgütlenmesi vardır.² Ancak idari yargıda mevcut olan sistem iki derecelidir.³ Bu nedenle Türk idari yargısında istinaf mahkemelerinin olmadığı veya dar görevli istinaf mahkemelerinin olduğu görülmektedir. İstinaf sistemi üç dereceli olarak faaliyet gösteren bir yargılama sistemidir ve *kural olarak* istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlar kesin değil, üst mahkemenin yapacağı temyiz incelemesine tabidir. Üç dereceli yargılama sisteminin bir gereği olarak, bölge idare mahkemelerinin, *itiraz müessesesi dışında*, tam istinaf mahkemesi haline getirilmesi önerilebilir. İdari yargıda itiraz yolu açık olan ilk derece mahkemelerinin nihai kararları ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalarda verilen nihai kararlar dışında kalan ilk derece mahkemelerinin nihai kararları, bölge idare mahkemesinde istinaf kanun yoluna tabi kılınabilir.

¹ Bakınız. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun. Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 07.10.2004/25606.

² Ancak belirtmek gerekir ki, bölge idare mahkemeleri bazı ortak emareler taşımakla beraber, istinaf mahkemesi olarak kabul edilemez. Bakınız. Sait Güran, *Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1977. s.324.

³ 1868 yılında Şura-yı Devlet (Danıştay) kurularak adli-idari yargı ayırımı tesis edilmiş, 1876 Anayasası döneminde idari yargı sisteminden vazgeçilmiş, 1924 Anayasası ile idari davalara bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmek üzere Şura-yı Devlet (Danıştay) kurulması kabul edilmiş, aynı düzenleme 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde de devam etmiştir. 1982 yılında idare, vergi ve bölge idare mahkemelerinin kurulmasıyla *iki dereceli idari yargı sistemi* oluşturulmuştur. Bakınız. Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010. s.4vd.

Fransız hukukunda adli yargı sisteminde istinaf kanun yolu ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların ikinci derece mahkemelerce düzeltilmesi, iyileştirilmesi veya iptal edilmesi amacını taşıyan bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir.⁴ İkinci derece olan istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlarında kural olarak Fransız Danıştay'ında temyiz edilebileceği düzenlenmiştir. Günümüz Fransız idari yargı sistemi Fransız Danıştay'ı, idari istinaf mahkemeleri ve idari mahkemeler şeklinde üç dereceli olarak faaliyet göstermektedir.⁵

İdari yargıda üç dereceli olan istinaf sisteminin oluşturulması ve idari yargının yeniden yapılandırılması, Danıştay'ın ve ilk derece idari yargı mahkemelerinin yargı yükünü hafifletecek ve dolayısıyla uyumsuzlukların karara bağlanma süresi kılalacak, Danıştay ve ilk derece idari yargı mahkemeleri, daha az dosya ile ilgileceği için daha isabetli kararlar verebilecek ve en önemlisi Danıştay, hukuk birliğini sağlamak ve idare hukukunu geliştirmek gibi asıl fonksiyonlarını yerine getirebilmek için daha fazla zaman bulabilecektir. Ayrıca belirtmek gerekirse, mahkeme kararlarının yanlış verilme ihtimali her zaman vardır. Bu nedenle de ilk derece mahkemesi ile temyiz mahkemesi arasında ikinci derece bir mahkemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Çalışma üç dereceli olan istinaf sistemiyle yürürlükte olan iki dereceli idari yargı sisteminin karması olarak nitelendirilebilecek bir sistem önerisini içermektedir. Çalışma ayrıca mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına yönelik önerileri de içermektedir.

1. Genel Olarak İstinafa İlişkin Açıklamalar

1.1. İstinaf Kavramı

İstinaf kelimesinin anlamı, yeniden başlamadır. İstinaf, mahkemenin verdiği kararı kabul etmeyerek bir üst mahkemeye götürme anlamına gelmektedir.⁶ İstinaf bir kanun yoludur. Bir davada kararın

⁴ Haluk Konuralp - Emel Hanağası, "Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf Yolu", *Mahalli İdarelere Hizmet Dergisi Aylık Yayını (MİHDER)*, Sayı:1, Ankara, 2007. s.13.

⁵ Şehnaz Gençay Karabulut, "Fransa'da İdari İstinaf Mahkemelerinin Kararlarına Karşı Temyiz Başvurusu ve İncelenmesi", http://www.danistay.gov.tr/2-FRANSADA_idari_istinaf.htm, Erişim Tarihi:29.03.2010. s.1.

⁶ *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*, http://www.tdk.gov.tr/genel_sozluk.htm, Erişim Tarihi: 22.06.2011.

haksız, hukuka aykırı olduğunu düşünen tarafa, kararın bir üst derece mahkemesinde incelenmesi imkanını veren hukuki yol, kanun yolu olarak belirtilmektedir.⁷ İstinaf, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarının hem maddi hem de hukuki yönlerden denetlenerek, hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmak için düzenlenmiş bir kanun yoludur.⁸ Mahkemeler tarafından verilen kararların düzeltilmesi, iyileştirilmesi veya iptal edilmesi, bir başka ve genel bir ifadeyle yeniden gözden geçirilmesi yargılama usûllerinde “kanun yolu” olarak belirtilen yöntemlerle sağlanmaktadır. Kanun yolları, yargılamadaki bir tarafın, kendi aleyhine olan hususlarda, nihai bir kararın yeniden gözden geçirilmesini ve bertaraf edilmesini sağlayan bir hukuki araçtır.⁹

2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu’nda (İYUK) kanun yolları, itiraz, temyiz, yargılamanın yenilenmesi ve kararın düzeltilmesi olarak düzenlenmiştir.¹⁰ İdari yargılama hukukunda, kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yollarına “olağan kanun yolları”, kesinleşen mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yollarına da “olağanüstü kanun yolları” denmektedir. Olağan kanun yolları; itiraz, temyiz ve karar düzeltmedir. İstinaf kanun yolu da olağan bir kanun yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Olağanüstü kanun yolu ise, yargılamanın yenilenmesidir.¹¹

Kanun yollarının ve bir kanun yolu olarak istinafin temel amacı, somut olayda adil karar verilmesi, yargılamanın çabuklaştırılması,¹²

⁷ Yıldırım, *age*, s.513.

⁸ Ali Rıza Çınar, “İstinaf”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:8, Ankara, Temmuz 2010. s.14-15.

⁹ Bâki Kuru - Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz, *Medeni Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara, 1995. s.717 vd. ;H. Yavuz Alangoya, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003. s.471. ;Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt:I-II, Nesil Matbaacılık, 7.Baskı, İstanbul, 2000. s.816. ;Kâmil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000. s.1.

¹⁰ Zehreddin Aslan - Kahraman Berk, *İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002. s.325vd.

¹¹ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2002. s.18.

¹² İstinafın yargılamayı çabuklaştırmak gibi bir amacının olmadığı; aksine istinaf sisteminin yargılamayı yavaşlatacağı, bu sebeple, istinafin asıl amacının adil ve doğru yargılama olduğu da belirtilmiştir. Bakınız. Nevhis Deren Yıldırım, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, *Türkiye Barolar Birliği-İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı*, Ankara, 7-8 Mart 2003. s.95.

hukukun geliştirilmesi, içtihat ve hukuk birliğinin sağlanmasıdır.¹³ İstinaf kanun yolu ve idari yargılama usûlünün ortak amacı bireyin kişisel haklarının korunmasıdır.¹⁴

Bir kanun yolu olarak istinaf; "Önceden belli ve yargılama usûlüne ilişkin yasal düzenlemelerde adı belirtilmiş, şarta bağlı olmadan ikinci bir hakim birincisinin yerine geçerek aynı davayı bütün boyutlarıyla yeniden incelemesi ve birinci hakim verdiği kararı onaması veya değiştirmesidir.¹⁵ İstinaf; "İşe ilk defa bakan mahkemenin verdiği son karar ile uyguladığı hukuk kurallarının üst yetkili mahkeme tarafından kontrol edilmesi ve gerektiğinde ıslah edilmesine yönelik bir yargılama"¹⁶ olarak da ifade edilmiştir.

1.2. İstinaf ve İtiraz Kanun Yollarının Karşılaştırılması

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesi itiraz kanun yolunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre, idari yargı ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemelerinin İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesinde belirtilen hususlardan¹⁷ kaynaklanan

¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız. Alangoya, *age*, s.473vd. ;Üstündağ, *age*, s.817vd. ;Yıldırım, *age*, s.5vd.

¹⁴ Kâmil Yıldırım, "Kanun Yolu Olarak İstinaf", *Türkiye Barolar Birliği-İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı*, Ankara, 7-8 Mart 2003. s.72.

¹⁵ Zuhâl Bereket Baş, "İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu", *Danıştay Dergisi*, C.27, S.11, Ankara, 1996. s.94.

¹⁶ Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979. s.4.

¹⁷ Madde 45: 1. (Değişik : 8/6/2000 - 4577/7 md.) İdare ve vergi mahkemelerinin;

- a) İlk ve orta öğretim öğrencilerinin sınıf geçmelerine ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden,
- b) Valilik, kaymakamlık ve yerel yönetimler ile bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilâtındaki yetkili organları tarafından kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlerine ilişkin idari işlemlerden,
- c) 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından,
- d) 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan,
- e) 213 sayılı Vergi Usûlü Kanunu uyarınca verilen işyeri kapatma cezalarından, Kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hâkimle verilen Nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi

uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hakimle verilen nihai kararlara,¹⁸ başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebilir.

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nda (mad.45) düzenlenen itiraz kanun yolunun hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Duran, ilk derece mahkemesi tarafından verilen nihai bir kararın, bir üst mahkemede bir kere daha incelenerek esastan karar verilebilmesini sağlayan itiraz kanun yolunun bir "istinaf" incelemesi¹⁹ olduğunu belirtirken, Gözübüyük, itiraz üzerine verilen kararların kesin olması, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaması gibi farklılıklardan dolayı itiraz kanun yolunun istinaftan ayrı bir kanun yolu olduğunu ifade etmektedir.²⁰ Güran'a göre de istinaf, itiraz kanun yolundan farklı, kendine özgü bir kanun yoludur. Bölge idare mahkemesi itiraz kanun yolunda maddi ve hukuki yönlerden davayı yeniden incelese de, bu inceleme kural olarak ilk derece mahkemesinden gelen dosya üzerinde ve bununla sınırlı bir incelemedir ve istinaf incelemesinin aksine, herhangi bir duruşma ve soruşturma yapılmaz. İtiraz incelemesinde istinaftan farklı olarak deliller, bölge idare mahkemesince serbestçe değil, "inandırıcı delil" usûlü ve esasları çerçevesinde değerlendirilir.²¹ Güran, bu gerekçelerle itira-

mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebilir.

¹⁸ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun. Tek hakimle çözümlenecek davalar- Madde 7: 1. (Birinci Fıkra Değişik: 8/6/2000 - 4577/3. md.) Uyuşmazlık miktarı bir milyar lirayı aşmayan; a) Konusu belli parayı içeren idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları, b) Tam yargı davaları, İdare mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir. 2. (Değişik: 8/6/2000 - 4577/3. md.) 6.maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri bir milyar lirayı aşmayan davalar, vergi mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir.

¹⁹ Lutfi Duran, "İdari Yargı Adlileşti", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Sarıca'ya Armağan, C.3, S.1-3, İstanbul, 1982. s.75.

²⁰ A. Şeref Gözübüyük, *Yöneltilmiş Yargı*, Turhan Kitapevi, 14.Baskı, Ankara, 2001. s.515.

²¹ "İtiraz kanun yolunda yeniden inceleme vardır; ancak, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılmaz, bölge idare mahkemesince itiraz incelemesi üzerine yeniden karar verilmez. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını onar veya bozar, istisnai olarak işin esası hakkında karar verir. İtiraz incelemesinde ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılmadığı için dava ilk şekline dönmüş olmaz; taraflar, olaylar ve deliller üzerinden yeniden hüküm verilmesini sağlamaya çalışmazlar". Bakınız. Güran, *age*, s.324-326.

zın istinaftan farklı bir inceleme ve kanun yolu olduğunu belirtmesine rağmen, İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun itiraz kanun yoluna ilişkin düzenlemeleri farklı yönde olmuştur. Belirleyici olarak, itiraz üzerine verilen kararların kesin olması bakımından itiraz kanun yolunun, istinaf kanun yolundan ayrıldığı ifade edilebilir.

İtiraz, hukuki nitelik olarak kararın hem olay hem de hukuki açıdan denetlenmesi bakımından istinaf incelemesine, kesin ve üst mahkemeye gidilememesi bakımından ise, temyiz incelemesine benzetilmektedir.²² İtiraz incelemesi sonucunda verilen kararlar kesin iken, istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlara karşı temyiz yolu açıktır. Ancak, itiraz ve istinaf incelemeleri, hukukilik denetiminin yanında olay incelemesini de kapsayıp, kural olarak esas hakkında da karar verilirken, temyiz incelemesinde sadece hukukilik denetimi yapılarak bozma ya da onama kararları verilmektedir.²³

İtiraz incelemesinin esasları, İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesinin 4.fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: Kural olarak bölge idare mahkemesi dosya üzerinden inceleme yapar ve işin esası hakkında karar verir. Dosya üzerinden inceleme yapılabilecek durumlar şu şekilde belirtilebilir; maddi olaylar hakkında edinilen bilgi olayı yeterince aydınlatıyorsa; itiraz sadece hukuki konulara ilişkin ise; uyuşmazlık, karardaki maddi yanlışlıklara ilişkin olup, bunların düzeltilmesi mümkün ise, bu hususlar düzeltilmek suretiyle esas hakkında karar verilir. Kısaca belirtmek gerekirse; ek bir araştırma yapmaya gerek olmadan uyuşmazlık çözülebilecek durumda ise, mahkeme dosya üzerinden işin esası hakkında karar verir, dosyayı ilk derece mahkemesine geri yollamaz. İtiraz konusu karardaki uyuşmazlık, dosya üzerinden yapılacak inceleme ile çözümlenecek durumda değil ise, mahkeme gerekli inceleme ve araştırmaları kendisi yapar ve işin esası hakkında kendisi karar verir, dosyayı ilk derece mahkemesine yollamaz.²⁴ İtiraz incelemesi sonunda dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmeyip işin esası hakkında karar verilmesi bakımından itiraz incelemesinin, istinaf incelemesinden bir farkı bulunmamaktadır.

²² A. Şeref Gözübüyük - Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usûlü*, Turhan Kitapevi, 2.Baskı, Ankara, 1999. s.875.

²³ Ahmet Akbaba, "İdari Yargıda Kanun Yolları ve İstinaf", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı:43, Ankara, Mart, 2010. s.161.

²⁴ Çağlayan, *age*, s.109.

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesinin 4. fıkrasına göre, bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan itirazı haklı bulursa veya davaya görevsiz mahkeme tarafından bakılmış olması durumunda kararı bozar ancak uyuşmazlığı kendisi esastan karara bağlamaz ve dava dosyasını ilgili mahkemeye geri gönderir. Fransa'da uygulanan istinaf sisteminde de kural olarak ilk derece mahkemesi kararında usûl hükümlerine aykırılık bulan istinaf mahkemesi, ikinci derece yargı yeri olmasının bir sonucu olarak, usûl hükümlerine aykırı kararı bozar ve uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmek üzere dava dosyasını ilk derece yargı yerine geri gönderir.²⁵ Kısaca belirtmek gerekirse, daha önce de değinildiği gibi itiraz ve istinaf incelemeleri arasındaki temel fark, inceleme sonucunda verilen kararların kesin olup olmadığı ile ilgilidir. İtiraz incelemesi sonucunda verilen kararlar kesin iken, kural olarak istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlar temyiz edilebilir niteliktedir.

1.3. İstinaf ve Temyiz Kanun Yollarının Karşılaştırılması

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 46-50.maddeleri temyiz kanun yolunu düzenlemektedir. Temyiz kanun yolu, ilk derece idari yargı mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlar ile Danıştay Kanunu'nun 24.maddesi gereğince Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda verilen nihai kararların hukuka uygunluğunun denetlenmesidir.²⁶ Temyiz mercii Danıştay'dır.

²⁵ "Yargının faaliyetlerini gereği gibi yapmasının ölçütlerinden birinin görülen uyuşmazlığın 'makul süre'de çözümlenerek karara bağlanması olduğu ve bunun sağlanması amacıyla, bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda, istinaf mahkemesinin usûle ilişkin olarak verdiği bozma kararından sonra işin esasına girmek suretiyle inceleme ve araştırmalar yapıp, karar vermesine istinafın "evolutif" etkisi denmektedir. İstinaf mahkemesinin "évocation" yoluna gidebilmesi için ilk koşul, ilk derece mahkemesinin kararının usûl yönünden bozulmasıdır. İkinci koşul, başvuruda bulunanın, uyuşmazlığın esastan karara bağlanmasını istinaf mahkemesinden istemesidir. İstinaf dilekçesinde, ilk derece mahkemesinin kararını usûl yönünden sakatlayan hususlar belirtildikten sonra, uyuşmazlığın esasına ilişkin iddiaların ortaya konmuş olması, "évocation" için gereklidir. Bu koşulların dışında, dava dosyasının esastan karar verilebilecek bir durumda olması koşulu da aranmaktadır". Bakınız. Karabulut, *agm*, s.6.

²⁶ Siddik Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3.Baskı, C.III, Hak Kitapevi, İstanbul, 1966. s.1992.

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 49.maddesinde temyiz sebepleri düzenlenmiştir: Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, hukuka aykırı karar verilmesi ve usûl hükümlerine uyulmamış olunması durumlarında temyiz mahkemesi yapacağı inceleme sonunda kararı bozar. Kanunda yer alan temyiz sebeplerinin hepsi bir hukuk kuralının doğru uygulanmaması ile ilgilidir. Görev ve yetki konusu usûle ilişkin bir konudur. Usûl hükümleri de bir hukuk kuralıdır. Kanunda belirtilen hukuka aykırılık ifadesine, Anayasa, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar, idarenin genel düzenleyici işlemleri, hukukun genel ilkeleri ve örf-adet hukuku girer.²⁷ Mahkeme içtihatları, temyiz sebebi değildir. Ancak, içtihadı birleştirme kararları, mahkemeleri bağlayıcı nitelikte olduğu için (Danıştay Kanunu, mad. 40/4) içtihadı birleştirme kararlarına aykırılık, bir hukuka aykırılıktır ve temyiz sebebi olarak kabul edilir.

Temyiz kanun yolunda yeniden bir yargılama yapılmamaktadır. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi tarafından incelenen olaylar ve deliller yeniden değerlendirilmemektedir. Temyiz merci kural olarak yeni bilgi ve belge araştırması yapamaz, dava dosyası üzerinden inceleme yapar.²⁸ Ancak, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karardan sonra ortaya çıkan ve verilen kararı etkileyecek nitelikte olan olay ve deliller temyiz kanun yolunda ileri sürülebilir.²⁹ Çünkü bütün yargılama faaliyetlerinin yapıldığı amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.

Temyiz mahkemesi, temyiz incelemesi sonunda ilk derece mahkemesinin verdiği kararın bozulmasını gerektiren bir nedenin olması durumunda kararı bozar ve tekrar bir karar verilmek üzere ilk kararı veren mahkemeye dava dosyasını gönderir. Bozma nedenlerinin bulunmaması hallerinde ise, onama kararı verir. Temyiz incelemesi sonunda karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise, kararın düzeltilerek onanmasına karar verilir.

²⁷ A.Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C.I, Turhan Kitapevi, Ankara, 1998. s.1031. ;Bâki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, Demir Yayınları, 6.Baskı, İstanbul, 2001. s.4533-4534. ;Ömer Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, Doktora Tezi, İstanbul, 1978. s.27.

²⁸ Çağlayan, *age*, s.94.

²⁹ A.Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, C.II, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003. s.1023.

Türk idari yargı sisteminde istinaf mahkemelerine yer verilmemiş olması, temyiz mercii olarak Danıştay'ın hem hukukun uygulanmasında birliğin sağlanmasını, hem de somut olayda hukuka uygun karar verilmiş olup olmadığının denetlenmesini gerçekleştirmek durumunda kalmasına sebep olmaktadır.³⁰

İstinaf ve temyiz kanun yolları arasındaki en önemli fark, temyiz incelemesinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olmasıdır. Bir başka deyişle temyiz incelemesi sırasında kural olarak ilk derece mahkemesince incelenen olay ve deliller değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır. İstinaf incelemesinde ise, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar, hem hukukilik hem de maddi açılardan denetlenmektedir.³¹ Temyiz mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda hukuka aykırılık görürse, kararı bozar ve yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasını kararı veren ilk derece mahkemesine gönderir. İstinaf mahkemesi ise, istinafa konu kararı, hukuka ve maddi olayın gereklerine uygun görürse onama kararı verir, aksi durumda yapmış olduğu inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmakla kalmaz, işin esasına girmek suretiyle davayı kendisi karara bağlamaktadır. Şüphesiz istinaf mahkemesinin vermiş olduğu karar, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar değildir, yeni bir karardır ve kural olarak temyiz edilebilir niteliktedir.³²

1.4. İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasının Gerekliliği

İstinaf mahkemelerinin yargılama sistemimize dahil edilip edilmemesi konusunda öğretide olumlu ve olumsuz yönde çeşitli değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, üç dereceli bir yargılama sisteminin, iki dereceli bir yargılama sistemine göre hukuka uygunluğun sağlanması ve yargılamanın tarafları için güvence teşkil etmesi bakımından daha olumlu olduğu değerlendirilebilir.³³

İstinaf mahkemelerinin, ilk derece mahkemelerinin kararlarını hukuki ve maddi açılardan bir kez daha incelemeleri, adil karar verilme-

³⁰ Çağlayan, *age*, s.21.

³¹ Cenk Akil, *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010. s.205.

³² Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005. s.22vd.

³³ A. Nâdi Günel, *Roma Medeni Üsûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007. s.75.

sine güvence teşkil etmektedir. İlk derece mahkemelerinin kararlarının tekrar inceleneneğini bilmeleri, karar verirken daha dikkatli ve titiz davranmalarına sebep olabilir, bu bakımdan da istinaf kanun yolunun olması olumludur. Üç dereceli bir yargılama sistemi, iki dereceli bir yargılama sistemine nazaran daha güvenlidir. Ayrıca, istinaf mahkemelerinin kurulması ile temyiz mahkemesinin dava yükünün azalması, asıl görevi hukuku geliştirmek ve içtihat birliğini sağlamak, bir başka deyişle ‘içtihat mahkemesi’ olarak çalışmak olan görevini daha iyi bir şekilde yapabilir duruma gelmesine olanak sağlayacaktır.³⁴

Adli yargıda istinaf mahkemelerini kuran 5235 sayılı Kanun’un genel gerekçesi, adli yargı ile benzer sorunları yaşayan idari yargı ve idari yargıda istinaf mahkemelerinin kurulmasının da gerekçesine örnek teşkil edebilecek olması bakımından önemlidir. 5235 sayılı Kanun’un genel gerekçesinin bazı bölümlerinde şu açıklamalar yer almaktadır: “Yargılama süreci bir sistemdir. Bu sistem, uyuşmazlık ve çekişme hakkında verilecek hüküm kesinleşinceye kadar birden çok evreleri kapsamaktadır. Yargılamanın bu özelliği, temelde, gerçeğe ulaşarak adli hataları önlemek amacına dayanır. Evrelerden birisi, ‘kanun yolu’ adı verilen ‘denetim muhakemesi’dir. Esasta denetim muhakemesinin en önemli evresini oluşturan temyiz yolunda, doğrudan öğrenme yargılaması yapılmaz. Temyiz üzerine verilecek hüküm sadece hukuka aykırılığı denetler; bu nedenle maddi ve hukuki gerçeklere ulaşmak ve adli hataları gidermek bakımından, uyuşmazlık ve çekişmenin maddi olay yani ispat yönünden ve hukuka aykırılık açısından uygun bir sonuca bağlanıp bağlanmadığını denetleyen ve temyiz yolundan önce gelen ayrı bir kanun yoluna gereksinim olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.

Bugün çeşitli ülkelerde yargılama faaliyeti ile görevlendirilmiş bulunan ilk derece mahkemelerinin kararlarını inceleyen üst derece mahkemeleri vardır. İki dereceli yargı teşkilatı hak arama hürriyetinin yeterince gerçekleştirilmiş sayılması için de zorunlu görülmektedir.

³⁴ Bâki Kuru, “İstinaf Mahkemeleri Kurulurken”, *Adalet Dergisi*, Yıl:54, Sayı:5-8, Ankara,1963. s.550-551. ;Faruk Erem, “İstinaf Mahkemeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.VII, Sayı:12, Ankara, 1950. s.12-15. ;Bâki Kuru - Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz, *Medeni Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara, 1995. s.723. ;Süha Tanrıver, “Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)*, Cilt:XVIII, Sayı:1-2, Ankara, 1995. s.151-157.

İlk derece mahkemelerince verilen kararların olaylara, hukuka ve usûle uygunluğunu denetlemek görevini yüklenmiş olan ikinci derecedeki mahkemeler, bazı ülkelerde iki, bazı ülkelerde de üç kademede görev yapmaktadırlar. Ülkemizde ikili kademe sistemi vardır. Kararların hem hukuka hem de olaylara uygunluğunu ise Yargıtay denetlemektedir. Oysa, adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen kararlar, bölge adliye mahkemelerince ispat ve hukuka uygunluk yönlerinden ve Yargıtay tarafından sadece hukuka uygunluk bakımından incelenmelidir. Yargıtay, bir içtihat mahkemesi olarak işlevini sürdürmelidir.

Bugün hemen hemen bütün ülkelerde Yargıtay'ın karşılığı olan yüksek mahkemeler, birer içtihat mahkemesi görevini yapmakta, ilk derece mahkemelerince verilen kararların olaylara, kanuna ve usûle uygunluğunu denetlemek yani istinaf kanun yolu incelemesini yapmakla görevli ikinci derece mahkemeler bulunmaktadır. Yargıtay ise, ilk derece mahkemeleri ile kendi arasında süzgeç görevini yapacak bir ara mahkemesi bulunmadığı için her iki görevi, yani hem içtihat yaratmak hem de istinafı yürütmek durumunda kalmıştır. Yargıtay'ın kendisinden beklenen içtihat mahkemesi olma niteliğini koruyabilmesi, iş yükünün çok artmış olması nedeniyle zorlaşmıştır. Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olma niteliğinin korunması, yargılamanın güvenli ve hızlı sonuçlandırılması bakımından istinaf kanun yolu incelemesini yapmak üzere bölge adliye mahkemelerinin kurulmasının bir ihtiyaç hâline geldiği görülmektedir. Mahkemelerin verimli, etkili, süratli ve güvenli çalışmalarını sağlamak ve denetim yargılamasını güçlendirmek üzere bölge adliye mahkemelerinin kurulması gerekliliği ortaya çıkmıştır”.

Yukarıda bölge adliye mahkemelerinin kurulmasının gerekliliğini belirten 5235 sayılı Kanun gerekçesinde ortaya konan hususlar, benzer sorunlar yaşayan idari yargı sistemi ve idari yargıda istinaf yargılama sistemi ve istinaf mahkemelerinin kurulmasının gerekliliği ile örtüşmektedir.

İstinafa ilişkin olarak yukarıda yapılan genel açıklamalardan sonra, idari yargıda nasıl bir istinaf sistemi oluşturulabilir? sorusuna aşağıda belirtilen somut bir öneriyle cevap bulunmaya çalışılmıştır. Bu öneri üç dereceli olan istinaf sistemiyle yürürlükte olan iki dereceli idari yargı sisteminin karması olarak nitelendirilebilecek bir sistemi içermektedir.

2. İdari Yargıda İstinafa Geçilmesi Halinde Yapılması Önerilen Düzenlemeler

Bu çalışmada önerilen istinaf sisteminin yeni ve kendine özgü olduğu belirtilebilir. Örneğin istinaf kanun yolunun getirilmesiyle birlikte itiraz kanun yolunu dışlamadığı ifade edilebilir. İdari yargıda istinaf sistemine geçilmesi halinde, ortaya çıkacak olan sistem değişikliği nedeniyle idari yargıya ilişkin kanunların özellikle kanun yollarını düzenleyen maddelerinde bazı değişikliklerin yapılması kaçınılmaz görülmektedir. Aşağıda konuya ilişkin yapılması muhtemel olabilecek düzenleme önerilerinde bulunulmaya çalışılmıştır.

2.1. Danıştay Kanunu'nda Yapılması Önerilen Düzenlemeler

İdari yargıda istinaf sistemi kurulmasının önerilmesinin nedenlerinden biri de daha öncede ifade edildiği gibi Danıştay'ın çok fazla olan iş yükünü azaltmaktır. Bu bağlamda Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davaların azaltılması yararlı olabilir. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak, *kamu idare, kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ülke çapında uygulanacak düzenleyici idari işlemlerine karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeleyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlamasına ilişkin bir düzenleme yapılması, Danıştay'ın iş yükünün azaltılması bakımından faydalı olabilir. Ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerin önemi, bu düzenleyici işlemlere dayalı olarak tesis edilen bireysel işlemlere karşı açılacak davaların ülke geneline yaygınlığı, düzenleyici işlem ile bireysel işlemin birlikte dava konusu edilmesi durumunda görev ve yetki konusunda sorun yaşanacak olması ve içtihat birliğinin sağlanması gibi nedenlere dayalı olarak bu uyuşmazlıkların Danıştay'da görülmesine devam edilmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁵ Tahkim yolu öngörülmeleyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar da benzer gerekçelerle ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmeye devam edilebilir. Danıştay Kanunu'nun 24.maddesinde belirtilen diğer konulara ilişkin*

³⁵ Bakınız. Danıştay tarafından hazırlanan ve Adalet Bakanlığı'na sunulan Kanun Tasarısı Taslağı Madde Gereçekleri. http://www.danistay.gov.tr/danistay_gorusu_28012011.htm. Erişim Tarihi:10.07.2011.

davalara ilk derece mahkemesi olarak yetkili ve görevli idare ve vergi mahkemeleri bakabilir. Böylece Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar ve dolayısıyla iş yükü azalmış olacaktır.

Temyiz yoluyla Danıştay'da görülecek davaları düzenleyen Danıştay Kanunu'nun 25.maddesi, önerilen istinaf sistemine uygun olarak değiştirilebilir. Danıştay Kanunu'nun 25.maddesi: *Bölge idare mahkemelerince istinaf kanun yolu incelemesi sonucunda verilen nihai kararlar ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülen davalarla ilgili nihai kararlar Danıştay'da temyiz yoluyla incelenir ve karara bağlanır* şeklinde düzenlenebilir. Bu çalışmada önerilen düzenlemelerin tam olarak fonksiyonlarını yerine getirmesi ve bu düzenlemelerin uygulanması dolayısıyla oluşabilecek hak kayıplarının önüne geçilebilmesi ve ayrıca tabii yargıç ilkesinin gereklerinin karşılanması bakımından, idari yargıyı düzenleyen kanunlara bazı ek ve geçici maddelerin ilave edilmesi de zorunlu görülmektedir.³⁶

2.2. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Yapılması Önerilen Düzenlemeler

İdari yargıda istinaf sisteminin oluşturulması, esas itibariyle mevcut İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda köklü değişikliklerin yapıl-

³⁶ Danıştay Kanunu'na şu geçici madde eklenmelidir: "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılmış bulunan ve bu Kanunla idare ve vergi mahkemeleri görevleri kapsamına alınan davalar, Danıştay'da bakılarak sonuçlandırılır". Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'a: "Özel kanunlarda, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevli olduğu belirtilen davalara, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren idare ve vergi mahkemelerinde bakılır", şeklinde ek madde ve "Bu Kanunun 4.maddesi ile idare ve vergi mahkemelerinin görevine bırakılan davalardan, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış bulunan davalar, Danıştay'da bakılarak sonuçlandırılır", şeklinde geçici madde eklenmelidir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Ek 1.maddesinin, 1.fıkrasının ilk cümlesinde yer alan, "17. maddesindeki" ibaresi "17 ve 45.maddelerindeki" şeklinde değiştirilmelidir. Ayrıca bu Kanuna şu geçici madde eklenmelidir: "Bu Kanunun 45.maddesinin 1 numaralı fıkrasının yeniden düzenlenmesi sonucu itiraza tabi kılınan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen nihai kararlardan; değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen kararlar ile Danıştay'ın bozma kararı üzerine kararı bozulan mahkemece verilen kararlar, Danıştay'da temyiz edilebilir". Bkz. Danıştay tarafından hazırlanan ve Adalet Bakanlığı'na sunulan Kanun Tasarısı Taslağı. http://www.danistay.gov.tr/danistay_gorusu_28012011.htm. Erişim Tarihi:10.07.2011.

masını gerektirmektedir. İdari yargıda istinaf sisteminin getirilmesi neticesinde mevcut kanun yollarında yapılması gereken değişiklik önerilerinin temel amacı, idari yargı sistemindeki mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve dolayısıyla davaların çözüm sürelerini hızlandırılmak, hukuki, doğru ve isabetli kararlar verilmesini ve kişi haklarının korunmasını sağlamaktır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılması gereken değişiklik önerilerine geçmeden önce kanaatimizce şu hususun kısaca belirtilmesi gerekmektedir: Bilindiği gibi kanunların Türkçeleştirilmesi, sadeleştirilmesi ve gereksiz ifadelerden ayıklanmasına yönelik çalışmalar bütün hızıyla devam etmektedir. Bu bağlamda idari yargı sistemini esas itibarıyla düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun başlığı, genel olarak yargılama usûllerinde son zamanlarda yapılan değişikliklere paralel olarak *İdari Yargılama Kanunu* şeklinde değiştirilebilir. Örneğin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak değiştirildiği gibi. Ayrıca ifade etmek gerekir ki Türkiye'de hukuk fakültelerinde okutulan bu konuya ilişkin dersin adı da idari yargılama usulü hukuku değil, idari yargılama hukuku olarak geçmektedir.

2.2.1. İtiraza ve İstinafa İlişkin Düzenlemeler

İdari yargıda istinaf sisteminin getirilmesiyle idari yargıda mevcut olan itiraz kanun yolunun kalkması gerektiği düşünülebilir. Kanun koyucu yaptığı düzenlemeyle itiraz kanun yolu açık olan mahkeme kararlarının bölge idare mahkemesinde nihai olarak çözümlenmesi ve kesinleşmesini yeterli görmüş ve böylece her kararın Danıştay'da temyiz edilmesine engel olmak suretiyle Danıştay'ın iş yükünün artmasını önlemiştir. Bu açıdan kanun koyucunun iradesine katılmaktayız. Ancak kanaatimizce idari yargıdaki kanun yollarından olan *itiraz müessesesi* korunarak, bölge idare mahkemeleri, itiraz müessesesi dışında, tam istinaf mahkemesi haline dönüştürülebilir. İdari yargıda itiraz yolu açık olan ilk derece mahkemelerinin nihai kararları ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalarda verilen nihai kararlar dışında kalan ilk derece mahkemelerinin nihai kararları, bölge idare mahkemesinde istinaf kanun yoluna tabi kılınabilir. Önerilen bu sistem değişikliği nedeniyle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45.maddesinin madde başlığı, *İtiraz ve İstinaf* olarak düzenlenebilir. 45.madde

de belirtilen ve bölge idare mahkemesinde itiraz kanun yoluna açık olan, idare ve vergi mahkemelerinin kurul halinde verdikleri nihai kararlara konu uyumsuzlıklara benzer veya aynı nitelikte olan bazı uyumsuzluklar, yine sayma yoluyla madde kapsamına alınmak suretiyle arttırılabilir.³⁷ Ayrıca, *itiraz yolu açık olan nihai kararları dışında, ida-*

³⁷ İdari yargıda itiraz denetimi, sınırlı uyumsuzluklarda başvuru bir kanun yoludur. Danıştay'ın iş yükünün de ağır olduğu düşünüldüğünde, bölge idare mahkemelerince yapılan itiraz denetiminin kapsamının genişletilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yıldırım, *İdari Yargı*, s.515. ;Konuyla ilgili olarak, Danıştay'ca oluşturulan komisyon, bir kanun taslağı hazırlamış ve bu taslağı 8 Şubat 2010 tarihinde Adalet Bakanlığı'na sunmuştur. Danıştay tarafından hazırlanan söz konusu tasarının 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesinin 1 numaralı fıkrasını yeniden düzenleyen şekline katılmaktayız: "1.İdare ve vergi mahkemelerinin; a)İlk ve orta öğretim öğrencilerinin kayıt, nakil, ilişik kesme, disiplin, sınıf geçmelerine ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden, b) Yükseköğretim öğrencilerinin kayıt, nakil, öğrencilik ile işiğinin kesilmesi sonucunu doğuranlar dışında kalan disiplin cezaları, sınıf geçme ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerinden, c)Kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, vekaleten atama, ikinci görev, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman, izin ve il içi naklen atama işlemlerinden, d)Kamu görevlilerinin, görevle işiğinin kesilmesi sonucunu doğuranlar dışında kalan disiplin cezalarından, e)3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un uygulanmasından, f)5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 16 ve 20.maddelerinde düzenlenen tahliye işlemlerinden, g)2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan, h)Asker ailesine yardım ile ilgili işlemler hakkında açılacak davalardan, ı)2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75., 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7.maddesinin uygulanmasından, j)4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Kanunu'nun uygulanmasından, k)1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nun uygulanmasından, l)2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca valiliklerce, kaymakamlıklarca ve belediyelerce tesis edilecek işlemlerden, m)5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'ndan kaynaklanan, ulaşım ve toplu taşımaya ilişkin işlerden, n)3194 sayılı İmar Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca tesis edilen mühürleme, durdurma, yıkım kararları ile bunlara ilişkin olarak verilen para cezaları ve bu cezaların tahsili amacıyla tesis edilen işlemlerden, o)7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlere ve Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'dan, p)Tek hakim tarafından karara bağlanan vergi ve diğer kamu alacaklarının asıllarına bağlı ceza, faiz, gecikme faizi ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un bunlar hakkında uygulanmasından, r)Konusu *elli bin lirayı* aşmayan idari işlemler ile bu miktarı aşmayan tazminat istemlerinden, kaynaklanan uyumsuzluklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hakimle verilen nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebilir." Bkz. http://www.danistay.gov.tr/danistay_gorusu_28012011.htm. Erişim Tarihi:10.07.2011.

re ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir ibaresi 45.maddenin 2.fıkrasının sonuna eklenebilir.³⁸

Çalışmada önerilen istinaf sistemi, İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesinin 3 numaralı fıkrasını şu şekilde değiştirmeyi gerekli kılmaktadır: *İtiraz ve istinaf, temyizın şekil ve usûllerine tabidir.* Belirtmek gerekir ki, itiraz veya istinafa konu olabilecek kararlar, süre, itiraz veya istinaf başvurusunun yapılması, itiraz veya istinaf dilekçesinin şekli, itiraz veya istinaf incelemesi aşamasında duruşma yapılması ve itiraz ve istinaf sebepleri bakımından, itiraz ve istinaf ile temyiz kanun yolları arasında bir farklılık söz konusu değildir. Farklılık, itiraz veya istinaf ya da temyize konu olan kararın bozulması halinde, itiraz veya istinaf ya da temyiz merciinin yetkilerinin kapsamı açısından ortaya çıkmaktadır.³⁹ Şöyle ki; itiraz veya istinaf incelemesi üzerine bölge idare mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararı bozulduktan sonra, dava dosyasının ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi *kural olarak* söz konusu değildir. Buna karşın, temyiz makamı olan Danıştay'ın yapacağı temyiz incelemesi sonunda bölge idare mahkemesince verilen karar bozulursa *kural olarak* işin esası hakkında yeni bir karar verilmez, Danıştay tarafından kararın bozulması ile birlikte istinaf incelemesini yapan bölge idare mahkemesine dava dosyası geri gönderilir.

Çalışmada önerilen istinaf sistemi bir bütün olduğu için İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun bir çok maddesinin değiştirilmesini ve önerilen sisteme uygun hale getirmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesinin 4 numaralı fıkrasını şu şekilde düzenlemek gerekebilir: *Bölge idare mahkemesi dava dosyası üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddî olaylar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse ya da itiraz veya istinaf başvurusu*

³⁸ Çalışmada önerilen istinaf sistemi gereği İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesinin 2 numaralı fıkrasına şu ek tümce konabilir: *İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı istinaf kanun yolu süresi, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren otuz gündür.* Belirtmek gerekir ki, her kanun yolu için düzenlenmiş olan bir başvuru süresi vardır.

³⁹ Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Hukuku*, Değişim Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, Eylül 2003. s.355.

sadece hukukî konulara ilişkin ise ya da itiraz veya istinaf yoluna başvuru- rulan karardaki maddî yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir.⁴⁰ Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan itiraz veya istinaf başvurularını haklı bulduğu veya davaya görevsiz hâkim tarafından bakılmış olması hallerinde kararı boz- makla birlikte dosyayı geri gönderir, bölge idare mahkemesinin bu kararları kesindir. İlk derece mahkemeleri tarafından verilen nihai kararların maddi ve hukuki açılardan bölge idare mahkemeleri tarafından de- netimini sağlayan ikinci derece bir kanun yolu olan istinaf sistemin- de yeni olgu ve deliller ileri sürülebilir, davaya ilişkin nihai kararı da kural olarak bölge idare mahkemesi verir. İlk derece mahkemesine gönderme, yukarıda belirtildiği üzere istisnai durumlarda söz konu- su olabilir.⁴¹

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 45.maddesinin 5.fıkrası: *Bölge idare mahkemesinin itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir; istinaf ve temyiz yoluna başvurulamaz şeklinde değiştirilebilir.* Daha önce de belirtildiği gibi, itiraz kanun yolunun korunması ve itiraz kanun yolunun açık olduğu mahkeme kararlarına karşı istinaf ve temyiz yoluna başvuru- lamaması, Danıştay'ın ve kısmen bölge idare mahkemelerinin iş yükünün artmasını önleyebilir. Buna paralel olarak 6.fıkranın da: *İtiraza veya istinafa konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim, aynı davanın itiraz veya istinaf yoluyla bölge idare mahkemesince incelenmesin- de bulunamaz biçiminde düzenlenmesi gerekmektedir.* Çünkü itiraza veya istinafa konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim, bu kararda görüşünü belirtmiş bulunmaktadır. Yürürlükteki kanunda da var olan bu düzenleme olmasaydı, kanun yoluna başvurmanın da bir anlamı kalmayacaktı.

⁴⁰ İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 20.maddesinde, idari yargı yerlerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları düzenlenmek suretiyle *re'sen araştırma ilkesi* benimsenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız. Yücel Oğurlu, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usûlünde Re'sen Araştırma İlkesi", *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 75'inci Yıl Armağanı, Cilt:II, Sayı:2, Ankara, 1998. s.121vd. ;Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara, 2001. s.52vd.

⁴¹ Bahri Öztürk, "İstinaf Yargılamayı Yavaşlatır mı?", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:8, Ankara, Temmuz 2010. s.11.

Kural olarak davada işin esasına girilmesi suretiyle inceleme ve araştırmalar yapılması ve bunun sonunda yeniden bir karar verilmesi bakımından itiraz ve istinaf kanun yolları arasında bir ayrılığın olmadığı görülmektedir. İtiraz ve istinaf kanun yolları arasındaki temel ayrılık, itiraz incelemesi üzerine verilen nihai kararların kesin olmasına karşın, istinaf incelemesi üzerine verilen nihai kararlara karşı temyiz yolunun açık olmasıdır.

2.2.2. Temyize İlişkin Düzenlemeler

İstinaf sisteminin idari yargıda yapılandırılması, İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerinin de değiştirilmesini gerekli kılmaktadır. İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun temyiz yolunu düzenleyen 46.maddesi şu şekilde değiştirilebilir: *1.Danıştay dava daireleri ile bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi sonucunda verilen nihai kararları, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştay'da temyiz edilebilir. 2.Özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay dava daireleri ile bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi sonucunda verilen nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilir.* İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 46.maddesinde yapılması önerilen bu değişiklik 47.maddenin: *İdare ve vergi mahkemesi kararları temyiz edilemez* şeklinde değiştirilmesini de gerektirmektedir. Çünkü üç dereceli yargılama sistemine uygun olarak ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararları kural olarak istinaf yoluyla bölge idare mahkemelerinde incelenebilir. Bu kuralın istisnasını itiraz yolu teşkil edebilir, önerilen istinaf sisteminin bir gereği olarak idare ve vergi mahkemelerinin itiraz yolu açık olan kararlarına karşı ne istinaf yoluna ne de temyiz yoluna gidilmeyebilir, itiraz yolu sonucunda bölge idare mahkemesince verilen nihai kararlar yürürlükteki kanunda olduğu gibi kesin olabilir. Kısaca belirtmek gerekirse, önerilen bu sistemin bir gereği olarak idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının hiçbirini doğrudan temyiz incelemesine tabi olmayabilir. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalarda verilen nihai kararlar, dava konusuna göre Danıştay idari veya vergi dava daireleri kurullarında temyiz edilebilir. İlk derece mahkemesi kararı olarak doğrudan temyiz incelemesine tabi olan nihai kararlar

sadece Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği nihai kararlar olabilir.⁴²

⁴² Burada kısaca belirtmek gerekir ki, temyiz dilekçesine ilişkin hükümleri içeren İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 48.maddesi ve yine temyiz incelemesine ilişkin olan 49 ve 50. maddeleri de, istinaf kanun yolunun uygulanmasına yönelik olarak yeniden düzenlenebilir. Bu maddeler de yapılacak şekli düzenlemelerin önerilen sistemin işleminde yeterli olabileceği görülmektedir. *Temyiz dilekçesi madde 48*: 1.Temyiz istemleri Danıştay Başkanlığına hitaben yazılmış dilekçeler ile yapılır. 2.Temyiz dilekçelerinin 3.madde esaslarına göre düzenlenmesi gereklidir, düzenlenmemiş ise eksikliklerin on beş gün içinde tamamlanması hususu, kararı veren Danıştay veya *bölge idare mahkemesince* ilgiliye tebliğ olunur. Bu sürede eksiklikler tamamlanmazsa temyiz isteminde bulunulmuş sayılmasına Danıştay veya *bölge idare mahkemesince* karar verilir. 3.Temyiz dilekçeleri, ilgisine göre kararı veren *bölge idare mahkemesine*, Danıştay'a veya 4.maddede belirtilen mercilere verilir ve kararı veren *bölge idare mahkemesi* veya Danıştay'ca karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde cevap verebilir. Cevap veren, kararı süresinde temyiz etmemiş olsa bile düzenleyeceği dilekçesinde, temyiz isteminde bulunabilir. Bu takdirde bu dilekçeler temyiz dilekçesi yerine geçer. 4.Kararı veren Danıştay veya *bölge idare mahkemesi*, cevap dilekçesi verildikten veya cevap süresi geçtikten sonra dosyayı dizi listesine bağlı olarak, Danıştay'a veya Kurula gönderir. 5.Yürütmenin durdurulması isteği bulunan temyiz dilekçeleri, karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya ile birlikte, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar vermek üzere kararı veren *bölge idare mahkemesince* Danıştay Başkanlığına, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda, görevli dairece konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna gönderilir. Danıştay'da görevli daire veya kurul tarafından yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verildikten sonra tebligat bu daire veya kurulca yapılarak dosya tekemmül ettirilir. 6.Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamının ödenmemiş olması halinde kararı veren *bölge idare mahkemesi* veya Danıştay daire başkanı tarafından verilecek on beş günlük süre içerisinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, *bölge idare mahkemesi*, ilk derece mahkemesi olarak davaya bakan Danıştay dairesi, kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verir. Temyizin kanuni süre geçtikten sonra yapılması halinde de kararı veren *bölge idare mahkemesi*, ilk derece mahkemesi olarak davaya bakan Danıştay dairesi, temyiz isteminin reddine karar verir. *Bölge idare mahkemesinin* veya Danıştay dairesinin bu kararları ile bu maddenin 2.fıkrasında belirtilen temyiz isteminde bulunulmuş sayılmasına ilişkin kararlarına karşı, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. 7.Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olduğu, dilekçenin 3.madde esaslarına göre düzenlenmediği ve temyiz kanuni süre geçtikten sonra yapıldığı hususlarının dosyanın gönderildiği Danıştay'ın ilgili dairesi ve kurulunca saptanması hallerinde de 2 ve 6.fıkralarda sözü edilen kararlar daire ve kurulca verilir. *Kararın bozulması madde 49*: 1.Temyiz incelemesi sonunda Danıştay: a)Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, b)Hukuka aykırı karar verilmesi, c)Usûl hükümlerine uyulmamış olunması, sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar. 2.Temyiz incelenmesi sonunda karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise kararın düzeltilerek onanmasına karar verilir. 3.Kararın bozulması halinde dosya, Danıştay'ca kararı veren *bölge idare mahkemesine* gönderilir. *Bölge*

2.2.3. Yürütmenin Durdurulmasına ve Kararın Düzeltilmesine İlişkin Düzenlemeler

Yine üç dereceli olan istinaf yargılama sistemine uygun olarak İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 52 ve 54. maddelerinin de değiştirilmesi gerekebilir. Bu bağlamda 52.maddenin başlığı: *Temyiz, istinaf veya itiraz istemlerinde yürütmenin durdurulması* olarak belirlenebilir ve maddenin içeriği; *1.Temyiz, istinaf veya itiraz yoluna başvurulmuş olması, hakim, ilk derece mahkemesi, bölge idare mahkemesi veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Ancak, bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu ya da itirazı veya istinafı incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilir. Davanın reddine ilişkin kararların itiraz, istinaf ve temyiz incelemesine götürülmesi halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi 27.maddede öngörülen koşulun varlığına bağlıdır. 2.İptal davalarında teminat istenmeyebilir. 3.İdareden ve adli yardımdan yararlananlardan teminat alınmaz. 4.Kararın bozulması, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur şeklinde düzenlenebilir. Kanaatimizce çalışmadaki istinaf sisteminin bir gereği olarak idari yargıya ilişkin kanunlarda önerilen şekli madde değişikliklerinde, yürürlükteki kanunlardan bu anlamda bir farklılığı olmadığı için, ayrıca açıklama yapılması gerekmemektedir.*

Kararın düzeltilmesi kanun yolunu düzenleyen İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 54.maddesi ise istinaf sisteminin getirilmesiyle birlikte kaldırılabilir. Belirtmek gerekirse, istinaf mahkemelerinin bulunmaması nedeniyle kendine özgü bir kanun yolu olarak yargılama

idare mahkemesi, dosyayı diğer öncelikli işlere nazaran daha öncelikle inceler ve varsa gerekli tahkik işlemlerini tamamlayarak yeniden karar verir. 4.Bölge idare mahkemesi bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebilir. İsrar kararının ilgili tarafından temyizi halinde, dava, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenir. Danıştay'ın ilgili dava dairesinin kararı uygun görülürse bölge idare mahkemesinin kararı bozulur; aksi halde onanır. Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulması zorunludur. 5.Kararların kısmen onaylanması ve kısmen bozulması hallerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir. 6.Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelenmesinde de bu maddenin 4.fıkrası hariç diğer fıkraları kıyasen uygulanır. Temyizen verilen karar üzerine yapılacak işlem madde 50: Temyiz incelemesi sonucunda verilen karar, dosyayla birlikte karar veren bölge idare mahkemesine veya Danıştay dairesine gönderilir. Bu karar, dosyanın bölge idare mahkemesine veya Danıştay dairesine geldiği tarihten itibaren yedi gün içinde taraflara tebliğ edilir.

sistemine getirilmiş olan *kararın düzeltilmesi* kurumunun kaldırılması, istinaf mahkemelerinin davaları uzatacağı yönünde yapılan eleştirileri azaltmak açısından olumlu olabilir.⁴³ Benzer şekilde, adli yargı sistemine bölge adliye mahkemelerinin ve istinaf kanun yolunun getirilmesi ile, karar düzeltme müessesesi kaldırılmıştır.

2.3. Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'da Yapılması Önerilen Düzenlemeler

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (mad.45) idare ve vergi mahkemelerinde tek hakimle verilen nihai kararlara karşı itiraz kanun yolunun öngörülmüş olması Danıştay'da bu kararların temyiz edilemeyeceği anlamına gelmektedir ki bu durum Danıştay'ın iş yükünü hafifletmektedir. İdari yargıda istinaf sisteminin getirilmek istenmesinin temel amaçlarından birisi de Danıştay'ın iş yükünün azaltılmasını sağlamaktır. İdare ve vergi mahkemelerinde tek hakimle görülecek davalarda ise uyuşmazlık miktarı belli bir bedeli aşmayan davalar olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla tek hakimle görülecek davalarda uyuşmazlık miktarının artırılması gerekir. Bu değişiklik önerisi istinaf sisteminin amacıyla da örtüşmektedir. Bu bağlamda Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 7.maddesi: 1. *Uyuşmazlık miktarı elli bin lirayı aşmayan; a) Konusu belli parayı içeren idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları, b) Tam yargı davaları, idare mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir.* 2. 6.maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri elli bin lirayı aşmayan davalar, vergi mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir şeklinde yeniden düzenlenebilir.

3. Sonuç

Çalışmada önerilen istinaf sistemi, üç dereceli olan istinaf sistemiyle yürürlükte olan iki dereceli idari yargı sisteminin karması olarak

⁴³ Yılmaz, *age*, s.98.

nitelendirilebilecek bir sistemdir. Üç dereceli olan istinaf yargılama sistemi, ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemelerinin itiraz yoluna başvurulamayan nihai kararlarının bölge idare mahkemelerinde ikinci derece olan istinaf yoluyla bir kez daha incelenmesine olanak sağlayacaktır. Bölge idare mahkemelerinin istinaf yoluyla yaptığı inceleme sonucunda verdiği nihai kararlara karşı da nihayet üçüncü derece olarak Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilecektir. Kısaca belirtmek gerekirse, üç dereceli yargılama sistemiyle adil yargılamanın gerçekleşmesi, doğru ve isabetli kararlar verilebilmesi ve en önemlisi olarak da kişi haklarının korunması daha güvenceli hale gelebilir.

Bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin sayısı arttırılmak koşuluyla, idare ve vergi mahkemelerinin verdiği nihai kararlardan bölge idare mahkemelerinde itiraz yolu açık olanlarının sayısının arttırılması ve Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davaların sayısının azaltılması, Danıştay'ın iş yükünü hafifletebilir, içtihat mahkemesi olarak yol gösterici ve nitelikli kararlar vermesini sağlayabilir.

Kanaatimizce Fransa'da yer verilmiş olan uzmanlaşmış idare mahkemeleri sisteminin oluşturulmasına kanaatimizce gerek yoktur çünkü ülkemizdeki idari yargı mahkemeleri alanında uzmanlaşmıştır. Ancak idari yargının ilk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemeleri her ilde olacak şekilde örgütlenebilir. Bölge idare mahkemelerinin sayısı arttırılabilir. Böylece her bir mahkemeye düşen iş yükü hafiflemiş olur. Bu durum hızlı ve doğru kararlar verilmesi de sağlayabilir.

İstinaf sistemi, davaların hızlı ve adil bir şekilde sonuçlandırılmasında tek başına yeterli olmayacaktır. Kamu idare, kurum ve kuruluşlarının işlem ve eylemleri, idari yargıdaki uyuşmazlıkların temel uğraş alanıdır. İdari yargıda davaların hızlı ve adil bir şekilde sonuçlandırılabilmesi bakımından, idari yargı ilk derece mahkemelerinde açılan dava sayısı da azaltılmalıdır. Bunu sağlamak için, kamu idare, kurum ve kuruluşlarının karar alma sürecine ilişkin usûller ile bu süreçten kaynaklanan uyuşmazlıkların idari dava yoluna gidilmeden arabulucu, uzlaştırıcı ve kamu denetçisi gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını öngören genel bir idari usûl kanununun bir an önce yürürlüğe konulması gerekmektedir.

TBMM’de kurulan idari yargı komisyonu, idari yargı sisteminin yeniden yapılandırılması konusunda çalışmalarına başlamıştır ve çalışmalarının sonucunda, başta Danıştay Kanunu, İdari Yargılama Usûlü Kanunu ve Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun olmak üzere idari yargı sistemine ilişkin bazı düzenlemelerin değiştirilmesi söz konusudur. Bu çalışmadaki değerlendirmeler, idari yargı sisteminde yapılabilecek değişiklikler bakımından, komisyon çalışmalarına az da olsa katkı sağlayabilir.

KAYNAKLAR

- Ahmet Akbaba, “İdari Yargıda Kanun Yolları ve İstinaf”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı:43, Ankara, Mart, 2010.
- Ali Rıza Çınar, “İstinaf”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:8, Ankara, Temmuz 2010.
- A. Nâdi Günal, *Roma Medeni Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitapevi, 14.Baskı, Ankara, 2001.
- A. Şeref Gözübüyük - Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usûlü*, Turhan Kitapevi, 2.Baskı, Ankara, 1999.
- A. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C.I, Turhan Kitapevi, Ankara, 1998.
- A. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, C.II, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003.
- Bahri Öztürk, “İstinaf Yargılamayı Yavaşlatır mı?”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:8, Ankara, Temmuz 2010.
- Bâki Kuru, “İstinaf Mahkemeleri Kurulurken”, *Adalet Dergisi*, Yıl:54, Sayı:5-8, Ankara,1963.
- Bâki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, Demir Yayınları, 6.Baskı, İstanbul, 2001.

- Bâki Kuru - Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz, *Medeni Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara, 1995.
- Bâki Kuru - Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Cenk Akil, *İstinâf Kavramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Ejder Yılmaz, *İstinâf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Faruk Erem, "İstinâf Mahkemeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.VII, Sayı:12, Ankara, 1950.
- Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinâf ve Tekrar Kabulü Sorunu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Hukuku*, Değişim Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, Eylül 2003.
- Haluk Konuralp - Emel Hanağası, "Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinâf Yolu", *Mahalli İdarelere Hizmet Dergisi Aylık Yayını (MİH-DER)*, Sayı:1, Ankara, 2007.
- H. Yavuz Alangoya, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.
- Kâmil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinâf*, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- Kâmil Yıldırım, "Kanun Yolu Olarak İstinâf", *Türkiye Barolar Birliği-İstinâf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı*, Ankara, 7-8 Mart 2003.
- Lutfi Duran, "İdari Yargı Adlileşti", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Sarıca'ya Armağan, C.3, S.1-3, İstanbul, 1982.
- Nevhis Deren Yıldırım, "Teksif İlkesi Açısından İstinâf", *Türkiye Barolar Birliği-İstinâf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı*, Ankara, 7-8 Mart 2003.
- Ömer Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, Doktora Tezi, İstanbul, 1978.
- Ramazan Çağlayan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2002.

- Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara, 2001.
- Sait Güran, *Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme*, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1977.
- Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt:I-II, Nesil Matbaacılık, 7.Baskı, İstanbul, 2000.
- Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3.Baskı, C.III, Hak Kitapevi, İstanbul, 1966.
- Süha Tanrıver, "Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)*, Cilt:XVIII, Sayı:1-2, Ankara, 1995.
- Şehnaz Gençay Karabulut, "Fransa'da İdari İstinaf Mahkemelerinin Kararlarına Karşı Temyiz Başvurusu ve İncelenmesi", http://www.danistay.gov.tr/2-FRANSADA_idari_istinaf.htm, Erişim Tarihi:29.03.2010.
- Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü*, http://www.tdk.gov.tr/genel_sozluk.htm, Erişim Tarihi: 22.06.2011.
- Yücel Oğurlu, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usûlünde Re'sen Araştırma İlkesi", *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 75'inci Yıl Armağanı, Cilt:II, Sayı:2, Ankara, 1998.
- Zehreddin Aslan - Kahraman Berk, *İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002.
- Zuhal Bereket Baş, "İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu", *Danıştay Dergisi*, C.27, S.11, Ankara, 1996.

GEÇERLİ BİR TAHKİM ANLAŞMASININ VARLIĞINA RAĞMEN GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİP YAPILABİLİR Mİ?

COULD AN ORDINARY EXECUTION PROCEEDINGS WITH
ATTACHMENT BE TAKEN DESPITE THE EXISTENCE OF A VALID
ARBITRATION AGREEMENT?

Ali YEŞİLIRMAK*

Özet: Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen bu anlaşmanın taraflarından birinin uyuşmazlıkla ilgili olarak genel haciz yoluyla takip yapıp yapamayacağı ve böyle bir takip yapılırsa icra inkâr tazminatı istenip istenemeyeceği hususları kanunlarımızda açıkça düzenlenmemiştir. Konuya ilişkin olarak doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler savunulmuştur. Konunun incelenmesi için öncelikle tahkim anlaşmasının hükmü ile itirazın kesin ve geçici kaldırılması ve itirazın iptali davasının niteliğine değinilmiş; daha sonra bu incelemeler ışığında, tahkim ve genel haciz yoluyla takip kurumları birlikte değerlendirilip doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında konu irdelenmiştir.

Anahtar sözcükler: tahkim, genel haciz yoluyla takip, tahkim anlaşmasının hükmü, itirazın kaldırılması, itirazın iptali, icra inkâr tazminatı.

Abstract: The issues of whether or not a party to a arbitration agreement, despite the existence of a valid arbitration agreement, could initiate a general execution proceedings without judgment in respect of the dispute at hand and, if so, whether or not a compensation for execution and denial could be sought are not dealt with in any laws. There are conflicting scholarly views and court decisions on the issue. In order to examine those issues, initially, the effect of arbitration agreement, the nature of the suits for lifting of objection to general execution proceedings are handled; then, the subjects are evaluated in light of scholarly views and court decisions, and in consideration with both arbitration and general execution proceedings.

Key words: arbitration, general execution proceedings without judgment, effect of arbitration agreement, lifting of general execution proceedings without judgment, cancellation of objection, compensation for execution and denial.

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Bu çalışmanın taslaklarını okuyarak görüşlerini benimle paylaşan Hocalarım Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Ali Cem Budak ve Prof. Dr. Muhammet Özkes'e teşekkür ederim. Metnin sorumluluğu elbette yazarına aittir.

Giriş

Alacaklı ile borçlu arasındaki tahkim anlaşmasının genel haciz yoluyla takip üzerinde etkilerine ilişkin açık bir düzenleme, konuya ilişkin İcra ve İflâs Kanunu ("İİK"), Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ("HUMK"), Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ("MTK") yer almamaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ("HD") önüne gelen bir olayda tahkim anlaşmasına rağmen ilâmsız icra takibi yapılabileceği ve bu takip üzerine itirazın iptali davasının hakemde görülebileceğine karar vermiştir.

15. HD kararına konu olayda¹, davacı ve davalı arasında sözleşmenin haksız feshi ve tazminat talebi ile önce bir takip yapılmış; bu takibe itiraz üzerine de, davacı taraf, itirazın iptali ve icra ve inkâr tazminatı talebi ile taraflar arasındaki sözleşmedeki tahkim şartı sebebi ile tahkime gitmiştir. Tahkim kurulu, HUMK'nun 519 ve devamı maddelerine göre oluşturulmuş ve ardından itirazın iptali ile icra ve inkâr tazminatı konularında karar verme yetkisinin olmadığı kanaati ile davayı alacak davası olarak görmüştür. 15. HD, öncelikle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 28.01.1994 gün 1993/4 E. 1994/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri takdirde, buna aykırı karar verilmesinin temyiz nedeni oluşturacağı tespitini yapmıştır. Bu tespiti dayanan 15. HD, hakem kararının esasını inceleme altına alarak, davacının temyiz itirazlarından bir kısmını dikkate alıp eksik inceleme sebebiyle kararı bozmuştur. Bozma kararında şu gerekçelere dayanılmıştır:

(a) Davalı şirketin ortakları arasında yapılan pay devri, tarafların arasında yapılan sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinden davacı şirket fesihte haklı görülmüş ve davacı şirketi fesihte haksız bulan hakem kararının ilgili kısmı bozulmuştur.

(b) 15. Dairenin yerleşmiş uygulamasına dayanak gösterilerek hakemlerin açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkâr tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkili olduklarından bahisle hakem kararı bozulmuştur.

¹ 15. HD, 3.4.2008, 262/2138 (Kazancı İçtihat Bankası). Bu çalışmada kararlara yapılan yollamada tarihten sonra belirtilen ilk numara esas numarasını, ikinci numara ise karar numarasını ifade etmektedir.

Bu karar uygulamamızda ve doktrinde pek az yer bulan ve tartışılan şu soruları akla getirmektedir:

- a) Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ilamsız icra takibi yapılabilir mi?
- b) İlamsız icra takibi yapılabilirse takibe itiraz üzerine itirazın kaldırılması veya itirazın iptali hangi mercide istenecektir: Hakemde mi mahkemede mi? Bu durumda hakem, icra inkâr tazminatına hükmedebilir mi?

A. Tahkim Anlaşmasına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?

İİK'na göre, para ve teminat alacaklarına ilişkin olarak genel haciz yoluyla icra takibi yapılabilir. Uyuşmazlığın tahkimde (veya hakemde) çözüleceği kararlaştırılmış olması halinde para ve teminat alacağı için genel haciz yoluyla icra takibi yapılabilir mi? Bu sorunun cevabı ne İİK'nda ne de konuyla ilgili olabilecek HUMK, HMK ve MTK'nda mevcuttur.

I. Tahkim Anlaşmasının Hükümü

Tahkim anlaşmasının hükümü (etkisi), bu anlaşma kapsamına giren bir uyuşmazlığa ilişkin cebri icraya (veya mahkemeye) başvurulduğunda önem arz edeceğinden öncelikle bu husus açıklanmalıdır. Tahkim anlaşmasının hükümüne ilişkin olarak beş ayrı düzenleme dikkate alınmalıdır.

Tahkim anlaşmasının hükümü (etkisi) ile ilgili olarak HUMK 519. maddesi şu düzenlemeyi getirmektedir:

“Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilâflar mahkemece, seri usulü muhakeme ile hallolunur.”

Bu hükme göre, HUMK kapsamına giren uyuşmazlıklarda, yani iç tahkimde²; uyuşmazlığın hakemde çözümlenip çözülemeyeceği hususu ihtilaf konusu ise, bu ihtilaf hakkında mahkeme karar verir. Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmış ise, tahkim itirazında bulunmak gerekir. Bu itiraz

² Yani tahkim yeri Türkiye olup HUMK'na göre yürütülen tahkim.

genel olarak ilk itirazlardan sayılmayıp “esasa ilişkin bir savunma vasıtası” olarak değerlendirilmektedir³. Bu görüşe göre, ilk itirazlardan farklı olarak tahkim itirazı, esasa cevap süresi geçtikten sonra dahi ileri sürülebilir. Bu takdirde karşı taraf tahkim itirazına muvafakati olmadığını belirtmez ise, savunmanın genişletilmesini zımmen kabul etmiş sayılır. Mahkeme tahkim itirazını incelemeye geçip bu itirazı haklı bulursa davayı reddeder⁴.

HUMK yerine kabul edilen ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan (HMK m. 451) HMK’nun 519. maddesine göre:

“(1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder.

(2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir.”

HMK, HUMK gibi iç yani milli tahkime uygulanacaktır⁵. HMK, tahkim itirazının bir ilk itiraz olduğunu ve geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması halinde, açılan davanın tahkim itirazı üzerine usulden reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemesi bir ön inceleme yani *prima facie* inceleme olmalıdır⁶. Tahkim yargılamasının tahkim itirazının yapılmasından olumsuz olarak etkilenmemesi için de tahkim itirazının tahkim yargılamasına engel olmayacağı ifade edilmiştir.

³ Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, İstanbul 2001, C. VI, s. 5968 (“Usul”). Bkz. ayrıca, 15. HD, 18.4.1988, 1470/1534 (YKD 1988/10, s. 1412-1413); 11. HD, 4.10.2004, 189/9234 (YKD 2005/3, s. 212-214). Tahkim def’inin ilk itiraz olması gerektiği konusunda bkz., örneğin, Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s. 952 (“Yargılama”); Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 605.

⁴ Kuru, Usul, C. VI, s. 5968- 5969. Esasa cevap süresi geçtikten sonra tahkim itirazının hangi hallerde kabul edileceğine ilişkin, bkz., *id.*, s. 5973-5977.

⁵ Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru olmayan hallerde tahkime uygulanacaktır. HMK m. 407.

⁶ Bkz. örneğin Yeşilırmak, A., *Türkiye’de Ticari Hayatın Korunması ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul 2011, s. 82-84.

MTK'nun 5(1). maddesi ise, milletlerarası tahkim açısından tahkim anlaşmasının olumsuz etkisine ilişkin şu düzenlemeyi getirmektedir:

“Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.

Yani MTK'nun kapsamına giren⁷ uyuşmazlıklarda, tahkim itirazının yapılması üzerine mahkeme geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit ettiği halde itirazı kabul edip açılan davayı usulden reddedecektir. MTK, davanın usulden reddi için “mahkeme”de bir “dava”nın açılmasından bahsetmektedir. Kanun, yapılan itirazı HUMK'nda yer alan ilk itirazlara ilişkin hükme tâbi tutmuştur. Bunun sonucu olarak, tahkim itirazı davanın esasına girilmesine engel teşkil eder⁸. İlk itirazlar (dava engelleri), davanın başında; cevap dilekçesinde esasa girme-

⁷ MTK m. 1:

“Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

diyerek MTK'nun hangi hallerde uygulanacağını belirtmiştir. Yine MTK'nun 2. maddesi yabancılık unsurunu şu şekilde tanımlamıştır:

“Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.
2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;
 - a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,
 - b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması.
3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.
4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.
21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.”

MTK'nun kapsamına ilişkin açıklamalar için bkz. örneğin Akıncı, Z., Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara 2007, s. 55-77.

⁸ HUMK m. 187; HMK m. 117(3). Bkz. örneğin Pekcanitez H./Atalay O./Özkes, M., *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2010, s. 350.

den önce ileri sürülmelidir⁹. Mahkeme, ilk itiraza ilişkin incelemeyi ön yani *prima facie* inceleme şeklinde yapmalıdır¹⁰.

MTK'nun 5. maddesi hükmü, tahkim yeri Türkiye dışında olsa dahi uygulanır (MTK, m. 1(3)). Ancak, tahkim yerinin yurt dışında olması halinde, kapsamına giren¹¹ uyuşmazlıklar için, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin¹² ("New York Andlaşması") 2. maddesinin MTK'nun 5. maddesine göre öncelikle uygulama alanı bulacağı açıktır (MTK m.1(6)). New York Andlaşması'nın 2(3). maddesine göre:

"Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı mânâda anlaşma akdettikleri bir meseleye taallûk eden ihtilâfına vaziyed ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder."

Bu durum karşısında tahkim itirazı her halde süreye bağlı olmaksızın, ancak dürüstlük kuralını da ihlal etmeden ileri sürülebilecek ve bu halde de mahkeme tarafları tahkime sevkedecektir¹³.

Yine, kapsamına giren konularda¹⁴ ve üye ülkeler¹⁵ arasında, 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Cenevre-Avrupa Sözleşmesinin¹⁶ ("Avrupa Tahkim Sözleşmesi") VI. maddesi de MTK'na göre öncelikle uygulanacaktır:

(1) Hakemlik anlaşması akdenlerden birisinin müracaatı üzerine ortada

⁹ HUMK m. 189(1); HMK m. 118(1). Bkz. örneğin Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 350.

¹⁰ Yeşilirmak, s. 82-84; Yeşilirmak, A./Süral, C., "Timing of Examination by Courts in respect of Arbitral Jurisdiction under Turkish Law" in: *Festschrift in Honour of Bernd von Hoffmann* (Ocak 2012'de yayımlanacaktır). Karşı görüş için bkz. örneğin Yeşilova, B., "Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine - Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak - Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)" in: *Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. I; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2009, C. 11, s. 799-810.

¹¹ Bkz. New York Andlaşması m. 1. Andlaşma'ya üye devletler için bkz. <www.uncitral.org>.

¹² RG, 25.9.1991-21002.

¹³ Bu konuda bkz. örneğin Van Den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention*, Deventer 1981, s. 122 vd.

¹⁴ Bkz. Avrupa Tahkim Sözleşmesi m.1.

¹⁵ Sözleşme'ye üye ülkeler için bkz. <www.uncece.org>.

¹⁶ RG, 25.9.1991-21002.

hakemlik anlaşması mevcut olduğu iddiasıyla işe vaziyet eden muhake-meye karşı davalı tarafından öne sürülebilecek salahiyetsizlik def'i, işe va-ziyet eden mahkeme kanununun salahiyetsizlik def'in, usule veya esasa müteallik bir mesele telakki etmesine göre, hakkın düşmesi müeyyidesi altında, esasa iddia müdafaaadan evvel veya bununla birlikte öne sürül-mek lazımdır.

...

(3) *Eğer âdlî mahkemelere herhangi bir müracaat yapılmadan evvel taraf-lar arasındaki ihtilafın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihti-lafın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvurulmuş Akit Devlet adlî mahkemeleri ciddi sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin salahiyeti hakkında karar ittihazi hususunu hakem kararı-nın verildiği ana kadar talik edeceklerdir.*

Avrupa Tahkim Sözleşmesi'nin VI. maddesinin 1. fıkrasına göre, tahkim itirazında bulunacak taraf, bu itirazını esasa ilişkin savunma-sını yapmadan önce ileri sürmelidir¹⁷. Öte yandan, aynı maddenin 3. fıkrasına göre, hakemde görülmekte olan bir uyuşmazlığa ilişkin mah-kemeye başvurulur ise, mahkeme hakemin yetkisi konusundaki kara-rını nihai hakem kararının verilmesine kadar erteleyecektir.

II. Mahkeme Kararları

Genel haciz yoluyla takibin tahkim şartına rağmen yapılıp yapı-lamayacağı konusunda Yargıtay kararlarında iki farklı görüş ortaya konulmuştur. Her iki görüş de HUMK'na tâbi iki ayrı tahkim anlaşma-sına ilişkin inceleme yapılırken ortaya konulmuştur. 19. HD, tahkim anlaşmasının varlığı halinde takip yapılamayacağını alacaklının tahsil davası açması gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁸. Benzer şekilde, 13.

¹⁷ Pointet, J.P., "The Geneva Convention On International Commercial Arbitration" in: *International Commercial Arbitration - A World Handbook*, La Haye 1965, s. 283. Avrupa Tahkim Sözleşmesi hakkında ayrıca bkz. Yılmaz, E., "Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler-Bir Yorum" in: *Avrupa-Cenevre/New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, Ankara 1991, s. 16 vd. ("Cenevre Sözleşmesi"); Nomer, E./Ekşi, N./Öztekin-Gelgel, G., *Milletlerarası Tahkim Kanunu*, C. I, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 47-48.

¹⁸ 19. HD, 14.12.2000 5610/8669 (Hukukturk). Bkz. ayrıca örneğin 19. HD, 14.12.2000, 5610/8669 (Uyar, T., *İcra Ve İflas Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2005, C. IV, s. 4854-

HD, sözleşmenin her iki yanı tahkim şartından vazgeçmedikçe icra takibi yapılamayacağına; yapılan icra takibinin de haksızlığına karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁹.

Buna karşılık, 12. HD, taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin bulunmasının icra takibinde bulunmaya engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir²⁰. Bu kararı destekler şekilde, 12. HD bir başka olayda şu şekilde karar vermiştir²¹:

“Her ne kadar yönetim planındaki ‘tahkim şartı’ itiraz üzerine tetkik merciiinde incelenip karara esas alınabilir ise de, borçluların bu yöne ilişkin bir itirazları mevcut bulunmadığından, mercice kendiliğinden incelenip karara dayanak yapılması yerinde değildir”.

Benzer şekilde, 11. HD navlun sözleşmesinden doğan alacağa ilişkin yapılan takip sonucu hakemde açılan itirazın iptali davasına ilişkin icra inkâr tazminatına hükmedilen hakem kararının iptali için temyiz edilen bir davada verdiği kararda “hakemlerin itirazın iptali davalarında icra inkâr tazminatına karar verebilmelerinin mümkün ...” olduğunu açıkça belirtmiştir²².

Yargıtay daireleri arasındaki konuya ilişkin görüşler arasındaki çelişkinin bir içtihadı birleştirme kararı ile giderilmesi önerilmiştir²³.

4855) (mahkeme tahkimde itirazın iptali davası açılmayacağı; tahkimde açılacak davanın “tahsil davası” olarak görülüp sonuçlandırılması gerektiğine karar vermiştir.). Bkz. ayrıca 19. HD, 14.12.2000, 5610/8669 (Kazancı İçtihat Bankası): (“Davacı haciz yoluyla ilamsız icra takibine geçmiş, davalı uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin kararlaştırıldığını bu nedenle icra takibine girilemeyeceğini belirterek takibe itiraz etmiştir. Bu durumda davacı, hakem de itirazın iptali davası açamaz. Ancak usul ekonomisi de dikkate alınarak hakemde açılan davanın tahsil davası olarak görülüp sonuçlandırılması mümkündür....”).

¹⁹ 13. HD, 3.11.1978, 4625/4623 (Yasa 1979/6, s. 931).

²⁰ 12. HD, 27.2.1990, 8745/1848 (Uyar, İİK Şerhi, C. IV, s. 5937).

²¹ 12. HD, 9.11.1987, 14663/11370 (Uyar, İİK Şerhi, C. IV, s. 5938). Yine 12. HD, 9.11.1987, 14663/11370 sayılı Kararına ilişkin yazılan karşı oy yazısı şu şekildedir: “İlamsız takip, bir hak arama yoludur. Hak arama özgürlüğü Anayasal bir hak olarak, Anayasal çerçevede ve ancak kanunla sınırlanabilir. Tahkim sözleşmesi ya da şartı ilamsız icra takibi yolunu kapamayacağı gibi hakemi, İcra ve İflâs Kanunu’nun 4. maddesinde belirli tetkik mercii hakiminin yerine ikame edemez. Yönetim planında yer alan tahkim şartı, HUMK’nun 518. maddesi karşısında icra yetkisinin kullanıldığı alanda geçerli olamaz. Tetkik mercii kararının bu nedenlerle bozulması gerektiği görüşü ile çoğunluğun gerekçesine katılamamaktayım.” (Uyar, İİK Şerhi, C. IV, s. 5938).

²² 11. HD, 1.4.2002, 10258/3443 (LegalBank). Bkz. ayrıca 11. HD, 25.9.2001, 4800/7167 (LegalBank).

²³ Hakan Pekcanitez, 15.3.2011 tarihli Mütalâa (yayımlanmamıştır).

III. Öğretideki Görüşler

Konuya ilişkin öğretideki görüşler de iki farklı yöndedir: Kuru, “[t] ahkim sözleşmesi, tarafların mahkemede dava açmasını önler. İlamsız icra takibi bir dava olmadığından, alacaklının, tahkim sözleşmesine rağmen ilamsız icra takibi yapılabileceği” fikrindedir²⁴. Bundan hareketle, Kuru, itirazın iptali davasının sadece mahkemede açılması gerektiğini belirtmiştir²⁵. Şanlı da aynı fikirdedir²⁶:

“Cebri İcra Hukukunun bir parçası ya da devamı sayılan icra takiplerine ve takibe itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması davalarına tahkim anlaşması engel değildir. Bu tür dava ve takiplerde, tahkim anlaşması Türk icra dairelerinde takip yapılmasına veya takibe itiraz halinde itirazın kaldırılmasına engel değildir.”

Buna karşılık, Yeşilova görüşünü şu şekilde ifade etmiştir²⁷:

“... madem ki tahkim anlaşmasıyla taraflar arasındaki uyumsuzluğun esası üzerinde yapılacak yargılama faaliyeti yönünden devlet yargısı (sadece mahkemeler değil) devre dışı bırakılmaktadır; şu hâlde, Türk hukuku yönünden artık, tahkim anlaşmasına rağmen, ilk bakışta ve özellikle düzenlendiği yer itibarıyla bir cebri icra müessesesi olarak görülen ve fakat aslında, ağırlıklı olarak para alacaklarının varlığının-yokluğunun yargılama konusu edildiği, ilamsız icra-iflas takiplerinin de mümkün olmaması gerekir.”

Dayınlarlı da geçerli tahkim anlaşmasının varlığı haline cebri icra yoluna başvurulamayacağı görüşündedir²⁸.

Yavuz’a göre, tahkim anlaşmasına rağmen genel haciz yoluyla takip yapılabilir; ancak itiraz üzerine duran takibe karşı itirazın iptali davasının tahkimde açılmaz²⁹.

²⁴ Kuru, Usul, s. 5981.

²⁵ *Id.* s. 5982. İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ilamsız icra yapılabileceği ancak itirazın iptali veya kaldırılmasının tahkimde istenemeyeceği çünkü bu usullerin tahkime elverişli olmadığı hem doktrinde hem de yargı kararlarında açıkça kabul edilmiştir. Hakan Pekcanitez, 15.3.2011 tarihli Mütalâa (yayımlanmamıştır).

²⁶ Şanlı, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 238, dipnot 237ff.

²⁷ Yeşilova, s. 534.

²⁸ Dayınlarlı, K., *HUMK’da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim*, 2. baskı, Ankara 2004, s. 66.

²⁹ Yavuz, N., *İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası*, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 98.

Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes ise tahkim anlaşmasına rağmen alacaklının genel haciz yoluyla takip yapabileceği fakat duran takibe devam edebilmek için itirazın iptali davasının hakemde açılması gerektiği görüşündedir³⁰.

Deynekli/Kısa da itirazın iptali davasının tahkimde açılması halinde bazı sorunların çıkabileceğine dikkat çekmektedir³¹.

Karşlı ise, tahkim anlaşmasının ilamsız icra takibi yapılmasına engel olmayacağını ancak itiraz üzerine itirazın iptali davasının mahkemede açılması halinde bu davada tahkim itirazının ileri sürülebileceğini belirtmiştir³².

Huysal da, itirazın iptali davasının tahkime elverişli olduğunu yani tahkimde açılabilmesini bu hususun da “tahkim sözleşmesinin taraflar için bağlayıcılığının teminatını” oluşturduğunu ifade etmiştir³³.

Kanımızca, İİK, taraflara genel haciz yoluyla takip yapmak konusunda bir hak verdiğine ve bu hakkın, tahkim anlaşması bulunması halinde kullanılmaması gerektiği yönünde bir sınırlama getirmediğine göre, tahkim ve genel haciz yoluyla icra kurumlarını mümkün olduğunca birlikte kullanmak; ancak nitelik itibarı ile birisini diğerine tercih etmek gerektiğinde, hukukumuzda genel ilke olarak kabul gören irade serbestisi ilkesine üstünlük tanıyarak tahkim yolunu tercih etmek yerinde olacaktır. Buna göre:

1) Takip borçlusunun bir muhalefeti bulunmadığı takdirde, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen genel haciz yoluyla takip yapılabilir; ancak ödeme emrine itiraz halinde uyuşmazlığın çözümü için tahkim tercih edilmelidir.

2) Öte yandan, tahkim anlaşması, davalının muhalefeti halinde, davaya devam edilmesini engellediğine göre, itiraz halinde evleviyetle genel haciz yoluyla takip yapılmasını da engelleyebilmelidir. Aksi bir düşünce, tahkim anlaşması yapma amacını ve bu anlaşmanın etkisini tamamıyla geçersiz kılar.

³⁰ Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin-Özkan, M. /Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2010, s. 148.

³¹ Deynekli, A./Kısa, S., *İtirazın İptali Davaları- İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı*, 2. Bası, Ankara 2005, s. 85-86.

³² Karşlı, A., *İcra Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2010, s. 404.

³³ Huysal, B., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul 2010, s. 291.

İlamsız icra yoluna, tahkim anlaşmasına dayanarak karşı koymak isteyen borçlu, eğer şartları ve sebepleri varsa, (İİK m. 16 vd. hükümlerine göre) şikâyet yoluna başvurabilir. Bu şikâyet süresiz değil, süreye tabi olmalıdır. Zira gerek HUMK'nda ve HMK'nda gerekse MTK'nda tahkim itirazı süreli olarak kabul edilmiştir. Bu ilkeye paralel olarak şikâyetin de süreye tabi olmasını kabul etmek kanunun amacına uygun olacaktır.

B. İtirazın Hükümden Düşürülmesi için Başvurulması Gereken Mercî Hangisidir?

Madem ki tahkim anlaşması genel haciz yoluyla takip yapılmasını engellemektedir, o takdirde takibe itiraz halinde bu itirazın düşürülmesi için hangi mercîye başvurulması gerekir sorusuna da cevap aranmalıdır. Zira, yukarıda açıklandığı üzere, tahkim anlaşmasının da bir etkisinin olması gerekir. Bu durumda itiraz halinde duran takibe devam edebilmek, yani itirazı hükümden düşürmek için hakeme gidilebilir mi sorusuna cevap aramak gerekli olmaktadır.

I. İtirazın İptali

İtirazın iptali, İİK'nun 67. maddesinde düzenlenmiştir:

“Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.

Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir.

...

Birinci fıkrada yazılı itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkı saklıdır.”

İtirazın iptali davasının niteliği, bu davanın hakemde görülüp görülemeyeceği konusunda belirleyici olacaktır.

1. İtirazın İptali Davasının Niteliği

İtirazın iptali davasının niteliği konusunda, ne Yargıtay kararlarında ne de öğretide görüş birliği vardır. Görüş ayrılıklarının temel nedeni, mehzaz İsviçre Kanunu'ndan farklı olarak³⁴, özellikle 1940 ve 1965 yıllarında³⁵ İİK'nda yapılan değişikliklerdir. İtirazın iptali davasının niteliği, 1970 yıllardan beri öğretide tartışmalara konu olmaktadır. Bu tartışmaları genel olarak üç guruba ayırmak mümkündür:

a) Pekcanitez'e göre³⁶:

“... itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir davadır. Bu davanın eda davasından farklı olarak, bir yıllık süre içinde açılması ve davanın sonunda haksız çıkan tarafın inkâr tazminatına mahkûm edilmesi söz ko-

³⁴ İsviçre hukukunda itirazın iptali ve kaldırılması kurumları hukukumuzdan farklı bir düzenlemeye tabidir. Bkz. Yılmaz, E., “İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği” in: Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 605 (“İtirazın İptali”); Budak, A. C., *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 88. İİK'nda mehzaz Kanundan ayrılma sebepleri teorik olmaktan çok “... takiplerin hızlandırılması ve alacaklıların kötüniyetli borçlulara karşı himayesinden ibaret pratik düşüncelere dayanmaktadır.” Budak, s. 195.

³⁵ 3890 sayılı Kanun ile 1940 yılında İİK'nda yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin değerlendirmesi için bkz., örneğin, Leeman, H., “Türkiye’de İcra ve İflas Dairelerinin Yeniden Tanzim ve Tenkisine Dair Adliye Vekâletine Takdim Edilen Rapor”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl 12, S. 11, İkinci Teşrin, 1938, s. 645-647; Umar, B., *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973, s. 148-153 (“Tarihi Gelişim”); Belgesay, M. R., “Profesör Leeman Tarafından İcra ve İflas Kanunu Tadili Hakkında Adliye Vekâletine Verilen Rapora Dair Mütalaa”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. V, 1939, s. 36-50. İİK'nun 67. maddesinde 538 sayılı ve 1965 tarihli değişikliklerin değerlendirilmesi için bakınız, örneğin, Çağa, T., “Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair”, *Batider*, C. VIII, S. 3, 1976, s. 21-31 (“Ödeme Emri”); Okçuoğlu, Y., “İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı”, *Bursa Barosu Dergisi*, S. 11, 1980, s. 10-14; Postacıoğlu, İ., “İcra İnkâr Tazminatı Üzerinde Düşünceler ve Bazı İhtilafı Noktalar”, *Batider*, C. IX, S. 4, s. 950-971 (“İnkâr Tazminatı”); Çağa, T., “Yine ‘Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair’”, *Batider*, C. X, S. 2, s. 369-376 (“Yine Ödeme Emri”); Postacıoğlu, İ., “Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zaruri Açıklamalar”, *Batider*, C. X, S. 4, s. 965-980 (“Ödeme Emri”); Yılmaz, İtirazın İptali, s. 602-605.

³⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 172-173. Ayrıca bkz. Muşul, T., *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2008, s. 329 (“Kanaatimizce, bir takip hukuku müessesesi olan itirazın iptali davası ile ödeme emrine borçlunun vaki itirazı ile duran takibi harekete geçirmek amaçlanır.”); Deynekli/Kısa, s. 78 (“2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda 538 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu 67. maddede düzenlenmiş olan itirazın iptali davası ne bir tespit davası ne de eda davasıdır. Zira itirazın iptali davasıyla alacaklı ödeme emriyle takip konusu yaptığı alacağın varlığını tespitini talep etmekte ise de davacı sonuç olarak alacağın tahsilini amaçlamaktadır. Bu nedenle itirazın iptali davasının takip hukukuna özgü bir tahsil davası olduğunun kabulü gerekir.”).

nusudur. Davanın amacı, itiraz üzerine duran takibe devam edilmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle davacının bu davayı açarken, duran takibe devam edilmesini ve itirazın iptalini istemesi gerekir. Ayrıca tahsil talebine gerek yoktur, çünkü takibin amacı zaten alacağın tahsilidir. İtirazın iptali davası kabul edilirse, takip kesinleşecek ve alacaklının alacağı tahsil edilmiş olacaktır. Bu nedenle mahkemenin de böyle bir talep olmaması hâlinde tahsile yönelik karar vermesi gerekmemektedir. Eğer alacaklı hem itirazın iptali hem de tahsili talep ederse, mahkemenin bu taleplerden hangisini istediğini alacaklıya sorması gerekir. Ancak alacaklı ilâmlı takip yapmak istiyorsa, bu durumda itirazın iptali davası yerine eda davası açarak bu dava sonunda elde ettiği ilâm ile ilâmlı icra takibi yapabilir. Bu hâlde, eda davası sonunda elde ettiği hükümle alacaklı takibe devam edemez ve lehine inkâr tazminatına hükmedilemez.”

b) Kuru'nun paylaştığımız görüşüne göre³⁷:

“İtirazın iptali davası müddeabihi takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu normal bir eda (alacak) davasıdır.”

Aynı görüşü paylaşan Yılmaz'a göre³⁸:

“[A]lacaklı, alacağını tahsil için doğrudan icra dairesine başvurarak ilâmsız icra yoluna gitmeyip de önce alacak davası açma yoluna gitse ve ilâm elde ettikten sonra icra dairesine başvurmayı düşünse idi; başlangıçta açacağı dava ve mahkemenin vereceği karar ne ise, ilâmsız icraya gidilmesi halinde alacağına itiraz edilen alacaklının, itirazın hükümden düşürülmesi için açacağı dava da o davadır; yani, her iki halde de açacağı dava alacak davasıdır. Ancak m. 67'ye göre, alacaklının bir yıl içinde açacağı davada alacaklı, işin özelliği uyarınca borçlunun itirazının kal-

³⁷ Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, İstanbul 1988, s. 280 (“İcra”). Ayrıca bkz. Gürdoğan, B., *İcra Hukuku Dersleri*, Ankara 1970, s. 38; Berkin, N., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 420-421; Özkan, Y., *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Ankara 2004, s. 32-33; Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 24. Bası, Ankara 2010, s. 160-161.

³⁸ Yılmaz, *İtirazın İptali*, s. 608-609. Aynı şekilde, Özkan'a göre:
“[İ]tirazın iptali davasının bir alacak (eda) davası olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Ancak itirazın iptali davasının normal bir alacak (eda) davasından farklı olarak, takip prosedürü içerisinde açılır ve takip hukukuna özgü bir takım sonuçlar doğurur. Yalnız, hemen belirtelim ki, bu durum, itirazın iptali davasının takipten bağımsız olarak sonuç doğuramayacağını göstermez. İtirazın iptali davası özünde bir alacak (eda) davası olduğundan, takip olmasa veya hüküm ifade etmese de sonuç doğurabilmektedir.”
Özkan, s. 32-33.

dırılmasını ve takibin devamına karar verilmesini istemektedir ve alacaklı veya borçlunun, talebe bağlı olarak icra tazminatına mâhkum edilmesi söz konusudur.”

c) Çağa'ya göre³⁹:

“İtirazın iptali davası mahiyeti itibarı ile bir eda davası olmadığı gibi dava sonunda itirazın iptaline dair sadır olacak ilâm bir tahsil ilâmı değildir. Zira itirazın iptali davası ile alacaklı mahkemeden borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini istememekte ve mahkeme de itirazın iptaline karar vermekle borçluyu bir edaya mahkûm etmemektedir.” (dipnotlar metinden çıkarılmıştır.)

Mehaz İsviçre hukukunda itirazın iptali davasının niteliğine ilişkin herhangi bir tartışma yoktur. Zira İİK'nda itirazın iptali konusunda yapılan değişiklikler İsviçre İİK'nda yapılmadığı için, itirazın iptali, alacak davası olarak kabul edilmektedir⁴⁰.

Yargıtay'ın itirazın iptali davasına ilişkin görüşleri de, öğretide görülen görüş farklılıklarına paralel olarak farklılıklar arz etmektedir⁴¹. 4. HD bir kararında itirazın iptali davasını bir eda davası olarak nitelmiştir⁴²:

“İtirazın iptali davası, müddeabihi icra takibine konu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan normal bir alacak (eda) davasıdır....”

Buna karşılık Ticaret Dairesi itirazın iptalinin bir eda davası olmadığını belirtmiştir⁴³:

“Davacı itirazın iptali ile icranın devamına karar verilmesini istediğine göre bu talebin tespit davası olarak görülmesi ve alacağın tespiti ile iktifa edilerek tahsile müncer olacak şekilde karar verilmemesi gerekir.”

İtirazın iptali davasının hakemde görülüp görülemeyeceğinde bu davanın niteliği önem kazanacaktır. Yargıtay, itirazın iptali davası ve

³⁹ Çağa, Ödeme Emri, s. 25. Buna karşılık Postacıoğlu, itirazın iptali davasının asıl işlevinin ödeme emrine infaz kabiliyeti kazandırmak olduğu için bu işlevin bir tespit veya eda davası ile görülebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Postacıoğlu, İnkâr Tazminatı, s. 951-970; Postacıoğlu, Ödeme Emri, s. 369-370.

⁴⁰ Yılmaz, İtirazın İptali, s. 605; Özkan, s. 16-18.

⁴¹ Yargıtay'ın farklı görüşleri ve bunların değerlendirilmesi için bkz. Yılmaz, İtirazın İptali, s. 605-607.

⁴² 4. HD, 21.1.1991, 14346/171 (YKD, 1991/4, s. 543-544).

⁴³ TD, 14.3.1972, 1174/1203 (İBD, Ekim 1972, s.1002-1003).

tahkimi birlikte değerlendirdiği kararları da vardır. 19. HD, 2000 yılında, itirazın iptali davasının hakemde açılmayacağını kararlaştırmıştır⁴⁴:

“Davacı haciz yoluyla ilamsız icra takibine geçmiş, davalı uyuşmazlığın hakem aracılığıyla çözümleneceğinin kararlaştırıldığı bu nedenle icra takibine girişilemeyeceğini belirterek takibe itiraz etmiştir. Bu durumda davacı, hakemde itirazın iptali davası açamaz. Ancak usul ekonomisi de dikkate alınarak hakemde açılan davanın tahsil davası olarak görülüp sonuçlandırılması mümkündür....”

Yine aynı Daire, 2006 yılında vermiş olduğu bir kararda ise itirazın iptali davasının hakemde görülebileceğine hükmetmiştir⁴⁵. Bu görüşle uyumlu olarak 15. HD, hakemlerin itirazın iptali ile birlikte icra ve inkâr tazminatına ilişkin de karar verebileceklerine hükmetmiştir⁴⁶.

2. İtirazın İptali Davasının Görüleceği Mercî

İtirazın iptali davasının hukuki nitelendirilmesine göre, bu davanın, tahkim itirazı üzerine, hakemde görülüp görülmeyeceği sorusunun cevabı farklı olabilmektedir. Zira bu davayı icra hukukuna ilişkin bir dava olarak kabul edersek, o takdirde itirazın iptalinin hakemde görülmesi zorluklar arz edebilir. Bu zorlukların sebebi icra hukukuna ilişkin bir hususta hakemin yetkisi olmayacağı ileri sürülebilir. Ancak herhalde itirazın iptali davası icra hukukuna ilişkin bir dava kabul edilse bile uyuşmazlığı nihai olarak çözdüğü ve itirazın iptali davasının hakemce görülmesi konusunda açık bir yasak olmadığı için bu davanın da hakem tarafından görülebileceği kabul edilebilir. Zira hakem bu durumda davacının alacaklı olduğunu tespit ettikten sonra, hakimin de olağan olarak yapacağı gibi takibin devamı ve inkâr tazminatına hükmedebilmelidir. Hakemin böyle bir hüküm vermesinde ihlal edilen bir menfaat de yoktur.

MTK'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında hakemlerin cebri icra organlarını bağlayan ihtiyati tedbir kararı veremeyecekleri kabul edildiği için, aynı organları bağlayıcı nihaî kararlar da veremeyecekleri (itirazın iptali şeklinde) de düşünülebilir. Ancak böyle bir çıkarım ka-

⁴⁴ 19. HD, 14.12.2000, 5610/8669 (Oskay, M./Koçak, C./Deynekli, A./Doğan, A, *İİK Şerhi*, Ankara 2007, C. I, s. 1109-1110).

⁴⁵ 19. HD, 20.1.2006, 3125/209 (*Kazancı İçtihat Bankası*).

⁴⁶ Bkz. yukarıda dipnot 1.

naatimce doğru değildir. Zira, hakemler, tahkim yargılaması sonucu nihaî bir karar verir ve bu karar tüm icra organlarını (mahkeme ve icra daireleri gibi) bağlar. İtirazın iptali davası da genel hükümlere göre görülen ve uyuşmazlığı nihaî olarak çözen bir dava olduğuna göre, bu davanın hakemde görülebilmesi kural olarak çok doğaldır. Bu dava sonucu hakem takip alacaklısını haklı bulursa elbette takibe devam edilecektir. Uyuşmazlığı nihaî olarak çözen hakemin, o uyuşmazlığın nihaî çözümü ile ilgili ikincil hususlar konusunda da karar verebilmesini beklemek gerekir.

İtirazın iptali davasının niteliği, tespit davası olarak kabul edildiğinde de yukarıda belirtilen sebeplerle bu davanın hakemde görülmesi gereği savunulabilir.

İtirazın iptali davasının niteliği eda davası kabul edilir ise, bu davanın her halde hakemde görülmesi gerekir. Bu durum HUMK'nun 519. maddesi, HMK'nun 413. maddesi ile MTK'nun 5. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir.

İtirazın iptali için icra mahkemesine başvurulduğunda ise süresinde yapılmış tahkim itirazı üzerine, icra mahkemesinin davayı usulden reddetmesi gerekir. Bu halde takip alacaklısının hakemde dava açması gerekir. Şayet tahkim itirazı yapılmamış ise tahkimden feragat edilmiş olur.

3. Hakemin İcra İnkâr Tazminatına Hükmetmesi

İcra inkâr tazminatı icra hukukuna özgü bir tazminat olup inkâr, kötünîyet, haksız çıkma, haksız takip veya genel olarak icra tazminatı olarak da bilinmektedir⁴⁷. Bu tazminat, İcra Hukukunda belirlenen şartları oluştuğunda borçlu, alacaklı veya istihkak davacısı tarafından ödenmesi gereken bir meblağdır⁴⁸.

İcra inkâr tazminatı, hukukumuzda özgü bir kurum⁴⁹ olup ilk olarak 15 Mart 1928 tarih ve 1215 sayılı İcra Kanununa Bazı Mevat İlavesi Hakkında Kanun⁵⁰ ile kabul edilmiştir.

⁴⁷ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 680-681.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.* s. 685.

⁵⁰ RG 21.3.1928, s. 845.

İcra inkâr tazminatı önceleri Borçlar Hukuku anlamında bir tazminat⁵¹ veya munzam zarar⁵² olarak kabul edilmiş olsa da bugün için baskın görüş⁵³ bu tazminatın, “şartları ve hükümleri İcra İflâs Kanununda düzenlenen bir icra hukuku” kurumu olduğu yönündedir. Tazminatın ahlaki olarak “terbiyevi bir tesiri” olduğu belirtildikten sonra amacı ise “[i]nsanın borcunu inkâr etmemesi lazım gelir...” şeklinde açıklanmıştır⁵⁴. Yani icra inkâr tazminatı bir tür icra hukuku yaptırımıdır. Tazminatın amacı ise esas olarak borçlunun borcunu inkârdan kaçınması; alacaklının bir an önce alacağına kavuşması ve cebri icra organlarının meşgul edilmemesi olarak belirtilebilir.

İtirazın iptali davası kabul edildiğinde yani borçlunun itirazı iptal edildiğinde, alacaklının talep etmesi halinde diğer şartlarda mevcutsa⁵⁵ borçlu hükmolunan alacağın %40’undan aşağı olmamak üzere inkâr tazminatına mahkûm edilir (İİK m. 67(2)). Acaba, inkâr tazminatına hakem karar verebilir mi? Yukarıda açıklandığı gibi inkâr tazminatı borçluyu doğru söylemeye zorlayan bir tür icra hukuku yaptırımıdır. Ancak bu niteliği, inkâr tazminatına yalnızca icra mahkemesi tarafından karar verilmesini gerektirmez. Aynı yaptırım, uyumsuzluğun esası tahkime gittiğinde hakem tarafından uygulanabilir. İşin esası hakkında karar verip uyumsuzluğu çözen hakem asıl talebe göre ikincil bir talep olan inkâr tazminatı konusunda karar verebilmelidir. Bu tazminat nihayetinde asıl alacakla birlikte alacaklıya ödenecektir. Usûl ekonomisi de, inkâr tazminatı konusunda hakemin karar verebilmesi fikrini destekler. Aksi halde iptal hakkında hakem karar verdikten sonra o aşamada inkâr tazminatı hakkını saklı tutan taraf yetkili mahkemeye

⁵¹ Belgesay, Şerh, s. 137.

⁵² Olgaç, s. 501.

⁵³ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 684; Kuru, B., “İcra İnkâr Tazminatı” in: *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968, s. 762 (“İcra Tazminatı”); Alangoya, s. 45; Barlas, N., *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, İstanbul 1982, s. 223; Sunar, G., *İcra Hukukunda İcra Tazminatı*, İstanbul 1995 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 14.

⁵⁴ Zamanın Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt’un TBMM’deki görüşmelerde yaptığı konuşma. TBMM, 15.3.1928, C. 1, s. 52-53 (www.tbmm.gov.tr>).

⁵⁵ Bu şartlar: (a) geçerli bir genel haciz yoluyla takip yapılması; (b) borçlunun süresi içinde ödeme emrine itiraz etmesi; (c) alacaklının süresi içinde itirazın iptali davası açmış olması; (d) alacaklının inkâr tazminatına hükmedilmesine ilişkin talebinin olması; (e) borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesidir. Bu şartlar konusunda bkz. örneğin Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 166-169; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 180-185.

başvurup inkâr tazminatı istemek zorunda kalacaktır. Bu da ilave bir yargılamayı gerekli kılacak; bunun için de ilave zaman harcanıp masraf yapılacaktır.

II. İtirazın Kaldırılması

İİK'nda itirazı hükümden düşürme yollarından bir diğeri, itirazın kaldırılmasıdır ve itirazın kaldırılması kesin kaldırma ve geçici kaldırma şeklinde iki şekilde düzenlenmiştir.

İtirazın kesin kaldırılması, İİK'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir:

“Talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarı içeren bir senede yahut resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse, alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Bu süre içerisinde itirazın kaldırılması talep edilmediği takdirde yeniden ilâmsız takip yapılamaz.

...”

İtirazın geçici olarak kaldırılması İİK'nun 68/a maddesinde düzenlenmiştir:

“Takibin dayandığı senet hususî olup, imza itiraz sırasında borçlu taraftan rededilmişse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın geçici olarak kaldırılmasını isteyebilir. Bu hâlde icra hâkimi iki taraftan izahat alır.

...”

İtirazın kaldırılmasının niteliği, bu yola hakem önünde başvurulup başvurulamayacağını belirlemede etkin olacaktır.

1. İtirazın Kaldırılmasının Niteliği

İtirazın kesin ve geçici kaldırılması icra mahkemesinden istenilmekle birlikte dava olarak kabul edilmez. İtirazın kaldırılmasının hukuki niteliğine ilişkin bizim de katıldığımız baskın görüş Pekcanıtez tarafından şu şekilde ifade edilmiştir⁵⁶:

⁵⁶ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 188. Ayrıca, bkz. örneğin Berkin, s. 426; Postacıoğlu, s. 190; Kuru, İcra, s. 320-321; Üstündağ, İcra, s. 111; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 172. İtirazın kaldırılmasının hukuki niteliğine ilişkin

“İtirazın kaldırılması, bir dava değildir. Her ne kadar çekişmeli bir hususun çözümlenmesini sağlasa da, bu çözüm, davada olduğu gibi genel hükümlere göre yapılan bir yargılama sonucu ortaya çıkmamakta ve sonuçları bakımından da dava sonundaki etkiyi doğurmamaktadır, kesin hüküm oluşturmamaktadır. İtirazın kaldırılması sayesinde genel haciz yolu ile takip yapan alacaklının alacağı takip hukuku bakımından tespit edilmiş olur. Bu yönü ile tespit davasına benzese bile sonuçları sadece takip hukuku bakımından doğmaktadır. Bu sebeple, itirazın kaldırılması prosedürü bazı yönlerden davaya benzemekle birlikte, takip hukukuna özgü bir yoldur.

İtirazın kaldırılması yolu, davaya göre daha basit ve kısa bir yoldur. Bu avantajlarına rağmen, icra mahkemesinde sınırlı bir inceleme söz konusudur, alacaklı ve borçlu ispat faaliyetini kural olarak sadece belli belgelerle yerine getirebilirler. Bu belgeler dışında tanık ve yemin deliline başvurulamaz. Bu sınırlı belgelere dayanarak yapılan inceleme sonucu verilen kararlar, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez.”

2. İtirazın Kaldırılmasının Görüleceği Merci

İtirazın kaldırılması gerçek bir dava olmadığına ve yargılama sonunda uyuşmazlığı nihai olarak çözen bir karar ile sonuçlanmadığına göre, itirazın kaldırılması hakemde görülemez.

İtirazın kaldırılması, hakemde görülememekle birlikte tahkim anlaşmasına rağmen icra mahkemesinde görülebilir mi?

12. HD bir kararında bu soruya şu şekilde cevap vermiştir⁵⁷:

başkaca görüşler de mevcuttur. Bu konuda bkz., Kiraz, T. Ö., *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, Ankara 2007, s. 34-39. Bu görüşler içinde en dikkat çekenlerden birisi şöyledir: İtirazın kaldırılması “... takip alacaklısının elinde borçlunun itirazına rağmen ilâmsız takibi sürdürmeye yetecek türden belgeler olup olmadığını yahut onun elinde bu tür belge olsun olmasın takip borçlusunun elinde o takibi engellemeye yetecek belgeler bulunup bulunmadığını İTM [İcra Tetkik Mercii] hükmüyle belirlemeye yönelmiş bir tespit dâvasıdır. İşlevi bundan ibarettir ve takip konusu alacağın gerçekten doğmuş ve hâlen de var olup olmadığını tespiti yönelmiş değildir.” Umar, B., “Kuru/Arslan/Yılmaz’ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler” in: 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, İstanbul 2004, S. 685-705, s. 703 (“Gözlemler”). Yine bir başka görüşe göre: “... icra mahkemesinde itirazın kaldırılması prosedürü; ödeme emrine itiraz ile durmuş olan ilâmsız icra takibinin, itirazın bertaraf edilmesi suretiyle devamını amaçlayan ve alacağın takip hukuku bakımından mevcudiyetinin tespitine yönelmiş olan bir takip hukuku dâvasıdır.” Kiraz, s. 39.

“Alacaklı ile borçlu arasında bir tahkim sözleşmesi bulunsa dahi, alacaklı hakemde dava açmadan icra takibinde bulunabilir. Borçlu, ‘alacaklının hakemde dava açması gerektiğinden’ bahisle itiraz edemez. İtirazın kaldırılması sırasında dahi tahkim iddiası ileri sürülemez. Çünkü itirazın kaldırılması bir dava değildir. Kaldı ki, olayda takip dayanağı bononun tahkim sözleşmesi ile bağlantısı saptanamamıştır. Bu hususlar göz önünde tutulmadan merci hakimliğinin tahkim itirazında tahkim itirazının kabulüne karar vermesi isabetsizdir....”

Ancak, kanımızca, yukarıda da açıklandığı gibi, genel haciz yoluyla takip yapılabilmesi hakkı yanında, sözleşme özgürlüğü gereği yapılan tahkim anlaşmasına da icra hukukunda bir değer vermek gereklidir. Bu değer gereği itirazın icra mahkemesinde kaldırılmasına olanak tanımamak lazımdır. Zira tahkim anlaşması yapmakla takip alacaklısı ve borçlusunu uyuşmazlıklarını nihai olarak tahkimde çözmek konusunda anlaşmışlardır. Tahkim anlaşması yapmak ile tarafların icra hukukuna özgü bir yol olup dava olmayan itirazın kaldırılması imkânından da feragat ettiklerini kabul etmek gerekir. Zira itirazın kaldırılması, uyuşmazlığı nihai olarak çözmekte sadece takibe devam imkanı sağlayabilmekte ve bu anlamda da uyuşmazlığın çözümünde tali bir yol olmaktadır. Uyuşmazlığın nihai çözüm yolu konusunda taraflar anlaşmış ise o uyuşmazlığın geçici olarak çözümüne ilişkin bir yola cevaz vermemek gerekir. Aksini kabul etmek, tahkim anlaşmasının, yani taraf iradesinin, itirazın kaldırılması yoluna başvurularak hükümsüz kılınması anlamına gelir.

O halde, itirazın kaldırılması yoluna başvuruldu ise, yapılmış olan tahkim itirazını esas alan icra mahkemesi esasa girmeden önce inceleme yapar ve bu itirazı kabul ile itirazın kaldırılması talebini usulden reddeder⁵⁸.

Sonuç

Tahkim anlaşmasına rağmen, bu anlaşmanın kapsamına giren bir uyuşmazlığa ilişkin olarak genel haciz yoluyla takibe başvurulması halinde, tahkim itirazı yoluyla bu uyuşmazlığın nihai olarak ve hakemde görülmesini sağlayacak bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır⁵⁹.

⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 193.

⁵⁹ Şunu ifade edelim ki, benzer bir ihtiyaç tahkim anlaşmasına rağmen genel iflas

Böyle bir düzenleme irade serbestisine anlam kazandıracak ve tahkim kurumunun niteliğine ve amacına uygun şekilde kullanılmasını sağlayacaktır.

Böyle bir düzenlemenin yokluğunda tahkim anlaşmasına rağmen genel haciz yoluyla takibin yapılabileceği, ancak bu durumda, alacaklının itirazın icra mahkemesinde kaldırılması talebinde bulunması veya genel mahkemelerde iptal davası açması halinde, borçlunun tahkim itirazı üzerine, itirazın kaldırılması veya iptal davasının usulî bir hükümle reddedilmesi ve itirazın iptalinin hakemde görülmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶⁰.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Z., *Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Ankara 2007.
- Alangoya, Y., “Tartışmalar” in: *İcra-İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu*, İstanbul 1977.
- Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bası, İstanbul 2009.
- Barlas, N., *Para Borçlarının İflasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, İstanbul 1982.
- Berkin, N., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980.
- Belgesay, M. R., “Profesör Leeman Tarafından İcra ve İflas Kanunu Tadili Hakkında Adliye Vekâletine Verilen Rapora Dair Mütalaa”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. V, 1939, s. 33 vd.

yoluna gidilmesine ilişkin de mevcuttur. Ancak anılan konu bu incelememiz kapsamı dışındadır.

⁶⁰ Açık bir düzenlemenin yokluğunda, genel iflas yoluyla takipte, tahkim itirazı üzerine yetkili asliye ticaret mahkemesinin uyuşmazlığın hakemde çözümü için davayı usulden reddetmesi gereklidir. Zira mahkeme iflas kararı vermeden önce alacağın varlığı konusunu çözmeli ondan sonra iflas davasının karakteristik özellikleri olan depo ve gerekirse iflas kararları vermelidir. İşte bu kararlar silsilesi içerisinde verilmesi gereken ilk karar alacağın var olup olmadığıdır. Bu karar da tahkim anlaşması gereği hakemde verilmelidir. Başka bir deyişle, genel iflas yoluyla takipte alacağın var olup olmadığı hususu tahkim anlaşması var ise ancak tahkimde çözümlenebilir. Tahkimde alacağın varlığı ortaya konduktan sonra iflas yoluna başvurulabilir.

- Belgesay, M. R., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 4. Bası, İstanbul 1955 (“Şerh”).
- Budak, A. C., *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Bası, İstanbul 2009.
- Çağa, T., “Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair”, *Batider*, C. VIII, S. 3, 1976, s. 21-31 (“Ödeme Emri”).
- Çağa, T., “Yine ‘Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair’”, *Batider*, C. X, S., 2, s. 369-372 (“Yine Ödeme Emri”).
- Dayınlarlı, K., *HUMK’da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim*, 2. baskı, Ankara 2004.
- Deynekli, A./Kısa, S., *İtirazın İptali Davaları- İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı*, 2. Bası, Ankara 2005.
- Gürdoğan, B., *İcra Hukuku Dersleri*, Ankara 1970.
- Huysal, B., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul 2010.
- Karşlı, A., *İcra Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2010.
- Kiraz, T. Ö., *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, Ankara 2007.
- Kuru, B., “İcra İnkâr Tazminatı” in: *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968, s. 725 (“İcra Tazminatı”).
- Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, İstanbul 1988 (“İcra”).
- Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, İstanbul 2001 (“Usul”).
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 24. Bası, Ankara 2010.
- Leeman, H., “Türkiye’de İcra ve İflas Dairelerinin Yeniden Tanzim Ve Tenkisine Dair Adliye Vekâletine Takdim Edilen Rapor”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl 12, S. 11, İkinci Teşrin, 1938, s. 645 vd.
- Muşul, T., *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2008.
- Nomer, E./Ekşi, N./Öztekin-Gelgel, G., *Milletlerarası Tahkim Kanunu*, C. I, 3. Bası, İstanbul 2008.
- Okçuoğlu, Y., “İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı”, *Bursa Barosu Dergisi*, S. 11, 1980, s. 10-14.

- Olgaç, S., *İcra-İflâs*, C. I, Ankara 1978.
- Oskay, M./Koçak, C./Deynekli, A./Doğan, A, *İİK Şerhi*, Ankara 2007.
- Özkan, Y., *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Ankara 2004.
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes, M., *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2010.
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin-Özkan, M. /Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2010.
- Pointet, J. P., "The Geneva Convention On International Commercial Arbitration" in: *International Commercial Arbitration - A World Handbook*, La Haye 1965, s. 262.
- Postacıoğlu, İ., "İcrada İnkâr Tazminatı Üzerinde Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar", *Batider*, C. IX, S. 4, s. 951-970 ("İnkâr Tazminatı").
- Postacıoğlu, İ., "Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zaruri Açıklamalar", *Batider*, C. X, S. 4, s. 965-980 ("Ödeme Emri").
- Umar, B., *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973, s. 148 vd. ("Tarihi Gelişim").
- Umar, B., "Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler" in: *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, İstanbul 2004, S. 685-705 ("Gözlemler").
- Uyar, T., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2005.
- Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000 ("Yargılama").
- Üstündağ, S., *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004 ("İcra").
- Sunar, G., *İcra Hukukunda İcra Tazminatı*, İstanbul 1995 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Şanlı, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3. Bası, İstanbul 2005.
- Yeşilova, B. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, İzmir 2008.
- Van Den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention*, Deventer 1981.

- Yavuz, N., *İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası*, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Yeşilirmak, A., *Türkiye’de Ticari Hayatın Korunması ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar Ve Çözüm Önerileri*, İstanbul 2011.
- Yeşilirmak, A./Süral, C., “Timing of Examination by Courts in respect of Arbitral Jurisdiction under Turkish Law” in: *Festschrift in Honour of Bernd von Hoffmann* (Ocak 2012’de yayımlanacaktır).
- Yeşilova, B., “Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yargı Yetki-siyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I)” in: *Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan*, C. I; *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2009, C. 11, s. 799-810.
- Yılmaz, E., “İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği” in: *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*, Ankara 2009, s. 597 vd. (“İtirazın İptali”).
- Yılmaz, E., “Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler-Bir Yorum” in: *Avrupa-Cenevre/New York Sözleşmeleri Ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, Ankara 1991, s. 13-24 (“Cenevre Sözleşmesi”).
- Yılmaz, E., “İcra Tazminatı” in: *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 2, Ankara 2009, s. 675 (“İcra Tazminatı”).

ROMA HUKUKUNDA HUMANITAS İLE MAIESTAS POPULI ROMANI ARASINDAKİ BAĞLANTI

THE CONNECTION BETWEEN HUMANITAS AND MAIESTAS POPULI ROMANI IN ROMAN LAW

Halide Gökçe TÜRKÖĞLU*

Özet: Antik Roma her ne kadar barbarlığı, vahşiliği, şiddete olan düşkünlüğü ile meşhur olsa da, insancılık, insan sevgisi ve insan haklarına ilişkin temel düzenlemeler de yapılmıştır. *Humanitas*, başkalarına, insan ırkından gelen herhangi bir kişiye ya da gruba zarar verecek şekilde davranmaktan kaçınma anlamına gelir. Roma hukukunda, Roma yöneticilerinin sahip olduğu *maiestas* yani Roma halkının büyüklüğünden kaynaklanan güç ile insanlara zarar vermeme anlayışı dengelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: *Humanitas*, *Maiestas*, yabancılar (*peregrini*), kölelik, ölüm cezası, sürgün.

Abstract: Even though ancient Rome is famous with its barbarism, brutality, indulgence in violence, some basic regulations on humanism, human love and human rights are also made in Rome. *Humanitas* means to avoid giving harm to others, that is anyone or any group which comes from human race. In Roman law, it is tried to be balanced the *maiestas* (the power which grows out of the greatness of Roman people) that the Roman governors have and the concept of not to harm people.

Keywords: *Humanitas*, *Maiestas*, foreigners (*peregrini*), slavery, death penalty, exile.

1. *Humanitas* ve *Maiestas Populi Romani* Arasındaki Genel İlişki

Bu çalışmada Roma hukukunda, *Humanitas* kavramı ile *Maiestas Populi Romani* arasındaki bağlantı açıklanacaktır. Bu kavramlar arasındaki bağlantının vurgulanması esas olarak, bireysel çıkarlar ile kamu çıkarının kesiştiği alanlarda Roma'luların nasıl bir tercih yaptığını ortaya koyacaktır. "*Maiestas Populi Romani*" Roma halkının büyüklüğü

* Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

olarak tercüme edilebilir. *Humanitas* ise, en basit ifadeyle, insancılık, hümanizm, insan sevgisi anlamına gelir.

Roma'lılarda, her zaman için Roma halkının ve onu temsil eden Roma devletinin üstün olduğu, Roma vatandaşı olmanın bir ayrıcalık olduğu inancı var olmuş ve bu inanç onların, hem iç hem de dış ilişkilerinde etkisini göstermiştir. *Maiestas* aynı zamanda Roma imparatorunun büyüklüğünü ifade etmek için de kullanılmaktaydı.¹ Roma halkının üstünlüğüne inanan ve kendini üstün Roma devletinin temsilcisi olarak gören yöneticinin, yönetimi altındakilere ne şekilde davranması gerektiği sorusu Roma'da nasıl yanıtlanmış? İşte çalışmamızda esas olarak bu husus açıklanacaktır. Roma *humanitas'*ının kapsamı oldukça esnek, toplumdaki değişimleri ve ihtiyaçları karşılayacak niteliktedir.² *Humanitas*, şartların toplumun değişmesine bağlı olarak zaman içinde değişikliğe uğramış ve daima *utilitas publica* (kamu yararı) gerekçesiyle çerçeveselendirilmiştir.³ Buna bağlı olarak da, *humanitas'*ın kapsamı, *utilitas publica* gerekçesiyle sınırlandırılmış, yani Roma hukukunda insan haklarının gelişmesi, kamu yararı gerekçesiyle yavaşlatılmıştır. Ayrıca, Roma geleneklerinin ve *virtus* anlayışının da büyük etkisi olmuştur.⁴

¹ Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 572.

² Bu noktada, Roma'lıların zaman içinde, Roma vatandaşı olmayan yabancılara da çeşitli haklar tanıdıkları söylenebilir. Gerçekten, Roma hukukunun gelişmesinde büyük rolü olan yabancılar *praetor'*u, yabancılarla olan hukuki ilişkilerin artmasından dolayı hakkaniyeti sağlamak adına, önemli adımlar atmıştır. Aslında, Roma'lılar arasında yabancılara her alanda haklar tanınması gerektiği bilinmekle birlikte, bu gereklilik önceleri yalnızca teoride kalmış bir istek şeklinde olmuştur. Örneğin Cicero, Yunanca konuşulan bir Asya eyaletini yöneten kardeşine, *humanitas'a* ilişkin olarak şu açıklamalarda bulunmuştur. Afrika, İspanya, Galya'daki gibi barbarların idarecisi olsan bile, onların çıkarlarını koruman ve insanca muamele etmen senin *humanitas'*ına uygun olacaktır. Çünkü bizler Roma'lılar olarak dünyaya *humanitas'*ı öğreten insanlarız. Görüldüğü üzere, burada Roma'lıların yabancılara insanca davranmaları gerekliliği, yabancılardan insan olmaları ve insanı muamele görmeleri en temel hakları olmasından değil, Roma'lıların üstün kişiler olmaları ve tüm dünyaya her alanda ders verebilecek nitelikte olmalarından çıkış noktası bulunmaktadır. Adrian Nicholas Sherwin-White, *The Roman Citizenship*, Clarendon Press, 2. Ed., Oxford 1973, s. 79 (Citizenship). Pol. 30.15; Livy XLV 33.1-8; 34.1-9.

³ Sherwin-White (Citizenship), s. 80.

⁴ Richard A Bauman, *Human Rights in Ancient Rome*, Routledge, London 2000, s. 34 (Human).

A- *Humanitas Kavramı*

Roma hukukunda *humanitas* ile *maiestas populi Romani* arasındaki bağlantıyı açıklayabilmek için, ilk olarak, Roma'ya has bir kavram olan *humanitas* kavramı üzerinde durulması gerekir. Esas olarak hümanizm, insan sevgisi anlamına gelen *humanitas*, bunun yanı sıra, insanlara eğitim ve öğretimle verilen kültür ve bilgi ve toplum içinde doğru şekilde hareket edebilme yetisi anlamında da kullanılmıştır. Yani başkalarına, insan ırkından gelen herhangi bir kişiye ya da gruba zarar verecek şekilde davranmaktan kaçınma, *humanitas* ile açıklanmaktadır. Kişiliğin özel bir değeri ve önemi vardır, bu yüzden de, insanların kendilerini geliştirme, eğitime yükümlülüğü söz konusudur. Tüm insanlar da bu özel değer var olduğundan, her insanın diğerinin kişiliğine saygı göstermesi, başkalarına destek olması gerekir. Bu bilinçte olan ve buna göre davrananlar birer *humanus*'dur.⁵ Roma'luların insan doğasının sınırları hakkında kesin tanımlamaları vardı. Buna göre, *humanitas* insan ırkına has bir niteliktir ve kapsamı, insan ırkının özelliklerine göre mümkün olabilecek şekilde ayarlanmalıdır. Roma'lular asla, imkansız ulaşmayı hedeflememişlerdi.⁶ Bu çalışmada öncelikle, *humanitas*'ın insanın içinden gelen vahşiliği, eğitimle azaltılabileceği, bastırılabilceği inancı üzerinde durulacaktır. *Humanitas*, tüm insanların eğitilerek, "*iyi insan*" haline gelebileceğini savunduğundan, herkese iyi davranılması ve insanların yalnızca insan olmalarından dolayı çeşitli haklara sahip olduklarını kabul etmekteydi.⁷

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fritz Schulz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, Transl. by Marguerite Wolff, Oxford 1936, Çev, Diler Tamer Güven, "*Humanitas*", *Argumentum*, Yıl 3, S. 30, Ocak 1993, s. 514-520.

⁶ *Humanitas* ile bağlantılı farklı kavramların da Roma'lular tarafından kullanıldığı bilinmektedir. Bunlardan en önemlileri, *clementia*, *aequitas*, *lenitas*, *manstuetudo*, *moderatio*, *indulgentia*, *iustitia*, *fides* ve *pietas*'tır. *liberalitas*, muhtaçları; *humanitas*, şanssızları ve *clementia* da, belirsiz durumdaki korumak için getirilmiştir. Bundan da anlaşıldığı üzere, *liberalitas*, zor durumda olan, fakir, zayıf kişilerin korunmasını hedeflediği için, aslında *humanitas* ve insan hakları kavramı ile yakından bağlantılıdır. Belirsiz durum ile kastedilen ise, kendilerine hangi cezanın verileceği daha tam olarak kesinleşmemiş ve haklarında yumuşak cezaların uygulanmasını umut eden kişilerin durumudur. Val.Max.5.1.pr. İnsanın insana yaptıklarına baktığımız zaman, doğal afetlerin, hastalıkların ve yoksulluğun çok masum kaldığını görmekteyiz. Chester Starr, *Civilization and the Caesars: The Intellectual Revolution in the Roman Empire*, Cornell Univ. Press, New York 1965, s. 73 vd.

⁷ Doğal hukuktan önce, herhangi bir yerleşik düzen yoktu. Fakat insanoğlu eğitilebilir nitelikte idi ve bilge insanlar, insanoğlunu vahşilikten adalete taşıdılar.

Ancak böyle bir anlayışın bu dönemde tam anlamıyla kabul edildiğini söylemek doğru olmaz. Çünkü yöneticiler, yönettikleri kişilerden sevgi değil, tam anlamıyla itaat beklemekteydiler. Verdikleri emirlere koşulsuz uyulmasının sağlanması da, yönetilenlere hoşgörü ve iyiniyet gösterilmesi ile değil, bilakis, onların korkutulması, şiddetle ceza-

İlk olarak, ilahi daha sonra da beşeri kurallar getirilmiş, insanların topluluk halinde, kurallar çerçevesinde yaşayabilmeleri sağlanmıştır. Cic. Sest. 91-2. Burada, Stoistist bakış açısı ile *humanitas* açıklanmaya çalışılmıştır. Cicero aynı görüşleri 56 yılında M. Calius'un savunması sırasında da tekrarlamıştır. "Luperci, denilen kurt adamlık, vahşi, saldırgan amaçları olan bir kardeşliktir. Bu durum insanların, hukuk ve *humanitas* kavramlarıyla karşılaşmalarına kadar devam etmiştir". Cic.Cael.26. "Cezası ölüm olan suçları işledikleri iddiasıyla, kişileri suçlayarak, köleleri ayartarak, Deiotarus ailesi, bütün hukuk kurallarını ve *humanitas*'ı yok saymıştır. Bu aile, Roma'ya, Roma'nın kurallarını altüst etmeye, toplumumuzun *humanitas*'ını vahşice kirletmeye mi geldiler?" Cic. Deiot.30.32. Cicero, 81 yılında, müvekkili olan P. Quinctius'un savunmasını şu sözlerle yapmıştır: "Bir Roma vatandaşının satılmasına yol açmak, hiçbir onurlu kimsenin hasmına dahi yapılmasını istemeyeceği birşeydir. Bu, onurlu bir biçimde ölümden bile daha kötüdür. Yabancıları ve düşmanları bile toplumun çoğunluğunun görüşü ve *communis humanitas* doğrultusunda böyle bir muameleye maruz bırakmaktan kaçınan Roma'luların, bunu kendi vatandaşına yapmayacağı kabul edilmelidir. Müvekkilim, hasmından kendisine, şahsı için olmasa bile *humanitas* adına merhamet göstermesi ve kendisini ekonomik olarak duvara dayamamasını istemiştir". Cic.Quinct.49-51,97. Bilgeliğinizden ve *humanitas*'ından hiç şüphem yok, bu yüzden sizden aklınıza, yeteneklerinize, erdemlerinize aykırı davranmamanızı istiyorum. Eminim ki karar verirken sizi etkileyecek olan benim sözlerim değil, sizin kendi *humanitas*'ınızdır. Bu yüzden davayı sizin vicdanınıza ve *humanitas*'ınıza bırakıyorum. Heraclius'u yapılacak muamele sizin onu *humanitas* çerçevesinde dinlemeniz ile belirlenecektir." Jüri üyesi olarak karar verirken, insaf ve *humanitas* ile donanmış olmanız ve suçlunun tribün üyesi olmasının suçlananın dezavantajı olduğu hususunu unutmamanız gerekmektedir." Cic. Balb. 19.62; Cic. Cluent 29; Cic.Verr. II.5.111. Cicero, Oniki Levha Kanunundaki kasit olmaksızın, kazara adam öldürenin, tazminat olarak bir koç vermeye mahkum edilmesini, 12 Levha Kanundaki *humanitas*'ı koruyan bir gelenek hukuku kuralı olarak yorumlamıştır. Cic.Tull. 51.Cumhuriyet döneminin sonlarında, *humanitas* ile hukuk arasındaki bağı kuran tek kişi Cicero değildi, Caesar'de bu iki kavramın önemini ve aralarındaki sıkı bağı vurgulamaya çalışmıştır. *Praetor urbanus*, Trebonius, iç savaşın ciddi boyutlara vardığı dönemlerde, yargılama hoşgörü ve ılımlığının mümkün olduğunca yüksek seviyede tutulması ile yapılması gerektiğini savunmuştur. Bu doğrultuda Trebonius, *edictum*'unu *aequitas* ve *humanitas* kavramlarıyla çerçevlendirdiği için, hiç kimse Caesar'ın mali düzenlemelerine karşı itirazda bulunma ihtiyacını hissetmemiştir Richard A Bauman, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustian Principate*, Withwatersrand Univ. Press, 2. Ed. Johannesburg 1967, s. 49 (Crimen). Cumhuriyet döneminin sonlarında ortaya konan *humanitas* ve hukuk arasındaki bağlantı, daha sonraları da önemini yitirmemiş ve Roma hukukçularının hukuk bilimine dair çalışmalarının temelini oluşturmuştur. (*pro suo humanitate*) D. 48.10.3; (*egreria ratio humanitatis*) D.48.18.1; (*humanitate vel misericordia ductus*) D. 11.3.5pr.; (*sententia humanitate suggerente*) D. 28.2.13pr.; D. 44.44.7.1; D.48.18.1.27.

landırılması ile gerçekleştirilirdi. Aynı husus, Roma'nın müttefiklerinden beklentileri için de geçerli idi. Roma müttefiklerinin kendisine her anlamda destek olmasını ve ona itaat etmesini istemekteydi.⁸

Humanitas ilk kez, Latin dili, edebiyatı ve Yunan felsefesinden etkilenmiş, Genç Scipio başkanlığındaki bir grup tarafından kullanılmıştır.⁹ Bu yüzden, *humanitas*'ın Yunan felsefesi ile de bağı olduğu kolaylıkla söylenebilir. Yunanca'da, *humanatis*'ın tam karşılığı olmamakla birlikte, benzer anlamlar ifade eden kavramlar bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi, belki de *humanitas* ile en yakın ilişkili *philanthropia*'dır.

B- *Philanthropia* Kavramı

Eski Yunan'da yaklaşık olarak 2500 yıl öncesinde *Aeschylus* tarafından yazıldığı tahmin edilen *Prometheus* Bağı adlı oyunda *philanthropia*'dan söz edildiği görülmektedir (11. satır). Burada, ilk olarak yaratıkların nasıl insana dönüştürüldüğüne dair bir hikaye anlatılmaktadır. Bu yaratıkların önceleri herhangi bir bilgileri, becerileri ya da kültürleri yoktu. Onlar, karanlık mağaralarda, korku içinde yaşamaktaydılar. Tanrıların kralı Zeus, onları yok etmeye karar verdi. Fakat bir Titan olan Prometheus, bu ilkel canlılara iki tane yaşamsal hediye verdi. Ateş ve iyimserlik. Bu yüzden Prometheus'a insanlığın sevgilisi denilmektedir. Prometheus'un hediyelerinden ateş; bilgi, beceri, teknoloji, sanat ve fen bilimlerini, iyimserlik ise, umudu ve yaşama sevincini temsil eder. Bu ikisi birbirleriyle uyum içindedir. Ateş ile, insanlar umutla dolabilirler ve iyimserlik, umutla, ateşi etkin bir biçimde kullanarak yaşam koşullarını düzeltebilirler. Prometheus'un özelliği olarak kullanılan *philanthropos* kelimesi, yeni bir kelime olmakla birlikte, önceden Yunancada var olan iki kelimenin birleşiminden ortaya çıkmıştır. *Philos*, yani sevmek, yardım etmek, önemsemek, destek olmak manasında kullanılırken, *anthropos*, insanlık, insancılık anlamlarına gelmektedir. Prometheus, ortaya çıkan bu insan ırkını, tek tek birey olarak sevmez. Çünkü hikayeye göre, henüz bu dönem-

⁸ *Philantropia*'nın ikili bir etkisi de bulunmaktaydı. Sparta kralı Agesilaus savaş askerlerine yalnızca hoşgörü ve insanlık adına değil, aynı zamanda gelecekte kendi vatandaşlarından esir düşecekleri iyi davranılmasını sağlamak için iyi davranmıştır. Diod. 32.4.2; Pol. 1.79.8-11.

⁹ Schulz, s. 514.

de kişilik var olmamıştır. Bireye kişilik tanınabilmesi, belli bir kültürel gelişimin tamamlanmış olmasına bağlıdır. O halde Prometheus'un sevdiği, insanlık neslinin ateş ve umutla elde edebilecekleri ve olabilecekleridir. Bu yüzden *philantropos*'un daha başka anlamları da bulunmakla birlikte,¹⁰ esas olarak medeniyetin anahtarı olduğu düşünülmektedir.¹¹

Eski Yunan'da, *philantropia* ile *demotikos* arasında yakın bir bağlantı olduğu görülmektedir. *Demotikos*, yani demokrasi insan haklarının elde edilmesi ve güvence altında kalması için en elverişli ortam olarak görülmüştür.¹² Bu dönemde, şehir kanunları ile, kanunlar iki gruba ayrılmıştır: a- Vatandaşların özel ilişkileri, işlerini düzenleyen kanunlar ve b- Vatandaşların devletle olan ilişkilerini düzenleyen kanunlar. Özel hukuk kurallarının hoşgörülü ve merhametli olarak düzenlenmesi ve *philantropia*'yi gözetmesi doğru olacaktır. Oysa kamu hukuku kurallarının daha katı ve sert olması işin niteliği gereğidir. Yunan düşünürleri Yunanlıların düşmanlarına insanca davranmaları gerektiği sonucuna ulaşmışlardır. Ancak bunun ne oranda uygulamaya geçtiği ise tartışmalıdır.¹³

¹⁰ *Philanthropia*, üstün asta gösterdiği sevgi ve koruma anlamında kullandığı gibi, eş konumdakiler arasındaki ilişkilerde de kullanılır. Örneğin Tanrı'nın insanlar üzerindeki ya da kralların halkları üzerindeki hakimiyetini bu kavram ile açıklamak mümkün olduğu gibi, iki arkadaşın arasında da, bu kavramla bağlantılı bir ilişki söz konusu olabilir. Diod. II 60.2, 61.4, 72.4. Dostluk ve misafirperverlik de bu kavramın kapsamına girmektedir. Thomas Wiedemann, *Greek and Roman Slavery*, Routledge, London 1981, s. 51.

¹¹ Yunanlılar "*insanlık sevgisi*"ni bir ideal olarak kabul etmişlerdir. Bu idealin amacı da, mükemmelle (*arete*)- insan bedeninin, ruhunun ve aklının tam anlamıyla gelişimine ulaşmaktır. Plato Akademisi, *philantropia*'yı, insanlık sevgisinden kaynaklanan terbiye edilmiş alışkanlıklar olarak tanımlamıştır. Eski Yunan'da, insan neslini korumaya yönelik hediyeler, Zeus'un zorbalığına karşı isyanın da temsilcileri olarak görüldüğünden, *philantropos* aynı zamanda, özgürlük ve demokrasinin de, anahtarı olarak kullanılmıştır. Hem Sokrates, hem de Atina Kanunları, *philantropos*'u, insanların kendi kendilerini idare edebilme fikrini açıklarlarken kullanmışlardır. Mosses Finley, *Ancient Slavery and Modern Ideology*, The Viking Press, New York 1983, s. 77 vd.

¹² Demosthenes, *philantropia* ile demokrasi arasındaki bağlantıyı vurgulamıştır. Kanun koyucunun elindeki yetkiler, saldırgan, ezici ve oligarşik nitelikte olmamalıdır. Demos. Mem. 1.2.58-60. Bu yüzden, Atina'da, rehin gösterilmesi şartıyla kamu borçlarının hürriyeti kısıtlamaması, borçluların özgür kalmaya devam etmeleri, esas olarak devletin zararına olmakla birlikte, hukukun temel haklara saygı duyan yaklaşımı çerçevesinde kabul görmüştür. Dem. 18.112, 21.43, 24.156. Finley, s. 79.

¹³ Aynı husus kölelere karşı olan tutum için de geçerli idi. Eski Yunanlılar da,

M.Ö. beşinci yüzyılının sonlarında Yunan dünyası, insan haklarına ciddi biçimde yapılan saldırılara sahne olmuştur. Daha sonraki çalışmalar, demokrasi kavramına bağlı olarak insan haklarına daha fazla önem verilmesini sağlamıştır.¹⁴ Yöneticilerin işlemleri, yönetilenlerin çıkarlarına uygun olmalıdır. Yönetici, koruyan, gözetken tarzda olmalı ve her zaman için hukuka uygun hareket etmelidir.¹⁵ Tıpkı Roma'da olduğu gibi, antik Yunan'da da, teoride ulaşılan insan haklarının kutsallığı yönündeki saptamalar ne yazık ki, uygulamada tam anlamıyla başarıya ulaşmamıştır.¹⁶ Burada esas belirleyici, yöneticilerin insafı olmuştur.¹⁷ Hatta, bazen antik Yunan ve Roma'da, fazla insafı, fazla insancıl davrandığı için çeşitli yöneticilerin kınandığı görülmektedir.¹⁸

tıpkı Romalılar gibi köleliğin insan haklarına aykırı olduğunu ve doğru olanın, *philantropia* ile uyuşanın her insana, köle ya da hür, erkek, kadın ya da çocuk, zulüm edilmemesiydi. Ancak, bu görüşler büyük ölçüde teoride kalmıştır. Wiedemann, s. 53.

¹⁴ Bu dönemde gerçekleşen devrimler, halkın ahlak anlayışında büyük bir deformasyona yol açmış, onur, namus gibi erdemler terkedilmiş ve halk iki zıt gruba ayrılmıştı. Halk büyük bir umutsuzluk içindeydi. Hatta toplumdaki kaos o kadar büyümüştü ki, komşuların birbirlerini, babaların oğullarını öldürmesi söz konusu olmuştu. Beşinci yüzyılın ortalarına doğru, bu kaos kısmen de olsa sonlanmıştır. Savaşlar, ekonomik yapıdaki değişiklikler ve M.Ö. 403 yılında çıkarılan af kanunu bu sonucu sağlamıştır. Böylece demokratik yapılanmanın meyveleri olarak, insan haklarına duyulan saygı yine yükselişe geçmişti. Finley, s. 80.

¹⁵ M.Ö. 118 yılında Mısır'daki iç savaşın sona erdirilmesi amacıyla, suç işleyenlerin affedilmesi biçiminde bir af kanunu çıkarılmıştır. Vergi affı, toprak kanunlarında reform, çeşitli gruplara ayrıcalıklar ve Yunanlılarla, Mısırlılar arasındaki uyuşmalıklarda uzlaşma sağlanması da bu af kanunun kapsamı dahilindeydi. M.Ö. İkinci ve birinci yüzyıllarda ise, insan haklarına verilen değer ve gösterilen dikkat hayli artmıştı. Bauman, (Human), s. 41.

¹⁶ Charops, Yunanistan'ın gördüğü en zalim, en kuralsız yöneticilerden biri idi. M.Ö. 157 yılındaki ölümü, adeta Yunanistan'ı büyük bir lanetten kurtarmıştı. Roma'lılar çekildikten sonra, Charops şehirde adeta bir katliam yapmıştı. Halkı pazar yerinde ya da evlerinde öldürtmüş, ya da mallarına el koyup, onları, Roma'nın düşmanı olduklarını itiraf etmeye zorlayarak, sürgüne göndermiştir. Pol.XXX.12.3, 13.4.,32.12.; Pol.XXXII 5.3-14.

¹⁷ Eski Yunan'da, Roma hukukunda olduğu gibi, her insanın doğuştan, insan olmaktan dolayı sahip olduğu haklarının bulunduğu bilinmekteydi. Ancak bu hakların hukuki sonuç doğurabilmesi, geçerlilik kazanabilmeleri için, yasal çerçevede düzenlenmeleri gerekmektedir. Wiedemann, s. 56.

¹⁸ Syracus'lu Gelon, komşularına ve düşmanlarına fazlasıyla insancıl davranmaktan dolayı suçlanmıştır. Finley, s. 82. William Linn Westermann, *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*, The American Philosophical Society, Philadelphia 1955, s. 19 vd.

2. *Humanitas ve Maiestas Populi Romani* Arasında Yabancılar (*Peregrini*) Kapsamındaki İlişki

Roma'lıların yazılı bir anayasaları yoktu. Onlar geleneklerine sıkı sıkıya bağlı bir toplum olduklarından, gelenek hukuku toplum üzerinde önemli bir etkiye sahipti. Toplumu şekillerinden gelenekler ise, esas olarak Roma vatandaşlarının haklarının korunmasını hedeflemekteydi. Dolayısıyla, *humanitas* önceleri, Roma hukukunun konusu olan, Roma vatandaşlarının korunması şeklinde yorumlanmıştır. Köleler, hukuk önünde kişi sayılmadıklarından, onların ve yine Roma hukukunun ilk dönemlerinde, kendilerine hak ehliyeti tanınmamış olan yabancıların hukuki durumları, Roma vatandaşları ile eş değildi.¹⁹

Afrikanlı azatlı oyun yazarı P. Terentius Afer, yazdığı oyunlarda, Roma'lılara, tüm insanların eşit olduğu şeklinde evrensel nitelikte mesajlar vermeye çalışmıştır.²⁰ Aslında, köleliğin ekonomik hayatın temel taşlarından biri olduğu Roma toplumunda, böyle bir görüşün oluşmasında Yunan felsefesinin etkisi büyüktür. Terentius'un isabetli görüşleri, zaman içinde, Romalı düşünürlerin çalışmaları üzerinde etkilerini göstermiş ve yaklaşık olarak iki yüz yıl sonra, Seneca benzer görüşleri savunmuştur.²¹

"Tanrılara ibadet edebilmemiz için onlara ve *maiestas*'larına, tanrıların herşeyi kontrol ettiklerine ve evrenin (*mundus*) yöneticileri ol-

¹⁹ William Warwick Buckland, *The Roman Law of Slavery, The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1908, s. 25 vd.

²⁰ Publius Terentius Afer, (İngilizce kaynaklarda geçen ismiyle Terence) MÖ. 195/185 -MÖ. 159 yılları arasında yaşamış, oyun yazarıdır. Kartaca yakınlarında doğmuştur ve genç yaşında, muhtemelen Yunanistan'da ölmüştür. Roma'lı senatör, Terentius Lucanus, onu köle olarak satın almış, eğitmiş ve daha sonraları yeteneklerinden etkilenmesinden dolayı, onu azat etmiştir. P. Terentius Afer'in yazdığı altı oyunun tamamı da, günümüze ulaşmayı başarmıştır. Yazara ait, meşhur deyişlerin başında "*homo sunt, humani nihil a me alienum puto*" gelmektedir. Bu deyiş, MÖ. 163 tarihli Heauton Timorumenos adlı oyunda yer almıştır. Bauman, (Human), s. 44.

²¹ Roma'da, insanların eşit olması gerektiği anlayışı, Yunanlıların *philanthropia* öğretisinden etkilenecek biçimlenmiştir. Roma'lular, *philanthropia*'yı klasik bakış açılarıyla yorumlayarak, *humanitas* başlığı altında toplamışlardır. O halde, Roma *humanitas*'ı, Cicero, Seneca gibi düşünürler tarafından teorik olarak ortaya konmuş, zamanla kanunlar ve mahkeme kararları ile de pratik hayata geçirilmiştir. William Vernon Harris, *War and Imperialism in Republican Rome 327-70 BC*, Clarendon Paperbacks, Oxford 1985, s. 50-53; s. 263-4.

duklarına inanmamız gerekir. Ancak, insanlarla olan ilişkilerimiz nasıl şekillendireceğiz? Biz, tüm insanlık için bazı hakların ortak kabul edildiği bir toplumda yaşamaktayız. (*iudicat aliquod esse commune ius generis commune*). Bu yüzden bazı davranışlar, düşmana karşı yapılmış olsalar bile, yanlış olarak tanımlanır. İnsan ilişkilerini düzenlerken uyulması gereken tek bir kural vardır. Gördüğümüz herşey, ister beşeri olsun, ister ilahi, aslında tektir. Bizler, hepimiz tek bir bütünün parçalarıyız. Bütün insanlar aslında, aynı tek kaynaktan ve tek bir amaç için yaratılmış, aralarında kan bağı olan akrabalarımızdır. Doğa bizi aynı kaynaktan yarattı ve hepimize aynı sonu yaşatacak. O bizi karşılıklı sevgi, yardımseverlikle donatmış, bize şefkat gösterip, adil olmayı öğretmiştir. Doğularımız ortak olduğu için, aramızdaki ortaklıklara sahip çıkmamız gerekir.”²²

Seneca'nın bu idealist görüşü, doğal olarak Roma dünyasında gerçek anlamıyla uygulanamamıştır. Akdenizin yeni efendisi olan Roma'luların yabancılarla ilişkilerinin kapsamı ve sayısı zaman içinde artmış, ancak yabancılarla, Roma vatandaşlarının eşit haklara sahip olması, tam anlamıyla uygulanmamıştır.²³

Antik Roma'da, Roma vatandaşları ile yabancılar arasında büyük farklılıklar yaratılmasının önemli bir sebebi de, Roma'luların diğer ırklara karşı büyük bir önyargı beslemeleri, kendilerini üstün ırk olarak kabul etmeleri idi.²⁴ Roma'lular, Roma vatandaşı olmayı büyük bir

²² Sen. Epp. 48.2.3,95.50-53, Yine Seneca, “insan kanıyla beslenen, canice davranan kişilerin yapmış olduğu bir iyilik karşısında onlara herhangi bir şey vermeye, iyiliğine karşılık vermeye gerek yoktur çünkü, o insan haklarına aykırı davranmaktadır. Böyle bir kimse, benim vatanıma değil de, kendi vatanına saldırıyor olsa ve bu yüzden de benimle arasında herhangi bir kişisel düşmanlık olmasa bile, onun ahlaki bozukluğu kendisinden nefret etmem için yeterli olur ve beni tüm insanlığa karşı olan görevimi yerine getirmemi zorunlu hale getirir”. Sen. Epp.7.19.8. Seneca, imparator Nero'yu da, insan haklarını dikkate alması yönünde teşvik etmiştir. “Bir imparatorun ölüm cezasına mahkum edilmiş olanları dahi, ölüme gönderme hususundaki isteksizliği, tüm milletlere duyurulmalıdır. Bu şekilde imparatorun merhameti ve insan sevgisi, herkes tarafından bilinir.” Daha sonra bu bakış açısı daha da genişletilmiş, Roma'nın insanlığı kurtarması için Tanrılar tarafından seçilmiş olduğu ve Roma imparatorlarının insanlığın babaları, olduğu savunulmuştur. Bu yüzden de, insanlığın korunması ve kurtarılması Roma imparatorlarının insiyatiline kalmıştır. Willy Sorensen, *Seneca, The Humanist at the Court of Nero*, Transl. by Glyn Jones, Edinburgh 1984, s. 170 vd.

²³ Sorensen, s. 173.

²⁴ Örneğin Romalılar, Kartacalılarla kanbağı olduğunu kabul ettikleri Sardunyalılara karşı önyargı beslemişlerdir. Benzer şekilde Roma'luların Sicilya'lular ve Yunanlılardan da hoşlanmadıkları düşünülmektedir. Adrian Nicholas Sherwin-

ayrıcılık olarak gördüklerinden, yabancılara kendileriyle eşit haklar tanımaktak kaçınımlardır. M.Ö. 95 yılında çıkarılan *lex licinia Mucia* ile, yasal yollar dışında kendilerini Roma vatandaşı olarak kaydettiren Latin ve İtalyanların, Roma vatandaşlığının geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Roma'luların farklı ırklardan gelen yabancılara aşağılar tarzda konuşmaları da sıklıkla rastlanılan bir durumdur. Örneğin, Suriyelilere "Yunan artığı" şeklinde hitap etmek, Yunanlıların, hindi gibi yemek yedikleri, çok obur ve pis olduklarına inanmak Romalılar arasında çok yaygındı. Yunan köleler, çoğunlukla bakıcı olarak çalıştırılmaktaydılar ve Romalılar, çocuklarının aptal Yunan bakıcılar tarafından büyütüldüğü hususunda sık sık şikayet etmekteydiler. Afrikalılar da, Romalıların alaycı ve küçümseyici yaklaşımlarına maruz kalmışlardı.²⁵

Roma vatandaşlığının kolaylıkla kazanılabilesinin engellenmesi, gerçek anlamda Romalı kanı taşımayan kişilerin Roma vatandaşı sayılmaması için, çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Augustus, özellikle Afrikalı kölelere karşı büyük önyargılar taşıdığından, köleler arasında dahi ayrımcılık yapmıştır. Kölelerin çok kolay bir biçimde ve büyük sayılarda azat edilmesini yasaklayan düzenlemeler getirmiştir. Ayrıca, Augustus, *aedilis curulus'a*, forum'da bulunan herkesin geleneksel Yunanlı pelerini yerine, toga'lı olmasına dikkat edilmesi yönünde talimat vermiştir. Ancak, Augustus'un yabancılara olan bu soğuk yaklaşımı imparatorluk anlayışının iyice gelişmesiyle yavaş yavaş değişmiştir. Örneğin Tiberius, tüm Latinlere, kamu hizmetlerine katılmaları karşılığında vatandaşlık vermiştir.²⁶

White, *Racial Prejudice in Imperial Rome*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1967, s. 102 (Racial).

²⁵ Sherwin-White, (Racial), s. 103.

²⁶ Sherwin-White, (Citizen), s. 112. Roma vatandaşlığının sağladığı ayrıcalıklar yüzünden, Roma egemenliği altında yaşayan tüm yabancılar, Roma vatandaşlığını kazanmak istiyorlardı. Hatta, kendilerini Roma vatandaşlarına köle olarak sattırıp, daha sonra azat edilerek, hem özgürlüklerini, hem de Roma vatandaşlığını kazanma, yabancılar arasında uygulanan bir yöntemdi. Roma devleti, egemenliği altındaki kavimlerin mensuplarına tek tek ya da toplu olarak Roma vatandaşlığı tanımayı bir siyasi güç olarak elinde bulunduruyordu. M.Ö. 90 yılında çıkarılmış olan *Lex Iulia de Civitate* ile, Latin ırkı mensuplarına ve İtalya'da yaşayan diğer kavimlere Roma vatandaşlığı tanınmıştır. Principatus döneminin başlarından itibaren, çok daha fazla sayıdaki yabancıya Roma vatandaşlığı verilmiştir. İlk imparatorluk dönemi, iktidarın halk meclislerinden önce *senatus'a*, daha sonra da, *princeps'e* kaymasına yol açmıştır. Bu da yabancılarla Roma vatandaşları arasındaki ayrımın, imparatorun altındaki tebaa olmalarından dolayı azalmasını sağlamıştır. Böylece, Roma vatandaşlarının sahip olduğu pek çok ayrıcalık

3. *Humanitas* ve *Maiestas Populi Romani* Arasında Köleler Kapsamındaki İlişki

Seneca, kölelerin maruz kaldıkları insanlık dışı davranışların *ius animantium*'a ilişkin genel kurallar çerçevesinde yumuşatılması gerektiğini savunmuştur. İnsanlara işkence edenler, insan haklarını ihlal etmiş olurlar (*iuris humani societas*). Ancak, köleliğin çok yaygın ve vazgeçilmez bir biçimde kabul gördüğü Roma toplumunda maalesef, kölelerin durumundaki iyileştirme çalışmalarına çok geç başlanmış ve bu konuda hiçbir zaman gerçek anlamda bir başarı sağlanmamıştır.²⁷

Roma'luların kölelere duydukları ihtiyaç, köleliğin günlük hayatın bir parçası haline gelmiş olması, bu insanlık dışı uygulamadan vazgeçilmesine engel oluşturmuştur. Kölelerin statüleri belirsizdi. Köleler insan olmakla birlikte, hukuken mal olarak kabul edilirdi.²⁸ Bu belirsizlik de, kölelere ne biçimde davranılması gerektiğinin saptanmasında güçlükler yaratmaktaydı. Ancak, Roma toplumunda kölelik o kadar doğal karşılanmaktaydı ki, köleliğin yanlış olduğunun, insan haklarına aykırı olduğunun kabul edilebilmesi neredeyse imkansızdı.²⁹ Romalılar köleliğin, doğa kurallarına aykırı olarak, bir insanın diğerinin mülkiyet hakkının konusu yapıldığı bir *ius gentium* kurumu olduğuna inanmaktaydılar.³⁰ Tabii ki, bu anlayış, tüm insanların eşit haklara sahip

ortadan kalmış ve sonuç olarak M.S. 212 yılında imparator Antoninus Caracalla tarafından çıkarılan emirname ile, imparatorluk sınırları içinde yaşayan tüm yabancılara, Roma vatandaşlığı tanınmış oldu. Özcan Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması*, Yetkin Yayınları,14. Basım, Ankara 2010, s. 148 vd.

²⁷ Soverini, s. 177. Peter Garnsey, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Clarendon Press, Oxford 1970, s. 109. D.50.17.32 *Ius civile*'ye köleler hiçtirler. Fakat, *ius naturale* kapsamında böyle değildir, çünkü tabii hukuk karşısında bütün insanlar eşittir. Ancak, Roma toplumunun köleliks devam edebileceğini düşünmek imkansızdır. Hiçkimse köleliğin ortadan kalması gerektiğini düşünmemiştir. O zamanki toplumların ekonomik hayatları için, köle çok faydalı, hatta zorunlu bir unsurdur. Toplumun maddi ihtiyaçları kölelerce görülmekteydi. Köleler tarlalarda çalışırlar, ev işlerini görürler, öğretmenlik, doktorluk, avukatlık gibi meslekleri de yaparlardı. Çünkü bu tür mesleklerin para karşılığında Roma vatandaşlarıncı yapılması ayıp sayılırdı. Ziya Umur, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Meftumlar-Hakların Himayesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 356 vd. (Giriş).

²⁸ D.34.4.31 Tarım araçları (*instrumentum*) üç başlık altında toplanmıştır. 1. konuşma yeteneği ile donatılmış olanlar (köleler), 2. konuşamayanlar (sığır, koyun, at...), 2. Konuşma olanakları olmayanlar (saban, pulluk...), Finley, s. 93 vd., Buckland, s. 33 vd, Bauman, (Human), s. 46.

²⁹ Finley, s. 117.

³⁰ D.5.4.1, Iust. Inst.1.3.1

oldukları şeklindeki doğal hukuk ilkesi ile çelişmektedir.³¹ Roma'lıların büyük bir kısmı, kölelerine iyi davrandıklarında, onların kendilerini öldürebileceklerini düşünmekteydi. Çünkü onlar kölelerin içinde bir kötülük bulunduğuna inanmaktaydılar. Hatta, Roma'daki inanış, kölelerin işkence altında olmadan gerçeği, doğruyu söylemeyeceği yönündeydi.³² Ancak, kölelerin işkenceye maruz kalmasına karşı çıkan Roma hukukçuları da bulunmaktaydı. Fakat bu karşıt görüşün temel çıkış noktası, kölelerin insan oldukları ve insan haklarına aykırı davranışlara maruz kalmaları değil bir kimsenin para vererek sahip olduğu değerli bir malına zarar verilmemesi gerektiği oluşturmaktaydı.³³

Efendinin kendi kölesini dövmesi, cezalandırması, kural olarak, hukuka aykırı olarak kabul edilmemişti. Bu yüzden de, efendilerin kölelerini vahşice cezalandırması doğal karşılanmıştır. Kölelerin dağlanması, kırbaçlanması, tecavüz edilmesini bunlara örnek olarak verebiliriz.

³¹ D.50.17.32. Seneca, iyi niyetli eğitilmiş, Roma vatandaşlarına yakışan davranışın kölelerine iyi davranmak olduğu yönündeki görüşü de, Roma'da gerçek anlamıyla taraftar toplayamamıştır. Seneca'ya göre, köleler de insandır ve onlar efendilerinin dostlarıdır. Kölesiyle sohbet etmeyi ve yemek yemeyi kendine yakıştıramayan Roma vatandaşları, dostlarına ihanet etmekten başka birşey yapmamaktadır. Hatta bu şekilde davranan efendiler, kölelerinin nefretini kazanarak, kendi kuyularını kazmaktadırlar. Şunu da unutmamak gerekir ki, köleler de bizimle aynı havayı solumakta, aynı suyu içmekte, aynı gökyüzünün altında yaşayıp ölmektedir. Kölelerinize, sizin üstlerinizin size nasıl davranmasını isterseniz, o şekilde davranın. Sizinle konuşmasına, sizinle plan yapmasına ve sizinle yaşamasına izin verin. Soverini, s. 178.

³² Kural olarak kölenin efendisinin aleyhine ifadesi kabul edilmemekle birlikte, zina, vatana ihanet ve vergi kaçırma gibi bazı özel durumlarda buna izin verilmekteydi. Kendisinin fail olduğu bir durumda da, kölenin suçunu itiraf etmesini sağlamak için yine işkenceye başvurulurdu. Örneğin *praetor* Tigellinius, Nero'nun karısı Octavia'nın zina işlediğini ispat edebilmek için, Octavia'nın kadın kölelerini (*ancillae*) dayanılmaz acılarla sorgulatmıştır. Kölelerden bir kısmı, işkencenin acıları altında efendilerinin aleyhinde tanıklık ederken, büyük bir çoğunluğu Octavia'nın masumiyeti yönünden görüş açıklamışlardır. Dio.62.13.4. Hadrianus, efendisi öldürülürken yeteri kadar bağırıp, yardım çağırmayan köleyi, öldürtmüştür. Burada, diğer kölelere önce kendilerini düşünmek yerine, efendilerini korumaları gerektiğini anlamaları için bir ders verilerek istenmiştir. D.29.5.1.28. Garnsey, s. 122; Alan Watson, *Roman Slave Law*, The John Hopkins Press, Baltimore 1987, s. 98 (Slave).

³³ Roma hukukunda kölenin bir mal olarak değerlendirilmesi ve işkence sırasında efendinin mülkiyet hakkının zarara uğruyor olmasını destekleyen nitelikte düzenlemeler bulunmaktadır. Zina suçundan dolayı suçlanan bir kölenin efendisine, bu suçlamada bulunan kişinin, kölenin işkence sırasında uğrayacağı zararlara karşılık belirli bir miktarda teminat ödemesi zorunlu kılınmıştı. D.48.5.28.pr. Ulpianus da, işkencenin köleyi tamamen işlevsiz bırakacak şekilde yapılmaması gerektiğini belirtmektedir. D.48.18.7. Buckland, s. 67.

Efendi kölesini kırbaçla ya da değnekle döver, ya da onu zincire vurursa ve köle daha sonra ölürse, efendinin herhangi bir cezai sorumluluğu olmazdı. Ancak, köleyi kasten bir sopa ya da taş darbesiyle öldürmüştü, ya da onu ipe asmışsa, yüksek bir yerden aşağıya atmışsa, zehirlemişse, vücudunu tırmıkla parçalamışsa, canlı olarak yakmışsa, öldürünceye kadar işkence etmişse, adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulurdu. Şu hususu açıkça belirtmek gerekir ki, Roma hukukunda, köleyi öldürme amacını taşımayan, onu eğitmek, terbiye etmek için yapılan davranışları cezalandırılmazdı.³⁴

4. *Humanitas*'ın *Maiestas Populi Romani* Karşısında Kısıtlanmasını Haklı Gösteren Durumlar

Humanitas ile *maiestas populi Romani* arasındaki bağlantının çıkış noktasını zalimlik ve vahşetle savaş oluşturmaktadır.³⁵ Roma'lılara göre vahşetin haklı görebileceği bazı durumlar olabilirdi. Örneğin, Roma'da

³⁴ Cod.Th.9.12.1,2. Constantin zamanında kölelerin gladyatör oyunlarının parçası edilmeleri yasaklanmıştı. Cod. Th.15.12.1; Cod.Iust.11.44(43). Ancak, adam kaçırma suçunu işleyen bir köle ise, oyunlarda vahşi hayvanlarla dövülmeye mahkum edilirdi. Üstelik, kendilerini hayvanlara karşı savunmalarını engellemek amacıyla da, dövüşten önce kırbaç darbeleriyle yaralanmaları sağlanırdı. Cod.Th.9.18.1. Arenada dövülmeye mahkum edilen kişilerin elleri ve ayakları damgalanırdı. Cod. Th.9.40.2. Bununla birlikte, Roma'da kölelerin çeşitli düzenlemelerin de yapıldığını görmekteyiz. Örneğin *lex petronia*, efendilerin kölelerini diledikleri gibi, arenaya yollayarak, vahşi hayvanlarla dövüştürmeleri kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Olivia Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, The Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore 1995, s. 43. Bu kanunla amaçlanan husus, efendinin kölesi üzerindeki mülkiyet hakkını belli oranda sınırlandırmaktır. İmparator Hadrianus, bir efendinin kölesini, mahkeme kararı olmaksızın öldürmesini yasaklamıştır. Aynı şekilde, haklı bir sebep olmaksızın erkek kölelerin gladyatör eğitimlerine ve kadın kölelerin de genelevlere satılmasını yasaklamıştır. Antoninus Pius tarafından çıkarılan emirnameye göre, haklı bir sebep olmaksızın, kendi kölesini öldüren bir kimse, başkasının kölesini öldüren kişiyle aynı cezayı alır. İmparatorun merhamet talep edip, ona sığınan köleler hakkında da, efendinin bu kölesini uygun fiyata satması sağlanmaktaydı. Herkesin malını kötü kullanmaması, kamu yararına olarak kabul edilmekteydi. Efendilerin köleleri üzerindeki yetkileri, sınırsız olmakla birlikte, efendinin köleye işkence etmesi, aç bırakması, vahşice yaralaması haklı görülmez. Iust.Inst.1.8.1 Efendi hasta kölesini, tedavi masraflarının yüksekliğinden ötürü terk etmişse, ve bu köle hayatta kalmayı, iyileşmeyi başarmışsa, artık özgür kılınması gerekir. Bu durumdaki hasta köleyi, terk etmek yerine öldürmek, cinayet işlemek olarak kabul edilir. D.40.8.2; C.Just.7.6.13. Richard A Bauman, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, Routledge, 2. Ed, London 2006, s. 112 vd. (Crime); William A Schabas, *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture*, Northeastern Univ. Press, Boston 1996, s. 100 vd.

³⁵ Bauman, (Crime), s.119; Tony Honoré, *Ulpian, Pioneer of Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2. Ed., Oxford 2002, s. 89.

bu konuya ilişkin olarak tartışılan sorulardan biri şudur: “Kıtlık sırasında efendinin kölelerini açlıktan ölmeye terketmesi ne derecede doğrudur.”³⁶ “Çok büyük bir fırtına sırasında, yükü denize fırlatmak zorunda kalan kaptan, çok kıymetli bir at ile kıymetsiz bir köle arasında nasıl bir tercih yapmalıdır?”³⁷ Roma’lılar arasında kabul edilen görüş, *utilitas*’ın, *humanitas*’ın önünde yer alması gerektiği yönündedir.³⁸ O halde, çoğunluğun ya da daha değerli insanların çıkarlarının korunması adına azınlığın ya da daha değersiz insanların haklarından feragat edilmesi, Roma hukukunda olağan karşılanmaktaydı denilebilir. Aynı bakış açısı savaşlarda, düşmanlara davranış biçiminin şekillendirilmesinde de kendisini göstermiştir. Romalılar, düşmana vahşice davranılmasında herhangi bir sakınca görmemişlerdir. İnsanın insana yaptıklarına baktığımız zaman doğal afetlerin, hastalıkların ve yoksulluğun çok masum kaldığını görmekteyiz. Ateş, zincir ve kılıçlarla süslenmiş büyük gösteriler düzenleyen insanlar, diğer insanları vahşi hayvanlara yedirtmekte, onları zindanlara kapatmakta, çarpmıha gererek, ya da asarak öldürmekte, yakarak, atların ayaklara bağlayıp sürükleterek işkence etmektedirler. Zalimlik, yöneticilerin değişmez özelliği haline gelmiştir. Buna bağlı olarak da, Roma’da zulüm ve işkence bir zevk aracı, vahşet bir hobiye dönüşmüştür. Bu yüzden Roma askerleri, ele geçirdikleri yerlerde yaşayanların çocuklarını ebeveynlerinin gözleri önünde kesmekten, yaktıktan zevk alır hale gelmişlerdir.³⁹

Livius, Alban’ın lideri Mettius Fufetius, Roma’lıların taraf olduğu savaşta, Roma’ya destek verme sözü vermekle birlikte bu sözünü tutmamıştır. Roma kralı, bu davranışı telaffisi olmayan bir hata olarak kabul etmiş ve herkese ibret olması için Mettius Fufetius’un en ağır şekilde cezalandırılmasını sağlamıştır. Böylece Mettius Fufetius, aksi yönde giden iki atlı arabaya bağlanmak suretiyle ikiye bölünme cezasına çarptırıldığını belirtmektedirler. Roma kralı Tullus Hostilius, söz konusu cezanın haklı ve gerekli olduğunu savunurken, Livius bu cezanın *humanitas* kurallarını zedeleyen bir uygulama olduğunu söylemiştir.⁴⁰

³⁶ Cic. Leg. 3.1.

³⁷ Cic. Off. 3. 89.

³⁸ Cic. Off. 1.88.

³⁹ Bauman, (Crime), s. 120; Edward Togo Salmon, *A History of the Roman World: 30 BC.-AD. 138*, Routledge, 11. Ed., London 1968, s. 134.

⁴⁰ Herkes bu iğrenç sahneden çok etkilenmişti. Bu ceza, Roma tarihi açısından insan haklarının hiçe sayıldığı önemli bir ceza idi. Liv.1.28.9-11.Livius bu cezanın haklılığının tartışılması gerektiğini düşünmektedir.

Buna benzer bir diğer örnek ise, M.Ö. 390 yılında gerçekleşmiştir. Roma'lı elçiler, hukuk kurallarını ihlal edecek şekilde Galli lideri öldürmüşlerdir. Bu elçiler *violatores iuris humani*, insan haklarını ihlal etmiş olmalarına rağmen, Roma'da yaptıklarından dolayı ödüllendirilmişlerdir.⁴¹

Cicero, bireysel çıkarlar ile kamu çıkarlarının çakışması halinde, kamu çıkarlarının (*rei publicae utilitas*) tercih edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.⁴² Buna göre, bazı insanlar yönetilmek ve kendilerinden

⁴¹ Liv.5.37.4; Liv.4.36.6. Roma hukukçuları, *ius gentium*'u, tüm insanların uymak zorunda oldukları evrensel kurallar olarak tanımlamışlardır. Gai. 1.1.1; Dolayısıyla bu kuralların bizzat Roma'luların kendileri tarafından ihlal edilmesi çok büyük bir çelişki idi. Bu çelişkili durumu kendi hakları olarak gören Roma'lular, aynı ihlal kendilerine karşı yapıldığında, benzeri bir toleransı göstermemişlerdir. Herbert Felix Jolowicz/ Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge Univ. Press, 3. Ed., Cambridge 1972, s. 102-7. Veientin lideri Lars Tolumnius, 437 yılında üç Roma elçisini öldürmüştü, bunun ardından patlak veren savaşta ise, Roma askerleri bu lideri öldürerek, cezalandırmışlardır. Liv. IV 17.2-4, 19.3-5. "Güçlüler, zayıfların insan haklarını ihlal ederlerse, Tanrılara bu zalim insanları cezalandırmasları için dua edeceğim". Liv. 9.1.8-10. 390 yılında Gaul, Romaya saldırdığında, askerlik çağındaki tüm erkekler toplanarak, toprakları savunma görevi verilmiştir. Bu durumda yaşlılar köylerde savunmasız olarak, ölüme terk edilmiştir. Ancak, kadınların savunmasız bırakılarak terk edilmeleri insanlığa aykırı bulunmuştur (*parum humanum*). Aslında kadınların geride bırakılması, savunma açısından kolaylık sağlamakla bırakılması, böyle bir durumda kamu yararının, bireysel yararların gerisinde kalarak, masum insanların savunmasız bırakılmamaları tercih edilmiştir. Liv. 5.40.4. Cicero'da benzer görüşü savunmaktadır. İşte bu yüzden, Cicero aşağı sınıftan olmakla birlikte Roma vatandaşı olan herkesin, yaşam hakkına sahip olduğu ve bu haklarının kamu yararının üstünde tutulması gerektiğini savunmuştur. Doğal olarak, Roma vatandaşı olan "herkes" için tanınmış olan bu insani yaklaşım, insan olan "herkes" için genişletilmemiştir. Lars Tolumnius, 437 yılında üç elçiyi öldürmüştür. Devam eden savaş sırasında, Romalılar, aralarındaki anlaşmayı ihlal edenleri (*foedus humanum*) *ius gentium*'a uymayanları sert bir biçimde cezalandırmışlardır. Frank William Walbank, *Polybius, Rome and the Hellenistic World, Essays and Reflections*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2002, s. 79 vd.

⁴² "Atalarımız Kartaca ve Numintia'yı yerle bir etmişlerdir. Korintia'yı yok etmemelerini dilerdim. Fakat atalarımızın, şehri yok etme hususunda, konununun yeni bir savaşta yolaçabilece olasılığından ötürü, iyi bir amaçları vardı. Kartaca ve Korintia Roma'nın sınır noktaları olmalarına rağmen, oluşabilecek ayaklanmaları önleme amacıyla yıkılmışlardır." Cic.Off. 1.35; Cic.Leg.Agrar.2.87. Appianus ise karşı görüştedir. Ona göre, Aemilianus Kartaca'yı senato kararı ile yok etmiştir. Çünkü bununla Roma'nın büyüklüğü vurgulanmak istenmiştir ki bu çok büyük önem taşımaktadır. Numantia'nın yok edilmesi tamamen kendi insiyatifindeydi. Diodorus'a göre de, Roma çok geniş topraklar üzerinde hakimiyet kurduktan sonra, gücünü terörizm ile desteklemiştir. Aslında burada büyük bir ikilem bulunmaktaydı. L. Aemilius Paulus, 3. Makedonya Savaşındaki (MÖ. 171-167)

faydalanılmak amacını taşımaktadırlar. Bu yüzden de, kamu çıkarları bu çeşit insanların bireysel çıkarlarının önüne geçebilir. Dolayısıyla, bir diğer grup insan, onları yönetmek ve emeklerinden faydalanmak hakkına sahip olmaktadır. Yönetenlerin, yönettikleri insanların selamatlerini gözetmeleri gerekmektedir. O halde yönetmek, zulmetmek biçimde olamaz. Ancak, yönetmek sırasında sertlik kullanılması da kaçınılmazdır. Bu şekilde ahlak ve şiddet birbiriyle bağdaştırılmaya çalışılmıştır. Yönetmek, şiddet kullanmayı da kapsar, fakat yönetinin ahlaki sorumluluğu vardır. Böyle bir yaklaşım, yönetmenin önemi vurgular. Roma'lılar için Roma devleti en kutsal varlıklardan biri, Roma vatandaşı olmak ise, en büyük ayrıcalıklardan biri idi. Bu yüzden devlete karşı işlenen suçlar en ağır şekilde cezalandırılmaktaydı. Roma devletine ihanet edenler kimseler, *humanitas*'tan yoksun bırakılırlardı.⁴³

Roma'nın Kartaca'ya karşı kazandığı zafer sonrasında, Kartaca'lılara yapılan insanlık dışı muameleler de, bu bakış açısıyla belli oranda haklı gösterilmeye çalışılmıştır. 226 yılında Roma ile Kartaca arasında yapılan anlaşma çerçevesinde, Kartaca halkının İspanya'nın kuzeyine girmeleri yasaklanmıştı. Kartacalıların bu anlaşmayı ihlal etmeleri, Roma'nın Kartaca'yı yerle bir etmesini haklı gösteren bir neden olarak gösterilmekteydi. Roma'lılara göre, bir devletin merhamet talep ede-

büyük zaferini Epirus'da 70 şehiri tamamen yok ederek ve 150 bin kişiyi köle olarak toplayıp, sattırarak perçinlemesine rağmen, bu zalimliği onun *humanitas*'na herhangi bir gölge düşürmemiştir. Censor Cato 150 yılının sonunda yaptığı bir konuşmasını "*ceterum censeo Carthaginem esse delendam*" diyerek bitirmiştir. (Hatta, Kartaca'nın yok edilmesini öneriyorum). Diod. 31.9 Walbank, s. 91 vd. Aynı tarihlerde, Carneades'in görüşleri de, Roma'nın yalnızca kendi çıkarlarını korumayı amaçladığı yönündedir. Carneades'e göre doğal adalet diye bir şey bulunmamaktadır. Ona göre insan davranışlarındaki doğal belirteç, bencillik ve kişisel çıkarlarını korumaktır. Roma imparatorluğunu, hem tanrılara, hem de insanlara adaletsiz şekilde davranarak oluşturmuştur. Bu yüzden de, hiçbir zaman çıkarıcılıktan vazgeçememektedir. Walbank, s. 107 vd.; Colin Wells, *The Roman Empire*, 6. Ed., London 2004, s. 256 vd.

⁴³ Roma'lılar, savaşta galip eden komutanların, mağlup olanları "*insan*" olarak görmeleri gerektiğini ve bu yöndeki davranışların barışı sağlayacağını savunmuşlardır. Savaşta yenilen tarafa gösterilen bu ılımlı bakış açısı, vatana ihanet eden Roma'lılar için kabul edilmemiş ve bu sırada insan hakları ihlallerinde bulunulması önemsenmemiştir. Roma hukuku kaynaklarından, *humanitas* kavramının ilk olarak, MÖ. 80'lı yıllarda kullanıldığı, bundan önce ise, *humanitas*'ın bilinmediği anlaşılmaktadır. Arnold Hugh Martin Jones, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Blackwell Press, Oxford 1972, s. 165.

bilme hakkı, anlaşmaya olan bağlılığı, daha doğrusu anlaşmayı ihlal etme derecesine göre belirlenmektedir.

Cumhuriyetin ortalarında, Roma devleti düşmanları tarafından, yenilmesi güç, insafsız bir devlet olarak görülmekteydi. Savaşın sonunda Roma askerleri kazandıkları topraklarda yağmalama yapmışlar, sadece korku ve terör esdirmek için, gördükleri herkesi, hatta hayvanları bile öldürmüşlerdir.⁴⁴ Yalnız Romalıların savaş yoluyla ele geçirdikleri yerlerde yaşayanların yaşam haklarına duydukları saygı, savaş sırasında Roma'lularla verilen mücaadele ile bağlantılı idi. Yani, Roma'lulara kendiliğinden teslim olunmuşsa, bunların yaşam haklarına saygı duyulur ve kendilerine *humanitas Romana* gösterilirdi. Ancak, Roma'lulara kendiliğinden teslim olmamış halk için herhangi bir merhamet gösterilmesi söz konusu olmazdı⁴⁵. Uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla çözülmesi insanca olan yöntemdir. Uyuşmazlıklarda güç kullanılması vahşiliğin işaretidir. Savaşmanın tek haklı noktası, barışı elde edebilmek amacıyla yapılmasıdır. Zafer kazanıldığında, savaşmayı evlerinde kalmayı tercih edenlerle, barbarlar aynı muameleye tabi tutulmamalıdır.⁴⁶

⁴⁴ Roma geleneklerine göre, savaşın sonunda, komutan Roma askerlerine şehri yağmalamalarını ve gördükleri her canlıyı öldürmelerini emrederdi. Buradaki amaç, şehir halkına korku salmaktır. Çoğunlukla şehir halkı saklanmış olduğundan, Roma askerleri hayvanları keserdi. Katliamdan sonra da, yağmalama başlardı. Liv.26.46.3. Lloyd A Thompson, *Romans and Blacks*, Routledge, London 1989, s. 210.

⁴⁵ Harris, s. 74 vd. Cumhuriyet döneminde, fethedilen yerler derhal, Roma devletinin toprakları arasına girmekle birlikte, orada yaşayanlar hemen Roma vatandaşlığını kazanmazlardı. Roma askerleri ile savaşarak, cebir sonucunda Roma'ya teslim olmuşlar, artık muhtar bir varlıkları olmadığından dolayı, *ius gentium* kuralları doğrultusunda, *captivi* yani harp esiri sayılırlardı. Oysa ki, herhangi bir silahlı çatışmaya taraf olmaksızın, kendi iradeleri ile Roma'ya teslim olmuş olanlar, *peregrini alicuius civitatis* yani başka bir devletin vatandaşı olan yabancılar olarak adlandırılırdı. Mücaadele ederek yenilen ve Roma devletine teslim olmak zorunda kalan (*deditio*) devletin sakinleri, Roma *populus'*unun veya *senatus'*un ya da yetkili komutanın, tek taraflı olarak düzenlediği bir *foedus* işlemine uygun olarak, *peregrini dediticii* adını alırlardı. Her iki çeşit yabancı yani *peregrini* de özgür kişilerdi. Ancak, *peregrini alicuius civitatis* olanlara, şeklen özerkliklerini koruyan kendi devletlerinin vatandaşlığı tanınmakta ve dolayısıyla da, kendi örf ve adetlerini, kanunlarını uygulayabilmekteydiler. Aynı şekilde, Roma hukukunun kendilerine tanıdığı ölçüde haklara sahip olurlardı. Buna karşılık, *peregrini dediticii*, Roma tarafından tanzim edilmesi gereken topluluklara dahil sayılırdı. Bu çeşit yabancıların hukuki statüleri, Roma devleti tarafından tek taraflı olarak düzenlenirdi. Umur, (Giriş), s. 380

⁴⁶ Cic. Off. 1.34-5

205 yılında komutan Q. Pleminius, Roma ordularının başında bulunmaktaydı. Askerler arasında gümüş bir kase yüzünden bir tartışma çıkmış ve tartışma büyüyerek, şiddet kullanılmasına yol açmıştır. Pleminius, ayaklanma çıkaran askerlerin cezalandırılmasını emretmiştir. Fakat ordudaki itaatsizlik ve kargaşa o kadar güçlenmiştir ki, Pleminius'a saldırı düzenlenmesine kadar gitmiştir. Askerler, Pleminius'un kulaklarını ve burnunu keserek, onu öldürmeye kalkışmışlardır. Yapılan inceleme sonucunda, Scipio Pleminius'un haklı olduğuna karar vererek, askerlerin cezalandırılmak üzere Roma'ya getirilmelerine karar vermiştir. Pleminius bu cezayı çok hafif bularak, ancak vahşi bir saldırıya uğrayan kişinin, bu çeşit saldırıda bulunanlara nasıl bir ceza verileceğini değerlendirebileceğini belirtmiştir. Bu yüzden de kendisinde askerlerini cezalandırma hakkını bulan Pleminius, onları işkence ile öldürtmüş, cesetlerinin de gömülmesine izin vermemiştir.⁴⁷

Pleminius, Roma halkından kaynağını alan *maiestas'*a sahiptir. Sonuç olarak, ona yapılanlar, hareketin vahşiliği ve verilen zararın büyüklüğünden bağımsız olarak failerin sorumlu tutulmaları için yeterli görülebilir.⁴⁸

Maiestas populi Romani ile *humanitas* arasındaki bağlantı uluslararası ilişkiler ve anlaşmalarda da etkisini göstermiştir. Bu bağlantı, *ius gentium'* un gelişimini sağlamıştır. Kartiz şehrinin (İspanya) 206 yılında, Kartacalılardan ayrılarak, Roma'luların tarafına geçmesi üzerine, Scipio Kartizlilerle çok sert bir anlaşma aktetmiştir. Kartizlilerin, Roma halkının *maiestas'*ını kabul edip, onu desteklemeleri gerekmektedir.⁴⁹ Roma'luların müttefikleri ile yaptıkları anlaşmalarda, anlaşmaya koy-

⁴⁷ Liv.29.8.5;29.8.8; 29.9.22. *Sine respectu non maiestatis modo sed etiam humanitatis... prope ex sanguem relinquunt.* Bauman, (Human), s. 106.

⁴⁸ Liv.29.9.10; Liv.34.44.6. Bauman, (Human), s. 107.

⁴⁹ *Maiestatem...comiter conservanto.* Davranışların standartı *comiter/comitas* ile açıklanmaya çalışılmış ve *humanitas* ile benzer anlam yüklenmiştir. Bauman, s. 22. Aynı bakış açısıyla yapılan başka uluslararası anlaşmalar da bulunmaktadır. Örneğin 189 yılında Aetolianlılarla, Romalılar arasındaki anlaşmada da, Aetolianlılar, Romalılar *maiestas'*ına herhangi bir hile yapmaksızın saygı duyma borcu altına girmişlerdir (*sine dolo malo*) Liv.38.11.1. Roma'lular yaşadıkları kötü tecrübelerden dolayı, yaptıkları uluslararası anlaşmalarda, karşı taraftan tam anlamıyla bir destek ve bağlılık bekler hale gelmişlerdir. Anlaşmaları *humanitas'*a dayandırarak da, bu noktadaki haklılıklarını vurgulamaya çalışmışlardır. Bauman (Crimen), s. 120.

durdukları “Roma *maiestas*’ına saygı duymak”, Roma’nın siyasi anlamda kazandığı büyük başarılarından biridir. Buna göre, Roma’nın *maiestas*’ına saygı göstermeyi kabul eden devlet, fiilen bağımsız olarak kabul etmekle birlikte, bu anlaşmaya uyma borcundan kaynaklanan tüm uyuşmazlıklarda, Roma mahkemelerinin yetkili olduğunu kabul etmektedir. Bu da müttefik devletin bağımsızlığına büyük ölçüde gölge düşürmekteydi.⁵⁰

5. *Humanitas*’ın Korunduğu Haller

Ancak, yöneticiler *maiestas populi Romani* çerçevesinde tamamen sınırsız güç kullanma hakkına sahip değillerdi. *Humanitas* ile *maiestas populi Romani* arasındaki dengenin sağlanabilmesi amacıyla, yönetilenleri, yöneticilerin kötü davranışlarından korumaya yönelik çeşitli düzenlemeler de yapılmıştır.

A. Yöneticilerin İşkence ve Hukuka Aykırı Kötü Muamelelerinin Yasaklanması

Roma hukukunda, yöneticilerin hukuka aykırı muamelelerinin yasaklanmasına ilişkin düzenlemelerle öncelikle, işkencenin engellenmesi amaçlanmıştır. Cicero’nun C. Rabirius’un savunmasında da, işkenceye karşı bir tutum sergilenmiştir.

“Kırbaçlamak, çarmıha germek gibi işkencelerden vazgeçilmiş ve acımasız krallar kovulmuştur. Artık cesur insanların özgürlüğümüzü koruduğu ve hoşgörülü kanunlarla çerçeveslendirilmiş bir düzenimiz var.”⁵¹

Yine Cicero, işkenceye karşı duruşunu ortaya koyarken, eski damadına olan kızgınlığını da göstermektedir. Cicero’ya göre eski damadı, Trebonius’u vahşice öldürmüştü, ona işkence yapmıştır. Trebonius’un boynunu kırdıktan sonra, ölüye, vahşice davranarak kestiği başını kılıcına takıp gururla havaya kaldırmış ve *humanitas*’ı tamamen unutmuştur.

⁵⁰ “Roma’lıların savaşmaktaki esas amaçları, toprak ya da mal elde etmek değildi. Roma’nın asıl hedefi tüm insanlığın huzurunda, şöhret ve statü elde etmek idi. Bu da Roma imparatorluğunun adının, Tanrıların adının yanında yer almasını sağlamıştır. O, kendisinin efendi, diğer tüm insanların onun kölesi olduğu bir dünya yaratmıştır”. Liv.37.54.15 Bauman, (Crimen), s. 121.

⁵¹ Cic. Rab. Per. 10

Şehrine, vatanına ve Tanrılara yani kısacası tabiata ve insanlığa vefasızlık yapmıştır.⁵² Seneca ve diğer pek çok Roma'lı düşünürler de işkencenin yanlış olduğuna ilişkin olarak benzer görüşleri savunmuşlardır. Yunan düşünür Polybius, önceki yüzyıllarda ayaklanmış Kartacalı paralı askerlerin nasıl 700 Kartacalıyı kestiğinden söz etmiştir. Paralı askerler, halkın ellerini kesmiş, ayaklarını kırmış, onları canlı olarak çukurlara atmışlardı. Polybius'a göre bu askerlere insan demek mümkün değildir.⁵³

İkinci Pön savaşının sonlanmasından sonra, *humanitas* ile *maiestas populi Romani* arasında özel bir bağın kurulması daha da önem kazanmıştır. *Maiestas populi Romani* dahilinde yöneticilik yapan kişilerin, sahip oldukları yetkileri özenli kullanmaları ve yönetilenlerin haklarını ihlal etmemeleri vurgulanmaya çalışılmıştır. Özellikle eyaletlerde yaşayanlardan, keyfilikle aşırı derece ve şiddet kullanarak vergi toplanması da, eyalet yöneticilerinin yetkilerini kötüye kullanmaları olarak kabul edilmiştir. Roma *magistra*'ların hukuka aykırı olarak halktan para toplamaları ve zimmetlerine para geçirmeleri, Roma vatandaşı olmayanların haraca bağlanmaları, sıklıkla karşılaşılan bir durumdu ve bu durum, Roma'nın ihtişamını eksiltip, hakimiyet dengesini bozduğundan,⁵⁴ çok ciddi bir sorun olarak kabul edilmişti. Bu tip hareketleri engellemek için, yabancılardan zorla, hukuka aykırı olarak para ve mal alınmasını yasaklayan ve bu şekilde alınanların iadesini sağlayan *leges repetendarum* denilen kanunlar çıkarılmıştı. Bu kanunlar kısmen de olsa, Roma'nın itibarını kazanmasına yardımcı olmuştur.⁵⁵

Yöneticilerin, sahip oldukları yetkileri özenli kullanmaları ve yönetilenlerin haklarını ihlal etmemeleri inancı, *humanitas*'ın *maiestas populi Romani* karşısında daha etkinleşmesi söz konusu olmuş ve çeşitli suçlara verilen cezaların değiştirilmesi, insanileştirilmesi şeklinde bir başarı kazanılmıştır.⁵⁶ Buna verilebilecek en güzel örnek, ahlaksızlık-

⁵² Cic. Phil. 11.8-10.

⁵³ Yaptıkları şeytani davranışın altında yatan en temel nokta yanlış eğitim olmakla birlikte, zarar verme alışkanlığı ve vicdansız komutanların etkisi de büyüktür. Walbank, s. 111. D.48.4.1.1,4 pr.

⁵⁴ Alan Watson, *The Lawmaking in the Later Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford 1974, s. 46 vd. (Law)

⁵⁶ Favorinus'a göre 12 Levha Kanunları ile getirilmiş olan cezalar çok sert, acımasız ya da muğlak ve uygulanamaz niteliktedir. Favorinus', geceyin hırsızlık yapmaya çalışan ve suçüstü yakalanan hırsızın öldürülmesi, ya da alacaklılarına

tan mahkum olan Vestal Bakirelerine⁵⁷ verilen cezadır. Önceleri, ahlaksızlıktan mahkum olan Vestal Bakirelerine, canlı olarak gömülmekteydi. Bu şekilde, Tanrıları, ahlaksız kadının şehre getirdiği kirliliği kaldırmaya ikna etmeye ve kadının ahlaksızlığından dolayı Tanrıların verebileceği olası bir felaket engellemeye çalışılmıştır. Vestal Bakirelerinin iffetinin, Roma devletinin esenliği ile doğrudan bağlantılı olduğu kabul edildiği için, bekaretlerini kaybetmeleri vatana ihanet olarak kabul edilirdi. İkinci Pön Savaşından sonra ise, bu ağır cezadan vazgeçilmiştir. 217 yıllarında, olağandan çok daha fazla sayıda felaketle karşılaşmış ama bu felaketlerden kurtulmak için, Tanrılara ahlaksız Vestal bakirelerini kurban etmek yerine, hayvan kurban etmek yoluna gidilmiştir.⁵⁸

borçluyu parçalayabilmeleri olanağını veren hükümler tamamen insanlık dışı olduğunu savunmaktadır. Africanus ise, 12 Levha Kanunlarının son derece insancıl bir düzenlene olduğunu savunmaktadır. Ona göre, bütün hukuk kuralları çıkarılmış oldukları zaman dilimi dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Hukuk kurum ve kuralları uygulanmış oldukları dönemden bağımsız olarak ele alınmaz. Aynı husus, cezalar için de geçerlidir. Cezalar, getirilmiş oldukları toplumun ahlak anlayışı, düzeltmeyi amaç aldıkları yanlışlığın o toplumda, o dönemde algılanış şekline göre ortaya konurlar. Bu yüzden Oniki Levha Kanunu, hazırlandığı dönem bakımından çok büyük bir kanunlaştırma hareketidir. *Humanitas* kavramı hakkında çalışmalar yapan hukukçuların en önemlilerinden biri Ulpianus'dur. Ulpianus özellikle, ceza mahkemelerinin örgütlenişi üzerinde çalışmış ve 228 yılında öldürülmesine kadar, *humanitas romana* kavramının tanımını ortaya koyma yolunda çalışmaları yapmıştır. "*Maeistas* suçları, artık bu dönem için anlamsız kalmaktadır. *Meo saeculo*, bir davranışı *maeistas* olarak yorumlamak benim okulumun görüşüne yabancıdır. *Aliena sectae meae*. Ulpianus, ölüm cezalarını yumuşatmaya çalışmış ve zina halinde verilecek cezaların daha hafifletilmesi gerektiğini savunmuştur. Cod.Iust.9.8.1. Tapınak hırsızlığı yapanların (*sacrilegium*), vahşi hayvanların önüne atılmaları, canlı canlı yakılmaları ya da çarımha gerilmeleri söz konusu olmaktaydı. Ulpianus, tapınak hırsızlarına verilecek cezanın vahşi hayvanların önüne atılma ile sınırlandırılması gerektiğini ve bu şekilde cezanın yumuşatılacağını savunmuştur. D.48.13.7. Aslında bu, cezanın daha insancıl hale getirilmesi değil, oyunlarda halkı daha fazla eğlendiriyor olmasından kaynaklanmaktadır. D. 48.19.8.8. Honoré, s. 24.

⁵⁷ Vestal Bakireleri, (*virgines Vestales*) kalp tanrıçası Vesta'ya hizmet eden bakire kadın rahiplerdi. En önemli görevleri Vesta'nın kutsal ateşini korumaktı. Bu kadınların toplum üzerinde büyük etkileri vardı ve Vestal bakireliği büyük onur getiren bir makam idi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ariadne Staples, *From Good Goddess to Vestal Virgins: Sex and Category in Roman Religion*, Routledge, London 1998.

⁵⁸ Ancak, ahlaksız Vestal bakiresi yerine hayvanların kurban edilmesi insanların vicdanlarını yeterince rahatlatmamıştır. Bu doğrultuda da, ilerleyen zamanlarda Roma devleti üzerindeki uğursuzluğun ortadan kalkmadığı ve devletin çeşitli kötü olatlarla karşılaştığı görüşü güç kazanmıştır. Bu yüzden uğursuzluğun ortadan kalkması için iki Vestal bakiresi kurban edilmiştir. Bir tanesi canlı olarak gömülmüş, diğeri de kendini öldürmüştür. Staples, s. 27-8.

Tarih boyunca, antik Roma'ya bakıldığında, Roma'nın her zaman, vahşiliğe ve sadizme düşkün olduğu kolaylıkla söylenebilir. Kölelik, toplu katliam, işkence ve oyunlar Roma'lılar için son derece olağan ve hatta günlük hayatın doğal parçaları idi. Romalıların, savaş sırasında toplu katliam yapmalarının yanı sıra, kendi kendilerini de hunharca katletmeleri söz konusu olmuştur. Sulla döneminde çıkarılan *lex Valeria* ile tanınan yetki dahilinde, dönemin diktatörlerine geniş yetkiler verilmiş ve iç savaşları, isyanları bastırabilmek adına pekçok kişinin kolaylıkla öldürülebilmesi mümkün hale getirilmiştir.⁵⁹ Roma'lıların ölümcül, vahşi oyunlara olan ilgileri adeta bir bağımlılık şeklindeydi. Üstelik çoğu zaman dövüşlere katılım, bu cezaya mahkum edilmiş kişiler söz konusu olduğu için, zorunlu olmaktadır. Romalılar, vahşi ve insanlık dışı olan bu dövüş oyunlarını ve dolayısıyla da gladyatörlüğü, ölümün her yerde olduğu, suçluların masum insanlara kılıç çektiği bir dönemde, bu çeşit kişileri eğitmenin en iyi yolu olarak düşünmekteydiler. İyi dövüşen gladyatörler, oyunları izleyenleri eğlendirmekte ve halkın sevgisini kazanmaktaydı.⁶⁰

Gladyatör oyunları, yaklaşık olarak 5. yüzyıla, imparator Honorius dönemine kadar devam etmiştir. Batı Roma imparatorluğunun

⁵⁹ M.Ö. 82 yılında Sulla, diktatör olmanın verdiği yetkileri oldukça geniş bir biçimde kullanarak, yargılanmaksızın öldürülebilecek kişilerin isimlerinin listesini ilan etmiştir. Listede isimleri bulunan bu kişileri öldürenlere ödüller verilmekteydi. Ayrıca bu kişilerin mallarına el konulur ve kendilerine cenaze töreni düzenlenmesi, arkalarından yas tutulması yasaklanırdı. Çocukları da şerefsizlikle lekelenirdi. Bu yolla kaç kişinin öldürüldüğü tam olarak bilinmemekle birlikte, en iyi tahminin Appianus'a ait olduğu düşünülmektedir. 105 senatör, 2600 şövalye ve belirsiz sayıda vatandaşın sadece isimlerinin listede olmasından ötürü öldürüldüğü tahmin edilmektedir. Bauman, (Human), s. 120.

⁶⁰ Örneğin, bizzat imparator Claudius'un kendisinin, oyunları izlemekten büyük keyif aldığı söylenebilir. Claudius, gladyatörler yanlışlıkla bile olsa yere düşerse, derhal buyunlarının kesilmesini emreder ve böylece onların ölümlerini seyredebilirdi. Üstelik Claudius, oyunları o kadar ciddiye alırdı ki, oyunlar sırasında herhangi bir teknik arıza olursa, teknik ekipte görev alan işçilerin de arenada dövüştürülmesini emrederdi. Domitian, oyunlarda kullanılmak üzere Colesseum'u inşa ettirmiştir. Burada gladyatörler, iki farklı takıma bölünür ve bu iki takım arasındaki kanlı dövüşler heyecanla izlenirdi. İmparator takımlardan birini tutardı. İzleyiciler arasında imparatorun tuttuğu takımın karşısındaki takıma çok kuvvetli tezahurat yapan olursa, o da arenaya atılırdı. Burada ya canlı canlı yakılır ya da vahşi hayvanlarla dövüşmeye mahkum edilirdi. Daha sonraları, Hristiyanlar vahşi hayvanların önüne atılmış ve hunharca katledilmişlerdir. Alison Futrell, *Historical Sources in Translation The Roman Games*, Blackwell Publishing, Oxford 2006, s. 2 vd.

çöküşünden sonra bile, insanların vahşi hayvanlar önüne atılmasından vazgeçilmemiştir. Hatta, kaderin bir cilvesi olarak, bu barbarca uygulamaya son verme, Roma'luların "Barbar" olarak adlandırdıkları kavimlerden Ostragot kavmi kralı Theoderic tarafından gerçekleştirilmiştir.⁶¹

B. Cezalarının Düzenlenmesi

Romalılar, cezaları *capital* ve *non capital* olmak üzere ikiye ayırmışlardı. *Capital* cezalar, cezaya çarptırılan kimsenin öldürüldüğü ya da köle konumuna getirildiği ya da Roma vatandaşlığından çıkarıldığı cezalardı. Bunun dışındaki diğer tüm cezalar ise, *non capital* sayılmaktaydı. *Poena capitalis*, Roma'da ölüm cezasının yanısıra, *capitis deminutio maxima* ve *capitis deminutio media*'ya uğramak biçiminde de gerçekleşebilmekteydi. Roma'da ölüm cezalarının belli bir çerçeve dahilinde düzenlenmesi amacıyla çıkarılmış çeşitli kanunlar bulunmaktaydı. Bunlara örnek olarak, *lex Porcia* denilen ve Roma vatandaşlarının kırbaçlanmasını yasaklayan kanunu gösterebiliriz.⁶²

Roma'da hukuka uygun bir yargılama sonucunda verilen ölüm cezası geçerli kabul edilmekteydi. Buna göre, eğer fail adil yarglanmışsa, kendini savunma olanakları tanınmışsa, ve bu yargılama sonucunda ölüm cezasına çarptırılmışsa, artık bu cezanın hukuka uygun olduğu kabul edilmekteydi.⁶³

⁶¹ Futrell, s. 215 vd.

⁶² *Non capital* cezalar, Roma'da çoğunlukla uygulanan cezalardı. Bunlara örnek olarak, *relegatio*, *capitis deminutio*'ya yol açmayan sürgün cezası, geçici olarak kamu hizmetlerini görmeye ya da madenlerde çalışmaya mahkum edilme, kırbaç cezası verilebilir. Kadınlarinki hariç tutulmak üzere, verilen ölüm cezaları aleni olarak gerçekleştirilirdi. Robinson, s. 59.

⁶³ M.Ö. 63 yılında Cicero, populist pleb tribünü L. Appuleius Saturninus'un öldürülmesinden suçlanan, C. Rabirius'un savunmasını üstlenmiştir. Bu savunmada, Cicero, Appuleius Saturninus'un ne kadar kötü bir insan olduğunu vurgulayarak, ölümü hakkettiğini belirtmiştir. Rabirius, mahkeme kararıyla suçlu bulunmuş ve ölüme mahkum edilmişti. Ceza şu şekilde infaz edilecekti: Rabirius, meyve vermeyen bir ağaca asılacak (*infelix arbor*), ölünceye kadar dövülecek ve bu yapılırken yanına Saturninus'un bir resmi konacaktı. Rabirius'un mahkemenin vermiş olduğu karara karşı, halk meclisine *provocatio ad populum*'a başvurarak kararın yeniden gözden geçirilmesini isteme hakkı bulunmaktaydı. Cicero, halkın iradesini temsil eden *provocatio ad populum*'u, vatandaşların patronu ve özgürlüklerin savunucusu olarak tanımlarken, Livy'de *provocatio populum*'u özgürlüklerin kale burçları olarak göstermiştir. Cic. Orat. 2.199; Livy 3.45.8.

Roma hukukunda uygulanan ölüm cezaları şu şekildedir:

- Başın kılıçla kesilmesi yoluyla (*Capitis amputatio*).⁶⁴ Baş kesilme şeklindeki cezanın kural olarak, doğuştan özgür kişilere uygulandığı kabul edilmektedir.

- Kırbaçlama yoluyla. Roma hukukunda kırbaçlayarak adam öldürmenin en eski şekli, suçlunun giysilerinin çıkarılması, başının bir kazığa bağlanması ve ölene kadar haşin bir kırbaçlanması biçiminde gerçekleştirilmekteydi. Bu ceza, bir trompet eşliğinde, *Esquiline* dışındaki bir arazide gerçekleştirilmekteydi.⁶⁵

- Canlı olarak yakılma yoluyla (*Vivi crematio*). Bu ceza, askerden kaçanlara, İmparatorun gizli bilgilerini açığa vuranlara, ona ihanet edenlere⁶⁶ ve efendilerinin hayatını tehlikeye atarak, ona komplo kuran kölelere uygulanırdı.⁶⁷ Oniki Levha Kanununa göre, yangına neden olan kişiler de, bu cezaya çarptırılırdı.⁶⁸ Kalpazanlık yapanlar, söz konusu suçun vatana ihanetin bir çeşidi olarak kabul edilmesi sonucunda canlı canlı yakılırlardı.⁶⁹

- Asma yoluyla (*Ad furcam damnatio*).⁷⁰ Roma hukukunun ilk dönemlerinde daha çok uygulanmakla birlikte, zamanla vazgeçilmiştir. Askerden kaçanlara, isyan çıkaranlara, devlete karşı ayaklananlara bu ceza uygulanırdı.⁷¹

- Korumasız olarak vahşi hayvanların önüne salınma yoluyla.⁷²

Cicero, *provocatio ad populum* huzurunda da, Rabirius'u savunmuş ve verilmiş olan cezanın sürgün cezasına çevrilmesini talep etmiştir. Halk, mahkemenin vermiş olduğu kararı çok acımasız olduğu nedeniyle eleştirmiş ve hatta, *provocatio ad populum* kararın değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak, bir karar verilmeden önce, *praetor* Janiculum'a bayrak dikmişti. Bu, düşmanın şehre yaklaştığını ve yargılamaya ara verilmesi gerektiği anlamına gelen geleneksel bir işaretti. Schabas, s. 123.

⁶⁴ D. 48.19.28pr.

⁶⁵ Mackenzie Ian, *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland*, Edinburgh, 1862, s. 354.

⁶⁶ D.48.19.8; D.48.2.38.

⁶⁷ D.49.19.28.2

⁶⁸ Edward Gibbon, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, V.1-3, Campbell Publishers, 4. Ed., New York, s. 65.

⁶⁹ Cod.Ius. 9.24.2

⁷⁰ D.48.19.28pr.

⁷¹ D.48.19.38.1-2.

⁷² D.48.8.3.5.

Arenada vahşi hayvanlarla dövüşmek zorunda bırakmak da, bu kişi için ölüm cezası olmaktadır. Cinayet işleyenler, eşkıyalık, hırsızlık yapanlar bu cezaya çarptırılmaktaydılar. Bazen, kişi toplumu eğlendirmek amacıyla, vahşi hayvanlarla ölümcül bir dövüş yapmak zorunda bırakılır, bazen de, mücadele etme şansından tamamen yoksun bırakılarak, bir kazığa bağlanmış şekilde vahşi hayvanların önüne atılırdı. Bu biçimdeki ceza genellikle Hristiyanlığa kötü gözle bakıldığı dönemlerde, hristiyanlara verilirdi.⁷³

- Çarmıha gerilme yoluyla. Bu ceza ise, kölelere, taşralılara ve Roma vatandaşını öldürmüş yabancılara uygulanmaktaydı.⁷⁴ Aşağı sınıflara mensup olan ve sahtekarlık suçunu işlemiş, ya da adam kaçırmış kişiler de çarmıha gerilmişlerdi. Bazı suçlularda, hapisanede boğazlanarak, ya da *robur* denilen yüksek bir yerden atılma yoluyla öldürülmüşlerdi.⁷⁵

Cicero, 80 yılında ebeveynini öldürme *parricidium* ile suçlanan Sex. Roscius'un savunmasını yapmıştır. *Parricidium* suçunu işleyenlere verilen ceza, bu kişinin bir maymun, yılan, köpek ve horozla beraber bir çuvalın içine konması, çuvalın ağzının bağlanması ve çuvalın denize atılması biçiminde gerçekleştirilmekteydi. Cicero jüri üyelerine yönelik olarak yaptığı konuşmasında, Roma'luların hoşgörülü ve insan haklarına saygı duyan kişiler olduğunu vurgulamıştır. Roma'lular, düşmanlarına hoşgörülü davranan bir halk olduğuna göre, nasıl olur da, kendi vatandaşlarına zalimce, barbarca davranabilirlerdi? Cicero'ya göre, bu ayıbın derhal durdurulması gerekmektedir.⁷⁶

Sürgün cezası, M.Ö. 63 yılına kadar resmi bir ceza olarak kabul edilmekteydi. *Humanitas* anlayışı gereği, ağır cezaların hafifletilmesi çerçevesinde sürgün cezasına getirilen önemli bir yenilik, gönüllü sürgünün

⁷³ Mackenzie, s. 355.

⁷⁴ Gibbon, s. 41

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçe Türkoğlu-Özdemir, *Roma Hukukunda Infamia*, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 163 vd.

⁷⁶ Cic. Rosc. Amer. 154. Cicero savunma konuşmaları sırasında sıklıkla, Roma hukukuna göre geçerli olan çeşitli ölüm cezalarının vahşice olduğunu vurgulayarak, bunların yumuşatılması gerektiğini belirtmiştir. Bunu yaparken de, insan haklarına aykırı davranıldığını ortaya koymuştur. Cic. Phil. 11.8-10; Ayrıca Cicero, efendisi aleyhinde tanıklık yapacak olan kölenin çarmıha gerilmeden önce dilinin kesilmesini iğrençlik olarak nitelendirmiştir. Çarmıha gerilme cezası kölelere uygulandığında toplumun tepkisini çekmemekteydi. Ancak, dilin kesilmesi Cicero'nun tepkisini çekmiştir. Schabas, s. 127.

mümkün kılınmasıydı. Hukuk kurallarını çiğneyen bir kimse, ceza almaktan kaçınmak için, kendi rızasıyla Roma ve İtalya'yı terk etmek yolunu tercih edebilirdi⁷⁷. Gönüllü sürgünün uygulanabildiği hallerde, failin özgürlüğü yargılama sırasında kısıtlanmamakta, hatta dava sona erip ölüme mahkum edildiğinde de, kendisine *magistra* tarafından belli bir süre tanınmaktaydı.⁷⁸ Bu süre içinde de Roma'yı ve İtalya'yı terk etmesi gerekmektedir.⁷⁹ Söz konusu kişinin, Roma devleti ile arasında geçerli bir anlaşma bulunan herhangi bir ülkede ikamet etme hakkı bulunmaktaydı. Devletler arasında suçluların iadesi gibi bir durum söz konusu olmamaktaydı. Genellikle gönüllü olarak sürgüne giden kişiler Napoli'de yaşamayı tercih etmekteydiler.⁸⁰ Bu yüzden, kişi Roma'dan uzak kaldığı sürece güvende kalmaktaydı. Ama Roma'ya geri dönerse, hapsedilir ve cezası infaz edilirdi. Hatta bu kimsenin kendisini ilk yakalayan tarafından öldürülmesi bile mümkün olmaktadır.⁸¹

MÖ. 63 yılında çıkarılan *lex Tullia de ambitu* seçimlere ilişkin alınan rüşvetlerde (*ambitus*), 10 yıllık sürgün cezasını getirmiştir.⁸² Zaman içinde, cinayet suçuna verilen ölüm cezasının da, sürgüne çevrilmesi

⁷⁷ Bauman, (Human), s. 13-18, s. 55.

⁷⁸ Ancak, gönüllü sürgün yalnızca ölüm cezası için getirilmiş bir olanak değildi. Yaşam hakkını sınırlandırılan hertürlü ağır ceza için gönüllü sürgün kullanılmaktaydı. Bauman, (Human), s. 18.

⁷⁹ Genellikle bu süre, Roma'dan ayrılmak için üç gün; İtalya'dan ayrılmak için ise otuz gün olarak kabul edilmiştir. Bauman, (Human), s. 75.

⁸⁰ Napoli'nin yanı sıra, Praeneste ve Tibur'da gönüllü sürgüne giden kimselerin güven içinde yaşamlarını sürdürebilecekleri yerlerdendi. Pol.6.14.7-8. Ölüm ya da çok çok uzun süreli hapis cezasından kaçmak isteyen kişiler, gönüllü olarak sürülmeyi kabul ederlerdi. Bu şekilde gönüllü olarak sürgüne giden kişiler, Roma vatandaşlığından bir ceza mahiyetinde çıkarılmak yerine, Roma vatandaşlığını kendi istekleriyle terk etmiş olarak kabul edilirdiler. Jones, s. 171.

⁸¹ Böyle bir şeye izin verilmesinin ve öldürenin de herhangi bir ceza ile karşılaşmayacak olmasının nedeni, Roma halkının söz konusunun su ve ateşten yoksun kalması yönünde görüş bildirmiş olmasıdır (*aquae et ignis interdictio*). Aleyhinde böyle bir karar verilen kişiyi, beslenme ve barınma olanağından yoksun bırakmakta idi. Cic.Caec.100. Roma hukukunda sürgün kural olarak zorunlu biçimde uygulanmaktaydı. Gönüllü sürgün ise, özel hallerde başvuru bir uygulama idi. Sulla zamanında çıkarılmış olan *lex Cornelia de sicariis* cinayet işleyen kimselerin ölüm cezası yerine su ve ateşten mahrum bırakma cezası ile cezalandırılacaklarını ortaya koymuştur. Aslında, sürgün ile, su ve ateşten mahrum bırakma aynı şey değildi. Ancak, su ve ateş kullanmadığı, dolayısıyla da, beslenme ve barınma olanağından yoksun kalan kişinin gönüllü olarak sürgünü tercih edeceği kabul edilmekteydi. Gai.Inst.1.128; Iust. Inst.47.9.12.1; Iust. Inst.48.13.3; Iust.Inst.48.19.1.

⁸² Cic. Mur. 3,5,46-7,67,89.

söz konusu olmuştur. Ancak, her ölüm cezasının doğrudan doğruya kendiliğinden sürgüne çevrildiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü, çıkarılan kanunlar ölüm cezasını ortadan kaldırmamıştır.⁸³

C. Savaş Tutsaklarına Kötü Muamelenin ve Toplu Köleleştirmenin Yasaklanması

Roma hukukunda savaş tutsaklarına yapılan kötü muamelelerin önlenmesine ilişkin de çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bunlara örnek olarak;

M.Ö. 241 yılında kocasını Kartaca savaşında kaybeden Atilius Regulus adındaki bir kadının Kartaca savaş tutsaklarına yaptığı zalimce muamelelere ilişkin verilen mahkeme kararı verilebilir. Atilius Regulus, Kartaca'lı iki savaş tutsağı olan Hamilcar ve Bodostor'u küçücük bir odaya hapseder ve onları ölüme terkeder. Bodostor ölünce de, Hamilcar'ı beş gün boyunca cesetle aynı odada tutmaya devam eder. En sonunda tribün durumdan haberdar olunca, Atilius'u Roma'nın imajını kirliletmekten dolayı ölüm cezası ile cezalandırmakla tehdit eder. Bunun üzerine, Atilius'un oğulları, annelerini azarlayarak, Hamilcar'ı serbest bırakırlar ve Bodostor'un küllerini de ailesine gönderirler.⁸⁴

Roma vatandaşı olmayanlara yapılan insanlık dışı muamelelerin önlenmesine yönelik belki de en can alıcı örnek, 192 yılında *consul*'luk yapmış olan L. Quinctius Flaminius'a hakkındaki uygulamadır. Quinctius Flaminius *consul*'luğu sırasında, Ligurianlara seferler düzenlemiştir. Bir akşam, metresinin daha önce hiç ölen bir kimseyi görmediğini söylemesi üzerine, Quinctius Flaminius'a sığınmış olan bir Liguria'lı getirtilip, başı kesilmiştir. Sekiz yıl sonra, Flaminius, *ensor*'luk görevindeki Cato tarafından, yüksek rütbedeki görevinin *maestias*'ını lekelemek suçunu işlemesinden ötürü senato'dan atılmıştır. Daha önceki *ensor*'lar Flaminius'a karşı herhangi bir yaptırım uygulamamış olmalarına rağmen, yaptırımın sekiz yıl sonra gerçekleştirilmesinin sebebi, *ensor*'lardan birinin Quinctius Flaminius'un erkek kardeşi olmasıdır.⁸⁵

⁸³ Alexander Michael Charles, *Trials in the Late Roman Republic 149 BC to 50 BC*, Univ. Of Toronto Press, Toronto, 1990, s. 105 vd.

⁸⁴ Bauman, (Crime), s. 19-20:

⁸⁵ Liv. 39.43.2. Hatta Livy, adamın bizzat Flaminius tarafından öldürüldüğünü söylemektedir. Flaminius'un sürgün edilmesi, halkta derhal bir tepki oluşmasına yol açmıştır. Bir *contio* düzenlenmiş ve Cato burada Flaminius hakkındaki suçlamaları açıklamıştır. Liv.39.42.7

Örneğin, 2. Pön savaşının sonlarına doğru komutan Marcellus, kadın ve çocuk ayırt etmeksizin pek çok Sicilyalıyı köle olarak Roma'ya getirmiş ve Sicilyalıların mallarına el koymuştur. Bu hukuka aykırı davranışa politik nedenlerden ötürü uzunca bir süre göz yumulmuştur. Ancak, yine politik sebeplerden ötürü, M.Ö. 205 yılında Sicilya valiliğine getirilen Scipio, Sicilyalıların Roma'daki köleliğine son vermeye çalışmıştır. Bu dönemde Roma, Sicilya üzerinden Afrika'ya saldırmak istediğinden, Sicilya büyük önem kazanmış ve Sicilyalıların desteğine duyulan ihtiyaç artmıştır.⁸⁶ Scipio, Sicilyalıları, mallarını ellerinde bulunduran Roma vatandaşlarına karşı, malların iadesini sağlamak amacıyla, dava hakkı tanıyacağını bildirmiştir.⁸⁷

Benzer bir örnek de, M.Ö. 173 yılında gerçekteleşmiştir. M. Popilius Laenas, Liguria bölgesine giderken, gizli bir saldırıya uğrayan ordunun komutanı idi. Laenas bu saldırıya karşılık, çok şiddetli bir cevap vermiş ve masum halkın yaşam hakkını hiçe sayarak tam 10.000 kişiyi köle olarak Roma'ya getirmiştir. Bu konu Senato'ya getirilmiş ve Senato, Laenas'ın vahşice ve zalimce davrandığına karar vermiştir. Senato'nun vermiş olduğu karara göre, köle olarak Roma'ya getirilen bu kişilere derhal özgürlükleri geri verilmeli ve malları, mümkün olduğu oranda iade edilmelidir. Hatta, senato'nun kararı, açık arttırmada köle olarak satılan bu kişileri satın alan Roma vatandaşlarını da korumaktaydı. Buna göre, Roma vatandaşları, vermiş oldukları paraları Laenas'dan talep edebileceklerdi. Ancak, Laenas Senato'nun bu kararını kabul etmemiştir. O dönemde *consul* olan P. Aelius Ligus, senato'nun kararını uygulamak istemiş ancak, aynı anda *consul* görevini paylaştığı kişi, Laenas'ın erkek kardeşi olduğundan, onun vetosu yüzünden, bu mümkün olamamıştır. Ancak, Senato bu noktada ağırlığını koymuş ve 1 Ağustos tarihine kadar Liguria halkı kölelikten kurtarılarak, özgürlüklerine kavuşturulmazsa, onları köle olarak tutan kişilerin cezalandırılacağını bildirmiştir. Bu karardan sonra, Liguria halkı özgürlüğüne kavuşmakla birlikte, *proconsul* olarak, Roma dışında bulunan Laenas yargılanamamıştır.⁸⁸

⁸⁶ Liv.29.1.15-17.

⁸⁷ Liv.29.13.14

⁸⁸ Finley, s 90.; Harris, s.120.

M.Ö. 171, *humanitas* ile *maiestas populi Romani* arasındaki bağlantı bakımından önemli bir gelişme yaşanmıştır. Bu dönemde, İspanya'nın pek çok bölgesinden gelen elçiler, buradaki halkın Roma'lı yöneticiler tarafından kötü muamelelere tabi tutulduğunu, kendilerinden aşırı derecede para toplandığı yolunda, senatoya şikayetlerde bulunmaktaydılar. Senato, İspanya'nın yeni *praetor*'u olarak atanan L. Canuleius'a İspanya'da yöneticilik yapan Roma'luların suçlu ya da masum olduklarına karar vermesi için yanında 5 adet *recuperatores*'i İspanya'ya götürmesi hususunda yetki vermiştir. Yöneticilerin, yargılaması sırasında onları temsil edecek olan *patroni*'ler ise elçiler tarafından seçilecekti. Bu *patroni*'lerden biri de Cato olarak belirlenmişti. Bu kapsamda hakkında ilk inceleme yapılan kişi, M.Ö. 178- 176 tarihlerinde, yakın İspanya'nın *praetor*'u olan M. Titinius'du. Üçüncü celsede, M. Titinius beraat etmiştir.⁸⁹ Uzak İspanya eski *praetor*'larından Furius Philus ve Matineus hakkında çok ciddi suçlamalar yapılmış (*gravis-simis criminibus*) ve daha dinlenmeleri sırasında, her ikisi de gönüllü olarak sürgüne gitmeyi kabul etmişlerdi.⁹⁰

Eyalet yöneticilerinin savaş tutsaklarına karşı kötü muamelelerinin tek örneği, bu değildir. Yine aynı dönemlerde, Yunanistan'da benzer insan hakları ihlalleri yaşanmıştır. Licinius Crassus, Yunanistan'ın orta bölgelerindeki şehirleri yağmalayarak, binlerce kişiyi köle olarak Roma'ya getirtmiştir. Senato, Licinius Crassus'un cezalandırılması ve Roma'da bulunan bu kişilerin köleliklerine son verilerek, özgürlüklerinin verilmesine karar vermiştir.⁹¹

⁸⁹ Liv. 43.2.6

⁹⁰ Liv.43.2.8-11.Hatta onları savunan *patroni*'lerin yargılamayı durdurttuğu ve gönüllü sürgünü kabul etmelerini onlara kabul ettirdiği yolunda dedikodular yayılmıştı. Bununla da kalmayarak, *praetor* Canuleius'un duruşmayı ortasında terk ederek, başka bir yerdeki randevüsüne gitmesi, bu dedikoduların iyice artmasına ve inandırıcılığının yükselmesine yol açmıştır.Liv.43.2.1-12. Kesinleşmemiş olmakla birlikte, Furius Philus ve Matienus hakkındaki yargılamanın, Roma hukukunda *repetundae*'ya ilişkin bir yargılama olduğu kabul edilmektedir. Bauman, (Crime), s. 139.

⁹¹ Benzeri bir karar da, Roma askeri gemilerinin komutanı, L. Hortensius hakkında verilmiştir. Hortensius, M.Ö. 170 yılında büyük bir fırtına sırasında, Abdera şehrini ele geçirmiş, şehrin komutanının başını balta ile kesmiş ve halkın neredeyse tamamını açık artırmada köle olarak sattırmıştır. Roma'da bir kimsenin başının balta ile kesilmesi yalnızca, o kişinin ciddi bir suçtan mahkum edilmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Caracalla, Papinianus'un başının kılıç yerine balta ile kesilmesini çok yanlış bulmuştur. Liv.43.4.8-11. Hortensius'un durumunda, bir yenilik olmuş ve bu sefer, senato yerine halk meclisinin önüne gidilmiştir. Halk tarafından da kınanan Hortensius, 1 milyon asses ödemeye mahkum edilmiştir. Senato, kölelere özgürlüklerini vermiştir. Bauman, (Crime), s.143.

M.Ö. 150 yılında Sulpicious Galba, üç Lusitanian kabilesini yenmiş ve onlarla bir anlaşma yapmıştır. Buna göre Galba, ateşkesin yapılması halinde, bu kabilelere bir miktar arazi vermeyi kabul etmiştir. Anlaşmanın sağlanması üzerine, Galba Roma askerlerine, silahlarını bırakmış ve toprakların kendilerine paylaşılmasını bekleyen karşı tarafın askerlerine saldırmalarına emretmiştir. Bu saldırıda yüzlerce kişi ölmüş ve yine Galba'nın emriyle yaklaşık 8000 kişi köle olarak toplatılmıştır. Galba, M.Ö. 149 yılında, halk meclisinin önüne çıkarılmış ve yaptığı vahşetten dolayı sorumlu tutulması istenmiştir. Ancak, burada yaptığı etkili konuşmalarla, halkın sevgisini kazanmayı başarmıştır. Hatta, küçük çocuklarını halk meclisinin önüne getirerek, "*ben gittikten sonra, evlatlarım size emanet*" biçiminde dokunaklı gösteriler yapmış ve bütün bunların sonucunda da, beraat etmeyi başarmıştır.⁹²

Galba'nın serbest kalması bu alandaki boşluğun ve reform gereksinimlerinin en büyük göstergesi olmuştur. Calpurnius Piso Frugi tarafından hazırlanan *lex Calpurnia repetundarum* yani ihtilas suçu nedeniyle geri verilmesi gereken mallara ilişkin kanun ile, eyaletlerdeki yöneticilerin yetkilerini kötüye kullanmalarını engellemek için kurulmuş olan *quaestio de repetundis* mahkemesi, sabit mahkeme şeklini almıştır. Bu mahkemede yargılama, o zamanlar geçerli olan yasal davalar yargılaması çerçevesinde, *legis actio sacramento* biçiminde yapılmaktaydı. Üstelik, mahkum edilen kişi *infamia* ile lekelenmekteydi. Cicero, *lex Calpurnia'* dan insan haklarının yasal olarak korunması bakımından bir öncü olarak söz etmektedir.⁹³

*Lex Calpurnia'*yı daha şiddetli cezalar getiren kanunlar izlemiştir. Bunlara örnek olarak, M.Ö. 123/122 yılları arasında çıkarılmış olan *lex Acilia repetundarum*⁹⁴ ve *Lex Iulia de repetundarum'*yı verebiliriz.⁹⁵ Söz konusu yasal düzenlemeler, Roma vatandaşı olmayanların toplu köle-

⁹² Cic.Orat.1.227. Bauman, (Crime), s. 145.

⁹³ Watson, s. (Law), s. 80.

⁹⁴ *Lex Acilia Repetundarum*, ihtilas suçu nedeniyle geri verilmesi gereken mallara ilişkin bir diğer kanundur. Rüşvet alan ve ihtilasta bulunan *magistra'*lar aleyhine dava çarık, verileni geri istemenin usulünü tayin etmekte idi. Bir *peregrinus*, Roma'lı bir *magistra'*yı bu şekilde dava ederek mahkum ettirse, Roma vatandaşı olmaya hak kazanırdı. Umur Ziya, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul 1975, s. 112 (Lügat).

⁹⁵ *Lex Iulia de repetundarum'*nun tarihi hakkında kesin bir bilgimiz olmamakla birlikte, bu kanunun Roma vatandaşı olmayanların yasal durumlarında iyileştirme sağladığı bilinmektedir. Watson, (Law), s. 81.

leştirilmesini de engellemeleri açısından da büyük önem taşımaktadır. Yukarıda verdiğimiz örneklerde olduğu gibi, Roma senato'su ve halk meclisleri haksız şekilde gerçekleştirilen büyük toplulukların köle haline getirilmesi ile mücaadele etmeye çalışmıştır. Senato'nun ve halk meclisinin, bu mücaadelede başvurdukları araç ise, haksız yere kitleleri köle haline getiren kişileri ağır para cezasına çarptırmak idi.⁹⁶ *Lex Calpurnia*, *lex Acilia Repetundarum* ve *lex Iulia de repetendarum*'dan ötürü mahkum olan kişilerin *infamia* ile lekelenmeleri de söz konusu idi. Ancak, zamanla yabancıların haksız yere yaşam haklarının ellerinden alınması, köle olarak açık arttırma ile satılmalarına karşılık, verilen cezanın belli bir miktarda para ödenmesi ve şerefsizlikle lekelenilmesi olmasının yeterli olmadığı ve vicdanları rahatlatmadığı görülmüştür. Bu yüzden, Roma hukukunda *humanitas* ile *maiestas populi Romani* arasındaki bağlantının kurulmasında, yine *humanitas*'ın öne çıkması söz konusu olmuş ve yöneticilerin sahip oldukları güçleri kötüye kullanmamalarının sağlanması için çıkarılan kanunlar, daha ağır cezalar, daha ciddi önlemlerle donatılmıştır. Artık, kitleleri haksız yere köleleştiren kişilerin ölüm cezasına çarptırılabilmesi mümkün olmuştur. Bu biçimde şiddetli cezalar getiren kanunlardan ilki M.Ö. 104-101 yıllarında çıkarılmış olduğu tahmin edilen *lex Servilia repetundarum* idi. Söz konusu kanunun uygulanmasına ilişkin en önemli örnek, M.Ö. 92-91 yıllarında Aemilius Scaurus'un ve Rutilius Rufus'un yargılanmasıdır. Her iki kişinin de, hukuka aykırı olarak insan kaçakçılığı yaptığı iddia edilmiştir, ve bu yüzden hem ölüm cezasına çarptırılmışlar hem de, zarar gören kişilerin zararlarını karşılamak için mallarına el konmuştur. M.Ö. 59 yılında çıkarılan *lex Iulia repetendarum*'da benzer düzenlemeler getirmiştir.⁹⁷

⁹⁶ Toplu köleleştirme gerçekleştiren kişilerin senayo ya da halk meclisleri önünde yargılanması, zaman içinde Roma vatandaşı olmayan yabancıların hukuki durumlarında dolaylı olarak bir başka iyileştirmeye de yol açmıştır. Bu şekilde yabancıların da *provocatio ad populum* yani halk meclislerine başvurarak, durumlarının yeniden incelenmesini talep edebilmelerine sıcak bakılır hale gelmiştir. Bauman, (Human), s. 62.

⁹⁷ *Lex Iulia repetendarum*'la yargılanan en önemli kişilerden biri Piso ile birlikte M.Ö. 58 yılında *consul*'luk yapmış ve daha sonra da, M.Ö. 57 ile 54 yılları arasında Suriye *proconsul*'luğuna getirilmiş olan A. Gabinius'dur. Gabinius, Suriye'deki görevini herhangi bir izin almaksızın bırakarak, askerleriyle Mısır'a saldırmış, burada büyük bir zafer kazanmış ve Mısır'lılardan çok büyük miktarlarda haraç almıştır. Gabinius, Sulla'nın hazırlatmış olduğu *repetundae* kanunları ile yargılanmış, ancak yakın dostu Pompey'in yargılamaya müdaahalesi ve jüri üyelerine yüklü

5. *Humanitas*'ın Korunması İçin Yöneticilerin Gösterdikleri Merhamete İlişkin Örnekler

Görüldüğü üzere, *humanitas* ile *maiestas populi Romani* arasındaki bağlantı, *maiestas* sahibi yöneticinin *fides*'i, iyiniyet ve hoşgörüsüne göre değişmekteydi. Bu da, yöneticinin kişiliğine bağlı olarak, farklı uygulamaların yapılmasına yol açmıştır. Roma'nın gerçek anlamıyla bir imparatorluğa dönüştüğü ve imparatorun yönetimin her alanında etkin olduğu zamanlarda, *humanitas* kavramının içeriğinin şekillenmesinde, görevde olan imparatorun iyiniyeti ve hoşgörüsü etkin olmuştur.⁹⁸

İmparatorların, yöneticilerin, yönetimleri altındakilere göstermeleri gereken şefkat anlamına gelen *clamentia caesaris*, ilk olarak Iulius Caesar tarafından gündeme getirilmiştir. Bunun sebebi de, Iulius Caesar'ın Roma yönetiminde gerçekleştirmek istediği büyük reformlarla ilgilidir. Caesar, halkı arkasına alarak senato'ya karşı güçlü olmak istemiş, böylece istediği değişiklikleri yaparak, Roma'yı imparatorluk rejimine dönüştürmeyi hedeflemiştir.⁹⁹ Fakat, *clementia caesaris*'i gerçek

miktarlarda rüşvet verilmesi sonucunda, 32 oya karşılık 38 oyla beraat etmiştir. Bundan bir süre sonra, bu kez Caesar'ın hazırlattığı *repetundae* kanununa göre yargılanmış ve Mısır'da yapmış oldukları tekrar inceleme konusu olmuştur. Bu kez, Gabinius, Roma yöneticilerinin *maiestas*'ını lekelemekle suçlanmış ve aldığı paralar delillerle belgelenmiştir. Sonuç olarak Gabinius, 100.000 talent ödemeye mahkum edilmiştir. *Repetundae* davalarını gören jüriler, zararın giderilmesi için belli miktarda paranın ödenmesini kararlaştırdılar. Ancak bu davada, diğer davalardan farklı olarak, para zarar görenlere verilmemiş, doğrudan hazinenin olmuştur. Gabinius'a karşı halkta da büyük nefret oluşmuştu. İnsanlar onu linç etmeye kalkışmışlar ve halk meclisi de, yokluğunda, kendisini yargılamaya kalkışmıştır. Watson, (Law), s. 85.

⁹⁸ Stoacı Roma hukukçuları, suçun cezasının tam olarak, kanunlarda gösterildiği şekliyle verilmesi gerektiğini savunmaktaydılar. Bu noktada kanunlardan ayrılınmaması gerektiği ve cezanın kelimesi kelimesi yazıldığı biçimde gerçekleştirilmesi doğru olacaktır. Buna bağlı olarak da, herhangi bir hoşgörü, istisna gösterilmesi kesinlikle beklenmemelidir. Stoacılar göre, cezaların kesin biçimde belirlenmiş olması ve gerçek anlamıyla uygulanıyor olması, aslında insan haklarına ve dolayısıyla da yaşama hakkının korunması açısından en önemli adımdır. Üstelik, acıma, pişmanlık gibi çeşitli duygusal noktaların cezanın verilmesinde etkili olmaması da objektiflik bakımından çok önemlidir. Zaten son derece subjektif olan jüri sistemi, belki de böyle bir bakış açısı ile dengelenebilmektedir. Starr, s. 94.

⁹⁹ Bazılarına göre, merhamet, şefkat gibi kavramları gündeme getirmek, Caesar'ın halkı yanına alma planının en önemli unsurunu oluşturmaktaydı. Esas olarak, Caesar'ın *clementia*'yı mümkün olduğunca ön planda tuttuğu görülmektedir. Ancak, Caesar'ın da, her alanda merhametli davrandığını söyleyebilmemiz doğal

anlamda kurumlaştıran Augustus olmuştur. M.Ö. 27 yılında, “cumhuriyeti tekrar işler hale getirmesi”nden dolayı, Augustus ödüllendirilmiştir. Bu ödüllerin arasında, yiğitliği, merhameti, adilliği ve dindarlığını (*virtus, clementia, iustitia, pietas*) kutlamak için hazırlanmış bir altın kalkan yer almaktaydı.¹⁰⁰

Augustus, pek çok alanda merhametli davranmaya çalışmıştır. Örneğin, onun döneminde babasını öldürmekten yargılanan kişilere, daha merhametli cezalar verilmiştir. Daha sonra da benzer uygulamalar devam etmiştir. Tiberius kendisine karşı ayaklanan çeşitli grupların liderlerini öldürtmek yerine, Roma’da ev hapsinde tutmayı tercih etmiştir. M.S. 98- 117 yılları arasında imparator olan Trajan hükümdarlığı sırasında, çeşitli ölüm cezalarını lağvetmiştir.¹⁰¹ Domitianus, hadım, çocuk fahişeliği ve sünneti yasaklamaya çalışmıştır.¹⁰² Hadri-

olarak mümkün değildir. Wells, s. 130 vd.

¹⁰⁰ Caesar’ın düzenlemelerinin oldukça sert olduğu, buna karşılık, Augustus’un adil ve merhametli davranarak, Roma’ya huzur getirdiğine, iç savaşlardan kurtardığına inanılmaktaydı. Michael Kerrigan, *A Dark History: The Roman Emperors, From Iulius Caesar to the Fall of Rome*, Grange Books, Edinburgh 2008, s. 29.

¹⁰¹ Bu dönemde, Dio Chrysostom, karısının ve oğlunun gömülmüş olduğu yere yakın bir yerde bulunan Trajan heykelini kaldırmakla suçlanmıştır ve bu, o dönem için çok ciddi bir suçtur. Trajan ise, hoşgörülü ve merhametli imparator sıfatına uygun olarak, kendisine saygı gösterilmesini, insanları korkutmak, vahşice uygulamalar yaparak sağlamak istemediğini belirtmiştir. Bu doğrultuda da, Dio Chrysostom hakkındaki soruşturmaya son verilmiştir. İmparator Trajan’ın insan haklarına saygılı, merhametli bir imparator olduğu Hristiyanlara olan tutumundan da anlaşılabilir. Ancak, Trajan döneminde de, zalimce cezaların verildiğini görmekteyiz. Buna benzer yaklaşımlar, imparatorların yanısıra, yöneticilere de yansımıştır. Örneğin 69 yılında şehir *praetor*’u Flavius Sabinus, kan dökülmesine duyduğu büyük nefretten dolayı, ölüm cezasını gerektiren bir davayı dinlemekten kaçınmaya çalışmıştır. Ancak imparator Vitellius’dan gelen büyük baskı sonucunda, davayı görmek zorunda kalmıştır. Aynı şekilde, imparator Domitianus döneminde, şehir *praetor*’u olan Pegasus, kan dökmeye karşı olan tavır nedeniyle, imparator tarafından gönderilmiş ve kendisini gördüğü davalarda ölüm cezası vermeye yetkili kılan *mandatum*’u almaktan kaçınmıştır. Kerrigan, s. 50.

¹⁰² Domitianus gibi, diğer bazı imparatorlar da, sünneti yasaklamışlardır. Bunlar arasında Hadrianus ve Antoninus Pius yer almaktadır. Fakat, bu yasaktan yahudiler muaf tutulmaktaydı. Hatta yahudilerin sünnet olabilmek için belli miktarda vergi ödemeleri söz konusu olmaktadır. Roma imparatorları, erkekleri en doğal halleri ile, doğdukları şekilde kalabilme olanağını onlara sağlayarak, merhamet gösterdiklerini düşünmekteydiler. Lex Cornelia de Siciariis’de, bir kimseyi hadım etmek suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre, bir kimseyi hadım eden kişinin mallarına el konma cezasına çarptırılması gerekmektedir. Eğer birini hadım etme suçunu işleyen köle ise, ona verilecek ceza ölüm şeklinde idi. Hadım edilen kişi, sessiz kalmış olsa bile, bu davanın resen görülmesi gerekteydi.

anus ise, aile babalarının, aile evlatları üzerindeki ölüm-yaşam hakkını sınırlandırmayı tercih etmiştir. İmparator, merhametini aile evlatlarından yana kullanarak, aile babalarının, evlatlarını öldürmemeleri yönünde görüşünü açıklamıştır.¹⁰³ Ayrıca aile babalarının, aile evlatlarına işkence yapması ve onları zorla dilendirmeleri yasaklanmıştır. İmparator Nero, M.S. 61 yılında, şehir prefecti Pedanius Secundus'un evinde çalışan bir köle tarafından öldürülmesi üzerinde uygulanması gereken *senatus consultum Silanianum*'un kapsamında bazı değişiklikler yapmak zorunda kalmıştır. Söz konusu *senatus consultum*'a göre, cinayet sırasında aynı çatı altında yaşayan tüm kölelerin işkence altında sorgulanmaları ve daha sonra da öldürülmeleri gerekmekteydi. Bu kural doğrultusunda, Pedanius Secundus'un evinde çalışan kadın ve çocukların da dahil olduğu 400 kişilik bir grup, senato tarafından sorgulanmış ve daha sonra da hepsi ölüme yollanmıştır.¹⁰⁴ İmparator Nero'nun müdahale edip, merhametini gösterdiği nokta ise, aynı çatı altında yaşayan azatlıların da sürgüne gönderilmesi hususudur. Nero, söz konusu *senatus consultum*'un yalnızca kölelere ilişkin olduğunu, bu yüzden de azatlılara dokunulmaması gerektiğini savunarak, önemli bir adım atmayı başarmıştır.¹⁰⁵

Bir kimsenin, hür ya da köleyi, rızası olsun ya da olmasın hadım etmesi yasaktır. Hadımı yapan bir doktor ise, ölümlerle cezalandırılır. D.48.8.4.2,5. Wells, s. 200.

¹⁰³ Ancak, Hadrianus'un merhametini aile evlatları lehinde kullanmasının bir istisnasını, tüvey annesi ile zina yapan oğlunu, bu gerçeği öğrenmesinden sonra, ava çıkarıp, "yanlışlıkla" vurması durumu oluşturmaktadır. Hadrianianus, oğlu babanın değil, haydutların vurduğu yönünde karar vererek, aile babasının ceza almasını engellemiştir. D.48.9.5. Marcus Aurelius, cinnet geçirip annesini öldüren bir gence, verilebilecek en büyük cezanın zaten sahip olduğu akıl hastalığı olduğunu ileri sürerek, başka bir cezaya gerek olmadığına karar vermiştir. D.1.18.14; d.48.9.9.2. Kerrigan, s. 94.

¹⁰⁴ Bu noktada, pekçok masum insanın topluca ölüme gönderilmeleri ciddi biçimde eleştirilse bile, Roma'luların savundukları husus, kamu yararının korunması gereken noktalarda, masum kişilerin öldürülmesi haklı görülebilir olmasıdır. Warmington Brian Herbert, *Nero, Reality and Legend*, Norton Press, New York 1970, s. 64.

¹⁰⁵ Nero'da çoğu diğer Roma imparatoru gibi, merhametini her zaman dengeli bir biçimde göstermeyi başaramamıştır. Nero, hristiyanları acımasızca cezalandırırken, merhametini hiç göstermemiş, politik rakiplerini de kişisel başarısı için kolaylıkla harcayabilmiştir. Nero, Seneca'yı *liberum mortis arbitrium*'a mahkum etmiştir. Bu ceza, kişinin kendi ölümünü seçebilme olanağını tanımaktaydı. Yani, toplulukların önünde öldürülmenin yaratacağı korku yerine, kişi intihar edebilme olanağına sahipti. Genellikle söz konusu kişi sıcak banyoya girerek damarlarını keserdi. Eğer, 1 saat içinde bunu tek başına yapamazsa, imparator damarlarını kesmesi için bir doktor yollardı. Ayrıca, Nero Seneca'yı ölüme gönderirken, eşi hakkında merhamet göstermiştir. Genellikle benzer durumlarda, kocalarının yanında

Ancak imparator Nero'nun imparatorluğu boyunca merhametli bir yönetici olduğu ve *humanitas*'a değer verdiğini söylemek doğru değildir. M.S. 54-68 yılları arasında imparatorluk yapmış ve verdiği son derece ağır cezalarla ün yapmış olan Nero döneminde, aksine *humanitas*'ın kapsamı çok daraltılmış ve her zaman kamu yararı korunmaya çalışılmıştır. Örneğin imparator Nero, 64 yılındaki büyük yangından hristiyanları sorumlu tutmaya karar verdiğinde, suçluların büyük bir alanda, herkesin gözü önünde canlı canlı yakılmalarına hükmetmiştir. Bu yüzden, Nero acımasızlıkla suçlanmış olmasına rağmen, o verdiği cezanın kamu yararını (*utilitas publica*) korumayı hedeflediğini savunarak, kendini haklı göstermeye çalışmış ve doğal olarak da bu girişiminde başarılı olmuştur. Benzer bir durum, zina halinde verilen sürgün cezasının, ölüm cezasına çevrilmesidir. Cezanın ağırlaştırılması, ölüm cezasının uygulanır olması, kamu ahlakının, vicdanın ve kişilerinin ruhlarının korunması ile açıklanmıştır.¹⁰⁶

İmparator Nerva zamanından itibaren, Roma imparatorluğunda, özgür, Roma vatandaşı olarak doğan ve ihtiyaç içindeki ailelere sahip kız ve erkek çocuklara devlet hazinesinden yardım yapılması kararlaştırılmıştır (*alimentia*). Söz konusu kural, önceleri yalnızca İtalya'da yaşayan çocuklar için uygulanmış olmakla birlikte, daha sonraları eyaletleri de kapsar hale getirilmiştir. Sistem, şu şekilde çalışmaktaydı: Roma devleti hazinesi (*fiscus*), çiftçilere ödünç para vermekteydi. Borca karşılık da, çiftçinin arazisine rehin koymaktaydı. Krediye karşılık ödenmesi gereken faiz, arazinin değerinin yüzde onikisi kadardı. Çiftçiler de, aldıkları paraya karşılık yılda yüzde beşlik faiz öderdi. Bu faiz, bölgenin yerel yöneticisi tarafından idare edilen beslenme fonuna geçirilirdi. Bu para da, yardıma muhtaç çocukların beslenmesi için gıda yardımında kullanılırdı. Yalnız yardımlarda, cinsiyet ayrımı söz konusu olmaktaydı. Erkek çocuklar, kız çocuklardan daha fazla miktarda yardım almaktaydılar.¹⁰⁷

kadınların da ölümü söz konusu olmaktayken, Nero Seneca'nın eşi Paulina ile herhangi bir olumsuzluk yaşamadığından, onun yaşaması gerektiğine karar vermiştir. Nero'dan sonra Domitianus'da, merhametini senatonun vermiş olduğu göstermiştir. Warmington, s. 65.

¹⁰⁶ C.Th.11.36.4; Aslında bu bakış ortaçağda, özellikle de kilise hukukunda da görülmektedir. Suçluya ölüm cezası verilirken, zehirli bir yılanı öldürürken duyulan acımadan daha fazlasının gösterilmesine gerek olmadığı, bu dönemde geçerli olan anlayıştır. Warmington, s. 67.

¹⁰⁷ Wells, s. 213.

SONUÇ

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan şöyle bir sonuç çıkar-mamız mümkündür. Roma'da insan haklarının temelleri atılmış, yaşam hakkının korunmasına ilişkin önemli düzenlemeler yapılmış-tır. Roma hukukunun ilk dönemlerinde, hak sahibi olabilecek kişi-ler, yalnızca Roma vatandaşları idi. İnsan olmakla birlikte, kölelerin Roma hukuku açısından mal statüsünde olmaları, ekonomisi köleli-leğe dayanan tüm toplumlarda olduğu gibi, Roma'da kölelerin insan haklarından yoksun kalmalarına yol açmış, onlara insanca muamele edilmesine engel teşkil etmiştir.

Roma devleti sınırları içinde yaşayan ancak Roma vatandaşlığını kazanmamış olan yabancıların durumları, kölelerden iyi olmakla bir-likte, doğal olarak Roma vatandaşları ile kıyaslanamaz nitelikteydi. Roma vatandaşlığının bir ayrıcalık olarak kabul edildiği bu dönem-lerde, Roma yöneticilerinin eyaletlerde, insan haklarına aykırı tu-tumlar içine girdiklerini söylemek mümkündür. Roma yöneticileri, kendilerini üstün Roma'nın temsilcileri olarak gördüklerinden ötürü, yönetimleri altındaki kişilere karşı, sınırsız bir otoriteye sahip olduk-ları inancını taşıyabilmekteydiler. Ancak, Roma hukuku her alanda yaptığı düzenlemeler de olduğu gibi, bu alanda da hakkaniyetin ge-reğini yerine getirmeye çalışmış ve yabancıların, Roma yöneticileri-nin altında ezilmelerini engellemiştir. Yabancılarla, Roma yönetici-leri arasındaki bağlantı, yabancıların Roma yöneticilerinin *fides'*ine sığınmaları şekliyle tesis edilmiştir.

Şunu da, unutmamak gerekir ki, bu dönemde, ayrıcalıklı ve üs-tün olarak kabul edilen Roma vatandaşlarının da yöneticilerin adil olmayan davranışlarına maruz kalmaları mümkündür. Roma'luların teoriye yönelik fazla çalışmalar yapmamaları, kurum ve kuralları or-taya koymalarına rağmen, bunlara ilişkin sistematığı tam anlamıyla oluşturmamalarından dolayı, Roma hukukundaki insan hakları kavramının günümüz hukukundaki sistematığı ile kıyaslayabilmek mümkün değildir.

Modern zamanların uygulamaları genellikle ortaya çıkmış olan krizlere getirilen çözümler tarzındadır. 17. ve 18. yüzyıllardaki geliş-meler, ihtilaller sonucunda gerçekleşirken, 20. yüzyıla damgası vu-

ran İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, bu dönemdeki ırkçılığa karşı bir tepki olarak ortaya konmuştur. Kriz hallerinde ortaya konan gelişmeler, muhakkak Roma'da söz konusu olmuştur. Ancak bu çeşit krizlere verilen tepkiler, Roma'da daha farklı olmuştur. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 2. Dünya Savaşının ardından savaşa duyulan büyük nefretin etkisiyle, hızla hazırlanmıştır. Oysa Roma dünyasında, insan haklarına ilişkin gelişmeler her zaman için daha yavaş, daha kazüistik biçimde olmuştur. Roma'luların geleneklerine sıkı sıkıya bağlı bir toplum olmaları da burada etkisini göstermiştir. Onlar, zaman içinde, kendilerini yeniliklere adapte ederek, geleneklerinden tamamen kopmamayı başarmış bir toplumdur.

M.Ö. 27 yılından itibaren Roma'nın gücünün yoğun olarak her alanda hissedilmeye başlanması, Roma'nın küçük bir şehir devleti olmaktan çıkıp, hızla bir dünya imparatorluğuna dönüşmesine bağlı olarak, hukuk kurum kurallarında ve uygulamalarında da değişiklikler olmuştur. İnsan hakları ve esas olarak yaşam hakkı tartışmalarının konusu olma, hukukçular, düşünürler insan haklarının öneminden bahsetmeye devam etmişlerdir. Ayrıca suçlulara verilen çok ağır, insanlık dışı, işkence tarzındaki cezalardan yavaş yavaş vazgeçilmesi ya da bu cezaların yumuşatılması yoluna gidilmiştir. Cezalar, suçlunun statüsüne göre insani ve insani olmayanlar olarak ayrılarak, en azından bazı sınıflardaki kişilerin, hukuken korunması sağlanmıştır.

KAYNAKLAR

- Alexander Michael Charles, *Trials in the Late Roman Republic 149 BC to 50 BC*, Univ. of Toronto Press, Toronto 1990.
- Berger Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Bauman Richard A, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, 2. Ed., London 2006.

The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustian Principate,
Withwatersrand Univ. Press, 2. Ed., Johannesburg 1967.

Human Rights in Ancient Rome, Routledge, London 2000.

Buckland William Warwick, *The Roman Law of Slavery, The Condition of
the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge Univ.
Press, Cambridge, 1908.

A Textbook of Roman Law, Cambridge

Finley Mosses, *Ancient Slavery and Modern Ideology*, The Viking Press,
New York 1983.

Alison Futrell, *Historical Sources in Translation The Roman Games*, Black-
well Publishing, Oxford 2006,

Garnsey Peter, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Cla-
rendon Press, Oxford 1970.

Gibbon Edward, *The History of the Decline and Fall of the Roman Em-
pire*, V.1-3, Campbell Publishers, 4. Ed., New York 1993.

Harris William Vernon, *War and Imperialism in Republican Rome, 327-70
BC*, Clarendon Paperbacks, Oxford 1985.

Honoré Tony, Ulpian, *Pioneer of Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2.
Ed., Oxford 2002.

Jolowicz Herbert Felix/Nicholas Barry, *Historical Introduction to the
Study of Roman Law*, Cambridge Univ. Press, 3. Ed., Cambridge
1972.

Jones Arnold Hugh Martins, *The Criminal Courts of the Roman Republic
and the Principate*, Blackwell Press, Oxford, 1972.

Karadeniz-Çelebican Özcan, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Ge-
nel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması*, Yetkin Yayınları,
14. Basım, Ankara 2010.

Kerrigan Michael, *A Dark History: The Roman Emperors, From Iulus Cae-
sar to the Fall of Rome*, Grange Books, Edinburgh 2008.

Mackenzie Ian, *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland*, Edinburgh 1862.

Robinson Olivia, *The Criminal Law of Ancient Rome*, The Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore 1995.

Salmon Edward Togo, *A History of the Roman World: 30 BC.- AD. 138*, Routledge, 11. ed., London 1968.

Schabas William A, *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture*, Northeastern Univ. Press, Boston 1996.

Schulz Fritz, *Principles of Roman Law*, Transl. by Marguerite Wolff, Oxford 1936.

(Bu kitabın Humanitas bölümünün türkçe çevirisi Diler Tamer Güven, *Argumentum*, Yıl 3, Sayı 30, Ocak 1993, s. 514-520)

History of Roman Legal Science, Oxford 1946.

Sherwin-White Adrian Nicholas, *Racial Prejudice in Imperial Rome*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1967.

The Roman Citizenship, Clarendon Press, 2. Ed., Oxford 1973.

Sorensen Willy, *Seneca, The Humanist at the Court of Nero*, Transl. by W. Glyn Jones, Edinburgh 1984.

Staples Ariadne, *From Good Goddess to Vestal Virgins, Sex and Category in Roman Religion*, Routledge, London 1998.

Starr Chester, *Civilization and the Caesars: The Intellectual Revolution in the Roman Empire*, Cornell Univ. Press, New York 1965.

Thompson Llyod A, *Romans and Blacks*, Routledge, London 1989.

Türkoğlu-Özdemir Gökçe, *Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Umur Ziya, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.

Umur Ziya, *Roma Hukuku Lüğatı*, İstanbul 1975.

Walbank Frank William, *Polybius, Rome and the Hellenistic World, Essays nad Reflections*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2002.

Warmington Brian Herbert, *Nero, Reality and Legend*, Norton Press, New York 1970.

Watson Alan, *The Lawmaking in the Later Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford 1974.

Roman Slave Law, The Johns Hopkins Press, Baltimore 1987.

Wells Colin, *The Roman Empire*, 6. Ed., London 2004.

Westermann William Linn, *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*, The American Philosophical Society, Philadelphia 1955.

Wiedemann Thomas, *Greek and Roman Slavery*, Routledge, London 1981.

HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KOVUŞTURMA EVRESİNDE SINIRLANDIRILMASI*

LIMITING FREEDOM OF COMMUNICATION IN SERVE PROCEEDINGS STAGE

Bilgehan SAVAŞCI**

Özet : Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kovuşturma evresinde haberleşme özgürlüğünü sınırlayan ve eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda bulunmayan hükümler yer almaktadır. Bu hükümler haberleşme özgürlüğü ile olduğu kadar evrensel bir ilke olan adil yargılanma hakkı ile de yakın ilişkilidir. Makalede haberleşme özgürlüğü kavramı açıklanmaya çalışıldıktan sonra Kanun'da yer alan ilgili hükümlere değinilmiŐtir.

Anahtar Kelimeler : Haberleşme özgürlüğü, ceza muhakemesi, kovuşturma evresi ve duruşma, açık duruşma, kapalı duruşma, aleniyet, adil yargılanma hakkı, ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı.

Abstract : There're clauses that limiting freedom of communication in The Code of Criminal Procedure not included in old Criminal Procodure Act. These clauses are related with not only freedom of communication but also right to due process which is a universal principle. It is mentioned that these clauses after is explained the freedom of communication in article.

Keywords : Freedom of communication, criminal procedure, serve proceedings stage and trial, public trial, secret trial, publicity, right to due process, ban of using voice and vision recording device.

* Bu çalışma, 2010-2011 Eğitim Öğretim döneminde, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında Sayın Prof. Dr. Muharrem Özem tarafından verilen " İletişim Hukuku" dersi sırasında hazırlanmıştır.

** Ar. Gör., T.C. Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuk Ana Bilim Dalı.

1. Haberleşme Özgürlüğü Kavramı

Radyo, televizyon ve sinema gibi kitle iletişim araçlarının yaygınlaşmasıyla birlikte kitle haberleşme alanında gereken özgürlük “*haberleşme ve iletişim özgürlüğü*” ifadesi ile belirtilmeye başlanmıştır.¹ Kitle iletişimi; radyo-televizyon, sinema filmleri, internet ve video bantları ile yapılan her türlü iletişimi kapsamaktadır.² Kitle iletişim araçlarından yararlanmak suretiyle bilgi, düşünce ve tutumların insan topluluklarına ulaştırılması kitle haberleşmesi olarak adlandırılmaktadır.³

Haberleşme özgürlüğü kapsam itibariyle basın özgürlüğünden daha geniştir.⁴ Basın; düşüncelerin kamu oyuna yazılı biçimde ve basılmış eserlerle açıklandığı bir kitle yayın aracı olarak ifade edilmektedir.⁵ Basın özgürlüğü ise fikir ve düşüncelerin serbestçe toplanmasını, yorumlanmasını, eleştirilmesini, basılarak çoğaltılmasını ve dağıtılmasını gerektirmektedir.⁶ Basın hürriyetinin içeriği de kullanılan basın aracı sebebiyle niteliklidir.⁷ Düşünce özgürlüğü basın hürriyetinin temelini oluşturmakta, kişi düşüncelerini uygun gördüğü araçlarla ifade edebilmekte ya da açıklamaktan kaçınabilmektedir.⁸ Günümüzde düşünce ve ifade özgürlüğü haberleşme özgürlüğü ile birbirini tamamlamakta, kitle iletişim araçları vasıtasıyla kullanılmaktadır.⁹

Haberleşme özgürlüğü; basın hürriyetinin yanında, radyo, film ve internet özgürlüklerini de içine almaktadır.¹⁰ Haber, düşünce ve kanıların kitle iletişim araçlarıyla alınmasını ve yayılmasını kapsamakta çağdaş yaşamın bir parçası olan haber, düşünce ve kanıların okunması, dinlenmesi ve izlenmesini de içermektedir.¹¹ Ancak her ne kadar

¹ Kayıhan İçel, Yener Ünver, *Kitle Haberleşme Hukuku*, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2009, s. 23.

² İçel, Ünver, s. 10.

³ İçel, Ünver, s. 10.

⁴ İçel, Ünver, s. 10.

⁵ Ahmet Kılıçoğlu, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 17.

⁶ Sulhi Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, İstanbul, 1976, s. 41.

⁷ Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul, 1978, s. 34.

⁸ Nermin Abadan, *Basın ve Haberleşme Hürriyeti*, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri, 9-11 Aralık 1968, Ankara, 1970, s. 89.

⁹ İçel, Ünver, s. 10.

¹⁰ İçel, Ünver, s. 10-11.

¹¹ Abadan, s. 91.

Anayasa'da "haberleşme hürriyeti" kenar başlığı altında düzenlenmiş olsa da haberleşmenin gizliliği konuyla ilgili bir kavram değildir.¹² Zira hükümde sözü edilen; kitle iletişim araçlarına ilişkin değil telefon, mektup ve telgraf gibi özel iletişim araçlarına ilişkin bir gizliliklerdir.¹³

Haberleşme özgürlüğü; kolektif bir özgürlük, sosyal bir hak niteliğindedir.¹⁴ Devlet hakkın pasif sujesini oluşturmakta, hakka sahip olanlar hakkın korunmasının yanı sıra hakkın kullanılması için olanaklar sağlanmasını devletten talep edebilmektedir.¹⁵

Haberleşme özgürlüğünün temel ögesi niteliğinde olan haklar; haber, düşünce ve kanuları serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı, düşünce ve kanuları serbestçe açıklayabilmek hakkı ile haber düşünce ve kanuları serbestçe yayabilmek hakkıdır.¹⁶

Ülkedeki her türlü haber ve düşüncelerin serbestçe öğrenilebilmesi ve toplanabilmesi fırsatının olması haberleşme özgürlüğünün ilk şartıdır.¹⁷ Bu özgürlük iki yönlü bir görünümde, vatandaşlar bakımından haber alma hakkını, yayın mensupları açısından ise haberlere ulaşmak ve haberleri toplamak hakkını içermektedir.¹⁸ Habere ulaşmak hakkı; haber, bilgi ve fikirlerin serbestçe toplanabilmesidir.¹⁹ Haber kaynaklarının çeşitliliği ve habere ulaşma kanallarının açık olması hakkın kullanılabilmesi için gereklidir.²⁰ Devlet kurumları bireyleri doğrudan ilgilendiren idari ve siyasi bilgileriyle bu noktada en önemli haber kaynaklarından birisini oluşturmaktadır.²¹ Basının ve diğer kitle iletişim araçlarının işlevi bu bilgiler ile kamuoyu arasında köprü kurmaktır.²² Fakat bu işlevin kanuni düzenlemelerle sınırlandırılabilmesi mümkündür.²³ Bilginin temel bir hak olarak görüldüğü sistemlerde kamu otoriteleri barındırdıkları bilgileri bu hakkın etkili kullanımını

¹² İçel, Ünver, s.11.

¹³ İçel, Ünver, s. 11.

¹⁴ Dönmezer, s. 227.

¹⁵ Dönmezer, s. 79.

¹⁶ Dönmezer, s. 94.

¹⁷ Dönmezer, s. 94-95, Abadan, s. 100.

¹⁸ İçel, Ünver, s. 58.

¹⁹ Özek, s. 33.

²⁰ Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Avrupa Komisyonu Yayınları, 2001, Ankara, s. 146.

²¹ Sunay, s. 146.

²² Sunay, s. 146.

²³ Sunay, s. 146.

sağlayacak ölçüde paylaşırken, bilginin temel bir hak kabul edilmediği sistemlerde bilgiyi kendi mülkiyetlerinde gören kamu otoriteleri yasaklayıcı bir tutum benimsemektedir.²⁴

Devlet sırrı, devlet güvenliği, devlet çıkarı, gizli bilgi gibi kavramlar habere ulaşma hakkı ile sıklıkla karşı karşıya gelmektedir.²⁵ Bu sorunu çözümlenebilmek için gizlilik, çıkar, sır, güvenlik gibi ifadelerin açık anlamını belirlemek faydalı olacaktır.²⁶ Haberleşme özgürlüğünün; milli güvenlik, milli savunma ve yargının serbest çalışması bakımından belli bilgi ve olayların gizli tutulması gereği sınırlandırılabilir. ²⁷ Fakat siyasi iktidarın eleştirilmesini veya belli politikaların kamuoyunda tartışılmasını önlemek amacıyla muğlak kavramların gerekçe olarak gösterilmesi haberleşme özgürlüğünü engellemektedir.²⁸ Bilgi kaynaklarının korunması da bilgi akışının serbestçe gerçekleştirilebilmesini sağladığı için önemlidir.²⁹ Haber kaynağının gizliliği haberleşme hürriyetinin temel esaslarından biridir.³⁰ Kaynakların korunması sağlanmadığında kamunun aydınlanmasını sağlayacak bilgiler ortaya çıkmayacağı gibi basının haber verme işlevi de zayıflamaktadır.³¹

Haber alma hakkı; duymaya, görmeye ve okumaya ilişkindir.³² Haber alma hakkı ile ifade özgürlüğü yayın aracı ile alıcının bütünleşmesi gibi birbirini tamamlamaktadır.³³ Haber alma hakkının bireysel ve demokratik yönü bulunmaktadır.³⁴ Bireysel yön temelini, mümkün olduğu kadar çok kaynaktan faydalanmanın, kişisel bilgileri geliştirmenin ve bu sayede birey olarak gelişim sağlamanın insanın temel

²⁴ Manuel Nunez Encabo, "Ethics of Journalism and Democracy", European Journal of Communication, C:10, S:4, 1995, s. 517-519.

²⁵ Sunay, s. 147.

²⁶ Sunay, s. 147.

²⁷ Sunay, s. 147.

²⁸ Sunay, s.147.

²⁹ Sunay, s. 148.

³⁰ Bkz. Uluslar arası Adalet Divanı Kararı, Goodwin/İngiltere, 17488/90, 27.3.1996, Sunay, s.146.

³¹ Bkz. Uluslar arası Adalet Divanı Kararı, Goodwin/İngiltere, 17488/90, 27.3.1996, Sunay, s.147.

³² Klaus Finkelburg, "Demokraside İfade Özgürlüğü", Çeviren: Nihat Ülner, in: Düşünce Özgürlüğü, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998,.s. 202.

³³ Finkelburg, s. 202.

³⁴ Finkelburg, s. 202.

ihtiyaçlarından birisi olduğu fikrinden almaktadır.³⁵ Demokratik yön ise özgür ve bilgi sahibi olmayan bir toplum olmaksızın demokratik bir devletin varlık sahibi olamayacağı düşüncesine dayanmaktadır.³⁶ Düşüncelerin oluşturulması bireylere haber alma hakkı tanındığı takdirde serbestçe gelişebilmektedir.³⁷ Enformasyon hakkı şeklinde de nitelendirilen haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkı insanın bilme ve öğrenme ihtiyacına hizmet etmektedir.³⁸ Haber alma hakkı sadece sansürün olmadığı ve devletin etkisi altında olmayan özgür bir basın ile mümkündür.³⁹ Sadece basın değil radyo, televizyon, internet ve diğer kitle iletişim araçlarının özgürlüğü de aynı ölçüde önemli ve bilgi akışının sağlanması açısından vazgeçilmezdir.⁴⁰ Bu bakımdan devlet yayınların ve haberlerin içine herhangi bir müdahalede bulunmamalıdır.⁴¹ Yayınlar kanuni bir düzen içinde gerçekleştirilmekle birlikte içerik devlet ya da sosyal grupların baskısından korunmalıdır.⁴² Dolayısıyla yazılı basına yönelik uygulanan tedbirler, radyo televizyon ve diğer kitle iletişim araçlarına yönelik olarak uygulanan tedbirler bireylerin haber alma hakkını engelleyecek nitelikte olmamalıdır.⁴³ Kitle iletişim araçlarıyla haber alma özgürlüğüne dair bir ölçüt her çeşit görüşün öğrenilebilme imkanının olmasıdır.⁴⁴ Burada en önemli tehlike kitle iletişim araçlarının ekonomik güç ve baskı sebebiyle belli gruplarda toplanması, siyasi ya da kişisel menfaatler dolayısıyla haber ve bilgilerin tarafsızlığını kaybetmesi, belli yönlerde çekilmesi, gerçeklerin gizlenmesi ya da değiştirilmesi ve verilen haberlerin siyasi iktidara ya da belli çıkar gruplarına bağlı olmasıdır.⁴⁵ Düşüncelerin yönlendirilmesinde ulusal olduğu kadar uluslararası kitle iletişim araçları da önemlidir.⁴⁶ Zira bazı olaylarda ekonomik, kültürel, siyasi sebeplerle

³⁵ Finkelburg, s.202.

³⁶ Finkelburg, s. 202.

³⁷ Finkelburg, s. 203.

³⁸ Volker Diesbach, "The Concept of Freedom of Information In International Guarantees of Human Rights", Law and State, Vol:19, 1979, s. 99.

³⁹ Finkelburg, s. 202.

⁴⁰ Finkelburg, s. 203.

⁴¹ Finkelburg, s. 203.

⁴² Finkelburg, s. 203.

⁴³ Diesbach, s. 96-97.

⁴⁴ İrfan Erdoğan, *İletişim Egemenlik Mücadeleye Giriş*, İmge Yayınevi, Ankara, 1997, s. 242.

⁴⁵ Erdoğan, s. 242-243.

⁴⁶ Alpaslan Işık, "Demokratikleşmenin Sınırlılıkları", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C:16, S: 144, s. 4., Erdoğan, s. 310.

haberlin gerçek niteliği saklanabilmekte ve gerçek durumla yansıtılan arasında farklılık olabilmektedir.⁴⁷

Haberleşme özgürlüğünün ikinci temel ögesi düşünce ve kanılarını serbestçe açıklayabilmek hakkıdır. Genel nitelikte bir hak olan düşünce ve ifade özgürlüğü aynı zamanda haberleşme özgürlüğünün de en önemli gereklerinden birisidir.⁴⁸ Düşünce özgürlüğünü bir hak olarak kavramlaştırabilmek için insan hakları ve temel özgürlükler fikrinin ve düşünce teriminin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.⁴⁹ İnsan hakları düşüncesi her insanın doğuştan, insan olması sebebiyle bir takım haklara sahip olduğunu ve belirli şekilde muamele görmesi gerektiğini içermektedir.⁵⁰ Temel özgürlükler ise devlet dahil hiçbir kişi ve kurumun dokunamayacağı önemde haklardır, bu hakları korumak onları uluslararası belgelerle, anayasalarla ve ulusal hukuk sistemleriyle güvence altına almaktır.⁵¹ Düşünce ise zihinsel bir süreç olan düşünmenin bir ürünüdür.⁵² Düşünme; kendiliğinden değildir, çaba ve emek isteyen, deneylerle beslenen, sezgi ve duygularla güçlendirilen ve bilgi gerektiren bir faaliyettir.⁵³ Düşünce ürünleri arasında; fikirler, anlayışlar, kanaatler, inançlar ve gereklilik önermeleri bulunmaktadır.⁵⁴ Bilgi önermeleri ise önermeyi ortaya koyandan bağımsız bir nitelikleri oldukları için bu ürünlerin içinde değildir.⁵⁵ Düşüncelerin kişiselliklerinin aksine bilgiler doğrulanabilir ya da yanlışlıkları kanıtlanabilir.⁵⁶ Düşünme faaliyeti sonucu ortaya çıkacak olan düşüncelerin; bilgi düzeyini arttırıp yanlış inançları yıkmak suretiyle toplumun gelişim düzeyini yükseltebilmesi gibi, bilgi yerine inançları güçlendirmesi ve toplumun gelişimi yavaşlatması da olanak dahilindedir.⁵⁷ Ancak birin-

⁴⁷ Işıklı, s. 4, Erdoğan, s. 311.

⁴⁸ İçel, Ünver, s. 60.

⁴⁹ İoanna Kuçuradi, "Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?", in: Düşünce Özgürlüğü, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 20.

⁵⁰ Kuçuradi, s. 20.

⁵¹ Kuçuradi, s. 22.

⁵² Ahmet İnam, "Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye.", in: Düşünce Özgürlüğü, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 37.

⁵³ İnam, s. 37.

⁵⁴ Kuçuradi, s. 24.

⁵⁵ Kuçuradi, s. 24.

⁵⁶ Kuçuradi, s. 24.

⁵⁷ Vehbi Hacıkadiroğlu, "Bilginin Sağladığı Özgürlük", in: Düşünce Özgürlüğü, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 30.

ci ihtimalin gerçekleşmesi daha mümkündür.⁵⁸ Burada önemli olan düşüncelerin yayılmasının engellenmemesidir.⁵⁹ Zira düşünceler olumlu ya da olumsuz etkilerini hemen göstermemektedir, düşünceyi yayma hürriyeti sayesinde yanlış düşünceler olumsuz etkisini göstermeden önce doğru düşüncelerle karşılaşacak, her iki düşüncenin çarpışması sonucunda ise inanç değil bilgi kazanacaktır.⁶⁰ Düşüncelerin serbestçe yayıldığı toplumlarda zaman bilgi lehine çalışmakta ve bilgi birikimi sürekli olarak artmaktadır.⁶¹

Düşünme zihinsel bir süreç olduğu için baskı altında tutulması imkansız gibi görülse de özgür düşünmeyi önlemenin propoganda ya da eğitim gibi dolaylı bir takım yolları bulunmaktadır.⁶² Çocukluk döneminden itibaren etkili baskı araçlarıyla koşullandırılan kişilerin serbest düşünme yetisinden ve dolayısıyla düşünce özgürlüğünden mahrum oldukları açıktır.⁶³ Özellikle dikta rejimlerinde rejimin kurulması ve devam ettirilmesi için özel eğitim ve propaganda yöntemleri benimsemekte ve uygulanmaktadır.⁶⁴

Bu noktada ifade özgürlüğü kavramını açıklamak yerindedir. İfade özgürlüğü demokrasilerin vazgeçilmez unsurlarından birisidir.⁶⁵ Hukukun esas olarak açıklanmamış düşünceyle ilgisi olmadığı belirtilmektedir.⁶⁶ İfade özgürlüğüne ilişkin bir eksiklik aynı zamanda demokraside var olan bir noksanlıktır.⁶⁷ Bu konuda kısıtlamalar sınırlı olmalı, örneğin ceza hukuku bazında kamusal alanda şiddet kullanmaya, insan öldürmeye yönlendiren ya da askeri sırları vermeyi içeren açıklamalar yasaklanmalıdır.⁶⁸ İfade özgürlüğü konuşmaya, tartışmaya ve yazmaya yönelik bir özgürlüktür.⁶⁹

⁵⁸ Hacıkadiroğlu, s. 30.

⁵⁹ Hacıkadiroğlu, s. 30.

⁶⁰ Hacıkadiroğlu, s. 30.

⁶¹ Hacıkadiroğlu, s. 30.

⁶² Hacıkadiroğlu, s. 31.

⁶³ Hacıkadiroğlu, s. 31.

⁶⁴ Hacıkadiroğlu, s. 31.

⁶⁵ Finkelburg, s. 200.

⁶⁶ Adnan Güriz, "İfade Hürriyetinin Sınırları", in: Düşünce Özgürlüğü, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s.82.

⁶⁷ Finkelburg, s. 203.

⁶⁸ Finkelburg, s. 200.

⁶⁹ Finkelburg, s. 202.

İfade hürriyetinin sınırlandırılmayacağını ileri süren görüşler olsa da uygulamada ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir.⁷⁰ Demokratik düzenin kendisini yok etmek isteyenlere karşı bu özgürlüğü sınırlandırması, özgürlüğü ortadan kaldırmak için özgürlük tanınmasını engellemek ve geri dönüşü olmayan sonuçları önlemek bakımından akılcıdır.⁷¹ Devletin yaşayan bir organizmaya benzediği ve varlığına yönelmiş olan tehlikelere karşı kendini savunma hakkı olduğu ileri sürülmektedir.⁷² İfade hürriyeti bireysel menfaatleri ya da kamusal ya da kamu düzenini diğer bir deyişle devleti ilgilendiren menfaatleri korumak için sınırlandırılabilir.⁷³ Ancak ifade hürriyeti devlet için sınırlandırılabilir kadar aynı zamanda devlete karşı korunmak da zorundadır.⁷⁴

Düşüncelerin açıklanması özgürlüğü; kişinin edindiği bilgiler arasından yapmış olduğu tercihleri dış dünyaya yansıtabilmesidir.⁷⁵ Bir kararın zihin dışındaki uygulaması düşüncelerin açıklanmasını oluşturmaktadır.⁷⁶ Seçme işleviyle tespit edilen amaçlara ulaşmak için yapılan faaliyettir, bu faaliyet sözle, yazıyla ya da başka vasıtalarla tek başına ya da toplu olarak gerçekleştirilmektedir.⁷⁷

Düşünceleri açıklama özgürlüğü engellendiği durumda zaman, haber, fikir ve bilgi akışı durmakta toplum statik bir hale dönüşmektedir.⁷⁸ Açıklama hürriyeti bireye eleştirme, fikir ve inançlarına uygun şekilde davranabilme ve doğru olduğuna inandığı fikirleri başkasına da kabul ettirme imkanı sağlamaktadır.⁷⁹ Dolayısıyla eleştiri ve bilgi verme sınırlarını aşan, yandaş kazanma ve bireylerin tutumlarını etkilemeyi içeren propaganda faaliyetleri de açıklama özgürlüğünün kapsamındadır.⁸⁰ Şiddet kullanımına ortam hazırlanmaması ve zor

⁷⁰ Güriz, s. 82.

⁷¹ Güriz, s. 82.

⁷² Güriz, s. 84.

⁷³ Güriz, s. 84.

⁷⁴ Güriz, s. 86.

⁷⁵ Sunay, s. 63.

⁷⁶ Sunay, s. 63, Necati Öner, *İnsan Hürriyeti*, Vadi Yayınları, Ankara, 1995, s. 69.

⁷⁷ Öner, s. 69.

⁷⁸ Sunay, s. 63.

⁷⁹ Sunay, s. 64.

⁸⁰ H. Terence Qualter, "Propaganda Teorisi ve Propagandanın Gelişimi", Çeviren: Ünsal Oskay, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:XXXV, S: 1-4, 1980, s. 279-280.

kullanılmaması propaganda faaliyetlerinin sınırındır; bu sınır aşıldığı takdirde suç sayılan bir alana girilmekte ve devletin cezalandırma hakkı söz konusu olmaktadır.⁸¹

Düşünceleri açıklama hakkının fiilen kullanılabilmesi için gerekli olan düşünceleri yayma özgürlüğü haberleşme özgürlüğünün üçüncü unsurudur.⁸² Bu özgürlük yazıların yayınlanmadan önce kontrol edilmemesini ve basılmış eserlerin serbestçe dağıtılması zorunluluğunu gerektirir.⁸³

Özel kişilere ait basın dışı kitle haberleşme araçları ile bu özgürlüğün kullanılması Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenmiştir.⁸⁴ Kamu tüzel kişilerine ait basın dışı kitle haberleşme araçları söz konusu ise bu hak Anayasa'nın 31. maddesi gereği bu araçlardan yararlanma hakkına dönüşmektedir.⁸⁵ Ancak bu tür kitle iletişim araçlarından radyo, televizyon ve sinema esaslı bir sınırlamaya tabidir.⁸⁶ Devlet tekeli bu iletişim araçlarının üzerinden her ne kadar kaldırılmış olsa da bu araçlar üzerinden yapılan yayınların izne bağlanmasına engel değildir.⁸⁷ İnternet ise Anayasa'da düzenlenen kitle iletişim araçlarının içinde yer almamaktadır, teknik olarak da internet üzerinden yapılan yayınların denetime tabi tutulması mümkün olmamaktadır.⁸⁸

2. Ceza Muhakemesinde Duruşma

Suçlar bireylerin olduğu kadar toplumun da menfaatlerine zarar vermektedir.⁸⁹ Devlet gerek kamu düzenini gerekse de toplumun güvenliğini sağlamak için suç ve suçluyla mücadele etmek durumundadır.⁹⁰ Suçluların cezalandırılması, suçsuzların cezalandırılmaması,

⁸¹ Zeki Hafızoğulları, "Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C:2, S:2, Ekim 1994, s. 14, Qualter, s. 282-284.

⁸² İçel, Ünver, s. 61.

⁸³ Dönmezer, s. 96.

⁸⁴ İçel, Ünver, s.61.

⁸⁵ İçel, Ünver, s. 96.

⁸⁶ İçel, Ünver, s. 97.

⁸⁷ İçel, Ünver, s. 62.

⁸⁸ İçel, Ünver, s. 62.

⁸⁹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s. 96.

⁹⁰ Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Bağlamında Duruşma*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s. 18.

suçluya hak ettiğiinden az ya da çok ceza verilmemesi gibi hususların hepsi topluma ait menfaatlerdir.⁹¹ Kişiyi ceza verilirken suçlunun insan olduğu gözden çıkarılmamalı ve onuru korunmalıdır.⁹²

Ceza muhakemesi faaliyeti sırasında sanık başta olmak üzere muhakemeye katılan herkesin haklarına saygı gösterilmelidir, aksi bir durum bu faaliyetlerin bireylerin haklarına zarar verilmesine ve toplumun zarar görmesine neden olabilmektedir.⁹³ Hukuk devletinin insan hakları ihlali olmaksızın suç ve suçlulukla mücadele etmesi ve maddi gerçeğe ulaşması esastır.⁹⁴ Adil yargılanma hakkı da bu bağlamda sanığın haklarının korunmasını ve sanık bakımından yargılamanın uluslararası sözleşmelerle kabul edilen ilkelere uygun yapılmasını garanti altına almaktadır.⁹⁵

Tüm ceza yargılaması faaliyetinin temelini ve esasını oluşturan duruşma mahkemenin delillerle doğrudan doğruya temas edip maddi gerçeğe ulaşmaya çalıştığı en önemli devredir.⁹⁶ Duruşma, madde ve yer yönünden yetkili mahkemede, duruşma hazırlığı devresinde belirlenen günde, mahkeme başkanı veya hakimin duruşmayı açtığını açıklamasıyla başlamakta, delillerin ortaya koyulup tartışılması suretiyle maddi gerçeğin bulunmaya çalışılmakta ve son söz sanığa verilip duruşmanın bittiğinin açıklanmasıyla bitmektedir.⁹⁷ Ceza muhakemesinde öne gelen uyuşmazlığın çözümünde öncelikle sanığa yüklenen fiilin suç olup olmadığı belirlenir, fiil suç ise sanığın bu suçun faili olup olmadığı, suçlu ise cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ve cezalandırılacaksa cezanın ne olacağı tespit edilmektedir.⁹⁸

Modern ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma makamlarının her şekilde maddi gerçeğe ulaşmasına izin verilmemektedir ve bu husus önemli bir kazanç sayılmaktadır.⁹⁹ Ceza muhakemesi

⁹¹ Karakehya, s. 23.

⁹² Karakehya, s. 23.

⁹³ Karakehya, s. 18-19.

⁹⁴ Karakehya, s.19.

⁹⁵ Karakehya, s.19.

⁹⁶ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 401.

⁹⁷ Bahri Öztürk,, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 652.

⁹⁸ Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s. 20.

⁹⁹ Karakehya, s. 45.

kuralları muhakeme tarafları arasında bir değerlendirme yapmakta ve anayasal ilkeler doğrultusunda hem maddi gerçeğin bulunması olanağını sağlamakta hem de sanığın asgari haklarını teminat altına almaktadır.¹⁰⁰ Ceza muhakemesinin temel amacı bu çerçevede muhakemeye katılan bireylerin haklarına zarar vermeksizin maddi gerçeği bulmak ve buna bağlı olarak cezai uyumsuzluğu çözmektir.¹⁰¹

Duruşma devresinde ceza muhakemesinin çözmeye çalıştığı maddi ve hukuki iki temel sorundan maddi sorunun çözümü için çaba sarfedilmektedir.¹⁰² Toplu mahkemelerdeki duruşmalarda temel amaç duruşma bittikten sonra hakimlerin kendi aralarında tartışabilecekleri bir fikir olgunluğuna getirilmesi, duruşma devresinde kişisel kanaatleri oluşan hakimlerin hüküm devresinde bu kanaatleri tartışarak ortak bir yargıya ulaşabilmeleridir.¹⁰³

3. Kapalı Duruşmanın İçeriğinin Hiçbir İletişim Aracıyla Yayınlanamaması

Adil yargılanma ilkesi muhakeme hukukunun temel ve evrensel ilkelerinden birisi olduğu gibi aynı zamanda bir insan hakkıdır.¹⁰⁴ Adil yargılanma, hukuken oluşturulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yeterli savunma olanağı tanınarak hukuk devleti ilkesine uygun bir biçimde, önceden kanunla öngörülmüş esaslar çerçevesinde aleni bir şekilde yargılanmadır.¹⁰⁵

Aleniyet ilkesi de demokratik toplumun temel prensiplerinden biri olan adil yargılanmanın gerçekleşmesine katkıda bulunan ilkelerden birisidir.¹⁰⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile TC Anaya-

¹⁰⁰ Karakehya, s. 45-46.

¹⁰¹ Karakehya, s. 46.

¹⁰² Karakehya, s. 46.

¹⁰³ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011 s. 638.

¹⁰⁴ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Vali Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2007, s. 135.

¹⁰⁵ Handan Yokuş Sevik, "Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 747.

¹⁰⁶ Yokuş Sevik, s. 747.

sa'sında duruşmaların aleniliği bir hak olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁷ Aleni duruşma; herkesin toplumun belirli bir grubuna ait olup olmadığına bakılmadan herhangi bir kayda tutulmaksızın mahkeme duruşmalarına dinleyici olarak katılmasıdır.¹⁰⁸

Aleniyet ilkesi ceza muhakemesinde 19. yy.da yapılan reformlarla getirilmiştir.¹⁰⁹ Ceza muhakemesinin gizli yapılması yoğun insan hakları ihlallarına yol açtığı için liberalizmin de etkisiyle Aydınlanma Dönemi düşünürleri duruşmaların halka açık yapılması gereğini savunmuşlardır.¹¹⁰

Muhakemenin halkın girebileceği yerlerde yapılmasını, muhakeme tutanaklarının halka açıklanabilmesini ve hükmün de açık duruşmada verilmesini içeren aleniyet ilkesi ceza muhakemesinin şekli

¹⁰⁷ Bkz. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi mad. 10: "Herkesin, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde ve kendisine herhangi bir suç isnadında bağımsız ve yansız bir mahkeme tarafından tam bir eşitlikle, hakça ve kamuya açık olarak yargılanmaya hakkı vardır.", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi mad. 6/1: "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir", BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi mad. 14/1: "Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Davayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni (ordre public) veya ulusal güvenlik nedeniyle veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir; ancak bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati veya aile uyumsuzlukları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak teftih edilir.", T. C. Anayasası mad. 141/1: "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir."

¹⁰⁸ Yokuş Sevik, s. 749.

¹⁰⁹ Yokuş Sevik, s. 747.

¹¹⁰ Öztürk, Erdem, Özbek, s. 153.

ilkelerinden birisidir.¹¹¹ Duruşma salonunda fiziki koşulların elverişli olduğu ölçüde herkesin dinleyici olarak bulunabilmesi doğrudan aleniyet, duruşma salonunda bulunan kişilerin görüp duyduklarını duruşma dışında açıklayabilmesi ise dolaylı aleniyettir.¹¹²

Aleniyet ilkesi adalet dağıtımında ve adli mekanizmanın işleyişinde saydamlığı ve kamu denetimini sağlamak, gizli yargılamayı önlemektir.¹¹³ İlke ile yargılamanın adil olduğu gösterilerek mahkemelere duyulan güven sağlandığı gibi gizlilikten kaynaklanan haksız keyfi işlemler de engellenmekte ve böylece adil yargılanma gerçekleştirilmektedir.¹¹⁴ Yargı kararlarının güvenilirliğine hizmet eden ilke aynı zamanda hakimlerin daha sağduyulu karar vermesini, sanığın toplum önünde kendisine yöneltilen suçlamalardan kurtulmasını ve diğer insanları suç işlemekten alıkoyarak cezanın önleyici işlevini de sağlamaktadır.¹¹⁵ Halk adına verilen kararların halkın gözü önünde verilmesi gerektiğinden sözlülük ilkesi ile anlam kazanan aleniyet ilkesi ile demokratikleşme ve hukuk düzenine tabi olanların adaletin gerçekleştirilmesine katılmaları da güvence altına alınmaktadır.¹¹⁶

Modern özgürlükçü demokratik ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan aleniyet; hem yargılama sujelerinin hem de toplumdaki herhangi bir kişinin yargılamanın yapıldığı yerde hazır bulunmasını ve yargılamayı doğrudan izleyebilmesini mümkün kılmaktadır.¹¹⁷ İlkenin uygulanması yargıçların sorumluluk bilincini yükselttiği gibi halkın ve basının dolaylı olarak yargıyı denetlemesine olanak tanımakta ve ceza yaptırımlarının genel önleme etkisini güçlendirmektedir.¹¹⁸ Ancak ilkenin birtakım sakıncaları da ileri sürülmektedir. Muhatap kimsenin aleni yargılamada damgalanması, yeniden topluma kazandırılmasının zorlaşması, sanık ve tanıkların alenilik nedeniyle gerçeği

¹¹¹ Öztürk, Erdem, Özbek, s. 153, Yokuş Sevik, s. 748.

¹¹² Centel, Zafer, s. 644.

¹¹³ Yokuş Sevik, s. 747.

¹¹⁴ Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 288.

¹¹⁵ Hamide Zafer, "Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi", Prof. Dr. Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 766.

¹¹⁶ Yokuş Sevik, s. 749.

¹¹⁷ Ünver, Hakeri, s.48.

¹¹⁸ Ünver, Hakeri, s.49.

söylememeleri dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşmanın güçleşmesi ve yargılamayı izleyen toplumun tepkisinden çekineceği için hakimın bağımsızlığının zedeleneceği bu sakıncalardan bazılarıdır.¹¹⁹ Yine suç işleme biçimlerinin kamuoyunda yaygınlaşmasının kriminolojik etkilerinin de olduğu ifade edilmektedir.¹²⁰

Aleniyet ilkesinin sanığın lekelenmesini önlemek ve bazı kamusal menfaatler açısından zararlı yönleri bulunabilmektedir.¹²¹ Ancak bu istisnalar hakimın kararının konuya yabancı etkilerden korunması açısından tehlikelidir.¹²² Bu nedenle dolaylı aleniyetin kısıtlanması mümkün ise de doğrudan aleniyetin zorunlu durumlar haricinde kısıtlanmaması gereklidir.¹²³

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 186. madde de kapalılık kararı verilerek aleni duruşmadan kapalı duruşma usulüne geçileceği, 187/1-d de buna rağmen bazı kimselerin duruşmada bulunmasına karar verilebileceği, 187-2 de kapalı duruşmanın içeriğinin hiçbir şekilde yayınlanamayacağı, 187/3 de ise belirli durumlarda mahkemenin suç işlemesini önlemek, milli güvenlik, genel ahlak veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarını korumak için duruşmanın içeriğinin de kısmen veya tamamen yayınlanmasının yasaklayabileceği düzenlenmiştir.

Kamuya açıklık ilkesinin çeşitli nedenlerle sınırlanması mümkündür. CMK 185. madde de onsekiz yaşından küçük sanıkların duruşmalarının kapalı yapılması zorunluluğu kabul edilmiştir. Yine duruşma disiplininin sağlanması bakımından duruşma salonundan çıkarılan kişiler için de aleniyet ilkesi sınırlanmış olmaktadır.¹²⁴

Aleniyet gereği olarak kamuya duyurma kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilebilir.¹²⁵ Bu durumda basının dolaysız açıklık yoluyla duruşmaları izleyip haber vermek suretiyle kamuoyunu duruşmalarda olan biten hakkında bilgilendirmek söz konusudur.¹²⁶

¹¹⁹ Ünver, Hakeri, s.49.

¹²⁰ Ünver, Hakeri, s.49.

¹²¹ Centel, Zafer, s. 645.

¹²² Centel, Zafer, s. 645.

¹²³ Centel, Zafer, s. 645.

¹²⁴ Ünver, Hakeri, s.52.

¹²⁵ Yokuş Sevük, s.757.

¹²⁶ Yokuş Sevük, s.757.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu mahkemelere güveni sağlamak açısından duruşmada basının da bulunmasının özel bir öneme sahip olduğunu ifade etmektedir.¹²⁷ Komisyona göre devletin basın duruşmadan haberdar edilmesi ya da toplumun genel olarak bilgilenebilmesi için davanın ilan edilmesi gibi bir yükümlülüğü bulunmamakta ve basının duruşmada bulunmasını engellememesi yeterli sayılmaktadır.¹²⁸

Duruşmanın kapalı yapılması yani üçüncü kişilerin duruşma salonuna girmesinin yasaklanması sadece genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesim olarak gerekli kıldığı hallerde mümkündür.¹²⁹ Bu hallerde duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.¹³⁰ Bir durumun genel ahlaka ya da kamu güvenliği sebebiyle duruşmanın kapatılmasını gerektirip gerektirmediği mahkemece takdir edilir.¹³¹ Açıklığın kaldırılması istemine ilişkin verilecek karar, istem üzerine ya da resen uygun görülürse kapalı duruşma da verilir.¹³² Ancak duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli kararlar hüküm açık duruşmada açıklanır.¹³³ Açıklığın kaldırılması kararı nedenleriyle birlikte tutanağa geçirilir.¹³⁴ Ancak aleniyetin kaldırılması talebiyle veya mahkemenin resen bu konuyu ele alması halinde var sayılan bir taleple tali ceza davası açılmış olur.¹³⁵ Bu tali ceza davasına ilişkin duruşmanın aleni yapılması ve aleniyetin kaldırılmasına ilişkin gerekçeli kararın aleni duruşmada okunması aleniyetin kaldırılmasını anlamsız hale getirebilir.¹³⁶

Çocukların korunması da duruşmanın kapalılığını gerektirmektedir.¹³⁷ CMK'nın 185. maddesine göre sanık on sekiz yaşını doldurmuş ise duruşma kapalı yapılır, hükümde kapalı duruşmada açıklanır. Zorunlu kapalılık olarak adlandırılan bu halde mahkemenin kapalılık

¹²⁷ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2008, s. 343.

¹²⁸ İnceoğlu, s. 343.

¹²⁹ Centel, Zafer, s. 646.

¹³⁰ Centel, Zafer, s. 646.

¹³¹ Centel, Zafer, s. 646.

¹³² Centel, Zafer, s. 646.

¹³³ Centel, Zafer, s. 646.

¹³⁴ Centel, Zafer, s. 646.

¹³⁵ Centel, Zafer, s. 646.

¹³⁶ Centel, Zafer, s. 647.

¹³⁷ Toroslu, Feyzioğlu, s. 285.

kararı konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır.¹³⁸ Sanığın duruşma devam ederken onsekiz yaşını tamamlaması halinde tekrar aleniyete dönülecektir.¹³⁹

Doğrudan doğruya aleniyetin kaldırıldığı yani mahkeme salonuna dinleyici alınmasının yasaklandığı hallerde dolaylı aleniyet de kaldırılarak duruşmanın kamuya aktarılması konusunda yayın yasağı kabul edilmiş olmaktadır.¹⁴⁰ Kapalı duruşmanın içeriği de hiçbir iletişim aracıyla yayınlanamaz.¹⁴¹

4. Açık Duruşmanın İçeriğinin Kısmen ya da Tamamen Yayınlanmasının Yasaklanması

Duruşmanın kamuya açıklığı ilkesi sadece duruşma salonunda değil, keşif mahallerinde veya örneğin tanığın ifadesinin istinabe yoluyla veya naip hakim tarafından alınması durumunda da geçerlidir.¹⁴² Tarafların bu ilkedен vazgeçmeleri mümkün değildir.¹⁴³

Duruşma kamuya açık yapılmakla birlikte, dinleyiciler tarafından duruşma içeriğinin kamuya yayılması yasaklanabilir.¹⁴⁴ Açık duruşmanın içeriği milli güvenliğe veya genel ahlaka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak ve suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise mahkeme bunları önlemek amacıyla ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada bildirir.¹⁴⁵

Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri de duruşmanın düzen ve disiplinini bozan sözlü veya yazılı beyan ve davranışlar ile mahkemeye, mahkeme başkanı ve üyelerden herhangi birine, Cumhuriyet Savcısı-na, tutanak katibine veya görevlilere tahkir ve hakaret oluşturan söz ve davranışlar hakkından yayım yasağı koyabilirler.¹⁴⁶

¹³⁸ Centel, Zafer, s.647.

¹³⁹ Centel, Zafer, s.647.

¹⁴⁰ Centel, Zafer, s.647.

¹⁴¹ Centel, Zafer, s.647.

¹⁴² Centel, Zafer, s. 645.

¹⁴³ Centel, Zafer, s. 645.

¹⁴⁴ Centel, Zafer, s.645.

¹⁴⁵ Centel, Zafer, s.647.

¹⁴⁶ Centel, Zafer, s.648.

Açık duruşma içeriğinin yayınlanabilmesi aleniyet gereği mümkündür, Anayasa'nın 28. maddesinde yer alan "basın hürdür" ifadeyle bu husus açıkça ifade edilmiştir.¹⁴⁷ Ancak basın özgürlüğünün Anayasa'da belirtilen amaçlarla kanun tarafından sınırlandırılması mümkündür.¹⁴⁸ Bu amaçlar arasında "yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi" de bulunmaktadır.¹⁴⁹

Aleniyet ilkesi bazen zararlı sonuçlara da neden olabileceği için mutlak değildir.¹⁵⁰ Kimi hallerde bazı kişilerin duruşmada bulunmasına belli kayıt ve şartlarda izin verilmeyebilir.¹⁵¹ İsteyenin duruşmada hazır bulunması ve yapılanları görmesi olan aleniyet aynı zamanda söylenenlerin işitilmesi ve gösterilenlerin görülmesidir.¹⁵²

Açıklık görülen ve duyulanların başkalarına yayılabilemesini de gerektirmektedir.¹⁵³ Dolayısıyla açık duruşmada olup bitenlerin yayınlanması serbest olmalıdır.¹⁵⁴ Anayasa basın özgürlüğünün yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırabileceğini kabul etmiştir. (mad. 28/3) Basın Kanunu görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar bu dava ile ilgili hakim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayınlamayı yasaklamaktadır. (mad. 19/2) Yargıçların etki altında kalmalarını önlemeye yönelik bu hüküm açıklık ilkesine aykırı değildir.¹⁵⁵ Çünkü düzenleme ile yargıç ve mahkeme işlemlerini yayınlamak değil bunlar hakkında mütalaa yayımlamak yasaklanmaktadır.¹⁵⁶

Duruşmanın açıklığı ilkesinin ihlal edilmesi hukuka kesin aykırılık nedenidir ve bozmayı gerektirir.¹⁵⁷ Ancak kapalı yapılması gerekenin bir duruşmanın açık yapılması verilen son kararın bozulmasını gerektirmez.¹⁵⁸

¹⁴⁷ Yokuş Sevik, s. 758.

¹⁴⁸ Yokuş Sevik, s. 758.

¹⁴⁹ Yokuş Sevik, s. 758.

¹⁵⁰ Yokuş Sevik, s. 753.

¹⁵¹ Yokuş Sevik, s. 750.

¹⁵² Yokuş Sevik, s. 751.

¹⁵³ Toroslu, Feyzioğlu, s. 285.

¹⁵⁴ Toroslu, Feyzioğlu, s. 286.

¹⁵⁵ Toroslu, Feyzioğlu, s. 286.

¹⁵⁶ Toroslu, Feyzioğlu, s. 286.

¹⁵⁷ Toroslu, Feyzioğlu, s. 286.

¹⁵⁸ Toroslu, Feyzioğlu, s. 286.

5. Ses ve Görüntü Alıcı Aletlerin Kullanılması Yasağı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 183. maddesindeki adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılması yasaklanması düzenlenmiştir.

Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit olunca kadar suçsuz sayılmaktadır. Hukuk devletinin bir gereği olan bu ilke nedeniyle bir kimsenin suçluluğu kesinleşmiş bir yargı kararıyla ispat edilinceye kadar o kişinin suçsuzluğu varsayılmaktadır.¹⁵⁹ İlke ceza muhakemesinin birçok ilke ve kurumu ile ilişkilidir ve bunları etkilemektedir.¹⁶⁰ Kişinin lekelenmeme hakkının korunması amacıyla adliye binası içinde ya da dışında yapılan adli işlemler esnasında ses ve görüntü alıcı ve nakledici aletlerin kullanılması yasaklanmıştır.¹⁶¹ Suçsuzluk karinesi sadece polis, jandarma, savcı ve mahkemeyi değil, bütün kamu görevlilerini ve Devlet kurumlarını bağlamaktadır.¹⁶² Basın ve yayın organları da suçsuzluk karinesine uymak zorundadır.¹⁶³

Düzenleme sanığın, tanığın ve yargıcın psikolojisinin etkilenmesini önlemek amacıyla getirilmiştir.¹⁶⁴ Yasak adliye içinde ve dışındaki tüm adli işlemleri kapsamaktadır. Ancak tanık ve bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla dinlenebildiği, sanığın istinabe yoluyla sorguya çekilebildiği durumlarda aynı anda sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle bunların dinlenebilmeleri ve sorguya çekilebilmeleri olanağı bulunduğu bu yöntem ile tanık ve bilirkişinin ifadesinin alınması veya sanığın sorgusunun yapılması mümkündür.¹⁶⁵

Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda (CMUK) duruşmada ses ve görüntü kaydının yapılıp yapılamayacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. 378. maddenin birinci fıkrasındaki

¹⁵⁹ Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2009, Ankara, s. 22.

¹⁶⁰ Ünver, Hakeri, s.22.

¹⁶¹ Ünver, Hakeri, s.22.

¹⁶² Ünver, Hakeri, s.22.

¹⁶³ Ünver, Hakeri, s.48.

¹⁶⁴ Toroslu, Feyzioğlu, s. 284.

¹⁶⁵ Toroslu, Feyzioğlu, s. 284.

“Duruşma disiplinini bozan her kişiyi başkan muhakeme salonundan çıkarabilir” hükmünden hareketle medya mensuplarının duruşmada ses ve görüntü kaydetmesine izin verilmesi mahkeme başkanının yetki-sindeydi.¹⁶⁶ Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda ise konu ile ilgili açık bir hüküm konulmuş, CMK 180/5 ve 196/4 maddelerindeki durumlar hariç adliye binası içinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü ses ve görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılması yasaklanmıştır.

Haberleşmenin özgür olması ceza yargılamasını etkilemek ya da sanık haklarını ihlal etmek gibi bir hak ve özgürlük ihlali sonucunu doğurmamaktadır.¹⁶⁷ Günümüzde bireylerin taleplerine uygun olarak medya suç haberlerine yoğun ilgi göstermektedir.¹⁶⁸ Ancak her ne kadar yargılama organlarının faaliyetlerini haber yapması medyanın işlevleri arasında olsa da bu birtakım tehlikeleri de barındırmaktadır.¹⁶⁹ Bu tehlikelerin içinde sadece kişilik haklarının ihlali değil, yargılamanın dürüstlüğüne etkilenmesi de bulunmaktadır.¹⁷⁰ Sanığın ve mağdurun hakları ihlal edilmeksizin yapılan yargılama dürüst yargılamadır.¹⁷¹ Medya ise önyargılı bir kamuoyu oluşturmak suretiyle taraflı yayınlarla mahkemenin tarafsızlığını bertaraf edebilmekte, yargıçları etkisi altına alabilmekte ve masumiyet karinesini suçluluk karinesine dönüştürebilmektedir.¹⁷² Karşılaştırmalı hukukta yargıçların taraflı medyadan etkilenme hususunda meslekten olup olmama ölçütü benimsenmiş, jüri sistemini benimsemiş ülkelerde meslekten olmayan yargıçların taraflı medyadan etkilendikleri meslekten olanların ise tarafsızlıklarını korudukları ileri sürülmüştür.¹⁷³ Türkiye’de sadece meslekten yargıçların görev yaptıkları göz önüne alındığında medyadan etkilenme ihtimali azalsa da adaleti sağlamak için tüm önlemlerin alınması gereklidir.¹⁷⁴

¹⁶⁶ Nur Centel, *“Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü”*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:49, S:3, s. 59.

¹⁶⁷ Centel, s. 58.

¹⁶⁸ Centel, s. 58.

¹⁶⁹ Centel, s. 58.

¹⁷⁰ Centel, s. 58.

¹⁷¹ Centel, s. 59.

¹⁷² Centel, s. 59.

¹⁷³ Centel, s. 59.

¹⁷⁴ Centel, s. 59.

Duruşmada ses ve görüntülü alet kullanılmasına izin verilmesi; birçok kişi tarafından dinlenildiğini ve izlendiğini bilen dava sujuelerinin üzerinde psikolojik baskıya neden olmaktadır, bu baskı sonucu sujueler kendilerini oyuncu gibi hissederek muhakemenin akışını ve maddi gerçeğin bulunmasını olumsuz etkileyebilmektedir.¹⁷⁵

Masumluk karinesi sadece adli makamları değil medyayı da bağlamaktadır.¹⁷⁶ Medya mahkemeden önce sanığı yargılayıp hüküm vermemelidir.¹⁷⁷ Mahkemelerin hiçbir önyargıya sahip olmaksızın yargılama yapabilmesi için medyadan beklenen suç haberlerinin abartılmadan verilmesi, masumluk karinesinden yararlanan sanığın mahkeme kararından önce kamuoyunda mahkum edilmemesi ve beraat eden sanığın suçlandığı ile aynı yoğunlukta yayın yapılarak kamuoyunda da beraatinin sağlanması gereklidir.¹⁷⁸

Ceza adaleti ve haberleşme özgürlüğü arasındaki ilişki gerek hukuki gerekse siyasi açıdan zorluk teşkil etmektedir.¹⁷⁹ En önemli nokta basının suç haberi verirken ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulmak ve sanık haklarını korumak gibi işlevlerine zarar vermemesidir.¹⁸⁰ Hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerinde kapsamlı, önyargı oluşturabilecek tarzda haberler verilmemeli, sanığın sosyal, mesleki ve kişisel yaşamı ihlal edilmemelidir.¹⁸¹

Yargı haberleri konusunda haberci hukukla bağlı olmak hususunda azami özen göstermelidir.¹⁸² Ceza muhakemesi, infaz hukuku kuralları ve ilkeleri esas olarak insanlık onurunu korumayı hedeflemektedir.¹⁸³ Görülmekte olan bir dava da davaya bakan hakim tarafızsızlığını korumak için kamuoyunda oluşan önyargılardan kendisini uzak tutma sorumluluğunu medya da paylaşmalıdır.¹⁸⁴ Henüz kesinleşmemiş kararlara ilişkin haber verirken medya amacı aşan ifadeler-

¹⁷⁵ Centel, s. 63.

¹⁷⁶ Centel, s. 71.

¹⁷⁷ Centel, s. 71.

¹⁷⁸ Centel, s. 71.

¹⁷⁹ Christian Alexander Neuling, "Ceza Adaleti ve Medya Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa Adli Şusma Yükümlülüğü mü?", Çeviren: Yener Ünver, in: Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ocak 2007, s. 225.

¹⁸⁰ Neuling, s. 225.

¹⁸¹ Neuling, s. 226.

¹⁸² Eylem Ümit Atılğan, "Yargı Haberleri ", in: Televizyon Haberciliğinde Etik, Ed: Bülent Çaplı, Hakan Tuncel, Fersa Matbaacılık, Ankara, 2010, s. 269.

¹⁸³ Ümit Atılğan, s. 269.

¹⁸⁴ Ümit Atılğan, s. 282.

den kaçınmalı, yargılama makamlarını hedef gösteren, suçlayıcı, şüphe ve şaibe uyandıran ifadeleri kullanmamalıdır.¹⁸⁵ Yargılama aşamasında yargılamayı yapan hakim ve savcılarının resim ve görüntülerinin kamuoyuna sunulmasında hiçbir kamu yararı bulunmadığı hallerde kimlik bilgilerinin ve resimlerinin medyada yer almasının tarafsızlıkla ilgili kaygıyı arttırması ve etkiye açık bir hal yaratması mümkündür.¹⁸⁶ Yargıçların da birer birey olduğu ve medyayı takip ettiği göz önüne alındığında kamuoyundan etkilenmemek için geliştirdikleri direnç zorlanmamalıdır.¹⁸⁷

SONUÇ

Haberleşme özgürlüğü; basın hürriyetinin yanında, radyo, film ve internet özgürlüklerini de içine almaktadır. Haber, düşünce ve kanıların kitle iletişim araçlarıyla alınmasını ve yayılmasıdır. Bunun yanında çağdaş yaşamın bir parçası olan haber, düşünce ve kanıların okunması, dinlenmesi ve izlenmesini de içermektedir. Haberleşme özgürlüğünün temel ögesi niteliğinde olan haklar; haber, düşünce ve kanıları serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı, düşünce ve kanıları serbestçe açıklayabilmek hakkı ile haber düşünce ve kanıları serbestçe yayabilmek hakkıdır. Kolektif bir özgürlük olan haberleşme hürriyeti sosyal bir hak niteliğindedir. Devlet hakkın pasif sujesini oluşturmakta, hakka sahip olanlar hakkın korunmasını yanı sıra hakkın kullanılması için olanaklar sağlanmasını devletten talep edebilmektedir.

Ceza muhakemesi faaliyeti sırasında sanık başta olmak üzere muhakemeye katılan herkesin haklarına saygı gösterilmelidir, aksi bir durum bu faaliyetlerin bireylerin haklarına suçtan daha fazla zarar vermesine ve toplumun zarar görmesine neden olabilmektedir. Hukuk devletinin insan hakları ihlali olmaksızın suç ve suçlulukla mücadele etmesi ve maddi gerçeğe ulaşması esastır.

Haberleşmenin özgür olması ceza yargılamasını etkilemek ya da sanık haklarını ihlal etmek gibi diğer hak ve özgürlüklere saygı gösterilmemesi sonucunu doğurmamalıdır. Önyargılı bir kamuoyu oluşturulmamalı, yargılama makamlarının tarafsızlığını etkileyecek şekilde haber verilmemeli ve masumiyet karinesi ihlal edilmemelidir.

¹⁸⁵ Ümit Atılğan, s. 282.

¹⁸⁶ Ümit Atılğan, s. 283.

¹⁸⁷ Ümit Atılğan, s. 283.

KAYNAKLAR

- ABADAN, Nermin, Basın ve Haberleşme Hürriyeti, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri , 9-11 Aralık 1968, Ankara, 1970.
- CENTEL, Nur, “*Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:49, S:3, s. 57-72.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- DİESBACH, Volker, “*The Concept of Freedom of Information In International Guarantees of Human Rights*”, Law and State, Vol:19, 1979, s. 98-107.
- DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- DÖNMEZER, Sulhi, Basın ve Hukuku, İstanbul, 1976.
- ENCABO, Manuel Nunez, “*Ethics of Journalism and Democracy*”, European Journal of Communication, C:10, S:4, 1995, s. 513-526.
- ERDOĞAN, İrfan, İletişim Egemenlik Mücadeleye Giriş, İmge Yayınevi, Ankara, 1997.
- FINKELNBURG, Klaus, “*Demokraside İfade Özgürlüğü*”, Çeviren: Nihat Ülner, in: Düşünce Özgürlüğü, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 196-204.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi), Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GÜRİZ, Adnan, “*İfade Hürriyetinin Sınırları*”, in: Düşünce Özgürlüğü, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 82-86.
- HACIKADİROĞLU, Vehbi, “*Bilginin Sağladığı Özgürlük*”, in: Düşünce Özgürlüğü, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 27-33.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki, *"Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı"*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C:2, S:2, Ekim 1994.
- İŞIKLI, Alpaslan, *"Demokratikleşmenin Sınırlılıkları"*, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C:16, S: 144, s. 4-13
- İÇEL, Kayıhan, ÜNVER, Yener, *Kitle Haberleşme Hukuku*, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2009.
- İNAM, AHMET, *"Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye.."*, in: *Düşünce Özgürlüğü*, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 37-46.
- İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2008.
- KARAKEHYA, Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Bağlamında Duruşma*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref, *Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- KUÇURADİ, İoanna, *"Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?"*, in: *Düşünce Özgürlüğü*, Editör: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 17-26.
- NEULİNG, Christian Alexander, *"Ceza Adaleti ve Medya Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa Adli Susma Yükümlülüğü mü?"*, Çeviren: Yener Ünver, in: *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 225- 232.
- SUNAY, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Avrupa Komisyonu Yayınları, Ankara, 2001.
- TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009.
- TOROSLU, Nevzat, FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009.
- ÖNER, Necati, *İnsan Hürriyeti*, Vadi Yayınları, Ankara, 1995.

- ÖZEK, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul, 1978.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2007.
- QUALTER, H. Terence, *“Propaganda Teorisi ve Propagandanın Gelişimi”*, Çeviren: Ünsal Oskay, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: XXXV, S: 1-4, 1980, s. 255-307.
- ÜMİT ATILGAN, Eylem, *“Yargı Haberleri”*, in: Televizyon Haberciliğinde Etik, Ed: Bülent Çaplı, Hakan Tuncel, Fersa Matbaacılık, Ankara, 2010, s. 269-291.
- ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- YOKUŞ Sevük, Handan, *“Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 747-764.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- ZAFER, Hamide, *“Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”*, Prof. Dr. Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 751-774.

İDARİ İŞLEMDE BAŞVURU YOLLARININ GÖSTERİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

OBLIGATION OF INDICATION OF THE REMEDIES FOR ADMINISTRATIVE ACT

Yeliz ŞANLI ATAY*

Özet : 1982 Anayasası'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve yönetsel bir temel hak kuralı olan başvuru yollarının gösterilmesi, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir Anayasa kuralıdır. Hak arama özgürlüğü ve idarenin yargısal denetiminin etkili bir şekilde yaşama geçirilebilmesi bakımından önemli bir işleve sahip olan bu kuralın, dava açma süresi bakımından hukuki sonuç doğurur nitelikte kabulü, idarenin kurala uygun davranma yükümlülüğünü sağlayabilir nitelikte olabilir.

Anahtar Sözcükler: Anayasa kuralının doğrudan uygulanabilirliği, idari işlem, başvuru yollarının gösterilmesi, dava açma süresi.

Abstract : A procedural fundamental right, the administration's obligation of indication of the remedies, is regulated in the article 40/2 of the 1982 Turkish Constitution and it is a constitutional rule that can be immediate application. If this rule, which is functional for right to a tribunal, and the judicial review of the administration effectively is accepted as a judicially conclusive on time limits to bring an action, it may guarantee that the administration would comply with this rule.

Keywords : Immediate applicability of a constitutional rule, administrative act, indication of remedies, time limits to bring an action.

İdari işlem, ilgilinin rızasını gerektirmeksizin, idarenin hukuk düzeninde sonuç doğuran irade açıklamasıdır. İdarenin hukuka uygunluğu, yargısal denetim, yani iptal davası yoluyla sağlanır. Ne var ki, idarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasının odak noktasını oluşturduğu yargısal denetimin etkinliği de bu denetimi harekete geçirecek olan bireylerin, mevcut toplumsal formasyonda hukuk bilgisi tekelerini aşabilir olmasına bağlıdır. İdari işlemde başvuru yollarının gösterilmesi ilkesinin önemi, idari işlemle hak ve yükümlülükleri etkilenen bireylere, hukuk sisteminin karmaşık labirentlerini aşabilme olanağını sağ-

* Dr., Asistan, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü.

lamasıdır. Hak arama özgürlüğü, minimum düzeyde başvuru hakkı ve başvuru hakkının tanınmasını içermekle birlikte,¹ başvuru hakkının etkin biçimde kullanımı, hakkın kullanımına ilişkin hukuki koşulların bilinebilirliği ile ilgilidir. Dolayısıyla, başvuru yollarının gösterilmesi, idarenin hukuka uygunluk denetiminin etkili şekilde gerçekleştirilmesi ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasına yönelik olarak bireylere doğrudan güvence sağlar niteliği ile saptanmalıdır.

Başvuru yollarının gösterilmesi, gerek Avrupa Konseyi kaynaklı metinler, gerek, kapsamına aldığı işlemler ve başvuru yollarının niteliği ile uyulmaması durumunda öngörülen hukuki yaptırım değişimle birlikte, çeşitli idari usul yasaları açısından yerleşik bir ilkedir.² Bununla birlikte, ilkenin en genel içeriğini tespit etmek açısından, Avrupa Konseyi kararları işlevseldir.³

Avrupa Konseyi bünyesinde, ilkenin ilk ve ayrıntılı olarak düzenlendiği metin, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari İşlemler Karşısında Bireyin Korunmasına İlişkin 77(31) sayılı kararıdır.⁴ Kararın, "Dinlenilme hakkı", "Bilgi kaynaklarına giriş", "Hukuki yardım ve temsil", "Yönetmelik işlemlerin gerekçeli olması" ilkelerinden sonra, beşinci ilkesi, "Başvuru yollarının gösterilmesi"dir. Karar, tavsiye niteliğinde olmakla birlikte, idari işlemin yapılış sürecinde, bireyin korunmasına

¹ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2002, s.163.

² Celine Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative: étude de science administrative comparée*, PUF, Paris 1975, s.77. Basım tarihi eski bir çalışmaya atıf yapmamızın nedeni, ilkenin, henüz o tarihte yerleşik bir ilke olarak tespit edildiğini saptamak içindir. Ayrıca, İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Hakkında 26 Kasım 1992 tarihli Kanun (m.89/3), İtalya İdari Usuller ve Belgelere Ulaşma Hakkı Kanunu (m.3/4), Avusturya Genel İdari Usul Kanunu (m.58/1), İsviçre Federal İdari Usul Kanunu (m.35) ve Alman İdari Usul Kanunu'nda (m.73/5) yer alan düzenlemeler için bkz., Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 213-214 ve İsviçre Federal İdari Usul Kanunu'nda yer alan düzenleme için bkz., Metin Kıratlı, "İsviçre'de İdari Usul Kodifikasyonu", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1973, C.6, S.2, s.55.

³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından alınan tavsiye kararlarının, Danıştay tarafından, gerekçenin desteklenmesinde "nadiren de olsa" kullanıldığı (Örn. DİDDGK, E.1995/769, K.1997/525, k.t.17.10.1997; D.10.D., E.2000/936, K.2002/4487, k.t.20.11.2002) belirtilmektedir. "İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 Sayılı Tavsiye Kararı", Ç. Onur Karahanoğulları, *Danıştay Dergisi*, Ankara 2007, Y.37, S.116, s.1, Çevirmen'in Notu.

⁴ Kararın Türkçe'de iki çevirisi mevcuttur: İlki için bkz., "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", Ç. İhsan Kuntbay, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1978, C.11, S.4, s. 3-11 ve Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE, Ankara 1983, s.191-199. Bu yazıda, ikinci çeviri temel alınmıştır.

ilişkin genel ilkeleri ifade etmesi bakımından önemlidir.⁵ Buna göre, “İşleme Karşı Başvurma Yollarının Belirtilmesi” ilkesi, “Yazılı olarak bildirilen yönetsel işlem ilgilinin haklarını, özgürlüklerini ya da yararlarını zedeler nitelikte ise, olağan başvuru yollarını ve başvuru sürelerini de gösterir” şeklindedir. İlkenin yorumunda, gerekçe ilkesini tamamlayıcı nitelikteki bu ilkenin, “ilgilinin haklarının korunmasını gerçekleştirme amacıyla” öngörülmekte olduğu ve başvuru yollarının belirtilmesinin, başvuru için gerekli bilgileri, başvuruyu kabule yetkili organı ve başvuru sürecini kapsamaması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı içerik, Bakanlar Komitesi tarafından alınan Çok sayıda Kişiyi Etkileyen İdari Usule İlişkin R(87)16 sayılı Tavsiye Kararı (*Recommendation No. R (87) 16 of the committee of ministers to member states on administrative procedures affecting a large number of persons*), Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Avrupa İyi İdari İşleyiş Yasası (*The European Code of Good Administrative Behaviour*) ve Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 sayılı Tavsiye Kararı’nda da tekrar edilmektedir. Bu halde, başvuru yollarının gösterilmesi ilkesinin, Avrupa Konseyi’nce belirlenen ve üye devletler tarafından uyulması beklenen idare hukuku genel ilkeleri arasında yer aldığı belirtilmelidir.⁶

İdari işlemde başvuru yollarının gösterilmesi, idari işleme karşı başvuru hakkını kullanacak olan ilgilinin, ne şekilde hareket etmesi gerektiği bilgisinin, idare tarafından ilgiliye bildirilmesidir. Her ne kadar ilk unsurla –başvuru yolları– kavramlaştırılmış olsa da, salt idari işleme karşı başvurulabilecek yolları değil, başvuru mercileri ve sürelerinin de belirtilmesi gerekliliğini içerir. Türk hukukunda, başvuru yollarının gösterilmesi, bazı yasal düzenlemeler hariç,⁷ genel yasa ku-

⁵ Bu genelliğin, ilkeler bakımından olduğu kadar, ilkelerin içeriği bakımından da geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. Zira, Bakanlar Komitesi, kararın amacının, tüm üye devletlerin idari usulüne ilişkin mevzuatı açısından geçerli olacak kuralların belirlenmesi değil, üye devletlerin mevzuat ve uygulamalarında belli ilkelerin genel olarak tanınmasını sağlamak olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, “ilkelerin yazılışında da genel anlatım kullanılarak yönetimin yükümlü olacağı ödevlerin ayrıntıları değil, fakat bireyle yönetim arasındaki ilişkilerde hakkaniyetin sağlanması araçları üzerinde durulmuştur”.

⁶ Nitekim, ilke, Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan uzmanlar kurulu tarafından, idare hukukunun genel ilkelerini ifade etmek amacıyla hazırlanan “İdare ve Siz” kitapçığının “Usule İlişkin İlkeler” kısmında, “Bildirim, Sebepin Açıklanması ve Başvuru Yollarının Gösterilmesi” başlığı ile yer almaktadır. “İdare ve Siz”, Ç. N.K. Ergani, *Danıştay Dergisi*, Ankara 2009, Y.39, S.122, s.9-41.

⁷ Örneğin, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 12. maddesine göre, “(...) Başvurunun reddedilmesi halinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir”.

ralı halini almamış olmamakla birlikte, 1982 Anayasası'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bir Anayasa kuralıdır. Anayasa'nın 40. maddesine 2001 yılında eklenen ikinci fıkraya göre "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" (Ek: 03.10.2001-4709). Konu, Anayasa kuralının doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı ve ilkenin kapsamı ile idari işlemin hukuki rejimi açısından doğurabileceği sonuçlar bakımından ele alınacaktır.

Anayasa Kurallarının Doğrudan Uygulanabilirliği

Doğrudan uygulanma, bir hukuk normunun, daha alt düzeyde bir düzenlemeye gerek olmaksızın hukuki sonuç doğurur nitelikte olmasıdır.⁸ Anayasa kurallarının doğrudan uygulanabilirliği, ilki, Anayasa kurallarının "bağlayıcılığı ve üstünlüğü" ilkesi ve ikincisi, Anayasa kurallarının normlar hiyerarşisinde yer alan diğer kurallar ile ilişkisi temel alınarak verilen, iki farklı yanıtla karşılanmaktadır: İlk görüş açısından, Anayasa kuralları, Anayasada ifadesini bulan ve "Anayasa hükümleri; yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır" şeklindeki "Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkesi nedeniyle, kişileri de bağlayan ve doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kuralları niteliğindedir.⁹ İkinci görüşe göre ise, bağlayıcılıktan farklı bir kavram olarak doğrudan uygulanabilirlik,¹⁰ her hukuk normunun, ayrılmaz niteliği olmadığı gibi, normlar hiyerarşisi ile cisimleşen bir hukuk düzeninde de, soyut ve genel nitelikteki hukuk kurallarının uygulanabilmeleri, alt derecedeki hukuk normları ile sağlanır ve "kuralların üstünlük sıralaması ile uygulama sıralaması, ters orantılı"dır.¹¹ Nitekim, Anayasa ve yasa ilişkisi açısından yapılan kavramlaştırma, Anayasanın yasalarla uygulandığı ve Anayasa kurallarının, ilke olarak, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı şeklindedir.

⁸ Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, A.Ü.S.B.F İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.53; İl Han Özay, "Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2002, S.19, s.279.

⁹ Ernest Hirsch, "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", *Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler*, TBB Yayınları, Ankara 1971, s.12.

¹⁰ Akıllıoğlu, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s.56-57. Buna göre, "üstünlük", "... pozitif hukuka ilişkin, yönlendirici bir ilkedir. Bütün kuralların yönlendirici temel norma uyma gereğini anlatmaktadır" şeklinde ve "bağlayıcılık", "kuralların gerektiği gibi uygulanması, (...) uygulama sorunlarına ilişkin bir kavram" olarak açıklanmaktadır. *Ibid.*, 43, 48.

¹¹ *Ibid.*, s.53.

İdarenin hukuka uygunluk sınırının belirlenmesi, farklı kategorileri oluşturan hukuk kurallarının, etkileri ve birbirleri ile olan ilişkisi temelinde değerlendirilmesini gerekli kılar.¹² Bu bakımdan, idarenin yasallığı ilkesinin, idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından kilit önemde ve Anayasal kural niteliğinde olduğu bir hukuk düzeninde, Anayasa kurallarının doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı sorusu önem taşır. İdarenin yasallığı (kanuni idare), 1982 Anayasası'nın, yürütme yetkisi ve görevinin, kanunlara uygun olarak kullanılacağını ve yerine getirileceğini belirten 8. maddesi ile idarenin kuruluş ve görevlerinin bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini belirten 123. maddesinin doğrudan sonucu olan Anayasal bir ilkedir. Nitekim, Türk idare hukukunda, *"kanunun olmadığı yerde idarenin de olamayacağı"* şeklinde ifade edilen ilke, idari faaliyetin, sadece yasaya aykırı olmamasını değil, yasal dayanağa sahip ve yasaya uygun olması gerekliliğini de anlatır. Diğer yandan, yasallık ilkesinin, Anayasa ve hukukun genel ilkelerini de kapsayan ve hukuka uygunluk şeklindeki geniş anlamda kullanımının,¹³ doğrudan uygulanabilirlik sorusuna yanıt verdiği düşünülebilir. İdarenin hukuka uygunluğu, salt dar anlamda yasa değil, bütün hukuk kurallarına ve hukukun genel ilkelerine uygunluk anlamına gelmekle birlikte,¹⁴ yasallık ilkesinin geniş anlamda kullanımı, kuralların etki dereceleri ve uygulanma sırasının belirlenmesi bakımından doğrudan bir sonuca sahip değildir.

Bu noktada, Anayasa kurallarının doğrudan uygulanabilirliği sorunu, bir yasa kuralının mevcut olmaması veya yasa da açık kural bulunmaması ve mevcut yasanın Anayasaya aykırı olması durumları açısından tartışılmakla birlikte, *"gerçek anlamda bir doğrudan uygulama"*nın, yasa kuralının mevcut olmaması haline özgü veya doğrudan uygulamanın, ancak yasa kuralı olmaması halinde mümkün olduğu görüşleri de mevcuttur.¹⁵ Gerçekten, Anayasa kuralının

¹² Ali Ülkü Azrak, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, İ.Ü. SBF Yayınları, İstanbul 1982, s.64.

¹³ Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s.88; Azrak, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, s.64.

¹⁴ Şeref Gözübüyük, *Yönetimsel Yargı*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 29. Bası, Ankara 2009, s.202.

¹⁵ İlk görüş için, Akıllıoğlu, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s.60 ve ikinci görüş için, Lütfi Duran, *"Anayasa, Kanun ve Hakimler"*, *Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi*, İstanbul 1970, Sayı 4'ten aktaran Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s.88.

doğrudan uygulanabilirliği, yasa kuralının olmaması durumuna özgülenerek, konuya ilişkin bir yasa olması durumunda ortaya çıkabilecek çeşitli olasılıklar Anayasa kuralının uygulanabilirliği sorunu altında ele alınabilir birlikte, *doğrudan* uygulanabilirlik kapsamında görülmeyebilir. Nitekim, bu olasılıklar arasında yer alan Anayasa uygun yorum ve ihmâl teknikleri,¹⁶ ancak mevcut bir yasanın varlığı halinde olanaklıdır.¹⁷ Bu nedenle, Anayasa kuralının *doğrudan* uygulanması, daha geniş bir kapsama sahip olan Anayasa kuralının uygulanmasının bir alt başlığı olarak düşünülebilir.

Bu halde, konuya ilişkin yasal bir düzenlemenin yokluğu halinde, söz konusu Anayasa kuralının, “açık, ayrıntılı ve kesin”,¹⁸ “somut” (“kendiliklerinden *doğrudan* uygulanabilecek kadar net”)¹⁹ ve “somut, özel, ayrıntılı, açık ve kesin”²⁰ olması durumunda, *doğrudan* uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, idari işlemin konusu bakımından da bir ayrıma gidilmektedir: Açık yasa hükmünü gerektiren

¹⁶ Nitekim, anayasaya uygun yorum, normlar hiyerarşisi ve anayasanın üstünlüğü ilkelerinin birlikte ele alınmasına dayanmaktadır: “Normlar hiyerarşisi ilkesine göre, üst basamaktaki norm alt basamaktakinin geçerlik nedeni (ratio scripta) olduğundan, somut olay nedeniyle yapılan norm kontrolünde alt normun üst norma uygunluğu varsayımından kalkılır. Anayasanın üstünlüğü ilkesi ise, alt basamaktaki normların anayasaya aykırı biçimde yorumlanması ve anayasanın sınırları dışında uygulanması yolunu kapalı tuttuğu için, anayasaya uygun yorum yapılması olanağı bulunmadığı takdirde alt normun geçersizliğinin hüküm altına alınması sürecine başvurulması gerekir”. A. Ülkü Azrak, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1993, S.9, s.336.

¹⁷ Nitekim, geleneksel yasa ekranı hipotezi (écran législatif), Anayasa ile idare yargıcı arasında varsaydığı yasa ekranı nedeniyle, bir idari işlemin, idare yargıcı tarafından Anayasaya uygunluğunun incelenmesini reddetmesine imkan verir. Louis Favureu, “La constitutionnalisation du droit”, *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris 1996, s.33. Fakat bu, ancak ekran oluşturacak bir yasanın varlığı halinde geçerlidir. Bununla birlikte, yasa ekranının, temel hak ve özgürlükler alanında “giderek kalktığı” (Azzrak, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s.339) ve yasanın temel ilkeleri belirlemeksizin, belirli tedbirleri alma konusunda basit bir yetkilendirme yapması durumunda, Anayasaya uyma yükümlülüğünün ortadan kalkmayacağı da ifade edilmektedir (René Chapus, *Droit administratif général*, T.1, Montchrestien, 15.E., Paris 2001, s.33; Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, Montchrestien, 10.E., Paris 2007, s.245). Nitekim, Fransız idare hukukunda, özerk düzenleme yetkisi nedeniyle ve çoğu durumda, yasanın bir ekran meydana getirmediği, zira Anayasa ile işlem arasında mevcut gerçek bir yasanın olmadığı belirtilmektedir ve yasa ekranının kalktığı tüm bu durumlar, “l'écran transparent” (saydam ekran) terimi ile karşılanmaktadır. Favureu, “La constitutionnalisation du droit”, s.33.

¹⁸ Akıllıoğlu, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s.53.

¹⁹ Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul 1990, s.327.

²⁰ Lütfü Duran, “Anayasa, Kanun ve Hakimler”, s.274-275.

“yasaklayıcı ya da hak kaybına yol açıcı” işlemlerin, yasa düzenlenmesi olmaksızın yapılması olanaklı değilken,²¹ Anayasa kuralının doğrudan uygulanabilirliği, özellikle temel hak kurallarına ilişkin olarak kabul edilmektedir.²² Zira, Anayasa kuralının konusu, temel hak kurallarına ilişkin ve yeterli açıklık ve kesinlikte ise, Anayasa kuralının uygulanmasının yasada açık kuralın varlığına bağlanması, hak ve özgürlükten yararlanma olanağını ortadan kaldırır.²³

Kuralın uygulanabilirliğinin diğer bir yönü, yargı yerleri ve idare bakımından özellik gösterip göstermediği sorusudur. Bu konuda, devlet organları arasında ayırım yapmayan görüşler olduğu gibi,²⁴ İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK), idari işlemin iptal nedeni olarak, “kanuna” değil, “hukuka” aykırılığı öngörmesi karşısında, idarenin yetkisini, yargı yerleri karşısında daha sınırlı gören²⁵ ya da Anayasaya uygun yorum işlevinin, hem idare yargıcı, hem de idare makamları bakımından geçerli olduğunu savunan²⁶ ya da tam tersine, Anayasaya aykırı bir yasa olması durumu halinde, yargıcın, yasayı kural olarak ihmal yetkisinin olmamasına karşılık, idarenin “uygulamadan kaçınmak”, “uygulayacağı kuralları belirlemek yetkisi” olduğunu dile getiren²⁷ görüş-

²¹ D.12.D., E.1969/2879, K.1970/1271, k.t.12.6.1969, *Danıştay Dergisi*, S.2, 1971, s.320. Akıllıoğlu, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s.59.

²² Buna karşılık Tanör, Anayasa kuralının doğrudan uygulanabilirliğini, insan haklarına yönelik “somut” Anayasal yasaklar bakımından da tartışmaktadır (Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 327). Yazar’a göre, “soyut yasaklar yasama organınca somutlaştırılmadıkça idare ve yargı tarafından doğrudan uygulanamazlar, bunların soyut karakteri ve “kanunla sınırlama” ilkesi buna engel”ken, somut yasaklar, “kendiliklerinden ve doğrudan uygulanabilecek kadar net olanlardır”. Bununla birlikte, Yazar, “Anayasadaki bu türden yasakların hemen hepsinin zaten yasalarda tekrarlanmış olması nedeniyle bunların fazla bir pratiği yoktur” açıklamasını da eklemektedir.

²³ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.295. Anayasa hukukunda “Yasama organının ihmali” (Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 293) ya da “parlamentonun hareketsizliği” (Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Yıl 5, Sayı 1-3, İstanbul 1984, s.33) olarak adlandırılan bu durum, salt Anayasa’da uygulanması yasaya bırakılan konular bakımından değil; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin taraf devletlere, kendi iç mevzuatlarında, sözleşmenin bütün kurallarının uygulanmasını sağlayacak değişiklikleri yapma yükümlüğü içeren 57. maddesi açısından olduğu gibi, yasama organınca düzenleme yapılmasının bir yükümlülük olarak görülebileceği durumlar bakımından da geçerli olarak ortaya çıkabilir. Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s.296.

²⁴ Hirsch, “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, s.6.

²⁵ Özay, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, s.276.

²⁶ Azrak, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s.336.

²⁷ Akıllıoğlu, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s.49, 56. Yazara göre, “yargıcın Anayasa Mahkemesi’ne gidilmesine olanak bulunmayan durumlarda üstünlük ilkesi uyarınca anayasaya aykırılık konusunda kendisinin karar vermesi gerektiği

ler de mevcuttur. Ne var ki bireylerin, idareden, açıkça Anayasada ifade edilmiş bir kurala uygun davranılmasını isteme hakkı olduğu gibi,²⁸ idarenin kullandığı yetkinin hukuka uygun olup olmadığı kararının da idari yargı yerleri tarafından verilebilecek olması karşısında, yargı yerleri ve idare arasında yapılan ayırım sorgulanabilir niteliktedir.

40. Maddenin İkinci Fıkrasının Doğrudan Uygulanabilir Niteliği

1982 Anayasası'nın 40. maddesi, "Temel haklar ve ödevler" başlıklı İkinci Kısım'ın, "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümü'nde, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlığı ile yer almaktadır. 40. maddenin ilk fıkrası, *Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğu şeklinde, temel hak ve özgürlüklere özgü, fakat belirli bir başvuru makamının olmaması açısından genel bir hüküm içermekte;*²⁹ maddenin son fıkrasında ise, *kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın, Devletçe tazmin edileceği kuralı yer almaktadır.* 40. maddeye 2001 yılında eklenen ikinci fıkraya göre de, *"Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır".*

Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan kuralların tümü, "hakların korunması ile ilgili hükümler" (m.36-40) ile birlikte hakların ve hak arama özgürlüğünün korunmasına ilişkin, yöntemsel (usuli) temel hak kurallardır.³⁰ Yöntemsel haklar, ilgililerin ve hak arama faaliyetinde yer alan kişilerin kullanabileceği haklar olup,³¹ salt yargı yerleri değil, idare makamları önünde de ileri sürülebilir niteliktedir.³² Bu halde, devletin, işlemlerinde başvuru yolları ve sürelerini belirtme yükümlülüğü, temel hakların korunması ve geniş anlamda hak arama özgürlüğü alanında yer alan yöntemsel ve koruyucu nitelikte bir hak niteliğindedir.³³

kabul edilmeli iken", 1982 Anayasası'nın 152/son hükmü, yargıcın ihmal yetkisini ortadan kaldırmaktadır ve "bu kuralın insan hakları ilkesi ile bağdaştığı söylenemez". Ibid., s.55.

²⁸ Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, s.88.

²⁹ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s.163.

³⁰ Akıllıoğlu, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s.88.

³¹ *Ibid.*, s.309-310.

³² *Ibid.*, s.89.

³³ Nitekim, Ek ikinci fıkranın gerekçesi, "Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağıntık mevzuat karşısında kanun yolu, mercü ve sürelerin belirtilmesi

40. maddenin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanabilirliği açısından ilk sorun, kuralda belirtilen koşulların, yasada yer almaması durumunda, yasanın Anayasaya aykırı olup olmadığı şeklinde ortaya çıkmıştır ve Anayasa Mahkemesi'ne göre, yasanın konuya ilişkin açık kural içermemesi, Anayasaya aykırılık oluşturmaz. Kararda, "Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun'da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir." denilerek, Anayasa kuralının doğrudan uygulanabilirliği sonucuna ulaşılmaktadır.³⁴

İkinci sorun ise, yasada yer alan, ilgili mercilere yöneltilecek ve usul ve esasları yönetmelikle belirlenecek itirazın, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olup olmadığı şeklinde ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, yasanın, ilgili mercilerin niteliği ve başvuru süresine ilişkin kural içermemesi Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Mahkeme'ye göre, "(...) devletin işlemlerine karşı hangi mercilere, hangi süreler içinde başvuracağını belirtmesi yasayla olabileceği gibi, yasanın verdiği yetkiye dayanarak yönetmelikle de olabilir. Anayasa'nın bu hükmü ile, Devlete verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerinin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara yönelik olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğünü içermemektedir. Dolayısıyla burada devletin işlemlerinde, hangi mercilere ve hangi süreler içinde başvurulacağını açıkça göstermesiyle ilgililerin yetkili makamlara süresini geçirmeden başvurarak hak arama özgürlüklerinin korunması amaçlanmaktadır".³⁵ Bu

hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir" şeklindedir. Ömer İzgi-Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara 2002, s.454.

³⁴ AYM., E.2004/84, K.2004/124, k.t.8.12.2004, RG: 2.12.2005/26011.

³⁵ AYM., E.2004/69, K.2009/6, k.t.8.1.2009, RG: 11.6.2009/27255. "Karşılıklı gerekçesine göre, "Bu durumda; iptali istenen madde hükmünde yer alan "ilgili mercilere" ibaresi, kontrol ve denetim sonuçlarına karşı hangi mercilere ve hangi sürelerde itiraz edilebileceği konusunda açık olmadığından Anayasa'nın 40. maddesine aykırıdır".

kararda, bir önceki karardan farklı olarak, *“hak arama özgürlüklerinin korunması amacı”* vurgulanmakla birlikte, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi yönünden yapılan Anayasaya aykırılık iddiası da reddedilmiştir.³⁶ Burada bir noktanın vurgulanması gerekir: Anayasa kuralının doğrudan uygulanabilirliği ile yasanın, başvuru yollarına ilişkin bir kural içermesi ve bu durumda, açık ve belirli olması gerekliliği ayrı konulardır. 40. maddenin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanabilirliği, itiraz hakkını öngören bir yasa kuralının açık ve belirli olması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Çünkü, bizzat madde hükmü, başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünü, ayırım yapmaksızın, *“devlet”* ve *“işlemleri”* bakımından, yani yasama organı açısından da öngörmektedir. Nitekim, yasama organı, Anayasa değişikliği sonrası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (HMUK) değişiklik yaparak³⁷ ve Anayasa değişikliği sonrası çıkarılan Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) aynı içerikteki düzenlemelere yer vererek,³⁸ başvuru yollarının, mercilerin ve sürelerin gösterilmesini, HMUK ve CMK açısından yasa kuralı haline getirmiştir. Diğer yandan, konuya ilişkin tüm esas ve usullerin idarenin kural koyucu işlemine bırakılması, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesini gündeme getirmelidir.

40. maddede yer alan kuralın doğrudan uygulanabilir olup olmadığı, Danıştay kararlarında da konu edilmiştir: Danıştay dördüncü dairesince, davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinin iptali ismiyle açılan davanın süre aşımı yönünden reddi şeklindeki ilk derece mahkemesi kararının temyiz incelemesinde, *“Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü”* ilkesi ile Anayasa’nın 36. ve 40. maddelerinin, başvuru yollarının gösterilmesini *“Anayasal zorunluluk”* olarak gerekli kıldığı ve bu zorunluluğa, Anayasanın bağlayıcılığı ilkesi sonucu, yasama,

³⁶ *“Anayasa’nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmektedir. Buna göre, ilgili mercilere itiraz edilebileceğine dair bir kural bulunmasa bile Anayasa ve yasalar gereğince ilgililerin kontrol ve denetim sonuçları hakkında yargı yoluna başvurma olanakları vardır. Bu durum karşısında, işyeri yetkililerine tanınan ilgili mercilere itiraz hakkının, yasayla düzenlenmesi ve itiraz hakkı için özel bir düzenleme yapılması gerekmez. Bu hakka ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle belirlenmesi, asli düzenleme yetkisinin devredilemezliği ilkesini ihlal etmediğinden Anayasa’nın 2. ve 40. maddelerine aykırı değildir”*.

³⁷ Bkz., HMUK, m.338/4. Kural, değişiklikten (5236/14, 26.9.2004) önce, mahkeme hükmüne ilişkin olarak *“kanun yolları”* ibaresini içerirken, mevcut hali *“hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi”* şeklindedir.

³⁸ Bkz., CMK, m.34/2, m.40/2, m.231/2, m.232/6 ve konuya ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı olarak, E.2007/3-9, K.2007/18, k.t.30.01.2007.

yürütme ve yargı organları, idare makamları ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü olduğu gerekçe kılınmakta ve bu gerekçe, “hukuk devleti” ile “belirlilik” ilkeleri ile desteklenmektedir. Bu çerçevede, kuralın doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı sorusuna olumlu yanıt verilmektedir: “(...) Kural olarak Anayasa hükümleri doğrudan uygulanacak hükümler olmayıp, Anayasada öngörülen düzenlemelere ilişkin olarak uygulama ile ilgili kanunların çıkarılması gerekir. Ancak Anayasanın ayrıntılı biçimde düzenlediği konularda uygulama kanunu çıkarılması gerekmediği gibi, mevcut kanunda Anayasaya uygunluğu sağlayacak değişiklik yapılması gerekiyorsa bu değişikliğin yapılması beklenilmeden ayrıntılı Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 8.12.2004 günlü ve E:2004/84, K:2004/124 sayılı kararında; “Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun’da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa’nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet’e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir.” açıklaması da Anayasanın sözkonusu 40 ncı maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanabilirliği konusuna açıklık getirmektedir. Bu nedenle, Anayasanın 40 ncı maddesinin ikinci fıkrası, ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olup, öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır. Buna göre; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmeleri zorunludur”.³⁹ Konuya ilişkin diğer Danıştay kararlarında da, “İdari işlemlere karşı başvuru yollarının son derece ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi ilgili kişiler bakımından sıkıntılar oluşturmakta, işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvuracağını bilinememesi birçok kez kişi bakımından mağduriyetlere yol açmaktadır. Bu durumda da kişilerin hak arama özgürlüğünün kısıtlanması, bununla birlikte

³⁹ D.4.D., E.2005/2134, K.2006/2156, k.t.13.11.2006, Danıştay Dergisi, Yıl 37, Sayı 115, 2007, s. 177-180.

hukuk devleti olmanın bir gereği olan idarenin denetiminin de engellenmesi sonucu doğmaktadır” denilerek, Anayasa kuralının, idare açısından bir yükümlülük anlamına geldiği vurgulanmaktadır.⁴⁰

Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğünün Kapsamı

Başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünün kapsamı, ilkin, kapsamına giren işlemler ve ikincisi, işlemlerde belirtilmesi gereken başvuru yollarının niteliği olmak üzere iki açıdan incelenebilir. Nitekim, 40. madde hükmünde geçen “devlet”in, “bütün kamu kuruluşlarını kapsayıp kapsamadığı”, “ilgili kişiler” ibaresinin genişliği, “kanun yolları ve mercileri”nin, davaları da içermekte olup olmadığı şeklindeki değerlendirmeler,⁴¹ sonuç olarak bu iki temel noktaya ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasa’nın, başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesini konu edinen 40. maddesinin ikinci fıkrası ile somut bir yükümlülük tesis edilmektedir. Yükümlülüğün öznesi, devlettir ve devletin bu yükümlülüğü, işlemleri bakımından geçerlidir. Bu nedenle, yükümlülüğün, hangi tür işlemleri kapsamakta olduğu sorusu, ancak, söz konusu işlemlerin niteliği ya da işlemlerin hukuk düzeninde doğurduğu sonuç temel alınarak yanıtlanabilir. Devlet iradesinin kurucu unsurunu oluşturduğu ve ilgililerin hak ve yükümlülükleri ile hukuki durumları üzerinde sonuç doğurur nitelikteki işlemler, 40. maddenin kapsamındadır ve yükümlülüğün konusunu, öncelikle idari işlem oluşturmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, “(...) Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet’e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerinin belirtilmesi zorunluluğu olup, (...)” şeklindeki gerekçesini, kamu hukuku işlemlerinin, maddi ölçüte göre ayrımı üzerinde kurmaktadır; zira, “...somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemler...”, genel ve soyut kural koyma, değiştirme ve kaldırma faaliyeti olarak yasa ve idarenin kural koyucu (düzenleyici) işlemlerini, yükümlülük kapsamı dışında bırakırken; genel ve soyut kuralların

⁴⁰ D.10.D., E.2005/1607, K.2007/2429, k.t.09.05.2007, *Danıştay Bilgi Bankası*; D.10.D., E.2006/2232, K.2007/6691, k.t.31.12.2007, *Danıştay Dergisi*, Yıl 38, Sayı 118, 2008, s. 335-338; D.10.D., E.2006/7298, K.2008/7138, k.t.27.10.2008, *Danıştay Dergisi*, Yıl 39, Sayı 120, 2009, s. 318-321.

⁴¹ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta, İstanbul 2009, s.377, 461.

belirli kişi ya da durumlara uygulanması olarak, birel idari işlem türüne işaret etmektedir.⁴²

Başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünün, hak arama özgürlüğünün korunmasına ilişkin bir kural olması, içerik ve kapsamının dar kapsamlı olarak anlaşılmasını engellemelidir. Bu açıdan vurgulanması gereken ilk nokta, “kanun yolları”nın, başvuru yolları olarak değerlendirilmesi gerekliliğidir. Bir hukuk usulü terimi olarak “kanun yolu”, davanın taraflarına tanınan, yargı yeri tarafından verilen ve yanlış olduğu iddia edilen bir kararın, yeniden bir yargı yeri önüne götürülmesini ifade eder.⁴³ Hakların korunmasına ilişkin bir kural, yanlış olarak verildiği ileri sürülen yargı kararlarına özgülenemeyeceği gibi, yükümlülüğün “devlet” ve “işlemleri” açısından kurulması da bu sonucu gerektirmektedir.

⁴² Kuşkusuz bu sonuç ve madde hükmünün sınırlayıcı olmayan niteliği dikkate alınarak, organik açıdan yasama işlemi olmakla birlikte (yasama dokunulmazlığının kaldırılması ya da TBMM üyeliğinin düşmesi işlemlerinde olduğu gibi), yükümlülük kapsamında değerlendirilebilir işlemlerin olup olmadığı sorusu sorulabilir. Diğer yandan, genel ve soyut kuralların belirli kişi ya da durumlara uygulanması salt idari işlemin değil, yargısal işlemin de özelliği olduğundan (A. Ülkü Azrak, “Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması üzerine Bir Deneme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1969, C.34, S.1-4, s.154) aynı soru, bu işlemler açısından da geçerlidir. Bu nedenle, ilgililerin hak ve yükümlülükleri ve hukuki durumları üzerinde sonuç doğuran ve devlet tarafından tesis edilen her kamu hukuku işleminin, madde kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Buna karşılık, başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünün, yasa kuralı olduğu Fransız hukukunda yükümlülüğün kapsamına giren işlemler sorunu yoktur; zira kural, bizzat idari işlemi konu edinmekte ve yükümlülük, birel ve tebliğ edilmesi gereken idari işlemler açısından kurulmaktadır. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13.E., Paris 2008, s.619. Bu nedenle, yargısal kararlar ve düzenleyici işlemler kapsam dışında kalır. *Ibid.*, s.618; Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, Hachette Supérieur, Paris 2007, s.100-101. Keza, İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararı da, yükümlülüğün kapsamını idari işlem olarak belirlemekte ve idari işlemi, idari usul kuralları ile birlikte değerlendirerek, “adli yöntemlerle yapılan işlemler ve mahkeme evresinden önce yapılan ceza soruşturmaları ve yasama faaliyetleri”ni dışarıda bırakmaktadır. Tekin Akıllıoğlu, “Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması” ve Yönetim Hukukumuz”, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1981, C.14, S.3, s. 39.

⁴³ “Kanun yolu, davanın taraflarına tanınan bir hukuki yoldur ki, bununla yanlış olan kararların (daha doğrusu yanlış olduğu iddia edilen kararların) tekrar incelenmesi ve değiştirilmesi amaçlanır”. Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1991, s.559. “Bir yargılama makamının verdiği bir kararda aykırılık olduğu iddiası ile ortaya çıkan uyumsuzluğun çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesi “kanun-yolu” davasının açılmasıdır”. Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Sermet Matbaası, 5. Bası., İstanbul 1974, s.662. “Yasa yolu (kanun yolu), davanın taraflarına tanınan hukuksal bir yoldur. Bu yol ile yanlış olarak verildiği ileri sürülen yargı kararlarının, yeniden incelenmesi ve değiştirilmesi sağlanır”. Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, s.492.

Başvuru (müracaat), “bir şahsın, herhangi bir dilekte bulunmak üzere, devlet makamlarına başvurması” olup, başvuru hakkı, başvurunun yöneltildiği yer ölçüt kılınarak, idari, siyasi ve yargısal başvurma hakkı ve yolları biçiminde somutlanmaktadır.⁴⁴ Başvuru hakkı, Anayasa’nın 40. maddesinin birinci fıkrasında, “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes yetkili makama geciktirilmeksizin başvurma imkanına sahiptir” şeklinde yer almaktadır ve kural ile idari, yargısal ve siyasi başvuru yolları güvence altına alınmaktadır.⁴⁵ Anayasa’nın 36. maddesine göre, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” ve 74. maddesine göre de “Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir”. Dolayısıyla, Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan “Hak arama hürriyeti” ile yargısal başvuru ve 74. maddesinde yer alan “Dilekçe hakkı” ile de siyasi ve idari başvuru yolları, Anayasal güvence altındadır. Ne var ki, başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünün kapsamı, başvuru yollarının tabi olduğu usul ve kendisine bağlanan hukuki sonuçlar açısından yapılması gereken bir ayırımı gerekli kılmaktadır. Yükümlülüğün kapsamına girecek başvuru yolları, ancak, ilgilinin hukuki durumunda doğrudan değişiklik yapmaya elverişli nitelikte olanlar olabilir. Bu açıdan, yargısal başvuru yolları ile idari itiraz yollarının öncelikle yükümlülüğün kapsamına girdiği açık olmakla birlikte, siyasi başvuru yolunun değerlendirilmesi gerekir.

3071 sayılı “Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun”a göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilen dilekçelerin, Dilekçe Komisyonunda incelenmesi ve karara bağlanması altmış gün içinde sonuçlandırılır. İlgili kamu kurum ve kuruluşları Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonunca gönderilen dilekçeleri otuz gün içinde cevaplandırır. İnceleme ve karara bağlamanın esas ve usulleri Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde gösterilir” (m.8).⁴⁶ Dilekçenin incelenmesi sonucunda varılan

⁴⁴ Lütfi Duran, “İdari Müraacatlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1946, C.12, S.1, s.132, 134.

⁴⁵ Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayınevi, 12. Bası, Ankara 2006, s.72.

⁴⁶ Duran’a göre, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun, “idari başvuruları da kapsamına aldığı halde; önceki 1962 tarihli ve 140 numaralı sadece TBMM’ne başvuruya dair kanundan daha az hükümlerle, konuyu yasamanın bir içişi saymış ve vatan-

sonuç, Komisyon tarafından kişiye bildirilmek zorunda olmakla birlikte, başvuranın hukuki durumunda değişiklik yapabilecek nitelikte olmadığından⁴⁷, yasama organı nezdinde kullanılacak dilekçe hakkı, 40. maddenin ikinci fıkrası anlamında bir başvuru yolu değildir. İdari başvuru yolları açısından ise durum farklıdır.

Duran, idari müracaatı, *“fertlerin, menfaatleri bulunan hususlarda, merkeziyet veya ademi merkeziyet idareleri nezdinde vaki olacak, amme hukukuna müteallik, bilcümle talep, iddia ve dilekleri”* olarak tanımlamaktadır.⁴⁸ Balta’ya göre de, idari başvurma, *“idare edilenlerin bir idari merciden henüz yapılmamış bir idari işlem veya eylemin yapılmasını ya da yapılmış bir idari işlem veya eylemin değiştirilmesini veya kaldırılmasını istemeleridir”*.⁴⁹ Nitekim, Anayasa’nın 74. maddesi, vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancıların, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara başvuru hakkına sahip olduğunu ifade eder. 3071 sayılı Kanun’a göre de, vatandaşlar ve Türkiye’de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde ve gerekçeli olarak bildirilir (m.7). Nihayet, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 10. ve 11. maddeleri, idari başvurulara ilişkin kurallar içermektedir.

Doktrinde, 10. maddeye göre yapılan başvuru, henüz bir işlem olmadığından, yani, başvurunun konusunu, ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem (veya eylem) oluşturduğundan, *“ilk başvuru”*; 11. maddeye göre yapılan başvuru ise, *“ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması”* (m.11) söz konusu olduğundan *“itiraz”* olarak adlandırılmaktadır.⁵⁰

daşların önemli bir hakkını içtüzük düzenlemesine bırakmıştır”. Lütfü Duran, Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988, s.129. Ayrıca dilekçe hakkının karşılaştırmalı tarihsel gelişimi ve hukuki niteliğine ilişkin olarak bkz., Servet Armağan, Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.

⁴⁷ Necmi Yüzbaşıoğlu, *“İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, s.400.*

⁴⁸ Lütfü Duran, *“İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi”, s.135.*

⁴⁹ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş, TODAİE, Ankara 1970, s.213.*

⁵⁰ Balta, *İdare Hukukuna Giriş, s.213; Yıldırım Uler, “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Yayınları, Ankara*

İlk halde, henüz bir işlem söz konusu olmadığından, başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü, ancak, bir işlem yapılması isteminin, idare tarafından çeşitli karşılanma olasılıkları açısından değerlendirilebilir. İstem reddi durumunda, dava konusu yapılabilecek bir idari işlem olduğundan, yargısal başvuru yolu (dava), merci ve süresi bildirilmek zorundadır. Zimni red durumunda, yani idarenin 60 gün içinde yanıt vermeyerek, istemin reddi anlamına gelecek “*susarak red varsayımı*”nın oluşması durumunda ise,⁵¹ ilgili zimni red işlemine karşı dava açabilecek olmakla birlikte, idare açısından başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünün söz konusu olabileceği bir işlem metni söz konusu olmayacaktır.⁵²

İdari işleme karşı itiraz, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması istemiyle, üst makama, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makama, dava açma süresi içinde yöneltilecek başvurudur. Bu itiraz, yasada zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülmüş ise, başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü, zorunlu idari başvuru yollarını da içermelidir.⁵³ Çünkü, idari başvuru, zorunlu nitelikte ise, işlemin, iptal davasının konusunu oluşturabilmesi, idari başvuru yollarının tüketilmiş olmasına bağlıdır. Diğer yandan idarenin, hem işlemi tesis edip, hem de işleme karşı 11. madde uyarınca itiraz edilebileceğini belirtmesi, gerçekleşmesi düşük bir olasılık olmakla birlikte, hukuka bağlı bir idare, 11. maddeye göre de başvuru yapılabileceğini

1990, s.228. Ayrıca, 10. ve 11. Maddede yer alan kuralların karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz., Yahya K. Zabunoğlu, “İdari Yargıda Dava açma Süresi (2577 Sayılı İYUK’nun 10. ve 11. maddeleri Açısından Bir İnceleme)”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s.187-207.

51 Uler, “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, s.229.

52 Belirmek gerekiyor ki, bu son halde de hukuk çözümsüz olmamakla birlikte, yasal düzenleme gerektirmektedir. Fransız idare hukukunda, kendisine yöneltilen her istem karşısında idare, başvuru sahibine bir “*alındı makbuzu*” (*l’accusé de réception*) vermekle yükümlü olup (*La loi DCRA- Droits des citoyens dans leurs rapports avec l’administration, 12 avril 2000, art. 19*) ; makbuz içeriğinde de, başvuru tarihi, zimni red ya da kabul kararının oluşacağı tarih ve başvuruyu değerlendirmekle görevli idare ve iletişim bilgilerinin yanı sıra, kararın yargı yerine götürülmesi olasılığına karşı, başvuru yolları ve sürelerinin de belirtilmesi gerekir (*le decret n 492, 6 juin 2001*). Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 619-620; Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, Dalloz, 14.E., Paris 2006, 133.

53 Fransız hukukunda, başvuru süreleri ve yollarının belirtilmesi yükümlülüğü, gerek hiyerarşik (*recours hiérarchiques*), gerek işlemi yapan makama (*recours gracieux*) yapılacak idari başvuruları kapsar şekilde yorumlanmaktadır. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, s. 618; Peiser, *Contentieux administratif*, s.132.

de belirtmiş olabilir. Eğer, bu son durum geçerli ise, bu yönde bir bilgi, açık ve belirli olmalıdır.⁵⁴ Başka bir ifadeyle, İYUK'un 11. maddesine göre, ilgili tarafından, idari dava açmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının, üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurunun, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir yanıt verilmemesi ise, isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi ya da reddedilmiş sayılması halinde, dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvuru tarihine kadar olan geçen sürenin, dava açma süresinin hesabında dikkate alınacağı belirtilmelidir. Diğer yandan, bir yasa hükmü ile işleme karşı idari başvuru yolu kapatılmış ise, yani, işleme karşı doğrudan yargı yoluna gidilmesi gerekli ise, bu bilginin de yer alması, yükümlülük kapsamında değerlendirilmelidir.⁵⁵

Yükümlülüğün İdari İşlemin Hukuki Rejimi Açısından Sonucu

Başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğünün yasa kuralı olarak yer aldığı Fransız hukukunda, başvuru yolları ve sürelerinin belirtilmemesi, işlemi (biçim açısından) hukuka aykırı kılan değil, fakat işlemin bildirimini usulsüz kılan bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir.⁵⁶ Dolayısıyla, idarenin, ilgilinin başvurusu ya da kendiliğinden tesis ettiği bir idari işlemde, başvuru yolları ve sürelerinin yer almamasının yaptırımı, süre koşulunun ilgililere karşı ileri sürülemezdir.⁵⁷ Aynı sonuç, idarenin, başvuru yolları ve süreleri konusunda,

⁵⁴ Fransız Danıştay'na göre, idare, belirtmekle yükümlü olduğu yargısal ve zorunlu idari itiraz yollarının yanı sıra, isteğe bağlı olan üst makama ya da işlemi yapan makama başvurulabileceğini de işlem metninde belirtmişse, bilgi, açık ve belirli olmalı ve yargısal başvuru hakkını engeller bir sonuç doğurmamalıdır. Nitekim, Hammou kararında, yargısal başvurunun yanı sıra, idari başvuru olanağının belirtilmiş olmasına rağmen, ikincisinin, dava açma süresini kesmeyeceği yönünde bir açıklama yapılmamış olmasını, yükümlülüğün yerine getirilmemesi kapsamında değerlendirmiştir. Pascal Caille, "L'application du principe d'intelligibilité aux notifications des voies et délais de recours", Actualité Jurisprudentielle, Actualité juridique de droit administratif (AJDA), Paris 2010, N.10, 22 mars 2010, s.555-558.

⁵⁵ "Oysa yönetime başvuru en doğal ve en temel bir kamu hakkı olduğuna göre, yönetim ile vatandaş arasında iletişimi sağlayan bu yolun kapatılması söz konusu olmamalıdır. Vatandaş istediği yere, istediği kadar başvuru yapabilir. Bu hak sınırlandırılmaz. Başvuru yolu, hiçbir işleme, hiçbir eyleme, hiçbir davranışa karşı kapatılmaz". Uler, "Yönetsel Yargıda Dava Süresi", s. 233.

⁵⁶ Ricci, Contentieux administratif, s.101.

⁵⁷ Chapus, Droit du contentieux administratif, s.616. Yükümlülüğün, dava açma süresinin başlamaması yaptırımı ile kurala bağlanmış olduğu Belçika

hata yaparak, ilgiliyi yanlış yönlendirmesi⁵⁸ ya da başvuru yolları ve sürelerinin, ilgiliyi yanlış yönlendirecek ve özellikle yargısal başvuru hakkı açısından olumsuz sonuç doğuracak şekilde açık olmayan ve belirsiz bir içerik taşıması durumunda da geçerlidir. Diğer yandan işlemin, idari itiraz konusu yapılmış olması durumunda itiraz sonucu verilen karar yeni bir idari işlem oluşturacağından, başvuru yolları ve sürelerinin, her iki işlemde de belirtilmesinin zorunlu olmadığı⁵⁹ ve yükümlülüğün, sadece ilk karar için geçerli olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰

İdari işlemin iptal nedenlerinden biri olarak şekil, idari yöntem (usul) sorununu da içeren geniş bir kapsama sahiptir.⁶¹ Genel olarak, işlemin yapılmasında uyulması gereken biçim ve usul kuralları arasında, “ana kural” (asli) ve “ikincil” (tali) kurallar ayrımı yapılmakta ve ikincil (tali) nitelikte görülenler, iptal nedeni olarak sayılmamaktadır.⁶² Doktrinde, bu ayrımın, “nesnel ölçütlere dayanmadığı” ifade edilmekle birlikte, “uygulamada, yönetilenlerin yararı için öngörülmüş kurallar ile uyulmadığı zaman, kararın içeriğini etkileyici nitelikte olan kurallar”, asli şekil kuralları olarak kabul edilmektedir.⁶³ Başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü, yönetilenlerin hak aramalarına yönelik güvence niteliğinde bir yöntem kuralı olmasına rağmen, Danıştay tarafından, asli şekil kuralı olarak değerlendirilmemektedir.

İlgili Danıştay kararları, süre aşımı gerekçesiyle ilk inceleme aşamasında reddedilen davalar bağlamında gündeme gelmektedir. Bu kararlar bakımından ilk ayırım, yükümlülüğün yerine getirilmemesinin, dava açma süresi açısından hukuki bir sonuca sahip olup olmadığı yönünden kurulabilir. Nitekim gerek Anayasa’nın, “idari işlemlere

hukukunda, zorunluluğun kesin olarak uygulandığı ve başvuru yolları ve mercileri konusunda ilgilinin eksiksiz olarak bilgilendirilmiş olmasına rağmen, sürenin belirtilmemesi durumunda, dava açma süresinin de başlamayacağı ifade edilmekle birlikte, 2006 yılında yapılan yasa değişikliği ile dava açma süresinin, ilgilinin işlemi öğrenmesinden itibaren 4 ay sonra başlayacağını kurala bağlandığı belirtilmektedir. Nathalie Fortemps, Nathalie Van Damme, “*Procédures en annulation et en référé devant le Conseil d’État revues par la loi du 15 septembre 2006 et son arrêté d’exécution*”, *Le Contentieux Administratif Questions d’actualité*, (ed. Paul Lewalle), Anthemis, Liège 2008, s.14.

58 Chapus, *Droit du contentieux administratif*, s.617; Peiser, *Contentieux administratif*, s.133.

59 Chapus, *Droit du contentieux administratif*, s.618.

60 Ricci, *Contentieux administratif*, s.101.

61 Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, s.166; Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, s.215.

62 Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, s.216.

63 *Ibid.*, s.216.

karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar” şeklindeki 125. maddesi, gerekse İYUK’un, idari uyuşmazlıklarda dava açma sürelerinin, yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacağını öngören 7. maddesi karşısında, başvuru yollarının gösterilmemesinin, dava açma süresini etkilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Fakat bu düzenlemeler, dava açma süresinin ancak yazılı bildirimle başlatılabileceğini kurala bağlamakla, ilgililerin hak arama özgürlüğünün korunması amaçlı düzenlemelerdir. Nasıl ki ilgililerin, yazılı bildirim yapılmadan önce öğrendikleri bir idari işleme karşı, dava açma haklarını kullanma hakları varsa, yani kişilerin hak arama özgürlüklerinin korunması amaçlı bir kuraldan, kişiler aleyhine bir sonuca varılamazsa, Anayasa’nın ve İYUK’un aynı hükümleri, Anayasa’nın doğrudan uygulanabilir bir kuralı olarak 40. maddenin etkisiz kılınmasına yol açan bir yorumla ele alınmaz. Nitekim, Danıştay’ın, “(...) Ayrıca; yukarıda sözü edilen hükümlerde açıkça düzenlenen ödeme veya dava açma süresi konusunda idarece ilgililere yanlış bilgi verilmiş olmasının, dava açma süresini değiştirmesi de düşünülmemeyeceğinden; hizmet kusuru nedeniyle tam yargı davasına yol açabilecek nitelikteki böyle bir durum nedeniyle, yasa da öngörülmeyen dava açma süresinden yararlanılması mümkün değildir”⁶⁴ şeklindeki kararı dışında kalan kararlarında, yükümlülüğün yerine getirilmemesi, dava açma süresi bakımından hukuki sonuç doğurur nitelikte kabul edilmektedir. Ancak, kararlar, genel dava açma süresi değil, özel dava açma süreleri ile ilgili olarak ortaya çıktığı gibi, ulaşılan hukuki çözümler de birbirinden farklıdır:

Bu çözümlerden ilki, *idarenin yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle ilgililerin maruz kaldığı olumsuz sonuç (davanın süre aşımı nedeniyle reddi) karşısında, süre aşımının ilgililere karşı ileri sürülememesidir:*

“İncelenen dosyada; Vergi Mahkemesince, davacı adına düzenlenen ve 18.5.2005 tarihinde bizzat davacıya tebliğ edilen ödeme emirlerine karşı 7 günlük dava açma süresinin son günü olan 25.5.2005 tarihi geçirildikten sonra, 16.6.2005 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, dosyada bulunan ödeme emri fotokopilerinin incelenmesinden; ödeme emrine karşı dava açılması halinde, yetkili mahkemenin İstanbul Vergi Mahkemesi olduğu belirtilmesine karşın, dava açma süresine ilişkin bir bilgiye yer verilmediği tespit edilmiştir.

⁶⁴ D.7.D., E.2006/41, K.2007/1679, k.t.11.4.2007, Danıştay Bilgi Bankası.

Bu durum ise, Anayasanın 40 ncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçesinde de belirtildiği gibi, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkındaki Kanunda yer alan dava açma süreleri ve bunlara ilişkin diğer özel düzenlemeler dikkate alındığında, son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından öngörülen zorunluluğa uyulmadığını göstermekte, dolayısıyla, Anayasanın 36 ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmakta ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40 ncı maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenle, özel yasasında yer alan düzenleme gereği tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde dava açılması gereken ödeme emirlerinin içeriğinde, bu bilgiye yer verilmemiş olduğundan, bu ödeme emirlerine karşı açılan davada, anılan Anayasa hükmü karşısında dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır".⁶⁵ Yani, yükümlülüğün yerine getirilmemesinin hukuki sonucu, dava açma süresinin işlemeye başlamamasıdır ve Danıştay'ın, Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerini dayanak kılarak vardığı bu sonuç doğrudur.

Danıştay, konuya ilişkin ikinci kararında, *idarenin özel dava açma süresini belirtmemesi durumunda genel dava açma süresinin uygulanması gerekliliği* sonucuna ulaşmıştır:

"İdarenin Anayasa'dan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesi esas olmakla birlikte, belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi, idari işlemlere karşı açılan davalarda dava açma sürelerinin işletilmeyip, ihmal edilmesi sonucunu da doğurmamalıdır. Anayasa'nın 125. maddesinde idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağını belirtmesi karşısında, usulüne uygun tebliğ olunan veya bütün unsurlarıyla ilgililer tarafından öğrenilen idari işlemler üzerine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiği kabulü gereken genel dava açma sürelerinin işletilmesi zorunludur.

⁶⁵ D.4.D., E.2005/2134, K.2006/2156, k.t.13.11.2006, *Danıştay Dergisi*, Yıl 37, Sayı 115, 2007, s. 177-180.

Ancak idari işlemlerin nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmesi halinde, idare tarafından idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığından, Anayasa'nın 40. Madde hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tabi olmasına rağmen, bu hususun idari işlemde açıklanmaması halinde, dava konusu idari işlemin tebliği tarihinden itibaren, özel dava süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır".⁶⁶ Dolayısıyla bu kararda, bir yandan, başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi yükümlülüğü, özel dava açma süreleri bakımından geçerli kabul edilmekte, diğer yandan, özel dava açma süresine yer verilmemiş olması, dava açma süresinin işlemeye başlamaması değil, fakat genel dava açma süresinin geçerli olması sonucu ile karşılanmaktadır. Zira, Danıştay, Anayasa'nın 125. maddesi gereği, yazılı bildirim dava açma süresini başlatacağı ve usulüne uygun tebliğ edilen veya bütün unsurlarıyla öğrenilen bir işlemin, "ilgililerce de bilindiği kabulü gereken" 60 günlük genel dava açma süresine tabi olması gerektiği düşüncesindedir. Bu sonuç, ilgililer lehine yorumlanması gereken Anayasa kuralını (40. madde), kuralın içermediği bir sınırlama ile ele almaktan başka, özel dava açma sürelerinin de "ilgililerce de bilindiği kabulü gereken" kanunlarla konulmuş olması karşısında, tutarlılığı bakımından tartışmalı bir gerekçeye dayanmaktadır.

Danıştay, üçüncü olarak, *idarenin yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi ve ilgiliyi yanlış yönlendirmesi durumunda, dava açma süresinin, doğru başvuru yolu ve süre bilgisini içeren son işlem tarihinden itibaren başlatılması gerekliliği* sonucuna ulaşmıştır:

"(...) Ancak; dava konusu olayda, kaynak kullanımını destekleme fonu ve KDV gibi iki farklı mevzuata tabi kamu alacağının idarece aynı işlemle tahakkuk ettirildiği, işlemde, davacının, dava konusu kaynak kullanımını destekleme fonu ve cezai faizine, tebliğden itibaren gümrük mevzuatına göre on beş gün içinde itirazda bulunabileceğinin belirtildiği, sonraki aşamada, kaynak kullanımını destekleme fonu ve

⁶⁶ DİDDK, E.2005/1558, K.2008/1803, k.t.17.10.2008, *Danıştay Dergisi*, Yıl 39, Sayı 121, 2009, s. 74-77. Aynı sonuca varılan başka bir karar olarak, D.10.D., E.2006/2232, K.2007/6691, k.t.31.12.2007, *Danıştay Dergisi*, Yıl 38, Sayı 118, 2008, s. 335-338.

cezai faizi için davalı idarece karar alındığı, alınan karara karşı yine gümrük mevzuatına göre bir hafta içinde itirazda bulunabileceğinin bildirilmesi suretiyle, olayda gümrük mevzuatının uygulanmasına, davacının yanlış başvurular yapmasına idarenin beyanlarının neden olduğu; davacının, idarenin yönlendirmesi sonucu gümrük mevzuatındaki prosedürü işlettiği anlaşılmaktadır.

İdarelerin, tesis edilen işleme karşı ilgililere, hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracaklarını ve sürelerini bildirmek zorunda oldukları, olayda ise idarece bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmediği ve davacının yanlış yönlendirildiği açıktır. Dolayısıyla; davacının, dava konusu işlemin kaynak kullanımını destekleme fonu ve cezai faiz istenilmesine ilişkin kısmının iptali istemiyle 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesi uyarınca dava açması gerektiğini, İzmir Gümrükleri Başmüdürlüğünün 6.9.2002 tarihli kararının 30.9.2002 tarihinde tebliği ile öğrenmesi karşısında, dava açma süresinin de bu tarihten itibaren işletilmesi gerekmektedir. Bu durumda, davacı tarafından 30.9.2002 tarihinden itibaren dava açma süresi olan altmış gün içinde, 7.10.2002 tarihinde İzmir 2. Vergi Mahkemesinin E:2002/1165 esas sayılı dosyasında kayda giren dilekçeyle açılan dava süresinde olduğundan, Mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiği halde; davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir".⁶⁷ Nitekim, aynı sorunun geçerli olduğu başka bir uyuşmazlıkta, dava açma süresi, *yanlış olarak işletilmiş itiraz yolları sonucu tesis edilen son işlemin tebliğinden itibaren başlatılmıştır: "(...) Dolayısıyla; dava konusu işlemin bütün fonu ve cezai faiz istenilmesine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan bu davada, davalı idarece tesis edilen 9.11.2002 tarih ve 88427 sayılı ilk işlemde kanun yollarının gösterilmemiş olması nedeniyle 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesindeki itiraz yolunun işletilmesi suretiyle son olarak tesis edilen 20.2.2003 tarih ve 23 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada, dava açma süresinin de bu işlemin tebliğ edildiği 31.3.2003 tarihinden itibaren işletilmesi gerekmektedir"*.⁶⁸ Yani, idarenin, ilgiliyi yanlış yönlendirmesi ve yanlış başvurularda bulunmasına neden olması durumu, yükümlülüğün, gereği gibi yerine getirilmemesi kapsamında ve dava açma süresini etkiler nitelikte değerlendirilmektedir.

⁶⁷ D.10.D., E.2005/1607, K.2007/2429, k.t.09.05.2007, *Danıştay Bilgi Bankası*.

⁶⁸ D.10.D., E.2006/7298, K.2008/7138, k.t.27.10.2008, *Danıştay Dergisi*, Yıl 39, Sayı 120, 2009, s. 318-321.

Sonuç

İdari işlemde başvuru yollarının gösterilmesi, idarenin hukuka uygunluk denetimi ve idari işlem sonucu hakları etkilenen kişilerce hak arama özgürlüğünün kullanılabilirliği açısından önemli bir işleve sahiptir. İlke ile başvuru hakkının kişiler tarafından ne şekilde kullanılacağına belirtilmesi, idarenin işlemlerinde uymakla zorunlu olduğu somut bir yükümlülük olarak kurulmakta ve idari işlemin hukuki rejimine dâhil edilmektedir. Dâhil etme biçiminin yerleşik yöntemi, genel bir idari usul yasası olmakla birlikte, yükümlülüğün doğrudan uygulanabilir nitelikte bir Anayasa kuralı olması, yerine getirilmemesi durumunda ve yargı yerlerince hukuki sonuç doğurur nitelikte ele alınması için yeterlidir. Nitekim, Danıştay'ın, başvuru yollarının belirtilmemesi durumunda, dava açma süresinin ilgililere karşı ileri sürülemeyeceği şeklindeki kararları bu çerçevede değerlendirilebilir.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin (1981), *"Bireyin Yönetimsel İşlemler karşısında Korunması' ve Yönetim Hukukumuz"*, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 3, s. 37-57.
- Akıllıoğlu, Tekin (1983), *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE, Ankara.
- Akıllıoğlu, Tekin (1995), *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, A.Ü. S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara.
- Akyılmaz, Bahtiyar (2000), *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Aliefendioğlu, Yılmaz (1997), *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Armağan, Servet (1972), *Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Avrupa Konseyi (1978), *İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar*, *Amme İdaresi Dergisi*, (Çev. İhsan Kuntbay), Cilt 11, Sayı 4, s. 3-11.

- Avrupa Konseyi (2007), İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 sayılı Tavsiye Kararı, *Danıştay Dergisi*, (Çev. Onur Karahanoğulları), Yıl 37, Sayı 116, s. I-X.
- Avrupa Konseyi (2009), İdare ve Siz, *Danıştay Dergisi*, (Çev. N.K. Ergani), Yıl 39, Sayı 122, s. 9-41.
- Azrak, A. Ülkü (1969), "Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Deneme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 34, Sayı 1-4, s. 129-155.
- Azrak, Ali Ülkü (1982), *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, İ.Ü. SBF Yayınları, İstanbul.
- Azrak, A. Ülkü (1993), "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", *Anayasa Yargısı*, Sayı 9, s. 323-340.
- Balta, Tahsin Bekir (1970), *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE, Ankara.
- Çağlar, Bakır (1984), "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Yıl 5, Sayı 1-3, Aralık, s. 3-34.
- Caille, Pascal (2010), "L'application du principe d'intelligibilité aux notifications des voies et délais de recours", *Actualité Jurisprudentielle, Actualité juridique de droit administratif (AJDA)*, N.10, 22 mars 2010, s. 555-558.
- Chapus, René (2008), *Droit du contentieux administratif*, 13^e édition, Montchrestien, Paris.
- Duran, Lütfi (1946), "İdari Müraacatlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 12, Sayı 1, s. 130-199.
- Duran, Lütfi (1970), "Anayasa, Kanun ve Hakimler", *Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi*, Sayı 4'ten aktaran Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE, Ankara, s. 85.
- Duran, Lütfü (1988), *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, Çağdaş Yayınları, İstanbul.
- Favreau, Louis (1996), "La constitutionnalisation du droit", *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, s.25-42.

- Fortemps, Nathalie - Van Damme, Nathalie (2008), "*Procédures en annulation et en référé devant le Conseil d'État revues par la loi du 15 septembre 2006 et son arrêté d'exécution*", *Le Contentieux Administratif, Questions d'actualité*, sous la direction de Lewalle, Paul, Anthemis, Liège.
- Gözübüyük, Şeref (2009), *Yönetmelik Yargısı*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 29. Bası, Ankara.
- Hirsch, Ernest (1971), "*Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri*", *Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler*, TBB Yayınları, Ankara, s. 3-13.
- İzgi, Ömer - Gören, Zafer (2002), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, TBMM Basımevi, Ankara.
- Kaboğlu, İbrahim, Ö. (2002), *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara.
- Kıratlı, Metin (1973), "*İsviçre'de İdari Usul Kodifikasyonu*", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 6, sayı 2, s. 47-60.
- Kunter, Nurullah (1974), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Sermet Matbaası, 5. Bası, İstanbul.
- Kuru, Baki (1991), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Morand-Deville, Jacqueline (2007), *Droit Administratif*, Montchrestien, 10^e édition, Paris.
- Özay, İl Han (2002), "*Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri*", *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, s. 275-286.
- Uler, Yıldırım (1990), "*Yönetmelik Yargısında Dava Süresi*", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı*, Danıştay Yayınları, Ankara, s. 209-262.
- Peiser, Gustave (2006), *Contentieux administratif*, Dalloz, 14^e édition, Paris.
- Ricci, Jean-Claude (2007), *Contentieux administratif*, Hachette Supérieur, Paris.
- Sabuncu, Yavuz (2006), *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayınevi, 12. Bası, Ankara.

Tanör, Bülent (1990), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul.

Yıldızhan, Yayla (2009), *İdare Hukuku*, Beta, İstanbul.

Yüzbaşıoğlu, Necmi (2000), "*İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması*", *İnsan Hakları*, YKY, İstanbul, s. 397-406.

Zabunoğlu, Yahya K. (1990), "*İdari Yargıda Dava Açma Süresi (2577 Sayılı İYUK'nun 10. ve 11. maddeleri Açısından Bir İnceleme)*", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı*, Danıştay Yayınları, Ankara, s. 187-207.

Wiener, Celine (1975), *Vers une codification de la procédure administrative: étude de science administrative comparée*, PUF, Paris.

Kararlar

AYM, E.2004/84, K.2004/124, k.t.8.12.2004, *Resmi Gazete*: 2.12.2005/26011.

AYM, E.2004/69, K.2009/6, k.t.8.1.2009, *Resmi Gazete*: 11.6.2009/27255.

D.4.D., E.2005/2134, K.2006/2156, k.t.13.11.2006, *Danıştay Dergisi*, Yıl 37, Sayı 115, 2007, s. 177-180.

D.7.D., E.2006/41, K.2007/1679, k.t.11.4.2007, *Danıştay Bilgi Bankası*.

D.10.D., E.2005/1607, K.2007/2429, k.t.09.05.2007, *Danıştay Bilgi Bankası*.

D.10.D., E.2006/2232, K.2007/6691, k.t.31.12.2007, *Danıştay Dergisi*, Yıl 38, Sayı 118, 2008, s. 335-338.

DİDDK, E.2005/1558, K.2008/1803, k.t.17.10.2008, *Danıştay Dergisi*, Yıl 39, Sayı 121, 2009, s. 74-77.

D.10.D., E.2006/7298, K.2008/7138, k.t.27.10.2008, *Danıştay Dergisi*, Yıl 39, Sayı 120, 2009, s. 318-321.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2007/3-9, K.2007/18, k.t.30.01.2007, *Kazancı Mevzuat&İçtihat Bilgi Bankası*.

AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATI İŞİĞİNDA YENİ TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA TİCARİ İŞLEMLERDE GEÇ ÖDEME VE KOBİ'LERİN KORUNMASI

LATE PAYMENT AND PROTECTION OF SME'S IN COMMERCIAL
TRANSACTIONS UNDER THE NEW TURKISH COMMERCIAL
CODE IN LIGHT OF THE EUROPEAN UNION LEGISLATION

Pınar GÜZEL*

Özet: Avrupa Birliği mevzuatına uygun olarak Yeni TTK tarafından getirilen yeniliklerden biri de ticari işletmeler arasındaki tedarik sözleşmelerinde geç ödemeye ilişkin hükümdür. Yeni TTK uyarınca, ticari tedarik sözleşmelerinde ödeme süreleri faturanın veya faturaya eşdeğer bir ödeme talebinin alınmasını veya malların veya hizmetlerin alınmasını veya incelenerek kabul edilmesini takip eden 60 günü geçmez. Buna karşılık, açıkça kararlaştırılmış olması ve tedarikçi aleyhine ağır bir haksız durum yaratmaması halinde daha uzun bir ödeme süresi öngörülebilir. Her halükarda, tedarikçinin küçük veya orta ölçekli bir işletme, tarımsal veya hayvansal üretici olduğu veya alıcının büyük ölçekli bir işletme olduğu hallerde daha uzun bir ödeme süresi öngörülemez. Buna ek olarak, ödeme tarihinin veya süresinin sözleşmede belirtilmemiş veya 60 günü aşan ve 60 gün kuralına istisna teşkil eden hallerden birinin kriterlerine uymayan bir şekilde belirtilmiş olması halinde, malları veya hizmetleri almasına rağmen ödeme yapmayan alıcı Yeni TTK'da belirtilen ilgili sürenin sonunda mütemerrit sayılır ve tedarikçi otomatik olarak faize hak kazanır.

Anahtar Kelimeler: geç ödeme, küçük ve orta ölçekli işletme, tedarik sözleşmeleri

Abstract: One of the changes introduced by the New TCC in line with the European Union legislation is the provision on late payments under supply agreements between commercial enterprises. Pursuant to the New TCC, payment periods in commercial supply agreements may not exceed 60 days following the receipt of the invoice or an equivalent payment request or receipt or review and acceptance of goods or services. However, a longer payment period may apply if it is explicitly agreed and not grossly unfair to the supplier. In any case, a longer payment period will not apply to supply agreements where the supplier is a small or medium sized enterprise, agricultural producer or farmer or the buyer is a large scale corporation. In addition, if the

* Avukat, İstanbul Barosu.

payment date or period is not specified in the agreement or is specified for a period exceeding 60 days and does not meet the criteria set forth to qualify as an exception to the 60-day rule, then a buyer who does not effect payment despite having received the relevant goods or services will be deemed in default and the supplier will automatically be entitled to an interest payment at the end of the relevant period specified under the New TCC in addition to any costs incurred for collection of payment.

Keywords: late payment, small end medium-sized enterprises, supply agreements

GİRİŞ

14 Şubat 2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Yeni TTK), genel gerekçesinde belirtildiği üzere Avrupa Birliği düzenlemelerine uyum amacıyla hazırlanan birçok yeni hüküm içermektedir. Anılan hükümlerden biri olan Madde 1530/fıkra 2 ve devamındaki düzenlemeler, borçlar hukukundaki temerrüt düzenlemelerinin yanı sıra, mal ve hizmet tedariki amacıyla ticari işletmeler arasında yapılan işlemlerde görülen geç ödemeler için ayrıık bir düzenleme getirmektedir. Söz konusu düzenleme özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeleri (KOBİ’leri) mal veya hizmet sağlayıcı olarak yer aldıkları ticari işlemlerde geç ödemelere karşı korumayı amaçlamaktadır. Düzenlemeye esas teşkil eden mevzuat, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin aynı konudaki 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/35/EC sayılı Ticari İşlemlerde Geç Ödemeye Mücadele başlıklı direktifini değiştiren, 16 Şubat 2011 tarihli ve 2011/7/EU sayılı Ticari İşlemlerde Geç Ödemeye Mücadele başlıklı direktiftir (Direktif).¹ Bu husus Yeni TTK’nın görüşüldüğü oturumlara ilişkin meclis tutanaklarında açıkça ifade bulunmaktadır.² Söz konusu Direktif’in uygulanması ile özellikle Türkiye’deki KOBİ’lerin yaşadığı bürokratik ve mali problemlere çözüm getirilmesi, Türk girişimcilerin uluslararası piyasadaki rakiplerinin kendi ülkelerinde faydalandıkları koruma ve kolaylıklarından faydalanabilmeleri amaçlanmaktadır.³

¹ Avrupa Birliği Resmi İnternet Sitesi, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:048:0001:0010:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 12.09.2011

² Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmi İnternet Sitesi, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20839&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=143, Erişim Tarihi: 12.09.2011

³ Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi, 16.01.2011 tarihli Basın

Bu çalışmanın ilk bölümünde Direktif hükümleri ve Direktif'e esas teşkil eden Avrupa Birliği politikaları ile bunların Yeni TTK düzenlemesine aktarımı incelenecektir. İkinci bölümde ise, Yeni TTK Madde 1530/fıkra 2 vd. hükümlerinde yer alan genel düzenleme ve münhasıran KOBİ'lere uygulanacak koruma hükümleri üzerinde durulacaktır.

I. KOBİ'lere ve Geç Ödemeye İlişkin Avrupa Birliği Politikaları ve İlgili Mevzuat

A. Avrupa Birliği'nin KOBİ'lere İlişkin Politikalarının Geç Ödeme Düzenlemelerine Etkisi

1. Avrupa Birliği Politikaları Çerçevesinde KOBİ'ler

Avrupa Birliği Komisyonu'nun 6 Mayıs 2003 tarihli ve 2003/361/EC sayılı tavsiye kararı uyarınca Avrupa Birliği mevzuatı çerçevesinde KOBİ'ler "250 kişiden az çalışanı, 50 milyon Avro'dan daha düşük bir yıllık cirosu ve/veya 43 milyon Avro'yu geçmeyen bir yıllık bilançosu bulunan işletmeleri" ifade etmektedir.⁴ Avrupa Birliği üye ülkelerinin Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya ile aralarındaki yenilikçilik ve AR-GE açığını kapatabilmek ve bilgi tabanlı bir ekonomiye geçişi sağlayarak daha fazla sayıda ve daha kaliteli iş imkanları yaratabilmek için uygulamaya koyduğu Lizbon Stratejisi, istihdamda önemli bir rol oynayan KOBİ'lerin önündeki bürokratik ve finansal engellerin kaldırılmasını da amaçlamaktadır.⁵ Bu doğrultuda, Avrupa Birliği Komisyonu, 25 Haziran 2008 tarihinde KOBİ'lerin ihtiyaçlarının ön plana çıkarılması amacıyla "AB için Küçük İşletmeler Yasası"nı (*A Small Business Act for Europe*) kabul etmiştir.⁶ Söz konusu Avrupa Komisyonu metni, teknik hukuk açısından bir yasa olmayıp, konuya önem verilmesi amacıyla

Duyurusu, <http://www.sanayi.gov.tr/PressReleases.aspx?dataID=233>, Erişim Tarihi: 12.09.2011

⁴ Avrupa Birliği Resmi İnternet Sitesi, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:en:PDF>, Erişim Tarihi: 12.09.2011

⁵ Yücel Eda Erkan, *Avrupa Küçük İşletmeler Yasası Komisyon Bildirimi*, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Sanayi Sektörü Dairesi, 2008, <http://www.ekonomi.gov.tr/upload/DA5840A1-D8D3-8566-4520591450E86CEA/K%C3%9C%C3%87%C3%9CK%20%C4%B0%C5%9ELETMELER%20YASASI.pdf>, Erişim Tarihi: 12.09.2011

⁶ Avrupa Birliği Resmi İnternet Sitesi, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:en:PDF>, Erişim Tarihi: 12.09.2011

bu şekilde adlandırılmıştır. Bu düzenlemede KOBİ'lerin rekabet gücünü arttırmak amacıyla politika ve hukuk alanlarında "Önce Küçük Düşünün" (*Think Small First*) prensibinin altı çizilmekte, müteşebbislik teşvik edilmekte ve Avrupa Birliği ekonomisinin merkez kavramlarından biri olarak kapsamlı bir KOBİ politikası ortaya konmaktadır. Anılan yasada KOBİ'lerin ekonomik açıdan güçlendirilmesi 10 farklı başlık altında toplanan prensipler çerçevesinde formüle edilmiştir. Anılan prensipler arasında "girişimcilerin ve aile işletmelerinin zenginleşeceği ve ödüllendirileceği bir iş ortamı yaratmak" ve "KOBİ'lerin finansmana erişimlerinin kolaylaştırılması ve ticari ödeme işlemlerinin zamanında yapılmasını destekleyici bir yasal mevzuat ve iş ortamının geliştirilmesi" de yer almaktadır.⁷ Bu çerçevede, KOBİ'lerin diğer problemlerin yanısıra, geç ödeme sebebiyle yaşadıkları finansal zorluklara da çözüm önerileri sunan yasal düzenlemelerin geliştirilmesi hedeflenmektedir.

2. Özellikle KOBİ'lerin Taraf Olduğu İşlemler Bakımından Geç Ödemelere İlişkin Mevzuat

Avrupa Birliği mevzuat çalışmaları çerçevesinde birçok büyük ve güçlü ticari işletmenin mal ve hizmet tedariki sözleşmeleri kapsamında geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullandığı, ancak bu aracın büyük işletmelerce kendilerine mal ve hizmet tedarik eden işletmeleri çok güç durumda bıraktığı, finansal durumlarını sarstığı ve rekabet güçlerini azalttığı tespit edilmiştir. Avrupa Birliği Komisyonu tarafından Direktif'in gerekçesinde de belirtildiği üzere, söz konusu olgu en çok KOBİ'leri olumsuz yönde etkilemektedir.⁸ Bu çalışmalar ışığında ve AB için Küçük İşletmeler Yasası'ndaki amaçları gerçekleştirmek amacıyla, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin aynı konudaki 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/35/EC sayılı Ticari İşlemlerde Geç Ödemeye Mücadele başlıklı direktifte, özellikle KOBİ'leri korumak amacıyla, üye devletlerin uymakla yükümlü olacağı belirli kurallar konmuştur. 2011 yılında yürürlüğe konan Direktif ile bu alandaki genel prensipler daha detaylı olarak düzenlenerek ortaya konmuştur. Direktif'e ilişkin 8 Nisan 2009 tarihli Komisyon Etki Değerlendirmesinde geç ödeme sorununun temel

⁷ Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi, <http://www.kosgeb.gov.tr/Pages/UI/UluslarArasilliskiler.aspx?refIn=35>, Erişim Tarihi: 12.09.2011

⁸ Avrupa Birliği Resmi İnternet Sitesi, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0126:FIN:en:PDF>, Erişim Tarihi: 12.09.2011

sebepleri olarak tedarikçi ve müşteri arasındaki ekonomik farklılıklar, krizin yatırım imkanlarına ve finansman açığına etkisi, finansman ve kredi imkanlarına erişimin zorlaşması, işletmelerin borç ve alacak takibi ile ilgili iç sistemlerindeki zayıflık ve hukuken yeterli düzenlemelerin yapılmamış olması sayılmakta ve genel bir değerlendirme neticesinde Direktif'te düzenlenen önlemlerin olumlu sonuç vereceği ifade edilmektedir.⁹ Üye devletler iç hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri 2013 yılına kadar Direktif ile uyumlu hale getirmekle mükelleftir.

Direktif'in 1'inci Maddesinde, düzenlemenin amacının iç piyasanın sağlıklı işlenmesi ve özellikle KOBİ'ler başta olmak üzere tüm teşebbüsler açısından rekabet ortamının güçlendirilmesi olduğu açıkça belirtilmektedir.

B. Direktif'te Yer Alan "Ağır Haksız" ("Grossly Unfair") Koşul Kavramı ve Avrupa Birliği Düzeyinde Geç Ödemeye Mücadelede Göz Önünde Bulundurulacak İlkeler

1. Ağır Haksız Durum Yaratan Sözleşme Hükümlerinin Sonuçları

Direktif'te geç ödemeye ilişkin yer verilen düzenlemelerin büyük ölçüde Yeni TTK'nın 1530. Maddesi hükümlerinde yer alan düzenlemelere kaynak teşkil ettiği görülmektedir ve bu sebeple Direktif'in içeriğine kısaca değinmekte fayda görülmektedir. Direktif'in Madde 7/paragraf 1 hükmünde mal veya hizmet tedariki sözleşmelerinde tedarikçi aleyhine "ağır haksız durum" olarak tanımlanabilecek ve ilgili sözleşme maddesini geçersiz kılacak hallerle ilişkin detaylı bir açıklamaya yer verilmiştir.¹⁰

Alacaklı tedarikçi aleyhine ağır haksız bir şartın varlığından söz edebilmek için,

- kabul edilen ticari teamülün ağır ve dürüstlük kuralına aykırı ihlali ve
- adil işlem,
- mal veya hizmetin niteliği ve

⁹ Avrupa Birliği Resmi İnternet Sitesi, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0315:FIN:en:PDF>, Erişim Tarihi: 12.09.2011

¹⁰ Yeni TTK Direktif'e paralel olarak mal veya hizmet tedarik eden alacaklının aleyhine ağır haksız durum yaratılmasını engellemeyi amaçlamakla beraber, söz konusu ağır haksız duruma ilişkin bir tanım vermemektedir, dolayısıyla bu konuda mehaz düzenleme olarak Direktif'i incelemek yerinde olacaktır.

- borçlunun faiz ve ödeme süresi ile ilgili kurallara aykırı hareket etmek için objektif bir sebebi bulunup bulunmadığı

gibi hususlar da dahil olmak üzere her bir sözleşme ilişkisi açısından tüm şartların göz önünde bulundurulması gerekecektir. Bu anlamda, somut olayın koşulları dahilinde, örneğin kanuni faizin ödenmemesine ilişkin bir sözleşme hükmü ağır haksız bir koşul olarak değerlendirilebilecektir. Direktif, ağır haksız durum yaratan bir koşulun varlığı halinde, söz konusu sözleşme koşulunun geçersiz olacağını ve alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zararlara ilişkin bir tazminat talebinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Direktif'e göre alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zararlara ilişkin tazminat talebi asgari 40 Avro değerinde sabit bir meblağ ile buna ek olarak talep edilecek makul bir tutarın toplamından oluşacaktır.¹¹

2. Geç Ödemeye Mücadele Konusunda Yeni TTK'da Yer Verilmeyen Direktif Düzenlemeleri

Yeni TTK'da aynen yer verilen hükümlerin yanı sıra, Direktif'te Avrupa Birliği politikaları çerçevesinde üye devletlerin uymakla yükümlü olduğu başka bir takım hususlara da yer verilmiştir, ancak bu hususların Türkiye uygulaması açısından Yeni TTK'ya alınması Türk kanun koyucusu tarafından gerekli ve yerinde görülmemiştir.

Bunlardan ilki, üye devletlerin, tarafların sözleşmelerinde açıkça malların tesliminden önce mülkiyetin muhafaza edilmesine dair bir kayda yer vermiş olmaları kaydıyla, ödeme yapılmadan mülkiyetin tedarikçiden diğer tarafa geçmeyeceğine dair bir düzenlemeye yer vermeleri gerektiğidir. Yeni TTK'nın Madde 1530 hükmünde geç ödemeye ilişkin böyle bir sonuç düzenlenmemiştir. Benzer şekilde Direktif, üye ülkelerin borçlu aleyhine yürütülen borçların yeniden yapılandırılması ve iflas işlemleri gibi hususları anılan düzenleme kapsamından çıkarabileceklerini ifade etmektedir. Direktif ayrıca, Avrupa Birliği kurumlarının geç ödeme hususundaki hassasiyetine paralel biçimde, söz konusu düzenleme tahtında mevcut haklar ve yükümlülükler ile ilgili olarak üye devletlerin toplumu bilgilendirme, özellikle ilgili faiz oran-

¹¹ Yeni TTK'da da buna paralel şekilde, alacaklı tedarikçi açısından ağır haksız durum yaratan sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağını ifade edilmektedir ve alacaklının alacağını tahsil için talep edebileceği asgari tazminat tutarının yıllık bazda sabit bir tutar olarak belirlenerek Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nca ocak ayında ilan edileceği belirtilmektedir.

larının kamuya açıklanması ve güncellenmesi konularında tabi olacakları yükümlülükleri özel olarak düzenlemektedir. Üye devletlerin geç ödemelere karşı ticari işlemlere taraf olacak kişi ve kurumları bilinçlendirme kampanyaları düzenleyebilecekleri, bu hususta profesyonel kurallar getirmeleri veya geç ödemededen kaynaklanan ihtilaflara özgü kolaylaştırılmış takip prosedürleri öngörebilecekleri ifade edilmektedir. Yine Direktif'te kamu kurumları ile özel kişiler arasında akdedilen ticari işlemlere ilişkin sözleşmeler ile ilgili düzenlemelere de yer verilmiştir, Yeni TTK ise bu tür hükümleri içermemektedir.

Anılan hükümler yukarıda belirtildiği üzere Avrupa Birliği mevzuatına hakim olan *piyasanın iyi işleyişini sağlama ve rekabet ortamını koruyarak güçlendirme* ilkeleri ışığında hazırlanmış olup, Türk kanun koyucusu tarafından Yeni TTK'nın hazırlanması aşamasında kapsam dışında bırakılmıştır.

II. Yeni TTK Uyarınca Ticari İşlemlerde Geç Ödeme ve KOBİ'lerin Korunması

Yeni TTK'nın 1530. Maddesinde ticari işletmeler arasında akdedilen mal veya hizmet tedariki sözleşmelerinde geç ödemenin sonuçları düzenlenmektedir. Bu sonuçların incelenmesine geçmeden önce terminoloji üzerinde durmakta fayda görülmektedir. "*Ticari işletme*", Yeni TTK'nın 11. Maddesinde "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme*" olarak tanımlanmaktadır, "*KOBİ*"ler ise Yeni TTK'nın 1522. Maddesinde belirtildiği üzere, Yeni TTK tahtında çıkarılacak bir yönetmelik ile tanımlanacaktır. Mevcut durumda Yeni TTK Madde 11'de belirtilen şartları taşımayan KOBİ'lerin ticari işletme sayılamayabileceği, ticari işletme kavramının KOBİ kavramına göre daha dar bir kavram olduğu yönünde görüşler ileri sürülmektedir.¹² Nitekim 18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı mevcut Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik uyarınca da KOBİ kavramı 4. Maddede belirtilen istihdam, ciro ve bilanço kriterlerini taşıyan ve yönetmelikte mikro işletme, küçük işletme ve orta büyüklükteki işletme olarak sınıflandırılan "*ekonomik birimler*" olarak ifade edilmektedir ve Yeni TTK'daki

¹² Korkut Özkorkut, "1522. Madde Açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Bakışının Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara 2009, C XXV, S.3, s. 159.

ticari işletme tanımından uzaktır. Bu görüşe itibar edildiğinde, Yeni TTK Madde 1530'da KOBİ'lere açıkça atıf yapılmayan hükümlerin ticari işletme kriterlerini yerine getirmeyen KOBİ'lere uygulanamayacağı gibi bir çıkarım yapmak mümkün ise de, maddenin amacı ve mehz Direktif hükümleri gözetilerek buradaki ticari işletme ifadesini organizasyonel ve dolayısıyla daha ziyade ekonomik anlamda bir "işletme" olarak algılamak daha makul görünmektedir. Belirtilmelidir ki, söz konusu açıklamalar esasen teorik tartışmaların ürünü olup, daha ziyade ekonomik bir kavram olan KOBİ ile tamamen hukuki bir kavram olan ticari işletmenin geç ödemelere ilişkin mezkur maddede bir arada kullanılmış olmasının nasıl yorumlanacağı hususu Yeni TTK'nın yürürlüğe girmesini müteakip verilecek yargı kararları ile belirlenecektir.

A. Yeni TTK Madde 1530 Kapsamında Geç Ödemenin Genel Sonuçları

1. Ödeme Tarihinin veya Süresinin Belirli Olduğu Durumlar

a) Peşin Ödemeler Bakımından Geç Ödeme

Yeni TTK Madde 1530/fıkra 2 vd. hükümlerine göre, ticari işletmeler arasında mal veya hizmet tedariki işlemlerinde geç ödeme halleri söz konusu olduğunda, sözleşmede ödeme tarihi veya süresi belirtilmiş ise, mal veya hizmeti tedarik eden alacaklıya sözleşmede öngörülen tarihte veya sürede ödeme yapmayan borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı haller dışında, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmüş sayılacaktır ve sözleşmede şart koşulmamış olsa dahi söz konusu tarihten itibaren işleyecek temerrüt faizini ödemekle yükümlü olacaktır. Bu düzenleme ile Yeni TTK, 6762 sayılı mevcut Türk Ticaret Kanunu'nun Madde 20/fıkra 3 hükmünde yer alan, tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek için yapılacak ihbar veya ihtarların geçerliliğini noter marifetiyle, iadeli taahhütlü mektupla veya telgrafla veya Yeni TTK'nun Madde 18/fıkra 3 eklemesiyle güvenli elektronik imza kullanılarak gönderilecek e-posta yoluyla gönderilmeye bağlayan emredici düzenlemeyi, mal veya hizmet tedarikinde geç ödeme bakımından bertaraf etmiş bulunmaktadır.¹³

b) Taksitli Ödemeler Bakımından Geç Ödeme

Tedarik edilen mal veya hizmetin bedelinin taksitle ödenmesinin söz konusu olması halinde, Madde 1530'un ödeme süreleriyle ilgili

¹³ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 10. Basıdan tıpkı 11. Bası, İstanbul 2006, s.143.

olarak getirdiği tüm kısıtlamalar ilk taksit bakımından geçerli olacaktır ve her bir taksit tutarının ödenmeyen kısmı için aynı maddedeki temerrüt faizine ilişkin kurallar uygulanacaktır.

c) Sözleşmede Belirlenecek Ödeme Süresine İlişkin Sınırlama

Kanun sözleşmede belirlenecek ödeme süresi açısından da mal veya hizmet tedarik eden işletmeyi koruyucu sınırlamalar öngörmektedir. Kural olarak ödeme süresi, fatura veya buna eş değer olabilecek bir ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirilerek kabul edildiği tarihten itibaren işleyecek en fazla 60 gün olacaktır. Tarafların açıkça anlaşmaları halinde ise bu süre 60 günden uzun olabilecektir. Ancak 60 günden daha uzun bir sürenin belirlenebilmesi için söz konusu sürede ödeme yapılmasının mal veya hizmet tedarik eden alacaklının aleyhine haksız bir durum yaratmaması gerekmektedir.

2. Ödeme Tarihinin veya Süresinin Belirli Olmadığı Durumlar

Ödeme gününün veya tarihinin sözleşmede belirtilmediği veya sürenin belirtildiği, ancak Madde 1530/fıkra 5 hükmünde yer alan sınırlamaya aykırı olduğu durumlar için Yeni TTK belirli sürelerin sonunda borçlunun ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit sayılacağını ve alacaklının söz konusu tarihlerden itibaren faize hak kazanacağını belirtmektedir. Anılan süreler, borçlu faturayı veya buna eşdeğer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden sonra almışsa bunu takip eden 30 gün, mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa veya fatura veya ödeme talebinin tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslimini takip eden 30 gün olarak ifade edilmektedir. Kanunen veya sözleşme hükümleri uyarınca mal veya hizmet gözden geçirme veya kabul prosedürüne tabi ise ve fatura veya eşdeğer ödeme talebi gözden geçirme veya kabul öncesinde veya esnasında alınmışsa, söz konusu süre prosedürün tamamlanmasından itibaren 30 gün olacaktır. Ancak gözden geçirme veya kabul süresi mal veya hizmetin tesliminden itibaren 30 günü aşıyor ve alacaklı tedarikçi açısından ağır haksız bir durum yaratıyor ise, ilgili sözleşme hükmünde öngörülen süre geçersiz olacak ve gözden geçirme veya kabul süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren 30 gün olarak uygulanacaktır.

3. Emredici Hükümlere Aykırılığın Sonuçları

Yeni TTK Madde 1530 kapsamına giren sözleşmelerde, temerrüt faizi ödenmeyeceğini, ağır haksız bir koşul sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğini, alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zarardan

borçlunun sorumlu olmayacağını veya sınırlı olarak sorumlu olacağını öngören sözleşme koşulları geçersiz olacaktır. Bu halde Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın her yıl ocak ayında ilan edeceği faiz oranı ile alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarı uygulanacaktır. Yeni TTK'da ayrıca söz konusu faiz oranının 4/12/1984 tarih ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak temerrüt faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olması gerektiği belirtilmektedir.

B. KOBİ'lere İlişkin Özel Sınırlamalar

Yeni TTK'nın 1530. Maddesi ile daha önce Türk hukukunda var olmayan bir kurum olarak *"ticari işletmeler arasında mal veya hizmet tedariki ilişkilerinde geç ödemenin engellenmesi"* hedeflenmekle birlikte, KOBİ'ler için bu hedefin de ötesinde ek bazı korumalar getirildiği, diğer ticari işletmeler için sözleşme serbestisi çerçevesinde geçerli olabilecek bazı anlaşmaların KOBİ'lerin tedarikçi olduğu sözleşmelerde istisnaen dahi uygulanamayacağı görülmektedir. KOBİ'lerin Türk hukukunda, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde korunan tüketiciler gibi, özellikle ekonomik açıdan kendilerinden daha güçlü sözleşme taraflarının dayatacağı koşullara karşı korunması doktrinde zaman zaman savunulmuştur.¹⁴ Ancak bu görüş Türk Yargıtayı tarafından kabul edilmemiştir.¹⁵ Mevcut durumda ise Yeni Borçlar Kanunu düzenlemeleri uyarınca genel hükümlere dahil edilen genel işlem şartları teorisinin yanı sıra, Yeni TTK ile bu nitelikteki bir düzenleme Avrupa Birliği mevzuatına uyum çerçevesinde Türk hukukunda yürürlük kazanacaktır. Ancak bu noktada, kanun gereği basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken KOBİ sahibi tacirlerin, Yeni TTK Madde 1530 uyarınca geçersizlik yaptırımına tabi olan sözleşmeleri uygulamada ekonomik sebeplerle akdetmek zorunda kalması halinde, olası bir uyuşmazlıkta, basiretli birer tacir olarak söz konusu mevzuatı bilmediğini iddia edemeyeceğinden, düzenlemenin KOBİ'lere gerçekten yararlı olup olmayacağını görmek için uygulamanın sonuçlarının beklenmesi gerektiği de bazı yazarlarca ifade edilmektedir.¹⁶

¹⁴ Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 57.

¹⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1 Mayıs 1998 tarihli ve 1997/10031 E. ve 1998/2995 sayılı kararında açıkça *"...tacirin ticari işletmesi ve bu işletmenin faaliyetiyle ilgili olarak taraf olduğu sözleşmelerde tüketicinin korunması mevzuatından yararlanamayacağı kabul edilmiştir."* ifadesine yer vermektedir.

¹⁶ Murat Yusuf Akın/Veliye Yanlı, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Dünya Değişiyor. Ya*

1. Ödeme Süresinin Belirlenmesi

Yeni TTK Madde 1530'da belirtilen, mal veya hizmet tedariki sözleşmelerinde, tarafların açıkça anlaşması ve tedarikçi aleyhine ağır haksız bir durum yaratılmaması koşuluyla 60 günden daha uzun bir ödeme süresi öngörülebilmesi imkanı, tedarikçinin KOBİ veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu *veya* borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hallerde geçerli olmayacaktır. Bu noktada belirtilmelidir ki, Madde 1530/fıkra 5 son cümlede yer alan açık ifade uyarınca, söz konusu sınırlamanın geçerli olması ve KOBİ'lerin kanunda belirtilen korumadan yararlanması için mal veya hizmet satın alan borçlunun büyük ölçekli işletme niteliğini taşıması zorunlu olmayacaktır, iki KOBİ arasındaki işlemlerde de bu sınırlama geçerli olacaktır. Bu yorum, bir yönüyle esasen KOBİ'lerin tedarikçi, büyük işletmelerin ise alıcı olduğu sözleşmelere uygulanması amacıyla öngörülen düzenlemenin amacının ötesine geçmektedir, öte yandan çoğunlukla finansal açıdan çok güçlü olmayan üretici ve KOBİ'lerin ekonomik yapılarını güçlendirmeleri ve birbirlerine karşı dahi koruma altına alınmaları açısından olumlu bir yaklaşım olacaktır.

2. Taksitli Ödemelerde KOBİ'lerin Korunması

Yeni TTK Madde 1530/fıkra 8 alacaklı tedarikçinin bir KOBİ veya tarımsal veya hayvansal üretici, borçlunun da büyük ölçekli işletme olduğu mal veya hizmet tedariki sözleşmelerinde taksitle ödeme öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağını öngörmektedir. Dolayısıyla finansal açıdan daha güçlü konumda bulunan büyük işletmeler tarafından mal veya hizmet tedarikinde bulunan ve pazarlık gücünün daha az olacağı varsayılan KOBİ'lere peşin ödeme yerine taksitle ödeme teklif edilmek suretiyle bu kuruluşların finansal açıdan zor durumda bırakılması engellenmiş ve KOBİ'lerin sermayelerinin sürekliliğine katkıda bulunmuş olmaktadır. Dikkat edilmesi gereken husus, burada taksitli ödemenin geçersizliğinin büyük işletmeler karşısında yer alan üretici veya KOBİ'lere hasredilmiş olduğudur.

SONUÇ

Yeni TTK Madde 1530/fıkra 2 vd. hükümlerinde öngörülen KO-Bİ'leri koruma amaçlı düzenlemelerin Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlamanın yanı sıra, KO-Bİ'lerin Avrupa Birliği çerçevesinde olduğu kadar Türkiye'de mevcut sorunlarına da çözüm getirmesi beklenmektedir. Üreticilerin ve KO-Bİ'lerin ve fatura veya benzeri ödeme talepleri karşılığında hizmet veren ticari işletmeler ile kişilerin özellikle karşı tarafa dilediği sözleşme koşullarını kurumlar karşısında korunması, sözleşme özgürlüğünün karşısında duran ve eşit pazarlık gücüne sahip bulunmayan taraflardan daha zayıf olan tarafın hukuk düzenince korunması ilkesi ile bağdaşmaktadır. Tüketici sıfatını taşımamalarına karşın, anılan sözleşme ilişkileri tahtında benzer bir biçimde zayıf durumda kalabilen üreticiler ve KO-Bİ'ler açısından öngörülen bu korumanın ne şekilde uygulanacağı ise Yeni TTK'nın yürürlüğe girmesi ile beraber yargı kararları ve doktrinde ileri sürülecek yorumlar ışında belirlenecektir.

KAYNAKLAR

- Avrupa Birliği Resmi İnternet Sitesi (www.europa.eu)
- Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi (www.sanayi.gov.tr)
- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Resmi İnternet Sitesi (www.kosgeb.gov.tr)
- Murat Yusuf Akın/Veliye Yanlı, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Dünya Değişiyor. Ya Siz?*, KPMG Akis Bağımsız Denetim ve SMMM A.Ş., 1. Baskı, İstanbul 2011
- Reha Poroy/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 10. Basıdan tıpkı 11. Bası, İstanbul 2006
- Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayınları, İstanbul 1999
- Yücel Eda Erkan, *Avrupa Küçük İşletmeler Yasası Komisyon Bildirimi*, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Sanayi Sektörü Dairesi, 2008 (<http://www.ekonomi.gov.tr/upload/DA5840A1-D8D3-8566-4520591450E86CEA/K%C3%9C%C3%87%C3%9CCK%20%C4%B0%C5%9EELETMELER%20YASASI.pdf>)

HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NUN MEDENİ USUL HUKUKUMUZA GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEMELER

NEW RULES IN CODES OF CIVIL PROCEDURE

M. Serhat SARISÖZEN*

Özet : Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu on dönemde değiştirilmiştir. Bu değişiklikler Avrupa Birliği beklentilerine de uygundur. Bu makalede medeni usul hukukundaki yeni düzenlemeler anlatılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Medeni Usul Hukuku, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yeni kurallar

Abstract : Code of Civil Procedure, Code of Obligations and Code of Commerce were changed recently. These changings are in accordant with the European Union rules. This article is about new rules in the codes of civil procedure.

Key Words: Civil Procedure, Code of Civil Procedure, New rules

1- HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NA GENEL BAKIŞ

Ülkemizde son birkaç yıl içinde pek çok kanun yenilenmiştir. Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'yla aynı dönemde Hukuk Muhakemeleri Kanunu oluşturulmuş ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yerini almıştır. Yapılan bu yeni çalışmaların Avrupa Birliği beklentilerine de son derece uygun olduğunu da çalışmamızın başında ifade etmek isteriz.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun yenilenmesi gündeme geldiğinde; hazırlanmış bulunan "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*", 16.04.2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine geldi ve bu Tasarı, 12.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda görüşülerek, bazı değişikliklerle, kabul edildi¹.

* Yrd. Doç. Dr., Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bkz. Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdikleri, Nevşehir Barosu, 4.6.2011, s. 3 vd.

HUMK'un hükümleri büyük oranda korunmasına karşın HMK'nın tamamı değiştirilmiş olup, madde numaraları farklılaştırıldığı gibi farklı da bir sistematik izlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu ile paralellik sağlanması için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda önceki Kanun'dan farklı olarak "usul" kelimesi geçmemekte olup, bu durum eleştirilmiştir². Bu eleştirilere katılmıyoruz. HMK, pek çok kuralı yeniden ele alıp gözden geçirmiş, bir kısmını sadeleştirmiş olup, isimde yapılan bu sadeleştirme de isabetlidir. İsimde "usul" kelimesinin geçmemesi şüphesiz Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun usuli yönünü ortadan kaldırmayacaktır. Bununla birlikte HMK'nın bazı maddelerinde terim birliğinden uzaklaşmış olduğu yönündeki eleştirilere ise katılıyoruz.

2- MADDESEL DEĞİŞİKLİKLER

I- HMK'NİN ZAMAN İTİBARIYLA UYGULANMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

HMK Geçici 1. Maddeye göre, *"Bu Kanun'un yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz. Bu Kanun'un, senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümleri Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmaz.."*

Geçici 2.Maddeye göre, *"1086 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde usulüne uygun olarak düzenlenmiş bulunan senetler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da geçerliliklerini korur. "*

HMK m. 448'e göre *"Bu Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır"*

Geçici 3. Maddeye göre, *"Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.Bölge adliye mah-*

² Yılmaz, Getirdikleri, s. 5.

kemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanununun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır“

II- ÇEKİŞMESİZ YARGIYA İLİŞKİN DÜZENLEME

Hukukumuzda ilk defa çekişmesiz yargı ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiş ve bu yargı türüne giren uyuşmazlıklar tek tek sıralanmıştır. HMK m. 383'te görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olacağı belirtilmiştir. Yetkili mahkeme ise HMK m. 384'e göre "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi" dir.

Çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır. Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi geçerlidir. Mahkemeler dışındaki resmî makamlara bırakılan çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak usul, ilgili özel kanunlarında belirtilen hükümlere tabidir. (HMK m. 385)

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı bulunan ilgililer, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, istinaf yoluna başvurabilirler. (HMK m. 387)

HMK m. 388'de çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm tekil etmeyeceğini belirtilmiştir.

HMK m. 382'ye göre, Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır:

- a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller.
- b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller.
- c) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller.

HMK'da hangi işlerin çekişmesiz yargı işleri olacağı tek tek sayılmıştır. Aşağıda sayılanlar örnek olup, bunların dışında başkaca çekişmesiz yargı işleri de vardır:

- a) Kişiler hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:
 - 1) Ergin kılınma.
 - 2) Ad ve soyadın değiştirilmesi.
 - 3) Ölüm karinesi sebebiyle (ilgili yerin mülkî amirinin emriyle) nüfus kütüğüne ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespiti.
 - 4) Gaiplik kararı.
 - 5) Kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi.
- b) Aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:
 - 1) Henüz evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verme.
 - 2) Gaiplik nedeniyle evliliğin feshi.
 - 3) Evlendirme memurunun, evlenme başvurusunu ret kararına karşı yapılan itiraz.
 - 4) Yeniden evlenmede bekleme süresinin hâkim tarafından kaldırılması.
 - 5) Terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi.
 - 6) Eşlerden birinin, evlilik birliğini tek başına temsil etmek konusunda yetkili kılınması.
 - 7) Aile konutu ile ilgili işlemler için diğer eşin rızasının sağlanamadığı hâllerde hâkimin müdahalesinin istenmesi.
 - 8) Mevcut mal rejiminin eşlerden birinin veya alacaklıların talebiyle mal ayrılığına dönüştürülmesi ve sebeplerin ortadan kalkması hâlinde mal ayrılığından eski rejime geri dönülmesi.
 - 9) Paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya evliliğin iptali hâlinde, aile konutu ve ev eşyasını hangi eşin kullanmaya devam edeceği hakkında karar verilmesi.
 - 10) Sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ve ev eşyası üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı tanınması.

- 11) Mal ortaklığında eşlerden birinin mirası reddine izin verilmesi.
 - 12) Ana babaya çocuğun mallarından bir kısmını çocuğun bakım ve eğitimi için sarf etme izninin verilmesi.
 - 13) Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi.
 - 14) Hâkimin çocuğun mallarının yönetimine müdahale etmesi ve çocuğun mallarının yönetiminin kayyımına devri.
 - 15) Evlilik sona erince velayet kendisinde kalan eşin, hâkime çocuğun malları hakkında defter sunması.
 - 16) Aile yurdunun kurulmasına izin verilmesi, kuruluşun tebliğ ve ilanı, kapatılması hâlinde tapu sicilindeki şerhin silinmesine izin verilmesi, taşınmazın bizzat malik veya ailesi tarafından kullanılması şartına geçici olarak istisna tanınması.
 - 17) 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanuna göre aile mahkemesi hâkimi tarafından karar verilecek tedbirler.
 - 18) Çocuk hâkimi tarafından, çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması.
 - 19) Vesayet işleri.
- c) Miras hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:
- 1) Sulh hâkimi tarafından resmî vasiyetname düzenlenmesi; el yazısı ile vasiyetnamenin sulh hâkimi tarafından saklanması; sözlü vasiyetname tutanağının sulh veya asliye mahkemesine tevdiî.
 - 2) Vasiyeti yerine getirme görevlisine görevinin bildirilmesi.
 - 3) Vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke malları üzerinde tasarruf etmesine izin verilmesi.
 - 4) Gaibin mirasçularına, gaibe düşen miras payının teslim edilmesi.

- 5) Tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine ulaşmasını sağlamak için önlem alınması.
 - 6) Mirasçılık belgesi verilmesi.
 - 7) Terekenin yazımı işleminin sona erdiğinin mirasçılara bildirilmesi, mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili; mirasın reddinin, mirası reddeden kişiden sonra gelen mirasçılara bildirilmesi; mirasın reddi süresinin uzatılması.
 - 8) Terekenin resmî defterinin tutulması.
 - 9) Sulh hâkiminin özellikleri olan eşyanın mirasçılardan birine tahsis edilmesi veya satılmasına karar vermesi.
- ç) Eşya hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:
- 1) Taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması.
 - 2) Taşınmaz rehninde alacaklı için kayyım tayini.
- d) Borçlar hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:
- 1) Yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesini mahkemeye teslimi.
 - 2) Borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi.
 - 3) Tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılması.
 - 4) Alacaklısı ihtilafli olan borcun mahkemeye tevdi.
 - 5) Ayıplı hayvanın bilirkşi tarafından muayenesi.
 - 6) Mesafeli satımlarda ayıbın tespiti veya ayıplı malın satılmasına izin verilmesi.
 - 7) İşçiye kârdan hisse verilmesini öngören iş sözleşmesinde, mahkemenin işverenin hesaplarını inceleyecek bir kişi tayin etmesi.
 - 8) Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkşiye tespit ettirilmesi.
 - 9) Satılmak için komisyoncuya gönderilen eşyanın hasarının tespiti.
 - 10) Komisyoncu elindeki malın açık artırma ile satışına izin verilmesi.

e) Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:

- 1) Ticari defterlerin zıyaı hâlinde belge verilmesi.
- 2) Acentenin müvekkili hesabına teslim aldığı malın Borçlar Kanununa göre satılması.
- 3) Kollektif şirketin tasfiyesinde tasfiye memuru tayini.
- 4) Komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için eksper tayini.
- 5) Anonim şirkette aynı sermaye konulması, tescilden itibaren iki yıl içinde sermayenin onda birini aşan tutarda işletme devralınması ve sermaye azaltılmasında bilirkişi raporu alınması ve mahkemenin izni.
- 6) Kıymetli evrakın iptali.
- 7) Eşya taşımada eşyanın hasar ve eksiğinin tespit edilmesi; teslim edilememesi hâlinde Borçlar Kanunu hükümlerine göre satılmasına karar verilmesi; gönderilen eşyanın mahkeme marifetiyle muayenesi.
- 8) Gemi ipoteginde, malikin bulunamadığı hâllerde kayyım tayini.
- 9) Deniz raporu tanzimi.
- 10) Kırkambar sözleşmesinde geminin hareket gününün mahkeme tarafından tayini.
- 11) Navlun sözleşmesinde, boşaltma limanında malların hâl ve vaziyetinin, ölçü, sayı ve tartısının ekspere tespit ettirilmesi.
- 12) Müşterek avaryalarda dispeççi tayini ve dispecin mahkemece tasdiki.
- 13) Denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda zararın ve kapsamının belirlenmesi için bilirkişi tayini.
- 14) Kooperatiflerde aynı sermayeye değer biçilmesi için bilirkişi tayini.

f) İcra ve iflas hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:

- 1) İpotekli alacakta alacaklının gaipliği veya alacağı almaktan

kaçınması hâlinde, borç tutarının icra dairesine tevdi edilmesi üzerine icra mahkemesi tarafından ipoteğin fekkine karar verilmesi.

- 2) Doğrudan doğruya iflas.
 - 3) İflasın kaldırılması.
 - 4) İflasın kapanmasına karar verilmesi.
 - 5) Reddolunmuş mirasın tasfiyesinin, mirasçılardan birinin mirası kabul talebi üzerine mahkeme tarafından durdurulması.
 - 6) Konkordato mühleti verilmesi ve komiserin atanması.
 - 7) Konkordatonun tasdiki.
 - 8) Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında projenin ilanı ve ara dönem denetçisinin atanması.
 - 9) Fevkalade hâllerde, kusuru olmaksızın borçlarını yerine getiremeyen borçluya mühlet verilmesi.
- g) Çeşitli kanunlardaki çekişmesiz yargı işleri:
- 1) Nüfus kütüklerinin sayfa birleşim yerlerinin asliye hukuk mahkemesince mühürlenmesi.
 - 2) Noterlerin göreve başlarken mahkemede yemin ettirilmeleri.
 - 3) Noter evrak ve defterlerinden alınarak başka yere gönderilecek örneklerin mahkeme tarafından tasdiki.
 - 4) Kamu görevlilerinin mahkeme huzurunda kanunen yemin etme zorunluluğunun öngörüldüğü diğer durumlar.

III- HAKİMİN YASAKLILIĞI VE REDDİNE İLİŞKİN DÜZENLEME

Hakimin yasaklığı ve reddine ilişkin olarak önceki düzenleme genel olarak korunsa da birkaç değişiklik yapılmıştır. Bunlar:

- Nişanlılık hali de yasaklılık hallerinden biri olarak kabul edilmiştir.
- Önceki Kanun'da ikinci dereceye kadar olan kayın hısımlığı, üçüncü dereceye kadar kayın hısımlığı olarak değiştirilmiştir.
- Hakimin reddi talebinin kabul edilmemesi halinde tarafa para

cezası verilebilmesi için HMK “*kötüniyetle yapılması*” şartını getirmiştir.

- Hakimin yasaklılığı için öngörülen sebeplerle zabıt katibinin de reddedilebileceği düzenlenmiştir.

Hakim ile tarafların avukatı arasında yakınlık bulunması bir yasak hali olarak kabul edilmemiştir. Fakat bu yasak Avukatlık Kanunu’nda düzenlendiğinden bu durumda çekilmesi gereken hakim değil avukattır³.

IV- HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEME

Hakimler HUMK’ta yargı görevlerini yerine getirmeleri sırasında verdikleri zararlardan bizzat sorumlu tutulmuşken, HMK’da bu değiştirilmiş, devletin birinci derecede sorumluluğu kabul edilmiştir. Önceki Kanun’dan farklı olarak hakime noter aracılığıyla ihtar gönderilmesine de gerek yoktur.

Yapılan yeni düzenlemeyle hakimlerin vermiş olduğu kararlardan ötürü sadece ağır ihmal veya kasıtlı olduğu durumlarda devletin sorumluluğu kabul edilmiştir.

V- GÖREV

Eski düzenlemedeki asliye hukuk mahkemesi ve sulh hukuk mahkemesi arasındaki göreve ilişkin parasal sınırlar kaldırılmıştır. Bunun yerine Asliye hukuk mahkemelerinin ve sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu davalar tek tek sayılmıştır.

HMK m. 2’ye göre: Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.

Ayrıca HMK m. 3’e göre “Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğü-

³ Bkz. Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 157.

nün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda" asliye hukuk mahkemesi görevli olacak ve HMK hükümleri uygulanacaktır.

Bu talepler artık idari (veya askeri idari) yargıda tam yargı davası olarak değil, tazminat davası olarak asliye hukuk mahkemesinde görülecektir. Bu sayede ölüm veya vücut bütünlüğünde ötürü zarar gören kişilerin idari yargı ile adli yargıda farklı yargılama usulüne tabi olmaları ve hatta farklı tazminat alabilmeleri önlenmek istenmiştir⁴.

HMK m. 4'e göre sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın aşağıdaki davalara bakacaktır:

- a) Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları,
- b) Taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davaları,
- c) Taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davaları,
- c) Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davaları görürler.

Önceki Kanun'dan farklı olarak kira ilişkisinden doğan alacak davasının mutlaka tahliye akdi feshi ya da kira bedelinin tespiti dava-

⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 109; Zarara neden olan eylem ya da işlemin şahsi kusurdan mı yoksa hizmet kusurundan mı kaynaklandığı biçimindeki ayırım ve tartışma ortadan kaldırılmış bu sayede zarar gören kişinin bu nedenle yıllarca adli yargı ile idari yargı arasında hangi yargının görevli olacağı konusundaki tereddütler nedeniyle yıllarca süren uğraşı vermesi önlenmiştir. İnsan zararları dışında kalan maddi zararlar için idari eylem veya işlemten doğan zararlar için idari yargıda tam yargı davası açmak gerekecektir. Örneğin idarenin bir aracı tarafından evinde otururken zarar gören kişi, yaralanması sebebiyle maddi veya manevi tazminat davasını asliye hukuk mahkemesinde açacak buna karşılık evinin zarar görmesi nedeniyle uğradığı zararı için idari yargıda tam yargı davası açması gerekecektir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 110).

sıyla birlikte açılmasına gerek yoktur. Bu davaların yazılı veya sözlü bir kira sözleşmesine dayanması gerekir, kira sözleşmesi geçersiz ise veya taraflar arasında bir kira sözleşmesi yoksa, açılacak olan davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır⁵.

VI- YETKİ

Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirler.

A) KESİN OLMAYAN YETKİ KURALLARI

Kesin olmayan yetki kurallarına ilişkin genel düzenlemeler aşağıdadır.

MADDE 5 - Mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tabidir.

MADDE 6- Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir.

MADDE 7- Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır. Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir.

MADDE 9- Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.

HUMK’tan farklı olarak HMK’da Türkiye’de yerleşim yeri ve meskeni bulunmayanlar hakkında mahkemenin yetkisi, Türkiye’de-

⁵ Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 111.

ki malvarlığı unsurunun dava konusu olması halinde söz konusudur, aksi takdirde Türk mahkemesinde dava açılmayacaktır, bu durum eleştirilmiştir⁶.

MADDE 13- (1) Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir.

B) ÖZEL YETKİ KURALLARI

Kural olarak, özel yetki genel yetkiyi ortadan kaldırmaz, yani davacı dilerse genel yetkili mahkemede dilerse özel yetkili mahkemede dava açabilmektedir. HMK'da buna ilişkin düzenlemeler aşağıdadır.

1-Bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak davalarda yetki

MADDE 8- Memur, işçi, öğrenci, asker gibi, bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak alacak veya taşınır mal davaları için, orada bulunmaları uzunca bir süre devam edebilecekse, buldukları yer mahkemesi de yetkilidir.

2- Sözleşmeden doğan davalarda yetki

MADDE 10- Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.

Sözleşme feshedilmişse artık geçerli bir sözleşme olmayacağından HMK m.10'a dayanarak sözleşmenin ifa yerinde dava açılmaz⁷.

HMK'ta yer alan, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin özel yetkisi, HMK'da yer almamıştır.

3- Mirastan doğan davalarda yetki

HMK m.11'in 1. fıkrasında kesin yetkili mahkeme belirtilmiş, 2. ve 3. fıkralarda ise kesin olmayan yetkili mahkemeler düzenlenmiştir.

MADDE 11-

(2) Terekede bulunan bir mal hakkında açılmak istenen istihkak davası, terekenin yazımı ve tespiti zamanında mal nerede bulunuyorsa, orada da açılabilir.

⁶ Yılmaz, Getirdikleri, s. 10.

⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 121.

(3) Mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda, mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir.

4-Sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetki

MADDE 15- (1) Zarar sigortalarından doğan davalar, sigorta, bir taşınmaza veya niteliği gereği bir yerde sabit bulunması gereken yahut şart kılınan taşınıra ilişkinse, malın bulunduğu yerde; bir yerde sabit bulunması gerekmeyen veya şart kılınmayan bir taşınıra ilişkinse, rizikonun gerçekleştiği yerde de açılabilir.

(3) Bu hüküm deniz sigortalarından doğan davalarda uygulanmaz.

HUMK'ta sadece sigorta sözleşmelerinden doğan tazminat davalarında özel yetki düzenlenmişken, HMK'da sigorta sözleşmelerinden doğan her türlü yetki 15. maddeye tabidir.

5- Haksız fiilden doğan davalarda yetki

MADDE 16- (1) Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

C) KESİN YETKİ KURALLARI

Kesin yetki kurallarının öngörüldüğü durumlarda dava ancak bu mahkeme veya mahkemelerde açılabilir, başka bir yerde açılmaz.

1-Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki

MADDE 12- (1) Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

(2) İrtifak haklarına ilişkin davalar, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır.

(3) Bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilir.

2- Şubeler ve tüzel kişilerle ilgili davalarda yetki

HMK m.14'ün 1. fıkrasında kesin olmayan yetki düzenlenmiş olup, 2. fıkrada kesin yetki durumu düzenlenmiştir.

MADDE 14- Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.

Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

3- Mirastan doğan davalarda yetki

MADDE 11- Aşağıdaki davalarda, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir:

- a) Terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar
- b) Terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar.

4-Sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetki

MADDE 15-

(2) Can sigortalarında, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir.

(3) Bu hüküm deniz sigortalarından doğan davalarda uygulanmaz.

VII-YETKİ SÖZLEŞMELERİ

HMK'da yetki sözleşmelerine ilişkin olarak son derece önemli bir düzenleme bulunmaktadır. HUMK'ta sözleşme serbestisi de dikkate alınarak herkesin yetki sözleşmesi yapması mümkünken, HMK'da bu imkan kaldırılmıştır. Yetki sözleşmeleri artık sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabilecektir. HMK m. 17'ye göre, "Ta-

cirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.”

HUMK'ta yetki sözleşmesi yapıldığında kanunen yetkili diğer mahkemelerin yetkiler ortadan kalkmıyor, yetki sözleşmesi ek imkan veriyorken; HMK'daki yeni düzenlemeyle dava sadece yetki sözleşmesiyle belirlenen yetkili mahkemede açılacaktır. Elbette taraflar isterse yetki sözleşmesi ile kararlaştırılan mahkemenin yetkisinin diğer genel ve özel mahkemelerin yetkisini kaldırmadığını kararlaştırabilir. Bu sayede önceki Kanun'daki birden fazla yer mahkemesinin yetkili olup olmayacağını kararlaştırmanın mümkün olup olmadığı tartışmaları da son bulmuştur.

Yeni Kanun'la sözleşmede gösterilen mahkemenin veya mahkemelerin kural olarak münhasır yetkili olacağı kabul edildiğinden önceki Kanun zamanındaki yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkemenin kanunen genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkilerini ortadan kaldırıp kaldırmadığına ilişkin tartışmalar ortadan kalkmıştır.

Olumsuz yetki sözleşmesi kanunen yetkili olan bir mahkemenin belli bir davaya bakamayacağını kararlaştırılması olup⁸, aynı şekilde Yeni Kanun'da olumsuz yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmiş, konuya ilişkin tartışmalar ortadan kalkmıştır.

HMK m. 18'e göre yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları şunlardır:

(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz.

(2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır.

VIII-ESKİ HALE GETİRME VE ADLİ TATİL

HUMK'ta aynı davada aynı taraf sadece bir kez eski hale getirme talebinde bulunuyorken HMK'da, bu adetsel sınır kaldırılmıştır.

⁸ Bkz. Bolayır Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 171.

Sulh hukuk mahkemesinin görevine giren davalar HUMK'ta adli tatilde görülebilen davadayken, HMK'da bu davalar adli tatilde görülebilecek davalardan çıkarılmıştır.

IX- MECBURİ DAVA ARKADAŞLIĞI

İhtiyari dava arkadaşlığına ilişkin hükümler genel olarak korunurken mecburi dava arkadaşlığına ilişkin olarak yeni düzenlemeler getirilmiştir. HMK m. 59'a göre: *"Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır."* Mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder. (HMK m. 60)

Ancak, buna rağmen mecburi dava arkadaşlarından sadece bir kısmı dava açmış veya bir kısmına karşı dava açılmışsa, dava hemen reddedilmez, diğer dava arkadaşlarının da davada yer almalarını (dahil edilmelerini) sağlamak için süre verilir. Bu süre içinde, dava arkadaşlarının davada yer almaları sağlanamazsa, dava sıfat yokluğundan reddedilir⁹.

X- ASLİ MÜDAHALE

Asli müdahale kavramı HUMK'ta düzenlenmemesine rağmen doktrinde ve uygulamada kabul edilmişti¹⁰. HMK'da ise asli müdahale kendisine maddesel olarak yer bulmuştur. Asli müdahale, görülmekte olan bir davada üçüncü bir kişinin, dava konusu şey veya hak üzerinde kısmen veya tamamen hak sahibi olduğunu iddia ederek, bu davanın taraflarına karşı dava açmasıdır¹¹. HMK m. 65'e göre "Bir yar-

⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 219; Erişir Evrim, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 304.

¹⁰ Bkz. Özekes, Asli Müdahale, s. 7.

¹¹ Pekcanitez Hakan, Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale, İzmir 1992, s. 43; Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995; s. 16; Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, An-

gılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir. Asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır.”

XI-MEDENİ USUL HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER

HUMK'tan farklı olarak, HMK'da medeni usul hukukuna hakim olan ilkeler ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Bu ilkeler zaten doktrinde kabul edilip uygulanan ilkeler olduğundan usul hukukumuz açısından yeni değildir, bununla birlikte ayrı başlık altında düzenlenmesi yenidir.

1-TASARRIF İLKESİ - TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

Tasarruf ilkesi, genel anlamda tarafların yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmeleri, dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi anlamına gelir¹².

MADDE 24- (1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.

(2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.

(3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.

Taleple bağlılık ilkesi

MADDE 26- (1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.

(2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

kara 2003, s. 260; **Erişir**, s. 114.
¹² Pekanitez/ Atalay/ Özekes, s. 240; Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 67; Sungurtekin Özkan Meral/ Türkoğlu Özdemir Gökçe, Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008, s. 139; Sungurtekin Özkan Meral, Avrupa Birliği / Avrupa Topluluğu Usul Hukukuna Giriş, Ankara 2009, s. 234.

2-TARAFLARCA GETİRİLME İLKESİ

Medeni usul hukukunda, mahkemenin hüküm verebilmesi, uyumsuzlukla ilgili hukuk kuralının uygulanabilmesi için, somut olayda bulunması gereken maddi vakıaların "*tarafarca getirilme ilkesi*" doğrultusunda temini taraflara aittir¹³.

MADDE 25- (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.

3-TEKSİF İLKESİ

Bu ilkeye göre taraflar, iddia ve savunma nedenlerini belli bir usul kesitine kadar ileri sürmelidir, bu usul kesitinden sonra ileri sürülen dava malzemeleri kural olarak mahkemece kabul edilmemektedir, sürenin geçirilmesi halinde, istisnalar dışında kural olarak artık o sürenin tabi olduğu işlem yapılmayacaktır¹⁴.

Sonradan delil gösterilmesi

MADDE 145- (1) Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir.

4-YARGILAMANIN HAKİM TARAFINDAN YÜRÜTÜLMESİ

Yargılamanın hakim tarafından yürütülmesi genel ilkesi HMK m. 32 ve 33'te kendisine yer bulmuştur.

Yargılamanın sevk ve idaresi

MADDE 32- (1) Yargılamayı, hâkim sevk ve idare eder; yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alır.

¹³ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 244; Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 69; Sungurtekin Özkan/ Türkoğlu Özdemir, s. 139; Sungurtekin Özkan, Avrupa Birliği, s. 227.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 251; Özkes, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 76; Sungurtekin Özkan/ Türkoğlu Özdemir, s. 140; Sungurtekin Özkan, Avrupa Birliği, s. 229.

(2) Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve bu dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemez.

Hukukun uygulanması

MADDE 33- (1) Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.

5-DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

Hakimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde iddianın somutlaştırılmasının mümkün olmadığı durumlarda da ispat yükü taşımayan tarafa hakimin soracağı sorularla davanın aydınlatılması sağlanabilecektir¹⁵. Davayı aydınlatma ödevi de HMK m. 31 ve 144'te kendine yer bulmuştur.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi

MADDE 31- (1) Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.

Tarafların dinlenilmesi

MADDE 144- (1) Tahkikat aşamasında mahkeme, her iki tarafı usulüne uygun olarak davet edip, davada ileri sürülen vakıalar hakkında dinleyebilir.

(2) Mahkemenin, dinlenilmek üzere mahkemeye gelmeleri için iki tarafa vereceği süre iki haftadan az olamaz. Bu süre, gerektiğinde, mahkemece resen veya iki taraftan birinin talebi üzerine uzatılabileceği gibi kısaltılabilir.

6-HAKİMİN DELİLLERİ DEĞERLENDİRMESİ

HMK m. 198'e göre: "*Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir*"

7-ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı genel olarak herkesin, uyuşmazlığın aleni

¹⁵ Atalay Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 166.

biçimde, makul bir sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde hakkaniyete uygun karar verilmesini talep hakkını ifade etmektedir¹⁶.

8-HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI

Hukuki dinlenilme hakkı, yargılamayla hukuki durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın bir sujesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini açıklamada bunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek gerekçeli şekilde karar vermesini sağlayan sürpriz kararlar karşılığının önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesi olarak tanımlanmıştır¹⁷.

Hukuki dinlenilme hakkı anayasayla güvence altına alınan ve yargılama boyunca tarafların bilgi edinme, açıklama ve açıklamalarının dikkate alınmasını sağlayan temel bir hak¹⁸.

Hukuki dinlenilme hakkı

MADDE 27- (1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.

9-USUL EKONOMİSİ İLKESİ (YARGILAMANIN BASİT, ÇABUK, UCUZ YÜRÜTÜLMESİ)

MADDE 30- (1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

10-ALENİLİK İLKESİ

MADDE 28- (1) Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir

¹⁶ Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 56; Sungurtekin Özkan/ Türkoğlu Özdemir, s. 141; Sungurtekin Özkan, Avrupa Birliği, s. 240.

¹⁷ Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 31.

¹⁸ Erdönmez Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2010, s. 374; Akkan Mine, Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Ankara 2010, s. 180.

(2) Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.

(3) Tarafların gizlilik talebi ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada incelenir ve karara bağlanır. Hâkim, bu kararının gerekçelerini, esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklar.

(4) Hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları hususunda uyarır ve 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirir.

11-TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü

MADDE 29- (1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar.

(2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.

Doğruyu söyleme yükümlülüğü maddi gerçeğe ulaşabilmek için taraflara getirilen yükümlülüklerden olup, dürüstlük kuralının medeni usul hukukundaki en önemli uygulamalarından biridir¹⁹. Taraflar doğruluk ödevi gereğince uyuşmazlık konusu vakialarla ilgili açıklamalarında ve usul işlemlerinde gerçeğe aykırı davranmamak, mahkemeyi ve karşı tarafı yanılmamakla yükümlüdürler²⁰.

XII-DAVA ŞARTLARI

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilen HUMK'ta ayrı bir madde altında düzenlenmeyen dava şartları, HMK'da ayrı bir kurum olarak düzenlenmiştir. Önceden farklı olarak gider avansı yatırılması, teminat gösterilmesi ve derdestlik dava şartı olarak kabul edilmiştir. HMK m. 114'e göre dava şartları şunlardır:

¹⁹ Erdönmez, s. 56; Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 79.

²⁰ Erdönmez, s. 57; Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 80; Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir, s. 18; Sungurtekin Özkan, Avrupa Birliği, s. 240.

- a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması.
 - b) Yargı yolunun caiz olması.
 - c) Mahkemenin görevli olması.
 - ç) Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması.
 - d) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması.
 - e) Dava takip yetkisine sahip olunması.
 - f) Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması.
 - g) Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması.
 - ğ) Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi.
 - h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması.
 - ı) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması.
 - i) Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması.
- Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.

XIII-DAVA ÇEŞİTLERİ

HUMK'ta dava çeşitleri tek tek anlatılmamasına karşın HMK'da yeni olarak 105. maddeden itibaren dava çeşitleri düzenlenmiş ayrıca yeni dava türleri Kanun kapsamına alınmıştır.

A) TALEP EDİLEN HUKUKİ KORUMAYA GÖRE DAVA ÇEŞİTLERİ

1-Eda Davası

HMK m. 105'e göre: "Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir."

2-Tespit Davası

HMK m. 106'ya göre: "Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir

hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. (2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.(3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.”

3-Belirsiz Alacak ve Tespit Davası

HMK m. 107 ile “belirsiz alacak ve tespit davası” adıyla yeni bir dava türü hukukumuzda girmiştir. Bundan sonra bu dava türüne sıklıkla başvurulacağını tahmin ediyoruz.

MADDE 107- (1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.

4-İnşai (Yenilik Doğuran) Davalar

HMK m.108’e göre: “İnşâî dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir. Bir inşâî hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşâî dava açılır. Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşâî hükümler, geçmişe etkili değildir.”

B)TALEP SONUCUNA GÖRE DAVA ÇEŞİTLERİ

1-Kısmi Dava

HMK m. 109’a göre: “Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir. (2) Ta-

lep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz. (3) Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.”

Kısmi dava ile ilgili olarak önemli bir değişiklik yapılmıştır. Önceki Kanun döneminde davacı “fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadan” dava açarsa kalan kısımdan feragat etmiş sayılıyordu, Yeni Kanun’la bu uygulamadan vazgeçilmiş, talep konusunun geri kalan kısmından feragat etmiş sayılması için açıkça feragat edilmiş olmasını aramıştır.

2-Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)

HMK m.110’a göre: “Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır.”

3-Terditli Dava

HMK m. 111’e göre: “Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. (2) Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer’î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.”

4-Seçimlik Davalar

HMK m.112’ye göre: “Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması hâlinde, alacaklı seçimlik dava açabilir. (2) Seçimlik davada mahkeme, talebin hukuka uygun olduğu sonucuna varırsa, seçimlik mahkûmiyet hükmü verir. (3) Seçimlik mahkûmiyet hükmünü cibrî icraya koyan alacaklı, takibinin konusunu, mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasretmek zorundadır. Ancak, bu durum, borçlunun, diğer edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulma hakkını ortadan kaldırmaz.”

5-Topluluk (Grup, Sınıf) Davası

HMK'da yeni olarak topluluk davası düzenlenmiştir²¹. HMK m. 113'e göre: *"Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir."*

Bu davanın açılması halinde davanın soncundan sadece dava açan dernek ya da topluluğu temsil eden tüzel kişi değil, o menfaate ya da hakka sahip olan herkes yararlanmaktadır²².

XIV-DAVA DİLEKÇESİNİN İÇERİĞİ VE DAVANIN AÇILMASI

HMK m. 119'a göre dava dilekçesinde aşağıdaki unsurlar bulunur:

- a) Mahkemenin adı.
- b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.
- c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
- d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.
- e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
- f) İddia edilen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği.

Eski Kanun döneminde olduğu gibi *"vs. deliller"* ya da *"diğer kanuni deliller"* gibi ifadeler kullanılmayacak, delillerin nelerden ibaret olduğu dava dilekçesinde açıkça yazılacaktır²³.

- g) Dayanılan hukuki sebepler.
- ğ) Açık bir şekilde talep sonucu.
- h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.

²¹ Geniş bilgi için bkz. Özbay İbrahim, Grup Davaları, Ankara 2010, s. 10 vd.

²² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 318; Tüketicilere zarar veren bir ürünün üretilmesinin, satılmasının engellenmesi, toplatılması için bir tüketici örgütünün açtığı dava buna örnektir

²³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 324.

(2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır.

HMK ile 1 haftalık sürede eksiklerin giderilmemesi durumunda davanın açıklamamış sayılması imkanı getirilirken, HUMK'ta bu eksiklikler ilk itiraz olarak kabul edilmişti. "*Dava dilekçesindeki eksiklikler*" ilk itiraz olmaktan çıkarılmıştır.

HMK m. 118 davanın açılma zamanını düzenlemiş olup, buna göre: "*Dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır*"

XV-HARÇ VE AVANS ÖDENMESİ

HMK m. 120'ye göre: "*Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Avansın yeterli olmadığına dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir.*" Bu yeni düzenlemeyle yargılama sürecinin hızlandırılması hedeflenmiştir.

XVI-BELGELERİN BİRLİKTE VERİLMESİ

HMK m. 121'de yargılamayı çabuklaştırma amacına yönelik belgelerin birlikte verilmesine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre: "*Dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur.*"

XVII-ELEKTRONİK İŞLEMLER

MADDE 445- (1) Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemidir. Dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hâllerde UYAP kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanır.

(2) Elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak dava

açılabilir, harç ve avans ödenebilir, dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan tutanak ve belgeler ayrıca fizikî olarak gönderilmez, belge örneği aranmaz.

(3) Elektronik ortamdaki fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir.

(4) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

(5) Mahkemelerde görülmekte olan dava, çekişmesiz yargı, geçici hukuki koruma ve diğer tüm işlemlerde UYAP'ın kullanılmasına dair usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

XVIII-TEMİNAT GÖSTERİLMESİ

HMK m. 84'te hangi hallerde davalı tarafından muhtemel yargılama giderlerini karşılamak için uygun bir teminatın gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir:

- a) Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması.
- b) Davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması; borç ödemediği belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme gücü içinde bulunduğu belgelenmesi.

Davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların ortaya çıkması hâlinde de mahkeme teminat gösterilmesine karar verir. Mecburi dava ve takip arkadaşlığında teminat gösterme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün tüm davacılar bakımından mevcut olması hâlinde doğar.

HMK m. 85'te ise hangi hallerde teminat istenemeyeceği maddesel olarak sıralanmıştır:

- a) Davacının adli yardımdan yararlanması.
- b) Davacının, yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması.

- c) Davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması.
- ç) İlama bağlı alacak için ilamlı icra takibi yapılmış olması.

Yargılama giderlerini karşılayacak teminata, mahkemece kendiliğinden karar verilir. Hâkim, teminat kararı vermeden önce tarafları veya müdahale talebinde bulunan kişiyi dinleyebilir(HMK m. 86). Bir davada verilecek teminatın tutarını ve şeklini hâkim serbestçe tayin eder. Ancak, tarafların teminatın şeklini sözleşmeyle kararlaştırmaları hâlinde, teminat ona göre belirlenir. Teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, hâkim teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verebilir (HMK m. 87).

HUMK'ta teminat gösterilmemesinin sonucu "*yargılamada hazır bulunulmamış sayılma*" iken, HMK'da teminat gösterilmemesinin sonucu "*usulden red*"de bağlanmıştır. HMK m. 88'e göre "Hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava usulden reddedilir. Müdahale talebinde bulunan kişi, kesin süre içinde istenen teminatı vermezse, müdahale talebinden vazgeçmiş sayılmasına karar verilir."

Ayrıca HUMK'ta teminat gösterilmemesi bir ilk itirazken, HMK'da teminat gösterilmemesi dava şartı olarak belirtilmiştir.

HMK m. 89, teminatın iadesini düzenlemiş olup, buna göre: "*Teminat gösterilmesini gerektiren sebep ortadan kalktığı takdirde, ilgilinin talebi üzerine mahkeme, teminatın iadesine karar verir.*"

XIX-İLK İTİRAZLAR

HMK'da nelerin ilk itiraz olacağı sınırlı olarak sayılmış olup, bu sayım dışında ilk itiraz ileri sürmek mümkün değildir²⁴. HMK'da ilk itiraz sayısı düşürülmüş, bazı ilk itiraz sebepleri dava şartı olarak düzenlenmiştir. HMK m. 116'ya göre: İlk itirazlar aşağıdakilerden ibarettir:

- a) Kesin yetki kuralının bulunmadığı hâllerde yetki itirazı.
- b) Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı.
- c) İş bölümü itirazı

²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 349.

İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi hâlde dinlenemez. İlk itirazlar, dava şartlarından sonra incelenir. İlk itirazlar, ön sorunlar gibi incelenir ve karara bağlanır (HMK m. 117)

XX-KARŞILIK DAVA AÇILMASI

Karşılık davanın caiz olmaması ilk itirazlar arasından çıkarılmış, dava şartı olarak düzenlenmiştir. HMK m .132'ye göre, karşı dava açılabilmesi için;

- a) Asıl davanın açılmış ve hâlen görülmekte olması,
- b) Karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması, şarttır.

Belirtilen bu şartlar gerçekleşmeden karşı dava açılacak olursa, mahkeme, talep üzerine yahut resen, karşı davanın asıl davadan ayrılmasına; gerekiyorsa dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir. Karşı davaya karşı, dava açılmaz.

Karşı dava, cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle açılır. Süresinden sonra karşı dava açılması hâlinde, mahkeme davaların ayrılmasına karar verir. (HMK m. 133)

Asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz. (HMK m. 134)

XXI-CEVAP DİLEKÇESİ

HMK m. 127'yle cevap süresi 10 günden 2 haftaya çıkarılmıştır. Ancak, durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus olmak ve bir ayı geçmemek üzere ek bir süre verilebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir. Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır. (HMK m. 128)

Davalı, cevap dilekçesini, davanın açılmış olduğu mahkemeye verir. Cevap dilekçesine davacı sayısı kadar örnek eklenir. Cevap dilekçesi, havale edildiği tarihte verilmiş sayılır. Cevap dilekçesinin örneği mahkeme tarafından davacıya tebliğ edilir. (HMK m. 126)

Cevap dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

- a) Mahkemenin adı.
- b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri; davalı yurt dışında ise açılan dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde göstereceği bir adres.
- c) Davalının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- ç) Varsa, tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
- d) Davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
- e) Savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.
- f) Dayanılan hukuki sebepler.
- g) Açık bir şekilde talep sonucu.
- ğ) Davalının veya varsa kanuni temsilcisinin yahut vekilinin imzası.

Yukarıda sayılanlardan (a), (b), (c), (ç) ve (ğ) bentlerinin cevap dilekçesinde eksik olması hâlinde, bunun giderilmesi için hâkim tarafından bir haftalık süre verilir; eksikliğin bu süre zarfında da giderilmesi hâlinde cevap dilekçesi verilmemiş sayılır.

HMK ile cevap dilekçesine ilişkin yeni bir düzenleme daha getirilmiştir. Buna göre: Cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, cevap süresi dolmamış olsa bile ilk itirazlar ileri sürülemez (HMK m. 131)

XXII-CEVABA CEVAP VE İKİNCİ CEVAP DİLEKÇELERİ

Bu dilekçelerin verilmesi de HUMK'tan farklı olarak 10 gün değil, 2 hafta olarak düzenlenmiştir.

XXIV-TARAFTA İRADİ DEĞİŞİKLİK

HMK ile getirilen yeni düzenlemelerden biri de tarafta iradi değişikliktir. Buna göre: Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür. Bu konuda kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır. Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası

aramaksızın hâkim tarafından kabul edilir. Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir. Bu durumda hâkim, davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmeder.(HMK m. 124)

XXV-İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI

HUMK'ta, davacı davanın açılmasından, davalı ise cevap dilekçesinin karşı tarafa tebliğinden sonra iddia ve savunmasını genişletmezken; HMK'da bu durum değiştirilmiştir.

Buna göre, Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aramaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır. (HMK m. 141)

XXVI-DAVA KONUSUNUN DEVRİ

HMK m. 125'e göre: Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir:

- a) İsterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.
- b) İsterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür.

Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.

XXVII-ÖN İNCELEME

Ön inceleme HMK ile usul hukukumuzda giren en önemli değişikliktir. Bu hüküm sayesinde hâkimlerin önlerine gelen uyuşmazlık dosyasını (dilekçelerin tamamlanmasından sonra) okuması ve tahkikatı ona göre belirlemesini amaçlamıştır²⁵.

Ön inceleme aşamasının kabulüyle dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasının tamamlanmasından sonra ve tarafların ellerinde bulunan delilleri mahkemeye sunmalarından elde olmayan delillerin ise nereden getirtileceklerinin bildirilmesi ve masrafların ödenmesinden sonra, tüm bu dava malzemesinin inceleneceği tahkikat aşamasına geçilmesi amaçlanmıştır²⁶.

HMK m. 137'ye göre: Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir. Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.

Mahkeme, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir. (HMK m. 138)

Mahkeme, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve yukarıdaki maddelerde belirtilen incelemeyi tamamladıktan sonra, ön inceleme için bir duruşma günü tespit ederek taraflara bildirir. Çıkarılacak davetiyede, duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve diğer tarafın, onun muvafakati olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği ayrıca ihtar edilir (HMK m. 139)

²⁵ Yılmaz, Getirdikleri, s. 25.

²⁶ Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 368.

Hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler; daha sonra, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder. Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür. Ön inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir. Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir (HMK m. 140)

Doktrinde, HMK'nun 140 ıncı maddesinde düzenlenen "*ön inceleme oturumu*" nun işlerliğinin sağlanabilmesi ve özellikle tarafların sulhe veya arabuluculuğa özendirilmesi için; hâkimin bu aşamada tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde önüne gelen uyuşmazlık hakkında objektif olarak hukukî açıklamalarda bulunabilmesi, tarafların avukatı bulunması halinde onları Avukatlık K. m.35/A hükmünün işletilebilmelerine özendirmesi ve hâkimin bu davranışının, hâkimi red sebebi olmayacağına Kanuna yazılması gerektiği ifade edilmiştir²⁷.

Ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, hâkim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'ileri inceleyerek karara bağlar (HMK m. 142).

XXVIII-TARAFLARIN DURUŞMAYA DAVETİ

HMK m. 147'ye göre: "*Taraflar, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tahkikat için duruşmaya davet edilir. Taraflara gönderile-*

²⁷ Yılmaz, Getirdikleri, s. 25.

cek davetiyede, belirlenen gün ve saatte geçerli bir özrü olmadan mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri bildirilir."

XXIX-SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA DURUŞMA İCRASI

HMK m. 149'a göre: "Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir. Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme; tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir.

XXX-DURUŞMA DÜZENİ

HMK m. 151'e göre, "Hâkim, duruşmanın düzenini bozan kimseyi, bunu yapmaktan men eder ve gerekirse, avukatlar hariç, derhâl duruşma salonundan çıkarılmasını emreder. Bir kimse, ihtara rağmen mahkemenin düzenini bozar veya mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz söylemeye veya davranışta bulunmaya devam ederse derhâl yakalanır ve hakkında dört güne kadar disiplin hapsi uygulanır. Bu fıkra hükmü **avukatlar hakkında uygulanmaz**. Mahkemenin düzenini bozan eylem veya mahkeme huzurunda söylenen uygun olmayan söz veya davranış, ayrıca bir suç oluşturuyor ise bu durum bir tutanak ile Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir ve gerekiyorsa, avukatlar hariç, fiili işleyenin tutuklanmasına da karar verilir."

XXXI-SORU YÖNELTME

HMK m. 152 ile avukatlara çapraz sorgu yapma imkanı getirilmiştir. Artık avukatın tanıklara, bilirkişilere veya çağrılan diğer kişilere soru sorması için hakimden izin almasına gerek yoktur. Bu maddenin duruşmalarda avukatlar tarafından uygulanmasını bu sayede hükme işlerlik kazandırılmasını umut ediyoruz.

Belirtilen hükme göre: "*Duruşmaya katılan taraf vekilleri; tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun*

olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Taraflar ise hâkim aracılığıyla soru sorabilirler. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine hâkim karar verir. Toplu mahkemelerde, hâkimlerden her biri, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir."

XXXII-KAYIT VE YAYIN YASAĞI

HMK m. 153'e göre: "Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkeme çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz. Duruşma sırasında bu yasağa aykırı davranan kişi hakkında 151 inci madde hükmü uygulanır. Kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkında, ayrıca Türk Ceza Kanununun 286 ncı maddesi hükümleri uygulanır."

XXXIII-BEKLETİCİ SORUN

HMK m. 165'e göre: "Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir. Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurusu için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir"

XXXIV-DAVALARIN AYRILMASI VE BİRLEŞTİRİLMESİ

HUMK'ta, davalar ayrı mahkemelerde açılmışsa bu ancak ilk itiraz olarak ileri sürülebilecek olmasına karın; HMK'daki düzenleme doğrultusunda mahkeme her zaman davaların birleştirilmesi yönünden karar verebilecektir.

Davaların birleştirilmesi

MADDE 166- Aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Birleştirme kararı, ikinci davanın açıldığı mahkemece verilir ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar. Davalar, ayrı yargı çevrelerinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış ise bağlantı sebebiyle birleştirme ikinci davanın açıldığı mahkemeden talep edilebilir. Birinci davanın açıldığı mahkeme, talebin kabulü ile davaların birleştirilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren, bununla bağlıdır. Birleştirme kararı, derhâl ilk davanın açıldığı mahkemeye bildirilir. Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır. İstinaf incelemesi ayrı dairelerde yapılması gereken davaların da bu madde hükmüne göre birleştirilmesine karar verilebilir. Bu hâlde istinaf incelemesi, birleştirilen davalarda uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait kararı inceleyen bölge adliye mahkemesi dairesinde yapılır.

Davaların ayrılması

MADDE 167- Mahkeme, yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için, birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmiş davaların ayrılmasına, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden karar verebilir. Bu durumda mahkeme, ayrılmasına karar verilen davalara bakmaya devam eder.

XXXV-HUKUKA AYKIRI DELİL

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından dikkate alınıp alınmayacağı hususu HMK m. 189'da düzenlenmiştir. Buna göre: *"Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz. Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. Bir vakianın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir."*

Bu hükümle; *"İspat hakkının delillere ilişkin yönünün hukukî çerçevesi*

çizilmiş, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller olması esası getirilmiştir. Fıkroda öngörülen düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Bu hususta mahkemece re'sen karar verilebileceği hususu dördüncü fıkra ile öngörülmüştür” (Madde ile ilgili Gereğe).

XXXVI-DELİL SÖZLEŞMESİ

HMK m. 193'e göre: “Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir”

XXXVII-SENET

HMK ile sadece “senet” değil aynı zamanda daha üst bir kavram olan “belge” kavramı da düzenlenmiştir. Buna göre belge: Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir (HMK m. 199)

Elektronik imzayla oluşturulan adi senetlerin ispat gücüne ilişkin olarak önceki düzenlemeler korunmuştur²⁸. Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir. Hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler. (HMK m. 205).

²⁸ Bkz. Erturgut Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 21 vd.

XXXVIII- BELGELERİN MAHKEMEYE VERİLMESİ ZORUNLULUĞU

HMK'da belgelerin mahkemeye verilmesi zorunluluğu düzenlenmiştir. Yeni Kanun'la taraflara genel bir usûli ibraz yükümlülüğünün getirilmesinin, hem tarafların aydınlatma ödevinin kapsamını genişlettiği hem de ibraz yükümlülüğünün maddi hukukla olan bağlarını kopardığı için isabetli olduğu ifade edilmiştir²⁹. HMK m. 216'ya göre. Belgenin sadece örneğinin mahkemeye verildiği durumlarda, mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine belgenin aslının verilmesini de isteyebilir. Belgenin aslını elinde bulunduran taraf, üçüncü kişi veya resmî makamlar, istenmesi hâlinde bunu mahkemeye vermek zorundadır. Mahkeme, belge aslının verilmesi durumunda, belgenin saklanması için gerekli tedbirleri alır veya istendiğinde tekrar verilmek üzere belgeyi ibraz edene geri verebilir. Taraflardan biri elindeki belgenin aslını mahkemeye verirse, bu belgenin geri verilmesini talep edebilir. Bu takdirde hâkim, belgenin aslının verilip verilmeyeceğine karar verir. Geri verilmesine karar verildiğinde, aslına uygun olduğu mahkeme mührü ve yazı işleri müdürünün imzasıyla onanmış örneği dosyaya konur.

Bir kişi veya kurumun elinde bulunup mahkemeye teslim edilmesi gereken belgenin aslı istendiğinde, kişi veya kurumun bulunduğu ya da belgenin teslim edileceği yerdeki asliye mahkemesi tarafından örneği onaylanarak aslı mahkemeye gönderilir yahut teslim edilir. Mahkemece onaylanmış belge örneği, aslı gibi hüküm ifade eder (HMK m. 217)

Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Elektronik belgeler ise belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilir. Ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin sadece ilgili kısımlarının onaylı örnekleri mahkemeye ibraz edilebilir. (HMK m. 219)

Belgelerin mahkemeye verilmesi zorunluluğu davanın aydınlatılması ve dürüst davranma yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu yükümlülük özellikle ispat yükünü taşımayan tarafı davanın aydınlatılması için

²⁹ Erdönmez, s. 484.

katkıda bulunmaya teşvik etmektedir³⁰. Önceki Kanun döneminde, “*ta-
rafların aydınlatma*” ödevinin en büyük göstergesi belgelerin ibrazı mec-
buriyeti iken, HMK ile tarafların ve üçüncü kişilerin aydınlatma ödevi-
nin kapsamı genişletilmiş, keşfe katlanma yükümlülüğü ile soy bağının
tespiti için kan alınmasına katlanma mecburiyetinin getirilmiştir³¹.

Tarafların belgeyi ibraz etmemesi durumu m. 220’de düzenlen-
miştir: “*İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu
ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı
taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üye-
rine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya
başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için
kesin bir süre verir. Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu
inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı
hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif
edilir. Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede bel-
geyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında
kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu
inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma
göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir.*”

Taraflar, özel hayatın gizliliği, cezai sorumluluk doğması, ticari
sır, meslek sırrı gibi haklı sebep teşkil eden hallerde belgeleri ibrazdan
kaçınabilir³².

Belgelerin mahkemeye ibrazı zorunluluğu Kanunda üçüncü kişiler
bakımından da düzenlenmiştir³³. İbraz yükümlülüğü taraflar için usu-
li bir yük iken, üçüncü kişiler bakımından usuli bir yükümlülüktür³⁴.
Üçüncü kişilerin belgeyi ibraz etmemesi m. 221’de düzenlenmiştir.
Buna göre: Mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir
belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna
karar verirse, bu belgenin ibrazını emreder. Belgeyi ibraz etmesine kar-
rar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememe-
si hâlinde ise bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadır.
Mahkeme yapılan açıklamayı yeterli görmezse, bu kimseyi tanık ola-

³⁰ Erdönmez, s. 483.

³¹ Erdönmez, s. 32.

³² Erdönmez, s. 316 vd.

³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 485.

³⁴ Erdönmez, s. 487.

rak dinleyebilir. Belgeyi ibraz zorunda olanlar, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan çekinebilirler. Belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanır.

XXXIX-YEMİN

HMK'da taraf yemini düzenlenmiş olup, hakimin tarafa verdiği yemin düzenlenmemiştir. Yeminin şeklinde yer alan *"Allah ve namus üzerine"* ifadesi yerine *"namus, şeref ve kutsal sayılan bütün inanç ve değerler üzerine"* ifadesi benimsenmiştir. Buna göre: *"Yemin, mahkeme huzurunda eda olunur. Hâkim, yeminin icrasından önce yemin edecek kimseye, hangi konuda yemin edeceğini açıklar, yeminin anlam ve önemini anlatır ve yalan yere yemin etmesi hâlinde cezalandırılacağı hususunda dikkatini çeker. Yemin edecek kimse, yemin konusunun yeterli açıklıkta olmadığını ileri sürerse; hâkim, karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra derhâl bu konuda kararını verir. Sonra "Size sorulan sorular hakkında, gerçeğe uygun cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefiniz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?" diye sorar. O kimse de "Bana sorulan sorular hakkında gerçeğe uygun cevap vereceğime ve hiçbir şey saklamayacağıma namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum."* demekle yemin eda edilmiş sayılır. Yemin eda edilirken, hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar (HMK m. 233)

Yemin edecek kimsenin mahkemenin yargı çevresi dışında oturması durumunda, bu kişi aynı anda ses ve görüntü yoluyla da yemin edebilir. Bu düzenleme HMK m. 236'da yer bulmuştur. Buna göre: *"Mahkemenin yargı çevresi dışında oturan kimse, yemin için davaya bakan mahkemeye gelmek zorundadır. Ancak, yemin edecek kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile yemin icrası mümkün değil ise istinabe yolu ile yemin ettirilir."*

XXXX-TANIKLIK

HMK'daki tanıklığa ilişkin hükümler HUMK'la paralellik göstermektedir. Birkaç yeni düzenleme bulunmaktadır.

HMK m. 241'e göre: *"Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının*

tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edildiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir.”

HMK m. 243'e göre: *“Tanığı davet, gerektiğinde telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, davete rağmen gelmemeye bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz.”*

XXXXI-BİLİRKİŞİ

Mahkemelerde gerekli gereksiz her konuda bilirkişiye başvurulduğu göz önüne alınarak bilirkişiye başvurulmasının gerekli olduğu haller HMK'da özel olarak düzenlenmiştir. “Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. (HMK m. 266)

HMK m. 267'ye göre: Mahkeme, bilirkişi olarak, yalnızca bir kişiyi görevlendirebilir. Ancak, gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle, tek sayıda, birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak görevlendirilmesi de mümkündür

HMK m. 275'te bilirkişinin haber verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre: *“Bilgisine başvuru bilirkişi, kendisine tevdi olunan görevin, uzmanlık alanına girmediğini, inceleme konusu maddi vakıaların açıklığa kavuşturulması ve tespiti için, uzman kimliği bulunan başka bir bilirkişi ile işbirliğine ihtiyaç duyduğunu veya görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeretini bir hafta içinde görevlendirmeyi yapan mahkemeye bildirir. Bilirkişi, incelemesini gerçekleştirebilmek için, bazı hususların önceden soruşturulması ve tespiti ile bazı kayıt ve belgelerin getirtilmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunun sağlanması için, bir hafta içinde kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi verir ve talepte bulunur.”*

Bilirkişinin raporuna itiraz m. 281'de düzenlenmiştir: “Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler. Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için,

bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir.

Bilirkişinin hukuki sorumluluğu yeni olarak m. 285'te düzenlenmiştir. Buna göre: *"Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlenmiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler. Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder."*

Devlet aleyhine açılacak olan tazminat davası, gerçeğe aykırı bilirkişi raporunun ilk derece mahkemesince hükme esas alındığı hâllerde, bu mahkemenin yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinde; bölge adliye mahkemesince hükme esas alındığı hâllerde ise Yargıtay ilgili hukuk dairesinde görülür. Devletin sorumlu bilirkişiye karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür (HMK m. 286)

XXXXII-KEŞİF

HUMK'tan farklı olarak HMK'da soybağının tespiti özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre: Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınmaz. (HMK m. 292)

XXXXIII-UZMAN GÖRÜŞÜ (ÖZEL BİLİRKİŞİ)

HMK'da *"uzman görüşü"* adı altında yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre: *"Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez. Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir. Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmez-*

se, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz. (HMK m. 293)

XXXXIV-HÜKÜM

HMK m. 302’de ilamın alınması, kesinleşme kaydı ve harçlar düzenlenmiştir. Buna göre: Taraflar, harcının ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilamı her zaman alabilirler. Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez” (HMK m. 302)

XXXXV-SULH

HMK’da yeni olarak sulh kurumu ayrıca düzenlenmiştir. HMK m. 313’e göre: “Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir. Dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dâhil edilebilir. Sulh, şarta bağlı olarak da yapılabilir.”

XXXXVI-BASİT YARGILAMA USULÜ

Basit yargılama usulü, daha çabuk sonuçlandırılması gereken, daha kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılacak dava ve işler için kabul edilmiş bir usuldür³⁵. Asliye hukuk mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanırken, sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır.

HMK m. 316’da basit yargılama usulüne tabi dava ve işler sıralanmıştır. Bunlar:

- a) Sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işler.
- b) Doğrudan dosya üzerinden karar vermek konusunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı dava ve işler.
- c) İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici hukuki koruma talepleri ile deniz raporlarının alınması, dispeççi atanması talepleri ve bunlara karşı yapılacak olan itirazlar.

³⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 579.”

- c) Her çeşit nafaka davaları ile velayet ve vesayete ilişkin dava ve işler.
- d) Hizmet ilişkisinden doğan davalar.
- e) Konkordato ve sermaye şirketleri veya kooperatiflerin uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılmasına ilişkin açılacak davalar.
- f) Tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işler.
- g) Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler.

Yeni HMK'da seri ve sözlü yargılama usulü bulunmadığından, diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hallerde, bu Kanunun basit yargılama usulü ile ilgili hükümleri uygulanır.

Dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur. Cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak mahkeme durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir. Taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler. Dava ve cevap dilekçeleri yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebilir. (HMK m. 317)

Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakianın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır (HMK m.318)

İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319)

Mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir. Daha önce karar verilemeyen hâllerde mahkeme, ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinler; daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hu-

susları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılır; tutanağın altı hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür. Mahkeme, tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını yukarıdaki fıkrada belirtilen duruşma hariç, iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz. İşin niteliği gereği bilirkişi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin yürütülmesi gibi zorunlu hâllerde, hâkim gerekçesini belirterek bir aydan sonrası için de duruşma günü belirleyebilir ve iki-dan fazla duruşma yapabilir. Basit yargılama usulüne tabi davalarda, işlem den kaldırılmasına karar verilmiş olan dosya, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılırsa, dava açılmamış sayılır. (HMK m. 320)

Tahkikatın tamamlanmasından sonra, mahkeme tarafların son beyanlarını alır ve yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Taraflara beyanda bulunabilmeleri için ayrıca süre verilmez. Kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak zorunlu hâllerde, hâkim bu durumun sebebini de tutanağa geçirmek suretiyle, sadece hüküm özetini tutanağa yazdırarak kararı tefhim edebilir. Bu durumda gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğe çıkartılması gerekir (HMK m. 321)

XXXXVII-KANUN YOLLARI

HMK'daki istinaf ve temyizle ilgili düzenleme, 7.10.2004 tarihli ve 5235 sayılı Kanunla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununu değiştiren düzenlemelerle çoğunlukla benzerdir. İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra karar düzeltme yolu tarihe karışacaktır.

Bölge Adliye Mahkemeleri kurulana kadar, HUMK'un temyize ve sonrasına ilişkin hükümlerinin uygulanması devam edecektir. Bu sebeple, bölge adliye (istinaf) mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra, uzunca süre, temyiz ve karar düzeltme hakkındaki mevcut hükümler ile yürürlüğe girecek olan (yeni) temyiz hükümleri bir arada uygulanmaya devam olunacaktır³⁶.

³⁶ Bkz. Yılmaz, Getirdikleri, s. 36; Geniş bilgi için bkz. Özkes Muhammet, Sorularla

XXXXVIII-İHTİYATİ TEDBİR

Delil tespitine yönelik düzenlemeler HUMK'la paralelken, ihtiyati tedbire ilişkin olarak yeni düzenlemelere de yer verilmiştir.

HUMK'ta ihtiyati tedbire ilişkin olarak tedbir için görevli ve yetkili mahkeme en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkünse o yer mahkemesi görevli ve yetkili olmasına karşın HMK'da görev ve yetkili mahkeme net olarak belirtilmiştir. Buna göre: *"İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir. Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır"* (HMK m. 390)

HMK ile yeni olarak ihtiyati talebin reddi durumunda istinafa başvurma imkanı getirilmiştir. Buna göre: *"Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdiî ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir... İhtiyati tedbir talebinin reddi hâlinde, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır."* (HMK m. 391)

HMK'da yeni olarak, ihtiyati tedbir kararının verilmesinden sonra 1 hafta içinde uygulanmasının talep edilmesi gerektiği benimsenmiştir. HUMK'ta davanın açılması yeterliydi, ayrıca uygulanma talebine gerek yoktur. HMK m. 393'e göre: *"İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir. İhtiyati tedbir kararı2nın uygulanması için, gerekirse zor kullanılabilir. Zor kullanmak hususunda, bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, uygulamayı gerçekleştirecek memurun yazılı başvurusu üzerine, kendisine yardım etmek ve emirlerine uymakla yü-*

kümlüdürler. İhtiyati tedbiri uygulayan memur, bir tutanak düzenler. Bu tutanakta, tedbir konusu ve bulunduğu yer gösterilir; tedbir konusu ile ilgili her türlü iddia bu tutanağa geçirilir. Tedbiri uygulayan memur, bu tutanağın bir örneğini tedbir sırasında hazır bulunmayan taraflara ve duruma göre üçüncü kişiye tebliğ eder. İhtiyati tedbir kararları hakkında kanun yoluna başvurulması hâlinde, tedbire ilişkin dosya ve delillerin sadece örnekleri ilgili mahkemeye gönderilir.

HMK'da ihtiyati tedbir kararına itiraz ayrıntılı olarak 394. maddede düzenlenmiştir. Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz. İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir. İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler. İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir. İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz.

Teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması m. 395'te; durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması m. 396'da düzenlenmiştir.

HUMK'ta ihtiyati tedbir kararından sonra dava açma süresi 10 gün iken, HMK'da bu süre 2 hafta olarak belirlenmiştir. İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar. İhtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın

kesinleşmesine kadar devam eder. Tedbir kalkmış veya kaldırılmış ise bu husus ilgili yerlere bildirilir. İhtiyati tedbir dosyası, asıl dava dosyasının eki sayılır. (HMK m. 397)

İhtiyati tedbire muhalefetin cezası 398. maddede düzenlenmiştir. Buna göre: *“İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir.”*

HUMK'tan farklı olarak haksız ihtiyati tedbire ilişkin tazminat davası HMK m. 399'da düzenlenmiştir. Buna göre: *“Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür. Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır. Tazminat davası açma hakkı, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”*

XXXXIX-TAHKİM

HMK ile, iç tahkim açısından toprak esaslı benimsenmiş olup³⁷ buna göre, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Eskiden beri devam eden taşınmaz mallar üzerindeki aynı hakların tahkime elverişli olup olmayacağı sorunu HMK m. 408'le çözümlenmiştir. Buna göre: *“Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.”*

HMK m. 422'de, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir. Buna göre: *“Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir.*

³⁷ Bkz. Yılmaz, Getirdikleri, s. 36.

Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç cevap dilekçesinde yapılır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhâl ileri sürülmelidir. Hakem veya hakem kurulu, yukarıda belirtilen her iki hâlde de gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, süresinde ileri sürülmeyen itirazı kabul edebilir. Hakem veya hakem kurulu, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlar; yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürür ve davayı karara bağlar.

Tarafların tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip oldukları ve taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkanı verilmesi gereği m. 423'te; tarafların, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, HMK'nun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabileceği ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebileceği, m. 424'te düzenlenmiştir.

Taraflar hangi usulü kararlaştırmış olursa olsun bazı ilkelere aykırı hükümler getiremezler ve hakemler de bu ilkelere uymak zorundadır. Kanunda özellikle temel iki yargılama ilkesi belirtilmiş olup bunlar yukarıda da sayılan tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkıdır³⁸.

Tahkim süresi 1 yıl olarak düzenlenmiştir. Buna göre: *"Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçtiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemeye uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir."* (HMK m. 427)

HMK'da getirilen düzenlemeyle, icra edilebilirliğine mahkemelerce karar verilmesi kaydıyla hakemler, tahkim yargılaması sırasında ih-

³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 696; Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 222.

tiyati tedbir veya delil tespitine karar verebilecektir. Buna göre: "Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbir alınmasına veya delil tespitine karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir. Mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir. Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu hâller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır. Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemeye verilen ihtiyati tedbir kararı, aksine karar verilmedikçe, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hâle gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi hâlinde kendiliğinden ortadan kalkar. Mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararı, hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir. (HMK m. 414)

HMK'nın sulhe verdiği özel önem sebebiyle tahkimde de sulh ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Buna göre tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir. Tarafların talebi, ahlâka veya kamu düzenine aykırı değilse ya da tahkime elverişli olan bir konuya ilişkin ise sulh, hakem kararı olarak tespit edilir. (HMK m.434)

Hakem kararlarına karşı tek bir olağan kanun yolu benimsenmiş olup³⁹, bu da iptal davasıdır. HMK m. 439'a göre hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yerindeki mahkemede açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür. Aşağıdaki durumlarda iptal davası açılabilir:

- a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,

³⁹ Önceki düzenleme için bkz. Özbay İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004, s. 10 vd.

- b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı,
- c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,
- ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği,
- d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,
- e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,
- f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,
- g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,
- ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu

Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim sözleşmesi kapsamında olan konuların, tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir. İptal davası, bir ay içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya tartzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir. İptal talebi, davaya bakan mahkeme aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz, kararın icrasını durdurmaz.

KAYNAKLAR

- Akkan Mine, Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Ankara 2010.
- Atalay Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- Bolayır Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Erişir Evrim, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Erdönmez Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2010.
- Erturgut Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004.
- Özby İbrahim, Grup Davaları, Ankara 2010. (Özby, Grup Davaları).
- Özby İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004. (Özby, Temyiz).
- Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995. (Özekes, Asli Müdahale).
- Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003. (Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı).
- Özekes Muhammet, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, Ankara 2008. (Özekes, Yeni Kanun Yolu).
- Pekcanıtez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011.
- Sungurtekin Özkan Meral, Avrupa Birliği / Avrupa Topluluğu Usul Hukukuna Giriş, Ankara 2009. (Sungurtekin Özkan, Avrupa Birliği).
- Sungurtekin Özkan Meral/ Türkoğlu Özdemir Gökçe, Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdikleri, Nevşehir Barosu, 4.6.2011. (Yılmaz, Getirdikleri).

648 SAYILI KHK VE DAYANAĞI 6223 SAYILI YETKİ KANUNUNUN EKOLOJİK HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ömer AYKUL*

GİRİŞ

17.08.2011 Tarih ve 28028 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren “Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair KHK”; 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu’nca 08.08.2011 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Bu KHK ile;

1. 644 Sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname,
2. 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu,
3. 375 Sayılı KHK (Muhtelif Personel Kanunlarında değişiklik içeren)
4. 3194 Sayılı İmar Kanunu,
5. 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun,
6. 645 Sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname,
7. 2873 Sayılı Millî Parklar Kanunu,
8. 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu,
9. 4848 Sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun,
10. 3234 Sayılı Orman Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü

* Avukat, İstanbul Barosu

Hakkında Kanun,

11. 6107 Sayılı İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun,
12. 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu,
13. 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında KHK,
14. 6091 Sayılı 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu, değiştirilmiştir.

648 Sayılı KHK'nin dayanağı olan 6223 sayılı Kanun; daha geniş bir değişiklik öngördüğünden ve hedeflediği değişikliklerin bir çerçevesi veya sınırı olup olmadığını anlamak ve daha sağlıklı bir incelemenin yapılabilmesi için aynen aşağıya alınmıştır:

6223 Sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri İle Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu

(Kabul Tarihi:6 Nisan 2011) (Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 3 Mayıs 2011 - Sayı: 27923)

Amaç ve kapsam

MADDE 1 - (1) *Bu Kanunun amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere;*

- a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek;*
- 1) *Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine,*
- 2) *Mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine,*
- 3) *Mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına,*
- b) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına,*

ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektedir.

- (2) Bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler;
- a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak;
- 1) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda,
 - 2) 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda,
 - 3) 27/9/1984 tarihli ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda,
 - 4) 10/10/1984 tarihli ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda,
 - 5) 8/1/1985 tarihli ve 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,
 - 6) 21/5/1986 tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,
 - 7) 9/12/1994 tarihli ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,
 - 8) 1/5/2003 tarihli ve 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,
 - 9) 27/10/2004 tarihli ve 5251 sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,
 - 10) 10/11/2004 tarihli ve 5256 sayılı Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,
 - 11) 1/12/2004 tarihli ve 5263 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,
 - 12) 13/12/1983 tarihli ve 180 sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,
 - 13) 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,
 - 14) 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Gö-

releri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

- 15) 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,
 - 16) 7/8/1991 tarihli ve 441 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,
 - 17) 2/7/1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,
 - 18) 19/6/1994 tarihli ve 540 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,
 - 19) 25/3/1997 tarihli ve 571 sayılı Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,
 - 20) Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde,
 - b) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak;
- 1) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda,
 - 2) 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununda,
 - 3) 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunda,
 - 4) 23/6/1981 tarihli ve 2477 sayılı 23/4/1981 Tarih ve 2451 Sayılı Kanunun Kapsamı Dışında Kalan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usulüne İlişkin Kanunda,
 - 5) 11/10/1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununda,
 - 6) 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamede,

- 7) Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin hükümlerinde, yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeleri kapsar.

İlkeler ve yetki süresi

MADDE 2 - (1) Bakanlar Kurulu bu Kanuna göre verilen yetkiyi kullanırken;

- a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak;
 - 1) Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların Devlet bakanlarına bağlanması ve ilgilendirilmesi uygulamasına hizmetlerin özelliğinden kaynaklanan zorunluluklar dışında yer verilmemesini,
 - 2) Sosyal hizmetler alanında halen bağlı kuruluşlar eliyle yürütülen aile, özürlüler, çocuklar, kadınlar ve sosyal yardımlar alanındaki hizmetlerin daha etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesini sağlamak üzere yeni bir bakanlık kurulmasını,
 - 3) Ekonomiyle ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülen faaliyetlerin koordinasyonunu sağlamak, ekonomi politika, hedef ve stratejilerini belirlemek üzere yeni bir bakanlık kurulmasını,
 - 4) İç ve dış ticarete yönelik hizmetlerin daha etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesini sağlamak üzere yeni bir bakanlık kurulmasını,
 - 5) Gençlik ve spora yönelik hizmetlerin daha etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesini sağlamak üzere yeni bir bakanlık kurulmasını,
 - 6) Kamu hizmetlerinin verimli, süratli ve etkin bir şekilde yürütülmesini, ülkenin ekonomik ve sosyal durumunu dikkate alarak hizmetin özelliği ve gereklerine uygun düzenlemeler yapılmasını,
 - 7) Kamu hizmetlerinde iş bölümü ve koordinasyonun sağlanmasını, benzer hizmetlerin tek kuruluş veya birim tarafından yürütülmesini ve kaynak kullanımında israfın önlenmesini,
 - 8) Teşkilatların, hizmetlerin özelliğinden kaynaklanan zorunlu farklılıklar saklı kalmak kaydıyla, hiyerarşik bağlılık ve unvan standardizasyonu sağlanacak şekilde düzenlenmesini, zorunlu olmadıkça yeni birim kurulmamasını, kadro ihdasında azami tasarrufa riayet edilmesini,
 - 9) Kaynakların ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara uygun ve rasyonel kullanılmasını, kamu hizmetlerinde etkinliğin artırılması yönünde düzenlemeler

getirilmesini,

- b) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak;
- 1) Yürütülen hizmetin, özelliklerini de dikkate alacak şekilde çağdaş kamu yönetimi anlayışına uygun bir şekilde geliştirilmesini,
 - 2) Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen hizmetlerin, özelliğinden kaynaklanan zorunlu farklılıklar saklı kalmak kaydıyla, standardizasyon sağlanacak şekilde düzenlenmesini,
 - 3) Yönetim görevlerine atanmada ve bu görevlerde yükselmede kariyer ve liyakat esasları ile nitelikli personel istihdamının esas alınmasını, göz önünde bulundurur.
- (2) Bakanlar Kuruluna verilen yetki, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay süre ile geçerlidir. Bu süre içinde Bakanlar Kurulu birden fazla kanun hükmünde kararname çıkarabilir.

Yürürlük

MADDE 3 - (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 4 - (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Önümüzde incelenmesi gereken 648 sayılı KHK ve bunun dayanağı ve geçerlilik hukukunu oluşturan 6233 sayılı yetki Kanunu olduğundan, inceleme ve değerlendirmeye önce 6233 sayılı yetki Kanunundan başlanılmıştır.

6233 SAYILI YETKİ KANUNUNUN ANAYASAYA UYGUNLUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yetki Kanununu inceleyebilmek için kanun hükmünde kararname ve bunu çıkarmak için yetkiyi düzenleyen Anayasanın ilgili maddesi 91. maddede olup, bu madde aynen aşağıya alınmıştır:

“Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme

MADDE 91 - Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve

ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir.

Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz.

Kanun hükmünde kararnamenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında, yetkinin son bulunduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir.

Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Kanun hükmünde kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir.

Kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur.

Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür.

Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazetede Yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer."

Oldukça geniş bir kapsamı olan Anayasanın bu maddesi, mutlaka yine Anayasanın "Yasama yetkisi" ni düzenleyen,

"MADDE 7 - Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez."

hükmü ile birlikte değerlendirilmelidir. Aksi takdirde yürütmeye yasama yetkisi verilmiş olur ki, bu Anayasanın temel ilkelerine ters

düşer.

Bilindiği üzere KHK çıkarma hukuku; anayasal sisteme 1961 Anayasasında 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle girmiştir. Yani 1961 Anayasasının ilk halinde ve 1921 ve 1924 Anayasalarında KHK çıkarma yetkisi hükümetlere verilmemiştir. Bir kurtuluş savaşı yürüten ilk Meclis ve onun anayasası olan 1921 Anayasası, değil yürütmeye yasama yetkisi vermek, tam aksine yasama yürütme yetkisini üstlenmiş ve bu tip bir yönetime “*Büyük Millet Meclisi Hükümetleri*” dönemi denilmiştir.

İlk kez 12 Mart 1971 muhtırası sonrası olağanüstü dönemde anayasal sisteme dahil olan bu mekanizma, anayasa değişikliği dahil bütün uygulamaları tartışmalı ve sancılı olmuştur. Halen yürürlükte olan anayasanın olağanüstü hali düzenleyen 121. ve sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halini düzenleyen 122. maddelerinde KHK çıkarma yetkisi tanınırken Hükümetin Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanması da belirtilmiştir. Her ne kadar Anayasanın 7. maddesinin gerekçesinde, 91. ve 121. madde uygulamaları saklı tutulmuşsa da, 91. maddenin çağdaş hukuk açısından yapılacak bir analizinde;

“birden fazla KHK çıkartabilmenin, ucu açıklık olarak algılanamayacağı”

ve

“teşkilatlandırma yetkisinin, anayasa ile bakanlıklara verilmiş görevlerin ortadan kaldırılması veya işlevsizleştirilmesi yönünde kullanılamayacağı”

gibi temel çağdaş hukuk ve devlet yönetimi ilkelerine uymadığı tespit edilebilecektir. Anayasalarda bu yetki aslında bir istisnai düzenleme olmasına rağmen, yasama yetkisini fiilen ortadan kaldırdığından her zaman çok tartışmalı olmuştur.

Görüldüğü üzere şekli hukuk açısından dahi 648 sayılı KHK; Anayasanın 91. maddesine uygun görünmemektedir. Yetki Kanunu incelendiğinde;

(1) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak isimleri belirli toplam 20 Kanun ve KHK ile “*belirsiz sayıdaki kanun ve kanun hükmünde kararnamenin*” de görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hü-

kümlelerinde,

(2) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak isimleri belirli toplam 6 Kanun ve KHK ile *“belirsiz sayıdaki kanun ve kanun hükmünde karar-namenin”* de memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin hükümlerinde,

değişiklik yapılmasının planlandığı anlaşılmaktadır.

Bu yetki kanununun, Anayasanın 91. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *“Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla karar-name çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir.”* hükmü ile yine Anayasanın 7. maddesinde yer alan *“Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.”* hükmüne uygun olduğu son derecede tartışmalıdır.

Birden fazla kararname çıkartma yetkisi *“ucu açık”* bir KHK çıkarma yetkisi olarak kabul edilebilir mi?

Böyle bir kabul, fiilen TBMM'nin Anayasanın 7. maddesinde belirtilen yasama yetkisini ortadan kaldırmaz mı?

Bu bir TBMM'nin yetkisinin devri değil midir?

Neredeyse bütün bir kamu yapısının ve görevlerinin değiştirilmesindeki ivediliğin gerekçesi nedir?

Devletin kurumlarındaki kurumsallaşmış yapının değiştirilmesindeki saik, çağdaş bir yapıya ulaşmak mı, yoksa kadrolaşmak mıdır?

Bu sorular yanıtı beklenen ve belki Anayasa Mahkemesinin yargılaması ile cevabını bulabilecek sorulardır.

Bizim görüşümüze göre;

- hiçbir olağanüstü koşulun mevcut olmaması,

- yetki kapsamındaki işlerin olağan yasama süreci içerisinde yapılmasının mümkün olması,

- yetki kapsamındaki işlerin ivedilik taşımaması,

- yine yetki kapsamındaki işlerin büyük bir çoğunluğunun akademik çevreler, barolar, sivil toplum kuruluşları, aydınlar ve çevreciler tarafından tartışılması ve bir konsensüs oluşturması gereken konular olması ve bu nedenle de ayrıca olağan yasama sürecine ihtiyaç duyulması,

- Anayasadaki birden fazla KHK çıkarabilme yetkisinin, çıkan yetki yasası ile ucu açık bir hal alması,

gibi nedenlerden dolayı, 6233 sayılı Yetki Kanunu; ANAYASA'NIN 7. ve 91. MADDELERİNE AYKIRIDIR.

648 SAYILI KHK'NİN DEĞİŞTİRDİĞİ HÜKÜMLER AÇISINDAN ANAYASAYA UYGUNLUK DEĞERLENDİRMESİ

Yetki Kanunu ile ilgili değerlendirmeden sonra 648 sayılı KHK'nin getirdiği düzenlemeleri incelemeye başlayabiliriz.

1. 644 Sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamedeki Değişiklikler :

1.1. 644 Sayılı KHK'nin 2b maddesindeki Bakanlığın "*Havza koruma planları yapmak yetkisi*" kaldırılmıştır. Ayrıca Bakanlık görevlerini belirleyen 2. maddede çevre düzeni planlarının yapılması yazılı değilken, 7. maddede bu görevin ilgili Genel Müdürlüğe verildiği görülmektedir. Çevre düzeni planları havza bazında yapılması gereken ve ilk amacı da çevresel veya ekolojik koruma olması gereken planlardır. O zaman bu değişikliğin amacını anlamak mümkün değildir. Görülüyor ki, bu KHK'yi hazırlayanlar Çevre Bakanlığının artık oturmuş ve yerleşmiş görevlerini bilmemektedirler. Mevcut ve işleyen bir Bakanlık mekanizmasının birleşme ile neden bozulduğu da yine anlaşılama-maktadır.

1.2. Ayrıca yine 2. maddeye yeni bir (h) fıkrası eklenmiştir. Bu fıkra;

"Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan veya mülkiyeti Hazineye, kamu kurum veya kuruluşlarına ya da kişilere ait olan taşınmazlar üzerin-

de yapılacak yatırımlara ilişkin olarak ilgilileri tarafından hazırlanan veya hazırlattırılan ancak yetkili idarelerce üç ay içerisinde onaylanmayan etüt, harita, her tür ve ölçekte çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parselasyon planlarını ve değişikliklerini ilgili idarelerin başvurusu üzerine yapmak, yaptırmak, onaylamak ve başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde yetkili idarelerce ruhsatlandırma yapılmaması halinde resen ruhsat ve yapı kullanma izni vermek."

şeklinde dir. Bu fıkra ile özellikle "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan" yani ormanlar, meralar, sulak alanlar ve kıyılar gibi ekolojik açıdan diğer alanlara göre gerek ulusal ve gerekse uluslar arası hukuk ile daha iyi korunan alanlara el atılmak istendiği açıktır. Bu hüküm bu haliyle Anayasanın 43, 44, 45, 63 ve 169. maddelerine açıkça aykırıdır. Öyle bir hüküm oluşturulmuştur ki, bir yandan demokrasi-nin gereği olarak yerel yönetimlerin güçlendirildiği söylenmekte, öte yandan bu madde ile bu yetki fiilen ortadan kaldırılmaktadır. Fıkra bu yönüyle ayrıca Anayasanın 126 ve 127. maddelerine de aykırıdır.

Ayrıca bu fıkra ile bağlantılı olarak 7. maddeye yeni eklenen (e) fıkrası;

"2 nci maddenin birinci fıkrasının (h) bendinde belirtilen konularla ilgili olarak 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun ek 7 nci maddesi çerçevesinde uygulama yapmak veya yaptırmak, bu uygulamalara yönelik olarak kentsel dönüşüm, yenileme ve transfer alanları geliştirmek, bu alanların her ölçekteki imar planı ve imar uygulamalarını, kentsel tasarım projelerini yapmak, yaptırmak ve onaylamak, bu çerçevede paylı mülkiyetleri ayırmak, birleştirmek, arsa ve arazi düzenlemeleri yapmak, imar hakkı transfer etmek, kamulaştırma ve gerektiğinde usulüne uygun olarak acele kamulaştırma yoluna gitmek, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izinlerini vermek ve kat mülkiyeti tesis ve tescilini sağlamak."

şeklinde olup, bu fıkra ile yine "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan" bu tip alanlarda kentsel dönüşümler ve en üst imar planından inşaat sonrası son aşama olan kat mülkiyetine geçişe kadar her işlemin yapılma yetkisi Bakanlığa verilmiştir. Özetle bu alanlarda öyle bir rant paylaşımı olacaktır ki, hiçbir hukuki aşamada kilitlenme yaşanmayacaktır. Rantsal bölüşümde pürüz istenmemektedir. TOKİ mantığı ile çevrenin yönetilemeyeceği anlaşılıncaya kadar, herhalde talan edilmiş hiç bir doğal varlık kalmayacaktır. Aynı anayasaya aykırılıklar bu

fıkra için de 2h fıkrası dolayısıyla geçerlidir.

1.3. Ayrıca 644 sayılı KHK'nin 8. maddesindeki "atık su arıtma tesisleri" konusu ile "deniz kirliliğine yönelik acil müdahale planları" konusunun neden çıkartıldığı, bu konuların nerede düzenlendiği anlaşılamamıştır. Yine 9. maddesindeki;

"ç) Yasaklanacak ve kısıtlanacak atık ve kimyasallar ile yakıtların ve çevre kirliliğine yol açabilecek diğer maddelerin ithalat ve ihracatına dair kontrol ve uygunluk belgesi taleplerini değerlendirmek ve sonuçlandırmak.

d) İlgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği içinde atık ve kimyasalların taşınması ile tehlikeli atık ve kimyasalların taşınma lisanslarına ilişkin esasların uygulanmasını sağlamak, izlemek ve denetlemek; atık ve kimyasallarla kirlenmiş alanların mevcut kirlilik durumlarının tespiti, çevre ve insan sağlığına yönelik risklere ve kirlenmiş alanların iyileştirilmesine ilişkin çalışmaları yapmak ve yaptırmak.

f) Yeraltı ve yerüstü sularının, denizlerin ve toprağın korunması, kirliliğin önlenmesi veya bertaraf edilmesi maksadıyla kirliliğin giderilmesi ve kontrolüne ilişkin uygulamaları sağlamak, yeraltı ve yerüstü su, deniz ve toprak kirliliğine karşı hazırlıklı olmak, müdahale ve mücadele kapasitesini artırmak için gerekli tedbirleri almak ve aldırarak; çevrenin korunması, maksadıyla uygun teknolojileri belirlemek ve bu maksatla kurulacak tesislerin vasıflarını tespit etmek ve bu çerçevede gerekli tedbirleri almak ve aldırarak.

ğ) Yenilenebilir enerji kaynakları başta olmak üzere temiz enerji kullanımını desteklemek, yakıtların hava kirliliğine yol açmayacak şekilde kullanılabilmesi için gerekli önlemleri almak veya aldırarak.

i) Atıkların kaynağında en aza indirilmesi, sınıflara ayrılması, toplanması, taşınması, geçici depolanması, geri kazanılması, bertaraf edilmesi, yeneden kullanılması, artırılması, enerjiye dönüştürülmesi ve nihai depolanması konularında geri kazanımı artırıcı sistemleri kurmak, kurdurmak, uygun teknolojileri belirlemek; her türlü atık bertaraf tesislerine belirlenen usul ve esaslara göre lisans vermek ve bunları izlemek ve denetlemek."

fıkraları kaldırılmıştır. Çevre koruma konusundaki bu çok önemli düzenlemeler kim tarafından ve nasıl yapılacak, yoksa yapılmayacak mıdır? Bu konu ortadadır.

1.4. 644 Sayılı KHK'ye eklenen 13/A maddesi ile "*Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu*" nun yasalaşması beklenmeden, doğal ve kültürel/tarihi varlık yönetimlerinin ayrılması ve "*Koruma Kurullarının fiilen ortadan kaldırılması*" süreci başlatılmıştır. Böylece AB süreci adına yapıldığı söylenen mevzuat değişikliği gerekçelendirmesi de yine fiilen ortadan kalkmıştır. Çünkü "*Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu*" gibi doğal varlıklar açısından temel bir kanun olması gereken bu yasadaki vazgeçildiği anlaşılmakta ve bakanlıklar arası görev dağılımı gerekçesi ile aslında hukuksal korumanın kaldırıldığı veya bunun yolunun açıldığı görülmektedir. Bu madde Anayasanın 7, 91 ve 63. maddelerine aykırıdır.

1.5. Yine 644 Sayılı KHK'ye eklenen "*EK MADDE-1*" ile 19/10/1989 tarihli ve 383 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı kapatılmış ve 383 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen iş ve işlemler, Bakan tarafından uygun görülen Çevre ve Şehircilik Bakanlığının birimlerince yürütüleceği hükme bağlanmıştır. Bu çevre ve doğal varlık korumasına yönelik en büyük darbedir. Bu bölgelerin rantsal talana açılacağı açıktır. Bu madde Anayasanın 43, 56, 63 ve 169. maddelerinin yanı sıra Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu çevre ile ilgili bir çok uluslar arası sözleşmeye ve bu nedenle de ayrıca Anayasanın 90. maddesine aykırıdır. Unutulmaması gereken bir konu da Ülkemizde korunan alanların toplam ülke yüz ölçümüne oranı sadece %4 dür. Dünya ortalaması %12'nin üzerindedir. Öyle anlaşılmaktadır ki bu %4 bile fazla gelmektedir.

1.6. Eklenen "*GEÇİCİ MADDE-6*" ile 6 aylık devir sonrası doğal varlıkların bütünüyle statülerinin yeniden değerlendirileceği hususu, "*Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu*" nun yasalaşması beklenmeden yürürlüğe sokulmuştur. Bu madde ile bir çok doğal sit alanı ile sair korunan alanın da rantsal talana açılacağı anlaşılmaktadır. Elbette bu maddedeki bu düzenleme de Anayasanın 43, 56, 63 ve 169. maddelerinin yanı sıra Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu çevre ile ilgili bir çok uluslar arası sözleşmeye ve bu nedenle de ayrıca Anayasanın 90. maddesine aykırıdır. Öyle anlaşılmaktadır ki, bu düzenleme ile korunan alanların toplam ülke yüz ölçümünün %4'ü olan oranı, bırakın Dünya ortalaması olan % 12'lere yaklaşmayı, %4'lerin de altına indi-

rilecektir.

2. 3194 Sayılı Kanundaki Değişiklikler :

2.1. 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 27. maddesi başlığı ile değiştirilmiş ve aslında köylerdeki yapılaşmaya bazı kolaylıklar sağlayan maddeye, konunun özünü çok aşacak eklemeler yapılmıştır. Bunlardan bir tanesi;

"Köy yerleşik alan sınırı içerisinde, 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu hükümleri uygulanmaz."

hükmüdür. Bu Kanun için yıllarca mücadele edilmiş ve verimli topraklarımızın, yani yaşam kaynağımız ve gıda güvenliğimizin biricik dayanağı olan bu Kanun çıkartılmıştır. Şimdi *"Ne var bunda, bu istisna sadece köy sınırı içinde geçerli olacak!"* denilebilir. Ama devamındaki;

"İl çevre düzeni planında açıkça belirtilmediği takdirde, ihtiyaç duyulması halinde, köyün gelişme potansiyeli ve gelişme düzeyi de dikkate alınarak köy yerleşik alan sınırları ve özel kanunlara ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla bu alanlarda yapılaşma kararı ve ifraz şartları belediye sınırı il sınırı olan yerlerde büyükşehir belediye meclisi, diğer yerlerde il genel meclisi kararı ile belirlenir. Tespitler kadastro paftasına işlenerek tapu sicilinde belirtilir. İhtiyaç duyulması halinde mevcut köy yerleşik alan sınırları il genel meclisince yeniden belirlenebilir."

şeklindeki fıkra, bu işi ucu açık ve nerede sonlanacağı ve hangi amaçla kullanılacağı bilinmeyen bir uygulamaya dönüştürmektedir. Bunu hukuken kabul etmek mümkün değildir. Bu madde Anayasanın 44, 45 ve 166. maddelerine aykırıdır.

2.2. Yine 3194 sayılı İmar Kanununa eklenen aşağıdaki madde ile genel adı ile meraların da sonu getirilmektedir. Madde önemi nedeni ile olduğu gibi metne dahil edilmiş olup aşağıdadır.

"EK MADDE 4 - Mera, yaylak ve kışlakların geleneksel kullanım amacıyla geçici yerleşme yeri olarak uygun görülen kısımları valilikçe bu amaçla kurulacak bir komisyon tarafından tespit edilir. Bu yerlerin ot bedeli alınmaksızın tahsis amacı değiştirilerek tapuda Hazine adına tescilleri yapılır. Bu taşınmazlar, bu madde kapsamında kullanılmak ve değerlendirilmek üzere, belediye ve mücavir alan sınırları içinde kalanlar ilgili belediyelerine, diğer

alanlarda kalanlar ise il özel idarelerine veya özel kanunlarla belirlenen ilgili idarelere tahsis edilir. Özel kanunlar kapsamı dışında kalan alanlarda belediyesince veya il özel idaresince geçici yerleşme alanının vaziyet planı ve yapılaşma şartları hazırlanır ve onaylanır. Bu taşınmazlardan kamu hizmetleri için gerekli olanların dışındakiler, il özel idaresince veya belediyesince ve özel kanunlarla belirlenmiş alanlarda ilgili idarece kadastro verileri işlenmiş hâlihazır haritalar üzerine yapılmış vaziyet planına veya onaylı imar planına uygun olarak talep sahiplerine bedeli karşılığında yirmidokuz yıla kadar tahsis edilebilir. Bu yerlerde umumi ve kamusal yapılar hariç, inşa edilecek yapıların kat adedi bodrum hariç olmak üzere ikiyi, yapı inşaat alanı 200 metrekareyi geçemez. Bu yapıların yöresel mimariye uygun ve yöresel malzeme kullanılmak suretiyle yapılması zorunludur. Bu fıkranın uygulanmasına, bu fıkra kapsamında tahsis edilecek mera, yaylak ve kışlakların il genelindeki toplam mera, yaylak ve kışlakların binde beşini geçmemek üzere oranının belirlenmesine, bu yerlerin kiralanmak ve irtifak hakkı tesis edilmek suretiyle tahsisine, tahsis sürelerine, tahsis bedellerine, tahsil edilen bedellerin kullanım şekline, tahsis süresinin sona ermesine, komisyonun teşkiline ve diğer konulara ilişkin esas ve usuller, İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, Orman ve Su İşleri Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görüşleri alınarak Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

Mera, yaylak ve kışlakların 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca ilan edilen turizm merkezleri ile kültür ve turizm gelişim bölgeleri kapsamında kalan kısımları, ot bedeli alınmaksızın tahsis amacı değiştirilerek tapuda Hazine adına tescil edilir ve bu yerler, 2634 sayılı Kanun çerçevesinde kullanılmak ve değerlendirilmek üzere Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsis edilir."

"Geçici yapı" kavramı ile "29 Yıla kadar tahsis" kavramlarını biz hukukçuların bağdaştırması biraz zordur. Ayrıca "2 kat ve 200 m² inşaat alanı" ile "mera"yı bağdaştırmak da zordur. Turizme tahsis için "tahsis amacı değiştirilen" meralardan komik "ot bedeli"nin dahi alınmasından vazgeçilmesi, ancak kara mizah olabilir. Meralar (yaylak, otlak ve kışlaklar dahil) sadece hayvan otlatılan ve değeri ot miktar ve bedeli ile belirlenebilecek alanlar değildir. Meralar eko-sistemin önemli biyolojik çeşitliliğini ve gen kaynaklarını oluştururlar. Yine meralar, bal üretimi için olmazsa olmaz alanlardır. Erozyonun rekor üstüne rekor kırdığı ülkemiz topraklarında meralar, erozyonun önlenmesinde ve yer altı su kaynaklarının beslenmesinde hayati önemi haiz görevler

ifa ederler. Bu madde de Anayasanın 45 ve 166. maddelerine aykırıdır.

3. 645 Sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamedeki Değişiklikler :

3.1. 645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinde yapılan değişiklikle, doğal siteleri ve sair korunan alanlar üzerinde tasarrufu artırıcı uygulamalar "*Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu*" nun yasalaşması beklenmeden ve yukarıdaki açıklanan düzenlemelere paralel olarak bu bakanlık yetkileri dahilinde de yürürlüğe sokulmuştur. Doğaldır ki, bu maddedeki düzenlemeler de Anayasanın 43, 56, 63 ve 169. maddelerinin yanı sıra Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu çevre ile ilgili bir çok uluslar arası sözleşmeye ve bu nedenle de ayrıca Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

4. 2873 Sayılı Millî Parklar Kanunundaki Değişiklikler :

4.1. 2873 sayılı Millî Parklar Kanununun 5. maddesinde yapılan değişiklik tam bir kara mizahtır. Maddenin orijinal hali şöyledir:

"KAMULAŞTIRMA

MADDE 5 - Millî park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanı sınırları içinde kalan yerlerdeki gerçek ve tüzelkişilere ait taşınmaz mallar ile her türlü tesisler, hazırlanacak planın gerçekleşmesi için, gerekli görüldüğünde, 6830 sayılı İstimlak Kanunu hükümlerine göre, Tarım ve Orman Bakanlığınca kamulaştırılır."

Yapılan değişiklik sonrası madde aşağıdaki şekle dönüştürülmüştür:

"KAMULAŞTIRMA

MADDE 5 - Millî park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanı sınırları içinde kalan yerlerdeki gerçek ve tüzelkişilere ait taşınmaz mallar ile her türlü tesisler, onaylı uygulama imar planına göre hazırlanacak projelerin gerçekleşmesi için, gerekli görüldüğünde, 6830 sayılı İstimlak Kanunu hükümlerine göre, Tarım ve Orman Bakanlığınca kamulaştırılır."

Öncelikle maddenin eski ve yeni hallerinde ve altı çizili yerlere dikkat edersek, maddedeki plan kavramı; millî park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarında imar uygulaması şekline dönüştürülmüştür. Yani millî park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları artık

inşaat sahasına döndürülecektir. Bu iş o kadar acele ile yapılmaktadır ki, bir çok maddedeki bakanlık adları değiştirilirken unutulmuş ve düzeltilmemiş olup, “Tarım ve Orman Bakanlığı” olarak maddede kalmıştır. Bu madde açıkça Anayasanın 63 ve 166. maddelerine aykırıdır.

5. 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunundaki Değişiklikler :

5. 1. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 3. maddesi 1. fıkrasına 13. bent olarak;

“13) “Doğal (tabii) sit”; jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli alanlardır.”

eklenmiş ve “Doğal (tabii) sit” tanımı yapılmıştır. **Burada dikkati çeken konu doğal sit kavramının sadece jeolojik devirlerle bağlantılı bir tanımla kısıtlanmasıdır.** Halbuki aynı maddenin 1. fıkra 2. bendinde;

“2)“Tabiat varlıkları”; jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihî devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir.”

diye tanımlanırken, tabiat varlıklarında “..... veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli....” şeklinde bir tanımlama yaparak, jeolojik devirlerle birlikte günümüzde veya kısa bir dönem önce oluşmuş ve özellikleri ve güzellikleri ile de korunmayı kabul etmiştir. Fakat yeni doğa (tabii) sit kavramında, “özellikleri ve güzellikleri bakımından” korunmasının gerekliliğinden vazgeçip, sadece jeolojik devirlerle irtibatlandırarak, mevcut doğal sitlerin korunmasının kaldırılmasına önemli bir dayanak oluşturulmuştur. Bu bentteki düzenleme, Anayasanın 43, 56, 63 ve 169. maddelerinin yanı sıra Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu çevre ile ilgili bir çok uluslar arası sözleşmeye ve bu nedenle de ayrıca Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

5.2. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 2004 yılından bu yana değiştirile değiştirile adeta işlevsizleşmiş hali, yüksek kurulun bu günkü yapısı ve artık bu son değişiklikle YÖK’den dahi üye istenmeyen bölge koruma kurulları ile varılacak sonuç; koruma değil, sadece inşaatır. Gelecek ve uygarlık sadece betonla değil,

doğa, kültür, sanat ve bilimle oluşabilir.

6. İşbu makaleyi uzatmakla birlikte bazı değişiklik maddelerini metne aynen almadan bazı şeyleri açıklamak kolay olmamaktadır. Bunlardan biri de, Ek Madde-4'dür. Madde aynen aşağıdadır:

“EK MADDE 4 - Taşınır tabiat varlıkları hariç tabiat varlıkları, doğal sit alanları ve bunlara ilişkin koruma alanları ile ilgili olarak bu Kanunda öngörülen iş, işlem ve kararlar bakımından görevli ve yetkili bakanlık, Çevre ve Şehircilik Bakanlığdır.

Tabiat varlıkları, doğal sit alanları ve bunlara ilişkin koruma alanları ile ilgili hususlarda karar almak ve bu Kanunda öngörülen diğer iş ve işlemlerde Çevre ve Şehircilik Bakanlığına yardımcı olmak üzere; Çevre ve Şehircilik Bakanlıği merkez teşkilatı bünyesinde Çevre ve Şehircilik Bakanlıği Müsteşarının veya ilgili Müsteşar Yardımcısının başkanlığında, Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürü, söz konusu varlıkların ve alanların özelliklerine göre konusunda uzmanlaşmış biolog, peyzaj mimarı, ziraat, çevre, orman ve su ürünleri mühendisleri ve hukukçular ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca uygun görülecek uzmanlardan Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve taşrada Çevre ve Şehircilik Bakanlıği temsilcisinin başkanlığında, aynı meslek alanlarından yeterli sayıda uzmanın katılması suretiyle yeteri kadar Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu teşkil edilir. Bu komisyonların iş, işlem ve kararları konusunda, bu Kanunun Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurulları ile ilgili hükümleri, Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca alınan ilke kararları çerçevesinde kıyasen uygulanır.

Bu Kanunda Koruma Yüksek Kurulunca alınması öngörülen kararlar, tabiat varlıkları, doğal sit alanları ve bunlara ilişkin koruma alanları bakımından Koruma Merkez Komisyonunca, koruma bölge kurullarınca alınması öngörülen kararlar koruma bölge komisyonlarınca alınır ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının onayıyla yürürlüğe konulur.

Bu Kanunda ve diğer mevzuatta tabiat varlıkları, doğal sit alanları ve bunlara ilişkin koruma alanları bakımından Koruma Yüksek Kuruluna ve koruma bölge kurullarına yapılan atflar ilgisine göre Koruma Merkez Komisyonuna ve koruma bölge komisyonlarına yapılmış sayılır ve ilgili maddelerde geçen Koruma Yüksek Kurulundan Koruma Merkez Komisyonu ve koruma bölge kurullarından koruma bölge komisyonları anlaşılır.

Tabiat varlıkları, doğal sit alanları ve bunlara ilişkin koruma alanları ile

ilgili iş, işlem ve kararlara ilişkin usul ve esaslar ile bu konularda görev yapacak komisyonların teşkili, çalışma usul ve esasları Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca hazırlanan yönetmelikle düzenlenir."

Görülmektedir ki, mevcut doğal sit'ler hakkında ilgili alınmış ilke kararları ile yargısal içtihatlarla oluşmuş doğal varlıkların korunması hukuku tümüyle ortadan kaldırılmak istenmektedir. Hedef sadece parası olanlara bina yapıp satmak ve ülkenin en güzel ve geleceğimize miras bırakılması gereken alanlarını yok etmektir. Sağ duyu öne çıkmalı ve Anayasa Mahkemesi bu gidişe dur demelidir. Özellikle Geçici Madde-10 ile koruma kurulu üyeliklerine son verilmesi ile geçiş sürecindeki koruma işlemlerinin nasıl yürütüleceği de ortadadır.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

İncelemeye çalıştığımız 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu'nca 08.08.2011 tarihinde kararlaştırılarak 17.08.2011 Tarih ve 28028 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren "*Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 648 Sayılı KHK*"; öncelikle Anayasanın yasama yetkisini ve devredilemezliğini düzenleyen 7. maddesi ile kanun hükmünde kararname çıkarma hukukunu düzenleyen 91. maddesine aykırıdır.

Ayrıca muhtelif mevzuatta yapılan değişiklikler de genel olarak, Anayasamızın kıyıları hakkındaki 43., tarım alanları ve meraların korunması ile ilgili 44 ve 45., çevrenin korunması hakkındaki 56., kültür ve tabiat varlıklarının korunması ile ilgili 63., uluslar arası sözleşmeler ile ilgili 90. ve planlama ile ilgili 166. maddelerine aykırılıklar taşımaktadır.

648 Sayılı KHK'ye bir bütün olarak bakıldığında, Kararnamenin Çevre ve Şehircilik Bakanlığının aslen yerel yönetimlere ait olan plan yapma, yaptırma, onaylama yetkilerinin yanı sıra proje onayı, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi verilmesi gibi görev ve yetkilere, parsel ölçeğinde ve ayrıcalıklı biçimde, dilediğince el koyma yetkisini tanımladığı görülmektedir. Bu yanı sıra 648 sayılı KHK, Anayasanın bir çok maddesine aykırılığın yanı sıra, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na ve ülkemizde planlama hukukunda bugüne kadar genel kabul

görmüş tüm ilkelere aykırıdır. Gerektiğinde bütün belediye yetkilerini kullanabilecek bir TOKİ Bakanlığı yaratılmış, üstelik verilen yetkilerle ormanlar hariç bütün doğal varlıklar hakkında varlık-yokluk belirlemesi yapabilecek bir konuma getirilmiştir.

Yine 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu'nda yapılan değişiklikle de ülkemizde denetim dışı bırakılan yapıların sayısı, türü ve dağılımında önemli değişimler yaşanmıştır. Yapılan düzenleme ile ülkemizdeki tüm köylerin yanı sıra, belediyelerin yaklaşık olarak % 70'ini oluşturan, nüfusu 5000 kişinin altındaki belediyelerin sınırları içinde ve mücavir alanlarındaki yapılaşmalar da yapı denetim sistemi dışına çıkarılmıştır. Bu haliyle yapılan düzenleme, teknik eleman açısından son derece yetersiz olan bu yerleşmelerde, yapı güvenliği açısından, sonuçları önümüzdeki yıllarda acı biçimde ortaya çıkacak çok önemli bir olumsuzluk anlamına gelmektedir.

Köy yerleşik alanlarının imar planlaması dışına çıkartılması, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun buralarda uygulanmayacağı ve 4342 sayılı Mera Kanunu ile korunmaya çalışılan meralarımızın yapılaşmaya açılması önemli olumsuzluklardır.

636 Sayılı KHK ile başlayan sıkıntı 644 ve 645 ile devam etmiş, 648 ile düzeltilmesi beklenirken, daha da olumsuz düzenlemeler getirilmiştir.

Bu nedenle geleceğimizi betonla kaplayabilecek bu hukuki düzenlemenin, geniş bir katılımçılıkla yeniden ve tümüyle elden geçirilmesi, sürdürülebilir yaşam anlayışı ile birlikte kalkınmanın gereği olan kentleşme ve sanayileşmeden de vazgeçmeden ama bunu sürdürülebilir bir tüketim ile disipline ederek yeniden oluşturulması en büyük dileğimizezdır. Bunun için artık bu tip hukuki düzenlemelerde konsensüsün, yasalar çıkmadan sağlanması gerekmektedir. Bu konuda da elbette görev; hukuki düzenlemeler için karar alan TBBM'ne, Hükümete veya ilgili Bakanlıklara düşmektedir.

Eko-sistemi korumak, bilime ve hukuka uygun hareket etmek toplumsal barışı sağlayacak, yaşamımızı ve geleceğimizi güvenli hale getirecektir. Bu inanç ile ancak uygar dünyanın, uygar bir ülkesi olabiliriz.

HUKUK MUHAKEMELERİ YASASI'NDA YARGICIN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

LIABILITY TO DAMAGE OF THE JUDGE IN CIVIL PROCEDURES LAW

İlker Hasan DUMAN*

1. GENEL OLARAK¹

HMK. MD. 46-49 hükümleriyle, 1086 sayılı Kanunun 573-576'ncı maddelerinde düzenlenen yargıcın kusurlu davranışlarından, ilk aşamada Devletin sorumlu tutulamayacağı, yargıcın şahsen sorumlu tutulması gerektiği yönündeki kuraldan ayrılmış ve yargıcın yargılama faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan, ilk planda Devlete karşı tazminat davası açılması ilkesi kabul edilmiştir. Devlet, daha sonra ödediği tazminatı almak için, kusurlu yargıca dönüp isteyecektir. Yeni düzenleme ile yargıçların hukuki sorumluluğuna ilişkin durum, idarenin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri eylem ve yaptıkları işlemlerden birinci derecede Devleti sorumlu tutan ve daha sonra da Devletin sorumlu kişiye dönüp istemesini benimseyen, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne de uygundur².

* Avukat, İstanbul Barosu

¹ Kaynakça: İlker Hasan Duman, Yargıcın Tazminat Sorumluluğu, Antalya Barosu Dergisi, sayı. 2000/10; İlker Hasan Duman, Konu ve Sorunlarda Hukuk Devleti, Kartal-2003, sf. 317-331; Orhan Özdeş, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet, Danıştay Dergisi, sayı 1971/2; Sezai Aydınalp, Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Dergisi, sayı 1990/2; Şerafettin Elmacı, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması, Adalet Dergisi, sayı 2010/5; Erhan Günay, Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, Cumhuriyet Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları, Ankara 200; İsmail Hakkı Karafakih, Hâkimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Mesuliyeti, SBFD, sayı 1956; Ahmet Kılıçoğlu, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, sayı 1973/1-4; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1974; Mehmet Akif Tutumlu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2011.

² Yasanın Gereçesi.

II. SORUMLULUĞUN ESASLARI

A. Davacı

Yargıcın karar, eylem ve davranışından zarar gören gerçek veya tüzelkişidir.

B. Davalı

Yargıçların yargılama faaliyetinden meydana gelen zararlardan dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. Davalı, Adalet Bakanlığı değil, Devlet; yani Hazine'dir (yani, Maliye Hazinesi).

Artık, yargıçların görevleri sırasında verdikleri zararlardan dolayı Devletin birinci derecede sorumlu tutulabileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Böylece, yargıçların hukuksal sorumluluğuna ilişkin kurallar daha kolay ve somut biçimde işleyebilecektir. Yargıçlar maddi açıdan Devlete göre sınırlı bir güce sahip olduğundan, davacı davasını kazansa bile zararlarının tümünü tazmin ettirememesi durumu ortaya çıkabilir. Zararları karşılayamayacak durumda olan yargıcın bu durumu, zarara uğrayanların dava etme isteklerini ortadan kaldıracaktır. Yasa koyucu, yaklaşık olarak, yargıçla devleti birlikte sorumlu tutmuştur. İlk aşamada davaya Devlet muhatap olacaktır. Ancak mahkeme, davanın açıldığını kendiliğinden yargıca bildirecektir. Sonra, Devlet, yargıca dönüp, ödediği tazminatı isteyecektir. Burada Devlet ile yargıcın sorumluluğu hukukun genel ilkelerine ve adalete uygun biçimde düzenlenmiştir. Bütün bu gerekçelerin ötesinde, yasa koyucunun devletin sorumluluğunu yargıcın önüne almasında, düzenlemenin Anayasa md. 129/5 düzenlemesine paralellik kurma yönündeki tercihini de dikkate almak gerekir.

C. Tüm yargıçlar

HMK'nda "yargıçların hukuksal sorumluluğu"nu düzenleyen maddelerde geçen "yargıç" kavramı, genel anlamda kullanılmıştır. Buna yargı yetkisini kullanan tüm yargıçlar dahildir. Örneğin ilk derece mahkemesi yargıçları, bölge adliye mahkemesi yargıçları, Yargıtay ve Danıştay başkan ve üyeleri, ceza mahkemesi yargıçları da buraya dahildir³.

³ Böylece 1086 sayılı Usul Yasası dönemindeki tartışma sona erdirilmiştir. Zira, o dönemde, idari yargı yargıçlarının da HUMK. Md. 573-576 kapsamına gireceği ancak Yargıtay kararıyla belirlenmişti. 573-576'daki düzenlemelerin Yargıtay üyelerini kapsamayacağı konusunda Yargıtay kararları bulunmaktadır. 6100 sayılı HMK bütün bu tartışma ve belirsizlikleri ortadan kaldırmıştır.

Zorunlu tahkimle ilgili olarak hakem sıfatıyla hareket eden yargıçlar hakkında HMK. md. 46-49 hükümleri uygulanacaktır. Bunun dışında söz konusu özel sorumluluk hükümleri hakemler hakkında uygulanmayacaktır.

HUMK. md. 46-49 hükümleri, yargıcın, yargısal faaliyetinden değil de, idari faaliyetlerden dolayı verdiği zararlar için uygulanmayacaktır. Zira Yasa açık bir biçimde yargıcın yargı erkini kullanması dolayısıyla neden olduğu zararları kapsamaktadır. İdari faaliyet nedeniyle meydana gelen zarar hizmet kusurundan doğmuşsa, Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılabilecektir.

İdari faaliyet nedeniyle meydana gelen zarar yargıcın kişisel kusurundan doğmuşsa, yargıç aleyhine genel hükümlere göre dava açılabilecektir.

Savcı yargı erkini kullanmadığı ve dolayısıyla yargısal faaliyet icra etmediğinden, yargıçların hukuksal sorumluluğuna ilişkin hükümler onlar için uygulanmayacaktır.

D. Sorumluluğu Gerektiren Nedenler

Yargıçların hukuksal sorumluluğunu gerektiren nedenler, HMK. Md. 46'da genel olarak belirtilmemiş, tahdidi olarak sayma yoluna gidilmiş, böylece, yargıçların daha ağır bir sorumluluk rejimiyle karşılaşmaları engellenmek istenmiştir.

Tazminatı gerektiren durumların ortak özelliği, yargıcın yargısal faaliyeti sırasında kasten veya ağır ihmâl sonucu bir zarara yol açmasıdır. Sorumluluk kasıt veya ağır ihmâl sınırlanmamış olsaydı, yargıç karar verirken, kendisini tazminat davası tehdidi altında hissedebilirdi; bunun sonucunda da görevini gereği gibi yapamazdı, yargı erki etki altında kalabilirdi; adalet sarsılabilir; kötü niyetli insanlar mahkemelerin çalışmasına ve adaletin dağıtılmasına engel olabilirdi.

Yasa sorumluluk nedenlerini aşağıdaki gibi saymıştır:

a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması:

aa.Yargıcın taraflardan birine olan kin ve düşmanlığı, verilen kararın mutlaka hukuka aykırı olmasını gerektirmez. Kin ve düşmanlığa rağmen karar hukuka aykırı olmayabilir. Başka bir anlatımla, bir taz-

minat sorumluluğu doğması için, hukuka aykırı hüküm ve karar verilmesinin, yargıcın taraflardan birine olan kin ve düşmanlıktan kaynaklanması gerekir. Taraflardan biri ile yargıcın dostluğu veya düşmanlığı yargıcın reddi nedeni sayılmıştır (HMK. Md.36/d).

bb. Kin ve düşmanlıkla hukuka aykırılık oluşturulmaması gereken yalnız hükümler değil, aynı zamanda usule ilişkin verilen kararlar ile ara kararları için de geçerlidir.

cc. HMK. md. 46'nın yeni düzenlemesi, "kanuna ve adalete aykırılık" kavramları yerine "hukuka aykırılık" kavramına yer vermiştir. Bununla, yasaya aykırılığın dikkate alınmayacağı anlamı çıkarılamaz. Belki de daha geniş yorumlamayı gerektirir. Örneğin, yasanın yalnız sözü değil, özü de dikkate alınacaktır. Bilimsel görüşler, içtihadı birleştirme kararları, yerleşmiş başka yargı kararları da dikkate alınacak demektir. Hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin benzer konularda verdiği kararları da göz önünde bulundurmak gerekecektir.

b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması:

aa. Sağlanan veya vaat edilen bir yarar nedeniyle yasaya aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması gerekir.

bb. Söz konusu eylem rüşvet suçunu oluşturur.

cc. Yararın karardan önce veya sonra sağlanmış veya vaat edilmiş olması önemli değildir.

dd. Söz konusu yararın sağlandığı her türlü delille ispat edilebilir.

ee. Sağlanan ve vaat edilen yarar ile yasaya aykırı hüküm veya karar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması:

aa. Yargıç, farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir yasa kuralına aykırı karar veya hüküm vermiş olmalıdır.

bb. Bu kadar kesin ve açık aykırılık, ancak kasıt veya ağır ihmalle meydana gelebilir.

cc. Sözü edilen yasaya aykırılık, olaya uygulanacak yasa içindir. Davanın taraflarının yanlış bir yasa kuralına dayanmış olması, yargı-

cın doğru yasa kuralını bulup onu doğru biçimde uygulama zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

dd. Bent hükmü hukuka aykırılıktan değil, yasaya aykırılıktan söz ettiğinden, içtihadı birleştirme kararı, bilimsel ve yargısal görüşlere aykırılık sorumluluk gerektirmeyecektir. Sorumluluğu gerektiren, olaya uygulanacak yasa ve Anayasa kuralı ihlal edilerek karar verilmiş olmasıdır.

ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması:

aa. Yargıç, soruşturma ve yargılama işlemlerinin yapılmasıyla, iki tarafın veya diğer ilgililerin sözlü açıklamalarını, gerekirse özet olarak tutanağa kaydettirir. Ön inceleme, soruşturma ve yargılama işlemleri, ancak tutanakla ispat olunabilir (HMK. md. 154/I, 156).

bb. Tutanakta yer almayan bir konuya dayanarak karar verilemez.

cc. Duruşma sırasında söylenmekle birlikte tutanağa geçmemiş olan bir konu gerekçe yapılarak karar verilemez.

dd. Duruşma tutanağına aykırı karar verilmesi yargıcın basit bir ihmaline değil kasıt veya ağır kusurlu hareketine dayanması gerekir.

d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması:

Yargıç, kasten veya ağır kusurla, duruşma tutanaklarını (örneğin tanık anlatımlarının değiştirilmesi, duruşmaya gelmeyen tarafın gelmiş gibi gösterilmesi, taraf ifadelerinin sonradan değiştirilmesi, alınmamış bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması, dinlenmemiş bir tanığın dinlenmiş gibi gösterilmesi) veya kararları değiştirdiğinde veya söylenmeyen bir söz hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi göstermesi ve buna dayanılarak hüküm vermiş olması durumunda tazminatla sorumlu olur.

e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması:

aa. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz (Anayasa md. 36/II).

bb. Yargıç, kasıt veya ağır kusurla, kabulü gereken dilekçeyi haklı neden olmadan reddederse, görülmeye hazır ve sırası gelmiş olan bir davaya <inandırıcı gerekçelere sahip olmadığı halde> bakmazsa veya benzer biçimde hakkı yerine getirmese... hukuken sorumlu olur. Hakkı yerine getirmekten kasıt, gerek maddi hukuk ve gerekse usul hukukunda taraflara tanınan haklardır. Yargıç bu hakların yerine getirilmesinden kaçınamayacaktır.

E. Sorumluluğu Gerektiren Nedenlerin Yargılama Faaliyetinden Kaynaklanması

Yargıcın hukuksal sorumluluğundan söz edilebilmesi için, yukarıda yasanın "saydığı" sınırlı sayıdaki nedenlerin yargıcın yargılama faaliyetinden kaynaklanması gerekir.

F. Sorumluluğun Koşula Bağlanması (HMK. 46/II).

1. *Tazminat davasının açılması, yargıca karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet kararı verilmesi koşuluna bağlanamaz: Yargıçların yargılama faaliyetinden kaynaklanan sorumluluk davasının açılması, aynen diğer sorumluluk davalarında olduğu gibi o konuda ceza davasının açılması ya da mahkûmiyet koşuluna bağlanamayacaktır. Bu konuda yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun 53. maddesindeki sistem geçerli olacaktır. Düzenleme hukuk önünde eşitlik kuralının da gereğidir. Sorumluluk hukuku yönünden bir eylemin suç oluşturması zorunlu olmayıp haksız eylem kategorisine girmesi gerekli ve yeterlidir. Şu kadar ki yargılama faaliyetinden sorumluluğu doğması için ağır kusurun varlığı şarttır⁴.*
2. *Yargıcın davranışından zarar gören kişi, hukuki yollara, örneğin kanun yoluna başvurarak zararı engelleme olanağı bulunmasına karşın, bunu yapmamışsa, bu durum tazminat istemenin koşulu sayılmayacaktır: Bu düzenleme olmasaydı, bu davaların açılabilme olanağı çok sınırlanmış olacaktı. Yasa yollarına başvurulmamış olmasına rağmen sorumluluk davasının koşullarının oluşmuş olması durumunda davanın açılmaması hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.*

G. Zarar Doğması

1. HMK. md. 46'da yazılı nedenler bulunsa bile, bir zarar doğmamışsa, yargıcın hukuksal sorumluluğuna gidilemeyecektir.

⁴ Yasanın Adalet Komisyonu Gereği.

2. Zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Kasıt veya ağır kusura dayanan aykırı davranışların kişilik değerlerine zarar verdiği takdirde manevi tazminata karar verilebilecektir.

H. Zararla Yargıcın Karar Ve Eylemi Arasında Nedensellik Bağı Bulunması

Yargıç, yargısal faaliyet icra ederken, md. 46'da sayılan eylem, davranış ve kararlarıyla (ki bunların tamamı kasıt veya ağır ihmal ile işlenebilir) ya da açık suistimalle verdiği zarardan sorumlu olacaktır.

Zararla yargıcın kasıt veya ağır kusurlu yargısal faaliyeti arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Yargıcın yargısal faaliyeti olmasa bile yine davacının zararı meydana gelecek idiyse bu durumda nedensellik bağından söz edilemez.

III. DAVALARIN AÇILACAĞI MAHKEME

Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür (HMK. Md. 47).

Yargıçların sorumluluğu nedeniyle açılan tazminat davası, sıradan bir tazminat davası gibi değerlendirilmemelidir. O nedenle, gerek Devlet aleyhine açılan tazminat davasında, gerekse Devlet tarafından yargıca karşı açılacak dönüp isteme (rücü) davasında, yargıçlar için ayrıca bir teminat oluşturmak amacıyla, bu davalar için Yargıtay'ın görevli olması kabul edilmiştir. Buna göre, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi yargıçlarının eylem ve kararlarından dolayı Devlet aleyhine açılacak tazminat davası, dava konusuna göre karar temyiz edilse idi, temyiz incelemesi Yargıtay'ın hangi hukuk dairesinde yapılacak idiyse, o hukuk dairesinde, Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların eylem ve davranışlarından dolayı açılacak tazminat davası da Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılacaktır.

IV. TEMYİZ MERCİİ

Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca; bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat da-

vası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılır (HMK. md. 47).

V. DAVA DİLEKÇESİ

Tazminat davası dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delilleri açıkça belirtilir; varsa belgeler de eklenir (HMK. md. 48/1).

Devlete karşı açılacak tazminat davasında, dava dilekçesinde sınırlı/sayıllı olarak belirtilen sorumluluk nedenlerinden hangisine dayanıldığı, bunu ispat etmek için başvurulacak deliller belirtilecek ve var olan deliller dilekçeye eklenecektir. Davaya bakan mahkeme, bu konularda eksiklik görürse, bu eksikliğin giderilmesi için ilgiliye süre vermeden, dilekçenin reddine karar vermeyecektir: Eksikliklerin tamamlanabilmesi olanaklı ise davacıya süre verilerek eksikliğin tamamlanması, dilekçede süre verilerek giderilemeyecek nitelikte bir eksiklik var ise dilekçenin reddedilmesi gerekecektir.

Mahkeme, inceleme ve araştırmasını evrak üzerinde değil, duruşmalı yapacaktır. Tanık dinletme be bilirkişiden görüş alma dahil, usul hukukunda taraflara tanınan tüm haklar kullanılacaktır.

Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; yargıçların eylemleri nedeniyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz ve takip edemez (HMK. Md. 74). Bunun için dilekçe bir avukat tarafından yazılmış ise veya davacı davasını bir avukatla takip ediyorsa, vekaletnamesinde sözü edilen yetkinin bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Yetki yoksa, bunun tamamlanması olanağı bulunduğundan, davacı tarafa makul bir süre verilecektir. Bu konu UMK. md. 114/e-f gereğince dava koşulu ise de, aynı Yasanın 115/II gereğince "giderilmesi olanaklı" bir eksiklik görülecek ve eksikliğin giderilmesi için makul kesin süre verilecektir. Buna rağmen eksiklik giderilmezse, dava "dava şartı yokluğu" nedeniyle reddedilecektir.

Hemen belirtelim ki, avukatın vekaletnamesinde bulunması gereken özel yetki, HMK. Md. 46-49 gereğince açılacak davalar için gereklidir. Yargıcın yargıçlık göreviyle ve yargısal çalışmalarıyla ilgisi olmayan bir nedenle aleyhine (genel hükümlere göre) tazminat davası açılmasına neden olması durumunda, davayı açan ve takip eden vekilin bu konuda özel yetkisinin bulunması gerekmektedir.

VI. DAVANIN İHBARI

Mahkeme, açılan tazminat davasını, ilgili hâkime resen ihbar eder (HMK. md. 48/II).

Davayı ihbar ile ilgili kısa açıklama: Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir. Dava kendisine ihbar edilen kişinin de aynı şartlarda bir başkasına ihbarda bulunması mümkündür ve bu şekilde ihbar tevali ettirilebilir. İhbar yazılı olarak yapılır; ihbar sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekir. Davanın ihbarı sebebiyle yargılama bir başka güne bırakılmaz ve ihbarın tevali etmesi gibi zorunlu olan durumlar dışında süre verilemez. Dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir. İhbar edilen davada verilen hükmün ihbar eden kişiye etkisi hakkında 69 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyasen uygulanır (HMK. md. 61-64).

Devletin aleyhine açılan tazminat davasına bakan mahkeme, bu davayı, sorumlu yargıca kendiliğinden ihbar edecektir.

Dava kendisine ihbar edilen yargıç, davalı Devlet yanında davaya katılabilir.

Yargıç, böylece, görülmekte olan davada, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olacak, açıklama yapabilecek, ispat hakkını kullanabilecek, mahkemeden, açıklamalarını dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini isteyebilecektir (HMK. md. 27).

VII. DAVANIN REDDİ DURUMUNDA VERİLECEK CEZA

Dava esastan reddedilirse davacı, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilir (HMK. Md. 49).

Yargıcın kusurlu davranışı nedeniyle, Devlete karşı açılan tazminat davası reddedildiğinde, davacı, disiplin para cezasına mahkûm edilecektir.

Bu cezaya, davaya bakan mahkeme karar verecektir.

Para cezasının verilebilmesi için, esastan reddi gereklidir.

VIII. RET HALİNDE YARGIÇ YARARINA TAZMİNAT

HMK. md. 49, 1086 sayılı Kanun'un 576'ncı maddesinde olduğu gibi, davanın reddi halinde, yargıç yararına maddi ve manevi zarara hükmedilmesi esasına yer verilmemiştir. Zira, dava doğrudan doğruya yargıç aleyhine açılmayıp, Devlet aleyhine açıldığından, davanın tarafı olmayan, üçüncü kişi konumunda olan yargıç için, bu davada maddi ve manevi tazminata karar verilmesi uygun görülmemiştir. Kuşkusuz, yargıç, haksız dava nedeniyle uğramış olduğu maddi ve manevi zarar nedeniyle, davacıya ayrı bir tazminat davası açabilecektir.

IX. RÜCU DAVASI

- A. Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, ödediği tazminatı, sorumlu yargıçtan isteyecektir.
- B. Dönüp isteme, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde olacaktır.
- C. Devletin sorumlu yargıca karşı açacağı DÖNÜP İSTEME (rücu) davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.
- D. Devlet, tazminatı öder ve ödediği parayı sorumlu yargıçtan isterse, bunun için dava açacaktır. Başka bir anlatımla, mahkeme kararı olmaksızın, kendiliğinden, aylığından kesemeyecektir. Mahkeme, tazminat davasını inceleyip, karara bağlayarak, uyuşmazlık hakkında zaten en iyi şekilde bilgi sahibi olmuş durumdadır. O nedenle, bu mahkeme, dönüp isteme davasını da kısa süre içinde gerçeğe uygun bir biçimde karara bağlayabilecektir.

IX. SONUÇ

Yeni Usul Kanunu, yargıçların yargı erkini kullanırken bireyle-re verdiği zararların tazmini konusunu önemli ölçüde değiştirmiştir. Buna göre, dava yargıca değil, Devlete açılacaktır. Sorumluluk nedenleri sayılı ve sınırlı olarak gösterilmiştir. Davacı davayı kaybettiğinde otomatik olarak yargıç yararına tazminata hükmedilmeyecektir. Öte yandan tazminat davası açılması, yargıç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması veya mahkûm olması koşuluna bağlanamaz. Devletin sorumluluğunun ön plana alınmış olması, yargıcın sorumluluğunu hafifletmemiştir. Yargıç, dava resen ihbar edileceğinden, haberdar olduğu dava için savunma ve delil sunma haklarını kullanabilecektir.

YARGITAY KARARLARI
DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

ÖZÜR

Dergimizin 95. sayısının 419. Sayfasında yayınlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının tarihi ile esas ve karar numaraları yanlış yazılmıştır.

Kararın doğru tarihi 27.8.2008, E.2008/15-278, K.2008/254 olacaktır.

Bu konuda bizi uyarın Av.İlker Hasan Duman'a katkılarından dolayı teşekkür eder okuyucularımızdan özür dileriz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T.21.12.2010 * **Küçük mağdurun işlenen cinsel istismar suçundan dolayı ruh sağlığının bozulduğu hakkındaki raporu düzenleyen Adli Tıp 6. İhtisas Kurulu'nda konunun uzmanı çocuk psikiyatristsi bulunması yasa gereğidir. Bu uzmanın bulunmadığı kurulun verdiği rapora dayanarak suçun ruh sağlığını kalıcı biçimde bozduğu şeklindeki niteleme ile ceza tayini usul ve yasaya aykırıdır.**

E.2010/269

K.2010/252909 İtiraz

(TCK.103/6, Adli Tıp Kurumu Kanunu m.7/f, 23/B)

Sanığın, mağdur Onur'a yönelik;

15 yaşından küçük çocuğa karşı vücuda organ sokmak sureti ile cinsel istismar suçundan 5237 sayılı TCY'nın, 103/1-a maddesi yollanması ile 103/2 -4 -6 ve 62. maddeleri uyarınca 12 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 53. maddenin (1), (2) ve (3). fıkraları uyarınca (1) numaralı fıkrada sayılan hakları kullanmaktan ceza süresince, kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından ise koşullu salıverilmesine kadar yoksun bırakılmasına,

Cebir ve tehdit ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan 5237 sayılı TCY'nın 109/1. maddesi yollamasıyla 109/2 -3f -5 ve 62/1. maddeleri uyarınca 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, 53. maddenin (1), (2) ve (3). fıkraları uyarınca (1) numaralı fıkrada sayılan hakları kullanmaktan ceza süresince, kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından ise koşullu salıverilmesine kadar yoksun bırakılmasına,

Sanığın mağdur Mert Erük'e yönelik;

15 yaşından küçük çocuğa karşı vücuda organ sokmak sureti ile cinsel istismar suçundan 5237 sayılı TCY'nın, 103/1-a maddesi yollaması ile 103/2-4-6, 43 ve 62. maddeleri uyarınca 15 yıl 7 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, 53. maddenin (1), (2) ve (3). fıkraları uyarınca (1) numaralı fıkrada sayılan hakları kullanmaktan ceza süresince, kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından ise koşullu salıverilmesine kadar yoksun bırakılmasına,

Cebir ve tehdit ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan 5237 sayılı TCY'nın 109/1. maddesi yollamasıyla 109/2-3f-5, 43 ve 62/1. maddeleri uyarınca 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 53. maddenin (1), (2) ve (3). fıkraları uyarınca (1) numaralı fıkrada sayılan hakları kullanmaktan ceza süresince, kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından ise koşullu salıverilmesine kadar yoksun bırakılmasına,

Sanığa dört ayrı suçu nedeniyle verilen cezalarının CGTİK'nun 99. maddesi gereğince koşullu salıverilmeye esas olmak üzere toplanarak sonuç cezanın 38 yıl 16 ay 15 gün hapis cezası olarak belirlenmesine,

Sanığa verilen cezanın miktarı ve nevi göz önünde bulundurularak sanığın tutukluluk halinin devamına, hüküm özetinin Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine,

Sanığın tutuklu ve varsa nezarete kaldığı günlerin 5237 sayılı TCY'nın 63. maddesi gereği cezasından mahsubuna, 54. madde uyarınca Muğla Adli Emanetinin 2006/401 sırasında kayıtlı eşyaların dosyada delil olarak muhafazasına ilişkin, Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 12.07.2007 gün ve 104-179 sayılı hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 03.06.2008 gün ve 1796-5615 sayı ile;

“Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20.11.2007 gün ve 2007/5-142 esas, 2007/240 karar, 17.07.2007 gün ve 2007/1-157 esas, 2007/168 karar sayılı ilamlarında da açıklandığı üzere, sanığın mağdur Mert’e yönelik zincirleme biçiminde kasden işlediği cinsel istismar suçunun neticesi sonucu gerçekleşen ve sorumluluğu için en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması gereken TCK’nun 103. maddesinin 6. fıkrasındaki suçun ağırlaşmış halinin teselsül edemeyeceği, zincirleme biçiminde gerçekleşen eylemlerin 103/6. maddeden önceki fıkralardaki hallerin olması nedeniyle 43. maddesi uyarınca yapılacak arttırmanın 103/6. madde ile tayin edilen ceza üzerinden değil bu maddenin tatbikinden önce bulunan ceza miktarı üzerinden yapılması ve 103/6. maddesiyle belirlenen cezaya eklenmesi gerektiğinin, yine 5275 sayılı Kanununun 99. maddesi uyarınca cezaların toplanmasına ancak sanık hakkındaki hükümler kesinleştikten sonra karar verilebileceğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları ile duruşmalı inceleme sırasındaki savunmaları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına, ancak bu cihetin yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanununun 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, sanık hakkında mağdur Mert’e yönelik nitelikli cinsel istismar suçundan kurulan hükümde yer alan, 5237 sayılı TCK’nun 43. maddesi gereğince hükmedilen sonuç 15 yıl 7 ay 15 gün hapis cezasının mahkemenin artırım ve indirim oranları ile ilgili takdirine bağlı kalınarak 15 yıl hapis olarak düzeltilmek, yine sanık hakkında hükmolunan cezaların 5275 sayılı Kanununun 99. maddesi uyarınca toplanmasına ilişkin bölümün hüküm fıkrasından çıkartılmak suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun olan hükmün bu kısımlarının düzeltilerek, sanık hakkında kurulan diğer mahkûmiyet hükümlerinin ise doğrudan onanmasına” karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 09.12.2010 gün ve 252909 sayı ile;

“1- 2659 sayılı Adli Tıp Kanunu’nun 19.02.2003 tarih ve 4810 sayılı Kanunla değişik 16, 7/f ve 23/B maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, mağdurlarla ilgili olarak basit ya da nitelikli cinsel istismar eylemleri sonucunda ruh sağlığında 5237 sayılı TCK’nun 103/6. maddesi kapsamında bir bozulma olup olmadığının tespiti görevi Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunun görevi dahilinde olup, kurulun bir başkan ve adli tıp uzmanı iki üye ile birlikte, tetkik edilecek konunun uzmanı Çocuk Psikiyatrisi bir üye olmak üzere en az dört üyenin iş-

tirakiyle karar vermesi gerektiği halde, Adli Tıp Kanununun 23. maddesinin B bendinin 2. fıkrasının son cümlesindeki 'Şu kadar ki tetkik edilecek konu, ilgili uzman üye hazır bulunmadıkça müzakere edilemez' hükmüne aykırı olarak Çocuk Psikiyatrisi bir üye heyete iştirak etmeksizin veya 2659 sayılı Adli Tıp Kanunu'nun 4810 sayılı Kanunla değişik 24/1. maddesi gereğince çocuk psikiyatrisi bir uzman bilirkişi görevlendirilip olay nedeniyle mağdurun ruh sağlığında bir bozulma olup olmadığı konusunda rapor almadan, ya da çocuk psikiyatrisi uzmanının da olduğu bir rapora dayanılmadan, başkan ile iki Adli Tıp Uzmanı ile birlikte Kadın Hastalıkları Doğum Uzmanı, Radyoloji Uzmanı, Üroloji Uzmanı ve Çocuk Cerrahisi Uzmanının iştirakiyle 22.08.2007 tarih ve 3393 sayılı 'olaya bağlı olarak mağdurun ruh sağlığının bozulduğu, durumunun TCK'nun 103/6. maddesine mümas bulunduğu' dair mütalaa-sına dayanılarak yazılı şekilde mahkemece hüküm kurulması,

2- Mağdurun olay nedeniyle ruh sağlığının bozulmuş olması halinde bu ruh sağlığı bozulmasının sürekli ve kalıcı nitelikte olup olmadığının alınan mütalaa da belirtilmesi gerektiği hususu,

5237 sayılı TCK'nun 103/6. maddesiyle ilgili olarak Ceza Genel Kurulu'nun 20.11.2007 tarih ve 142-240 sayılı ilamında da belirtildiği gibi:

'Cinsel istismar suçlarında, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halinin söz konusu olduğu ve gerek uygulamada gerekse öğretide kabul edildiği üzere ortada bağımsız bir suç bulunmayıp, meydana gelen ağır neticeden dolayı cezanın ağırlaştırıldığı kabul edilmektedir. Mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bağımsız ve müstakil ceza belirlenmesini gerektiren bir suç hali bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran cezanın daha ağır belirlenmesini gerektiren bir artırım nedeni söz konusudur. Cezanın hesaplanmasında bu hal diğer artırım nedeniyle birlikte gözetilecektir.

Zincirleme suç halinin varlığı halinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından uygulamanın ne şekilde yapılacağı sorununa gelince;

Mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Mağdurda oluşan bu kalıcı hasar ise, ancak bir kez oluşacaktır. Örneğin mağdurun ruh sağlığının kalıcı şekilde bozulması bir kez meydana gelir, gerçekleşen her eylemde ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu değildir. Bu nedenle suçun temel şeklinin zincirleme şekilde gerçekleştirildiği hallerde, mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bu bozulmanın bir kez gerçekleştiği nazara alınarak, neticesi sebebiyle

ağırlaşmış suç haline zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi halde sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi söz konusu olur' denilmekle;

Yüksek Yargıtay 5.Ceza Dairesinin 23.03.2009 tarih ve 1618-3551 sayılı ilamında da;

'Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 25.06.2006 tarihli raporunda mağdurede trauma sonrası stres bozukluğu denilen 'ağır nöroz bozukluğu' tespit edildiği ve mağduresi bulunduğu olayda durumunun 5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddesine mümas bulunduğu bildirildiği, 05.12.2007 ve 28.03.2008 tarihli muayenelerinde daha önce tespit edilen post travmatik stres bozukluğu bulgularının zail olduğunun saptandığı, Adli Tıp Genel Kurulunun 08.05.2008 tarihli raporunda ise post travmatik stres bozukluğunun düzelmesi mümkün olabilecek ruhsal bozukluklardan olduğunun tıbben bilinmekle sonraki muayenesinde görülmemesinin beklenir bir durum olduğunun açıklandığı, buna karşılık TCK.nun 103/6. maddesinde düzenlenen atılı suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin uygulanabilmesi için suçun sonucunda oluşan ruh sağlığı bozulmalarının sürekli ve kalıcı olması gerektiğinin kurumdan daha önce verilen benzer raporlardan bilindiği nazara alınıp kuşkulu bu durumun sanık lehine yorumlanarak TCK'nun 103. maddesinin 6. bendinin uygulanamayacağına gözetilmemesi," hususu bozma nedeni yapılmış olmakla;

Gerek Adli Tıp İhtisas Kurulu gerekse Genel Kurul kararları ile bunları değerlendiren Yüksek 5. Ceza Dairesinin ve Yüksek Ceza Genel Kurulunun 5237 sayılı TCK'nun da düzenlenen 103/6. maddesindeki, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç halinin söz konusu olduğu hallerde mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, sürekli ve kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Bu hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Dolayısıyla bu hususu içermeyen Adli Tıp 6. İhtisas Kurulu'nun 22.08.2007 tarih ve 3393 sayılı 'mağdurun ruh sağlığının bozulduğu, durumunun TCK'nun 103/6. maddesine mümas olduğuna' dair mütalaasına dayanılarak yazılı şekilde mahkemece hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır" gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurularak; Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03.06.2008 gün ve 1796-5615 sayılı sanık Ercan Oğuz'un neticesi sebebiyle ağırlaşmış iki kez nitelikli cinsel istismar suçundan mahkumiyetine ilişkin hükmünün onanmasına ve düzeltilerek onanmasına dair ilamın kaldırılması, Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılaması sonunda cinsel istismar suçları yönünden verilen hükümlerin;

“Mahkemece 2659 sayılı Adli Tıp Kanununun 19.02.2003 tarih ve 4810 sayılı Kanunla değişik 16, 7/f, 23/B ve 24/1. maddeleri gereğince usulünce teşekkül etmiş ilgili ihtisas kurulundan mağdurların ruh sağlığının bozulup bozulmadığı, bozulmuş ise de bunun sürekli ve kalıcı nitelikte olup olmadığı konusunda görüş alınıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi” nedeniyle CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına karar verilmesi talep olunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın 15 yaşından küçük mağdurlara nitelikli cinsel istismarda bulunarak, ruh ve beden sağlıklarının bozulmasına neden olduğu kabul edilen olayda, Yargıtay C.Başsavcılığı ile Özel Dairesinden oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Mağdurlar hakkında düzenlenen raporun 2659 sayılı Yasanın 7/f, 23/B ve 24/1. maddeleri gereğince usulünce teşekkül etmiş İhtisas Kurulundan alınıp alınmadığı,

2- Mağdurların olay nedeniyle ruh sağlığının bozulmuş olması halinde bu ruh sağlığı bozulmasının sürekli ve kalıcı nitelikte olup olmadığının alınan mütalaada belirtilmesinin gerekip gerekmediği

Noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde sağlıklı bir hukuki sonuca varılabilmesi için, 25.02.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak, yayımından üç ay sonra yürürlüğe giren 4810 sayılı Yasa ile köklü değişikliklere uğramış bulunan 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasasının, İhtisas Kurullarının kuruluş şekli ve çalışma düzeni hakkındaki düzenlemelerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Anılan Yasanın, “Adli Tıp İhtisas Kurulları” başlıklı 7. maddesi;

“Adli Tıp Kurumunda altı ihtisas kurulu bulunur. Aşağıdaki ihtisas kurulları, bir başkan ve adli tıp uzmanı iki üye ile;

...

f) Altıncı Adli Tıp İhtisas Kurulu birer;

- Kadın Hastalıkları ve Doğum,

- Radyoloji,

- Üroloji,

- Ruh Sağlığı ve Hastalıkları,

- **Çocuk Psikiyatrisi,**

- Adli Antropoloji,

- Çocuk Cerrahisi,

Uzmanlarından oluşur.

İhtisas Kurullarında yeteri kadar *raportör bulundurulur*" hükmünü;

"Adli Tıp Genel Kurulunun ve İhtisas Kurullarının Çalışması" başlıklı 23. maddesi;

"A) Adli Tıp Genel Kurulu, ...

B) Adli Tıp İhtisas Kurullarının Çalışması:

Adli Tıp İhtisas Kurulları Başkanının başkanlığında işin niteliğine göre en az dört üye ile toplanır ve oyçokluğu ile karar alır. Oyların eşitliği halinde Başkanın bulunduğu taraf oy çokluğunu sağlamış sayılır.

Üyelerden birinin özürlü olması veya yokluğu halinde eksiklik diğer kurullardan alınacak üye ile tamamlanır. Şu kadar ki **tetkik edilecek konu, ilgili uzman üye hazır bulunmadıkça müzakere edilemez.**

C) Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları lüzum görüldüğü hallerde kararını vermeden önce incelediği konu ile ilgili bulunan evrakın onanmış örneklerini mahallinden isteyebileceği gibi aslı üzerinde de inceleme yapması zorunlu olduğunda bunları da isteyebilir.

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre dinleyebilir. Her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir.

Adli Tıp Genel Kurulu kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 10 ncu maddesinin hükümleri saklıdır.

Adli Tıp Genel Kurulu ve adli tıp ihtisas kurullarının çalışma esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir” hükmünü;

“Adli Tıp Kurumunda bilirkişi dinlenmesi ve toplantılara katılma” başlıklı 24. maddesi;

“I- Adli Tıp Genel Kurulu ve adli tıp ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas daireleri, inceledikleri konularla ilgili olarak Adli Tıp Kurumunda bulunmayan tıp ve diğer uzmanlık dallarında Adli Tıp Kurumu dışından uzmanların bilirkişi olarak davet edilmesine karar verebilirler. Uzman kişiler oy hakları olmamakla beraber görüşlerini bir raporla Adli Tıp Genel Kurulu, adli tıp ihtisas kurulu veya adli tıp ihtisas dairesi başkanlığına bildirirler.

Bilirkişilere yönetmelikteki esaslara göre Adli Tıp Genel Kurulu, adli tıp ihtisas kurulu ve adli tıp ihtisas dairesi başkanlığınca yaptıkları çalışmaya uygun ücret takdir olunur.

II- a) Adli Tıp Genel Kurulu, adli tıp ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas daireleri, inceledikleri konularla ilgili olarak kendi kurul veya dairelerinde bulunmayan, Adli Tıp Kurumundaki diğer kurul veya dairelerde bulunan uzmanların davet edilmesine karar verebilirler. Uzman kişiler, o olayla ilgili toplantıya katılır ve oy kullanırlar.

b) ...

c) ...” hükmünü;

Taşımaktadır.

Bu düzenlemelere göre, anılan Yasanın 7. maddesinin (f) bendi uyarınca, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun, bir başkan ve adli tıp uzmanı iki üye ile birer kadın hastalıkları ve doğum, radyoloji, üroloji, ruh sağlığı ve hastalıkları, çocuk psikiyatrisi, adli antropoloji ve çocuk cerrahisi uzmanından oluşacağı, aynı Yasanın 23. maddesinin (B) bendi uyarınca da ihtisas kurulunun başkan ve işin niteliğine göre, bu uzmanlardan en az dört üyenin katılımıyla toplanacağı, ancak incelenecek konunun, ilgili uzman üyenin hazır bulunmaması halinde görüşülemeyeceği açıktır. Kaldı ki, incelenecek konuda ihtisas kurulunda konuyla ilgili bir uzman bulunmaması halinde, diğer ihtisas kurullarında bulunması halinde buradan gelecek uzmanın katılımıyla görüşme yapılabileceği gibi, 24. madde uyarınca dışarıdan ilgili uzman kişinin bilirkişi olarak getirtilip görüşüne başvurulması da olanaklıdır. Bu

hükümler ile amaçlanan, ceza yargılaması bakımından, somut gerçeğin saptanmasında, hükme esas alınmaya en uygun ve elverişli bilimsel görüşün, bilirkişi raporu olarak ceza mahkemelerine sunulmasıdır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca, Ruh Sağlığı Hastalıkları Uzmanı başkanlığında, ikisi Adli Tıp Uzmanı, kadın hastalıkları doğum uzmanı, üroloji uzmanı, ruh sağlığı uzmanı ve Çocuk Cerrahi uzmanından oluşan yedi kişilik kurul tarafından düzenlenen;

28.08.2006 gün ve 2866/B sayılı raporda, 02.01.2000 doğumlu Mert Erbüğ'ün, yapılan muayenesinde uyku bozukluğu, sosyal izolasyon irritabilite, flash-back'ler ile kendisini gösteren travma sonrası stres bozukluğu denilen ağır nöroz arazının tespit edildiği, bu duruma göre 03.11.2005 tarihlerinde mağduru bulunduğu olay nedeniyle durumunun TCY'nın 103/6. maddesine mümas bulunduğu,

28.08.2006 gün ve 2866/A sayılı raporda 18.02.1996 doğumlu Onur Aka'nın, yapılan muayenesinde uyku irritabilite, flash-back'ler, negativizm anksiyete hali ile kendisini gösteren travma sonrası stres bozukluğu denilen ağır nöroz arazının tespit edildiği, bu duruma göre 28.01.2006 tarihinde mağduru bulunduğu olay nedeniyle durumunun TCY'nın 103/6. maddesine mümas bulunduğu,

Belirtilmiş,

Yerel mahkemece de, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun mağdurlar hakkındaki bu raporları hükme esas alınmıştır. Mağdurlar 1996 ve 2000 doğumlu olup, suç tarihi itibarıyla 15 yaşından küçüktürler, 6. İhtisas Kurulunda muayene esnasında ve raporun düzenlenmesi sırasında, inceleme konusunun uzmanı olan çocuk psikiyatrisi uzmanının, görüşmelere katılmadığı görülmektedir. Bu nedenle Adli Tıp Kurumu Yasasının 7/f ve 23/B maddelerine aykırı olarak, konunun uzmanı olan çocuk psikiyatrisi uzmanı bulunmadan düzenlenen raporların, hükme esas alınamayacağına kuşku yoktur. O halde, mağdurlar hakkında, yeniden ve yasaya uygun bir şekilde oluşturulmuş bir kuruldan rapor alınarak, sanığın hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerekmektedir.

Bu itibarla yerel mahkemece, yasaya aykırı olarak düzenlenmiş bir raporun hükme esas alınması suretiyle sanık hakkında suç nitelenmesi

yapılarak mahkûmiyetine karar verilmesi ve bu hükmün Özel Dairece düzeltilerek onanması isabetsiz olup, bu konuda haklı nedenlere dayanan Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir.

Diğer itiraz nedenine gelince; hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporlarının yasaya aykırı olduğunun ve hükme esas alınamayacağı-
nın saptandığı nazara alındığında, anılan raporun içeriğine yönelik olan ve mağdurların ruh sağlığının bozulmasının kalıcı nitelikte olup olmadığı belirtilmesi hususundaki itiraz nedeninin, bu aşamada değerlendirilmesinde hukuki bir yarar bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2- Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03.06.2008 gün ve 1796-5615 sayılı düzelterek onama kararının, *nitelikli cinsel istismar suçu yönünden KALDIRILMASINA*,

3- Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 12.07.2007 gün ve 104-179 sayılı hükmünün, nitelikli cinsel istismar suçu yönünden Yargıtay 5. Ceza Dairesinin bozma kararına ek olarak;

Mağdurlar hakkında Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca 28.08.2006 gün ve 2866/A, aynı gün ve 2866/B sayı ile düzenlenen raporların, yasaya aykırı olarak düzenlenmiş olması karşısında, bu raporların hükme dayanak yapılarak, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi isabetsizliğinden de **BOZULMASINA**,

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **21.12.2010** günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu**T.21.12.2010****E.2010/11-251****K.2010/267**

İtiraz: 2009/24660

* Kendisine zorunlu müdafî görevlendirileceğinin sanığa bildirilmediği ve sanığın bu konudaki iradesine değer verilmediği ya da başka bir ifadeyle sanığın bu konudaki iradesinin olmadığı durumlarda hükmün müdafî yanında sanığın kendisine de tebliği gerekir. Bu yapılmadığı durumlarda sanığın vekilinin yaptığı eski hale getirme isteğinin kabulü ile temyiz isteminin karşılanması yasa gereğidir.

(5271 sayılı CMK 34/2, 231/2, 232/6; 1412 sayılı CMUK m.310)

Sanığın 765 sayılı TCY'nın 503/1, 61, 522 ve 81/1. maddeleri uyarınca 5 ay 1 gün hapis ve 377.310.000 TL ağır para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin, Denizli 4. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 06.07.2000 gün ve 910-815 sayılı hüküm; sanık tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 21.03.2002 gün ve 1974-3422 sayı ile;

“Eylemin 765 sayılı TCY'nın 504/3 ve 61. maddelerine uyan suçu oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamla hüküm tesisi” isabetsizliğinden ceza süresi yönünden kazanılmış hakkı saklı kalmak kaydıyla bozulmuştur.

Denizli 4. Asliye Ceza Mahkemesince 08.10.2002 gün ve 415-605 sayı ile;

“Sanığın TCY'nın 504/3, 61 ve 522. maddeleri uyarınca yargılanmak üzere dosyanın görevsizlik kararı ile ağır ceza mahkemesine gönderilmesine” karar verilmiş,

Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesince 12.09.2003 gün ve 379-229 sayı ile; *“sanığın 765 sayılı TCY'nın 504/3, 61, 522 ve 81/1-3. maddeleri uyarınca*

10 ay 1 gün ağır hapis ve 802.310.000 TL ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, sonuç cezanın 5 ay 1 gün hapis ve 377.310.000 TL ağır para cezası infazına” karar verilmiş, bu hüküm ise, Yargıtay C.Başsavcılığının 23.07.2005 gün ve 40891 sayılı yazısı ile lehe yasa uyarınca değerlendirme yapılmak üzere incelenmeksizin mahkemesine iade edilmiştir.

Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesince 21.10.2005 gün ve 263-337 sayı ile;

“5237 sayılı Yasa hükümleri lehe kabul edilerek bu kez sanığın 5237 sayılı TCY’nun 158/1-f, 35/2 ve 62/1. maddeleri uyarınca 5 ay hapis ve 18 gün karşılığı 360 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında 5237 sayılı TCY’nun 53/1-2. maddesinin uygulanmasına, İzmir 14. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 18.05.1995 gün 206-429 sayılı kararındaki 12 ay 25 gün hapis cezasının infazından dolayı verilen şartla tahliye kararının 5275 sayılı Yasanın 107. maddesine göre geri alınması amacıyla gerekli işlemin başlatılması için karar kesinleştiğinde bir örneğinin İzmir 14. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine” karar verilmiştir.

Sanık İsmail Çitim müdafî tarafından, yargılamanın yenilenmesi ve eski hale getirme isteminde bulunulması üzerine;

Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesince 30.01.2006 gün ve 30 müt sayı ile yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine, 07.02.2006 gün ve 35 D.İş sayı ile de, bu dilekçenin temyiz dilekçesi olarak kabulü ile, eski hale getirme konusunda karar verme yetkisinin temyiz merci olan Yargıtay’a ait olduğu gerekçesiyle dosyanın Yargıtay C.Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiştir.

Bu karara istinaden dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesince 25.02.2008 gün ve 985-1053 sayı ile;

“21.10.2005 günü sanığın zorunlu müdafînin yüzüne karşı verilen hükmü sanık müdafînin yasal süresi geçtikten sonra 01.02.2006 havale tarihli dilekçesiyle temyiz ettiği anlaşıldığından vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK’nun 317. maddesi gereğince reddine” karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 02.10.2010 gün ve 24660 sayı ile;

“İncelenen dosya içeriğinden; sanık hakkında dolandırıcılık suçundan 01.07.1999 tarihinde iddianame tanzim edildiği, 06.07.2000 tarihinde ilk

mahkûmiyet hükmünün kurulduğu, temyiz üzerine 21.03.2002'de Yargıtay 6. Ceza Dairesince kararın bozulduğu, bilahare verilen görevsizlik kararından sonra, 12.09.2003 tarihinde ikinci kez mahkûmiyet hükmünün tesis edildiği, yine temyiz edilen dosyanın 23.07.2005 tarihinde Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından 5320 s.K'nun 8/2. maddesi uyarınca mahalline iade edildiği, müteakiben 21.10.2005 gününde üçüncü kez ceza hükmünün kurulduğu, sanık hakkında usulünce atanan zorunlu müdafîin hükmü temyiz etmemesi nedeniyle kararın 03.12.2005 günü itibariyle kesinleştirildiği görülmüştür.

Hükme yönelik temyiz isteminde, itirazda ve karar düzeltme talebinde bulunan Av. Özgür Dal'ın, duruşmalara katılımı ve Yargıtay 11. Ceza Dairesince yapılan temyiz incelemesine kadar mahkemeye herhangi bir vekâletname ibrazı bulunmamakta ise de; hükmün zorunlu müdafîi huzurunda verildiğinde ve sanığın kendisine zorunlu müdafîi atandığından haberinin olmadığı bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2008/9-7 Esas 2008/56 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere; zorunlu müdafîinin yüzüne karşı yapılmış olan teahhüt, zorunlu müdafîi atandığından haberdar edilmeyen sanık İsmail Çitim açısından hukuki sonuç doğurmayıp, temyiz süresini de başlatmayacağı, bu nedenle temyiz davasının; sanığın zorunlu müdafîinin temyiz isteminin süresinden sonra olduğundan bahisle reddi yerine, vekaletnameli müdafîice yapılan temyiz, 'öğrenme' ile başladığının kabulü ile işin esasına girilerek inceleme yapılmaması yasaya aykırı ise de;

Hakkındaki ceza mahkûmiyeti, bu haliyle kesinleşmemiş bulunan sanığa atılı suçun gerektirdiği cezanın, suç tarihinde yürürlükte bulunup lehine olan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda belirtilen türü ve üst sınırına göre davanın, anılan Yasanın 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen beş yıllık asli, yedi yıl altı aylık kesintili zamanaşımı süresine tabi bulunduğu, dolandırıcılık suçunun işlenme tarihi olan 19.04.1999 gününden, Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 'red' kararının verildiği 25.02.2008'e kadar, kesintili zamanaşımı süresinin geçtiği, bu nedenle de kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde hüküm verilmesinin yasaya aykırı bulunması sebebiyle anılan karara itiraz edilmesi gerektiği" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurularak "Özel Dairenin 25.02.2008 gün 985-1053 sayılı 'red' kararının kaldırılarak, Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 21.10.2005 gün 263-337 sayılı hükmünün bozulması, ancak bu aykırılığın, yeniden yargı-

lama yapılmadan 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi gereğince uygulanması gereken Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, aynı Yasanın 322/1. maddesine göre, oluşan zamanaşımı nedeniyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına” karar verilmesi talep olunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, süresinde yapılmış bir temyiz istemi bulunup bulunmadığı, buna bağlı olarak da zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi noktalarında toplanmaktadır.

Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 18.03.2008 gün ve 7-56 sayılı kararı başta olmak üzere birçok kararında vurgulandığı üzere; 5271 sayılı Yasanın 150. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkraları ve aynı Yasanın 2. maddesindeki tanım uyarınca, ceza yargılamasında, zorunlu veya istek üzerine atanan müdafii ile vekâletnameli müdafii arasında herhangi bir fark öngörülmemiş, 5271 sayılı CYY’nın 150/son madde ve fıkrasında zorunlu müdafii ile ilgili sair ayrıntılar çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu konuda çıkarılması öngörülen “Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik”, 02.03.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu nedenle sanığa zorunlu müdafii görevlendirilmesinde hukuka herhangi bir aykırılık bulunmamakla birlikte, zorunlu müdafinin çalışma, görevinin sona ermesi, sorumluluğunun sınırları ve sanıklarla ilişkileri konusunda yönetmelik hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Anılan yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, sanıklara çıkarılmış bulunan duruşma davetiyesi “tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde müdafii bulunup bulunmadığını bildirmesi, bildirimde bulunmadığı takdirde barodan bir müdafii görevlendirmesinin isteneceği...” açıklamasını içermelidir.

Zorunlu müdafii görevlendirilmiş ve sanığın bunu kabul etmiş ya da bu atamaya karşı herhangi bir itirazda bulunmamış olduğu durumlarda; vekâletnameli müdafie yapılan tefhim ve tebliğde olduğu gibi, zorunlu müdafie yapılan tefhim ve tebliğ de kendisine bağlanan tüm hukuksal sonuçları doğuracaktır.

Olaya başka bir açıdan bakıldığında;

Anayasanın 36. maddesinde; *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”* hükmüne yer verilmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin *“adil yargılanma hakkını”* düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasının b ve c bentlerinde ise; *“her sanığın en azından,*

...b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek...” hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Buradan çıkarılması gereken sonuç; savunma hakkının, temel insan hakları arasında yer alan hak arama özgürlüğünün bir gereği olduğu ve avukat tutma hakkının da savunma hakkından ayrı düşünülemez bir gereği olduğu gerçeğidir.

Mevzuatımızda zorunlu müdafilik sistemini öngören yasanın amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulunmayanların, bu hakkı kullanamamalarından kaynaklanabilecek olası hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanması suretiyle adil yargılamanın gerçekleştirilmesidir. Bunun doğal sonucu olarak, maddi olanakları elverişli olan sanık nasıl ki vekâletname vermek suretiyle dilediği avukatı serbestçe tayin edebiliyorsa, maddi olanağı bulunmayan sanığın da aynı şekilde müdafiliğini üstlenecek avukatını serbestçe belirleyebilmesi, en azından kendisine tayin edilen avukatı değiştirme hakkının bulunması, daha da ötesi görülmeye başlayacak davada kendisine müdafii olarak bir avukat atanacağını sanığa bildirilmesi gereklidir. Kendisine müdafii atandığını dahi bilmeyen ya da kendisine müdafii atanmakla

birlikte bu avukatın değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, atandığını dahi bilmediği veya kendisini savunmasını istemediği halde muhatap olmak zorunda kaldığı müdafiiin tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu müdafiiin yaptığı tüm işlemleri peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl mümkün değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabilceğini düşünmek de olası değildir.

Kendisine zorunlu bir müdafii görevlendirileceğinin sanığa bildirilmediği ve sanığın bu konudaki iradesine değer verilmediği ya da başka bir ifadeyle sanığın bu konudaki iradesinin dosya kapsamından anlaşılamadığı durumlarda, hükmün müdafii yanında sanığın kendisine de tebliğinin, adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu kabul edilmelidir.

Bununla birlikte, kendisine zorunlu müdafii görevlendirileceğinin sanığa bildirildiği ve sanığın da buna herhangi bir itirazının bulunmadığı durumlarda, zorunlu müdafie yapılan tefhim veya tebliğ işlemlerinin aynen vekâletnameli müdafide olduğu gibi geçerli olacağı ve gerek tefhime, gerekse tebliğe bağlı olan sürelerin işlemeye başlayacağı hususunda duraksama yaşanmamaktadır. Dolayısıyla, böyle durumlarda Tebligat Yasası'nın 11. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekeceğinden, tebligat asile değil, vekile (müdafie) yapılmalıdır. Aksi halde, zorunlu müdafiliğe yasanın arzu etmediği anlamda simgesel bir anlam yüklenmiş olur ki, bu kabul birçok kargaşayı da birlikte getirir.

İnceleme konusu somut olayda;

Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesince 12.09.2003 gün ve 379-229 sayılı ile sanığın mahkûmiyetine ilişkin hükmün, Yargıtay C.Başsavcılığınca 23.07.2005 tarihinde lehe yasaların mahkemesince değerlendirilmesi görüşüyle iade edilmesi üzerine, Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesince 19.09.2005 tarihli tensiple, sanığa 5271 sayılı CYY'nın 150/3. fıkrası yollamasıyla 2. fıkrası gereğince müdafii tayin edilmesine ve bulunduğu yer olan Uşak Ağır Ceza Mahkemesine talimat yazılmasına karar verilerek, yargılama 21.10.2005 tarihine ertelenmiş, 21.10.2005 tarihli oturumda, baro tarafından atanan, Avukat Neriman Bozca'nın müdafiliğine karar verilip, yazılan talimat cevabının beklenmesinden sarf-nazar edilerek, sanık ve katılan ile vekilinin yokluklarında, sanık müdafiiinin yüzüne karşı mahkûmiyet hükmü tesis edilmiştir.

Zorunlu müdafinin yüzüne karşı verilen hüküm bu müdafii tarafından temyiz edilmemiş, ayrıca sanığa da zorunlu müdafii atandığına ilişkin bir bildirimde bulunulmamıştır. Bilahare sanık vekili olduğunu beyan eden Özgür Dal tarafından karardan mahkemenin kusuru nedeniyle haberdar olunamadığı, 24.10.2005 tarihinde müvekkilin savunması alındığı halde, bundan önce 21.10.2005 tarihinde karar verildiği belirtilerek, yargılamanın yenilenmesi ve eski hale getirme isteminde bulunulmuş,

Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesince 30.01.2006 gün ve 30 D.İş sayı ile yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine, 07.02.2006 gün ve 35 D.İş sayı ile de, bu dilekçenin temyiz dilekçesi olarak kabulü ile eski hale getirme konusunda karar verme yetkisinin temyiz merci olan Yargıtay'a ait olduğu gerekçesiyle dosyanın Yargıtay C.Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiş, Yargıtay 11. Ceza Dairesince de, temyiz isteminin süresinde olmadığından bahisle 1412 sayılı CYUY'nun 317. maddesi uyarınca temyiz isteminin reddine karar verilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere; mahkemenin istemi üzerine baro tarafından görevlendirilmiş olan zorunlu müdafinin yüzüne karşı yapılmış olan tefhim, kendisine zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanık açısından hukuksal sonuç ifade etmediğinden, temyiz süresini de başlatmaz, bu itibarla, bilahare sanık müdafii olduğunu belirten Avukat Özgür Dal tarafından eski hale getirme yöntemiyle açılmış bulunan temyiz davasının süresinde olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Diğer yönden; 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı Yasanın 310. maddesinde, temyiz isteminin yüze karşı verilen kararlarda hükmün tefhiminden itibaren bir hafta içinde hükmü veren mahkemeye verilecek bir dilekçe ile veya zabıt kâtibine yapılacak beyanla olacağı, bu takdirde, beyanın tutanağa geçirilerek hâkime tasdik ettirileceği, yoklukta verilen kararlarda ise temyiz süresinin tebliğle başlayacağı belirtilmiş, 5271 sayılı CYY'nın 34/2, 231/2 ve 232/6. maddelerinde ise, hüküm ve kararlarda, başvurulacak yasa yolu, başvurunun yapılacağı mercii, yöntemi ve başvuru süresinin hiçbir duraksamaya yer vermeksizin açıkça belirtileceği hükümlerine yer verilmiş, bu hükümlere aykırılık ise Yasanın 40. maddesi uyarınca eski hale getirme nedeni olarak kabul edilmiştir.

Bu hükümler uyarınca, sürenin bildirilmemesi veya yanlış bildirilmesi halinde açıklamalı davetiye ile bu hususun tebliğinden sonra süreler başlayacak, yasa yolunun hiç bildirilmemesi, eksik veya yanlış bildirilmesi halinde ise, ilgililere yasa yolu bildirimini tam ve eksiksiz bir şekilde açıklamalı davetiye ile tebliğ edilmek suretiyle hak kayıpları engellenecektir.

İncelenen hükümde, yasa yolu bildirimini "5320 sayılı Yasanın 8. maddesi delaletiyle 1412 sayılı Yasanın 310. maddesi uyarınca hükmün tebliğ ve tefhiminden itibaren bir hafta içinde mahkememize verilecek bir dilekçe ile veya zabıt kâtibine yapılacak bir başvuru şeklinde" olup, bu sürenin her bir taraf açısından "tefhimden" mi yoksa "tebliğden" itibaren mi başlayacağı açıkça belirtilmediği gibi, eksik yasa yolu bildirimini içeren hüküm de, yasa yolu süresini açıklayan meşruhatla birlikte sanığa tebliğ edilmemiş olduğundan, öğrenme üzerine yapılan temyiz istemi bu nedenle de yerindedir.

Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş kararlarında da vurgulandığı üzere, Ceza Genel Kurulunca inceleme yapılırken, Özel Daire kararının hukuka aykırı görülerek kaldırılması halinde, itirazın kabulü ile dava derdest hale geleceğinden, dava zamanaşımının gerçekleştiğinin saptanması durumunda kamu davasının düşmesine de karar verilmesi gerekmektedir.

Sanığın 19.04.1999 tarihinde işlediği ve dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilen olayda, anılan suç 765 sayılı TCY'nın 102/4. maddesi uyarınca 5 yıllık asli, 104/2. maddesi uyarınca da 7 yıl 6 aylık kesintili zamanaşımına tabi olup, daha ağır bir suç oluşturma olanağı bulunmayan eylemde lehe olan 765 sayılı TCY'nın 102/4 ve 104/2. maddeleri uyarınca belirlenen 7 yıl 6 aylık olağanüstü zamanaşımı Özel Dairece henüz incelemenin yapılmadığı 19.10.2006 tarihinde gerçekleşmiştir.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Dairenin temyiz isteminin reddine ilişkin kararının kaldırılmasına, kesinli zamanaşımı gerçekleşmiş bulunduğundan, sanık hakkındaki hükmün bozulmasına ve kamu davasının 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322 ve 5271 sayılı CYY'nın 223. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmelidir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2- Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 25.02.2008 gün ve 985-1053 sayılı temyiz isteminin reddine ilişkin kararının **KALDIRILMASINA**,

3- Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 21.10.2005 gün ve 263-337 sayılı hükmünün gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle **BOZULMASINA**, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca sanık hakkında dolandırıcılık suçundan açılan kamu davasının 765 sayılı TCY'nın 102/4, 104/2 ve 5271 sayılı CYY'nın 223. maddeleri uyarınca **DÜŞMESİNE**,

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere, Yargıtay C. Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **21.12.2010** günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.21.12.2010

E.2010/6-225

K.2010/268

T. 2010/225526

* 5237 sayılı TCK. m. 150/2'de yağma suçunu oluşturan değer az olması temel alınmıştır. Bu 765 sayılı TCK:nun "hafif" veya "pek hafif" kavramlarıyla ilişkili değildir. Yargıtay yeni yasaya göre bu değerlendirmenin yanı sıra olayda, olayın özelliklerine göre değerlendirme yapacaktır. Maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt fiilen gasp suçuna dahil olan değerdir. Bu değer indirim yapılmasını haklı saydıracak düzeyde az olması gerekir.

(5237 sayılı kanun . 150/2, 3;; 765 sayılı TCK.m.522)

Sanık İpek Ağaçbüken'in, Şikayetçiler Arif Hürhan Uzun ve Burak Mutluay'a karşı nitelikli yağma suçundan eylemine uyan TCY'nun 149/1-c-h,150/2 ve 62. maddeleri uyarınca ikiŐer kez 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, 5237 sayılı TCY'nun 53/1-a-b-c-d-e bentlerinde öngörülen haklardan hapis cezasının infazı tamamlanmaya kadar, c. bendinde düzenlenen haklardan da 53/3. maddesi gereğince koşullu salıverilmesine kadar yoksun bırakılmasına, tutukluluk halinin devamına, hakkında aynı Yasanın 63. maddesinin uygulanmasına ilişkin, Beyoğlu 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 22.05.2008 gün ve 202-189 sayılı hüküm, sanık müdafii ve C.Savcısı tarafından sanık aleyhine temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 17.11.2009 gün ve 27517-15002 sayı ile;

"5237 sayılı TCK'nun 150. maddesinin 2. fıkrasındaki 'malın değerinin azlığı' kavramının, 765 sayılı TCK'nun 522. maddesindeki 'hafif' ve 'pek hafif'  l tleriyle her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, 'değer azlığının' 5237 sayılı Yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi, olayın özelliği ve sanığın kastı da gözetilmek suretiyle, daha çoğunu alabilme olanağı varken, değer olarak gerçekten az olan Şeylerin alınması durumunda, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, somut olayda koşulları bulunmadığı halde, 150. maddenin 2. fıkrasına düzenleniŐ amacının dışında yorumlar getirilerek cezalardan indirim yapılması" isabetsizliğinden bozulmuştur.

Beyoğlu 2. Ağır Ceza Mahkemesince 18.02.2010 gün ve 7-28 sayı ile;

"TCK.nun 150/2 madde hükmü 'yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir' Şeklinde olup, fıkranın gerekçesinde gayet kısa ve net olarak 'maddenin ikinci fıkrasında, yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek cezada indirim yapılması gerektiği kabul edilmiştir' ifadesinden ibarettir. Bu fıkra metni ile gerekçe gayet kısa ve net ifadeler olup yoruma açık hiç bir yönü bulunmamaktadır. Metinde veya gerekçede, bozma sebebi yapılan '... Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi, olayın özelliği ve sanığın kastı da gözetilmek suretiyle, daha çoğunu alabilme olanağı varken, değer olarak gerçekten az olan Şeylerin alınması durumunda uygulanabileceği ...' anlamını çıkarmaya elverişli hiç bir ibare bulunmamaktadır.

Bozma kararında 765 sayılı TCK.nun 522. maddesi ile 5237 sayılı Kanununun 150/2 maddesinin cezadan indirim olanağı sağlaması dışında bir ben-

zerlik bulunmadığı belirtilmiş ise de, yürürlüğü zamanında ve gerektiğinde halen Yargıtay Dairelerinin belirlediği rakamsal değerlere göre arttırma ve eksiltme yapılmak suretiyle uygulanan 765 sayılı TCK.nun 522. maddesi ‘... Cürmün mevzu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti ...’ ölçülerini koymuş olmakla kabul etmek gerekir ki yoruma daha açık bir metindir. Aynı meblağdaki para veya malı çalınan veya yağmalanan 2 kişiden herbirinin iktisadi ve içtimai durumlarına göre uğrayacakları zararlar farklı olabilir, bir kişi için pek önemli görülmeyen 100 TL. başkası için çok büyük bir meblağ olabilir.

Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı dışında hiç bir ölçü koymayan 5237 sayılı TCK.nun 150/2 maddesi ‘ika edilen zarar’ veya benzeri bir ifadeye yer vermediğinden bu şekildeki bir değerlendirmeye de müsait bulunmamaktadır.

5237 sayılı Yasa yağma suçunun cezasını önceki 765 sayılı Yasaya göre daha düşük tutmuş ve değer azlığı, etkin pişmanlık gibi önceki yasada bulunmayan sanık lehine hükümler getirmiş olup, bu yenilikler çeşitli sebeplerle beşenilmeyebilir veya tenkit edilebilir. Ancak hükümlerin yasa metniyle uyumsuz yorumlara tabi tutularak işleme hale getirilmesi yargılama hukukunun temel ilkelerine uygun düşmez.

Bu sebeplerle ve sonuç itibarıyla sanığın sübut bulan eylemleriyle yağmaladığı cep telefonlarının 30-35 ve 150-200 TL olarak ifade edilen değerlerinin suç tarihindeki rayiçlere ve paranın satın alma gücüne göre TCK.nun 150/2. kapsamında az kabul edildiği” gerekçeleriyle önceki hükümde direnilmiştir.

Bu hükmün de C.Savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay C.Başsavcılığının “bozma” istekli 22.10.2010 gün ve 225526 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

12.05.2007 günü saat 22.00 sıralarında şikayetçiler Arif Hürhan Uzun ile Burak Mutluay’ın yanlarına gelen sanık İpek Ağaçbüken ile kimliği saptanamayan şahısların, şikayetçi Arif’den çorba parası istediği, Arif Hürhan’ın cebinden 1 YTL çıkararak verdiği, sanıkların biraz

daha para vermelerini istemesi üzerine, bu kez 2,5 YTL verdiği, sanık İpek'in, "sizde daha fazla para vardır" diyerek, Arif Hürhan'ın üzerini aradığı, şikayetçinin üstünü aratmamak için sanığı itmesi üzerine, diğer şahıslardan birinin rahat durun, yoksa başınıza iş alırsınız diyerek şikayetçileri tehdit ettiği, sanık İpek'in, şikayetçi Hürhan'ın cebinden hattı takılı 30-35 YTL değerinde Nokia 2100 cep telefonunu aldığı, daha sonra diğer şikayetçi Burak'ın yanına gidip, ondan da cep telefonunu istediği, şikayetçinin, vermek istemiyorum, gidin başımdan demesi üzerine, sanık İpek'in "ver şu cep telefonunu, işi zora sokma, yoksa sizi burdan çıkartmayız" şeklinde tehdidi üzerine, şikayetçinin korkarak 150-200 YTL değerinde Nokia 6600 cep telefonunu vermek zorunda kaldığı, cep telefonunu alan sanıkların, hızla olay yerinden uzaklaştıkları, şikayetçilerin Taksim Polis Merkezine giderek, suçlular albümünden sanık İpek Ağaçbüken'i teşhis ettikleri, ancak diğer şahısları teşhis edemedikleri, 19.05.2007 tarihinde yakalanan sanık İpek'in burada da kesin olarak teşhis edildiği olayda, oluş, sübut, kabul ve nitelendirmede bir uyuşmazlık bulunmayıp, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, 5237 sayılı TCY'nın 150/2. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

5237 sayılı TCY'nın 150/2. maddesinde; "Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar **indirilir**" hükmü yer almakta iken, anılan hüküm 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı Yasanın 17. maddesi ile; "Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar **indirilebilir**" şeklinde değiştirilmiştir.

Maddenin ilk hali ile yağma suçlarında, suça konu değerinin azlığı nedeniyle yargıca, cezada indirim yapma mecburiyeti getirilmiş, daha sonra yapılan değişiklik ile ise bu mecburiyet kaldırılmış ve indirim yapma yapmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Madde yağma suçunun konusunu oluşturan değerinin az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile Yasa Koyucu tarafından neyin kastedildiği, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş fakat yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Yargıç, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirimi yapmakla değerlendirebilecektir.

Bu nedenle, 5237 sayılı Yasanın 150/2. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCY'nın 522. maddesinde öngörülen "hafif" ya da "pek hafif" kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma girilmemeli, Yargıtay'dan, anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde, yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir.

Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, olayın özelliklerini dikkate alacak, 5237 sayılı TCY'nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, "işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı" olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir. Olayın özelliği her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir.

Buna karşılık maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt, kuşkusuz değer ölçüsüdür. Ölçüye konu edilmesi gereken değer ise, fiilen gasp edilen olmayıp, eylem kastına dahil edilen olmalıdır. Bu değer ise "indirim yapılmasını" haklı saydıracak düzeyde az olması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanıkların başlangıçta kendilerini acındırarak başlattıkları eylemlerini, gittikçe yoğunlaştırdıkları, mağdurların direncini kırmak suretiyle, üzerlerinde ilk anda gözlerine çarpan telefonları sim kartlarıyla birlikte yağmaladıkları, telefonların şikayetçiler tarafından beyan edilen değerlerinin az olmadığı, eylemin gerçekleşme biçimi nazara alındığında da, 5237 sayılı TCY'nın 150/2. fıkrasının uygulanma koşullarının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi O. Koçak;

"5237 sayılı Yasanın 2. maddesi "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlığı altında düzenlenmiş ve 1. fıkrada "kanunun açıkca suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka ceza ve güvenlik tedbirine hük-

molunamaz” ve 3. fıkrada da “kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak şekilde yorumlanamaz” denilmiştir.

5237 sayılı Yasanın 2/1. fıkrasında belirtilen “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereği suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisi sadece T.B.M.M.’ye aittir. Kanunda açıkça belirtilen hususlar yorum suretiyle değiştirilemez. Ceza kanununda yer alan ve açık olmayan hususlarda yorum yapmak mümkün ise de yoruma gidilirken kanunun hazırlık çalışmalarından, sistematiğinden, o konudaki hukuki müessesenin tarihçesinden, müesseseye ilişkin mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden ve hukuken genel ilkelerinden yararlanmak gerekir.

Somut olayımızda Yargıtay 6. Ceza Dairesi CMK. 150/2. fıkrasındaki indirim “Daha çoğunu alma imkanı varken, değer olarak gerçekten az olan şeylerin alınması durumunda” uygulanabileceğini benimsemiş, genel kurulda da oyçokluğu ile bu görüş kabul edilmiş ise de görüşün doğru olmadığı kanaatindeyim. Zira kanun koyucunun muradı bu olsaydı fıkra da belirtilen husus 6. Ceza Dairesinin kabulünde olduğu gibi belirtilirdi. Yasa maddesi aksine “malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir.” şeklinde düzenlenmiş olup ne kanunun mecliste tartışılması sırasında, ne de gerekçede özel dairenin kabulü şeklinde bir söz ve ibareye rastlanmamaktadır. Değer az olmasına rağmen indirim miktarının değişen oranda hakim takdirine bırakılması dahi özel daire görüşünün kabul edilemeyeceği sonucunu doğurmaktadır. TCK. 145. madde de indirim miktarı, tek oranda değil, değişen oranda hakimce takdir edileceği, hatta ceza bile verilmeyeceği öngörülmektedir. Değer az olmasına rağmen değişen oranda indirim yapılması hususu da yasa koyucunun yasa metninde yazıldığı gibi uygulama yapılması iradesinde olduğunu göstermektedir.

Nitekim C.G.K.nun 04.03.2008 gün ve 6-47-43 sayılı kararında da “Yargıtay 6. Ceza Dairesinin, “değer azlığı” ile ilgili olan ve içtihadı “daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca ihtiyacı kadar ve değer olarak az olan şeyi alma” halleri ile sınırlı imişçesine yansıtılan görüşünün, 150/2. madde uygulamasında bütünüyle reddedilmesi mümkün görülmemekte ve maddenin uygulanabileceği hallerden bir tür olarak kabul edilmekte ise de; maddenin, sadece ve yalnız bu tanımlamayla sınırlandırılması olanaklı değildir.” yine “Yargıç, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirmesi yapmakla değerlendirebilecektir.” denmesi görüşümüzü doğrulamaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği yorum suretiyle yasa maddesi değiştirilemez. Yasa koyucunun idaresine aykırı olarak yorum yapmak "Kuvvetler ayrılığı" ilkesine ters düşer ve yetki gasbı sonucunu doğurur. Kaldı ki Gasp veya Hırsızlık suçunda mağdurun üzerinde 1000 TL varken 500 TL alınması halinde indirim maddesi uygulanırken, 5 lirası olanın 5 lirasının gasbı ya da hırsızlanması halinde indirim maddesinin uygulanmaması ne derece ceza adaletine uyar? görüşüyle,

Kurul Üyesi İ. Şahbaz;

I-Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 150 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki düzenlemeye göre, "Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir". Maddenin fıkra gerekçesinde de, "Maddenin ikinci fıkrasında, yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılması gerektiği kabul edilmiştir" hususuna yer verilmiştir.

Bu düzenlemede çok açık biçimde, "yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı" bir indirim sebebidir. Burada yargıca tanınan takdir yetkisi, değer azlığının var olup olmadığı ile sınırlıdır. Aksi takdirde yargıca böyle bir yetki vermeye ve yağma suçu bakımından bir indirime gerek olmazdı. Yargıç hüküm verirken bu hususu gözetmek ve gerçekte yapılacak tespit üzerine değer azlığı söz konusu ise, indirim uygulamak zorundadır. Ancak bu indirimde tartışmalı olan husus, değer azlığının ne olduğunun objektif olarak belirlenmesidir. Yasa koyucu bu konuda belli bir ölçü ortaya koymadığına göre, bunun yargıç tarafından belirlenmesi gerekecektir. Dolayısıyla yargıç, yağma sonucu elde edilen (yağmalanan) şeyin değerini belirledikten sonra, ekonomik alım gücü, toplumun yaşam düzeyi, enflasyon, asgari ücret, dünyadaki ekonomik değerle ilgili gelişmeleri v.b. hususlardan hareketle değer az veya çok olduğuna karar verecektir.

Yargıç değer azlığını belirledikten sonra, ikinci aşamada da bu değere göre indirim takdirinde bulunurken, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirimi konusunda da objektif bir değerlendirmede bulunacaktır. Yasa koyucu yargıca verdiği suç konusunun değerinin azlığı tespitinden sonra, değere göre indirimde, indirim oranı bakımından da geniş bir takdir (üçte birden yarıya kadar indirim) yetkisi vermektedir.

Somut olayımızda yerel mahkeme, her iki mağdur yönünden değer az olduğu tespitinde bulunarak, sanık için hükmettiği cezaya 150/2 nci madde gereğince indirim uygulamıştır. Değer azlığına konu edilen suça konu değerler bir mağdur bakımından 30-35 TL, diğeri yönünden de 150-200 TL'dan ibarettir. Bu değerler her bir mağdur açısından dikkate alındığından toplam değere göre indirim yapılıp yapılmamasına karar verilemeyecektir. Çünkü mağdur sayısınca suç söz konusu olduğundan, her mağdurun uğradığı maddi değere göre suç konusunun azlığı belirlenecektir.

Yargıtay denetimi bu miktarların yasada öngörülen "değer azlığı" kapsamında olup olmadığını belirlemekten ibarettir. Bir başka deyişle, Yargıtay denetiminde, yerel mahkemenin değer azlığı kanaatiyle hükmolunan cezadan indirim karar vermesinin, değer ne kadar olması halinde bu indirimin uygulanacağı sorusuna yanıt verilmesi gerekir.

II-Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Önceki Kararlarından Örnekler

1-CGK bir kararında, "Mal aleyhine işlenmiş olmakla beraber yağma suçlarının toplum üzerindeki etkisine ve maldan ziyade suçun işlenmesinde kullanılan cebir, şiddet ve tehdide önem veren yasa koyucu, bu suçlarda mal değerinin azlığı nedeniyle cezadan bir indirim yapılmasını yerinde görmemiştir. Bundan başka, az değerde bir mal almak için cebir, şiddet veya tehdit uygulayan kişinin gösterdiği ahlâki kötülük ve bu eylemin toplum üzerinde gerçekleştirdiği etki, yasa koyucuyu bu şekilde harekete zorlamıştır. Ancak, suça konu malın değeri pek fahiş ise, bu takdirde yağma suçunun cezasında 522. maddenin 1. fıkrasına göre artırım yapılabilecektir" denmiştir (CGK, 2004/6-190, 2005/10, 8.2.2005).

2-Bir diğer kararında CGK şunlara işaret etmiştir:

Maddenin ilk hali ile yağma suçlarında, konu değer azlığı nedeniyle yargıca, cezada indirim yapma mecburiyeti getirilmiş, daha sonra yapılan değişiklikle ise bu mecburiyet kaldırılmış ve indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Yargıtay 6. Ceza Dairesinin, "değer azlığı" ile ilgili olan ve içtihadı "daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca ihtiyacı kadar ve değer olarak az olan şeyi alma" halleri ile sınırlı imişçesine yansıtılan görüşünün, 150/2. madde uygulamasında bütünüyle reddedilmesi mümkün görülmemekte ve maddenin uygulanabileceği hallerden bir tür olarak kabul edilmekte ise de; maddenin, sadece ve yalnız bu tanımlamayla sınırlandırılması olanaklı değil-

dir. 150/2. madde yağma suçunun konusunu oluşturan değer az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile Yasa Koyucu tarafından neyin kastedildiği, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş ve fakat yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Yargıç, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirimini yapmakla değerlendirebilecektir.

(...)Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, olayın özelliklerini dikkate alacak, 5237 sayılı TCY'nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, "işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı" olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir. Olayın özelliği her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir.

Buna karşılık 150/2. maddenin uygulanmasındaki en önemli kriter kuşkusuz değer ölçüsüdür. Ölçüye konu edilmesi gereken değer ise fiilen gasp edilen olmayıp eylem kastına dahil edilen olmalıdır. Bu değer ise "indirim yapılmasını" haklı saydıracak düzeyde az olması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, yağma suçunun konusu olan cüzdanın ve cüzdanda bulunan kartların maddi değeri pek hafif olarak değerlendirilebilecek düzeyde ise de, olayın özelliği nazara alındığında, mağdurun üzerinde ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanık hakkında "sırf cüzdandan umduğu miktarda para çıkmamış olması" nedeniyle 5237 sayılı TCY'nın 150/2. maddesi uyarınca indirim yapılması kabul edilemez (CGK, 2008/6-47-43, 4.3.2008).

3-Yargıtay CGK bir başka kararında da benzeri gerekçelerle şöyle demiştir:

Sanığın, yağma suçuna kalkışma eyleminin sabit olduğu konusunda Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Yukarıda ayrıntıları açıklanan olayda çözümlenmesi gereken hukuki uyumsuzluk, sanığın eyleminin kalkışma aşamasında kalması karşısında, hakkında, "çalınan malın değerinin azlığı" halinde cezadan indirim öngören 5237 TCY'nın 150/2. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

5237 sayılı TCY.nın 150/2. maddesinde; “Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir” hükmü yer almakta iken, anılan hüküm, 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı Yasanın 17. maddesi ile; “Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Maddenin ilk hali ile yağma suçlarında, konu değerinin azlığı nedeniyle yargıca, cezada indirim yapma mecburiyeti getirilmiş, daha sonra yapılan değişikliklerle ise bu mecburiyet kaldırılmış ve indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Madde yağma suçunun konusunu oluşturan değerinin az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile Yasa Koyucu tarafından neyin kastedildiği, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş ve fakat yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Yargıç, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirimi yapmakla değerlendirebilecektir.

Bu nedenle, 5237 sayılı Yasanın 150/2. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCY.nın 522. maddesinde öngörülen “hafif” ya da “pek hafif” kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma girilmemeli, Yargıtay’dan, anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde, yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir.

Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, olayın özelliklerini dikkate alacak, 5237 sayılı TCY.nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi, madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir. Olayın özelliği her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir.

Buna karşılık maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt, kuşkusuz değer ölçüsüdür. Ölçüye konu edilmesi gereken değer ise, fiilen gasp edilen olmayıp, eylem kastına dahil edilen olmalıdır. Bu değer ise “indirim yapılmasını” haklı saydıracak düzeyde az olması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, her ne kadar yağma suçu kalkışma aşamasında kalmış ise de olayın özelliği nazara alındığında, mağdura ait ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanık hakkında, yalnızca eylemin kalkışma aşamasında kalması nedeniyle 5237 sayılı TCY.nın 150/2. maddesi uyarınca indirim yapılması kabul edilemez.

Nitekim sanık, 08.03.2006 tarihinde Sulh Ceza Hakimi tarafından müdafii de hazır olduğu halde yapılan sorgusunda, "mağdur benim teyzemdir, ben pazarcılık ile geçinirim, ancak daha fazla paramın olmasını ister idim. Teyzemin de maddi durumunun iyi olduğunu biliyordum. Amacım gidip teyzemin paralarına konmak idi ..." şeklindeki beyanı ile kastının, elde edebileceği her şeyi almak olduğunu açıkça ortaya koymuştur.

Yerel Mahkemece, "çokluk/azlık kavramına ilişkin tespit yapma imkanı bulunmayacağına göre kuşkudan sanık yararlanır" gerekçesine dayanarak, sanığın cezasından indirim yapması, dosya kapsamındaki kanıtlara ve yasaya aykırı olup, isabetsizdir (CGK, 2008/6-15-59, 25.3.2008).

4-Nihayet CGK bir kararında da şunlara işaret etmiştir:

Oluşa uygun kabule göre, sanık Tuncay'ın, 23.02.2001 tarihinde 13 yaşındaki mağduru tehdit ederek cebinde bulunan 600.000 lirasını aldığı, onu inşaat halindeki bir binaya götürerek yine tehdit ederek zorlamak suretiyle füli livata yoluyla ırzına geçtiği, daha sonra mağdurun üzerinde bulunan elbisele-ri de alarak onu çıplak halde bırakıp olay yerinden uzaklaştığı, sanığın kabule dayalı anlatımları mağdurun beyanı ve tüm dosya kapsamından anlaşılmıştır.

Hükümlünün, zorla ırza geçme ve yağma eylemlerinin sabit olduğu konusunda Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Yukarıda ayrıntıları açıklanan olayda çözümlenmesi gereken hukuki uyumsuzluk, hükümlünün yağma eylemine konu para ve giysilerin değerinin az olup olmadığının ve buna bağlı olarak da hakkında, "çalınan malın değerinin azlığı" halinde cezadan indirim öngören 5237 TCY.nın 150/2. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

5237 sayılı TCY.nın 150/2. maddesinde; "Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir" hükmü yer almakta iken, anılan hüküm, 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı Yasanın 17. maddesi ile; "Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir." şeklinde değiştirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında da vurgulandığı üzere;

Maddenin ilk hali ile yağma suçlarında, konu değerın azlığı nedeniyle yargıca, cezada indirim yapma mecburiyeti getirilmiş, daha sonra yapılan değışiklikte ise bu mecburiyet kaldırılmış ve indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Madde yağma suçunun konusunu oluşturan değerin az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile Yasa Koyucu tarafından neyin kastedildiğı, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş ve fakat yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Yargıç, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirimi yapmakla değerlendirebilecektir.

Bu nedenle, 5237 sayılı Yasanın 150/2. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCY.nun 522. maddesinde öngörülen "hafif" ya da "pek hafif" kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma girilmemeli, Yargıtay'dan, anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde, yıllık değer ölçülerinin belirlemesi beklenmemelidir.

Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, olayın özelliklerini dikkate alacak, 5237 sayılı TCY.nun 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, "işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı" olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi, madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir. Olayın özelliğı her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir.

Buna karşılık maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt, kuşkusuz değer ölçüsüdür. Ölçüye konu edilmesi gereken değer ise, fiilen gasp edilen olmayıp, eylem kastına dahil edilen olmalıdır. Bu değerin ise "indirim yapılmasını" haklı saydıracak düzeyde az olması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Hükümlünün, mağdura ait para ve giyim eşyası olmak üzere, elde edebileceğı ne bulursa alma kastı ile hareket ettiğı ve bunları aldığı sabittir. Hükümlü, küçük mağdura ait olan ne varsa alma kastı ile hareket etmiş olup, hakkında 5237 sayılı TCY.nun 150/2. maddesinin uygulanma koşulları bulunmamaktadır. Yerel Mahkemece, bu husus değerlendirilerek 5237 sayılı

TCY'nın 150/2. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi isabetli ve yasaya uygundur (CGK, 2008/5-124-204, 23.9.2008).

III-Suçun Hukuki Konusu Kavramı

Suçun konusu, hukuki ve maddi konu olarak ele alınabilir. Suçun hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir (Toroslu, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Kasım 2006, s.92*). Suçla ihlal edilen varlık, insan gereksinimlerini gidermeye elverişli her şeye karşılık gelirken; menfaat, birey ile varlık arasında var olan ve bireyin bir gereksinimini gidermek için varlığı kullanabilmesine olanak veren ilişkiyi ifade eder. İşte varlık ve menfaatin hukuk tarafından korunması halinde bunlara hukuki varlık veya hukuki menfaat denmektedir.

Varlık ile menfaatin bireye ait olması, bireysel niteliğe işaret eder.

Suçun maddi konusuna gelince, bu, üzerinde suçun işlendiği birey veya şeydir (Gianniti: *L'oggetto Materiale Del Reato-Suçun Maddi Konusu-, Milano 1966; Toroslu, s.93*). Buradaki şey ile birey kavramını, suç yaratan normdaki tanıma bakarak belirlemek gerekir. Yani suçun maddi konusu, normda öngörülen tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilen birey veya şey olabilir.

Kimi suçlar bakımından suçun maddi konusu belli özelliklere sahip bireylerdir. Örneğin, TCY'nın 299 ve 310 ncu maddelerindeki suçların maddi konuları Cumhurbaşkanı olabilir.

Suçun maddi konusu ise, herhangi bir şey olabilir.

Somut olayımızda yağma suçunda birey ile malı koruma esası vardır. Çünkü yağma suçunda mal ve kişi özgürlüğünün ihlali söz konusu ve bu haliyle bu suç "**birleşik**" suçlardandır. Ancak bileşik suç özelliğine karşın bu suç, Türk Ceza Yasasında "**Malvarlığına Karşı Suçlar**" başlığı altında düzenlenmiştir. Nitekim 150/2 nci maddede başlığa uygun olarak bireyin özgürlüğü değil, "malın değerinin azlığı nedeniyle" indirimden söz edilmektedir.

IV-Değerlendirme

Yasalar uygulansın/uygulanabilsin diye yürürlüğe konmaktalar. Uygulanmayan/uygulanamayacak olan yasanın çıkarılması abesle iştigaldir. Çünkü hiç uygulanamayacak bir yasa maddesinin ölü doğduğunu kabul etmek gerekir. Bir başka deyişle, uygulanması mümkün olmayan bir yasanın yürürlükte olup olmadığı bile tartışma yaratır.

Oysa TCY'nın 150 nci maddesinin 2 nci fıkrası yürürlükte. Madenin ikinci fıkrasında 2005'te gerçekleştirilen değişiklikle, suç konu-

su değerin azlığının belirlenmesinden sonra ceza “indirilir” kavramı yerine “indirilebilir” kavramının getirilmesi, fıkranın hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Hukuk bakımından “indirilir” ile “indirilebilir” kavramları arasında farklılık olsa da, sanığın bir indirimden yararlanması bakımından, koşulların oluşması halinde “indirilir” ile “indirilebilir” kavramları arasında fark görmemek gerekir. Çünkü ortada bir haktan yararlanıp yararlanmama söz konusudur. Haktan yararlanmayı engelleyen açık bir hüküm olmadığı sürece, sanığın haktan yararlandırılması zorunludur. Bir başka deyişle, yapılacak yorumun, açık bir yasal engel olmaması halinde, hak sahibinin lehine olması gerekir. Cezada yasallık ilkesinin başka bir anlamı olamaz. Ayrıca kuşkudan sanık yararlanır ilkesi de, değerin azlığının ne olduğu konusunda açık bir hüküm olmaması nedeniyle yine, somut olayımızdaki değerler kabul edildiğinde, sanık lehine uygulama yapılmasını gerektirmektedir.

Öyleyse, bir yasa hükmünün uygulanabilir olması şart olduğuna göre, hangi koşullarda uygulanabilir sorusuna yanıt vermek gerekir.

Yasa maddesinin yorumu, kavramların anlamlarından hareketle yapılabilir. O halde fıkrada yer alan, “yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir”, düzenlemesinin açılımını yapmamız gerekir.

Öncelikle işlenmiş ve mahkemece unsurları ile varlığı sabitlenmiş bir “yağma suçunun” varlığının belirlenmesi ve sonra, “yağma” suçunun konusu’nun ne olduğu hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Maddedeki düzenlemede mağdurun üzerinde bulunan şeylerin tümünün değerinin suçun konusu olduğuna ilişkin açık bir düzenleme olmaması karşısında, suçun konusunun sanık tarafından alınan değer olarak kabul edilmesi gerekir. TCY’da yer alan benzeri düzenlemelerde aynı kavrama yer verilmiş (TCY, m.145 ve 249) ve değer olarak sanığın aldığı (veya mağdur tarafın kaybettiği değer) ve sanığın aldığı miktar değer olarak kabul edilmektedir. Hırsızlık ve zimmet suçunda yer alan aynı kavrama yağmada farklı anlam yüklemeyi haklı kılacak açık bir düzenleme olmadığından, yağma suçunda değer azlığına farklı bir anlam yüklemek mümkün değildir.

Can alıcı husus maddede yer alan “malın değerinin azlığı” kavramının, sanık tarafından mağdurlar üzerinden/elinden alınan şeyin o günkü değeri mi, yoksa mağdurun üzerinde bulunan ve sanık tarafından alınması hedeflenen şeylerin parasal değerlerinin tamamı mı olduğu noktasında toplanmaktadır. Sanığın daha çoğu alma olanağı varken sadece gereksinim duyduğu kadarını ve değer olarak az olanı alması halinde maddenin uygulanabileceği şeklindeki

yorum da maddeyle uyumlu sayılamaz. Çünkü değer azlığı veya çokluğunun, başka bir husus aramaksızın, mağdurdan alınan şeyin objektif ölçülere göre belirlenecek bir meblağ gözetilerek belirlenmesi hukuk ve adalete daha uygun olur. Çünkü, mağdurun üzerinde ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanığın, almadığı şeylerin miktarından veya almayı düşünmesinden hareketle, almadığı değer üzerinden indirimden yararlandırılmamasına katılmak mümkün değildir. Yasa koyucunun amacı böyle olsaydı, farklı, en azından sanığın kastı ile mağdurun üzerinde bulunan şeylerin miktarının dikkate alınmasını ifade eden bir düzenleme getirmesi gerekirdi. Yasa koyucu 2005 değişikliğinde sadece “indirilir” yerine “indirilebilir” sözcüğünü getirmek suretiyle, değer konusuna dokunmamıştır. Maddede kısa sürede değişiklik gerçekleştiren yasa koyucunun, madde üzerinde yoğunlaştığı, ancak değer azlığının ne olduğu konusunun eski Ceza Yasası dönemi ile yeni Ceza Yasasının 145 ve 249 ncu maddelerinde yer alan düzenlemelerdeki gibi yorumlanmayacağına işaret eden bir hüküm getirmediği ve bunu gerekçesine dahi yansıtmadığı anlaşılmaktadır. Değer azlığı konusunda yerleşmiş olan düzenleme ve yorumlardan ayrılmayı haklı kılan açık bir düzenleme olmaksızın sanığın aleyhine yorum yoluna gidilmemesi gerekir.

CGK tarafından benimsenen yukarıdaki görüşlere göre, “her ne kadar yağma suçu kalkışma aşamasında kalmış ise de olayın özelliği nazara alındığında, mağdura ait ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanık hakkında, yalnızca eylemin kalkışma aşamasında kalması nedeniyle 5237 sayılı TCY. nın 150/2. maddesi uyarınca indirim yapılması kabul edilemez.(..)Yerel Mahkemece, ‘çokluk/azlık kavramına ilişkin tespit yapma imkanı bulunmayacağına göre kuşkudan sanık yararlanır’ gerekçesine dayanarak, sanığın cezasından indirim yapması, dosya kapsamındaki kanıtlara ve yasaya aykırı olup, isabetsizdir”(CGK, 2008/6-15-59, 25.3.2008) veya “Hükümlünün, mağdura ait para ve giyim eşyası olmak üzere, elde edebileceği ne bulursa alma kastı ile hareket ettiği ve bunları aldığı sabittir. Hükümlü, küçük mağdura ait olan ne varsa alma kastı ile hareket etmiş olup, hakkında 5237 sayılı TCY.nın 150/2. maddesinin uygulanma koşulları bulunmamaktadır. Yerel Mahkemece, bu husus değerlendirilerek 5237 sayılı TCY.nın 150/2. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi isabetli ve yasaya uygundur” (CGK, 2008/5-124-204, 23.9.2008) yahut “Mal aleyhine işlenmiş olmakla beraber yağma suçlarının toplum üzerindeki etkisine ve maldan ziyade suçun işlenmesinde kullanılan cebir, şiddet ve tehdide önem veren yasa koyucu, bu suçlarda mal değerinin azlığı nedeniyle cezadan bir indirim yapılmasını yerinde görmüştür. Bundan başka, az değerde bir malı almak için cebir, şiddet veya tehdit

uygulayan kişinin gösterdiği ahlâki kötülük ve bu eylemin toplum üzerinde gerçekleştirdiği etki, yasa koyucuyu bu şekilde harekete zorlamıştır. Ancak, suça konu malın değeri pek fahiş ise, bu takdirde yağma suçunun cezasında 522. maddenin 1. fıkrasına göre artırım yapılabilir” (CGK, 2004/6-190, 2005/10, 8.2.2005) veyahut “yağma suçunun konusu olan cüzdanın ve cüzdanda bulunan kartların maddi değeri pek hafif olarak değerlendirilebilecek düzeyde ise de, olayın özelliği nazara alındığında, mağdurun üzerinde ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanık hakkında ‘sırf cüzdandan umduğu miktarda para çıkmamış olması’ nedeniyle 5237 sayılı TCY’nın 150/2. maddesi uyarınca indirim yapılması kabul edilemez.” (CGK, 2008/6-47-43, 4.3.2008) şeklindeki değerlendirmelere katılmak mümkün değildir. Çünkü, bu yorum/yaklaşım biçimleri 150/2 nci maddede açıkça yer alan “yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı”nın indirim nedeni olması ilkesiyle çelişmektedir. Açıkça yasayla, hukukla ve adaletle çelişen içtihatların istikrar adına sürdürülmemesi ve değiştirilmesi gerekir.

Bu içtihatlardaki yaklaşım, maddede, mağdurun üzerinde bulunan fazla miktarda değerın sanık tarafından alınmak istenmesi halinde indirim yapılamayacağı veya değerın az olması halinde de cezadan indirime gidilemeyeceği varsayımlarına dayanmaktadır.

Yasada açıkça mağdurun üzerinde bulunan ve sanık tarafından alınması hedeflenen şeylerin/değerlerin tümü alınmasa (bir kısım, çok az bir kısmı alınsa bile), tümü alınmışçasına değerlendirmede bulunularak, madde fıkrasındaki kavram sanığın aleyhine sonuç doğuracak biçimde yorumlanmış olunmaktadır.

Mağdur üzerinde bulunan ve tamamı alınmayan malın değerinin gözetilebilmesi için, madde fıkrasının böyle bir yoruma elverişli olması gerekir. Madde böyle bir yoruma elverişli değildir. Buna rağmen, sanık lehine yoruma (fülen alınan malın değeri) elverişli olan düzenleme tersine çevrilerek, hem sanık yararına/lehine yorum, hem de yasallık ilkesine aykırılık oluşturulmaktadır. Çünkü, CGK’nun yukarıda belirttiğimiz önceki içtihatları ile somut olayımızdaki çoğunluk görüşü, maddede açıkça yer almayan ve sanık aleyhine olan yorum yoluyla, yasallık ilkesine aykırılığa sebebiyet vermektedir.

Oysa, 150 nci maddenin 2 nci fıkrasında yer alan, “suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı”, yargıcın takdiri ile sanık lehine indirime elverişlidir. Yargıcın yapacağı değerlendirme, sanığın aldığı şeyin değerinin “azlığı”dır. Yargıcın yapacağı bu değer “azlığı” tespitine rağmen, sanık yararına indirim uygulanmaması, TCY’nın 150/2 nci maddesinin uygulanmaması sonucunu doğurur.

Kaldı ki somut olayımızda yargıç, her iki eylem bakımından suç konusu olan 30-35 TL ve 150-200 TL'lık değerleri gözeterek, sanığın cezasından indirim yapmıştır. Yani, yargıç, sanığı gözlemleyen, olayın oluşunu tarafları dinleyerek değerlendirmede bulunarak sanık lehine yorumda bulunmuştur. Yasa koyucu bu değerlendirme yetki ve görevini yargıca vermiştir. Yargıç bu yetki ve görevine dayanarak uygulama yapmıştır. Büyük bir meblağ olmadığı sürece yargıcın bu yetkisine aşırı müdahalede bulunulmaması gerekir.

Oysa somut olayımızda, çoğunluk görüşü doğrultusunda düşünülecek olursa dahi, mağdurların üzerlerinde ne kadar para veya diğer değerlerin olduğu belirlenmediği gibi; alınanlar sadece cep telefonlarıdır. Bunlardan biri mağdurun üzeri aranmaksızın istenmiş ve alınmıştır. Yani bir cep telefonu ile ilgili olarak mağdurun (tehdit hariç) üzerine dokunulmamıştır bile. Dolayısıyla, önceki içtihatlar ve çoğunluk görüşünden hareket edilse bile, mağdurun üzerinde ne kadar değer olduğu sabitlenmemiştir.

TCY'nın 150/2 nci maddesinde, yağma için "malın değerinin azlığı"; 145 nci maddesinde hırsızlık bakımından, "malın değerinin azlığı" ve 249 ncu maddesinde zimmet bakımından "malın değerinin azlığı" kavramlarına yer verilmiştir.

TCY'nın 145 nci maddesinde, "malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir" denmektedir.

Yasa koyucunun amacı suçun konusunun azlığından dolayı cezada indirim gidilebileceği benimsememek olsaydı, 150/2 nci maddeyi yürürlüğe koymazdı; veya sanığın mağdura ait olan ve ne bulursa üzerinden almak şeklinde suçun konusunu açıkça belirtmesi, gerekirdi.

Bir başka deyişle bence, yasa koyucunun 150/2 nci maddede, mağdurun üzerinde bulunan toplam değer in suçun konusu olduğunu açıkça belirtmemesi karşısında, yorum yoluyla böyle bir uygulama yapılması yasallık ilkesine aykırıdır.

Diğer yandan, bu yorum tarzından hareket edildiğinde, örneğin sanığın mağdurun üzerinde ne varsa alacak olduğunun kabulü edilmesi durumunda, mağdurun üzerinde de fazla para veya başka değer varsa sanığın buradaki indirimden yararlandırılmaması; ancak buna karşın, suçun fakire karşı işlenmesi halinde sanığın ceza indiriminden yararlanabilmesi mümkün hale gelebilecektir. Bu noktadan da yaklaşırsa, eşitliğe aykırılık söz konusu olmaktadır.

Veya, mağdurun varlıklı olup olmamasına bakılmaksızın, sanığın almayı hedeflediği değerlerin tümü dikkate alınarak, sanığın maddedeki indirimden yararlandırılmaması gerekecektir. Oysa, sanık atılı suçu işlemekle beraber, mağdurun üzerindeki değerlerin tümünü değil, ihtiyacı kadar olanı almış olabilir. Bu durumda sanığın indirimden yararlandırılması gerekecektir.

Bir başka açıdan ise, mağdurların üzerlerindeki tüm değerlerin miktarı çok az olsaydı ve sanık tümünü almış olsaydı, bu çok az değere karşın sanık hakkında yine de 150/2 nci maddedeki indirim uygulanmayacak mıydı?

Somut olayımızda sanık mağdurların üzerlerinde ne olup olmadığından hareket etmemiş (birinde mağdur cep telefonunu korkuyla kendiliğinden tespit etmiş ve üzerine dokunulmamış, diğerinde üzerinden sadece cep telefonun almış), her ikisinden de sadece cep telefonlarını almıştır.

Diğer yandan, TCY'nun 3/1 nci maddesinde yer alan "fülin ağırlığıyla orantılı ceza" ilkesi de, malın değerinin azlığı nedeniyle indirim uygulanmasını gerektirmekte olup, yerel mahkemenin uygulaması yerindedir. Çünkü bu düzenlemede yer alan "adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" iki hususa işaret etmektedir. Bunlardan biri "adalet", diğeri "yasa önünde eşitlik"tir. Yasa önünde eşitliğin özünde "adalet" vardır. Hedeflenmekle birlikte alınmayan değer dikkate alınarak değer çokluğu anlamına gelen yorum biçimi orantılılık ilkesiyle çelişmektedir. Diğer yandan, fazlayı alması mümkün olduğu halde somut olayımızda olduğu gibi azı alan kimsenin indirimden yararlanmaması da adaletle çelişmektedir. Dolayısıyla tüm değeri almak isteyen veya örneğin somut olayımızda alınan değerın yüz veya bin katını alan ile dosyamız sanığın indirimden yararlanmama bakımından aynı hukuki statüde kabul edilmesi, eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır"

Gerekçeleriyle;

Bir Kurul Üyesi ise; yerel mahkemece gösterilen gerekçeler doğrultusunda,

Hükmün onanması yönünde karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1- Yerel mahkeme direnme hükmünün BOZULMASINA,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİNE, tebliğnamedeki isteme uygun olarak, **21.12.2010** günü oyçokluğu ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

- T. 11.03.2011 * Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin
E. 2010/674 kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk
K. 2011/152 ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık
unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun
biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği
Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.
- * Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her
tür türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorun-
dardır. Özel yaşantısında da buna özenmekle
yükümlüdür.

(Avukatlık Kanunu m. 34, 134, 136, 158; TBB
Meslek Kuralları m. 4

Şikâyetçi, 08.06.2006 tarihinde işyerindeki odasında takip memuru ile işler hakkında konuşurken şikayetli avukatın takip memurunu çağırması ve onun da “şimdi geliyorum” demesine rağmen odaya tekrar gelerek “seni çağırarak için davetiye mi göndermek lazım” diyerek azarladığını, takip memurunun dışarı çıkmasını takiben koridorda bağırıldığını, dışarı çıktığında şikayetli avukatın takip memurunu tartakladığını görünce birkaç kez takip memurunun adını seslendiğini, bunun üzerine şikayetli avukatın kendisine “sen karışma” diye bağırıldığını ve üzerine yürüyerek savurduğunu, kolunun incindiğini iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, olay günü takip memuru ile tartışmaları sırasında şikâyetçiye olaya karışmamasını söylediğini, onu fırlatmadığını ve hafifçe itmesi sonucu düştüğünü bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın, şikâyetçiye yaralaması sebebiyle eylemin ağırlığı, direngen tutumunu nazara alarak şikâyetli avukatın 750,00.-TL. sı para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Şikâyetli avukatın eylem tarihinde Antalya Vakıflar Bölge Müdürlüğünde 657 Sayılı Devlet Memurları Yasasının B maddesine göre sözleşmeli avukat olarak çalıştığı ve hiçbir baroya kaydı bulunmadığı, ancak, 1136 Sayılı Avukatlık Yasasının Ek 1.maddesi gereğince bu tür kurumlarda çalışan ve baro kaydı olmayan avukatlar hakkında da Avukatlık Yasasının disiplin işlem ve cezalarının uygulanacağını düzenlenmiş olması sebebiyle, şikâyetli avukat hakkında disiplin kovuşturmasının açılıp sonuçlandırılması ve ceza tayininde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi sebebiyle Antalya 2.Sulh Ceza Mahkemesinin 2006/1037 Esasında kayıtlı olarak "Kasten yaralama" suçundan dolayı açılan kamu davası sonucunda mahkemece şikâyetli avukatın şikâyetçiye taksirle yaraladığı kabul edilerek 5237 Sayılı TCK. nun 89/1, 62, 52/2.maddeleri uyarınca 1.500,00.-YTL. Adli Para Cezası ile cezalandırılmasına kesin olarak karar verilmiş olduğu, dosya içindeki mahkeme kararından anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukatın, bir avukat olarak diğer bir meslektaşını şikâyetçiye karşı ceza yasalarına göre suç teşkil ettiği somut delillerle tespit edilen ve hakkında ceza tayin edilen yaralamaya ilişkin eylemi aynı zamanda disiplin suçunu da oluşturmaktadır. Her ne sebeple olursa olsun, bir avukatın diğer bir meslektaşına karşı saygılı ve ölçülü davranması meslek kuralıdır.

1136 Sayılı Avukatlık Yasasının 34.maddesi "Avukatlar, yüklenedikleri 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 Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler" 134.maddesi "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlara, mesleki çalışmada

görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.” hükmünü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 4.maddesi “Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür.” hükmünü içermektedir.

Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 11.maddesi avukatların mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranmasını açık olarak belirtmiş, meslek kurallarının geleneksel anlayışını zedeleyecek ve iyi niyeti ortadan kaldıracak her türlü eylemi yasaklamıştır.

Avukatlık Yasasının 136/1.maddesine göre “Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para ve işten çıkarma cezası ve 5.maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giymesi halinde meslekten çıkarma cezası uygulanır.”.

Avukatlık Yasasının 158.maddesine göre, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ve Baro Disiplin Kurulları, disiplin cezasının tayininde avukatlık onurunu, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarın korumak, mesleğin amaç ve gereklerine ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ilkelerini göz önünde tutmakla yükümlüdürler. Baro Disiplin Kurulu Avukatlık Yasasının 158.maddesindeki ilkeleri nazara alarak, eylemin mahiyet ve niteliği ile ağırlığı sebebiyle şikâyetli avukat hakkında para cezası tayininde hukuki isabetsizlik görülmemiştir.

Ancak tayin edilen para cezasının belirlenmesinde Avukatlık Yasasının 135/3.maddesinde belirtilen üst sınır aşılmış olduğundan, Baro Disiplin Kurulunun “ 750,00.-YTL. Para Cezası Verilmesine” ilişkin kararının “214,00.-TL. s1 Para Cezasına” çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun “750,00.-TL.s1 Para Cezası Verilmesine” ilişkin kararının 214,00.-TL. s1 Para Cezasına Çevrilmesi suretiyle kararın DÜZELTİLEREK ONANMASINA, Şikâyetli Avukat E. A.’nın 214,00.-TL. S1 PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, oybirliği ile karar verildi.

- T. 11.03.2011
E. 2010/677
K. 2011/153
- * 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 Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.
 - * Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür.
 - * Avukat, yüklendiği işi sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür.
- (Avukatlık Kanunu m. 34, 135/1, 171; TBB Meslek Kuralları m. 3,4)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçinin sanık olarak yargılandığı Çatalzeytin Asliye Ceza Mahkemesinin 2007/50 Esas sayılı davasında şikâyetçinin müdafii olduğu, mahkemece aleyhte verilen kararı temyiz etmediği, dava hakkında şikâyetçiye bilgi vermediği iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında özetle, şikâyetçinin sanık olduğu taksirle ölüme sebebiyet suçundan dolayı açılan Çatalzeytin Asliye Ceza Mahkemesinde CMK uyarınca müdafii olarak tayin edildiğini, 22.12.2005 tarihli kararında suç sabit bulunarak cezanın ertelenmesine ve Karayolları Trafik Yasası gereğince sürücü belgesinin 1 yıl süre ile geri alınmasına karar verildiği, kararı temyiz ettiğini, Yargıtay 9.Ceza Dairesince hüküm sürücü belgesinin geri alınmasında 5237 Sayılı Ceza Yasasının 53/6.maddesi yerine 2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasasının 118/5.maddesi uygulanması nedeniyle bozulmasına karar verildiği, Çatalzeytin Asliye Ceza Mahkemesinin bozmaya uyarak 17.09.2008 tarih 2007/50 Esas, 2008/45 Karar sayılı kararında sürücü hapis cezasının aynen verildiği ve ertelendiği sürücü belgesinin ise 2 yıl süre ile geri alınmasına karar verildiği, karar yasaya uygun olduğundan temyiz etmediğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın, şikâyetçi aleyhinde verilen kararı temyiz etmemesinin, Avukatlık Yasasının 34. ve 134.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesini ihlal ettiğini kabulde, şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından şikâyetçinin hak kaybına uğramaması sebebiyle itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın şikâyetçiye baro tarafından görevlendirildiği, şikâyetli avukatın Çatalzeytin Asliye Ceza Mahkemesinin 2005/78 Esas 2005/126 Karar sayılı 22.12.2005 günlü taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan dolayı yapılan yargılama neticesinde şikâyetçinin 1 Yıl, 11 Ay, 10 günlük hapis cezası ile cezalandırılmasına ve 2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasasının 118/5. maddesi uyarınca sürücü belgesinin 1 yıl süre ile geri alınmasına ilişkin kararı temyiz ettiği, hükmün Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından bozulduğu, bozmanın sadece sürücü belgesinin Türk Ceza Yasasının 53/6. maddesi yerine Karayolları Trafik Yasasının 118/5.maddesi uyarınca geri alınmasına hükmedilmesi yönünden olduğu, Çatalzeytin Asliye Ceza Mahkemesinin 17.09.2008 günlü 2007/50 Esas 2008/45 Karar sayılı kararında ise hapis cezasının aynen verildiği ve ertelendiği, güven tedbirlerinden olan Türk Ceza Yasasının 53/6 maddesi gereğince sürücü belgesinin 2 yıl süre ile geri alınmasına karar verildiği, kararın temyiz edilmeksizin 13.11.2008 tarihinde kesinleştiği, dosya içindeki mahkeme kararından ve ekindeki kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikâyetli avukatın şikâyetçi müvekkili aleyhinde verilen kararı temyiz etmeyerek avukatlık görevini ihmal edip etmediği ve müvekkilini zarara uğratıp uğratmadığına ilişkindir.

Şikâyetli avukatın, müdafii olarak takip ettiği davada, mahkemece verilen mahkûmiyet kararını süresinde temyiz etmeyerek, kesinleşmesine sebebiyet verdiği tartışmasızdır.

Avukatlık Yasasının 34.maddesine göre, "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdür." Avukatlık Yasasının 171.maddesine göre de avukat, yüklendiği işi sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesinde “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.”, 4.madde de ise “Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.” ilkelerine yer verilerek avukatların işine ve müvekkillerine karşı gereken özeni göstermeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Şikayetli avukatın yukarıdaki ilkeler dikkate alındığında, kararı temyiz etmeyerek işine ve müvekkiline karşı yeterli özeni göstermediği anlaşılmaktadır. Şikâyetçinin bir hak kaybına uğramamış, bir zararının meydana gelmemiş olması eylemin disiplin cezasını ortadan kaldırmamasını gerektirmez. Avukatlık hizmeti kamu hizmeti olup, avukat mesleki çalışmasını kamunun inancına ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde yürütmek zorundadır.

Ayrıca bir haktan vazgeçmeyi gerektiren işlemlerde vekil edenin yazılı muvafakatinin alınması zorunlu olup, avukat kararın temyizinde hukuksal yarar görmediği kanısında ise, görüşünü iş sahibine yazılı olarak bildirmek ve nedenlerini açıklamakla yükümlüdür. Dosya içerisinde şikâyetli avukatın, şikâyetçiye yazılı olarak kararın temyizinde hukuki yarar görmediğini bildirdiğine dair yazılı hiçbir belge ibraz edilmemesi, böyle bir savunmada da bulunulmamış olması karşısında, eylem Avukatlık Yasasının 34, 171.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddelerine aykırı olması sebebiyle disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulunun şikayetlinin eyleminin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve eylem aynı zamanda Avukatlık Yasasının altıncı kısmındaki 34.maddeye de aykırı olması sebebiyle Avukatlık Yasasının 135/1.maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerektiğinden Baro Disiplin kurulunca kınama cezası tayininde hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “Kınama Cezası Verilmesine” ilişkin kararın ONANMASINA oybirliği ile karar verildi.

T. 11.03.2011
E. 2010/683
K. 2011/155

- * 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 Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.
- * Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür.
- * Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve isine tam bir sadakatle yürütür.

(Avukatlık Kanunu m. 34, 136/1; TBB Meslek Kuralları m. 3,4)

Şikâyetli avukat hakkında, borçlu şirketten haricen tahsil ettiği meblağları icra dosyasına beyan etmeyip toplam alacak üzerinden icra takibine devam ettiği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, borçlu tarafından yapılan ödemelerin bir kısmının kendisine, bir kısmının alacaklı müvekkil şirkete yapıldığını, hesaplarda karışıklık olduğu için tahsilâtların dosyaya beyan edilemediğini, karşılıksız çekten dolayı yapılan şikâyetten alacaklı vekili olarak vazgeçme yükümlülüğünün bulunmadığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini sabit görerek Avukatlık Yasasının 34.maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddelerine aykırı bularak Kınama Cezası tayin etmiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın A. Pastacılık Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. vekili olarak borçlu Y. Unlu Mam. Gıd. Turz.

İnş. Teks. Tic.Ltd. Şti. aleyhinde iki adet karşılıksız çıkmış çek nedeniyle toplam 18.000,00.YTL. sı alacak üzerinden 24.10.2007 tarihinde Ankara 18.İcra Müdürlüğünün 2007/11874 Esas sayılı takip dosyası ile icra takibi başlattığı, dosyada bulunan A. Pastacılık Gıda San. Ve Tic. Ltd. Şti. başlıklı 25.03.2008 tarihli tahsilât makbuzunda yer alan 1.000,00.-YTL. lık ödeme ile icra dosyası içinde bulunan Ankara 18.İcra Müdürlüğünün 2007/9356 Esas sayılı dosyasına ait 21.08.2007 tarihli 2.000,00.-YTL. lik makbuzun ve 16.08.2007 tarihli “Haciz Tutanağının” kovuşturmaya konu 2007/11874 Esas sayılı icra dosyası ile ilgisi bulunmadığından bu makbuzlar ve haciz tutanağı inceleme dışında tutulmuştur.

Dosyada bulunan diğer belgelerden, 21.02.2008 tarihli makbuzla 4.000,00.-YTL. sının bizzat şikayetli avukata ödendiği, şikayetli avukat tarafından imzalı 21.02.2008 tarihli belge ile de asıl alacak, vekalet ücreti, faiz için toplam 16.000,00.-YTL. sı üzerinden anlaşıldığının açıklandığı, 07.05.2008 tarihli makbuzla 900,00.- YTL. sının, 21.05.2008 tarihli makbuzla, 1.100,00.-YTL.sının, 28.05.2008 tarihli makbuzla, 1.000,00.-YTL. sının 4.06.2008 tarihli makbuzla 1.100,00.-YTL.sının, Y. Hukuk Bürosu adına E.D. tarafından kovuşturma konusu dosyaya mahsuben tahsil edildiği ve 11.06.2008 tarihli Y. Hukuk Bürosu Adına Stj. Av.E.D. tarafından imzalı belge ile icra dosya borcunun icra harçları dışında tahsil edildiği ve harçların ödenmesi halinde çek asıllarının verileceği bildirilip borçlu şirketin icra harçları dışında kalan oran üzerinden ibra edildiği, 02.05.2008 tarihli haciz tutanağına göre haciz tarihten önceki 21.02.2008 tarihli tahsilatın dosyaya bildirilmeksizin alacağın 19.733,41.-YTL. sı olarak gösterildiği, mahcuzların muhafaza altına alındığı, 21.05.2008 tarihli haciz tutanağına göre alacağın yine 19.733,41.-YTL olarak gösterildiği ve haciz mahallinde işlem yapılmadığı, anlaşılmıştır.

Böylece, şikâyetli avukatın savunma dilekçesindeki, “Zaten borçlu dosya borcuna mahsuben ödeme yapmaya başladığından itibaren dosya üzerinde herhangi bir işlem yapılmadığı, bunun da kötü niyetli olmadığına kanaati olduğunu” bildiren beyanı ile şikâyetli avukatın 21.02.2008 tarihinde bizzat haricen tahsil ettiği 4.000,00.-YTL. sından yaklaşık iki buçuk ay sonra 02.05.2008 tarihinde bu meblağı icra dosyasına bildirmeden 19.733,41.-YTL. sı alacak üzerinden hacze gidip muhafaza işlemi yapması karşısında savunmasının samimi olmadığı anlaşılmaktadır.

Kovuşturma konusu olayda, şikâyetli avukatın haricen yaptığı tahsilâtları icra dosyasına bildirmeyip takibe devam ederek haciz ve muhafaza işlemi yapması, icra dosyasına bildirilmeyen tutarlar için borçlunun ikinci defa icra dosyasına ödeme yapmasını gerektirdiği ve bu şekilde dosyanın infazını zorlaştırdığı, şikâyetçisi bulunduğu karşılıksız çek davasında tahsil edilenlerin mahkemeye bildirilmemesi nedeniyle şikâyetçinin mahkemece 18.000,00.- YTL. sı adli para cezası ile cezalandırılmasına ve bu sebeple mağduriyetine neden olduğu da tartışmasızdır.

Şikâyetli avukatın eylemi, Avukatlık Yasasının 34.maddesinde açıklanan, “yüklenilen görevin, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirilmesi ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak” yükümlülüğü ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesinde açıklanan “mesleğin kamunun inancını ve mesleğe olan güvenini sağlayacak biçimde işini sadakatle yürütme” ve 4.maddesinde açıklanan “mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranışlardan kaçınma zorunluluğunda olma” ilkelerine aykırılık teşkil etmekle disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Avukatlık Yasasının 136/1 maddesine göre, bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmındaki esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama cezası uygulanması gerektiğinden, şikâyetli avukatın eylemi aynı zamanda Avukatlık Yasasının altıncı kısmında bulunan 34.maddeye de aykırı olması sebebiyle Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve tayin ettiği kınama cezasında hukuki yönden isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “Kınama Cezası Verilmesine” ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

- T. 03.04.2011
E. 2010/643
K. 2011/155
- * 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 Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.
 - * Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkil ile ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazıyla bildirilir.
 - * Yüzde 25'i aşmamak üzere, dava veya hükümlenilecek şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

(Avukatlık Kanunu m. 34, 136/1, 164/2; TBB Meslek Kuralları m. 43)

Şikâyetçi, şikâyetli avukatın vekili olarak İstanbul İş Mahkemesindeki davasını takip ettiğini, davanın 03.02.2009 tarihinde sonuçlandığını öğrendiğini, 08.04.2009 tarihinde banka hesabına şikâyetli avukatın 15.000,00-TL.sı gönderdiğini fakat kendisine davanın öncesinde ve sonrasında hiç bilgi vermediğini, 26.06.2009 tarihli ihtarname ile bilgi talep etmesine rağmen ihtarnamenin sonuçsuz kaldığını, şüphelenerek araştırma yapması üzerine alacağının daha fazla olduğunu öğrendiğini, bunun üzerine şikâyetli avukatın 05.06.2009 tarihinde 6.000,00.-TL. sı daha gönderdiğini, icra takip dosyasındaki miktarın 40.157,56.-TL. sı olduğunu öğrendiğini, şikâyetlinin kendisine danışmadan haklarının önemli bir kısmından vazgeçerek 03.04.2009 tarihli sulh ve feragat sözleşmesi imzaladığı ve 40.000,00.-TL. sınun üzerinde olan alacaklarına karşılık 28.160,00.-TL. sına kendi onayı olmadan adına sulh olduğunu, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmeyle "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" karar vermiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, hakkındaki iddiaları kabul etmediğini, işi alırken şikâyetçiye işten ayrılırken ibraname imzalayıp

imzalamadığını sorduğunda imzalamadığını beyan etmesine rağmen yargılama sırasında imzalı ibranamenin çıktığını, bu durumda davanın kaybedileceğini, şikâyetçinin davanın yargılamanın doğal olarak uzaması sebebiyle kendisini devamlı taciz ettiğini, davanın sonuçlanmasından sonra kararın Yargıtay tarafından bozulma ihtimalinin yüksek olması ve şikâyetçinin de acil paraya ihtiyacı olduğunu defalarca belirtmesi üzerine 27-30 bin arasında bir miktara anlaşma yapılmasının mümkün olduğunu kendisine iletildiğinde paraya ihtiyacı olduğunu, ısrarla anlaşma yapmasını talep etmesi üzerine anlaşmanın gerçekleştirildiğini, masraf ve vekalet ücretlerinde fedakarlık yaptığını, masraf ve vekalet ücretleri ile icradan feragat harcı gibi alacaklarının tenzil edildiğinde şikâyetçinin zararının olmadığını bildirmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, şikâyetçinin 26.06.2009 tarihinde şikâyetliye keşide ettiği ihtarnameye şikâyetli avukatın gönderdiği 06.07.2009 tarihli cevabi ihtarname ve "Avukatlık ücret sözleşmesi" ile şikâyetli avukat ile şikâyetçinin %35 oranında vekâlet ücreti üzerinden anlaşma yaptıkları anlaşılmıştır. Şikâyetli avukatın bu eylemi Avukatlık Yasasının 164/2 maddesindeki %25 den fazla vekâlet ücretinin talep edilemeyeceği ile ilgili yasal düzenlemeye aykırıdır. Zaten Baro Yönetim Kurulu şikâyetli avukatın bu eyleminin disiplin suçunu oluşturduğunu kabulleyerek şikâyetli avukat hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, sulh anlaşması yapılması için şikâyetçinin kendisini sıkıştırdığını ve ısrarla anlaşmaya zorladığını beyan etmiş ise de şikâyetçinin haklarından vazgeçme anlamına gelen ve onun zararına olan bu türden anlaşmaların vekil eden/şikâyetçinin muhakkak yazılı talimatının alınması, Avukatlık Yasasının 34.maddesinde ifade bulan "Özen borcu" nun bir gereğidir. Şikâyetli avukatın, şikâyetçi/vekil edenden yazılı talimat almadan onun bir takım haklarından vazgeçmesinden ibaret eylemi Avukatlık Yasasının 34.maddesindeki işin özen ile yerine getirilmesi ilkesi ile örtüşmediği gibi avukatlık unvanını güveni zedeleyen eylem olduğu için disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikâyetli avukat, şikâyetçinin vekili olarak takip ettiği davada, davalı taraf ile 03.04.2009 tarihinde 32.000,00.-TL. sı karşılığında protokol imzalamış, sulh olmuş, 08.04.2009 tarihinde şikâyetçinin banka hesabı-

na 15.500,00.-TL. sı havale etmiş, 05.06.2009 tarihinde ise 6.000,00.-TL. sı göndermiştir. Şikâyetçinin bilgisi dışında taraflar arasında imzalanan protokol gereğince ne zaman ne kadar tahsil edildiği konusunda şikâyetli avukat bir beyanı bulunmadığı gibi şikâyetli avukat bu konuda vekil edenine de bir bilgi vermemiştir. Şikâyetli avukatın bu konuya ilişkin eylemi Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 43.maddesindeki "müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkil ile ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazıyla bildirilir." hükmüne aykırı olmakla bu eylemi de disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikâyetli avukatın eylemi, Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34.maddesine de aykırı olmakla aynı Yasanın 136/1 madde gereğince en az kınama cezası verilmesi gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararında hukuki isabet görülmemiş ve kaldırılarak şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçinin itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararının KALDIRILMASINA, Şikâyetli Avukat S.T.'nin KINAMA cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, KHK'lar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmıştır.
Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine Ekler bölümünde yer verilmektedir.
Bütün Dergi için olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaçlarınıza ve isteklerinize göre şekillenmektedir.

KANUNLAR

26 Nisan 2011/27916

- 6225 Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- Bazı Andlaşmaların Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunlar

28 Temmuz 2011/28008

- 6236 Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun

KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME

4 Haziran 2011/27954 M.

- KHK/632 Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesinin (B) Fıkrası ile 4924 Sayılı Kanun Uyarınca Sözleşmeli Personel Pozisyonlarında Çalışanların Memur Kadrolarına Atanması Amacıyla Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

8 Haziran 2011/27958 M.

- KHK/633 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

- KHK/634 Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/635 Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/636 Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/637 Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/638 Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/639 Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/640 Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/641 Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/642 Doğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi ile Konya Ovası Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlıklarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/643 3046 Sayılı Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

4 Temmuz 2011/27984 M.

- KHK/644 Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- KHK/645 Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

20 Temmuz 2011/28000

- KHK/647 Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

TÜZÜKLER**29 Haziran 2011/27979**

2011/1918 Bucak ve Köylere İmam-Hatip Kadrolarının Dağıtımında Uygulanacak Esaslar Hakkında Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER**16 Nisan 2011/27907**

- ÇANKIRI KARATEKİN ÜNİVERSİTESİ DİL EĞİTİMİ UYGULAMA VE ARAŞTIRMA MERKEZİ YÖNETMELİĞİ

17 Nisan 2011/27908

- DOĞUŞ ÜNİVERSİTESİ ANA YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK
- İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ ÖĞRENCİ KAYIT KABUL İŞLERİ YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK
- ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ SATIN ALMA VE İHALE YÖNETMELİĞİ

18 Nisan 2011/27909

- FATİH ÜNİVERSİTESİ UZAKTAN EĞİTİM UYGULAMA ARAŞTIRMA MERKEZİ YÖNETMELİĞİ
- SABANCI ÜNİVERSİTESİ ANA YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

19 Nisan 2011/27910

- Yaş Sınırı Nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden Ayrılan veya Ayrılabilecek Olan Uzman Erbaşların Millî Savunma Bakanlığı, MSB ANT Başkanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri Kadrolarında Devlet Memuru Olarak İstihdamına Dair Yönetmelik

- Hemşirelik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- At Yarışları Yönetmeliği
- At Yarışları Müşterek Bahisler Yönetmeliği
- Safkan Arap ve İngiliz Atlarının Soy Kütüğü, Kayıtları, İthalat ve İhracatı Hakkında Yönetmelik
- Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Piri Reis Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Piri Reis Üniversitesi Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

20 Nisan 2011/27911

- Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Akupunktur ve Tamamlayıcı Tıp Yöntemleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Emine Aktürk Çocuk Bakımevi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lise Devresi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Müzik ve Bale İlköğretim Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

21 Nisan 2011/27912

2011/1639 Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bitki Koruma Ürünlerinin Reçeteli Satış Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Bitki Karantinası İnspektör Yönetmeliği
- Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü ve Denetimi Hakkında Yönetmelik

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ardahan Üniversitesi Çevre ve Doğal Hayat Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesine Bağlı Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

22 Nisan 2011/27913

- Harran Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Harran Üniversitesi GAP Bölgesi El Sanatları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Türk Dünyası Stratejik Araştırmalar Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Bilgi İşlem Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Fıstık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

24 Nisan 2011/27914

- Ordu Evleri, Askerî Gazinolar ve Sosyal Tesisler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik
- Tapu Sicil Müdürlüklerince Daire Dışında Yapılacak Tapu İşlemlerinde Uyulacak Esaslar ile Bu İşlemlerden Alınacak Tazminatın Memurlar Arasında Dağıtımına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Girdikleri Hizmet Kollarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurulları Çalışmaları ile Koruma Yüksek Kuruluna Yapılacak İtirazlara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılan Kadın Konukevleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Sosyal ve Ekonomik Destek Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

25 Nisan 2011/27915

- Ege Üniversitesi Palyatif Bakım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

26 Nisan 2011/27916

- Celal Bayar Üniversitesi Aile Planlaması İnfertilite Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

27 Nisan 2011/27917

- Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hava Trafik Yönetiminde Emniyet Gözetimi Hakkında Yönetmelik (SHY-GÖZETİM)
- Çankaya Üniversitesi Girişimcilik ve İnovasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Kadın Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

28 Nisan 2011/27918

- Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hava Trafik Yönetiminde Emniyet Gözetimi Hakkında Yönetmelik (SHY-GÖZETİM)
- Çankaya Üniversitesi Girişimcilik ve İnovasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Kadın Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

29 Nisan 2011/27919

2011/1675 İller Bankası Anonim Şirketi İnsan Kaynakları Yönetmeliği

- Denizcilik Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Karasal Ortamda Yayında Olan Radyo ve Televizyon Kuruluşlarından Alınacak Televizyon Kanal ve Radyo Frekans Yıllık Kullanım Ücretlerine İlişkin Yönetmelik

- Telekomünikasyon Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Uygulamalı Matematik ve Hesaplama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Celal Bayar Üniversitesi Deneysel Fen Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Şehir Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

30 Nisan 2011/27920

- Hazine Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yanlış Sigorta Uygulamalarının Tespiti, Bildirimi, Kaydı ve Bu Uygulamalarla Mücadele Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Harp Akademileri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özürlü Bireylere Uygulanacak Destek Eğitim Programları ve Eğitim Giderlerinin Karşılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Tapu ve Kadastro Kurulunun Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Tapu Müdürlüklerince Yetki Alanı Dışında Kayıtlı Bulunan Taşınmazlarla İlgili Tapu İşlemlerinin Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2 Mayıs 2011/27922

- Erciyes Üniversitesi Nanoteknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Din, Tarih ve Medeniyetler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi-Sanayi Üniversite-İş Dünyası İşbirliğini Geliştirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

3 Mayıs 2011/27923

- 2011/1437 Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Ardahan Üniversitesi Kafkas Arı ve Arıcılık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

4 Mayıs 2011/27924

- Yabancı Öğrenci Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Sayıştay Yönetim Mensuplarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Numaralandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Uluslararası Lie Grubu Çalışmaları Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

5 Mayıs 2011/27925

- Erzincan Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

6 Mayıs 2011/27926

- Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Memur Statüsünde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Adıyaman Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

7 Mayıs 2011/27927

- 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3-n Maddesi Kapsamında İşçileri Bakanlığı ve Bazı Bağlı Kuruluşlarınca Yapılacak Mal ve Hizmet Alımlarına İlişkin Yönetmelik
- İşverenlerin Çalıştırdıkları İşçileri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına Bildirmeleri ile Sendika ve Konfederasyonlarca Düzenlenecek Üye Kayıt Fişleri ve Defterlerinin Şekli ve İçeriği Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

8 Mayıs 2011/27928

- 2011/1696 Devlet Memurları Yiyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Adıyaman Üniversitesi Çevre Yönetimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

9 Mayıs 2011/27929

- Galatasaray Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

10 Mayıs 2011/27930

- Kırıkkale Üniversitesi Kanser Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

11 Mayıs 2011/27931

- Adnan Menderes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Öğrenci Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

12 Mayıs 2011/27932

- Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ulaştırma Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İzmit Liman Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ticari Amaçlı Patateslerin İzlenebilirliği Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu ve Bağlı Kuruluşları Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Sporcu Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelik

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş ve Görev Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

13 Mayıs 2011/27933

- Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği
- Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Balcalı Hastanesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırklareli Üniversitesi Balkan Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gedik Üniversitesi Ana Yönetmeliği

16 Mayıs 2011/27936

- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Gelişimsel Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

17 Mayıs 2011/27937

- Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İl Afet ve Acil Durum Müdürlükleri Sicil Amirleri Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yabancı Uyruklu Kişilerle Evlenen Subay, Astsubay, Sözleşmeli Subay, Sözleşmeli Astsubay, Uzman Jandarma ve Uzman Erbaşlar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dış Kaynaktan Muvazzaf Astsubay Temin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- At Yarışları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- At Yarışları Müşterek Bahisler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

18 Mayıs 2011/27938

- Bitlis Eren Üniversitesi Selçuklu Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Organik Tarım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

20 Mayıs 2011/27939

- Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitki Koruma Ürünleri Kontrol Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Evde Bakım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Teknoloji ve Araştırma-Geliştirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Ormancılık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Arama Kurtarma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

21 Mayıs 2011/27940

- Diyanet İşleri Başkanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Halk Sağlığı Alanında Haşerelere Karşı İlaçlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı Adaylığı Giriş Sınavı Yönetmeliği

22 Mayıs 2011/27941

- Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

23 Mayıs 2011/27942

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Melikşah Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

24 Mayıs 2011/27943

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Melikşah Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

25 Mayıs 2011/27944

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Melikşah Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

26 Mayıs 2011/727945

- Gümrük Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ambarlı Liman Yönetmeliği
- Enez Liman Yönetmeliği
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Denetmenliği ve Sosyal Güvenlik Denetmen Yardımcılığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Hazırlık Eğitimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesince Verilecek Diploma Mezuniyet ve Diğer Belgelerin Düzenlenmesi Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Çocuk Bakımevi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

28 Mayıs 2011/27947

- Tapu ve Kadastro Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

- Elektrik Tesisleri Proje Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

29 Mayıs 2011/27948

- Atılım Üniversitesi Demiryolu Malzemeleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

30 Mayıs 2011/27949

- Atılım Üniversitesi Demiryolu Malzemeleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

31 Mayıs 2011/27950

- Köpekli Arama Timi Çalışma ve Sınav Yönetmeliği
- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

1 Haziran 2011/27951

- İçişleri Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Su Ürünleri Yetiştiriciliği Yatırımlarında İhtiyaç Duyulan Su ve Su Alanları ile Deniz ve İç Sulardaki Su Ürünleri İstihsal Hakkının Kiraya Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Uzmanı ve Uzman Yardımcılarının Sınav, Atama, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATOPOL Tesisleri İşletme Başkanlığı Merkez ve Taşra Teşkilâtında Görevli Devlet Memurları İçin Sicil Düzenleyecek Yetkili Amirler Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Savunma Sanayii Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yargıtay Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliği
- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- KOSGEB Organlarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- _ Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ Yalova Üniversitesi Kadın ve Aile Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

2 Haziran 2011/27952

- _ Gemi Acenteleri Yönetmeliği

4 Haziran 2011/27954

- _ Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ Yer Altı Doğal Gaz Depolama Tesisi Temel Kullanım Usul ve Esaslarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik

5 Haziran 2011/27955

- _ KOSGEB Rehberlik ve Denetim Kurulu Yönetmeliği

6 Haziran 2011/27956

- _ Balıkesir Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ Balıkesir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

7 Haziran 2011/27957

- _ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği
- _ Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Hidrojen ile Çalışan Motorlu Araçların Tip Onayına İlişkin Yönetmelik (AT) 79/2009
- DSİ Yeraltısu Ölçüm Sistemleri Yönetmeliği
- DSİ Yeraltısu Teknik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Turizm Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Fen Bilimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

8 Haziran 2011/27958

- 2011/1688 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilât Yönetmeliği
- Tunceli, İzmir ve Bingöl Depremlerinde Zarar Gören Afetzedeler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Uzman Erbaş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Sözleşmeli Erbaş ve Er Yönetmeliği
 - Türk Silahlı Kuvvetleri Besleme Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeliği
- 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Deniz ve Ticaret Meslek Yüksekokulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Edirne Sağlık Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

9 Haziran 2011/27959

- Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tababet Uzmanlık Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Eğitim Enstitüleri Genel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yan Dal Asistanlık Sınavı Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gıda Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Asgari Ücret Yönetmeliği
- Kastamonu Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Burs Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

10 Haziran 2011/27960

- Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulunun Görev ve Yetkileri ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sözleşmeli Sağlık Personeli Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bezmîâlem Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

11 Haziran 2011/27961

- İthalatta Korunma Önlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- _ Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- _ Karayolu Dışında Kullanılan Hareketli Makinalara Takılan İçten Yanmalı Motorlardan Çıkan Gaz ve Parçacık Halindeki Kirletici Emisyonlara Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (97/68/AT)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ PTT Kargo ve Kurye Gönderileri Hakkında Yönetmelik
- _ Basın İlan Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

12 Haziran 2011/27962

- _ Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- _ Adalet Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- _ Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- _ Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- _ Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- _ Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

13 Haziran 2011/27963

- Çankaya Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Öğretim Üyelerinin Akademik Kıyafet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

14 Haziran 2011/27964

- İstanbul Şehir Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

15 Haziran 2011/27965

- 2011/1837 Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik ile Aday Memurların Yetiştirilmelerine İlişkin Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılması ve Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlar ile Platform ve Altyapı İşletmecilerinin Uymaları Gereken İdari ve Mali Şartlar Hakkında Yönetmelik
 - Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kablolü Yayın Yönetmeliği
 - Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Yönetmeliği
 - Marmara Üniversitesi Yükseköğretim Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
 - Mersin Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Müzik ve Bale İlköğretim Okulu Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
 - Mersin Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lise Devresi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

16 Haziran 2011/27966

- İç Denetçi Adayları Belirleme, Eğitim ve Sertifika Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzman Yardımcılığı Giriş ve Yeterlik Sınavları ile Uzmanlığa Atama, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

17 Haziran 2011/27967

- Uzman Erbaş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Merkez Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Milli Eğitim Bakanlığı Açık Öğretim Lisesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü Aletleri Yönetmeliği (2004/22/AT)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazikent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

- İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

18 Haziran 2011/27968

- Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdarelerinin Ödeme ve Tahsilat İşlemlerinin Elektronik Ortamda Gerçekleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar
- Kontrollü Alanlarda Çalışan Harici Görevlilerin İyonlaştırıcı Radyasyondan Kaynaklanabilecek Risklere Karşı Korunmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Meslek Personelinin Yarışma, Yetki ve Yeterlik Sınavları ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

19 Haziran 2011/27969

- Bitki Karantinası Fümigasyon Yönetmeliği
- Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretim Tesisleri Hakkında Yönetmelik
- Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Elektrik Enerjisi Üretme Tesislerinde Kullanılan Aksamın Yurt İçinde İmalatı Hakkında Yönetmelik

20 Haziran 2011/27970

- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Personeli Atama ve Yer Değiştirme Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

21 Haziran 2011/27971

- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri (TTA) Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümüşhane Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

22 Haziran 2011/27972

- Sosyal Güvenlik Kurumu Taşra Teşkilatı Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu IPTV Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Öğrenci Kayıt Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Hayvancılık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Gıda Kontrol Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

23 Haziran 2011/27973

- Sakarya Üniversitesi Yurtlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

24 Haziran 2011/27974

- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliği
- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğrenci Etüt Eğitim Merkezleri Yönetmeliği
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilim Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Burs Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Şifa Üniversitesi Bornova Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

25 Haziran 2011/27975

- Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

26 Haziran 2011/27976

- Noterlik Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Mevlana Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

27 Haziran 2011/27977

- Devlet Malzeme Ofisi Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

28 Haziran 2011/27978

- Adıyaman Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- _ Anadolu Üniversitesi Havacılık ve Uzay Tıbbı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- _ Hakkari Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi İngilizce Hazırlık Programı Yönetmeliği

29 Haziran 2011/27979

- _ Ankara Üniversitesi Türkçe ve Yabancı Dil Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- _ Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

30 Haziran 2011/27980

- _ Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tesislere Ad Verme Yönetmeliği
- _ Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumları Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- _ İstanbul Arel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- _ Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

1 Temmuz 2011/27981

2011/1985 Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2011/2011 Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Jandarma Kantin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Devlet Tarafından Karşılanması ve Yeşil Kart Uygulaması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çiftçi Kayıt Sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Niğde Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

2 Temmuz 2011/27982

- Başbakanlık Merkez Teşkilatı ve Basımevi Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğü Personeli Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında Görevli Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

3 Temmuz 2011/27983

2011/1900 İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2011/1979 Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu ile Bağlı Kuruluşları Telif Hakkı, Yayın ve Satış Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

– İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

4 Temmuz 2011/27984

– Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

– Karabük Üniversitesi Tarih, Kültür, Sanat Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

– Şırnak Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

5 Temmuz 2011/27985

– Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

– Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Şehir Plancıları Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

– Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

– Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

– İstanbul Medipol Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

– Süleyman Demirel Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

6 Temmuz 2011/27986

- Kaymakam Adayları Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Bitki Koruma Ürünü Üretim Yerleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüpleri Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

7 Temmuz 2011/27987

- Ankara Üniversitesi Üreme Sağlığı, Teşhis, Tedavi, Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Ortadoğu ve Orta Asya Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Biyoteknoloji ve Biyomühendislik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kadir Has Üniversitesi Türkiye Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kadir Has Üniversitesi Uluslararası İlişkiler ve Avrupa Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Marmara Üniversitesine Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler
- Yalova Üniversitesi Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Yabancı Dil ve Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Arıcılık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

8 Temmuz 2011/27988

- Türkiye İş Kurumu Sicil Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bilkent Üniversitesi Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gedik Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

10 Temmuz 2011/27990

- Çukurova Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Dil Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

11 Temmuz 2011/27991

- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Ortadoğu Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

12 Temmuz 2011/27992

- Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sarmalık Kıyılmış Tütün Mamullerinin Üretimi, Ambalajlanması ve Piyasaya Arzına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

12 Temmuz 2011/27992 M.

- Melikşah Üniversitesi Yaz Yarıyılı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

13 Temmuz 2011/27993

- Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk İçin Yapılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Araştırma Laboratuvarları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Sualtı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

14 Temmuz 2011/27994

- Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans, Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Dil Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

15 Temmuz 2011/27995

- Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Sivil Memurlara Sicil Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Büroları Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Üsküdar Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Üsküdar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

16 Temmuz 2011/27996

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

17 Temmuz 2011/27997

- Kocaeli Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mevlana Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Türk Hava Kurumu Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

18 Temmuz 2011/27998

- Alanya Hamdullah Emin Paşa Üniversitesi Ana Yönetmeliği

19 Temmuz 2011/27999

- İstanbul Gelişim Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

20 Temmuz 2011/28000

- Yurt Dışına Gönderilecek Danıştay Meslek Mensuplarının Seçimleri ile Diğer Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Ziraat Odaları Temsilciliklerinin Kuruluş ve Çalışmalarına Dair Yönetmelik

21 Temmuz 2011/28001

- Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belgelendirilmesi ve Desteklenmesine İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Radyo-Televizyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

24 Temmuz 2011/28004

- Atatürk Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi İnovasyon ve Rekabet Odaklı Kalkınma Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Hava Kurumu Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

25 Temmuz 2011/28005

- Erciyes Üniversitesi Tarımsal Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kafkas Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

26 Temmuz 2011/28006

- Türkiye Adalet Akademisi Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitlis Eren Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitlis Eren Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitlis Eren Üniversitesi Ön Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Celal Bayar Üniversitesi Üniversite-Sanayi İşbirliği Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Rehberlik ve Psikolojik Danışmanlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Ortadoğu Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi KOBİ Geliştirme ve Rekabet Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Gıda ve Tarım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Mehmet Akif Ersoy Sanat, Tarih, Edebiyat ve Medeniyet Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Kocaeli Üniversitesi Çift Anadal Programı Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Koç Üniversitesi Doktor Nüsret-Semahat Arsel Uluslar Arası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirve Üniversitesi Ortadoğu Sürdürülebilir Hayvancılık, Biyoteknoloji ve Tarımsal Ekoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

27 Temmuz 2011/28007

- Haliç Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

28 Temmuz 2011/28008

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Spor Toto Teşkilat Başkanlığı İsim Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sinop Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

29 Temmuz 2011/28009

- Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Şehir Planlama Mimar Mühendisleri Odası Serbest Şehircilik Hizmetleri, Büro Tescil, Mesleki Denetim ve En Az Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası Asansörlere Ait Elektrik Mühendisliği Hizmetleri Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Asansörlere Ait Makina Mühendisliği Hizmetleri Yönetmeliği
- Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Ön Lisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

30 Temmuz 2011/28010

- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ziraat Odaları ve Türkiye Ziraat Odaları Birliği Alım ve Satım Yönetmeliği

31 Temmuz 2011/28011

- Kocaeli Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Batı Dilleri ve Edebiyatları Bölümü Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

1 Ağustos 2011/28012

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi (ÇOMÜ) Önlisans-Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2 Ağustos 2011/28013

- Batı Balkan Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İki Taraflı Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İhale Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bartın Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Bezmîâlem Vakıf Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi İleri Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

3 Ağustos 2011/28014

- Ağır Hizmet Araçlarından Çıkan Emisyonlar (Euro 6) Bakımından ve Araç Tamir ve Bakım Bilgilerine Erişim Konusunda Motorlu Araçların Tip Onayına İlişkin Yönetmelik ((AT) 595/2009)
- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi Yurtlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Dumlupınar Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Öğretmenlik Sertifikası Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

4 Ağustos 2011/28015

- 2011/2036 Genel Yönetim Muhasebe Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Merkezi Yönetim Muhasebe Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığı Giriş Sınavı, Denetçi Yardımcılarının Mesleki Eğitim, Staj ve Yeterlik Sınavı Yönetmeliği
 - Beykent Üniversitesi Hayat Boyu Öğrenme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
 - Giresun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Muş Alparslan Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
 - Ordu Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

5 Ağustos 2011/28016

- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Önlisans Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi Avrupa Araştırma ve Dokümantasyon Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

6 Ağustos 2011/28017

- Ticari Araçlarda Reklam Bulundurulması Hakkında Yönetmelik
- Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ziraat Odalarının Giriş Ücreti ve Yıllık Aidatları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

7 Ağustos 2011/28018

- Gülhane Askerî Tıp Akademisi ve Bağlı Eğitim Hastahaneleri Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Lisansüstü Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Çay Eksperi Yetiştirme, Atama, Görev, Yetki, Çalışma Sorumluluk ve İş İlişkileri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Şehir Üniversitesi Şehir Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Şehir Üniversitesi Modern Türkiye Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

8 Ağustos 2011/28019

- Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- İl Afet ve Acil Durum Müdürlükleri Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- İzmir Üniversitesi Kadın Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

9 Ağustos 2011/28020

- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirmelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Gıda Güvenliği ve Tarımsal Araştırmalar Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

10 Ağustos 2011/28021

- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vakıflar Genel Müdürlüğü Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankırı Karatekin Üniversitesi Avrasya Stratejik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Gelişim Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Tunceli Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Tunceli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

11 Ağustos 2011/28022

- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Akşam Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vakıflar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Adalet Akademisi Uzmanlık Programı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykoz Lojistik Meslek Yüksekokulu Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Siirt Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

12 Ağustos 2011/28023

- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kapalı Devre Radyo ve Televizyon Yayınları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Telif Hakkı Ödeme Esasları ile Telif Hakkı Sahiplerinin ve Yapımcıların Haklarını Koruma Esas ve Usulleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

13 Ağustos 2011/28024

YÖNETMELİK

- Mesleki Eğitim Merkezlerinde Parasız Yatılı Çıracak Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlar ile Pansiyonların Yönetimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

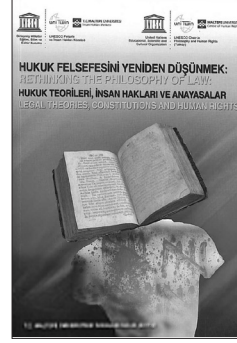
14 Ağustos 2011/28025

- Pamukkale Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

15 Ağustos 2011/28026

- Ankara Üniversitesi Beyin Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

İnsan Hakları. Evrensel Bildirgenin 60. Yılında İnsan Hakları/ *Yayıma Hazırlayan: İoanna Kuçuradi/ Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları/ 244 s.*



Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar/ *Yayıma Hazırlayan: İoanna Kuçuradi/ Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları/ 168 s.*

FELSEFE - ETİK - İNSAN HAKLARI - HUKUK İLİŞKİSİ

Betül ÇOTUKSÖKEN

Yakın bir zamanda yayımlanan, *İnsan Hakları: Evrensel Bildirgenin 60. Yılında İnsan Hakları* başlıklı kitapla *Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek : Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar* başlıklı kitap, bu ilişkileri, günümüzün çoğunlukla tekil nitelikli gereksinimlerini, tümel nitelikli etik değerlerle olan ilişkisi çerçevesinde ele alıyor.

Başlıkta yer alan terimler birbirleriyle olan sistematik ilişkileri göz önünde bulundurularak sıralanmışlardır. Bu sıralama aynı zamanda olması/ yapılması gerekene işaret etmektedir: Hukuk insan haklarına dayalı olmalı; insan haklarının etiğin bir alt başlığı olduğu gözden irak tutulmamalı ve etiğin, felsefenin bir alt disiplini olduğunun iyice

bilincinde olunmalı ve bunun da ötesinde, felsefenin hem bir düşünme bağlamı hem de bir bilgi bağlamı olarak temelde olduğunun farkına varılmalı.

İNSAN HAKLARINDA NEREDEYİZ?

2005 yılında kurulan Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'yle 2009 yılında kurulan UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü, insan hakları bağlamında, özellikle felsefi bakış açısıyla yapılan çalışmaları kitaplaştırıyor.

Birleşmiş Milletler'in, Evrensel Bildirge'nin 60. yılında "*Herkes İçin Onur ve Adalet*" savsözüyle bir kez daha gündemimize taşıdığı insan hakları kavramı ve bu kavram çerçevesinde anlamlandırılabilir olan sorunlar, merkezin 2008 yılındaki çalışmasının ana konularından birini oluşturdu ve merkez bu vesileyle uluslararası katılımlı bir toplantı düzenledi. Felsefecilerin, hukukçuların, hukuk felsefecilerinin, siyasetçilerin katıldığı bu toplantıda altmış yılda insan hakları bakımından hangi noktaya geldiği tartışıldı. Durumun pek parlak olmadığı tüm katılımcıların ortak düşüncesi idi.

İnsan hakları kavramı çoğun, devletle yurttaşlar arasındaki ilişkileri çerçeveleyen kavramların ortak paydasında yer alan temel bir kavram/ çerçeve olarak değerlendirilebilir. Elbette bu boyut son derece önemli. Ancak insan hakları sadece yurttaşın devletle olan ilişkilerinin eksen kavramı değil; insan hakları kavramı, yurttaşların/ kişilerin/ bireylerin/ insanların aralarındaki ilişkilerin de, insan-toplum, insan-çevre/ dünya ilişkilerinin ve uluslararası ilişkilerin de temel kavramı/ çerçevesi durumundadır. Bu noktaya gelebilmek için konuya gerçekten de geniş bir görüngeden (perspektiften) bakmak gerekiyor.

Tanınması, korunması ve geliştirilmesi gereken insan haklarının uluslararası boyutta da korunması ve geliştirilmesi için, UNESCO İnsan Güvenliği, Demokrasi ve Felsefe Bölümü Başkanı Moufida Goucha'nın da dediği gibi "*evrensel bir insan hakları kültürü*" yaratmak gerekmektedir. Bu amacı gerçekleştirmek üzere yine Goucha'nın üzerinde durduğu gibi insanı, soru sormaya, eleştirmeye, sorgulamaya, karşısındakini dinlemeye, diyalog kurmaya teşvik eden ve (bunların yollarını öğreten felsefi nitelikli bir eğitime gereksinim vardır. Ancak

böyle bir eğitimle yetişmiş olan kişiler kamusal alanın öznelere, karar vericilerine yanlışlarını, uygulanan politikaların insanı ne denli göz ardı ettiğini anlayabilirler. Bu tür politikalarından biri de “gelişimci/kalkınmacı politika” yaklaşımıdır (s. 13).

İoanna Kuçuradi'nin bu bağlamda, daha önceki bir konuşmasına göndermede bulunarak dile getirdikleri son derece önemli görünmektedir: “Gelişimci/kalkınmacı politikaların kendilerinden beklenen sonuçları vermediğini, dünyadaki yoksulluğu ortadan kaldırmadığı, üstelik hem ulusal hem de uluslararası düzeyde zengin ile yoksul arasındaki uçurumu daha da genişlettiğini; Batılı ülkelerde farklı, o zamanki adıyla üçüncü dünya ülkelerinde de farklı anlaşılan ‘kültürel gelişme’nin en çarpıcı sonuçlarından birinin kök-tendinciliklerin canlanıp yayılması, başka bir sonucunun da farkında olmadan, görece olan kültürel normların evrensel olan insan hakları normlarının önüne geçirilmesi olduğunu, bunun sonucunda da, siyasal partilerin olabildiğince çok oy almak ve sözüm ona demokratik bir yoldan iktidara gelmek için, çok sayıda seçmenin hoşuna giden ama insan haklarına ve bu arada bu seçmenlerin de insan haklarına zarar veren işler yapma ya götürdüğünü örneklendirmiş; serbest pazarın ve ekonomik globalleşmenin ise insan hakları için tuzak olduğunu, ölçütsüz özelleştirmeye yol açacağını belirtmişim. Çünkü ‘serbest pazar’ ifadesindeki ‘serbest’ (free) kelimesi onu bazı kimselerin kafasında cazip kılarsa da serbest pazar ülkelerde ve ülkelerarası ekonomik ilişkilerin kurulmasında ve değiştirilmesinde insan haklarının belirleyici olma olanağını da ortadan kaldırıyor” (s. 16).

Konuya bilgi eşliğinde, özellikle de insan-dünya-bilgi arasındaki ilişkilere odaklanan felsefe bilgisi eşliğinde bakmak büyük önem taşıyor. Böyle bir belirlemeye ek olarak, insan hakları konusunda verilecek eğitim, işin bir başka can alıcı boyutunu ortaya koyuyor.

İnsan Hakları. Evrensel Bildirge'nin 60. Yılında İnsan Hakları başlıklı kitapta ilk bölümde “Neredeyiz?” sorusunun yanıtı aranıyor; ikinci bölümdeyse “Geleceğe Yönelik Beklentiler” üzerinde durularak bir bakıma “Neleri dikkate alırsak insan haklarında daha iyi bir noktaya geliriz?” sorusunun yanıtı aranmaya çalışılıyor. “Neredeyiz?” sorusunun yanıtı, dünyanın farklı bölgelerinde insan haklarının ne durumda olduğuna ilişkin saptamalarda kendine yer buluyor. Afrika’da, Asya’da özellikle yoksullukla ve çok farklı çerçevelerdeki yoksunluklarla birlikte, hakların ihlali çok somut bir biçimde ortaya çıkıyor. Bilgi eksikliği, yok-

sunluğu, insanların yerel değerlerin, törelerin aracı haline getirilmesi verilen örneklerle açıkça ortaya konuyor. Sağlıklı yaşama hakkı, eğitim hakkı, bilgiye erişim hakkı, çalışma hakkı yok sayılan, bu hakları ellerinden alınan insanların sayısının her geçen gün arttığı bir dünya tablosu... İnsan hakları kurumlarıyla, günlük politikayla da bağlantıları içinde durum saptaması yapan ve ardından da yeni çözüm yolları da öneren yazıların ortak paydası, dünyanın tüm yörelerinde ciddi boyutta insan hakları ihlali olduğunu gösteriyor. Farklı deneyimlerin de yer aldığı kitapta belki de en ilginç deneyim, B'Tselem adlı insan hakları örgütünün yapmaya çalıştıkları olsa gerek. Michelle Bubis'in kaleme aldığı *"Ortadoğuda İnsan Hakları"* başlıklı yazıda yapılan açıklamaya göre, örgüt adını Kutsal Kitap'taki yaratılış öyküsündeki belirlemeyle, insanların Tanrı'nın imgesine göre yaratılmış olmalarına yapılan göndermeyle belirliyor: *"B'Tselem İbrancada 'bir şeyin imgesinde olma' anlamına geliyor ve bu sözcük genellikle insan onuru ve eşitlik anlamında kullanılıyor"* (s. 99). Söz konusu örgüt bir bakıma, öncelikli olarak İsrail halkının, sonra da uluslararası toplumun, kamuoyunun insan hakları bağlamında duyarlılık kazanması için çaba harcıyor.

İnsan haklarının Türkiye'deki durumunu ise İbrahim Ö. Kaboğlu mercek altına alıyor. Kaboğlu'nun konuya ilişkin saptamaları zengin bir birikimin sonucu. Ona göre Türkiye normatif düzlemde önemli açılımlar ve ilerlemeler kaydetti. Bunlar büyük ölçüde Avrupa ve uluslararası standartlarla örtüşen açılımlardır. Fakat Türkiye, kurumsal anlamda ya statükoyu sürdürmeyi yeğledi ya da yeni kurumsal açılımları anayasal düzlemde gerçekleştiremedi. Mevcut durumu korudu, zira 1982'nin biçimsel anlamda erkler ayrılığı kapsamında oluşturduğu anayasal yapı, reform paketlerinin dışında kaldı. Bunun en önemli göstergesi şudur: Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, sürekli şikâyet edilen bir konu olduğu halde, anayasal düzlemde iyileştirme kapsamı dışında tutuldu. Buna karşılık, insan hakları alanında kurumsal düzenleme arayışına 1990'lı yıllarda girilmişse de, bunlar, anayasal değil, yasal veya hatta çoğu zaman yasa-altı düzenlemelerle kotarılmaya çalışıldı. Yine bunlar genellikle uluslararası standartların dışında kaldı. En önemlisi de, mevcut yapılanma tarzı çerçevesinde insan hakları birimlerinin işleyişleri engellendi" (ss. 108-109).

Anayasa tartışmalarının tekrar gündemimizde birinci sırayı alacağı şu günlerde Fazıl Sağlam'ın yaptığı değerlendirme son derece

önemli görünüyor. Çünkü bu tartışmalar yoluyla bir bakıma sosyal devlet kavramı bağlamında tartışmanın taraflarının, önemli bir sınavdan geçeceği açık. Özgürlük retoriğini öne çıkararak, sosyal devleti acaba ne ölçüde benimsiyorlar? Fazıl Sağlam, bu çerçevede Ergun Özbudun'un başkanlığında hazırlanan anayasa taslağına ilişkin şu belirlemeleri yapıyor: *"Birincisi, Özbudun taslağı, sosyal devlet ilkesini şu veya bu ölçüde talep edilebilir haklara değil, siyasal iktidarların lütfuna ve hayır kurumlarının hayırseverliğine bağlı kılan bir anlayışı, yani dinsel ideolojiye uygun bir anlayışı yansıtır, ikincisi ise (...) Özbudun taslağı, kıyular, yeraltı servetleri, tabiat ve kültür varlıkları gibi koruma alanları dahil olmak üzere, çevreye ilişkin tüm devlet ödevlerini haklar bölümünden çıkarıp, "Ekonomik ve Mali Hükümler" başlığı altına taşımaktadır"* (s. 117).

Fikret Şenses ise insan haklarını yoksullukla olan ilişkisi bağlamında ele almakta ve konunun gelişme, kalkınma, eşitlik kavramlarıyla olan ilişkisini ayrıntılı bir biçimde kurmaktadır.

YOL GÖSTERİCİ: FELSEFE-ETİK-İNSAN HAKLARI

Daha önce de dile getirdiğimiz gibi insan hakları eğitimi, üzerinde en çok durulması gereken konulardan biridir, İnsan hakları eğitimi sağlıklı bir biçimde almış olan bireylerin sadece kendi hakları için değil, başkalarının hakları için de duyarlı olacağı açıktır. Bu bağlamda öyle bir noktaya gelinmelidir ki, örneğin kamu görevi yapmanın insan haklarını korumakla eşanlı olduğu belirlenmesi herkesçe içselleştirilmelidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. B. Çotuksöken, İnsan Hakları ve Felsefe, Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2010). Harun Tepe, insan hakları eğitiminin temelini felsefi etik eğitimde buluyor: *"(...) insan hakları eğitimi (...), a) belgeleri öğreten hukuk eğitiminden etik eğitime, b) yalnızca bilinç ya da isteme kazandırmaya yönelik bir eğitimden doğru değerlendirme ve etik eylemde bulunma bilgisi de teorik ve pratik bilgi kazandırmaya yönelik eğitime, c) insan hakları ihlallerini yalnız maruz kalınan şeyler olarak değil, aynı zamanda yapılan şeyler olarak gören eğitime dönüştürmekle gerçekleştirilir"* (ss. 156-157).

Sosyal politikalarla daha çok uğraşan bir sosyal bilimci olarak kendisini tanımlayan Ayşe Buğra ise sosyal hak kavramının adeta üstünün örtüldüğüne, Türkiye'de hak temelli bir sosyal politikanın olmadığına işaret ediyor (s. 199).

Gülriiz Uygur John Rawls'un "reflektif dengeleme" kavramından yola çıkarak ve insan hakları-hukuk-etik bağlantısı üzerinde durarak, hukuku insan hakları temelinde kurmanın önemine dikkati çekiyor. •

Uluslararası ilişkiler bağlamındaki deneyimleriyle de öne çıkan yazarlar olarak Numan Hazar, Ömür Orhun ve siyasetle bağlantılı olarak Ertuğrul Yalçınbayır sırasıyla, konunun ayrıntılarına, hem güncel olanı, yaşananları hem de tarihsel olanı dikkate alarak yer veriyorlar. Ayırıcılığa vurgu yapan Ö. Orhun "(...) ayırıcı uygulamaların özellikle genç nesillerin dışlanmasına ve kendilerini dışlamalarına yol açarak, özsaygı ve sosyal entegrasyon açısından belirgin olumsuz sonuçlar doğurabileceğine" (s. 225) dikkati çekmektedir. Gerçekten de bu saptamalar, dünyanın farklı kesimlerinde hatta sözde gelişmiş bölgelerinde bile sürekli olarak yaşanan olaylarla, ne yazık ki kanıtlanmaktadır. E. Yalçınbayır, İnsan Gelişme Endeksi'ni de dikkate alarak ve aynı zamanda insan hakları bağlamında bir SWOT analizi yaparak güçlü ve zayıf yanlarımızı, fırsatlarımızı, tehditkâr olanı ortaya koymaya çalışıyor.

Hiç hatırımızdan çıkarmamız gereken bir şey var: Tüm kavramlarımız bunalımlı durumlarda sınanır. O nedenle insan hakları kavramını da ne ölçüde içselleştirdiğimiz, eylemlerimizi ne ölçüde bu kavramla ilgisi içinde yaşama dünyasına geçirdiğimiz, ancak bunalımlı durumlarda anlaşılır. Öyleyse, örneğin hukuku oluştururken, özellikle de en temel hukuk metnini, anayasayı oluştururken felsefe-etik-insan hakları ne ölçüde yol göstericimiz olacak? Yanıtı verilmesi gereken temel bir soru olarak karşımıza çıkıyor bu soru.

2009 yılında Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'yle, UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü'nün ortaklaşa düzenlediği "Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar" başlıklı yine uluslararası katılımlı çalışma, aynı başlıkla yayımlanan ikinci kitabın içeriğini oluşturuyor. Söz konusu kitapta en çok altı çizilen, vaktiyle çok da dikkate alınmayan ama artık gündemdeki yerini almaya başlayan etikle hukuk arasındaki olması gereken ilişkidir, İoanna Kuçura-di'nin de işaret ettiği gibi bu bağlamda, kavramsal ayrımlar, felsefi bilgi eşliğinde dikkatli bir biçimde yapılmalı, etik-ahlak, değer-değer yargıları arasındaki ayrımlar üzerinde ve hukuk felsefesinin sorun alanının ne olduğu üzerinde düşünölmelidir (s. 13).

Yeni anayasa gereksiniminin her zamankinden daha çok önem taşıdığı şu günlerde Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar başlıklı kitapta yer alan yazılar son derece zihin açııcıdır. İbrahim Ö. Kaboğlu'nun dediği gibi "(...) yeni anayasa gereksinimi açıktır; ancak yenileme güçlüğü daha fazladır. Bu nedenle, yeni bir anayasa arayışı, zaman, mekân ve içerik bakımından somutlaştırılmak gerekir" (s. 37).

Özellikle 11 Eylül'den beri terörizmle savaşım kapsamında insanların "İnsan hakları mı güvenlik mi?" ikilemiyle karşı karşıya bırakılması, yasal düzenlemeleri de belirgin bir biçimde etkilemektedir. Oysa hukuka bilgiyle, özellikle de felsefe bilgisiyle, hukukun ontolojisi ve epistemolojisiyle ve etikle bakabilenler, bu ikilemi aşmanın insanca yollarını göstermektedirler. Bu çerçevede yapılacak yöntemsel çalışmalarda örneğin, Ece Göztepe, eklektik olmayı önermektedir (s. 55).

Bu bağlamda Hayrettin Ökçesizin çağrısı son derece önemli: "Hukuka yeniden bir felsefe düşünüldüğü bir dönemdeyiz. Hukuka yeni bir felsefe arayışı içindeyiz. Bu gayretin aslında, süregiden felsefenin doğal akışında kendi mütevazı yerini almak durumunda olduğunu biliyoruz. Nihayet, kendisinden bunca uzak düştüğümüzü gördüğümüz bu yerde hukuk felsefesini yardıma çağırmanız gerektiğini bilgiler bize ısrarla söylüyor" (s. 57).

Oktay Uygun'un çağımızda insan onuruna yönelik tehditler karşısında insan haklarının ne denli önemli olduğuna ilişkin kapsamlı belirlemeleri, yirmi birinci yüzyılda hukuk düzenlemesi yapanların sorumluluklarını yine insanca yerine getirmesi bakımından gerçekten öğretici, uyarıcı nitelikte.

Hukukun etiğe, Gülriz Uygur'un değişiyen ahlakiliğe dayalı olması ve bu çerçevede literatürde yer alan çalışmalara da dayanarak konuyu işlemesi çok önemli. Yeri gelmişken belirtmekte yarar var: Türkçede özellikle etik bağlamında üretilen felsefi söylemde, etiğin hukuku önceliğine dikkati çeken yazarlar da var. Bu bağlamda bu yazarları da (ilk akla gelen adlar: İoanna Kuçuradi, Doğan Özlem) dikkate almak gerekiyor, Gülriz Uygur'un haklı olarak dile getirdiği gibi "Hukukun temelindeki değer ve ilke de etik dayanağı oluşturmaktadır" (s. 109).

Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasa oluşturma çalışmalarının temelleriyle ilgili sunumların da içinde yer aldığı yapıtta

Bertil Emrah Oder, “Ayna içinde ayna” metaforuyla Türkiye’de “temel hakların yargısallaşmasındaki kuramsal sorunlar” a dikkati çekmektedir. Oder’e göre “Anayasanın tarihsel bağlamı ve sözel metni, görünüşteki büyük aynayı oluştururken, derin bir bakış ve gözlem, içindeki diğer aynaları da görür. Yargısal yorum ve siyasal uygulama, kimi zaman bağımsız kimi zaman karşılıklı etkileşim ile, büyük aynada birbirinin içine geçen, birbirleriyle yarışan aynalar oluşturur. Büyük ayna aynı kalsa da, yargısal yorum ve uygulama ile oluşan aynalar değişebilir. Büyük aynanın çerçevesi korunur, ama yansıttığı hep aynı kalmayabilir” (s. 143). Ancak bizim toplum olarak aynalarla başımız pek hoş değil, evlerimizde bir kültür mirası olarak sakladığımız ters çevrilmiş “berber aynaları” toplumsal dokumuzun aynalara neredeyse hiç bakmayan tavrını ortaya koymuyor mu? Evet ayna içindeki aynayı görme, okuma zamanı geldi çattı artık; hepimiz aynaya bakmayı öğrenmeliyiz, büyük aynanın içindekileri görmeliyiz ve gördüklerimizi doğru okumalıyız. İoanna Kuçuradi’nin her iki kitabı da hepimize ayna tutuyor; zaman geçirmeden bu aynalara bakalım ve felsefe-etik-insan hakları hukuk çerçevesi en büyük aynayı doğru yorumlamalıyız.

Dergimizin bu sayısında insan hakları, anayasalar ve hukuk felsefesi konularında özgün iki kitabın tanıtımını yapmaktayız. Cumhuriyet Kitap Eki’nde (22 Eylül 2011/sayı 1127) Betül Çotuksöken’in Prof. Dr. İoanna Kuçuradi’nin yayıma hazırladığı bu kitaplarının tanıtımını yaptığı yazıyı, yazara ve gazeteye teşekkürlerimizle aynen aktarmaktayız.