



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

17

YIL:5, SAYI:17, Nisan 2014

www.taayayinlari.gov.tr

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/ GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/ EDITOR

Aşkın GÜVEN

Hâkim

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/ EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

*

YAYIN KURULU/ EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

Rifat İNANÇ

Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK

Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK

Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Dr. Gürsel ÖZKAN

Ankara İdare Mahkemesi Başkanı

*

GRAFİK TASARIM / GRAPHIC DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095
Çankaya-Ankara

Tel: 312 489 81 80 **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: taad@taayayinlari.gov.tr

Web : www.taa.gov.tr

www.taayayinlari.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ / ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taayayinlari.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atfı sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taayayinlari.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargin
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadil Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçin
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu www.taayayinlari.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ, LL.M. (Münster)..... 1**
Uluslararası Hukuk Açısından Sınır Bölgelerinde
Bulunan Nükleer Santraller
Grenznahe Atomkraftwerke Aus Völkerrechtlicher Sicht
- ◆ **Doç. Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL.M. (Köln)..... 27**
Alman İş Hukukunda Eğitim Giderlerinin ve
İkramiyelerin İadesine İlişkin Esaslar
Rückzahlungsklauseln im deutschen Arbeitsrecht
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Aslan DELİCE 41**
Bürokrasi: Monarşiden Cumhuriyete Değişmeyen İktidar
Bureaucracy: Steady Power From Monarchy to Republic
- ◆ **Dr. Gürsel ÖZKAN 63**
4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen
Zorunlu İdari Başvuru Yolları
Compulsary Administrative Application Ways Projected in The Law of 4734 on Public Procurement
- ◆ **Dr. Hüseyin TURAN111**
Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından
Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi
The Time-Limit of Individual Application in Terms of Decisions Given By Criminal Courts
- ◆ **Dr. Servet ALYANAK 141**
AB Vatandaşlığının AB İçerisinde Serbest Dolaşım
ve İkamet Hakkı Yönünden Temel Statü Olması
EU Citizenship as the Fundamental Status for Free Movement and the Right of Establishment of Nationals of the Member States
- ◆ **Dr. Servet YETİM 177**
Siber Suçlar, Yargılama Yetkisi ve Yeni Bir Model Önerisi
Cybercrime, Jurisdiction and a New Model Proposal

- ◆ **Arş. Grv. Gökhan DÖNMEZ** 231
Türk Anayasaları Ekseninde Türkiye’de Temsil Olgusu
*The Concept of The Representation in The Context
of Turkish Constitutions in Turkey*
- ◆ **Arş. Gör. Tuğçe ORAL** 267
**Türk Borçlar Kanunu’nun 71. Maddesi Çerçevesinde İşverenin İş
Kazasından ve Meslek Hastalığından Doğan Tehlike Sorumluluğu**
*Strict Liability of Employer Arising From Work Accident and Occupatio-
nal Disease in Frame of Art. 71 of Turkish Code of Obligations*
- ◆ **Alptekin Burak BOYDAK** 303
Karayolları Trafik Kanunu Kaynaklı Kusursuz Sorumluluk
Strict Liability Arising Out Of Highway Traffic Laws
- ◆ **Asım KAYA** 331
İş Kazasında İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu
Criminal and Legal Liability of Employer in Work Accidents
- ◆ **Cengiz SARI** 361
Hakimlerin Hesap Verebilirliği
Accountability of Judges
- ◆ **Mehmet KARAKUŞ**..... 383
İdarî Yargıda Islah
Improvement in Administrative Justice
- ◆ **Semih YUMAK**..... 419
**Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Hükümlüyü
Topluma Yeniden Kazandırmak Bağlamında Salıverilmeye Hazırlık,
Geçiş Sürecinin Yönetimi ve Koşullu Salıverilme**
*Entlassungsvorbereitung, Übergangsmanagement und bedingte Entlas-
sung in Rechtsvergleichender Sicht und unter dem Gesichtspunkt des
Türkischen Rechts im Rahmen der Wiedereingliederung des Täters*
- ◆ **Süleyman ÖZAR** 445
**Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Adalet Bakanı’nın HSYK ve
Cumhuriyet Savcısı İle Arasındaki İlişkinin Hukuki Esas ve Kapsamı**
*The Legal Principal and Scope of the Relationship Between Minister
of Justice and Supreme Council (HSYK) and Prosecutor in the Context
of Independence of the Judiciary*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN SINIR BÖLGELERİNDE BULUNAN NÜKLEER SANTRALLER

Grenznahe Atomkraftwerke Aus Völkerrechtlicher Sicht

Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ, LL.M. (Münster)*

ÖZET

Sınır bölgelerinde bulunan nükleer santralleri uluslararası hukuk perspektifinden irdelemeyi amaçlayan bu çalışmamızda, öncelikle bu konuya ilişkin bazı genel açıklamalara yer verilmiştir. Bunun devamında, sınır bölgelerinde bulunan nükleer santrallere ilişkin olarak uluslararası antlaşmalarda öngörülen bazı hükümlere değinilmiştir. Sonrasında uluslararası teamül hukuku kuralları kapsamında, ciddi nitelikteki sınırışan çevresel kirliliklere neden olma yasağı, ihtiyat ilkesi ve işbirliği yükümlülükleri ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Nükleer Santraller, Uluslararası Atom Hukuku, Uluslararası Komşuluk Hukuku, İhtiyat İlkesi

ZUSAMMENFASSUNG

Anliegen des vorliegenden Beitrags ist es, grenznahe Atomkraftwerke auf der Basis der Vorgaben des internationalen Rechts zu untersuchen. So wird zunächst einige allgemeine Kenntnisse über dieses Thema gegeben. Danach werden diesbezügliche völkervertragsrechtliche Regelungen erläutert. Im Anschluss daran wird im Einzelnen auf völkergewohnheitsrechtliche Grundsätze und Regelungen wie etwa Verbot erheblicher grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen, Vorsorgeprinzip und Kooperationspflichten eingegangen.

Schlüsselwörter: Atomkraftwerke, Internationales Nuklearrecht, Internationales Nachbarrecht, Vorsorgeprinzip

◆◆◆◆

Giriş

11 Mart 2011 tarihinde Japonya’da meydana gelen depremin sebep olduğu ve ciddi miktarda radyoaktif madde salınımına neden olan Fukuşima Nükleer

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, guneslaw@hotmail.com

Santrali kazası, nükleer santrallere ilişkin tartışmaları bir daha dünya gündemine taşımıştır. Bu facia, birçok ülkede enerji politikalarını kökten değiştirecek adımların atılmasını da sağlamıştır. Örneğin, bu kazadan üç gün sonra 14 Mart 2011 tarihinde Federal Hükümet tarafından kabul edilen moratoryum ve Atom Yasası'nda gerçekleştirilen diğer değişikliklerle Almanya'da bulunan 17 nükleer reaktörün tümünün 2022 yılı sonuna kadar kapatılması öngörülmüştür. Nükleer enerji konusunda birçok ülkenin temkinli davranmasının nedenlerinin başında, nükleer bir patlama veya sızıntı halinde ortaya çıkacak radyasyonun şimdiki ve gelecek kuşaklar ile çevre açısından ortaya çıkaracağı giderilmesi çoğu kez mümkün olmayan ciddi zararlardır. Bunların haricinde, radyoaktif atıkların bertarafı ve taşınmasının yanı sıra işletme ömrünü dolduran santrallerin sökülmesi de ciddi anlamda risk oluşturmaktadır. Bu bağlamda, nükleer santral ve nükleer atıkların bilimsel olarak en ağır risk kategorisinde yer aldığını belirtmek gerekir. Öte yandan bazı kesimlerce en ekonomik enerji türü olduğu iddia edilse de, nükleer santrallerin kurulmasının, güvenliğinin ve oluşan atıkların bertaraf edilmesinin maliyetinin fevkalade yüksek olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Devletlerin nükleer enerji konusunda kabul edeceği ulusal düzenlemeler kendi topraklarında nükleer güvenliğin sağlanması bakımından kuşkusuz büyük öneme sahiptir. Bununla birlikte, radyoaktivitenin sınıraşan etkisi nedeniyle bir kaza veya sızıntı durumunda ortaya çıkacak zararların ilgili nükleer santralin bulunduğu ülkeyle sınırlı kalmayacağını belirtmek gerekir. Nitekim 1986 yılında gerçekleşen Çernobil faciasının olumsuz etkilerinin kazanın meydana geldiği Ukrayna haricinde Rusya ve Beyaz Rusya'nın yanı sıra Ukrayna'ya komşu olmayan Bulgaristan, Yugoslavya, İsveç, Finlandiya, Norveç, Romanya, Polonya, Avusturya ve Türkiye gibi ülkelerde de görüldüğü bilinmektedir. Nükleer santrallerin etki alanı oldukça geniş olsa da, bu santrallerin sınıraşan etkilerinin öncelikle komşu ülkeleri ilgilendirdiği ifade edilmelidir. Bu noktada, bilhassa sınır bölgelerinde veya bu bölgelere yakın yerlerde kurulan nükleer santraller kritik öneme sahiptir. Bu açıdan bakıldığında, ilgili santrallerin yer seçimine ilişkin tercihin tamamiyle ulusal hukuka ilişkin bir mesele olduğunu ileri sürmek gerçekçi olmayacaktır. Dolayısıyla birden çok

devleti yakından ilgilendiren bu tarz tesislerin uluslararası hukuka ilişkin boyutlar göz ardı edilmeden değerlendirilmesi zaruridir.

Sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller, ülkemizi de yakından ilgilendiren bir konudur. Zira ülkemizde halen faal bir nükleer santral bulunmamasına rağmen, Ermenistan'ın sınırimıza yaklaşık 15 kilometre uzaklıkta Metzamor sahasında iki üniteden oluşan bir nükleer santrali bulunmaktadır.¹ İşin ilginç tarafı, eski Sovyet nükleer teknolojisi ile inşa edilen bu santral birinci derece deprem bölgesinde bulunmaktadır. Benzer bir durum Almanya bakımından da söz konusudur. Zira her ne kadar Almanya özellikle son dönemde nükleer enerjinin tümünden terk edilmesine yönelik olarak önemli adımlar atmışsa da, komşu ülkelerin sınıra oldukça yakın yerlerde bulunan nükleer santralleri Almanya'nın nükleer güvenliği açısından tehdit oluşturmaktadır. Sınıra 1,5 kilometre mesafede ve deprem açısından riskli bir bölgede bulunan Fransa'nın en eski nükleer reaktörü olan Fessenheim Nükleer Santrali, Alman makamlarını bu bağlamda endişelendiren santrallerin başında gelmektedir.²

Sınır bölgelerinde yer alan nükleer santralleri uluslararası hukuk perspektifinden irdelemeyi amaçlayan bu çalışmamızda, öncelikle uluslararası hukukun temel kaynağını oluşturan uluslararası sözleşmelerden konumuz bağlamında önem arz edenlere değinilecektir. Bununla birlikte, uluslararası bir sözleşmede öngörülen hükümlerin konumuz bağlamında anlam ifade edebilmesi bakımından en azından ilgili santralin bulunduğu devletin söz konusu sözleşmeye taraf olması gerektiğini hatırlatmak gerekir. Uluslararası sözleşmeler haricinde konumuz bağlamında önem taşıyan bazı uluslararası teamül hukuku kurallarına da temas etmek gerekir. Ancak uluslararası teamül hukuku, uluslararası sözleşmelerden farklı olarak yalnızca taraf ülkeler için değil aksine tüm ülkeler için geçerlidir.

¹ Bu konuda bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Metzamor_N%C3%BCKleer_Santrali

² <http://www.unet.univie.ac.at/~a9406114/aai/akws/akws.html> adresinde Avrupa'nın farklı ülkelerinin sınır bölgelerinde bulunan nükleer santrallere ilişkin bir liste bulunmaktadır.

2. Uluslararası Sözleşmeler

2.1. Uluslararası Atom Enerjisi Statüsü

Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın (UAEA) kurulmasını sağlayan 1957 tarihli statü, nükleer enerjinin kullanılmasına ilişkin önemli uluslararası hukuki metinlerden biridir. Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı, Birleşmiş Milletler bünyesinde faaliyet gösteren bağımsız bir uluslararası kuruluştur. Ülkemizin ve tüm komşularımızın üye olduğu bu ajansın amacı, statünün 2. maddesi uyarınca atom enerjisini dünya refahına, barışına ve sağlığına katkıda bulunacak biçimde geliştirmektir. Atom enerjisinin askeri amaçlarla kullanılmasının önlenmesi de bu amaçlar arasında yer almaktadır. Statünün 3. maddesinde ise, ajansın görevleri arasında nükleer güvenliğe ilişkin standartların belirlenmesine de yer verilmiştir. 3. madde uyarınca ajans ayrıca, sağlığın korunmasına, insanların ve nesnelerin maruz kaldığı tehlikeleri asgari düzeye indirmeye yönelik güvenlik normlarını kabul etme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, bu tür güvenlik normlarının uygulanabilmesi tarafların bu konudaki talebine veya iki veya çok taraflı anlaşmalarda bu hususa ayrıca yer verilmesine bağlanmıştır. Dolayısıyla, Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı tarafından farklı zamanlarda kabul edilen nükleer güvenlik standartlarının uluslararası hukuk bakımından genel bir bağlayıcılığa sahip olmadığı ifade edilmelidir.³ Özellikle Çernobil faciasından sonra uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı nükleer güvenlik standartlarının saptanmasına yönelik önemli girişimler söz konusu olmuşsa da, bu çabaların Fransa gibi devletlerin engellemesi nedeniyle başarısızlıkla sonuçlandığı bilinmektedir.

2.2. Nükleer Güvenlik Sözleşmesi

17 Haziran 1994 tarihli Nükleer Güvenlik Sözleşmesi, nükleer güvenlik konusundaki en önemli uluslararası sözleşme olarak görülmektedir. 2014 yılı itibariyle ülkemizin yanı sıra komşularımızdan Yunanistan, Bulgaristan, Ermenistan ve Suriye'nin de aralarında bulunduğu 77 ülkenin taraf olduğu bu sözleşme, nükleer santrallerde yüksek seviyede evrensel bir nükleer güvenliğin sağlanmasını amaçlamaktadır. Nükleer Güvenlik Sözleşmesi'nin önsözünde

³ Faßbender, ZUR 2012, s. 268.

nükleer tesislerin sınıraşan etkilerin önlenmesinden de söz edilmektedir. Bunun yanı sıra sözleşmenin 4-19. maddelerinde taraf devletlerin muhatabı olduğu muhtelif yükümlülükler yer verilmiştir. Sınır bölgelerinde kurulan nükleer tesisler bağlamında, sözleşmenin *yer seçimi* başlığını taşıyan 17. maddesinin 4. fıkrasının önem arz ettiği ifade edilmelidir. Buna göre bir nükleer tesisin kurulmasından önce her taraf devlet, bu tesisin civarında bulunan ve bu tesisten etkilenmesi muhtemel komşu taraf devletlerle müzakere edecek ve bu tesisin o devletlerin toprakları üzerindeki olası güvenlik etkilerinin değerlendirmesini yapma amacıyla bu devletlere gerekli bilgileri sağlayacaktır. Bununla birlikte, çok genel ve belirsiz ifadelerle yer vermesi ve nükleer tesislerin yalnızca güvenli yerlere kurulması gerektiğine ilişkin hükümlere yer vermemesi nedeniyle sözleşmenin bu düzenlemesinin eleştirilere konu olduğu görülmektedir.⁴

Konumuz bağlamında önem arz eden diğer bir düzenleme sözleşmenin 6. maddesinde yer almaktadır. Ancak bu düzenleme de aynı şekilde genel ve muğlak ifadeler içermektedir. Buna göre taraf devletler, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan nükleer tesislerin güvenliklerini en kısa zamanda gözden geçirecek, gerekli hallerde tesislerin güvenliğinin iyileştirilmesi bakımından makul tedbirleri alacak, iyileştirmenin başarılı olması halinde tesisin en kısa zamanda kapatılması için gerekli planları yürürlüğe koyacaktır. Ancak kapatma zamanlamasında enerji ihtiyacı ve sosyal, çevresel ve ekonomik etkilerin dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Sonuç olarak bu düzenlemenin taraf devletlere nükleer santraller konusunda alacakları kararda oldukça geniş bir takdir yetkisi verdiği görülmektedir. Bunların dışında, sözleşmede birtakım raporlama yükümlülüklerine de yer verildiği dikkat çekmektedir. Nitekim 5. maddede, her taraf devletin 20. maddede belirtilen toplantıdan önce incelenmek üzere sözleşmede öngörülen yükümlülüklerden her birini yerine getirmek için aldığı tedbirler hakkında bir rapor sunacağı belirtilmiştir. Bu konferanslarda ayrıca taraflarca hazırlanan bu raporlar tartışılacak ve özet bir rapor hazırlanacaktır. Her ne kadar nükleer güvenlik ve nükleer işbirliği konularında önemli iyileştirmeler sağlamışsa da, bilhassa nükleer tesislerin kurulum ve işletimi

⁴ Faßbender, ZUR 2012, s. 268.

bakımından uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı olacak yeterince somut düzenlemelere yer vermemesi nedeniyle Nükleer Güvenlik Sözleşmesi'nin eleştirilere hedef olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, bu sözleşmenin yeneden gözden geçirilerek günümüzün nükleer güvenlik ihtiyacını karşılayacak biçimde reforme edilmesi gerektiği dile getirilmektedir.⁵

2.3. Nükleer Kaza Halinde Erken Bildirim Sözleşmesi

Nükleer Kaza Halinde Erken Bildirim Sözleşmesi, Çernobil faciasının ardından 1986 yılında kabul edilmiştir.⁶ Ülkemizin yanı sıra komşularımızdan Bulgaristan, Yunanistan, Ermenistan, İran ve Irak'ın da aralarında bulunduğu 101 devletin taraf olduğu bu sözleşme, taraf devletlerin topraklarını radyolojik yönden etkileyebilecek sınır ötesi radyoaktif madde salımı olasılığının söz konusu olduğu durumlarda devreye girecek bir erken bildirim sistemini hayata geçirmeyi amaçlamaktadır. Buna göre topraklarında nükleer bir kaza veya radyoaktif bir acil durum söz konusu olan bir taraf devlet, ilgili durumun boyutunu ve etkilerini değerlendirmek üzere kaza veya acil durumun zamanı, yeri, radyoaktif madde salınım miktarı ve diğer önemli konularda bildirim yapmak ve bilgi vermek zorundadır. Kaza veya acil durum ile ilgili bildirim ve bilgiler, doğrudan veya Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı aracılığıyla bu durumdan etkilenebilecek ülkelere ve Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'na yapılır. Sözleşmenin 1. maddesinde tanımlanan tesis ve faaliyetler için bildirim ve bilgi verme zorunlu kılınmıştır. Bunun dışındakilere ilişkin bildirim ve bilgiler ise taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Bu kapsamda hangi bilgilerin sunulacağı ise sözleşmenin 5. maddesinde düzenlenmiştir.

2.5. Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi

Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi, Nükleer Kaza Halinde Erken Bildirim Sözleşmesi ile eşzamanlı olarak 1986

⁵ Bkz. *Faßbender*, ZUR 2012, s. 270; *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004, § 57 N. 92.

⁶ Bu sözleşme hakkında ayrıca bkz. *Schärf*, Europäisches Nuklearrecht, Wien 2008, s. 90 vd.

yılında kabul edilmiştir.⁷ Bu sözleşmeye ülkemizin yanı sıra komşularımızdan Bulgaristan, Yunanistan, Ermenistan, İran ve Irak da taraftır. 1. madde uyarınca sözleşmenin temel amacı, nükleer bir kaza veya radyolojik bir acil durumda olayın sonuçlarının en aza indirilmesi ve canlıların, nesnelere ve çevrenin radyolojik salınımın etkilerinden korunmasını sağlamak üzere derhal yardım sağlanması için mümkün olduğunca hızlı bir şekilde destek ve yardım sağlanmasına yönelik olarak taraf devletlerin kendi aralarında ve Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı ile işbirliği yapmasının sağlanmasıdır. Taraf devletlerden birinin bu bağlamda yardıma ihtiyaç duyması halinde doğrudan veya Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı aracılığıyla diğer bir taraf devletten veya ajanstan yardım talebinde bulunması mümkündür. Yardım talep eden devlet, istenilen yardımın kapsamını ve türünü belirterek yardım edecek tarafın yardım talebini ne ölçüde karşılayabileceğine karar vermesinde yardımcı olacak bilgileri sağlamalıdır. Yardım talep edilen taraf ise, derhal karar vererek kendisinden istenilen yardımı yapacak durumda olup olmadığını ve yapabileceği yardımın kapsamını ve koşullarını yardım isteyen tarafa bildirecektir. Sözleşme ayrıca taraf devletlere yardım ve destek için kullanılacak uzman, ekipman ve diğer malzemelerini bildirim zorunluluğu getirmektedir.

2.6. Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Sözleşme (Paris Sözleşmesi)

1960 yılında kabul edilen ve kısaca Paris Sözleşmesi olarak da anılan Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Sözleşme, nükleer tesislerle ilgili olarak önem taşıyan diğer bir uluslararası sözleşmedir.⁸ Kabul edildiği tarihten bu yana çok sayıda değişikliğe uğrayan bu sözleşme, en son 2004 yılına kabul edilen bir protokolle yenilenmiştir. Türkiye ile birlikte OECD üyesi 15 devletin⁹ taraf olduğu bu sözleşmenin temel ama-

⁷ Bu sözleşme hakkında ayrıca bkz. *Schärf*, s. 88 vd.

⁸ Bu sözleşme konusunda bkz. *Korkusuz*, Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2012, s. 56 vd.; *Kissich*, Internationales Atomhaftungsrecht, Baden-Baden, 2001, s. 63 vd.

⁹ Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, Birleşik Krallık ve Slovenya, bu sözleşmeye taraf olan diğer devletlerdir.

cı, taraf devletlerin hukuki yetkisi altındaki nükleer tesislerin işletilmesi veya nükleer maddelerin taşınımı sırasında kendi ülkelerinde veya diğer taraf ülkelerdeki üçüncü şahısların zarar görmesi halinde bu zararların tazmin edilmesini sağlayacak uluslararası bir sistem oluşturmaktır. Bu doğrultuda sözleşmede, zarar ve tazminat esaslarına ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Sözleşme uyarınca, nükleer tesisin faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan tehlike ilkesine dayalı kusursuz sorumluluk anlayışı çerçevesinde nükleer tesis işleten gerçek veya tüzel kişiler sorumludur. Buna karşın, nükleer maddelerin taşınması nedeniyle doğacak zararlardan gönderenin sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Tazminat talebi kural olarak kazanın gerçekleştiği andan itibaren 10 yıllık bir süre ile sınırlanmıştır. Ancak can kayıplarına ilişkin tazminat taleplerinde süre 30 yıl olarak belirlenmiştir. Sözleşmenin ilk halinde sorumluluk sınırı yaklaşık 18 milyon Avro olarak belirlenmiş iken, 2004 yılındaki son protokolde sorumluluk sınırı 700 milyon Avroya çıkarılmıştır. Silahlı çatışma, iç savaş ve ciddi bir doğal afet yüzünden doğacak nükleer bir kazanın neden olduğu zararlar bakımından ise herhangi sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

2.7. Nükleer Zararlar Hakkında Hukuki Sorumluluğa İlişkin Sözleşme (Viyana Sözleşmesi)

1963 yılında kabul edilen ve kısaca Viyana Sözleşmesi olarak da bilenen Nükleer Zararlar Hakkında Hukuki Sorumluluğa İlişkin Sözleşme, Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın inisiyatifiyle hazırlanmış olup 1977 yılında yürürlüğe girmiş ve en son 1997 yılında revize edilmiştir.¹⁰ Ülkemizin henüz taraf olmadığı bu sözleşmeye, çoğunluğunu aralarında komşularımızdan Ermenistan ve Bulgaristan'ın da bulunduğu eski Doğu Bloğu ülkelerinin oluşturduğu 45 ülke taraftır.¹¹ Bu sözleşmenin temel amacı, bilhassa ekonomik açıdan zayıf olan ülkelere cazip gelecek tarzda evrensel bir atom sorumluluk rejiminin oluşturulmasıdır. Viyana Sözleşmesi, esasen Paris Sözleşmesi örnek alınarak oluşturulmuştur. Bu bakımdan, işletenin sorumluluğu, gönderenin sorumlulu-

¹⁰ Bu Sözleşme hakkında ayrıca bkz. *Korkusuz*, s. 63 vd.; *Kissich*, s. 72 vd.; *Beyerlin*, *Umweltvölkerrecht*, München 2000, N. 558 vd.

¹¹ http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/liability_status.pdf adresinden bu sözleşmeye taraf ülkeleri görmek mümkündür.

ğu, zamanaşımı süreleri ve kusursuz sorumluluk gibi hususlar Paris Sözleşmesi ile önemli ölçüde benzerlik göstermektedir. Sorumluluk miktarı ise, Viyana Sözleşmesi'ni Paris Sözleşmesi'nden ayıran en önemli noktadır. Nitekim Viyana Sözleşmesi'nin ilk halinde sorumluluğun asgari sınırı 5 milyon Dolar gibi oldukça düşük bir miktar olarak saptanmıştır. Bu miktar, 1997 revizyonu ile 300 milyon SDR'ye yani yaklaşık 450 milyon dolara yükseltilmiştir.

2.8. ESPOO Sözleşmesi

Kısaca ESPOO Sözleşmesi olarak adlandırılan Sınıraşan Çevresel Etki Değerlendirmesi Sözleşmesi, konumuz bağlamında temas edilmesi gereken diğer bir uluslararası sözleşmedir.¹² Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından sınıraşan boyuttaki çevresel etki değerlendirme (ÇED) uygulamalarına uluslararası bir hukuki dayanak oluşturmak için 1991 yılında kabul edilen bu sözleşme 1997 yılında yürürlüğe girmiştir. Ülkemizin henüz taraf olmadığı bu sözleşmeye, aralarında komşularımızdan Ermenistan, Yunanistan ve Bulgaristan'ın da bulunduğu 45 ülke taraftır. ESPOO Sözleşmesi'nin temel amacı, çevre hukukunun en önemli önleyici araçlarından biri olan ÇED'in sınıraşan çevresel etkileri olan projeler bakımından da uygulanmasını sağlamaktır. Bu bağlamda sözleşmenin 2. maddesinde, taraf devletlerin hayata geçirmeyi planladıkları faaliyetlerden önemli olumsuz sınıraşan çevresel etkilere sahip olanların bu etkilerinin kontrol edilmesi, azaltılması ve önlenmesi bakımından gerekli olan uygun ve etkili tüm tedbirleri alacağı öngörülmüştür. 2. maddede ayrıca, ilgili faaliyetin gerçekleştirileceği taraf devletin ÇED sürecinde kendi vatandaşlarına tanıdığı bilgi edinme ve kararlara katılım hakkını bu faaliyetten etkilenme olasılığı bulunan komşu devletin ilgili bölgesinde yaşayan bireylere de tanınmasını sağlayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla taraf devletler, halkın bilgilendirilmesi ve katılımı konularında ayrımcılık yapmadan gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır.

ESPOO Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan *kaynak taraf devlet* ve *etkilenen taraf devlet* tanımlarından hareketle sözleşmede öngörülen hükümlerin ancak

¹² Bu sözleşme ile ilgili olarak ayrıca bkz. *Budak*, YÜHFD 2005, C. 2, S. 2, s. 21 vd.; *Beylerlin*, N. 453 vd.

bu sözleşmeye taraf devletler arasında uygulanma olanağına sahip olduğu belirtilmelidir. Sözleşme uyarınca sınırışan ÇED uygulaması kapsamında etkilenen taraf devletin halkının bilgilendirilmesi ve katılımının sağlanacağı projelere ise, sözleşmenin EK-I’inde yer verilmiştir. Nükleer santraller, EK-I’de yer alan projeler arasında sayılmıştır. Diğer taraftan, EK-II’de ÇED belgelerinin muhtevası, EK-III’te EK-I’de listelenmemiş faaliyetlerin çevresel öneminin belirlenmesine ilişkin genel kriterler, EK-IV’te araştırma prosedürü, EK-V’de proje sonrası analiz, EK-VI’da iki ve çok taraflı işbirliği ve EK-VII’de tahkim konularında detaylı hükümlere yer verilmiştir. Sözleşmede öngörülen düzenlemeler ışığında, çevresel etkinin kaynağı olan devletlere yüklenen başlıca yükümlülükleri şu şekilde sıralamak mümkündür:¹³ EK-I’de yer alan projeleri hayata geçirmeden veya bunlara izin vermeden önce ÇED yapılmasını sağlamak; projeden etkilenen ülkelerin talebi üzerine bu projenin önemli sınırışan etkileri olup olmadığı konusunu açıklığa kavuşturmak için projeden etkilenen ülke ile müzakereler yapmak; projeden etkilenen ülkenin halkına ÇED sürecine katılım olanağını tanımak; projeden etkilenen ülkeyi mümkün olduğunca erken bir aşamada proje hakkında bilgilendirmek ve bu ülkeye görüşlerini bildirmesi için makul bir süre ve imkân tanımak; projeden etkilenen ülkeyi değerlendirme süreci, proje ve olası önemli sınırışan çevresel etkiler konusunda bilgilendirmek; projeden etkilenen ülkenin halkına proje ile ilgili görüşlerini ifade etme imkânı tanımak; muhtemel sınırışan etkiler ve bu etkilerin en aza indirilmesi konusunda etkilenen ülke ile görüşmede bulunmak; proje ile ilgili nihai kararın verilmesi sürecinde etkilenen ülkenin görüşlerinin de dikkate alınmasını sağlamak; nihai karar verildikten sonraki evrede projenin sınırışan çevresel etkileri ile ortaya çıkabilecek her türlü yeni bilgiyi projeden etkilenen ülkeye iletmek; etkilenen ülkenin projenin sınırışan etkilerinin önemli olduğu görüşünde olması durumunda bu etkilerin ortadan kaldırılması veya azaltılması için alınabilecek tedbirler hakkında bu ülke ile görüşmek. Tüm bu açıklamalardan hareketle, ESPOO Sözleşmesi’nin ciddi nitelikte sınırışan çevresel etkiler doğurabilecek projelerin gerek onay gerekse yürütülmesi aşamasında etkilenen komşu ülkelere önemli bazı olanaklar tanıdığı belirtilmelidir.

¹³ Budak, YÜHFD 2005, C. 2, S. 2, s. 31 vd.

2.9. Ara Değerlendirme

Nükleer santrallere ilişkin hükümler barındıran uluslararası sözleşmeler bağlamında yaptığımız açıklamalar, doğrudan sınır bölgelerinde kurulan santraller konusunda düzenlemeler içeren uluslararası bir sözleşmenin henüz mevcut olmadığını göstermektedir. Bunun yerine, nükleer santraller bağlamında önem arz eden değişik hususlar farklı uluslararası sözleşmelerde ele alınmıştır. Örneğin Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı Statüsü'nde ajansa nükleer güvenliğe ilişkin uluslararası standartların belirlenmesi yetkisi verilmiş iken, Nükleer Güvenlik Sözleşmesi'nde nükleer bir tesisin kurulmasından önce her taraf devletin bu tesisin civarında bulunan ve bu tesisten etkilenmesi muhtemel komşu taraf devletlerle müzakere edeceği ve bu tesisin o devletlerin toprakları üzerindeki olası güvenlik etkilerinin değerlendirmesini yapma amacıyla bu devletlere gerekli bilgileri sağlayacağı öngörülmüştür. Ancak bu düzenlemeler gerekli açıklık ve bağlayıcılıktan yoksun oldukları gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bunların haricinde, nükleer kaza veya acil durumlarda bildirim ve yardımlaşma ve nükleer bir tesisin işletimi nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini konusunda hükümler içeren uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır. Sınır bölgelerinde bulunan nükleer tesisler açısından uygulanabilecek düzenlemelere yer veren uluslararası sözleşmelerden biri de ESPOO Sözleşmesi'dir. Gerek kurulum gerekse işletim aşamasında ilgili tesisin çevresel etkilerine maruz kalabilecek komşu ülkelere tanınan bilgilendirme, katılma ve müzakere olanaklarının bu bağlamda fevkalade önem taşıdığı ifade edilmelidir. Uluslararası sözleşmelerde yer verilen hükümler bağlamında dikkat çeken diğer bir nokta, devletlerin topraklarında kuracağı nükleer santrallerin yerini belirleme konusundaki kararlarını sınırlayacak uluslararası düzenlemelere rastlamanın pek olanaklı olmadığıdır. Bunun yerine, ilgili tesisten etkilenmesi muhtemel ülkelere yalnızca bilgilendirme, katılım ve müzakere gibi konularda birtakım olanakların sağlandığı görülmektedir. Bu noktada, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan devletlerin egemenliği ve eşitliği ilkesinin öne çıktığı belirtilmelidir.¹⁴ Uluslararası sözleşmelerde yer verilen muğlak ve bağlayıcılıktan

¹⁴ Bu ilke konusunda bkz. *Doğan*, Devletler Hukuku, Ankara 2008, s. 123 vd.

uzak ifadeler de, esasen dünyanın büyük nükleer gücü konumundaki devletlerle bu konudaki ulusal yetkilerini paylaşmak istemediklerine işaret etmektedir.

3. Uluslararası Teamül Hukuku

3.1. Genel Açıklamalar

Uluslararası hukukun yazılı olmayan kaynaklarından olan uluslararası teamül (örf-adet), uluslararası hukuk sükülerinin tutum ve davranışları sonucu birlikte oluşturdukları uluslararası hukuk kuralları bütünüdür.¹⁵ Bir uluslararası teamül hukuku kuralından söz edebilmek için kural olarak iki şartın varlığı aranır. Objektif unsur olarak da adlandırılan maddi unsur, uluslararası teamül hukukunda bir kuralın oluşabilmesi için devletlerin aynı durumlarda örnek teşkil eden aynı davranış ve tutumlarını tekrarlaması (genel ve sürekli uygulama) sonucu meydana gelmektedir. Psikolojik unsur olarak da adlandırılan manevi unsur ise, belirli bir olay karşısında belli bir şekilde davranmanın hukukun gereği olarak zorunlu olduğu konusunda bir inancı tanımlamaktadır. Daha önce de işaret ettiğimiz üzere, uluslararası teamül hukuku uluslararası antlaşmaların aksine yalnızca taraf devletler için değil tüm devletler için geçerlidir. Ancak, söz konusu teamül hukuku kuralının geçerliliğine bir devletçe sürekli bir biçimde itiraz edildiği durumlarda ilgili devletin bu kural ile bağılı olmadığı sonucuna varılabilir. Sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller bağlamında, bilhassa üç uluslararası teamül hukuku kuralı gündeme gelmektedir. Bunlar, ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağı, ihtiyat ilkesi ve işbirliği yükümlülükleridir.

3.2. Ciddi Nitelikteki Sınıraşan Çevresel Kirliliklere Neden Olma Yasağı

Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağı, çevrenin korunmasına ilişkin uluslararası teamül hukuku kurallarının en önemlilerinden biridir.¹⁶ Bu kural genel olarak, devletlerin kendi topraklarında ciddi nitelikte

¹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. *Pazarıcı*, Uluslararası Hukuk, 3.Bası, Ankara 2005, s. 104 vd.; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 10. Auflage, München 2011, s. 131 vd.; *Bozkurt/Kütükçü/Poyraz*, *Devletler Hukuku*, 4. baskı, Ankara 2004, s. 73 vd.

¹⁶ Bu konuda ayrıca bkz. *Epiney*, AVR 1995, s. 309 vd.; *Güneş*, İÜHF 2012, S. 1, s. 98 vd.; *Beyerlin*, N. 116 vd.; *Kloepfer/Kohler*, *Kernkraftwerk und Staatsgrenze*, Berlin 1981, s. 29 vd.

sınıraşan çevresel zararlara neden olabilecek faaliyetleri yürütmekten ve bunlara onay vermekten kaçınmasını öngörmektedir. Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağı, uluslararası hukukunun iki temel ilkesi olan ülkesel egemenlik ve ülkesel bütünlük ilkeleri arasında makul bir denge kurma düşüncesine dayanmaktadır.¹⁷ Bu ilkelere ilki devletlerin topraklarında uygun gördükleri tüm faaliyetleri yürütme hakkına sahip olduğunu ifade ederken, ikincisi devletlerin kendi topraklarını başka devletlerin ülkesinde zarara neden olacak tarzda kullanmamasını öngörmektedir. Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağının çıkış noktasını ise, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 74. maddesinde yer alan iyi komşuluk ilkesi oluşturmaktadır. İyi komşuluk ilkesinin bir gereği olarak devletler, uluslararası hukuka ilişkin bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça başka bir devletin ülkesinde ciddi nitelikte çevresel zararlar ortaya çıkarma ihtimali bulunan faaliyetleri gerçekleştirilmemeli, teşvik etmemeli ve bunlara izin vermekten kaçınmalıdır. Bu yasak ayrıca, Stockholm Bildirgesi'nin 21. ilkesi ve Rio Bildirgesi'nin 2. ilkesi ile de örtüşmektedir.

Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağından yargısal bir kararda söz edilmesi, ilk defa 1941 yılında ABD ve Kanada arasındaki Trail-Smelter uyuşmazlığında verilen kararla gerçekleşmiştir. İyi komşuluk ilkesinden hareket eden hakem mahkemesi, Kanada sınırları dâhilinde faaliyet yürüten özel bir işletme olan Trail-Smelter'in maden eritme tesisinden çıkan dumanların ABD topraklarında neden olduğu çevresel zararlardan dolayı Kanada'yı oluşan zararları tazmine mahkûm etmiştir. İlgili mahkeme verdiği kararda, hiçbir devletin başka bir devletin ülkesinin veya burada bulunan kişilerin ve malların zarar görmesine neden olacak tarzda kendi topraklarını kullanamayacağı ve kullanılmasına izin veremeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu yasağın işlerlik kazanmasını zararın ciddi olmasının yanı sıra açık ve inandırıcı kanıtlarla ispatlanması şartlarına bağlamıştır. Trail-Smelter uyuşmazlığının çözümünde dile getirilen düşünceler, Fransa ve İspanya arasındaki Lanoux Gölü uyuşmazlığını çözmekle görevlendirilen hakem mahkemesi ta-

¹⁷ *Epiney*, AVR 1995, s. 327 vd. Bu konuda ayrıca bkz. *Pazarıcı*, s. 153 vd.; *von Arnould*, Klausurenkurs im Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2012, N. 332 vd.

rafından da benimsenmiştir. Verdiği kararda mahkeme, bir devletin ülkesine giren suların komşu devletçe kirletilmesi halinde kirliliğe neden olan devletin sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmiştir. Buna benzer birçok karar, ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağının uluslararası teamül hukukunun esaslı bir kuralı haline gelişini hızlandırmıştır.

Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağının uygulanabilmesi için hangi şartların gerekli olduğu konusunda bir uzlaşının varlığından söz etmek zor görünse de, bu konuda genel olarak üç koşulun arandığını belirtmek gerekir.¹⁸ Sınıraşan çevresel bir zarar mevcut olmalı, söz konusu çevresel zarar insan davranışları sonucu ortaya çıkmış olmalı ve son olarak bu çevresel zarar ciddi nitelik taşımalıdır. Öncelikle geniş kapsamlı bir çevre tanımından hareketle, canlı, cansız, doğal, yapay veya kültürel çevreye yönelik tüm zararların bu yasak kapsamında ele alınması gerekir.¹⁹ Canlı çevrenin bir unsuru olması nedeniyle insanoğluna yönelmiş zararlar da bu yasağın kapsamındadır. Bunun dışında somut ölçütlerin bulunmaması nedeniyle bilhassa çevresel zararın ciddiyetinin tespiti konusunda uygulamada bazı sorunların yaşandığı belirtilmelidir. Ancak zararların ciddiyetinin tespitinde söz konusu zararın türü, ne kadar sürdüğü, etkili olduğu alan, giderilmesinin mümkün olup olmaması ve giderilmenin mümkün olduğu durumlarda bunun maliyeti gibi hususların göz önünde bulundurulması faydalı görünmektedir.²⁰ Bunun haricinde genel kabul, bu yasak bağlamında özen yükümlüğünün ihlali veya tehlike sorumluluğu esasına dayanan kusursuz bir sorumluluk durumunun söz konusu olduğudur. Özellikle nükleer santrallerin işletilmesi gibi yüksek düzeyde tehlikeli faaliyetler (*ultra hazardous activities*) bakımından, kusurun aranmayacağı bir objektif sorumluluk anlayışının benimsenmesi son derece önemlidir. Ortaya çıkan çevresel zararların bu zararlara kaynaklık eden faaliyetin yürütüldüğü devletçe tazmin edilmesi ise, ciddi nitelikteki sınıraşan çev-

¹⁸ Karş. Güneş, İÜHF 2012, S. 1, s. 100; Kloepfer, Umweltrecht, 3. Auflage, München 2004, § 9, N. 28 vd.; Beylerlin, N. 118 vd.; Ipsen, § 58 N. 45 vd.; Buck/Verheyen, Umweltvölkerrecht, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Umweltrecht, 3. Auflage, München 2010, N. 32; Gündling, ZaöRV 1985, s. 276 vd.

¹⁹ Epiney, AVR 1995, s. 334.

²⁰ Güneş, İÜHF 2012, S. 1, s. 100; Faßbender, ZUR 2012, s. 271; Epiney, AVR 1995, s. 333.

resel kirliliklere neden olma yasağının ihlali halinde doğacak hukuki neticedir. Gözden kaçırılmaması gereken diğer bir husus, ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağının bastırıcılığın yanı sıra önleyici niteliğe de sahip olduğudur.²¹ Bu bakımdan, bu yasağın devletleri ortaya çıkan çevresel zararların tazmininin yanında henüz ortaya çıkmadan zararların önlenmesi için gerekli tedbirleri almakla da yükümlü kıldığı belirtilmelidir.

Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağı, sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller konusunda fevkalade önem taşıyan bir ilkedir. Dikkat çekilmesi gereken ilk nokta, yüksek düzeyde tehlikeli faaliyetler (*ultra hazardous activities*) niteliğinde olduğundan dolayı nükleer santrallerin çevresel etki doğurabilecek diğer faaliyetlerden daha katı ölçütlerle değerlendirilmesi gerektiğidir. Nükleer bir kaza veya sızıntı durumunda, ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağı gereği komşu ülkenin topraklarında ortaya çıkan zararların söz konusu nükleer santralin bulunduğu ülke tarafından tazmin edilmesi gerekecektir. Nükleer faaliyetlerin yüksek düzeyde tehlikelilik niteliği ise, ortaya çıkan zararın tazmininin kusur şartına bağlanması yerine tehlike sorumluluğu esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesini gerekli kılmaktadır.²² Dolayısıyla çevresel zarar ve bu zarara neden olan eylem veya ihmâl arasında uygun bir illiyet bağının tespiti ilgili zararın tazmin borcunun doğması için yeterlidir.

Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağının bastırıcı önlemlerin yanı sıra önleyici nitelikteki tüm tedbirlerin de alınmasını gerekli kıldığı düşünüldüğünde, nükleer santralin bulunduğu ülkenin bu santralden bir zararın ortaya çıkmasını engelleyecek tüm tedbirleri alması gerektiği sonucuna kolayca erişmek mümkündür. Birçok uluslararası antlaşma ve bildirgede yer almanın yanı sıra uluslararası hukuk uygulamasında da sıkça rastlanan önleyici tedbirlerin alınma yükümlülüğü, günümüzde artık bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul görmektedir.²³ Bu noktada, nükleer

²¹ *Faßbender*, ZUR 2012, s. 2728; *Epiney*, AVR 1995, s. 329.

²² *Faßbender*, ZUR 2012, s. 271; *Hummer*, ZÖR 2008, s. 509; *von Arnould*, Völkerrecht, Heidelberg 2012, N. 886.

²³ *Epiney*, AVR 1995, s. 329; *Faßbender*, ZUR 2012, s. 271; *Handl*, Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und völkerrechtlicher Schutzanspruch, Berlin 1992, s. 16.

santrallerden sınıraşan zararların ortaya çıkmasını engellemeye yönelik olarak hangi önleyici tedbirlerin alınmasının talep edilebileceği sorusu akla gelmektedir. Zararın ortaya çıkışının engellenmesi bağlamında seçilecek yöntem ve tekniğin yatırımcının takdirine bırakılmayarak bu konuda bazı zorunluluklara riayet edilmesi gerektiği düşüncesi, nükleer tesislerde mevcut en iyi teknolojinin (*best available technology*) kullanılmasına ilişkin bir yükümlülüğü gerekli kılmaktadır.²⁴ Başta mevcut en iyi teknoloji olmak üzere belli bazı yöntem ve tekniklerin kullanılmasını öngören hükümlere birçok uluslararası antlaşmada rastlamak mümkündür. Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın güvenlik standartlarında da mevcut en iyi teknoloji kavramının sıkça kullanıldığı dikkat çekmektedir. Bu bakımdan, sınır bölgelerinde bulunan nükleer santrallere ilişkin olarak komşu devletlerin sınıraşan zararların ortaya çıkmasına engel olmaya yönelik tedbirlerin yürütülmesinde mevcut en iyi teknolojinin kullanılması talebinde bulunabileceği ifade edilmelidir. Nükleer bir kaza veya sızıntı durumunda ortaya çıkacak zararın boyut ve etkilerinin ciddiyeti ise, bu tür bir talebin hukuki dayanağını oluşturmaktadır.

Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağı bağlamında cevaplanması gereken diğer bir soru, bu yasağa dayanılarak sınır bölgelerinde nükleer santrallerin kurulum veya işletilmesinin tümünden engellenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde azınlıkta kalan görüş, bu soruya olumlu yanıt vermektedir.²⁵ Bir kaza veya sızıntı durumunda komşu ülkenin topraklarının en ağır zararlara maruz kalmasının engellenmesinin mümkün olmaması, bu görüş mensupları tarafından ileri sürülen hususlardan biridir. Bunun dışında, yüksek düzeyde tehlikeli faaliyetler arasında yer almasından hareketle, nükleer tesislerin kaza veya sızıntı durumunda neden olacağı zararların ciddi ve olağandışı olmasının uluslararası hukuk bağlamında bir kaçınma yükümlülüğü doğurduğu belirtilmiştir. Bu tür bir yükümlülüğün komşu devletlerin güvenliği tehlikeye atılacak tarzda ihlal edilmesinin ise uluslararası hukukun çiğnenmesi anlamına geleceği iddia edilmiştir. Fukuşima kazasından

²⁴ Bu konuda ayrıca bkz. *Kloepfer/Kohler*, s. 47 vd.; *Faßbender*, ZUR 2012, s. 272 vd.; *Handl*, s. 51 vd.

²⁵ Bkz. *Randelzhofer/Simma*, Das Kernkraftwerk an der Grenze, in: *Festschrift für Berber*, München 1973, s. 414 vd.; *Hummer*, ZÖR 2008, s. 509 vd.

kısa bir süre sonra Uluslararası Adalet Divanı'nın eski başkanlarından Christopher Weeramantry tarafından bütün devletlerin çevre bakanlarına yazılan açık mektupta da benzer şekilde nükleer santrallerin işletilmeye devam edilmesinin ve bunların çoğalmasının uluslararası hukukun genel ilkelerini ihlal ettiği ileri sürülmüştür.²⁶

Bununla birlikte, ciddi nitelikteki sınırışan çevresel kirliliklere neden olma yasağının sınır bölgelerinde nükleer santrallerin kurulması ve işletilmesine engel teşkil ettiğine ilişkin görüşün gerçekte ikna edici olmadığı ifade edilmelidir.²⁷ Öncelikle belirtmek gerekir ki, sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller komşu ülkeler bakımından somut çevresel bir zarara neden olmaktan ziyade bir tehdit oluşturmaktadır. Kurulum veya işletimlerinin komşu devletlerin toprakları üzerinde ortaya çıkardığı ciddi ve olağan dışı tehdit nedeniyle nükleer santrallerin otomatikman ciddi nitelikteki sınırışan çevresel kirliliklere neden olma yasağı kapsamında engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bunun yerine somut koşullardan hareketle, depremsel güvenlik, kaza veya sızıntı halinde alınacak tedbirler, kullanılan teknoloji, kurulum yerinin yerleşim bölgelerine uzaklığı ve santralin sınıra uzaklığı gibi kriterlerden hareketle tehdit düzeyinin saptanması gerekir. Söz konusu zararın gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu hallerde, ilgili nükleer santralin kurulum ve işletiminin komşu devletçe engellenebileceği düşünülebilir. Ancak, bu tarz durumlarda ilgili devletlere santralleri engelleme yetkisi tanıyan uluslararası bir teamül hukuku kuralından bahsetmek henüz mümkün değildir.²⁸ Zira bu konuda uluslararası teamül hukukunun ortaya çıkması için gerekli olan maddi unsur ile manevi unsur henüz oluşmamıştır. Bu tür uyuşmazlıkların ilgili devletlerce daha ziyade istişareler ve aktif işbirliği ile çözüldüğü görülmektedir.²⁹

²⁶ http://www.bicc.de/uploads/tx_bicctools/Bulletin55.pdf adresinden bu mektuba erişmek mümkündür.

²⁷ Bu konuda bkz. *Faßbender*, ZUR 2012, s. 271 vd.; *Epiney*, AVR 1995, s. 3242 vd.; *Handl*, s. 23 vd.; *Gündling*, ZaöRV 1985, s. 283 vd.; *Kloepfer/Kohler*, s. 188 vd.; *Odendahl*, Die Umweltpflichtigkeit der Souveränität, Berlin 1998, s. 124 vd.

²⁸ *Faßbender*, ZUR 2012, s. 272; *von Arnould*, Klausurenkurs im Völkerrecht, N. 331; *Simma/Handl*, Die völkerrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Auswirkungen von Kernkraftwerken, Wien 1987, s. 65.

²⁹ *Faßbender*, ZUR 2012, s. 272; *Handl*, s. 23 vd.; *Geistlinger*, Völkerrechtliche Möglichkeiten Österreichs zur Verhinderung des Kernkraftwerkes Temelín, Salzburg 2003, s. 3 vd.

Bunun yanı sıra, sınır bölgelerinde nükleer santrallerin kurulum ve işletimine ilişkin genel bir yasağın Avusturya, İsviçre, Çek Cumhuriyeti veya Slovakya gibi geniş topraklara sahip olmayan ülkelerde nükleer santral projelerinin hayata geçirilmesini neredeyse olanaksız kılacağı belirtilmelidir.³⁰ Diğer taraftan, nükleer kaza ve acil durumlarda bildirim ve yardımlaşma konusundaki iki uluslararası antlaşmaya günümüzde 100'den fazla devletin herhangi bir çekince ileri sürmeden taraf olması da, dünyadaki devletlerin büyük çoğunluğunun nükleer santrallerin komşu ülkeler üzerinde ortaya çıkardığı tehditlerin bilincinde olduğunu ve bu tehditleri en azından kabullendiğini göstermektedir.³¹

3.3. İhtiyat İlkesi

İhtiyat ilkesi, sınır bölgelerinde bulunan nükleer santrallerle ilgili olarak temas edilmesi gereken diğer bir başlıktır. Bu bağlamda üstlenebileceği işleve geçmeden önce bu ilkenin içeriği konusunda bazı açıklamalara yer vermek yararlı olacaktır. Çevre hukukunun temel ilkelerinden biri olarak ulusal, bölgesel ve uluslararası birçok hukuki metinde yer alan ihtiyat ilkesi, bir faaliyet veya bir maddenin çevre açısından olumsuz etkiler doğuracağı hususunda ciddi bir şüphenin var olması halinde bilimsel bir kanıtın ortaya çıkışı beklenmeden önleyici tedbirlerin alınmasını öngörmektedir.³² Çevrenin korunması dışında gıda güvenliği, kamu sağlığı ve iş güvenliği gibi birçok alanda uygulanma kabiliyetine sahip olan ihtiyat ilkesinin ortaya çıkmasını sağlayan en önemli etken belirsizlik olgusudur. İhtiyat ilkesi, esasen bilimsel belirsizliğin söz konusu olduğu hallerde devreye girmekte ve bilimsel belirsizlik durumlarında da önleyici tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. İhtiyat ilkesi, bir bakıma bilimsel belirsizlik olgusunun çevreyi korumak için girişimlerde bulunmamanın bir gerekçesi olarak kullanılmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Düşük veya belirsiz zarar olasılıklarını ifade eden risk kavramı ise, ihtiyat ilkesinin uygulama alanının saptanması bakımından belirleyici bir role sahiptir. Özellikle çevre ve insan sağlığı bakımından ciddi riskler içeren nükleer faaliyetler,

³⁰ von Arnould, Völkerrecht, N. 884.

³¹ Faßbender, ZUR 2012, s. 272; von Arnould, Klausurenkurs im Völkerrecht, N. 331.

³² İhtiyat ilkesi konusunda ayrıca bkz. Güneş, Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, Ankara 2012, s. 21 vd.

bu bağlamda ihtiyat ilkesinin uygulanabileceği temel alanlardandır. Bunun haricinde, ihtiyat ilkesinin uygulamaya aktarılmasına yönelik farklı araç ve yöntemlerin bulunduğu ifade edilmelidir.³³ Yasaklama, mevcut en iyi teknolojinin kullanılması, izin ve karar sistemlerinde değişiklik, çevresel etki değerlendirilmesi, bildirim ve bilgilendirme yükümlülükleri, halkın katılımı ve planlama bu araç ve yöntemlere örnek oluşturmaktadır.

Birçok ülkenin ulusal mevzuatında ihtiyat ilkesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere rastlamak mümkündür. İhtiyat ilkesinin Avrupa Birliği hukukunda da hukuken bağlayıcı bir ilke olarak düzenlendiği dikkat çekmektedir. Bununla birlikte, ihtiyat ilkesinin uluslararası hukuktaki niteliği ve içeriği hakkındaki tartışmaların halen devam ettiği belirtilmelidir.³⁴ Bu tartışmaların en önemli noktası, ihtiyatın bir ilke mi yoksa bir yaklaşım olarak mı ele alınması gerektiğidir. İçerik ve uygulaması konusunda üzerinde tüm devletlerin henüz bir uzlaşma sağlamadığını savunan kesimler, ihtiyatın hukuki bağlayıcılığı olmayan yol gösterici rehber bir düstur işlevine sahip olduğunu ileri sürmektedir. Ancak genel kabul, birçok ulusal, ulusüstü ve uluslararası düzenlemede yer verilen ihtiyatın uluslararası çevre hukukunun genel ilkelerinden biri olduğudur. Ayrıca ihtiyat ilkesi ile ilgili hükümler barındıran uluslararası hukuk metinlerinden yola çıkarak ihtiyat ilkesinin uluslararası hukuk bakımından geçerli olan asgari bir içeriğinin saptanmasının da mümkün olduğunu belirtmeliyiz. Bilimsel belirsizlik, çevresel bir zararın gerçekleştirme potansiyeli ve tedbir alma yükümlülüğü, bu bağlamda ihtiyat ilkesini oluşturan üç öğedir. Diğer bir tartışma ihtiyat ilkesinin uluslararası hukuktaki niteliği konusunda ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, ihtiyat ilkesinin uluslararası bir teamül hukuku kuralı olarak mı yoksa hukukun genel bir ilkesi olarak mı ele alınması gerektiği tartışılmıştır.³⁵ İhtiyat ilkesinin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin c) bendinde belirtilen hukukun genel ilkeleri kapsamında ele alınması gerektiğini ileri süren kesimlerin dayandığı temel argüman, uluslararası alanda bir teamül hukuku kuralı olarak nitelenebilmek için gerekli olan maddi unsur ile manevi

³³ Bu konuda bkz. *Güneş*, s. 78 vd.

³⁴ Bu konuda daha detaylı olarak bkz. *Güneş*, s. 179 vd.

³⁵ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bkz. *Güneş*, s. 199 vd.

unsurun bu ilke bakımından gerçekleşmesinin henüz söz konusu olmadığıdır. Bununla birlikte, ağırlıklı olarak benimsenen görüş ihtiyat ilkesinin uluslararası hukukta bir teamül kuralı olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Zira uluslararası düzeydeki gelişmeler, uluslararası bir teamülün oluşumu bakımından gerekli koşullar olan süreklilik, yaygınlık ve tekdüze uygulama ile bir kurala uyulması yönünde genel ve yaygın hukuki kanaatin ihtiyat ilkesi bakımından mevcut olduğunu göstermektedir.

Uluslararası bir teamül kuralı olarak kabul, ihtiyat ilkesinin tüm devletler için bağlayıcı bir kural olduğu anlamına gelmektedir. Ancak ihtiyat ilkesinin geçerliliğine bir devletçe sürekli bir biçimde itiraz edildiği durumlarda ilgili devletin bu ilke ile bağlı olmadığı sonucuna varılmalıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, yüksek riskli faaliyetler arasında yer aldığından dolayı nükleer santraller ihtiyat ilkesinin geniş bir uygulama olanağı bulacağı alanlardan biridir. İhtiyat ilkesinin uygulanmasına yönelik araç ve yöntemlerin çeşitliliği ise, bu ilkenin sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller bakımından farklı biçimlerde uygulanabileceğini göstermektedir.³⁶ Öncelikle belirtmek gerekir ki, çevresel bir zararın ortaya çıkma ihtimalinin çok yüksek olduğu yani oldukça yüksek düzeyde bir riskin söz konusu olduğu hallerde komşu devletin ihtiyat ilkesine dayanarak ilgili nükleer santralin kurulum veya işletiminin menedilmesini talep edebileceği belirtilmelidir. Aynı şekilde nükleer riske maruz kalan komşu devletin ihtiyat ilkesine dayanarak ilgili santrallerde mevcut en iyi teknolojinin gerektirdiği önleyici tedbirlerin alınmasını talep etmesi mümkün görünmektedir. Sınır bölgesinde kurulması planlanan bir nükleer tesise izin verilmeden önce çevresel etki değerlendirmesinin yürütülmesi de ihtiyat ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayacaktır. İhtiyat ilkesi, ayrıca sınır bölgesinde kurulması düşünülen bir nükleer tesisin onay sürecinde bu tesisten etkilenebilecek komşu ülkenin ahalisinin de bu sürece katılımın gerekli kılmaktadır. Keza nükleer tesiste gerçekleştirilecek değişiklikler veya tesisteki arıza ve sızıntılar hakkında komşu ülkenin ilgili makamları ve ahalisinin bilgilendirilme-

³⁶ Bu konuda bkz. *Geistlinger*, s. 19 vd.; *Faßbender*, ZUR 2012, s. 273; *Epiney/Scheyli*, Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, Baden-Baden 1998, s. 94 vd.; *Hummer*, ZÖR 2008, s. 511; *Handl*, s. 49 vd.

si ve bu konuda gerekli bildirimlerin yapılması da ihtiyat ilkesinin uygulamaya aktarılmasına yöneliktir.

3.4. İşbirliği Yükümlülüğü

İşbirliği yükümlülüğü, özellikle çevrenin korunması bağlamında öne çıkan diğer bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.³⁷ İşbirliği yükümlülüğü, esasen ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağının doğurduğu kapsamlı uluslararası mükellefiyetleri tanımlamaktadır. Usuli nitelikteki önleyici yükümlülükler ise, işbirliği yükümlülüğünün kapsamına giren mükellefiyetlerin en önemlilerindedir. Usuli nitelikteki önleyici yükümlülükler genel olarak, bilgilendirme, bildirim ve istişare yükümlülüklerini kapsamaktadır. Buna göre devletler, kendi topraklarında yürütülen bir faaliyetin ciddi çevresel etkiler doğurabileceği hallerde komşu devletleri bu konuda bilgilendirmek, acil durumlarda uyararak ve gerekli hallerde bu devletlere danışarak mükelleftir. Usuli nitelikteki önleyici yükümlülükler bu noktada, ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağı ile ihtiyat ilkesini birbirine bağlamaktadır. Günümüzde artık bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelen sınıraşan etkiler doğurabilecek projelerin hayata geçirilmesinden önce ÇED yürütülmesi de, usuli nitelikteki önleyici yükümlülükler kapsamında ele alınmalıdır.³⁸ Bilgilendirme ve bildirim yükümlülüklerinde önemli çevresel etkiler doğurabilecek bir faaliyete ilişkin bazı hususların komşu devlete çoğunlukla tek taraflı olarak iletilmesi söz konusu iken, istişare yükümlülüğünün iki taraflı bir süreç olarak yürütülmesi gerekmektedir. İstişare yükümlülüğü bu bağlamda, ilgili faaliyetten etkilenmesi muhtemel devletin karar alım sürecine etki etmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır. İstişareler bir bakıma, komşu devlet tarafından ileri sürülen hususların ilgili faaliyete ilişkin karar alma sürecine dâhil edilmesi amacına yöneliktir. Bununla birlikte, yürütülen istişareler kapsamında komşu devletçe dile getirilen hususların alınan kararda dikkate alınmasına ilişkin bir zorunluluktan söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, istişare kapsamında alınan görüşlerin karar alım sürecinde dikkate alınması karar verici devletin takdirine bırakılmıştır.

³⁷ Bu konuda ayrıca bkz. *Epiney*, JuS 2003, s. 1070 vd.; *Kloepfer/Kohler*, s. 47 vd.; *Buck/Verheyen*, N. 33; *Handl*, s. 49 vd.; *von Arnould*, Völkerrecht, N. 885.

³⁸ *Epiney*, JuS 2003, s. 1070; *Güneş*, İÜHFM 2012, S. 1, s. 101.

İşbirliği yükümlülüğünün uluslararası bir teamül olarak kabulü, sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller bağlamında önemli bazı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel etkileri olan faaliyetlerin gerçekleştirilmesinden önce ÇED'in yürütülmesine ilişkin bir uluslararası teamül kuralı nükleer tesisler gibi tehlikeli faaliyetlerin hayata geçirilmesinden önce çevresel etkilerin kapsamlı bir şekilde saptanması ve bu etkilerin ilgili devletler tarafından tartışılması bağlamında fevkalade önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra ÇED, söz konusu faaliyetlerden etkilenmesi muhtemel komşu devletlerin yetkili makamları ile halkının bilgilendirilmesini ve karar alım sürecine katılımını mümkün kılacaktır. İşbirliği yükümlülüğünün sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller bağlamında doğuracağı diğer bir netice, bu tesislerden kaynaklanabilecek çevresel etkiler konusunda komşu devletin bilgilendirilmesidir. Böylelikle komşu devlet, karşı karşıya olduğu çevresel risklerden haberdar olacak ve bunlara karşı gerekli tedbirleri alma imkânı elde edecektir. Komşu devletin ilgili nükleer santralin kurulum ve işletimine ilişkin temel konularda da bilgilendirilmesi gerekmektedir. Nükleer santrallerde gerçekleştirilen esaslı değişikliklerin söz konusu olduğu hallerde de komşu devletin zaman geçirmeksizin bilgilendirilmesi gerekir. Komşu devletin ayrıca ilgili nükleer santralde alınan güvenlik tedbirleri konusunda da bilgilendirilmesi gerekir. Bildirim yükümlülüğü ise, bilhassa kaza ve acil durumlarda komşu devletin ilgili durumdan mümkün olduğunca süratli bir şekilde haberdar edilmesine yöneliktir. Bunun dışında, istişare yükümlülüklerinin de sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller bağlamında önem taşıdığı ifade edilmelidir. Özellikle ilgili nükleer santrallere kurulum ve işletim izninin verilmesinden önce komşu devletlerin bu konudaki görüşünün alınması son derece önemlidir. Aynı şekilde komşu devletin söz konusu santralin çevresel etkilerine maruz kalabilecek ahalisinin de görüşünün alınması için çaba sarf edilmelidir. Komşu devletin yetkili makamları ve ilgili ahalisinin görüşlerinin alınması suretiyle nükleer santrale ilişkin kararın daha sağlıklı alınması mümkün olacaktır.

4. Sonuç

Sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller, günümüzde birçok ülkeyi yakından ilgilendiren güncel bir sorundur. Farklı uluslararası antlaşmalarda bu konuya ilişkin birtakım hükümlere rastlamak mümkün ise de, bu düzenlemelerin genel olarak soyut ve bağlayıcılıktan uzak olduğu ifade edilmelidir. Somut ve hukuki açıdan bağlayıcı düzenlemelerin öngörülmemesi ise, dünyanın büyük atom gücü olan devletlerin bu konudaki yetkilerini paylaşmak istememesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, ESPOO Sözleşmesi'nin sınır bölgelerinde bulunan nükleer santraller bakımından önemli bazı düzenlemeler içerdiği belirtilmelidir. Uluslararası hukukun yazılı olmayan kaynakları arasında yer alan teamül hukuku da sınır bölgelerinde bulunan santraller açısından önem taşımaktadır. Hatta bu konudaki uluslararası teamül hukuku kurallarının uluslararası antlaşmalarda öngörülen düzenlemelerden daha etkili olduğunu ifade etmeliyiz. Ciddi nitelikteki sınıraşan çevresel kirliliklere neden olma yasağı, ihtiyat ilkesi ve işbirliği yükümlülükleri bu bağlamda gündeme gelebilecek uluslararası teamül hukuku kurallarına örnek oluşturmaktadır. Sınır bölgelerinde nükleer tesislerin kurulması ve işletilmesine ilişkin genel bir yasaktan söz etmek ise henüz mümkün değildir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Beyrlin, Ulrich: Umweltvölkerrecht, München 2000

Bozkurt, Enver/ Kütükçü, Akif/ Poyraz, Yasin: Devletler Hukuku, 4. baskı, Ankara 2004

Buck, Matthias/ Verheyen, Roda: Umweltvölkerrecht, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Umweltrecht, 3. Auflage, München 2010

Budak, Sevim: Sınırotesi Çevresel Etki Değerlendirmesi (ESPOO) Sözleşmesi, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, C. 2, S. 2, s. 21 vd.

Doğan, İlyas: Devletler Hukuku, Ankara 2008

Epiney, Astrid: Zur Einführung Umweltvölkerrecht, JuS 2003, s. 1066 vd.

Epiney, Astrid/ Scheyli, Martin: Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts, Baden-Baden 1998

Epiney, Astrid: Das “Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen”: Relikt oder konkretisierungsfähige Grundnorm?, Archiv des Völkerrechts 1995, s. 309 vd

Faßbender, Kurt: Atomkraftwerke aus umweltvölker- und nachbarrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Umweltrecht 2012, s. 267 vd.

Geistlinger, Michael: Völkerrechtliche Möglichkeiten Österreichs zur Verhinderung des Kernkraftwerkes Temelín, Salzburg 2003

Gündling, Lothar: Verantwortlichkeit der Staaten für grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1985, s. 265 vd.

Güneş, Ahmet M.: Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, Ankara 2012

Güneş, Ahmet M.: Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2012, S. 1, s. 83 vd.

Handl, Günther: Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und völkerrechtlicher Schutzanspruch, Berlin 1992

Herdegen, Matthias: Völkerrecht, 10. Auflage, München 2011

Hummer, Waldemar: Temelín: Das Kernkraftwerk an der Grenze, Zeitschrift für öffentliches Recht 2008, s. 501 vd.

Ipsen, Knut: Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004

Kissich, Susanne: Internationales Atomhaftungsrecht, Baden-Baden, 2001

Kloepfer, Michael: Umweltrecht, 3. Auflage, München 2004

Kloepfer, Michael/ Kohler, Christian: Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Berlin 1981

Korkusuz, Mustafa Refik: Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2012

Odendahl, Kertsin: Die Umweltpflichtigkeit der Souveränität, Berlin 1998

Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 3.Bası, Ankara 2005

Randelzhofer, Albrecht/ Simma, Bruno: Das Kernkraftwerk an der Grenze,
in: Festschrift für Berber, München 1973

Schärf, Wolf-Georg: Europäisches Nuklearrecht, Wien 2008

Sima, Bruno/ Handl, Günther: Die völkerrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Auswirkungen von Kernkraftwerken, Wien 1987

von Arnould, Andreas: Klausurenkurs im Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2012

von Arnould, Andreas: Völkerrecht, Heidelberg 2012

ALMAN İŞ HUKUKUNDA EĞİTİM GİDERLERİNİN VE İKRAMİYELERİN İADESİNE İLİŞKİN ESASLAR

Rückzahlungsklauseln im deutschen Arbeitsrecht

Doç. Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL.M. (Köln)*

ÖZET

Günümüzde işçilerin devamlı şekilde kendilerini geliştirmesi, daha iyi şartlarda çalışmak için bir zorunluluk haline gelmiştir. Diğer taraftan işletmeler küreselleşen dünya içerisinde rekabet edebilir durumda kalabilmek için nitelikli işgücüne ihtiyaç duymaktadır. Bundan dolayı işverenlerin genel itibariyle kendi çalışanlarının eğitimlerine, bu eğitimler yüksek maliyetli olsalar da, yatırım yapmaya hazır oldukları gözlemlenmektedir. İşçilerin ve işverenlerin bu şekilde karşılıklı menfaatlerinin uyuşması durumu sıklıkla işverenlerin kendi çalışanlarının eğitim masraflarını üstlenmesi sonucuna götürmektedir. Eğitim masraflarının genellikle işçinin belli bir süreliğine işten ayrılmayacağı beklentisi içerisinde işveren tarafından üstlenilmesi nedeniyle Alman hukuk uygulamalarında, –Türk hukuk uygulamalarında olduğu gibi– eğitim masraflarının üstlenilmesinin çoğunlukla geri ödeme mükellefiyetine bağlandığı görülmektedir.

Çalışanların işletme sadakatini temin etmek amacıyla aynı şekilde ikramiye ödemelerinde de, iş ilişkisinin belli bir vade öncesinde sona ermesi durumu için geri ödeme yükümlülüğünün öngörülebilmeindedir.

Bu çalışmada öncelikli olarak Alman hukukunda geri ödeme kurallarına ilişkin hukuki durum ele alınacaktır. Bu bağlamda, bu şekildeki hükümlerin geçerliliğinin tespitinde hangi esasların dikkate alınmasının gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: eğitim, gider, ikramiye, iade, Alman hukuku.

ZUSAMMENFASSUNG

Heutzutage ist es für ein Arbeitnehmer unerlässlich, sich permanent forzubilden, um unter besseren Arbeitsbedingungen zu arbeiten. Auf der anderen Seite brauchen die Unternehmen einen qualifizierten Nachwuchs in einer globalisierten Welt und unter

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı. Eleştiri ve yorumlarınızı gokhan.eras@hacettepe.edu.tr adresine iletibilirsiniz.

harten Bedingungen konkurrenzfähig zu bleiben. Deswegen sind sie häufig bereit in kostenintensive Fortbildungen ihrer Mitarbeiter zu investieren. Die Übereinstimmung der gegenseitigen Interessen der Arbeitnehmer und der Unternehmen führt nicht selten zur Übernahme der Aus- und Fortbildungskosten ihrer Mitarbeiter von Unternehmen. Da die Aus- und Fortbildungskosten von der Arbeitgeber regelmäßig in der Erwartung übernommen, dass der Arbeitnehmer für eine bestimmte Frist aus dem Betrieb nicht ausscheidet, werden in deutscher Rechtspraxis –wie in türkischer Rechtspraxis– die Übernahmen der Aus-, und Fortbildungskosten meistens mit Rückzahlungsklauseln verbunden.

Ebenso werden häufig bei der Gratifikationszahlungen die Rückzahlung im Fall der vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnises vorgesehen, um die Betriebstreu der Mitarbeiter sicherzustellen.

In dieser Arbeit wird in erster Linie die rechtliche Situation bezüglich der Rückzahlungsklauseln in Deutschen Recht untersucht. Dabei wird versucht darzulegen, welche Kriterien bei der Feststellung der Gültigkeit solcher Klauseln berücksichtigt werden sollen.

Schlüsselwörter: Ausbildung, Fortbildung, Kosten, Gratifikation, Rückzahlung, deutsches Recht.



I. Giriş

Günümüz çalışma hayatında işçi ve işveren arasındaki yapılan sözleşmelerde, işveren tarafında işçi için yapılan masrafların ve işçiye yapılan ödemelerin belirli şartların ortaya çıkması halinde işverene iadesine yönelik hükümlere oldukça sık bir şekilde rastlanmaktadır. İade taleplerinin kaynağını ağırlıklı olarak işçinin eğitimi için işveren tarafından yapılan masraflar teşkil etmektedir.

Çağımızdaki küreselleşmenin ve hızlı teknolojik değişimlerin de etkisiyle, iş hayatına yeni atılanların ve hatta hâlihazırda o alanda uzun sürelerdir çalışanların mevcut bilgileri, işlerin verimli bir şekilde sürdürülmesi için yeterli olamayabilmektedir. Bu gerçekten hareketle hem işverenler, istihdam ettikleri kişilere farklı nitelikler kazandırmak suretiyle işletmenin verimini ve rekabet gücünü artırmayı hedefleyebilmekte ve hem de işçiler farklı eğitimlerden ge-

çerkek kendilerini geliştirmek suretiyle, mevcut olandan çok daha iyi şartlar altında çalışmaya odaklanabilmektedirler.

Belirtilen nedenlerle ortaya çıkan işçinin eğitimi ihtiyacı ve söz konusu bu eğitimin maliyetinin, işçinin geliri göz önünde bulundurulduğunda genel itibariyle işçi için üstlenilmesi kolay olmayan bir yük teşkil etmesi, işçinin aldığı eğitim masrafının işveren tarafından karşılanmasına yönelik işverenler ile işçiler arasında anlaşmalar yapılması sonucuna götürmektedir.

Mesele işveren açısından değerlendirildiğinde işverenin, işçinin aldığı bu eğitimler neticesinde, eğitim alan söz konusu işçi veya işçiler vasıtasıyla işletmenin daha kârlı bir şekilde işletilmesini ve piyasalardaki mevcut konumunun sağlanmasını beklediği açıktır. Bu bağlamda masrafları işveren tarafından karşılanmak suretiyle işçinin eğitimini tamamlamasının hemen ardından veya eğitimin tamamlanmasının ardından kısa bir süre çalıştıktan sonra işçinin işyerinden ayrılması halinde, söz konusu eğitimler işveren açısından iş gücü maliyetini artıran gereksiz masraflar olmaktan başka bir anlam ifade etmeyecektir. Bu doğrultuda, işveren ile işçi arasında, işçinin aldığı eğitimin masraflarının işveren tarafından karşılandığı durumlarda, işçinin eğitimden sonra önceden belirlenen tarihe kadar çalışmaması halinde, eğitim için yapılan masrafların işverene iadesinin kararlaştırılması, oldukça makul bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada, eğitim masraflarının yanında, ikramiye ödemelerinin de belirli şartlar altında iade taleplerine konu olabileceğini ifade etmek yerinde olacaktır.

Türk hukuk uygulamalarında olduğu gibi Alman hukuk uygulamalarında karşılaşılabilen bu tür sözleşmeler genel itibariyle anayasal güvence altında olan sözleşme serbestisi ilkesi¹ çerçevesinde değerlendirilirken, aynı şekilde

¹ **Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht - BVerfG)**, genel sözleşme serbestisini, **Federal Alman Anayasası (Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland - GG)** md. 2 f. 1 ile korunan hareket serbestisinin bir parçası olarak görmektedir, BVerfG 23.11.2006, AP Nr. 22 § 307 BGB. GG md. 2 f. 1, “*Her fert, başkalarının hakkını ihlal etmemek ve anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı olmamak suretiyle, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.*” şeklinde bir hüküm içermektedir.

bir anayasal hak olan meslek seçme özgürlüğüne² aykırılığın söz konusu olup olmadığına ilişkin bir denetime tâbi tutulmaları yerinde görülmektedir.³

Bu çalışmada, Türk iş hukuku uygulamalarındaki yaygınlığından da hareketle, işveren tarafından işçi için yapılan masrafların ve işçiye yapılan ödemelerin iadesini konu edinen işçi ve işveren arasındaki anlaşmaların Alman hukukunda nasıl değerlendirildiği ve iadelerin tâbi olduğu esasların neler olduğu ele alınmaya çalışılacaktır.

II. Eğitim Masraflarının İadesi

1. Genel Olarak

İşveren tarafından karşılanan işçinin katıldığı eğitim masraflarının, işverene iadesine yönelik işçi ve işveren arasında yapılan anlaşmaların hukuki niteliğini ve dolayısıyla geçerli olup olmadığını ve hangi esaslara tâbi olduğunu belirlemek için öncelikli olarak tarafların iadeyi borç anlaşması kapsamında mı yoksa mecburi hizmet anlaşması kapsamında mı kararlaştırdıklarının tespiti yerinde olacaktır.

2. Borç Anlaşması Kapsamında İade

Taraflarca, öncelikli olarak işveren tarafından karşılanan işçi için yapılan eğitim masraflarının işverene borç anlaşması kapsamında iadesinin kararlaştırılması mümkündür. Bununla birlikte tarafların yapılan masrafların iadesini konu edinen sözleşmeyi kendi aralarında “borç sözleşmesi” olarak nitelendirmeleri **Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB)** md. 488 anlamında borç sözleşmesinin varlığının kabulü için yeterli olmayıp, mevcut şartlar altında gerçek bir borç sözleşmesinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Bir borç sözleşmesi, borç veren kişi tarafından bir miktar paranın borç alan kişinin

² Konuya ilişkin GG md. 12 hükmü şu şekildedir:

(1) “*Bütün Almanlar, mesleğini, çalışma yerini ve meslek eğitim merkezini serbestçe seçme hakkına sahiptir. Mesleki faaliyet, kanunla veya bir kanuna dayanılmak suretiyle düzenlenebilir.*”

(2) *Geleneksel ve bütün herkes için eşit kamusal bir hizmet yükümlüğü çerçevesinde olanlar hariç, hiç kimse belirli bir işte çalışmaya zorlanamaz.*

(3) *Angarya, sadece mahkeme tarafından özgürlüğün kısıtlanması halinde caizdir.*”

³ *Junker*; § 4, kenar numarası (bundan sonra “kn.” olarak ifade edilecektir.) 248.

tasarrufuna sunulmasını ve borç alan kişinin, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın kendi tasarrufuna sunulan bu meblağı geri ödeme yükümlülüğü altına girmesini gerektirmektedir.⁴

Sonuç olarak eğitim masraflarının iadesinin borç anlaşması kapsamında olduğunun kabulü için söz konusu meblağın, taraflarca belirlenen sürenin dolmasından önce işçi – işveren arasındaki iş ilişkisinin sona ermesi şartından bağımsız olarak iadesinin kararlaştırılmış olması ve işçinin aldığı eğitimin sadece işverenin menfaatlerine değil de aynı zamanda, örneğin ilerleyen süreçte daha iyi şartlarda çalışma imkânının doğması gibi, işçinin menfaatlerine de hizmet etmesi gereklidir.⁵ Bu bağlamda işverenin asıl itibariyle eğitim masraflarını üstlenmeyi kabul etmiş olmakla birlikte, işçinin belirlenen sürenin dolmasından önce işi bırakması veya eğitimin tamamlanamaması gibi istisnai durumlarda işçiden masrafların iadesini talep edecek olması halinde hukuki bakımdan tam manasıyla bir borç sözleşmesinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁶ Alman Federal İş Mahkemesi'nin kabul ettiği görüşe göre, bu niteliklerde bir anlaşmanın varlığı halinde borç anlaşması kapsamında bir anlaşmanın varlığı değil de mecburi hizmet anlaşması kapsamında iadenin kararlaştırıldığı kabul edilerek, ilgili hükümler aşağıda görüleceği üzere içeriksel açıdan geçerlilik denetimine tâbi tutulacaktır.⁷

Taraflar arasında eğitim masraflarının işveren tarafından karşılanmasına ilişkin borç anlaşmasının hukuki anlamda tereddüde yer bırakmayacak şekilde mevcut olması halinde böyle bir anlaşma, işçinin maddi açıdan üstlendiği yükü hafifletme ve ödeme kolaylığı sağlama amacına hizmet edecektir.⁸

3. Mecburi Hizmet Anlaşması Kapsamında İade

a) Mecburi Hizmet Anlaşmasına İlişkin Genel Esaslar

İşveren tarafından karşılanan işçinin aldığı eğitime ilişkin masrafların,

⁴ BAG 18.3.2008, AP Nr. 12 § 310 BGB; *Straube*, NZA-RR 2012, 505, 507.

⁵ *Schaub/Vogelsang*, § 176 kn. 19; *Straube*, NZA-RR 2012, 505, 507.

⁶ BAG 18.11.2008, NZA 2009, 435.

⁷ BAG 18.11.2008, NZA 2009, 435.

⁸ *Straube*, NZA-RR 2012, 505, 507.

mecburi hizmet anlaşması kapsamında, belirlenen süreden önce iş sözleşmesinin sona ermesi gibi ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde iadesinin kararlaştırılması söz konusu olabilmektedir.

Asıl itibarıyla böyle bir anlaşmanın, anayasal güvence altına alınan sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmakla birlikte, işçinin işveren karşısında korunmaya muhtaç olması da göz önünde bulundularak, böyle bir anlaşma çerçevesinde işçinin orantısız bir borç altına girip girmediğinin ve aynı şekilde kendisinin anayasal güvence altındaki çalışacağı işi serbestçe belirleyebilme özgürlüğünün elinden alınıp alınmadığının belirlenmesi bakımından içeriksel denetime tâbi tutulması zorunluluk arz etmektedir.⁹ Bu bağlamda öncelikli olarak BGB md. 242¹⁰ kapsamında bir içeriksel kontrol söz konusu olabilecektir. Masrafların iadesine ilişkin kuralın “*genel işlem şartları*” niteliğinde olması halinde ise BGB md. 307 f. 1¹¹ anlamında, işçinin orantısız bir yükümlülük altına girip girmediği araştırılacaktır.¹² Her halükarda böyle bir anlaşmanın işverenin zoruyla işçi tarafından kabulü sözleşmeyi geçersiz kılacaktır.¹³

b) İçeriksel Kontrol Esasları

aa) Parayla Ölçülebilen Bir Menfaat

Alman Federal İş Mahkemesi’nin kabul ettiği görüş uyarınca, eğitim masraflarının iadesi hakkındaki işçi ve işveren arasındaki anlaşma, söz konusu eğitimin işçiye doğrudan veya dolaylı olarak maddi bir getiri sağlayabilecek

⁹ Schaub/Vogelsang, § 176 kn. 21.

¹⁰ “Dürüstlük ve iyiniyet kuralları uyarınca ifa” başlığını taşıyan BGB md. 242 hükmü şu şekildedir:

“*Borçlu borcunu, teammüller dikkate alınmak suretiyle dürüstlük ve iyi niyet kurallarının gerektirdiği şekilde ifa etmekle mükelleftir.*”

¹¹ “İçeriksel kontrol” başlığını taşıyan BGB md. 307 f. 1 hükmü şu şekildedir:

“(1) 1 Genel işlem şartları içerisindeki hükümler, kullanıcının (bu şartları kendi iradesi doğrultusunda hazırlayan tarafın) sözleşme partnerine, emredici dürüstlük ve iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde, orantısız bir yük yüklemeleri halinde geçersizdir. 2 Orantısız yük, ilgili hükmün açık ve anlaşılır olmaması halinde de söz konusudur.”

¹² Schaub/Vogelsang, § 176 kn. 21.

¹³ ErfK/Preis, BGB § 611 kn. 436.

nitelikte olması halinde geçerlidir.¹⁴ Maddi getiri, işçinin aldığı eğitimin ardından aynı işyerinde daha yüksek ücretle istihdam edilmesi neticesinde olabileceği gibi işçinin işyeri dışında ek kazanç sağlayacak imkânlarla sahip olması şeklinde de olabilir.

bb) İşyerinde Bağımlılık Süresi ve Sürenin Sonlandırılabilirdiği Haller

İşçinin aldığı eğitimden kazanması beklenen menfaatler ile işveren tarafından karşılanan eğitim masraflarını iade etmeksizin işten ayrılabilmesi için çalışması öngörülen asgari süre arasında uygun bir denge/ölçü olması, taraflar arasında kararlaştırılan eğitim masraflarının iadesine ilişkin kuralın bir diğer geçerlilik şartıdır.¹⁵ Böyle bir dengenin var olup olmadığının belirlenmesinde öncelikli olarak alınan eğitimin süresi ve duruma göre işçinin aldığı eğitim neticesinde kazandığı nitelik göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda Alman Federal İş Mahkemesi;

- 1 aydan fazla sürmeyen eğitimler için 6 aylık mecburi hizmet süresi öngörülmesinin,
- 4 aya kadar süren eğitimler için 24 aylık mecburi hizmet süresi öngörülmesinin,
- 6 aydan 12 aya kadar süren eğitimler için 36 aylık mecburi hizmet süresi öngörülmesinin ve
- 2 yıla kadar süren eğitimler için 5 yıl mecburi hizmet süresi öngörülmesinin genel itibariyle ölçülülük prensibine uygun olduğu yönünde içtihat geliştirmiştir.¹⁶

Çok uzun bir mecburi hizmet süresinin belirlenmesi, masrafların iadesine ilişkin anlaşmayı temel itibariyle bütünüyle geçersiz hale getirmekte ve bunun sonucunda da geri ödeme yükümlülüğü tamamen ortadan kalkmakta ve hatta

¹⁴ BAG 05.06.2007, NZA-RR 2008, 108; BAG 19.1.2011, NZA 2012, 85; BAG 15.9.2009, NZA 2010, 342.

¹⁵ *Straube*, NZA-RR 2012, 505, 506.

¹⁶ BAG 15.9.2009, AP Nr. 42, § 611 BGB; BAG 5.12.2002, AP Nr. 32 § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; BAG 21.7.2005, AP Nr. 37 § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; BAG 12.12.1979, AP Nr. 4 § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

yapılan bu masrafların sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında dahi talep edilmesi mümkün olmamaktadır.¹⁷ Oldukça uzun mecburi hizmet sürelerinin belirlenmesi halinde bu sürelerin makul sürelere düşürülmesi kural olarak kabul görmemekle birlikte, ancak somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda ölçülü bir mecburi hizmet süresinin belirlenmesinin oldukça zor olduğu hallerde buna izin verilebilmektedir.¹⁸

Aynı şekilde içtihatlarla belirlenen mecburi hizmet süreleri mutlak manada değiştirilemez nitelikte olmayıp, örneğin eğitim masrafının oldukça yüksek olması veya işçinin eğitimden elde ettiği yararın değerinin oldukça yüksek olması durumlarında daha fazla mecburi hizmet süreleri belirlenebilecektir. Sonuç olarak alınan eğitimin kalitesi bakımından eğitim süresinin belirleyici rol oynamadığı ve sadece bu doğrultuda bir karine teşkil ettiğinden hareketle burada söz konusu olanın salt hesap yönünden ölçülülük olmadığı ve bu değerlerin somut olaya göre değişebileceği söylenebilir.¹⁹ Bu doğrultuda, işçiye ödenen ücret miktarının yüksekliği de, işçinin mecburi hizmet süresinin tespitinde belirleyici olabilecektir.²⁰

Diğer taraftan, taraflar arasında belirlenen mecburi hizmet süresi içerisinde iş ilişkisinin sonlandırıldığı her durumda işçinin eğitim masraflarını iade yükümlülüğünün doğduğunun kabulü mümkün değildir. Bu doğrultuda aldığı eğitime uygun bir iş olmaması nedeniyle işveren tarafından işçinin işten çıkarılması örneğinde olduğu gibi, tamamıyla işverenin sorumluluğundaki veya üstlenmesi gereken risk kapsamındaki bir nedenle iş ilişkisinin sonlandırılması halinde, işçinin eğitim masraflarını iade yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.²¹ Nihayetinde maddi açıdan bakıldığında iade kuralları iş sözleşmesinin özüne müdahale niteliğinde olmamalıdır ve işverenin üstlenmesi gereken ekonomik riskleri işçiye yüklememelidir.²²

Federal İş Mahkemesi, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin işçi tarafın-

¹⁷ BAG 21.08.2012, NJW 2013, 410.

¹⁸ BAG 14.1.2009, NZA 2009, 666.

¹⁹ BAG 14.1.2009, NZA 2009, 666; Schaub/*Vogelsang*, § 176 kn. 29.

²⁰ Schaub/*Vogelsang*, § 176 kn. 29.

²¹ BAG 18.11.2008, NZA 2009, 435.

²² *Junker*; § 4, kn. 251.

dan iş ilişkisinin sonlandırıldığı her halde eğitim masraflarının iadesini kararlaştırılmasını da, haklı olarak işçinin tek tarafı olarak ağır yük altına sokulması olarak nitelendirmektedir.²³ Aksi halde işverenin sözleşme şartlarına uymaması nedeniyle işçi tarafından iş sözleşmesinin sonlandırılması durumunda işçinin eğitim masraflarına katlanması şeklinde adalet anlayışı ile uyuşmayan bir durumla karşı karşıya kalınabilecektir.

Bununla birlikte henüz eğitim tamamlanmaksızın işçi tarafından iradi bir şekilde eğitime devam edilmemesi halinde eğitim masraflarının iadesini öngören hükümler kabul edilebilir mahiyettedir.²⁴

Eğitimin amacına ulaşılamaması, ilgili sınavlarda başarılı olunamaması halinde eğitim masraflarının iadesine ilişkin anlaşmaların geçerliliğinin tespitinde, eğitime katılan çalışanın gerekli eğitim amacına ulaşmak için elinden gelen çabayı gösterip göstermediği belirleyici olacaktır.²⁵ Bu noktada, anlama kabiliyeti göz önünde bulundurulduğunda işçinin söz konusu eğitimi başarmasının beklenmesinin mümkün olmamasının işveren tarafından baştan itibaren bilinmesi durumunda, geri ödeme yükümlülüğüne ilişkin kuralın geçerliliğinden bahsedilemeyecektir.²⁶

İş ilişkisinin sonlandırılma sebebinin ikale olması halinde ise, işverenin eğitim masraflarını talep edip edemeyeceği, iş ilişkisinin sona ermesine asıl olarak hangi tarafın sebebiyet verdiği göz önünde bulundurulurken belirlenecektir.²⁷

cc) İade Edilecek Meblağın Miktarı

BGB md. 307 f. 1 c. 2 içerisinde ifadesini bulan şeffaflık kuralı uyarınca, belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde iade edilecek eğitim masraflarının miktarı, sözleşme içerisindeki ifadelerden mümkün olduğunca açık bir şekilde

²³ BAG 13.12.2011, NZA 2012, 738; Küttner/Poeche, Rückzahlungsklausel kn. 14; Meier/Schulz, NZA 1996, 742, 748.

²⁴ BAG 19.1.2011, NZA 2012, 85.

²⁵ Schaub/Vogelsang, § 176 kn. 23; Straube, NZA-RR 2012, 505, 507.

²⁶ ErfK/Preis, § 611 BGB kn. 439; Schaub/Vogelsang, § 176 kn. 23; Meier/Schulz, NZA 1996, 742, 747.

²⁷ Schaub/Vogelsang, § 176 kn. 24.

anlaşılır nitelikte olmalı ve bu hususta yuvarlak miktar beyanlarından kaçınılmalıdır.²⁸

Federal İş Mahkemesi tarafından önceleri, belirlenen iade miktarından çalışılan her tam bir aylık süre için veya daha farklı süreler için orantılı bir miktarın indirilmesi yönündeki kuralı, masrafların iadesine ilişkin anlaşmanın vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmekte iken, daha sonraları sadece bağımlılık süresi üzerinde durulduğu gözlemlenmektedir.²⁹

III. İkramiyelerin İadesi

Alman hukuk uygulamalarında öncelikli olarak işveren tarafından karşılanan eğitim masraflarının iadesine yönelik anlaşmalar gibi, işçilere yapılan ikramiye³⁰ ödemelerinin, kararlaştırılan süreden önce işçinin işten ayrılması halinde iadesine ilişkin anlaşmalarla da sıklıkla karşılaşılabilir.³¹

Federal İş Mahkemesi kararlarında, belirli bir süre çalışma şartına bağlı olarak yapılan ikramiye ödemelerinin, belirlenen vade öncesinde iş sözleşmesinin sonlanması halinde işçi tarafından işverene iadesine yönelik anlaşmaların genel itibarıyla geçerliliğinin kabul edildiği görülmektedir.³² Hatta iş ilişkisinin sona ermesine sebebiyet veren duruma ilişkin olarak işçiye herhangi bir yükümlülük yüklenemediği durumlarda dahi, somut olayın özelliklerine göre ikramiye ödemelerinin iadesi söz konusu olabilmektedir.³³ Bununla birlikte, bu noktada asıl itibarıyla söz konusu kuralın sarıh bir şekilde ifade edilmiş olması ve belirlenen mecburi hizmet süresinin ölçüsüz bir şekilde uzun olmaması gibi hususlar söz konusu kuralın geçerliliğinde belirleyici rol oynamaktadır. Bu bağlamda Alman Federal İş Mahkemesi ikramiye ödemelerinin miktarına göre hangi mecburi hizmet süresinin uygun olacağına ilişkin olarak;

²⁸ LAG Hamm 10.9.2010, BeckRS 2011, 67455; LAG Köln 27.5.2010, NZA-RR 2011,11.

²⁹ Schaub/Vogelsang, § 176 kn. 31; Straube, NZA-RR 2012, 505, 506; BAG 5.6.2007, NZA-RR 2008, 107; BAG 14.1.2009 NZA 2009, 666.

³⁰ Söz konusu ödemeler "ikramiye" olarak tanımlanabilmekle birlikte, "yıllık özel ödeme", "13. ay ödemesi", "sadakat primi" veya "yıl sonu ödemesi" olarak da tanımlanabilmektedir, Beckers, NZA 1997,129, 129.

³¹ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, HGB § 59 kn. 308.

³² BAG 28.3.2007, AP Nr. 265 § 611 BGB; BAG 14.6.1995, AP Nr. 176 § 611 BGB; BAG 21.5.2003, AP Nr. 250 § 611 BGB.

³³ BAG 28.3.2007, AP Nr. 265 § 611 BGB.

- miktarı en fazla 100 Avro'ya kadar olan ikramiye ödemeleri için mecburi hizmet öngörmenin uygun olmadığı,
- miktarı 100 Avro'yu aşan fakat işçinin 1 aylık brüt kazancı miktarının altındaki ikramiye ödemeleri için 3 aylık mecburi hizmet süresi öngörülebi-leceği,
- miktarı işçinin 1 aylık brüt kazanç miktarını bulan ikramiye ödemeleri için en fazla 6 aylık mecburi hizmet süresinin uygun olduğu

şeklinde içtihat³⁴ geliştirmiştir. 100 Avro'nun altındaki ikramiye ödemeleri için mecburi hizmet öngörülmesinin işçi açısından ağır bir yük teşkil edeceği fikri, küçük miktarların hızlı ve kolay bir şekilde harcanabileceği anlayışına dayanmaktadır.³⁵

İkramiye ödemelerinin mecburi hizmete bağlanmasına ilişkin kuralın işveren tarafından hazırlanan genel işlem şartları içerisinde yer alması halinde, bu esaslar BGB md. 307 uyarınca içeriksel kontrol çerçevesinde değerlendirilecektir.³⁶

Diğer taraftan, ikramiye ödemeleri karşılığında mecburi hizmet öngörül-düğünün beyan edilmediği durumlarda, içtihatlarla belirlenen mecburi hizmet sürelerinden önce iş ilişkisi işçi tarafından sonlandırılrsa dahi, işveren herhangi bir şekilde ikramiye ödemelerinin iadesini talep edemeyecektir.³⁷

Kararlaştırılan mecburi hizmet süresine işçinin uymaması halinde ise, işçi herhangi bir kesinti yapmaksızın aldığı ikramiyenin tamamını iade etmekle yükümlüdür.³⁸

IV. Sonuç

Buraya kadarki kısımda aktarılanların ışığı altında, Alman hukuk uygu-lamalarında, işçi ve işveren arasında, öncelikle işveren tarafından karşılanan eğitim masraflarının veya işveren tarafından yapılan ikramiye ödemelerinin,

³⁴ BAG 10.5.1962, AP Nr. 22 § 611 BGB; BAG 25.4.2007, NZA 2007, 875; ayrıca bkz. *Lingemann*, NZA 2008, 509, 511.

³⁵ *Junker*, § 4, kn. 252.

³⁶ BAG 25.4.2007, NZA 875.

³⁷ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, HGB § 59 kn. 310.

³⁸ BAG 11.6.1964, AP Nr. 36 § 611 BGB.

iş ilişkisinin belirlenen süre öncesinde sonlanması halinde işverene iadesine ilişkin anlaşmaların, anayasal güvence altına alınmış sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareketle genel itibarıyla mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, işçinin böyle bir anlaşmayı kabul ederek ağır bir yük altına girip girmediğinin tespiti bakımından söz konusu kurallar, işveren tarafından hazırlanan genel işlem şartları olarak değerlendirilsin veya değerlendirilmesin, belirli esaslar göz önünde bulundurulmak suretiyle içeriksel kontrole tabi tutulmaktadır. Diğer taraftan bu kontroller vasıtasıyla araştırılan en önemli husus, mecburi hizmet yükümlülüğü kapsamında işçinin anayasal güvence altına alınmış, çalışacağı mesleği ve işyerini belirleme özgürlüğüne aykırılığın mevcut olup olmadığıdır.

Bu düşünceden hareketle Türk hukukunda yer alan, “her ne kadar dürüst ve verimli çalışırsa çalışsın, işinden kendi isteği ile ayrılan kişinin kıdem tazminatı alamaması” gibi bazı yerleşik kuralların, işçinin anayasal güvence altındaki çalışacağı işi belirleme özgürlüğüne, bir diğer ifade ile iş değiştirme özgürlüğüne bir müdahale niteliğinde olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

Alman hukuk uygulamalarında dikkat çeken bir diğer durum, eğitim masraflarının iadesine ilişkin anlaşmanın, içtihatlarca belirlenen esaslara tam uyumaması halinde tamamen geçersiz sayılması ve bunun sonucunda işverenin ne içtihatlarla uygun olarak kısmi bir iade talep edebilmesi ve ne de yaptığı masrafları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilmesidir. Bu noktada tacir olsun olmasın Alman hukukunda işverene basiretli davranma ödevinin yüklendiği görülmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Beckers, Markus: Jahressonderzahlungen: Wegfall der Zahlungsverpflichtung –Zulässigkeit von Bindungs- und Rückzahlungsklauseln, NZA 1997, 129 -138.
Atıf şekli: *Beckers*, NZA 1997, ...

Junker, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Bası, München 2013.
Atıf şekli: *Junker*, ...

Lingemann, Gotham: Freiwilligkeits-, Stichtags- und Rückzahlungsregelungen bei Bonusvereinbarungen – was geht noch?, NZA 2008, 509 -511.

Atıf şekli: *Lingemann*, NZA 2008, ...

Meier, Hans-Georg / Schulz, Rolf: Die Rückzahlung von Ausbildungskosten bei vorzeitiger oder erfolgloser Beendigung der Ausbildung, NZA 1996, 742 -749.

Atıf şekli: *Meier/Schulz*, NZA 1996, ...

Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Bası, München 2014.

Atıf şekli: *ErfK/Bölüm yazarı*, ...

Röller, Jürgen: Personalbuch 2014, 21. Bası, München 2014.

Atıf şekli: *Küttner/Bölüm yazarı*, ...

Schaub, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Bası, München 2013.

Atıf şekli: *Schaub/Bölüm yazarı*, ...

Schmidt, Karsten: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Cilt, 3. Bası, München 2010.

Atıf şekli: *MüKoHGB/Bölüm yazarı*, ...

Straube, Gunnar: Inhaltskontrolle von Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten, NZA-RR 2012, 505-507.

Atıf şekli: *Straube*, NZA-RR 2012, ...

BÜROKRASİ: MONARŞİDEN CUMHURİYETE DEĞİŞMEYEN İKTİDAR

Bureaucracy: Steady Power From Monarchy to Republic

Yrd. Doç. Dr. Aslan DELİCE *

ÖZET

Fransız ihtilalini izleyen yıllarda Avrupa’da ortaya çıkan liberal ulus devletin, sanayileşmeyle güçlenen kapitalist burjuva sınıfıyla yapısal bağları, inkâr edilemez bir gerçektir. Dünyanın diğer bölgelerindeki siyasal örgütlenmeler Avrupa ulus-devlet modeline öykünse de sanayi veya ticaretle beslenen kapitalist bir sınıfın yokluğu, siyasal yapının işleyişinde derin izler bırakır. Kendini ulus devlet ya da uluslar topluluğu olarak tanımlayan Türkiye ve Sovyetler Birliği, monarkların tasfiyesini izleyen süreçte bir ulusun ya da proleteryanın egemenliği ele geçirdiği sanısını doğursa da teknik bilgiye sahip bürokratlar, yeni egemen güç olarak bu siyasal örgütlenmelere damgasını vurur. Özellikle Türkiye, ordu ve yüksek yargı bürokratlarının anayasayla egemen güç konumuna yükseldikleri bir siyasal yapıdır. Temel soru halka karşı sorumlu olmayan egemenlerin aldıkları kararların kimin çıkarlarını öncelediğidir. Cevapta şu; iktisadi bağımlılığı, siyasal bağımsızlık örtüsü altında gizleyerek, ülkenin denetim altında tutulmasının anayasal güvencesini oluşturan “bürokratik egemenlik,” bağımlılık sürecinin teminatıdır.

Anahtar Kelimeler: Saltanat, kapitalizm, ulusal egemenlik, silahlı bürokrasi, yüksek yargı, bürokratik egemenlik.

ABSTRACT

Structural connections of the liberal nation state emerged in Europe within the years following the French Revolution, with the capitalist bourgeois class rising together with industrialisation are undeniable facts. Political reorganisations in the other parts of the World, although envies to the nation state model of Europe, absence of a capitalist class fed by industry and commerce, leaves

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul/Türkiye, adelice@fsm.edu.tr

deep traces in the process of the political structure. Although Turkey and the Soviet Union, describing themselves as nation states or the union on nations during the process of elimination of the monarchs, may give the impression that a nation or proletarians captured the sovereignty; in fact, bureaucrats with technical knowledge leave their mark on in such political reorganisations as sovereign powers. Especially, Turkey is a political structure in which the army and supreme judicial bureaucrats has risen to the status of sovereign power under the Constitution. The fundamental question is whose benefits are prioritised by the decisions adopted by the sovereigns not responsible against the people. The answer is this: “bureaucratic sovereignty” creating the Constitutional surety of economic control by hiding the economic dependence under the sheets of political independence is the assurance of the economic dependence.

Key Words: Sultanate, capitalism, national sovereignty, armed bureaucracy, supreme judiciary, bureaucratic sovereignty.

Bir önceki çalışmada¹ modern zamanların siyasal örgütlenme modeli olarak liberal ulus devletin, egemenliğin ulusa ait olduğu kurgusu üzerine temellendiğini ama gerçekte sanayi devrimi sonrasında yükselen burjuva sınıfının, aristokratlar lehine düzenlenmiş feodal orta çağ toplumsal yapısıyla kanlı bir hesaplaşmasının² ürünü olduğu sonucuna ulaşmıştık. 1789 Devriminden sonra toplanan Fransız Meclisinin çoğunlukla burjuva kökenlilerden oluşması ya da egemenliğin dolaylı kullanımı anlamına gelen temsilcilerin seçiminde, geniş halk yığınlarının, mülkiyet veya belirli bir gelirden mahrum olmaları nedeniyle dışlanmaları, böyle bir kanaate ulaşmayı haklı kılmak için yeterlidir. Liberal ulus devlet, yükselen burjuva sınıfının toplumun diğer kesimleri üzerindeki baskısının ürünü ise kendisini ulus-devlet olarak tanımlayan tüm ülkelerde, bu sınıfın toplumsal dinamikleri belirleyebilecek kadar örgütlü ve güçlü olması beklenir. Yirminci asrın hemen başında kurulan ve biri kendini ulus devlet, diğeri uluslar topluluğu olarak tanımlayan iki siyasal yapının incelenmesi, ulus

¹ Aslan Delice, “Bir Modern Zaman Mit’i Olarak Ulusal Egemenlik,” Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.

² Cemal Bali Akal, “Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu,” Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 115. Fransız ihtilalini izleyen Robespierre terörü döneminde katledilen insan sayısı 100.000’e yakındır.

devletlerin her zaman güçlü bir sanayi ve burjuva sınıfı tarafından oluşturulmadığına işaret eder.

Dikkatlerimizi ilk olarak Romanof hanedanlığı tarafından yönetilen Çarlık Rusya'sına çevirelim. Gürkan'a göre "Rusya'nın süratle sanayileşmesi ve akabinde burjuva ve proleterya sınıflarının gelişmesi, ihtilâl hareketlerinin başlıca kaynağı olarak telâkki edilebilir."³ Lenin'e göre de Rusya, mal üretim istatistikleri açısından diğer ülkelerle kıyaslandığında ekonomik anlamda geride olsa da kapitalist bir ülkedir.⁴ İddianın dayanağı, Rusya'nın 1820'lerde Belçika'dan üç, Fransa'dan on iki, Prusya'dan kırk iki kat daha fazla pik-demir üretebilmesidir.⁵ 19. Yüzyılda nüfusunu üç kat artıran Rusya,⁶ bu asrın son çeyreğinden I. Dünya savaşına kadar geçen sürede, özellikle tüm sanayinin üçte ikisini oluşturan dokuma alanında batıdakilerle kıyaslanabilecek ölçüde yatırımlar yapmıştır.⁷ Ama bu yatırımların Batı Avrupa düzeyinde kapitalist bir devlet olmak için yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Çarlık Rusya'nın ne ölçüde geliştiği, dolayısıyla nasıl bir kapitalist-burjuva sınıfa sahip olduğu ancak belirli parametrelerin, dönemin gelişmiş ülkeleriyle mukayesesiyle ortaya konabilir. Bu ölçütlerden ilki işgücünün sektörel dağılımıdır. 1870 yılında ABD'nin toplam işgücünün yüzde elli üçü ziraatta istihdam edilirken Rusya'da bu oran 1928'de yüzde seksen civarındadır. ABD'de oran 1920'de yüzde yirmi yediye düşerken Rusya'da zirai istihdamın yüzde ellinin altına düşmesi için yirminci yüzyılın ikinci yarısını beklemek gerekmiştir.⁸ İkinci parametre, kişi başına düşen sermaye miktarıdır. 1901 yılında Rus bankalarında yatan toplam mevduat dokuz yüz yetmiş yedi milyon rubleden biraz fazladır. Aynı yıl Fransız Bankalarında

³ Ülker Gürkan, "S.S.C.B. Siyasî Rejiminin Ana Hatları," s.158, (www.AUHF/1964/21-01-04/) (28.02.2014)

⁴ V. I. Lenin, "Collected Works, Volume 3, The Development Of Capitalism In Russia, Progress Publishers, Moscow, Digital Reprints," 2009, s.503.

⁵ V. I. Lenin, "Collected Works," s.485.

⁶ Raymond Aron, "Sanayi Toplumu," Çev.: E. Gürsoy, Dergah Yayınları, İstanbul, 1978, s. 216-283.

⁷ Raymond Aron, "Sınıf Mücadelesi," Çev.: Erol Güngör, Dergah Yayınları, İstanbul, 1992, s. 322.333

⁸ Raymond Aron, "Sınıf Mücadelesi," s. 208-209. Ayrıca bu nüfusun niteliğinin düşük olduğu unutulmamalıdır. I.Dünya savaşı yıllarında bile okuma yazma oranı %10 civarındadır. İlber Ortaylı, "Tarihimiz ve Biz," Timaş, İstanbul, 2008, s.185.

yatan mevduat toplamı ise dört milyar üç yüz otuz yedi milyon rubledir.⁹ Ülkeler arasındaki nüfus farkı düşünüldüğünde, kişi başına düşen kapital miktarı Rusya aleyhine bire yirmidir. Stratejik bir altyapı yatırımı olarak demiryolu ağında da durum farklı değildir. Rusya, 1865’de üç bin sekiz yüz on dokuz km olan demiryollarını, 1890’da yedi kat artırarak yirmi dokuz bin altmış üç km’ye çıkarmıştır. İngiltere ise 1845’de dört bin seksen iki km olan demiryolunu, otuz yıl içinde yirmi altı bin sekiz yüz on dokuz kilometreye uzatmıştır.¹⁰ Bir ada devleti olan İngiltere ile yeryüzünün yedide biri kadar toprağa sahip¹¹ Rusya’nın mukayesesi, kilometre kare başına düşen demiryolunun Rusya’da ne kadar az olduğunu gösterir. Kıyaslama diğer kapitalist ülkelerle yapıldığında da geçerliliğini korur; 1914 yılında kilometre kare başına düşen demiryolu ağı Rusya’da bir, Fransa’da on, Almanya’da on iki kilometredir.¹² Nitekim Bolşevik devrime giden en önemli olaylardan biri olan 1905 Rus-Japon savaşında, Mançurya bölgesine gönderilen asker ve diğer malzemeler, demiryolu ağının yetersizliği nedeniyle zamanında ulaştırılamamış ve savaşın kaybedilmesinde belirleyici olmuştur.

19. yüzyılın sonuna doğru ağırlıklı olarak bir tarım ülkesi olan Rusya, madencilik, gemi yapımı, demiryolları, demir-çelik endüstrisi alanlarında çoğunlukla Avrupa kökenli (Alman-Fransız-İngiliz-Belçika) yabancı sermaye şirketlerine yatırım yapma imkânı tanımış,¹³ bunun yanı sıra toprak ve idari reformlarla da halk üzerindeki baskılar hafifletilerek ciddi bir kalkınma hamlesi başlatmıştır. Gattrel’e göre 20. Yüzyılın hemen başında sanayileşmenin beklilik çağını yaşayan Rusya, her şeye rağmen sanayileşmiş büyük ülke statüsü elde etmiştir.¹⁴ Burada önemli bir ayrıntıya dikkat çekilmelidir; hangi alanlara yabancı sermayeli şirketlerin yatırım yapabileceği ya da özel sektörün ne kadar güçleneceği gibi kararlar üzerinde, Çarlık rejiminin kıskançlıkla korumaya devam ettiği sıkı bir denetim vardır; “Rejimin ideolojik olarak sermaye ile uzlaş-

⁹ V. I. Lenin, “Collected Works,” s.556.

¹⁰ V. I. Lenin, “Collected Works,” s.552

¹¹ Ülker Gürkan, a.g.e., s.155.

¹² Peter Gattrel, “Government, Industry And Rearmament In Russia, 1900-1914-The Last Argument of Tsarism,” s. 305, Cambridge University Press, 1994.

¹³ Raymond Aron, “Sanayi Toplumu,” s. 194-Gattrel, a.g.e., s. 62.

¹⁴ Gattrel, a.g.e., s. 14.

mazlık içinde olması, Rus sermayesini var olan siyasal sistemin sınırlamalarını kabule zorlamıştır.”¹⁵ Bu satırlardan da anlaşılacağı gibi emperyal amaçlarını gerçekleştirebilmek için tüm gücüyle sanayileşmeye çalışan Rusya, Bolşevik devrimiyle yıkılana kadar, sermayenin yönünü ve miktarını belirleyebilme gücünü yitirmemiştir. Günümüz Rusya’sına da miras kalan ekonomi politik sayesinde, özel sektörün faaliyet alanları siyasal iktidar tarafından belirlenmiş, özellikle yabancı sermaye, siyasal öncelikleri dikkate almak zorunda bırakılmıştır. Sonuç olarak, 1924 Anayasa’sıyla kendisini sosyalist cumhuriyetler federasyonu olarak tanımlayan ve Sovyet Uluslarını [nationalities] temsil eden çift meclise sahip¹⁶ SSCB’nin kurulmasına yol açan 1917 Devriminin arkasında, kapitalist-burjuva sınıfının bulunmadığı yargısına ulaşılabilir. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi önemli bir kısmı Avrupalı kapitalist devletlere ait olan sermayenin nitelik ve niceliği, kendi şartlarını Çarlık rejimine dayatma ve Rus halkını kendi çıkarları doğrultusunda biçimlendirme gücünden mahrumdur.

1905’de Japon savaşı ile başlayıp I. Dünya savaşıyla devam eden büyük insan kayıpları, üretim güçlerinin yok olması, ağır dış borç yükü ve grevlerin korkunç bir gaddarlıkla bastırılması, Bolşevik devrimin altında yatan gerçek sebeplerdir. Çarlık Rusya’sı maliye bakanı Sergei Witte’e göre Japon savaşı hemen olmasa bile izleyen birkaç yıl içinde devrimi getirecek kadar büyük bir kırılmadır.¹⁷

Çin Devrimi içinde benzer bir hüküm verilebilir. Yirminci asrın ilk çeyreğinde, fakir köylülerin başlattığı isyanı “*ulusal devrim*” olarak nitelendiren Mao’ya göre, yüz milyonlarca köylünün başlattığı fırtına, tüm emperyalistleri, savaş beylerini, yerel zorbaları ortadan kaldıracak kadar güçlüdür.¹⁸ Bu sonuçlar, 20. Yüzyılın büyük devrimlerini, derebeyleri ve büyük mülk sahiplerine

¹⁵ Gattrel, a.g.e., s. 325

¹⁶ Robert L. Maddex, “Constitution of the World,” CQ Press, Washington D.C., 2008, s. 368.

¹⁷ Gattrel, a.g.e., s. 65.

¹⁸ Mao Tse-tung, “Hunan’daki Köylü Hareketi Üstüne Araştırma Raporu,” Çev.:Kurthan Fişek, **Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar, Yakın Çağ**, Der.; Mete Tunçay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s.400-444.

karşı köylülerin başlattığı isyan hareketleri¹⁹ olarak yorumlayan Aron'un görüşlerini doğrular niteliktedir.

Fransız İhtilalinden Alman Birliğinin kurulmasına kadar geçen süreyi (1789-1871) Batı Avrupa'da aynı ulusu içeren kararlı burjuva devletlerin kurulma süreci olarak gören Lenin, Rus, İran, Çin ve Türkiye örneklerini vererek burjuva demokratik devrimlerin Doğu Avrupa ve Asya'da 1905'de başladığını ileri sürer.²⁰ Devrimleri iki guruba ayırsa da her iki gruba "*burjuva demokratik devrim*" sıfatını vererek, birincilerle ikinciler arasında bir fark gözetmez. Oysa Batı Avrupa ulus-devletleriyle Balkanlar, Afrika ve Asya'da kurulan ulus-devletler arasında bir ayrım yapılmalıdır. Endüstrileşme ve iletişim araçlarının artışıyla oluşan yeni ekonomik güçlerin, eski yapıları daha geniş bir sistem içine yerleştirme çabaları²¹ Batı Avrupa örneğini resmeder ve aynı zamanda bu yapıyı özgün kılar. Bu nedenle birinciler güçlü bir sanayi ve kapital eşliğinde burjuva sınıfı önderliğinde oluşan siyasal örgütlenmeler iken, diğerleri bu ülkelere öykünen köylü, esnaf ve işçileri örgütleyen bürokratik yapılardır. İlk gruba örnek olarak 19. Asrın ilk çeyreğinde Prusya önderliğinde imzalanan ve Alman iktisadi bölgelerini birleştiren *Zollverein* (Alman Gümrük Birliği Andlaşması) verilebilir. Avusturya ve iki küçük prenslik dışında Alman ulusal birliğini kuran²² andlaşma, Weber'e göre siyasal tercihlerin sonucu olarak oluşmuş, iktisadi bütünlük de siyasal bağları takip etmiştir.²³ Aynı dönemde imzalanan 1838 tarihli Osmanlı-İngiliz Baltalimanı ticaret andlaşmasının ise siyasal/iktisadi bütünlük açısından *Zollverein*'in aksi istikametinde sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Andlaşmanın etkisiyle önce Osmanlı sanayisi çökmeye başlamış²⁴ ardından da siyasal yıkım gelmiştir.

¹⁹ Raymond Aron, "Sınıf Mücadelesi," s. 131.

²⁰ V.I. Lenin, "Ulusların Kaderlerini Tayin Hakkı, Çev.: Muzaffer Erdost, Sol Yayınları, Ankara, 2010," s. 63-94.

²¹ Kemal H. Karpat, "Osmanlı'dan Günümüze Ortadoğu'da Millet, Milliyet ve Milliyetçilik," Çev.: Recep Boztemur, Timaş, İstanbul, 2013, s. 204-205.

²² Max Weber, "Economy and Society, an Outline of Interpretive Sociology," Edited by Guenther Roth and Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, 1978, s. 940.

²³ Max Weber, "Economy and Society," s. 913-915.

²⁴ Şevket Pamuk, "Osmanlıdan Cumhuriyete Küreselleşme, İktisat Politikaları ve Büyüme/Seçme Eserler II," Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, s.33. Ortaylı, 1838 Ticaret andlaşmasının "ihanel" olarak görülmesini eleştirir. Andlaşmayı, kaçak ticaretin

Rusya'yla benzer süreçler yaşayan Osmanlı İmparatorluğu, ulus devlet kavramıyla 1921 anayasasıyla tanışır.²⁵ 1911 yılında Trablusgarp'la başlayıp, Balkan savaşlarıyla devam eden, ardından I. Dünya savaşlarıyla doruğa çıkan kayıp ve yıkımlar, imparatorluğun tasfiyesiyle sona erer. On yılı aşan savaş ve çöküş döneminin ardından, egemenliğin kayıtsız şartsız millete [ulus] ait olduğunu ilan eden anayasal hüküm, ulus devletin ardında güçlü bir sanayi ve burjuva sınıfı var mı sorusunu haklı olarak gündeme getirir. Sanayide çalışan işçi sayısından, dış ticaret verilerine kadar birçok parametre sorunun olumsuz cevaplandırılmasını zorunlu kılar.

Gerçekten de bugünkü Türkiye'yi oluşturan topraklar esas alındığında 19. Asra gelindiğinde Anadolu nüfusu, izafi bir artış olmasına rağmen 16. Yüzyılın gerisindedir.²⁶ Ekonomi ise büyük oranda tarım merkezlidir. 1950'lerde tarımda çalışanların oranı tüm istihdamın yüzde sekseninden, ihracat içinde tarım ürünlerinin payı ise yüzde doksandan fazladır.²⁷ 1913 yılında on ya da daha fazla işçi çalıştıran sanayi işletmelerinin sayısı altı yüz kadardır. Bu kuruluşlarda çalışan otuz beş bin işçinin toplam nüfusa oranı sadece binde ikidir.²⁸ Aynı yıl itibarıyla kişi başına düşen pik demir-çelik tüketimi Osmanlı'da beş, Rusya'da altmışaltı, Fransa'da iki yüz doksan sekiz, İngiltere'de dört yüz kırk beş, Almanya'da beş yüz otuz dokuz kilodur.²⁹ İktisadi bağımlılığa işaret eden dış borçlara gelince; ilk anayasanın ilan edildiği 1876 yılında, toplam borç miktarı iki yüz on milyon sterline ulaşmış ve ödenemez hale gelmiştir. Sonuç, devletin iflâsı anlamına gelen, Osmanlı maliyesinin önde gelen gelir kaynaklarının, borç veren kapitalist ülke temsilcisi konumundaki Düyun-ı Umumiye

yasallaştırılması, vergi alınması ve devlet denetimi için gerekli bir adım olarak değerlendirir. İlber Ortaylı, "Tarihimiz ve Biz," s.102.

²⁵ Suna Kili-A. Şeref Gözübüyük, "Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri," Türkiye İşbankası Yayınları, İstanbul, 2006, s. 105.- Bülent Tanör, "Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri," Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 255. Teşkilâtı Esâsiye Kanunu'nun Birinci Maddesine göre; "Hâkimiyet bila kaydû şart milletindir."

²⁶ Şevket Pamuk, a.g.e., s.10. I. Dünya savaşından hemen önce bugünkü Türkiye topraklarını içine alan nüfus yaklaşık on yedi milyondur. Pamuk, a.g.e., s. 140.

²⁷ Şevket Pamuk, a.g.e., s.XV-25.

²⁸ Şevket Pamuk, a.g.e., s. 141.

²⁹ İlber Ortaylı, "İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı," Hil Yayın, İstanbul, 1995, s.202.

İdaresine teslim edilmesidir.³⁰ Diğer bir ölçütte milli gelir kıyaslamasıdır. Osmanlı İmparatorluğunun, I. Dünya savaşı öncesi satın alma gücü paritesine göre hesaplanan toplam milli geliri, Fransa'nın dörtte birinden, Almanya ve İngiltere'nin ise altıda birinden daha azdır.³¹

Osmanlı devletinde 19. asrın sonlarına doğru sermaye sınıfının öncüleri sayılabilecek bir tüccar sınıfı doğmuşsa da bunlar Rum ve Ermeni azınlıklardan oluşan gayri müslimlerdir.³² Dolayısıyla anayasa ile ulus-devlet ilan edildiği dönemde Türkiye'de bir Müslüman Türk burjuva sınıfının varlığından bahsedilemez.³³ Kapitalist-burjuva sınıfının yokluğunda saltanata yöneltilen muhalefet ise devletten beslenen bürokrasinin eseridir.³⁴ 19. Asrın ortalarına gelindiğinde, asker ve sivil bürokratlar, saray adına tüm yetkileri kullanabilmekte, kendi siyasi tercihlerini padişaha onaylatabilmektedir.³⁵ Aslında 18. yüzyıl gibi erken bir dönemde bile dokunulmazlıkları fiilen ortadan kalkan padişahlar,³⁶ siyasetin izleyicisi konumuna düşmüş, Saray da siyasi hâkimiyetin merkezi olmaktan çıkmıştır.³⁷ II. Mahmut'un tahta çıkışının (1808) hemen öncesinde yaşanan isyan olaylarında, İstanbul'u yağmalayan yeniçeriler, IV. Mustafa'nın tahta çıkmasını talep etmiş, onun öldürülmesi nedeniyle II. Mahmut'a biat etmeleri istendiğinde "Padişah bir insan değil midir? Kim olsa olur. Esmâ Sultan olsun ya ki Konya'daki şeyh padişah olsun" cevabını vermişlerdir.³⁸ Yeniçe-

³⁰ Şevket Pamuk, a.g.e., s.83-84-112. Borç yükünün ne kadar ağırlaştığı şu örnekle daha iyi anlaşılabilir; 1875 yılında dış borç anapara ve faiz ödemeleri on bir milyon sterlin, devletin toplam gelirleri on sekiz milyon sterlindir. Tablo, bütçenin yüzde altmışından fazlasının dış borç ödemelerine ayrılmak zorunda kaldığını gösterir. Pamuk, a.g.e., s. 120.

³¹ Şevket Pamuk, a.g.e., s. 120.

³² İlber Ortaylı, "Tarihimiz ve Biz," s.112. – Kemal H. Karpat, a.g.e., s.156.

³³ Şevket Pamuk, a.g.e., s. 279.- Cihan Osmanağaoğlu, "Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi," Legal, İstanbul, 2004, s.257.

³⁴ İlber Ortaylı, "Tarihimiz ve Biz," s.114.

³⁵ Bu süre hukuken değilse de fiilen 17. Asrın ortalarına kadar geriye götürülebilir. Zira 1656 yılında vezir-i azam olan Köprülü Mehmet Paşa, işine kimsenin karışmaması için Padişah ve Valide Sultan'a yemin ettirmiştir. Bkz. Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, "Türk Hukuk Tarihi," Savaş Yayınları, Ankara, 1987, s.220.

³⁶ Cihan Osmanağaoğlu, a.g.e., s.91.

³⁷ İlber Ortaylı, "Son İmparatorluk Osmanlı," Timaş, İstanbul, 2007, s.16 - Osmanağaoğlu'na göre'de Osmanlı'nın son döneminde siyasi egemenliğin sahibi İttihat ve Terakki Cemiyetidir. Cihan Osmanağaoğlu, a.g.e., s.20.

³⁸ İlber Ortaylı, "İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı," s. 31.

rilerin gözünde Hanedan üyelerinin hiçbir kutsallık taşımadığını gösteren bu cevap, bürokrasinin bakış açısını yansıtan bir veri olarak değerlendirilebilir.

İktidarın yeni ortakları, bürokrasi sınıfından yetişen sadrazamlardır. Pek çoğu diktatör sıfatını hak eden sadrazamların para ve iktidar konusunda önu alınamaz hırsları vardır. Öyle ki sadece ülke içi değil uluslar arası ihalelerden bile rüşvet almak sıradanlaşmıştır.³⁹ Ahlaki düşkünlük rüşvetle kalmamış, Rus, İngiliz, Fransız sefirleriyle işbirliği yaparak makam elde etme boyutuna ulaşmıştır. Örneğin Mahmut Paşa'nın Rus sefiri İgnatiyef'le olan ilişkileri öylesine sıkıdır ki "Sadrazam Mahmut değil Nedimof'tur" sözü işitilmektedir.⁴⁰ Osmanlı maliyesinin iflası anlamına gelen borçların ödenememesi felaketi bile zenginleşme aracı yapılmıştır. Mithat ve Mahmut Paşa'lar, moratoryum ilanından bir gece önce, ellerindeki senetleri satarak büyük bir servete kondular.⁴¹ Daha vahimi ise IV. Mustafa ve Abdülaziz örneğinde olduğu gibi padişahların tahttan indirilmesinde ayan ve sadrazamların üstlendikleri rollerdir.⁴² II. Mahmut'un padişah olmasını temin eden kişi Rusçuk âyanı Alemdar Mustafa Paşa iken, II. Abdülhamit'in tahta geçmesi Mithat ve Rüştü Paşalar eliyle olmuştur.⁴³

Elinizdeki çalışmanın ana fikri, kutsallıkla iç içe geçmiş bir egemenlik anlayışına yaslanan saltanat rejimlerinin, devrimlerle ortadan kaldırılmasından

³⁹ Bülent Tanör, a.g.e., s.77.- Ahmed Cevdet Paşa, "Sultan Abdülhamid'e Arzlar, (Ma'rûzat)" Sadeleştiren Yusuf Halaçoğlu, Babı alı Kültür Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.220-1. Cevdet Paşa, Nafia Nazırı Davut Paşa'nın Rumeli Demiryolu için Avusturya'lı müteahhit Hirsch'den yüklü bir rüşvet aldığını, karşılığında da sözleşmeye devlet aleyhine hükümler konulduğunu belirtir.

⁴⁰ Ahmed Cevdet Paşa, a.g.e., s. 239. Bürokrasinin bu tutumu "hain ve gafil Babiâli" sözleriyle Meriç tarafından veciz bir şekilde ifade edilmiştir. Bkz. Cemil Meriç, "Bu Ülke," İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s.139.

⁴¹ Ahmed Cevdet Paşa, a.g.e., s.241 v.d. Bu eylem 2001 buhranında, devalüasyondan bir gün önce kendi hesaplarını dövize çeviren merkez bankası başkanının eylemiyle bire bir aynıdır.

⁴² İlber Ortaylı, "İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı," s.27.- Anthony Dolphin Anderson, "Bütün Yönleriyle Osmanlı Hanedanı," Çev.: Şefaattin Severcan, Yenişafak, İstanbul, t.y., s.117-118.- Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, a.g.e., s.272. Bülent Tanör, a.g.e., s.41.-Ahmed Cevdet Paşa, a.g.e., s. 247 v.d. A. Cevdet Paşa'ya göre, 30 Haziran 1876 tarihli saray darbesiyle Abdülaziz'in tahttan indirilmesinin arkasında Sadrazam Rüştü Paşa, Hüseyin Avni Paşa, Mithat Paşa, Serasker, Şeyhülislam Hayrullah Efendi gibi vekiller vardır.

⁴³ Sened-i İttifak'ın Saray tarafından kabulüne önyak olan Alemdar Mustafa Paşa, İnalçık'a göre fiilen bir diktatördür. Halil İnalçık, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayûnu," Halil İnalçık- Mehmet Seyitdanlıoğlu, **Tanzimat/Değişim İçinde Osmanlı İmparatorluğu**, Türkiye İşbankası Yayınları, İstanbul, 2012, s. 95.

sonra, egemenliği kimin ele geçirdiğini ortaya koymaktır. Cumhuriyet rejimleri, “saltanatın ilahi kökene yaslanan egemenlik anlayışını”⁴⁴ ortadan kaldırsalar da yeni düzenlemeler egemenliği, ulusa değil bürokratlara teslim etmiştir. Egemenliğin kullanımındaki kırılma aşamalarını anayasalarda incelemeyen önce Osmanlı İmparatorluğunda padişahın konumu açıklanmalıdır.

Bir İslam devleti olan Osmanlı İmparatorluğunda, egemenlik yetkisinin sahibi olan padişahlar, şeriata aykırı olmamak kaydıyla yasama yetkisini fermanlar aracılığıyla kullanır. Devletin diğer işlevi olan yürütme erki de padişahın uhdesindedir. Yargı yetkisi ise kadınlara aittir. Bu konuda padişahın denetim yetkisi olsa da şer’i yargılama yetkisi yoktur.⁴⁵ Fransız İhtilalini izleyen yıllarda egemenliğin yalnızca padişah tarafından kullanıldığı klasik dönem kapanmıştır. 1808 tarihli “Sened-i İttifak,” padişaha ait egemenlik yetkisine ilk sınırı çeker. Vergilerin, vekiller ile âyan arasında yapılacak müzakerelerle belirleneceğine dair yedinci madde, padişahın mutlak iktidarının artık mutlak olmadığını işaretidir.⁴⁶ Yasama yetkisinin kullanılmasında 24 Mart 1838 tarihinde kurulan Meclis-i Valâ-yı Ahkâm-ı Adliye’nin aracı kılınması ve bu meclisin yetkilerinin yarı anayasal nitelikler taşıyan Tanzimat Fermanı’yla güvenceye kavuşturulması⁴⁷ da egemenliğin sınırlandırılmasında önemli bir kilometre taşıdır. Tüm üyeleri padişah tarafından atanan Meclis-i Valâ’nın, Tanzimat Fermanından I. Meşrutiyete kadar geçen sürede hazırladığı kanun tasarılarının yüzde doksanından fazlası Padişahlar tarafından değiştirilmeden kabul edilmiştir.⁴⁸ 3 Kasım 1839 yılında okunan Gülhane Hatt-ı Hümayun ise reayanın can, mal, ırz güvenliği yanında vergi ve askerlik konularında padişahın yemini ile teminat altına alınan belirli güvenceler getirir. Belge kalemiye (bürokrasi) sınıfından Reşit Paşa’nın eseridir. Paşa’nın asıl amacı, padişahın otorite ve karar verme yetkisini bürokrasiye

⁴⁴ İlber Ortaylı, “İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı,” s.157

⁴⁵ Üçok-Mumcu, a.g.e., s.213-215.

⁴⁶ Halil İnalçık, a.g.e., s. 94-95.

⁴⁷ Mehmet Seyitdanlıoğlu, “Divan-ı Hümayundan Meclis-i Meb’usan’a Osmanlı İmparatorluğunda Yasama,” Halil İnalçık- Mehmet Seyitdanlıoğlu, **Tanzimat/Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, Türkiye İşbankası Yayınları, İstanbul, 2012, s. 378.

⁴⁸ Cihan Osmanağaoğlu, a.g.e., s.133.- Mehmet Seyitdanlıoğlu, a.g.e., s. 380.

devretmekti.⁴⁹ Bu hayal, uzun olmayan bir zaman diliminde bir başka paşa tarafından gerçekleştirilecektir.

Maliyenin iflas ettiği, Balkanların kaynadığı, 93 harbinin çok yakın olduğu günlerde II. Abdülhamit'e baskıyla kabul ettirilen 1876 tarihli Kanun-ı Esasi, egemenliğin en önemli görünümü olan yasama yetkisini Padişah ve Meclis-i Umumi arasında paylaştırır. Kanun-ı Esasi'nin 53. Maddesine göre,⁵⁰ kendi görev alanları içinde kanun teklif etme yetkisi Heyet-i Âyan ve Heyet-i Mebusan'a aittir. Anayasa'nın Heyet-i Mebusan'ı, tüm Osmanlıların vekili olarak gören 71. Maddesini yorumlayan Tanör, milletin temsil yoluyla yasamaya ortak olduğu bir düzenlemede artık padişahın mutlak egemen olmadığı, adı konulmamış olsa da milletin egemenliğe ortak olmak üzere ortaya çıktığı görüşündedir.⁵¹ Rus ordusunun Yeşilköy'e dayanmasını gerekçe göstererek Meclis-i Umumi'yi 1878'de tatil eden II. Abdülhamit, İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin baskıları sonucu 1908 yılında Kanun-ı Esasi'yi tekrar yürürlüğe koymuş, 31 Mart vakiasından sonra da İttihatçılar tarafından azledilmiştir.

Kanun-ı Esasi'de 1909 yılında yapılan değişikliklerle padişah, yürütme erki olan Heyet-i Vükela üzerindeki gücünü de kaybetmiştir. Sadece şeyhülislam ve sadrazam atama yetkisi padişahındır, diğer vekiller sadrazam tarafından belirlenecektir. Ayrıca uluslar arası andlaşmaları imzalama yetkisi, Meclisin onay şartına bağlanarak padişahın elinden alınmıştır.⁵²

1808 yılında Sened-i İttifakla başlayıp 1909 Kanun-ı Esasi değişiklikleriyle son bulan bir asırlık dönemde, Padişahın mutlak egemenliği adım adım ortadan kaldırılmış, saltanatın ilgası ve hanedanlığın yurt dışına sürgün edilmesiyle de süreç tamamlanmıştır.⁵³ Bu dönemde padişahlar kâğıt üzerinde mutlak hükümdar ve egemendir. Ancak vergi toplamaktan kanun çıkarmaya kadar bir dizi egemenlik yetkisi önce âyana sonrada bürokratlara geçmiştir. Weber durumu "Monark yönettiğini sansa da bürokratlar denetimsiz bir şekilde hareket

⁴⁹ Halil İncalcık, a.g.e., s.102-103.

⁵⁰ Suna Kili-A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s. 42.

⁵¹ Bülent Tanör, a.g.e., s.137.

⁵² Bülent Tanör, a.g.e., s.193-194.

⁵³ 1924 tarihli "Hilafetin İlgasına ve Hanedan-ı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun" için Bkz. Suna Kili-A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s. 122.

etmenin, hiç kimseye hesap vermemenin keyfini çıkartır”⁵⁴ sözleriyle tasvir eder. Toplum savaş, isyan ve iflaslarla boğuşurken Alemdar’dan Reşit Paşaya, Ali ve Fuat Paşalardan Enver ve Talat paşalara kadar çok sayıda asker ve sivil bürokrat halkın kaderine hükmetmiştir. Aynı dönemin anayasa hükümleri Padişahı, saltanat ve egemenliğin tek sahibi, kutsal ve dokunulmaz bir kişilik kabul eder.⁵⁵ Biri hariç son altı padişahın gerekçeleri farklı olsa da azledilmesi,⁵⁶ imparatorluğun tasfiyesinden sonrada tüm hanedan üyelerinin ülke dışına sürgün edilmesi, padişahların ne kutsal ne dokunulmaz ne de gayrimesul olduklarının göstergesidir.

1908’de II. Meşrutiyet’le başlayıp 2007 yılındaki Cumhurbaşkanlığı seçimine kadar süren ikinci yüzyıllık dönemde, önceki asırda egemenliğin filen sahibi olan bürokratlar, bu durumu yasallaştıracak adımları attılar. Saltanat ve Hilafetin ilgası, Ulusal Egemenlik ilkesinin benimsenmesi ve Cumhuriyet ilanı, hatta devlet dininin İslam olduğunu düzenleyen 1921 Anayasasının ikinci maddesinin değiştirilmesi, hep aynı amaca matuf hamlelerdir.⁵⁷ 1921 ve 1924 Anayasaları devletin ruhu⁵⁸ demek olan egemenliğin tek sahibi olarak millete işaret etse de⁵⁹ amaç, cahil halka/ulusa iktidarı teslim etmek değil yüzlerce yıldır saltanat süren Osmanlı Hanedanının, iktidara tekrar ortak olmalarının önüne geçmektir. Nasıl ki Fransız Devriminden önce halkın isteklerini öğrenmek için her mahalleye konulan dilek defterlerinde/cahiers de doléance, krallığın ilgasına ilişkin bir talep dile getirilmemişse,⁶⁰ yetersizlikleri olsa da ülkeye ihanet etmeyen Osmanlı Hanedanının⁶¹ iktidardan ve ülkeden uzaklaştırılması için de

⁵⁴ Max Weber, “Economy and Society,” s. 1407.

⁵⁵ Örneğin 1876 tarihli Kanun-ı Esasinin 5. Maddesine göre “Zat-ı Hazreti Padişahın nefsi-i hümayunu mukaddes ve gayrimesul’dür.” Bülent Tanör, a.g.e., s.142.

⁵⁶ Anthony Dolphin Anderson, a.g.e., s.18.

⁵⁷ Karş. Kemal H. Karpat, a.g.e., s. 224.

⁵⁸ Thomas Hobbes, “Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti,” Çev., Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993, s. 162.

⁵⁹ Suna Kili-A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s.105-128.- Bülent Tanör, a.g.e.,255-295. 1921 ve 1924 Teşkilâtı Esâsiye Kanunu’nun Birinci ve Üçüncü Maddesi aynı ilkeyi tekrarlar; “Hâkimiyet bila kaydü şart milletindir.”

⁶⁰ Mehmet Ali Ağaoğulları, “Fransız Devrimi: Halk Sahneye Çıkıyor,” **Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler**, Edt. Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim, İstanbul, 2011, s. 617.

⁶¹ İlber Ortaylı, “Son İmparatorluk Osmanlı,” s.17.

halkın bir talebi olmamıştır. Devlet şeklinin değişmesi bir bürokratin, devletin başına geçerek egemenliği doğrudan kullanabilmesinin önkoşuludur sadece.

Eğer Cumhuriyet, devlet başkanlığının veraseten intikal etmediği yönetim biçimi olarak tanımlanırsa⁶² âyan ve bürokratların 18. ve 19. Asırlarda hayalini kurduğu ama tarih ve toplumun izin vermediği iktidarın ele geçirilmesi amacının, cumhuriyetin ilanıyla gerçekleştiği söylenebilir. 20. Asır boyunca devlet başkanlığı yapan kişilere bakıldığında iktidarın belli bir hanedandan silahlı bürokrasiye aktarıldığı kolaylıkla görülür. 1920’lerden 1990’lara kadar geçen yetmiş yıllık sürede Celal Bayar dışındaki tüm devlet başkanları askeri bürokrasiden çıkmıştır. Eğer açık darbe yapıp bizzat devlet başkanlığı üstlenilememiş ise bu kez tıpkı önceki asırda olduğu gibi kimin devlet başkanı olacağına yine bürokratlar karar vermiştir. Silahlı bürokrasinin seçilmiş iktidara müdahale ederek alaşağı ettiği 28 Şubat sürecinde,* 10. Cumhurbaşkanı’nın, halkın temsilcileri arasından –Meclis- değil de yüksek yargı bürokratları arasından seçilmesi, egemenliğin kimler arasında el değiştirdiğini göstermesi açısından öğreticidir. Bürokrasinin 11. Cumhurbaşkanı’nı belirlemek için 2007 yılında yaptığı müdahalenin, hükümet tarafından reddedilmesiyle, 1908 yılında açılan *bürokratik egemenlik çağı* [şimdilik] kapanmıştır.

1876 tarihli Kanun-ı Esasinin 5. Maddesine göre saltanat ve hilafet Osmanlı sülalesinin en yaşlı evladına aittir.⁶³ Anayasa açıkça egemenliğin kime ait olduğunu belirtmese de maddeyi ve bir bütün olarak anayasayı yorumlayan Tanör, yürütmeyi uhdesinde tutan, yasama organını büyük ölçüde belirleyen, diğer hükümlerle pek çok yetki tanınan padişahın egemen güç olduğu sonucuna ulaşır. Zamanın ruhunu (zeitgeist) yansıtan Kanun-ı Esasi için yapılan bu tespit doğru fakat eksiktir. Eğitimi ve pozisyonu itibarıyla teknik bilgidan

⁶² Kemal Gözler, “Anayasa Hukukunun Genel Esasları,” Ekin, Bursa, 2012, s. 181. Kelsen’e göre egemenlik bir kişiye aitse Monarşi, birden fazla kişiye aitse Cumhuriyet söz konusudur. Bkz. Hans Kelsen, “General Theory of Law and State,” Translated by Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1949. s. 283.

* Dönemin Genel Kurmay II. Başkanının Cumhurbaşkanlığı için uluslararası güç odaklarıyla kurduğu ilişkiler, Reşit Paşa’nın İngiliz, Mahmut Nedim Paşa’nın Rus sefirleriyle kurdukları ilişkilerin tekrarı niteliğindedir.

⁶³ Suna Kili-A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s.36.

uzak olan padişahın bürokrasiyi denetleyebilmesi, yönlendirmesi, hatta söz geçirmesi imkansızdır.⁶⁴ Anayasa ne söylerse söylesin iç ve dış siyasete ilişkin kararlar bürokratlar tarafından padişah nam ve hesabına alınıp uygulanmıştır.

İmparatorluğun tasfiyesini izleyen yıllarda iktidarın tek sahibi olarak bürokratların yaptığı 1921 ve 1924 anayasaları, ilk anayasadan farklılaşarak ege-menliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu ilan eder. Millettin yegâne temsilcisi konumundaki Büyük Millet Meclisi yürütme ve yasama yetkilerini millet adına kullanacaktır. (1921/2. Madde) Dönemin olağanüstü koşullarını yansıtan 1921 Anayasası, en az iki noktada hakları koruma açısından 1876 tarihli Kanun-i Esasiden daha kötüdür. İlki, yargı yetkisini bağımsız mahkemelere veren ve özel yetkili mahkeme kurmayı yasaklayan hükümlerin⁶⁵ bu anayasada yer almayışıdır. Önceki anayasanın halen yürürlükte olduğu gerekçesiyle bunun bir eksiklik olarak görülemeyeceği düşünülse de İstiklal Mahkemeleri, 1921 Anayasası'nın bürokratlara diktatörce uygulamalar için zemin hazırladığı gerçeğini gözler önüne serer.⁶⁶

İkinci eksiklik seçim güvenliğine ilişkindir. Kanun-ı Esasinin 66. Maddesi rey'i hafi/gizli oy ilkesini benimsemiştir. Ayrıca seçimlerin nasıl yapılacağı-nın özel kanunla tespit edileceğini belirterek halk iradesinin sağlıklı biçimde tecelli etmesine ilişkin güvenceler verilmiştir. Elli yıl sonra yapılan anayasada “gizli oy” ilkesinin kabul edilmeyişi, tesadüf ya da unutkanlık olamaz. Nitekim Hilafet, Saltanat ve Devlet Başkanının yetkileri konusunda farklı düşünen I. Meclis muhalif grubu, 1923 ortasında seçimler yoluyla bertaraf edilmiştir. Bu tasfiyenin “halkın macera istemeyişi ya da muhalefetin somut siyasal öneriler ortaya koymamasıyla”⁶⁷ izahı yetersizdir. Aynı tarihte değiştirilen Hıyaneti Vatanıye Kanunu ile gizli oy ilkesine riayet edilmeden yapılan seçimlerin, muhalefetin ortadan kaldırılmasına yaptığı katkı açıktır.

⁶⁴ Max Weber, “Economy and Society,” s.1406.

⁶⁵ Kanun-ı Esasi'nin 81 ve 91. Maddeler arasındaki Mehakim başlığı altındaki bölümü bağımsız yargıyı düzenler. Bkz. Suna Kili-A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s.46-47.

⁶⁶ Mebus Ağaoğlu Ahmet Bey'e göre Teşkilati Esasiye Kanunu “Birinci Büyük Millet Meclisi'ne diktatörlük hukuku vermişti ve hatta bu diktatörlük hukukunu kendisi bizzat ilan etmişti.” Bkz. Bülent Tanör, a.g.e., s. 261.

⁶⁷ Bülent Tanör, a.g.e., 282.

Uluslar arası koşulların dayatmasıyla çok partili hayata geçildiğinde bürokratik elitin kümelendiği parti seçimleri kaybetmiş, bu kez silahlı bürokrasi yeniçeri ayaklanmalarını hatırlatırcasına hükümeti devirip meclisi kapatarak, kendi çıkarlarına uygun yeni bir anayasa yapmıştır. Darbeci generallerin devlet başkanı olması dışında 1921 ve 1924 anayasalarının egemenliğe ilişkin maddelerinde esaslı bir değişikliğe gidilir: Amaç, bürokratların iktidar koltuğuna sessizce oturmaları için açık kapı bırakmaktır.

Bürokratik egemenliği* esas alan 1961 Anayasası 4. Maddesine göre “Egemenlik kayıtsız şartsız millete aittir.” Ve fakat “Millet, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır.” Yirmi yıl sonra yapılan hükümet darbesi sonrasında kaleme alınan 1982 Anayasasının 6. Maddesi de aynı ifadeye sahiptir. Ama devletin ruhu demek olan egemenliği kullanacak “yetkili organların” hangileri olduğu sorusunu cevaplamadan. Bu hükümlerle yalnızca devletin ruhu gasp edilmekle yetinilmemiş, bürokratların egemenliği halka rağmen kullanabilmelerinin yolu da sonuna kadar açılmıştır: Hükümetlere ne yapması gerektiğini bildiren Milli Güvenlik Kurulu (1961/111-1982/118. Madde) ile ne yapamayacağını (hangi kanunu çıkaramayacağını, hatta hangi anayasa maddesini değiştiremeyeceğini) söyleyen Anayasa Mahkemesi⁶⁸ (1961/145- 1982/146. Madde) fiilen kullanılan egemenliğe, yasallık kılıfı geçirmek için oluşturulmuş yetkili ama sorumsuz anayasal organlardır.

İdam edilen, hapse atılan, görevden alınan, hakaret edilen bakan, başbakan hatta Cumhurbaşkanı karşısında yirminci asrın sonuna kadar yargılanamayan hatta nasıl yargılanacağı bile belli olmayan genelkurmay başkanları gerçeği, kimin kutsal ve dokunulmaz olduğunu Hindistan dâhil tüm dünyaya öğretir. Tek farklılık Kanun-ı Esasi'nin açıkça ifade ettiği dokunulmazlık ve sorumsuzluğun darbe anayasalarında aynı açıklıkla ifade edil(e)memesidir.

* 20. Asrın son çeyreğine kadar ülkede çok yaygın olarak işitilen Harbiye+Mülkiye=Türkiye sözü bürokratik vesayeti en iyi ifade eden mottodur.

⁶⁸ Kelsen'e göre, yasama organının çıkardığı bir kanunu iptal etme yetkisi, anayasa mahkemesini “negatif yasama organı” olarak Meclisin üstünde bir otoriteyle donatmakla kalmaz, “erkler ayrılığı” ilkesine de açık bir tecavüz teşkil eder. Bkz. Hans Kelsen, a.g.e., s. 156-268-269.

Darbe Anayasalarının “insan haklarına dayalı” ya da “saygılı” olması, “sosyal ve ekonomik hakların” ilk kez liste halinde anayasa metnine geçirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında “kanunilik” ve “hakkın özüne dokunma yasağı” ölçütlerinin getirilmesi gibi ayrıntılar, ruhu çalındığı için ölü kelime yığınlarından başka bir şey olmayan anayasayı makyajlamaktan öte bir anlam taşımaz. Çünkü bu anayasalar, yetkili ama sorumsuz bürokratlarla, sorumlu ama yetkisiz hükümetleri dengelemeye çalışarak ülkenin yönetilemez hale gelmesinin esas müsebbibidir. Biraz önce ifade edildiği gibi görevi dolayısıyla azledilen, hapse atılan halkın yasal temsilcilerine çok sayıda örnek göstermek imkân dâhilinde iken kararlarıyla anayasa hükümlerini değiştiren⁶⁹ Anayasa Mahkemesi üyesi bürokratların verilen kararlar dolayısıyla hesaba çekilmesi hiç gündeme gelmemiştir.

“Partiler üstü olmak,” “tüm toplumun menfaatlerini gözetmek,” “seçmen taleplerine boyun eğmeden rasyonel kararlar almak,”⁷⁰ gibi söylemler bürokratların içselleştirdiği rolleri ifade eder. İktidar mücadelesi dışında kalmayı zorunlu kılan bu pozisyon sayesinde parti liderleri ya da halkın meşru temsilcileri oy uğruna taviz vermekle suçlanabilse de demokratik meşruiyet elde edilemez. Bürokrasi, siyasetin dolayısıyla siyasetçilerin üzerinde değildir. Türkiye’de bürokratların, özelliklede yargı bürokrasisinin anlamakta güçlük çektiği nokta burasıdır; bürokrasi iktidar değil sadece iktidarın aracıdır.⁷¹ Aron’un ifadesiyle meşruiyete sahip olmayan memur, emirleri siyaset adamından alır.⁷² Üstelik halkın temsilcisi konumunda olan siyasetçilerden emir alacak olanlar yalnızca taşradaki küçük memurlar değil bilhassa yüksek yargı mensuplarıdır. Bir

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, 01.05.2007 gün ve 2007/45E., 2007/54K. Sayılı kararı ile 1982 Anayasasının toplantı yeter sayısını düzenleyen 96. Maddesini yorumlamış ve Cumhurbaşkanlığı seçimi için toplantı nisabının üye tam sayısının üçte biri değil üçte ikisi olduğuna karar vermiştir. Karar, Anayasa’nın toplantı nisabını belirleyen 96. maddesini değiştirdiği için yeni bir anayasa kuralıdır. Meclise ait anayasa değiştirme yetkisini AYM’nin kullanması Anayasaya açıkça aykırıdır ve kamusal yetkinin kötüye kullanılması nedeniyle de en azından “görevi kötüye kullanma” suçunun maddi koşulları açısından incelenmelidir. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/25.04.2014>

⁷⁰ Raymond Aron, “Sınıf Mücadelesi,” s. 176-177. - Max Weber, “Economy and Society,” s. 1404.

⁷¹ İlber Ortaylı, “Osmanlı Barışı,” Timaş, İstanbul, 2007, s.203.

⁷² Raymond Aron, “Sınıf Mücadelesi,” s.177.

farkla ki milli irade sıradan memurlara kanun altı düzeyde düzenleyici işlemlerle örneğin yönetmelikle iletilebilirken, yüksek yargı mensuplarına belli bir biçimde, yani kanun şeklinde iletilmek zorundadır. Bu biçimsel şart yerine getirildiğinde, yürütme gibi yargı da kendi üzerinde oluşan iradenin meşruiyetini tartışamaz. Çünkü burada biçim, meşruiyetin biricik koşulu olup buna eklenecek diğer tüm koşullar milli iradeyi geçersiz kılmanın aracı haline dönüşür. Bu sebeple de kabul edilemez.

1789 İhtilalinden sonra ulusun egemen olduğunu söylemek ne kadar yanlışsa, Bolşevik devrimden sonra proleteryanın iktidara geçtiğini iddia etmek de o kadar yanlıştır.⁷³ Tıpkı 1921 Anayasasından sonra egemenliğin bir hanedandan ulusa geçtiğini iddia etmenin yanlış olması gibi. Olan sadece modern devletle serpilip gelişen bürokrasinin, rasyonel olmayan egemenlik yapılarını yıkmasıdır.⁷⁴ Bu yapılırken de halk adına egemenlik yetkisini kullanan bürokratik elit, kararlarından dolayı sorumluluk üstlenmemiştir. Şayet halk adına otoriter biçimde kullanılan egemenlik, Rusya’da olduğu gibi nihai olarak genel çıkarlara hizmet ediyorsa daha kolay kabul edilebilir bir durum söz konusudur. Zira adı geçen ülke bu sayede uzay teknolojisi dışında, nükleer silahlara sahip olmuş, petrol ve doğal gaz gibi tabii kaynaklarını batılı kapitalist şirketlerin tasallutundan kurtarabilmiştir. Türkiye ve Mısır gibi ülkelerde, egemenliği ele geçiren elitler, batılılaşma adına halklarını bastırmış, öncelikleri de uluslararası güç odaklarının öncelikleriyle paralel olmuştur.

SONUÇ

Osmanlı imparatorluğu 18. Asrın başlarından itibaren Avrupa karşısında askeri yenilgilerle gerilemeye başlamış bu durum güçlü ordu ihtiyacını doğurmuştur. Güçlü ordunun güçlü bir maliye gerektirmesi, ordu ve maliye teşkilatının ıslahını zorunlu kılmış, böylece merkezi devletin bürokratik temelleri atılmıştır. 19. Asırda teknik bilgiye sahip yabancı dil bilen bürokratlar, sarayda yükselerek önce padişahın iktidarına ortak olmuş, sonra da tüm iktidarı ele

⁷³ Raymond Aron, “Sınıf Mücadelesi,” s. 119.

⁷⁴ Max Weber, “Sosyoloji Yazıları,” Çev.: Taha Parla, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993, s.216.

geçirerek cumhuriyet dönemine de miras kalan diktatörce uygulamalara imza atmışlardır. 1876 tarihli Kanun-ı Esasi, dokunulmaz ve sorumsuz ilan ettiği padişahı, egemenliğin kullanımında yetkili kılarken, bürokrasinin öncülüğünde ilan edilen II. Meşrutiyet, padişahın anayasal yetkilerini kısıtlamanın miladıdır. Kâğıt üzerinde padişaha ait son yetkiler de 1921 Anayasası ile ortadan kaldırılmıştır.

Teokratik niteliği ağır basan saltanat rejiminin tasfiye edilerek “ulusal egemenlik” ilkesinin benimsenmesi, “bağımsız yargının” ve “gizli oya dayalı dürüst seçimlerin” eksikliği nedeniyle, Cumhuriyet rejimini birkaç yıl içinde diktatörlüğe dönüştürmüştür. Çeyrek asır içinde uluslar arası ilişkilerin zorunlu kıldığı çok partili hayat, bürokratik oligarşinin aleyhine sonuçlar üretmiş, bu kez silahlı bürokrasi 1961 ve 1982 yılında yaptığı anayasalarla, ulusun temsilcilerine ait “egemenliği,” “yetkili organlara” daha açık söylemek gerekirse bürokratlara devretmiştir. Tüm “Asli kurucu iktidar” söylemlerine rağmen, “ulusal egemenlik” ilkesinin “*bürokratik egemenlikle*” yer değiştirdiği açık darbe dönemleri, fiilen sahip olunan egemenliği kanunen de bürokrasiye ait kılma süreçleri olarak bütün çarpıklıklarıyla düzeltilmeyi beklemektedir.

Siyasal bağımsızlığı korumak için iktisadi bağımsızlıktan feragat eden Osmanlı ve Cumhuriyet bürokrasisi, bu tercihin milleti, Avrupalı kapitalistlere bağımlı hale getirdiğini görmemiş, görse de önemsememiştir. İngiltere ile imzalanan Baltalimanı Andlaşması ve 1996 tarihinde başlayan Gümrük Birliği süreci bunun ispatıdır. İşte “*bürokratik egemenlik*,” iktisadi bağımlılığın, ne işe yaradığı belli olmayan siyasal bağımsızlıkla yan yana yürütülmesinin anayasal aracıdır. Şayet siyasi bağımsızlık, iktisadi bağımsızlıkla taçlandırılacak ise bunun yolu, bürokratik egemenliğin ortadan kaldırıldığı yeni bir anayasa yapmaktır. Devletin ruhu demek olan egemenliğin, tekrar asıl sahibine –millet- teslim edildiği yeni bir anayasa.



KAYNAKÇA

Ağaoğulları, Mehmet Ali. “Fransız Devrimi: Halk Sahneye Çıkıyor,” Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Edt. Mehmet Ali Ağaoğulları, İletişim, İstanbul, 2011.

Akal, Cemal Bâli. “Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu,” Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.

Anderson, Anthony Dolphin. “Bütün Yönleriyle Osmanlı Hanedanı,” Çev.: Şefaattin Severcan, Yenişafak, İstanbul, t.y.

Aron, Raymond. “Sanayi Toplumu,” Çev.: E. Gürsoy, Dergah Yayınları, İstanbul, 1978.

Aron, Raymond. “Sınıf Mücadelesi,” Çev.: Erol Güngör, Dergah Yayınları, İstanbul, 1992.

Delice, Aslan. “Bir Modern Zaman Mit’i Olarak Ulusal Egemenlik,” Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.

Gattrel, Peter. “Government, Industry And Rearmament In Russia, 1900-1914- The Last Argument of Tsarism,” Cambridge University Press, 1994.

Gözler, Kemal. “Anayasa Hukukunun Genel Esasları,” Ekin, Bursa, 2012.

Gürkan, Ülker. “S.S.C.B. Siyasî Rejiminin Ana Hatları,” www.AUHF/1964/21-01-04/ (28.02.2014)

Hobbes, Thomas. “Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti,” Çev., Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993.

İnalçık, Halil. “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayûnu,” Halil İnalçık-Mehmet Seyitdanlıoğlu, Tanzimat/Değişim İçinde Osmanlı İmparatorluğu, Türkiye İşbankası Yayınları, İstanbul, 2012.

Karpat, Kemal H. “Osmanlı’dan Günümüze Ortadoğu’da Millet, Milliyet, Milletçilik,” Çev.: Recep Boztemur, Timaş, İstanbul, 2013.

Kelsen, Hans. “General Theory of Law and State,” Translated by Anders

Wedberg, Harvard University Press, Cambridge. Massachusetts, 1949.

Kili, Suna –Gözübüyük, A. Şeref. “Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri,” Türkiye İşbankası Yayınları, İstanbul, 2006.

Lenin, V.I. “Collected Works, Volume 3, The Development Of Capitalism In Russia,” Progress Publishers, Moscow, Digital Reprints, 2009.

Lenin, V.I. “Ulusların Kaderlerini Tayin Hakkı,” Çev.: Muzaffer Erdost, Sol Yayınları, Ankara, 2010.

Maddex, Robert L. “Constitution of the World,” CQ Press, Washington D.C., 2008.

Meriç, Cemil. “Bu Ülke,” İletişim Yayınları, İstanbul, 1992.

Ortaylı, İlber. “İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı,” Hil Yayın, İstanbul, 1995.

Ortaylı, İlber. “Son İmparatorluk Osmanlı,” Timaş, İstanbul, 2007.

Ortaylı, İlber. “Osmanlı Barışı,” Timaş, İstanbul, 2007.

Ortaylı, İlber. “Tarihimiz ve Biz,” Timaş, İstanbul, 2008.

Osmanağaoğlu, Cihan. “Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi,” Legal, İstanbul, 2004.

Pamuk, Şevket. “Osmanlıdan Cumhuriyete Küreselleşme, İktisat Politikaları ve Büyüme/Seçme Eserler II,” Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012.

Paşa, Ahmed Cevdet. “Sultan Abdülhamid’e Arzlar, (Ma‘rûzat)” Sadeleştiren Yusuf Halaçoğlu, Babı ali Kültür Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Seyitdanlıoğlu, Mehmet. “Divan-ı Hümayundan Meclis-i Meb’usan’a Osmanlı İmparatorluğunda Yasama,” Halil İnalçık- Mehmet Seyitdanlıoğlu, Tanzimat/Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Türkiye İşbankası Yayınları, İstanbul, 2012.

Tanör, Bülent. “Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri,” Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011.

Tse-tung, Mao. “Hunan’daki Köylü Hareketi Üstüne Araştırma Raporu,” Çev.:Kurthan Fişek, Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar, Yakın Çağ, Der.; Mete Tunçay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s.400-444.

Üçok, Coşkun.- Mumcu, Ahmet. “Türk Hukuk Tarihi,” Savaş Yayınları, Ankara, 1987.

Weber, Max. “Economy and Society, an Outline of Interpretive Sociology,” Edited by Guenther Roth and Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, 1978.

Weber, Max. “Sosyoloji Yazıları,” Çev.: Taha Parla, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993.

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN ZORUNLU İDARİ BAŞVURU YOLLARI

*Compulsary Administrative Application Ways Projected in The Law
of 4734 on Public Procurement*

Dr. Gürsel ÖZKAN*

ÖZET

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen şikayet ve itirazın şikayet olarak öngörülen zorunlu idari başvuru yolları tüketilmeksizin, kanun kapsamındaki ihale işlemleri hakkında idari dava yoluna gitme olanağı bulunmamaktadır.

Zorunlu idari başvuru yolu olarak şikayet ve itirazın şikayet, uygulamada bir takım hukuksal sonuçlara yol açmaktadır. İdari başvuru yollarının zorunlu olmasının hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması ve kamu hizmetinin zamanında yapılmasının geciktirilmesi gibi önemli sakıncaları bulunmaktadır.

İdarenin ihale işlemleri nedeniyle kendi dışında bağımsız olarak örgütlenmiş uzman bir kuruluş olan Kamu İhale Kurulu tarafından denetimi yapılmakla birlikte, itirazın şikayet başvurularına yönelik inceleme yetkisi etkin bir denetim yapılmasına olanak sağlamamaktadır. İdari başvuru ehliyeti daraltılmış olduğundan şikayet ve itirazın şikayet yoluna menfaatleri ihlal edilenler diğer bir ifadeyle dava açma hakkı olanlar gidememektedir.

Anahtar Kelimeler: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Şikayet ve İtirazın Şikayet, Zorunlu İdari Başvuru Yolları, Hak Arama Özgürlüğünün Sınırlandırılması.

ABSTRACT

There is no possibility to go administrative litigation on tender process within the law of 4734 on Public Procurement Law without expending compulsory administrative ways as prescribed the complaint and the complaint through appeal under the Law.

The complaint and the complaint through appeal as an administrative application ways cause some legal consequences. The necessity of administrative ways have significant results such as the restriction of the freedom to seek rights and delaying the timely performance of the public services.

* Ankara İdare Mahkemesi Başkanı

Although inspection is made by the Public Procurement Agency which is an expert institution organising their own independent outside, the authority does not allow an effective audit for the applications of complaint. Because of the administrative licence application is narrowed, interests of those who violeted, in other words the persons who have the right to litigate can not go the way complaint way.

Keywords: The Law of 4734 on Public Procurement Law, The Complaint and the Complaint Through Appeal, Compulsary Administrative Application Ways, The Restriction of The Freedom To Seek Rights.

◆◆◆

I. GİRİŞ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda bulunmayan; şikayet ve itirazın şikayet olmak üzere iki yeni başvuru yolu getirmiştir. Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yollarıdır. Bu yollar tüketilmeden dava açılması durumunda mahkemeler idari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçelerinin yetkili idari makamlara tevdiine karar vermek durumundadır.

Zorunlu olan idari başvuruların süresinde yapılmaması durumunda dava açma hakkı ortadan kalkmakta ve bireylerin idarenin işlemlerini yargısal denetime götürememeleri nedeniyle hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması sonucu doğmaktadır. İhale işlemlerine karşı idari dava yoluna gidilebilmesi için idari başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu uzun sayılabilecek bir sürenin geçmesini gerektirmektedir. Bu durumun ihale işlemlerinin kısa sürede sonuçlanmasına engel oluşturması nedeniyle kamu kaynaklarının zamanında ve etkin biçimde kullanımını zorlaştırdığı dolayısıyla kamu zararına yol açtığı söylenebilir.

Bu makalede, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda düzenlenen şikayet ve itirazın şikayet olarak öngörülen zorunlu idari başvuru yollarının önemi, hak arama özgürlüğüne etkisi ve kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması ve kamu yararının gerçekleştirilmesi konusundaki rolü incelenecek, Danıştay kararları esas alınarak şikayet ve itirazın şikayet başvuru yolu hakkındaki yargının bakış açısı değerlendirilecektir.

II. BAŞVURU YOLLARI

Başvuru¹, “bir şahsın, herhangi bir dilekte bulunmak üzere, devlet makamlarına başvurması” anlamına gelmektedir. Başvuru terimi, bir hukuk öznesinin diğer hukuk öznesine dilek, talep, arz, rica itiraz veya şikayetlerini iletmesidir².

“Hak” sözcüğünün doğruluk, tanrı veya hukukun kişilere tanıdığı yetkiler olarak birden fazla tanımı³ bulunmaktadır. Hak sözcüğünü hukukun kişilere tanıdığı yetkiler olarak anlamak gerekmektedir. Yine bir başka tanımlamaya göre de “hak”, kişilerin isteyebileceği, ileri sürebileceği bir durumu ve iddia edebilme olanağını ifade etmektedir⁴.

Buna göre başvuru hakkı, Devlet makamlarından hak ve özgürlüklerle ilgili olarak talepte bulunma yetkisini ifade etmektedir.

Başvuru hakkı, hak arama özgürlüğünün varlığı, tanınması ve kullanımı bakımından önem taşımaktadır. Hak arama özgürlüğü, başvuru hakkının kullanımı ile anlam kazanmakta, minimum düzeyde başvuru hakkı ve başvuru hakkının tanınmasını içermektedir⁵.

Başvuru hakkı, kamusal makamlara yapılabilecek birden fazla başvuru yolunu ve türünü kapsamaktadır. Başvuru türleri, maddi⁶ ve organik⁷ anlamda çeşitli açılardan sınıflandırılabilir.

¹ DURAN Lütüf, “İdari Müraacatlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1946, Cilt: 12, Sayı: 1, s.132-134.

² YILDIRIM Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, İkinci Baskı, Konya 2006, s.9

³ “Hak, objektif hak ve subjektif hak olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif hak aynı zamanda hukuk anlamına gelmekte, sosyal düzenin korunması ve devam ettirilmesi için toplumun üyesi sıfatıyla kişilerle kişiler veya Devletle kişiler veya değişik Devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen usul ve kurallardır. Bu anlamda hak, hukuk düzenidir. Subjektif hak ise, objektif hakkın usul ve kurallarına dayanarak hak sahibi sıfatıyla tanınmış yetkilidir.” Türk Hukuk Lugatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998, s.110.

⁴ ARMAĞAN Servet, Temel Haklar ve Ödevler , Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 1.

⁵ KABOĞLU İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2002, s.163.

⁶ Maddi açıdan sınıflandırmada, başvurunun konusu devletin yüklendiği işlevlerden hangisini ilgilendiriyorsa başvuru türünün o devlet işlevine göre belirlenmesidir. Buna göre, yargısal başvurular ve idari başvurulardan söz edilmektedir. Daha geniş bilgi için bakınız. YILDIRIM, s. 11-14

⁷ Başvuruların yapıldığı organa göre; idari, siyasi ve yargısal başvurular,şeklinde başvuruların organik olarak sınıflandırılmasıdır.

Anayasanın 40. maddesine göre; anayasa ile tanınmış temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişiler yetkili makamlara geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptirler. Bu madde uyarınca kişilere Anayasa'da tanınan hak ve özgürlüklerle sınırlı; başvuru makamları bakımından ise sınırsız bir şekilde başvuru imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla bu madde hak arama özgürlüğünün bir yolu olan idari başvuru yönteminin Anayasal karşılığı olup, idari, yargısal ve siyasal başvuru yollarının⁸ güvencesini⁹ de oluşturmaktadır.

A) Siyasal Başvuru

İdari işlemlere karşı idari ve yargısal başvuru yollarının yanında siyasal başvuru yolunun da tanınması, yasama organının yürütme organı üzerinde siyasal denetim yapmasını sağlamak için öngörülmüştür¹⁰.

Siyasal başvuru, yasama organına başvuru hakkını güvenceye bağlayan Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkının kullanımıdır. Buna göre vatandaşların¹¹ yasama organına dilek veya şikâyet biçiminde yaptıkları başvuruya dilekçe hakkı denmektedir¹².

Dilekçe hakkını kullanırken talep edilen şeyin konusuna göre dilekçe hakkının dilek ve şikâyet olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Şikâyet niteliğindeki başvurular, bir kişinin ya da kamunun çıkarlarının zedelenmesi, ya da hukuk düzenindeki aksaklığın ortaya konması ile ilgili olduğu için, konusu da ister istemez bununla sınırlıdır. Buna karşılık dilek niteliğindeki başvurular bir ya da birden çok kişinin kendileri ya da kamuyu ilgilendiren konularda alınması gereken önlemleri, ya da istekleri dile getirmesi ve siyasal içerikli olmaları nedeniyle sınırlanamayan ancak düzenlenebilen niteliktedirler. Dilekçe hakkını

⁸ Başvuru hakkı, başvurunun yöneltildiği yer ölçüt alınarak, idari, siyasi ve yargısal başvuru hakkı ve yolları olmak üzere üçe ayrılmaktadır (DURAN, s. 134).

⁹ SABUNCU Yavuz, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2012, s.88.

¹⁰ ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: 3, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1967, s. 732

¹¹ “Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir”.

¹² TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku* 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 284.

kullanan kişi kendisinin veya toplumun menfaatini korumaya çalışırken, dilekçenin muhatabı olan yasama organı ise kendisine sunulan dilekçeleri kabul, içeriğini inceleme ve sonucunu dilekçeyi verene bildirme yükümlülüğü altında bulunmaktadır¹³. Dolayısıyla yasama organına yapılan siyasal başvuru, yürütme organı üzerinde etkili bir denetimin gerçekleştirilmesine katkı sağlayacak, yürütmenin uyarılması ve denetlenmesine hizmet edecektir.

B) Yargısal Başvuru

Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü; kişilerin yargı organları önünde davacı veya davalı olarak haklarını savunabilmek için başvurabilmesini ve bu organlar önünde adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde yargılanma hakkının bulunmasını ifade etmektedir. Anayasa m. 36, hak arama özgürlüğünün yargısal başvuru hakkına¹⁴ yönelik düzenleme getirmektedir. Yargısal başvuru, hukuk öznelerinin kendilerini ilgilendiren veya kendilerinin taraf olduğu her hangi bir uyuşmazlığın çözümü veya suçların kovuşturulması için yargısal yetkiyle donatılmış kamusal makamlara talep, şikayet, itiraz veya ihbarda bulunmasıdır¹⁵.

Yargısal başvuru yolu, hak arama özgürlüğünün kullanımı anlamına gelmektedir. Hak arama özgürlüğü ise Anayasal bir haktır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, "Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Bu hak, hukuki bir uyuşmazlığın bu

¹³ ARMAĞAN Servet, Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 53.

¹⁴ Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur. (AYM E. 2011/87, K. 2012/176 K. T. 8.11.2012, (R.G. Tarih-Sayı : 18.01.2014-28886); AYM, E. 2011/107, K. 2012/184, K. T. 22.11.2012, (R.G. Tarih-Sayı : 24.01.2014-28892))

¹⁵ YILDIRIM, s.12

konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne taşınması hakkını da kapsar...” biçiminde açıklamaya yer vermektedir¹⁶.

Hak arama özgürlüğünün veya başvuru hakkının en etkili ve sonuç almaya yönelik olanı kuşkusuz yargısal başvurudur. Yargısal başvuru yolu diğer başvuru yollarına göre hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından daha etkilidir.

İdareye veya yasama organına yapılan başvurularda idari makamlar isteksiz davranabilmektedir. İşte bu durumda da idarenin bu işlemine karşı başvurulacak yol yargısal başvuru yoludur. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderbilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması hak arama özgürlüğünün bir gereğidir¹⁷.

Yargısal başvuru yolu, işlem tesis edildikten ve idari itiraz yolları tüketildikten sonra ilgisinin başvurusu ile başlayan, vereceği iptal ya da tazmin kararları ile hukuka aykırı işlemi ortadan kaldırarak bir yandan hukuk kurallarını ihlal eden, hukuk alanı dışına çıkmış olan idareyi yeniden bu alan içine almayı, öte yandan bu işlemde zarar gören veya menfaati ihlal edilen kişiye gerekli tatmini vermeyi amaçlayan başvuru yoludur¹⁸.

Yargısal başvurular kural olarak şekle tabidir ve belirli bir biçime uygun olarak yapılması gerekmektedir¹⁹. Yargısal başvurularda şekil, başvurunun esaslı unsuru olup en yaygın olanı dava dilekçesidir²⁰.

¹⁶ AYM; E. 2012/94, K. 2013/89, K. T. 10.7.2013, (R.G. Tarih-Sayı : 25.01.2014-28893); AYM; E. 2013/62, K. 2013/115, K. T. 10.10.2013, (R.G. Tarih-Sayı : 10.12.2013-28847); AYM; E. 2013/35, K. 2013/75, K. T. 6.6.2013, (R.G. Tarih-Sayı : 22.11.2013-28829); AYM; E. 2012/20, K. 2012/132, K. T. 27.9.2012, (R.G. Tarih-Sayı : 26.07.2013-28719); AYM, E. 2012/132, K. 2012/179, K. T. 22.11.2012, (R.G. Tarih-Sayı : 26.07.2013-28719); AYM, E. 2013/71, K. 2013/77, K. T. 18.6.2013, (R.G. Tarih-Sayı: 26.07.2013-28719); AYM; E.2013/64, K.2013/142, K.T. 28.11.2013 (RG Tarih- Sayı: 27.3.2014-28954).

¹⁷ AYM; E. 2012/68, K. 2012/182, K. T. 22.11.2012, (R.G. Tarih-Sayı : 28.03.2013-28601)

¹⁸ ALAN Nuri, “İdari Usul ve İdari Yargı”, Ankara Barosu Dergisi 2000-2, s. 10

¹⁹ DURAN, s.269

²⁰ YILDIRIM, s.41

C) İdari Başvuru²¹

Yetkili makamlara başvuruyu düzenleyen Anayasanın 40. ve 74. maddesinde yetkili makamlara gecikmeksizin işlem yapma ve cevap verme yükümlülüğü getirilmesi, anayasa koyucunun hak arama özgürlüğüne verdiği önemi ortaya koymakla birlikte yetkili kurumlara da başvuruların sürüncemede bırakılmaması ödevi yüklemektedir²².

İdareden bir talepte bulunmak, hak ve özgürlüklere yönelik her hangi bir istek, arzu, dilek veya şikayeti idareye bildirmek ve bir haksızlığın veya zararın yahut haksız bir uygulama veya işlemin etkilerinin giderilmesi amacıyla idareden istemde bulunmak veya zararın giderilmesini talep etmek diğer bir ifadeyle yükümlendirici bir işlemin kaldırılması, geri alınması veya iptal edilmesi isteminde bulunmak veya yararlandırıcı bir işlem tesis edilmesi talebinde bulunmak idari başvuruyu ifade etmektedir.

İdari başvurular, kısaca idari makama yapılan başvurulardır²³. İdari başvuru, hukuk düzeninin, ilgililere haklarında tesis edilen işleme karşı, değiştirilmesi, geri alınması veya kaldırılması talebiyle üst idare makamlarına başvurabilmek amacıyla sağlanan bireysel hukuki güvenlik ve idari denetim yoludur²⁴.

Hak arama özgürlüğünün bir diğer görünümü de savunma hakkının kullanımıdır. Bu anlamda, disiplin hukuku yönünden idareye karşı yapılacak savunmalar da hak arama özgürlüğü kapsamındaki idari başvurulardır²⁵.

²¹ Duran, idari başvuruyu “fertlerin, menfaatleri bulunan hususlarda, merkeziyet veya ademi merkeziyet idareleri nezdinde vaki olacak, amme hukukuna müteallik, bilcümle talep, iddia ve dilekleri” olarak tanımlamaktadır (DURAN, s.135.) . 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” (BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE, Ankara 1970, s.213.).

²² CEBRE Ayvaz, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, TAAD, Cilt: 1, Sayı: 5 (20 Nisan 2011), s. 379

²³ EROĞLU Hamza, İdare Hukuku, Ankara 1984, s.332

²⁴ ÖZKAN Gürsel, “İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri”, T.C.Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (Bildiriler), Ankara 1998, s. 65

²⁵ YILDIRIRM, s. 57

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 10. ve 11. maddelerinde idari başvurulara ilişkin kurallar içermektedir.

Yargı yoluna başvurulmadan önce, idareyi işlem ve eylemlerinin sonucunu bir kez daha değerlendirme yapmaya yönelten idari başvurunun, idari işlemlerin tümüyle yeniden incelenmesi ve özellikle uyuşmazlıkların yargı önüne götürülmeden çözümlenmesini sağlamak gibi önemli bir işlevi bulunmaktadır.

İdari başvuru yolu ilgililerin, yargı yolunu işletmeden önce, idarece yapılan işin alınan kararın tekrar gözden geçirilmesi ve başvuruda bulunanların işlemin kendi yararlarına düzeltilmesini isteyebilme fırsat sunmaktadır. İYUK'nun 10. ve 11. maddeleri uyarınca yapılan idari başvuru, idari denetim ile ilgili bulunmaktadır²⁶.

İYUK 10. maddesi ortada her hangi bir idari işlem yok iken, idari dava ya konu olabilecek bir işlem tesis edilmesine yönelik idari başvuru sürecini düzenlerken, m.11'de, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, mevcut idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması istemine ilişkin süreç düzenlenmiştir. Diğer bir ifade ile 10. madde de bir 'ilk başvuru' söz konusu iken 11. madde de 'itiraz' dan söz edilebilir²⁷.

Bu durumda, m.11'de ortada tesis edilmiş bir idari işlem bulunmaktadır ve bu işlemin doğrudan dava konusu edilmesine hukuki bir engel yoktur. Bu başvuru yolunun kullanılmasında, idari başvuru yoluna gitmeksizin iptali iste miyle idari dava açabilmek mümkün iken öncelikle uyuşmazlığın idare önünde çözülmesi yolu seçilmektedir. Dolayısıyla 11. maddedeki idari başvuru yolu zorunlu olmayıp isteğe bağlıdır ve dava açmadan önce tüketilmesi gereken bir başvuru yolu değildir.

Kural olarak hukukumuzda, idari işlem ya da eylemlere karşı, önce idareye başvurarak idari çözüm yolunun denenmesi, istemin kabul edilmeyerek

²⁶ ZABUNOĞLU Yahya K., "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. 193-194

²⁷ BALTA, s.213; ULER Yıldırım, "Yönetsel Yargıda Dava Süresi", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Yayınları, Ankara1990, s.228.; ZABUNOĞLU, s.187-207

reddedilmesi halinde ise uyuşmazlığın yargı önüne götürülebilmesi sonucunu doğuracak bir zorunluluk söz konusu değildir.

İdari işlemin her bakımdan denetlenebilmesi için idari başvurunun ve aynı makama karşı yapılacak itirazın düzenlenmesi önem taşımaktadır. Bu yolla, işlemde meydana gelecek sakatlıkların dava yoluna başvurulmadan, idarenin kendi yapısı içinde giderilmesi amacı gerçekleştirilmektedir²⁸.

Gerçekten hakkı ihlal edilen veya menfaati zedelenen yahut böyle bir olasılık ile karşılaşan kişilerin yargı yoluna gitmeden önce idari başvuru yolunu işletmek istemesi, idarenin iç işleyişinde idari sorunun çözüme kavuşturulması ve dava yoluna gitmeden uyuşmazlığın hukuka uygun biçimde çözüme kavuşmasını sağlama olanağının bulunması önem taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki, idare açısından da idari başvuru yolu ayrı bir öneme sahip bulunmaktadır. Çünkü idare, bireyin haklılığına inanmasına rağmen, barışçı yollarla çözümleyemediği sorunları, ancak vatandaşın mahkeme kararı getirmesi sonucunda halledebilmektedir. Bu da idari uyuşmazlıkların kaynağında çözümlenmesini önlemektedir. İdari işlemlere karşı, üst makamlara, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makama başvuru, idarenin işlemi yeniden gözden geçirmesi ve hukuka aykırılığı dava yoluna gidilmeden düzeltilmesi imkanı tanıdığı için gereklidir²⁹.

İdari başvuru yolu hukukumuzda isteğe bağlı bırakılan ilgililerin tercihlerine dayalı olarak başvurulacak bir yol olarak düzenlendiği gibi kimi durumlarda da isteğe bırakılmaksızın belli koşullara bağlanarak zorunlu olarak başvuruda bulunma şeklinde düzenlenmektedir. İdari başvurular çeşitli açılardan sınıflandırılmakta olup³⁰, zorunlu idari başvurular bunların bir türünü oluşturmaktadır.

²⁸ ÖZKAN Gürsel, Demokratik Yönetime Geçiş-21. Yüzyıl Türkiye'si İçin Bir Kanun Önerisi, Tutubay Yayınları, Ankara 2001, s.356.

²⁹ ÖZKAN, Demokratik Yönetime Geçiş, s. 35.

³⁰ İdari başvurular, başvurunun yapıldığı makam esas alınarak, işlemi yapan makama başvuru, hiyerarşik makama başvuru, idari vesayet makamına başvuru olarak da tasnife tabi tutulmaktadır. YILDIRIM, s.77-95.

III. 4734 SAYILI KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN ZORUNLU İDARİ BAŞVURU YOLLARI

A) Genel Olarak

Hukuk Devletinde, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gereğinin yerine getirilmesi bakımından yargısal denetimin önemi konusunda kuşku bulunmamaktadır. Gerçekten, idari başvuru düzeni ve bunların etkili olup olmaması ülkelerin uygarlık ve hukuk düzeyinin temel belirleyicilerindedir³¹. Çünkü hukuka uygun davranmak zorunluluğunun bulunması tek başına idareyi hukuk içinde tutmaya yetmemektedir. Aynı zamanda idarenin hukuka uyma istek ve iradesinin de bulunması gerekmektedir. İdarede hukuka aykırılığı giderme isteğinin bulunması, idari başvuru yollarının yasal olarak düzenlenmediği durumda etkili sonuç doğuramayacaktır. Hukuka aykırılığın idare içinde giderilebilmesi diğer bir ifadeyle idari işlemlerin yargı yoluna başvurulmadan hukuka uygun hale getirilmesi için, bir yol ve yöntemin varlığının gerekliliği kuşkusuzdur. Dolayısıyla yargı yolu son güvence olup, ilgililer hemen yargı yoluna itilmemelidir³². Bu nedenle yargı yoluna gitmeden önce bazı idari başvuruların yapılmasının zorunluluğu³³ kabul edilmiş³⁴ bulunmaktadır.

³¹ ULER, s. 227.

³² AKILLIOĞLU Tekin, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği, AİD, Cilt: 23, Sayı: 1, 1990, s. 5

³³ Zorunlu idari başvurular, üçe ayrılmaktadır: Bunlardan birinci dava açmak için zorunlu olan idari başvurular, ikincisi, bireyler veya özel girişim faaliyetleri için zorunlu olanlar ve üçüncüsü kamu görevlileri veya kamu tüzel kişileri için zorunlu olan idari başvurulardır. YILDIRIM, s.116

³⁴ Hukukumuzda, idari işlemler nedeniyle zorunlu idari başvuruları düzenleyen yasal kurallar bulunmaktadır. Örneğin; 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 38.maddesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 7,8,20,64,70,74,142,153,157. maddeleri, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242 ve 243. maddeleri, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 124. maddesi, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 54/(e). maddesi, 4081 sayılı Çiftçi Malları Koruma Kanunu'nun 8/3. maddesi, 3489 sayılı Pazarlıksız Satış Mecburiyetine Dair Kanun'un 9. maddesi, 4109 sayılı Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun'un 7. maddesi, 5590 sayılı Kanun'un 17/(j). maddesi, 6961 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu'nun 5 ve 10/(d). maddesi, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 2. maddesi, 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun 25,26,27/1 ve 31. maddesi, 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'un 4. maddesi, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 34. maddesi gibi.

Dava açmak için zorunlu olan idari başvurular, yasa koyucu tarafından dava açmanın ön koşulu olarak öngörülmüşlerdir. Bir başka deyişle, idare aleyhine dava açabilmek için öncelikle idareye başvuruda bulunulup, idareden alınacak ön karardan sonra dava açmak gerekmektedir. Nitekim, İYUK'nun 13. maddesi uyarınca, idari eylemlerden hakları zarar görenlerin, idare aleyhine tam yargı davası açmadan önce³⁵ idareye başvurmaları zorunludur.

İdari başvuruyu dava açılması öncesinde bir ön koşul olarak belirleyen düzenlemelerin varlığı durumunda, İYUK'nun 11. maddesindeki kuralın uygulanması söz konusu olmayacaktır³⁶. Bu durumlarda, dava açmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru süreci söz konusu olacaktır.

Dava açmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu idari başvuru yollarının ortak amacı idari yargıya başvurmadan önce idare ile bir uzlaşma ortamı aramak, şayet uzlaşma olmazsa, idarenin olumsuz tutumunu belgeleyen bir ön karar elde etmektir. Başvuru nedeninin idari eylem veya idari işlem olmasının, hiç bir önemi yoktur³⁷.

4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu belirtilmiştir. Buna göre, ilgililer tarafından ihale işlemlerine karşı dava açılmadan önce Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusu yapılmak zorundadır³⁸.

³⁵ Bunun tek istisnası, adli yargıda açılmış bulunan bir tam yargı davasının görev yönünden reddedilmesinden sonra idari yargıda açılması durumudur. (İYUK., md. 13/2)

³⁶ ZABUNOĞLU, s. 205

³⁷ YILDIRIM, s. 118

³⁸ SEZER Yasin-BİLGİN Hüseyin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", AÜHFD Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 4, s. 355

B) Şikayet Başvurusu

İdarelerin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta düzenlenen esas ve usullere göre yaptıkları kamu ihaleleri ile ilgili işlem ve eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu ve bu hukuka aykırılığın kendileri aleyhine bir hak kaybına ya da zarara uğramalarına neden olduğunu veya zarara uğramalarının muhtemel olduğunu düşünen aday istekli ya da istekli olabileceklerin, ilgili idareye hukuka aykırılığın düzeltilmesine yönelik olarak yaptıkları başvuruya idareye şikayet adı verilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 55. maddesinde idareye şikayet başvurusu düzenlenmiş olup şikayet, ihale sürecindeki işlem ve eylemlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından ihale ilanının yapılmasından sözleşme imzalanmasına kadarki aşamayı içeren ihale sürecinde idari işlemlerin, ihaleyi yapan idare tarafından yeniden gözden geçirilmesi ve aykırılığın tespiti halinde gereken düzeltmelerin yapılabilmesine olanak sağlayan başvurudur.

İdareye şikayet başvurusu ile kanun koyucu, Kamu İhale Kurumu ve idari yargı yerlerinden önce, hukuksal uyumsuzluğun işlemi yapan ya da eylemi gerçekleştiren idare tarafından incelenmesini ve en kısa zamanda çözülmesini amaçlamıştır³⁹.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre, idareye şikayet başvurusunda bulunulmasının hukuki sonucu, idarenin şikayet başvurusuna ilişkin olarak bir karar vererek, bu kararın başvuru sahibine tebliğinden itibaren, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusu suresi kadar beklemeden sözleşme imzalamamasıdır. Başka bir deyişle idare, kendisine yapılan şikayet başvurusunu reddettiği takdirde başvurucunun Kamu İhale Kurumu'na başvurup başvurmadığını araştırmak ve başvuru için öngörülen süre kadar beklemek zorunda olup, eğer başvuru yapılmadığı belirlenirse sözleşme imzalayabilecektir. Ancak, yapılan kontrollerde şikayet başvurusunda bulunulduğunun tespit edil-

³⁹ BASTİK Serdar, Kamu İhalelerinde İdari Başvurular, Yayınlanmamış Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara 2011, <http://www.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/serdarbastik.pdf>
Erişim: Mayıs 2014

mesi durumunda ise itirazın şikayet başvurusunun nihai karara bağlanmasına kadar beklenmesi gerekecektir.

İhale kararına karşı yapılacak şikayet başvurularında durum bu olmakla birlikte, ihale dokümanına ya da ihale ilanına karşı yapılacak idareye şikayet başvurusu sonrasında ihale işlemlerinin durup durmayacağı konusunda belirsizlik bulunmaktadır.

İdari fonksiyonun sürekliliği ve idarenin kamu yararını gerçekleştirme amacı dikkate alındığında, şikayet başvurularının ihale işlemlerini otomatik olarak durdurmayacağı, sadece ihale kararının alınması ve sözleşmenin imzalanmasına engel teşkil edeceği söylenebilir. Şikayette bulunulabilmesi için henüz sözleşmenin imzalanmamış olması gerekir⁴⁰.

İhale kararına karşı yapılan şikayet başvurularında olduğu gibi ihale dokümanına ilişkin şikayet başvurusunun reddedildiği durumlarda da idarelerin, tekliflerin geçerlilik süresini de dikkate alarak ihale kararını almadan önce Kamu İhale Kurulu'nun nihai kararını beklemelerinin gerektiği açıktır.

Şikayet başvurusu üzerine ihaleyi yapan idare, 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca, idare ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline karar verebilecektir. İhaleye çıkan idare, düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlemesi yapabilecektir. İdare, başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verecektir.

⁴⁰ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2013, s.220.

C) İtirazen Şikayet Başvurusu

İtirazen şikayet; ihale süreci içinde idareye yapılan başvuru üzerine alınan kararlara karşı idareye şikayet yoluna başvuran veya diğer aday ve istekli veya istekli olabilecekler tarafından, süresi içinde karar alınmaması halinde ise idareye şikayet yoluna başvuran tarafından Kuruma itirazen yapılan şikayet başvurularıdır. Kanuna göre sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazen şikayet başvuruları Kurul tarafından değerlendirmeye alınamayacağından, usulüne uygun olarak yapılan itirazen şikayet başvurularının Kurul tarafından sözleşme imzalanıncaya kadar incelenerek sonuçlandırılması zorunludur.

İdarenin şikayet üzerine yaptığı inceleme sonucunda aldığı karar başvuru sahibi tarafından uygun bulunmayabileceği gibi idarenin süresi içinde hiç karar almaması da mümkündür. Başvuru sahibinin doğrudan idare mahkemesinde iptal davası açma hakkı bulunmamakta, idareye şikayet başvurusundan sonra zorunlu idari başvuru niteliğinde olan başka bir başvuru yolunun tüketilmesi gerekmektedir. Bu başvuru yolu, Kuruma itirazen şikayet başvurusu adı altında 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinde düzenlenen Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusudur.

İtirazen şikayet başvurusu, ihale süreci içinde idareye yapılan başvuru üzerine süresi içinde karar alınmaması halinde veya alınan kararlara karşı idareye şikayet yoluna başvuran aday veya istekli ile diğer aday ve istekli veya istekli olabilecekler tarafından Kuruma itirazen yapılan şikayet başvurularıdır⁴¹.

İhale iptaline ilişkin işlemlerden şikayet ve itirazen şikayet üzerine alı-

⁴¹ “İhale iptal edilmesinden önce teklifi değerlendirme dışı bırakılan davacı tarafından şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusu yapıldığından, ihalenin ihaleyi yapan idarece iptali işlemine karşı itirazen şikâyet başvurusu yapılabileceği açıktır. Dolayısıyla, Mahkeme tarafından işin esası incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, bu başvurunun Kamu İhale Kurulu'nun görev alanına girmediği ve dava konusu işlemin sonucu itibarıyla hukuka uygun olduğu belirtilerek davanın reddine karar verilmesinde hukukî isabet görülmemiştir (Danıştay 13. Daire, E. 2012/2690, K. 2012/2362, K.T. 08/10/2012, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014).”

nanların itirazın şikâyet başvurusuna konu edilebileceğinin⁴² de belirtilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu, idarelerin hukuka aykırı olduğu iddia edilen ihale işlem ve uygulamaları ile ilgili uyuşmazlıkların, idari yargıya intikal ettirilmeden önce ihale alanında uzmanlaşmış ve bağımsız idari otorite niteliğinde olan Kamu İhale Kurumu tarafından incelenip karara bağlamasını öngörmüştür. Böylelikle bir yandan yargının yükü hafifletilmeye çalışılırken diğer yandan da ihale uyuşmazlıklarının kısa bir sürede çözüme kavuşturulması hedeflenmiştir. İtirazen şikâyet başvurusu, idareye şikâyet başvurusunda gidilmesi gereken bir hukuksal çaredir. Bu idareye şikâyet başvurusunun zorunlu bir idari başvuru olmasından kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla kural olarak, idareye şikâyet başvurusunda bulunulmadan, Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunulamaz.

Kamu İhale Kurumu, düzenleyici ve denetleyici bir kurum olup, organik ve işlevsel bağımsızlığı olan, dolayısıyla işlemleri itirazın şikâyetine konu edilen idare ile hiçbir organik bağı veya hiyerarşik vesayet ilişkisi bulunmayan bir kurumdur. İdari bir kurum olması nedeniyle yaptığı denetim de idari denetim niteliğindedir.

D) Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvurusunun Sonuçları

1. 4734 sayılı Kanun Kapsamındaki İhalelerde Uygulanması

Zorunlu başvuru yollarının, her türlü ihale işlemlerinde değil, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde uygulanması düzenlenmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idarelerin⁴³, bu kanunda yer alan usul ve

⁴² “4734 sayılı Kanun’da, idare tarafından ihalenin iptal edilmesine yönelik işlemin, daha önce yapılan şikâyet başvurusundaki gerekçelerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı noktasında bir ayırım yapılmadan ihalenin iptaline ilişkin işlemlerden şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanların itirazın şikâyetine konu edilebileceğinin belirtilmesi karşısında, ihalenin iptalinden önce idareye bir şikâyet başvurusu yapıldığı anlaşıldığından, bu işleme karşı itirazın şikâyet başvurusu yapılması zorunlu bir başvuru yolu olduğu; bu yüzden Mahkemenin “itirazın şikâyet başvurusu yapılmadan doğrudan dava açılması gerektiği” şeklindeki gerekçe ile iptal kararı vermesi yerinde bulunmadığından... (Danıştay 13. Daire, E. 2012/2340, K. 2012/2383, K.T.10.10.2012, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)”

⁴³ İhale, 4734 sayılı Yasaya tabi olmadığından, bu Yasada öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet yollarının ihalede uygulanmasını zorunlu kabul etmeye olanak bulunmamaktadır. Öte

esaslara göre gerçekleştirdikleri ihaleler esnasında yaptıkları işlemler ve idari eylemlerden başvuru sahiplerince hukuka aykırı olduğu iddia edilenler ise itirazın şikayet başvurularının maddi konusunu teşkil etmektedir.

Dolayısıyla 4734 sayılı Kanun kapsamında olmayan idarelerin yaptığı ihaleler⁴⁴ ile Kanun kapsamındaki idarelerin istisna kapsamında yaptığı ihalelere ve doğrudan temin ile yapılan alımlara ilişkin başvurular itirazın şikayet incelemesine konu olamamaktadır. Kamu İhale Kurulu tarafından bu tür başvuruların reddine karar verilmektedir. Ayrıca, ihale onayının verilmesinden sözleşmenin usulüne uygun bir şekilde imzalanmasına kadar devam eden ihale sürecinin dışında kalan idari işlem ya da uygulamalar da, itirazın şikayet başvurusuna konu edilemezler.

İtirazın şikayet başvurusuna bazı sınırlamalar getirilmiştir. Özellikle belirtilmelidir ki, idare tarafından alınan iptal kararlarından sadece idareye şikayet başvurusu üzerine verilen ihale iptal kararları hakkında şikayet başvurusunda bulunulması mümkündür. Başka bir söyleyişle, idare tarafından şikayet olmaksızın re'sen alınan ihale iptal kararları, itirazın şikayet başvurusuna konu olamazlar.

Kural olarak, itirazın şikayet başvurusunda bulunmadan önce idareye şikayet başvurusu yapılması zorunlu olmakla birlikte, kanun koyucu bazı durumlarda⁴⁵ doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvurulabileceğini de hükme bağ-

yandan, ihalede uygulanan Yönetmelikte, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunu zorunlu kılan bir hüküm bulunmadığı gibi bu hususlarla ilgili herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Dolayısıyla davacı şirketin, 4734 sayılı Yasanın 56. maddesinde düzenlenen Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunma zorunluluğu olmadığından, doğrudan dava açmasına herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, davanın esasının incelenmesi gerekirken, uyuşmazlık konusu ihale için uygulanması zorunlu olmayan, Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadığından bahisle davanın incelenmesizin reddi yolunda verilen temyiz konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemektedir.” (Danıştay 10. Daire, E.2006/5265, K. 2006/6871, K.T. 27.11.2006, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁴⁴ “4734 sayılı Kanunun kapsamı 2886 sayılı Kanunun kapsamına oranla daha geniştir.” ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2012, s.550

⁴⁵ Yasa hükümleri uyarınca dava açılması öncesinde itirazın şikâyet yolunun kullanılması aday, istekli veya istekli olabilecekler açısından zorunlu olmakla beraber, bu pozisyonlarda olmayan kişi, kurum veya kuruluşlar için bu yola başvuru imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kişi, kurum veya kuruluşların 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca işlemle bir menfaat alakasının bulunması koşuluyla idari yargıda iptal davası açabilmeleri mümkündür. Olayda, dava konusu ihale 4734 sayılı Yasa hükümlerine tâbi olmakla birlikte, davacı, üniversite

lamıştır. Kanun'un 56. maddesine göre, şikayet ve itirazın şikayet başvurusu üzerine idareler tarafından alınan iptal kararlarına karşı doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvurulabilecektir⁴⁶.

Bu düzenleme ile kanun koyucu muhtemelen, şikayet üzerine iptal kararı veren idareye tekrar yapılması durumunda, zaten şikayet denetimi sonucunda konu hakkında doğrudan kamu ihale kurumuna yapılan başvurulara ilişkin kararını veren idarenin gerçek anlamda ve etkin bir idari denetim yapamayacağını ve idari denetim sürecinin gereksiz olarak uzatılmış olacağını düşünerek idareye şikayet başvurusu yapılmasını zorunlu tutmamıştır.

Kanun'un 56. maddesinde, "İdareye şikayet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmaya istekli veya istekli olabilecekler" ifadesi kullanılmaktadır. Buna göre idareye şikayet başvurusunda bulunmadığı halde şikayet üzerine alınan karar kendisine bildirildiğinde bir hak kaybına uğradığını düşünen aday, istekli veya istekli olabileceklerin de idareye şikayet başvurusunda bulunmaksızın doğrudan Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunması mümkündür.

Zorunlu idari başvuru yollarının ancak 4734 sayılı Kanun gereğince yapılan ihalelerde uygulanması gerektiği⁴⁷, bu Kanun'a tabi olmadan yapılan ihaleler-

rektörlüğünün anılan Yasa hükümlerinde belirtilen aday, istekli veya istekli olabilecek sıfatını taşımadığı açık olduğundan, söz konusu ihale hakkında dava açabilmesi için, anılan Yasada öngörülen idari başvuru yollarını tüketmesine de gerek bulunmamaktadır. Bu durumda, dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumuna gönderilmesi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." (Danıştay 13. Daire, E. 2010/2177, K. 2010/6410, K.T. 24.09.2010, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁴⁶ "...ihalenin iptali kararından önce şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusu yapılmış olması durumunda ihalenin iptaline ilişkin karara karşı doğrudan Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusu yapılması gerektiğinden, Mahkeme tarafından işin esasına girilerek iptal yönünde karar verilmesinde hukukî isabet bulunmamaktadır." (Danıştay 13. Daire, E. 2013/3169, K. 2013/3639, K.T. 12.12.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁴⁷ 4734 sayılı Kanun'da dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olarak düzenlenen şikayet ve itirazın şikayet başvurusu; Kanun'un 2. maddesinde belirtilen idarelerin, 3.maddede belirtilen istisna hükümleri dışında kalan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerdeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin dava açılmadan önce tüketmesi gereken zorunlu başvuru yolları olup, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmadığı, ihaleyi yapan kurum

de ise zorunlu başvuru yollarına ilişkin kuralların uygulanmayacağı⁴⁸ kapsam maddesinde⁴⁹ düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında;

tarafından çıkarılan mevzuat uyarınca yapılan ihalelerde 4734 sayılı Kanun'un 54., 55. ve 56. maddelerinde öngörülen sürecin işletilmesine gerek bulunmamaktadır. (Danıştay 13. Daire E. 2008/10838, K. 2010/4245, K.T. 21.05.2010, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁴⁸ "4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (k) bendinde; vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal veya hizmet alımlarının ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanun'a tabi olmadığı ifade edilmiştir. Yine aynı Kanun'un 54. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu ifade edilmekle birlikte, zorunlu başvuru yollarının ancak 4734 sayılı Kanun gereğince yapılan ihalelerde uygulanması gerektiği, bu Kanun'a tabi olmadan yapılan ihalelerde ise zorunlu başvuru yollarına ilişkin kuralların uygulanmayacağı kuşkusuzdur. (Danıştay 13. Daire, E. 2013/2907, K. 2013/3848, 19.12.2013); Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından yapılan "Merkezi Gaz İzleme Sistemi Alımı İhalesi"nin 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendi gereğince 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadan yapıldığı anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmadığı ihalede davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak ihalenin başka bir istekli üzerinde bırakılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, işin esası incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesi ve eklerinin ihaleyi yapan idareye tevdi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır."(Danıştay 13. Daire, E. 2012/3869, K. 2013/715, K.T. 14.03.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁴⁹ "...idari başvuru yolları olarak düzenlenen şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusu; Kanun'un 2. maddesinde belirtilen idarelerin, 3.maddede belirtilen istisna hükümleri dışında kalan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin dava açılmadan önce tüketmesi gereken zorunlu başvuru yollarıdır ve 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmadığı, ihaleyi yapan kurum tarafından çıkarılan mevzuat uyarınca yapılan ihalelerde 4734 sayılı Kanun'un 54., 55. ve 56. maddelerinde öngörülen sürecin işletilmesine gerek bulunmamaktadır. ...4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmadığı, ihaleyi yapan kurum tarafından çıkarılan mevzuat kapsamında yapıldığı anlaşılan ihalede, idari dava açılmadan önce 4734 sayılı Kanun'un 54., 55. ve 56. maddelerinde öngörülen sürecin işletilmesine ve idari başvuru yollarının tüketilmesine gerek bulunmadığından, teklifi değerlendirme dışı bırakılan davacı şirket tarafından ihalenin iptali istemiyle açılan davada, uyumsuzluğun esasının incelenmesi gerekirken dava dilekçesinin Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş.'ne tevdiine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır."(Danıştay 13. Daire E. 2008/11605, K. 2010/8144, K.T.29.11.2010; Danıştay 13. Daire, E. 2013/2706, K. 2013/3669, K.T. 17.12.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanların itirazın şikâyetine konu edilebileceği hükmüne bağlandığınan, bu hükmün geçerlik tarihinden sonra ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararların tamamı değil sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanların itirazın şikâyetine konu edilebilecek bu sayılanların dışındaki ihalelerin iptaline ilişkin işlemler ise genel hükümler uyarınca doğrudan idari davaya konu olabilecektir. Bir başka ifadeyle tüm “ihale iptali işlemleri” ihale sürecinin bir parçası olarak Kamu İhale Kurumu’nun görev ve yetkisi kapsamına girmemektedir⁵⁰.

Danıştay zorunlu idari başvuru yollarının sadece 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan ihalelerde uygulanacağını belirtmektedir. Nitekim, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmadığı ihalede davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak ihalenin başka bir istekli üzerinde bırakılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, işin esası incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesi ve eklerinin Kamu İhale Kurumu’na tevdi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamakta⁵¹ olduğuna karar vermiştir.

Yine Danıştay, “4734 sayılı Kanun’un 54. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun’da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu ifade edil-

⁵⁰ 4734 sayılı Kanun’un 56. maddesini değiştiren 5812 sayılı Kanun’un 23. maddesinin 04.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 18.08.2011 tarihli dava konusu ihalenin iptali kararının şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınmayıp re’sen alındığı dikkate alındığında, anılan işleme karşı Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet başvurusunda bulunmaksızın, anılan işlemin iptali istemiyle doğrudan dava açılması mümkün olduğundan, davada merci tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesininin 2577 sayılı Kanun’un 15/1-e maddesine göre Kamu İhale Kurumu’na tevdiine karar veren idare Mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk bulunmamaktadır.”(Danıştay13. Daire, E. 2012/455, K. 2013/2620, 23.10.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁵¹ Danıştay 13. Daire, E. 2013/2706, K. 2013/3669, K.T. 17.12.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014.

mekle birlikte, zorunlu başvuru yollarının ancak 4734 sayılı Kanun gereğince yapılan ihalelerde uygulanması gerektiği, bu Kanun'a tabi olmadan yapılan ihalelerde ise zorunlu başvuru yollarına ilişkin kuralların uygulanmayacağı⁵² şeklinde açıklamada bulunmaktadır.

2. Hak Arama Özgürlüğünü Sınırlandırması

İdari başvuru yollarının etkin kullanımı hak arama özgürlüğünün kullanımında hukuk devletinin gerçekleşmesinde önemli rol oynamaktadır. Hak arama özgürlüğü sadece mahkeme önünde davacı ya da davalı olabilme olanağı vermez; bunun yanında idari makamlara başvuru yolu ile hakkını savunabilme olanağını da kapsar. Bu yolun gerektiği şekilde kullandırılmaması hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelmektedir.

İhale hukukuna özgü idari başvuru yollarının zorunlu olma nitelikleri, sadece ihale hukuku anlamında şikayet ehliyeti bulunanlar açısından geçerlidir. Şikayet ehliyeti bulunmayanlar, iptal davası açma bakımından dava ehliyetine sahip olmalarına bağlı olarak idari yargıda dava açabileceklerdir.

Şikayet başvurusunda bulunmamak, dava açma hakkını engellemektedir. Dava açma ehliyeti bulunan kişinin yargısal başvuru hakkı, ihale hukuku anlamında şikayet ehliyeti bulunmadığı gerekçesi ile elinden alınmış ve idarenin hukuka aykırı işlemleri yargı denetimi dışında bırakılmış olacaktır.

Şikayet ehliyeti, hem idareye hem de Kamu İhale Kurumu'na şikayeti kapsamakta olup, şikayet başvuruları sadece, ihale süreci hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden istekli veya istekli olabilecekler tarafından yapılabilecektir⁵³.

⁵² “Kuşadası Belediye Başkanlığı tarafından yapılan “Sokak Sağlıklaştırma Projesi Hizmet Alım İşi İhalesi”nin 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (i) bendi gereğince 4734 sayılı Kanun’a tabi olmadan yapıldığı anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmadığı ihalede, ihaleye sunulan bütün tekliflerin reddedilerek ihalenin iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, işin esası incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumu’na tevdi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır” (Danıştay 13. Daire, E. 2012/1012, K. 2013/869, K.T. 28.03.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁵³ “Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair

Şikayet ehliyeti, dava ehliyetine göre dar kapsamlıdır. Kanun koyucunun menfaat ihlali yerine hak kaybı ölçütünü getirmiş olması, hak arama özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Nitekim, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-(a). maddesinde, iptal davalarının menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılacağı kurala bağlanmıştır. Menfaat ihlâlî koşulu, iptal davalarının kabulü ve dinlenebilmesi için aranılan ön koşullardan biridir. Genelde; kişisel, meşru ve güncel bir menfaatin varlığı ve bunların ihlâlî, menfaat ilişkisinin⁵⁴ kurulmasında yeterli sayılmakta ve bu husus davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı mercilerince belirlenmekte; davanın açıldığı tarihte davacının idari işlemlerle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin varlığı, dava açma ehliyeti için yeterli görülmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 4'de, istekli olabileceklerin; ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi ifade ettiği belirtilmiştir.

İdareye şikayet başvurusunda bulunulmadan veya idareye yapılan şikayet başvurusu hakkında idarece bir karar alınmadan ve on günlük karar verme süresi beklenilmeden doğrudan Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde, Yönetmeliğin 15 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince bu başvurular ilgili idareye gönderilmekte ve başvuru sahibine de bilgi verilmektedir.

5812 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile değişik 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinde; idareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceği," (Danıştay 13. Daire, E. 2012/455, K. 2013/2620, K.T.23.10.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁵⁴ Uyuşmazlığa konu ihalenin teknik şartnamesine yapılan itirazın yerinde olduğu, itirazın reddi ile ihaleye katılmalarının engellendiği, bu nedenle ihalede yeterli rekabetin sağlanmadığı, söz konusu teknik şartname hükümünün belli markalara yönelterek rekabeti kısıtladığı iddialarıyla açılan davada; ihale dokümanı satın alarak istekli olabilecek sıfatını taşıyan davacı şirketin ihaleye katılma isteğinin bulunduğu, fakat mevcut haliyle ihalenin usulüne uygun yapılmadığının ileri sürüldüğü görüldüğünden menfaatinin olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, iptali istenen ihale işlemi ile davacı şirket arasında ciddi ve makul bir menfaat ilişkisinin varlığının açık olması karşısında, davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir" (Danıştay 13. Daire, E. 2012/1647, K. 2013/3152, K.T. 20.11.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

Sürenin dolduğunun tespit edilmesi durumunda ise, başvurunun reddine⁵⁵ karar verilmektedir.

Şikayet başvurusunda bulunabilmek için, ihale sürecinde gerçekleşen hukuka aykırı işlem ya da eylem nedeniyle hak kaybına veya zarara uğranılması ya da zarara uğranılmasının muhtemel olduğunun ispatı zorunludur. Örneğin, ihale doküman dosyasına ilişkin şikayet başvurularında önemli olan doküman hükmünün yasaya aykırı olup olmadığı değil şikayetçinin iddiasının yasa gereği korunması gereken bir hakkının korunmadığına ilişkin olup olmadığıdır. Aksi takdirde hukuka aykırılığın varlığı konusunda esas incelemesine geçmeden, daha ön inceleme aşamasında⁵⁶ bir saptama yapılmış olacaktır ki; bu hu-

⁵⁵ “Şikayetçi tarafından, 17.11.2008 tarihinde geçici teminatının iadesi talebiyle idareye başvuruda bulunduğu ancak, ihale tarihi itibarıyla kesinleşmiş vergi borcunun bulunması sebebiyle geçici teminatının gelir kaydedilerek başvurusunun reddedildiği ve 19.11.2008 tarihinde tebliğ alınan bu karara karşı 27.01.2009 tarihinde Erzurum 1. İdare Mahkemesinin 2010/1280 sayılı esasında iptal davası açıldığı ve Mahkemenin 27.10.2010 tarihli merciiine tevdi kararı ile dava dilekçesinin Kurumumuza gönderildiği tespit edilmiştir. Başvuru dilekçesinin Kurumumuz kayıtlarına alındığı tarihte başvuru süresinin geçmiş olması sebebiyle, tespit edilen aykırılıkların itirazın şikayet süresi içerisinde giderilmesine imkan bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.” (01.08.2011 gün ve 2011/UM.I-2576 sayılı KİK kararı, <http://ekap.kik.gov.tr> Erişim: Mayıs 2014)

⁵⁶ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “başvuruların şekil unsurları” başlıklı 8. maddesinin 5. fıkrası ve “ön inceleme konuları ve ön inceleme üzerine yapılacak işlemler” başlıklı 16. maddesinin 3. fıkrası neden gösterilerek “...eksikliklerin on günlük itirazın şikayet süresi içinde giderilmediği gerekçesiyle 4734 sayılı Kanunun 54. maddesinin 10/c fıkrası ve bendi uyarınca davacının başvurusunun şekil yönünden reddine karar verilmesi” üzerine; Yönetmelik hükmünün iptali istemiyle ; “davacı tarafından, şikayet ve itirazın şikayete ilişkin idari başvurular için getirilen şartların, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hak arama özgürlüğüne ilişkin maddelerine aykırı olduğu, zira bu zorunlu idari başvurular için katı ve ağır şekil şartlarını içeren yasal düzenlemeler getirildiği, başvurunun şekil yönünden reddi halinde, esastan incelenemeyen ihalenin, sözleşmeye bağlanmış olacağı ve böylece idarenin kamu kaynağını hukuka uygun kullanıp kullanmadığının denetiminin zamanında yapılmayarak mağduriyete neden olunacağı, ayrıca, idari başvurular için aranan şekil şartlarının, dava açmak için aranan şartlardan daha ağır olamayacağı, dolayısıyla, hak arama özgürlüğünü sınırlayacak şekli koşulların esnek biçimde belirlenmesinin, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu, öte yandan, eksikliklerin başvuru sahibine bildirilmesi ve bu eksikliklerin makul süre içerisinde giderilebilmesine imkan tanınması da gerekli ve önemli iken, Yönetmelik hükümleri uyarınca eksikliklerin, idare tarafından ilgisine bildirilmediği, başvurunun son gününde yapılan itirazın şikayet başvurusunda, eksiklikleri gidermek için yeterli zamanın da bulunmadığı iddiaları ileri sürülerek” açılan davayı Danıştay reddetmiştir (Danıştay 13. Daire, E.2009/3128, K.2013/289, K.T. 06.02.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

kuka aykırı bir durum oluşturmaktadır⁵⁷ .

İhale dokümanına yapılan şikayet başvurusunda, ehliyetin varlığının kabul edilebilmesi için, ihale dokümanını sadece idarede incelemiş ya da görmüş olmak yeterli değildir. Şikayet ehliyetinin varlığının kabul edilebilmesi için “istekli olabilecekler” sıfatı kazanılmış olması yani ihale dokümanının satın alınması da gerekmektedir.

İstekliler doğrudan kendisinin zararına yol açmayan veya ancak dolaylı olarak bir menfaatini etkileyebilecek ihale işlemine karşı şikayet yolunu kullanamayacaklardır. Şikayet ehliyetinin koşulu olarak, hak ihlali yerine menfaat ihlali şartının kabul edilmesi dava hakkı ile paralellik sağlayacağından önem taşımaktadır.

Bilindiği gibi iptal davalarında dava ehliyeti açısından menfaat, kişisel hak ihlali veya kaybı olarak değil, güncel meşru ve makul bir ilgi olarak kabul edilmektedir.

Şikayet ve itirazın şikayet gerçekte idari denetim yoludur. Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olarak, Kurumun denetimi ile idari yargı denetimi arasındaki farklardan en önemlisi ehliyet koşulundan kaynaklanmaktadır.

İdari yargılama usulü ile Kurumun inceleme usulü arasında ehliyet koşulundaki farklılık nedeniyle; aynı ihale sürecinde tesis edilmiş bir işlem, aynı anda, hem işlemle hakkı ihlal edilenler tarafından, hem de menfaat ilgisi bulunanlar tarafından idari yargıya konu edilmiş olabilecektir.

2577 sayılı Kanundaki düzenlemeye göre, idari işlemle meşru ve aktüel menfaat ilgisi bulunanlar iptal davası açabilecekken, 4734 sayılı Kanunda şikayet ve itirazın şikayet başvurusu için hak ihlali koşulu getirilmiştir. Bu halde yargısal denetimin kapsamı daha geniş olup, ihale sürecine ilişkin işlemle menfaat ilgisi kurabilen herhangi bir kişi idari yargıda iptal davası açabilecek, ancak şikayet yoluna başvuramayacaktır.

İdari yargıda ehliyet kavramı; objektif ehliyet olan davada taraf olma ve

⁵⁷ KÜÇÜK Faruk, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, 2005, Ankara, 2007, s.106

dava açabilme ehliyetini içerdiği gibi, sübjektif ehliyet denilen menfaat ihlali ile hak ihlalini de içermektedir.

Herhangi bir idari işleme karşı iptal davası açabilmenin koşulu, menfaat ihlaline uğramış bulunmaktır. Her olayda meşru, aktüel ve ciddi menfaat ilgisi mahkemece takdir olunacaktır. Meşru olmayan bir menfaat, iptal davası açabilme olanağını vermez. Menfaatin meşru sayılabilmesi için hukuka uygun olması gerekir. Hukuka aykırı bir durumun korunmasına yönelik dava açmada meşru bir menfaat bulunmamaktadır. Öte yandan, bir kimse kendi menfaatini etkilemeye işlemlere karşı iptal davası açamaz. Dava konusu yapılan idari işlemlerden dolayı, davayı açanın doğrudan doğruya menfaatinin haleldar olması gerekir.

Menfaat ihlali şartı, hak ihlali şartına göre daha geniş kapsamlıdır. İptal davası için, hak ihlalinin istenmemiş olması, iptal davasının açılmasını kolaylaştırmış, dava açma olanağını genişletmiştir.

Kanunda, idarelerin veya ihale komisyonlarının sorumluluklarını ihlal nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğrayan veya zarara uğraması muhtemel olan yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucularının yazılı şikâyet yoluyla inceleme talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir.

3. Sınırlı İnceleme Yetkisi Tanınması

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, ihaleler ile ilgili işlemlerin hukukilik denetiminin yapılması açısından, ihaleye ilişkin iddiaların öncelikle ihaleyi yapan idare tarafından incelenmesi, idare tarafından yapılan inceleme sonucunda alınan kararın şikâyette bulunanlar tarafından uygun bulunmaması durumunda bu karar aleyhine Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması, nihai işlem olarak ise Kamu İhale Kurulu tarafından alınan kararın dava konusu edilmesi yolları öngörülmüştür. 4734 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu bu sistematik gereğince ihaleye yönelik iddiaların öncelikle ihaleyi yapan idare tarafından incelenmesi gerektiği açıktır⁵⁸.

⁵⁸ “Uyuşmazlıkta davacının aşırı düşük teklif sorgulamasının yerinde bulunmayarak teklifinin değerlendirme dışı bırakılması üzerine davacı tarafından 16.03.2009 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunulduğu, şikâyet başvurusunun 17.03.2009 tarihli işlemle reddedilmesi üzerine şikâyet konusu yapmadığı bir konu olan ihalenin iptali istemiyle bakılmakta olan

4734 sayılı Kanun'un 56/2. maddesi uyarınca inceleme, ihalenin iptaline ilişkin olanlar dışında, şartname de dahil olmak üzere, incelemesini, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin⁵⁹ ihlal edilip edilmediği açılarından yapılmaktadır. Başka bir ifade ile, Kurumun re'sen inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır⁶⁰.

Yürürlükteki Yönetmeliğin⁶¹, "Kurum tarafından inceleme" başlıklı 18. maddesinde resen inceleme yapılmasını engelleyen hükümler⁶² düzenlenmiştir.

davanın açıldığı anlaşıldığından, her ne kadar İdare Mahkemesi tarafından davacının ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunmadığı belirtilerek dava dilekçesinin ihaleyi yapan idareye tevdiine karar verilmiş olsa da, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin işlem hakkında şikâyet başvurusunda bulunduğu açık olup bakılmakta olan dava ise şikâyet konusu yapılmayan ihalenin iptali istemine ilişkin olduğundan ve bu isteme ilişkin olarak da öncelikle ihaleyi yapan idarenin bir karar vermesi gerektiğinden, dava dilekçesinin ihaleyi yapan idareye tevdiine ilişkin Mahkeme kararı sonucu itibariyle hukuka uygun bulunmaktadır."(Danıştay 13. Daire, E.2009/6350, K.2011/498, K.T. 08.02.2011, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁵⁹ "...davacı şirket tarafından ihalede ikinci avantajlı teklifi vermiş olan isteklinin aşırı düşük teklif sorgulaması aşamasında yapmış olduğu açıklamaların da itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından Kurul tarafından incelenmesi gerektiği, diğer bir ifadeyle Kurul tarafından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açısından ihalede en avantajlı ikinci teklif sahibinin aşırı düşük teklif sorgulaması kapsamında yapmış olduğu açıklamaların incelenmeyerek eksik inceleme yapıldığı iddiasıyla Kurul kararının iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı göz önüne alındığında, Mahkeme tarafından işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken idari merci tecavüzü bulduğundan bahisle dava dilekçesinin ihaleyi yapan idare olan Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü'ne tevdiine karar verilmesinde hukukî isabet görülmemiştir." (Danıştay 13. Daire, E. 2011/2998, K. 2011/5320, K.T. 25.11.2011, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁶⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde ihalelerin yapılmasının zorunlu olduğu 01.01.2003 tarihinden hemen sonra hazırlanan 17.01.2003 tarih ve 24996 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ilk "İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik" in "Re'sen İnceleme" başlıklı 15 inci maddesinde; ihale sürecine ilişkin başvurular üzerine başvuranın iddialarından bağımsız olarak idareler ve Kurum tarafından re'sen inceleme yapılacağı düzenlenmiş ve maddede "re'sen inceleme", ihale sürecinin şikâyet tarihine kadar gerçekleşmiş kısmına ilişkin ve iddialardan bağımsız inceleme olarak tanımlanmıştır. Yine Yönetmeliğin "Başvuruların İncelenmesi Görevi" başlıklı 23 üncü maddesinde; Kamu İhale Uzmanı veya heyet tarafından başvurunun kendilerine havalesi üzerine, ihaleye ilişkin her türlü araştırma ve incelemenin re'sen yapılacağı belirtilmiştir.

⁶¹ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır

⁶² "(1) İtirazen şikâyet başvuruları;

a) İlan veya ön yeterlik/ihale dokümanına yapılan başvurular, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı incelenir.

Re'sen araştırma ilkesi, yargılamada, göz önüne alınması gereken kamu düzenine ilişkin görev, yetki, süre gibi hususlarda sağlıklı sonuca ulaşılabilmesi ve idari yargının aynı zamanda hukuka uygunluk denetimi olması ve eylem veya işlemlerin hukuka uygunluğunun kimi zaman kapsamlı bir araştırma ve inceleme gerektirmesi nedeniyle oldukça önemli bir ilkedir⁶³.

İdari yargılamada hakim in re'sen araştırma yapabilme konusunda sahip olduğu bu yetkinin temelinde, kamu yararı ve kamu düzeni düşünceleri yatmaktadır⁶⁴. İdari yargının idarenin hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için böyle bir yetkiye ihtiyacı olduğu kuşkusuzdur. Çünkü, idari yargı, hukuka uygunluk denetimini yaparken, birey ile devlet arasındaki devlet lehine olan güç dengesizliğini ve genellikle dava ile ilgili bilgi ve belgelerin davalı taraf olan idarenin elinde bulunduğunu dikkate almak zorundadır.

İdari yargı yerleri yargısal denetimi re'sen inceleme ilkesini gözeterek yaptığından, iddiaların incelenmesi başvuruları sonucu tesis edilen Kurul Kararları ile itirazın şikayet başvuruları sonucu tesis edilen Kurul Kararlarının iptal davasına konu olmasında uyuşmazlığın yargısal denetiminde farklılıklar olması kaçınılmazdır.

b) İhale veya ön yeterlik dokümanının verilmesi, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak ise, başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ile itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden incelenir.

(2) Eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak incelemede; dayanağı bakımından, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılır.

(3) Şikayet veya itirazın şikayet başvurusu üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararına karşı yapılacak itirazın şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.

(4) Sözleşmenin Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan imzalanmış olması veya itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesi, Kurum tarafından itirazın şikayet başvurusunun incelenip sonuçlandırılmasına engel teşkil etmez.

(5) Kurum, Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesine kararına karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularına ilişkin nihai kararını, ihale işlem dosyası ile ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgelerin Kurum kayıtlarına alındığı tarihten itibaren on iş günü içinde, diğer itirazın şikayet başvurularında yirmi gün içinde verir." hükmü bulunmaktadır.

⁶³ ASLAN Zehreddin, "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:23-24 (Ekim 2000-Mart 2001), s. 25.

⁶⁴ UĞURLU Yücel, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:II, Sayı:1, s.122

Yönetmelik ikili bir ayrıma gitmektedir. Yönetmeliğin 18. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca, “İlan veya ön yeterlik/ihale dokümanına yapılan başvurular, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı incelenmektedir. Aynı maddenin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca ise, ihale veya ön yeterlik dokümanının verilmesi, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak ise, başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ile itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden incelenme gerekmektedir.

İtirazen şikayetin konusu, şikayet başvurusu üzerine alınan karar olduğu için, itirazen şikayet denetimi kapsamında, Yönetmeliğin 8. maddesinin 10. fıkrası uyarınca “İdarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikayet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazen şikayet başvurusuna konu edilemez”. Başka bir ifade ile, itiraz konusu bakımından, konu sınırı getirilmiş bulunmaktadır.

4. İdareyi Karar Almaya Zorlaması

Zorunlu idari başvuru, idari işlemler bakımından iptal davasına konu olma bakımından, idari işlemin kesin olmasını⁶⁵, yani geçirmesi gereken süreçlerden geçerek tamamlanmış olmasını gerektirmektedir. İdari işlemin kesin olması, iptal davası açmadan önce zorunlu idari başvuru yolları öngörülmüş ise, bu başvuruların yapılarak⁶⁶, başvurunun sonucuna göre iptal davası açılmış olması anlamını taşımaktadır.

Dava açmadan tüketilmesi gerekli zorunlu idari başvuruların yapılmasının en doğal sonucu idareyi işlem yapmaya mecbur kılmasıdır. Bu işlemlerin kişi

⁶⁵ YILMAZ Dilşat, Kamu İhale Hukukunda Şartnameler, Ankara 2014, s.156

⁶⁶ “Davacı tarafından önce ihaleyi yapan Balıkesir Belediyesi’ne “şikâyet” bulunulması, bundan bir sonuç alınamaması halinde de Kamu İhale Kurumuna “itirazen şikâyet” bulunulması ve tüm bu aşamalar takip edildikten sonra Kamu İhale Kurumu’nun itirazen şikâyet üzerine alacağı karara karşı dava açılması gerekirken, bu zorunlu idari başvuru yolu tüketilmeksizin dava açılması yoluna gidildiği görüldüğünden dava dosyasının merciiine (Balıkesir Belediye Başkanlığına) tevdiine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle dava dilekçesi ve eki belgelerin davalı idareye gönderilmesine” (Danıştay 13. Daire, E. 2012/2119, K. 2013/3320, K.T. 29.11.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

açısından olumlu ya da olumsuz olması yahut açık ya da zımni olması arasında bu açıdan her hangi bir fark bulunmamaktadır⁶⁷.

Zorunlu olmayan idari başvuru yolu işletilir de idareden olumsuz sonuç alırsa, kişinin açacağı davanın konusu başvuru sonrası gerçekleşen olumsuz sonuç değil, idari itiraza konu edilen ilk işlemdir. Zira ilk işlem, itiraz tarihinde de davaya konu edilmesi mümkün, kesin ve yürütülebilir bir işlemdir. İtiraz yolu sadece, işlemin davaya konu edilebilmesi imkanını veren dava şartı mahiyetinde bir yoldur⁶⁸.

Zorunlu idari başvuru yollarının işletilmesi sonucunda ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlemdir⁶⁹.

⁶⁷ YILDIRIM, s.199

⁶⁸ CANDAN Turgut , Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2006, s.561

⁶⁹ “Davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin işleme karşı, 4734 sayılı Kanun’un yukarıda belirtilen maddelerinde öngörülen usul izlendikten sonra, idarî dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olan itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu’nca verilecek kararın iptalinin istenilmesi gerektiği açıktır.” (Danıştay 13. Daire, E. 2012/2072, K. 2012/3869, K.T. 17/12/2012; Danıştay 13. Daire, E. 2011/2307, K. 2012/3862, K.T. 17/12/2012, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014); “...teklifin değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine ilişkin Kamu İhale Kurulu’nun 22.10.2012 tarih ve 2012/UY.III-4041 sayılı kararı sonrasında idarece teklifin değerlendirme dışı bırakılmasıyla birlikte ihale sürecinde ilk defa tesis edilen geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin dava konusu işlem üzerine şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunan davacılar tarafından, itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından alınan 24.12.2012 tarih ve 2012/UY.III-4952 sayılı karar dava konusu edilebileceğinden, ihaleyi yapan İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ) Genel Müdürlüğü tarafından tesis edilen ve kesin ve yürütülebilir işlem niteliği taşımayan davacıların teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi’nce davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ) Genel Müdürlüğü’ne tevdiine karar verilmesinde usule uygunluk bulunmamaktadır”(Danıştay 13. Daire, E. 2013/2106, K. 2013/3601, K.T. 11.12.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014) “Kamu İhale Kurulu’nun www.ihale.gov.tr adresli internet sitesinden yapılan araştırma sonucunda, dava konusu 23.11.2012 tarih ve 574330 sayılı kesinleşen ihale kararı üzerine davacılar tarafından yapılan itirazın şikâyet

5. Dava Şartı Olması

Dava açmak için zorunlu idari başvurular; idare aleyhine idari yargıda dava açmak için kanun tarafından konulan, bu kapsamda idari bir eylem ya da işleme karşı dava açmak isteyen kişilerin öncelikle idareye başvurmasının zorunlu tutulduğu, tatmin olmadığı takdirde dava yoluna gidebilmesinin öngörüldüğü başvurulardır.

Zorunlu idari başvurular, başvuruyla beraber idareyi harekete geçmekle yükümlü kılması ve ardından dava açma hakkı tanınması yönüyle etkili idari başvurular arasında belirtilebileceği gibi, dava açmadan önce tüketilmesi gerekli bir yol olması yönüyle de bir tür dava şartı⁷⁰ olarak nitelendirilebilir. Gerçekten, zorunlu idari başvuru yolu öngörüldüğü halde, idareye başvurmadan doğrudan dava açılması durumunda mahkeme, esasa girmeden dosyayı ilk inceleme aşamasında ilgili idareye tevdi edecektir⁷¹. Bu eksikliğin davanın

başvurusunun 24.12.2012 tarih ve 2012/UY.III-4952 sayılı Kurul kararıyla reddedildiği görülmektedir. Bu durumda; mevcut yasal düzenlemeler karşısında, teklifin değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 22.10.2012 tarih ve 2012/UY.III-4041 sayılı kararı sonrasında idarece teklifin değerlendirme dışı bırakılmasıyla birlikte ihale sürecinde ilk defa tesis edilen geçici teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin dava konusu işlem üzerine şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunan davacılar tarafından, itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından alınan 24.12.2012 tarih ve 2012/UY.III-4952 sayılı karar dava konusu edilebileceğinden, ihaleyi yapan İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ) Genel Müdürlüğü tarafından tesis edilen ve kesin ve yürütülebilir işlem niteliği taşımayan davacıların teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi'nce davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ) Genel Müdürlüğü'ne tevdiine karar verilmesinde usule uygunluk bulunmamaktadır” (Danıştay 13. Daire, E. 2013/2106, K. 2013/3601, K.T. 11.12.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁷⁰ CANDAN, s.561

⁷¹ “İdare Mahkemesinin idari merci tecavüzü nedeniyle 10.03.2011 tarih ve E:2011/434, K:2011/498 sayılı kararı ile dilekçeyi Kuruma gönderdiği ve bu dilekçenin 26.04.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına alındığı, dolayısıyla gerek mahkemede dava açılma tarihi, gerekse idari merci tecavüzüne ilişkin mahkeme kararının Kurum kayıtlarına girdiği tarih itibarıyla, itirazın şikâyet başvuru süresi geçtikten sonra Kuruma başvuruda bulunduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddedilmesi gerekmektedir” (16.05.2011 gün ve 2011/UH.II-1626 sayılı KİK Kararı) ; “Kastamonu İdare Mahkemesinin 08.10.2010 tarih ve E:2010/442, K:2010/604 sayılı kararı ile idari merci tecavüzü bulunması nedeniyle dosyanın Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar verilmesi üzerine, Kurulca esasının incelenmesine

esasına girilmesini engellemesi karşısında, zorunlu idari başvuruları dava şartı olarak kabul etmek gerekecektir.

Kanunlarda idari başvuru yoluna gitmenin zorunlu tutulduğu hallerde kişi, başvurmak için öngörülen sürede hiç başvuru yapmazsa, artık idari başvuru yapma imkanı kalmayacağı⁷² gibi dava açma imkanı da kalmayacaktır⁷³.

geçilmesine karar verilerek, yapılan inceleme sonucunda; Başvuru sahibinin 26.04.2011 tarih ve 21446 sayılı Kurum kayıtlarına alınan dilekçesinde şikâyet başvurusunun süresinde yapılmadığı,” (16.05.2011 gün ve 2011/UH.II-1625 sayılı KİK kararı.; “Şikâyetçinin ihalenin iptal kararına karşı olayın farkına varıldığı tarih olan 26.01.2011 tarihini izleyen 5 (beş) gün içinde doğrudan Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken, 11.02.2011 tarihli dilekçe ile doğrudan Diyarbakır 3. İdare Mahkemesinde dava açtığı, bunun üzerine anılan Mahkemenin idari merci tecavüzü nedeniyle 29.03.2011 tarih ve E:2011/426, K:2011/182 sayılı kararı ile dilekçeyi Kuruma gönderdiği ve bu dilekçenin 12.04.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına alındığı, dolayısıyla gerek mahkemede dava açılma tarihi, gerekse idari merci tecavüzüne ilişkin mahkeme kararının Kurum kayıtlarına girdiği tarih itibarıyla, itirazın şikâyet başvuru süresi geçtikten sonra Kuruma başvuruda bulunulduğu anlaşılmıştır. Diğer taraftan, şikâyet dilekçesine başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmediği ve 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi (j) bendinin (2) numaralı alt bendi uyarınca şikâyetle bulunanlarca yatırılması zorunlu olan başvuru bedelinin Kurum hesaplarına yatırıldığına dair banka dekontunun eklenmediği hususları tespit edilmiştir. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre ve şekil yönünden reddi gerekmektedir.” (20.04.2011 gün ve 2011/UM.II-1368 sayılı KİK kararı.; “Ankara 2. İdare Mahkemesi tarafından idari merci tecavüzü nedeniyle Kuruma gönderilen dava dilekçesi incelendiğinde; idareye yapılan şikâyet başvurusu üzerine, idarece verilen 13.02.2014 tarih ve 4798 sayılı kararın tebellüğ edildiğinin beyan edildiği 13.02.2014 tarihini izleyen 10 gün içerisinde olmak üzere, en geç 24.02.2014 Pazartesi günü mesai bitimine kadar başvuru sahibince Kuruma başvuruda bulunulması gerekirken, 12.03.2014 tarihi itibarıyla idare mahkemesine başvuruda bulunulduğu tespit edilmiştir. Buna göre, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca, dilekçenin mahkeme kayıtlarına alındığı 12.03.2014 tarihinin, dilekçenin Kurum kayıtlarına alındığı tarih olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu tarih itibarıyla itirazın şikâyet başvurusunun süresinde yapılmadığı anlaşılmıştır.” 07.05.2014 gün ve 2014/UH.IV-2049 sayılı KİK kararı.; “Ankara 12. İdare Mahkemesinin E:2013/1648 K:2013/2074 sayılı Karar uyarınca idari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumuna tevdiine karar verildiği, anılan mahkeme kararı ve ekinde yer alan dava dilekçesinin 24.12.2013 tarih ve 40623 sayılı Kurum kayıtlarına alındığı, başvuru sahibi tarafından Kurul kararının eksik veya yanlış uygulandığı hususuna ilişkin başvurunun muttali olduğu 31.07.2013 tarihini izleyen 10 (on) gün içinde doğrudan Kuruma yapılması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra yapıldığı anlaşılmıştır.” 06.01.2014 gün ve 2014/UY.IV-128 sayılı KİK kararı, <http://ekap.kik.gov.tr> Erişim: Mayıs 2014.

⁷² Hatta bu halde idarenin başvuru reddetmek zorunda olduğu belirtilmektedir. YILDIRIM, s.200

⁷³ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14/3-d maddesinde, dava dilekçelerinin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden

4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinde, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu düzenlenmiştir; 57. maddesinde ise, şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararların dava konusu edilebileceği kurala bağlanmıştır.

Belirtilen Kanun hükümleri uyarınca dava açılması öncesinde itirazın şikâyet yolunun kullanılması aday, istekli ve istekli olabilecekler açısından zorunlu olmakla beraber, bu pozisyonda olmayan kişiler için bu yola başvuru imkanı bulunmamaktadır. Bu durumda olan kişilerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uyarınca ihale sürecindeki işlemlerle bir menfaat alâkasının bulunması koşuluyla idari yargıda iptal davası açabilmeleri mümkündür⁷⁴.

Şikâyet ve itirazın şikâyet yolları tüketilmeksizin, şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlem ile ihalenin ve ihale şartnamesinin iptali istemi hakkında yetkili idari merciin henüz bir kararı bulunmaksızın açılan davalarda, 2577 sayılı Kanunun yukarıda anılan 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu üzerine tesis edilen işlemin iptali istemi yerine şikâyet konusu olan işlemin iptalinin istenmesi

incelenecekleri; 15/1-b maddesinde, 14. maddenin 3/d bendine göre idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem bulunmaması halinde açılan davaların reddine karar verileceği; 14/6. maddesinde de, maddede sayılan hususların ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında 15. madde hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir.

⁷⁴ “Olayda, dava konusu ihale 4734 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olmakla birlikte, davacı, anılan Kanun hükümlerinde belirtilen aday, istekli ve istekli olabilecek sıfatını taşımadığından, söz konusu ihale hakkında dava açabilmesi için, anılan Kanun'da öngörülen idari başvuru yollarını tüketmesine gerek bulunmadığından, dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumu'na tevdi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.” (Danıştay 13. Daire E. 2011/444, K. 2011/1632, K.T. 13.04.2011, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

halinde ise incelenmeksizin ret kararı verilmesi gerekmektedir⁷⁵.

a. Merciiine Tevdi Kararı Verilmesi

İdari merci tecavüzü⁷⁶, “yasaların zorunlu öngördüğü idari başvuru yolları tüketilmeden, idari başvuru süresi içinde zorunlu veya isteğe bağlı idari başvuru yollarına idari başvuru süresi içinde başvurup da idarenin cevabı veya kararını beklemeden idari yargıda dava açmak olarak tanımlanmakta, isteğe bağlı idari başvuru yapıp da sonucunu beklemeden dava açılması durumu da idari merci tecavüzü olarak değerlendirilmektedir⁷⁷.

Zorunlu idari başvuru yoluna gidip de, başvurudan sonra idarenin cevap verme süresi beklenmeden dava açılması halinde de merci tecavüzü bulunmaktadır⁷⁸. İdari merci tecavüzünün varlığı halinde dilekçenin reddine karar

⁷⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2010/3427, K. 2010/8568, K.T. 17.12.201, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014

⁷⁶ “...ihalenin iptaline ilişkin karardan önce kendilerine yapılmış herhangi bir şikâyet başvurusunun olmadığı bildirildiği, buna karşın; davalı idarenin gerek dava dilekçesine gerekse de temyiz dilekçesine vermiş olduğu cevap dilekçelerinde ise ihalenin iptaline ilişkin alınmış bir kararın olmadığı belirtilmesi karşısında, Mahkeme tarafından ihalenin iptal edilip edilmediği hususunun araştırılarak, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınan kararlar hakkında zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerektiği hususu dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken, yetkili idari merci henüz bir kararı olmaksızın ihalenin iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada idari merci tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin davalı idareye tevdi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”(Danıştay 13. Daire, E. 2010/1893, K. 2011/2085, K.T.09.05.2011, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

⁷⁷ YILDIRIM, s.202

⁷⁸ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinde, açılan davada idarî merci tecavüzü bulunup bulunmadığının ilk inceleme sırasında inceleneceği; 15. maddesinde ise, idarî merci tecavüzü halinde, dilekçelerin görevli idarî mercie tevdiine karar verileceği kurala bağlanmıştır. Bu durumda, ihale sürecinde tesis edilen yasaklılık teyidine ilişkin işlemin iptali istemiyle Konya Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'ne karşı açılan davada; davacı şirket tarafından, öncelikle bu işleme karşı ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusu yapılması, şikâyet başvurusunun reddedilmesi halinde Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından alınan nihai karar dava konusu edilebileceğinden, Mahkemece Kanun'da öngörülen idarî başvuru yolları tüketilmeden açılan davada idarî merci tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin ihaleyi yapan idareye tevdiine karar verilmesi gerekirken, bu aşamada açılan davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk görülmemiştir.”(Danıştay 13. Daire, E. 2009/3347, K. 2014/559, K.T. 26.02.2014, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

verilmez, dilekçenin merciiine tevdi kararı verilerek⁷⁹ dilekçe ilgili mercie gönderilir. Diğer bir ifade ile, idari işlemlerin kesinlik kazanabilmeleri ve dava konusu edilebilmeleri için idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekir. Bu bir bakıma dava açılabilmesi için bir ön koşuldur. Bu şekilde zorunlu kılınan idari başvuru yolları tüketilmeden dava açılması halinde idari yargı yerleri, “idari merci tecavüzü” nedeniyle “dava dilekçesinin görevli merciiye tevdiine” karar vererek dilekçeyi ilgili idari makama gönderir.

Şikâyet yoluna başvurduktan sonra Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadan doğrudan İdare Mahkemelerine veya Danıştay’a dava açılması durumunda da, merci tecavüzü oluşacağından, başvuru Mahkeme tarafından dava dilekçesinin görevli idari merci olan Kuruma gönderilmesi ve bu durumda, dilekçenin itirazın şikâyet dilekçesi olarak kabulü gerekmektedir. Bütün bu merci tecavüzlerinde, Danıştay’a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihi, merciiine başvurma tarihi olarak kabul edilmesi gerekeceğinden, Kamu İhale mevzuatında yer alan sürelerin Danıştay’a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihinden itibaren başlaması gerekmektedir.

b. Dava Açma Süresini ve Sözleşme İmzalanmasını Durdurucu Etkisi

Zorunlu idari başvurular, dava açma süresi üzerinde doğrudan etkili yollardır. İdari eylem başvurularında dava açma süresini başlatıcı etkiye sahip olan bu başvurular, idari işlemlere yönelik başvurularda ise dava açma süresini durdurucu etkiye sahiptir.

Zorunlu idari başvuru yoluna gitmenin önemli bir sonucu dava açma süresini etkileyerek, süreyi başlatma ya da süreyi durdurmaya neden olmasıdır.

⁷⁹ “öncesinde idareye şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu yapıldığı açık olan uyuşmazlık konusu ihalenin iptaline ilişkin karar üzerine Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet başvurusu yapılması, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu yol olduğundan ve bu yol tüketilmeksizin açılan davalarda, 2577 sayılı Kanun’un 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerektiğinden, dava konusu işleme karşı idari başvuru yolları tüketilmeden açılan davada, idari mercii tecavüzü bulunması nedeniyle, 4734 sayılı Kanun’un belirtilen hükümleri doğrultusunda merciiine tevdi kararı verilmesi gerekirken, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yönünde karar verilmesinde usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.” (Danıştay 13. Daire, E. 2011/2818, K. 2011/4174, K.T. 03.10.2011, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

Dava açmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu idari başvurular, belirli süreler içinde yapılmak zorundadır. Bu sürelerin uzunluğu yasal olarak düzenlenmektedir⁸⁰. Tüketilmesi gereken zorunlu idari başvurular için öngörülmüş bulunan sürelerin geçirilmesi durumunda ise dava açma hakkının zorunlu idari başvuru yollarının işletilmesi koşuluna bağlanmış olması nedeniyle istek, gerek idare tarafından gerekse idari yargı tarafından süresinde yapılmadığından reddedilecektir. Bu durum, idareye başvuru zorunluluğunun tartışmasız önemini açıklamaktadır.

Kamu ihale sürecinde idareye şikâyet başvurusunun yapılması ile diğer sonuçların yanında, sözleşmenin imzalanması da ötelenmiş olmaktadır. Gerçekten 4734 sayılı Kanun'un 55.maddesine göre, şikâyet ve itirazın şikâyetleri sonuçlandırılmadıkça sözleşme imzalanamaz⁸¹.

Danıştay, Anayasanın 40/2. maddesinde yer alan "...Devlet işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır..." hükmünü şikâyet ve itirazın şikâyet sürecinde işlem metninde bu sürelere ve başvuru mercilerine yer verilmemesi halinde iptal nedeni olarak kabul etmekte ve dava süresinin idari dava süresi olan 60 gün olduğuna karar vermektedir⁸².

⁸⁰ 2577 sayılı Yasa m. 13'e göre idari eylemler nedeniyle yapılması gereken zorunlu idari başvurular; idari eylemden doğan zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl, her halde eylemden itibaren beş yıl içinde yapılmalıdır.

⁸¹ SANCAKDAR Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s.634

⁸² "davacı şirketin geçici teminatının irat kaydına ilişkin Tokat İl Özel İdaresi'nin 29.03.2010 tarihli işleminde, hem de davacının 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca davalı idareye yaptığı itirazı reddeden 09.04.2010 tarihli işlemde, davacının "hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini" göstermediği görülmektedir. ... Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanun'un 65. maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere itirazın şikâyet başvurusunun reddine" denilmiştir. Bu durumda, davalı Tokat İl Özel İdaresi'nin dava konusu işleminde Anayasa'nın 40. maddesine aykırı biçimde ilgililerin hangi süre içerisinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü yerine getirilmediğinden, davacının Kamu İhale Kurulu kararının tebliğ tarihi olan 08.06.2010 tarihinden itibaren genel dava açma süresi olan 60 gün içinde Ankara 13. İdare Mahkemesi'nde 29.06.2010 tarihinde açtığı davanın süresinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin Tokat İdare Mahkemesi kararında usule uygunluk bulunmamaktadır." (Danıştay 13. Daire, E. 2012/796, K. 2013/3215, K. T.

Dava süresi ile idari başvuru süresinin birbirinden ayrı olduğu ve idari başvuru süresinin geçirilmesinin dava süresinin geçirilmesi sonucunu doğurması gerekmektedir. Çünkü idari başvurular, işlemin kesinlik kazanması ile ilgili düzenlemelerdir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında, “Yasalarda, idari kararların ne zaman kesinlik kazanacağına belirtilmesinden yargı yolunun kapatıldığı şeklinde bir anlam çıkarılamaz” şeklinde bir açıklamada bulunmuştur⁸³. Ayrıca, süresi içinde itiraz edilmeyen işlemin, kesinleştiği ve dava konusu edilebilir işlem olduğunun da kabulü gerekmektedir⁸⁴.

6. Hak Düşürücü Süre Etkisi

Bir hakkın kullanılması için konulan kesin süre ve mehiller, “hak düşürücü süre” etkisi doğurmaktadır. Hak düşürücü süreler uyulmadığında tanınan hak, düşecek ve kullanılamayacaktır. Süre geçtikten sonra hakkın kullanılması talebi yetkili merci tarafından reddedilmek zorundadır.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu bir kararında, yasalarda öngörülen idari başvuru sürelerini hak düşürücü süre olarak nitelendirmiştir⁸⁵. Yasalarda öngörülen idari başvuru süresinin “hak düşürücü süre” olarak kabul edilmesi, bazı önemli hukuksal sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle, idari başvuru süresine uyulmaması, hem idari başvuru yolunu, hem de bunu izleyen idari yargı yolunu ortadan kaldırmaktadır.

25.11.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014))

⁸³ “Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında; “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” denilmektedir. Yasanın, Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülen 8. maddesinde, belediye sınırları içinde kalan yerler için belediye meclisleri, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerler için valiliklerce onaylanan planlara karşı bir aylık ilan süresi içinde itiraz olunabileceği ve belediye meclisi ve valiliklerin itirazları kesin karara bağlayacakları hükmüne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi, ancak kesin ve yürütülmesi zorunlu idari kararlar dava konusu olabilir. Bu nedenle yasalarda, idari kararların ne zaman “kesin”lik kazanacağına belirtilmesinden yargı yolunun kapatıldığı şeklinde bir anlam çıkarılamaz. Yargı yolunun kapatılmış sayılabilmesi için Yasa Koyucunun bunu açıkça belirtmesi gerekmektedir.” AYM; E. 1985/11, K. 1986/29, K.T. 11.12.1986 (R.G. Tarih-Sayı:18.04.1987-19435)

⁸⁴ YILDIRIM Turan, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, T.C.Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (Bildiriler), Ankara 1998, s. 252-253

⁸⁵ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E.1969/612, K.1971/475, K.T. 30.04.1971(UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

İdari başvuru süresine uyulup uyulmadığı, hem idarece, hem de idari yargı yerince kendiliğinden dikkate alınmakta, ayrıca belirtilmesine veya savunma olarak ileri sürülmesine gerek bulunmamaktadır⁸⁶.

Zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmiş olmasının önemi, bu başvuruların “çift hak düşürücü” etkisi olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁷. Bu yolun atlanarak doğrudan idari yargı yerlerine başvurulması halinde, yargı yerleri “idari mercii tecavüzü” bulunduğu gerekçesiyle İYUK'nun 15. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca dosyayı ilgili idari mercilere göndereceklerdir. Ancak bu durum, yargı yerlerine idari başvuru için gereken sürede gidilmesi halinde söz konusu olabilecektir.

Mevzuatta öngörülen zorunlu idari başvuru süreleri genelde oldukça kısa sürelerdir. Kural olarak yargı yerlerine başvuru, bu süreler geçirildikten sonra yapılmaktadır. Bu durumda da, “çift hak düşürücü” sürenin etkisi ile karşılaşılmaktadır. İdari yargı yerleri dosyayı ilgili idari mercie göndermeyerek 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca, davanın reddine karar vermekte, bu noktadan sonra idareye yapılan başvuruların reddi halinde de ilgililerin idarenin bu kararını dava etme olanağı ortadan kalkmaktadır.

Şikayet ve itirazın şikayet başvurularındaki süreler aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olduklarından, yetkili merci hakkın süresinde kullanılıp kullanılmadığının denetimini herhangi bir itiraz yada başvuru olmaksızın kendiliğinden yapmak zorundadır. Bu konuya ilişkin olarak; kanunda ve yönetmelikte belirlenmiş süreler kamu düzenine ilişkin hak düşürücü sürelerdir.

Şikayet başvuru süresi 4734 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca, 21. maddenin b ve c bendindeki ihaleler için beş gün, bunun dışındakiler için 10 gün olarak düzenlenmiştir. Ancak şartnamenin de içinde yer aldığı ihale dokümanlarına ilişkin hukuka aykırılık iddialarına ilişkin şikayetler, ihale türüne göre beş ya da on günlük süreleri aşmamak kaydıyla, 55/2. madde ve ilgili

⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar, Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.411.

⁸⁷ YILMAZ, s. 157

Yönetmeliğin 6/2. maddesine göre; en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılmak zorundadır.

Yönetmeliğin 5/1. maddesine göre, istekli olabilecekler; ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar, adaylar; ön yeterlik değerlendirmesine ilişkin idari işlemler, istekliler ise tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılması aşamalarına ilişkin idari işlemlere karşı şikayet hakkını kullanabilirler.

İlanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlamaktadır.

Şikâyet başvurusuna ilişkin sürelerin geçirilmesi, hak kaybına neden olur⁸⁸. İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alacaktır. İhale dokümanının da içinde yer aldığı şartnameye ilişkin incelemeyi idare, Kamu İhale Kanunu'nun 55/2. maddesi uyarınca, ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırmak zorundadır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 15/2. maddesinde; idareye başvuruda bulunulması gerekirken doğrudan Kamu İhale Kurumu'na yapılan başvuruların ihaleyi yapan idareye gönderileceği, 9/6 maddesinde de doğrudan Kamu İhale Kurumu'na yapılan ve 15. madde uyarınca idareye gönderilen şikâyet başvurularında dilekçenin idare kayıtlarına alındığı tarihin, idareye başvuru tarihi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre süresi içinde ihaleyi yapan idareye başvurmayıp doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvurulması durumunda, Kamu İhale Kurumu'nca idareye gönderilen dilekçenin idare kayıtlarına alındığı tarihin başvuru

⁸⁸ “Başvuru sahibinin itirazının ihalenin idarece iptali işlemine karşı olduğu, (ihale tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata göre) şikayet konusu hususun öğrenildiği tarihten itibaren mevzuata uygun olarak 15 gün içerisinde idareye şikayette bulunulmadığı, idare mahkemesinde dava açıldığı tarih itibarıyla idareye şikayet süresinin geçmiş olduğu anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.” (15.08.2011 gün ve 2011/UY.II-2752 sayılı KİK kararı, <http://ekap.kik.gov.tr> Erişim: Mayıs 2014)

tarihi olarak kabul edilmesi kanunla belirlenen başvuru süresinin geçirilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Bu durumda idareye süresinde başvurulmaması nedeniyle idari başvuru süresi yani şikâyet başvurusu süresi geçirilmiş ayrıca buna bağlı olarak itirazın şikâyet ve idari yargıya başvuru hakkı da kaybedilmiş olabilecektir.

Danıştay, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “ya da yargı mercilerine” ibaresinin iptali istemiyle açılan davada, “4734 sayılı Kanun’da şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunun doğru mercie yapılmaması halinde başvuruya esas alınması gereken tarihe ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasıyla beraber, 2577 sayılı Kanun’un 15. maddesinde yer alan, idari merci tecavüzü halinde yargıya başvuru tarihinin idareye başvuru tarihi olarak kabul edileceğine ilişkin açık hüküm nedeniyle, uyuşmazlığa konu Yönetmelik maddesinde yer alan, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının ihaleyi yapan idare veya Kurum yerine yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin yargı mercileri tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kuruma gönderilmesi halinde, yargıya başvuru tarihinin değil, dilekçelerin ilgisine göre ihaleyi yapan idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarihin başvuru tarihi olarak kabul edileceğine ilişkin kuralın anılan Kanun’a aykırılık taşıdığı sonucuna vararak, uyuşmazlığa konu İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “ya da yargı mercilerine” ifadesinde hukuka uygunluk bulunmadığına karar vermiştir”⁸⁹.

İdari başvuru süresi geçirildikten sonra dava açılması durumunda dava reddedilir. Dosyanın yetkili idari yere gönderilmesine gerek yoktur. Bu yaklaşım, Danıştay’ın İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararında da belirtilmektedir⁹⁰.

⁸⁹ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14/3-b, 15/1-e ve 15/2 maddelerine göre, idari yargı yerlerinde dava açılmadan önce idari bir kuruluşa başvurulması kanun ile öngörülmesine rağmen bu başvuru yerine getirilmeden dava açılması durumunda idari merci tecavüzünden söz edileceği, bu durumda dava dilekçesinin görevli idari kuruluşa gönderilmesine karar verileceği, yargıya başvuru tarihinin, merciine başvuru tarihi olarak kabul edileceği” belirtilmiştir. (Danıştay 13. Daire, E. 2013/53, K.T. 10.04.2013, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014))

⁹⁰ “Malül aylığı talebi T.C. Emekli Sandığı İdare Kurulu tarafından reddedilmesi üzerine, red kararının ilgiliye tebliğ tarihinden itibaren ...tahsise müteallik olumsuz karara karşı... 30

İdari başvuru süresi geçirildikten sonra, idareye başvurulması durumunda, istek idarece süre aşımından; idarenin ret kararı üzerine, dava açılması durumunda ise, dava idari başvuru yolu tüketilmediği nedeni ile reddedilir.

Başvuruların idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kuruma gönderilmesi halinde, bu dilekçelerin ilgisine göre ihaleyi yapan idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir. Bu başvurularda, başvuru süresinin henüz dolmadığı hallerde dilekçedeki eksiklikler başvuru süresinin sonuna kadar giderilebilir. İdari teşkilatın son derece karmaşık olması gerçeği ile birlikte ele alındığında, söz konusu düzenleme ilgililerin hak kaybı yaşamalarına sebep olacaktır. Bu şekilde bir kabul ile, ilgililerin hem idari başvuru yapma hem de yargı organlarına başvurma hakları kısıtlanmaktadır.

Anılan düzenleme idarenin bütünlüğü prensibi ile uyum içinde olmadığı gibi, başvuru tarihi bakımından daha sonraki tarihli ihaleyi yapan idare ya da Kurum kayıtlarına girme tarihini dikkate alması sebebiyle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne de aykırılık taşımaktadır.

Başvuru sürelerinin özellikle dava açma süresinden daha az bir süre olarak öngörüldüğü zorunlu başvurularda önemli bir hak kaybı tehlikesi bulunmaktadır. Danıştay, idareye zorunlu başvuru yapılmadan veya başvuru süresini geçirerek açılan davaları⁹¹ ya da başvuru süresi geçirildikten sonra idareye yapılan başvuruların idarece reddi üzerine açılan davaları reddetmektedir. Çünkü belirtildiği gibi, idari başvuru süresi, Danıştay tarafından “hak düşürücü süre” olarak kabul edilmektedir.

7. Kamu Hizmetinin Zamanında Yapılmasını Geciktirmesi

Şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulması ihale sürecini dur-

günlük süre içinde Maliye Bakanlığına itirazda bulunmaksızın Danıştayda açılan davanın reddi” gerekeceği doğrultusunda içtihadın birleştirilmesine karar verilmiştir (DİBK, E.969/11, K.970/30, K.T. 21.11.1970 UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014).

⁹¹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E 1969/11, K 1970/30, K.T. 21.11.1970(UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

durduğundan, zorunlu idari başvuru yolları olarak önce şikayet başvurusu, sonra itirazın şikayet başvurusunun sonuçlanmasına kadar geçecek sürede ihale konusu işin yapımının gecikmesine neden olmaktadır.

İhaleye ilişkin eylem ve işlemlere karşı yargı yoluna başvurulabilmesi ancak bu idari başvuru yollarının usulüne uygun olarak ve süresinde tüketilmesi şartına bağlı bulunmaktadır. Yasal olarak zorunlu olan idari başvuru yolları tüketilmeden dava açılması durumunda ise idari yargı tarafından idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın merciine tevdiine karar verilmektedir. Merciine tevdi kararına karşı temyiz yoluna gidilebilmektedir.

2577 Kanun'un 14/3-(b). maddesinde, dava dilekçelerinin idari merci tecavüzü yönünden inceleneceği düzenlenmiş, 15. maddenin 4. fıkrasında da, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür.

İdareye şikayet yoluna başvurulmadan doğrudan dava açılması, şikayet başvurusunda bulunduktan sonra Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet yoluna gidilmeksizin dava yoluna gidilmesi veya idareye şikayet başvurusunda bulunulmadan doğrudan Kamu İhale Kurumuna başvurulması gibi farklı durumlarda, gerek Kamu İhale Kurumu tarafından gerekse idari yargı tarafından idari merci tecavüzü kararı verilebilmektedir.

Belirtildiği gibi 2577 sayılı Kanun'daki açık düzenleme uyarınca idare mahkemesince verilen merciine tevdi kararına karşı temyiz yoluna başvurulması ihtimali seçenek olarak her zaman mümkündür. Hatta Kamu İhale Kurumu tarafından idareye şikayet yoluna başvurulmadan doğrudan itirazın şikayet başvurusunda bulunulması durumunda, merciine gönderme şeklinde tesis edilecek işleme karşı dava açılması, idari yargı tarafından verilecek merciine tevdi kararına karşı da temyiz yoluna başvurulması ihtimal dışı değildir. Yargısal yollar tüketildikten sonra işin esası hakkında verilecek karara karşı da tekrar yargı yoluna gidilmekte olduğu bilinmektedir.

Bu sürecin işletilmesi, kıt olan kamu kaynaklarını kullanmak suretiyle kamu yararını sağlamak ve kamu hizmetini gerçekleştirmek için yapılan ihalenin sonuçlanması, uzunca bir süre geçmesini gerekli kılmaktadır.

Bir ihale işleminin makul bir sürede sonuçlanmamasının neden olacağı kamu zararının sakıncası açıktır. Nitekim, 02.11.2007 tarihinde yapılan ihale 07.03.2011 tarihinde Kamu İhale Kurumunca itirazın şikayet üzerine başvurunun uygun bulunmadığına ilişkin kararı ile 4 yıla yakın bir süre geçmiş olmasına rağmen henüz sonuçlanamamıştır.

Örnek vermek gerekirse; “Mersin Valiliği Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü tarafından 02.11.2007 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan “Mersin Merkez Halkkent Toplum Merkezi İnşaatı” ihalesine ilişkin olarak ... Ltd. Şti.’nin 08.02.2011 tarih ve 604 sayılı Kurum kayıtlarına alınan dilekçe ile başvuruda bulunduğu, “başvuru sahibince şikayete konu işlemin 11.02.2008 tarihinde farkına varıldığı, 26.02.2008 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, idarece şikayete ilişkin olarak alınan 27.02.2008 tarihli kararın hangi tarihte bildirildiğine ilişkin herhangi bir bilginin mevcut olmadığı, 05.02.2009 tarihinde Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açıldığı, anılan mahkemenin 01.06.2010 tarih, 2009/70 E:2010/247 kararı ile uyuşmazlık mahkemesinin E:2009/237, K:2010/55 01.02.2010 tarihli kesin olarak verilen kararı gereği davayı yargı yeri itibarıyla görev açısından reddettiği, bu kararın 14.09.2010 tarihinde kesinleştiği, anılan dava sonrasında Mersin 1. İdare Mahkemesine 03.12.2010 tarihli dilekçe ile başvurulduğu, dolayısıyla idarenin kararına karşı kararın bildiriminden sonraki 15 gün içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 03.12.2010 tarihinde Mersin 1. İdare Mahkemesi nezdinde dava açıldığının anlaşıldığı, Mahkemenin 20.12.2010 tarih ve E:2010/1919, K:2010/1940 sayılı kararıyla idari başvuru yolları tüketilmeden açılan davada “idari merci tecavüzü” nedeniyle dava dilekçesinin görevli idari merci olan Kamu İhale Kurumu’na gönderilmesine karar verdiği, dolayısıyla Kuruma itirazın şikayet başvurusunun süresinde yapılmadığı”⁹² belirtilerek işlem tesis edilmiştir.

⁹² “...incelenen ihalede Kanun ve mevzuata aykırılık iddialarının somut ve ciddi nitelikte bulunmaması nedeniyle Yönetmeliğin 22 nci maddesinde öngörülen iddiaların incelenmesine geçilmesinin kabul koşullarının oluşmadığı anlaşıldığından iddiaların incelenmesine geçilmesine gerek bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanunun 65 inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere; 1) Başvurunun uygun bulunmadığına, 2) İddiaların incelenmesine geçilmesine gerek bulunmadığına,”(07.03.2011

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 13/(2). maddesinde, “İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin Kurumun internet sayfasından sorgulama yapılmadan, Kuruma itirazın şikayet başvurusu yapılan hallerde ise itirazın şikayet başvurusu nihai kararla sonuçlandırılmadan sözleşme imzalanamaz.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca dava aşaması öncesinde ihale sürecine yönelik şikayet ve itirazın şikayet başvurusunun sonuçlanması tamamlanmadan sözleşme imzalanması ertelenmek durumundadır. İtirazın şikayet başvurusu hakkında bir karar alındıktan sonra ise bu işleme karşı açılacak idari davanın da sonuçlanması gerekecektir.

8. İdarenin Denetimine Olanak Tanınması

4734 sayılı Kanunla getirilen şikayet ve itirazın şikayet başvuruları sonucu yapılacak denetim, diğer idari denetim yollarını ortadan kaldırmamaktadır. İdareler hem kendi iç denetim mekanizmalarını işletebilirler, hem de hiyerarşik denetim kapsamındadırlar. Çünkü, idarenin işlemlerinde hukuka uygunluk yükümlülüğü herhangi bir başvuru şartına bağlı bulunmamaktadır. Başvuru üzerine veya kendiliğinden hukuka aykırılığı tespit edilen işlemlerin düzeltilmesi veya iptali zorunludur. İhale işlemlerine ilişkin olarak da idareler, şikayet yoluyla veya herhangi bir yolla kendilerine iletilen başvuruları inceleyip sonuçlandırmak veya hiyerarşik denetimi yapmak durumundadırlar.

Bir anlamda, ihale işlemlerinde zorunlu tutulan şikayet ve itirazın şikayet adı altındaki bu başvuru yolları ile idarenin denetimi yapılmaktadır. İdareye şikayet başvurusu yolu ile kamu ihalelerine ilişkin eylem ve işlemlerin önce ihaleyi yapan idare tarafından, sonra ise itirazın şikâyet başvurusu yolu ile bağımsız bir idari otorite olan Kamu İhale Kurumu tarafından idari olarak denetlenmesine olanak sağlanmaktadır⁹³. İhale sürecindeki hukuka aykırılıkların

gün ve 2011/UY.II-901 sayılı KİK kararı, <http://ekap.kik.gov.tr> Erişim: Mayıs 2014)
⁹³ ÖZTÜRK İlhami, “Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazın Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 3, Yaz 2009, s.130

idari başvuru üzerine düzeltilmesi ve hukuka aykırılıkların yargı yoluna gitmeden önce giderilmesi söz konusu olabilmektedir.

2886 sayılı Kanun döneminde, sözleşme imzalanana kadar geçen süreçteki işlemler, idari işlem niteliğinde kabul edilerek idari yargıda dava konusu edilebilirken, sözleşmenin imzalanması sonrasındaki süreç adli yargının görev alanında sayılmaktaydı⁹⁴. Ancak tek başına yargısal denetim; kamu alımlarına ilişkin uyuşmazlıkların yargı sürecinde çözüme kavuşturulması için uzun bir süreyi gerektirdiği gibi, hem hukuka aykırı işlemde zarar gören isteklilerin beklentilerine cevap vermede, hem de kamu alımları yoluyla harcanan kamu kaynaklarının etkinliğinin ve verimliliğinin sağlanmasında yetersiz kalmaktaydı⁹⁵.

Bu olumsuzlukların önlenmesi amacıyla, 4734 sayılı Kanun'un 55. ve 56. maddelerini değiştiren 5812 sayılı Kanun ile daha hızlı ve ihtisaslaşmış bir idari denetimin sağlanabilmesi için şikayet ve itirazden şikayet adı altında zorunlu idari başvuru yolu getirilmiştir. İhalelere ilişkin eylem ve işlemlerin yargı denetiminin dışında kalmaması ve ihale sürecinin uzamadan kamu zararına neden olunmadan sonuçlanmasının önemi açıktır.

İdarenin işlem ve eylemlerinin yine idari organlar tarafından denetlenmesi olarak bilinen idari denetimin harekete geçirilmesi böylece idarenin kanuniliği ilkesinin gerçek anlamda uygulanması olduğu kadar, hak arama özgürlüğünün bir parçası olması yönünden de anlamlı olan idari başvuruların etkin bir şekilde kullanılabilmesine olanak sağlayan yasal düzenlemelerin varlığı hukuk devletinde olması gereken düzenlemelerdendir.

Kamu ihaleleri gibi, kamu kaynağının kullanıldığı ve özel sektör ile kamu sektörü arasındaki ekonomik ilişkiyi doğrudan etkileyen önemli bir idari faaliyet türü açısından, uyuşmazlıkların yargıya aktarılmadan önce idari denetim mekanizmaları ile çözüme kavuşturulması önem taşımaktadır.

Bununla birlikte, şikayet ve itirazden şikayet başvurularının etkin bir idari denetim sağlayıp sağlamadığı ve bu bağlamda söz konusu idari başvuru yolla-

⁹⁴ UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005, s. 388

⁹⁵ KUTLU Meltem, "İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci", İzmir 1997, s. 171

rının tüm ilgililerce işletilip işletilemeyeceği ayrıca değerlendirilmesi gereken konulardır.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İdareye şikayet başvurularında olduğu gibi, hak arama özgürlüğünün kullanılması ile kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından idari işlemlerin süratli bir şekilde yapılması, idare işlevinin sürekliliği dikkate alınarak, ihale sürecinin yavaşlatılmasına yönelik kötü niyetli başvuruları ve idari işlemlerin sürekli iptal tehdidi altında kalmasını önlemek amacıyla, itirazın şikayet başvuruları bazı yasal koşullara bağlanmıştır. Bu şartlardan bazıları başvurulara özgü subjektif şartlar iken bazıları başvurudan bağımsız objektif koşullardır.

İhaleyle ilişkin eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun önce idari denetime tabi olmasının ve sonunda yargı yolu ile denetlenebilmesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu açıktır. Bu zorunluluk, kamu yararı ve hukuk devleti ilkesinin de doğal sonucudur.

Kanunun getirdiği sistem içerisinde şikayet ve itirazın şikayet, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru yoludur. İlgililerin öncelikle bu süreci işletmesi gerekmekte, sonrasında da itirazın şikayet yoluna başvurulması ve Kamu İhale Kurumu tarafından verilen kararlar ilgililerce dava konusu edilebilmektedir⁹⁶.

⁹⁶ "...aday, istekli ve istekli olabilecek kişiler tarafından açılan davalarda, ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlemdir. Bu durumda; mevcut yasal düzenleme karşısında, teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydı üzerine şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunan davacı şirket tarafından, ancak yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından alınan nihaî karar dava konusu edilebileceğinden, ihaleyi yapan Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nca tesis edilen ve kesin ve yürütülebilir işlem niteliği taşımayan davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi tarafından davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." (Danıştay 13. Daire, E. 2010/3987, K. 2011/496, K.T. 08.02.2011, UYAP Bilişim Sistemi/ Danıştay Karar Arama ekranı, Erişim: Mayıs 2014)

Zorunlu idari başvuruların öngörülmesinin ve bu zorunluluğa uyulmaması halinde başvuruya konu işlemin yargısal denetiminin yapılmayarak istemin usulden reddedilmesinin hak arama özgürlüğü ile ters yönde bir ilişkisi bulunmaktadır. Bu zorunlulukların arttırılması ve gerekmediği halde zorunlu başvuru yolu öngörülmesi, idareye başvurmakla kişilerin bekletilmesi hak arama özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurmaktadır.

İdari başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle açılan davaların yetkili idari mercilere tevdiine karar verilmesi yargılama sürecinin uzamasına neden olmaktadır. Ayrıca süresinde idari başvuru yollarına müracaat edilmemesi nedeniyle dava açma hakkının kaybedilmesi de söz konusu olmaktadır.

İtirazen şikayet başvurularına yönelik inceleme yetkisi etkin bir denetim yapılmasına olanak sağlamamaktadır. Örneğin; idareler tarafından alınan iptal kararlarından sadece şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınanların incelenmesi ve incelemenin idarenin iptal gerekçeleri ile sınırlı olması, incelemenin sadece başvuru sahibinin iddiaları ile sınırlı tutulması, başvuruların sadece eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden yapılması, hukuka uygunluk denetimi yapılmaması önemli bir sakıncayı oluşturmaktadır.

İdari başvuru ehliyeti daraltılmış olduğundan şikayet ve itirazen şikayet yoluna menfaatleri ihlal edilenler diğer bir ifadeyle dava açma hakkı olanlar gidememektedir. Menfaati ihlal edilmiş olsa dahi ilgililerin şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunma imkanı elinden alınmıştır. Böylelikle, başvuru ehliyetinin dar algılanması sonucunda, şikayet ve itirazen şikayetin zorunlu idari başvurular olması nedeniyle ilgililerin idari yargıya başvurma hakkı da ortadan kaldırılmıştır.

Bunların sonucu olarak; idari yargılama usulü hukukundaki dava ehliyeti ile ihale hukukundaki şikayet ve itirazen şikayet ehliyeti paralel hale getirilmesi bunun için de şikayet ehliyeti açısından hak ihlali yerine menfaat ihlalinin düzenlenmesi gerekmektedir.

Kamu İhale Kurumu'nun itirazen şikayet başvurularını inceleme yetkisi, 5812 sayılı Kanundan önceki dönemde olduğu gibi genişletilmeli idarenin başvuruya konu işlem ya da eyleminin hukuka aykırı olup olmadığı sadece eşit

muamele ilkesi ile sınırlı olarak değil 4734 sayılı Kanunun tüm hükümleri, genel hükümler ve genel hukuk ilkeleri çerçevesinde incelenmelidir.

Yine, Kamu İhale Kurumu, idarelerin sadece şikayet ya da itirazın şikayet üzerine verdikleri iptal kararlarını değil tüm ihale iptal kararlarını inceleyebilmelidir.

◆◆◆

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU Tekin, Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği, AİD, Cilt: 23, Sayı: 1, 1990

ALAN Nuri, “İdari Usul ve İdari Yargı”, Ankara Barosu Dergisi 2000-2

ARMAĞAN Servet, Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası , Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972

ARMAĞAN Servet, Temel Haklar ve Ödevler , Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2012

ASLAN Zehreddin, “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:23-24 (Ekim 2000-Mart 2001)

BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE, Ankara 1970

BASTİK Serdar, Kamu İhalelerinde İdari Başvurular, Yayınlanmamış Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara 2011, <http://www.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/serdarbastik.pdf> Erişim: Mayıs 2014

CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2006

CEBRE Ayvaz, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, TAAD, Cilt: 1, Sayı: 5 (20 Nisan 2011)

DURAN Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1946,

Cilt: 12, Sayı: 1

EROĞLU Hamza, İdare Hukuku, Ankara 1984

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar, Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2013

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Baskı, Ankara2013

KABOĞLU İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2002

KÜÇÜK Faruk, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, 2005, Ankara 2007

KUTLU Meltem, “İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci”, İzmir 1997

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: 3, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1967

ÖZKAN Gürsel, “İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri”, T.C.Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (Bildiriler), Ankara 1998

ÖZKAN Gürsel, Demokratik Yönetime Geçiş-21.Yüzyıl Türkiye İçin Bir Kanun Önerisi, Tutibay Yayınları, Ankara 2001

ÖZTÜRK İlhami, “Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 3, Yaz 2009

SABUNCU Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2012

SANCAKDAR Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

SEZER Yasin-BİLGİN Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, AÜHFD Yıl: 2008, Cilt:57, Sayı: 4

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku 16. Bası , Beta Yayınları, İstanbul 2013

Türk Hukuk Lugatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998

UĞURLU Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:II, Sayı:1

ULER Yıldırım, “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Yayınları, Ankara1990

UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005

YILDIRIM Turan, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (Bildiri-ler), Ankara 1998

YILDIRIM Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, İkinci Baskı, Konya 2006

YILMAZ Dilşat, Kamu İhale Hukukunda Şartnameler, Ankara 2014

ZABUNOĞLU Yahya K., “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

CEZA MAHKEMELERİNCE VERİLEN KARARLAR BAKIMINDAN BİREYSEL BAŞVURUDA BAŞVURU SÜRESİ

*The Time-Limit of Individual Application in Terms of Decisions
Given By Criminal Courts*

Dr. Hüseyin TURAN *

ÖZET

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle hukuk sistemimizde yeni bir hak arama yolu devreye girmiştir. Mahkemenin yetkisinin başladığı 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai karar, işlem ve eylemlere karşı bireysel başvuruda bulunmak için belli bir süre öngörülmüştür. Bu süre Mahkemenin yargılama usulünü düzenleyen kanunda 30 gün olarak belirlenmiştir. Ceza Mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuruda bulunmak için nihai kararının öğrenilmesinden itibaren bu süre işlemeye başlamaktadır. Bu öğrenme farklı şekillerde olabilmektedir. Başvuru süresi, Anayasa Mahkemesi tarafından resen dikkate alınmakta ve bu nedenle başvurunun ön şartlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bir başvurunun süresinde yapılmadığı sonucuna varılırsa diğer kriterlere bakılmaksızın başvuru hakkında süre aşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru, insan hakları, başvuru süresi, ceza mahkemesi

ABSTRACT

With the adoption of individual application before the Constitutional Court, a new remedy is made available opened in Turkish jurisprudence. A time-limit is admitted to lodge an individual application against final decisions and acts that become final after 23.9.2012, the initial date for the Court's jurisdiction. This time-limit is recognized a period of thirty days referred by the Court's judicial code. The running of the thirty-day period for applications against decisions given by criminal courts starts with knowledge of a final decision. This knowledge can be reached in different ways. The Constitutional Court considers the time-limit as a procedural rule and it is therefore regarded one of the pre-conditions to apply. If it is concluded that an application is

* Dr. Hüseyin TURAN, Hakim/Anayasa Mahkemesi Raportörü

non-compliant with the time-limit, the Court's decision will be inadmissible due to lapse of time without taking into account the other admissibility criteria.

Keywords: Constitutional Court, individual application, human rights, time-limit, criminal court

◆◆◆

Giriş

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi ile yeni bir hak arama yolu olarak bireysel başvuru hakkı, hukuk düzenimizde yerini almıştır. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında birincil görev, şüphesiz idari ve yargısal makamların yetkisindedir. Fakat Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları kabul etme görev ve yetkisinin verilmesiyle temel hak ve özgürlüklerin ulusal bir yargı makamınca korunması amaçlanmıştır. Zira temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen kişilerin iç hukuk yollarını tükettikten sonra başvurdukları makam, 1990 yılından itibaren yargı yetkisini kabul ettiğimiz İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi iken, 23.9.2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi olmuştur. Kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, başvurulması zorunlu hukuksal ve idari başvuru yollarını tükettikten sonra bundan böyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurabilmek için öncelikle Anayasa Mahkemesine başvurmak durumundadırlar¹. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Uzun kararında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun etkili olmadığını gösteren herhangi bir unsur içermediğini belirterek bireysel başvuru yolunun kendisine başvurulmadan önce tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiştir².

Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüğünden birinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin başvurulması gerekli bütün hukuksal ve idari başvuru yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için kanunda öngörülen süre şartını yerine getirmeleri ve başvuru süresini kaçırmamaları gerekmektedir. Bu bakımdan başvuru süresi,

¹ Hasan Uzun/Türkiye Kararı, Başvuru No: 10755/2013. 30 Nisan 2013. Bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/HasanUzun.pdf> (Erişim Tarihi 15.3.2014).

² ÖNCÜ, Mehmet; "AİHM: Bireysel Başvuru Yolu AİHM'ye başvurmadan Önce Tüketilmesi Gereken Bir İç Hukuk Yoludur". HUKAB, S.6, Eylül 2013, s.81.

bireysel başvuruda bulunacaklar için hayati bir öneme sahiptir. Yoksa başvuru, sürenin geçirilmiş olması, Mahkemenin ibaresiyle “*süre aşımı*” nedeniyle kabuledilemez bulunur ve işin esasına girilmeden başvuru reddedilir. İşte bu çalışmada; ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlar bakımından bireysel başvuru süresinin başlangıcı ve sona ermesi incelenmiş, ayrıca sürenin geçirilmiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesince verilmiş kabul edilemezlik kararlarıyla da konu somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

2. Bireysel Başvuru

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı, 12 Eylül 2010 tarihinde halkoyuna sunulan ve kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile tanınmıştır³. Bu kanunun 18’inci maddesiyle Anayasa’nın 148’inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin sonuna “*ve bireysel başvuruları karara bağlar*” ibaresinin eklenmesiyle Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasına bireysel başvuruları karara bağlamak da bu şekilde dâhil edilmiştir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları kabul etme görev ve yetkisinin verilmesi ile birlikte Mahkeme, temel hak ve özgürlükleri içeren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ulusal düzeyde uygulanmasından ve Anayasada belirtilen insan haklarını etkin bir şekilde korumaktan sorumlu hale gelmiştir⁴.

Bireysel başvuru hakkı, 1982 Anayasası’nın 148’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir...” olarak ifade edilmiş, bu hak, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45’inci maddenin birinci fıkrasında da “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf

³ R.G.13/5/2010 Tarih ve No:27580. İNCEOĞLU, Sibel (Editör); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi Yayınları, 1.Baskı, 2013, s.7.

⁴ SAĞLAM, Musa (Editör); **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**. Anayasa Mahkemesi Yayınları.2.B, Ankara, 2013, s.1.

olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir” şeklinde açıklanmıştır.

Görüldüğü üzere; gerek Anayasa’da ve gerekse bireysel başvurunun uygulanma şeklini gösteren 6216 sayılı Kanun’da bireysel başvuru benzer bir biçimde ifade edilmiştir. Buna göre bireysel başvuru şu biçimde tanımlanabilir. Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki birinin kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin başvurulması gerekli ve var olan diğer hak arama yollarını tükettikten sonra başvurabilecekleri ikincil derecede ve istisnai bir başka ifadeyle olağanüstü bir yargı yoludur⁵.

Bireysel başvuru ile amaçlanan konulardan birisi, hiç şüphesiz Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin ortak koruma kapsamında kalan hak ihlali iddialarının ulusal düzeyde incelenmesi ve bu şekilde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine giden başvuru sayısının azaltılmasıdır⁶. Bir diğer önemli amaç ise, hak arama yolu olarak öngörülmüş olağan kanun yollarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında yetersiz kalması ve bu hakların korunmasını gerçekleştirememesi halinde, bu hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemesince ülke içinde korunmasının sağlanmasını gerçekleştirmektir⁷.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak için zaman sınırlaması da getirilmiştir. Mahkemenin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı, 23.9.2012 tarihidir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargıla-

⁵ EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM Musa; **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Yayınları. Ankara 2012. s.9. TURABİ, Selami; **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.14. ÖZBEY, Özcan; **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı**, 2.B. Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.69. ERGÜL, Ergin; **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara 2012. s.13.KILINÇ, Bahadır; **“Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”**, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 25, s.23.

⁶ UZUN, Cem Duran; **“Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”**, Seta Analiz, Şubat 2012. s.13.

⁷ SABUNCU, M. Yavuz/ ESEN, A. Selin; **“Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”** Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S.21. s.230.

ma Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1'inci maddesinin 8'inci fıkrasına göre "Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler⁸. Mahkeme, bu hüküm uyarınca ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurularını inceleyebilir. Niteliği itibariyle kamu düzenine ilişkin olan bu başvuru şartını taşımayan bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebilmesi mümkün değildir⁹. 23.9.2012 tarihinden önce kesinleşen işlem ve kararlar hakkında yapılan başvurularda bu nedenle Mahkemece zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararları verilmektedir¹⁰. Şüphesiz, bu tarihten önce verilmiş ve kesinleşmiş kararlar aleyhine gerekli şartları taşımak kaydıyla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvuruda bulunmaya kanuni bir engel bulunmamaktadır.

3. Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi

a) Olağan Süre

İdari ve hukuki başvurularda belli bir süre öngörüldüğü gibi Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilmesi için de başvurunun belli bir süre içinde yapılması öngörülmüştür. Bireysel başvuru için süre koşulunun aranmış olması, onun olağanüstü bir yargı yolu olmasının sonucu olarak kabul edilmektedir. Süre koşulu ile yargı kararlarının kesinliği ve hukuk güvenliği ilkelere korunmuş olmaktadır.¹¹

⁸ R.G. 3.4.2010 Tarih ve No:27894.

⁹ EKİNCİ/SAĞLAM; s.25.

¹⁰ "Ceza hukukunda kararların kesinleşmesi bakımından tüketilmesi gereken son olağan kanun yolu kural olarak temyizdir. Somut olayda olağan kanun yolu Yargıtay 3. Ceza Dairesinin Sincan 1. Asliye Ceza Mahkemesinin kararını 30/5/2012 tarihinde onaması ile tamamlanmış ve bu tarihte kesinleşmiştir. Başvurucu tarafından 5271 sayılı Kanun'un 311. maddesi gereğince onama kararından sonra yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmasının kararın kesinliğine bir etkisi olmayacaktır. Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu kararın 23.9.2012 tarihinden önce kesinleşmiş olduğu anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "zaman bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." AYM, B. No: 2013/781. K.T: 26.3.2013. (<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> Erişim Tarihi 9.12.2013).

¹¹ SAĞLAM, Musa; "Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 18, Sayı 60, Eylül/Ekim 2005, s.160.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuru usulü*" kenar başlıklı 47'inci maddesinin gerekçesinde de bireysel başvuruda öngörülen başvuru süresinin gerekliliği; "*Bireysel başvurunun kişisel ve güncel bir temel hak ihlalinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir anayasal kurum olması, başvuruların belirli bir sürede yapılmasını zorunlu kılmaktadır.*" şeklinde vurgulanmıştır¹².

Bireysel başvuruda bulunabilmek için Kanun'da belli bazı şartlar sayılmıştır. Bu şartların tamamının gerçekleştirilmiş olması, başvurunun incelemeye alınmak için kabul edilmesi için yeterlidir. Fakat yapılan bir başvuru haklı da olabilir. Ancak o başvurunun Anayasa Mahkemesince incelenebilmesi için başvurunun süresi içinde yapılması gerekmektedir. Bunun için bireysel başvurunun ön şartlarından birisi de başvuru süresidir. Süre, başvurunun her aşamasında resen dikkate alınması gereken bir usul hükmüdür. Başvuru süresi, başvuru¹³ veya vekilinin nihai karara erişme olanağına sahip olduğu tarihten itibaren başlamaktadır. Nihai kararı öğrenme şekli hukukumuzda tek değildir. Başvuru veya vekili tarafından nihai karar; tefhimle, tebligatla, internet yoluyla, yakalama ile veya dosyanın incelenmesi gibi çok çeşitli vasıtalarla öğrenilebilmektedir.

Başvuru süresinin başlangıcı ve süresi 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuru usulü*" kenar başlıklı 47'incimaddesinin 5'inci fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir: "*Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir*".

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "*Başvuru süresi ve mazeret*" başlıklı 64'üncü maddesinin birinci fıkrasında ise başvuru süresinin başlangıcı ve süresi; "*Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği*"¹⁴ başvuru yolu ön-

¹² EKİNCİ, Hüseyin/ BAHADIR, Ali; "**Kabul Edilebilirlik Kriterleri**" in SAĞLAM, Musa (Editör); **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**. Anayasa Mahkemesi Yayınları.2.B, Ankara, 2013. 149.

¹³ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunan kişi ya da kişilere "başvurucu" denmektedir.

¹⁴ "*ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten*" ibaresi 5.3.2014 gün ve 28938 sayılı Resmî

görülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir” şeklinde açıklanmış ve Kanun’daki ibare aynen tekrar edilmiştir.

Görüleceği üzere bireysel başvuruda bulunmak için başvuru süresi, 6216 sayılı Kanun’un 47’inci maddesinin 5’inci fıkrası ile Mahkeme İçtüzüğü’nün 64’üncü maddesinin birinci fıkrasında iki ihtimal üzere düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi, temel hak ihlal iddiasına konu olan eylem, işlem ya da karara karşı yasalarda zorunlu yargısal ve idari başvuru yolu öngörülmemişse buna ilişkin başvuru yollarının kullanılması ve tüketilmesi gerekmektedir. Şüphesiz buna ilişkin kararın kesinleşmiş olma şartı da aranacaktır. Diğer ise temel hak ihlal iddiasına konu olan eylem, işlem ya da karar aleyhine yasalarda yargısal ve idari başvuru yolu öngörülmemiş ise bu durumda ihlalin öğrenildiği tarih önem taşımaktadır. Başvuru süresi ihlalin öğrenildiği andan itibaren başlamaktadır. Her iki durumda da süre aynı olup, otuz gündür. Neticede başvuru yolları öngörülmemiş ise başvuru yollarının tüketildiği ve kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolları öngörülmediği durumda ise ihlalin öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde Anayasa Mahkemesine doğrudan veya diğer mahkemeler yahut yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla bireysel başvurunun yapılması gerekmektedir¹⁵.

Her ne kadar Mahkeme İçtüzüğü’nün 64’üncü maddesindeki 5.3.2014 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 7’inci maddeyle değiştirilmeden önceki halinde bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak “*başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten*” söz edilmekte ise de bu halde 30 günlük başvuru süresinin başlangıcı olarak, müracaat edilen son başvuru yolunun sonucunun kişiye tebliği tarihini anlamak gerekecektir¹⁶. Aksine bir yorumla nihai kararın tarihinin esas alınması halinde, başvuru yapan ya bu kesinleşmiş kararı öğrendiği tarihten itibaren 30 günlük süre geçmiş olduğundan başvuru hakkı engellenerek hiç başvuru yapamaması ya da başvuru

Gazetede yayımlanan İçtüzüğün 7. maddesiyle 64’üncü madde metninden çıkarılmıştır.

¹⁵ 6216 sayılı Kanununun 47’inci maddesinin birinci fıkrasına göre; “Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükte düzenlenir.”

¹⁶ UZUN, s.35.

için az bir süre kalması nedeniyle bu hakkın kullanımının sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle İçtüzük'teki bu düzenlemeye karşın 30 günlük başvuru süresi, her halükarda ihlalin öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır¹⁷. İçtüzük'teki bu düzenlemenin farklı yorumlara neden olmaması amacıyla İçtüzük'ün "*Başvuru süresi ve mazeret*" başlıklı 64'üncü maddesinin birinci fıkrasındaki; "*Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten*¹⁸, *başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir*" şeklindeki düzenlemeden "*ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten*" ibaresi çıkarılmış, başvuru yollarının tüketilmesinde de sürenin kesinleşmeden itibaren olmayıp, öğrenmeden itibaren başlayacağı bu şekilde açıkça ortaya konulmuştur. Başka bir ifadeyle, başvuru yapılan son merciin kararı kişiye tebliğ edildikten sonra 30 günlük süre işlemeye başlayacaktır.

Kanun'da ve İçtüzük'te öngörülen başvuru süresi, Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen denetimin zaman açısından sınırlarını çizmekte ve böylece gerek kişilere ve gerekse kamu organlarına söz konusu denetimin hangi süreden sonra artık mümkün olamayacağını açıklamaktadır.¹⁹

Bireysel başvuru sisteminde temel hak ihlaline neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ve kararların kesinleşmiş olması, bir başka ifadeyle olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır²⁰. Bireysel başvurunun ikincil nitelikte olması nedeniyle bu yola başvurulmadan önce, kamu işlemine karşı var olan bütün hukuki yolların tüketilmiş olması gerekir. Bu nedenle kesinleşmiş bir karar ortaya çıkmadığı sürece bu yola başvurulamaz. Kanun yolları tüketilmeden, ilgili işlem ya da karar kesinleşmeden yapılan bir bireysel başvuru hakkında, başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilebilmektedir²¹. İdari ve yargısal başvuru yollarında temel hak ihlalinin

¹⁷ ŞEN, Ersa; "**Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı**". Bkz.,<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/979810-anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-hakki> (Erişim Tarihi 12.5.2014).

¹⁸ "*ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten*" ibaresi 5.3.2014 gün ve 28938 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İçtüzüğün 7'inci maddesiyle 64'üncü madde metninden çıkarılmıştır.

¹⁹ EKİNCİ/BAHADIR; s.149.

²⁰ 6216 sayılı Kanun Mad.45/2.

²¹ AYM, B. No: 2012/946, T. 26.3.2013. (<http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni>).

ortadan kaldırılması ve varsa başvuruçunun uğradığı zararın giderilmesi durumunda, başvuru için aranan mağdurluk statüsünün devamından da bahsedilemeyeceğinden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmasında hukuki bir yarar kalmamaktadır²².

6216 sayılı Kanun'un 47'inci maddesinin birinci fıkrasına göre kanunda belirlenen ve İçtüzük'te gösterilen şartlara uygun olarak bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesine; doğrudan doğruya veya diğer mahkemeler yahut yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilmektedir. Bireysel başvurunun Kanun'da öngörüldüğü bu yerlerden birine kaydının yapıp ve o yerde başvuruçuya bir alındı belgesinin verildiği tarih başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir²³. Kesinleşmiş kararın kişiye tebliğ veya tefhim tarihi, başvuru yolu öngörülme- yen durumlarda da ihlalin öğrenilme tarihi başvuru süresinin başlangıç tarihi olarak esas alınır²⁴. İşte, bu iki tarih arasındaki süre bireysel başvuruda başvuru süresi olup, başvurunun bu 30 gün içinde yapılması gerekmekte, yapılmaması halinde ise başkaca bir inceleme yapılmaksızın bireysel başvurunun süre aşımı nedeniyle kabul edilemezliğine, yani başvurunun reddine karar verilmektedir²⁵.

Vekille takip edilen davalar açısından bakıldığında başvuru süresinin baş- langıcı ve sonu değişmemektedir. Anayasa Mahkemesi, avukat ile yapılan bi- reysel başvuruda, başvuruçunun avukatına yapılan tebligat tarihini 30 günlük sürenin başlangıç tarihi olarak kabul etmektedir²⁶. Burada başvuruçuyu, nihai ka- rarı avukatından daha sonraki bir tarihte öğrendiğini ileri sürerek bir başvuru yaptığında bu başvuru süre yönünden nasıl alınacağı hususunun değerlendiril- mesi gerekmektedir.

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun Vekile Tebligat başlıklı 11'inci madde- sinde "*Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır*" hükmü bu-

php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000391&content=başvuru yollarının tüketilmemesi, (Erişim Tarihi: 13.02.2014).

²² **Kabul edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi**, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakla- rı Mahkemesi, Mart 2011. Rehber ulaşmak için www.echr.coe.int (Case-Law _Case-LAWA- nalysis _Admissibility Guide) s.14.

²³ TURABI, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, s.123.

²⁴ EKİNCİ/SAĞLAM, s. 26.

²⁵ AYM, B. No: 2013/3351, T. 18.9.2013.

²⁶ AYM. B. No: 2012/1075, 12.2.2012, § 23.

lunmaktadır. Bu açık düzenleme uyarınca vekille takip edilen işlerde vekile yapılacak tebligatın başvuru süresinin başlangıcı için yeterli olacaktır. Zira vekil vasıta ile takip edilen işlerde ayrıca asile tebligat ya başka bir şekilde bir bildirim yapılmamaktadır. Başvurucunun, avukatından nihai kararı daha sonraki bir zamanda öğrenmiş olması, kendisine bireysel başvuruda bulunmak için bir ek süre kazandırmamaktadır.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru süresi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine yapılan başvuru süresi dikkate alındığında çok kısa olduğunda kuşku yoktur. Fakat bireysel başvuruların neredeyse bütününün bir yargı yeri kararından sonra yapılması gerekeceğinden 6212 sayılı Kanunda belirtilen 30 günlük sürenin, kişilere başvuruda bulunup bulunmamayı değerlendirme ve başvuru yapmaları durumunda ileri sürülecek şikâyet ve somut delilleri ortaya koyma bakımından yeterli zamanı sağlamaktadır²⁷. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Uzun kararında, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru yolundaki öngörülen başvuru süresinin erişilebilir bir iç hukuk yolu olup olmadığı yönünden yaptığı değerlendirmesinde 30 günlük olağan başvuru süresinin makul olduğunu ve ayrıca 15 günlük de olağanüstü başvuru süresinin öngörüldüğünü belirterek süre yönünden başvuru yolunun erişilebilir bir iç hukuk yolu olduğuna hükmetmiştir.²⁸

b) Mazeret Halinde Süre

6216 sayılı Kanun'un 47'inci maddesinin 5'inci fıkrasında "Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler."denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "Başvuru süresi ve mazeret" başlıklı 64'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında ise "Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu ya-

²⁷ EKİNCİ, Hüseyin; Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Bireysel Başvuru 'Anayasa Şikâyeti'. HUKAB Sempozyum Serisi 1, Editör; Musa SAĞLAM, Ankara, 2011. s.145.

²⁸ Uzun ve Türkiye Kararı, § 54 vd. ÖNCÜ, s.82.

pamadığı takdirde, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler.”denilmektedir.

Kanun’da mazeretin neler olabileceği belirtilmemiş sadece bunun haklı olması üzerinde durulmuştur. İctüzük’te ise haklı mazeretin neler olabileceği iki neden olarak gösterilmiş, bunlardan ilki, mücbir sebep, diğeri ise ağır hastalık halidir. Bu nedenle mazeret olarak ileri sürülen ağır hastalık halinde doktor raporunun içeriği önem taşımaktadır. Dikkat edilirse her türlü sağlık probleminin değil, ancak ağır hastalık halinin mazeret olarak kabul edileceği ifade edilmiştir.

Anaysa Mahkemesi, hangi hâllerin haklı mazeret olduğunun önceden belirlenmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle ileri sürülen mazeretin haklı olup olmadığının her başvuruda, olayın özelliklerinin dikkate alınarak değerlendirilmesinin gerektiğine vurgu yapmıştır²⁹. Mahkeme, hastalık nedeniyle mazeretin kapsamını 2013/2295 sayılı bireysel başvuruda belirlemiştir. Söz konusu başvuruda başvuru konusu edilen nihai yargı kararı 20.2.2013 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiş, başvurunun bu tarihten itibaren otuz gün içinde ve en son 22.3.2013 Cuma günü yapılması gerekmekte iken bu süreler geçirildikten sonra 25.3.2013 tarihinde yapılmıştır. Başvurucu vekili, aile hekimi tarafından akut farenjit teşhisiyle 22.3.2013 tarihinden itibaren 3 gün istirahat verilmesine ilişkin 22.3.2013 tarihli raporu sunarak, mazeretinin bitiminden itibaren süresi içinde başvurulduğunu, bu durumun haklı mazeret kapsamında olduğunu ileri sürmüştür, fakat Mahkeme, İctüzükte her türlü sağlık probleminin değil, ancak “*ağır hastalık*” halinin mazeret olarak kabul edilebileceğinin düzenlenmiş olduğunu, ileri sürülen akut farenjit hastalığına ilişkin mazeretin haklı bir mazeret olarak görülmesinin mümkün olmadığını hükmetmiştir³⁰.

Başvurucunun bireysel başvuruda bulunulacak süre içerisinde yurt dışında bulunuyor olması ya da işverene ait bir iş nedeniyle başka bir şehirde çalışıyor olması haklı bir mazeret olarak kabul edilmemektedir. Mahkeme bir kararında, başvurunun nihai yargı kararının avukatına tebliğ edildiği tarihte bağlı

²⁹ AYM. B. No: 2012/1075, 12.2.2012, § 21.

³⁰ İkinci Bölüm, Üçüncü Komisyon, K.T. 13.9.2013.

bulunduğu işverenine ait başka bir şehirde yapılması gereken işler için görevlendirilmesi nedeniyle nihai karardan geç haberdar olmasını geçerli bir mazeret olarak görmemiştir. Bu başvuruda Mahkeme iki hususu gerekçe göstererek talebi geri çevirmiştir. Birincisi, 7201 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde yer alan kural uyarınca vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılmak durumunda olmasıdır. Tebliğ edilen evrakın içeriğine göre bir kanun yoluna başvurulması söz konusu ise kanunda öngörülen süreler bu tarih itibarıyla işlemeye başlamaktadır. İkinci husus ise, başvuru tarihleri arasında başka bir şehirde çalışıyor ve iş sahasından ayrılamıyor olması bireysel başvuru yapmasını engeller nitelikte bir husus olarak görülmemektedir. Aksi takdirde, bireysel başvuruda kural altına alınan otuz günlük başvuru süresinin çalışanlar açısından hiçbir şekilde işletilememesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle başvuru tarihleri ileri sürdüğü mazeret haklı görülmemiştir³¹.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak isteyen başvuru sahipleri başvuru sürelerine uymak zorundadırlar. Bununla beraber başvuru süresinin mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazeret nedeniyle kaçırılması hâlinde, mazeretin kalktığı tarihten itibaren en geç 15 gün içinde başvuru formu ve eklerinin yanı sıra mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvuru yapılmalıdır. Bu gibi istisnai durumlarda Anayasa Mahkemesi, öncelikle başvuru tarihleri ileri sürdüğü mazereti ve sunduğu belgeleri inceleyerek mazereti kabul veya reddetmek durumundadır. Mazeretin kabul edilmesinden sonra başvuru hakkında kabul edilebilirlik ve esas yönlerinden bir inceleme yapılabilmektedir.³²

4. Ceza Muhakemesi Sonucu Verilen Kararlar Bakımından Süre

Ceza Muhakemesinde başvuru yolları bakımından tüketilmesi gereken olağan kanun yolları, yürürlükte bulunan Ceza Muhakemesi Kanun'una göre iki tanedir. Bunlardan biri temyiz, diğeri ise itiraz yasa yoludur³³. Temyiz kanun yolu Ceza Muhakemesi Kanun'un 286'inci ve devamı maddelerinde, itiraz ka-

³¹ AYM. B. No: 2012/1075, 12.2.2012, § 23-24.

³² EKİNCİ/SAĞLAM, s. 26.

³³ ÜNVER, M.Naci; **Ceza Yargılamasında Yasa Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara-1996.s.8.vd.

nun yolu ise Ceza Muhakemesi Kanun'unun 267'inci ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Bir diğer kanun yolu ise istinaftır. Ceza adalet sistemimize ilk kez 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile giren istinaf kanun yolu, 5235 sayılı Kanun'la yürürlük süresi 2 yıl süre ile ertelenmiş bulunduğundan şu anda yürürlükte bulunmamaktadır³⁴.

a) İtiraz Halinde Süre

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, adi (süresiz) veya acele (sürelili) itiraz ayırımına yer vermemiş, sadece "itiraz" müessesine yer vermiştir.

İtiraz, kural olarak hâkim kararlarına karşı gidilebilen bir kanun yoludur. Kanunda "hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına itiraz edilebilir" denilmektedir. Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere kural olarak mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilemez. Mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilmesi için kanunda bu konuda açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir³⁵.

Hâkim ya da mahkeme tarafından verilmiş olan itiraza tabi kararlar; örneğin, tutuklama kararları³⁶, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı³⁷, yine Kabahatler Kanuna göre³⁸ 3000 TL'nin üstünde verilen idari para cezaları hakkında verilen kararlar bu tür kararlardır.

Kişi hakkında verilen karar yüze karşı verilmiş ise kararın tefhiminden, yoklukta verilmiş ise kararın tebliğinden itibaren, yedi gün içinde kararı veren merciye (hâkim veya mahkemeye) bir dilekçeyle veya tutanağa geçirilmek koşuluyla zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılabilir. Tutanakla saptanan beyanı ve imzayı ise mahkeme başkanı veya hâkim onaylar.³⁹ Sanık,

³⁴ ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10.Bası, Seçkin, Ankara 2006, s.711 v.d.

³⁵ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Mad. 267/1.Hangi hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği, Ceza Muhakemesi Kanununun değişik maddelerinde tek tek gösterilmiştir. İtiraz yoluna gidilebilecek mahkeme kararları için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s.709.

³⁶ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101., 104. 105.maddeleri.

³⁷ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231.maddesinin 12.fıkrası.

³⁸ 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinin 10. fıkrası.

³⁹ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Mad. 268/1.

eğer tutuklu bulunmakta ise tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürüne beyanda bulunmak suretiyle de bu konudaki itiraz başvurusunu yapabilir.⁴⁰

Ceza Muhakemesi Kanunu, itiraz kanun yoluna gidebilecek kişileri tek göstermemiş, genel olarak kanun yollarına gidebilecek olanları saymıştır. Buna göre, karara itiraz edebilecek olanlar ve maddede geçen “*ilgililer*” Ceza Muhakemesi Kanununun 260 vd. eden maddelerinde kanun yollarına başvurabilecek olanlardır. Buna göre ilgililer kavramına Cumhuriyet savcısı, sanık veya sanığın yasal temsilcisi varsa vekili ve müdafisi, davaya katılan, katılma istemi karara bağlanmamış veya reddedilmiş olan, katılan sıfatını alabilecek biçimde suçtan zarar görmüş olup da duruşmadan haberdar edilmemiş bulunan ve bunların kanuni temsilcileri, eşleri ve varsa vekilleri ve müdafileri dâhildir.⁴¹

İtiraz yasa yolunda itirazı inceleyen merci, kararı yüze karşı vermiş ise kararın tefhiminden, yoklukta, bir başka ifadeyle duruşma yapılmadan dosya üzerinden bir karar vermiş ise kararın tebliğinden itibaren 30 günlük bireysel başvuru süresi başlamaktadır. Zira itiraz merciinin kararından sonra itiraz isteminde bulunanın başvurabileceği başka bir olağan kanun yolu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, itiraz sonucunda mercii tarafından verilen kararla, itiraz edilen karar kesin hüküm haline gelir.

b) Temyiz Halinde Süre

Temyiz kanun yolu ve şartları Ceza Muhakemesi Kanununun 286 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bir hükmün temyiz edilip edilemeyeceği ve ne şekilde temyiz edileceği buna göre belirlenir ve tespit edilir. Ceza yargılamasında kanun yolu, tarafların istemlerine göre değil, kanunun sistematığı ve normları dikkate alınarak belirlenir.

Temyiz kanun yolu, olağan bir kanun yoludur. Kural olarak temyiz başvuru yolunun konusunu ceza mahkemelerinden verilen kararlar oluşturmaktadır. Kesin hüküm niteliğinde bulunmayan ve kesinleşmemiş hükümlere karşı

⁴⁰ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Mad. 263/1.

⁴¹ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Mad. 260, 261 ve 262.

ancak temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Dolayısıyla temyiz kanun yoluna başvurulması, hükmün kesinleşmesine ve infazına engel olmaktadır.

Temyize tabi bir kararın temyiz edilmeden kesinleşmesi halinde başvuru süresi, bu kararın tebliğinden itibaren başlar. Kararın kesinleştiği başka bir şekilde öğrenilmiş ise süre elbette bu tarihten itibaren başlayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus temyize tabi bir kararın temyiz edilmeden kesinleşmesi ve bu kesin kararın tebliğinden sonra bireysel başvuruda bulunulması durumunda başvuru, usulüne uygun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeni ile reddine karar verilme ihtimalinin bulunduğunu hatırlatmak gerekmektedir.

Temyize tabi bir kararın süresinde temyiz edilmesi halinde kararın kesinleşmesi duracaktır. Temyiz sonucunda kararın onaması ile karar kesinleşmiş olacaktır. Zira onama kararından sonra temyiz isteminde bulunanın başvurabileceği başka bir olağan kanun yolu bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle ceza davalarında kararın kesinleşmesi bakımından tüketilmesi gereken son olağan kanun yolu temyizdir. Kesinleşen onama ilamının tebliği ya da kararın başka bir şekilde öğrenilmesi durumunda 30 günlük bireysel başvuru süresi bu andan itibaren başlayacaktır. Yargıtay Ceza Dairelerince temyiz sonucunda verilen kararların tebliğ edileceğine dair Ceza Muhakemesi Kanun'unda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak Yargıtay'ca verilen onama, karar tarihi itibarıyla kesinleşmektedir. Onama tarihi itibarıyla kesinleşen hükmün infazı da bu tarihten itibaren başlamaktadır. Onma karar tarihi 23.9.2012 tarihinden önce ise kararın tebliğ tarihinin ya da öğrenilme tarihinin bir önemi kalmamaktadır. Bu kararlara yönelik bireysel başvurular hakkında zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmektedir⁴².

Yargıtay Ceza Dairelerince temyiz sonucunda verilen onama karar tarihi 12.9.2012 tarihinden sonra olduğunda da karar onama tarihi itibarıyla kesinleşmektedir. Bundan kastedilen, temyiz incelemesi sonucu verilen onama kararlarına karşı ceza yargılama sistemimizde başvurulabilecek olağan bir kanun yolunun bulunmamasıdır. Bu durumda kararın tebliği ve ya öğrenilmesinden süre başlamaktadır. Ceza yargılama mevzuatımızda onama kararların tebliği

⁴² AYM. B. No: 2012/51, 25.12.2012, § 22.

düzenlenmediğinden nihai karar para cezası ise, para cezasına ilişkin Cumhuriyet Savcılığınca çıkarılan ödeme emrinin tebliği ile süre başlamaktadır. Kişi işlediği suç nedeniyle tutuklu olarak cezaevinde bulunmakta ya da başka bir suç nedeniyle cezaevinde ise, hakkında verilen hapis cezasına ilişkin düzenlenmiş olan müddetnamenin tebliği ile başvuru süresi başlayacaktır. Ceza evinde olmayan, adresi belli olmayan veya kaçak olan kişi hakkında çıkarılan yakalama emrinin infazıyla karar öğrenilmiş sayılacağından başvuru süresi bu öğrenme ile başlamaktadır. Dolayısıyla ceza yargılamasında kararın öğrenilme şekli çok çeşitli olup, bazen başvuruçunun beyanı bile yeterli olabilmektedir.

5. Olağanüstü Kanun Yollarında Süre

Kesin nitelikte verilen kararlar ile kesinleşmiş kararlar aleyhine gidilebilen denetim muhakemesi yolları olağanüstü kanun yolları olarak bilinmektedir. Buna göre, Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre olağanüstü kanun yolları kanun yararına bozma, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisi veya Yargılamanın yenilenmesi müessesesidir

a) Adalet Bakanlığına Kanun Yararına Bozma Talebinde Bulunulması Halinde Süre

Hâkim ya da mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümlere karşı gidilebilecek kanun yolu “*kanun yararına bozmadır*”⁴³. Kanun yararına bozma, Ceza Muhakemesi Kanununun 309'uncu maddesinde olağanüstü kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim tarafından ve mahkemelerden verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümlerde hukuka aykırılık bulunması halinde, bu durumu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar ve hükmün bozulması için yasal nedenlerini de belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurur. Bu başvuru üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ilgili Yargıtay Ceza Dairesi'ne tebliğname ile dava açar.⁴⁴

Yargıtay ilgili Ceza Dairesi, Adalet Bakanı'nın istemi üzerine Yargıtay

⁴³ ÜNVER, s.135..vd.

⁴⁴ ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası. Seçkin, 2012. Ankara. s.796

Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesiyle gelen dosyayı evrak üzerinden inceleme yapar. İleri sürülen sebeplerin haklı görülmesi halinde kesinleşmiş son kararı kanun yararına bozar.⁴⁵ Kanun yararına bozmaya ilişkin bu karara karşı, kararı veren mahkeme, direnme kararı veremez, bozma kararından sonra işi tekrar ele alarak yargılama yapamaz.⁴⁶

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda Adalet Bakanlığı'na kanun yararına bozma yolu, tüketilmesi gereken bir kanun yolu olarak kabul edilmektedir. Zira Ceza muhakemesi hukukunda 5271 sayılı Kanun'un 309'uncu maddesi gereğince hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararların Yargıtay'ca bozulmasını isteme hakkı yalnızca Adalet Bakanlığının takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla başvuru kanun yararına bozma yoluna gidilmesi istemi, sadece Adalet Bakanlığının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.⁴⁷

Örneğin Yargıtay ilgili Ceza Dairesinin, ...Ağır Ceza Mahkemesinin kararını 18.10.2012 tarihinde onadığını, bireysel başvuruda bulunan kişinin bu karara karşı 19.11.2012 tarihinde Adalet Bakanlığı'na kanun yararına bozma istemiyle başvuru yaptığını, Adalet Bakanlığınca 2.2.2013 tarihinde talebin reddine karar verildiğini ve bu kararın başvurucuya 6.3.2013 tarihinde tebliğ edildiğini ve tebliğden itibaren 30 gün içinde Anayasa Mahkemesine 4.4.2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunduğunu varsayalım.

Bu örnekte başvuru yolları, Yargıtay'ın yerel mahkeme kararını onadığı 18.10.2012 tarih itibarıyla tüketilmiş olmaktadır. Yargıtay onama kararı, yerel mahkeme tarafından ilgililere tebliğ edilmişse başvuru süresinin bu tarihten itibaren başlayacağı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Tebliğden itibaren 30 gün içerisinde başvurunun yapılması gerekmektedir.

⁴⁵ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu mad.309/3.

⁴⁶ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu mad.309/5.

⁴⁷ AYM, B. No: 2013/1751, 13.6.2013. § 16-17.

Eğer, dosya kapsamından onama kararının başvurucuya tebliğ tarihi anlaşıl-
mıyor ve başvuru onama kararına karşı Adalet Bakanlığı'na kanun yararına
bozma istemiyle başvurudabulunmuşsa bu halde, başvurunun en geç Adalet
Bakanlığı'na kanun yararına bozma istemiyle başvuru yaptığı 19.11.2012 tari-
hinde onama kararını öğrendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bu du-
rumda hakkında verilmiş olan nihai kararı öğrenmiş olmaktadır. Bu durumda,
söz konusu karara karşı öğrenme tarihinden itibaren 30 gün içinde Anayasa
Mahkemesine bireysel başvurunun yapılmış olması aranmaktadır. Süre bu halde
Adalet Bakanlığınca talebin reddine ilişkin kararın tebliğinden itibaren, yani
6.3.2013 tarihinden itibaren başlamayacaktır. 4.4.2013 tarihinde yapılmış olan
bireysel başvuru, süresinde yapılmamış olması nedeniyle, başvuruda süre aşım-
ının bulunduğu sonucuna varılacaktır. Bu nedenle başvuru sahiplerinin 5271 sayılı
Kanun'un 309'uncu maddesi gereğince anılan mahkeme kararına karşı kanun
yararına bozma yoluna müracaat etmesi bu süreyi durdurmadığı gibi tüketilmesi
gerekten bir kanun yolu da olmadığı için başvuru süresinin başlangıç tarihini de
değiştirmeyeceği gibi, sürenin uzaması sonucunu da doğurmayacaktır.

b) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına İtiraz Yoluna Başvuruda Bulunulması Halinde Süre

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı, Yargıtay Ceza Daireleri tara-
findan biri tarafından verilen bir hükümdeki hukuka aykırılık sebebiyle resen
veya talep üzerine 30 gün içinde Yargıtay Ceza Genel Kuruluna başvurulma-
sını ifade eder (CMK m.308). Bu kurum, kesin kararlara karşı tanınmış olan
bir yol olduğu için olağanüstü itiraz olarak ifade edilmiştir. Bu durum 5271
sayılı CMK' da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi başlığı altın-
da "*Olağanüstü Kanun Yolları*" arasında düzenlenmesinden anlaşılmaktadır⁴⁸.

Kanuni düzenlemeye göre olağanüstü itiraz yetkisi sadece Yargıtay Cum-
huriyet Başsavcısına tanınmıştır. Bu nedenle olağanüstü itiraz yasa yoluna sa-
dece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından gidilebilmektedir. Fakat bu
yola resen gidilebileceği gibi talep üzerine de gidilebilmektedir. Talep üzerine
başvuru yapıldığında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı zorunlu olarak itiraz

⁴⁸ ÖZBEK,/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE; *Ceza Muhakemesi Hukuku*,s.794.

yasa yoluna başvurmak durumunda değildir. Bilindiği üzere hukuk davalarında kişilere karar düzeltme hakkı tanındığı halde, ceza davalarında bu yola gidilmesi konusunda kişilere bir hak tanınmamış, bu yetki sadece Yargıtay Başsavcısının tekeline bırakılmıştır. Bunun sonucu olarak bireyler tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yöneltilen itiraz yoluna gitme talebi, doğrudan bir sonuç doğurmamaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bu yola gidilip gidilmeyeceği konusunu kendisi takdir etmektedir. İtiraz yolunun kullanılması konusunda bireylerin kendiliklerinden bir karar verememeleri nedeniyle bu yol tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul edilmemektedir⁴⁹. Bu nedenle itiraz yoluna gidilmesi talebi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından reddedilmesi halinde nihai karar Yargıtay Ceza Dairesinin temyiz sonucunda verdiği karar olmaktadır. Bu kararın tebliğ edildiği dosyadan anlaşılıyorsa başvuru süresi tebliğden itibaren başlayacaktır. Tebliğe ilişkin herhangi bir belge ve kayıt yoksa başvurucunun kararı öğrendiği tarihten itibaren süre işleyecektir. Başvurucunun, nihai kararı en geç itiraz yoluna gidilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına başvuru yaptığı tarihte öğrenmiş olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Zira başvurucu, bu durumda hakkında verilen nihai kararı öğrenmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz istemiyle yapılan başvuru, tüketilmesi gereken bir kanun yolu olarak kabul edilmemektedir. Bir başka ifadeyle bu yol, olağan bir kanun yolu olarak Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmemiştir. Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup, temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun'un 308'inci maddesi gereğince sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tanınmıştır. Dolayısıyla başvurucunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak değerlendirilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır⁵¹.

⁴⁹ EKİNCİ/BAHADIR; s.132.

⁵⁰ AYM, B. No: 2013/2001, 16.5.2013. § 18

⁵¹ AYM, B. No: 2013/2001, 16.5.2013. § 18.

Örneğin, Yargıtay ilgili Ceza Dairesinin, Asliye Ceza Mahkemesinin kararını 29.11.2012 tarihinde onadığını, bireysel başvuruda bulunan kişinin bu karara karşı 22.01.2013 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na itiraz yoluna başvuruda bulunduğunu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 22.04.2013 tarihinde talebin reddine karar verildiğini ve bu kararın başvuru-
cuya 02.05.2013 tarihinde tebliğ edildiğini ve tebliğden itibaren 30 gün içinde Anayasa Mahkemesine 30.05.2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunduğunu varsayalım. Bu örnekte başvuru yolları, Yargıtay'ın yerel mahkeme kararını onadığı 29.11.2012 tarih itibariyle tüketilmiş sayılır. Yargıtay onama kararı, yerel mahkeme tarafından ilgililere tebliğ edilmişse başvuru süresinin bu tarihten itibaren başlayacağı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Tebliğden itibaren 30 gün içerisinde başvurunun yapılması gerekmektedir.

Eğer, dosya kapsamından onama kararının başvuru-
cuya tebliğ tarihi anlaşamıyor ve başvuru onama kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz için başvuruda bulunmuşsa bu halde, başvuru-
cunun en geç Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na itiraz yoluna başvuru yaptığı 22.01.2013 tarihinde onama kararını öğrendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durumda, söz konusu karara karşı öğrenme tarihinden itibaren otuz gün içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun yapılmış olması aranmaktadır. Süre bu halde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ret kararının tebliğ tarihi olan 02.05.2013 tarihinden itibaren başlamayacaktır. 30.05.2013 tarihinde yapılmış olan bireysel başvuru, süresinde yapılmamış olması nedeniyle, başvuruda süre aşımının bulunduğu sonucuna varılacaktır.⁵²Bu nedenle başvuru-
cuların 5271 sayılı Kanun'un 308'inci maddesi gereğince anılan mahkeme kararına karşı kanun yararına bozma yoluna müracaat etmesi bu süreyi durdurmamış gibi tüketilmesi gereken bir kanun yolu da olmadığı için başvuru süresinin başlangıç tarihini de değiştirmeyecek ve uzamasına neden olmayacaktır.

Bireysel başvuru sisteminde gerek Adalet Bakanlığına kanun yararına bozma için başvuruda bulunmuş olması, gerekse Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılı-

⁵² AYM. B. No: 2013/1610, 13.6.2013. § 16-17. [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000502&content=\(Erişim Tarihi: 5.3.2014\)](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000502&content=(Erişim Tarihi: 5.3.2014))

lığına itiraz için başvuruda bulunulması, tüketilmesi gereken bir olağan kanun yolu olarak kabul edilmemektedir. Her iki durumda da eğer Yargıtay'ın onama kararının taraflara tebliğ edildiği tarih, bireysel başvuru dosyasından anlaşılıyorsa başvuru süresi bu durumda tebliğden itibaren başlar. Normalde yargı yolu Yargıtay'ın yerle mahkemeye ait dosyayı onaması ile tüketilmiştir. Fakat sanık, katılan her kim Yargıtay'ın onama kararına karşı Adalet Bakanlığına kanun yararına bozma için başvurmuşsa ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz için başvuruda bulunmuşsa bu durumda nihai karardan bu aşamada en geç itiraz için başvuruda bulunduğu tarih itibariyle haberdar olmuş kabul edilir. Dolayısıyla bireysel başvuruda bulunmak için 30 günlük sürenin, Adalet Bakanlığına ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına başvuruda bulunulduğu tarihten itibaren başlayacağı Anayasa Mahkemesi içtihatları ile açıkça ortaya konulmuştur.

Başvurucunun Yargıtay Ceza Dairesinin onama kararına karşı karar düzeltme yoluna gittiğinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bu talebi yerinde göerek karar düzeltme başvurusu yaptığında bu aşamada karar düzeltme yolu etkili bir kanun yolu olarak kabul edilmeli ve dairece bu konuda verilecek karar sonucu beklenmelidir⁵³. Bu ihtimalde süre, dairesinin kabul veya red kararının tebliğinden itibaren başlayacaktır.

c) Yargılamanın Yenilenmesi Talebi Halinde Süre

Yargılamanın yenilenmesi hali de olağanüstü kanun yollarından birini oluşturmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunda en sonda düzenlenmiş olan bu yol CMK'nun 311'inci ve devamı maddelerinde ayrıntılı bir şekilde el alınmıştır.

Yargılamanın yenilenmesi, kanunda belirtilen sebeplerin varlığı halinde kararı veren mahkemenin yargılamayı baştan itibaren tekrarlayarak yeniden karar vermesidir⁵⁴. Olağanüstü bir kanun yolu olması nedeniyle bu yola da ancak kesinleşmiş hükümler aleyhine başvurulabilecek bir yoldur.

Bireysel başvuru açısından yargılamanın yenilenmesi, talep edilen kararın kesinleşme tarihi açısından ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmesi gerek-

⁵³ TURABİ, Selami; “Bireysel Başvuruda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı” Akademik Teklif, Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi. S.1, Y.1, C.1, 2013-1, s.100.v.d.

⁵⁴ ÖZBEK, KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.801

mektedir. Burada kararın kesinleşme tarihi büyük önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi yukarıda ifade ettiğimiz üzere, 23.09.2012 tarihidir. 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşmiş ceza mahkemesi kararlarına karşı bu tarihten sonra yapılan yargılamanın yenilenmesi talepleri bireysel başvuru konusu yapılamamaktadır. Nedeni ise, ceza hukukunda kararların kesinleşmesi bakımından tüketilmesi gereken son olağan kanun yolunun kural olarak temyiz yasa yolu olmasıdır. Olağan kanun yolu Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin kararını onadığı tarihte tamamlanmış olmaktadır. Eğer ilk derece mahkemesinin kararı 23.09 2012 tarihinden önce Yargıtay'ca onanmış ise karar, onama tarihi itibarıyla kesinleşmiştir. Bu durumda 5271 sayılı Kanun'un 311'inci maddesi gereğince onama kararından sonra yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmasının önceki kararın kesinliğine bir etkisi olmamaktadır.⁵⁵ Böyle bir durumda yani 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşmiş kararlarda bu kesinleşme ister onama ile isterse temyiz edilmeksizin olsun bir fark olmaksızın, başvuru hakkında zaman bakımından kabul edilemezlik kararı verilmek durumunda kalacaktır.

Bireysel başvuruda, yargılamanın yenilenmesi talebine konu olan dava yönünden inceleme ise mahkûmiyet kararına konu olan asıl dava bakımından ayrı incelenmektedir. Ceza muhakemesinde, kesinleşen hükümlere karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru hakkı, CMK'nun 311'inci maddesi gereğince sınırlı sebeplerle taraflara tanınmıştır. Bireyler, 311'inci madde gereğince yapılan yargılamalardaki hak ihlallerini bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine getirmeleri mümkündür. Ancak Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru kapsamında ele alınmamaktadır. Bu kapsamda, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olmamaktadır.⁵⁶

⁵⁵ AYM. B.No: 2013/781, 26.3.2013. § 24.

⁵⁶ AYM. B.No: 2012/695, 12.2.2012. § 22.

Başvurucu tarafından hakkında verilmiş ve kesinleşmiş bir karar hakkında yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması halinde, yapılan bu talep, asıl kararın kesinliği bakımından bir sonuç doğurmamaktadır. Bir başka ifadeyle kararın kesinleşme süresini uzatmasına bir katkısı bulunmamaktadır.

Şöyle ki, Ankara... Asliye Ceza Mahkemesinin... tarih ve sayılı kararının, Yargıtay ilgili Ceza Dairesince 27.6.2013 tarihinde onandığını, başvurunun 25.9.2013 tarihinde yargılamanın yenilenmesi talebiyle Ankara... Asliye Ceza Mahkemesine dava açtığını, 12.10.2013 tarihinde ise yargılamanın yenilenmesine konu olan asıl dava yönünden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunduğunu varsayalım. Bu örnekte başvuru yolları, Yargıtay'ın yerel mahkeme kararını onadığı 27.6.2013 tarihi itibarıyla tüketilmiş sayılır. Yargıtay onama kararı, yerel mahkeme tarafından ilgililere tebliğ edilmişse başvuru süresinin bu tarihten itibaren başlayacağı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Tebliğden itibaren 30 gün içerisinde başvurunun yapılması gerekmektedir. Eğer, dosya kapsamından onama kararının başvuruca tebliğ tarihi anlaşılıyor ve başvuru onama kararına karşı hakkında kararı veren Ankara Asliye Ceza Mahkemesine yargılamanın yenilenmesi talebinde 25.9.2013 tarihinde başvuruda bulunmuşsa bu halde, söz konusu karara karşı en son 25.10.2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması gerekmektedir. Zira Ceza hukukunda kararların kesinleşmesi bakımından tüketilmesi gereken son olağan kanun yolu kural olarak temyizdir. Olağan kanun yolu olan Yargıtay Ceza Dairesinin Ankara Asliye Ceza Mahkemesinin kararını 27.6.2013 tarihinde onaması ile tamamlandığından karar bu tarihte kesinleşmiştir. Başvurucu tarafından 5271 sayılı Kanun'un 311'inci maddesi gereğince onama kararından sonra yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmasının kararın kesinliğine bir etkisi olmamaktadır⁵⁷. Bu durumda başvurunun 30 günlük süre içinde yapılmaması nedeniyle yapılan bireysel başvuru hakkında süre aşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilecektir.

6. Kesin Nitelikte Olan Hükümler Bakımından Süre

İlk derece mahkemesince verilen kararlara karşı olağan kanun yoluna

⁵⁷ AYM. B.No: 2013/781, 26.3.2013. § 17.

başvurma imkânı yoksa bu durumda hüküm verildiği anda kesinleşmektedir. Ceza Muhakemesinde hapis cezasından çevrili olmayan 3.000 TL ve altındaki adli para cezalarını ihtiva eden hükümler kesin nitelikte olup bu tür kararlar aleyhine itiraz ya da temyiz yoluna başvurulamaz. Şüphesiz olağanüstü kanun yolları açıktır. Bu tür kararlar aleyhine başvurulacak olağan bir kanun yolu bulunmadığından, bu kararlar hüküm tarihi itibarıyla kesin nitelikte hüküm olma özelliğini kazanmaktadır. Kesin nitelikli hükümler başvurucunun yüzüne karşı verilmiş ise süre tefhimden itibaren başlayacaktır. Hüküm, dosya üzerinden ya da başvurucunun yokluğunda verilmiş ise bu ihtimalde de süre tebliğden itibaren başlayacaktır.

7. Tutukluluk Şikâyetlerinde Süre

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru olarak gelen tutuklulukla ilgili şikâyetler değişik içeriklerde olmaktadır. Bunlardan ilki halihazırda yargılaması devam eden, henüz hükümlülüğü hakkında bir karar verilmemiş olan ve tutukluluğu belli bir süreyi aşmış olan kişilerin başvurularıdır. Bir diğeri, yargılaması tutuklu olarak devam etmiş ve nihai kararla birlikte tutukluğuna da karar verilmiş olanların, bir başka ifadeyle hakkında hükmen tutukluluk kararı verilen kişilerin yaptıkları başvurulardır. Bir başka şekli ise, kişi tutuklu yargılanmış ancak nihayetinde beraat etmiş olup ya da serbest kalmış, fakat tutukluğun haksız olduğunun tespit edilmesine yönelik yapılan başvurulardır.

Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, ya tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitinin yapılmasına yöneliktir. Mahkemece bu tespit yapıldığı takdirde buna bağlı olarak ilgilinin tutukluluk halinin devamına gerekçe olarak gösterilen hukuki sebeplerin varlığı sona erecek ve böylece kişinin serbest kalmasının yolu açılacaktır. Bu amaçla yapılan bir başvuruda, itiraz kanun yolunda çekişmeli yargılama veya silahların eşitliği gibi ilkelere uygun olarak bir inceleme yapılıp yapılmadığı da dikkate alınacaktır. Dolayısıyla belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, olağan kanun

yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür⁵⁸. Burada mahkemece tutuklu hakkında mahkûmiyete ilişkin henüz bir karar verilmemiştir. Dolayısıyla nihai karar verilmeden, yargılama ilk derece mahkemesi önünde bitirilmeden önceki başvurularda başvuru süresinin başlangıç tarihi yoktur. Başvuru için belirlenmiş bir süre bulunmamaktadır. Şöyle ki, tutukluluğun devamına ilişkin bir karardan sonra yapılacak itiraz üzerine verilen karardan sonra pekala bireysel başvuruda bulunulabilir. Zira Ceza Muhakemesi Kanun'unun 104'üncü maddesine göre soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında tutuklu şüpheli veya sanık mahkeme veya hâkimden salıverilmesini talep edebilmektedir. Tutukluluğun devamına veya salıverilmesine ilişkin kararlar ise itiraza tabidir. İtiraz sonucunda talebe aykırı/tahliye talebinin reddine bir karar verilmesi durumunda bu karara karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununda tutukluluğun resen incelenmesi kurumu da bulunmaktadır. CMK'un 108'inci maddesine göre en geç 30'ar günlük süreler içinde tutukluluğun devamının gerekip gerekmeyeceğine soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından karar verilmektedir. Kovuşturma evresinde ise hakim veya mahkeme sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her duruşmada veya hatta şartlar gerçekleştiğinde duruşmalar arasında da resen inceleyip karar verebilmektedir. Dolayısıyla her 30 günde bir tutukluluğun incelenmesi yasa gereği zorunlu olduğundan bu 30 günlük süre içinde verilen kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvurularda süre yönünden bir kısıtlama bulunmamaktadır.

Tutuklu yargılamada hüküm veren mahkeme başvuru hakkında kararla birlikte tutukluluğun devamına yada hükmen tutukluğuna da karar vermiş ise bu halde tutukluluğa yönelik yapılacak bireysel başvurunun karar verildikten sonra kararın öğrenilmesinden itibaren süre başlamaktadır. Hüküm tarihinde başvuru mahkemeye gitmiş ise, bir başka ifadeyle hüküm tefhim edilmiş ise, süre bu tefhimden, başvuru, yargılamaya katılmamış ise hakkında verilen tutukluluğa ilişkin bu hükmün kendisine tebliğinden itibaren başvuru süresi

⁵⁸ AYM. B.No: 2012/726, 2.7.2013, § 31.

başlamaktadır. Hükmen tutukluluk halinde verilen karara yönelik itiraz edilebileceğine ilişkin bir açıklama bulunmakta ise, bu halde başvuru süresi, karara itiraz edilmiş olmak koşuluyla itiraz merciin kararının öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır.

Tutukluğun incelenmesini amaçlayan bireysel başvurunun kabul edilebilmesi için ihlal iddiasına dayanak teşkil eden nihai işlem veya kararların 23.9.2012 tarihinden evvel kesinleşmemiş olmaları da gerekmektedir. Nihai işlem veya kararların anılan tarihten önce kesinleştikleri tespit edildiği takdirde ilgili şikâyetler bakımından herhangi bir inceleme yapılmaksızın başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilecektir. Örneğin başvuru 25.11.2009 tarihinde Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Mahkemesince tutuklanmış, Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 9.8.2012 tarihinde verdiği nihai kararla tutukluluk hâli sona ermiş, hükümlü statüsünü kazanmıştır. Bu ihtimalde tutukluluğun hukuka aykırı olduğu tespitinin ya da tutukluluğun uzun sürdüğüne ilişkin talep zaman bakımından mahkemenin yetkisi dışında kaldığından zaman bakımından kabul edilemezlik kararı verilecektir. Başvurucu hükümlü hâle gelmiş olduğundan serbest kalma ihtimali ortadan kalkmış olmaktadır. Bu durumda talep, tutukluluğun hukuka aykırılığının tespiti ve gerekiyorsa belli bir miktar tazminata hükmedilmesiyle sınırlı olmaktadır. Dolayısıyla bu tür ihlal iddiaları bakımından varsa olağan kanun yolları denendikten sonra ve gerekiyorsa bireysel başvuru yapılmalıdır⁵⁹.

Başvurucunun tahliye olması halinde de durum aynen geçerlidir. O da tutukluluğun haksız olduğunun tespiti için 5271 sayılı Kanun'un 141'inci ve 142'inci maddelerinde öngörülen tazminat yoluna başvurması gerekmektedir. Bu maddelerde öngörülen hukuk yolu, başvuru açısından erişilebilir ve elverişli bir çözüm olanağı ve makul ölçüde bir başarı imkânı sunmaktadır. Zira bu yol ile bir yandan tutuklama işleminin hukuka aykırılığının tespiti, diğer yandan da tutukluluk nedeniyle uğranılan zararın tazmini imkânı sağlanmaktadır.

⁵⁹ AYM. B.No:2012/726, 2.7.2013, § 32.

8. Sonuç

Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun Mahkemece üzerinde bir inceleme yapılabilmesi için o başvurunun öncelikle süresinde yapılmış olması aranmaktadır. Başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı Mahkemece resen araştırıldığından eğer başvuru süresinde yapılmamış ise süreyi aşan başvurular başkaca hiçbir araştırma yapılmadan reddedilmektedir. Bu bakımdan başvuru süresinin başlangıç tarihinin tespiti önem arz etmektedir. Zira başvuru süresinin 30 gün olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesinin yargılama usulü kanununda ve tüzüğünde bireysel başvurunun, kanunlarda başvurulması zorunlu idari ve yargısal başvuru yolları öngörülmüşse bu yolların tamamının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren yapılması gerektiği belirtilmiştir. Sürenin başlangıç tarihi kural olarak nihai kararın kişiye tebliği ya da tefhimi tarihine göre esas alınmaktadır. Fakat ceza mahkemelerinde genel olarak kararlar ilgiliye tebliğ edilmediğinden bu durumda 30 günlük başvuru süresi, temel hak ihlaline konu olan kararı ve içeriğini öğrenebileceği tarihten itibaren işlemeye başlamakta, eğer bu tarih tespit edilemiyorsa karar ve içeriğinden haberdar olduğunu beyan ettiği tarih sürenin başlangıcı olarak dikkate alınmaktadır. Karar, başvurucunun yokluğunda verilmiş ve kendisine de tebliğ edilememiş ise başvuru süresinin başlangıç tarihi değişiklik arz etmektedir. Başvurucu, hakkında verilen nihai kararı yakalama ile öğrenmişse başvuru süresi yakalama tarihinden, cezaevinde bulunmakta ise hakkında düzenlenen müddetnamenin imzalanması ile başlayacaktır. Dolayısıyla ceza mahkemeleri kararlarının öğrenilme şekli farklılık oluşturduğundan her bir somut olaya göre başvuru süresinin başlangıç tarihi de bu öğrenmeye göre değişebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, ceza yargılamasında olağanüstü kanun yolları olarak bilinen yargılamanın yenilenmesi, kanun yararına bozma ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına itiraz başvurusunda bulunulmasını bireysel başvuru öncesi tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul etmemekte, dolayısıyla bu yollardan birine gidilmesinin de bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi

olmayacağını belirtmektedir. Tutuklama kararları bakımından ise Mahkeme farklı bir içtihat geliştirmiştir.

Ceza Mahkemeleri tarafından verilen kararlar nedeniyle bir temel hakkı ihlal edildiğini iddia eden kişinin iddiasının Anayasa Mahkemesince dinlenmesi için hak ihlaline neden olan kararın öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde yapılması gerekmektedir. Bunun için bireysel başvuruda bulunacakların bu konudaki Mahkeme içtihatlarını bilmeleri ve takip etmeleri kendi yararlarına olacaktır. Aksi takdirde temel hak iddiası ciddi de olsa Mahkeme tarafından incelenemeyecektir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

EKİNCİ, Hüseyin/ BAHADIR, Ali; “Kabul Edilebilirlik Kriterleri” in SAĞLAM, Musa (Editör); Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri. Anayasa Mahkemesi Yayınları.2.B, Ankara, 2013.

EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM Musa; 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. .Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Yayınları. Ankara 2012.

EKİNCİ, Hüseyin; Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Bireysel Başvuru ‘Anayasa Şikâyeti’. HUKAB Sempozyum Serisi 1, Editör; Musa SAĞLAM, Ankara, 2011.

ERGÜL, Ergin; Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Yargı Yayınevi. Ankara 2012.

İNCEOĞLU, Sibel (Editör); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi Yayınları, 1.Baskı. 2013.

Kabuledilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mart 2011. Rehber ulaşmak için www.echr.coe.int (Case-Law _Case-LAWAnalysis_ Admissibility Guide)

KILINÇ, Bahadır; Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa

Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 25.

ÖNCÜ, Mehmet; “AİHM: Bireysel Başvuru Yolu AİHM’ ye başvurmadan Önce Tüketilmesi Gereken Bir İç Hukuk Yoludur”.HUKAB, S.6, Eylül 2013.

ÖZBEY, Özcan; Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2.B. Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası. Seçkin, 2012. Ankara

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, Seçkin, Ankara 2006.

SABUNCU, M. Yavuz/ ESEN, A. Selin; “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu” Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S.21.

SAĞLAM, Musa (Editör); Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri. Anayasa Mahkemesi Yayınları.2.B. Ankara, 2013.

SAĞLAM, Musa; “Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 18, Sayı 60, Eylül/Ekim 2005.

ŞEN, Ersan; “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı”. <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/979810-anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-hakki> (Erişim Tarihi 12.5.2014).

TURABİ, Selami; “Bireysel Başvuruda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı” Akademik Teklif, Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi. S.1, Y.1, C.1, 2013-1.

TURABİ, Selami; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

UZUN, Cem Duran; “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”, Seta Analiz, Şubat 2012.

ÜNVER, M. Naci; Ceza Yargılamasında Yasa Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara-1996.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000391&content=basvuru_yollarinin_tuketilmemesi
(Erişim Tarihi: 13.02.2014).

(<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> (Erişim Tarihi 9.12.2013).

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/HasanUzun.pdf> (Erişim Tarihi 15.3.2014).

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000502&content= (Erişim Tarihi: 5.3.2014).

AB VATANDAŞLIĞININ AB İÇERİSİNDE SERBEST DOLAŞIM VE İKAMET HAKKI YÖNÜNDEN TEMEL STATÜ OLMASI

EU Citizenship as the Fundamental Status for Free Movement and the Right of Establishment of Nationals of the Member States

Dr. Servet ALYANAK *

ÖZET

Avrupa Birliği Adalet Divanının ilk defa *Grzelczyk* davası kararında belirttiği, ve daha sonraki kararlarında sıklıkla vurguladığı gibi AB vatandaşlığı üye devlet vatandaşlarının temel statüsü olmakta ve belli bazı istisnai durumlar dışında aynı durumda olan kişilerin hangi üye devlet vatandaşı olduklarına bakılmaksızın eşit muameleye tabi olmalarını sağlayacaktır. Böylece AB vatandaşlığı boş veya sembolik bir kavram değildir. AB vatandaşları diğer üye devletlerde bulduklarında Birlik vatandaşlığı onlara belli bazı haklar sağlamaktadır. AB vatandaşlığından kaynaklanan belli bazı haklar arasında yer alan serbest dolaşım hakkı yeni bir temel hak gelişmesini ortaya çıkarmıştır. Adalet Divanının son kararları incelendiğinde AB vatandaşlarına tanınan serbest dolaşım hakkını geliştirmiş ve Birlik ikincil hukukunu AB vatandaşlığı kavramı çerçevesinde yorumlamıştır. Bu makalenin temel amacı AB vatandaşlığı kavramı temelinde serbest dolaşım hakkıyla ilgili son 10 yıldaki ABAD kararlarının seyrini (Birlik vatandaşlığıyla ilgili Antlaşma hükümlerin geniş yorumu) göstermektir. Bu makale 2009 yılı sonunda yürürlüğe giren Lizbon Antlaşmasının ilgili düzenlemelerini de analiz etmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanının ABİHA'nın AB vatandaşlığı ile ilgili 20 ve 21. maddelere ilişkin yaratıcı yorum ve uygulaması ile artık sosyal katkılardan faydalanmalarına imkan tanıyan yaklaşımı bir çok akademisyenin ilgisini çekmiştir. Serbest dolaşım ve eşit muamele görme açısından artık ekonomik aktivite unsuru bir gereklilik değildir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği vatandaşlığı, kişilerin serbest dolaşımı, orantılılık uygulaması, tamamen ülke içi ilişki, sınır aşırı unsur, kişi ve konu bakımından kapsam.

* Dr. Servet ALYANAK, (LL.M, Mag. Iur., Ph.D), Kamu Denetçiliği Kurumunda görevli Hâkim, servet.alyanak@ombudsman.gov.tr

ABSTRACT

The ECJ has repeatedly emphasised that Union citizenship is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States, used for the first time in *Grzelczyk* decision, enabling those who find themselves in the same situation to enjoy equal treatment in law irrespective of their nationality, subject to such exceptions as are expressly provided for. Thus, EU citizenship is not an empty or merely symbolical term. Union citizenship provides specific rights for EU citizens when they are in other Member States. The rights stemming from EU citizenship, *inter alia*, the right to free movement of EU citizens has developed into a new fundamental freedom. In its recent case-law, the ECJ has further developed the right to free movement granted to EU citizens and interpreted secondary Community law in the light of Union citizenship. The main aim of this article is to show the trend case-law of the ECJ on EU citizenship (extensive interpretation of the Treaty provisions on Union citizenship) with regard to free movement of persons in last decade. This article also analyzes the related amendments that took effect at the end of 2009, due to the entry into force of the Lisbon Treaty. The creative interpretation and application of the citizenship provisions (Articles 20 and 21 TFEU) by the ECJ which granting of access to social benefits for economically inactive migrant nationals of another Member State drew attention of many scholars. Economic activity is no longer a prerequisite for the enjoyment of free movement and equal treatment.

Keywords: The EU citizenship, free movement of persons, application of proportionality, purely internal situation, cross-border element, scope *ratione personae*, scope *ratione materiae*.



Giriş

İlk olarak Maastricht Antlaşması ile yasal bir kavram olarak gündeme gelen Avrupa Birliği (AB) vatandaşlığı zaman içerisinde sembolik anlamını aşmış, üye ülke vatandaşları ve onların aileleri için bağımsız bir hak kaynağı haline gelmiştir. Şu anda artık AB vatandaşlığı iç pazardaki kurucu antlaşmadaki dört temel özgürlüğün (malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımından) yanında beşinci bir özgürlük konusu olmuştur.¹

¹ Editorial Comments, Two speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?, *Common Market Law Review*, Sa. 45, s. 1-11, 2008 s.1.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) ilk defa *Grzelczyk*² davasında vardığı 'üye ülke vatandaşları için en önemli kimlik, Birlik vatandaşlığı olacaktır' şeklindeki sonuç birçok yeni davanın önünü açmıştır. Divan, Birlik vatandaşlığı statüsünü üye devlet vatandaşlarının temel statüsüne çevirmiştir. Mahkemenin, Maastricht Antlaşması'nın vatandaşlık ile ilgili hükümlerinin geniş yorumlanması yaklaşımı 1998 yılında meşhur *Martinez Sala* kararıyla³ başlamıştır.⁴ ABAD'ın şimdiye kadar AB vatandaşlığını konu edinmiş kararlarının bazı istisnalar hariç hemen hemen tamamı gerçek veya potansiyel olarak, doğrudan veya dolaylı olarak serbest dolaşım ve ikamet hakkı ile alakalıdır.⁵

Bu makalenin esas amacı, ABAD'ın, AB vatandaşlığı kavramı nedeniyle serbest dolaşım ve ikamet hakkına ilişkin önem arz eden bazı kararlarını incelemek ve Adalet Divanı'nın AB vatandaşlığının temel statü olarak bireyler bakımından serbest dolaşım ve ikamet hakkına getirdiği yorumu analiz etmektir. Makalede öncelikle serbest dolaşım ve ikamet hakkı ile ilgili tarihsel gelişim kısaca aktarılmıştır. Ardından ABAD'ın değişik tarihlerde verdiği kararlar ışığı altında AB vatandaşlığı kavramının nasıl bir gelişme gösterdiği belli bazı davalar incelenerek değerlendirilmiştir. Ayrıca Lizbon Antlaşması'nın⁶ AB vatandaşlığı statüsü nedeniyle serbest dolaşım ve ikamet hakkına bir yenilik getirip getirmediği değerlendirilmiştir.

² ABAD'ın 20 Eylül 2001 tarih ve C-184/99 sayılı, *Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* kararı, ECR I-6153, paragraf 31. Bu davanın detayları aşağıda aktarılmıştır.

³ ABAD'ın Case C-85/96 sayılı, *María Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691 kararı. Bu davanın detaylı yorumu için bkz. TOMUSCHAT Christian, 'Case Note Martínez Sala', 2000, C. 37 *Common Market Law Review*, s. 449-457.

⁴ WIESBROCK Anja, Granting Citizenship-related Rights to Third-Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship, *European Journal of Migration and Law*, 2012, C. 14, s 63-94, s.63.

⁵ SHUIBHNE Niamh Nic, The Resilience of EU Market citizenship, *Common Market Law Review*, C. 47, s. 1597-1628, 2010, s. 1612.

⁶ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306 of 17.12. 2007 s. 1-231.

I. AB vatandaşlığı ve Lizbon Antlaşması Kapsamında Serbest Dolaşım Özgürlüğü

Önceki Avrupa Toplulukları Antlaşmasınının 17. maddesinde: “1. Bir Birlik vatandaşlığı yaratılmıştır. Bir üye devlet vatandaşlığına sahip her kişi, Birlik vatandaşıdır. Birlik vatandaşlığı, ulusal vatandaşlığı tamamlar; ancak onun yerini almaz. 2. Birlik vatandaşları, işbu antlaşmada öngörülen haklara sahiptir ve yükümlülüklerine tabidir.” düzenlemesi ile 18. maddede “1. Her Birlik vatandaşı, işbu antlaşmada ve onun uygulanması için yapılan düzenlemelerde öngörülen sınırlama ve koşullar saklı kalmak üzere, üye devletlerin ülkelerinde serbest dolaşım ve oturma hakkına sahiptir. 2. Birlik girişimi bu amacın gerçekleştirilmesini gerekli kılıyorsa ve işbu antlaşma gerekli düzenlemeler getirmemişse, Konsey, 1. paragrafta belirtilen hakların kullanılmasını kolaylaştırmayı amaçlayan hükümleri kararlaştırabilir. Konsey 251. maddede (ortak karar usulü) belirtilen yöntem uygun olarak karar verir. 3. 2. fıkra; pasaportlar, kimlik belgeleri, oturma izinleri ya da bu tür herhangi bir belgeyle ilgili hükümlere ya da sosyal güvenlik veya sosyal koruma ile ilgili hükümlere uygulanmaz.” düzenlemesi mevcuttur.

Lizbon Antlaşması ile kabul edilen Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanının (ABİHA) 20. maddesi düzenlemesine göre:

“1. Bir Birlik vatandaşlığı yaratılmıştır. Bir üye devlet vatandaşlığına sahip her kişi, Birlik vatandaşıdır. Birlik vatandaşlığı, ulusal vatandaşlığı tamamlar; ancak onun yerini almaz.

2. Birlik vatandaşları, işbu antlaşmada öngörülen sınırlama ve koşullar saklı kalmak üzere haklarını kullanır. AB vatandaşlarının hakları arasında;

a) Üye devletlerin sınırları içerisinde serbest dolaşım ve oturma hakkına sahiptir.

b) İkamet ettikleri üye devlette, o devletin vatandaşlarıyla aynı şartlarda, Avrupa Parlamentosu seçimlerinde ve yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkı,

c) Uyuştuğu üye devletin temsil edilmediği üçüncü bir ülkenin top-

raklarında, üye devletlerden herhangi birinin diplomatik veya konsolosluk makamlarınca, o üye devletin uyruklarıyla aynı şartlarda korunma hakkı,

d) Avrupa Parlamentosu'na dilekçe verme, Avrupa Ombudsman'ına başvurma ve Birlik kurumlarına ve danışma organlarına Antlaşmalar'ın dillerinden birinde başvurma ve aynı dilde cevap alma hakkı.

Bu haklar, Antlaşmalar'da belirlenen şartlar ve sınırlar çerçevesinde ve bu Antlaşmalar'a uygun olarak kabul edilmiş tedbirler vasıtasıyla kullanılır.”

ABİHA'nın 20 maddesinin metninden anlaşıldığı üzere Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlığına bağlı, tali bir vatandaşlıktır.⁷

Yukarıda aktarılan Lizbon Antlaşması ile kabul edilen ABİHA'nın 20. maddesinde önceki AT Antlaşmasında AB vatandaşlığıyla ilgili hükümlere nazaran içerik itibarıyla yani AB vatandaşlığı statüsü nedeniyle üye ülkelerarası serbest dolaşım ve ikamet hakkına ilişkin olarak fazla bir yenilik getirilmemiştir.⁸ Bununla birlikte ABİHA'nın 20(2). maddesinde AB vatandaşlık haklarının liste halinde belirtilmesi önemlidir. ABİHA'nın 20(2). madde düzenlemesi, Lizbon Antlaşmasından önceki AT Antlaşmasının 17(2) maddesinde yer alan, “*Birlik vatandaşları, işbu Antlaşmada öngörülen haklara sahiptir ve yükümlülüklerine tabidir*” düzenlemesinden içerik itibarıyla ayrılmaktadır.⁹ Yeni düzenlemede Birlik vatandaşlarına tanınan haklar sayma yöntemi daha açık ifade edilmiştir.

ABİHA'nın 20 ve 21. maddeleri, yalnızca bir üye devlete hasredilen durumlarda uygulanmamaktadır. Birlik vatandaşlığı, kurucu antlaşmanın konu bakımından kapsamını Birlik hukuku ile bağı olmayan iç durumlara genişletmek için tasarlanmamıştır. Bir başka ifadeyle, bu hükümlerin uygulanması için ilgili durumu Birlik hukuku ile bağlayan bir unsura ihtiyaç vardır.¹⁰

⁷ TEKİNALP, ÜNAL - TEKİNALP, GÜLÖREN, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2000, s. 21.

⁸ Editorial Comments s.7.

⁹ ELSUWEGE Peter Van, *European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited* *European Constitutional Law Review*, 2011, C.7, s.308-324, s. 319.

¹⁰ ELSMORE Matthew J. & STARUP Peter, *Union Citizenship—Background, Jurisprudence, and Perspective: The Past, Present, and Future of Law and Policy*, *Yearbook of European Law*, Cilt: 26, 2007, s. 63; BESSON Samantha & UTZINGER André, *Introduction: Future*

Bununla birlikte ABAD, ABİHA'nın 20. maddesini, her Birlik vatandaşı-
nın vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmaması korumasını genişletmek için
kullanmaktadır. Böylece serbest dolaşım haklarından biri ile olan bağ ortadan
kalkmakta ve koruma kapsamındaki kişilerin sayısı artmaktadır. Bu şekilde
AB vatandaşları tanım açısından Antlaşmanın kişisel uygulama alanı (*ratione
personae*) içerisinde kalmaktadır.¹¹

Birlik ikincil mevzuatına göre bireylere bahsedilen hakları, ABAD, AB
vatandaşlarının Birlik sınırları içerisinde eğitim amaçlı yapacakları serbest do-
laşımına da teşmil etmiştir. Bunu yerine getirebilmek amacıyla ABİHA'nın 18.
maddesinde de belirtilen genel ayrımcılık yapma yasağı ilkesi ile ABİHA'nın
20. maddesi arasında bir bağlantı kurmuştur. Ancak üye devletler hala sağlık
sigortası ve yeterli mali kaynağa sahip olduğuna dair şartları serbest dolaşım
ve ikamet hakkını kullanacak kişiden isteme hakkını muhafaza etmektedirler.

Bilindiği üzere ABİHA'nın 18. maddesindeki genel ayrımcılık yapma
yasağı ilkesi sadece Antlaşma kapsamında uygulanır. Ancak Antlaşma kap-
samının sürekli genişlemesi nedeniyle -yapılan Antlaşma değişiklikleri ve
klasik temel dört özgürlüğün, özellikle hizmet sunma özgürlüğünün, tedrici
olarak gelişen yorumuyla birlikte- 18. maddenin uygulama alanı genişlemiştir.
Serbest dolaşımın AB vatandaşlığı ile ilişkilendirilerek Antlaşmaya derce-
dilmesiyle birlikte AB vatandaşlarının ekonomik faaliyet arayışı gereksinimi
aranmaksızın ABİHA'nın 18. maddesindeki genel ayrımcılık yapma yasağı
bu yeni özgürlük için de uygulanır. Nitekim bu husus ABAD'ın çeşitli karar-
larıyla da teyit edilmiştir.¹²

Bickel ve Franz davasında,¹³ Hukuk Sözcüsü *Jacobs* vatandaşlık temelinde
ayrımcılık yapılması yasağının Antlaşmanın temel prensiplerinden birisi

Challenges of European Citizenship — Facing a Wide-Open Pandora's Box, *European Law
Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 583.

¹¹ Eleanor Spaventa, 'Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship
and its Constitutional Effects', (2008) 45 *Common Market Law Review*, p. 19.

¹² ABAD'ın 11 Temmuz 2002 tarih ve C-224/98 sayılı *D'Hoop* [2002] ECR I-6191, kararının
29. paragrafında C-274/96 *Bickel* [1998] ECR I-7637 sayılı karara yapılan atf.

¹³ ABAD'ın 24 Kasım 1998 tarih ve C-274/96 sayılı *Bickel and Franz* kararı, [1998] ECR
I-7637.

olduğunu ve Birlik vatandaşlığının esas içeriği olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir. *Bickel* ve *Franz* davasında, İtalya'nın Bolzano bölgesinde Almanca konuşan İtalyan vatandaşları için yerel mahkemede Almanca kullanılmasına izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. ABAD, Avusturya veya Almanya'dan gelen ve mahkemede anadillerini konuşmak isteyen vatandaşlara, Almanca konuşan İtalyanlara tanınan bu hakkın tanınmamasının vatandaşlığa dayalı ayrımcılık olacağını ifade etmiştir.

II. Serbest Dolaşım ve İkamet Hakkı (Yerleşme Özgürlüğü)

ABİHA'nın 21. maddesi AB vatandaşlarının vatandaşlık bağlamında serbest dolaşım ve ikamet hakkını ele almaktadır. ABİHA'nın 21. maddesinde; *"Her Birlik vatandaşı, bu Antlaşmalar'da öngörülen sınırlamalar, şartlar ve bunların uygulanması için kabul edilen tedbirler çerçevesinde, üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşma ve ikamet etme hakkına sahiptir"* hükmü yer almaktadır.

Bu maddenin metnine bakıldığında yapılan düzenlemenin Birlik vatandaşlığı bağlamında serbest dolaşım ve ikamet hakkını ele alması sebebiyle geniş kapsamlı olduğu söylenebilir.¹⁴ 21. madde, ABİHA'nın Birlik vatandaşlığı bölümünde yer almakta ve vatandaşların bir takım haklarının anayasal teminat altına alınması düşüncesine dayanmaktadır.¹⁵

Serbest dolaşım hakkı Avrupa Birliği hukukunda keşfedilmemiş yeni bir alan değildir. Ancak bu özgürlük Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Antlaşmasının öngördüğü klasik dört özgürlük sınırları içerisinde uygulama alanı bulmuştur. Serbest dolaşım özgürlüğüne ilişkin bu hak Antlaşma hükümlerinden bağımsız olarak ilk defa Birlik hukukunun ikincil mevzuatı ile düzenleme altına alınmıştır.

Gerçekten de ikamet hakkı ile ilgili olarak 9 adet Birlik mevzuatı bulunmaktadır.¹⁶ Bunlar:

¹⁴ TEZCAN Ercüment, Avrupa Birliği Hukukunda Birey, b. 1, İstanbul 2002, s. 35.

¹⁵ TEZCAN, s. 93

¹⁶ 29 Nisan 2004 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanan 2004/38/AT sayılı Konsey yönergesi 64/221/AT, 68/360/AT, 72/194/AT, 73/148/AT, 75/34/AT, 75/35/AT,

1. Kendi adına ya da başkasının yanında çalışırken mesleki faaliyetlerini sona erdirenlerin ikamet hakkı ile ilgili 1251/70 sayılı Konsey Tüzüğü;¹⁷
2. İkamet Hakkı ile ilgili 90/364/AT sayılı yönerge;¹⁸
3. Kendi adına ya da başkasının yanında çalışırken mesleki faaliyetlerini sona erdirenlerin ikamet hakkı ile ilgili 90/365/AT sayılı yönerge;¹⁹
4. Öğrencilerin ikamet hakkı ile ilgili 93/96/AT sayılı yönerge;²⁰
5. Birlik içinde iş kurma ve hizmet sunumu ile ilgili serbest dolaşım ve ikamet hakkı önündeki engellerin kaldırılması konusunda 73/148/AT sayılı yönerge;²¹
6. Üçüncü ülkelerden gelenlerin ikamet ve dolaşım haklarının kamu güvenliği, genel sağlık ve kamu düzeni çerçevesinde koordinasyonu ile ilgili 64/221/AT sayılı yönerge;²²
7. Üçüncü ülkelerden gelenlerin ikamet ve dolaşım haklarının kamu güvenliği, sağlığı ve düzeni çerçevesinde koordinasyonu ile ilgili 64/221/AT sayılı yönergenin kapsamının genişletilmesi ile ilgili 72/194/AT sayılı yönerge;²³
8. Kendi adına çalışanları çalışmayı bıraktıktan sonra o ülkede kalma hakkı ile ilgili 75/34/AT sayılı yönerge;²⁴
9. Göçmen işçilerin bir üye ülkeye girme ve ikamet hakkı ile ilgili 68/360 sayılı Konsey yönergesi.²⁵

90/364/AT, 90/365/AT sayılı Konsey yönergelerini yürürlükten kaldırmıştır. Bu yönergenin yayım tarihi olan 29 Nisan 2004 tarihinden başlamak kaydı ile 2 yıl boyunca eski yönergelerin uygulanmasına devam etmesi, iki yıl sonra da 2004/38/AT sayılı yönergenin bu yönergelerin yerine geçmesi öngörülmüştü.

¹⁷ Official Journal (OJ) L 142 of 30.06.1970.

¹⁸ OJ 1990 L 180/26.

¹⁹ OJ 1990 L 180/28.

²⁰ OJ 1993 L 317/59.

²¹ OJ 1973 L 172/14.

²² OJ 1964 Sp. Ed. L 850/117.

²³ OJ 1972 L 121/32.

²⁴ OJ 1975 L 14/10.

²⁵ OJ 1968 L 257 13/16.

Yukarıda sıralanan Birlik mevzuatı yönergelerde belirtilen kişilerin ve ailelerinin ikamet izinlerinin verilmesi ile ilgili hükümler taşımaktadır.²⁶

Bu mevzuat prosedürlerinin karışıklığının yanı sıra ABAD'ın da konuya ilişkin verdiği çok sayıdaki kararların hacmi ve yarattığı karmaşık durum serbest dolaşım ve ikamet hakkının uygulanmasında etkinliği tam olarak sağlayamamış ve bu alanda şeffaflık istenen düzeyde gerçekleştirilememiştir.²⁷

Bu bağlamda bu hakkın güçlendirilmesi amacıyla yapılacak kapsamlı bir mevzuat değişikliği ile tek bir yasal düzenleme ile mevcut Birlik mevzuatının bir araya getirilmesi zorunlu olmuştur.²⁸

Üye ülkelerin iç mevzuatında yer alan farklılıkların ve idari uygulama eksiklikleri ile ülke içindeki denetim gibi engellerin kaldırılması düşünülmüştü.²⁹ Bu bakış açısı altında Komisyon 23 Mayıs 2001 tarihinde 'AB vatandaşlarının ve aile üyelerinin üye ülke sınırları içerisinde serbest dolaşım ve ikamet haklarına ilişkin' yönerge önerisini kabul etmiştir.³⁰ Eski AT Antlaşmasının 308. maddesine istinaden Konsey 1990 yılında yukarıda da bahsedilen 90/364/AT, 90/365/AT, 90/366/AT sayılı üç tane yönerge kabul etmişti.³¹

²⁶ BOZKURT Enver, ÖZCAN Mehmet, KÖKTAŞ Arif, Avrupa Birliği Hukuku, b.4, Asil Yayın Dağıtım, 2008, s.265-278.

²⁷ COM(97) 230 final, AB Komisyonunun 27.05.1997 tarihli "AB Vatandaşlığı hakkındaki ikinci raporu".

²⁸ CoR 287/2001 fin, AB Bölgeler Komitesinin 13/14.03.2002 tarihli, "AB vatandaşları ile aile üyelerinin üye devletlerde serbest dolaşımı ve ikamet hakkına dair yönerge önerisi hakkındaki" görüşü.

²⁹ COM[98] 403/2, AB Komisyonunun, 01.07.1998 tarihli "Kişilerin serbest dolaşımı hakkındaki" Tebliği.

³⁰ COM(2001) 257 final, AB Komisyonunun 23.05.2001 tarihli, "AB vatandaşları ile aile üyelerinin üye devletlerde serbest dolaşımı ve ikamet hakkına dair" yönerge önerisi.

³¹ 90/364/AT sayılı yönerge ikamet hakkının genel çerçevesini çizmekte, 90/365/AT ve 90/366/AT sayılı yönergeler ise bu mevzuatlarca kapsanan kişi gruplarının ikamet haklarını düzenlemekteydi. 90/365/AT sayılı yönergede ikamet hakkı iş bulmak ya da ekonomik bir faaliyette bulunmak şartlarına bağlanmamıştı. 29 Nisan 2004 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanan 2004/38/AT sayılı Konsey yönergesi 64/221/AT, 68/360/AT, 72/194/AT, 73/148/AT, 75/34/AT, 75/35/AT, 90/364/AT, 90/365/AT, 90/366/AT sayılı Konsey yönergelerini yürürlükten kaldırmıştır. 2004/38/AT sayılı Konsey yönergesinin yayım tarihi olan 29 Nisan 2004 tarihinden başlamak kaydı ile 2 yıl boyunca eski yönergelerin uygulanmasına devam edilmesi ve iki yıl sonra da 2004/38/AT yönergenin bu yönergelerin yerine geçmesi öngörülmüştü.

III. Serbest Dolaşım ve İkamet Hakkına İlişkin İkincil Düzenlemeler

1. 2004/38 AT Sayılı Oturma Hakkı İle İlgili Yönerge

2004 yılında, serbest dolaşıma ilişkin yukarıda aktarılan Birlik mevzuatının dağınık olması ve mevcut hakların güncellenmesi amacıyla tek bir mevzuatın oluşturulması ihtiyacı doğmuştur.³² Bu amaçla 29 Nisan 2004 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanan 2004/38/AT sayılı Konsey yönergesi kabul edilmiştir.³³

Bu yönerge, Birlik vatandaşları ve aile üyelerinin kendi ülkesi dışındaki diğer üye devletlerde serbest dolaşım ve oturma haklarının kullanılmasının koşulları, daimi oturma hakkı ve bu haklara ilişkin kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlık temelindeki kısıtlamalara yer vermektedir.³⁴

2004/38 sayılı yönergenin 2(2). maddesinde aile üyeleri şu şekilde tanımlanmaktadır. Buna göre (a) Eş; (b) Eğer ev sahibi üye devlet hukukuna göre birlikte yaşayanlar evli eş olarak kabul ediliyor ise, bir üye devletin hukukuna göre tescil edilmiş birlikte yaşayan partner; (c) Birlik vatandaşının 21 yaşın altındaki çocukları veya bakmakla yükümlü oldukları ile bir önceki fıkra hükümleri saklı kalmak kaydı ile eşinin ya da birlikte yaşadığı partnerinin çocukları ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler; (d) Birlik vatandaşının anne, babası ile eşinin ve yine b fıkra hükümleri saklı kalmak kaydıyla birlikte yaşadığı partnerinin anne, babası olarak belirlenmiştir.³⁵

Bir Birlik vatandaşı, sadece kimlik kartı ya da geçerli bir pasaport ile başka üye devletin ülkesine girebilir.³⁶ Bir Birlik vatandaşı, sadece kimlik kartı ya da geçerli bir pasaport ile üç ayı geçmeyen bir dönem için oturma hakkına

³² BİLGİN A. Ashı, Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar, İşçilerin Serbest Dolaşımı, Editörler: Belgin Akçay, Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, Birinci baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010 s.74.

³³ OJ 2004 L 158/77

³⁴ 2004/38 sayılı yönerge md. 1.

³⁵ BAKLACI Pınar & AKINTÜRK Esen, Avrupa Birliği Vatandaşlarının ve Aile Fertlerinin Üye Devlet Ülkelerinde Serbestçe Dolaşımına İlişkin 2004/38 sayılı Direktif Hakkında Genel Bilgilendirme, *İzmir Barosu Dergisi*, 2007, C. 72 S. 2, s. 122-123.

³⁶ 2004/38 sayılı yönerge md. 5/1.

sahiptir.³⁷ Her Birlik vatandaşı, belirli durumlarda üç ayı geçen süre için bir başka üye devlet ülkesinde oturma hakkına sahiptir. Bu durumlar kısaca, ilgili kişi ve aile üyelerinin işçi veya serbest çalışan kişi ya da kendisinin ve aile üyelerinin söz konusu üye devletin sosyal güvenlik sistemine bir yük olmayacak biçimde yeterli kaynaklara ve her türlü riski kapsayan bir sağlık sigortasına sahip olması gerekmektedir.³⁸

2004/38 sayılı yönergeye göre ikamet hakkı, iş bulmak ya da ekonomik bir faaliyette bulunmak şartlarına bağlanmamakla beraber ‘sosyal avantaj turizmini’ önlemek üzere şu koşula bağlanmıştır: Birlik vatandaşları ve aile üyeleri ikamet ettikleri süre boyunca bulunulan *üye ülkenin sosyal güvenlik sistemine yük getirmeyecek* miktarda *yeterli mali kaynağa sahip olmaları* ve tam teşekküllü *sağlık sigortası kapsamında olmaları* halinde ikamet hakkına sahiptir.³⁹

Ev sahibi üye devlette kesintisiz olarak beş yıl oturan Birlik vatandaşları, daimi oturma hakkı elde edecektir.⁴⁰ Özel hükümler saklı kalmak üzere, kurucu antlaşmanın kapsamı içinde kalan konularda eşit muamele ilkesi geçerli olup evsahibi üye devlette oturan Birlik vatandaşları o devletin vatandaşları gibi muamele görmelidir.⁴¹

2004/38 sayılı yönergenin 6. başlığı ülkeye giriş, serbest dolaşım ve oturma hakkının kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedeni ile kısıtlanmasını konu almaktadır. Üye ülkeler, Birlik vatandaşları ve aile üyelerinin ülkeye girişini ancak bu nedenlerle kısıtlayabilir. Bu kısıtlamalar ekonomik bir nedene dayalı olmamalı, orantılılık ilkesine uygun olmalı ve ilgili kişinin kişisel davranışlarına dayandırılmalıdır.⁴² Önceden işlenmiş suçlar da bu kısıtlamalara dayanak olamaz. Ayrıca daimi oturma hakkı olan AB vatandaşları ve onun

³⁷ 2004/38 sayılı yönerge md. 6/1.

³⁸ 2004/38 sayılı yönerge md. 7, md. 14.

³⁹ RICHARDS Tom, *Zambrano, McCarthy and Dereci*: Reading the Leaves of EU Citizenship Jurisprudence, *Judicial Review*, 2012, C. 17, Sa. 3, s. 272-285, 275.

⁴⁰ 2004/38 sayılı yönerge md. 16/1.

⁴¹ GUTH Jessica & MOWLAM Edward, The evolution of European Union citizenship – where does *Zambrano* take us?, *The Law Teacher*, C.46, Sa.1 s.75-82, s. 76. Ayrıca bkz. 2004/38 sayılı yönerge md. 24/1.

⁴² 2004/38 sayılı yönerge md. 27/1.

aile üyeleri hakkında ciddi bir kamu düzeni veya güvenliği sebebi olmadıkça sınır dışı edilme kararı verilemez.⁴³ Yönergenin 29. maddesinde de kamu sağlığı nedeni ile alınabilecek önlemler belirtilmiştir.

2004/38 sayılı yönerge AB vatandaşlarının ve onların aile üyelerinin Birliğe üye devletlerde serbest dolaşım ve oturma hakkı ile ilgili olup, bunun yanında işçilerin serbest dolaşımına ilişkin 1612/68 sayılı 15 Ekim 1968 tarihli Komisyon Tüzüğü,⁴⁴ aile fertlerinin tanımına ilişkin 10 ve 11. maddeleri dışında yürürlükte değildir.

2. AB Vatandaşlık Statüsü ve 2004/38/AT Sayılı Yönerge

2004/38 sayılı yönergenin amacı, AB hukukundan kaynaklanan istisnalar saklı kalmak koşuluyla, Birlik vatandaşlarına tanınan serbest dolaşım ve ikamet hakkının kullanılmasının kolaylaştırılmasıdır. 2004/38 sayılı yönergenin 2(1). maddesinde de ‘Birlik vatandaşı’ kavramı, bir üye devlet vatandaşı olan herhangi birisi olarak tanımlanmaktadır. Üye devletin vatandaşı olunup olunmadığı ise, her üye devletin ulusal hukukuna göre belirlenecektir.

ABİHA’nın 20 ve 21. maddeleri ile 2004/38 sayılı yönerge arasında çok yakın bir ilişki vardır. ABİHA’nın 21. maddesinde “...*Bu haklar, Antlaşmalar’da belirlenen şartlar ve sınırlar çerçevesinde ve bu Antlaşmalar’a uygun olarak kabul edilmiş tedbirler vasıtasıyla kullanılır*” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenlemeye uygun olarak AB vatandaşlarının ve aile üyelerinin üye ülke sınırları içerisinde serbest dolaşım ve ikamet haklarına ilişkin düzenlemeler 2004/38 sayılı Konsey yönergesinde belirtilmiştir. ABİHA’nın 20 ve 21. maddeleri birincil hukuk düzenlemesi olup 2004/38 sayılı yönerge de ikincil hukuk düzenlemesidir.

2004/38 sayılı yönergenin ilgili durum için uygulanmaması, birincil hukuk olan ABİHA’nın 20 ve 21. maddesi kapsamında Birlik vatandaşlarına tanınan bazı hakların ileri sürülmesine de engel değildir. 2004/38 sayılı yönergenin ABİHA’nın vatandaşlıkla ilgili 20 ve 21. maddelerine uygun yorumlanması

⁴³ 2004/38 sayılı yönerge md. 28/2.

⁴⁴ OJ.19.10.1968, L 257/ 2; English special edition: Series I, Chapter 1968(II), s. 475.

gerekmektedir Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki üye ülkeler AB vatandaşlarının ve aile üyelerinin üye ülke sınırları içerisinde serbest dolaşım ve ikamet haklarına ilişkin 2004/38 sayılı yönergede öngörülen kurallardan daha lehe olan hükümler öngörebilirler.⁴⁵

Birlik içerisinde üye devletler arasından serbest dolaşım hakkını hiç kullanmamış ve her zaman vatandaşı olduğu üye devlette ikamet etmiş olan bir Birlik vatandaşı 2004/38 sayılı yönergenin uygulama kapsamı dışında kalmaktadır. Bu kişinin birden fazla üye devletin vatandaşı olması da bu durumu değiştirmez.⁴⁶ Divan aşağıda incelenen *Ruiz Zambrano* kararında ABİHA'nın 20. maddesinin tatbiki açısından sınır aşırı unsurun varlığının zorunlu olmadığını belirtmiştir. Ayrıca 2004/38 sayılı yönerge kapsamında kalan durumlar açısından ilgili kişilerin kendisinin ve aile üyelerinin söz konusu üye devletin sosyal güvenlik sistemine bir yük olmayacak biçimde yeterli kaynaklara ve her türlü riski kapsayan bir sağlık sigortasına sahip olması koşulu da ABİHA'nın 20. maddesinin tatbiki açısından gerekli değildir.⁴⁷

Divan *McCarthy* davasında, 2004/38 sayılı yönerge ile ABİHA'nın 21. maddesinin uygulama kapsamına ilişkin şu yorumu benimsemiştir.⁴⁸ 2004/38 sayılı yönerge, sınır aşırı unsur varsa yani Birlik vatandaşının bir üye devletten başka bir üye devlete geçişinin söz konusu olması durumunda tatbiki söz konusu olacaktır. ABİHA'nın 21. madde düzenlemesinin Birlik içerisinde serbest dolaşım hakkını kullanmamış bir Birlik vatandaşı için uygulanması söz konusu değildir. Bununla birlikte üye devlet işleminin Birlik vatandaşının AB

⁴⁵ 2004/38 sayılı yönergenin başlangıç kısmının 29 no'lu paragrafı.

⁴⁶ 5 Mayıs 2011 tarih ve Case C-434/09 sayılı *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department* [2011] ECR I-0000 kararının 41 no'lu paragrafı.

⁴⁷ ELSUWEGE Peter Van, Shifting the boundaries? European Union Citizenship and the scope of application of EU Law, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, C.38, Sa.3, 263-276, s.271.

⁴⁸ 5 Mayıs 2011 tarih ve Case C-434/09 sayılı *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department* [2011] ECR I-0000 kararının 57 no'lu paragrafı. Divan *McCarthy*'nin 2004/38 sayılı yönergenin 3(1) maddesindeki oturma hakkıyla ilgili düzenlemesinden yararlanabilmesinin bu hükmün lafzi, teleolojik veya bağlamsal yorumu ile de mümkün olmadığını belirtmiştir. OOSTEROM Staples Helen, To What Extent Has Reverse Discrimination, Been Reversed? *European Journal of Migration and Law*, 2012, C. 14, s. 151-172, s.155.

vatandaşlık statüsü nedeniyle kendisine tanınan hakların içeriğini reel anlamda kullanmaktan yoksun bırakması halinde veya üye devletlerin sınırları içerisinde oturma ve serbestçe dolaşma hakkını kullanmasını engelleyici nitelikte olması halinde ABİHA'nın 21. maddesinin tatbiki söz konusu olur.⁴⁹

ABİHA'nın 21. maddesi münhasıran Birlik sınırları içerisinde oturma ve serbestçe dolaşma haklarıyla ilgili iken ABİHA'nın 20. maddesi AB vatandaşlığı statüsü ile ilgili tüm hakları içerir. ABİHA'nın 21. maddesinin tatbiki açısından sınır aşırı unsurun mevcudiyeti gerekliiyken 20. maddenin tatbiki açısından böyle bir koşul gerekli değildir.⁵⁰ 20. madde Birlik vatandaşlığı statüsü nedeniyle tanınan bütün hakları uygulama kapsamına alırken ilgili durumlarda sınır aşırı unsurun mevcudiyeti de gerekli değildir. Dolayısıyla, 20. maddenin uygulama kapsamının 21. maddeye nazaran daha fazla olduğu söylenebilir.

IV. Serbest Dolaşım ve İkamet Hakkıyla İlgili ABAD İçtihatları

Yukarıda da aktarıldığı üzere ABAD'ın AB vatandaşlarına tanınan serbest dolaşım hakkının gelişmesinde çok önemli katkıları olmuştur. ABAD'ın AB vatandaşlarının ikamet hakkı ve serbest dolaşıma ilişkin Birlik ikincil hukukunu AB vatandaşlığı kavramı çerçevesinde ele alan bazı kararlarına değinilecektir.

1. *Grzelczyk* davası⁵¹

Bay *Grzelczyk*, Belçika'da üniversite eğitimini tamamlamış bir Fransız vatandaşı olup Belçika'da bu vesileyle ikamet hakkını elde etmiştir. Üniversitenin ilk üç yılında bakım giderleri ile oturma masraflarını muhtelif hafif işler yaparak ve bazı krediler temin ederek kendisi karşılamıştır. Ancak eğitiminin dördüncü ve son senesinde bir sosyal yardım talebinde (asgari geçim ödeneği-*minimex*) bulunmuş⁵² ve bu talebi öğrenci kaydı olan bir Birlik vatandaşı

⁴⁹ RICHARDS, s. 281. ELSUWEGE Peter Van, Euroepan Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited *European Constitutional Law Review*, 2011, C.7, s.308-324, s. 311.

⁵⁰ ELSUWEGE Peter Van, Euroepan Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited *European Constitutional Law Review*, 2011, C.7, s.308-324, s. 319.

⁵¹ ABAD'ın 20 Eylül 2001 tarih ve C-184/99 sayılı, *Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* kararı, ECR I-6153.

⁵² ABAD'ın 27 Mart 1985 tarih ve C-249/83 sayılı *Vera Hoeckx v Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, Kalmthout*, [1985] ECR I-973 kararı ile asgari geçim ödeneği adı

olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak bu ödenek Belçika vatandaşı olan bir öğrenciye verilebilmektedir. Bay *Grzelczyk* eğer Belçika vatandaşı olan bir öğrenci olsaydı adı geçen sosyal yardımdan yararlanabilecek olup sırf bu nedenle bu sosyal yardımdan yararlanamamıştır.⁵³

ABAD, böyle bir ayırımın ABİHA'nın 18. maddesinde (eski AT Antlaşmasının 12. maddesinde) ifade edilen eşit muamele ve ayrımcılık yapma yasağı kapsamında kaldığını ve 18. maddenin uygulama alanını ortaya çıkarmak için bu maddenin Antlaşmanın AB vatandaşlığı ile ilgili hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. ABAD AB vatandaşlığının üye ülke vatandaşlarının temel bir statüsü olduğunu ve açıkça ifade edilen bazı istisnai durumlar dışında ikamet edilen ülke vatandaşlarıyla iç hukukun tanıdığı aynı imkanlara sahip olduklarına karar vermiştir.⁵⁴

2. *Chen ve kızı Catherine Zhu davası*⁵⁵

ABAD'ın son zamanlardaki içtihatlarına bakıldığında ABAD kişilerin serbest dolaşımı konusunu AB vatandaşları yönünden geliştirmiş ve ikincil Birlik hukuku mevzuatını da AB vatandaşlığı kavramı ışığı ve çerçevesi altında yorumlamıştır.⁵⁶ Bu son gelişmenin en iyi göstergesi ABAD'ın 19 Ekim 2004 tarihinde karara bağladığı *Chen ve kızı Catherine Zhu* davasıdır.

Çinli ana ve babanın küçük kızı olan *Catherine* İrlanda'da 16 Eylül 2000'de doğmuş ve bundan dolayı da İrlanda mevzuatına göre İrlanda vatandaşlığı kazanmıştır. *Catherine*'nin annesi kızıyla İngiltere'ye geri dönmüş ve uzun vadeli ikamet izni başvurusu reddedilmiştir. Ancak ABAD *Catherine*'in AT Antlaşmasının 18. maddesi ve ilgili yönerge uyarınca İngiltere'de süresiz bir zaman dilimi içerisinde oturmaya yetkili olduğuna karar vermiştir.⁵⁷ İngiltere

altındaki *minimex*'in 1612/68 sayılı Tüzüğü'nün 7 (2) maddesi kapsamında kalan bir sosyal yardım olduğunu içtihat etmişti, ayrıca *Grzelczyk* kararının [2001] ECR I-6241, 27. paragrafı.

⁵³ ABAD'ın C-184/99 sayılı, *Grzelczyk* [2001], ECR I-6193, kararın 29. paragrafı.

⁵⁴ ABAD'ın C-184/99 sayılı, *Grzelczyk* kararının 46. paragrafı.

⁵⁵ ABAD'ın, 19 Ekim 2004 tarih ve C-200/02 sayılı, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department*, kararı [2004], ECR I-9925.

⁵⁶ ABAD'ın C-200/02 sayılı *Chen* kararının 30. paragrafı; ve C-456/02 sayılı *Trojani* kararın 30. paragrafı.

⁵⁷ ABAD'ın C-200/02 sayılı *Chen* kararının 26. paragrafı.

ve İrlanda hükümet yetkililerinin iddia ettiği gibi ikamet hakkını kullanacak kişinin yeterli mali kaynağa sahip olmasının ve bu kaynağın o kişinin kendi kullanımında olmasının şart olmadığını ve söz konusu olayda olduğu gibi o kişinin kendisine eşlik eden aile üyelerinden birinin (annesinin) mali kaynaklarını kullanabileceğini belirtmiştir.⁵⁸ ABAD ikamet edilecek üye devlet tarafından alınan bu önlemin devletin kamu maliyesini korumak için gerekli olmadığını, böylece yapılan müdahalenin de geniş bir şekilde yorumlanması gereken serbest dolaşım hakkının kullanımıyla orantısız kaldığını beyan etmiştir.⁵⁹

3. *Bidar davası*⁶⁰

Fransız vatandaşı olan *Dany Bidar* Ağustos 1998 yılında bir hastalığa duçar olan annesi ile birlikte İngiltere'ye taşınmıştır. Bidar üç yıl süren ikinci eğitimini (lise) beraber kaldığı büyük annesi ile birlikte tamamladıktan sonra 2001 Eylülünde Londra Kolej Üniversitesine kayıt yaptırmış ve Londra Şehir İdareci'si'ne bakım (iaşe) giderlerini karşılamak üzere burs için müracaat etmiştir. Bu kurum üniversite harç masrafını ödemeyi kabul ettiği halde bakım giderlerine ilişkin öğrenci kredisi talebini İngiltere'de yerleşmiş bir kişi olmadığından dolayı kabul etmemiştir.⁶¹

İngiltere'de öğrenciler için bakım giderleri Devletten alınacak bir öğrenci kredisi ile karşılanabilmektedir. Bu kredi ticari işlemlerdeki orana değil enflasyon oranına bağlanmıştır ve öğrenciler bu kredinin geri ödemelerine yılda 10.000 Sterlin kazandıklarında başlamaktadır.⁶² AB üyesi ülkelerin vatandaşları bu krediye ancak İngiltere'de yerleşmiş olmaları ve söz konusu eğitim kursları başlamadan üç yıl öncesinden orada ikamet etmiş olmaları halinde hak kazanmaktadırlar. İngiliz mevzuatına göre eğer kişi sadece eğitim amaçlı orada bulunuyorsa İngiltere'de yerleşmiş olarak sayılması mümkün değildir.⁶³

⁵⁸ ABAD'ın C-200/02 sayılı *Chen* kararının 30. paragrafı.

⁵⁹ ABAD'ın C-200/02 sayılı *Chen* kararının 32 ve 33. paragrafları.

⁶⁰ ABAD'ın 15 Mart 2005 tarih ve C-209/03 sayılı, *The Queen (on the application of Dany Bidar) v London*

Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills kararı, [2005] ECR I-2119.

⁶¹ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararı, [2005] ECR I-2119, 20., 21., 22. paragraflar.

⁶² ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararının 13. paragrafı.

⁶³ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararının 15. paragrafı.

Bidar bu karara itiraz etmiş ve alınan kararın kendisine AT Antlaşmasının vatandaşlık bazında ayrımcılık yapma yasağını ihlal ettiğini belirtmiştir.

İngiliz Yüksek Mahkemesi, ABAD'a müracaat ederek Birlik hukukunda AB vatandaşlığı mefhumunun tesis edilmesi dahil olmak üzere meydana gelen gelişmeler ışığında öğrencilerin bakım masraflarına ilişkin verilecek mali yardım konusunun halen AT Antlaşması kapsamında kalıp kalmadığını sormuştur.⁶⁴ *Bidar* bu kararın AT Antlaşmasına göre uyrukluk bazında ayırım yapılamayacağı hükmüne aykırı olduğunu belirterek bu karara karşı çıkmış ve dava açmıştır. İngiliz Yüksek Mahkemesi, ABAD'a AB vatandaşı olan öğrencilerin bakım giderlerinin karşılanması konusunun AT Antlaşması kapsamında kalıp kalmadığı hususunu sormuştur. İngiliz Yüksek Mahkemesi ayrıca, eğer vakıa bu değilse, mali yardım yapılmasına ilişkin koşulların objektif düşünceler baz alınarak yapılıp yapılmadığını tespit etmek için hangi ölçülerin kullanılması gerektiğini sormuştur.

ABAD'ın yerleşmiş olan içtihatlarına göre, bir başka üye ülkede yasal olarak oturan bir AB vatandaşının Birlik hukukunun kapsamında kalan bütün vakalarda vatandaşlık esasına göre ayrımcılık yapılması yasağı kapsamında kalmaktadır. Antlaşmanın metninde, AB vatandaşlarının başka bir üye devlete eğitim amacıyla taşınması halinde AB vatandaşlığı vesilesiyle kendisine bahşedilen haklardan mahrum kalacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Gerçekte bir üye devlet vatandaşının başka bir üye ülkeye giderek orada ikinci (lise) eğitimini yapan kişi AT Antlaşmasının 18. maddesi bağlamında garanti altına alınan serbest dolaşım özgürlüğünü icra etmektedir.⁶⁵

Mahkeme her ne kadar daha önceki kararlarında öğrencilere bakım giderlerini karşılamak üzere verilecek mali yardımın AT Antlaşması kapsamı dışında kaldığını içtihat etmiş ise de meydana gelen gelişmeler ışığında AB vatandaşlığının AT Antlaşmasına dercedildiğini ve eğitsel ve mesleki eğitim için ayrı bir başlık (bölüm) eklendiğine dikkat çekmiştir.⁶⁶

⁶⁴ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararının 27. paragrafı.

⁶⁵ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararının 30, 31 ve 32. paragrafları.

⁶⁶ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararının, [2005] ECR I-2119, 39. paragrafı.

Böylece, ABAD, Birlik hukukunda meydana gelen bu gelişmeler doğrultusunda bir başka üye ülkede yasal olarak ikamet eden öğrencilerin bakım giderlerini karşılamak amacıyla ister karşılığı ileride alınacak ödünç kredisi şeklinde olsun ister karşılıksız burs mahiyetinde verilecek yardım olsun bu yardımın AT Antlaşmasının uygulama kapsamı içine girdiğini kabul etmiştir.⁶⁷

Söz konusu öğrenci kredisinden yabancı öğrencilerin yararlanabilme imkanı sadece İngiltere'nin 1971 tarihli Göçmen Kanununa göre İngiltere'de yasal olarak yerleşmiş statüsüne haiz olmaları gerekmektedir. İngiliz mevzuatına göre de öğrenci olan başka bir AB üyesi ülke vatandaşının sırf öğrencilik nedeniyle İngiltere'de yerleşmiş statüsü elde etmesi de mümkün değildi. İngiliz mevzuatına göre söz konusu öğrenci kredisi için gerekli şartlar İngiliz vatandaşlarıncada daha kolayca karşılanabilecekken İngiliz vatandaşı olmayan diğer üye ülke vatandaşlarının aranan koşulları yerine getirmeleri anlamında daha dezavantajlı bir konum içerisine koymuştur. Böyle bir ayırım, ancak vatandaşlıktan arı olarak objektif gerekçelere dayanması halinde mümkün olup ayrıca yasal olarak korunması istenen hedef açısından orantılı olması halinde mümkündür.⁶⁸

ABAD'ın Antlaşmanın kapsamına dair yaptığı yorumlar ve ulaştığı bu sonuçlar aslında Mahkemenin kararında da belirttiği gibi 2004/38 sayılı ikamet hakkına ilişkin yönergede de kabul edilmiştir. Eşit muamele prensibinin bir istisnası olarak üye devletler eğitim amacıyla o ülkede bulunan AB vatandaşının daimi ikamet hakkı elde etmeden önce bakım giderlerini karşılamakla yükümlü değildir.

İngiliz mevzuatı öğrenci olarak İngiltere'de bulunan üye ülkelerin vatandaşlarının yerleşmiş statüsünde kabul edilmelerini men etmekteydi. ABAD, 15 Mart 2005 tarihinde verdiği bu kararla bu durumun Birlik vatandaşlığının prensipleriyle bağdaşmadığını içtihat ederek bir üye ülkede yasal olarak ikamet eden AB vatandaşlarının buldukları ülkeyle aynı muamelelere tabi olmasının asıl olduğunu belirtmiştir.

⁶⁷ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararının 48. paragrafı.

⁶⁸ ELSUWEGE Peter Van, *Shifting the boundaries? European Union Citizenship and the scope of application of EU Law, Legal Issues of Economic Integration*, 2011, C.38, Sa.3, 263-276, s.270.

Ayrıca, başka bir üye ülkede yaşayan AB vatandaşının söz konusu yardımı alabilmesi yaşadığı toplumla entegrasyonunun belli bir dereceye gelmiş olması ve bu andan itibaren böyle bir yardımı alabilmesine dair koşul bu yardım talebiyle karşılaşan üye ülkece öngörülebilir.⁶⁹ Ancak verilecek bu yardımın ikamet edilen ülke açısından makul olmayacak oranda bir yük getirmemesi gerekir.⁷⁰ Böylece bir başka üye ülkede oturlan önceki birkaç yıl o kişinin yaşadığı topluma entegrasyonunu değerlendirmek açısından bir kriter olabilir.

4. *De Figueiredo* davası

Söz konusu dava 90/364 AT sayılı yönergede öngörülen ikamet hakkının yorumlanmasına ilişkin olup, bu yasal düzenlemeye göre; üye ülkelerin AB vatandaşları ve bu kişilerin aile üyelerine ikamet hakkı tanınması gerekliliğine işaret etmekle beraber bu haktan faydalanacak kişilerin ikamet edilecek ülkenin sosyal güvenlik sistemine ikamet edilecek sürede yük getirmeyecek olmaları halinde ikamet hakkına sahip olacakları belirtilmiştir.⁷¹

Ağustos 1999 yılında Portekiz vatandaşı *De Figueiredo* üç kızıyla birlikte Belçika'ya Belçikalı bir arkadaşının yanına uzun süreliğine ikamet etmek üzere taşınmıştır. Bayan *De Figueiredo*'nun ikamet süresi 29 Ekim 1999'da sona eriyordu. Belçika yetkilileri 16 Aralık 1999 tarihli yazı ile, *De Figueiredo*'ya yanında kaldığı şahsın onun masraflarını üstlenmesi beyanına rağmen 90/364 AT sayılı yönergede öngörülen yeterli mali kaynaklara sahip olmadığı gerekçesiyle ülkeyi terk etmesini talep etmişlerdir.⁷² Belçika yetkilileri sadece ikamet hakkı talebinde bulunan kişinin kendisinin mali kaynaklarının dikkate alınabileceğini ifade etmişlerdi. Dahası *De Figueiredo* ikamet izni için gerekli belgeleri 3 ay içinde temin etmemiş olup buna istinaden de otomatik olarak bu terk talebi yapılmıştı.⁷³

⁶⁹ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararının 57. paragrafı.

⁷⁰ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Dany Bidar* kararının 56. paragrafı.

⁷¹ 90/364 AT sayılı yönergesinin 1 (1) maddesi.

⁷² ABAD'ın 23 Mart 2006 tarih ve C-408/03 sayılı, *Commission v Kingdom of Belgium*, [2006] ECR I-9925, kararının 20. paragrafı.

⁷³ ABAD'ın C-408/03 sayılı *Commission v Kingdom of Belgium* kararının 24. paragrafı.

Komisyon, AT Antlaşmasının 226. maddesine istinaden Belçika hakkında ihlal davası açmıştır. Komisyon, Belçika'nın ikamet hakkını bu talepte bulunan kişinin yeterli mali kaynaklara sahip olmasına bağlayan işlemlerine ve bunun yerine getirilmediği düşüncesiyle yapılan sınırları terk işleminin AT Antlaşmasının 18. maddesi ile 28 Haziran 1990 tarih ve 90/364 AT sayılı yönergede öngörülen ikamet hakkının bu şekilde kısıtlanmasının orantılılık ilkesini⁷⁴ ihlal ettiğinden ABAD'a dava açmıştır.⁷⁵

Belçika, ikamet hakkı talebinde bulunan kişi ile bu kişiyi maddi anlamda destekleyecek olan ikamet ülkesinde oturan kişi arasında yasal olarak evlilik gibi bir yasal ilişkinin varlığının gerekli olduğunu ve söz konusu olayda bunun da gerçekleşmediğini iddia etmiştir.⁷⁶ Bunun olmadığı durumlarda da ikamet hakkı talebinde bulunulan ülke vatandaşı üçüncü kişi tarafından verilen taahhütmenin yeterli olmadığını, bunun yerine bu üçüncü kişinin şahsi kaynaklarının kullanılabilmesine dair noter önünde yapılmış bir anlaşmanın gerekli olduğunu belirtmiştir.⁷⁷

ABAD, davada Komisyonu haklı bularak, 90/364 AT sayılı Yönergenin 1(1). maddesinde ifade edilen ikamet edecek AB vatandaşlarından istenecek “yeterli kaynaklara haiz olmanın” Birlik hukukunun genel prensipleri ve özellikle orantılılık prensibiyle uyumlu olması gerektiğini ve bu yeterli kaynağın orijininin de belirtilmesinin ek bir şart olarak yönerge hükmünde aranmadığını belirtmiştir. Olayda ise Divan, Belçika'nın yaptığı yasal düzenleme ile 90/364 AT sayılı yönergede öngörülen yükümlülüğünü, söz konusu olayda *De Figureido*'nun, yanında ve beraber kaldığı Belçika'da ikamet eden kişinin gelir durumunu gösteren mali kaynaklarının kullanılabilmesine dair noter önünde yapılmış bir anlaşmanın gerekliliğini şart koşup bu yöndeki bir beyanı dikkate almayarak yerine getirmediğini beyan etmiştir.⁷⁸ Ayrıca Divan, Belçika hü-

⁷⁴ Orantılılık ilkesinin, bir amaca ulaşmak için kullanılan araçların gerekli ve uygun olandan daha fazla olmaması olarak kısa bir tanımı yapılmıştır. Bu konuda bkz., BOZKURT Enver, ÖZCAN Mehmet, KÖKTAŞ Arif, s. 172.

⁷⁵ ABAD'ın C-408/03 sayılı *Commission v Kingdom of Belgium* kararının 31. ve 32. paragrafları.

⁷⁶ ABAD'ın C-408/03 sayılı *Commission v Kingdom of Belgium* kararının 23. paragrafı.

⁷⁷ ABAD'ın C-408/03 sayılı *Commission v Kingdom of Belgium* kararının 32. paragrafı.

⁷⁸ ABAD'ın C-408/03 sayılı *Commission v Kingdom of Belgium* kararının 51. paragrafı.

kümetinin söz konusu olayda ikamet hakkı için gerekli olan belgeleri süresi içinde temin etmeyen kişilerin otomatik olarak Belçika sınırlarını terk işlemine tabi olacağı yönündeki düzenlemesinin de Birlik hukukunun genel prensipleri ile orantılılık ilkesine aykırı bulmuştur.⁷⁹ Böylece ABAD bu olayda Komisyonu haklı bulmuş ve Belçika'nın Birlik hukukunu ihlal ettiğini belirtmiştir. Divan bu şekilde 90/364 AT sayılı yönergede belirtilen üye ülkelerin sosyal güvenlik sistemi ile AB vatandaşlarının hakları arasında bir denge gözetmek istemiştir.⁸⁰

5. Ruiz Zambrano davası

Ön karar yöntemiyle Divanın önüne gelen *Ruiz Zambrano* davası⁸¹ öncesinde Divan sadece bir üye devlet sınırları dahilinde kalan kişilerin ikamet hakkı ile ilgili davalarda AB vatandaşlığı kavramı nedeniyle AB hukukunun uygulama kapsamında kaldığı iddialarına menfi bir yaklaşım göstermişti. ABAD, başlangıçta, AB vatandaşlığının, esasen Birlik hukuku ile üye devletlerarası sınır aşırı özelliği olmayan tamamen dahili nitelik taşıyan davalarda Antlaşma'nın maddi kapsamını (*rationae materiae*) genişletme amacıyla ortaya atılmış bir kavram olmadığını belirtmiştir.⁸²

Bir serbest dolaşım hükmü, ancak ilgili sorun tamamen ülke içi ilişki içinde kalmıyorsa ve sorunun Birlik hukuku ile bağlayan sınır aşırı bir unsur var ise uygulanabilecektir. Bu bakımdan, Divanın önceki içtihat hukukuna göre ilgili durum konu bakımından tamamen ülke içi ilişki içinde kalıyorsa yalnızca bir üye devlete hasredilebiliyor ve herhangi bir sınır aşırı unsur barındırmıyor ise, AB hukuku ile bağlantısız sayılmaktadır. Bununla beraber, 'sınır aşırı unsur' kavramı, ABİHA'nın 45. maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak esnek bir yorumda da sahiptir. Bir üye devlette oturup, ekonomik faaliyetlerinin tümünü

⁷⁹ ABAD'ın C-408/03 sayılı *Commission v Kingdom of Belgium* kararının 68. paragrafı.

⁸⁰ CURRIE Samantha, 'The transformation of Union Citizenship', 50 years of the European Treaties. Looking Back and Thinking Forward, kitabı içerisinde Samantha Currie ve Michael Dougan (Oxford : Hart) 2009, s.374.

⁸¹ ABAD'ın 8 Mart 2011 tarih ve C-34/09 sayılı kararı, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office nationale de l'emploi; Court of Justice of the European Union*, [2011] ECR I-0000.

⁸² SHUIBHNE, s. 1616.

ya da önemli bir kısmını bir başka üye devlette sürdüren sınır işçileri bu hükmü ileri sürebilirler. Bununla birlikte, ‘sınır aşırı unsur’ kavramının geniş yorumu ile serbest dolaşım hakkını kullanmış bir kişi, oturmakta olduğu devlete karşı da köken devletine Birlik hukukuna dayanabilmektedir.⁸³

ABAD’ın 8 Mart 2011 tarihli *Ruiz Zambrano* kararı serbest dolaşım ve ikamet hakkının tamamen ulusal nitelik taşıması durumunda AB vatandaşlığı kavramının yorumlanması ve uygulanması ile ilgili yeni soruları gündeme getirmiştir..

Yerleşim serbestisi ile ilgili davaların çoğunda gerek davacılar gerekse Divan tarafından ABİHA’nın AB vatandaşlığı hükmüne müracaat edilmişse de bu davalar genellikle Antlaşmanın yerleşim serbestisi ile ilgili hükümleri doğrultusunda çözümlendiğini belirtmiştir. Divanın *Ruiz Zambrano* kararı öncesinde serbest dolaşım ile ilgili davalarda yasal dayanak olarak öncelikle serbest dolaşım ile ilgili hükümlere başvurduğunu, bu hükümlerin dava konusu hakkında uygulanması imkanının sözkonusu olmadığı durumlarda ancak AB vatandaşlığı ile ilgili ABİHA’nın 21 inci maddesine başvurduğu anlaşılmıştır.⁸⁴

Kolombiya vatandaşı olan *Zambrano*, eşi ve üç yaşındaki oğlu Kolombiya’daki iç savaştan kaçarak 1999 yılında Belçika’ya gelerek sığınma istemiştir. Belçikalı yetkililer başvurularını reddederek ülkeyi terk etmelerini söylemiştir. Buna rağmen *Zambrano* ailesi Belçika’da kalarak ikamet durumları ile ilgili düzenleme yapılması için başvuruda bulunmuştur. Bu sırada Bay *Zambrano* çalışma izni olmadığı halde beş yıl çalışmış ve iki çocuğu daha olmuştur (*Diego ve Jessica*). Burada dünyaya gelen çocuklar Belçika yasalarına göre Belçika vatandaşı olmuştur. Daha sonra *Zambrano* 2005 yılında sözleşmesi geçici olarak askıya alındığı için İş Bulma Kurumu’na işsizlik maaşı için başvurmuştur. Ülkede yasa dışı olarak kaldığı için bu başvurusu da reddedilmiştir. Bunun üzerine *Zambrano* hem oturum hem çalışma başvurusu kabul edilmedi-

⁸³ CRAIG, PAUL–DE BÚRCA, GRÁINNE, EU Law: Texts, Cases and Materials, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 857.

⁸⁴ SHUIBHNE, s. 1618.

ği için dava açmıştır. Dava gerekçesi olarak da Belçikalı küçük çocukların velisi olduğu için AB vatandaşlığı hükümlerine göre Belçika sınırları içerisinde ikamet ve işsizlik tazminatı hakkını göstermiştir. Brüksel'deki İş Mahkemesi (*Employment Tribunal*), davacının çocuklarının üye ülkelerarası sınırları içinde serbest dolaşım hakkını hiç icra etmediğini göz önünde bulundurarak *Ruiz Zambrano*'nun AB hukukunun uygulama alanına girip girmediği konusunda ABAD görüşüne başvurmuştur.

Dava, en küçük iki çocuğunun Belçika dolayısıyla da Avrupa Birliği vatandaşlığına dayanarak Belçika'da oturma almak isteyen Kolombiya asıllı bir aile ile ilgilidir. Yukarıda aktarılan *Zhu ve Chen* olayında kızının İrlanda uyruğuna tabi olmasını gerekçe göstererek Çin asıllı anneye Birleşik Krallık'ta ikamet hakkı verilmesi söz konusu olmuştu. Bu olayda ise *Ruiz Zambrano*'nun Belçika vatandaşı olan çocuklarının başka bir üye ülkeyle bir bağlantısı bulunmamaktadır. Bu nedenle, açılan davaya tüm müdahil üye ülkeler ve Avrupa Birliği Komisyonu, AB hukuku hükümlerinin söz konusu ihtilaf için uygulanmayacağı şeklinde görüş bildirmişti. ABAD bu yorumu kabul etmemiş, şöyle bir yargıda bulunmuştur. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 20. maddesine göre üye ülkeler, AB vatandaşı olan küçük çocukları varsa üçüncü ülke vatandaşlarını, bu çocukları Birlik sınırlarında serbest dolaşım haklarını hiç kullanmamış olsa bile, oturma ve çalışma hakkından men edemez. Bu görüş, sınır aşan olaylarla tamamen dahilide kalan olaylar arasında süregelen ayrımı yeni bir perspektife oturtmuş, AB hukuku ile ülkelerin hukukunun uygulanma alanı arasındaki sınırlara farklı yaklaşmak gerektiğini göstermiştir.

Ruiz Zambrano davasındaki Hukuk Sözcüsü *Sharpston*'ın görüşleri de AB vatandaşlığının serbest dolaşım ve ikamet hakkına ilişkin yorumu önem arz etmektedir. Hukuk Sözcüsü *Sharpston* bu olaydan yola çıkarak geniş etki alanı bulan birkaç öneride bulunmuştur. Sözcü, ilk olarak AB vatandaşlığı hükümlerinin uygulanmasında üye ülkeler arası sınır aşımı kriterinin kaldırılmasını ve ABİHA içerisinde yer alan AB temel haklarının uygulama kapsamının belirlenmesinde yeni bir yol izlemeyi önermiştir.⁸⁵

⁸⁵ RICHARDS, s. 277-278.

Hukuk Sözcüsü *Sharpston*, Flaman sağlık sigortası davası⁸⁶ ile gündeme gelen vatandaşlık meselesinin detaylarına inmiştir. *Sharpston*'a göre üye ülkeler arasında bir dolaşımın olup olmadığına bakılmaksızın AB vatandaşlığının AB hukuku açısından yeterince bağlayıcı bir unsur olduğunu dolayısıyla ABİHA'nın AB vatandaşlığı hükmü uyarınca serbest dolaşım ve ikamet hakkını da tanımak gerektiğini belirtmiştir. Hukuk Sözcüsü *Sharpston*'ın dayanak noktası ise AB vatandaşlığının iç pazardaki geleneksel ekonomik özgürlüklerden (malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımından) tamamen farklı olması idi. İç pazar özgürlükleri üye ülkelerarası yer değiştirme esasına dayanırken vatandaşlık, bireyi Antlaşmanın kapsama alanına dahil etmek için tek başına yeterlidir. Hukuk sözcüsüne göre AB vatandaşları ve bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri bağımsız olarak oturma hakkından yararlandırılmalıdır.⁸⁷

ABAD öncelikle ikamet hakkı ile ilgili 2004/38 sayılı yönergenin maddi kapsam olarak yalnız 'vatandaş oldukları üye ülke dışındaki bir üye ülkeye taşınan veya ikamet eden Birlik vatandaşları ve aile fertleri için' uygulanabileceğini belirtmiştir.⁸⁸ Dolayısıyla *Zambrano*'nun çocukları aynı ülkede (Belçika'da) ikamet ettiklerinden ve Yönergedeki ifadeler çok açık olduğundan *Zambrano* ailesi Yönergenin kapsamı dışında kalmaktadır. Oysa ki üye devlet vatandaşlığı çatısı altına giren tüm bireylere AB vatandaşlık statüsü tanıyan ABİHA'nın 20. maddesine göre böyle bir ön koşul söz konusu değildir. 'Birlik vatandaşlığının hedefi, üye ülke vatandaşları için temel statü olmasıdır' diye bilinen argümandan⁸⁹ hareketle Divan, Belçikalı yetkililerce *Zambrano* ailesi-

⁸⁶ Divan, Flaman sağlık sigortası (*Flemish care insurance*) davasında, kişilerin dolaşım özgürlüğü ile ilgili Antlaşma hükümlerinin, AB vatandaşlığı ile ilgili hükümler buna dahil olmak üzere, ilgili kriterlere göre tek bir Üye Ülke'yi ilgilendiren olaylarda tatbik edilmeyeceğini belirtmişti. Bkz. ABAD'ın C-212/06 sayılı *Government of the French Community and Walloon Government v. Flemish Government* [2008] ECR I-1683., 33 ve 39 no'lu paragraflar.

⁸⁷ ELSUWEGE Peter Van, *Shifting the boundaries? European Union Citizenship and the scope of application of EU Law*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, C.38, Sa.3, 263-276, s. 265

⁸⁸ Kararın 39. paragrafı

⁸⁹ ABAD'ın, Case C-184/99 sayılı *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193 kararının 31 no'lu paragrafı; Case C-135/08 sayılı *Rottmann* [2010] ECR I-1449 kararının 43 no'lu paragrafı ; ve Case C-256/11 sayılı *Dereci and Others* [2011] ECR I-0000 kararının 62 no'lu paragrafı.

ne uygulanan işlemleri (Birlik vatandaşlarının bu statüyle elde ettiği hakları gereğince kullanmasını engellediğinden) ABİHA'nın 20. maddesine aykırı bulmuştur.⁹⁰ *Ruiz Zambrano*'nun Belçika vatandaşı çocukları, ebeveynleri Birlik topraklarından çıktığı takdirde AB vatandaşlarına tanınan oturma ve dolaşım haklarından yararlanamayacaktır. Mahkeme bunu göz önünde bulundurarak Belçika devletinin *Ruiz Zambrano* ve karısının barınma ve çalışma hakkı isteğini geri çeviremeyeceği kanaatine varmıştır. Divan ABİHA'nın 20. maddesi kapsamında tüm Birlik vatandaşlarına tanınan üye devletlerin sınırları içerisinde serbest ikamet ve dolaşım hakkının etkili uygulanması (*effet utile*), yani Birlik hukukunun etkili uygulanması ilkesi ile kararını gerekçelendirmiştir.⁹¹

Ruiz Zambrano kararında ABAD, AB vatandaşlık statüsü nedeniyle ABİHA'nın içerisine dahil edilen temel hakların doğrudan bağlantısı konusuna fazla değinmemekle beraber ABİHA'nın 20. maddesi uyarınca AB vatandaşlığı nedeniyle kişinin elde ettiği temel hakların özünün zedelenmesini Birlik hukukuna aykırı bulmuştur.⁹² Divan AB vatandaşlık statüsü uyarınca kişilerin Antlaşmanın temel haklar kısmında bahsedilen haklarının özüne zarar verilmesinin Antlaşmanın 20. maddesine uygun olmadığını belirtmiştir.

Bununla birlikte Divan net bir şekilde AB vatandaşlığı statüsü nedeniyle ABİHA'nın içerisinde yer alan temel hakların tamamının bu statü uyarınca elde edilip AB hukukunun uygulanması ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın üye devletlerin önlem ve işlemlerine karşı herhangi bir ihlal durumunda dermeyan edilip edilemeyeceğine açık ve net bir cevap vermemiştir. ABİHA'nın içerisinde temel haklar kısmında AB vatandaşlık haklarının da yer alması nedeniyle bütün bu kısımda yer alan temel hakların tamamının AB vatandaşlık statüsü kapsamında ileri sürülüp sürülemediği bu makalenin kapsamını aşan

⁹⁰ GUTH Jessica & MOWLAM Edward, s. 82.

⁹¹ LANSBERGEN Anja & MILLER Nina, European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011, Case C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Offi ce national de l'emploi (ONEM)*, *European Constitutional Law Review*, 2011, C. 7, s. 287–307, s. 291.

⁹² *Ruiz Zambrano* kararı 42. paragraf . Ayrıca vatandaşlık bağının bireylerin ABİHA'nın konu olarak kapsamında kalması açısından yeterli olduğuna ilişkin bkz. SPAVENTA Eleanor s.13-45.

bir tartışmadır.⁹³ Bununla birlikte yerleşik ABAD içtihadına bakıldığında AB hukukunun uygulanmasıyla ilgili AB kurumları ile üye devletlerin işlem ve tasarruflarına karşı ABİHA içerisinde belirtilen temel hakların ileri sürülebileceği bir gerçektir.⁹⁴

V. ABAD Kararları Işığında AB Vatandaşlarının Serbest Dolaşımına Dair Kısıtlamalar

ABAD, serbestçe dolaşım ve ikamet hakkının genişletilmesi konusunda ilk başta ihtiyatlı davranmış ve vatandaşlık kavramını dar yorumlamıştır. Divan, *Wijsenbeek*⁹⁵ kararında (eski) AT Antlaşmasının 14 ve 18. (ABİHA'nın 21.) maddelerinin iç sınırlarda pasaport kontrollerini kaldırma sonucunu doğurmadığını belirtmiştir. Bu dava, *Schiphol* Havaalanında pasaportunu göstermeyi reddeden Hollanda vatandaşı *Florus Ariël Wijsenbeek'e* Hollanda ceza mahkemesi tarafından verilen cezaya ilişkindir. Divan, üye devletlerin havaalanlarında yapılan kimlik kontrollerinde münhasır yetkileri olduğunu belirtmiştir. Bu davada Hukuk Sözcüsü *Cosmas* ise, Maastricht Antlaşması'nda kullanılan anayasal dile dikkat çekerek, işlevsel karakterdeki geleneksel serbest dolaşım kuralları ve maddi karakterdeki vatandaşlık hükümleri arasında ayırım yapmış ve ATA md. 18'de yazılan sınırlara karşın bu maddenin doğrudan etkiyi içerdiğini ifade etmektedir. Geniş tanımıyla doğrudan etki, *Van Gend en Loos* kararında da belirtildiği üzere, Birlik hukukunun bir normunun ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilme imkanının olmasını ifade eder. Dar tanımıyla doğrudan etki, Birlik hukukuna ait bir normun, bireylere ulusal mahkemeleleri önünde ileri sürülecekleri haklar sağlamasıdır. Doğrudan etki prensibine göre, Birlik hukukundan kaynaklanan bir kuralın içinde yer alan bir hakkın iç

⁹³ BRINK, M.J. Van Den, "EU Citizenship and EU Fundamental Rights: Taking EU Citizenship Rights Seriously?", *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, C.39, Sa.2, s.273-290. *Van Den Brink* bu makalesinde Divanın bazı kararlarına dayanarak AB vatandaşlık statüsü nedeniyle ABİHA'nın temel haklar kısmında yer alan bütün hakların elde edilip edilemeyeceğini ve üye devletlerin işlemlerine karşı ileri sürülüp sürülemediğini ve bu hakların özünün zedelenmesinin Birlik hukukunun uygulama kapsamında kalıp kalmayacağını tartışmaktadır.

⁹⁴ TRIDIMAS Takis, *The General Principles of EU Law*, b.2, Oxford:Oxford University Press, 2006, s.39.

⁹⁵ ABAD'm C-378397 sayılı kararı, *European Union v Florus Ariël Wijsenbeek*, [1999] ECR I-6207

hukukta etkili olması için onun ulusal hukuka aktarılmış olması gerekmemektedir.⁹⁶

Ancak Divan daha sonraki içtihatlarında ABİHA'nın 21(1). maddesinin tam, eksiksiz ve yeterince açık bir hüküm olması nedeniyle AB vatandaşlarının üye devletler nezdinde ileri sürebilecekleri doğrudan etkili bir hüküm olduğunu kabul etmiştir.⁹⁷

ABİHA'nın 21. maddesinde ifade edilen serbest dolaşım hakkı Antlaşmada ve Antlaşmanın uygulanması için yapılan düzenlemelerde belirtilen şartlar ve sınırlar içerisinde kullanılacaktır. Buradaki bu sınırlamalar üye ülkelerin kamu kaynaklarını korumak amacıyla mali ve sosyal içerikli taleplere karşı hukuki çıkarlarını öne sürebilecekleri bir imkan vermektedir.⁹⁸ Ancak bu konudaki sınırlamaların uygulanmasında üye ülkelerin ulusal makamları ile ulusal mahkemelerinin alınacak tedbirlerle ilgili Antlaşmanın genel prensipleri ve özellikle orantılılık ilkesiyle uyumlu davranmaları gerekmektedir.⁹⁹ Bu da şu anlama gelmektedir ki serbest dolaşım hakkını kısıtlayıcı tedbirin istenen hedefe ulaşmada gerekli ve orantılı olması gerekmektedir.

AB vatandaşlığı düzenlemesi kişilerin serbest dolaşımını ilk defa düzenleyen bir hüküm olmamakla beraber bu hakkı genişletmiş ve birincil Birlik hukuku mevzuatının içerisine güçlü bir şekilde yerleştirmiştir. *ABAD Baumbast*

⁹⁶ BOZKURT Enver, ÖZCAN Mehmet, KÖKTAŞ Arif, s.185.

⁹⁷ ABAD'ın 26 Mart 2006 tarih ve C-408/03 sayılı kararı, [2006] *Commission v Belgium*, ECR I-9925, 34. paragraf; ayrıca C-413/99 sayılı *Baumbast v R v. Secretary of State for Home Department* kararının [2001] ECR I-7091, 84. ve 85. paragrafları.

⁹⁸ ABAD'ın, C-413/99 sayılı *Baumbast* kararının, 84 ve 91. paragrafları; ayrıca C-456/02 sayılı *Trojani* kararının 31 ve 34. paragrafları; C-408/03 *Commission v Belgium* kararının 37 ve 39. paragrafları. ABAD, *Baumbast* kararında her türlü riski kapsayan bir sağlık sigortası koşulunu değerlendirmiştir. Bu davada, bir aile kapsayıcı (*comprehensive*) sigorta ile sigortalanmış ancak bu sigorta, acil durum tedavisini kapsamamaktadır. Avrupa Birliği vatandaşlığı kavramı altında yaptığı yorumda ABAD, sağlık sigortasının sadece acil durum tedavisini kapsamaması nedeni ile oturma izninin kaldırılmasını orantılılık ilkesine aykırı bulmuştur.

⁹⁹ ELSUWEGE Peter Van, Shifting the boundaries? European Union Citizenship and the scope of application of EU Law, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, C.38, Sa.3, 263-276, s. 269. ABAD'ın C-413/99 sayılı *Baumbast* kararının, 91. paragrafı; ayrıca C-456/02 sayılı *Trojani* kararı 34. paragrafı ve C-408/03 sayılı, *Commission v Belgium*, kararının 39. paragrafı.

kararında ABİHA'nın 21. maddesinin (eski AT Antlaşmasının 18. maddesinin) doğrudan etkili bir hüküm olduğunu kesin olarak kabul etmiştir.¹⁰⁰ Klasik anlamdaki Birlik hukukunun ekonomik aktiviteyle irtibatlanan dört özgürlüğü AB vatandaşlığının yürürlüğe girmesinden sonra dahi halen öncelikli uygulanırlığını muhafaza etmektedir.

ABİHA'nın 21. maddesinde ifade edilen serbest dolaşım hakkı “*Antlaşmada belirtilen sınırlar ve bu hakkın kullanımına etki tanımak için alınan önlemlerle*” sınırlıdır. Bu kısıtlama üye devletlerin yasal çıkarlarına atf yapılarak izah edilmiş ve üye ülkelerin kendi mali kaynaklarını korumak amacıyla bu hakkı kullanacak kişilerin sosyal ve mali açıdan belli bir seviyede olmalarının öngörebileceği ifade edilmiştir. ABİHA'nın 21. maddesinde belirtilen bu kısıtlamanın esas amacı da ikamet hakkına ilişkin 2004/38 sayılı yönergede de ifade edilmiştir. Üye devletlerin idari makamları ile ulusal mahkemeleri ABİHA'nın 18. maddesindeki kısıtlamaları Birlik hukukunun genel prensipleri ve özellikle orantılılık ilkesi çerçevesinde uygulamalıdır. Dolayısıyla bu yönde alınan kısıtlayıcı önlemin varılması istenilen yeterli mali kaynağa sahip olunması amacı ışığı altında değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada bu kısıtlamanın ana amacı “sosyal menfaat temini amacıyla yapılacak turizmi” önlemektir. Bu da demek oluyor ki bir başka üye devlete ikincil eğitimini takip veya başlatmak amacıyla giden kişi bakım giderlerinin karşılanması yardımıyla mücehhez kılınmamıştır. Bununla birlikte, *Bidar* davasında ABAD'ın da belirttiği gibi başka bir üye devlette yasal olarak ikamet eden ve bu ülkede ikincil eğitime başlayıp bitiren birisi ikamet süresince ABİHA'nın 18. (eski AT Antlaşmasının 12. maddesinde) belirtilen eşit muamele prensibine itimat etmekten men edilmemiştir.

Burada dolayısıyla kriter “kötüye kullanım” ölçütüdür. Kişi eğer eğitimi için daha iyi sosyal imkanlar bulunan bir başka ülkeye sırf bu amaçla giderse buradaki imkanların kendisine de tanınmasını talep etmesi bazı koşullar altın-

¹⁰⁰ VAN GERVEN Walter, *The European Union: A Polity of States and Peoples*, Stanford University Press, California, 2005, s. 204; RYLAND Diane, Freedom, Solidarity and Citizenship, *Managerial Law*, Cilt: 47, No: 6, 2005, s. 180. Ayrıca bkz. ABAD'ın C-413/99 sayılı *Baumbast* kararının 31. paragrafı.

da mümkün olabilecektir. Ancak bu kişinin o ülkede kaldığı tüm süre içinde mali durumunun tam ve yeterli olması gerekli değildir. Pek tabidir ki o ülkeye giden kişinin baştaki mali durumu yeterli olduğu halde daha sonra bu durumunun kötüye gitmesi ve mali durumunun bilahare yetersiz hale gelebilmesi mümkündür.

Divan, *Bidar* gibi tabiyetinde bulunduğu üye devlet dışında bir başka üye ülkede lise eğitimine başlayıp tamamlayarak yaşadığı ülkeyle entegrasyonunu gösteren bir AB vatandaşının yeterli mali kaynak ile sağlık sigortasına sahip olma şartı kendisinde aranmadan ABİHA'nın 21. maddesi ile ikamet hakkını düzenleyen Yönergenin imkan verdiği ikamet hakkını ileri sürmesine cevaz vermiştir.

ABAD gerek *Bidar* gerekse *Grzelczyk* davasında şu sonuca varmıştır: Bu kişiler, başvurdukları sosyal yardım taleplerine ilişkin olarak eşit muamele prensibine istinat edebilirler. Böylece AB vatandaşlığı ayrımcılık yapma yasası prensibine istinaden AB vatandaşlarına doğrudan uygulanabilir sosyal haklar vermektedir. Sosyal yardım kazançlarına ilişkin olarak Divan "*Trojani*" davasında ekonomik olarak aktif olmayan bir kişinin yasal olarak sahip olduğu daimi ikamet izin süresi veya dönem periyodu için ABİHA'nın 18. maddesine dayanabileceğine karar vermiştir.¹⁰¹ Nitekim ABAD bir çok içtihadında yasal ikamet iznini haiz bulunan kişilerin ABİHA'nın 18. maddesi kapsamında içerisinde değerlendirilmesi neticesinde sosyal yardımlardan yararlanabileceğini içtihat etmiştir.¹⁰²

Bu iki davada da bu kişilerin sosyal yardım ihtiyacı belli bir dönem için yasal olarak ikamet iznine sahip olunmasından sonra nüksetmiştir. Bu iki davada da bu kişilerin kendilerinin AB vatandaşı olmalarından dolayı AT Antlaşması gereğince tanınan bazı hakları kötüye kullanma durumunda olmadıkları da aşikardır.

¹⁰¹ ABAD'ın C-456/02 sayılı *Trojani* kararının 43. paragrafı, aynı yöndeki bir başka karar da C-209/03 sayılı *Bidar* kararının, 37. paragrafı.

¹⁰² LENAERTS Koen, European Union Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity, *Jurisprudence*, 2011, C. 18, Sa.2, s.397-422.

ABAD'ın yaptığı bu yorum 2004/38/AT yönergenin 24. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hükümlerle uyumlu bir yorumdur. Bu hükme göre: “Üye ülkeler daimi ikamet hakkı elde edilmeden önce işçi, müstakil olarak çalışan kişiler ile böyle statülerini muhafaza eden kişiler ile aile üyeleri dışındaki kişilerin, mesleki eğitim de dahil olmak üzere eğitimleri için bakım (iaşe) giderlerini karşılamak üzere öğrenci bursları veya öğrenci kredileri vermekle yükümlü değildir.”

2004/38/AT yönergenin 4. bölümünde AB vatandaşları için hangi koşullar altında daimi ikamet hakkının verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Üye devletler sosyal menfaat taleplerinin önünü kesmek için artık ekonomik açıdan aktif olmayan kişilere sadece geçici ikamet izni verme konusunda özgür değiller. Bu nedenle 2004/38/AT yönergesi AB vatandaşlığı kavramının temel statüsünü kabul etmiş ve bazı sosyo-ekonomik haklardan yararlanılabilmesi için başka üye ülkede ikamet hakkını kullanan kişinin o ülkenin sosyal güvenlik sistemi üzerinde makul olmayacak bir yük oluşturmaması gerekmektedir. Ayrıca üye devletlerin bir kişinin sosyal güvenlik sistemi üzerinde bu anlamda makul olmayacak bir yük oluşturdukları iddiasıyla da otomatik olarak sınır dışına çıkarma cezasını tatbik etmemeleri gerekmektedir. Zaten kamu düzeni ve güvenliği saikleriyle verilebilecek sınır dışına çıkarılma cezası da orantılılık prensibiyle sınırlı olarak kullanılabilir.¹⁰³ Ulusal idareler vatandaşlıkla ilgili haklar üzerindeki kısıtlamaları, AB tarafından çıkarılan tasarruflara (2004/38 sayılı yönergeye göre) uygun olarak yapılan bir işleme dayansa bile orantılılık ilkesine göre uygulamalıdır.¹⁰⁴

ABİHA'nın 20. maddesinde gönderme yapılan ve 2004/38 sayılı yönergenin getirdiği sınırlandırma ve koşullar temellerini, AB vatandaşlarının oturum haklarının üye ülkelerin meşru çıkarlarından sonra gelir fikrine dayanmaktadır. Ama bu sınırlandırma ve koşullar AB hukukunun genel ilkelerine, özellikle orantılılık ilkesine, göre uygulanmalıdır. Divan vatandaşlık hukukuna orantılılık ilkesini dahil edecekse ulusal idareler davacının kişisel durumunu değerlendirmek zorundadır. O halde Mahkeme, 2004/38'de belirtilen sosyal

¹⁰³ 2004/38 sayılı yönergenin başlangıcında yer alan 3, 10, 16 ve 23. giriş paragrafları ile 7, 14 ve 27. maddeleri.

¹⁰⁴ BİLGİN, s. 88

güvenlik sistemlerinin korunması ile münferit AB vatandaşlarının haklarını iyi dengelemek zorundadır.¹⁰⁵

Grzelczyk ve *Baumbast* gibi örneklerle ABAD, ikincil AB hukukuyla ortaya konan oturma şartlarının katı yorumlanarak üye ülkelerin AB vatandaşlarının haklarını elinden alamayacağını söylemişti.¹⁰⁶ ABAD, *Bidar* davasında, bir üye ülkede yasal olarak ikamet eden öğrencilerin bakım giderlerini karşılamak amacıyla verilecek yardımın önceki AT Antlaşmasının uygulama kapsamı içine girdiğini kabul etmiş ise de üye devletlerin bu yardımı alacak öğrencinin kendi toplumu ile entegrasyonunun belli bir derecede olmasını aramasına da cevaz vermiştir.¹⁰⁷

VI. AB Vatandaşlığının Ticari Bir Obje Olmaktan Çok Bazı Haklar Sağlayan Bir Statü Olması

ABAD'ın yukarıdaki içtihatlarıyla yaptığı yorumdan da anlaşılmaktadır ki; AB vatandaşları, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmadan sadır olan serbest dolaşım özgürlüğü vesilesiyle başka üye ülkelerde oturmaya başladıkları andan itibaren oturdukları üye ülke nezdinde sosyal yardımlardan otomatik olarak yararlanmaları söz konusu değildir. Ancak AB vatandaşları bir üye ülkede belli bir dönem oturduktan sonra oturduğu ülkeye entegrasyonu başarılı ve sorunsuz bir şekilde gerçekleştikten sonra –zaten Antlaşmanın asıl amacı da budur- oturduğu ülkenin vatandaşlarıyla sosyal yardımlardan yararlanma konusunda eşit muamele talep etmekte mezun kılınmıştır.¹⁰⁸

ABAD aşama aşama üye devletlerin diğer üye devletlerden gelen AB vatandaşlarının yararına bazı sosyal yükümlülükleri kabul etmeleri yönünde bir asgari düzeyde ancak etkili bir dayanışma formülü ortaya koymuştur. Bu şekilde ABAD AB vatandaşlığı statüsünü ticari bir obje (*uti mercatores*) olmaktan çok bazı haklar sağlayan vatandaşlık kavramı (*uti cives*) olarak algılanmasını sağlamak istemiştir.¹⁰⁹

¹⁰⁵ ELSUWEGE, s. 269.

¹⁰⁶ GUTH Jessica & MOWLAM Edward, s. 78.

¹⁰⁷ ABAD'ın C-209/03 sayılı *Bidar* kararının 57. paragrafı.

¹⁰⁸ GUTH Jessica & MOWLAM Edward, s. 79.

¹⁰⁹ FONTANELLI Filippo, Genral Principles of the EU and a Glimpse of Solidarity in the

AB vatandaşlığı kurallarının maddi içeriği, orijinal serbest dolaşım hükümleri içerisinde geliştirilen ilkeler ile aynı kökten gelmektedir. AB vatandaşlığıyla ilgili Divanın geliştirdiği yorum aynı zamanda bu ilkelerin uygulama alanını da açıkça genişletmektedir. AB vatandaşlığı, “*tamamen ülke içi ilişki*” içinde kalmama ya da “*sınır aşırı unsur*” ile “*tersine ayrımcılık*” halinin gözden geçirilmesi taleplerinin gündeme gelmesinde itici güç olmuş ve dayanak olmuştur.¹¹⁰

Divanın yukarıda aktarılan kararlarından da anlaşılacağı üzere AB vatandaşlığı statüsünün üye ülke vatandaşlarının temel statüsü olmaya başlamasından sonra ‘statik’ konumda kalan (üye ülkelerarası sınır aşırı bir durumu olmayan) üye ülke vatandaşlarının artık ABİHA’nın uygulama kapsamı dışında kaldıklarını ileri sürmek güçleşmiştir.¹¹¹ Birlik vatandaşlığı, tamamen ülke içi ilişki içinde kalmama açısından kurucu Antlaşmanın konu bakımından kapsamını genişletmektedir. AB vatandaşlığının bu temel statüsü nedeniyle, Birlik vatandaşının gelecekte veya hipotetik [varsayımsal] olarak serbest dolaşım hakkının ihlal edilmesinin muhtemel olması durumu da serbest dolaşımın reel olarak gerçekleştirilmesi, ekonomik aktivitesinin olması veya kendisine ayırım yapılması hususlarına bakılmaksızın AB hukuku kapsamında kalmaktadır. Bu şekilde ABİHA’nın 20. maddesi Birlik vatandaşlarının üye devletlerde serbestçe dolaşma ve ikamet etme haklarını kullanmalarını sağlamak açısından bir teminat olmaktadır.¹¹²

AB vatandaşlığına ABAD’ın getirdiği yorum ise çok önemli olmuştur. Divan, serbest dolaşım konusunda bu hakkın ilk kabul edildiği yıllara göre anlamını ve sınırlarını genişletmiş bu yönüyle de AB içerisindeki politik ortamı ve anlayışı değiştirmiştir. Dolayısıyla AB içerisinde Divanın yukarıda aktarılan ve tedrici olarak gelişen içtihatlarından da anlaşılacağı üzere, artık AB va-

Aftermath of Mangold and Küçükdeveci, *European Public Law*, 2011, C.17, Sa.2, s.225-240, s 240.

¹¹⁰ CRAIG Paul & DE BÚRCA Gráinne s. 856.

¹¹¹ KOCHENOV Dimitry, IUS Tractum of many faces, *European Citizenship and the difficult relationship between Status and Rights*, *Columbia Journal of European Law*, 2009, C.15, Sa.2, s.212-214

¹¹² ŠADL Urška, Case Law: Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments, *European Constitutional Law Review*, 2013, C. 9, Sa. 9, s. 205-226, s. 224.

tandaşları bireysel ve bağımsız olarak hareket ederek üye devlet kurumlarına karşı haklar ileri sürebilen ve adeta Birlik entegrasyonunun sağlanmasında üye devletler gibi bir aktör konumuna getirilmiştir. Birlik hukukunun uygulanmasında AB vatandaşlığı artık Avrupa Birliğinin, serbest iç pazar oluşturmak, ekonomik ve sosyal bütünleşme sağlamak gibi ana hedefleri arasında kendine ayrı bir yer bulmuştur.

SONUÇ

Birlik vatandaşlığı, gerek Birlik boyutunda gerekse ulusal merciler nezdinde artık bir statü olarak yerini almıştır. Bu statünün getirdiği hak ve yükümlülüklerin kullanımı ABAD'ın verdiği kararlar ile de daha açık hale getirilmiştir. Yaşanan bu gelişmelerle birlikte AB vatandaşlarının hakları çerçevesinde en esaslı hak olan serbest dolaşım ve ikamet hakkı daha etkin bir hale getirilmiştir. Serbest dolaşım hakkı başlangıçta mesleki bir faaliyet göstermekle sınırlı iken, daha sonraki düzenlemelerle bu kavramın içeriği genişletilmiş ve her kategorideki vatandaşı kapsayan bir hal almıştır. AB vatandaşlığı statüsünün getirmiş olduğu serbest dolaşım hakkı, sadece işçileri değil bütün üye ülke vatandaşlarını kapsayan bir haktır. Bu bağlamda çok daha geniş bir kitleye hitap etmekte ve işçi olmayanlara da ikamet hakkı vermektedir.

ABAD, AB vatandaşlığı statüsünü ticari bir obje (*uti mercatores*) olmaktan çok bazı haklar sağlayan klasik anlamdaki vatandaşlık kavramı (*uti cives*) kategorisine dahil etmiştir. Divan, başlangıçta sembolik bir kavram olarak düşünülen AB vatandaşlığı statüsünü serbest ikamet ve dolaşım hakkının önemli bir dayanağı ve gerekçesi haline getirmiştir. Bu bağlamda, Divan, ABİHA'nın 20. maddesi kapsamında tüm Birlik vatandaşlarına tanınan üye devletlerin sınırları içerisinde serbest ikamet ve dolaşım hakkının etkili uygulanması (*effet utile*) ilkesine başvurmuştur.

ABİHA'nın serbest dolaşıma ilişkin hükümleri, ancak bu durum “*tamamen ülke içi ilişki*” içinde kalmıyorsa ya da o durumu Birlik hukuku ile bağlayan sınır aşırı bir mahiyeti varsa o durum yönünden uygulanabilecektir. ABİHA'nın 21. maddesi ilgili durum için sınır aşırı unsur varsa tatbik alanı bulacaktır. Bunun yanı sıra üye devlet işleminin, Birlik vatandaşının AB vatandaşlık statüsü nedeniyle kendisine tanınan hakların içeriğini fiili olarak kullanmaktan yoksun

bırakması halinde veya üye devletlerin sınırları içerisinde oturma ve serbestçe dolaşma hakkını kullanmasını engelleyici nitelikte olması halinde 21. maddenin tatbiki söz konusu olur. Ancak Divanın *Ruiz Zambrano* kararında da belirttiği üzere ABİHA'nın 20. maddesinin tatbiki açısından sınır aşırı unsurun varlığı zorunlu değildir. Ayrıca, ABİHA'nın 20. maddesinin tatbiki açısından, 2004/38 sayılı yönerge hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili kişinin kendisinin ve aile üyelerinin söz konusu üye devletin sosyal güvenlik sistemine bir yük olmayacak biçimde yeterli kaynaklara ve her türlü riski kapsayan bir sağlık sigortasına sahip olması koşulu da gerekli değildir.

Birlik vatandaşlığı ile artık AB içerisinde ekonomik açıdan faal olmayan bireyler bakımından sınır aşırı hareket olmasa bile bir üye devlette yerleşik bir başka üye devlet vatandaşı olmak, Birlik hukuku ile bağı sağlamak açısından yeterli olmaktadır. Sonuçta, ABİHA'nın 20 ve 21. maddeleri “*tamamen ülke içi ilişki*” konusunu değiştirmektedir. Birlik vatandaşlığı öncesi “*tamamen ülke içi ilişki*” olarak görülecek kimi durumlar, AB vatandaşlığı statüsü nedeniyle artık AB hukuku ile bağı sağlamak açısından yeterli olmaktadır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Kitap

BİLGİN A. Aslı, Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Serbest Dolaşım ve Politikalar, İşçilerin Serbest Dolaşımı, Editörler: Belgin Akçay, Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, Birinci baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010 s.74.

BOZKURT Enver, ÖZCAN Mehmet, KÖKTAŞ Arif, Avrupa Birliği Hukuku, b.4, Asil Yayın Dağıtım, 2008

CRAIG Paul & DE BURCA Grainne, EU Law: Texts, Cases and Materials, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008

CURRIE Samantha, ‘The transformation of Union Citizenship’, 50 years of the European Treaties. Looking Back and Thinking Forward, kitabı içerisinde Samantha Currie ve Michael Dougan (Oxford:Hart) 2009.

TEZCAN Ercüment, Avrupa Birliği Hukukunda Birey, b. 1, İstanbul 2002.

TRIDIMAS Takis, *The General Principles of EU Law*, b.2, Oxford:Oxford University Press, 2006.

VAN GERVEN Walter, *The European Union: A Polity of States and Peoples*, Stanford University Press, California, 2005.

Makale

BAKLACI Pınar & AKINTÜRK Esen, Avrupa Birliği Vatandaşlarının ve Aile Fertlerinin Üye Devlet Ülkelerinde Serbestçe Dolaşımına İlişkin 2004/38 sayılı Direktif Hakkında Genel Bilgilendirme, İzmir Barosu Dergisi, 2007, C. 72 S. 2, s. 122-123.

BESSON Samantha & UTZINGER André, Introduction: Future Challenges of European Citizenship — Facing a Wide-Open Pandora’s Box, *European Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 5, 2007, s. 583.

BRINK, M.J. Van Den, “EU Citizenship and EU Fundamental Rights: Taking EU Citizenship Rights Seriously?”, *Legal Issues of Economic Integratio*, 2012, C.39, Sa.2, s.273-290.

EDITORIAL Comments, “Two speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?” *Common Market Law Review*, Sa. 45, s. 1-11, 2008 s.1.

ELSUWEGE Peter Van, Shifting the boundaries? European Union Citizenship and the scope of application of EU Law, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, C.38, Sa.3, 263-276, s. 265.

ELSUWEGE Peter Van, Euroepan Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited,*European Constitutional Law Review*, 2011, C.7, s.308-324, s. 319.

ELSMORE Matthew J. & STARUP Peter, Union Citizenship–Background, Jurisprudence, and Perspective: The Past, Present, and Future of Law and Policy, *Yearbook of European Law*, Cilt: 26, 2007, s. 63.

FONTANELLI, Filippo, Genral Principles of the EU and a Glimpse of Solidarity in the Aftermath of Mangold and Küçükdeveci, *European Public Law*, 2011, C.17, Sa.2, s.225-240.

GUTH Jessica & MOWLAM Edward, The evolution of European Union citizenship – where does Zambrano take us?, *The Law Teacher*, C.46, Sa.1 s.75-82.

KOCHENOV Dimitry, IUS Tractum of many faces, European Citizenship and the difficult relationship between Status and Rights, *Columbia Journal of European Law*, 2009, C.15, Sa.2, s.212-214.

LANSBERGEN Anja & MILLER Nina, European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011, Case C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano v. Offi ce national de l’emploi (ONEM), *European Constitutional Law Review*, 2011, C. 7, s. 287–307.

LENAERTS Koen, European Union Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity, *Jurisprudence*, 2011, C. 18, Sa.2, s.397-422.

OOSTEROM Staples Helen, To What Extent Has Reverse Discrimination Been Reversed? *European Journal of Migration and Law*, 2012, C. 14 , s. 151–172, s.155.

RICHARDS Tom, Zambrano, McCarthy and Dereci: Reading the Leaves of EU Citizenship Jurisprudence, *Judicial Review*, 2012, C. 17, Sa. 3, s. 272-285.

RYLAND Diane, “Freedom, Solidarity and Citizenship”, *Managerial Law*, Cilt: 47, Sa. 6, 2005, s. 176-190.

SHUIBHNE Niamh Nic, The resilience of EU Market citizenship, *Common Market Law Review*, C. 47, s. 1597-1628, 2010, s. 1612.

SPAVENTA Eleanor, Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union Citizenship and its contitutional effects, *Common Market Law Review*, 2008, Sa. 45, s.13-45.

TOMUSCHAT Christian, ‘Case Note Martínez Sala’, 2000, C. 37 *Common Market Law Review*, s. 449-457.

WIESBROCK Anja, Granting Citizenship-related Rights to Third-Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship, *European Journal of Migration and Law*, 2012, C. 14, s 63–94, s.63.

SİBER SUÇLAR, YARGILAMA YETKİSİ VE YENİ BİR MODEL ÖNERİSİ

Cybercrime, Jurisdiction and a New Model Proposal

Dr. Servet YETİM *

ÖZET

Dünya üzerinde yüzyıllar önce başlayan sıcak savaşlar yerini soğuk savaşlara, soğuk savaşlar da bilgisayar teknolojilerindeki gelişmelerle yerini siber savaşlara bırakmıştır. Günümüzde gizli bir şekilde yürütülmekte olan siber savaşlar ve siber terör, çok yakın bir zamanda insanlığa karşı işlenen suç olma vasfını kazanacaktır. Ne yazık ki bu tehlikeyi önlemeye yönelik uluslararası bir tedbir alınmış değildir.

Dünya üzerinde sıcak savaş tehditlerinden korunmak için yaptırım yetkisi olan birçok uluslararası örgüt kurulmuş ve faaliyetlerini devam ettirmektedir. Günümüzde ise sıcak savaş için alınan tedbirlerin uyumlaştırılarak daha büyük tehdit olan siber savaş ve terörü önlemek için alınması gerekmektedir.

Siber savaş ve siber terör suçlarının da insanlığa karşı işlenen suçlardan sayılması ve bu kapsamda yargılama yetkisinin Uluslararası Ceza Mahkemesine verilmesine ihtiyaç vardır. Mahkemenin bu suçlarla ilgili yetkisi üye ülkeleri kapsayacak mahiyette ve sınır ötesi olmalıdır. Bu yetkiye dayanarak mahkeme; arama, el koyma, delil toplama, istinabe, yargılama ve infaz işlemlerini gerçekleştirebilmelidir. Bu suçlarla mücadele ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması arasındaki hassas denge korunmalıdır. Bu tedbirler alınmadığında bütün dünya ülkelerini dijital kaos beklemektedir.

Anahtar Kelimeler: Siber-suç/savaş/terör, evrensel yargılama yetkisi, Birleşmiş Milletler, Uluslararası işbirliği, Uluslararası Ceza Mahkemesi, suçluların iadesi, 7/24 irtibat noktası

ABSTRACT

The hot wars, began on earth centuries ago, gave place to the cold wars and, the cold wars gave place to cyber warfare with the advances in computer technology. The cyber warfare and cyber terrorism being conducted in an confidential manner nowadays

* Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı, syetim@yargitay.gov.tr

will have the feature of being the crimes against humanity in a very near future. Unfortunately, no international measure has been taken to prevent this danger.

Many international organizations with enforcement powers for protecting themselves from the threat of hot war on the earth have been established and continue their activities. Today, by the harmonization of the measures taken for hot war should be taken also to prevent the bigger threat of cyber warfare and cyber terrorism.

There is a need for cyber warfare and cyber terrorism to be considered as the crimes against humanity and, in this context, for giving the jurisdiction to the International Criminal Court. The Court's authority regarding these crimes should cover the member states and should be transfrontier. Based on this authority, the court should be able to perform the operations of searching, seizure, evidence collection, rogatory, trial, and execution. The delicate balance between the fight against these crimes and the use of fundamental rights and freedoms should be kept. In the absence of these measures, the whole world is waiting for the digital chaos.

Keywords: Cyber-crime/warfare/terrorism, universal jurisdiction, international cooperation, United Nations, international Criminal Court, extradition, 24/7 contact point



Giriş

Dünya üzerinde yüzyıllar önce başlayan sıcak savaşlar yerini soğuk savaşlara, soğuk savaşlar da bilgisayar teknolojilerindeki gelişmelerle yerini siber savaşlara bırakmıştır. Günümüzde gizli bir şekilde yürütülmekte olan siber savaşlar ve siber terör çok yakın bir zamanda atom bombasından daha fazla etki bırakan ve insanlığa karşı işlenen suç olma vasfını kazanacaktır. Ne yazık ki hala çok yakın bir gelecekte baş göstererek olan bu tehlikeyi önlemeye yönelik tedbirler alınmış değildir.

Özellikle yirmi birinci yüzyılın başından itibaren bilgisayar teknolojilerinin hızlıca gelişmesi ile devletler her türlü kamu hizmetini bu sistemler üzerinden yürütmeye başlamışlardır. Hastanelerin, enerji santrallerinin, içme suyu sistemlerinin, trafik ışıklarının ve demiryolu taşımacılığının yönetimi,¹ uçak

¹ Aksoy, Hüseyin Canan., (2008), Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişi-

ve gemilerin otokontrolü sistemleri, her türlü haberleşme, ülke güvenliğinin sağlanması, istihbarat bilgilerinin toplanması, muhafazası ve analizi başta olmak üzere birçok kamu hizmeti bilişim teknolojileri kullanılarak yürütülmektedir. Özellikle gelişmiş ülkeler kamu hizmetlerinin tamamını bilişim sistemleri üzerinden yürütmekte olup yakın bir gelecekte de ticaretin büyük bir kısmı online sistemler üzerinden yapılı hale gelecektir.

Vatandaşlar ise interneti; ticari faaliyetler ve internet bankacılığı, haberleşme ve haberlere erişim, sosyal medyada arkadaşlık kurma, online alışveriş, resim ve video paylaşımı, veri depolama, oyun oynama, kamu kurumu hizmetlerinden faydalanma ve daha sayılamayacak birçok amaç için kullanabilmektedir. Bu teknolojilerin faydaları az gelişmiş ülkeler tarafından da fark edilmiş olup bu ülkeler de daha fazla yatırımlarını bilişim teknolojilerine yapmaya başlamışlardır.

Dünya üzerinde son yirmi yıldır en hızlı büyüyen sektör bilişim sektörüdür. Bu sektörün temel sükelerinden olan internet, doğası gereği sınırları tanımlanamayan, kuralları konamayan, demokratik, biraz da anarşik bir platform olup, her vatandaşa kendisini ve düşüncesini serbestçe ve kimliğini ortaya koymadan ifade etme hürriyeti tanımaktadır. İnternet üzerinden gerçekleştirilen faaliyetler çok az maliyet gerektirir ve her zaman erişimi çok kolaydır.

Bilgiyi sunma ve paylaşımında getirdiği hız ve kolaylık nedeniyle internet günümüzde özel sektör ve kamu sektörü tarafından çok tercih edilir hale gelmiştir.²³⁴ Bu kullanışlılık ve üst düzey tercih edilme sebebi ile internetin ani çıkışı, virüs gibi hızlı yayılması ve anarşik bir durum oluşturmaya başlaması sonucunda internet ortamının düzen altına alınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İnternet; akıllı diye tabir edilen cihazların birbirine bağlanması olarak tarif edildiğinde sanal ortamda makinaların koordinasyonu, haberleşmesi, bilgi

sel Verilerin Korunması, s.77, Çakmak Yayınları, Ankara

² Sarıbaş, Volkan., (2003), İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, s53, Adalet Yayınevi

³ Aksoy, s. 77

⁴ YCGK 11.06.2013 Tarih ve 2013/15-239 E., 2013/289 K. Sayılı Kararı, YCGK 02.04.2013 Tarih ve 2012/15-1293 E., 2013/111 K. Sayılı Kararı, 15. CD 21.01.2014 Tarih ve 2012/13233., 2014/795 K. Sayılı Kararı

paylaşımları mümkün hale gelmektedir.⁵ Bu durum bir taraftan internetin güçlü ve vazgeçilmez özelliğini ortaya koyarken diğer taraftan da internetin en zayıf tarafını da oluşturmaktadır. Çünkü herhangi bir hastalığın insan vücudunda yayılması sürecinde olduğu gibi internet ortamının da zararlı bir yazılıma maruz kalması durumunda bağlı olan bütün bilgisayarlar etkilenmekte ve zarar görme noktasında domino etkisi oluşturmaktadır.

Bu çalışmada siber suçlar konusundaki yargılama yetkisinin ulusal sınırları da aşması ile delil toplanması ve ülkelerin yargılama yetkilerini kullanmalarındaki güçlükler tartışılarak çözüm önerileri paylaşılacaktır.

I. BİLİŞİM TEKNOLOJİLERİ

A. Bilişim Teknolojilerinin (Sistemlerinin) Çağımızdaki Rolü

Günümüzde bilişim Teknolojileri hayatın her alanında aktif bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Her türlü kamu hizmetinden siyasi parti seçim propagandalarına, uzay keşiflerine, tedavi yönetimlerine, robot sanayinin gelişmesine, insansız yer, hava, deniz ve uzay araçlarının üretimine kadar birçok alanda kullanılır hale gelmiştir. Gerçek dostlukların yerini sanal dostluklar, gerçek patent haklarının yerini ise sanal yazılımların patent hakları almış hatta bu patent gelirleri bir kısım ülkelerin ana gelir kaynağı olmuştur. Gelişen yine dünya düzeninde en değerli borsa şirketleri bilişim şirketleri olmuştur. Bilişim teknolojilerinin insan hayatı üzerindeki bu büyük etkisi hukuki ve cezai anlamda birçok uyumsuzluğun çıkmasına zemin hazırlamıştır. Yakın bir zamanda siber savaş ve siber terörün yanında siber patent savaşları da insanlık açısından kaçınılmaz olacaktır.

B. Bilişim Teknolojilerinin (Sistemlerinin) Getirdiği Riskler

Her ne kadar güvenlik tedbirleri alınmış olsa da bu sistemler her zaman saldırıya açık ve daha fazla risk taşıyan sistemlerdir. Özellikle bilgisayar ve yan teknolojilerinin ve yazılımlarının dünya üzerinde sınırlı sayıda ülke tarafından üretiliyor olması ve kısmen de olsa tekel bir durumun olması daha fazla

⁵ Oğuz, Habip., (2010), İnternet Ortamında Kişilik Haklarının Korunması, s.4, Adalet Yayınevi, Ankara

risklere sebebiyet vermektedir. Bu sistemlerin kullanılması çok daha kaliteli hizmetlerin kısa zamanda verilmesini sağlarken bir taraftan da eski sistemlere göre siber saldırılara daha fazla açık bir alan oluşturmaktadır.

Her ne kadar, özellikle son çeyrekte, dünya ülkelerindeki teknolojik gelişmelerden dolayı küreselleşme katsayısı artsa da bu küreselleşme maalesef önceki gelişmelerin aksine dünya barışı ve huzurunu artırmanın yanında birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu globalleşme ile birlikte ülke sınırlarını aşan suçlarda artışlar yaşanmaya başlamıştır. Bu suçların arasında ise en yoğun olanı ve artış hızı en fazla olanı siber suçlardır. Bu durum da daha modern, refah düzeyi yüksek ve güvenli bir gelecek bekleyen insanların istikballerini tehdit etmektedir.⁶

Bilişim teknolojileri vatandaşlar ve devlet için yukarıda sayılan kolaylıkları sağlamakla birlikte suça meyilli kişilere ve suç örgütlerine de birçok fırsatlar sunmaktadır. İnternet suç işlemek için daha fazla imkânlar sunabilmektedir. Siber suçlarda fail ile mağdur arasındaki fiziksel sınırlar ortadan kalkmış ve önemsiz hale gelmiştir.⁷ Suç işleyenler interneti vasıta kıldıklarında gerçek kimliklerini kolay bir şekilde gizleyebilmekte,⁸ delillerini kısa zamanda yok edebilmekte, tanımadıkları kişilerle dahi internet üzerinden ortaklık kurarak suça iştirak edebilmektedirler. Ayrıca işlenen suçun neticesi başka bir ülkede meydana gelebilmektedir. Bu durumda da uluslararası alanda suç işlendiğinde delil toplama faaliyetleri zorlaşmaktadır. İnternet ortamında suç işlemek daha az risk taşımakta olup aynı zamanda bir kısım ülkelerdeki yasal boşluklar sanıklar için uygun bir zemin oluşturmaktadır. Teknolojideki hızlı gelişmeler suça meyilli kişiler tarafından daha iyi bir şekilde takip edilmekte ve illegal amaçlar için kullanılmaktadır.

⁶ Li, Xingan., International Actions against Cybercrime: Networking Legal Systems in the Networked Crime Scene, (27.01.2013), <http://www.webology.org/2007/v4n3/a45.html>

⁷ Goodman, Marc., (15/05/2014), International Dimensions of Cybercrime, <http://ebooks.narotama.ac.id/files/Cybercrimes%20A%20Multidisciplinary%20Analysis/Chapter%2017%20International%20Dimensions%20of%20Cybercrime.pdf>

⁸ Kühne, Hans-Heiner., (Çeviren:Mustafa Ruhan Erdem), (2002), İnternet Bağlantılı Ceza Muhakemesinde Delil İleri Sürme Problemi, s.523, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir

Siber suçlarla mücadele de ulusal önlemler yetersiz kaldığından, bu suçların meydana getirdiği hasarların azaltılması için uluslararası önlemlere ihtiyaç duyulmuştur. Bilişim teknolojileri özellikle internet ülke sınırlarını aşan bir fenomen olup internet vasıta kılınarak işlenen suçlarda ulusal sınırlar aşılmıştır. Bu durumda da ülkeler çok boyutlu ve derin neticeleri olan bu suçlarla mücadeleyi ancak uluslararası işbirliği ile çözebileceklerini fark etmişlerdir. Bu sorunun çözümünde ilk olarak mevcut faaliyet gösteren uluslararası örgütler vasıta kılınarak çözüm üretmenin daha akıllıca olacağı düşünüldükten sonra Avrupa Birliği, Avrupa konseyi, G8 ülkeleri, Birleşmiş Milletler Örgütü vb. teşkilatlar devreye sokulmuştur.

Dünyanın sayılı güvenlik yazılımı üreticilerinden olan McAfee tarafından 2013 yılı Haziran ayında yayınlanan bir rapora göre dünya üzerindeki siber aktivitelerin tahmin edilen yıllık değeri üç yüz milyar ile bir trilyon dolar arasındadır. Bu da dünya ülkeleri gayri safi gelirlerinin yaklaşık olarak %1'ne denk gelmektedir.⁹¹⁰ Bu rakamlar ilerleyen zamanlarda milli ekonomiler içindeki oranını artıracaktır.

II. SİBER SUÇLAR

A. Tanım

Siber suçların tanımında literatürde net olarak uzlaşılan bir kavram olmamakla birlikte; siber suçlar, bilgisayar suçları, bilgi teknolojileri suçları, elektronik suçlar,¹² dijital suçlar, ileri teknoloji suçları veya yargısal boyutu karmaşık suçlar olarak isimlendirmek mümkündür. Türk ceza yargısında “Bilişim Suçu” kavramı daha çok tercih edilir hale gelmiştir. Bu eylemi; sınır tanıma-

⁹ The Economic Impact of Cybercrime And Cyber Espionage, (10/02/2014), <http://www.mcafee.com/sg/resources/reports/rp-economic-impact-cybercrime.pdf>

¹⁰ Paganini, Pierluigi., (15/02/2014), <http://resources.infosecinstitute.com/2013-impact-cybercrime/>

¹¹ Egan, Matt., (10/02/2014), Report: Cyber Crime Costs Global Economy Up to \$500B a Year, <http://www.foxbusiness.com/technology/2013/07/22/report-cyber-crime-costs-global-economy-up-to-1-trillion-year/>

¹² Etter, Barbara., The Challenges Of Policing Cyberspace, <https://www.cs.auckland.ac.nz/~john/NetSafe/Etter.pdf>

¹³ Tercan, Durmuş., Erdem, Mustafa Ruhan., Önak, Murat., (2013), Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s.821., Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara

yan, çözümleri için işbirliği gerektiren, bilgisayar teknolojilerinin kötüye kullanıldığı, ulusal ve kamu güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğü, bireyin esenlik ve ahlaki değerlerinin tehdit edildiği bir suç türü olarak tanımlamak çok da yanlış olmayacaktır. Bu suçların işlenme yeri, bilgisayar ve yan teknolojilerinin birbirleri ile bağlantıları ve haberleşmeleri sırasında oluşturdukları sanal alandır.

Siber suçların işlenmesinde bilgisayar veya network sistemlerinin güvenilirliğinin ihlali, izin verilmeyen sistemlere izinsiz erişim, sistemlere veri ekleme, silme veya değiştirme suçu işleme yöntemlerinin başlıcalarıdır. Bu suçların işlenmesinde doğrudan bilgisayar, bilgisayar türevleri, network sistemleri veya diğer teknolojiler kullanılmaktadır.

Siber dünyada anonimleşme ve anonim kalma, suçlulara yardım ederek bir suç işlemede daha özgür bir ortam sağlamakta, hatta bu suçu işleyenler siber sistemleri kullanarak; gerçek, çalınmış ya da dijital olarak oluşturulan kimlikleri kullanarak suç işlemektedirler. Bu suçluları sınır tanımayan modern suçlular olarak da tanımlamak mümkündür.¹⁴ Her ne kadar ülkemiz yasalarında siber suçlar konusundaki düzenlemede “siber suç” kavramı yerine “bilgi işlem Suçu” kavramı kullanılmış ise de yargılama yetkisinin uluslararası boyutunun incelenmesinde “siber suç” kavramı daha kapsamlı olduğundan ihtiyaca göre her iki ifadeye de yer verilmiştir.

B. Siber Suçların Sınıflandırılması

Ekonomik değerleri olan; kimlik bilgilerinin çalınması, kara paranın akınması, vergi kaçırılması, sahtecilik, dolandırıcılık, hırsızlık, telif haklarının ihlali suçu, güvenlik ihlali olan; siber savaş, siber terörizm, sabotaj ve casusluk suçu, ahlaka karşı işlenen; çocuk pornografisi, çocukların ifsadı, siber taciz, siber zorbalık suçu, insanlığa karşı işlenen; ırkçılık, nefret söylemi, dinin aşağılanması suçu ve benzeri başlıca siber suç türleri olarak sayılabilir.¹⁵¹⁶¹⁷ Bu

¹⁴ Finklea, Kristin M., (26/01/2014) The Interplay of Borders, Turf, Cyberspace, and Jurisdiction: Issues Confronting, <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41927.pdf>

¹⁵ Thomas, Sherry J., (03/01/2014), Cyber Crime And Jurisdictional Issues <https://docs.google.com/document/d/1ilkaF0SLs8CaVFihNTwRIGQpczkZdZfIlyAHsjqP7Wk/edit>

¹⁶ International cybercrime, (03/02/2014), http://en.wikipedia.org/wiki/International_cybercrime

¹⁷ Comprehensive study of the problem of cybercrime and responses to it by Member States, the

suçları geleneksel suçlardan ayıran en önemli özellik, bilgisayar ve teknolojilerinin bu suçun işlenmesinde kullanılması ile; planlama ve tasarlanmanın kolayca yapılması, tahrifatın büyük olması, delillerin kısa zamanda yok edilmesi, suça iştirakin kolaylaştırılmasında önemli bir enstrüman olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır.

İnternet kullanan kişiler genelde verilerin hangi coğrafi bölgede tutulduğunun farkına varmaz ve bu konu ile de ilgilenmezler. Bu sebeple interneti kullanan kişiler her zaman başka bir ülkede ve hiç tanımadığı bir kişinin hakkını ihlal etme ve o kişi tarafından dava edilme riski ile karşı karşıya kalabilir.¹⁸ Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kaidesi karşısında siber suç işleyenlerin kasten yada taksirle hareket edip etmediklerinin tespiti her zaman için kolay olmayacaktır.

C. Siber Suçlarda Delillerin Güvenilirliği ve Uluslararası Kabul Edilebilirlik

Siber suçları diğer suçlardan ayıran temel özelliklerden birisi de toplanan delillerin klasik delil yerine daha çok dijital delil olmasıdır. Her ne kadar siber suçlarda da parmak izi toplama, DNA testi yapma, olay yeri inceleme, grafolojik incelemeler gibi eskiden beri var olan klasik deliller ve delil toplama yöntemleri kullanılsa da siber suçlar açısından bu deliller yan deliller olarak değerlendirilecek, esaslı ve önemli deliller her zaman için dijital deliller olacaktır.

Siber suçların çok uluslu ve sınır ötesi suçlar olması itibarıyla deliller ancak işbirliği ve yardımlaşma ile toplanabilecektir. Bu durumda da birden fazla ülkenin polis teşkilatları, kriminal laboratuvarları ve ceza usul yasaları devreye girecektir. Toplanan delillerin hukuka uygun delil olarak değerlendirilebilmesi için, ilgili ülke ceza usul yasalarının hukuki düzlemde insan haklarını düzenleyen uluslararası bir kısım sözleşmelere uygun olması gerekecektir. Bir ülke tarafından toplanan delil, başka bir ülkenin mahkemesi tarafından değerlendirilecektir.

international community and the private sector, (25/01/2014) http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/UNODC_CCPCJ_EG4_2013_2_E.pdf

¹⁸ Thomas, Sherry J., (03/01/2014), Cyber Crime And Jurisdictional Issues <https://docs.google.com/document/d/1iIkaF0SLs8CaVFihNTwRIGQpczkZdZfilyAHsjqP7Wk/edit>

rilecek ve hükme esas alınmak zorunda kalınacaktır. Yukarıda sayılan sebeplerle siber suçlarda delillerin güvenliği ve güvenilirliği¹⁹ ile adaletin isabetli tesisi arasında doğrudan bağlantı vardır.

Bir kısım ülkelerin usul yasalarında uygun veri toplama konusunda düzenleme olmadığından normal yasalarındaki delil toplama metotlarına göre delilleri elde etmeye çalıştıklarında, uluslararası kabul gören kurallar dışına çıkılarak hukuka aykırı delil elde edilmiş olacak ve bu delillerin güvenilirliği tartışılacaktır. Dijital delillerin araştırılmasında ortaya çıkan sonuçların güvenilirliği fiziksel delillerin güvenilirliği kadar sağlamdır, yeter ki delil toplama sırasında gerekli güvenlik tedbirleri alınıp uluslararası standartlar ve araştırma teknikleri kullanılarak işlemler yerine getirilsin.²⁰

D. Siber Suçlarla Mücadelede Türkiye'nin Durumu

TCK'nın 243. Maddesinde; “bilgi sistemlerine girme ve kalmaya devam etme”, TCK'nın 244. Maddesinde; “bilgi sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme”, TCK'nın 245. Maddesinde ise; “banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması”²¹ ana başlıkları altında bilgi suçları düzenlenmiştir. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 2. Maddesinde; “bilgisayar programlarının koruma altına alınması” konusu,²² 71. Maddesinde; “manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz” konusu düzenlenmiş, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda ise; “imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanılması” suçu düzenlenmiştir.

Doğrudan bilgi suçu sayılmayan fakat bilgi vasıta kılınaşarak işlenen “haberleşmenin gizliliğini ihlal”, “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”, “özel hayatın gizliliğini ihlal”, “kişisel verilerin kaydedilmesi ve izinsiz olarak ele geçirilmesi” gibi suçlarda bilgi vasıta kılınaşarak işlenmesi durumunda ise ayrıca bir düzenleme yapılmaksızın TCK'daki dü-

¹⁹ Gonzales, Alberto R., (2007), Digital Evidence in the courtroom: A Guide for Law Enforcement ve Prosecutors, p.15, .published by National of Institute of Justice, Washington

²⁰ Yetim, Servet., (2008), Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20083/ibd2008312.pdf>

²¹ Ketizmen, Muammer.,(2008), Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suçları, s.144, Adalet Yayınevi, Ankara,

²² Taşkın, Şaban Cankat., (2008), Bilgi Suçları, s.33, Beta Yayınları, Bursa

zenlemeler yeterli görülmüştür.²³

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63/3. Maddesine göre işlenen Elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının İkinci Kısımının Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde ise haklarında öngörülen cezaların TCK'nın 137'nci maddeye göre yapılacak artırımın bir kat olarak uygulanacağı öngörülmüştür.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. Maddesinde “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma” altında elektronik delil toplama konusunda yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Yetki konusunda; 5273 sayılı Kanun, mülkîlik ilkesi bağlamında Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk Kanunlarının uygulanacağını 8/1 maddesinde, etken kişilik ilkesi bağlamında Türk vatandaşları tarafından işlenen suçlar hakkında Türk Kanunlarının uygulanacağını 13. maddesinde, edilgen kişilik ilkesi kapsamında Türk vatandaşlarına karşı suç işlenmesinde Türk Ceza Kanunlarının uygulanacağını 12. Maddesinde düzenlemiştir. Bir kısım suçlarda ise, özellikle insanlığa karşı işlenen suçlarda, evrensel yetki kurallarının geçerli olacağı TCK'nın 13. Maddesinde düzenlenmiştir. Hangi suçlar için evrensel yetki kurallarının uygulanacağı hususu maddede tek tek sayılmıştır.²⁴²⁵

Evrensel yetki kurallarının geçerli olması için; suç mahalli, failin milliyeti, mağdurun milliyeti veya yargılama yetkisini kullanan devlet ile herhangi bir bağ gerekli değildir. Buna göre kanunda sayılan suçlar açısından; vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi hâlinde evrensel yetki ilkesi gereğince Türk kanunları uygulanır. TCK'nın 13. Maddesinde sayılan suçlar

²³ YCGK 17.11.2009 Tarih ve 2009/11-193 E., 2009/268 K. Sayılı Kararı, YCGK 11.06.2013 Tarih ve 2013/15-239 E., 2013/289 K. Sayılı Kararı

²⁴ Kocaoğlu, Serhat Sinan., Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi, <http://www.ankarabaru.org.tr/site/ankarabaru/tekmakale/2010-1/2010-1-kocaoğlu-ss.pdf>

²⁵ Her suçun evrensel bir aykırılık olduğunu” ifade eden görüşler de mevcuttur. (Hakeri, Hakan., (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s. 81, Adalet Yayınları, Ankara)

arasında bilişim suçları bulunmamaktadır.²⁶²⁷ Bilişim suçlarının soruşturulmasında yetki konusunda ayrıca bir düzenleme yapılmamış olup bilişim suçları için de klasik suçlarda uygulanan yetki kuralları geçerli olacaktır.²⁸²⁹

Türkiye siber suçlarla mücadele için Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesini 10/11/2010 tarihinde imzalamış ve 6533 sayılı (Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun) kanun olarak meclis tarafından uygun bulunarak 2 Mayıs 2014 tarihinden itibaren bir kısım çekincelerle birlikte yürürlüğe konmuştur. Bu sözleşme onaylanmış olmasına rağmen henüz sözleşmenin gerekleri yerine getirilemediğinden, diğer ülkelerle bilişim suçları kapsamındaki işbirliği daha önceden imzalanmış olan uluslararası sözleşmeler kapsamında ya da sempatik kanallar kullanılarak yürütülmektedir. Özellikle siber suçlarla mücadelede önem arz eden 7/24 irtibat noktaları henüz kurulamadığı gibi bu irtibat noktalarının yönetiminin İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünde mi yoksa Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkileri Genel Müdürlüğünde mi olacağı konusunda bir karar verilememiştir.

Siber savaş ve siber terör gibi bir kısım suçlar henüz ayrıca Türk Ceza yasalarında düzenlenmediği gibi, kişisel verilerin korunması konusunda da sadece TCK'daki ve diğer yasalardaki tali düzenlemelerle yetinilmektedir. Hâkim ve cumhuriyet savcılarının bilişim suçları hakkındaki eğitimleri konusunda Adalet Akademisi Başkanlığı ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu işbirliği ile bir kısım eğitimler verilmiş, ayrıca Adalet Akademisi Başkanlığı stajyer hâkimlere eğitim dokümanları hazırlayarak bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması konusunda eğitimler vermeye başlamıştır.

²⁶ Kocaoğlu,

²⁷ Cihan, Erol., Yenisey, Ferudun., Evrensel Yargı Yetkisi, <http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=63>

²⁸ Doktrinde bir kısım yazarlar evrensel yargı yetkisinin kullanılmasının devletler açısından herhangi bir yarar sağlamayacağını öne sürmüşlerse de (Koca, Mahmut., Üzülmöz, İlhan., (2013), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, s. 701, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara) özellikle siber suçlardan sonra ülkelerarası çıkan sorunların çözümünde evrensel yargı yetkisinin kullanılmasına önemli derecede ihtiyaç bulunmaktadır.

²⁹ Mülga olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da yurt dışında işlenen bilişim suçları açısından özel bir yetki konusu düzenlenmemiştir. (Sinar, Hasan., (2001), *İnternet ve Ceza Hukuku*, s. 128., Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul)

Bilişim suçları hakkında başta Türkiye Bilişim Derneği olmak üzere birçok sivil toplum örgütü bu suçların zararlarının anlaşılması ve farkındalığın oluşturulması amacıyla birçok organizasyon gerçekleştirmektedir. Güvenli internet kullanımı ve okullarda çocukların eğitimleri konusunda bir kısım çalışmalar devlet tarafından yapılmış olsa da henüz ülkemizde özellikle çocuklar ve gençlerin bilişim sistemleri vasıtasıyla işlenen suçların zararlarından korunma konusunda yeteri kadar tedbir alınmış olduğu söylenemez.

E. Siber Suçlarla ilgili Çok Uluslu Çalışmalar

Geleneksel olarak işlenen suçlar büyük bir oranda lokal, bölgesel veya ülke çapında olmasına rağmen günümüzde suçlar karakter değiştirmiş ve ülke sınırlarını aşan bir hale bürünmüştür. Çünkü bu suçların işlenmesini kolaylaştırıcı hukuka aykırı olmayan uluslararası enstrümanlar mevcuttur. 184 üyesi olan Birleşmiş Milletler Örgütü, Interpol vasıtası ile erken bir zamanda bu teknolojilerin sağladıkları kolaylıkları kullanan siber suçlularla mücadele için üyesi olan ülke emniyet güçlerini koordine ederek uluslararası düzeyde mücadele başlatmıştır. Aynı zamanda G8 ülkeleri de haberleşme birimlerinden sorumlu bakanları seviyesinde inisiyatif alarak, siber suçlarla mücadele, veri sistemlerinin korunması ve izinsiz sistemlere erişimlerin engellenmesi için aksiyon planları hazırlamıştır.³⁰

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 1990 yılında siber suçlarla mücadele ve bu teknolojilerin kötüye kullanımını önlemek amacıyla bir kısım tedbirler alınmıştır. Alınan bu tedbirler yine Genel Kurulda 2002 tarihine alınan bir kararla güncellenmişlerdir. Uluslararası Haberleşme Birliği (ITU) Birleşmiş Milletler (BM) ile işbirliği yaparak haberleşme ve siber güvenlik konularında alt yapının güçlendirilmesi, standartların oluşturulması için etkin rol almışlardır.³¹ Bu kapsamda yine Uluslararası Haberleşme Birliği, Dünya Bilgi Toplumu Zirvesinin (WSIS) gerçekleşmesi için öncülük yaparak Şangay Deklarasyonunun yayınlanmasını sağlamıştır.³²

³⁰ Li, Xingan

³¹ Walden, Ian., (2007), Computer Crimes Ve Digital Investigations, p.335, Oxford University Press, New York

³² Intellectual Property Rights Paper -II., (27.01.2013), <http://www.grkarelawlibrary.yolasite>.

Her ne kadar yukarıda sayılan kuruluşlar siber suçlarla uluslararası alanda mücadele için birçok girişimde bulunmuşlarsa da en önemli ve en kapsamlı girişim Avrupa Konseyi tarafından gerçekleştirilmiştir. Avrupa Konseyi hazırlanmış olduğu Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesini 23.11.2001 tarihinde imzaya açarak bu sözleşmeyi sadece Avrupa konseyine üye olan ülkeler ile sınırlı tutmayarak imzalamak isteyen diğer ülkelerin de hizmetine sunmuştur. 2014 yılı başı itibariyle bu sözleşme 55 devlet tarafından imzalanmış olup 41 ülke tarafından da onaylanmıştır. Bu devletlerden 17'si ise Avrupa Konseyine üye olmayan ülkelerdir.

Bu sözleşmenin temel amacı; sözleşmeyi imzalayan ülkeler arasında işbirliği sağlanarak kamu ve özel sektörün desteğinin alınması, gerekli mevzuat altyapısı ve ceza politikalarının oluşturulması, toplumun siber suçlara karşı korunması, suçla mücadelede bireylerin temel hak ve özgürlükleri kapsamında kalan hakların korunmasında denge kurulması ve bu mücadelede Birleşmiş Milletler, OECD, Avrupa Birliği ve G8 ülkelerinin siber suçlarda işbirliğine dahil edilmeleri olarak ifade edilmiştir.

Bu sözleşmenin imzaya açılmasından günümüze kadar olan zaman diliminde 13 yıl geçmesine ve siber suçlardaki artışın çok yüksek bir orana sahip olmasına rağmen henüz imza koyan ülkelerin sayılarının yeterli olduğunu söylemek çok da mümkün olmayacaktır. Bu çalışma iyi niyetli ve doğru bir adım olmasına rağmen; Avrupa Konseyinin yaptırım gücünün olmaması, çok uluslu suçlarda suçlunun cezalandırılması için pratik ve uygulanabilir özerk bir yetki önerisini getirememiş olması, sözleşmeyi imzalayan ülke sayısının henüz beklenen hedefe ulaşmaması, yeni nesil siber suçlar, siber terörizm konusunda yeteri çözümleri içinde barındırmaması³³ bu sözleşmenin verimliliğini azaltmaktadır. Dünya üzerinde siber suçlarla mücadele de en büyük sorun delil toplama³⁴ ve yargı yetkisinin belirlenmesindeki zorluklardır.

com/resources/LLMSY-IPR-2-Shanoor.pdf

³³ Ernest, Chernukhin., (25/01/2014), Cybercrime: New Threat and Global Response http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/EGM_cybercrime_2011/Presentations/Russia_1_Cybercrime_EGMJan2011.pdf

³⁴ Mevcut durumdaki karşılıklı işbirliği gerektiren sözleşmeler verimli elektronik delil toplama konusunda yeterli imkanı vermemektedir. (Rees, Albert., (10/02/2014), International

III. SİBER SUÇLAR VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKU

Siber suçların çok failli suç olarak işlenebilmesi, faillerinin fiziki birlikteliği ihtiyaç duymaksızın suçlara iştirak edebilmeleri, işlenen suçların neticelerinin eş zamanlı olarak birden fazla ülke sınırları içinde meydana gelmesi ve mağdurları etkilemesi, işlenen suçlarla mücadele de temel şartın ülke sınırlarını aşan işbirliği olması sebebiyle kalıcı çözüm mekanizmalarının geliştirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Öncelikli olarak klasik suçlar açısından ortaya çıkan sorunların çözümü için günümüze kadar geliştirilen çözüm mekanizmaları ve bu mekanizmaların önündeki engellerin irdelenmesinde fayda vardır.

A. Uluslararası Ceza Mahkemesi

Günümüz dünyasında insan hakları ihlallerinin giderilmesinin önemli ve etkili araçları, insan hakları ihlallerini önlemeye ve ihlalcileri cezalandırmaya yönelik küresel, tekil devletlerin güdümünde olmayan, adil ve herkes tarafından kabul gören bir hukuk düzeni kuracak kurum ve kuruluşlar olup, insan hakları ihlallerinin faillerini cezalandırmaya yönelik bir küresel yargı organı olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) temelleri 1998 yılında Roma Statüsünün imzalanmasıyla atılmış ve 2002 yılında da faaliyetlerine başlamıştır.³⁵ Mahkemenin kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsü birçok Devlet tarafından da desteklenmiş ve şu ana kadar 122³⁶ ülke onay vererek Statü tarafından kurulan mahkemenin yetkisini kabul etmiştir.

UCM sadece bireylerin statüde sayılan suçlardan dolayı yargılandığı özel bir mahkemedir. UCM ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini (AİHM) birbirinden ayıran en büyük farkta budur. AİHM bireyler tarafından kullanılan hakların üye devletlerce ihlali durumunda yargılama yetkisini kullanmakta olup, burada yargılanan birey olmayıp devlettir. Ayrıca AİHM hürriyeti bağlayıcı ceza yerine ülkeleri tazminata mahkûm etmektedir. AİHM'ne müracaat için iç

Cooperation in Cybercrime Investigations, http://www.oas.org/juridico/english/cyb_mex_int_coop.pdf

³⁵ Devrim, Aydın., (25/01/2014), Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, <http://www.ihop.org.tr/dosya/ucm/ucm.pdf>

³⁶ http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.asp

hukuk yollarının tamamının tüketilmesi gerekirken UCM'nin yetkili olduğu suçlarda iç hukuk yoluna müracaat edilmese bile usulüne uygun soruşturma başlatılarak statüde sayılan suçlardan dolayı suçluların yargılanması yapılacaktır. Her iki mahkeme açısından da yargılama yetkisinin daha önceden tanınması gerekmektedir.

Türkiye, 2004 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile UCM kapsamına giren suçlarda “suçluların iadesine ilişkin” bir düzenleme yapmış olmakla birlikte günümüze kadar Statüye taraf olacağına dair siyasi bir irade göstermemiştir. Bu çerçevede, çocuklardan kadınlara, engellilerden yaşlılara, ayrımcılık mağduru olabilecek etnik, dini, dilsel, ırksal farklılığa sahip tüm gruplara kadar herkesin insan onuruna saygılı bir yaşam sürdürebilmesi amacıyla hizmet edecek bir hukuk düzeninin oluşturulması çabasını ifade eden UCM, toplumun her kesiminin sahip çıkması gereken bir konudur.³⁷

UCM'nin yargı yetkisi, statüde sayılan suçlarla sınırlı olup, bu suçların unsurlarına ilişkin düzenleme yerel anlamda ülkeler açısından bağlayıcı hükümler taşımamaktadır. UCM'nin yetkisi ulusal yetkiyi tamamlayıcı mahiyettedir. Asıl yetki devletlere aittir. Devletler statüde sayılan suçlarla ilgili kendi ülkelerinde yargılama yetkisini kullanmada her zaman özgürdürler.³⁸

B. Suçluların İadesi

Ülkeler kendi ceza yasalarında yargılama yetkisinin sınırlarını çizmişlerdir. Her ne kadar Türkiye, Roma Statüsünü henüz kabul etmemişse de; Roma Statüsüyle ilgili iç hukuk düzenlemelerinin en başta geleni, 7/5/2004 tarihli ve 5170 Sayılı Kanunun 5/3'üncü maddesiyle, Anayasa'nın 38/son maddesine eklenen hükümdür. Anılan hükümden “Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez” denilmektedir. Anayasa'nın 38/son maddesine eklenen hükmün aynısı, 5237 sayılı TCK'nın “geri verme” başlıklı 18. Maddesinin 2'nci fıkrasına da eklenmiştir. TCK madde 18'in gerekçesinde; “Anayasa'da

³⁷ Devrim, Aydın

³⁸ Tezcan, Durmuş., Erdem, Mustafa Ruhan., Önok, Murat., (2009), Uluslararası Ceza Hukuku, s. 366, 382, Seçkin Yayınları, Ankara

hüküm altına alındığı üzere, vatandaş kural olarak iade edilemez. Ancak, Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler dolayısıyla vatandaş da yargılanmak veya mahkûm olduğu cezası infaz edilmek üzere yabancı bir devlete teslim edilebilecektir” denilmektedir.³⁹

Geri vermenin esas itibarıyla yabancı hakkında söz konusu olması, diğer bir ifadeyle, önemli sayıda devletin, vatandaşın geri verilmezliği ilkesini kabul etmesi, geri vermenin yabancılar hukuku yönünün, neredeyse ceza hukuku yönünden daha fazla ön planda olduğunu göstermektedir.⁴⁰ Bu sorun UCM yetkisi kapsamında daha da ön plana çıkartılarak çözümlenmelidir. Belki de vatandaşlık kavramının sınırlarını bir daha çizmek ve tanımlamak gerekecektir. Sebebi ise internet nasıl fiziksel sınırları ortadan kaldırmış ise aynı zamanda haberleşmede, ticaretle, verilen kamu hizmetlerinde de ülke sınırları ortadan kalkmış olduğundan vatandaşlık tanımında da siber suçlar açısından “dünya vatandaşlığı” kavramına yer verilmeli, iade sözleşmelerinde ülkenin egemenlik hakkının doğal sonucu olan vatandaşını koruma güdüsü ile hareket etmesi hususu ortadan kaldırılmalıdır.

Geri verme ve sınır dışı yasağı ise doğrudan doğruya AİHS’de düzenlenmemiştir. Fakat bu konuyu kendi yetki alanında görmek suretiyle bir kısım kararlar vermiştir.⁴¹ Suçluların İadesi Dair Avrupa Sözleşmesine (SİDAS) aykırı hareketlerin AİHS’ne aykırılığı tartışmalı olup UCM’nde bu husus düzenlendiğinde bütün ülkeler açısından bu sorun da çözülmüş olacaktır.

Geri verme müessesesinde “non inquiry” (işin esasının incelenmemesi) ilkesi geçerlidir. Buna göre, talep edilen devlet, talebe konu suçun işlenip işlenmediğini değil, geri vermenin olumlu ve olumsuz şartlarının mevcut olup olmadığını araştıracaktır. Ancak, günümüzde özellikle insan hakları ihlali kaygılarıyla geri vermeye hakim olan bu ilkenin aşınmaya başladığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁴²

³⁹ Ulutaş, Ahmet., Avrupa insan hakları sözleşmesi ışığında Suçluların Geri verilmesi, s.22, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ekim 2012, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBook-s/437-a.pdf>

⁴⁰ Ulutaş, s.22

⁴¹ Ulutaş, s.21

⁴² Kocaoğlu

Mevcut uygulamalara göre devletlerarası suçluların geri verilmesi işlemleri daha çok geri verme talebinde bulunan ve geri verme talebinde bulunulan ülkeler arasındaki ilişkilere göre işlemektedir. Bu konuda henüz uluslararası bir boyut kazanmamıştır. Siber suçlar konusundaki bir düzenleme sadece siber suçlarla mücadeleyi değil, diğer suçlarla mücadeleyi de kolaylaştıracaktır.

SİDAS⁴³, özerklik yolu açık olmakla birlikte diplomatik kanaldan haberleşmeyi öngörmüştür. Mahkemeler ve savcılık makamları doğrudan haberleşmeli ve bu hususta esneklik kazandırılarak yargıma süreçleri hızlandırılmalıdır.

Ülkeler egemenlik hakkını kullanmanın bir gereği olarak klasik suçlarda kendi vatandaşları başka bir ülkede suç işlese bile “vatandaşın geri verilmezliği” ilkesini uygulayarak vatandaşlarını iade etmemektedirler. Siber suçlar açısından bu uygulama sorun teşkil edecektir, aksi takdirde siber suçlar konusunda uluslararası işbirliği yara alacağı gibi, siber suçluların sınır ötesi suç işlemleri teşvik edilmiş ve suçlular ödüllendirilmiş olacaktır.

Suç işleyen kişinin yurtdışında olması durumunda suçluların iadesine dair sözleşmeler devreye girecektir. Türkiye tarafından da imzalanan SİDAS’a⁴⁴ göre taraf olan devletler açısından sorun, sözleşme kapsamında çözülecek ve geri verme konusu eylemin, talep eden devlet hukukuna göre de suç sayılması aranacaktır.

SİDAS gereğince;⁴⁵ isteyen ve talep eden devlet kanunlarınca en aşağı bir sene müddetle hürriyeti engelleyici mahiyette olan bir cezayı veya emniyet tedbirini veya daha ağır bir cezayı gerektiren fiiller suçlunun iadesi için temel şarttır. İddia edilen suç talep edilen devletçe siyasî bir suç veya böyle bir suç ile irtibatlı fiil olarak kabul edildiği durumlarda suçlu iade edilmeyecektir. Kendi-

⁴³ Türkiye Cumhuriyet Sözleşmeyi imzalamayan Amerika Birleşik Devletleri, Cezayir, Fas, Irak, İran, Kazakistan, Kırgızistan, Kuveyt, K.K.T.C., Libya, Lübnan, Mısır, Moğolistan, Özbekistan, Pakistan, Suriye, Tacikistan, Tunus ve Ürdün ile ayrıca suçluların iadesine yönelik sözleşmeler imzalamıştır. Bu ilave sözleşmelere rağmen Türkiye sadece 71 ülke ile sözleşme kapsamında iade işlemi gerçekleştirebilmektedir.

⁴⁴ Sözleşme 07/02/2014 Tarihi itibarıyla sadece 50 ülke tarafından onaylanmıştır. (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=024&CM=8&DF=&CL=ENG>)

⁴⁵ Türkiye Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmeyi 13 Aralık 1957 Tarihinde imzalamış, 7 Ocak 1960 Tarihinde de onaylamıştır.

sinden iade talep edilen taraf, âdi bir suç için vâki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasî kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısı ile ağırlaştırılabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde de aynı kural geçerli olacaktır. Sözleşmeye taraf her bir devlet kendi vatandaşını iade etmeme hakkına sahiptir. Kendi ülkesinde suç işlenen ülke ayrıca ister ise suçluyu iade etmekten imtina edebilir.

Mevcut iade sözleşmesine göre “talep edilen şahıs hakkında kendisinden iade talep edilen tarafın salâhiyetli makamlarınca iade talebine sebep olan bir veya birkaç fiilden dolayı nihaî olarak karar verilmiş ise iadeye cevaz yoktur. Kendisinden iade talep edilen tarafın salâhiyeti makamlarınca aynı fiil veya fiiller hakkında takibat yapılmamasına veya yaptıkları takibata son verilmesine karar verilmiş ise iade talebi ret olunabilir.” Bu durum siber suçlar açısından risk taşımaktadır, çünkü siber suçlular tek bir eylemi ile birden fazla suç işleyebilecekler, mağdur sayısı ve zarar miktarı çok büyük olabilecektir.

Yine mevcut iade sözleşmesine göre “birçok Devlet tarafından aynı fiilden veya değişik fiillerden dolayı aynı esnada iade talep edildiği takdirde, kendisinden iade talep edilen taraf bütün şeraiti ve bilhassa suçların ağırlık nispeti ve ika edildikleri yeri, taleplerin mütekabil tarihlerini, istenen şahsın milliyetini ve bilâhare başka bir Devlete iade imkânını nazarı itibara alarak karar verecektir.” şeklindeki düzenleme, siber suçlar açısından yargılama yetkisinin çözümü için birçok sorun çıkartacaktır. Bu gibi durum yeni yapılacak ve bütün devletleri bağlayıcı bir sözleşme ile ya da ayrıca siber suçlar açısından UCM yetkisinin tanımlandığı usul yasaları çerçevesinde çözümlenmelidir.

Ayrıca Anglosakson hukuk sisteminde ülkeler suç işleyenini cezalandırılması hususuna ağırlık verilirken Kıta Avrupası hukuk sisteminin hakim olduğu ülkelerde vatandaş iade edilemez görüşü ön plana çıktığından⁴⁶ siber suçlar açısından ortak bir yaklaşım tarzına ihtiyaç bulunmaktadır. Suçluların iadesi sözleşmelerinde genel olarak; sanığın son yargılamasının yapılması, çifte suç-

⁴⁶ Ruhi, Ahmet Cemal., Türk Hukukunda Suçluların İadesi, (24/01/2014), http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_24.pdf

luluk durumu, iade istenilen devletin rızası, yargılanacak kişinin rızası, insan hakları, akıl hastalıkları ve benzeri iade sebepleri arasında sayılmaktadır. Suçluların iadesi kapsamında temel kriter her iki hukuk sisteminde de eylemin suç olmasıdır.⁴⁷

C. Non Bis In Idem İlkesi

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan “*non bis in idem*” ilkesi somut bir vakıyla ilgili olarak, belirli bir kişi hakkında bir soruşturma veya kovuşturma başlatılmış ise, aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı ayrı/yeni bir soruşturma ve/ veya kovuşturma başlatılmayacağını ifade etmektedir.⁴⁸ TCK’nın 9. Maddesinde “Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse Türkiye’de yeniden yargılanır” hükmü gereğince yabancı ülke mahkeme kararlarına karşı “non bis in idem” kuralı tanınmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/7. maddesinde ise aynı fiilden dolayı sanığın ikinci bir defa yargılanamayacağı ilkesi kabul edilmiş durumdadır.

“Non bis in idem” kuralının sadece ulusal sınırlar içerisinde mi, yoksa uluslararası sınırları da kapsayıcı şekilde mi yorumlanması gerektiği konusunda fikir ayrılıkları mevcuttur. Kabul edilen ve uygulanan ilkeye göre de suçlunun iade edilip edilmeyeceğine karar verilecektir.

Bu husus siber suçlar açısından irdelenirse; siber suçların niteliği itibariyle sınır ötesi suçlar olması, delillerin ve mağdurların birden fazla ülke sınırları içerisinde olması, eylemin birden fazla ülkede birden fazla netice meydana getirmesi durumunda klasik suçlarda uygulanan usulü hükümlerin dışına çıkmak gerekecektir. Tek bir eylem birden fazla suç oluşturmuş ise ve bu neticeler farklı ülkelerde meydana gelmiş ise bu kuralın geçerli olduğunu kabul etmek bir kısım kişilerin mağduriyetine sebebiyet verebileceği gibi sanıkların eylemlerinin de cezasız kalması sağlanacaktır. Bu durumda eylemin neticeye ulaştığı her yerde sanık yargılanmalıdır. Şayet sanık tarafından yapılan eylem sonrası

⁴⁷ Atabay, Tomris., Barzano, Piera, Chrysikos, Dimosthenis., Saget, Anna Giudice., Lebaux, Valérie., Sharon, Miri., Shaw, Mark., Valle, Sandra., Welsch, Candice, (25/01/2014), Handbook on the International Transfer of Sentenced, http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/11-88322_ebook.pdf,

⁴⁸ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat., s.93

oluşan siber suç tek bir suç ise bu durumda bu ilke işletilmeli, sanık sadece bir defa yargılanmalıdır.

IV. SİBER SUÇLARLA ETKİN MÜCADELEDEKİ TEMEL SORUNLAR

A. Siber suçlarla etkin mücadele edilemeyişinin temel sebepleri aşağıdaki şekilde sayılabilir.

Kimlik Gizleme ve Dijital Delillerin Doğasından Kaynaklanan Sorunlar

İnternet ortamında yüzyüzelik ilkesinin ortadan kalkması ile siber suçları işleyenlerin gerçek kimliklerini saklamaları, kimlik gizlemede birçok yol ve yöntemin olması ile bu kişilerin delilleri kolay bir şekilde kaybetmeleri ve bu kişilerin izlenmesindeki zorluklar ve siber suç delillerin çok kırılgan olmasından dolayı kısa zamanda yok olmaları⁴⁹ ve kablosuz sistemlerin de yaygınlaşması ile anonim kullanımlara açık internet erişimlerinin de kimlik gizlemek için suçlulara avantajlar sağlaması, internetin doğasından kaynaklanan sorunlardandır.

B. İşbirliğinden Kaynaklanan Sorunlar

İnsanlık hiçbir zaman bu kadar birbirinin yardımına muhtaç olmamıştır. Çünkü kamu ve özel sektörün bütün faaliyetleri, teknolojiye, haberleşme ve iletişim sistemlerine bağlanmıştır. Siber suçlarla mücadele gönüllülük esasına dayalı olmayan işbirliğini gerektirmektedir. Aslında işbirliği gönüllülük esasına dayalı olarak yapılması gereken bir faaliyet olması gerekirken burada ulaşılmaması gereken netice itibarıyla zorunlu işbirliğine ihtiyaç duyulmakta olup bu işbirliğine uymamanın bir kısım kurallarının açık ve net bir şekilde olması ve müeyyidelerinin varlığı gereklidir.

Her ne kadar Avrupa Konseyi, siber suç sözleşmesini hazırlamışsa da, bu sözleşmeye ev sahipliği yapan konseyin dünya üzerinde yedi kıtadan sadece birini kapsaması, sözleşmeyi imzalayan devletlerin sayısının az olması ile dü-

⁴⁹ Shinder, Deb., (26/01/2011), What makes cybercrime laws so difficult to enforce <http://www.techrepublic.com/blog/it-security/what-makes-cybercrime-laws-so-difficult-to-enforce/#>.

zenlemelerin sadece tavsiye niteliğinde olması sözleşmenin verimliliğini azaltmaktadır. Ayrıca sözleşmeye uymamanın bir denetim ve yaptırımını da yoktur. Uluslararası işbirliğinin bütün dünya ülkelerini kapsamaması gerekirken Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi bölgesel bir sözleşme olmadan öteye gidememiştir.

Siber suçlarla mücadelede özellikle bütün ülkelerin hassasiyetle üzerinde durduğu çocuk pornografisi suçlarında zanlıların takibinde online delil toplama mekanizmasının işlemesi çok önemlidir. Henüz bu konuda yeteri miktarda altyapı ve işbirliği sağlanamamıştır.

Siber suçların niteliği itibariyle ulusal sınırları aşan mahiyette bir suç olması, kısa zamanda delillerin kaybolabilmesi soruşturma makamında görev yapan otoriteri zora sokmaktadır. Özellikle yurtdışı bağlantısı olan şirket ve internet servis sağlayıcılardan yardım almak gerekmekte olup bu konuda firmaları sağlayıcı sözleşmeler olmadığından delil toplama işi daha da içinden çıkılmaz hale gelmektedir. Suç delillerinin birden fazla ülke sınırları içinde olması ister istemez ülkeler arası yargılama yetkisi sorununun çıkmasına sebep olmaktadır. Yargılama yetkisi konusunda özel bir düzenleme olmadığından ülkeler de mecburen klasik soruşturma usulleri ve yetki kurallarına bağlı kalmak zorundadırlar. Özellikle bulut bilişimde verinin nerede, hangi coğrafi sınırlar içinde tutulduğunun tespiti çok zor yapılmaktadır.⁵⁰⁵¹

Günümüzde teknoloji şirketleri genelde çok uluslu şirketler olup şirketin genel merkezi ve maliki başka bir ülkede iken bulut bilişimin kapsamında tutulan verilerin olduğu veri depolama sistemi, içerik, ya da uygulamaların çalışmakta olduğu sistemler üçüncü bir ülke sınırları içerisinde olabilmektedir. Bu gibi durumda idari anlamda ve adli soruşturmalarda muhatap ülke kişi ve şirketlerin belirlenmesinde güçlükler çekilmektedir.

⁵⁰ Casey, Eoghan., (2004), Digital Evidence And Computer Crime, p.43, 2nd Edn, printed by Elsevier Academic Press, Oxford

⁵¹ İnternet erişimi yapan kişi genelde verilerin hangi coğrafi bölgede tutulduğunun farkına varmaz ve bu konu ile de ilgilenmez. Bu sebeple interneti kullanan kişi her zaman başka bir ülkede ve hiç tanımadığı bir kişinin hakkını ihlal etme o kişi tarafından dava edilme riski ile karşı karşıyadır. (Thomas, Sherry J., (03/01/2014), Cyber Crime And Jurisdictional Issues <https://docs.google.com/document/d/1ilkaF0SLs8CaVFihNTwRIGQpczkZdZfilyAHsjqP7Wk/edit>)

C. Yasal Düzenlemelerdeki Sorunlar

1. Suçların Tanımı ve Usul Hükümleri Açısından Farklılıklar

Hangi eylemlerin siber suç olduğuna dair maddi ceza hukuku ile, işlenen siber suçların soruşturma yönetmelerini düzenleyen usul hukuku konusunda evrensel bir birlikteliğin olmaması, mağdurun ülkesinde bir eylem suç olsa bile sanığın ülkesinde halen suç olarak tanımlanmamış, ya da farklı bir şekilde tanımlanmış olması durumlarında genellikle hukuk uygulayıcıları arasında çatışmalar yaşanmaktadır.⁵²⁵³

Bu suçları bireysel ya da örgütlü olarak işleyenlerin daha ziyade az gelişmiş ve siber suç

lar konusunda yasal altyapısını tamamlamamış ülkeleri tercih etmeleri sonucu, suçluların iadesi hükümleri işletilememektedir.

Çocuk pornografisi konusunda hemen hemen her ülkede yasal düzenleme olmasına rağmen çocuğun tanımı konusunda ülkeler arasında farklılıklar mevcuttur. Bu suçun tanımı ve unsurları açısından ortak bir düzenlemenin olmaması yine bir kısım çok uluslu soruşturmanın sonuçsuz kalmasına sebep olmaktadır.

Siber suçlar konusunda yargılama yetkisinin hangi şartlarda hangi ülke tarafından kullanılacağı konusu da net bir şekilde soruşturma öncesi belli olmadığından delil toplanmasında geç kalınmaktadır. Bu durumda da deliller kısa zamanda kaybolmaktadır. Teknolojideki hızlı gelişmelerin ortaya çıkarttığı siber suç çeşitleri ve soruşturma yöntemleri konusunda hem yerel parlamentoların zamanında yasal düzenleme yapamamış olmaları hem de uluslararası işbirliği konusunun çözümlenmemiş olması en önemli yasal engellerdir.

2. İfade Özgürlüğünün Tanımından Kaynaklanan Farklılıklar

Özellikle gelişmiş ve demokratik yapıya kavuşmuş olan ülkelerin ifade özgürlüğüne yaklaşım tarzları kendi vatandaşlarına; kendilerini ifade, basın

⁵² Shinder

⁵³ Thomas, Sherry J., (03/01/2014), Cyber Crime And Jurisdictional Issues <https://docs.google.com/document/d/1iIkaF0SLs8CaVFihNTwRIGQpczkZdZfilyAHsjqP7Wk/edit>

özgürlüğü ve yönetenleri eleştiri hakkı tanınmış iken geri kalmış ya da henüz ileri demokrasiye geçiş sürecini tamamlayamamış devletlerde ifade özgürlüğü kısıtlamaları daha fazladır. İfade özgürlüğünün kısıtlı olduğu ülkelerde internet erişimlerine daha fazla sınırlama getirilmekte ve her türlü erişim devlet tarafından kontrol altında tutulmaktadır.⁵⁴ Bu devletler aynı zamanda siber suçlar konusunda işbirliğine kapalı devletler olarak kendini göstermektedir.

3. Ekonomik Güç, Otoriter Yapı ve Siyasi Nedenler

Yabancılar karşı siber atak geliştirmek amacıyla bir kısım ülkelerin istihbarat servisleri internet erişimine dahi ihtiyaç duymaksızın ve radyo frekansları kullanarak bilgisayar teknolojisi niteliğini taşımakta olan cihazlara izinsiz bir şekilde uzaktan erişmek suretiyle veri kopyalama, ekleme ve silme işlemini gerçekleştirebilmektedirler. ABD'ye ait bir resmi kuruluşun Çin tarafından Quantum isimli bir kod kullanılarak saldırıya maruz bırakıldığı, Rusya Askeri kaynaklarınca Meksika'ya karşı kullanıldığı, ayrıca ABD Güvenlik Ajansı ve Pentagon işbirliği ile dünya çapında 100 adet bilgisayarın radyo frekans sistemleri dinlenip izlendiği bilinmektedir. ANT isimli casus yazılım, donanıma gizli bir şekilde yüklenmekte ve bu program da, bilgisayar çalıştığında radyo frekansı üzerinden dijital sinyal ile verileri casusluk görevi gören diğer cihazlara aktarmaktadır. Ayrıca internet üzerinden veri aktarımını yapıldığı fiber optik kablolarla saplama yapmak suretiyle çok daha fazla hacimli verilerin toplanması ve çok fazla kişi ve ülkenin mağdur duruma sokulması da mümkündür.⁵⁵⁶

Bu suçlar özellikle deniz altından geçen fiber kablolar hedef alınarak denizaltılar da aracı olarak kullanılmak suretiyle işlenmektedir. Bu şekilde eylemlerin varlığını her ne kadar ülkeler doğrudan itiraf etmeseler de ülkeler arasındaki bu konuları kapsayan resmi casusluk suçlamalarından bu hususun

⁵⁴ Dünya basın özgürlüğü sıralamasında alt derecede olan ülkelerin daha fazla ifade hürriyetini engelledikleri anlaşılmaktadır. (*Biggest rises and falls in the 2014 World Press Freedom Index, (15/02/2014), <http://rsf.org/index2014/en-index2014.php>*)

⁵⁵ Sanger, Davide E / Shanker, Thom., (14/01/2014) N.S.A. Devises Radio Pathway Into Computers, http://www.nytimes.com/2014/01/15/us/nsa-effort-pries-open-computers-not-connected-to-internet.html?_r=0

⁵⁶ Etherington, Darrell., (16/02/2014), NSA Has 50,000 'Digital Sleeper Agents' Via Computer Malware, Says Latest Snowden Leak, <http://techcrunch.com/2013/11/23/nsa-has-50000-digital-sleeper-agents-snowden/>

teknik olarak mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu eylemlerde bulunan aktörler neredeyse dijital sistemleri yöneten ve tekel konumunda olan ülkeler olduğundan diğer ülkelerin bu ülkelerce yapılan hak ihlallerini ortaya çıkartmaları mümkün olmayacaktır. Ancak uluslararası yaptırım olan mekanizmalar devreye sokularak mücadele mümkün olacaktır. Bu anlamda yapılacak işbirliği sadece bireysel anlamda işlenen siber suçların değil aynı zamanda ülkelerin hukuka aykırı eylemlerinden zayıf ve savunmasız olan ülkelerin korunmasını da sağlayacaktır.

Bu durumlarda eylemlerin tarifi ve delil elde edilmesi çok daha zor olacaktır. Buna benzer bir ihlallerde internet erişimi dahi olmadığından mağdurların çok daha savunmasız⁵⁷ olduğu kabul edilmeli, özel hayatın ihlaline ilişkin yaptırımlar ve müeyyideler çok daha fazla olmalıdır. Üretici firmalar bu radyo frekansı sistemlerinin çalışmalarını kolaylaştırıcı sistemleri kasten donanım ya da yazılım içine kasten ekliyorsa ticari anlaşmalarda büyük yaptırımlara maruz bırakılmalıdırlar.

Teknoloji yatırımları çok yüksek olan ve milli gelirlerinin büyük bir kısmını teknoloji yatırımlarından kazanan bir kısım ülkelerin siber suçlar konusunda dünya üzerinde otoriter bir yapının olmasını engellemeye çalışmaları, aynı zamanda siyasal ya da politik amaçlarından dolayı işbirliği yapmak istememeleri, sorunun önemli bir kaynağını oluşturmaktadır. Sorunun çözülmesini istemeyen ve şeffaflık karşıtı bir kısım ülkeler halen mevcuttur.^{58,59} Bu ülkeler muhtemelen uluslararası bir organizasyon tarafından bu sorunun çözülmesini istemeyeceklerdir, çünkü bu ülkeler güçlü oldukları müddetçe diğer dünya ülkeleri için zayıflık olan bu konu, gücü elinde bulunduran ülkeler için bir üstünlük vasıtasıdır. Diğer ülkelerin saldırılarına maruz kalmaları durumunda kendileri tarafından geliştirilmiş olan alternatif savunma ve saldırı metotları ise her zaman mevcuttur.

⁵⁷ Kuzeci, Elif.,(2010), Kişisel Verilerin Korunması, s.59, Turhan Kitapevi, Ankara

⁵⁸ Claudio., (08/02/2014), The Internet is compromised A diagnosis after a tragic year of revelations on global surveillance, <https://medium.com/p/4c66984abd7d>

⁵⁹ Macaskill, Ewen / Dance Gabriel., (11/02/2014) <http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1>

4. Yargılama Yetkisi Sorunları

Yargılama yetkisi ülkelerin güç ve otoritelerini kullanmalarıdır. Ülkenin bağımsızlığının sağlanması, korunması ve devamı, yasa yapma yetkisi, suç işleyenlerin yargılanması bu otorite kapsamındadır. Ceza davalarından yargı yetkisi; suçun işlendiği yeri esas alan “mülkilik”, failin vatandaşlığını esas alan “faile göre şahsılık”, mağdurun vatandaşlığını esas alan “mağdura göre şahsılık”, ulusal menfaatleri esas alan “koruma” ve uluslararası niteliğini esas alan “evrensellik” ilkesi olarak özetlenebilir.⁶⁰ Yer yönünden yargı yetkisi 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 8 ila 13. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hiçbir ülke bir suçla mücadele etme amacıyla dahi olsa kendi egemenlik yetkisini üçüncü bir ülke ile paylaşmak istemeyecektir. Fakat siber âlem fiziksel ve coğrafi sınırları belirlenemeyen bir fenomen olup internet ortamında işlenen suçlarda hangi ülke yasalarının uygulanacağı hususu tartışmalıdır. Bu konularda ayrı bir çalışma yapılmalıdır.⁶¹ Yargılama yetkisinin kullanılmasındaki mülkilik prensibi her zaman ihtiyacı karşılamamaktadır. Yargı yetkisinin belirlenmesinde mülkilik prensibinin ihtiyacı karşılamadığı durumlarda; şahsılık, koruma ve evrensellik ilkeleri de devreye sokulmak suretiyle sisteminin boşluklarını doldurmalıdır.⁶³

Siber suçlarda uygulanacak yargılama yetkisi açısından ülkelerin uyguladıkları özel bir yöntem bulunmayıp hala klasik yargılama yetkisi sınırları içerisinde hareket edilmektedir. Siber suçlarla ilgili Avrupa Siber Suçlar sözleşmesinin 22. Maddesinde “yargılama hakkı” düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemede, yargılama hakkı ile ilgili çok özel bir düzenleme ve uyumlaştırma istenmemekte, siber suçların yargılanması gerektiği hususu düzenlenmektedir.

⁶⁰ Aydın, Devrim., (08/02/2014), Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, <http://tbb-dergisi.barobirlik.org.tr/m2011-94-706>

⁶¹ Thomas, J, Sherry., (27/01/2013), Cyber Crime And Jurisdictional Issues, <https://docs.google.com/document/d/1ilkaF0SLs8CaVFihNTwRIGQpczkZdZfIlyAHsjqP7Wk/edit>

⁶² Bilişim suçu kısmen veya tamamen Türkiye’de işlense, netice başka bir ülkede meydana gelse bile fiili işleyen sanığın ülkemizde yargılanması gerektiği konusunda doktrinde yorumlar bulunmakta ise de (Özgenç, İzzet., (2013), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.835., *Seçkin Yayınları*, 8. Baskı, Ankara) bu şekilde bir yorum dahi işlenen bilişim suçlarının yetki sorununu çözmeye yeterli gelmeyecektir.

⁶³ Koca, Mahmut., Üzülmez, İlhan., s.703

22. maddenin son fıkrasında; “anlaşma bağlamında işlendiği iddia edilen bir suç üzerine birden fazla taraf devlet yargılama hakkı iddiasında bulunduğu, taraflar yargılama için en uygun yargılama hakkını belirlemelidirler” şeklindeki düzenleme ile yargılama hakkını kullanmanın devletlerarasında bir sorun olduğu kabul ve tespit edilmiş fakat nasıl çözüleceği net olarak ifade edilmemiştir.

Yine bu sözleşmenin 24. Maddesinde “iade ile ilgili prensipler” düzenlenmiş olup SİDAS’tan daha farklı düzenlemeleri ve istisnaları öngörmüştür.

Bu düzenlemeye göre;

Bu sözleşmede sayılan siber suçlar konusunda; üst sınırı en az bir yıl ya da daha ağır olan mahkûmiyet cezalarında suçluların her iki tarafın kanunlarına göre cezalandırılabilceği,

SİDAS’ı içermek kaydıyla karşılıklı ya da tek tip yasama üzerine kabul edilen antlaşmalara bağlı olarak, iki ya da daha fazla devlette değişik alt cezalar uygulanabiliyorsa, bu antlaşmalar çerçevesinde en alt cezanın uygulanması gerektiği,

Bu sözleşmede sayılan siber suçlar konusunda tarafların ikili ve çoklu iade antlaşmalarına göre iade edilebilir suçlar olarak sayılması gerektiği,

İade için bir iade antlaşmasının varlığını şart koşan bir devlet eğer arasında iade antlaşması olmayan diğer bir devletten iade talebi alırsa, anlaşmanın bu maddesini iadenin hukuki gerekçesi olarak kabul edebileceği,

Bu sözleşmede sayılan siber suçlar konusunda bir iade talebi, sadece aranan kişinin milliyeti ya da talepte bulunulan devletin o suç üzerinde yargılama hakkı olduğunu addetmesi üzerine geri çevrilirse; talepte bulunulan devlet, talepte bulunulan devletin talebini kendi yetkili makamlarına yargılama için sunabileceği ve takip eden süreçle sonuçları talepte bulunan devlete bildirebileceği,

Belirtilerek, bu durumlarda sözleşmeye taraf devletlerin birbirlerine destek vermeleri gerektiğine dair hususları düzenlemiştir.

Bu sözleşme her ne kadar siber suçluların iadesi konusunda bir kısım istisnalar öngörmüş olsa da yargılama yetkisi konusunda uyumsuzluk çıktığında

bu hususun nasıl çözüleceği, siber terör ve siber savaş suçları konusunda neler yapılması gerektiğini öngörmemiştir.

Siber suçlarla mücadelede en önemli konu ise yargılama yetkisinin kullanılmasındaki belirsizliklerdir. Dünya üzerinde kabul edilen genel kural; davaya bakma yetkisinin suçun işlendiği yer mahkemesine ait olmasıdır. Yedek kural ise; suçun işlendiği yer belli değil ise, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanamamış ise yerleşim yeri, yerleşim yeri yok ise en son ikamet ettiği yer mahkemesi sanığı yargılamaya yetkilidir. Klasik anlamdaki bu yetki daha çok coğrafi egemenliğe dayalıdır. Siber suçluların yargılanmasında sanık sayısının çok olması, suçun delillerinin ve sanıklarının birden fazla ülke sınırları içinde olması durumunda yetki sorunu gündeme gelmektedir. İnternet doğası gereği dünya çapında etkisi olan bir ağıdır. Bu ağ üzerinden işlenen suçların delilleri ise coğrafi sınırları tanımaksızın dünya üzerine yayılmaktadır. Bu durumda hangi ülkenin yetkili olduğu hususunda karar verecek bir makam bulunmamaktadır.

Mahkemeler mevcut duruma göre kendi sınırlarını aşan kararlar veremeyeceklerdir. Bu şekilde karar verilmiş olsa bile karşılıklılık ilkesi yok ise bu kararların infazı mümkün olmayacaktır.⁶⁴ Bu durumlar da sanıkların yargı önüne

⁶⁴ “LICRA et UEJF v. Yahoo and Yahoo France” davasında; internet sitesi üzerinden ürün satışında bulunan Yahoo firmasına karşı açılan davada, Fransız mahkemeleri tarafından verilen bir karara karşı, ürün satışının sadece ABD’de yapıldığından bahisle, kendi ülkeleri olan ABD’de itiraz etmiştir. Yahoo şirketi, Fransız mahkemelerinin yargılama yetkilerinin olmadığını, kararın infaz edilemeyeceğini ve mülklik prensibine aykırı olduğu iddiası etmiştir. ABD mahkemeleri de şirketi kendi Anayasa’larındaki düzenlemelere göre haklı bularak kararın infazının mümkün olmadığına karar vermiştir. (Greenberg, Marc., (15/05/2014), *A Return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the Regulation of Online Content in the World Market*, <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=pubs>) Fransız moda şirketi (Sarl Louis Feraud International and S.A. Pierre Balmain), <http://www.firstview.com> isimli ve ABD’li şirket sahibi (Viewfinder Inc) hakkında Fransız mahkemelerinde açmış olduğu dava ile söz konusu site sahibinin kendi şirketlerine ait moda tasarımlarını “fikri mülkiyet” hakları ihlali yapmak suretiyle internet sitesinde yayınlamış olduğunu, bu sebeple yayınların kaldırılmasını ve site sahibinin tazminata mahkûm edilmesini talep etmiştir. Fransız ilk derece ve temyiz mahkemesi moda şirketini, moda resimlerinin yayınlanmasında gerekli izinler alınmadığından bahisle, haklı bularak ABD merkezli site sahibini tazminata mahkûm etmiştir. <http://www.firstview.com> isimli site sahibi ise ABD yasalarına göre yaptıkları eylemin hukuka uygun olduğunu iddia ederek New York Güney Bölge Mahkemesinde dava açmıştır. (<http://nylawyer.nylj.com/adgifs/decisions/100505lynch.pdf>), (<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1081655.html>)

⁶⁵ Schultz, Thomas., (15/05/2014), Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the

çıkartılması sürelerini uzatmakta ve otomatik olarak delillerin kaybolmasına sebebiyet verilmektedir. Siber suçları diğer klasik suçlardan ayıran en bariz özelliklerden birisi de suçun işlendiği yerin açık bir şekilde belirlenmesindeki zorluktur. İnternet üzerinden işlenen bir suçun sonuçları başka bir ülkede ortaya çıktığında bu ülkede hukuku anlamda bir soruşturma açılmayacağından soruşturmalar sonuçsuz kalacağı gibi suçu işleyenler cezalandırılmayacak ve mağdurların mağduriyetleri de giderilemeyecektir.

5. İnternetin Doğasından Kaynaklanan Sorunlar

Siber suçlar genellikle çok failli ve birbirini daha önceden tanımayan farklı ülkede ikamet eden insanların işbirliği yaparak işledikleri suçlar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu suçlara iştirak eden kişiler çoğu zaman aynı dili dahi kullanmamaktadırlar. Buna rağmen internet ortamında işlenen suçlarda internetin kendisine has olan dili ortak bir dil olarak kullanılmaktadır. Ayrıca internetin doğası gereğince kişi hangi ülkede ikamet ederse etsin kendi ana dilinden olan internet sitelerine erişme imkânı olduğundan yabancı dil engeli her zaman için ortadan kalkmaktadır. Bu durum suçlular için daha özgür bir ortam sağlamaktadır.

Siber ortamda; farklı coğrafyalarda yaşayan, daha önceden birbirlerini tanımayan, yüz yüze görüşmemiş olan hatta farklı ülkelerden olan kişiler çok kolay bir şekilde örgüt kurabilmekte ve birbirleri ile ortada delil bırakmaksızın⁶⁶ ya da kriptolu bir şekilde haberleşebilmektedirler. Teknolojinin gelişme hızı, siber suçluların yeni tür suç işleme metot ve yöntemleri keşfetmeleri, yerel düzenlemelerin siber suçlarla mücadele için yeterli düzeyde olmaması, yasal düzenlemelerin her zaman teknolojik gelişmelerin hızına erişemeyişi⁶⁷ nedeniyle siber suçla mücadele edilmesi çok da kolay olmamaktadır.

Özellikle son zamanlarda bulut bilişim yaygın bir şekilde kullanılmaya başlandığından bu verilerin ve yedeklerinin hangi ülke sınırları içerisinde

Private/Public International Law Interface, <http://www.ejil.org/pdfs/19/4/1662.pdf>

⁶⁶ Cummings, Rich., (17/02/2014), Computer Forensic, http://www.evidencemagazine.com/index.php?option=com_content&task=view&id=116&Itemid=49

⁶⁷ Yazıcıoğlu, Yılmaz., (1997), Bilgisayar Suçları, s.50., Alfa Matbaası, 1. Baskı, Ankara

tutulduğunun tespiti konusundaki zorluklar ve teknoloji şirketlerinin veri paylaşımı konusundaki tereddütleri de ayrıca suçla mücadeleyi zorlaştıran etmenlerdendir.

V. SİBER SUÇLARLA ETKİN MÜCADELE İÇİN TEMEL PRENSİPLER

A. Uluslararası Ceza Hukuku Açısından Alınması Gereken Önlemler

1. Suçluların İadesine Dair Sözleşmelerinin Siber Suçlar Açısından Yeniden Düzenlenmesi

Yapıldığı günün şartlarına uygun olarak suçluların adalete teslimi ve ortak kamusal faydanın sağlanması⁶⁸ amacına yönelik olarak yapılan⁶⁹⁷⁰ ve o günün ihtiyaçları için yeterli olan ülkeler arasındaki Suçluların İadesi Dair Sözleşmeler siber suçlar açısından ihtiyaçları karşılamaz hale gelmiştir. Suçluların iadesi konusunda bütün dünya ülkelerini bağlayıcı mahiyette bir düzenleme henüz yapılmamış olup bu konuda en azından Birleşmiş Milletler Örgütüne üye ülkeleri kapsayıcı nitelikte yeni bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.⁷¹

Siber suçların zararları coğrafi sınırları aşan bir konu olup meydana gelen neticeden bütün ülkelerin zarar görme riski mevcuttur. Bu suçlar karşında ülkeler, ya siber suçların neticesine katlanacaklar ya da kısmen de olsa yargılama yetkisinin kullanımı açısından diğer ülkeler ile işbirliği yaparak kısmen de olsa bu alandaki egemenlik haklarından vazgeçeceklerdir. Bu sözleşmelerin etkin mücadele açısından yeniden gözden geçirilmesi ve daha esnek bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.

Siber suçlarla etkin mücadele için iade sözleşmesi ya değiştirilmeli ya da bu suçlar açısından suçluların iadesi sözleşmesi dışında bırakılmalıdır. Birleşmiş Milletlerin çatısı altında Ülkeler arasında yeni bir sözleşme yapılacak ise

⁶⁸ Ulutaş, s.25

⁶⁹ Ünver, Yener., Uluslararası Normlar Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi ve Türkiye, (20/01/2014), http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unver.pdf

⁷⁰ International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement, (25/01/2014), <http://www.law2.byu.edu/lawreview/archives/1992/1/haf.pdf>

⁷¹ State of Play: EU Framework Decisions 909, 947, (15/02/2014), <http://www.europis.org/state-of-play-eu-framework-decisions-909-947/>

bu durumda da bu sözleşmenin adı “Suçluların ve Delillerin İadesi Sözleşmesi” şeklinde daha kapsayıcı bir sözleşme olarak tasarlanmalıdır. Günümüzde özellikle siber suçlar açısından sadece suçluların iadesi yeterli olmayıp, delillerin de paylaşımını ve iadesine ihtiyaç bulunmaktadır.

UCM statüsü kapsamında geliştirilen iade usulleri ile UCM kapsamında sözleşmeye imzalayan ülkelerin daha önceden kendi aralarında imzaladıkları (SİDAS gibi), iade sözleşmesi arasında çatışma çıkması durumunda UCM kapsamında yapılan iade sözleşmesi hükümlerine üstünlük tanınması gerektiği hususu usul hükmü olarak yasal düzenlemelere eklenmelidir.

2. Evrensel Yargı Yetkisinin Kullanılması

Teknolojik gelişmelerde öncülük yapan ve bu alanda güçlü olan bir kısım devletler bu gücünü zaman zaman kötüye de kullanmak suretiyle, her ne kadar siber savaş suçu işlemese de, insan hakları ihlali yapmaya başlamışlardır. Özellikle son zamanlarda ABD Ulusal Güvenlik Ajansı, kendi vatandaşları ve yabancıların haberleşmelerine ait her türlü bilgiye erişerek bu kişilerin, unutulma⁷² ve haberleşme hürriyetlerini ihlal etmeleri kötü niyetli uygulamalara örnek teşkil etmektedir.⁷³ ABD yönetimi, resmi kanallardan, bu dinlemelerin kendi kanunlarından alınan bir yetkiye dayandığını, mahkeme kararı ile haberleşme verilerinin toplanmakta olduğunu ve veri toplamanın ve kaydetmenin usulsüz olmadığını iddia etmişlerdir.⁷⁴ Aslında bu açıklama ile ABD, iki hususu açık bir şekilde itiraf etmektedir.⁷⁵ Birincisi ABD, kendi ülke sınırlarını aşan bir yasa ile güvenlik birimlerine veri toplama yetkisinin tanınmış olduğunu, ikincisi ise mahkemelelerinin kendi coğrafi sınırlarını aşan kararlar verdiğini göstermektedir. Yaşanan bu son gelişmeler ABD'nin stratejik ortakları ile olan ikili ilişkilerine zarar verdiği gibi birçok usulsüzlüğünde ortaya çıkmasını sağlamıştır.

⁷² Bozkurt, Aslıhan., Unutulma Hakkı, Aylık Bilişim Kültür Dergisi, Y.42., S.162., Ocak 2014, s.94., <http://www.bilisimdergisi.org/s161/index.html?page=94>

⁷³ Ingraham, Nathan., (18/02/2014), Germany and France are working together to keep internet traffic away from the US, <http://www.theverge.com/2014/2/16/5417350/germany-and-france-are-working-together-to-keep-internet-traffic-away-from-US>

⁷⁴ <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/07/clapper-secret-nsa-surveillance-prism>

⁷⁵ Roberts, Dan., Ackerman, Spencer., Branigan, Tania., (16/02/2014), Clapper Admits Secret NSA Surveillance Program to Access User Data, <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/07/clapper-secret-nsa-surveillance-prism>

Gelişmiş ülkelerden birçoğunun temel gelir kaynağı bilişim teknolojilerinin geliştirilmesi ve pazarlanması olagelmıştır. Bu durumda bu ülkeler arasında çok büyük miktarlara ulaşan patent hakları savaşının çıkmasına sebebiyet vermiştir. Çok yakın gelecekte insanlar, akıllı robotları ve insansız kara, hava ve deniz araçlarını kullanmaya başlayacaklardır. Bunların neticesinde bu cihazların kullanımından kaynaklanan cezai ve hukuki sorunların çözümünde de birçok uyuşmazlık baş gösterecektir. Cihazı ve yazılımı üretenler, sahipleri, kullananlar ve komuta edenlerin hukuki ve cezai sorumlulukları meydana gelecektir. Bu durumda yargılama yetkisi konusunu gündeme getirecektir.

Suçlarla mücadelede; suçluların sayısı, etkilediği coğrafi bölge büyüklüğü, mağdur sayısı, suçu işleyenlerin kullandıkları teknolojik imkânlar ve meydana gelen neticenin ciddiyetine göre kullanılacak emniyet güçlerinin nitelikleri, sayıları, soruşturma ve kovuşturma makamlarının yetkileri belirlenmektedir. Bu hususlar dikkate alınmadan suçla etkin mücadele başarıyla yapılamayacaktır.

Siber suçlarla mücadele için coğrafi yargı yetkisinin kullanımı yeterli olmayıp ortak kültürel değerleri korumak için⁷⁶ özellikle insanlığa karşı işlenen suçları da kapsayan,⁷⁷ önkoşulları bütün paydaşların mutabakatı ile belirlenmiş,⁷⁸ evrensel bir yargı yetkisinin⁷⁹ kullanımına ihtiyaç vardır. Bu amaçla siber suçlarla mücadele için gerektiğinde kullanılmak üzere evrensel yargı yetkisi tanımlanmalıdır. Evrensel yargılama yetkisini kullanacak örgüt dünya üzerinde söz sahibi olan, aynı zamanda örgüte üye ülkeler tarafından denetlenebilen, yaptırımları olan bir kuruluş olmalıdır. Bu kuruluş üye ülkeler adına yargılama yetkisini kullandığı gibi verilecek muhtemel cezaların infazını da takip edebilecek yetki ile donatılmalıdır.

3. Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolünün Güçlendirilmesi

Siber suçlar konusunda uluslararası mücadele ancak uluslararası geçerli-

⁷⁶ Demirtaş, Timur., (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s.170, Seçkin Yayınları, Ankara

⁷⁷ Soyaslan, Doğan., (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s.163, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara

⁷⁸ Blanco Cordero, Isidore., (2009), Evrensel Yargı Yetkisi, s.345, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, Türk Ceza Hukuku derneği, İstanbul

⁷⁹ Karagülmez, Ali., (2013), Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, s.520, Seçkin Yayınları, Ankara

liği olan düzenlemelerin yapılması ve yargılama yetkisinin kullanılması ile mümkün olacaktır.⁸⁰ Her ne kadar günümüzde UCM'nin etkinliği tartışma konusu olsa da dünya üzerinde yaptırım yetkisi olan ve daha verimli çalışabilecek evrensel yetki kullanabilecek ikinci bir alternatif kurulamadığı müddetçe UCM'nin yapısının güçlendirilmesi hedeflenmelidir. Aşağıdaki çözüm önerilerinde geçen “sözleşmeye üye devlet” kavramı ile Birleşmiş Milletler Örgütüne üye olan ve nitelikli siber suçlular hakkında UCM'nin yargılama yetkisini tanıyan devletler kastedilmektedir. Siber suçlarla mücadelede yetki sorunu ile ilgili bir kısım çözüm önerileri aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

a. Ceza Hükümleri

Mevcut Roma Statüsüne göre; UCM kapsamında insanlığa karşı suç olarak kabul edilen eylemler; soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçu ana başlıklarında sayılmıştır. Bu suçların ortak özelliklerine bakıldığında bu suçların; uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar olduğu görülmektedir. Bilişim suçlarının içerisinde, niteliği itibarıyla en ağır biçimi olarak sayılabilecek olan ve çoğu zaman dünya kamu düzenini bozan, siber savaş ve siber terör gibi suçların da burada sayılan suçlarla ortak özellikler göstermekte olduğu, bunların bir silah olarak kullanılması ve suç işlenmesi durumunda bu statüde sayılan ve insanlığa karşı işlenen suçlardan daha da ağır neticeler meydana getireceği hiç tartışmasız bir konudur. Siber saldırılar; enerji, bilgi, haberleşme, su ve finans kaynakları, sağlık sistemleri, devlet idareleri, uzay araştırmaları, kimyasal ve nükleer endüstri birimlerine⁸¹ ve diğer bilişim sistemlerine yönelebilir.

Mevcut uluslararası sözleşme metinlerinde siber suçlar;⁸² kanunsuz erişim, kanunsuz araya girme, veriye müdahale, sistem engellenmesi, cihazları kötüye kullanma suçları bilgisayar veri sistemlerinin ulaşılabilirliği, bütünlüğü ve gizliliğine karşı işlenen suçlar olarak sayılmıştır. Ayrıca; bilgisayar bağlantılı

⁸⁰ Taşdemir, Kubilay., (2009), Bilişim, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçu, s.249., Cantekin Matbaacılık, Ankara

⁸¹ Ernest, Chernukhin., (25/01/2014), Cybercrime: New Threat and Global Response http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/EGM_cybercrime_2011/Presentations/Russia_1_Cybercrime_EGMJan2011.pdf

⁸² Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi

sahtekarlık ve bilgisayar bağlantılı dolandırıcılık “bilgisayar bağlantılı suçlar” başlığı ile çocuk pornografisi “içerik bağlantılı suçlar” başlığı ile, telif hakları ve bununla bağlantılı suçlar ise “telif hakları ve bununla bağlantılı hakların ihlaline ilişkin suçlar” başlığı altında sayılmıştır.⁸³ Sözleşme metninde bu suçlar sayılmış olsa da düzenlemelerin yapılması sırasında bu suçların yıkıcı etkileri henüz bu kadar ortaya çıkmamıştı. Siber savaş ile siber terör suçunun doğrudan bilişim suçu olup olmadığı tartışmalı olmasına rağmen bu suçların işleniş tarzlarına göre ayırım yapmak daha doğru olacaktır.

UCM'nin Roma Statüsündeki kuruluş gerekçesinde, özellikle insanlığa karşı işlenen suçların yargılanmasının hedeflendiği belirtilmektedir. Siber suçların da birçok türüne baktığımızda insanlığa karşı işlenen suçlar kapsamında oldukları anlaşılmaktadır. Bu suçların başlıcaları; çocukların cinsel istismarı, çocuk pornografisi, çocukların fuhşa teşviki, şiddetin yüceltilmesi, siber terör ve siber savaştır. Klasik savaşların aksine siber terör ve siber savaş da en çok mağdur olanlar asker kişilerden ziyade sivil vatandaşlar olacaktır. Yakın bir gelecekte ülke kaynakları azaldıkça siber savaşlar hızlanacaktır.

Siber savaş ve siber terör suçlarının Roma Statüsünde sayılmamış olmasının sebebi; statü hazırlanırken bu suçların henüz tam olarak ortaya çıkmamış olması ve yeterli farkındalığın oluşmamasından kaynaklanmaktadır. Roma Statüsünde insanlığa karşı işlenen suçlar başlığı altında siber terör ve siber savaş suçları da eklenerek bu suçların unsurları tanımlanmalıdır. Dünya çapında ilk defa ortak bir ceza yasasının yapılmasına ihtiyaç vardır. Avrupa Birliği Parlamentosu⁸⁴ gibi Birleşmiş Milletler Örgütünün de bir parlamentosunun olması, zaman zaman bu parlamentonun toplanması ve karar almasına ihtiyaç duyulacaktır.

b. Usul Hükümleri

Ülkelerin Ceza Usul Yasalarının, siber suçlarla mücadele açısından

⁸³ Bilişim Hukuku Çalışma Grubu, (2013), Bilişim Mevzuatı, s.397-399, Ayrıntı Matbaası, Ankara

⁸⁴ Avrupa Parlamentosu, üye devlet vatandaşlarının demokratik menfaatlerini ve siyasi görüşlerini temsil eden bir organdır. Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi ile birlikte yasama yetkisini paylaşır.

uluslararası standartlar da dikkate alınarak uyumlaştırılması, bilgisayar ve network sistemlerinin saldırılara karşı korunması siber dünya barışı açısından çok önemlidir.⁸⁵ Bu alandaki uyumlaştırma, birliğin sağlanması amacıyla ve siber suçların doğası gereğince, ortak usul hükümleri de getirilmek suretiyle UCM kapsamında yapılmalı ve sözleşmeye taraf olan devletleri bağlayıcı nitelikte olmalıdır. Özellikle usul yasalarında yapılması gereken uyumlaştırma konularını aşağıdaki ana başlıklar halinde saymak mümkün olacaktır.

Yetki

Daha önceden de belirtildiği üzere egemenlik yetkisi kullanan ülkeler kendi ülkelerinde işlenen suçlardan dolayı suçluları, özellikle kendi vatandaşları suçu işleyen kişi ise, egemenlik yetkisinin kullanımı kapsamında değerlendirmek suretiyle kendileri yargılamak istedikleri gibi suçları da iade etmek istemediklerinden sınırları aşan siber suçluların yargılanmasındaki sorun, ancak sınırları aşan yetki kuralının tanınması ve kullanılması ile mümkün olacaktır. Suçluların birden fazla ülke vatandaşı olması, suçun örgütlü olarak işlenmesi, suçun birden fazla ülkede işlenmesi ve birden fazla neticenin meydana gelmesi gibi durumlarda çözümlenmesi gereken iki husus ortaya çıkmaktadır. Şayet işlenen suç siber savaş ve siber terör ise ya UCM kapsamında suçlular cezalandırılacak, ya da yerel yetkili ülke belirlenerek suçlular cezalandırılacaktır.

Lokal suçun işlendiği ülke siber savaş ve siber terör suçlarında cezalandırma yetkisini kullanmaz ise UCM kapsamında sanıklar cezalandırılmalıdır. Diğer siber suçlar açısından olumlu ya da olumsuz yetki uyumsuzlukları da UCM kapsamında çözümlenmelidir. Siber suçlar kapsamındaki UCM'nin yetkisi mevcut düzenlemede olduğu gibi Roma Statüsüne taraf olan devletleri bağlayıcı bir nitelikte olmalıdır.

Sadece bu suçların UCM'nin yetkisine dahil edilmesi, siber suçlar alanındaki tüm yetki sorunlarını ortadan kaldırmayacaktır. UCM'ye iki konuda seçim hakkı verilmelidir. UCM ya yetki uyumsuzluklarını çözmeli, ya da bu

⁸⁵ Schjølberg, Stein / Hubbard, Amanda M., (27/01/2014), http://www.itu.int/osg/spu/cyber-security/docs/Background_Paper_Harmonizing_National_and_Legal_Approaches_on_Cybercrime.pdf

durumdaki suçları doğrudan soruşturmak suretiyle karar vermelidir. Siber suçlar konusundaki yetki uyuşmazlıklarını çözecek otorite sahibi bir mahkemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu mahkeme aynı zamanda uyuşmazlık mahkemesi olarak da çalışabilmelidir.

Bu suçların UCM tarafından doğrudan sorgulanıp karara bağlanması durumunda mahkemenin iş yükü aşırı derecede artacaktır. Bu durumda mahkeme yapısının güçlendirilmesine, hakim sayısının artırılmasına ve mahkemenin birden fazla daire teşkilatı kurularak çalışmasına gerek duyulacaktır. UCM, şayet yukarıdaki şartlarda yargılama yetkisini kendi üzerine alacak ise sözleşmeye taraf olan ülkelerin ilk derece mahkemelerinin yardımını alarak ve sanıkları istinabe yolu ile dinleyerek usul ekonomisi yönünden iş yükünü azaltabilecektir. Bu daireler tarafından verilen kararlar kesinleştikten sonra sözleşmeye taraf devletlerce infaz edilecek ve sonucundan bu mahkeme haberdar edilecektir. Ayrıca siber suçlara bakacak dairenin bu suçlar konusunda uzmanlaşması gerekecektir. Mahkeme yapısının güçlendirilmesi sırasında savcılık makamının ve kalem teşkilatının da güçlendirilmesine ihtiyaç olacaktır. Ayrıca sözleşme kurallarını ihlal eden devlet, üyelikten çıkartılarak yaptırıma tabi tutulmalıdır.

Mevcut Roma Statüsüne göre UCM’de yargılama aşaması, statüye taraf bir devletin veya BM Güvenlik Konseyinin başvurusuyla ya da savcının kendiliğinden soruşturma açmasıyla başlayacaktır. Siber suçlar açısından ilk aşamada suçun kapsam ve niteliği belirlenemeyeceğinden online şikayet kurumu çalıştırıldığında, ilk aşamada, bu şikayeti yerel savcılık makamları değerlendirmeli, iş UCM kapsamında soruşturulması gereken bir siber suç türü ise fezleke benzeri bir evrak düzenlenmek suretiyle soruşturma UCM savcılığına devredilmelidir. Bu şekildeki bir uygulamada vatandaşın da dolaylı olarak UCM kapsamında olan bir suç hakkında şikâyet mekanizmalarını devreye sokma durumu söz konusu olacaktır. Ayrıca internet servis sağlayıcıların, UCM kapsamında değerlendirilmesi kuvvetle muhtemel olan suçlar açısından, UCM savcılığına başvuru yapma hakkı, kurulacak online sistemler üzerinden sağlanmalıdır. Şayet UCM savcılığı yetkili olmadığını düşünüyorsa yetki yerini usul hükümleri kapsamında çözümlenerek soruşturma konusu evrakı kül halinde sözleşmeye taraf yetkili ülke savcılığına göndermelidir.

Roma Statüsünde düzenleme yapılarak siber savaş ve siber terör suçlarının insanlığa karşı işlenen suçlar kapsamına alınmalıdır.⁸⁶ Yukarıda sayılan nite-likte bir suç işlenmiş ve taraflar arasında yetki sorunu çıkmış ise taraflardan birisinin talebi doğrultusunda savcılık ilk aşamada yetki konusunda sorun yaşıyan devletleri kendi aralarında yetki sorunu çözmeye kısa bir süre vererek davet etmelidir. Bu süre sonunda yetki sorunu çözüşürse bir mutabakat metni imzalatılarak yetkili devlet ismi belirtilmelidir. Şayet süre sonunda devletler kendi aralarındaki bu anlaşmazlığı çözemelerse savcılık⁸⁷ kendi görüşünü de eklemek suretiyle sorunun çözümü için dosyayı “Ön Yargılama Dairesi ”ne göndermelidir.⁸⁸⁹ Burada toplanan mevcut delil durumuna göre bu daire tara-

⁸⁶ **Uluslararası Ceza Mahkemenin Yargı Yetkisine Giren Suçları düzenleyen maddenin (f) bendi aşağıdaki şekilde eklenebilir.**
Madde 5;

1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu Statü’ye uygun olarak, aşağıdaki suçlar hakkında yargı yetkisine sahiptir:
- (a) Soykırım suçu;
 - (b) İnsanlığa karşı suçlar;
 - (c) Savaş suçları;
 - (d) Saldırı suçu;
 - (f) *Siber savaş ve Siber terör suçları,*

⁸⁷ **Uluslararası Ceza Mahkemenin taraf devletlerin başvuru hakkını düzenleyen maddenin (3) fıkrası aşağıdaki şekilde eklenebilir.**
Madde 14

.....

3. Siber suçlarla ilgili üye ülkelerden herhangi birisinin savcılık makamı ülkeler arasında yetki konusunda tartışmalı olduğu düşünülen bir hususta yetki sorununun çözümü için mü- racaat edilebilir.

⁸⁸ **Uluslararası Ceza Mahkemenin savcının yetkisini düzenleyen maddenin (6) fıkrası aşağıdaki şekilde eklenebilir.**

Madde 15

Savcı

.....

6. Savcı siber suçlar konusunda ülkeler arasındaki yetki uyumsuzlukları konusunda gerek- li araştırmaları yaparak kanaatini bildirerek ülkeler arasındaki yetki konusunun çözümü ve yetkili ülkenin belirlenmesi için dosyayı Ön Yargılama Dairesine gönderir. Ayrıca delillerin kaybolmaması için suçla ilgili ülkelerin yerel ülke savcılıkları ile irtibata geçerek delil top- lanması konusunda istinabe talebinde bulunabilir.

⁸⁹ Ön Yargılama Dairesinin Görev ve Yetkilerini düzenleyen maddenin (f) bendi aşağıdaki şekilde eklenebilir.

Madde 57;

1. Bu Statüde aksi belirtilmemişse, Ön Yargılama Dairesi görevlerini bu madde hükümlerine göre yerine getirir.

findan yetkili ülke belirlenmelidir. Şayet mahkemenin bu kararına itiraza edilirse de bu talepte “*Yargılama Dairesi*” değerlendirilmelidir.⁹⁰ Burada verilen kararlar kesin olmalıdır. Bu kararlar birlikte sanığın iadesine, ayrıca yetkisiz devlette bulunan suçta ait delillerin de iadesine karar verilmelidir. UCM’nin ön yargılama dairesince yetkili kılınan ülke mahkemesi verilerin gizliliği ilkesine kesin surette riayet etmelidir. Şayet UCM savcılığı ilgili suçu kendi yetkisi kapsamında değerlendirirse iddianame ile dava açarak suçluların UCM’de yargılanmasını sağlayabilmelidir.

Şikâyet / Online Şikâyet

Soruşturmaya konu ihbar ve şikâyetler Roma Statüsünün 13. Maddesindeki usullere tabi olarak UCM’ye intikal ettirilmelidir. Siber suç işleme metotları, doğası gereğince teknolojiye de bağlı olarak çok kısa zamanda değişime uğramakta ve yeni suç türleri icat edilmektedir. Bu durumda da delillerin toplanmasında ve delil çeşitliliğinde bir kısım değişiklikler olmaktadır. Siber suçlarla ilgili bu yeni gelişmelere bağlı olarak delil toplama konusundaki acil yasal değişiklikleri Roma Statüsünün 51. Maddesi gereğince kısa zamanda usul hükümleri kapsamındaki yetkiler kullanılarak yapılmalıdır.

Siber suçların niteliği itibariyle bütün ülkeler aynı standartları taşıyan etkin şikâyet müessesini kurmalı ve hayata geçirmelidirler.⁹² İlgili ülke kendi yargı-

(f) Ülkeler arasındaki siber suçlar konusundaki olumlu ya da olumsuz görev uyumsuzluklarını çözmek.

⁹⁰ **Uluslararası Ceza Mahkemenin Dava Dairesinin Görev ve Yetkilerini düzenleyen maddenin (11) fıkrası aşağıdaki şekilde eklenebilir.**

Madde 64

Dava Dairesinin Görev ve Yetkileri

11. Siber suçlar konusundaki ülkeler arasında çıkan olumlu ya da olumsuz görev uyumsuzluklarını çözmek.

⁹¹ **Uluslararası Ceza Mahkemenin yargı yetkisi ve itiraz konusunu düzenleyen maddenin (1) fıkrası aşağıdaki şekilde ek yapılabilir.**

Madde 19

Mahkeme’nin yargı yetkisine veya bir davanın kabul edilebilirliğine itiraz

1. Mahkeme, önüne getirilen bir dava üzerinde yargı yetkisine sahip olup olmadığına kendiliğinden karar verir. Mahkeme, 17. maddeye uygun olarak bir davanın kabul edilebilirliğini resen belirleyebilir. Ön Yargılama Dairesinin ülkeler arasındaki siber suçlar konusundaki yetki belirleme kararlarına karşı söz konusu suçlarla ilgisi olduğunu iddia eden taraf devletlerden birisi *Yargılama Dairesi*’ne itiraz edilebilir. Verilen karar kesindir.

⁹² ABD online şikâyetleri alabilmek amacıyla internet üzerinden hizmet vermektedir. (<https://>

lama yetkisinde şikayete konu suç çözemeyecek ise online sistem üzerinden şikayeti UCM savcılığına yönlendirilmeli, burada suç nitelikli ise UCM tarafından yargılama yapılmalı, nitelikli değil ise yargılama yetkisi olan ülkenin belirlenmesi için süreç başlatılmalıdır. Bu suçların niteliği itibariyle suç mağdurları gerçek kimliklerinin ortaya çıkmasını çoğu zaman istemediklerinden şayet şikâyet sahibi kimliğinin gizlenmesi talebinde bulunuyorsa bu kişinin gizli tanık statüsünde ifadesi alınmalı, kimliğini açıklamaya zorlanmamalıdır.

Online Delil Toplama

Siber suçlular isterlerse koca bir ülkenin elektrik sistemlerine siber savaş açarak bütün elektrik üreten sistemlerini devre dışı bırakabilecekler, bu suçları işlerken ise mutlaka arkalarında bir kısım siber deliller bırakacaklardır.^{93,94} Önemli olan ise sınır aşan bu suçlarda delil toplama ve yargılama yetkisidir.

Hassasiyet gerektiren bir kısım siber suçlarda online olarak delil toplanması için yasal zemin hazırlanmalıdır.⁹⁵ Aksi takdirde sanıkların cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Fakat bu durumda da suçla mücadelenin yanında ülkelerin özerkliği ile kişilerin özel hayatları arasındaki hassas dengenin korunması önem arz edecektir. İhtiyaç olmaması durumunda da mantıklı bir süre bu deliller saklandıktan sonra hiçbir kurum, kuruluş ve devlet ile paylaşılmaksızın usulüne uygun olarak deliller imha edilmelidir.

Siber suçlarla mücadelede delillerin hızlı bir şekilde toplanması, taraflar

complaint.ic3.gov/default.aspx, <http://www.ic3.gov/about/default.aspx>) Burada verilen hizmetler incelenerek daha da kapsamlı bir hizmetin verilmesi sağlanmalı ve sözleşmeye taraf olacak devletlerin tamamında ulusal diller ve en azından 5 ayrı uluslararası dilde şikâyette bulunma imkânı sağlanmalıdır.

⁹³ Paul, Kirk., (20/01/2014), Crime scene and physical evidence awareness for non-forensic personnel, http://www.unodc.org/documents/scientific/Crime_scene_awareness__Ebook.pdf

⁹⁴ Moskvitch, Katia., (19/01/2014) The world's Five Biggest Cyber Threats, <http://www.bbc.co.uk/news/technology-17846185>

⁹⁵ İnternet teknolojilerinin sunmuş olduğu hizmetlerden dolayı günümüzde de doğrudan ve izin almadan online delil toplama imkanı mevcut olmasına rağmen ülkelerin hakimiyet alanlarına müdahale sayılması ve toplanacak delillerin hukukiliğinin zedelenmesi sebebiyle bu yöntem kullanılamamaktadır. Almanya'nın bir eyaletinde online delil toplama konusunda yasal bir düzenleme de yapılmıştır. (Vaciago, Giuseppe., (15/05/2014), *Cloud Computing and Data Jurisdiction: A New Challenge for Digital Forensics*, <http://www.thinkmind.org/>)

arasındaki yazışmaların kısa zamanda sonuçlanması etkin mücadele için çok önemlidir. Bu sebeple UCM siber suçlar konusundaki her türlü eylemini paydaş olduğu bütün devletler tarafından kullanılan güvenli bir yazılım üzerinden yürütülebilmelidir. Bu sayede paydaşların veri paylaşımları çok hızlı olacak, delillerin kısa zamanda toplanması sağlanacak, ortak bir bilgi ve veri havuzu oluşturulacaktır.

Ayrıca ülkelerarası yetki uyumsuzluklarının olması durumunda yetki sorunu çözümleninceye kadar deliller ve veriler bu sistemde tutulabilecek, yetki sorunu çözüldükten sonrada bu veriler yetkili olduğuna karar verilen ülkenin yargılama makamlarına kısa zamanda ulaştırılabilecektir. Yapılan işin niteliği gereğince, etkin elektronik haberleşme sistemlerinin kullanılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ülkeler karşılaştıkları hukuki sorunları bu sistem üzerinden kısa zamanda UCM'deki yetkili birime iletme imkânına sahip olacaklardır. Yine bu sistem sayesinde siber suçlarla mücadele konusunda ortak bir kültür oluşturulabilecektir.

UCM ile üye ülkeler arasına kurulacak olan video konferans sistemin alt yapısını bu sistem destekleyecek ve sanıkların ve tanıkların da istinabe yoluyla video konferans sistemi kullanılarak ifadelerinin alınması sağlanarak yargılama ekonomisine uygun ve hızlı yargılama gerçekleştirilmiş olacaktır.

4. “Non Bis In Idem” İlkesinin Uygulanmasından Kaynaklanan Risklerin Ortadan Kaldırılması

Nitelikli siber suçlar olarak ifade edilen siber savaş ve siber terör suçlarının UCM tarafından yargılanması ve sözleşmeye taraf ülkeler arasında interaktif bilgi paylaşım sistemleri kurularak aktif bir şekilde kullanımı ile, tek bir suçtan dolayı aynı kişinin birden fazla ülkece cezalandırılması riski ortadan kaldırılmış olacağı gibi, bu ilkenin bir kısım ülkeler tarafından kötüye kullanılması da engellenmiş olacaktır.

5. Çifte Suçluluk / Cezalandırılabilirlik İlkesinin Güncellenmesi

Son zamanlarda meydana gelen siber suçlar konusundaki suç artış oranları sanıkların iadesi konusunu daha da önemli bir hale getirmiştir. Çifte suçlu-

luk ise sanıkların iadesini zorlaştıran bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum adeta siber suçları korur hale gelmiştir. Çünkü sanığın cezalandırılabilmesi için iade isteyen ve iade edecek ülkelerin her ikisinde de eylemin suç olarak tanımlanması gerekmektedir.

UCM kapsamında, siber suçlarla mücadele anlamında burada önerilen ceza ve usul hükümleriyle ilgili gerekli düzenleme yapılırsa sözleşmeye üye ülkeler açısından siber suç işleyen kişilerin iadesinde ayrıca çifte cezalandırılabilirlik ilkesinin gözetilmesine gerek kalmayacaktır. Çünkü siber suçlarla ilgili suçların ve soruşturma usullerinin tanımlanması Roma Statüsü kapsamında yapılacak olup, buradaki düzenlemeler bütün üye ülkelerce kabul edilen bağlayıcı nitelikte hükümler olacaktır. Bu Düzenlemeler, üye ülkelerin tamamında da geçerli olacaktır. Netice olarak, bütün sözleşmeye üye devletler için aynı yasal düzenlemeler ülkelerin iç hukuklarında geçerli olacak ve otomatik olarak doğrudan çifte cezalandırılabilirlik ilkesine uygun hareket edilecektir.

6. Yasal Altyapıların Güçlendirilmesi

Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından dünya üzerinde siber suçların en fazla hangi ülkelerde işlendiği konusunda yapılan araştırmalarda; daha çok az gelişmiş ve yasal altyapısı zayıf olan ülkelerde bu suçların işlenmekte olduğu, bu ülkelerin yasal altyapılarının güçlendirilmesi ve bu alanda uluslararası standartların uyumlaştırılmasına ihtiyaç bulunduğu tespit edilmiştir.⁹⁶

Öncelikli olarak sözleşmeye taraf ülkeler siber suçlar ve unsurlarının tanınması, asgari ceza sınırlarının ve usul yasalarının belirlenmesi, bu durum için ayrı bir usul ve özel ceza yasası çıkartılmalı ve güncelleme işlemi yapılmalıdır.⁹⁷ Siber suçlar içinde nitelikli suçlar kapsamında sayılabilecek olan siber savaş ve siber terör suçu konusunda ise UCM yetkisinde yapılacak olan düzenleme iç hukuka yansıtılmalıdır.

⁹⁶ Comprehensive study of the problem of cybercrime and responses to it by Member States, the international community and the private sector, (08/02/2014), http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/UNODC_CCPCJ_EG4_2013_2_E.pdf

⁹⁷ Tezcan, s.204

Bazı ülkelerin henüz kişisel verilerin korunması konusunda yasal altyapılarını tamamlamamış olmaları da siber suçlarla mücadeledeki önemli engellerden birisidir.⁹⁸ Yasal mevzuatı yetersiz olan ülkelerle diğer ülkeler işbirliği yapmaktan kaçınmaktadır. Dijital delillerin ne kadar muhafaza edileceği, yargılama işlemleri tamamlandıktan sonra silme prosedürleri, daha önceden belirlenmiş olmalı, ayrıca bu verilerin kötüye kullanımını konusunda suçun tarifi klasik ceza kanunundaki tanımların dışına çıkılarak yeniden yapılmalıdır.

Delillerin aranması, toplanması, el konulması, taşınması, muhafazası, incelenmesi, analizi ve raporlanması, sanıkların ifadelerinin alınması yol ve yöntemleri, arama, el koyma, gözaltına alma ve tutuklama kararının kistaslarının Roma Statüsü kapsamında usul hükümleri içinde belirlenmesi ile standartlar sağlanmış olacaktır. Aksi durumda yabancı ülkede elde edilen delillerin değerlendirilmesinde hangi ülke hukukunun göz önünde bulundurulacağı konusunda karmaşa yaşanacaktır.⁹⁹

7. Uluslararası İşbirliğinin Güçlendirilmesi

Siber suçların işlenme şekli, neticeleri, suçun işlenmesi için birden fazla etmenin gerekliliği gibi hususlar dikkate alındığında bu suçlarla sağlıklı mücadele ancak uluslararası işbirliği ile mümkündür.¹⁰⁰ Siber suçların sınır tanımayan niteliğinden dolayı bu suçlarla mücadele sadece komşu ülkelerin değil, internetin ulaştığı bütün ülkelerin ortak bir çabasını gerektirmektedir.

Bu suçlarla mücadelede yargı kuruluşları, emniyet güçleri ve internetin süjelerinin tam işbirliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Siber suçlarla mücadele ancak bireyler, şirketler ve devlet yönetiminin aralarında sorumluluk paylaşımı ile mümkün olacaktır. Bu durum ise ortakların birbirleri ile bilgi paylaşımı yapmaları, güçlerini birleştirmeleri anlamına gelmektedir. Ayrıca hükümetler başkaca paydaşlarla da ortaklık kurmalı, bu ortaklıklarına sadece ulusal sınırlar-

⁹⁸ Comprehensive study of the problem of cybercrime and responses to it by Member States, the international community and the private sector, (25/01/2014) http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/UNODC_CCPCJ_EG4_2013_2_E.pdf

⁹⁹ Tezcan, s.204

¹⁰⁰ Dülger, Murat Volkan., (2004), Bilişim Suçları, s. 327, Seçkin Yayınları, Ankara

daki güçleri kullanmakla yetinmeyerek denizaşırı ülkelerle de irtibata geçerek yeni paydaşlar bulmalıdır.¹⁰¹

Siber suçlarla mücadele ile ilgili en geniş kapsamlı uluslararası düzenleme Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi olmasına rağmen bu sözleşmenin etkisi sınırlı kalmıştır. Çünkü bu sözleşme, birkaç istisna ülke dışında dünya üzerinde henüz yeterli kadar paydaş bulamamıştır. Bu örnekten de istifade edilerek uluslararası bir kuruluş tarafından etkili ve verimli çözümler üretilmelidir. Dünya üzerinde bütün ülkelerin saygı gösterecekleri ve yetkisini tanıyacakları dünya Siber Suç Konvansiyonu kurmak hem zor hem de çok zaman alacaktır. Bu sebeple dünya üzerinde mevcut ve yaptırım yetkisi olan aktörlerden yararlanmak en kısa ve kestirme çözüm olacaktır. Bütün ihtimaller değerlendirildiğinde doğru adres Birleşmiş Milletler Topluluğu Örgütü'dür.

Birleşmiş Milletler Örgütü; dünya üzerindeki sorunların çözümü için liderlik rolünü yüklenmiş olan çok uluslu bir kuruluştur. BM ile birlikte birçok uluslararası kuruluş siber suçlarla mücadele için araştırmalar, işbirliği ve görüşmeler yaparak ortak noktalara ulaşmaya çalışmışlardır. Bu çalışmalar kapsamında; internet ağlarında güvenlik standartlarının sağlanmasını ve sorunların ortaya konması konularında diyalog ve işbirliğinin artırılmasını hedeflemişlerdir.¹⁰²

Üye sayısının fazla olması ve dünya üzerindeki saygınlığı iyi bir şekilde kullanıldığında bu örgüt siber suçlar konusunda da çözüm üretebilecek kapasite ve bilgi birikimine sahip çok uluslu bir teşkilattir. Ayrıca uluslararası savaş suçluları mahkemesini bünyesinde barındırması ve mahkemede özellikle insanlığa karşı işlenen suçların şüphelilerini yargılaması, siber suçların da birçok yönü itibariyle insanlığa karşı işlenen suçlardan olması sebebiyle doğru bir seçim olacaktır. Temel olarak uluslararası savaş suçları mahkemesinin yapısı ile; dünya üzerinde yetki ve otoritesi tanınmış, saygın, yargılama prosedürleri

¹⁰¹ National Plan to Combat Cybercrime., (27/01/2014), <http://www.ag.gov.au/CrimeAndCorruption/Cybercrime/Documents/National%20Plan%20to%20Combat%20Cybercrime.pdf>

¹⁰² Schjølberg, Steim / Hubbard, Amanda M., (27/01/2014), http://www.itu.int/osg/spu/cybersecurity/docs/Background_Paper_Harmonizing_National_and_Legal_Approaches_on_Cybercrime.pdf

belli bir yapı kurulmuş bulunmaktadır.

Siber suçlar konusuna baktığımızda en büyük sorunun; yargılama yetkisinin¹⁰³ kim tarafından kullanılacağı, delillerin toplanmasındaki işbirliği sorunu, siber suçların yaptırımını konusunda ülkelerin ceza yasalarında asgari tanımlama ve standartların olmayışı, suçluların iadesi konusundaki karmaşanın çözümlenememiş olmasıdır. Roma Statüsü kapsamında siber suçlar konusunda uluslararası işbirliği yeniden tanımlanarak bu işbirliğinin gereklerinin yerine getirilmesi zorunlu olmalıdır.

8. Teknik Altyapının Güçlendirilmesi

a. 7/24 İrtibat Noktalarının Kurulması

Siber suçlarla etkin mücadele için temel şartlardan birisi de delillerin yok olmadan kısa zamanda toplanması olduğundan, 7/24 irtibat noktalarının kurulması ve işletilmesi önemlidir. Bu irtibat noktalarının koordinasyonu, UCM savcılığı ve Birleşmiş Milletlere bağlı olarak kurulan interpol vasıtası ile yapılmalı ve siber suçlarla mücadele açısından İnterpol'ün ve yerel emniyet birimlerinin konumları güçlendirilmelidir. Dijital delillerin niteliği itibariyle irtibat noktalarının hızla hareket etmesi, talimat alması ve görevlerini yerine getirebilmesi gerekmektedir.

Klasik delil toplama usullerinden farklı olarak arama ve el koyma müesseselerinin hızlıca çalıştırılabilmesi için esnek bir yapı kurulmalı, denetim mekanizmasından savcılık teşkilatları çıkartılmaksızın süreç işletilebilmelidir. Hızlı delil toplama ile kişi hak ve hürriyetlerinin korunması arasındaki hassas denge gözetilmeli, karar alma süreçlerinde gecikmelere sebebiyet verilmemesi için teknoloji, yargının hizmetine sunularak arama ve el koyma kararları elektronik ortamda savcılık makamından talep edilmeli, izinler yine elektronik ortamda hızlıca ilgili birimlere ulaştırılmalıdır. Savcılık makamları her türlü denetimi ve irtibatı emniyet güçleri ile bu sistem üzerinden sağlayabilmelidir.

b. Suçluların Online Takip Edilmesi

Siber suçlularla etkin mücadele için önceden sınırları çizilmiş, kuralları

¹⁰³ Slade, Robert M., (2004), Software Forensics, p.79, printed by RR Donneley, Newyork

konmuş suçluların takibi için gerekli yasal zemin hazırlanmalıdır. Bu durum suçlular açısından caydırıcılık etkisi oluşturacağı gibi, hızlıca kaybolan dijital delillerin de zamanında toplanmasına da yardımcı olacaktır.

c. Akıllı Uyarı Sistemlerinin Kurulması

Avrupa tutuklama müzekkeresinde olduğu gibi siber suçları işleyen kişilerin kullandıkları akıllı sistemlerin; IP adresleri, MAC adresleri, mevcut kimlik bilgileri, e-posta adresleri ya da müstear adları bilgi sistemlerine girilmek suretiyle bu kişi sisteme bağlandığında kurulacak olan çağrı merkezine otomatik bir ihbar yapılmasının sağlanması, bu konuda mahkeme kararının alınması suçluları yakalama açısından önemli bir yöntem olarak kullanılabilir. Bu sebeple akıllı uyarı sistemlerinin kurulması, ayrıca havaalanı giriş çıkışları ya da diğer elektronik ortamda hizmet veren kamu kurumlarında hizmet alındığında yine bu akıllı sistemler vasıtasıyla ihbar mekanizmasının çalıştırılması suçluların takibi açısından önemli bir adım olacaktır. Aksi durumda siber suçlularının çoğu yakalanmayacak ve birçok kişi mağdur olacaktır.

d. Online Yargılama

Sadece delillerin online toplanması ve online işbirliği yeterli olmayacaktır. Roma Statüsü kapsamında UCM'nin yetkisi genişletilerek nitelikli siber suçlar açısından online yargılama yetkisi kabul edilmeli ve uygulanmalıdır. Tek bir ülkenin yargı yetkisiymiş gibi ülkeler arası istinabe, toplantı ve ihtiyaç olan her alanda video konferans sistemleri kurulmalı ve aktif olarak kullanılmalıdır. Sınırları aşan siber suçlarda yerel mahkemeler istinabe işlemlerinde sözleşmeye üye ülkelerin tamamını bağlayıcı nitelikte olan ortak ceza usul yasası hükümlerini kullanmalıdırlar.

e. İnteraktif Bilgi ve Tecrübe Paylaşımı

Siber suçlarla mücadelede temel sorunlardan birisi de soruşturma makamlarının elinde uygun delil tespiti ve toplama yazılım ve donanımlarının bulunmaması ve ülkeler arası bilgi ve tecrübe paylaşımının yapılmamasıdır. Gerekli donanım ve yazılımlar kullanıldığında; sözleşmeye üye ülkeler arasında uzak-tan eğitimler verilebilecek ve bilgi paylaşımları yapılabilir. Ayrıca delil

toplama ve değerlendirme standartları sağlanmış olacaktır. Bu durum suçlularla mücadelede üye ülkeleri daha da güçlü bir konuma taşıyacaktır. Aksi takdirde bu kurumların topladıkları ve soruşturma ve kovuşturma makamlarına ulaştırdıkları delillerin güvenilirliği tartışılacaktır.

Yeni trendlerin yargı birimlerince takip edilebilmesi için sözleşmeye üye ülkelerden birisinde ilk defa işlenen bir siber suç türü keşfedildiğinde kurulacak olan bu network üzerinden paydaşlar arasında bilgi paylaşımı yapılarak suçla mücadelede ortak kültür oluşturulmalı ve iletişim devamlı olarak canlı tutulmalıdır.

UCM bu yeni gelişmeleri “modus operandi” de olduğu gibi online bir şekilde yayınlayabilir. Hâlihazırda İnterpol tarafından bültenlerle haklarında arama ve yakalama kararı çıkartılan kişilerin takibinin yapıldığı ve bilgilerin paylaşıldığı bir altyapı da mevcuttur.¹⁰⁴¹⁰⁵

f. Adli Sicil Kayıtlarına Online Erişim

Siber suçla mücadelede ülkelerin yerel olarak tuttıkları adli sicil kayıtları yeterli olmayacaktır. Ortak bir sistemde tutulacak sicil kayıtlarına sözleşmeye üye devletlerden yetkili kişiler ulaşabilmeli söz konusu eylemin daha önceden cezalandırılıp, cezalandırılmadığını sorgulayabilmeli, sanığın bireysel mi bir örgütle mi hareket ettiğini öğrenebilmelidir. Bu kayıtlarda klasik adli sicil kayıtlarından daha fazla bilgi paylaşımı yapılmalıdır. Sınırları şimdiden tam olarak belirlenmese de ilerleyen aşamalarda buradaki kayıtların dikkate alınması ile sözleşmeye üye devletlerin herhangi birinde işlenen suçtan dolayı ceza alan sanık aynı nitelikte suç işler ise yeni işlenen suçta tekrür hükümlerinin uygulanması konusu caydırıcılık açısından faydalı olacaktır. Ayrıca bu sistem üzerinden sanığın cezaların infazı takip edilebilmelidir.

¹⁰⁴ İnterpol bültenlerini <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CLCS/40&Lang=E> adresinde yayınlamakta olup yetkisi olan kurumların erişimlerine açılmıştır.

¹⁰⁵ Modüs Operandi; diğer suçlardan farklı ve karmaşık yöntemlerle işlenen bazı suçların daha ayrıntılı olarak açıklandığı bir bülten türüdür. Bu bülten üye devletlerin daha kapsamlı bilgilendirilmeleri, suç ve suçlu bağlantılarının ortaya çıkarılarak suçluların daha çabuk yakalanmaları amacı ile çıkarılır. (Ulutaş, Ahmet., *Avrupa insan hakları sözleşmesi ışığında Suçluların Geri verilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ekim 2012, s.74, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/437-a.pdf*)

VI. SİBER SUÇLARLA MÜCADELEDE BİREYLERİN TEMEL HAKLARININ KORUNMASI

Ülkeler siber suçlarla mücadele aşamasında dahi kendi ülkelerinin egemenlik haklarını, insan haklarını, demokrasiyi, kişi hak ve özgürlüklerini ve özel hayatın gizliliğini koruma konusunda hassasiyet göstermelidirler. Temel amaç siber suçlarla mücadele iken aynı zaman bir kısım masum insanlara karşı hak ihlalinin yapılmaması önem taşımaktadır. Yapılacak mücadelede; sınırları belli olan, standartları önceden belirlenmiş, soruşturma aşamasında ve sonrasında kişilerin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmeyeceğini garanti altına alacak olan bir sistemin geliştirilmesi, kullanılması ve dünya üzerinde aynı standartların sağlanması ile ancak ülkeler arası işbirliği sağlıklı bir şekilde geliştirilebilir. Özellikle bu suçlarda özel hayatla ilgili birçok bilginin basit bir şekilde elde edilmesi mümkün olduğundan kesinlikle bu alanda hak ihlalleri yapılmayacak bir sistem kurulmalı, işletilmeli ve denetlenmelidir.¹⁰⁶ Aksi takdirde delillerin güvenilirliği sağlanamayacaktır.

SONUÇ

Siber suçlarla mücadele edilmesindeki en büyük engel yargılama yetkisi sorunudur. Siber suçlardaki yetki sorununun çözümü ve insanlığa karşı ciddi bir suç sayılan siber savaş ve siber terör suçları konusunda ilk derece mahkemesi sıfatı ile yargılama yetkisinin AİHM'e verilmesi konusunda farklı bir alternatif olarak düşünülse de uluslararası meşruiyet anlamında bu çözüm çok uygun olmayacaktır. Bu konuda sadece sorunların çözümü yeterli olmayacak, alınan mahkeme kararlarının aynı zamanda icrası ve infazı da gerekecektir. Ayrıca AİHM'nin yapısının ilk derece mahkemesine dönüşmesi çok mümkün olmadığı gibi bu mahkeme daha çok bir kıta mahkemesi sıfatını taşımaktadır.

Bu konuda doğru çözüm yeri kendisini ispatlamış olan ve uluslararası alanda tarafsızlığı ile meşruiyet kazanan UCM olmalıdır. UCM'nin mevcut gücü alınan mahkeme kararlarının icrasını sağlayacak niteliktedir. Bu husus

¹⁰⁶ Yetim, Servet., Adli Bilişim ve Canlı Bilişim Sistemlerinde Dijital Delil Araştırma Yöntemleri, s. 65, Terazi Dergisi, S. 11, Y. 2, Kasım 2007

ise Roma Statüsü'nün usul hükümlerinde yapılacak küçük bir değişiklik ile mümkün olacaktır.

Siber suçlarla mücadelede ülkelerarası uygulama farklılıkları ve suç tanımındaki farklılıklar UCM'nin bu yetkisi ile ortadan kaldırılmış ve dünya üzerinde bir standart sağlanmış olacaktır. Günümüzde dünya üzerindeki uygulamalara baktığımızda; bir kısım ülkelerin siber suçların birçoğunu ifade özgürlüğü içinde değerlendirirken, diğer bir kesimin ise aşırı derecede sansür uygulamak suretiyle vatandaşlarını temel hak ve özgürlüklerden yoksun bıraktıkları anlaşılmaktadır. UCM'ye tanınacak olan bu yetki ile özel hayatın gizliliği ile ülke güvenliği ve ifade özgürlüğü arasında denge kurulmuş olacaktır. Siber suçlarla mücadele anlamında sözleşme ortaklarının tamamı sorumluluğu paylaşmış olacaklardır. İnternet ortamının sağladığı suç işleme zemini ortak çözüm çabası gerektirmektedir.

Teknolojinin kuşattığı modern birey, hatta toplum, adeta çıplak hale gelmiştir. İnsanlar ve toplumlar bu çıplaklığın meydana getireceği muhtemel zararlardan korunmak için uygun bir kıyafete ihtiyaç duymaktadırlar. Unutulma, izlenmeme, takip edilmeme, kayıt altına alınmama hakkı artık internet ortamında en çok arzu edilen haklar olmuştur. İnternet ortamının demokratik yönetimi konusundaki uluslararası işbirliği ile; sadece işlenen suçlarla mücadele değil, aynı zamanda yukarıda sayılan hakların korunması da garanti altına alınacak ve özel hukuktan kaynaklanan haklar da korunmuş olacaktır.

Mevcut durumda bilgi paylaşımı konusunda çekimser davranan teknoloji şirketleri, servis sağlayıcıları, yer sağlayıcıları ve yazılım firmaları tek bir otorite ile bilgi paylaşacaklarından dolayı delil toplama aşaması hızlanmış olacaktır. Ayrıca, sanıkların iadesi konusunda ülkelerin göstermiş oldukları tereddütler de ortadan kalkacaktır.

UCM'nin yetkili mahkeme olarak tanınması ile sanıkların yetki konusunda meşruiyeti tartışmalı olan mahkemelerde yargılanmaları da önlenerek bu kişilerin tabi hakim ilkesine uygun olarak yargılanmaları sağlanacaktır.

Siber suçlar konusunda yukarıda bahsedilen sorunlar çözülmez ise; gelişmiş ülkeler suçların etkin bir şekilde soruşturulamamasını kendi lehlerine kul-

lanabilecek iken az gelişmiş ülkeler ekonomik anlamda ve zararlı içeriklerden genç nesillerini korumak için gerekli tedbirleri alamayacaklar, hatta bu açığı kapatmak için sansür uygulanmasına ve bu arada da ifade özgürlüğünün engellenmesine sebebiyet vereceklerdir.

Bu sorunlar çözülür ise; teknolojiyi gerektiğinde casusluk, tehdit, şantaj, sömürü ve çıkar amaçlı olarak kullanan gelişmiş ülkelerin ellerindeki imkânlar eşit bir şekilde paylaşılmış olacaktır. Siber suçların meydana getirmekte olduğu hasarlar gittikçe büyümektedir. Bilişim teknolojilerinin kötüye kullanılması insanlığın başına felaketler açacaktır. UCM'nin görev alması her şeyin çözümü anlamına gelir mi? tatbikî hayır, fakat dünya üzerindeki kararlılığın gösterilmesi bile caydırıcılık anlamında ilk olumlu sonuçlarını doğuracaktır. Umulur ki bu konularda kısa zamanda uygun çözümler bulunsun.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Aksoy, Hüseyin Canan., (2008), Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınları, Ankara

Atabay, Tomris., Barzano, Piera, Chrysikos, Dimosthenis., Saget, Anna Giudice., Lebaux, Valérie., Sharon, Miri., Shaw, Mark., Valle, Sandra., Welsch, Candice, (25/01/2014), Handbook on the International Transfer of Sentenced, http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/11-88322_ebook.pdf, Biggest rises and falls in the 2014 World Press Freedom Index, (15/02/2014),<http://rsf.org/index2014/en-index2014.php>

Bilişim Hukuku Çalışma Grubu, (2013), Bilişim Mevzuatı, Ayrıntı Matbaası, Ankara

Blanco Cordero, Isidore., (2009), Evrensel Yargı Yetkisi, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, Türk Ceza Hukuku derneği, İstanbul

Bozkurt, Aslıhan., Unutulma Hakkı, Aylık Bilişim Kültür Dergisi, Y.42., S.162., Ocak 2014, <http://www.bilimdergisi.org/s161/index.html?page=94>

Casey, Eoghan., (2004), Digital Evidence And Computer Crime, 2nd Edn, printed by Elsevier Academic Press, Oxford

Cihan, Erol, Yenisey, Ferudun., Evrensel Yargı Yetkisi, <http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=63>

Claudio., (08/02/2014), The Internet is compromised A diagnosis after a tragic year of revelations on global surveillance, <https://medium.com/p/4c66984abd7d>

Complaint Referral Form, (15/02/2014), <https://complaint.ic3.gov/default.aspx>, <http://www.ic3.gov/about/default.aspx>

Comprehensive study of the problem of cybercrime and responses to it by Member States, the international community and the private sector, (25/01/2014) <http://www.unodc.org/documents/organized>

Cummings, Rich., (17/02/2014), Computer Forensic, http://www.evidencemagazine.com/index.php?option=com_content&task=view&id=116&Itemid=49

Demirtaş, Timur., (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Seçkin Yayınları, Ankara

Devrim, Aydın., (25/01/2014), Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, <http://www.ihop.org.tr/dosya/ucm/ucm.pdf>

Dülger, Murat Volkan., (2004), Bilişim Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara

Egan, Matt., (10/02/2014), Report: Cyber Crime Costs Global Economy Up to \$500B a Year, <http://www.foxbusiness.com/technology/2013/07/22/report-cyber-crime-costs-global-economy-up-to-1-trillion-year/>

Ernest, Chernukhin., (25/01/2014), Cybercrime: New Threat and Global Response http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/EGM_cybercrime_2011/Presentations/Russia_1_Cybercrime_EGMJan2011.pdf

Etherington, Darrell., (16/02/2014), NSA Has 50,000 ‘Digital Sleeper Agents’ Via Computer Malware, Says Latest Snowden Leak, <http://techcrunch.com/2013/11/23/nsa-has-50000-digital-sleeper-agents-snowden/>

Etter, Barbara., The Challenges Of Policing Cyberspace, <https://www.cs.auckland.ac.nz/~john/NetSafe/Etter.pdf>

Finklea, Kristin M., (26/01/2014) The Interplay of Borders, Turf, Cyberspace, and Jurisdiction: Issues Confronting, <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41927.pdf>

Goodman, Marc., (15/05/2014), International Dimensions of Cybercrime, <http://ebooks.narotama.ac.id/files/Cybercrimes%20A%20Multidisciplinary%20Analysis/Chapter%2017%20International%20Dimensions%20of%20Cybercrime.pdf>

Gonzales, Alberto R., (2007), Digital Evidence in the courtroom: A Guide for Law Enforcement ve Prosecutors, published by National of Institute of Justice, Washington

Greenberg, Marc., (15/05/2014), A Return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the Regulation of Online Content in the World Market, <http://digital-commons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=pubs>),

Hakeri, Hakan., (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınları, Ankara

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=024&CM=8&DF=&CL=ENG>)

<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CLCS/40&Lang=E>

Ingraham, Nathan., (18/02/2014), Germany and France are working together to keep internet traffic away from the US, <http://www.theverge.com/2014/2/16/5417350/germany-and-france-are-working-together-to-keep-internet-traffic-away-from-US>

Intellectual Property Rights Papar -II., (27.01.2013), <http://www.grkarelawlibrary.yolasite.com/resources/LLMSY-IPR-2-Shanoor.pdf>

International cybercrime, (03/02/2014), http://en.wikipedia.org/wiki/International_cybercrime

International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement, (25/01/2014), <http://www.law2.byu.edu/lawreview/archives/1992/1/haf.pdf>

Karagülmez, Ali., (2013), Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, Seçin Yayınları, Ankara

Koca, Mahmut., Üzülmez, İlhan., (2013), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara

Ketizmen, Muammer., (2008), Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara,

Kocaoğlu, Serhat Sinan., Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-1/2010-1-kocaoglu-ss.pdf>

Kuzeci, Elif., (2010), Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitapevi, Ankara

Kühne, Hans-Heiner., (Çeviren:Mustafa Ruhan Erdem), (2002), İnternet Bağlantılı Ceza Muhakemesinde Delil İleri Sürme Problemi, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir

Li, Xingan., International Actions against Cybercrime: Networking Legal Systems in the Networked Crime Scene, (27.01.2013), <http://www.webology.org/2007/v4n3/a45.html>

Macaskill, Ewen / Dance Gabriel., (11/02/2014) <http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1>

Moskvitch, Katia., (19/01/2014) The world's Five Biggest Cyber Threats, <http://www.bbc.co.uk/news/technology-17846185>

National Plan to Combat Cybercrime., (27/01/2014), <http://www.ag.gov.au/CrimeAndCorruption/Cybercrime/Documents/National%20Plan%20to%20Combat%20Cybercrime.pdf>

Oğuz, Habip., (2010), İnternet Ortamında Kişilik Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara

Özgenç, İzzet., (2013), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara

- Paganini, Pierluigi.**, (15/02/2014), 2013 – The Impact of Cybercrime, <http://resources.infosecinstitute.com/2013-impact-cybercrime/>
- Paul, Kirk.**, (20/01/2014), Crime scene and physical evidence awareness for non-forensic personnel, http://www.unodc.org/documents/scientific/Crime_scene_awareness__Ebook.pdf
- Rees, Albert.**, (10/02/2014), International Cooperation in Cybercrime Investigations, http://www.oas.org/juridico/english/cyb_mex_int_coop.pdf
- Roberts, Dan.**, Ackerman, Spencer., Branigan, Tania., (16/02/2014), Clapper Admits Secret NSA Surveillance Program to Access User Data, <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/07/clapper-secret-nsa-surveillance-prism>
- Ruhi, Ahmet Cemal.**, Türk Hukukunda Suçluların İadesi, (24/01/2014), http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_24.pdf
- Sanger, Davide E / Shanker, Thom.**, (14/01/2014) N.S.A. Devises Radio Pathway Into Computers, http://www.nytimes.com/2014/01/15/us/nsa-ef-fort-pries-open-computers-not-connected-to-internet.html?_r=0
- Sarıbaş, Volkan.**, (2003), İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, Adalet Yayınevi
- Schjølberg, Stein / Hubbard, Amanda M.**, (27/01/2014), http://www.itu.int/osg/spu/cybersecurity/docs/Background_Paper_Harmonizing_National_and_Legal_Approaches_on_Cybercrime.pdf
- Shinder, Deb.**, (26/01/2011), What makes cybercrime laws so difficult to enforce, <http://www.techrepublic.com/blog/it-security/what-makes-cybercrime-laws-so-difficult-to-enforce/#>.
- Schultz, Thomas.**, (15/05/2014), Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface, <http://www.ejil.org/pdfs/19/4/1662.pdf>
- Sınar, Hasan.**, (2001), İnternet ve Ceza Hukuku, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul

Slade, Robert M., (2004), Software Forensics, printed by RR Donneley, New-york

Soyaslan, Doğan., (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara

State of Play: EU Framework Decisions 909, 947, (15/02/2014),<http://www.europris.org/state-of-play-eu-framework-decisions-909-947/>

States Parties - Chronological Lists, (15/02/2014), http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.asp

Taşdemir, Kubilay., (2009), Bilişim, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçu, Cantekin Matbaacılık, Ankara

Taşkın, Şaban Cankat., (2008), Bilişim Suçları, Beta Yayınları, Bursa

Tezcan, Durmuş., Erdem, Mustafa Ruhan., Önok, Murat., (2009), Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara

Tercan, Durmuş., Erdem, Mustafa Ruhan., Önak, Murat., (2013), Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara

The Economic Impact of Cybercrime And Cyber Espionage, (10/02/2014), <http://www.mcafee.com/sg/resources/reports/rp-economic-impact-cybercrime.pdf>

Thomas, J, Sherry., (27/01/2013), Cyber Crime And Jurisdictional Issues, <https://docs.google.com/document/d/1ilkaF0SLs8CaVFihNTwRlGQpczkZdZ-filyAHsjqP7Wk/edit>

Ulutaş, Ahmet., Avrupa insan hakları sözleşmesi ışığında Suçluların Geri verilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ekim 2012, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/437-a.pdf>

Ünver, Yener., Uluslararası Normlar Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi ve Türkiye, (20/01/2014), http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unver.pdf

Walden, Ian., (2007), Computer Crimes Ve Digital Investigations, Oxford University Press, New York

Vaciago, Giuseppe., (15/05/2014), Cloud Computing and Data Jurisdiction: A New Challenge for Digital Forensics, <http://www.thinkmind.org/>

Yazıcıoğlu, Yılmaz., (1997), Bilgisayar Suçları, Alfa Matbaası, 1. Baskı, Ankara

Yetim, Servet., (2008), Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20083/ibd2008312.pdf>

TÜRK ANAYASALARI EKSENİNDE TÜRKİYE'DE TEMSİL OLGUSU

*The Concept of The Representation in The Context
of Turkish Constitutions in Turkey*

Arş. Grv. Gökhan DÖNMEZ *

ÖZET

Temsil olgusu, toplumsal değişime bağlı olarak ortaya çıkmış, gelişmiş ve günümüz anlamını kazanmıştır. Temsil kavramının niteliği, uygulama alanı bulduğu ülkenin hükümet şeklinin ve yönetim biçiminin de belirleyicisi olmaktadır. Başta orta çağ Avrupa'sında olmak üzere mutlak iktidara sahip olan kralın yetkilerinin tek sınırlayıcısı soylulardır. Avrupa'da yaşanan siyasi ve toplumsal değişimin paralelinde kral yetkilerini zaman içerisinde daha fazla paylaşmaya başlamıştır. Türkiye'de de temsil olgusunun gelişimi tarihsel bir seyir izlemiştir. Önceleri mutlak iktidara sahip olan Osmanlı padişahları, bu yetkilerini dış müdahaleler ve Osmanlı modernleşmesi ile birlikte yaşanan toplumsal değişimin bir sonucu olarak parlamento ile paylaşmak zorunda kalmışlardır. Nihayet Cumhuriyet'in kuruluşu ile parlamento yetkileri kendinde toplamış(1921-1923) ve zamanla kadınlara seçme ve seçilme hakkının verilmesi, çok partili hayata geçiş gibi demokratik adımlar ile de temsil anlayışı günümüz şeklini almıştır. Bu çalışmanın amacı Türkiye'de temsil olgusunun gelişimini Türk Anayasaları ekseninde incelemektir. Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kavram olarak 'temsil' olgusu açıklanmıştır. Temsil kavramının özel hukuk kaynaklı oluşu ve çalışmanın Anayasalar ekseninde yapılması, temsil kavramının özel hukukta ve kamu hukukunda ne anlama geldiğinin anlatılmasını zorunlu kılmaktadır. İkinci bölümde günümüz temsil olgusunun anlaşılması açısından İngiltere ve Fransa örneğinde temsil olgusunun tarihsel gelişimi incelenmiştir. Son bölümde tarihsel koşullar ve ağırlıklı olarak hukuksal bir bakış açısı ile Türk Anayasaları ekseninde temsil olgusunun gelişimi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Demokrasi, Temsil, Siyasal Temsil, Halk Egemenliği, Milli Egemenlik, Emredici Vekâlet, Temsili Vekâlet, Türk Anayasaları

* Dokuz Eylül Üniversitesi, İkt. ve İd. Bil. Fak., Kamu Yönetimi Bölümü, gokhan.donmez@deu.edu.tr

ABSTRACT

The concept of representation has emerged depending on social change, developed and got current today. The quality of representation identifies the polity and government of the country in which applied. At the middle ages in Europe, the nobles were the only restrictive the king’s- having absolute power- authority. The kings began to share more powers in course of time in parallel with the political and social changes in Europe. The development of the concept of representation has historically trended in Turkey. Previously Ottoman Sultans, having the absolute power, were forced to share this power with the parliament as a result external interventions and Ottoman modernization of social change. Finally, the parliament self-collected(1921-1923) this power with the establishment of the Republic and the understanding of representation has gained current meaning with the democratic attempts such as giving women the right to vote and be elected and transitioning to multi-party democracy. The aim of this paper is to analyze the development of the concept of representation in the context of Turkish constitutions in Turkey. The study consists of three main parts. In the first section the concept of ‘representation’ is described. It’s essential what the concept of representation mean in private and public law because the concept of representation is originated from private law and the debates based on constitutions. In the second part the historical development of the concept is analyzed in England and France in terms of understanding the curent meaning of the concept. In the last section the development of the concept is analyzed in terms of historical circumstances mainly with a legal perspective in the context of the Turkish constitutions.

Keywords: Democracy, Representation, Political Representation, Popular Sovereignty, National Sovereignty, Delegate, Trustee, Turkish Constitutions



GİRİŞ

Modern demokrasiler açısından önemli bir olgu olan temsil kavramı tarihsel bir süreç içinde toplumsal değişime bağlı olarak ortaya çıkmış, gelişmiş ve günümüz anlamını kazanmıştır. Temsil eden ve temsil edilen aktörlerinin ögesi olan bu kavramın niteliği, uygulama alanı bulduğu ülkenin hükümet şeklinin ve yönetim biçiminin de belirleyicisi olmaktadır. Bir ülkede temsilin niteliği ve kapsayıcılığı demokrasinin gelişmişliği ile paralellik göstermektedir.

Feodal dönemde mutlak iktidara sahip olan kralın yetkilerinin tek sınırlayıcısı soylulardı. Avrupa’da yaşanan siyasi ve toplumsal değişimin paralelinde kral yetkilerini zaman içerisinde daha fazla paylaşmaya başladı. Parlamentolarda halkın temsilcileri de yer aldı ve bu temsilciler zamanla güçlendiler. Bunun bir diğer anlamı demokrasinin gelişmesidir. Nitekim tarihsel olarak giderek güç kazanan temsilcilerin oluşturduğu parlamentolar yönetimin asli unsuru haline geldi. Temsil olgusunun Türkiye’de gelişimi de tarihsel bir seyir izlemiştir. Önceleri mutlak iktidara sahip olan Osmanlı padişahları, bu yetkilerini dış müdahaleler ve Osmanlı modernleşmesi ile birlikte yaşanan toplumsal değişimin bir sonucu olarak parlamento ile paylaşmak zorunda kalmışlardır. Parlamento yapının birinci denemesi olan I. Meşrutiyet kesintiye uğrasa da ikinci deneme olan II. Meşrutiyetin 1909 değişiklikleri ile padişahın yetkileri büyük oranda sınırlanmıştır. Cumhuriyet’in kuruluşu ile parlamento yetkileri kendinde toplamış ve zamanla kadınlara seçme ve seçilme hakkının verilmesi, çok partili hayata geçiş gibi demokratik adımlar ile de temsil anlayışı günümüz şeklini almıştır.

Bu çalışmanın amacı Türkiye’de temsil olgusunun gelişimini Türk Anayasaları ekseninde incelemektir. Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kavram olarak ‘temsil’ olgusu açıklanacaktır. Temsil kavramının özel hukuk kaynaklı oluşu ve çalışmanın Anayasalar ekseninde yapılması, temsil kavramının özel hukukta ve kamu hukukunda ne anlama geldiğinin anlatılmasını zorunlu kılmaktadır. İkinci bölümde günümüz temsil olgusunun anlaşılması açısından İngiltere ve Fransa örneğinde temsil olgusunun tarihsel gelişimi incelenecektir. Son bölümde tarihsel koşullar ve ağırlıklı olarak hukuksal bir bakış açısı ile Türk Anayasaları ekseninde temsil olgusunun gelişimi incelenecektir.

I. Temsil Kavramı

Teoride bireylerin günümüzde siyasal yaşama doğrudan katılmasının zor olduğu gerekçesiyle ortaya çıkan temsil kavramının anlamı Türk Dil Kurumu sözlüğünde “birinin ya da topluluğun adına davranmak” şeklinde ifade edilmektedir.¹ Genel olarak temsil kavramı, temsilci ve temsil edilen

¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi:07.10.2013.

kişi veya grupların bir anlaşmaya binaen oluşturmuş oldukları ilişkiyi ifade eder.²

Hukuki açıdan baktığımızda temsil, kişinin herhangi bir konuda yetkilendirmiş olduğu kimsenin yetkilendiren adına ortaya irade koyabilmesidir.³ Araslı, vekâlet olarak adlandırılan bu ilişki çerçevesinde vekilin (temsilci), müvekkilin (temsil edilenin) verdiği talimatın sınırları içerisinde ve bunların yerine getirilmesinden sorumlu olarak, gerekli hukukî işlemleri yapmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.⁴

Temsil ilişkisi hukuki ve siyasi olmak üzere iki boyutlu bir anlam taşımaktadır. Meseleyi sadece bir yönü ile ele almak konunun anlaşılmasını güçleştirmekte ve anlamını daraltmaktadır. Temsil ilişkisinin aktörleri açısından çeşitli temsil türleri bulunmaktadır. Bunlar genel olarak **özel hukukta temsil** ve **kamu hukukunda temsil** olarak sınıflandırılır. Temsil kavramının özel hukuktaki temsil kavramından kaynakla kamu hukukuna geçtiği teziyle⁵ öncelikle özel hukuktaki temsil anlayışına bakmak yerinde olacaktır.

A. Özel Hukukta Temsil

Özel hukukta temsil, “*bir kimsenin mümessil sıfatı ile diğer bir kişi adına hukuki işlem yapmasıdır*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁶ Diğer bir tanımında ise temsilin, “*bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere o şahsın ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisi*” olduğu belirtilmektedir.⁷ Temsilcinin iradesinin ortaya çıkışı, temsil edilenden çıkmış gibi aynı değerde olması ve aynı hukuki neticeleri doğurması esasına dayanan özel hukuktaki temsil ilişkisi, toplumsal ihtiyaçlara binaen ortaya çıkmış

² Uğur Yıldırım vd. “Yerel Temsil ve Katılım Bağlamında Belediye Meclisleri: Kahramanmaraş ve Sivas Örnekleri”, **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl:2011, Cilt:8, Sayı: 15, s. 508. Ss.507-530.

³ Oya Araslı, **Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı** Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s.10

⁴ Araslı, s.10.

⁵ Fahir Armağaoğlu, **Seçim Sistemleri**, Güney Matbaası, Ankara, 1953, s.8.

⁶ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yirmi ikinci Bası, Beta Basım, İstanbul, 2011, s.146.

⁷ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Yayınevi, Bursa, Haziran 2011, s.666-667.

ve “*günümüzde önemi gittikçe artan hukuki bir müessese*”⁸ halini almıştır. Bu kurumun kapsamında, yetkisinin sınırları içerisinde kalmak şartı ile temsilci temsil edilenin iradesini aynen ifade eder ve temsilci tarafından yapılan tasarruf, temsil edilen tarafından yapılmış gibi kabul edilir.⁹

Özel hukukta, temsil olunan ve temsilci arasındaki ilişkinin niteliği ya kanun ile ya da tarafların iradesi ile belirlenir. Kanundan kaynaklanan temsil ile “kanuni temsil”, tarafların iradesinden kaynaklanan temsile “iradi temsil”, denmektedir.¹⁰ Kanuni temsil, temsil olunan kişinin iradesinden değil, doğrudan kanundan kaynaklanır. Kanuni temsil durumunda temsilci(veli, vasi, kayyım) ile temsil olunan kişi arasındaki ilişkinin hüküm ve sonuçları bizzat kanun tarafından düzenlenir. İradi temsil ise yukarıda da belirttiğimiz gibi tarafların iradesinden kaynaklanır. İradi temsilin en bilinen şekli ise vekâlet sözleşmesidir.¹¹ Vekâlet sözleşmesi, vekâleti alan(vekil) ve vekâleti verenin(-müvekkil) irade beyanıyla oluşur. Vekâlet ilişkisinin kapsamı vekil ile müvekkil arasında yapılan sözleşme ile tespit edilir. Bu ilişkide vekilin işlemleri doğrudan müvekkilden çıkıyormuş gibi kabul edilir.¹² Bahsedilen hususlarla ilgili olarak, temsilci ile temsil olunan kişi arasındaki temsil ilişkisi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun¹³ 40-48. maddelerinde, vekâlet ilişkisi ise 502-514. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Aşağıda açıklanacağı üzere, kamu hukukundaki temsil veya diğer bir ifadeyle siyasi temsil, hukuki özellikleri bakımından özel hukuktan çok daha farklı bir anlam taşımaktadır.¹⁴ Kamu hukukçuları özellikle anayasa hukukçuları, özel hukuktaki temsil türlerinden olan “iradi temsil”in bir türü olan “vekâlet” kavramını kullanmışlardır.¹⁵

⁸ Reisoğlu, s.146.

⁹ Armağaoğlu, s.8.

¹⁰ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, 6. Baskı, 1998, s.393; Gözler, Genel Teori, s.668.

¹¹ Gözler, Genel Teori, s.669.

¹² Gözler, Genel Teori, s.669.

¹³ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi:11.01.2011, **Resmi Gazete(RG)**, Sayı:27836, 04.02.2011

¹⁴ Armağaoğlu, s.9.

¹⁵ Gözler, Genel Teori, s.669.

B. Kamu Hukukunda Temsil

Konumuz açısından bakacak olursak, kamu hukukundaki temsil veya siyasi olarak temsil, bireylerin kendileri namına karar vermek üzere görevlendirdikleri kişi veya kurumları ifade eder.¹⁶ Egemenliğin mahiyetinin ne olduğunu tespit etmek yüzyıllardan beri tartışılan ve sınırlarının açıkça belirtilemediği bir meseledir. Aşağıda sayacağımız teorilerden literatürde en çok tartışılanlar milli egemenlik teorisi ve halk egemenliği teorileri kamu hukukundaki temsil olgusunun kökenini anlamak açısından önemlidir. Bu teorileri açıklamadan önce ise temsil kavramı ile aralarındaki bağın ortaya konulması önem arz etmektedir.

Teorik olarak doğrudan demokrasi sistemi, “halk egemenliği” teorisine dayanmaktadır. Halk egemenliği teorisi de Rousseau’nun “sosyal sözleşme” eserinde savunduğu “egemenliğin devredilmezliği” kuramına dayanmaktadır.¹⁷ Rousseau’ya göre egemenlik ne devredilebilir¹⁸ ne de temsil edilebilir¹⁹. Çünkü egemenlik halktır. Diğer bir ifadeyle “*egemenlik, halk oyununun yürütülmesinden başka bir şey olmadığı için... hiçbir zaman başkasına geçirilemez... kolektif bir varlık olan egemen varlığı da ancak yine kendisi temsil edebilir*”. Egemenlik temsil de edilemez. “*Egemenlik hangi nedenlerden dolayı devredilemezse aynı nedenlerden dolayı temsil de edilemez. Egemenlik genel iradeye dayanır; genel irade ise temsil olunamaz...*”²⁰

Doğrudan demokrasi sisteminin kökeninin “halk egemenliği” teorisine dayandığı gibi temsili demokrasi sisteminin de teorik kökeni “milli egemenlik” teorisine dayanmaktadır.²¹ Zira aşağıda açıklayacağımız gibi, millet, kendisini oluşturan bireylerin dışında soyut bir varlık olduğuna ve sadece bugünkü yaşa-

¹⁶ Yusuf Tekin, Sabri Çiftçi, “Temsil Krizi Tartışmalarına Bir Katkı: 22. Dönem TBMM’nde Yapılan Bir Alan Araştırmasının Sonuçları Işığında Türk Siyasal Yaşamında Demokratik Temsil İlkesinin Görünümü”, **SÜ, İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, s. 71. Ss. 69-90.

¹⁷ Gözler, Genel Teori, s.660.

¹⁸ Jean-Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev: Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, IX. Basım, İstanbul, 2012, s.23.

¹⁹ Rousseau, s.53-95.

²⁰ Rousseau, s.53-95.

²¹ Gözler, Genel Teori, s.666.

yan bireyleri değil, kendisinden önceki ve gelecek kuşakları da içine aldığına göre, milletin kendi namına konuşacak, hareket edecek temsilcilere ihtiyacı bulunmaktadır.²²

1. Milli Egemenlik Teorisi

Millet kavramı, kendisini oluşturan bireylerden ve bu bireyler üzerinde yer alan manevi bir varlık olarak, halk kavramından farklıdır.²³ Millet, bireylerin bir toplamı değil onların bir sentezi olduğundan milletin iradesi de birey iradelerinin sentezidir ve böylece tek tek birey iradelerinin dışında ve üstünde bir iradedir. Millet egemenliği bölünmez bir bütündür ve bu nedenle paylaşılmaz veya devredilemez. Millet egemenliğinin kullanılması ancak temsili demokrasi yoluyla ve temsilciler eliyle olur. Millet egemenliği anlayışında seçim bir hak olarak kabul edilebileceği gibi görev olarak ta kabul edilebilir. Millet egemenliğinde temsilciler milli iradeyi kendi iradelerine göre oluşturmaktadırlar. Temsilcileri seçenlerin, temsilcilerine emir vermesi yahut görevden uzaklaştırması söz konusu değildir.²⁴ Milli egemenlik teorisi, bugün yaşayanları kapsadığı gibi geçmiş ve gelecek kuşakları da içine alan bir yapıdadır.²⁵

Milli egemenlik teorisinin doğurduğu bir takım sonuçlar vardır. Bu sonuçlar bize temsil kavramını izah eden emredici vekâlet ve temsili vekâlet modelleri ile ayırımının belirginleştirilmesinde yardımcı olacaktır. Bu sonuçlar özetle şu şekildedir:

Milli egemenlik teorisine göre seçmenlik bir hak değil görevdir. Daha açık bir ifadeyle, seçimlerde oy kullanmak, millet adına bir görevi yerine getirmek anlamına gelmektedir. Seçimlerde, seçmen sıfatına sahip bir kimsenin oy kullanması zorunludur. Buna mecburi oy ilkesi denir. Seçmenler kendi iradesini değil, milletin iradesini yansıttığı için milletin iradesini yansıtmaya en ehil

²² Gözler, Genel Teori, s.666.

²³ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş**, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa, 2011, s.74.

²⁴ M. Emin Ruhi, **Fransız Devriminde Bir Başrol Oyuncusu Sieyes**, Liberte Yayınları, Ankara, 2002, ss.84-86.

²⁵ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Genel Esaslar, Beta Basım Yayım Dağıtım 14. Bası, İstanbul, 2013,s.111; Gözler, Genel Teori, s.443.

kişiler seçmen olmalıdır. Milli egemenlik teorisi, temsili demokrasi rejimini gerektirir. Bu noktada temsilciler, seçmenler adına değil, millet adına hareket edeceğine göre, milli egemenlik teorisi, halk oylaması, halk teşebbüsü, halk vetosu gibi yarı doğrudan demokrasi araçları ile bağdaşmaz. Burada en önemli noktalardan bir tanesi ise, milli egemenlik teorisinin, “emredici vekâlet” yasağını gerektirmesidir. Temsilciler, seçmenler adına değil, millet adına hareket edeceği için kendisini seçen seçmenlerin emirlerine bağlı olmaması gerekmektedir. Temsilcilerin halktan aldığı vekâlet genel ve serbest bir vekâlettir. Ayrıca bu teori temsilcilerin azli usulü ile de bağdaşmaz. Kuvvetler ayrılığı sistemi ve kanunların anayasaya aykırılığının denetimi milli egemenlik teorisi ile uyum içindedir.²⁶

2. Halk Egemenliği Teorisi

Egemenliğin halka ait olduğu bu teoride halk, belli bir anda hayatta olan vatandaşlar topluluğu anlamındadır.²⁷ Halk bireylerin bir sentezi olmayıp toplamı olduğundan halkın iradesi halkı oluşturan bireylerin toplamından meydana gelir. Böylece her vatandaş egemenlikte bir pay sahibi olmaktadır. Bu teori ile özdeşleşen Rousseau’nun da ifade ettiği gibi, on bin yurttaştan teşekkül eden bir devlette her insan, yurttaş olarak bir birey sayılacağından, egemen varlığın yurttaşla olan ilişkisi on binin bire ilişkisi gibidir. Yani, devletin üyelerinden her birinin payına egemen gücün on binde biri düşer.²⁸ Halk egemenliği bölünebilir ancak devredilemez. Halk egemenliği teorisinde halk, milli egemenlik teorisinin tersine egemenliğin doğrudan kullanma hakkına sahip olabilir ve yarı doğrudan demokrasinin tüm vasıtalarından yararlanabilir. Halk egemenliği teorisinde seçmenler bir görevi değil bir hakkı yerine getirmektedirler.²⁹

Halk egemenliği teorisinin de doğurduğu bir takım sonuçlar vardır. Bu sonuçlar da temsil kavramını izah eden emredici vekâlet ve temsili vekâlet modelleri ile ayırımının belirginleştirilmesinde bize yardımcı olacaktır. Bu teoriye ait sonuçlar özetle şunlardır:

²⁶ Gözler, Genel Teori, s.444-445.

²⁷ Gözler, Türk Anayasa Hukukunun, s.74.

²⁸ Rousseau, s.55.

²⁹ Ruhi, s.84-86.

Halk egemenliği teorisine göre seçmenlik bir hak olduğuna göre seçimlerde oy kullanıp kullanmakta isteğe bağlıdır. Buna mecburi “ihtiyari oy” ilkesi denir. Halk egemenliği teorisi, temsili demokrasi kurumlarıyla bağdaşmaz. Çünkü halk egemenliği teorisine göre egemenlik halktadır ve başkasına devir edilemez. Milletvekilleri milletin temsilcisi değil ancak memuru ya da görevlisi hükmündedir. Halk egemenliği teorisi, halk oylaması, halk teşebbüsü, halk vetosu gibi yarı doğrudan demokrasi araçları ile uyum içindedir. Halk egemenliği teorisinin en önemli özelliklerinden bir tanesi “emredici vekâlet” modelini gerektirmesidir. Bu teoriye göre egemenlik halka ait olduğu için temsilciler, kendisini seçen seçmenlerin emirlerine bağlıdır ve bu emirleri yerine getirmek zorundadırlar. Halk emirleri yerine getirmeyen temsilcileri görevden alabilir. Dolayısıyla bu teori temsilcilerin azli usulü ilkesi ile uyumludur. Kuvvetler ayrılığı sistemi ve kanunların anayasaya aykırılığının denetimi Halk egemenliği teorisi ile bağdaşmamaktadır.³⁰

Diğer taraftan Armağaoğlu'nun “Şeçim Sistemleri” isimli eserinde yaptığı sınıflandırmayı belirtmek te yerinde olacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere literatürde en çok tartışılan Milli Egemenlik ve Halk Egemenliği teorilerinin dışında başlıca teoriler;³¹

- Temsil edilen ve temsilci diye bir ikiliğin olmadığı, iradesini organlarıyla ortaya koyan yalnız kolektif bir şahsın olduğu ve Millet iradesinin, bu iradeyi ortaya çıkaran organdan ayrılmadığı *Organ Teorisi*,
- Seçmenle seçilen arasında ki hiçbir hukuki bağın olmadığı, temsilcilerin bir aristokrasiyi temsil ettiği ve seçmenlerin bu aristokrasiyi tayin ettikten sonra yetkilerinin sona erdiği *Basit Şeçim Teorisi*,
- Temsilcinin yapmış olduğu tasarrufların bizzat temsil edilen tarafından irade edildiği gibi hukuki sonuçlar doğuran *Hukuki Temsil Teorisi*dir.

Temsil kavramının manasını anlamada ortaya atılan bu fikirlerin hepsinin bir katkısının olduğu kesindir ancak Armağaoğlu'nun da sorduğu “temsilin mesnedi nedir?” sorusunu yalnızca hukuki bir tabana dayandırarak izah etme-

³⁰ Gözler, Genel Teori, s.446-447

³¹ Armağaoğlu, s.9-11.

veya imkân yoktur. Çünkü temsil, toplum içerisinde cereyan eden bir yönü ile siyasi bir olaydır. Temsil olgusunu sadece hukuk ile izah etmek, kavramı, işgal etmekte olduğu sahayı daraltmak olur.³²

II. Siyasal Temsil Biçimleri ve Temsil Kavramının Tarihsel Gelişimi

Temsil ilişkisi tarihsel olarak uygulamada farklı şekillerde tezahür etmiştir. Milli egemenlik ve halk egemenliği teorileri egemenliğin kaynağını farklı biçimlerde yorumlamalarından dolayı, egemenliğin kullanım biçimine göre farklı temsil anlayışlarını ortaya çıkarmıştır.³³ İlk olarak *emredici vekâlet*, daha sonra egemenlik kavramında yaşanan gelişmelerin sonucunda günümüz *temsili vekâlet* anlayışı ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra temsilci ile temsil edilen arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğine dair modeller bulunmaktadır.³⁴ Konumuz açısından emredici ve temsili vekâletin ne olduğunu bilmek temsili tarihsel gelişiminin anlaşılması bakımından kolaylık sağlayacaktır.

A. Emredici Vekâlet Modeli

Buyurucu vekâlet olarak ta adlandırılan emredici vekâlete göre, egemenlik, bireylerin iradelerinin toplamından oluşan genel iradeye aittir. Devredilemeyecek olan bu yetkiyi kullanan temsilciler, kendilerini seçenleri ve seçildikleri bölgeyi temsil ederler. Diğer bir ifadeyle temsilciler, ulusun değil yalnızca kendilerini seçenlerin vekilleridirler ve her zaman seçmenlerin denetimi altındadırlar.³⁵ Sadece seçmenin istekleri doğrultusunda yetkilerini kullanırlar ve seçmenler tarafından azledilebilirler.³⁶ Her bireyin egemenlikten bir paya sahip olduğu bu vekâlet türünde vatandaşlar seçime katılarak vekillerini seçerler. Seçilen milletvekili yalnızca kendisini seçen seçmenlerin vekilidir.³⁷

³² Armağaoğlu, s.12.

³³ İlknur Türe, Çağdaş Demokrasinin Temel Koşulu: Siyasi Temsil, **Bahkesir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1, 2005, s.77., ss.68-81.

³⁴ Mütevellî, delege, vekâlet ve benzerlik modelleri için bkz. Andrew Heywood, **Siyaset**, Çev. Zeynep Kopuzlu, Liberte Yayınları, Ankara, 2013, s.291-298

³⁵ Türe, s.77.

³⁶ Yılmaz Aliefendioğlu, Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, **TBB**, Sayı: 60, 2005, s. 85., ss. 71-96

³⁷ Armağaoğlu, s.12.

Emredici vekâlet teorisinin, temsil edilen ve temsil eden açısından dayanmış olduğu hukuki esaslar şunlardır;³⁸

Temsil edilen açısından; temsil edene direktif vermek, temsil edeni bu direktifin yerine getirilip getirilmediği hususunda denetlemek, denetim sonunda temsil edilenlerin direktiflerine uygun hareket edilmediği takdirde, temsil edeni azletmektir.

Temsil eden açısından ise; temsil edilenler tarafından verilen direktifleri yerine getirmek, temsil edenin nasıl davranacağına ilişkin herhangi bir direktifin bulunmaması halinde seçmenlerin çıkarları doğrultusunda hareket etmek ve yaptıkları hizmet sonucunda, temsil edilenlerden ücret talep edebilmektir.

Bu modele göre, temsil edilen ile temsil eden arasındaki ilişki, temsil edenin-seçilenin- seçmenlerin emir ve denetimi olmaları nedeniyle “temsilci” değil, bir “delege”³⁹ ya da temsil edilenin bir “memuru” şeklinde tanımlanabilir. Nitekim Heywood, temsil konusunda “*delege modelini*” incelerken delege kavramını “*verilen açık talimatları temel alarak başkaları adına hareket eden kimse*” şeklinde tanımlamaktadır.⁴⁰

Teziç’e göre emredici vekâlet teorisinde “vekâlet” temsilcilerin seçilmesini sağlayan siyasi parti tarafından verileceğinden zaman zaman profesyonel siyasi grup, temsilci ve halkın görüşü uyum içinde olmayacaktır. Bu durum, emredici vekâletin uygulamada ki sakıncalarından birisidir.⁴¹ Yaşanan toplumsal gelişmeler, halk egemenliği anlayışını benimseyenler tarafından desteklenen bu vekâlet türünün uygulanmasını ortadan kaldırmıştır.⁴² Bunun yerine değişen toplumsal koşullara cevap verebilecek nitelikte olan “temsili vekâlet” uygulamasına geçilmiştir.⁴³

³⁸ Armağaoğlu; s.13-16, Araslı, s.12; Teziç, s.115,116.

³⁹ Türe, s.77.

⁴⁰ Heywood, s.294-295.

⁴¹ Teziç, s.223.

⁴² Murat Sarıca, **Fransa ve İngiltere’de Emredici Vekâletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş**, İÜHF. Yayını, İstanbul 1969, s.200; Araslı,s.13; Ülkü Varlık, Banu Ören, “Demokrasi ve Siyasi Temsil” **SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, http://www.iibf-selcuk.edu.tr/iibf_dergi/dosyalar/161347914778.pdf, Erişim Tarihi: 12.10.2013, s.181.

⁴³ Varlık, Ören, s.181.

B. Temsili Vekâlet Modeli

Özel hukuk vekâletinden farklı olarak millet ile parlamento arasındaki vekâlet, bağlayıcı değil siyasi ve serbest bir vekâlettir.⁴⁴ Temsili vekâletin temsil edilen ve temsil eden açısından dayanmış olduğu hukuki esaslar şunlardır;

Temsil edilen açısından; temsil edilenler, temsilciye emir ve direktif veremezler⁴⁵ ancak temsil edilenler, temsil edenler tarafından yaptıkları faaliyetler konusunda haberdar edilir ve şeffaf bir ortam sağlanır.⁴⁶ Emredici vekâletin aksine, temsil edilenler temsilciyi azledemezler. Buna azil yasağı denir.⁴⁷ Bununla birlikte, pasif bir durumda olan temsil edilenin yalnızca seçme rolünü oynadığını söylenebilir.⁴⁸ Ancak seçimler, temsil edenlerin sınırlandırılması açısından büyük önem taşımaktadır. Zira seçimler, temsil edenler açısından güven tazeleme ya da güven kaybı olarak neticelenebilir.⁴⁹

Temsil eden açısından; Emredici vekâletin aksine, temsil eden seçildiği seçim çevresini değil bütün milleti temsil eder.⁵⁰ Temsil edenler, seçim döneminde temsil edilenlere verdiği sözlere bağlı değildir ve bir sözleşme olsa dahi geçerliliği olmayabilir. Bu duruma emredici vekâlet yasağı denir.⁵¹ Yürütmüş olduğu faaliyetleri kendi bilgi ve düşüncelerine göre yaparlar. Temsil edilenlerden direktif almazlar.⁵² Bu davranışlarından dolayı da temsil edilenlere karşı hukuki bir sorumlulukları yoktur.⁵³

Temsili vekâlet teorisine göre; egemenliğin kullanılması temsil edilenler tarafından tek tek değil, temsil edenlerce(parlamentoya) oluşturulmuş topluluğa bir bütün olarak verilmiştir.⁵⁴ Böylece millete ait olan egemenlik yine millet

⁴⁴ Türe, s.78.

⁴⁵ Gözler, Genel Teorisi, s.678.

⁴⁶ Türe, s.78.

⁴⁷ Gözler, Genel Teori s.678.

⁴⁸ Teziç, s.218

⁴⁹ Türe, s.78.

⁵⁰ Gözler, Genel Teori, s.676.

⁵¹ Gözler, Genel Teori, s.676

⁵² Araslı, s.13.

⁵³ Araslı, s.13.

⁵⁴ Gözler, Genel Teori, s.675-676.

tarafından, iktidar hakkını kendisini temsil edenler aracılığıyla kullanılmış olacaktır.⁵⁵

Temsili vekâlet esasen, literatürde bazı yazarlar tarafından yeni temsil anlayışı şeklinde de incelenmektedir. Bu durum, vekâlet ve temsil kavramlarının farklı oluşundan kaynaklanmaktadır. Nitekim vekâlet iki hukuk süjesi arasında kurulacak bir ilişki olup, bu noktada bir yetki verme söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle, vekâlet kavramının zorunlu bir sonucu olan, vekâlet veren ve vekâlet alan öznelerinin birlikte olmasıdır. Oysa yukarıda bahsedildiği üzere temsil edenlerin oluşumu olarak adlandırılacak parlamento seçimlerden önce mevcut değildir. Bu durumda, olmayan bir organa vekâletin devredilmesi de söz konusu olamaz. Buradan hareketle, yeni temsil anlayışının “temsili vekâlet” olarak adlandırılmasının yanlış bir yaklaşım olduğu savunulmaktadır. Temsil edenler de, temsil edilenlerin vekili değil, temsilcileridir.⁵⁶

Ancak bu tartışmalar yapılırken unutulmaması gereken bir nokta da her ne kadar seçimler esnasında milletin egemenliğinin kullanılması konusunda vekâletin devredileceği bir parlamento bulunmasa dahi ortada bu vekâleti devretmek isteyen bir irade ve bu vekâleti devralmak isteyen bir grup vardır. İster temsili vekâlet ister yeni temsil anlayışı olarak adlandırılsın, temsil eden ile temsil edilen arasındaki ilişkiler yukarıda anlatılan temel özellikleri taşımaktadır.

C. Temsil Kavramının Tarihsel Gelişimi

Eski Yunan ve Roma’da istikrarlı bir yönetim sistemi hiçbir zaman kurulmamıştı. Bunun bir sebebi hem ülkenin toprak bakımından büyümesi hem de nüfusun artışıydı. Nitekim giderek daha çok sayıda kişi Roma’ya kolayca seyahat etmelerini engelleyecek uzaklıklarda yaşıyor olmaları meclislerin temsili organlara dönüşmesini sağladı. Bu durum bize temsilin ve temsili kurumların, “demokrasinin bir ürünü olarak ortaya çıkmadığını”⁵⁷ ve Dahl’in ifade ettiği

⁵⁵ Varlık, Ören, s.181.

⁵⁶ Sarıca, s.5.

⁵⁷ H. Birsen Örs, “Siyasal Temsil”, I.Ü. **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No:35, İstanbul, 2006, s.6.

gibi “demokrasinin bir icadı değil, fakat ortaçağın monarşik ve aristokratik devletlerinin bir kurumu olarak geliştiği”ni⁵⁸ göstermektedir.

Yöneticilerin halk tarafından seçildiği ve demokrasinin ilk örneklerinden kabul edilen Antik Yunan’da bu kavrama rastlanmadığı belirtilmektedir.⁵⁹ Günümüz manasında kullanılan temsil kavramı ilk olarak Roma’da kullanılmış ve Romalıların “repraesentare” kelimesinden türemiştir. Pitkin’in belirttiği gibi “repraesentare” kelimesi bugünkü manasından daha çok bir şeyin yazılı olarak ortaya konması yahut soyut bir durumun bir nesne- de somut hale gelmesi, diğer bir ifadeyle insan veya bir heykelin yüzünde hüznün, sevinç gibi ifadelerin somutlaşması şeklinde kullanılmıştır. Esasen vekâlet anlamında temsil, bir bireyin ya da bir kurumun diğerleri adına hareket etmesi manasında kullanılmamıştır. Temsil kavramı günümüz manasına benzer manada ilk kez XIII. ve XIV. Yüzyıllarda önce Latince’de daha sonra İngilizce’de Kilise konseylerine katılmak için gönderilen kişiler veya İngiliz Parlamentosu için kullanılmıştır.⁶⁰

XII. yüzyılda kilisenin toplumsal hayat üzerindeki giderek artan etkileri kilisenin üstlenmiş olduğu yönetim faaliyetini daha karmaşık bir hale getirmişti. Bu karmaşıklığı çözmek için kilise hukukunda yaşanan gelişmeler ve buna paralel olarak Roma Hukukunun canlanması eski düzeni bastıran ve yeni düzeni formüle eden bir takım kavramların doğmasına neden oldu. Yaşanan değişimler temsil bağlamında incelendiğinde; topluluğun hak ve çıkarlarını simgeleyen *Korporasyon* veya *Universitas*, ortak çıkarları olan bireylerden oluşan bir grupken; bir başkası adına hareket edebilen *procurator* veya *proctor* ise bu kişileri temsil etmekteydi. Böylece temsil eden ve temsil edilen arasındaki ilişki Roma Hukukuna dayanan bu iki kavram ile varlık kazandı.⁶¹

XIII. Yüzyıla gelindiğinde modern anlamda temsil kavramının siyasal bir anlam kazanamamasının sebebi sivil yöneticilerin tüm devlet imajının temsil-

⁵⁸ Robert A. Dahl, “**Demokrasi ve Eleştirileri**” Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, ss.34-35.

⁵⁹ Hana Fenichel Pitkin, **The Concept of Representation**, University of California Pres, Berkeley, L.A., 1972, p.3.

⁶⁰ Pitkin, p.4.

⁶¹ Örs, s. 3.

ceri (*totius citatis imaginem repraesent*) olarak görülmeleri idi. Temsil kavramı ile ilgili önemli gelişmelerin yaşandığı İngiltere’de 1215 yılında imzalanan Magna Carta temsili demokrasiye giden yol üzerinde en önemli dönüm noktası olarak gösterilmektedir.⁶²

Kral III. Henry, zamanında(1245) ise *Magnum Concilium* ismiyle kilise büyüklerinin ve senyörlerin katılımıyla danışma meclisi oluşturulmuştur. Oluşturulan bu meclise zamanın İngiltere’sinin kontlarından seçimle tespit edilen ve şövalye ismiyle bilinen temsilcilerin katılmasına karar verilmiş ve bu şekilde temsili uygulama başlamıştır.⁶³ Daha sonraki dönemde şövalyelerin yanı sıra, imtiyazlı şehir ve kasaba temsilcilerinin de adı geçen danışma meclisine çağırılması sonucu meclisteki temsilci sayısı artmıştır. 1295 yılında Kral I. Edward zamanında oluşturulan parlamentoda ise İngiliz halkı neredeyse tamamen parlamentoda temsil edilmiştir.⁶⁴ 14. yüzyıl İngiltere’sinde bölgeleri adına söz söyleme hakkına sahip olan temsilcilerin de içinde bulunduğu İngiliz Parlamentosu yöneten ve yönetilen –temsil eden ve temsil edilen- arasında bir köprü görevi görmekteydi.⁶⁵

İngiltere’de yeni temsil anlayışının ortaya çıkışı XIV. yüzyıldan XVII. yüzyılın sonuna kadar süren uzun bir dönemi kapsamaktadır. Tarihsel olarak bakıldığında İngiltere’de Kral hiçbir zaman yetkilerini tek başına kullanmamış, egemenlik kralın yetkilerini paylaştığı meclisler aracılığı ile kullanılan bir nitelik kazanmıştır.⁶⁶ İlk olarak ortaya çıkan parlamentolar kralın yetkilerini sınırlama fonksiyonu görürken zamanla siyasi kararları kendi içinde oluşturan kurumlar haline gelmişlerdir.⁶⁷

XIV. Yüzyılın başlarında Fransa’daki vekillerle kıyaslandığında İngiltere’deki vekiller seçmenlerin dileklerini krala ulaştırma bakımından seçme

⁶² Örs, s.4-5.

⁶³ Araslı, s.13,14.

⁶⁴ Araslı, s.15.

⁶⁵ Örs, s.6.

⁶⁶ Ergun Özbudun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 1-2, 1968, s. 59. ss. 59-80.

⁶⁷ M. Akif Özer, “Parlamentolar ve Denetim Fonksiyonları” *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 33, s.25. ss. 24-61.

yetkisine sahiptiler. Bu dönemde kanun teklif etme yetkisine sahip olan parlamento yasama yetkisini elde edebilmek amacıyla zaman zaman krala karşı gelmiş ve şiddetli çatışmalar olmuştur. Tekniğin, iktisadi alt yapının gelişmesi ve burjuvazinin gittikçe güçlenmesi parlamentonun kralla mücadelesine hız vererek yasama yetkisini ele geçirmesine yol açmıştır. Bu durum bölgesel farklılıkları silikleştirerek parlamentoda genel çıkarın özel çıkarlara ağır basmasına neden olmuş ve seçmen kendi bölgesel meselelerinin birincil olmadığını görerek seçmiş olduğu vekillere özel talimat vermekten vazgeçmiştir.⁶⁸

Aynı dönemde Fransa’daki gelişmelere baktığımızda; Fransız Kralı I. Philippe toplanacak olan vergilerle ilgili kararlar almak üzere asillerden, ruhban sınıfının ileri gelenlerinden ve imtiyazlı şehir temsilcilerinden oluşan grubu toplantıya çağırması *Etats Généraux*’un⁶⁹ temellerini atmıştır.⁷⁰ Bu *Etats Généraux*’larda seçmen vekil ilişkisinin başlıca özelliği seçmenlerin seçtikleri kişileri mümkün olduğu kadar denetleme imkânlarına sahip çıkmaya çalışmasıdır. Vekillerin görevi kendilerini seçenlerin dilek ve şikâyetlerinin toplandığı defterlerde ileri sürülen görüşleri krala kabul ettirmeye çalışmaktadır. *Etats Généraux* daha sık toplandıkça vekillere verilen talimatlar emredici nitelik kazanarak emredici vekâlet hâkim olmaya başlamıştır.⁷¹

XVIII. yüzyılın sonlarına doğru Fransa’da yaşanan mali bunalım üzerine 1614 yılından beri toplanmayan *Etats Généraux* toplantıya çağırılmıştır. Mecliste asiller, ruhban sınıfı ve burjuvalardan temsilciler vardır. Her sınıfın bir oya sahip olduğu bu mecliste *tiers etat*⁷² oluşturan burjuva ve köylüler ödedikleri vergiye uygun olarak diğer iki sınıfın iki katı kadar temsilci ile temsil edilmek

⁶⁸ Sarıca, s.49.

⁶⁹ Krallığı oluşturan üç erkten oluşan devrim öncesi Fransız Temsilciler Meclisi: Bunlar, ruhban sınıfı, asiller ve halktır. Kralın çağırısı üzerine toplanan bu üçlü meclis danışma meclisi niteliğindedir. Bkz. Alev Atlı, **Batıya Yön Veren Metinler III, Aydınlanma/Burjuvazi Yüzyılı/ Bilim Çağının Zaferi (1650-1800)**, İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, İstanbul, 2010, s.938.

⁷⁰ Kemal Yakut, *Çağdaş Dünya Tarihi*, Anadolu Üniversitesi Açık öğretim Fakültesi Yayınları, 1999, s.75.

⁷¹ Sarıca, s.35-37.

⁷² Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Emmanuel Sièyes, “Tiers-État Nedir?”, Çev: Süheyp Derbil, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 1951, ss. 126-207.

istemmiştir. Kral bu istekleri kabul etmek zorunda kalmış ve *Etats Généraux*'u oluşturan 1200 üyenin 600'ü halk tarafından seçilmiştir.⁷³

XVI. yüzyılın başlarından itibaren kendi iktidarlarını mutlaklaştırmak isteyen krallar ve bunların destekleyicisi olan burjuvazi dinsel ve siyasal feodalizm karşı mücadeleye girişmişlerdir.⁷⁴ Burjuvazi ve kral, feodal düzenin önemli aktörleri olan feodal beyler ve kilise ittifakına karşı girişmiş oldukları mücadeleyi kazanmışlardır.⁷⁵ *Etats Généraux*'ların parlamento haline gelmeleri milli egemenlik ilkesinin ilan edilmesiyle ve emredici vekâletin terk edilerek yeni temsil anlayışına geçilmesiyle mümkün olmuştur.⁷⁶

İngiltere ve Fransa örneğinde görüldüğü gibi temsil tarihsel süreç içinde gelişen bir olgudur. Mutlak iktidar sahipleri yetkilerini, yaşanan toplumsal değişim temelinde paylaşmak zorunda kalmış ve bu dönüşüm en sonunda milli egemenlik ile sonuçlanmıştır.

III. Türkiye’de Temsil Kavramı, Gelişmesi ve Kurumsallaşması

Türkiye’de temsil, İngiltere ve Fransa’daki gibi asırlara yayılan ve kendi iç dinamiklerinde gelişen bir olgu değildir. Devlet yönetimi açısından mutlak monarşi olan Osmanlı İmparatorluğu’nda padişahın yetkilerini sınırlandıracak kurallar ve bu kuralları şer’i hükümlerin dışında sınırlandıracak hukuki mekanizmalar bulunmamaktaydı. Padişahın yanında devlet yetkilerinin kullanılmasına katılan bir takım organlar ve görevliler olmakla birlikte genel olarak yetkiler padişahta toplanmıştı.⁷⁷

Siyasi temsil açısından önemli bir unsur olan kitlesel politika, II. Mahmut yönetimiyle başlamış, Tanzimatla gelişmiştir. Kitleselleşen bu politika 1850’lerden itibaren yerel meclisleri, ilk anayasa olan Kanun-u Esasi’yi ve 19 Mart 1877 yılında da Meclis-i Umumi adında bir parlamento ile kendi kurum-

⁷³ Yakut, s.76.

⁷⁴ Fatih Türe, “Egemenlik, Temsil Demokrasi ve Ulus Devlet”, **Finans Politik & Ekonomik Yorumlar Dergisi, Gündem**, Nisan 2008, s.11., ss.11-13.

⁷⁵ Ali Rıza Saklı, “Fransa ve Almanya’da Uluslaşma süreci ve Ulus Bilincinin Oluşumu”, **Akademik Bakış Dergisi**, Sayı:32, 2012, s.7., ss.1-19.

⁷⁶ Sarıca, s.156.

⁷⁷ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.25.

larını oluşturmuştur.⁷⁸ Parlamentolu bir yönetime geçiş, iç ve dış dinamikleri olan bir süreç gerektirmiştir.⁷⁹

A. 1876 Kanun-u Esasi

1876 Kanun-u Esasi ile kurulan Meclis-i Umumi, bu anayasanın 42. maddesinde belirtildiği gibi Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan olmak üzere iki meclisli bir yapıya sahipti. Heyet-i Ayan, günümüz parlamentolarındaki ikinci meclise karşılık gelmektedir.⁸⁰ 1876 Anayasasının 60. maddesine göre; Heyet-i Ayan’ın bütün üyeleri padişah tarafından atanmaktaydı ve bu atanmış üyelerin görev süresi ömür boyuydu(md.62). Buna karşın Heyet-i Mebusan’ın üyeleri ise halkın temsilcisi olup, her elli bin erkek nüfus için bir temsilciden oluşmaktaydı(md.65).

Osmanlı İmparatorluğunda padişah iradesini savunanlar ve bunun karşısında halkın iradesini savunanların⁸¹ görüşlerinin karşı karşıya gelmesi sonucunda çift meclisli bir yapı ortaya çıkmıştır. Nitekim İngiltere’de çift kanatlı bir meclis yapısının oluşması benzer bir tarihsel sürecin sonucudur.⁸² Genel olarak bir ülkede çift meclis sisteminin tercih edilme sebeplerini; “...*aristokratik geleneği yasama organına yansıtma isteği, çoğunluk iradesini frenleme amacı, federal yapıyı muhafaza etme amacı, yasa yapma fonksiyonunda kaliteyi artırma amacı ve iktisadi ikinci meclis oluşturma amacı...*”⁸³ olarak saymak mümkündür. Buradan hareketle 1876 Anayasasına göre oluşturulan parlamentonun sadece

⁷⁸ Ersin Kalaycıoğlu, “Türkiye’de Politik Rejim Evrim ve Yasama Sistemi”, Türkiye’de Politik Değişim ve Modernleşme, (Ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay), Dora Yayınları, 4. Basım Bursa, 2009, s. 391.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapkın Kredi Yayınları, İstanbul, 14. Baskı, İstanbul, 2006.

⁸⁰ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 12. Baskı, Bursa, 2011, s.17.

⁸¹ Fatma Acun, “Değişim ve Süreklilik: Osmanlı’nın Torunları, Cumhuriyetin Çocukları”, **Dünden Bugüne Türkiye’nin Toplumsal Yapısı**, (Ed. Mehmet Zencirkıran), Dora Yayınları, 3. Basım, Bursa, 2012., s.52.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, “İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı: Malî Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2009, c.I, ss.365-374.

⁸³ Bülent Yavuz, Mahmut Bülbül, “Çift Meclis Sistemi ve Türkiye” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt16, Sayı 1, 2012, s.219., ss.217-260.

seçilmiş üyelerden oluşturulmuş olması durumunda Padişahın yönetimde etkinliği azaltacağından, bunun karşısında Padişahın iradesini baskın kılacak bir meclise ihtiyaç duyulmuştur. Diğer bir ifadeyle Heyet-i Mebusanı frenlemek ve Padişahın yetkilerini korumak için Heyet-i Ayan oluşturulmuştur.⁸⁴

1876 Anayasasına temsil ilişkisi açısından baktığımızda günümüz anayasalarına paralel ifadelerin yer aldığını görmekteyiz. Kanun-u Esasinin 71. maddesinde, seçilmişlerden oluşan Heyet-i Mebusan'da bulunan her bir mebusun sadece seçildiği bölgenin değil bütün Osmanlıların vekili olduğu belirtilmiştir. Anayasa'da herkes kanunlar önünde eşit sayılıyor(md. 17) ve herkese kişi hak ve özgürlükleri tanınıyordu.⁸⁵ Devleti kurtarmak düşüncesi taşıyan aydınların Kanun-u Esasi ve parlamentoya, toplum içerisindeki mevcut farklı toplulukları birleştirici bir unsur olduğu anlamını yüklemişlerdir. 1876 Kanun-u Esasi'de amaçlanan temsil, genel olarak halkın ve onun içinde gelişen belli tabakaların temsili ve iktidarı paylaşması değil, etnik temele dayalı bir temsil anlayışını ifade etmektedir. İlk Osmanlı Parlamentosunu diğer çok uluslu imparatorluklarda var olan parlamentolar ile karşılaştırdığımızda, hâkim millet dışındaki unsurların daha geniş temsil edildiğini görürüz. Heyet-i Mebusan'da bu oran 47/119 iken Heyet-i Ayan'da bu oran 11/36 oranındadır.⁸⁶ Yetkileri ve katılım açısından farklı toplulukları içinde barındıran bir yapıda olması, parlamentoya karşı toplumsal, siyasal ve diplomatik tepkilerin doğmasına neden olmuştu.⁸⁷

Kanun-u Esasi'nin getirmiş olduğu yeni düzen, içeride devlet için çalışan görevlilerin(İlmiye sınıfı, paşalar) ve düzenli vergi sisteminden rahatsız olan tüccarların ellerinde bulundurdukları statü ve kazanımları tehdit etmekteydi. Diğer taraftan Meclis-i Mebusan'da temsilcileri bulunan Slavların, Katoliklerin ve Protestanların varlığı sırasıyla bu kesimlerden çıkar sağlayan Rusya, Fransa ve İngiltere gibi devletlerin Osmanlı İmparatorluğu üzerindeki politi-

⁸⁴ Yavuz, Bülbül, s.226.

⁸⁵ Hak ve Özgürlükler için bkz. Md.8-26 arası.

⁸⁶ Şükrü Hanioglu, "Siyasi Temsil Olayının Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Yeri" Türkiye'de Politik Değişim ve Modernleşme, (Ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay), Dora Yayınları, 4. Basım Bursa, 2009, ss. 363-364.

⁸⁷ Hanioglu, s. 364.

kalarına ters düşmekteydi.⁸⁸ 24 Nisan 1877’de çıkan 93 Harbi’de olarak bilinen Osmanlı-Rus Savaşı 1878’ kadar meclis görüşmelerini gölgeledi. Osmanlı Ordusunun savaşı kaybetmesi üzerine 31 Ocak 1878’de Edirne Antlaşması imzalandı. Bu koşullar altında 14 Mart 1878⁸⁹ tarihinde halkın ehliyetsizliği ve olağanüstü koşullar öne sürülerek Heyet-i Mebusan’ın oturumları tehir edilmiştir.⁹⁰

B. 1909 Değişiklikleri

Meclisin tehir edilmesinden 1908 yılına kadar muhalifler meşruti rejimin yeniden kurulması için çalışmıştır.⁹¹ Artan muhalefetin etkisiyle Sultan II. Abdülhamit, Heyet-i Mebusan için seçim yapılmasını bir irade-i seniyyeye dayandırarak kabul etmiştir.⁹² Meşrutiyete karşı olan grupların meydana getirdiği 31 Mart vak’ası Hareket Ordusu tarafından bastırıldıktan sonra Sultan II. Abdülhamit tahttan indirildi ve Kanun-u Esasi önemli değişikliklere uğradı.⁹³ Değişiklik ihtiyacını ortaya çıkartan nedenler, 1876 Kanun-u Esasi’sinin Padişahı güçlü kılması, 31 Mart Vak’ası nedeniyle uzun süre anayasa yapma işine girme koşullarının bulunmaması ve Meclisin kendini yeni anayasa yapmakla yetkili bir organ olarak görmemesidir.⁹⁴

1909 anayasa değişikliklerini temsil ilişkisi ekseninde değerlendirdiğimizde, Padişahın yetkileri daraltılarak seçilmişlerden oluşan Meclis-i Mebusan’ın yetkileri genişletilme yoluna gidilmiştir.⁹⁵ Bu anlamda yapılan değişiklikler şu şekildedir. Padişaha, seçilmiş temsilciler önünde yemin etmesi zorunluluğu getirilmiştir.(Md.3). Padişaha bu yükümlülüğün getirilmesi, güç dengesindeki kaymanın en önemli göstergelerinden biridir.⁹⁶ Uluslararası antlaşmaların ka-

⁸⁸ Tanör, s.159-160.

⁸⁹ Kemal Gözler, “Türk Anayasa Hukuku Dersleri” isimli kitapta bu tarihin 14 Şubat 1878 olduğunu belirtmektedir. Gözler, s.19.

⁹⁰ Hanioglu, s. 366.

⁹¹ Hanioglu, s.367.

⁹² Fatih Türe, “Türkiye’de Siyasal Egemenlik Kavramının Gelişimi: Osmanlı’dan Cumhuriyete Tarihsel Süreç” **Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, Sayı:4, 2005, s. 35., ss.28-51

⁹³ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s.26-27.

⁹⁴ Tanör, s.192.

⁹⁵ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s.27.

⁹⁶ Cem Eroğul, “1908 Devrimini İzleyen Anayasa Değişiklikleri” **100. Yılında Jön Türk**

bulü için Meclis-i Umumi'nin onayı koşulu getirilmiştir.(Md.7/8) Böylelikle egemenliğin kullanılması hususunda milletin temsilcileri, Padişah karşısında güç kazanmıştır.⁹⁷ Heyet-i Vükela, Padişaha karşı değil Meclis-i Mebusan'a karşı sorumludur(Md. 30) ve Meclis-i Mebusan, Heyet-i Vükela'yı güvensizlik oyuyla düşürebilmektedir(Md. 35). Bu durum meclisin, Padişah karşısındaki konumunun güçlendiğinin göstergesidir. Padişahın mutlak veto yetkisi kaldırılarak, geciktirici vetoya geçilmiştir(Md. 54). Bunun anlamı artık egemen olan Padişah değildir ve Padişaha rağmen parlamento kanun çıkartabilecektir.⁹⁸ Meclisin seçtiği başkan ve iki başkan vekilini Padişah doğrudan atayamayacak, sadece kendine yapılan arzı onaylayacaktır(Md. 77) Bu durum, kendini milletin temsilcisi olarak gören Meclis-i Mebusan'ın, kendi başkanını ve başkan vekillerini seçerken bu yetkiyi kimseyle paylaşmadığını göstermektedir.⁹⁹

Özetle, 1909 Anayasa değişiklikleri, Padişahın yetkilerini daraltarak Meclis-i Mebusan'ın yetkilerini genişletmiştir. Meclis-i Mebusan ve Heyet-i Vükela kurumları, Padişah'tan koparak ayrı ve nispeten demokratik organlar haline gelmiştir. Milleti temsil eden yetkileri genişletilmiş bir parlamento, sorumlu bir bakanlar kurulu ve yetkileri azaltılmış bir monarktan ortaya çıkan tablo, monarşinin meşruti bir kimlik kazanmasıdır.¹⁰⁰ Bu anlamda demokrasinin tüm anayasal kurumları 1909 yılında hukuki olarak kurulmuştur.¹⁰¹ Fakat ağırlaşan iç ve dış koşullar ve ülkede demokrasi geleneğinin olmaması neticesinde bu anayasa gereği gibi uygulanamamış,¹⁰² kısa bir süre içerisinde rejim, İttihat ve Terakki diktatörlüğüne dönüşmüştür.¹⁰³

C. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Osmanlı-Türk Anayasacılık hareketleri içerisinde dönüm noktalarından birisidir. Osmanlı Mebusan Meclisi, Misak-ı

Devrimi, (Ed. Sina Akşin, Serap Balcı, Barış Ünlü), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, s. 92. ss.85-139.

⁹⁷ Eroğul, s.94.

⁹⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.20.

⁹⁹ Eroğul, s.97-98.

¹⁰⁰ Tanör, s.217.

¹⁰¹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.22.

¹⁰² Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s.27.

¹⁰³ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.21.

Milliyi kabul ettikten kısa bir süre sonra İstanbul Hükümeti tarafından feshe-dildi.¹⁰⁴ Bunun üzerine Mustafa Kemal Ankara’da olağanüstü yetkilere sahip bir meclisin toplanacağını illere göndermiş olduğu bir tamimle bildirerek yeni seçimlerin yapılmasını istedi. Bu seçimlerle belirlenen ve İstanbul’dan gelen üyelerin katılımıyla 23 Nisan 1920 tarihinde kurucu meclis niteliğindeki Türkiye Büyük Millet Meclisi açılmıştır.¹⁰⁵

1921 Anayasası’nın 1. maddesinde geçen “Hakimiyet bilâ kaydü şart Milletindir, idare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müsnettir.” ifadesiyle yeni rejimin Cumhuriyet olduğu hukuki bir nitelik kazanıyordu.¹⁰⁶ Nitekim 1923’te maddeye eklenen “Türkiye Devletinin şekli hükümeti, Cumhuriyettir.” ifadesi fiilen benimsenen rejimin adını koymuştur. Tanör, 1921 Anayasası’nın “Büyük Millet Meclisi Milletin yegâne ve haki-ki mümessilidir.”(Md.2); “Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur.”(Md.3) maddeleriyle temsili demokrasiyi benimsediğini ancak “*bizzat ve bilfiil*” ibareleriyle doğrudan demokrasiyi çağrıştırdığını ifade etmektedir. Bunu besleyen iki olgu vardır. Birincisi, bölgesel ve ulusal kongre-lerde bölge halkları devletin kurumlarına rağmen seçtikleri delegeler aracılı-ğıyla kendi mukadderatlarını bizzat ve bilfiil elde etmeye zaten başlamışlardı. İkinci olgu ise, 1921 Anayasası’nın vilayet ve nahiye şuraları öngörmesinin bu Anayasanın 1. maddesiyle ilgili olduğu düşünülebilir.¹⁰⁷

1921 Anayasası, temsil açısından incelendiğinde, hükümet şekli olarak Cumhuriyetin benimsenmesi milli egemenlik ilkesinin kabul edildiğini¹⁰⁸ gösteren önemli bir gelişmedir. Teorik olarak partisiz bir meclis olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, Mustafa Kemal’in kendisine bağlı milletvekillerinden oluşan Birinci Grup(197 milletvekili) adı verilen Müdafaa-i Hukuk Grubu, muhaliflerden oluşan İkinci Grup(118 milletvekili) ve üçüncü bir grup olan ve mecliste aktif rol oynamayan milletvekillerinden(122 milletvekili) oluşmak-

¹⁰⁴ Tanör, s.230.

¹⁰⁵ Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım, 3. Baskı, Konya, 2005, s.22.

¹⁰⁶ Taha Parla, **Türkiye’de Anayasalar**, İletişim Yayınları, 1. Basım, İstanbul, 2002, s.9.

¹⁰⁷ Tanör,ss.256-257.

¹⁰⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.24.

taydı.¹⁰⁹ Birinci Grup, radikal reformcu milletvekillerinden oluşurken, İkinci Grup daha muhafazakâr ve siyasi bakımdan da daha liberal görüşlere sahipti.¹¹⁰ Buradan hareketle, kriz dönemlerinin hükümet sistemi olarak bilinen “*meclis hükümeti*” sistemini benimseyen mecliste bulunan grupların, halkın yaşadığı olağanüstü durumlar karşısında meraklarını giderecek önemli meseleleri temsil etmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisinde yer aldığını söyleyebiliriz.

D. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu

Olağanüstü koşulların ürünü olan 1921 Anayasası daha sonra yapılan değişikliklere rağmen devlet gereksinimlerini karşılamakta eksik ve yetersiz bir metindi.¹¹¹ Bu anayasanın hak ve özgürlükler açısından yetersiz olmasının¹¹² yanı sıra 1876 Kanun-u Esasi'nin de aynı zamanda yürürlükte olması yeni bir anayasa yapılması ihtiyacını doğurmuştu. Yeni anayasa 20 Nisan 1924 TBMM tarafından kabul edilerek 23 Nisan 1924'te yayınlanmıştır.

Bu anayasada devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu kabul edilmiş(Md.1), 102. Maddenin 3. Fıkrasına göre de bu maddenin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu(Md.3) hususu ise 1921 Anayasasında geçtiği şekli ile muhafaza edilmiştir. Egemenliğin kullanılması açısından 1921 Anayasası'nda geçen “Halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi” esasının yerine “Millet adına egemenlik hakkını kullanır” ibaresinin kabul edilmesi Meclisin devam edecek olan inkılâplar silsilesinde aldığı kararları kolaylaştırmıştır.¹¹³

1924 Anayasasının benimsemiş olduğu temsil anlayışını incelediğimizde; “Her mebus yalnız kendini intihab eden dairenin değil tüm milletin vekilidir”(Md.13/4) maddesiyle tüm milletin genel ve siyasi temsil anlayışının kabul edilmesinin yanı sıra seçen ve seçilen arasında bir temsil ve vekâlet

¹⁰⁹ Ergun Özbudun, **Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, ss.19-20.

¹¹⁰ Özbudun, Türkiye’de Parti, s.20.

¹¹¹ Mehmet Merdan Hekimoğlu, **Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.180; Tanör, s.290.

¹¹² Atar, s.24.

¹¹³ Tanör, s.296.

zincirine değinilmiştir.¹¹⁴ Milletvekillerinin bütünü temsil etmesi anlayışı, parlamentonun kamuoyu karşısında özerklik kazanmasına, böylece yasamanın, yürütme karşısında üstün bir konuma gelmesine yardım etmiştir.¹¹⁵ Aynı zamanda bu anlayış ile çoğunlukçu demokrasi anlayışı benimsenmiştir.¹¹⁶ Anayasanın hükümleri incelendiğinde çoğunluk iradesine sınırsız yetkiler sunduğu, azınlıktaki grupların menfaatlerini korumasız bıraktığı görülmektedir.¹¹⁷ Bu anayasada üstün ve rakibi olmayan TBMM’ye¹¹⁸ hâkim olan çoğunluğun millet adına egemenlik yetkisini sınırsız olarak kullanmaya yetkili kılındığı anlaşılmaktadır.¹¹⁹

1924 Anayasası’nda siyasi katılımın en görünür biçimi olan seçimler konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan birisi, seçmen yaşının 18’den 22’ye çıkararak ve temsil bağlamında katılımın kapsamını niceliksel olarak düşüren değişikliktir. Ancak buna karşın seçmen ya da mebus olabilmek için vergi verme şartının kaldırılması ve kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınması şeklinde katılımı arttırıcı değişikliklerde yapılmıştır.¹²⁰ Kadınlara bu hakkın verilmesi, kadının konumunu tebaadan yurttaşına geçiş, karşı cinsle eşit statüye ulaşma olarak anlaşılmaktadır. Nitekim 1935 yılında yapılan milletvekilliği seçimlerinde meclise giren 18 kadın milletvekilinin, temsil oranı % 4,5’tur.¹²¹ Bu gelişmelere rağmen 1925’ten sonra tek parti rejimi 1930’daki kısa aralık dışında, 1945 yılına kadar egemenlik hakkının çoktan seçmeli biçimde gelişmesine izin vermeyerek, ülkeyi tek şefli ve tek partili otoriter bir rejim şeklinde yönetmiştir.¹²² Çoğulculuğun yönetime yansımaları noktasında aracı bir kurum olan siyasi partiler açısından 1924 Anayasası uygulamada yetersiz kalmıştır.

¹¹⁴ Tanör, s.298.

¹¹⁵ Fehmi Akın, “1924 Anayasasının Modernleşme Açısından Anlamı”, **AKÜ Sosyal Bilimler Dergisi-Atatürk Özel Sayısı**, Cilt:8, Sayı:3, Aralık 2006, s.10,ss.1-12.

¹¹⁶ Yusuf Şevki Hakyemez, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, **AÜHF**, Cilt:52, Sayı:4, s.85, ss.69-92.

¹¹⁷ Serap Yazıcı, **Anayasa-I**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:2572, Eskişehir, 2012, s.71.

¹¹⁸ Ömer Anayurt, 1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 2003, s.11.

¹¹⁹ Yazıcı, s.71.

¹²⁰ Tanör, 315.

¹²¹ Semra Gökçimen, “Ülkemizde Kadınların Siyasal Hayata Katılım Mücadelesi”, **Yasama Dergisi**, Sayı:10, 2008, s.5., ss.5-59.

¹²² Tanör, 315-316.

Temsil olgusunu doğrudan etkileyen unsurlarından biri seçim sistemleridir. Benimsenen seçim sistemine göre bazı siyasi partiler aldıkları oy oranının altında temsil edilirken bazıları aldıkları oy oranının üstünde temsil olunur. Kimi partiler de yeterli oy alamadığı için parlamento dışı kalabilmektedir.¹²³ Temsilde adaletsizliğe sebep olan seçim sistemlerinden biri 1946- 1960 yılları arasında ülkemizde uygulanmıştır. Anılan dönemde seçim sistemi olarak benimsenen liste usullü çoğunluk sistemi temsil açısından doğası gereği orantısız sonuçlara neden olmaktadır.¹²⁴ Nitekim 14 Mayıs 1950 seçimlerinde CHP %39,9 oy ile 69 milletvekili çıkarırken DP %53,3 oy oranı ile 408 milletvekili çıkarmıştır.¹²⁵ Listeli çoğunluk usulünün benimsendiği 1946-1960 döneminde yapılan seçimler en yüksek orantısızlığın olduğu seçimlerdir. Bu orantısızlıklar sırasıyla, 1950’de %28, 1954’te %32,8 ve 1957’de %16,7’dir.¹²⁶ Bu durum demokrasinin bunalıma girmesinde ve kesintiye uğramasında büyük bir etken sayılmıştır.¹²⁷

E. 1961 Anayasası

Demokrat Parti iktidarına tepki olarak, genç subaylardan oluşan bir askeri cuntanın emir komuta zinciri dışında, askeri darbeye yönetime el koymasının ardından oluşturulan kurucu meclis tarafından hazırlanan anayasa halk oylamasıyla 9 Temmuz 1961’de yürürlüğe girmiştir.¹²⁸ Hazırlanan anayasa, Demokrat Parti taraftarlarının temsil edilme olanağına sahip olmadığı ve Cumhuriyet tarihinde halk oylamasına sunulan ilk anayasa olma özelliğini taşımaktadır.¹²⁹ 1961 Anayasası’nda temsile ilişkin olarak milletin genelinin temsilinin sağlanmaya çalışıldığı 450 milletvekilinden oluşan Millet Meclisi ve halk tarafından seçilen 150 üye, cumhurbaşkanı tarafından seçilen 15 üye ve eski cumhur-

¹²³ Erol Tuncer, “Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği” **Anayasa Yargısı**, 23(2006), ss.167-182

¹²⁴ Özbudun, Türkiye’de Parti, s. 93

¹²⁵ Süleyman Güngör, “14 Mayıs 1950 Seçimleri ve CHP’de Bunalım”, **SDÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:21, Mayıs 2010, s. 202. ss.193-208.

¹²⁶ Özbudun, Türkiye’de Parti, s. 101.

¹²⁷ Ergun Özbudun, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 44, Sayı 1-4,s. 528. ss. 1995, 521-539.

¹²⁸ Hekimoğlu, ss.183-184.

¹²⁹ Sezer Ayan, “Siyasi Yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt:8, Sayı: 2, 2007, s.3., ss.1-24.

başkanlarının üye olduğu Cumhuriyet Senatosu şeklinde çift meclis sistemi benimsenmiştir.¹³⁰

Bu anayasada, daha önceki anayasalarda da geçen “Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletindedir.”(Md.4/1) ifadesi korunmuş, ancak egemenliğin kullanılmasında diğer anayasalardan farklı olarak, “Milletin egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır”(Md.4/2) ifadesi yer almıştır. Böylece TBMM egemenliğin kullanılması noktasında tek yetkili organ olmaktan çıkmış ve egemenliğin kullanımını anayasada belirtilen diğer devlet organları ile paylaşmıştır.¹³¹ Halk egemenliğine dayanan bu anayasa, halk oylaması, halkın kanun teklifi veya vetosu gibi yarı doğrudan demokrasi araçlarına yer vermeyerek temsili demokrasi geleneğini sürdürmüştür.¹³² Temsil konusu açısından önemli olgular olan seçimler ve partiler ile ilgili olarak 1961 Anayasası önemli düzenlemeler içermektedir. Seçimler konusunda;

“Seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır. Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur.”(Md.75/1 şeklindeki düzenlemeyle seçim konusunu yeni güvencelerle besleyerek anayasallaştırmıştır.¹³³

Seçim sistemi ve temsil ilişkisi arasında bir ana kanal olan siyasi partiler ilk kez 1961 Anayasası ile güvence altına alınmış ve takip eden süreçte 648 sayılı yasa ile siyasi partilerin hukuksal statülerini o günün gereksinimlerine göre düzenlemiştir.¹³⁴ Böylece 1961 yılına kadar siyasi dernek olarak kabul edilen ve sona ermeleri derneklerle aynı hukuki statüye tabi olan siyasi partiler 1961

¹³⁰ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.38.

¹³¹ Ergun Özbudun, **Anayasa Hukuku**, (Ed. Ergun Özbudun, Bülent Yücel) Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 2692, Eskişehir, 2012, s.24.

¹³² Tanör, s.384.

¹³³ Tanör, s.386.

¹³⁴ Yılmaz Aliefendioğlu, “Siyasi Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri” **Anayasa Yargısı**, Cilt:16, 1999, s. 101 (95-115)

Anayasası ile hem korunuyor hem de demokrasi partilerden korunmuş oluyordu.¹³⁵ Diğer bir ifade ile siyasi partiler, ilk kez Anayasal bir düzenlemeye konu olmuş ve 1961 Anayasasında demokratik hayatın vazgeçilmez unsuru olarak kabul edilmişlerdir.¹³⁶ Bunun yanı sıra Anayasa'nın 57. maddesinde “*siyasî partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır. Bunlara uymayan partiler temelli kapatılır.*” hükmü ile de devletin temel ilkeleri koruma altına alınmıştır.

1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, temsil açısından önemli bir unsur olan seçim sistemi konusunda birden fazla sistem uygulanmıştır. 1961- 1965 yılları arasında millet meclisi seçimleri için seçim çevresi barajlı d'Hondt sistemi, Cumhuriyet Senatosu için liste usullü çoğunluk sistemi, 1965- 1968 arasında her iki meclis için milli bakiye sistemi, 1969- 1980 arasında barajsız d'Hondt sistemi uygulanmıştır.¹³⁷ Bunun yanı sıra 23.03.1968 tarihli ve 1036 sayılı kanunla Adalet Partisi her iki meclis için çevre barajlı d'Hondt sistemini getirmiştir. Adalet Partisi'ni üstün konuma getirecek bu değişiklikte çevre barajına ilişkin hükümler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.¹³⁸

1961 yılında yapılan seçimlerde çevre barajlı d'Hondt sistemi ile 1946-1961 yılları arasında seçim sisteminin neden olduğu ‘orantısız temsilin’ ortadan kalkması öngörülmüştür. Nitekim, nispi temsilin uygulandığı 1961 seçimlerinde orantısızlık %1.0 iken, nispi temsilin en saf hali olan milli bakiye sisteminin uygulandığı 1965 seçimlerinde ise orantısızlık %0,75 ile en azdır.¹³⁹ Bu nedenle 1961 seçimleri, temsilde adaletin sağlandığı ancak yönetimde is-

¹³⁵ Abdurrahman Eren, “Türk Anayasa Mahkemesine Göre Siyasal Parti Kapatma Davasının Hukuki Niteliği”, <http://istanbuluniversitesi.hukukfakultesi.gen.tr> ; Erişim Tarihi: 10.11.2013.

¹³⁶ Mehmet Kahraman ve Zekeriya Çalışkan, “Türkiye’de Siyasal Partilerin Hukuksal Statüsü Ve Siyasal Partilerin Kapatılması Rejimi”, **Doğu Anadolu Araştırmaları**, 2007, s. 122. ss. 122-131.

¹³⁷ Özbudun, *Türkiye’de Parti*, s. 93.

¹³⁸ Özbudun, *Türkiye’de Parti*, s. 94.; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.1968/15, K.1968/13, 3-4-5 Mayıs 1968, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi(AMKD)**, Sayı:6, ss.169-175.

¹³⁹ Özbudun, *Türkiye’de Parti*, s. 101.

tikrarın sağlanamadığı bir seçim olmuştur. Buna karşın 1965 yılında uygulanan milli bakiye ve 1969 yılında uygulanan barajsız d’Hondt sistemi temsilde adalet ve yönetimde istikrarı birlikte sağlamaya çalışmıştır.¹⁴⁰ 1980 askeri müdahalesine kadar seçim sistemi barajsız d’Hondt olarak kalmıştır.

F. 1982 Anayasası

Türk Silahlı Kuvvetlerinin emir komut zinciri içinde gerçekleştirdiği askeri darbeye yönetime el koymasının ardından, Kurucu Meclis tarafından hazırlanan anayasa halkoyu ile kabul edilmiş ve 09.11.1981’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁴¹ 1921’den beri Türkiye Cumhuriyeti, egemenlik hakkını millete tanıyan milli egemenlik ilkesini benimsemiştir.¹⁴² 1982 Anayasası’nın 6. maddesinde de hiçbir suretle belli bir kişi, zümre veya sınıfa egemenliğin kullanılmasının bırakılmayacağı, bu hakkın kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve ancak milletin kendi egemenliğini anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı vurgusu yapılmıştır. 1982 Anayasası’nda milli egemenlik ilkesine rağmen, saf temsili rejimden ayrılarak 175. madde ile 1961 Anayasası’nda farklı bir şekilde yarı doğrudan demokrasi araçlarından biri olan halk oylaması(referandum) kurumuna yer verilmiştir.¹⁴³ Buradan hareketle Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası’nın 6. Maddesinde “Türk Milleti, egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanır” şeklinde belirtilen ibarenin, “.....yetkili organlar eliyle ve halk oylaması yoluyla bizzat kullanır” şeklinde olması gerektiğini ifade etmektedirler.¹⁴⁴ Ancak referandumun başlatılması noktasında yetkili organların görevli olması egemenliğin kullanımının yetkili organda olduğunun göstergesidir. Bu durum anayasa metnindeki ilgili ifadenin yerinde olduğunu göstermektedir.

Doktrinde, yasama yetkisinin asli, yürütme ve yargı yetkisinin ise asli bir yetki olmadığı, bu yetkilerin “verilmiş yetkiler” olduğunu ifade edilmektedir. Bu anlamda, yürütme ve yargı iktidarlarının egemen iktidar olmadığı, egemen-

¹⁴⁰ Tuncer, ss. 179-180.

¹⁴¹ Hekimoğlu, s.188.

¹⁴² Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2011, s.115.

¹⁴³ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s.89.

¹⁴⁴ Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.116.

lik yetkisini kullanan organlar arasına yürütme ve yargının katılmasının yanlış olduğu sonucu ortaya çıkmıştır.¹⁴⁵ Ancak bu görüşün aksine diğer bir görüş, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak 1982 Anayasa'sının yürütmeyi *görev ve yetki* olarak nitelendirerek güçlendirdiğini belirtmektedir. Bunun anlamı ve önemi yürütme organının anayasadan kaynaklanan ve kullanılması için daha önce bir kanun çıkarılmasına gerek olmayan işlemler bakımından kendini göstermektedir. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararname bir yetki kanunu olmaksızın bir anda yapılabilen düzenlemeler ile cumhurbaşkanının yasama ve yargı ile ilgili yetkilerini kullanırken yaptığı işlemler, asli düzenleme yetkisinden kaynaklanmaktadır.¹⁴⁶

Ülkemizde temsil krizi tartışmaları seçim sisteminden kaynaklanmaktadır. MGK yönetimi, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu ile d'Hondt sistemini devam ettirmekle birlikte hem seçim çevresi barajını hem de % 10'luk ülke barajını ekleyerek çift barajlı bir nispi temsil sistemi oluşturmuştur. Bunun yanı sıra seçim çevreleri ile ilişkili olarak küçük partilerin şansını azaltan ve sistemin orantısızlığını arttıran değişiklikler yapılmıştır.¹⁴⁷

1995 yılında Anayasa'nın 67. Maddesine birbirine karşıt ilkeleri bağdaştırmayı amaçlayan "*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir*" fıkrası eklenmiştir. Böylece anayasa koyucu bir yandan saf çoğunluk sistemini diğer yandan saf nispi temsil sistemini reddetmektedir.¹⁴⁸

Temsile ilişkin bu olumsuz gelişmelerin yanı sıra seçim sistemindeki orantısızlığı azaltıcı yönde değişiklikler de yapılmıştır. 1995 yılında 4225 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle, seçim çevresi esas itibarıyla iller kabul edilerek çıkaracağı milletvekili sayısı 19'dan 35'e kadar olan illerin iki, 36 ve fazla olan illerin üç seçim çevresine bölüneceği belirtilmiştir. Bu seçim orantılılığını

¹⁴⁵ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.94-96.

¹⁴⁶ Atar, 160-161.

¹⁴⁷ Orantısızlık oranı ile ilgili olarak örneğin, 2011 yılında yapılan seçimlerde orantısızlık %5'tir. Ancak aynı seçim sisteminde barajı az partinin geçmesi durumunda orantısızlık artabilmektedir. Nitekim iki partinin barajı geçtiği 2002 seçimlerinde bu oran %22'dir. Özbudun, Türkiye'de Parti, s. 101.

¹⁴⁸ Özbudun, Türkiye'de Parti, s. 97-98.

arttıran bir durumdur. Aynı kanunla yapılan bir diğer değişiklik ise Türkiye Milletvekilliği oluşturulması ve 550 milletvekilinden 100’nün ülke çapında parti listelerinden barajsız nispi temsil esasına göre seçilmesidir. Ancak orantılılığı arttıran bu değişiklik Anayasa Mahkemesi tarafından, bir milletvekilinin bölgesiyle ilişkili olacağı ve bölgesinden aldığı oyla seçileceğinden hareketle, bir seçim bölgesinden seçilmemiş bir kişinin partisinden aldığı oylara dayanarak partisinden yetkili kurulları kararı ile bir ille ilişkilendirilmesini anayasa dışı bir bağ olarak görmüş ve iptal etmiştir.¹⁴⁹

Seçim kanunlarında, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesinin benimsenmesi temel alınarak ülke genelinde %10 barajı uygulanmaktadır. Birçok partinin bulunduğu ülkemizde benimsenen baraj nedeniyle bazı vatandaşların ekonomik, siyasal, kültürel vb. talepleri parlamentoda temsil edilmemektedir. Nitekim, 3 Kasım 2002 tarihli milletvekilli seçiminde Şırnak ilinden oyların %45.95’ni alan DEHAP adayları, ülke genelinde uygulanan % 10 seçim barajı nedeniyle seçilemeyerek bu durumu AİHM’ne taşımışlardır. AİHM, 30 Ocak 2007 Tarihli AİHM’nin Yumak ve Sadak başlıklı kararında yönetimde istikrar ilkesi temelinde Türkiye’nin tarihi ve siyasi koşullarını göz önünde bulundurarak beşe karşı iki oyla ihlalin olmadığına karar vermiştir.¹⁵⁰

Diğer taraftan, 2009 yılında 2389 sayılı milletvekili seçimi kanununun 4 ncü maddesine 5922 sayılı kanununun 1 nci maddesi ile “şu kadar ki nüfusu 2 milletvekili çıkarmaya yetmeyen iller, artık nüfus sıralamasında da milletvekili sayısını 2’ye çıkaramazsa önce 2 milletvekili çıkaramayan illere 2 *nci milletvekili verilir.*” fıkrası eklenmiştir. Ana muhalefet partisi adına AYM’ne ilgili fıkranın seçim ve temsil, genel ve eşit oy, azınlığın korunması ve çoğunluğun sınırlanması, devlete karşı bireysel temel haklar ve yasalar önünde eşitlik açısından Anayasanın 2 nci maddesine aykırılığı nedeniyle iptal başvurusu yapılmıştır. AYM’si eşit oy, demokratik hukuk devleti, temsilde adalet olgularına vurgu yaparak ilgili fıkranın iptaline oybirliği ile karar vermiştir.¹⁵¹ Görüldü-

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1995/54, K.1995/59, 18.11.1995, **Resmi Gazete** 21.11.1995, Sayı:22470/Mükerrer, ss.40-48.

¹⁵⁰ AİHM, Yumak ve Sadak Türkiye Kararı, Başvuru No. 10226/03, 30 Ocak 2007, Çev: Serkan Cengiz, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: Mart- Nisan 2007.

¹⁵¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E.2009/88, K.2011/39, 10.02.2011, **Resmi Gazete** 18 Şubat

ğü üzere, siyasi istikrar ve ülke bütünlüğü gibi nedenler öne sürülerek sistem varlığını devam ettirmektedir.¹⁵² Sonuç olarak uygulanan baraj sistemi büyük partilerin yararına küçük partilerin zararına olmaktadır¹⁵³ ve genelin temsili önünde bir engeldir.

SONUÇ

Milletin egemenliğini bizatihi kullanımının çeşitli açılardan zor olması nedeniyle bu egemenliği kullanacak aracı yapılara ihtiyaç doğmuştur. Bu yapılar ile millet arasındaki ilişkiyi açıklayan anahtar kavram temsildir. Önceleri bir vekâlet ilişkisine dayanan ancak tarihsel süreç içinde gelişerek günümüz şekline gelen temsil anlayışı demokrasi açısından önemlidir. Türkiye’de temsil olgusunun gelişimi İngiltere ve Fransa ile karşılaştırıldığında benzerlikleri olsa da farklı yönleri de bulunmaktadır. İngiltere ve Fransa’da temsil anlayışının gelişimi kendi iç dinamikleri ile olan ve asırlar süren bir şekilde gerçekleşmiştir. Türkiye açısından değerlendirildiğinde, Padişahın yetkilerinin milletin temsilcileri karşısında sınırlandırılmasını isteyen bir iç talep söz konusu olsa da dış müdahalelerin de bu anlayışın gelişmesinde payı vardır. Ancak tamamen millet egemenliği anlayışının benimsenmesi her toplumda olduğu gibi tarihi bir süreç gerektirmiştir.

Günümüzde benimsenen temsil anlayışının etkin ve adaletli bir şekilde uygulanmasında en önemli unsurlar siyasal partiler ve ülkede uygulanan seçim sistemidir. Her toplumda ekonomik, sosyal, siyasal vb. bölünmeler olmaktadır ve bu bölünmeleri yansıtan en iyi yapılar siyasal partilerdir. Siyasal partiler vatandaşların görüşlerine göre yer edindiği veya seçimlerde tercihte bulunacağı aracı kuruluşlardır. Bu yapılar aracılığı ile bireyler demokrasinin bir gereği olan birden çok partiden kendi görüşlerine en yakın partiye oy vererek parlamentoda temsil edilme olanağı bulacaktır. Bu nedenle 1946 yılında Türkiye’de çok partili hayata geçiş demokrasi açısından son derece önemlidir. Ancak bu temsilin birinci boyutunu oluşturmaktadır ve adil bir temsilden söz edebilmek

2011, Sayı: 27850.

¹⁵² Tekin ve Çifçi, ss. 79-80.

¹⁵³ Özbudun, Seçim Sistemleri ve Türkiye, s. 530.

için neticesinde tüm vatandaşların temsil edileceği bir seçim sistemine ihtiyaç vardır. Özbudun’ın ifadesiyle hiçbir oyun boşa gitmeyeceği bir seçim sistemi mevcut değildir. Bu durumda yapılması gereken orantısızlığın yani partilerin oy oranı ile elde ettikleri sandalyenin arasındaki farkın en az olduğu seçim sistemini bulmaktır. Anayasalara göre yapılan başlıklandırma altında seçim sisteminin neden olduğu orantısızlıklar ile görüldüğü üzere mevcut seçim sistemi temsilde adaleti sağlamada yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle partiler adaylarının seçimlere bağımsız olarak girmelerini sağlayıp seçimlerden sonra partileşmektedirler. Seçim sistemi o ülkede var olan parti sistemi ile de ilgilidir. Yönetimde istikrarın sağlanması seçim sistemini tercih nedeni olarak bahane değil önemli bir nedendir. Ancak mevcut durumda temsili zayıflatmadan yönetimde de istikrarı sağlayacak bir sisteme ihtiyaç vardır.

Sonuç olarak temsil hala gelişmekte olan bir olgudur. En iyi temsilin sağlanması için demokrasinin nitelikleri ve kurumlarının varlığı zorunludur. Bugün ülkemizde olduğu gibi diğer ülkelerde de seçim sistemleri ve siyasal partiler temsil ekseninde tartışılmaktadır. Bu da ülkelerin hala en iyi temsil anlayışının arayışında olduklarının göstergesi sayılabilir.



KAYNAKÇA

Abdurrahman Eren, “Türk Anayasa Mahkemesine Göre Siyasi Parti Kapatma Davasının Hukuki Niteliği”, <http://istanbuluniversitesi.hukukfakultesi.gen.tr>; Erişim Tarihi: 10.11.2013.

Andrew Heywood, Siyaset, Çev. Zeynep Kopuzlu, Liberte Yayınları, Ankara, 2013.

Alev Alathı, Batıya Yön Veren Metinler III, Aydınlanma/Burjuvazi Yüzyılı/ Bilim Çağının Zaferi (1650-1800), İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı, İstanbul, 2010.

Ali Rıza Saklı, “Fransa ve Almanya’da Uluslaşma süreci ve Ulus Bilincinin Oluşumu”, Akademik Bakış Dergisi, Sayı:32, 2012, ss.1-19.

Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2011.

Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapkın Kredi Yayınları, İstanbul, 14. Baskı, İstanbul, 2006.

Bülent Yavuz, Mahmut Bülbül, “Çift Meclis Sistemi ve Türkiye” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt16, Sayı 1, 2012, ss.217-260.

Cem Eroğul, “1908 Devrimini İzleyen Anayasa Değişiklikleri” 100. Yılında Jön Türk Devrimi, (Ed. Sina Akşin, Serap Balcı, Barış Ünlü), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, ss.85-139.

Emmanuel Sièyes, “Tiers-État Nedir?”, Çev: Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 1951, ss. 126-207.

Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Genel Esaslar, Beta Basım Yayım Dağıtım 14. Bası, İstanbul, 2013

Ergun Özbudun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”,Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1-2, 1968, ss. 59-80.

Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku, (Ed. Ergun Özbudun, Bülent Yücel) Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 2692, Eskişehir, 2012.

Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Ergun Özbudun, Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

Erol Tuncer, “Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği” Anayasa Yargısı, 23(2006), ss.167-182

Ersin Kalaycıoğlu, “Türkiye’de Politik Rejim Evrim ve Yasama Sistemi”, Türkiye’de Politik Değişim ve Modernleşme, (Ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay), Dora Yayınları, 4. Basım Bursa, 2009.

Fahir Armağaoğlu, Seçim Sistemleri, Güney Matbaası, Ankara, 1953.

Fatih Türe, “Egemenlik, Temsil Demokrasi ve Ulus Devlet”, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar Dergisi, Gündem, Nisan 2008, ss.11-13.

Fatih Türe, “Türkiye’de Siyasal Egemenlik Kavramının Gelişimi: Osmanlı’dan Cumhuriyete Tarihsel Süreç” Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Sayı:4, 2005, ss.28-51

Fatma Acun, “Değişim ve Süreklilik: Osmanlı’nın Torunları, Cumhuriyetin Çocukları”, Dünden Bugüne Türkiye’nin Toplumsal Yapısı, (Ed. Mehmet Zencirkıran), Dora Yayınları, 3. Basım, Bursa, 2012.

Fehmi Akın, “1924 Anayasasının Modernleşme Açısından Anlamı”, AKÜ Sosyal Bilimler Dergisi-Atatürk Özel Sayısı, Cilt:8, Sayı:3, Aralık 2006, ss.1-12.

Fikret Eren, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Beta, 6. Baskı, 1998

H. Birsen Örs, “Siyasal Temsil”, I.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:35, İstanbul, 2006.

Hana Fenichel Pitkin, The Concept of Representation, University of California Pres, Berkeley, L.A., 1972.

İlknur Türe, Çağdaş Demokrasinin Temel Koşulu: Siyasal Temsil, Balıkesir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2005, s.77., ss.68-81.

Jean-Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev: Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, IX. Basım, İstanbul, 2012

Kemal Gözler, “İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı: Malî Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiği Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Mulla Öncel’e Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2009, c.I, ss.365-374.

Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Bursa, Haziran 2011

Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 12. Baskı, Bursa, 2011.

Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa, 2011

Kemal Yakut, Çağdaş Dünya Tarihi, Anadolu Üniversitesi Açık öğretim Fakültesi Yayınları,1999.

M. Akif Özer, “Parlamentolar ve Denetim Fonksiyonları” Sayıştay Dergisi, Sayı: 33, ss. 24-61.

M. Emin Ruhi, Fransız Devriminde Bir Başrol Oyuncusu Sieyes, Liberte Yayınları, Ankara, 2002

Mehmet Merdan Hekimoğlu, Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye, Detay Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Mehmet Kahraman ve Zekeriya Çalışkan, “Türkiye’de Siyasal Partilerin Hukuksal Statüsü Ve Siyasal Partilerin Kapatılması Rejimi”, Doğu Anadolu Araştırmaları, 2007, ss. 122-131.

Murat Sarıca, Fransa ve İngiltere’de Emredici Vekâletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş, İÜHF. Yayını, İstanbul 1969.

Oya Arash, Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

Ömer Anayurt, 1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 2003, ss.165-185.

Robert A. Dahl, “Demokrasi ve Eleştirileri” Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Semra Gökçimen, “Ülkemizde Kadınların Siyasal Hayata Katılım Mücadelesi”, Yasama Dergisi, Sayı:10, 2008, ss.5-59.

Serap Yazıcı, Anayasa-I, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:2572, Eskişehir, 2012.

Sezer Ayan, “Siyasi Yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası”, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt:8, Sayı: 2, 2007, ss.1-24.

Süleyman Güngör, “14 Mayıs 1950 Seçimleri ve CHP’de Bunalım”, SDÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:21, Mayıs 2010, ss.193-208.

Şükrü Hanioglu, “Siyasi Temsil Olayının Osmanlı İmparatorluğu’ndaki Yeri” Türkiye’de Politik Değişim ve Modernleşme, (Ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay), Dora Yayınları, 4. Basım Bursa, 2009, ss. 363-364.

Taha Parla, Türkiye’de Anayasalar, İletişim Yayınları, 1. Basım, İstanbul, 2002.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi:07.10.2013.

Uğur Yıldırım vd. “Yerel Temsil ve Katılım Bağlamında Belediye Meclisleri: Kahramanmaraş ve Sivas Örnekleri”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl:2011, Cilt:8, Sayı: 15, ss.507-530.

Ülkü Varlık, Banu Ören, “Demokrasi ve Siyasi Temsil” SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, http://www.iibf.selcuk.edu.tr/iibf_dergi/dosyalar/161347914778.pdf, Erişim Tarihi: 12.10.2013.

Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım, 3. Baskı, Konya, 2005.

Yılmaz Aliefendioğlu, “Siyasi Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri” Anayasa Yargısı, Cilt:16, 1999, ss.95-115

Yılmaz Aliefendioğlu, Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, TBBD, Sayı: 60, 2005, s. 85., ss. 71-96

Yusuf Şevki Hakyemez, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, AÜHFD, Cilt:52, Sayı:4, ss.69-92.

Yusuf Tekin, Sabri Çiftçi, “Temsil Krizi Tartışmalarına Bir Katkı: 22. Dönem TBMM’nde Yapılan Bir Alan Araştırmasının Sonuçları Işığında Türk Siyasal Yaşamında Demokratik Temsil İlkesinin Görünümü”, SÜ, İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, ss. 69-90.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi:11.01.2011, Resmi Gazete(RG), Sayı:27836, 04.02.2011

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 71. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE İŞVERENİN İŞ KAZASINDAN VE MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN TEHLİKE SORUMLULUĞU

*Strict Liability of Employer Arising From Work Accident and Occupational
Disease in Frame of Art. 71 of Turkish Code of Obligations*

Arş. Gör. Tuğçe ORAL *

ÖZET

Çalışmada, öncelikle iş kazası ve meslek hastalığı kavramları ve birbirinden ayrılan yönleri üzerinde durulmuş, ardından, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan sorumlulukta sorumluluğun süjesinin kim olması gerektiği incelenmiştir. Sonrasında sorumluluğun hukuki niteliği tartışılmış ve işverenin tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olabilmesi için gerekli şartlara yer verilmiştir. Bu esnada, Yargıtay'ın genel hükümle düzenlenmiş bir tehlike sorumluluğu maddesi olmaksızın "risk nazariyesi", "hakkaniyet sorumluluğu" gibi kavramları içeren içtihatları ile yaratmış olduğu işverenin tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulması imkanına ve bu konudaki kararlarına yer verilmiştir. Son olarak, ağır bir sorumluluk olması sebebiyle işverenin sorumluluktan kurtulma imkanının olup olmadığı değerlendirilmiş ve bu sorumluluk için uygulanacak zamanaşımına değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: işverenin iş kazası ve meslek hastalığından sorumluluğu, işverenin tehlike sorumluluğu, iş kazası, meslek hastalığı, tehlike sorumluluğunun genel hükümle düzenlenmesi

ABSTRACT

In this study, it is first analyzed the terms of "work accident" and "occupational disease" and their differences, then the subject of liability that arises from work accident and occupational disease is deliberated. After that, the legal character of the liability is discussed and the conditions that shall be constituted to hold employer responsible due to strict liability are taken in hand. Meanwhile, it is featured the decisions of Supreme Court of Appeals and how this court hold employer responsible for strict liability with the terms like "theory of risk" and "equitable liability" without a general norm of strict

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

liability. Finally, the ability of employer to be absolved from liability and period of limitation are surveyed.

Key words: the responsibility of employer arising from work accident and occupational disease, strict liability of employer, work accident, occupational disease



GİRİŞ

İşverenin iş kazasından ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu, farklı sorumluluk sebeplerine dayandırılabilir. Öncelikle kural olarak akdi sorumluluk esasına dayandırılabilir olan bu sorumlulukta, işveren, kusursuz olarak da sorumlu tutulabilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinde, tehlike sorumluluğu, genel hükümle düzenlenmiştir. Bu hükümle birlikte, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetini yürüten veya işletmenin sahibi, tüm özeni göstermiş olsalar dahi, bu işletmenin ağır veya sık sık doğuracağı zararlardan tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olacaklardır.

Bu noktada, yüksek yargının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesinde “*hakkaniyet sorumluluğu*”, “*risk nazariyesi*” gibi sebeplere dayandırarak işvereni iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda akdi sorumluluktan daha ağır bir sorumluluk türü ile karşı karşıya bırakmasının bir Kanuni temeli de oluştuğu söylenebilecektir. Ancak tehlike sorumluluğunun genel hükümle düzenlenmesinin yanında, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinden farklı olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde işverenin “Kanun” da dahil olmak üzere sayılan unsurlara aykırı “davranış”ından doğacak sorumluluğun akdi sorumluluk olduğu düzenlenmiştir. Bu iki hükmün birlikte yorumlanması ile ulaşılabilecek sonuç, işverenin önemli ölçüde tehlike arz eden işletmesinde iş kazası sonucu zarar gören işçisinin zararının tehlike sorumluluğu esasına göre mi, yoksa akdi sorumluluk esasına göre mi tazmin edileceği konusunda önemli rol oynamaktadır.

I. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI KAVRAMLARI

A. İŞ KAZASI KAVRAMI VE UNSURLARI

1. Genel Olarak Kaza Kavramı

Kaza kavramının sözlük anlamı, “*can ya da mal kaybına veya zararına sebebiyet veren kötü olay*” iken, borçlar hukuku anlamında kaza kavramı, borçlunun kusur ve iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülemez olduğundan dolayı kaçınılması mümkün olmayan, zarar doğmasına rağmen borçlunun sorumlu olmamasını sağlayan dıştan gelen ve istenilmeyen ani olay¹ anlamına gelmektedir. İş hukuku anlamında kaza kavramı, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuran olayları ifade eden dar anlamda kaza kavramı içinde yer almaktadır². Ancak, bu kavram iş hukukunda borçlar hukukundan daha geniştir. Zira, borçlar hukuku anlamında kaza olarak değerlendirilmeyen bazı olaylar, iş hukuku anlamında kaza teriminin çerçevesinde yer alabilmektedir³.

2. İş Kazası Kavramı

İş kazası kavramının tanımı mevzuatta tam olarak yapılmamış olmasına

¹ **ULUSAN**, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Kazancı Kitap Ticaret, İstanbul, 1990, s. 71-72; **SÖZER**, Ali Nazım, “Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı ve Unsurları”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 1896; **ULUSAN**, İlhan/**ESEN**, Güven, *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşveren Sorumluluğu, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsan Gücü Yönetimi, C.5, İş sağlığı ve güvenliği, Kitap, 2, İstanbul, Kazancı Hukuku Yayınları No:40, s. 15-16*; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Turgut/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1000; **TUNCAY**, Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul, 2000, s. 214; **BALCI**, Mesut, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması, Eski ve Yeni Türk Borçlar Yasası, Ticaret Yasası ve Hukuk Muhakemeleri Yasasına göre Açıklamalar, İş, Trafik-İş Kazaları, Sigortacının Sorumluluğu Rücu Davaları, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 95-96; **ATABEK**, Reşat, İş Kazası ve Sigortası, İstanbul 1978, s. 43; **SAYMEN**, Ferit Hakkı/**EKONOMİ**, Münir, Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul 1966, s. 85.

² **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 10.

³ **BAŞBOĞA ŞAHBAZ**, Zübeyde, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuku Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, Beta Yayınları, Eylül 2010, s. 7; **ULUSAN**, s. 71.

rağmen, 1.10.2008 tarihinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nu ile yürürlükten kaldırılmış olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesinde hangi durumların iş kazası sayılabileceği belirtilmiştir. Hükme göre,

“Aşağıdaki hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı he-men veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır:

- a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,*
- b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla,*
- c) Sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,*
- d) Emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,*
- e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında, ...*

uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir.”

Ayrıca, 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe konulmuş 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesine göre,

“İş kazası;

- a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,*
- b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya görevi nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş veya çalışma konusu nedeniyle işyeri dışında,*
- c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,*
- d) Emziren kadın sigortalının, çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,*
- e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında,*

meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır.”

Söz konusu iki hüküm ve Yargıtay kararlarının birlikte değerlendirilmesi sonucunda, iş hukuku açısından iş kazasını işçinin işverenin hâkimiyeti altında bulunduğu esnada onun için ifa ettiği iş dolayısıyla, işçinin işveren tarafından görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi sebebiyle asıl işini yapmadığı sırada geçen zamanda, emziren kadın işçinin çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, işçilerin işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında aniden meydana gelen bir olay sebebiyle işçinin bedence ya da ruhça uğramış olduğu zarar olarak tanımlamak mümkündür⁴.

Her ne kadar iş hukuku anlamındaki kaza borçlar hukuku anlamındaki kazadan daha genişse de, borçlar hukuku anlamında iş kazası, iş hukuku anlamındaki iş kazasından daha geniştir⁵. Zira borçlar hukuku anlamında, bir kazanın iş kazası olarak nitelendirilebilmesi için, tarafların arasında hizmet sözleşmesi olması yeterlidir; buna karşın iş hukuku anlamında iş kazasının unsurları arasında kazaya uğrayanın 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre sigortalı olması gerekmektedir.

a. Borçlar Hukukunda İş Kazasının Unsurları

aa. Dıştan Gelen Bir Etki

Kazadan sorumlu tutulabilmenin ilk koşulu, olayın dış etmenlerle meydana

⁴ ŞAHLANAN, Fevzi, “İş kazaları ve Hukuki Sonuçları”, İş Emniyetinin ve İş Koşullarının Geliştirilmesi Semineri, 19-22 Mayıs 1990, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, Tekstil İşveren Dergisi, İstanbul 1990, s.10; **BOSTANCI**, Yalçın, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, Kamu-İş Dergisi, 2005, C. 8, S. 1, s. 1 vd. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf> (son erişim tarihi: 20.10.2013); **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 311; **ASLANKÖYLÜ**, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ile Karşılaştırmalı), Yetkin Yayınları, 1. Cilt, Ankara 2009, s. 420-421; **TAŞKENT**, Savaş, “İş Kazası Kavramı”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, s. 1951; **GÜZEL**, Ali/**OKUR**, Ali Rıza/ **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 317; **BALCI**, s. 95; **EREN**, s. 5; **ULUSAN**, s. 70; Yargıtay 21. HD, T. 28.9.2006, E. 2006/5863 K. 2006/9097; Yargıtay 21. HD, T. 27.5.2002, E. 2002/3230, K. 2002/4964; Yargıtay 21. HD, T. 3.10. 2006, e. 2006/9127, K. 2006/9389; ; Yargıtay 21. HD, T. 26.4.2010, E. 2009/6341, K. 2010/4758.

⁵ **BALCI**, s. 101.

na gelmesidir⁶. Söz konusu unsur, iş kazasını, insanın kendisine herhangi bir sebeple zarar vermesi sonucunda yarattığı vücut bütünlüğü ihlalden ayırt etmeye yaramaktadır⁷. Ancak, çağın gelişen teknolojisi ve işçinin işveren karşısında ekonomik ve sosyal anlamdaki zayıf konumda bulunması sebebiyle, dıştan gelen bir etken olmaksızın meydana gelen bedensel ve ruhsal kayıplar da iş kazası çerçevesinde değerlendirilmeye başlanmıştır⁸. Buna karşılık işverene yalnızca illiyet bağıını kesen sebeplerin bulunduğunu ispat etme imkânı sağlanmıştır⁹. Bu düşüncenin temelinde, faaliyetin tehlikeli olması ve tehlikeli faaliyetin olumsuz sonuçlarına işletenin katlanması gerekliliği yatmaktadır¹⁰.

bb. İstenilmeyen Olay

İş kazasından bahsedilebilmesi için, olayın ve olay sonucu meydana gelen kaybın mağdur işçi tarafından istenmemiş, işçinin kendi isteği ile meydana getirilmemiş olması gerekmektedir¹¹.

cc. Ani Olay

Zararı meydana getiren istenmeyen olayın, aniden ya da çok kısa bir zaman aralığı içinde meydana gelmesi gerekmektedir¹². Aniden ya da çok kısa bir zaman aralığı içinde meydana gelmekten kasıt, “başlangıç ve sonu sabit

⁶ **ULUSAN**, s. 72; **ULUSAN/ESEN**, s. 15-16; **BAŞBOĞA/ŞAHBAZ**, s. 8.

⁷ **EREN**, s. 9.

⁸ **TİFTİK**, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, S. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 27; **İMRE**, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, s. 42-45; **İMRE**, Zahit, “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alma, Fransız ve İsviçre Hukuklarının mukayesesiyle)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 13, S. 4, 1947, s. 1476 vd. (**İMRE**, makale); **ULUSAN**, İlhan, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, 1970, S.6, s. 30-31 (**ULUSAN**, Tehlike); **TANDOĞAN**, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 4; **BAŞBOĞA ŞAHBAZ**, s. 8.

⁹ **BAŞBOĞA ŞAHBAZ**, s. 8.

¹⁰ **OFTINGER**, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1975, s. 20-21; **STARK**, Emil Wilhelm, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. Zürich, 1988, Nr. 950; **ULUSAN**, Tehlike, 32-33; **İMRE**, s. 62-63; **TİFTİK**, s. 28-29.

¹¹ **EREN**, s. 10; **BAŞBOĞA ŞAHBAZ**, s. 8; **ATABEK**, s. 43; **ULUSAN/ESEN**, s. 16; **BALCI**, s. 95 vd.; **SAYMEN/EKONOMİ**, s. 85, **ULUSAN**, s. 72.

¹² **ULUSAN**, s. 72; **BAŞBOĞA ŞAHBAZ**, s. 9.

olan tek ve bir defalık oluşur¹³. Kazanın aynı zamanda şiddetli de olması gerekmektedir, zira ani ve şiddetli olmayan olaylardan kaçınmak mümkündür¹⁴. Söz konusu unsur, iş kazasının meslek hastalığından ayrılmasını sağlamaktadır¹⁵.

dd. Vücut ve Ruh Bütünlüğünün İhlali veya Ölüm

Meydana gelen ani olayın iş kazası olarak nitelendirilebilmesi için, işçinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmiş ya da ölmüş olması, başka bir ifade ile, zarara uğramış olması gerekmektedir¹⁶. Vücut bütünlüğünün ihlalinde zarar görenin, çalışma konusunda işçinin vücut bütünlüğü, mekanik veya psişik bir müdahale ile bozulmaktadır¹⁷. Bu kavramın çerçevesine, bir uzvun kopması, kırılması, bir duyunun azalması ya da kaybı, psişik bir travma sonucu oluşan kalp rahatsızlığı, dolaşım bozukluğu, sinir bozukluğu sebebiyle çocuk düşürme girebilir¹⁸. Ancak yalnızca sinir bozukluğu hali, vücut bütünlüğünün ihlali anlamı taşımamaktadır¹⁹. Ruh bütünlüğünün ihlali, mekanik veya psişik bir müdahale veya güç sonucunda, zarar görenin duygular irade veya zekâ yeteneklerinde meydana gelen kötü yönde değişme olarak tanımlanabilir²⁰.

ee. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı, sebeple, konu açısından aniden meydana gelen istenilmeyen olay ile sonuç, yani vücut veya ruh bütünlüğü yahut ölüm arasında uygun

¹³ EREN, s. 10.

¹⁴ BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 9.

¹⁵ ÇENBERCİ, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, s. 124; ULUSAN, s. 72; EREN, s. 30.

¹⁶ BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 10.

¹⁷ OFTINGER, Karl/STARK, Emil Wilhelm, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd.I, 5. Aufl., Zürich 1995, s. 275; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 744 (EREN, Borçlar); MERZ, Hans, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I. Teilband, Basel, 1984, s. 199 vd.; OFTINGER, s. 186; BGE 42 II 473 vd.

¹⁸ EREN, Borçlar, s. 744-745; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 10; BGE 42 II 473 vd.

¹⁹ Karş. görüş için bkz. BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 10.

²⁰ EREN, s. 745; OFTINGER/STARK, s. 275-276; OFTINGER, s. 186-187; MERZ, s. 199-200.

sebeb-sonuç ilişkisidir²¹. Konu bakımından uygun nedensellik bağı, aşağıda sorumluluğun koşulları arasında incelenecektir.

3. Meslek Hastalığı Kavramı

Meslek hastalığı kavramı, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesinde

“Meslek hastalığı, sigortalının çalıştırıldığı için niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Söz konusu Kanun'u yürürlükten kaldıran 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda ise meslek hastalığına 14. maddede yer verilmiş olup, madde hükmüne göre, *“Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüme şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.”*

Söz konusu kanun maddelerinden yola çıkılarak, meslek hastalığı, işçinin işverenin hâkimiyeti altında bulunduğu esnada yinelenen bir nedenle ya da işin niteliği gereği uğradığı vücut veya ruh bütünlüğünün geçici veya sürekli bozulması halidir²². Meslek hastalığının aniden değil, yavaş yavaş meydana gelmesi gerekmektedir. Bu unsur, meslek hastalığını iş kazasından ayırmaktadır²³.

²¹ Von TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich, 1979, s. 79-80; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, s. 26 vd.; LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, s. 431 vd.; SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, s. 102 vd.; OFTINGER/STARK, s. 107 vd.; EREN, S. 536; KILIÇOĞLU, s. 291.

²² KARAKAŞ, İsa, Uygulamada Meslek Hastalığı Davaları ve Tazminat Davaları, Güncellenmiş 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 25 vd.; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 238; TUNÇOMAĞ, s. 314; EREN, s. 23; ULUSAN, s. 80; ULUSAN/ESEN, s. 24; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 34.

²³ ÇENBERCİ, s. 124; ULUSAN, s. 72; EREN, s. 30.

4. Meslek Hastalığının Unsurları

aa. Meslek Hastalığı Teşkil Eden Bir Hastalık

Meslek hastalığının temelinde hastalık yatmaktadır. Hastalık, bedensel ya da ruhi açıdan zarar görmeyi ifade eder²⁴. Ancak, hastalığın meslek hastalığı teşkil edebilmesi için, işçinin yürüttüğü iş sebebiyle diğer insanlardan daha fazla karşılaştığı bir dış etkenin ya da dış etkenlerin sonucu olarak aniden değil, belirli bir zaman zarfında artarak meydana gelmesi gerekmektedir²⁵.

bb. Vücut veya Ruh Bütünlüğünün İhlali

İşçinin meslek hastalığı teşkil eden hastalığın sonucunda, vücut veya ruh bütünlüğü ihlali olması, işçinin meslek hastalığına bağlı taleplerinin ön koşulu olacaktır²⁶.

cc. İliyet Bağı

Bir hastalığın meslek hastalığı sayılabilmesi için, işçinin yapmakta olduğu iş ile sahip olduğu hastalık arasında uygun bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Bunun anlaşılabilmesi, işçinin çalışmakta olduğu iş yerinde çalışmaması halinde, söz konusu hastalığa yakalanmayacağına söylenebilip söylenememesine bağlıdır²⁷. Ancak, 11.10.2008 tarihli 27021 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği’nin 18. Maddesinde belirtilen hallerde, meslek hastalığının bulunduğu açıktır. Bu listede sayılmayan durumlarda meslek hastalığının bulunup bulunmadığı, Sosyal Sigortalar Yüksek Kurulu’na yukarıda değinilen ilkeyle tespit edilecektir²⁸.

II. SORUMLULUĞUN SÜJESİ

Türk Hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinde,

²⁴ ULUSAN, s. 81.

²⁵ ULUSAN, s. 81; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 334; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 35; EREN, s. 23-24; TUNÇOMAĞ, s. 295.

²⁶ BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 35; ULUSAN, s. 82.

²⁷ ULUSAN, s. 82; ÇENBERCİ, s. 125; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 39; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 306.

²⁸ BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 36

tehlike sorumluluğu, özel hükümlerle düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre,

“Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

Maddede, sorumluluğun kaynağı olarak “önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme faaliyeti” seçilmiştir. Dolayısıyla da her ne kadar sorumluluğun süjesi olarak söz konusu işletmeyi işleten görünse de, madde metninde hem “malik”, hem de “işleten” müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır.

Sorumluluk süjesinin hem malik hem de işleten olarak belirlenmesinin altında, zarar görenin tam olarak tatmin edilmesi düşüncesi yatmaktadır²⁹. Böylelikle, 71. maddede, nimet-külfet dengesinin gözetildiği açıkça anlaşılmaktadır³⁰.

III. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

18. yüzyılın sonlarına kadar sorumluluğun tek kaynağını teşkil eden³¹, en

²⁹ ERİŞGİN, Nuri, “Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 72; İMRE, s. 42-43; ULUSAN, Tehlike, 27-28, 30-31; TİFTİK, s. 27 vd.

³⁰ ERİŞGİN, s. 72.

³¹ Von CEAMMERER, Ernst, “Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht”, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationa-

eski ve temel nitelikte ilke³² olan kusur ilkesi; Sanayi Devrimi sonrasında gelişen teknoloji ve makineleşme ile, ileri teknolojinin kullanıldığı ve hayatın vazgeçilmezi haline gelen öğelerin yarattığı tehlikeler karşısında yetersiz kalarak³³, yerini tehlike ilkesine bırakmaya başlamıştır³⁴. Söz konusu ilke, tehlike arz eden herhangi bir unsurun kullanılması, bulundurulması veya işletilmesi sonucu yol açtığı zararlardan, bu unsuru elinde bulunduran ya da unsurdan yararlanan kişilerin kusurları olmasa ve zararın önlenmesi için tüm özeni göstermiş olsalar dahi, önlenemeyebilecek³⁵ tehlikeden sorumlu tutulmaları gerektiğini öğütlemektedir³⁶. Tehlike ilkesi sebebiyle sorumluluk süjesinin sorumlu tutulabilmesi için, zarar veren unsur ile doğmuş olan zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunması yeterlidir, süjenin kusurlu davranmış olması gerekmez³⁷. Bu yönüyle, her ne kadar tüm tedbirler alınsa da önlenemeyebilecek tehlike söz konusu olsa dahi, tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi, sorumluluk süjesinin tehlike yaratan unsurun kullanılması, bulundurulması, işletilmesi

les *Privatrecht*, 1978, S. 42, C.1, s. 8-9 <http://www.jstor.org/discover/10.2307/27876197?uid=3739192&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&-sid=21102804796197> (son erişim tarihi: 23.10.2013); TANDOĞAN, s. 1; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 67; İMRE, s. 51 vd.; TİFTİK, s. 26.

³² ERİŞGİN, Nuri, “Tehlike Sorumluluğunda Kıyas”, *BATİDER*, C. XX, S. 3, 2000, s. 83 (ERİŞGİN, Kıyas); ULUSAN, s. 64.

³³ BÖRNER, Bodo, “Haftung für Anlagen: Delikt und Gefaehrdung”, *Haftung für Anlagen der Energieversorgung* (Hrsg: BÖRNER, Bodo), *Veröffentlichungen des Instituts An Energierecht an der Universitaet zu Köln*, 32/33, Düsseldorf, 1973, s. 61; ESSER, Josef, *Grundlagen und Entwicklung der Gefaehrdungshaftung*, 2. Unveraenderte Aufl., München, 1969, s. 69; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1984/2, s. 259; ULUSAN, s. 67; ULUSAN, Tehlike, s. 37 vd.; OFTINGER, s. 20 vd.; TANDOĞAN, s. 1 vd.; ERİŞGİN, s. 60; İMRE, s. 41 vd.

³⁴ ESSER, s. 69; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 67; OFTINGER, s. 20-21; ERİŞGİN, s. 60 vd.; TİFTİK, s. 24 vd.; ERİŞGİN, Kıyas, s. 83 vd.

³⁵ LARENZ, Karl/CANARIS, Claus Wilhem, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil*, 13. Aufl., München, 1994, s. 606; ESSER, s. 90 vd.; TANDOĞAN, s. 41; ERİŞGİN, Kıyas, s. 67; TİFTİK, s. 26.

³⁶ KAPLAN, Emine Tuncay, *İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından)*, *Dayınlarlı*, Ankara 1992, s. 60; TANDOĞAN, s. 4-7, 26; OFTINGER, s. 20-21; İMRE, s. 62 vd.; ULUSAN, s. 67; ULUSAN, Tehlike, s. 37; ESSER, s. 1 vd.; TİFTİK, s. 29; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 67.

³⁷ GÜRSOY, Kemal Tahir, “İşverenin Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1974, C. 31, S. 1-4, s. 193 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/312/3005.pdf> (son erişim tarihi: 23.10.2013); LARENZ/CANARIS, s. 604; TANDOĞAN, s. 8; TİFTİK, s. 25; ULUSAN, 55; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 67; ERİŞGİN, s. 67; ULUSAN, Tehlike, s. 44.

enasasında, ihmali azaltma ve aynı zamanda, kusuru olmaksızın, sadece tehlike arz eden ögeden dolayı zarara uğrayan mağdurun zararının giderilmesi işlevini üstlenmektedir³⁸. Bu kapsamda, tehlike sorumluluğunun, sorumluluk hukukunun üç işlevinden³⁹ en azından iki işlevini⁴⁰ yerine getirmekte olduğu kolaylıkla söylenebilecektir.

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu, hiç şüphesiz, akitten ya da kusurlu davranıştan kaynaklanabilecektir. Sorun, işverenin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu çerçevesine dâhil edilip edilemeyeceğinden ileri gelmektedir. 6098 sayılı Kanun'da tehlike sorumluluğunun genel hükümle düzenlenmesinin öncesinde, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun niteliğinin tehlike sorumluluğu kapsamı

³⁸ **KÖTZ**, Hein, "Ziele des Haftungsrechts", Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990 (Hrsg: **BAUR**, Jürgen F./**HOPT**, Klaus J./**MAILAENDER**, Peter K.), Berlin, New York, 1990, s. 643, 661; **HUBER**, Peter W., Liability: the Legal Revolution and its Consequences, New York, 1988, s. 4 vd.; **OFTINGER**, s. 44 vd.; **Von CEAMMERER**, s. 13-15; **ERİŞGİN**, Kıyas, s. 84.

³⁹ Günümüzde sorumluluk hukukunun üç işlevinden söz edilmektedir. Bunlar: tazmin edici, önleyici ve risk dağıtıcı işlevlerdir. Tazmin edici işlev, zararın zarar gören üzerinde kalmayıp zarar verene yükletilmesi, malvarlığı veya şahıs varlığındaki kaybın giderilmesi, denkleştirilmesi amacını gütmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. **KOZIOL**, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Wien, 1973, s. 3; **LARENZ**, s. 424; **OFTINGER**, s. 44-45; **EREN**, Borçlar, s. 514; **SCHWENZER**, s. 282; **ERİŞGİN**, s. 61) Önleyici işlev, doğabilecek zararları önlemeyi, sorumluluk hukukunun sorumlu olabilecek kişileri daha dikkatli olmaya veya zarar meydana gelmişse bir daha tekrarlanmamasına çalışmaya sevk etme amacını anlatmaktadır. Önleyici işlevi yalnızca kusura dayanan sorumlulukta değil, kusursuz sorumlulukta da etkisini göstermektedir. Gerçekten de tehlike arz eden unsurun işleten, bulunduran ya da kullanan kişiler, zararın doğmaması için azami özen gösterirler. (Ayrıntılı bilgi için bkz. **STOLL**, Hans, "Penal Purposes in the Law of Tort", The American Journal of Comparative Law, Vol. 18, No. 1, Winter, 1970, s. 16, <http://www.jstor.org/discover/10.2307/839459?uid=3739192&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102805443857> (son erişim tarihi: 23.10.2013); **KÖTZ**, Hein, Deliktsrecht: Eine Einführung, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 1983, s. 156 (**KÖTZ**, Deliktsrecht); **KOZIOL**, s. 4; **LARENZ**, s. 423; **OFTINGER**, s. 45-46; **EREN**, Borçlar, s. 514; **SCHWENZER**, s. 282; **ERİŞGİN**, s. 62) Son olarak, risk dağıtıcı işlev ise, yaşamın idamesi için günümüzde bulunması zorunlu olan olgulardan ortaya çıkan zararlı etkilerin, tüm topluma olmasa da, toplumun geniş bir kesimine paylaştırılmasını ifade eder. Söz konusu işlevin yerine getirilebilmesi için, genel kaza sigortasına ihtiyaç vardır. (**OFTINGER**, s. 37 vd.; **KÖTZ**, Deliktsrecht, s. 35; **KOZIOL**, s. 5 vd.; **ERİŞGİN**, s. 62-63).

⁴⁰ Dağıtıcı işlev genellikle sorumluluğun sigorta yolu ile sigortalılara paylaştırılması sonucunda yerine getirildiğinden, kusursuz sorumluluk stüjesi sigorta yapmadığı takdirde, dağıtıcı işlevden söz edilemeyecektir.

altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, öğretide tartışılmıştır⁴¹. Zira mevzuatta söz konusu sorumluluğun tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilebilmesini sağlayacak her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, ilk olarak Avusturya Yüksek Mahkemesi kararında⁴² belirtilmiş olan kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu yaratılabileceği düşüncesi, Yargıtay⁴³ tarafından da benimsenmiştir.

Bu noktada, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "İş sahibinin yukarıki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı *istiyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur.*" hükmünü haiz 332. maddesinin karşılığı olan "İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir." şeklindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin son fıkrasının değerlendirilmesi gerekmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi kıyaslandığında, maddenin aynen alınmadığı, "kanuna ve sözleşmeye aykırı" teriminin eklendiği görülmektedir. Bu anlamda mülga maddeden farklı olarak 417. maddeye dayanarak işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun değerlendirilmesi esnasında 6098 sayılı Kanun da dahil olmak üzere tüm düzenlemelerde öngörülmüş olan sorumluluk sebeplerinin göz ardı edilmesi gerektiği öne sürülebilir. Ancak kanımızca bu terimler,

⁴¹ Tartışmalar için bkz. **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, "İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlandırılması Meselesi", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, S. 3, s. 91 (**TEKİNAY**, Makale); **TUNÇOMAĞ**, Kenan/**CEN-TEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 123; **OĞUZMAN**, Kemal, "İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIV, 1969, S. 1-4, s. 337; **GÜRSOY**, 193 vd.; **BAŞBOĞA ŞAHBAZ**, s. 69 vd.; **EREN**, s. 83 vd.; **ERİŞGİN**, Kıyas, s. 91 vd.

⁴² OGH, 1Ob500/47, 10.09.1947,
http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_19470910_OGH0002_00100B00500_4700000_000 (son erişim tarihi: 23.10.2013).

⁴³ Yargıtayın bu konuda devrim niteliğinde sayılabilecek ilk kararı için bkz. Yargıtay 9. HD, T. 12.9.1966, 12.9.1966, E.1966/7685, K.1966/8099.

“davranış” kelimesini nitelediğinden, sorumluluğun dayanağını etkilemeyecektir.

417. maddenin lafzından, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun yalnızca akdi sorumluluk olarak nitelendirilebileceği, zira söz konusu hükmün emredici bir hüküm olduğu; burada, akdi sorumluluğun tatmin edici olmaması sebebiyle gerçek olmayan boşluk yaratılmış sayılabileceği ve gerçek olmayan boşlukların doldurulması ya da hükmün tatmin edici hale getirilmesi suretiyle değiştirilmesinin mümkün olmadığı ilk bakışta söylenebilir. Hatta aynı Kanun'un yeni ihdas edilmiş olan ve “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” hükmünü taşıyan 60. maddesinde “kanunda aksi öngörülmedikçe” terimiyle belirtilmiş olan istisnanın 417. madde olduğu da savunulabilecektir.

Ancak, kanımızca, 818 sayılı Kanun'un 332., 6098 sayılı Kanun'un da 417. maddeleri, zayıf korumak düşüncesiyle getirilmiş olan nisbi emredici hükümlerdir. Akdi sorumlulukta işveren, kusursuzluğunu kanıtlamak zorunda kalacağından, işçinin lehine bir düzenleme yapılmıştır. Ancak tehlike sorumluluğunun kabul edilmesi, özel tehlike arz eden hallerde, işçinin daha da lehine olup; özel tehlike arz eden bir işletme faaliyetinde bulunan işvereni, diğer işletme faaliyetlerinde bulunanlardan farklı olarak tehlike sorumluluğuna tâbi tutmamak, işçinin aleyhine, işverenin lehine olacak ve kanun koyucunun söz konusu hükmü koyma amacıyla da çelişecektir. Zira, özel tehlike arz eden bir işi gören işçi, hem işin tehlikeli olması sebebiyle külfetlere katlanmaktadır, hem de işverene hizmet ederek tehlikeli arz eden işletme faaliyetinin nimetlerinden işverenin yararlanmasını sağlamaktadır. 818 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu sırada, tehlike sorumluluğu genel bir hükümle düzenlenmemiş olduğundan, işverenin yalnızca kıyas yoluyla tehlike sorumluluğundan söz edilebileceği savunulmakta idi⁴⁴.

⁴⁴ GÜZEL, Ali/UGAN ÇATALKAYA, Deniz, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)“, Çalışma ve Toplum, 2012/3, S. 34, s. 173; GÜRSOY, s. 193 vd.; ULUSAN, s. 199 vd.; EREN, s. 89 vd.; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 67

Fakat 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesi ile getirilen düzenleme sonrasında, işverenin iş kazasından ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun şartları gerçekleştiği takdirde tehlike sorumluluğu olabileceği düşünülmektedir.

IV. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. Fiil ve Hukuka Aykırılık

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından dolayı tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, yürütmekte olduğu işletme faaliyetinin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Zira fiil ve hukuka aykırılık unsurları, tehlike sorumluluğunun zorunlu unsurlarından değildirler⁴⁵. Başka bir ifadeyle, işverenin iş kazasından veya meslek hastalığından dolayı tehlike ilkesine dayalı olarak sorumlu tutulabilmesi için, işverenin yalnızca özel tehlike arz eden bir işletme faaliyetinde bulunması yeterli olup, bu faaliyetin yürütülmesi esnasında işverenin olumlu ya da olumsuz bir davranışı ile zararın meydana gelmesi gerekmektedir; zararın yalnızca faaliyetin tipik tehlikesinden⁴⁶ meydana gelmiş olması yeterlidir. Bu anlamda, zararın faaliyetin yürütülmesi esnasında doğmuş olması bile gerekmektedir, işletme faaliyetinin geçici olarak durduğu esnada, işletmeden bulunan unsurların herhangi bir etkiyle ya da etki olmaksızın önemli ölçüde tehlike yaratması ve söz konusu tehlikenin bu unsurların tipik tehlikesi olması, sorumluluk süjesinin yani işverenin tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir.

Sorumluluğun temeli olan işletme faaliyetinin ruhsata bağlı olması, hukuka aykırılık unsurunun bulunmasını engeller, yalnızca tehlikelilik unsurunu bırakır⁴⁷. Ayrıca, hukuka aykırılığın, sorumluluğa yol açan fiilin niteliği olduğu kabul edilmektedir⁴⁸. Bu sebeple, tehlike sorumluluğunda fiil unsuru,

vd. Karş. görüş için bkz. **OĞUZMAN**, s. 337; **TEKİNAY**, Makale, s. 91.

⁴⁵ **PETITPIERRE**, Daniel, *Zivilrechtliche Haftpflicht für Umwertschaedigungen nach schweizerischem Recht*, Basel, Frankfurt, 1993, s. 135 vd.; **TİFTİK**, s. 41; **OFTINGER/STARK**, s. 11 vd.

⁴⁶ Bkz. aşağıda IV, C.

⁴⁷ **ERİŞGİN**, s. 8.

⁴⁸ **YILMAZ**, Süleyman, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin

zorunlu unsur olmadığına göre, hukuka aykırılığın da bulunması gerekmemektedir.

B. Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletme Faaliyeti

1. İşletmenin Faaliyeti

“İşletmenin faaliyeti” unsuru, ilk tasarı metninde yalnızca “faaliyet” olarak yer almış, ancak bu şekilde düzenlemeyle alanın belirlenemez olduğu eleştirileri⁴⁹ sonrasında, “işletme faaliyeti” olarak değiştirilip, kanun koyucu tarafından alan daraltılmak istenmiştir⁵⁰. Fakat bu sorumluluk türünün amacına ulaşması için, düzenlemenin önemli ölçüde tehlike arz edecek her tür tehlikeli “faaliyet, tesis ve işletme”den kaynaklanabileceği yönünde yapılmasının daha isabetli olacağı görüşü savunulmaktadır⁵¹.

Kanun hükmünde “işletmenin faaliyeti” olarak düzenlenen unsurun kapsamına hangi olguların girdiği “işletme” ve “faaliyet” terimlerinin yorumlanması ile anlaşılabilir. Her ne kadar “işletme” teriminden ticari bir anlam ifade edeceği düşünülse de, kanunkoyucu “ticari işletme” terimini kullanmamış olduğundan, işletmede ticari nitelik aranmayacağı açıktır⁵². Bu kapsamda, işletmenin ekonomik fayda getiren, bir hedef doğrultusunda organize olmuş bir yapı ve bu yapı içerisinde bulunan devamlı ve bağımsız olarak faaliyet

Yeni Hükümler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, S. 59, C.3, s. 573; **TANDOĞAN**, s. 9 vd.; **OFTINGER/STARK**, s. 12.

⁴⁹ **BÜYÜKSAĞIŞ**, Erdem, “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 8, S. 1, s. 10; **ATAMER**, Yeşim, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 6, Mayıs 2006, s. 22; **İŞINTAN ÇAVUŞOĞLU**, Pelin, “madde 66”, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler (Yazarlar: **KUNTALP**, Erden/**BARLAS**, Nami/**AYANOĞLU MORALI**, Ahu/**İŞINTAN ÇAVUŞOĞLU**, Pelin/**İPEK**, Mehtap/**YAŞAR**, Mert/**KOÇ**, Sedef) İstanbul 2005, s. 47; **ERİŞGİN**, s. 73

⁵⁰ **AKKAYAN YILDIRIM**, Ayca, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, C. 70, S. 1, s. 209; **ERİŞGİN**, s. 74

⁵¹ **ÜÇİŞİK**, Güzin, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 142-143; **YILMAZ**, s. 571; **AKKAYAN YILDIRIM**, s. 209; **ATAMER**, s. 22

⁵² **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, s. 252-253; **SANLI**, Kerem Cem, “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler, (Der.: **İNCEOĞLU**, Murat), XII Levha, s. 77; **ERİŞGİN**, s. 74.

gösteren unsurların tamamı olarak tanımlanması mümkündür⁵³. Faaliyet ise, bir hedefe yönelmiş birden çok fiili ifade etmektedir. “İşletme”, “faaliyet”in niteliği olarak değerlendirildiğinde, yalnızca “faaliyet”ten daha dar kapsamlı bir sorumluluk alanı getirilmiş olduğu açıktır⁵⁴.

Kanun hükmünde işletmenin faaliyeti terimine yer verilmiş olması, sorumluluğun yalnızca faaliyetin yürütüldüğü esnada doğabileceği anlamına gelmektedir. Zira motorun veya elektriğin⁵⁵ kullanıldığı işletmelerde, bunların kullanılması veya nakli esnasında tehlike sorumluluğu ortaya çıkabileceği gibi, yanıcı, yakıcı, patlayıcı maddelerin⁵⁶ kullanıldığı veya imal edildiği işletmelerde, söz konusu unsurların yalnızca muhafaza edilmesi bile tipik tehlikelerinden dolayı, sorumluluğun doğmasına yol açabilir.

2. Önemli Ölçüde Tehlike Arz Etmesi

Tehlikenin niteliği konusunda 6098 sayılı Kanun’un 71. maddesinin ikinci fıkrası, şu düzenlemeyi öngörmüştür:

“Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.”

Tehlike sorumluluğunda esas alınan tehlike kavramı, tehlike sonucunu doğurabilecek unsurdan meydana gelen çoğunlukla önlenemeyecek⁵⁷ kazaları ifade etmektedir⁵⁸. Tehlike sorumluluğu bağlamında tehlike, sık sık meydana

⁵³ NÖMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2011, s. 114.

⁵⁴ Kanun koyucunun bu düzenlemesinin isabetli olduğunu savunan görüş için bkz. ÜÇİŞİK, s. 143.

⁵⁵ GÜRİSOY, s. 196.

⁵⁶ GÜRİSOY, s. 196.

⁵⁷ KÖTZ, s. 660; ESSER, s 50 vd, 90 vd, 105 vd.; OFTINGER/STARK, s. 9; AKKAYAN YILDIRIM, s. 209-210; LARENZ/CANARIS, s. 606; ESSER, s. 90 vd.; TANDOĞAN, s. 41; ERİŞGİN, s. 67; TİFTİK, s. 26; ÜÇİŞİK, s. 141; YILMAZ, s. 571-572.

⁵⁸ ERİŞGİN, s. 76.

gelen veya nadir meydana gelmekle birlikte verdiği zararın nitelik ya da nicelik yönünden fazla olan durumlardır⁵⁹.

Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, her hangi bir işletmenin faaliyetinin belirli bir anda önemli ölçüde tehlike arz etmesi, her zaman önemli ölçüde arz edeceği anlamına gelmeyecektir. Teknolojik gelişmeler, söz konusu tehlikenin tehlikesiz olarak değerlendirilmesine olanak sağlayabilir⁶⁰.

Hükümde tehlikelilik, iki ölçüte bağlanmıştır: 1. Sıkça zarar doğurmaya elverişlilik, 2. Ağır zarar doğurmaya elverişlilik. Zira, işletmenin faaliyetini yürütmesi esnasında, işletmenin tekniği, üretim sonucu ya da kullanılan malzemeler, araçlar veya güçler göz önünde bulundurulduğunda alanında uzman kişiden beklenen tüm özen gösterilse (sübjektif ölçüt) bile işletmenin sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu (objektif ölçüt) sonucuna varılabiliyor ise o işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilebilecektir. O halde burada aranan, özel ağırlıkta, nitelikli, yüksek bir tehlike varlığıdır⁶¹.

İşverenin de tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulmasının en önemli koşulu, işverenin “önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetini” yürütmesidir. İşverenin yürüttüğü işin işletme faaliyeti olarak nitelendirilememesi ya da işletme faaliyeti olarak nitelendirilse bile, objektif ve sübjektif ölçütler dikkate alınarak önemli ölçüde tehlike arz etmemesi, tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulmamasını sağlayacak, işveren 6098 sayılı Kanun'un 417. maddesi gereği, akdi sorumluluk veya kusur sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulacaktır.

C. Tipik Tehlikenin Gerçekleşmesi: Zararın Doğması

71. madde hükmüyle, genel olarak tehlike sorumluluğu kapsamında sorumlu olan kişinin, özel olarak işverenin ne tür zararlardan sorumlu olduğuna ve so-

⁵⁹ EREN, s. 16; KOZIOL, s. 136, TİFTİK, s. 31; OFTINGER, s. 20 vd.; ULUSAN, s. 38-39; TANDOĞAN, s. 26.

⁶⁰ SANLI, s. 79.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERİŞGİN, s. 79 vd. Karş. görüş için bkz. SANLI, s. 75. Yazara göre, makul tedbir alınmasına rağmen faaliyet riskli ise bunu tehlikeli kategorisine sokmak gerekir.

rumluluklarının sınırına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir⁶². Fakat, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Kanun Tasarısının⁶³ 50. madde hükmü incelendiğinde “*tehlikeli faaliyetin karakteristik rizikosundan kaynaklanan zararlar*” ifadesi kullanılarak hangi zararların bu çerçevede değerlendirileceğinin daha belirli hale getirilmiş olduğu görülmektedir. Türk kanunkoyucusu da, her ne kadar “tipik tehlike” terimini hükmün içinde kullanmamış olsa da, gerekçede “tipik tehlike olgusu”na yer vermiştir⁶⁴.

⁶² Bu yönüyle de hüküm eleştiriye açıktır. Bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 351 vd.

⁶³ Maddenin orijinal metni şu şekildedir:

“Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt.

Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet.

Spezielle Haftungsbestimmungen für ein bestimmtes charakteristisches Risiko sind vorbehalten.”

Ayrıntılı bilgi için bkz: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ve-d.pdf>, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/ve-ber.pdf>, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-kber-d.pdf>

⁶⁴ Maddenin gerekçesi şu şekildedir:

“818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının dört fıkradan oluşan 70 inci maddesinde, kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğunun genel ilkesi düzenlenmektedir.

Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu hâlde, Hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin belirtilmesi uygun görülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkeye göre: “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.” Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar.

Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, bir işletmenin, hangi durum ve koşullarda, “önemli ölçüde tehlike arzettiği”nin kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre: “Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir.” Bu hüküm uyarınca, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin beklenmedik hâl sonucunda, sık olarak ya da zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, söz konusu işletmeyi işleten kişiler hakkında, madde-

Bu sebeplerle de doktrinde, Türk Hukuku için de tehlikeli faaliyetin tipik risklerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu olunacağı kabul edilmektedir⁶⁵. Bu kapsamda, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetinden kaynaklanan her türlü zarar değil, tipik tehlikesinden kaynaklanan her türlü zarar tehlike sorumluluğu kapsamında tazmin edilecektir⁶⁶. Tipik tehlike, meydana gelen zararın, işletmenin faaliyeti ile bağımlılığını işaret etmektedir.⁶⁷

Maddeye göre, tipik tehlikelilikten kaynaklanan kişiye veya şeye ilişkin maddi veya manevi tüm zararlar sorumluluk süjesine yüklenebilecektir⁶⁸. Ancak, söz konusu hüküm çerçevesinde salt malvarlığı zararları tazmin edilemeyecektir⁶⁹.

D. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, konu açısından sınırlandırılırsa, hayatın normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre zararlar tipik tehlikenin gerçekleşmesi arasındaki sebep sonuç ilişkisidir⁷⁰. Zararı doğuran olay ile tehlike arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işveren yalnızca tehlike sorumluluğu çerçevesinde değil, kusur sorumluluğu çerçevesinde dahi sorumlu tutulamayacaktır⁷¹. İlliyet

nin birinci fıkrası hükmü uygulanabilir. Aynı fıkranın son cümlesinde de, özellikle herhangi bir kanunda, benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğunun öngörülmüş olması durumunda, bu işletmenin de önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme sayılacağı belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, tehlike sorumluluğu öngören özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir.

Maddenin son fıkrasında ise, hukuk düzenince, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetine izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinden doğan zararlarının, uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri kabul edilmiştir.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”

⁶⁵ ÜÇİŞİK, s. 141; ERİŞGİN, s. 84-85; AKKAYAN YILDIRIM, s. 210.

⁶⁶ OFTINGER/STARK, s. 4; TİFTİK, s. 34.

⁶⁷ ERİŞGİN, s. 85 vd.

⁶⁸ KILIÇOĞLU, s. 355; ERİŞGİN, s. 85; SANLI, s. 76.

⁶⁹ ERİŞGİN, s. 85; SANLI, s. 76.

⁷⁰ ATICI, Ali, “İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya 2010, s. 15-16, 71; AKIN, Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, s. 46; EREN, s. 12.

⁷¹ “İşyerine gitmek için işverence sosyal yardım amacı ile temin edilen araca binerek işyerine gitmekte olan işçinin, karşıdan gelen başka bir aracın kusurlu çarpması sonucu

bağının, kazanın işverenin himayesi altında⁷² hizmet akdinin doğrudan veya dolaylı ifası esnasında veya söz konusu hizmet akdine bağlı olarak meydana gelmesi halinde varlığı kabul edilecektir⁷³. Zira, zarar ile iş kazası arasında illiyet bağı kuran dört önemli karineden söz edilmektedir⁷⁴. Bunlardan birincisi, kazanın işverene ait işin yürütülmesi esnasında meydana gelmesi, ikincisi, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmemesi, üçüncüsü, zararın iş süresi içinde gerçekleşmesi, son olarak dördüncüsü ise, meydana gelen zararın yürütülen işin tehlikesinden kaynaklanmasıdır. Ancak işverenin tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile önemli ölçüde tehlike yaratan işletmenin faaliyetine özgü tipik tehlikenin arasında illiyet bağı olması gerekir⁷⁵ ve bu yeterlidir⁷⁶. Tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmayan bir zarar, ne kadar büyük olursa olsun, tehlike sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay'ın tehlike ilkesini göz önüne alarak, başka bir ifade ile, işletme faaliyetine özgü tipik tehlike ile zarar arasında illiyet bağı arayarak verdiği kararlar, incelenen konu çerçevesinde önem taşımaktadır. Yargıtay'ın bu konudaki, Yargıtay 9. HD, T. 12.9.1966, 12.9.1966, E.1966/7685, K.1966/8099

ölümü ile sonuçlanan olayın, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesine göre bir iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin bu kazadan sorumlu tutulmasını da gerektirmez. Başka bir anlatımla, kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması, sorumluluğu için yeterli değildir. Çünkü olay, üçüncü kişinin tamamen kusurlu davranışı sonucu gerçekleştiği için, işyerine özgü tehlike ile, meydana gelen sonuç arasında, uygun illiyet bağının varlığından söz edilemez." (Yargıtay HGK T. 18.3.1987, E. 1986/9-722, K. 1987/203); "İlk iş kazası ile sonradan vuku bulan ölüm arasında "uygun neden-sonuç" bağı bulunmadığına göre ölüm olayı iş kazası sayılmaz." Yargıtay. 10. HD., T. 25.05.1989, E. 1989/3064, K. 1989/4630; "Müteveffanın davalı işverene ait işyerinde ölçüm işini yapmakta iken, güneş çarpmasına bağlı olarak oluşan kalp krizi sonucu hayatını kaybettiği ekli raporlar ile de ortadadır. Bu durumda işin yürütülmesi ve niteliği gereği işyeri sayılan ortamda oluşan olayın iş kazası sayılması gerekir." (Yargıtay 10. HD., T. 25.05.1989, E. 1989/3064, K. 1989/4630).

⁷² EREN, s. 11-13; Yargıtay 21. HD. T. 20.11.2003, E. 2003/9435, T. 2003/9645.

⁷³ ATICI, s. 16 vd.; ATABEK, s. 69-70; EREN, s. 11-13; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 81.

⁷⁴ ATICI, s. 17 vd.; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 81-82.

⁷⁵ TİFTİK, s. 35; TANDOĞAN, s. 27.

⁷⁶ Ayrıca işverenin kusurlu olması gerekmez. "Adam çalıştırmanın tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için kendisinin kusuru şart olmadığı gibi kullandığı adamın dahi kusuru kanuni şartlardan değildir. " (Yargıtay HGK, T. 12.11.2003, E. 2003/21673, K. 2003/641).

sayılı ilk kararını takiben verdiği ikinci kararda, Yüksek Daire şu cümlelere yer vermiştir:

“İş kazasına uğrayan işçinin veya hak sahiplerinin iş kazalarından dolayı açacakları davanın hukuki sebepleri, sosyal sigortalar kanunları hükümlerinde sağlanan haklar ve menfaatler dışındaki zararların ödetilmesi ilkesine dayanır. O halde burada işverenin patrimuanına risk yükleyen klasik sorumluluk kurallarının iktibası söz konusu olmak gerekir. İş hukukundaki bilimsel içtihatlar ve özellikle risk nazariyesi, sanayin elişmesiyle iş kazalarına karşı işçilere garantiler getirme zorunluluğunun belirgin bir ifadesi olarak görülür. Yine meseleyi sosyal plan üzerinde inceleyen risk nazariyesi, bütün sosyeteyi faydalandıran bir ilerleyiş hamlesine elleriyle çalışanları feda etmenin en ilkel adalet fikrine karşıt olacağı görüşünü savunur. Bu nazariyeden ilham alınarak iş kazalarından sorumluluk kurallarının iktibası yoluna gidilmiş ve işverenin patrimuanına risk yükleyen içtihat sigorta hukukunun temel ilkelerinden biri olarak güç bulmuştur.”⁷⁷

Yargıtay, başka bir kararında şu hükme varmıştır: *“...İşçinin işveren aleyhine açacağı bu tür davalarda hukuki sorumluluğun kaynağı, belirli tehlikeler yaratan faaliyetlerin sonuçlarını, bu faaliyetlerden yararlananlara yükleyen ve uzun zamandan beri hem öğreti hem de Yargıtay'ca benimsenmiş bulunan tehlike sorumluluğudur.”⁷⁸*

Yargıtay bir başka kararında sorumluluğu tehlike ilkesine şu cümlelerle bağlamıştır: *“...Gerçekten kimi tehlikelerle dolu uğraşılardan doğan zararlı sonuçlar, bazen insan eylem ve iradesi dışında meydana gelebilir. Dış çevrede belirli tehlikeler yaratan uğraşı ve davranışların sonuçlarından kaçınma ve bunları önleme olanağı olmasa bile, bu uğraşılardan yararlananlar bundan sorumlu olmalıdır. Zarar sorumluluk kaynağı tehlikeye bağlı olarak çıkar. Tehlike nazariyesi olarak nitelendirilen ve kabul edilen bu görüş çerçevesinde, vücut gücüyle topluma yararlı işler sağlama amacıyla bulunan kişiler korunur. Burada işverenin iş kazalarından sorumluluğu, akdi bir sorumluluk*

⁷⁷ Yargıtay 9.HD., T. 3.11.1967, E.1967/8075, K.1967/10174.

⁷⁸ Yargıtay 10.HD. T. 13.06.1975, E. 1975/1949, K. 1975/3782.

olarak sadece kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya suç sayılır bir eylemi sonucu meydana gelen zararlara ilişkin olmayıp, tehlike nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluğu da içerir. Zira işveren iş akdiyle işçisini, iş ve işyeri tehlikelerine karşı korumayı taahhüt ettiği gibi, önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları da taahhüt etmiş sayılır... ”⁷⁹

Daha yeni tarihli bir kararına göre, “Uzman bilirkişi raporunda; toplanan delillerden yangının çıkış nedeninin kesin olarak saptanamadığı, mevcut bilgilere göre işverenin olayın meydana gelmesinde alması gerekli tedbir ve gözetim eksikliğine dayanan bir kusurunun bulunmadığı, ölenin de can güvenliğinin sağlanması hususunda ve kazanın meydana gelmesinde kusuru olmadığı, herhangi bir kişi veya kişilerin de kusurunun bulunmadığı kazanın % 100 beklenmeyen nedenlerden meydana geldiği belirtilmiştir. Mahkemece, ölüm olayında tarafların kusurunun bulunmadığı, kazanın % 100 beklenmeyen nedenlerden meydana geldiği gerekçesiyle davalılardanaracın imalatçısı Mercedes Benz Türk A.Ş. hakkındaki davanın reddi doğru ise de, diğer davalı işveren Mehmet yönünden de davanın reddedilmiş olması isabetsizdir.

Zira, davalı Mehmet ölen işçinin işverenidir. Adam çalıştıranla çalıştırılan işçi arasında işin yürütümü için çalıştırma ve bağımlılık ilişkisi mevcuttur. Zarar hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşmuş olup, hukuka aykırı eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır. Bu nedenle işveren, kendisinin yada kullandığı adamın kusuru olmasa bile istihdam eden sıfatıyla tazminattan sorumludur. 1475 sayılı Kanunun 73, 4857 sayılı Kanunun 77. maddesi ve işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğü hükümlerine göre işyerinde gerekli güvenlik tedbirlerini almayan işveren, bu tedbirlere riayet etmediği oranda sorumlu olacağı gibi, diğer işçisinin kusurundan da istihdam eden sıfatıyla sorumludur. Ancak, bu sorumluluk kuralları dışında bir de bu konuda sanayiın gelişmesiyle toplumsal düşünceden kaynaklanan tehlike (risk) sorumluluğu teorisine dayalı sorumluluk hali vardır. Gerek öğretide gerekse uygulamada ve özellikle İş Hukuku alanında benimsenen ve 27.3.1957 gün,

⁷⁹ Yargıtay 21. HD. T. 23.1.1996, E. 1995/7235, K. 1996/122.

1/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında biçimlenen bu sorumluluğun esas; zararlandırıcı olay işyerinde işverenin ya da çalıştırdığı adamın tedbir konusunda gerekli özeni göstermesine, 3. kişi ile işçinin de herhangi bir kusurlarının bulunmamasına rağmen işçi için bir zarar doğurmuşsa, bunun sonucunda hak ve nesafet kuralları içinde işçinin işinden yararlanan işverenin sorumlu tutulmasıdır. 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi; 19. yüzyılın başlarındaki kanun yapma hareketlerinde haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri zararı meydana getiren kusurlu olması esasına dayanmakta idi. Ne var ki, daha sonraları yeni keşifler ve bu arada sanayiinin ve tarımın gösterdiği olağan üstü gelişmeler ve ekonomik hayata hakim olan makinalaşma hareketi insanlar arasındaki ilişkileri sıkılaştırdığı gibi tehlike olasılıklarını da eskisine göre pek çok arttırdığından kusura dayanan sorumluluk sistemi ile zararların karşılanmasına birçok hallerde imkan kalmadığı görüldüğünden kanunlarla sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım sorumluluk hükümleri konulmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bunlara kusursuz sorumluluk hükümleri yahut tehlike (risk) esasına dayanan sorumluluk hükümleri denilmektedir. Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası, 56. Maddesinin birinci fıkrası 58. maddesinin birinci fıkrası hükümleriyle yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Medeni Kanunun 320. (4721 sayılı Kanun 369.) maddesi hükmü kusursuz sorumluluk hükümlerindedir. ”⁸⁰

⁸⁰ Yargıtay HGK, 12.11.2003, E.2003/21-673, K. 2003/641 (Önemle belirtilmelidir ki, karar metninde geçen 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında işveren, işçinin kusurlu davranışından dolayı üçüncü kişiye karşı kusursuz sorumlu tutulmuş, bir diğer deyişle, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinden kaynaklanan sorumluluğu mevcut olmuştur. Zira karara göre, “istihdam edenin sorumluluğu için kendisinin veya istihdam edilen kişinin kusuru şart değildir. Bu sorumluluk için zararın hizmet sırasında ve istihdam edilen kimsenin eylemi sonucunda meydana gelmesi yeterlidir. Buradaki eylem sözcüğünün geniş anlamda düşünülmesi, yani Yasaya göre yapılmıyacak hareketin yapılması veya yapılması zorunlu olanın yapılmaması şeklinde yorumlanması gerekir. Davanın zarar davalının çalıştırdığı öğretmenin sınıfta kağıt işleri yaptırdığı sırada meydana gelmiştir. Kağıttan uçağı atarak arkadaşının bir gözünün görme yeteneğini onda dokuz oranında yitirmesine sebebiyet veren küçük çocuğun zararlıyı zararsızdan ayırt edemeyeceğinde ve zaman zaman içgüdülerine uyacağında kuşku yoktur. Ana okulu öğretmenin bu gibi zararlı davranışlara karşı eğitim yolu ile öğrencilerini uyararak ve eylemli olarak onları önlemek ödevleri gereklerindedir. Olayda öğretmen hazırlanan kağıt uçağın farkına varmış ve atılmasına engel olmuş bulursa idi böyle bir zararın meydana gelmeyeceği açık olduğuna göre onun önleyici hareketi yapmaması veya yapması ile zarar arasında uygun sebep - sonuç bağı vardır. O halde öğretmen kusursuz olsa dahi onu çalıştıran sıfatı ile davalı meydana

V. SORUMLULUKTAN KURTULMA

İşveren, tehlike sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulmayacak olsa dahi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi ve İş Kanunu maddeleri çerçevesinde, her türlü riske karşı her türlü önlemi almak zorundadır⁸¹. Bu anlamda, işverenin işçilerin karşılaşılabileceğini öngördüğü her türlü riske karşı her türlü önlemi alması gerekmektedir⁸². İş kazasında işverenin kusursuzluğunu ispat etmesi, sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir⁸³.

Önemli tehlike arz eden işletmenin faaliyetinde bulunan işverenin sorumluluktan kurtulabilmesi, ancak ve ancak illiyet bağıını kesen sebeplerin varlığını kanıtlanması ile mümkün olabilir⁸⁴. Zira 71. madde hükmünün amacı, kişinin tehlikeli işletme faaliyeti yürütmesi sebebiyle, nimetlerinden yararlandığı için, külfetlerine de katlanmasını, başka bir ifade ile, öngörülemeyen risklerden de sorumlu tutulmasını gerektirmektedir. Bu sebeple, işverenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, olayda mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusuru olduğunu ispatlaması gerekmektedir⁸⁵.

İlliyet bağıını kesen ilk unsur, mücbir sebeptir. Mücbir sebep, edimin ifasını kaçınılmayacak şekilde engelleyen, öngörülmesi veya öngörülse dahi karşı konulması imkânsız olan, harici⁸⁶ olağanüstü olaydır⁸⁷.

gelen zarardan sorumlu olacağından ve davada öne sürülen olaylara uyan hukuk kuralını uygulamak hâkime ait bulunduğundan yerindeolan özel daire bozma kararına uymak gerekirken yazılı sebep ve düşüncelerle önceki kararda direnilmesi usûl ve yasaya aykırıdır. Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.”)

⁸¹ GÜZEL/ÇATALKAYA, s. 181.

⁸² GÜZEL/ÇATALKAYA, s. 181.

⁸³ GÜZEL/ÇATALKAYA, s. 182 vd.

⁸⁴ Yargıtaya göre, “Tehlike sorumluluğu çerçevesinde, tehlike nazariyesinin bir olayda uygulanabilmesi için işveren ve kazada işçiye herhangi bir şekilde kusur izafe edilmemiş, olayların kaçınılmaz nedenlerden ileri gelmiş olması gerekmektedir.” (Yargıtay HGK T. 10.5.1978, E. 1978/804, K. 1975/374).

⁸⁵ ATICI, s. 77

⁸⁶ Haricilik unsuru, mücbir sebebi umulmayan halden ayıran en önemli unsurdur. Mücbir sebep, ayrıca umulmayan halden daha yoğun ve şiddetlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, s. 25; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 89 vd.; ATICI, s. 79; EREN, s. 98. Yargıtay, aracın freninin patlamasını umulmayan hal olarak kabul etmiş ve işleteni sorumluluktan kurtarmıştır. (BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 90, dn. 296)

⁸⁷ EREN, s. 96; BALCI, s. 461; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 89; ATICI, s. 78 vd.

Yargıtay, mücbir sebebin illiyet bağı kestigiine karar vermiştir. Kararına göre, “17.8.1999’da meydana gelen “Deprem” sonucunda oluşan ş kazası sonrasında, işverenin “tehlike sorumluluğu” kapsamında sorumlu tutulacağı gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de bu sonuç temel hukuk sistemi prensiplerine ve yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına uygun değildir.

...Tehlike sorumluluğu, bir sonuç sorumluluğu da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir...

Öteki sorumluluk hallerinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da 3 halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve 3. kişinin kusurudur.”⁸⁸

İşçinin ağır kusurunun bulunduğu durumlarda da, illiyet bağı kesildiğinden hareketle, işvereni sorumlu tutulmayacaktır⁸⁹.

Zira bir Yargıtay kararına göre, “Davacıların miras bırakan A.G’nin davalı otomobil alım-satımı iş yerinde satış elemanı olarak çalıştığı, davalı şirket tarafından satılan aracı müşteriye teslim edip, müşteriye ait takas alınan aracı da işyerine getirdiği sırada virajda aracın hakimiyetini kaybederek yol kenarında bulunan kar direğine çarparak devrilmesi sonucu yaralandığı ve kazadan iki gün sonra hastanede vefat ettiği, olayın kurumca iş kazası olarak kabul edildiği, trafik kaza tutanağına göre kazalının %100 kusurlu olduğu, mahkemece aldırılan bilirkişi heyeti raporunda da kazalının %100 kusurlu olduğunun ve davalı işverenin kusurunun bulunmadığının bildirildiği, olaydaki % 100 oranındaki kusur mahkemece de kabul edilmekle birlikte, aracın teslimi ile görevli olmadığı halde işverenin isteği üzerine verilen görevi yerine getirirken oluşan kaza sonucu vefat etmesi nedeniyle davacıların manevi tazminata hakları olduğu gerekçesi ile sonuca gidildiği görülmüştür...

Somut olayda işçinin % 100 kusurlu olduğu dolayısıyla illiyet bağı kesilmesi nedeniyle tam kusurlu bulunan işçinin kusurlu davranışının sonuçların-

⁸⁸ Yargıtay 21. HD., T. 3.10.2002, E. 2002/7848, K. 2002/8013.

⁸⁹ EREN, Borçlar, s. 563; BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 93; ATICI, s. 87.

dan işverenin sorumlu tutulamayacağı, öte yandan satış elemanı olarak araç satışında çalışan işçinin, işin gereği araç teslimi ve teslim alınması işi ile görevli olduğunun açık olması karşısında tanık beyanlarına dayanılarak görevi bulunmadığı aracın teslimini getirirken kazanın meydana geldiğinin kabulü ile yukarıda açıklana ilkeler bertaraf edilerek çalıştırmanın sorumluluğuna gidilemeyeceği de ortadadır.”⁹⁰

Zarar görenin ağır kusurunun olması, yalnızca kastı işaret etmemektedir. Ağır ihmal de ağır kusur sayılabilecektir⁹¹.

Üçüncü kişinin ağır kusuru da illiyet bağıını kesen bir diğer sebeptir. Önemle belirtilmelidir ki, üçüncü şahsın fiilinin illiyet bağıını kesecek derecede kusurlu olması gerekmektedir⁹². Başka bir ifade ile, illiyet bağıının kesilebilmesi için, üçüncü şahsın kusurlu davranışının zararın tek sebebi olması gerekmektedir⁹³. Ancak, kanımızca işverenin tehlike sorumluluğundan kurtulabilmesi için, 3. kişinin ağır kusuru yeterli olmayacaktır. Zira tehlike sorumluluğunun bulunabilmesi için, işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz etmesi ve zararın tipik tehlikeden meydana gelmesi gerekmektedir ve üçüncü kişinin ağır kusuru hiçbir zaman illiyet bağıını kesecek yoğunluğa erişemeyecektir⁹⁴.

VI. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, borcu doğrudan doğruya sona erdirmeyen, ancak bir hakkın belli bir süre içinde ileri sürülememesi sebebiyle dava yoluyla elde edilebilme imkânının kalmamasına veya kanunda öngörülen sürenin geçmesi sonucu bir hakkın kullanılmasının mümkün olmamasına yol açan borcun nisbi bir sona erme sebebidir⁹⁵.

⁹⁰ Yargıtay 21. HD, T. 9.3.2009, E. 2008/12304, K. 2009/3393 (BALCI, s. 451-452).

⁹¹ BAŞBOĞA ŞAHBAZ, s. 93.

⁹² ATICI, s. 94.

⁹³ ATICI, s. 94.

⁹⁴ EREN, bu konuda uçak işletmelerini, atom tesislerini ve boru hatlarını örnek olarak göstermiştir. EREN, s. 123

⁹⁵ GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ JAEGGI, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne außervertragliches Hauptpflichtrecht., Band II, 6. Aufl., Zürich 1995, Nr. 3390; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1 İstanbul 2011, s. 620 vd.; ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 5; HAVUTÇU, Ayşe, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Sürelerin Başlangıcı”, Dokuz Eylül

Tehlike sorumluluğu için geçerli olacak zamanaşımı süresi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”

Önemle belirtilmelidir ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin gerekçesinde, *“Fıkırada, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır. Bunun bir sonucu olarak, bu tür zararların giderilmesinde, haksız tüllere ilişkin zamanaşımı süreleri değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır.”* Hükmüne yer verilmiştir. Bu anlamda, tehlike sorumluluğu esasına dayanarak dava açılacak olsa dahi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”* hükmü uygulama alanı bulacaktır.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre, *“Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, eski kanun hükümlerine tabi olmaya devam eder.”* Ancak söz konusu hükmün, aynı Kanun'un kazanılmış haklar başlıklı 4. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira maddeye göre, *“Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş olup da, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış fiil ve işlemlere, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”*

Bu anlamda, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından zamanaşımının başlangıç anı, kaza veya hastalığın rapor ile belirlendiği tarih olacaktır⁹⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe konulduğu tarihten önce rapor ile belirlenmiş olan kaza ve hastalıklar için zamanaşımı, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine göre belirlenecektir. Ancak, rapor, 6098 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra alınmışsa, bu durumda, zamanaşımı süresi, Kanun'un 72. maddesi hükmüne göre saptanacaktır⁹⁷.

İşverenin iş kazasından ve meslek hastalığından doğan tehlike sorumluluğunda zamanaşımı konusunda uygulamada da örnekler mevcuttur. Yargıtay, zamanaşımı süresinin zarara ilişkin raporun alındığı tarihte başlayacağına karar vermiştir⁹⁸.

SONUÇ

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından dolayı tehlike sorumluluğu

⁹⁶ **BALCI**, s. 916

⁹⁷ **BALCI**, s. 916

⁹⁸ “Davacının 21.01.1990 tarihinde iş kazasına maruz kalmasına karşın beden gücü kayıp oranının uzun yıllar sürüncemede bırakılarak sonuçta Zonguldak Sosyal Sigortalar Hastanesinin 20.6.2000 günlü raporu ile saptandığı, şu duruma göre davacının kesin maluliyet oranına göre, dava açma hakkının bu tarihten başlaması gerekir.” (Yargıtay 21. HD T. 15.03.2001, E. 2001/1827, 2001/1939, <http://www.aghukuk.org/onemli-detay.php?id=324> (son erişim tarihi: 23.10.2013)) Fakat bu karara karşı yerel mahkeme direnmiş ve HGK, yerel mahkemenin direnme kararını onamıştır: İş kazası nedeniyle tazminat davalarında zamanaşımı olay tarihinden başlar, beden gücü kayıp oranını belirleyen rapor tarihi dikkate alınmaz (Yargıtay HGK T. 07.11.2001, E. 2001/21-991, K. 2001/771 <http://www.aghukuk.org/onemli-detay.php?id=324> (son erişim tarihi: 23.10.2013)); Yargıtay HGK, ardından şu kararı vermiştir: “...10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı, davacının maluliyet oranını tesbit eden 11.5.1992 tarihli SSK. Ankara Hastanesi Sağlık Kurulunca verilen rapor tarihidir. Çünkü davacı zararının kapsamını ancak bu raporla öğrenmiştir...” (Yargıtay HGK T. 18.12.2002, E. 2002/21-1103, K. 2002/1067, http://www.kararevi.com/karars/581044#.Umhn_u9rPIU (son erişim tarihi: 23.10.2013)); “Sigortalının sürekli iş göremezlik oranı, İstanbul 3. İş Mahkemesinin 11.10.2006 gün, 2006/39 E ve2006/621 K sayılı kararıyla % 23,20 olarak kesinleşmiştir. O halde, sigortalının ancak sürekli iş göremezlik oranının kesinleştiği 11.10.2006 tarihinde maddi ve manevi tazminatının belirlenmesine esas olacak zararı öğrendiği kabul edilmeli ve zamanaşımı süresinin hesabı bu tarihten itibaren başlatılmalıdır.” (YARGITAY 21. HD T. 01.07.2008, E. 2008/8354, K. 2008/10199, **BALCI**, s. 947-948); “Olayda önce hafif derecede yaralanma tesbit edilmiş, sonra mental retasdayon ortaya çıkmıştır. Burada gelişen durumun varlığı söz konusu olduğundan, zamanaşımı süresi bu hastalığı belirleyen raporun tebliği tarihinden itibaren başlar.” (YARGITAY 4. HD T. 28.05.2009, E. 2009/5283, K. 2009/7219, **BALCI**, s. 954-955)

çerçevesinde sorumlu tutulabileceği, tehlike sorumluluğunu genel nitelikte düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesi hükmünden önce de, Yargıtayca tehlike ilkesi gözetilerek kıyas yolu ile savunulmakta idi. Ancak söz konusu hükmün ardından, kıyas yolu kullanılmamak suretiyle de, işveren, şartları bulunması halinde, tehlike sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilecektir. Bu konuda, 6098 sayılı Kanun'un 417. maddesinin son fıkrasındaki emredici hüküm sebebiyle işverenin her durumda yalnızca sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulabileceği söylenebilecekse de; söz konusu hükmün nisbi emredici hüküm olması, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin nimetlerinden yararlanmasına karşılık bu faaliyetin külfetlerine katlanan işçinin yalnızca akitten doğan sorumluluk kapsamında tatmin edilebilecek olmasının sosyal adalet duygusuna cevap veremeyecek olması sebepleriyle işverenin daha ağır bir sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi gerekmektedir.

Tehlike sorumluluğu en ağır kusursuz sorumluluk türü olduğundan, bu sorumluluğa istisnai hallerde başvurulmalıdır. İşverenin tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olabilmesi için, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetini yürütmesi esnasında, bu faaliyetin tipik tehlikesinden zarar meydana gelmiş olmalıdır. Meydana gelen zarardan işverenin kurtulabilmesi, yalnızca illiyet bağıını kesen sebeplerin varlığı halinde mümkün olabilecektir. İşverenin tehlike sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulması halinde, meydana gelen tüm maddi ve manevi zararlardan sorumlu olduğu; ancak saf malvarlığı zararlarından da sorumlu olmayacağı tartışmasızdır.

♦♦♦♦

KAYNAKÇA

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, C. 70, S. 1, s. 203-220

ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ile Karşılaştırmalı), Yetkin Yayınlar, 1. Cilt, Ankara 2009

ATABEK, Reşat, İş Kazası ve Sigortası, İstanbul 1978

ATAMER, Yeşim, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 6, Mayıs 2006, s. 22

BALCI, Mesut, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması, Eski ve Yeni Türk Borçlar Yasası, Ticaret Yasası ve Hukuk Muhakemeleri Yasasına göre Açıklamalar, İş, Trafik-İş Kazaları, Sigortacının Sorumluluğu Rücu Davaları, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011

BAŞBOĞA ŞAHBAZ, Zübeyde, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuku Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, Beta Yayınları, Eylül 2010

BOSTANCI, Yalçın, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, Kamu-İş Dergisi, 2005, C. 8, S. 1, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf> (son erişim tarihi: 20.10.2013)

BÖRNER, Bodo, “Haftung für Anlagen: Delikt und Gefaehrdung”, Haftung für Anlagen der Energieversorgung (Hrsg: BÖRNER, Bodo), Veröffentlichungen des Instituts An Energierecht an der Universitaet zu Köln, 32/33, Düsseldorf, 1973, s. 50-90

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 8, S. 1, s. 1-19

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, (EREN, Borçlar)

ERİŞGİN, Nuri, “Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu

Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 59-101

“*Tehlike Sorumluluğunda Kıyas*”, BATİDER, C. XX, S. 3, 2000, s. 83-104 (ERİŞGİN, Kıyas)

ESSER, Josef, Grundlagen und Entwicklung der Gefaehrdungshaftung, 2. Unveraenderte Aufl., München, 1969

GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ JAEGGI, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 6. Auflage, Zürich 1995

GÜRSOY, Kemal Tahir, “*İşverenin Sorumluluğu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1974, C. 31, S. 1-4, s. 185-198

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/312/3005.pdf> (son erişim tarihi: 23.10.2013)

GÜZEL, Ali/UGAN ÇATALKAYA, Deniz, “*İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)*”, Çalışma ve Toplum, 2012/3, S. 34, s. 157-188

GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009

HAVUTÇU, Ayşe, “*Haksız Fiil Sorumluluğunda Sürelerin Başlangıcı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s.579-605 (Basım Yılı: 2012)

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996

HUBER, Peter W., Liability: the Legal Revolution and its Consequences, New York, 1988

İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949

“*Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alma, Fransız ve İsviçre Hukuklarının mukayesesile)*”, İstanbul Üni-

versitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 13, S. 4, 1947 (İMRE, makale)

KAPLAN, Emine Tuncay, İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Dayınlarlı, Ankara 1992

KARAKAŞ, İsa, Uygulamada Meslek Hastalığı Davaları ve Tazminat Davaları, Güncellenmiş 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2012

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 14. Bası, Ankara 2011

KOCH, Bernhard A., Die Sachhaftung: Beitrage zu einer Neuabgrenzung der sogenannten Gefaehrdungshaftung im System des Haftungsrechts, Dunkler und Humblot, Berlin, 1992 http://books.google.com.tr/books?id=oLqX6r3BujcC&pg=PA188&lpg=PA188&dq=b%C3%B6rner+haf-tung+f%C3%BCr+anlagen&source=bl&ots=VvWI9h_o4z&sig=HA7Jzy-7dXGvtaHL9zcOIxG1_Dew&hl=tr&sa=X&ei=Uf5mUru3IOqe7AbR-yoHQDw&ved=0CDMQ6AEwAQ#v=onepage&q=b%C3%B6rner%20haftung%20f%C3%BCr%20anlagen&f=false (son erişim tarihi: 23.10.2013)

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “*Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1984/2, s. 175-305

KOZIOL, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Wien, 1973

KÖTZ, Hein, “Ziele des Haftungsrechts”, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990 (Hrsg: BAUR, Jürgen F./HOPT, Klaus J./MAILAENDER, Peter K., Berlin, New York, 1990, s. 643 – 666

Deliktsrecht: Eine Einführung, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 1983 (KÖTZ, Deliktsrecht)

KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/AYANOĞLU MORALI, Ahu/IŞINTAN ÇAVUŞOĞLU, Pelin/İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/KOÇ, Sedef Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler İstanbul 2005

LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987

LARENZ, Karl/CANARIS, Claus Wilhem, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl., München, 1994

MERZ, Hans, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I. Teilband, Basel, 1984

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2011

OFTINGER, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1975

OFTINGER, Karl/STARK, Emil Wilhelm, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd.I, 5. Aufl., Zürich 1995

OĞUZMAN, Kemal, “İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIV, 1969, S. 1-4, s. 322-342

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2011

PETITPIERRE, Daniel, Zivilrechtliche Haftpflicht für Umwertschaedigungen nach schweizerischem Recht, Basel, Frankfurt, 1993

SANLI, Kerem Cem, “*Kusursuz Sorumluluk Halleri*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler, (Der.: İNCEOĞLU, Murat), XII Levha, s. 60-81

SARAÇ, Senem, Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, XII Levha, İstanbul, 2013

SAYMEN, Ferit Hakkı/EKONOMİ, Münir, Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul 1966

SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998

SÖZER, Ali Nazım, “*Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı ve Unsurları*”, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.1893-1917

STARK, Emil Wilhelm, Ausserververtragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. Zürich

STOLL, Hans, “*Penal Purposes in the Law of Tort*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 18, No. 1, Winter, 1970, s. 3-21, <http://www.jstor.org/discover/10.2307/839459?uid=3739192&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102805443857> (son erişim tarihi: 23.10.2013)

ŞAHLANAN, Fevzi, “*İş kazaları ve Hukuki Sonuçları*”, İş Emniyetinin ve İş Koşullarının Geliştirilmesi Semineri, 19-22 Mayıs 1990, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul 1990

TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981

TAŞKENT, Savaş, “İş Kazası Kavramı”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, s. 1951-1966

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Turgut/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993

“*İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlandırılması Meselesi*”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, 2/3, s. 79 vd. (TEKİNAY, Makale)

TİFTİK, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, S. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005

TUNÇOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982

TUNCAY, Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul, 2000

ULUSAN, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Kazancı Kitap Ticaret, İstanbul, 1990

“Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, 1970, S.6, s. 23-57 (ULUSAN, Tehlike)

ULUSAN, İlhan/ESEN, Güven, *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşveren Sorumluluğu, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsan Gücü Yönetimi, C.5, İş sağlığı ve güvenliği, Kitap 2, İstanbul, Kazancı Hukuku Yayınları No:40*

ÜÇİŞİK, Güzin, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 127-145

Von CEAMMERER, Ernst, “Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1978, S. 42, C.1, s. 5-27

<http://www.jstor.org/discover/10.2307/27876197?uid=3739192&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102804796197> (son erişim tarihi: 23.10.2013)

Von TUHR, Andreas/PETER, Hans, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. Aufl., *Zürich*, 1979

YILMAZ, Süleyman, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, S. 59, C.3, s. 551-578

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU KAYNAKLI KUSURSUZ SORUMLULUK

Strict Liability Arising Out Of Highway Traffic Laws

Alptekin Burak BOYDAK*

ÖZET

Yaşamımızı kolaylaştıran birçok teknolojik gelişme aynı zaman bünyesinde bir risk faktörünü de taşımaktadır. Teknolojik gelişme ile risk faktörü arasında böylesine yakın bir ilişkinin olduğu alanlardan en önemlilerinden birini de günlük yaşantımızda sıklıkla içinde bulunduğumuz karayolları taşımacılığı oluşturmaktadır.

Bu durumun farkında olan yasakoyucu karayollarında seyreden araçların taşıdığı risk faktörünü göz önüne alarak bu hususta iradesini kusursuz sorumluluk yönünde kullanmıştır.

Bu çalışmada da karayolları trafik hukuku bakımından söz konusu kusursuz sorumluluk olgusunun hangi şartlarda gerçekleşeceği görüş ve tespitler Yargıtay kararlarından destek alınarak izah edilemeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kusursuz sorumluluk, motorlu taşıt, işleten, sorumluluğun şartları

ABSTRACT

Many technological advances that make our lives easier but also an on-site bears the risk factors. Technological advances such a close relationship between the risk factor is one of the most important areas in our daily lives we often found in the form of transportation highways.

This case, the legislature is aware of the risks of driving in cars, vehicles, taking into account the factors in this regard in the direction of strict liability has used the will.

In this study, in terms of road traffic law strict liability cases concerned the circumstances in which the vision will be realized with the support of High Court decisions and determinations were tried to be explained.

* Öğretim Görevlisi/Avukat; İstanbul Üniversitesi, alptekin.boydak@istanbul.edu.tr

Keywords: Strict liability, motor vehicle, operating, terms of responsibility



GİRİŞ

Ülkemizde trafikle ilgili sorunların azımsanmayacak derecede büyüklüğü ve trafik kazası sonucu oluşan zararların tazmini meselesi nedeniyle bu konuyu düzenleyici normatif hükümler vazedilmeye çalışılmıştır.

İlk olarak 1930 yılında yürürlüğe sokulan (mülga) 1580 sayılı Belediyeler Kanunu trafik düzeniyle ilgili bazı hükümler getirmiştir. Bu kanun zamanında sorumluluk kusura dayandırılmakta ve Borçlar Kanununa göre çözümlenmekteydi. Buna karşın giderek artan trafik kazaları ve diğer koşullar bu kanunun ihtiyaçlara cevap verememesi sonucunu doğurmuş ve bu sorunun özel bir kanun ile düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Böylece 1932 tarihli İsviçre Karayolları Trafik Kanunundan esinlenerek 1953 yılında 6058 sayılı Karayolları Trafik Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunun 50. maddesi ile kusur sorumluluğu ilkesi terk edilerek karayolunda motorlu taşıt kullanılmasından doğan sorumluluk, objektif özen yükümlülüğünün ihlali düşüncesine dayalı bir kusursuz sorumluluk hali olarak gösterilmiştir. Buna karşın 1961 yılında 232 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle hukuki sorumluluk zorunlu sigorta sınırları içinde kusur karinesine dayanan bir sorumluluk zorunlu sigorta sınırları dışında ise normal bir kusur sorumluluğu halini almıştır.¹

Bu kanunun da sürekli yenilenen ihtiyaçlara cevap verememesi nedeniyle 1983 yılında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu vazedilmiştir. Bu kanunda ise araç işletenin sorumluluğu, önceki kanunların aksine ve mehz İsviçre Kanunuyla aynı yönde bir tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda tehlike sorumluluğu dışında birbirinden farklı esasları haiz sorumluluk türleri bulunmaktadır. Bu sorumluluk türleri olarak da çalışmamızın temelini teşkil eden işletenin, işletilme halinde

¹ Çeliktaş Demet, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir,1987,s.3

olan motorlu aracın sebep olduğu zararlardan sorumluluğu, işletilme halinde olmayan araçların sebep olduğu zararlardan sorumluluk ile kazadan sonra yapılan yardım faaliyetlerinden doğan sorumluluk göze çarpmaktadır.

Karayolları trafik kanununa göre, bir motorlu aracın neden olduğu zarardan sorumlu şahıs, motorlu aracın işletenidir. Bu çerçevede KTK'nın 85. maddesinin ilk üç fıkrasında işletenin sorumluluğu kurumu düzenlenmiştir. 2918 sayılı Kanunda 4199 sayılı Kanunla getirilen değişiklik sonunda motorlu araç işletenlerin yanında bu işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu hükmü getirilmiştir.

Bu çerçevede sorumluluk konusunun 2918 sayılı Kanundaki sistematik yerinden kısaca bahsettikten sonra, Karayolları Trafik Kanununda ki en önemli sorumluluk hali olan ve 2918 sayılı Kanunun 85. maddesinin 1. fıkrasında ifadesini bulan işletenin, işletilme halinde olan motorlu aracın sebep olduğu zararlardan sorumluluğunu geniş olarak incelemeye geçebiliriz.

I. KTK KAYNAKLI SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilineceği üzere geniş anlamda sorumluluk hukuku hem akdi, hem de akit dışı sorumluluğu kapsamaktadır. Bu çerçevede, inceleme konumuz Karayolları Trafik Kanunu ve dolayısıyla trafik kazalarıyla ilgili olduğundan haksız fiillerden kaynaklanan sorumluluk kapsamımızda olacaktır.

Geniş olarak haksız fiil sorumluluğunun içerisine ise kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk girmektedir. Kişi bazı hallerde meydana gelen haksız fiilin faili olmadığı halde kanunen sorumlu sayılmaktadır ki, bu duruma kusursuz sorumluluk denilmektedir.²

Kusursuz sorumluluk da kendi içerisinde, sebep sorumluluğu ve hukuka uygun müdahalelerden doğan sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Sebep sorumluluğu ise olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olarak ikili bir ayırım göstermektedir.

² Gökcan, Hasan T./Kaymaz, Seydi: Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Ankara 2009, s. 32

Bu çerçevede Karayolları Trafik Kanunu'nun "İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu" başlığını taşıyan 85. maddesinde kural olarak sebep sorumluluğu, istisna olarak da kusur sorumluluğu ilkelerine yer vermiştir; gerçekten, KTK. 85 de zarar aracın işletilmesinden doğmuşsa tehlike sorumluluğu, işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu bir trafik kazasından doğmuşsa, yerine göre olağan sebep sorumluluğu veya kusur sorumluluğu; zarar kazadan sonra yapılan yardım faaliyetinden doğmuşsa, bu halde de olağan sebep sorumluluğu kabul edilmiştir.³

Tehlike sorumluluğu kişilerin mal, hayat veya sağlıkları bakımından zarara neden olabilecek bulunulması dolayısıyla kusur aranmayan bir sorumluluk türü olarak kabul edilen bir sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴

İşte bütün bu bahsedilen sorumluluk türleri içerisinde, karayollarında motorlu araç işletilmesinin başkaları için oluşturduğu risk ve bu kazaların topluma verdiği zararlar göze alındığında motorlu araç işletenin sorumluluğunun kusura dayanmayan bir tehlike sorumluluğu olarak kabulü gerekli olmaktadır.⁵ Zaten, başta İsviçre⁶, Alman ve Avusturya hukukları olmak üzere Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde motorlu araçların işletilmesinden doğan zararların tazmininde sorumluluk sistemi olarak tehlike sorumluluğu esası kabul edilmiştir.⁷

Bizim hukuk sistemimizde de 2918 sayılı kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasında işleten ile işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre " Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün ünvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın

³ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta,2007 s. 631-632

⁴ Gökcan, Hasan T./Kaymaz, Seydi, s. 35

⁵ Yılmaz, Zekeriya: Karayolları Trafik Kanunu, Karayolları Taşıma Kanunu ve Sigortacılık Kanunu Hükümlerine Göre Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat Sigorta ve Rücu Davaları, Ankara,2007,s. 22

⁶ KTK, İsviçre Karayolları Trafik Kanunu temel alınarak hazırlandığı için aynı sorumluluk halleri orada da geçerlidir. Bkz: Yılmaz, Hamdi, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (Yayınlanmamış Monografik Eser, Trabzon, 1987, s. 1

⁷ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Hâluk/Altıp, Atillâ: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul 1993, s. 523

işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.”

Madde metninin incelenmesinde görüleceği üzere burada kusursuz sorumluluğun bir hali olan tehlike sorumluluğu söz konusudur.⁸ Zira aracın işletilmesinin bir zarara neden olması sorumluluğun gerçekleşmesi için yeterlidir; işletenin kusurlu olup olmaması veya zararın yardımcı bir kişinin davranışından ya da araçtaki bir bozukluktan kaynaklanmış olması önemli değildir.⁹

Buna göre, işletilme halinde olan motorlu aracın, bir kimsenin ölümüne, yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebep olması durumunda, işleten kusursuz olarak sorumlu olacaktır.¹⁰ Sorumluluk kusura dayanmadığından, kendilerinin veya eylemlerinin sorumlu oldukları kimselerinin, temyiz kudretine sahip olmadıkları hallerde dahi, işleten veya teşebbüs sahibi aracın işletilmesinden doğan zarardan sorumludur.¹¹

2918 sayılı kanunda işletme halinde bulunmayan araçların sebep olduğu zararlardan ise duruma göre olağan sebep sorumluluğu veya kusura dayanan sorumluluk¹² öngörülmüştür (md 85/3). İşleten kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından ötürü yardım edenin uğradığı zararlardan da hakkaniyete dayalı objektif kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumludur (md 85/4)¹³

⁸ Havutçu, Ayşe/Emre, Gökyayla: Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk, Ankara 1999, s. 29; Yılmaz, Hamdi: Zararın Paylaştırılması, 1995, s. 17; Yılmaz, Zekeriya, s. 23

⁹ Yılmaz, Zekeriya, s. 17-18

¹⁰ Bolatoğlu, Bolat: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Ankara 1988.s. 19

¹¹ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta,2007 s. 633

¹² “2918 sayılı Yasa'nın 85. maddesinde araç maliki ve işletenin Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde de adam çalıştırmanın sorumluluğu düzenlenmiştir. Her iki halde de yani gerek araç maliki ve işletenin ve gerekse istihdam edenin sorumluluğunun kusura dayalı sorumluluk olmadığı, işletenin sürücüsünün istihdam edenin de çalıştırdığı kişinin zarar doğurucu eylemlerinden sorumlu olacakları ortadadır. Hal böyle olunca da araç maliki işleten ve istihdam eden olarak kusursuz sorumlu olan davalının, varsa bu sorumluluğunu kaldıran nedenler açıklanıp tartışılmadan salt davalının kusurunun bulunmadığından bahisle davalı işverene yönelik davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 21. H.D. 10.10.2006 T. , E. 2006/10119 K. 2006/971 (Kazancı Bilişim)

¹³ Yılmaz, Zekeriya, s. 24

2918 sayılı kanununun 87. maddesiyle de 85. maddeye bir istisna getirilmiştir. Maddeye göre:“ Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir.”

Hatır için taşıma veya motorlu aracın hatır için kullandırılması, işletenin bir kişiyi nezaket icabı veya onu memnun etmek için ücretsiz olarak aracında taşıması veya motorlu aracını ona kullandırmasıdır.¹⁴

Karayolları Trafik Kanunu’nun 87. maddesinin I. fıkrası, hatır için taşıma veya motorlu aracın hatır için kullandırılması durumlarında sorumluluğu, genel hükümlere tâbi tutmuştur. Yani, işletenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk değil, kusur sorumluluğudur. Hatır için taşıma veya motorlu aracı hatır için kullandırma durumlarında kusur sorumluluğunun kabul edilmesinin sebebi ise hakkaniyet düşüncesidir; işletenin herhangi bir menfaati olmaksızın birini taşıması veya birine motorlu aracını kullandırmasının, Karayolları Trafik Kanunu’nun 85. maddesinin I. fıkrasına tâbi olması, adalet duygusuna aykırı olarak değerlendirilmiştir.¹⁵

II. KTK KAYNAKLI KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİ

Karayolları Trafik Kanunu kaynaklı kusursuz sorumluluk hallerinin hukuki niteliğinden bahsederken de söylediğimiz üzere 2918 sayılı Kanun, işletilme halindeki motorlu araçlar nedeniyle sorumluluk, işletilme halinde olmayan araç nedeniyle sorumluluk ve kaza sonrası yardım faaliyetlerinden doğan zararlar olmak üzere başlıca üç tip sorumluluk hali öngörmüştür. Şimdi sırasıyla bu sorumluluk hallerini inceleyebiliriz.

¹⁴ Çelikleş, s. 104

¹⁵ Eren, Borçlar, s. 677. Aksi Görüşte: İyimaya Ahmet, Sorumluluk Hukuku ve Tazminat Hukuku Davaları, Ankara, 1990, s. 258-259

A. İŞLETİLME HALİNDEKİ MOTORLU ARAÇ NEDENİYLE SORUMLULUK

1. SORUMLULUĞUN UYGULANMA ALANI

KTK 85/1. maddesinde ifadesini bulan ve tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk halinin uygulanma alanı olarak ilgili maddede herhangi bir sınırlama olmaması nedeniyle kazanın meydana geldiği yerin bir öneminin olmadığı yönünde görüşler¹⁶ dile getirilse de, KTK m. 2/2 deki “Bu Kanun, karayollarında uygulanır” ifadesinden destek alarak 85/1. maddedeki sorumluluğun uygulanma alanı kanunun uygulanma alanı ile yani karayollarında sebep olunan zararlarla sınırlıdır diyebiliriz.¹⁷

Karayolu, Karayolları Trafik Kanunu’nun 3. maddesinde “Karayolu, trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlardır” şeklinde tanımlanmıştır. Karayolu dışında kalan kamuya açık alanlarda; park, bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarının araç trafiği için faydalanılan yerlerinde; otoyollar, deniz, göl, akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında da Karayolları Trafik Kanunu uygulanacaktır. Bu yerlerin dışında KTK m. 85/1. maddesi hükmü uygulanmayacaktır. Böylece, örneğin, demiryollarında, havada ve denizde meydana gelen zararlarda ilgili hüküm uygulanmayacaktır.¹⁸

2. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

a. İŞLETİLME HALİNDEKİ BİR MOTORLU ARACIN VARLIĞI

Karayolları Trafik Kanununun 85. maddesinin 1. fıkrası gereği bir sorumluluk durumundan bahsedebilmemiz için maddenin lâfzî yorumunda da görüleceği üzere öncelikle işletilen bir motorlu aracın varlığı gerekmektedir. Bu sebeple öncelikle motorlu araç kavramının doğru bir biçimde tespiti gerekmektedir.

¹⁶ Erdoğan/Atalay, Tehlike Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, 2004, C.LXII, s.37;Karahasan, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul, s. 742-743; Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C. I, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 2002 , s.28; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 527 dn. 27

¹⁷ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, , İstanbul, 2005, s. 632

¹⁸ Reisoğlu,Sefa: Borçlar Hukuku (Genel) , İstanbul, 2010 ,s. 184

Kanun, doğrudan motorlu aracı tanımlamamış, araç ve taşıt kavramlarını ayrı ayrı tanımlamıştır. Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde taşıt, "Karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere 'motorlu taşıt', insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere 'motorsuz taşıt' denir" şeklinde tanımlanmıştır.

Yine aynı maddeye göre araç, "Karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır". Bu iki tanım birleştirildiğinde kanunun motorlu aracı; karayolunda insan hayvan ve yük taşımaya yarayan ve makine gücü ile yürütülen araçlar olarak tarif ettiği sonucunu çıkarabiliriz. Görüleceği üzere motorlu aracın kendi gücüyle (makine gücü ile) hareket edebilme unsuru ve toprak üzerinde (karayolunda) hareket edebilme olmak üzere başlıca iki unsuru bulunmaktadır.

Motorlu araç, kendi gücü ile kendi kendine çalışabilen araçtır.¹⁹ Bu sebeple insanların hareket ettirdiği el arabası veya hayvanlar tarafından çekilen fayton motorlu araç değildir.²⁰ Yine, römorklar da kendi itici güçleriyle hareket edemediklerinden motorlu araç sayılmazlar. Ancak, Karayolları Trafik Kanunu'nun 102. maddesinin I. fıkrasına göre, römorku çeken aracın işleteni Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesine göre sorumludur.²¹

Motorlu aracın bir başka unsuru da, aracın toprak üzerinde hareket etmesidir. Buna göre, toprak üzerinde hareket edemeyen gemi, uçak, helikopter gibi taşıtlar Kanun kapsamı dışındadır.²² Bir uçağın, karayoluna zorunlu iniş yapması veya uçağın duramaması sebebiyle pistten çıkarak karayoluna iniş yapması durumunda da Karayolları Trafik Kanunu'nun uygulanması mümkün değildir. Çünkü bir uçağın karada gitme amacı bulunmamaktadır. Buna karşılık, hem denizde hem de karada hareket eden araçlar, karayolundayken Karayolları Trafik Kanunu kapsamındadır.²³

¹⁹ Bolatoğlu, s.37

²⁰ 11. HD, 12.9.1989, E.1988/7008, K.1989/6 sayılı kararına göre, "İşletilme halinde olsa bile motorlu araç trafiğine giren bir araç olmalıdır. At arabası sahibi işleten sayılmaz." (Orhunöz, Uygulamada Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Ankara,1998, s. 61).

²¹ Yücel, Çağrı, Motorlu Araçlar Sorumluluk Sigortasında Riziko İstisnaları, Ankara, 2006,s.58

²² Bolatoğlu, s. 38

²³ Bolatoğlu, s. 39

İş makineleri de kendi motor gücüyle karayolunda hareket etmek şartıyla KTK kapsamına girer.²⁴ Paletli veya madeni tekerlekli traktör, biçerdöver ve yol inşa makineleri ile benzeri tarım, sanayi, bayındırlık, milli savunma ile çeşitli kuruluşların iş ve hizmetinde kullanılan ve karayolunda insan, hayvan ve yük taşımada kullanılmayan araçlara iş makinesi denir. (KTK m. 3) Bu araçların hızları nedeniyle değil de hacim ve ağırlıkları nedeniyle oluşturdukları risk bunları KTK kapsamına dâhil etmektedir. Yalnız bu araçların karayolunda veya karayolu sayılan bir yerde hareket halinde iken verdikleri zararlarda ancak KTK 85/1 uygulanabilir yoksa karayolunda hareket halinde değilken verdikleri zararlarda KTK m 85/3 ve örneğin bir traktörün tarlada iş yaparken verdiği bir zarar halinde de (karayolunda bulunmadığından) KTK hükümleri değil Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

Bunlara ek olarak, kanaatimizce, liman işletmelerindeki ve havalimanlarındaki plakasız araçların verdikleri zararları da KTK kapsamına dâhil edebiliriz. Zira bu araçlar makine gücüyle hareket unsuruna sahip oldukları gibi; KTK m. 2 deki “Bu Kanun, karayollarında uygulanır. Ancak aksine bir hüküm yoksa; a) Karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerler ile, b) Erişme kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında da, Bu Kanun hükümleri uygulanır.” hükmünün varlığı da bizi yukarıdaki sonuca götürmektedir.

Tramvaylar konusunda ise, her ne kadar tramvayların 85. maddenin kapsamına dâhil edilmemesi zira, bir aracın karayolunda hareket edebilmesi için tren ya da tramvay gibi mahiyet ve yapısı gereği belli bir raya bağlı ve ray üzerinde hareket edebilen bir araç olmaması gerektiği belirtirse²⁵ de Karayolları Trafik Kanunu’nun 3. maddesinde tramvayın, “...karayolunda tekerlekli

²⁴ Eren, s. 641

²⁵ Orhunöz, s. 27

raylar üzerinde hareket eden...taşıttır” şeklindeki tanımı ve tramvayın, diğer araçlarla birlikte aynı karayolunu kullanmakta ve trafikte Karayolları Trafik Kanunu’nda düzenlenen trafik kurallarına göre hareket etmesi karşısında tramvayları da 85. maddenin kapsamına dahil etmenin kanunun özüne daha uygun bir görüş olduğu kanaatindeyim.²⁶ Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında “2918 sayılı Yasa’nın anılan açık hükümleri karşısında, belediyeye ait tramvayın, trafik kural ve gereklerine tabi olarak karayolunda seyir halinde iken neden olduğu zararların tazmini istemiyle açılan davanın, işletenin hukuksal sorumluluğu çerçevesinde özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur”²⁷ ifadeleriyle tramvayların 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na tâbi olduğu görüşüne katılmıştır.

Bu bağlamda ulaşım hayatımıza yeni giren ve yol güzergâhının belirli bölümlerinde diğer araçlarla aynı yolu kullanan metrobüslerin de evleviyetle madde kapsamına girdiğinin kabulünün gerekeceği kanaatindeyim.

Bunlara ek olarak, Yargıtay’ın “ trenlerin motorlu araç olması karşısında DDY nin işleten olduğu hemzemin geçitlerde karayolları trafiğine karıştığı anda 3. kişilere verdiği zarardan sorumludur”²⁸ kararı karşısında da trenlerin hemzemin geçitlerde bir trafik kazasına sebebiyet verdiği hallerde motorlu araç olarak değerlendirildiğini kabul etmek gerekecektir.

Yukarıda özelliklerini saydığımız bir motorlu aracın varlığından sonra 2918 sayılı kanunun 85/1. maddesi kapsamında bir kusursuz sorumluluğun doğması için bu aracın işletilmesi de gerekmektedir. Zira işletilme halindeki motorlu bir araç diğer araçlara nazaran daha fazla tehlikeli bir hal arz etmektedir. Motor-

²⁶ Aynı yönde: Karahasan, M. Reşit: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul s. 783; Eren, s.643

²⁷ UM, 16.6.2003, E.2003/48, K.2003/52 sayılı kararı; (Kazancı Bilişim)

²⁸ 19. HD, 6.6.1994, E.1993/6578, K.1994/5749 sayılı kararında, “Devlet ve kamu iktisadi teşebbüslerine ait araçların neden oldukları zararlar için de KTK’nun işletenin hukuksal sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır (KTK. m. 106). DDY’da bir kamu iktisadi teşebbüsü sayılabilir. Trenlerin motorlu araç olması karşısında DDY’nin işleten olduğu, hemzemin geçitlerde karayolları trafiğine karıştığı anda üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı KTK’na göre sorumlu tutulması gerekir. Hemzemin geçit dışında DDY’nin BY. 55. maddesi gereğince adam çalıştırmanın sorumluluğu kurallarına göre kusursuz sorumluluk esasları çerçevesinde sorumludur” demiştir. (Kazancı Bilişim)

lu aracın hızı, ani yön değişiklikleri, durma zorluğu, kayma tehlikesi, kontrol zorluğu gibi sebepler, işletilme halindeki motorlu araca özgü tehlikelerdir.²⁹

Kanun, işletilme kavramından bahsetmekle birlikte, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini belirtmemiştir. İşletilme kavramının hangi esaslara dayanandırılması gerektiği hususunda ise başlıca iki görüş bulunmaktadır.

MAKİNE TEKNİĞİ (MEKANOTEKNİK) GÖRÜŞÜ: Makine tekniği görüşü³⁰, aracın mekanik aksamının özellikle motor, ses ve ışık sisteminin çalışmasını esas almaktadır. Zarar, bu sistemlerin çalışmasından dolayı ortaya çıkan tehlike sebebiyle doğmuş olmalıdır.

Buna karşılık, özel bir işletme tehlikesi yoksa tehlike sorumluluğu da yoktur. Aracın durma zorluğu, lastik patlaması, gürültü sebebiyle insan ya da hayvanların korkması, farların diğer sürücülerin görüşünü engellemesi gibi olaylar, bu tip tehlikelere örnek olarak verilmektedir. Böyle bir tehlikenin doğabilmesi için de öncelikle motorun çalışması gerekir.

TRAFİĞE ÇIKARMA GÖRÜŞÜ: Bu görüşe göre motorlu araç bir kere trafiğe çıkıp trafik kurallarına tâbi olduğunda, karayolundan çekilmedikçe işletilme halinde sayılır. Aracın mekanik aksamının hareket halinde olup olmasının önemi yoktur. Hareket halinde olmayan hatta motoru dahi çalışmayan bir araç, bazı hallerde hareket halindeki araç kadar tehlikeli olabilir. Örneğin, park lambasının yanmaması, aracın itilmesi gibi hallerde de işletilme tehlikesi bulunmaktadır. Bu görüşün temelini tehlike sorumluluğundan alması (zira motorlu aracın sebep olduğu tipik tehlike onun sadece mekanik aksamının çalıştığı sırada mevcut değildir) bu görüşün pek çok taraftar bulmasına neden olmuştur.³¹

²⁹ Bolatoğlu, s. 160

³⁰ Bu görüşü savunanlar için bkz. , Aşçıoğlu, Çetin: Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara, 1989. Aşçıoğlu, Çetin: “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun Getirdiği Sorunlar”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, 14-15 Nisan 1989 Ankara, s. 189-214 (Anılış: Aşçıoğlu, Sorunlar); Bolatoğlu, s. 175; Eren, İşleten, s. 199; Eren, Borçlar, s. 659; Havutçu/Gökyayla, s. 33; Nomer Haluk N. : “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğu”, İBD 1992, C.LXVI, S.1-2-3, s. 36-89 s. 66; Oğuzman/Öz, s. 635.

³¹ Adal Erhan, Trafik Kazalarında Akit Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 1963 s. 46; Çeliktaş, s. 44; Erdoğan/Atalay, Tehlike Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 2004, C.LXII, S.3,

Yargıtay ise bir kararında³² söz konusu tartışmaya şu ifadelerle değinmiştir, “2918 sayılı Yasa’nın 85/1 nci maddesinde düzenlenen sorumluluğun bir tehlike sorumluluğu olduğu doktrinde ve uygulamada duraksamaya meydan vermeyecek şekilde kabul edilmektedir. Anılan Yasa’nın 85/3 ncü maddesinde düzenlenen sorumluluğun ise bir tehlike sorumluluğu olmayıp, madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere bir kusur sorumluluğu olduğu ihtilaftır. Şu halde somut olayda ilk halli gereken husus davalı işletenin sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu mu, yoksa kusur sorumluluğu olduğu hususudur. Bu noktada üzerinde durulması gereken en önemli husus ise aracın işletilme halinde olmasından neyin anlaşılması gerektiğidir. Bu hususta bir kısım yazarlar aracın işletilme halinde olmasından anlaşılması gerekenin (ki bu görüş mekanik görüş olarak adlandırılmaktadır.) tehlikenin motorlu aracın mekanik aksamının çalışması, özellikle motor ve ışık düzeninin çalışması veya bunlar çalışmasa dahi aracın kendiliğinden de olsa (örneğin park halinde bulunan bir aracın freninin veya vitesinin boşalması kendiliğinden hareket etmesi gibi) hareket halinde olmasını ararken, karşı görüşte olanlar ise aracın trafiğe çıkarılmasının ve karayolunda bulunmasının işletilme halinde olduğunun kabulü için yeterli bulunduğunu ve dava konusu olayda olduğu gibi karayolu sayılan yerlerde park halinde bulunan bir aracın işleteninin sorumluluğunun da tehlike sorumluluğu olduğunu kabul etmektedirler. (Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu-Altıp, Borçlar Hukuku, İst. 1985,s.710 vd, ayrıca Bkz. Çetin Aşçioğlu, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat davaları, Ank, 1989,S.37 vd).

Yasa’nın 85/3 ncü maddesinin açık hükmü karşısında mekanik sistemin benimsenmesi gerek ise de, bunun her somut olayın ve özellikle sürücüsünün amacı nazara alınarak değerlendirilmesi gerektiği de açıktır. Örneğin kırmızı ışıkta beklemek durumunda olan bir araç sürücüsünün aracı stop etmesi

s. 27-55s. 35; Karahasan, 1989, s. 741-742; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s. 26-27; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 280; Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara s. 242; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 528; Tunga Enis, K.T.K. 50. Maddesine Göre Araç Sahibinin (İşletenin) Sorumluluğunun Olumlu Şartları”, YHD 1980, C.III, S.7, s. 941-985 s. 961-962.

³² Yargıtay 11. H.D. 23.12.2005 T. , E. 2005/13995 K. 2005/12763 (Kazancı Bilişim)

veya sürücünün yol kenarındaki bir yerden adres sormak, herhangi bir şey almak için aracı kısa süreli hareketsiz bırakması, yani aracı terk maksadı taşı-maması durumunda işletenin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olmadığını kabul etmek de yasa koyucunun amaçları ile bağdaşmayacaktır.”

Kanaatimizce, 2918 sayılı Kanununda işletilme halinde olan ve olmayan araçların sorumluluğu hususunda 85/1 ile 85/3. maddelerinde iki farklı düzenlemeye gidilmesi karşısında makine tekniği görüşü kanunun sözü ve özüne daha uygun bir yorum olmaktadır. Zira kanun koyucu trafiğe çıkarma görüşüne benimsemiş olsaydı 85/3. maddede ayrı bir düzenleme yoluna başvurmazdı.

b. BİR ZARARIN VARLIĞI

2918 Sayılı Kanunun 85/1. maddesindeki kusursuz sorumluluğun varlığı için gerekli ikinci şart ise işletilme halindeki motorlu aracın işletilmesi nedeniyle bir zarar sebebiyet vermesidir. Öncelikle söz konusu zarar aracın karayolunda veya karayolu sayılan yerlerde işletilmesi nedeniyle meydana gelmelidir.³³

Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin I. fıkrasına göre, işleten, bir kimsenin ölümüne, yaralanmasına ya da bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa sorumlu olacaktır. Bu hükümde anlaşılacağı üzere motorlu aracın karayolunda işletilmesi nedeniyle vuku bulan bu zarar şahsa yönelik olabileceği gibi şeye yönelik de olabilir. Bir kişinin yaralanması, ölmesi, ruh sağlığının bozulması gibi durumlar kişiye ilişkin zararlardır. Aracın binaya çarpması ya da taşınan eşyaların zarar görmesi gibi durumlar ise, şeye ilişkin zararlara örnek olarak verilebilir.

Bununla birlikte zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan sorumluluk KTK m. 85/1. maddesi kapsamı dışındadır (KTK m. 87/1)³⁴ Aynı şekilde işletenin aracın malikinden başkası olduğu hallerde araca verilen zararlardan işletenin ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin aracın malikine karşı sorumluluğu da genel hükümlere tabi olup madde kapsamı dışındadır.

³³ Havutçu/Gökyayla, s. 35

³⁴ Bu durumda genel hükümlere göre taşıyanın kusuru halinde tazminat istenebilecektir; Oğuzman/Öz, s. 635

İşletenin manevî zararlardan doğan sorumluluğunun, Karayolları Trafik Kanunu kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Kanun'un genel hükümlerin uygulanacağını gösteren maddesinde manevî zararlar sayılmadığından, işletenin manevî zararlardan doğan sorumluluğu da Karayolları Trafik Kanunu'na göre belirlenmelidir.³⁵

Buna karşılık, gerek öğretide³⁶ gerekse uygulamada³⁷ hakim olan görüşe göre manevî zararlar Karayolları Trafik Kanunu'nun kapsamı dışında kalmaktadır. Şöyle ki, Kanun'un 87. maddesinde manevî zararlar hakkında genel hükümlere yollama yapılmamıştır. Ancak, 90. maddede, "Maddî tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevî tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır" ifadesi yer almaktadır. Bu hüküm, sadece maddî tazminatın biçimi ve kapsamının belirlenmesini genel hükümlere bırakmış, manevî tazminat bakımından ise böyle bir ifade kullanmamıştır.

Maddede, "Maddî ve manevî tazminatın biçimi ve kapsamı" şeklinde bir düzenleme olsaydı, manevî zararların da Karayolları Trafik Kanunu'na tâbi olacağı kabul edilebilirdi. Ayrıca, zamanaşımının düzenlendiği Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesi, sadece maddî tazminat talepleriyle ilgili özel bir zamanaşımı süresi getirmiştir. Kanun koyucu, manevî tazminat taleplerini de Karayolları Trafik Kanunu kapsamına almış olsaydı, bunu açıkça belirtir ya da maddî tazminattan değil, sadece tazminattan söz ederdi.³⁸

Manevî zararlar gibi adam ölmesi veya yaralanması söz konusu olmaksızın kazanç mahrumiyeti şeklinde uğranılan zararlardan sorumluluk da madde kapsamına dâhil değildir.³⁹

c. UYGUN İLLİYET BAĞININ VARLIĞI

İşletilme halindeki motorlu aracın verdiği zarardan dolayı kusursuz sorumluluğun varlığı için gerekli son şart ise, zarar ile motorlu aracın işletilmesi

³⁵ Aşçıoğlu, Dava, s. 42; Aşçıoğlu, Sorunlar, s. 209;

³⁶ Bolatoğlu, s. 141-142; Erdoğan/Atalay, s. 38; Eren, İşleten, s. 166; Eren, Borçlar, s. 637; Havutçu/Gökyayla, s. 38

³⁷ 11. HD, 3.11.2003, E.2003/3649, K.2003/10256 (Kazancı Bilişim)

³⁸ Kılıçoğlu, Sorumluluk, s. 32;

³⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 525-526

arasında bir uygun illiyet bağının varlığıdır. Bir başka söyleyişle zararlar, motorlu aracın işletilmesi birbirinin uygun sebep ve sonucu değilse illiyet bağı bulunmadığından işletenin kusursuz sorumluluğu vücut bulmaz.⁴⁰

Örneğin bir motorlu araç karayolunda seyrederken bir freni patlayıp kaldırırma çıkırsa ve kaldırırma yürüyen bir kişi bu durumdan kurtulmak için ani bir refleksle başını direğe çarpıp yaralansa, aracın freninin patlaması eylemi ile şahısta oluşan zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisi mevcut olduğundan ilgili aracın işleteni bu zarardan mesuldür.

Buna karşılık aracın işleteni kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın trafik kazasının mücbir bir sebepten veya zarar gören veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. (KTK m. 86/1)

Bununla birlikte işleten bu madde kapsamında salt işletme halinde olan araçların verdiği zararlar bakımından sorumluluktan kurtulması mümkündür yoksa işletilme halinde olmayan araçların verdiği zararlara ilişkin sorumluluktan bu madde hükmünden destek alarak kurtulması mümkün değildir.⁴¹

d. SORUMLU TUTULMAK İSTENEN ŞAHSIN ZARARA SEBEP OLAN ARACIN İŞLETENİ veya TEŞEBBÜS SAHİBİ OLMASI

İşleten, Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde, “Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır” şeklinde tanımlanmıştır.

⁴⁰ “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesine göre bu yasaya tabi araç sahiplerinin hukukten sorumlu olacağı ilkesi kabul edilmiştir. İşletenin, motorlu aracın işletilmesinden doğan zararlardan sorumluluğu için kendisinin kusuru aranmayacaktır. Zararın, motorlu aracın işletilmesinin uygun sonucu olması yeterlidir. Somut olayda, araç sahibi olduğu anlaşılan davalı Nurşen Almaz'ın da zarardan sorumlu tutulması gerekirken, hakkındaki davanın reddi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 4. H.D. 25.10.2005 T. , E. 2004/14696 K. 2005/11436 (Kazancı Bilişim)

⁴¹ Ateş, Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması, TBB Dergisi, s. 344 , Havutçu/ Gökyayla, s. 134

Görüldüğü gibi, Kanun işletenin belirlenmesi bakımından maddî ve şeklî ölçüden yararlanmıştır. Öncelikle, trafik sicilinde kayıtlı olan kişi işleten sayılacaktır. Ayrıca, sicilde ismi kayıtlı olmasa da bazı kişiler işleten sayılmış ve bazı koşulların gerçekleşmesiyle, sicilde ismi kayıtlı kişiden farklı bir kişinin de işleten sayılabileceği belirtilmiştir.

Şekli ölçüye göre, trafik sicilinde araç sahibi olarak görülen, aracın sigorta poliçesinde veya vergi kaydında ismi yazılı olan kişi işletendir.⁴² Burada önemli olan bazı belgelerde ismi yazılı olan kişidir. Araç üzerinde bir başka kişinin fiilî egemenliğinin olması önemli değildir. Bu ölçü, işleteni en kısa zamanda ve en doğru şekilde bulmak bakımından faydalıdır.⁴³ Ancak, bu ölçüyle işleteni doğru olarak tespit etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Karayolları Trafik Kanunu, şeklî ölçüyü, trafik sicilinde ismi yazılı kişileri işleten olarak kabul ederek kullanmıştır.

Maddî ölçüye göre ise, trafik sicilinde, sigorta poliçesinde veya vergi kayıtlarında ismi yazılı olan kişinin önemi yoktur. Maddî ölçüde önemli olan araçtan yararlanmak ve araç üzerindeki fiilî egemenliktir.

Maddî ölçüye göre, araç üzerinde fiilî hakimiyeti bulunan, araçtan doğan tehlikeleri, aracın masraflarını üstlenen ve araçtan yarar sağlayan kişiye “işleten” denir.⁴⁴ Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir kişinin işleten sayılabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekir: Araç üzerinde fiilî hâkimiyet, araçtan doğan tehlikeleri ve aracın masraflarını üstlenmek, araçtan yarar sağlamak. Araç üzerinde fiilî hâkimiyet, aracın ne zaman trafiğe çıkarılıp, trafikten ne zaman çekileceği, aracın kim tarafından, nasıl ve hangi amaçlarla kullanılacağı, aracın bakımının ne zaman ve ne şekilde yapılacağı konularda karar verme yetkisini ifade eder.

İşleten sıfatının kazanılabilmesi için fiilî hâkimiyetin geçici olmaması gerekir. Yine, fiilî hâkimiyetin geçici olarak kalktığı durumlarda da işleten sıfatı kaybedilmez. Örneğin, kısa süreli kira sözleşmesi ile aracı kiralayan kiracı, iş-

⁴² Bolatoğlu, s. 55

⁴³ Adal, Sorumluluk, s. 80

⁴⁴ Akman, Sermet: “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Mahiyeti”, İBD 1989, C.LXIII, S.7-8-9, s. 354

leten sayılmayacaktır. İşleten, araçtan doğan tehlikeleri ve aracın masraflarını üstlenmelidir.

Bununla birlikte araç uzun bir süre için kiralanmış, ariyet veya rehin verilmişse kiracı, ödünç alan veya rehin alan sıfatlarını kazanan kimseyi aynı zamanda işleten olarak da değerlendirmek gerekecektir.⁴⁵ Bununla birlikte rehin işlemi aracın zilyetliğinin devri yerine trafik siciline tescille vücut bulmuşsa rehin alan işleten sayılmaz.⁴⁶

Araçtan doğan tehlikeden maksat, aracın karıştığı bir trafik kazasından dolayı ortaya çıkan zararların karşılanmasıdır. Aracın masrafları ise, aracın bakım, onarım giderleri, yakıt masrafı, sigorta, vergi primleri gibi masraflardır. Araçtan elde edilen yararın da işletene ait olması gerekir. Elde edilen yarar, maddî olabileceği gibi, manevî de olabilir.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde kimlerin işleten olduğu belirtilmiştir. Kanun, işleteni sınırlı bir şekilde saymamıştır. Kanun'un işleten tanımının ikinci cümlesinde belirtilen unsurları taşıyan kişiler de işleten sayılacaktır. Ayrıca Kanun, bazı kişileri işleten gibi sorumlu tutmuştur. Kanun'un açıkça işleten olarak belirttiği kişilere "gerçek işleten", işleten gibi sorumlu tuttuğu kişilere ise "farazî işleten" denir. Bu cümleden olmak üzere; motorlu araçla ilgili mesleki faaliyetlerde bulunan kişiler, yarış düzenleyicileri, motorlu aracı çalan veya gaspeden kişiler, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri farazi işleten olarak kabul edilip aynen işleten gibi sorumludurlar.

Ülkemizde trafik kazalarının bir türlü önlenememesi ve artan zararlar karşısında işletenin yanında işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin de sorumlu tutulması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Buna göre, bir motorlu aracın bir teşebbüs unvanı veya işletme adı altında ya da bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi durumunda, doğan zarardan teşebbüs sahibi de işletenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır.

Teşebbüs sahibi kavramına özellikle otobüs firmaları ve nakliyeciler dâhil-

⁴⁵ Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 142

⁴⁶ Nomer, s. 142

dir. Belirtmek gerekir ki, Karayolları Trafik Kanunu'ndaki şartları taşıyan her teşebbüs sahibi, aynı zamanda işleyen sayılacaktır.

B. İŞLETİLME HALİNDE OLMAYAN ARAÇ NEDENİYLE SORUMLULUK

1. SORUMLULUĞUN DAYANAĞI

Karayolları Trafik Kanunu kaynaklı bir diğer kusursuz sorumluluk hali de 2918 sayılı yasanın 85/3. maddesinde düzenlenen işletilme halinde olmayan araçların verdiği zararlar nedeniyle oluşan sorumluluktur.

İlgili maddeye göre “İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleyen veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir.”

Bu maddeyi incelediğimiz zaman biri kusur sorumluluğu (işletenin kendi eylemlerinden sorumluluğu) olmak diğer ikisi de kusursuz sorumluluk (işletenin başkalarının eylemlerinden sorumluluğu ve işletenin araçtaki bozukluktan sorumluluğu) olmak üzere üç sorumluluk halinin varlığını görüyoruz. İnceleme konumuz kusursuz sorumluluk halleri olduğu için, biz kusursuz sorumluluk hallerinden bir olağan sebep sorumluluğu⁴⁷ hali olan işletenin başkalarının eylemlerinden sorumluluğu ve işletenin araçtaki bozukluktan sorumluluğu hallerine değiniceğiz.

Bu madde ile işleyen başka bir kişinin davranışından veya umulmayan bir

⁴⁷ “KTK.nun 85/3 ncü maddesi işletilme halinde olmayan motorlu aracın neden olduğu zarardan kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre, maddenin unsurları, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazası, işletenin, yardımcılarının kusuru yada aracın bozukluğunun zarara neden olması şeklinde sayılabilir. İşletenin buradaki sorumluluğu, tehlike sorumluluğuna göre daha hafifletilmiş olağan sebep sorumluluğudur. (Bkz.Çetin Aşçıoğlu-Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları. 1989 Ankara. Sayfa 73-76.) Davacı da, davalının Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/3 ncü maddesi uyarınca sorumlu olduğunu ileri sürmüştür. Bu itibarla mahkemece, dava konusu olayda, KTK.nun 85/3 ncü madde hükmü tartışılmadan ve sonuçları kararda gösterilmeden, eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11. HD. 10.11.2003 T. , E. 2003/10629 K. 2003/10572 (Kazancı Bilişim)

halden örneğin araçtaki bozukluktan doğan bir zarardan sorumluluk ile karşı karşıya bırakılmıştır. Başka bir kişinin davranışından veya umulmayan bir halden doğan sorumluluk ise, olağan sebep sorumluluğunun tipik uygulama halidir. Görülüyor ki bu madde ile işleten kazaya eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurlu davranışlarının ya da araçtaki bilinmeyen veya üçüncü bir kişiye yükletilebilecek bir bozukluğun sebep olması halinde olağan sebep sorumluluğu ilkesine göre sorumludur.⁴⁸

2. SORUMLULUĞUN UYGULANMA ALANI

Bu hükmün uygulanma alanı da KTK 85/1. maddenin uygulanma alanı gibi karayollarında gerçekleşen trafik kazaları ile sınırlıdır.

Bunun gibi motorlu olmayan bir aracın karayolunda duran bir otomobile çarpması neticesinde doğan zararlar da bu hükmün uygulanma alanı dışındadır.⁴⁹

3. SORUMLUĞUN ŞARTLARI

a. İŞLETİLME HALİNDE OLMAYAN BİR ARACIN KAZAYA SEBEBİYET VERMESİ

Bu şekilde bir kusursuz sorumluluğun varlığı için öncelikle işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın varlığı gerekmektedir. Park edilen araçlarla, yolda durdurulan araçların işletilme halinde olmadığı kabul edilmektedir.⁵⁰

Nitekim Yargıtay da bir kararında⁵¹, “*araç işleteni bulunan davalı aracını evinin önünde bulunan park yerine çektikten ve böylece aracı terk iradesiyle hareket ettikten bir süre sonra aracın arka koltuğunda başlayan yangın bilahare araçtaki LPG tankına sirayet etmiş ve tankın patlaması sonucu yangın büyüyerek sigortalı araca sirayet etmiştir. Bu durumda aracın işletilme halinde olmadığı, dolayısıyla sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu değil, kusur sorumluluğu olduğunun kabulü gerekir ve bu durumda da davacı tarafın KTK.nun 85/3 ncü maddesindeki durumların yani olaya işleten veya eylemle-*

⁴⁸ Eren, s. 634

⁴⁹ Oğuzman/Öz, s. 648

⁵⁰ Eren, s. 690

⁵¹ 11. HD, 3.11.2003, E.2003/3649, K.2003/10256 (Kazancı Bilişim)

rinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun veya araçtaki bozukluğun neden olduğunu kanıtlaması gerekir.” ifadeleriyle aynı kaniya varmıştır.

Ancak park elden ve durdurulan araçların motorlarının da durdurulması şart değildir; buna karşılık trafik akışı içinde zorunlu olarak duran araçlar işletilme halindedir.⁵²

Bunun haricinde işletilme halinde olmayan bu aracın bir kazaya da sebebiyet vermesi gerekir. 2918 sayılı kanunun 85/3. maddesinde açıkça trafik kazası ifadesi kullanıldığı için işletenin her türlü kazadan sorumlu olmadığını kabul etmek gerekir. Trafik kazasının ne olduğu konusunda da aynı kanunun 3. maddesinde bir tanım verilmiştir. Buna göre, trafik kazası, “Karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlı sonuçlanmış olan olaydır.”

b. TRAFİK KAZASI NETİCESİNDE BİR ZARARIN DOĞMASI

İşletilme halinde olmayan bir aracın bir kazaya sebebiyet vermesi halinde işletenin sorumluluğuna gidebilmemiz için gerekli diğer bir şart ise bir zararın varlığıdır. Zararla şahsa veya şeye ilişkin olduğu gibi maddi veya manevi de olabilir.⁵³

Zarar konusunda işletilme halindeki araçlarla ilgili sorumluluk kısmında açıklamalar yaptığımız için ilgili başlığa atıf yapmayı yeterli görüyoruz.⁵⁴

c. KAZANIN OLUŞUMUNDA İŞLETENİN İYİLEMLERİNDE SORUMLU OLDUĞU KİŞİLERİN KUSURUNUN VARLIĞI VEYA KAZAYA ARAÇTAKİ BOZUKLUĞUN SEBEP OLMASI

İnceleme konusu maddemizde kazanın oluşumunda işletenin kusuru halinde de işletenin bu zarardan sorumlu olacağı belirtilmişse de bu sorumluluk türünün bir kusur sorumluluğu olması nedeni ve dolayısıyla inceleme konumuz dışında olması nedeniyle, bu şarta değinmeyeceğiz.

İşletenin bu madde hükmünce kusursuz olarak sorumluluğu yoluna gidilebil-

⁵² Havutçu/Gökyayla, s. 76

⁵³ Havutçu/Gökyayla, s. 77

⁵⁴ Bkz. yukarıda 3.1.2. numaralı başlık

mesi için zarara neden olan kazanın oluşumunda eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun veya araçtaki bozukluğun rol oynaması gerekmektedir.

İlgili hükmü incelediğimizde işletenin karine olarak zarardan sorumlu olmadığını görmekteyiz. Buna göre, işleten zarara konu olayda eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun veya araçtaki bir bozukluğun kazaya neden olmadığını değil, zarar gören bu hallerden birinin varlığının zarara neden olduğunu ispat etmek zorundadır.

İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin başında sürücü gelir; bunun haricinde işletenin aile üyeleri ve aracın kullanımının kendilerine bırakıldığı kişiler de işletenin sorumlu tutulduğu kişilerdir.⁵⁵ İşletenin bu kişilerin kusurlarından doğan sorumluluğu bir olağan sebep sorumluluğudur ama işletenin kurtuluş beyyinesi getirme olanağı yoktur.⁵⁶

İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlarının belirlenmesinde objektif kusur teorisi esas alınır.⁵⁷ Kusurdan maksat, trafik kurallarına uyulmamasıdır. Trafik kuralları Karayolları Trafik Kanunu'nun altıncı bölümünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu kurallara uyulmaması halinde kusur vardır.

Motorlu bir araç tahsis edildiği gayeye uygun imal edilmemişse veya gereken teknik özelliklere sahip değilse yahut da bakım ve onarımı yetersizse veyahut da trafik açısından tehlikeli bir nitelik arz ediyorsa bozuk demektir.⁵⁸ Yalnız araçtaki bozukluk nedeniyle işletenin sorumluluğunda, eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin aksine bir kusurun varlığı şart değildir, bozukluk işletenin kusurundan mütevellit olabileceği gibi işletenin kusursuz bir davranışından da kaynaklanabilir.

Araçtaki bozuklukla ilgili olarak söylenmesi gereken bir konu da kazanın oluşumunu etkilemeyen bozuklukların önemi olmadığıdır. Örneğin, farı bozuk olan bir aracın gündüz kaza yapması, yağışlı olmayan bir havada silecekleri

⁵⁵ Havutçu/Gökyayla, s. 78

⁵⁶ Havutçu/Gökyayla, s. 77

⁵⁷ Eren, s. 691-692

⁵⁸ Bolatoğlu, s. 179; Eren, s. 692

çalışmayan bir aracın kaza yapması durumlarında, araçtaki bozukluk kazaya etki etmemektedir. Buna karşılık, yeterli bakım yapılmadığı için freni patlayan bir aracın kaza yapması durumunda, araçtaki bozukluk kazaya doğrudan sebep olmuştur.⁵⁹

d. İLLİYET BAĞI

İşletilme halinde olmayan bir aracın sebebiyet verdiği kazadan işletenin sorumluluğu için kaza ile zarar arasında bir illiyet bağının varlığı gereklidir. Zararın, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurundan veya araçtaki bir bozukluktan kaynaklanması illiyet bağının varlığı için yeterlidir; bu sayılanlar dışındaki bazı olaylar kazaya yol açarsa illiyet bağı olmayacağından işleten de sorumlu tutulamaz.⁶⁰

Zarar görenin, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya araçtaki bir bozukluğun kesin olarak zarara neden olduğunu ispat etmesi gerekmez. Hayatın olağan akışına göre, zararın bu olaylardan kaynaklandığı anlaşılıyor ve bu ispat edilebiliyorsa işleten sorumludur.⁶¹

C. KAZADAN SONRA YAPILAN YARDIM FAALİYETİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

2918 Sayılı Kanunda bahsi geçen üçüncü kusursuz sorumluluk hali ise kazalardan sonra yapılan yardım faaliyetinden dolayı işletenin kusursuz olarak sorumluluğunu öngören 85/4. maddedir.

Bu maddeye göre, “İşleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi, hakimın takdiline göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu kılınabilmesi için kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya

⁵⁹ “...Dava konusu olayda araçtaki bozukluk kazayı etkilemiştir. Davalı işleten aracının normal bakımını yaptıрма (bu konuda özen gösterme) yükümlülüğü altındadır. Aracın tekerleğindeki bijon kesilmesi bakım ve kontrol yetersizliğini gösterir. Zira bijon kesilmesine başka bir etken yol açmamıştır...” Yargıtay 11. HD, 6.11.1997, E.1997/7172, K.1997/7851 (Kazancı Bilişim)

⁶⁰ Havutçu/Gökyayla, s. 80

⁶¹ Havutçu/Gökyayla, s. 80

araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir.”

Madde incelendiğinde görüleceği üzere, “hakimin takdirine göre” ve “sorumlu tutulabilir” ifadeleri bizi, işletenin yardım faaliyeti sonucu ortaya çıkan her zarardan değil de, halin icabına, tarafların kusurlarına göre somut olay adaleti çerçevesinde hakimin takdirine bağlı bırakılmış bir şekilde sorumluluğun söz konusu olduğu sonucuna götürmektedir.

Yine madde metninin bizi ulaştırdığı bir diğer sonuç da, işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zararın ortaya çıkmasında işletenin kusurunun bulunup bulunmamasının önem taşımasıdır. Tabii ki işletenin zararın ortaya çıkmasında kusuru varsa bu hakimin belirleyeceği tazminat bakımından önem taşır; buna karşılık sorumluluğun doğması için kusur şart değildir.

Hatta işletenin sorumluluğu için, temyiz kudretine sahip olması bile gerekmez. Öyleyse işletenin yardım faaliyetinden doğan sorumluluğunun hakkaniyet esasına dayandığını söyleyebiliriz.⁶²

İşletici teşebbüs sahibinin sorumlu tutulabilmesi için ise kazadan kendisinin sorumlu olması yahut yardım doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılmalıdır.

Bunlarla beraber yükümlülüğü olmadığı halde bir kişinin bir trafik kazası sonucunda zarar görenlere yardım etmesi bir vekâletsiz iş görme niteliği taşıdığından, yardım faaliyetleri nedeniyle zarar gören bir kimse zararının tazmini bakımından vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlere de başvurabilir.⁶³

1. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

a. ZARAR GÖRENİN KAZA SONRASINDA YARDIM FAALİYETİNDE BULUNMUŞ OLMASI

Yardım faaliyetleri nedeniyle ortaya bir sorumluluk çıkması için ortada bir yardım faaliyeti bulunmalı ama bu yardım faaliyetinin alalade bir yardım faaliyeti değil bir trafik kazası nedeniyle ilgili bir yardım faaliyeti olması gerekmektedir.

⁶² Havutçu/Gökyayla, s. 81

⁶³ Bolatoğlu, s. 181

Örneğin bir trafik kazasında yaralanan yaralıları hastaneye taşımak bu bağlamda bir yardım faaliyetiyken, hareket halinde olmayan ve birden alev alan bir araç nedeniyle zarar gören insanlara yardım etmek ise 85/4 anlamında bir yardım faaliyeti değildir.

b. YARDIM FAALİYETİ NEDENİYLE BİR ZARARIN OLUŞMASI

İşletenin veya teşebbüs sahibinin bir yardım faaliyeti nedeniyle sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için gerekli diğer bir şart da, bu yardım faaliyetinin bir zarara neden olmasıdır.

Burada zararın varlığını ispat, zarar görene düşmektedir. Zarar gören şeye ilişkin veya şahsına ilişkin zararlarının tazmini isteyebilmektedir. Örneğin, bir kaza neticesinde yaralanan kişileri taşıırken bedensel bir zarara uğrayan ya da bu yaralıları taşıırken eşyaları zarara uğrayan kişi bu zararların tazminini bu madde kapsamında işleten veya teşebbüs sahibinden isteyebilmektedir.

Yardım faaliyetleri neticesinde yoksun kalınan kar biçiminde ortaya çıkan zararların da bu madde kapsamında istenebileceği kabul edilmektedir.⁶⁴

c. İLLİYET BAĞI

85/4 kapsamında sorumluluğa gidilebilmesi için yukarıda bahsettiğimiz trafik kazası nedeniyle yapılan yardım faaliyetiyle, bu yardım faaliyeti nedeniyle oluşan zarar arasında bir uygun illiyet bağının varlığı şarttır.

Hayatın olağan akışına ve yaşam tecrübelerine göre bir trafik kazası sonucu yapılan yardım faaliyeti, zarar uğradığını iddia eden şahsın uğradığı zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisi yoksa burada işletenin veya teşebbüs sahibinin sorumluluğuna gidilmez.

Bu sebeple her ne kadar öğretide aksi öne sürülse⁶⁵ de, kaza sonucu zarar gören yaralılara yardım etmek için koşarken aracın altında kalan kişi 85/4 maddesine başvurma yoluna gidemez.⁶⁶

⁶⁴ Oğuzman/Öz, s. 619

⁶⁵ Eren, s. 694

⁶⁶ Aynı yönde; Bkz., Havutçu/Gökyayla, s. 83

d. HÂKİMİN ZARARLARIN TAZMİNİNE KARAR VERMESİ

2918 Sayılı Yasanın 85/4. maddesindeki ifadeye baktığımız zaman işletenin ve teşebbüs sahibinin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli diğer bir şart da hâkimin takdiridir.

Yardım faaliyetlerinden doğan sorumluluk hakkaniyet esasına dayandığından, hâkim, durumun gereklerini, tarafların hal ve şartlarını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, kazaya sebep olan aracın işletilme tehlikesini, sürücünün kusurlu olup olmadığı gibi özellikleri dikkate almak suretiyle tazminata hükmedebilecektir.

3. SONUÇ

Sorumluluk hukukumuzda esas ölçüt kişilerin kusurlarıyla verdikleri zararları tazminle yükümlü olmaları olmasına rağmen, birtakım sorumluluk hallerinin kusur sorumluluğuna tâbi tutulması isabetli görülmemiş ve bazı kusursuz sorumluluk halleri getirilmiştir. Bu hallerden birisi de Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinde düzenlenen motorlu araç işletenin kusursuz sorumluluğudur.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin I. fıkrasına göre, işletenin kusursuz sorumluluğunun doğabilmesi için bir motorlu araç olmalı, bu motorlu araç işletilmeli, bir zarar doğmalı, doğan zararlar motorlu aracın işletilmesi arasında illiyet bağı bulunmalı ve işleten kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır.

İşletilme halinde olmasa da motorlu araçların doğurduğu tehlikeyi göz önüne alan yasa koyucu 85. maddenin III. Fıkrasında da bir kusursuz sorumluluk hali ihdas etmiştir. Bu kusursuz sorumluluk halinin gerçekleşmesi içinde, işletilme halinde olmayan bir aracın kazaya sebebiyet vermesi, trafik kazası neticesinde bir zararın doğması, kazanın oluşumunda işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun varlığı veya kazaya araçtaki bozukluğun sebep olması ve illiyet bağının varlığı gerekmektedir.

KTK yine 85. maddesinde, kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından ötürü yardım edenin uğradığı zararlardan da hakkaniyete dayalı objektif kusursuz sorumluluk esaslarına göre işleteni sorumlu tutmuştur. Bu sorumluluk halinin gerçekleşebilmesi için de, zarar görenin kaza sonrasında yardım faa-

liyetinde bulunmuş olması, yardım faaliyeti nedeniyle bir zararın oluşması, illiyet bağı, hâkimin zararların tazminine karar vermesi şartları gerekmektedir.

Motorlu araçların işletilmesinin kendine özgü risk yapısı ve oluşabilecek tehlikeler dikkate alındığında bunların işletilmesinden doğan sorumluluk için 2918 sayılı KTK ile çeşitli kusursuz sorumluluk hallerinin öngörülmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

◆◆◆

KAYNAKÇA

Adal, Erhan: Trafik Kazalarında Akit Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 1963.

Akman, Sermet: “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Mahiyeti”, İBD 1989, C.LXIII, S.7-8-9, s. 347-371

Aşçıoğlu, Çetin: Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara, 1989.

Aşçıoğlu, Çetin: “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun Getirdiği Sorunlar”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, 14-15 Nisan 1989 Ankara, s. 189-214 (Anılış: Aşçıoğlu, Sorunlar).

Ateş Yılmaz, Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması, TBB Dergisi, Yıl-Dönem: 2012/100

Bolatoğlu, Bolat: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Ankara 1988. **Çelikleş, Demet:** 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, DEÜY, İzmir, 1987.

Erdoğan Mehmet/Atalay Ezgi: “Tehlike Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, 2004, C.LXII, s. 27-55

Eren, Fikret: “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”, AÜHFD 1982-1987, C.XXXIX, S.1-4, s. 159-212 (Anılış: Eren, İşleten).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta,2007.

Gökcan, Hasan T./Kaymaz, Seydi: Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları,7. Baskı, Ankara 2010

Havutçu, Ayşe/Gökyayla, K.Emre: Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1999.

İyimaya Ahmet: Sorumluluk Hukuku ve Tazminat Hukuku Davaları, Ankara, 1990

Karahasan M. Reşit: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 1989

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 2001. **Kılıçoğlu, Ahmet:** Sorumluluk Hukuku, C. I, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 2002.

Nomer Haluk N. : “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğu”, İBD 1992, C.LXVI, S.1-2-3, s. 36-89.

Nomer Haluk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul, 2012

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.

Orhunöz Ergun: Uygulamada Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Ankara 1998. **Özsunay, Ergun:** Trafik Hukuku Bakımından Sorumlu Şahsın Tespitinde Maddi Sistem, İHFM. C. XXXV, İstanbul, 1969.

Reisoğlu Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2010

Tandoğan Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul 1993.

Tunga, Enis: K.T.K. 50. Maddesine Göre Araç Sahibinin (İşletenin) Sorumluluğunun Olumlu Şartları”, YHD 1980, C.III, S.7, s. 941-985. **Yılmaz, Hamdi:** Zararın Paylaştırılması, İstanbul, 1995

Yılmaz, Hamdi: , Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (Yayınlanmamış Monografik Eser), Trabzon, 1987

Yılmaz, Zekeriya: Karayolları Trafik Kanunu, Karayolları Taşıma Kanunu ve Sigortacılık Kanunu Hükümlerine Göre Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, Ankara,2007

Yücel, Çağrı: Motorlu Araçlar Sorumluluk Sigortasında Riziko İstisnaları, Ankara Üniversitesi S.B.E, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 2006

İŞ KAZASINDA İŞVERENİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞU

Criminal and Legal Liability of Employer in Work Accidents

Asım KAYA*

ÖZET

İş kazaları sonucunda işverenin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilmektedir. İşçi ve işveren ilişkisi öncelikle bir sözleşmesel ilişki olması nedeniyle, iş kazaları sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk türüne göre çözümlenebilir. Bu yönüyle konu ele alındığında iş kazalarında, sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun yarıştığını ifade edebiliriz. Ayrıca, iş kazaları sonucu işverenin kusursuz olarak sorumlu olduğu da savunulmuştur. Ancak kusursuz sorumluluk türünün bir istisnai sorumluluk türü olduğu ve bunun kanunda açıkça ifade edilmesi gerektiği göz önüne alındığında iş kazalarında kusursuz sorumluluk türüne başvuramayacağımız sonucuna ulaşılabılır. İşçi ve işveren ilişkisinde, işverene bir takım yükümlülükler yüklenmiştir. İş kazaları ispat hukuku bakımından da önemli bir yere sahip olup özellikle bilirkişi raporlarının nasıl düzenlenmesi gerektiği, oluşturulacak bilirkişi heyetlerinin yapısı önemli olmaktadır. İş kazaları sonucu işveren ceza hukuku bakımından sorumluluğu ise taksirle yaralama ve taksirle öldürme açısından değerlendirilebilir.

Anahtar Kelimeler: İş kazası, işveren, işçi, kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğu, akdi sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu, işverenin yükümlülükleri, taksirle yaralama, taksirle öldürme, önödeme, uzlaşma, adli para cezası,

ABSTRACT

Legal and criminal liability of the employer in work accidents may arise. As the relation between employee and employer is primarily a contractual relationship, work accidents can be resolved in accordance with the type of contractual obligations. Considering this aspect, we can say contractual liability and wrongful act liability are in race. In addition, it has been advocated that the employer is strictly liable for work accidents. However, considering that strict liability is an exceptional liability and it should be clearly stated in the law, it can be concluded that we can't refer to the strict liability in work accidents. In the relationship between employers and employee, a

* Fatsa Cumhuriyet Savcısı, asimkaya@adalet.gov.tr

number of obligations are imposed on the employer. Work accidents have an important place in terms of the law of evidence and especially the way to prepare expert reports and the structure of commission of experts are important and liability of the employer arising from work accidents with regard to criminal law can be assessed in the sense of reckless injury and reckless killing.

Keywords: Work accidents, employer, employee, strict liability, defect liability, contractual liability, wrong act liability, employer's liability, reckless wounding, reckless killing, prepayment, conciliation, criminal fines,



GİRİŞ

İş kazaları Ülkemizde her dönemde önemini korumuştur. Bunun nedeni olarak ise işverenlerin gerekli önlemleri almamaları, insan sağlığına gereken önemin verilmemesi, iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşmaması gösterilebilir. Özellikle, tersanelerde, inşaatlarda ve şantiyelerde meydana gelen iş kazaları sık sık basında yer almaktadır. Ancak, Türkiye'deki iş kazaları sadece bunlarla sınırlı olmayıp her iş kolunda meydana gelebilmektedir. Bunun neticesinde işçi ve yakınları çok önemli mağduriyetlere uğrayabilmektedirler. İş sağlığına ve güvenliğine dikkat etmemenin cezasını kimi zaman işçilerin yaralanmasıyla kimi zaman ise canlarıyla ödemektedirler. Ayrıca, işçi aileleri manevi ve maddi sıkıntıya maruz kalmaktadırlar. İnsanı sağlığı hiçbir maddi kaygıyı yer veremeyecek şekilde önemlidir. İşçi sözleşmenin zayıf tarafını teşkil ettiği için zayıf koruyabilmek çok önemlidir. Gerek insan olmanın verdiği bilinç ve gerekse Anayasamızda sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi bizi bu sonuca götürmek için yeterlidir. Bu bilinçle aşağıda iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki ve cezai sorumluluğu ele alınmaya çalışılacaktır.

1. İş Kazası Kavramı

Can ve mal kaybına neden olan kötü olay kaza olarak tanımlanmaktadır. Geniş anlamıyla kaza, ani bir şekilde ve istenmeyerek bir zararın meydana gelmesini sağlayan olayların tümüdür. Kaza sonucunda vücudun ve eşyanın zarar görmesi söz konusu olabilir. Dar anlamıyla kazada ise insan vücudu zarar

görmektedir.¹ İş kazası bir tanıma göre şöyle tanımlanmaktadır; “emniyetsiz hareket ve şartlardan doğan, çalışanların can güvenliğini tehlikeye sokan, çoğu zaman yalanmalara, makine ve teçhizatın zarara uğramasına veya üretimin bir süre durmasına yol açan, önceden planlanmamış olaylar”.²

İş kazasını tanımlamaya çalışan görüşler şu hususlarda konuyu ele almaya çalışmaktadırlar. Bir görüşe göre, iş kazası iş yapılırken meydana gelen kazadır. Bu görüş en dar anlamıyla iş kazasını tanımlamaya çalışmaktadır. Diğer bir tanıma göre ise iş sözleşmesinin yerine getirilmesi için günlük yaşantıda meydana gelen tüm kazalar iş kazasıdır. Başka bir görüş ise işverenin otoritesini esas alarak, işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada meydana gelen kazayı iş kazası olarak tanımlar. Eğer otoriteden emir ve talimat kelimelerini anlayacak olursak işverenin emir ve talimatıyla bir yere gönderilmesiyle işçinin gittiği yerde kaza meydana gelirse bunu da iş kazası kabul eden görüş vardır.³ Bir Yargıtay kararında, işveren işçilerinin getirilip götürülmesi için araç kiralayarak bir başka biriyle taşıma sözleşmesi yapmıştır. Bu taşıma sözleşmesi gereğine işçiler taşınmakta iken meydana gelen kazada üçüncü şahıs kendi aracı ve şoförü ile taşıma işlemini gerçekleştirmesine rağmen, aracın şoförü işverenin emir ve talimatı altında olması nedeniyle üçüncü kişi sayılmayarak işverenin kazadan sorumlu sayılabileceğinin tartışılması gerektiği kanaatine varılmıştır.⁴

Alman hukukuna göre iş kazası kavramı irdelendiğinde bu hukuk sisteminde iş kazasının bedeni ani bir şekilde prensip olarak alışılmışın dışında etkileyen, bu etkilemenin dıştan gelen bir etkenle zarar vermesi halidir. Bazen dış etkenin olmadığı zamanlarda iç etkene bağlı bir hastalığın meydana gelebilmektedir. Zarar sadece bedensel anlamda ele alınmayıp ruhi veya zihni zararlarda söz konusu olabilir. Olayın ani olması sınırlı bir zaman diliminde meydana gelmesi anlamına gelir. Bu zaman dilimi de en fazla bir günlük çalışma

¹ Tunç DEMİRBİLEK, İş Güvenliği Kültürü, B. 1, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 11

² Hüseyin CEYLAN, “Türkiye’deki İş Kazalarının Genel Görünümü ve Gelişmiş Ülkelerle Kıyaslanması”, *International Journal of Engineering Research and Development*, Vol.3, No.2, June 2011, s. 19

³ Yalçın BOSTANCI, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, *Kamu-İş Dergisi*; C:8, S: 1, 2005, s. 3, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf>

⁴ TÜHİS, İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Yargıtay Kararları, B. 1, C. II, Ankara, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, s. 5

süresi olarak ele alınmaktadır. Bu sürenin aşılması hali ise meslek hastalığının doğmunda önemli olur. Sürenin aşılmasıyla meslek hastalığı doğacaktır. Fakat her iki halde de gerçekleşebilecek hastalıkların meydana gelebildiği kabul edilmektedir. Örnek olarak ise tüberküloz hastalığı verilmektedir. ⁵

İş kazaları sonucunda çok vahim durumlarla karşılaşılabilir. İşçi iş kazası geçirdikten sonra çalışma gücünü tamamen veya kısmen kaybedebilir, gelir kaybına uğrayabilir. Sonuç ölümle sonuçlandığında veya işgücü tamamen kaybedildiğinde işçi yakınlarının durumu da ağırlaşmaktadır. Bu yönüyle kazalar endüstriyel faaliyetlerinde en olumsuz sonuçları olarak ele alınmaktadır. ⁶

2. İşçiyi Gözetme Borcu

Kişisel unsurunun da bir gereği olarak işçiyi gözetme borcu, iş hukuku ve borçlar hukukunda düzenlenme gereği duyulmuştur.⁷ İşçiyi gözetme borcu çok geniş bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, işveren işçinin maruz kalabileceği her türlü durumdan korumak durumunda olduğu gibi, bunun sağlanması için işçiye gerekli bilgiyi verecektir. Ayrıca, işyerinde işçiye ait bulunan eşyaları da koruyacaktır. Bu borç Medeni Kanun 2⁷'de yer alan dürüstlük ve iyiniyet kurallarına göre belirlenir. Dar anlamda koruma borcu ise işçiyi hayatını ve sağlığını zarara uğratabilecek tehlikelere karşı korumaktır. ⁸

İşveren ve işçi arasında düzenlenen iş sözleşmesiyle işçi ve işveren arasında kişisel ve sürekli bir ilişki kurulmaktadır. Bunun neticesinde de işveren işçiyi koruyup gözetecek, işçi de işverene sadakatle hizmet edecektir. İşçiyi gözetmek onun yaşamını, sağlığını, bedensel ve ruhsal yapısını işyerini tehlikelerine karşı korumaktır. Bu koruma işin niteliği gereği ortaya çıkan tehlikenin durumuna göre değişebilecektir. ⁹

⁵ Yalçın BOSTANCI, s. 1-2,

⁶ Tunç DEMİRİLİK, İş Güvenliği Kültürü, s. 12-13

⁷ Fatma Zeynep ALTINER, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü", C. 13, S. 3-4, Erzincan, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, s. 268

⁸ Kemal Tahir GÜRİSOY, "İşverenin Sorumluluğu", C. 31, s. 1-4, 1974, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 212

⁹ Gaye BAYCIK, "Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği

3. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Alma Borcu

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin amacı öncelikle işçinin huzurunu ve mutluluğunu sağlamaktır. Bu önlemler neticesinde mesleki tehlikelerden uzak bir şekilde çalışan işçi fiziki ve ruhsal açıdan sağlıklı bir gelişme gösterir.¹⁰

Mevzuatımızın iş sağlığı ve güvenliği konusunda göstermiş olduğu gelişme incelendiğinde, 1921’li yıllarda madenlerde çalışan işçilerimizin şartları ile ilgili olarak bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. 1151 sayılı Ereğli Havza i Fahmiyesi Maden Amelesi Hukukuna Müteallik Kanunu da bu şartları düzenlemektedir.(*Yer Altı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartlarını düzenleyen Yönetmeliğin, 21/02/2004 tarih ve 25380 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır*) Ayrıca, Umumi Hıfzısıhha Kanunu da iş sağlığı bakımından bazı düzenlemelere yer vermekte olup bunların bazıları halen yürürlüktedir.¹¹

İş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcunun ilk başta anayasal dayanaklarının olduğunu görmekteyiz. Bunların en başında da yaşama hakkı gelmektedir. (*Anayasa madde 17/1; – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*) Yaşama hakkı üç şekilde kendisini göstermektedir. Bunlardan ilki kişinin kendisinin yaşama hakkına müdahale etmemesidir. İkinci olarak başka birinin onun yaşama hakkına müdahale edememesidir. Son olarak da onun başka birinin yaşama hakkına müdahale edememesidir. İşveren ve işçi aralarında yapacakları bir sözleşme ile işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunu ortadan kaldıramazlar. Çünkü bu durum aynı zamanda yaşama hakkından feragat anlamına gelecektir ki bu da Anayasamızda yer alan yaşama hakkını anlamsız kılacaktır.¹² Ayrıca, Anayasa madde; 5, 49 (49/2; *Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek,*

Yükümlülükleri”, C. 60, S.2, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s. 229,

¹⁰ Bülent ALPAR, “İşçi Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 sayılı ILO Sözleşmesiyle İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı”, C. 7, S. 2, (Prof. Dr. Kamil TURAN’a Armağan), Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2003, s. 2

¹¹ Berin ERGİN, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, Legal, 2005, s. 133, 134

¹² Kemal Tahir GÜRSOY, “İşverenin Sorumluluğu”, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, s. 1-4, 1974, s. 213

çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.), 50 ve 56. Maddeleri bir başka dayanak maddeleri olarak gösterilebilir.¹³

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu anayasal dayanağının yanı sıra 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmeden önce, İş Kanunu madde 77. ile de getirilmiş bir borçtu. 6331 sayılı Yasa ile bu konuda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca, bu borcun dayanağı işveren ile işçi arasında yapılan sözleşmedir. Sendikaların da aktif çalışmalarıyla bu konuda işverenlere toplu iş sözleşmeleriyle de bir takım yükümlülükler yüklenebilmektedir. Bu durumda toplu iş sözleşmesinin iş güvenliğine ilişkin hükümleri doğrudan uygulanacaktır.¹⁴

Eski Borçlar Kanunu 332. Madde de (332/1; *İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ika- met etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur*) işverenin işçinin sağlığı ve güvenliği için gerekli olan önlemlerin alınmasını belirtmektedir. Madde işverenden hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebilecek önlemlerin alınmasını ifade etmektedir. Bir Yargıtay Kararına göre de alınacak önlemler ve hakkaniyet hususunda şu görüşe yer verilmiştir; “Borçlar Kanunu 332. Maddesi hükmünce, işveren, işçinin iş dolayısıyla karşılaşabileceği tehlikeyi önlemek üzere işin mahiyeti bakımından ve hakkaniyet dairesinde kendisinden beklenebilecek tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Bu mükellefiyetin yerine getirilmiş olması için sadece belli bir iş muhitinde yerleşmiş bulunan bir takım itiyatlara ve usullerle uygun olan tedbirlerin alınmış olması kafi görünmez. Zira bir çok muhitlerinde hadisenin gerektirdiği normal tedbirlerin alınması şeklinde neticeler doğuran bir takım ihmalkarane usul ve itiyatların yerleşmiş olması mümkündür. Bu bakımdan dava konusu işin görülüşündeki

¹³ Berin ERGİN, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli”, s. 135- 136

¹⁴ Mahmut KABAKÇI, “İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri”, TBB Dergisi, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s. 255

özellikler göz önünde tutularak işverenin almış olduğu tedbirlerin hakkaniyet dairesinde kendisinden beklenebilecek tedbirlerin tamamı olup olmadığı, alınmış olan tedbirlerin nelerden ibaret olduğu teker teker tespit olunduktan sonra ve bilirkişiden sorulmak ve bilirkişinin vereceği cevaba göre davalı tarafın kusursuzluğu sabit görülmek veya görülmemek gerekir". Görüldüğü üzere bu kararda da hakkaniyet dairesine dikkat edilmiştir. Ancak bu dairenin tespitinde mali imkanların kriter olamayacağı, işverenin iş kazalarını önlemek için mali gideri ne olursa olsun her türlü önlemi alması gerektiği, paranın insan sağlığından daha önemli olamayacağı savunulmaktadır.¹⁵

4. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Sınırı ve Çerçevesi

İş Kazası ve meslek hastalığına uğrayan işçinin sigortalı olması, sigortalı olup 5 yıllık zamanaşımı süresini geçirmesi, sigortalı olup Kurumca karşılanamayan zararlarının olması veya sigortasız olması durumuna göre konunun ele alınışı değişmektedir. Sigortalı olması halinde 5510 sayılı Kanununa göre kendisine verilen haklardan yararlanacaktır (m. 63) Ancak sigortalı işçinin ve yakınlarının bu sağlanan haklardan yararlanması onların zararlarını tamamen telafi edemeyebilir. Çünkü sigorta Kurumunca yapılan yardım ve ödenekler götürü nitelik taşımadıklarından işçi ve yakınlarının zararlarını tamamen telafi edemeyebilmektedir. Ayrıca, bu kişilerin uğramış oldukları manevi zararlar kurumca ödenmemektedir. İşçi ve yakınlarının uğramış oldukları zararların Kurumca telafi edilemeyen kısımları ise gerek öğreti ve gerekse uygulama tarafından söz birliği ile işverenden istenebileceği savunulmaktadır.¹⁶ Fakat bunun yanında sigortalı işçi ve yakınlarının tüm zararı Kurumca karşılanmış ise bu durumda işverene gidilemeyecektir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası kapsamında olmayan işçiler ise Kurumla herhangi bir şekilde muhatap olmadan zararlarını işverenden talep edebilmektedirler.¹⁷ Sigortalı olup 5 yıllık zamanaşımı süresini kaçıran işçiler ise 10 yıllık zamanaşımı süresi

¹⁵ Leyla KILIÇ, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, S. 43

¹⁶ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara, 2008, s. 991, Yargıtay 9. HD., 25/02/1982, E. 1982/903, K. 1982/2066,

¹⁷ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, B. 5, İstanbul, Beta, 2009, s. 350-351

içerisinde işverene başvurabilmektedirler.¹⁸ Sosyal sigortalar sistemi nedeniyle sigortalı ve zarar gören işçi ve yakınlarının Kuruma başvurmadan doğrudan işverene başvurmaları kabul edilmemektedir. Bunun nedeni olarak da kazaya ait sorumluluğu bizzat sosyal sigortanın almasıdır.¹⁹

Ayrıca, aşağıda detaylı olarak incelenecek olan sorumluluk türlerinden kusursuz sorumluluk görüşü benimsense dahi işverenin sorumluluğunun sınırsız olarak uygulanması mümkün görünmemektedir. Örneğin, işçi uğradığı zararın artmasına kendisi neden olmuşsa bu durumda oluşan zarar işverene yükletilemeyecektir. Kazada ağır kusuru ve tedbirsizliği olan işveren ile hiç kusuru bulunmayan işveren aynı şekilde değerlendirilmeyerek, hiçbir kusuru olmadan kazanın olduğu işyeri sahibi eğer ödeyeceği tazminatla çok zor duruma düşecek olursa bu durumda hakim tazminat miktarını indirebilecektir.²⁰

5. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği

a) Kusursuz Sorumluluk Görüşü

Kusursuz sorumluluk hali çeşitli düşüncelere dayanmaktadır. Bunlardan bazıları şöyledir; hakkaniyet düşüncesi, yarar ve zarar arasındaki bağıllık (denkleştirici adalet), tehlike sorumluluğu, hakimiyet ve egemenlik alanı düşüncesi ve objektif ödevin ihlali düşüncesi.

Hakkaniyet düşüncesine göre hakim hakkaniyet düşüncesine göre bir kişiyi kusuru bulunmasa da oluşan zarardan sorumlu tutabilmektedir. Bu konuda en güzel örnek, TBK madde 65 (EBK. 54) maddedir. Çünkü burada hakkaniyet gerektiriyorsa ayırtım gücüne sahip olmayan biri de verdiği zarardan sorumlu olabilir. Bunun yanında denkleştirici adalet ilkesiyle zarara karşılık yararın üstün halinin telafi edilebilmesi için bazı durumlarda kişiler kusursuz olarak sorumlu tutulabilmiştir. Tehlike esası bu düşüncelerin arasında en ağırlı olarak nitelendirilmektedir. Çünkü bu esas dayanak noktası olarak ele alındığında bir kişinin sorumluluktan kurtulması çok güçtür. Bu nedenle bu sorumluluk

¹⁸ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 992

¹⁹ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 991

²⁰ Lütfi İNCİRLİOĞLU, İş Sağlığı ve Güvenliği'nde İşçi ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul, Legal, 2008, s. 96

türüne “ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu” da denmektedir.²¹ Tehlike esasına göre, bir faaliyet eğer bir zarara uğratma tehlikesini barındırıyorsa ortaya çıkan zarardan faaliyeti yapan kusursuz sorumlu olabilmektedir.²² Tehlikeli eşya kavramını açıklamanın güçlüğü doktrinde dile getirilse de tehlikeli eşyanın tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Bir tanıma göre kullanımı veya varlığı başkaları için tehlike oluşturabilen eşya tehlikeli eşya olarak tanımlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise bir şeyin tek başına tehlikeli niteli taşımamakla birlikte içine girdiği faaliyet neticesinde tehlikeli olabileceği durumudur. Örnek olarak ise bir çiçek saksısının düşmesi neticesinde başkalarının zarar görmesi hali gösterilmektedir. Böylelikle tehlikeli şey ile tehlike teşkil eden faaliyet ayrımı yoluna gidilerek iki ayrı hususta meselenin incelenmesi ve değerlendirilmesi istenmiştir. ²³ (Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 71/2’de “Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır” hükmüne yer verilerek önemli ölçüde tehlike arzeden işletmenin ne olduğu açıklanmaya çalışılmıştır). Karşılaştırmalı hukuk kapsamında mesele irdelendiğinde, Fransa mahkeme içtihatlarına da tehlikeli eşyanın kullanılması veya bulundurulmasının mesuliyete karine teşkil edeceği şeklinde yansıdığı görülmektedir.²⁴ Hakimiyet ve egemenlik alanı²⁵ düşüncesine göre de herkes hakimiyeti altında olan faaliyet-

²¹ Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006, s. 488

²² Süleyman YILMAZ, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, C. 59, S. 3, Ankara, AÜHFD, 2010, s. 554-555

²³ Zahit İMRE, “Henri Capitant Cemiyetinin Hollanda Toplantıları ve Tazminat Hukukunda Önemli Yeni Gelişmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 S. 4, 1969, s. 109

²⁴ Zahit İMRE, “Türk Hususi Hukukuna Göre Tehlikeli Şeylerden Doğan Hukuki Mesuliyet”, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul, İstanbul Cezaevi Matbaası, 1968, s. 423

²⁵ Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006, s. 489

lerden sorumludur. Çünkü bu kişi bu hakimiyet sırasında denetim ve gözetim hak ve yetkisine sahiptir. Bu kişi hakimiyeti altındaki faaliyetin denetimini yaparak zararın ortaya çıkmasını engelleyebilir. Objektif özen ödevin ihlali görüşüne göre; kendisine yasal bir ödev yüklenen kişi bu ödevi yerine getirmeli aksi halde ortaya çıkan zarardan sorumlu olur.²⁶

Kusura dayanan sorumluluk görüşünün iş kazalarında işverenin sorumluluğu için yeterli gelmemesi üzerine Yargıtay'ın kararlarının ve doktrinin de etkisiyle tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk görüşü hakim olmaya başlamıştır. Bu durum ise İş Kanunu ve Borçlar Kanunda yer alan düzenlemelerin işi görme sırasında meydana çıkabilecek riskleri işverene yükleme yönünde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.²⁷

Kusursuz sorumluluk durumu özellikle hiç kimsenin kusurunun olmadığı durumlarda önemli olmaktadır. Çünkü burada kusur şartı aranmamaktadır. Ayrıca, kaçınılmaz ve beklenemez olayların varlığı durumunda da tehlike esasına dayalı bir sorumluluk esası benimsendiği için işveren yine sorumlu tutulabilecektir. Çünkü tehlikenin taşıdığı risk aynı zamanda kaçınılmaz ve beklenemez olayları da kapsamaktadır. Bu durumda hakim, diğer unsurları da dikkate alarak işveren sorumluluğunu takdir edecektir.²⁸ Kaçınılmazlık bir tanıma göre “hukuksal ve teknik anlamıyla, fennen önlenmesi mümkün bulunmayan, yani işverence mevzuatın öngördüğü tüm tedbirlerin alınmış olduğu koşullarda önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçlar” olarak ifade edilmektedir. Alınan tüm önlemlere rağmen zararın meydana gelmesine ise kaçınılmazlık ilkesi denmektedir. Burada dikkat edilen husus alınan önlemlerde teknolojinin geldiği düzeydir. Yargıtay'ın bir kararına göre de teknolojinin gereklerine uygun önlemlerin alınmasına rağmen kaza meydana gelmiş ise kaçınılmazlıktan bahsedilebilir demektir.²⁹

²⁶ Süleyman YILMAZ, s. 554-555

²⁷ ALTINER, s. 268, (Yargıtay HGK. 18/03/1982, E. 9-722, K.203; YKD, 1988, S. 5, s. 598 vd,)

²⁸ ALTINER, s. 284

²⁹ Nurdan OKUR, “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla İşverenin Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 328 (10. HD, 04.03.1996, E.1708, K.2128,)

Kusursuz sorumluluk görüşünün öğretide çoğunluk görüşü olduğunu görmekteyiz. Ancak, bu çoğunluğun dayandığı noktalar birbirinden farklıdır. Bir görüşe göre burada bir kanun boşluğu vardır ve hakim MK. 1’den aldığı yetkiyi buraya uygulayarak kanun boşluğunu kusursuz sorumluluk görüşü kapsamında dolduracaktır. Bu aynı zamanda işçi lehine yorum ilkesine de uygun düşecektir.³⁰

Bazı yazarlar ise burada kanun boşluğu olmadığını, işverenin kusursuz sorumluluğunun olacağı görüşünü savunmaktadır. Çünkü burada işverenin her türlü önlemi alması zorunludur. Ayrıca bir başka görüşe göre de, EBK. 332’de yer alan hakkaniyet kelimesi bizi hakkaniyet esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk anlayışına götürmektedir. Bir görüşe göre ise borçlar hukukumuzda göre sözleşme ile sorumluluğun bazı durumlarda sınırlandırılabilirdiği, İş Kanun’undan kaynaklanan sorumluluğun ise sınırlandırılmasının mümkün olmadığı, bu durumun kanundan doğan bir objektif özen sorumluluğunun kabulünü gerekli kılacağı savunulmaktadır.³¹ Yargıtay’da risk esasına dayanan kusursuz sorumluluk görüşünü kabul etmektedir.³² Yargıtay bir kararında; “...işçinin işveren aleyhine açacağı bu tür davalarda hukuki sorumluluğu kaynağı, belirli tehlikeler yaratan faaliyetlerin sonuçlarını, bu faaliyetlerden yararlananlara yükleyen ve zun zamandan beri hem öğreti hem de Yargıtayca benimsenmiş bulunan tehlike sorumluluğudur” denilerek tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk halini benimsediğini en açık şekilde ifade etmiştir.³³

b) Kusur Sorumluluğu Görüşü

İş kazasında meydana gelen kazalarda işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için işverenin kusurunun bulunması gerektiğini savunanlarda vardır.³⁴ İş kazasında kusurlu davranış şöyle ifade edilmektedir; işveren iş kazasının or-

³⁰ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 993

³¹ İlhan GÜLEL, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Sorumluluğu”, C. 1 Y. 2, S. 7, Ankara, TAAD, 2011, s. 411,

³² Sarper SÜZEK, s. 353-354,

³³ Emine Tuncay KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1992, s. 76

³⁴ Halil YILMAZ, “İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Alacaklarında İbra-ı” Çimonta İşveren Dergisi, Makale 313, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale313.pdf>, s. 37

taya çıkacağını bilerek ve isteyerek hareket etmesi veya iş kazasının meydana gelmesini istememekle birlikte bunu önleyecek dikkat ve özeni göstermemesidir. Bu görüşü savunanların kanuni dayanak noktası ise EBK. 96 (Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur) ve 332. madde hükümleridir. Bir iş yerinde iş kazası meydana gelmesi halinde işveren kusursuzluğunu kanıtlamadığı sürece sorumluluktan kurtulamayacaktır.³⁵ Bu görüşü savunanlara göre öncelikle EBK. 332’de yer alan hüküm hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebilecek derecede, denilerek bir sınır çizildiği için kusursuz sorumluluk değil kusur sorumluluğu esastır. Ayrıca, kusursuz sorumluluk istisnai olup yasada açıkça düzenlenmesi gerekir. Bu durum ise Yargıtay’ın yasayı aşan yorumu sonucu meydana gelmiş olup bu durum pozitif hukuka aykırıdır.³⁶ İşverenin sorumluluğunu kusur sorumluluğuna dayandıran bir görüş ise dayanak noktası olarak EBK 332/2 fıkra hükmünü göstermektedir. Bu maddeye göre iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen işçinin yakınlarının açacakları davada sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davaları esas alınmalıdır. Bu nedenle de bu konuda bir genel kanun boşluğundan söz etmeyi mümkün saymamaktadır.³⁷ Bazı yazarlarımız ise her ne kadar Yargıtay’ın iş kazalarında benimsemiş olduğu kusursuz sorumluluk düşüncesi, işçi lehine ve sosyal düşünceye uygun olsa da pozitif hukukta bir dayanağının olmadığını savunmaktadırlar.³⁸

Karşılaştırmalı hukukta mesele irdelendiğinde, Avrupa ülkelerinden İsviçre’de akde dayanan sorumluluk esasının benimsendiği, kusursuz sorumluluğun benimsenmediğini görüyoruz.³⁹ Fransız hukukunda da benzer şekilde kusur sorumluluğu benimsenmiştir. Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu’na göre, iş kazası işverenin yanında çalıştırdığı kişinin kastından doğmuşsa işveren kusurlu

³⁵ Leyla KILIÇ, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 156

³⁶ Sarper SÜZEK, s. 353

³⁷ Leyla KILIÇ, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, s. 157

³⁸ Emine Tuncay KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1992, 70

³⁹ Kemal Tahir GÜRSOY, s. 190

olmasa dahi sorumlu olup, işverenin veya müstahdemnin kastı yoksa, zarara uğrayan ancak sigortadan alacağı tazminatla yetinecektir. İşverenin sorumlu olduğu hal kast derecesindeki kusurlu sorumluluk halidir. Alman hukukuna göre de sorumluluk türü kusurlu sorumluluktur.⁴⁰

c) Akdi Sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun yarışması

Akde aykırılık ve haksız fiil hükümlerine göre kaza sonucu meydana gelen zararın tazmini ve işverenin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Borca aykırılık kavramı çok geniş ele alınmakta olduğundan akde aykırılık ile haksız fiil sorumluluğu borca aykırılığın bir kaynağı olarak birlikte yer alırlar. Borca aykırılık bakımından haksız fiil ile akde aykırılık arasında bir fark yoktur. Ancak her borca aykırı davranış her zaman bir haksız fiil oluşturmaz. Bir diğer husus ise sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya bir zarar çıkmışsa EBK'na göre bu konudaki zararın ve hükmedilecek tazminatın hesaplanmasında haksız fiil hükümlerine bakılır. EBK. 98/f. II gereğince “haksız fiillerden mütevellit mes’uliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhtelif hareketlere de tatbik olunur” denilerek bu durum açıklanmıştır.⁴¹ Bunun nedeni işveren ve işçi arasında yapılan sözleşme gereğince işveren işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü altındadır. İş kazası geçiren işçi bakımından bu yükümlülük ihlal edilmiştir. Netice de bu durum bir akde aykırılık teşkil eder. Aynı zamanda işveren bu yükümlülüğünü ihlal ederek bir kişinin zarara uğramasına neden olmuştur. Bu iki durumun birlikte yer alması nedeniyle işçi her iki sorumluluk halinden birine başvurabilir.⁴² Haksız fiil sorumluluğunda ise genel davranış kurallarına aykırılık söz konusudur. Genel davranış kuralları bir toplumda yapılması gerekenler ile yapılmaması gereken davranış kurallarının tümüne denmektedir. Bu kurallar nitelik itibarıyla kamu hukukuna ait olabileceği gibi özel hukuka ait kurallarda olabilirler. Borçlar Kanununa göre haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurlu bir davranış olacak ve bu kusurlu davranış hukuka aykırı

⁴⁰ Emine Tuncay KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1992, s. 65

⁴¹ Ahmet KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 11, Ankara, Turhan Kitapevi, 2009, s. 475,

⁴² Halil YILMAZ, s. 38

olacaktır. Burada önemli bir şart olarak kusur şartının arandığını görüyoruz.⁴³ Öğretide akde aykırılık nedeniyle kusur sorumluluğunun ortaya çıkabileceğini ve haksız fiil hükümleri nedeniyle kusur sorumluluğunun ortaya çıkacağını savunanlar vardır. Akdi sorumluluğu savunanlardan bir görüş işçinin kazaya uğramasıyla işverenin güvenlik önlemlerini almadığı hususunun ortaya çıktığını, bu durumun ise sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğini söylemektedir.⁴⁴ Haksız fiil sorumluluğunu savunanların en genel dayanak noktası ise buradan kişi varlığını koruyan kurallara aykırılığın olduğu bunun da EBK. 41 vd. maddelerine aykırılık teşkil ettiğidir.⁴⁵

6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 417. Maddesinin 3. Fıkrasına göre, işverenin sorumluluğu sözleşmeye aykırılıktan doğan bir sorumluluk olması nedeniyle, bu hüküm karşısında artık haksız fiil sorumluluğunun savunulamayacağı, sorunun akde aykırılık hükümlerine göre çözümleneceği savunulmaktadır. Akde aykırılık hükümlerinin uygulanacağı sözleşmelerin ise ancak yeni Türk Borçlar Kanununa tabi hizmet sözleşmeleri için geçerli olduğu, İş Kanunu ve sözleşmelerinin kapsam dışında tutulduğu belirtilmektedir.⁴⁶

6. İlliyet Bağı Sorunu

İlliyet bağı, sebeple sonuç arasındaki bağıdır. Zararla gerçekleşen fiil arasındaki bağ bize illiyet bağını gösterir. İlliyet bağı için iki temel teori ortaya atılmaktadır. Bunlardan şart teorisine göre zarar meydana gelmişse bu zararın doğumu için zorunlu olan bütün fiiller illiyet bağı içerisindedir. Uygun illiyet bağına göre ise zararla fiil arasındaki bağda sebep bulunurken hayatın olağan akışı ve yaşam deneyimleri esas alınmaktadır. Öğreti ve uygulamada hakim olan görüşe göre sorun uygun illiyet bağı teorisine göre çözümlenmektedir.⁴⁷

⁴³ Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006, s. 493-494

⁴⁴ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 992, Kemal OĞUZMAN, "İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", İÜHF Mecmuası, 1969, C. 34, S. 1-4, s. 337-339,

⁴⁵ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 993

⁴⁶ İlhan GÜLEL, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan tazminat Sorumluluğu", C. 1 Y. 2, S. 7, Ankara, TAAD, 2011, s. 408,

⁴⁷ Ahmet KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 218-219

Uygun illiyet bağı tespit edilmeye çalışılırken şu temel kriterler göz önüne alınmaktadır. Öncelikle, kaza ile zarar arasında bir uygun illiyet bağı olmasıdır. Daha sonra ise bakılacak şey kazanın işverence yürütülen iş arasındaki bağlantısıdır. Yürütülen işin işverenin işyerinde sürdürülüyor olması gerekmektedir. Kazanın işverenin işiyle ilgili olup olmadığı ise bazı kriterlere göre belirlenmektedir. Bunlar şöyle sayılabilir, işçinin başından geçen kaza işin yürütülmesi sırasında oluşması ve kazanın işverene ait yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucu oluşmasıdır.⁴⁸

Sadece iş kazasının meydana gelmesi işverenin sorumluluğuna gitmek için yeterli görülmemiş aynı zamanda uygun illiyet bağının da bulunması aranmıştır. Uygun illiyet bağını kesen nedenler olarak mücbir sebep, işçinin kendi kusuru ve üçüncü kişinin kusuru sayılmaktadır.⁴⁹ Borçlar hukukunda yer alan mücbir sebebin işverenin sorumluluğunu ortadan kaldıran, illiyet bağını kesen bir neden olarak belirtilmektedir. Ayrıca, illiyet bağını kesen bir diğer nedende işçinin tam bir kusur içinde olması halidir. Ancak uygulamada işçinin tamamen kusurlu olduğu hallerde bile hakkaniyete uygun bir tazminatın belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁵⁰ İşçinin kusuru %100 veya kasıt düzeyinde olması aranmamaktadır. Burada işçinin ağır kusur hali yeterlidir. Fakat işçinin kusuru illiyet bağını kesecek niteliğe ulaşmamışsa işverenin işçiye ödeyeceği tazminat miktarında önemli olacaktır. Çünkü bu durum bir indirim sebebidir.⁵¹

Üçüncü kişinin kusuru ise illiyet bağını kesen bir diğer nedendir. Bu durum en çok trafik kazalarında meydana gelebilmektedir. Örneğin, işçinin kazaya karıştığı trafik kazasında üçüncü kişi %100 kusurlu ise işveren sorumlu tutulmamaktadır.⁵² Üçüncü kişinin kimler olmadığına ise şöyle bir cevap verilebi-

⁴⁸ Zübeyde BAŞBOĞA ŞAHBAZ, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, İstanbul, Beta, s. 81

⁴⁹ Lütfi İNCİRLİOĞLU, İş Sağlığı ve Güvenliği'nde İşçi ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, s. 97

⁵⁰ ALTINER, s.284 (Seda ÖKTEM ÇEVİK, İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğuna İlişkin Bir Karar İncelemesi, GBD, C.82,S.5,2008,Yargıtay 21.HD. 18.04.2005, E.2162, K.3880.)

⁵¹ Sarper SÜZEK, s. 363

⁵² Lütfi İNCİRLİOĞLU, İş Sağlığı ve Güvenliği'nde İşçi ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, s. 97

lır. Alt işveren, üst işveren, işverenin diğere işçileri, işveren vekili gibi kişiler dışında kalan ve işveren, işyeri ile ilgisi olanlar üçüncü kişi değildir.⁵³ Kazaya neden olan üçüncü kişi ağır kusurlu ve aynı zamanda temyiz kudretine sahip olmayan biri olması halinde ise illiyet bağı kesilmeyecektir. Temyiz kudretine haiz olmayan birinin sorumluluğu ancak hakkaniyet gerektirdiği durumlarda hakim tarafından değerlendirilerek gündeme gelebilmektedir.⁵⁴

Bunun yanı sıra işin ihale ile başkasına verilmesi veya anahtar teslimi bedel olarak yaptırılması hallerinde sorumluluğun işverene ait olmayacağı savunulmaktadır. Kaza iş devri yapılmış bir işyerinde mevcut ise ve bu işyerinde işin bir bölümünün tamamı devredilmişse bu durumda da devreden işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceği savunulmaktadır.⁵⁵

7. İşveren Yükümlülükleri

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işveren açısından birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülükler, çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması, çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma zorunluluğu, risklerden korunma, sağlık gözetimi yükümlülüğü, çalışan temsilcisi görevlendirme, Bakanlıkça yetkilendirilecek ortak sağlık ve güvenlik birimi kurma ile güvenlik raporu veya büyük kaza önleme politika belgesi alma zorunluluğu şeklinde sayılabilir.⁵⁶ Bu yükümlülükler ayrı bir çalışma konusunu oluşturması nedeniyle saymakla yetiniyoruz.

8. İspat Hukuku Bakımından İş Kazalarının İncelenmesi

Eğer işverenin sorumluluğunu kusur sorumluluğu olarak kabul edersek, bu durumda işçinin ispatlaması gereken husus, öncelikle bir meslek hastalığının veya kazanın meydana geldiğini, bu nedenle bir zarara uğradığını ve

⁵³ Mesut BALCI, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Davaları Destekten Yoksun Kalma Nedeniyle Açılan Tazminat Davaları Uygulaması ve İçtihatlar, B. 1, Ankara, Yetkin, 2008, s. 246

⁵⁴ Zübeyde BAŞBOĞA ŞAHBAZ, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, s. 94

⁵⁵ Halil YILMAZ, s. 38

⁵⁶ Bilgi İçin Bkz. Gülsüm KORKUT, Alim TETİK, “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Temel Sorunlar”, s. 462-467, Isparta, 2013,

bu zararın nedeninde işverenin gerekli tedbirleri almaması olduğudur. Burada hayatın olağan akışının da bir gereği olarak işveren bu tedbirleri almakla yükümlü olduğunda ayrıca illiyet bağının ispatına gerek olmayacaktır. Buna karşılık işverense, kusura dayalı bir sorumluluk düşünüldüğü için kusuru bulunmadığını öncelikle ispat edecektir. Bunun yanında illiyet bağının kesildiğini gerekli tedbirleri aldığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Sorumluluk akde dayandığı için de işçi işverenin kusurunu değil işveren kusursuz olduğunu ispat etmelidir.⁵⁷ Uygulamada kusur oranlarının saptanmasında özellikle bilirkişilerin⁵⁸ aktif olarak yer aldıklarını görmekteyiz. Bu nedenle, bilirkişi ve bilirkişi kurulunun işin niteliğine uygun iş güvenliği uzmanlarından ve hukukçulardan oluşması gerektiği belirtilmektedir. İş kazasında kusurun tespitinde teknik bilginin yanı sıra hukuki bilgi de gerekecektir. Bunun nedeni ise; sorumluluk türü olarak tehlike sorumluluğu ele alındığında bunun kapsamı, alt işveren üst işverenin belirlenmesi, ihale makamının hangi birim olduğu, tüzel kişilerde yetki ve sorumluluğunun tespiti sorunu karşımıza çıkabilmektedir.⁵⁹ Yargıtay Bir kararında avukat olan bilirkişinin, gerektirici sebepleri ve fenni düşünceleri kapsamayan raporunun hükme esas alınamayacağını hükme bağlamıştır.⁶⁰ Yüksek Mahkemece, mahkemenin ve bilirkişinin yapmış olduğu incelemede; tanık ifadelerinin, kazanın meydana geldiği işyerinin niteliğinin, bu niteliğin tespiti ile İşçi Sağlığı ve Güvenli Tüzüğü'nün maddeleri incelenerek o işyerinde hangi önlemlerin alınması gerektiğinin ve bu önlemlerden işverence hangilerinin alınıp hangilerinin alınmadığının, detaylı bir şekilde incelenmesinden sonra kusur aidiyeti ve oranının tespit edilebileceği vurgulanmaktadır. Örneğin, bir kararında, kazanın özetle, kazaya maruz kalan işçinin, işverene

⁵⁷ İlhan GÜLEL, "...İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Sorumluluğu", s. 407,

⁵⁸ Y. 21. HD, E. 2011/4827, K. 2012/14004, T. 10/09/2012 "Mahkemece yapılacak iş; işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman farklı bilirkişilere konuyu yeniden yukarıda açıklandığı biçimde incelemek, verilen rapor dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilmek, belirlenecek kusur oranını tazminat hesabında dikkate almak ve sonuca göre karar vermektir..."

⁵⁹ Mesut BALCI, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Davaları Destekten Yoksun Kalma Nedeniyle Açılan Tazminat Davaları Uygulaması ve İçtihatlar, s. 246

⁶⁰ A. Baki ORHANER, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, Öğretmen Matbaası, 1966, s. 123, Y. 9. HD, E. 18, K. 888, (21/02/1964)

ait işyerinde foseptik ve havuz temizleme işinde çalıştığı sırada, teknik servis müdürü tarafından tabloların restoran duvarına asılması için görevlendirildiği, işçinin söz konusu tablolardan birini duvara asmaya çalışırken fırlayan çivinin gözüne isabet etmesi sonucu iş kazası geçirmiştir. Bunun üzerine incelenen dosyada, çelişkili tanık ifadelerine rastlanması ve işin niteliğine göre bu işin elektrikli bir makinayla yapılıp yapılmayacağı tartışılması gerektiği kanaatine varılmıştır.⁶¹ Kusurun incelendiği bir diğer hususta işverenin başka bir işçisinin kazaya neden olması halidir. Bu durumda kazaya neden olan işçi kusurlu ve kusursuz olduğuna bakılmaksızın 27/03/1957 gün ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre de işverenin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Kazaya maruz kalan işçinin kusuru var ise bu durum tazminatın hesabında birlikte kusur olarak göz önüne alınacaktır.⁶² Birlikte kusurun iddiası ve ispatı ise işverene aittir. Aynı şekilde üçüncü kişinin zarara neden olduğu hususunu ispat yükü de işverene aittir. Destekten yoksun kalma tazminatında ise bakma gücü ve bakılma gereksinimini ortaya koyarak tazminatı isteyen kişi bu durumu ispat etmekte yükümlüdür. Meslek hastalıklarının ortaya çıkmasında ise işveren gerekli önlemleri aldığını ve yükümlülüklerini yerine getirdiğini ispatlamalıdır.⁶³

9. İşverenin Cezai Sorumluluğu

a) Genel Olarak

İşverenin cezai sorumluluğuna geçmeden önce, bir husus hatırlatmakta fayda görmekteyiz. Bireysel iş yasalarında yer alan para cezaları, idari para cezasına çevrilmesi nedeniyle, bu para cezaları bölge müdürlüklerince verildiğinden bunlar için bir önödeme veya ceza yargılaması söz konusu değildir.⁶⁴ (*Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 ve 106 ncı maddelerdeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilir. 101 inci ve 106 ncı maddeler*

⁶¹ Mesut BALCI, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Davaları Destekten Yoksun Kalma Nedeniyle Açılan Tazminat Davaları Uygulaması ve İçtihatlar, s. 247, 248 Yargıtay, 21. HD, 22/01/2008, 2007/588-2008/768,

⁶² A. Baki ORHANER, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, s. 127

⁶³ H. Argun BOZKURT, İş Yargılaması Usul Hukuku, B. 3, Ankara, Seçkin, 2011, s. 382,

⁶⁴ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s. 868

kapsamındaki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu il müdürü tarafından; birden fazla ilde işyerleri bulunan işverenlere uygulanacak idari para cezası ise işyerlerinin merkezinin bulunduğu yerdeki Türkiye İş Kurumu il müdürünce verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir. 106 ncı maddeye göre verilecek idari para cezası için, 4904 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (h) bendindeki tutar esas alınır.-101. Madde, özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna aykırılık halini, 106. Madde özel istihdam, bürolarının izin almadan faaliyet göstermesini düzenler-) Uygulanan bu idari para cezalarına itiraz ise bu konuda özel bir düzenleme söz konusu olmadığı için, Kabahatler Kanunu gereğince Sulh Ceza Mahkemesine başvurulacaktır. Bu konuda itiraz merciinin İş Mahkemeleri yerine Sulh Ceza Mahkemeleri olması haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır. Benimsediğim görüşe göre de idari para cezalarından daha etkili sonuçlar alınabilmesi için itiraz merciinin bir ceza mahkemesi yerine bu konunun hukuki kısmını da irdeleyen ve yükümlülüklerle hakim olan İş Mahkemelerinin bakması daha uygun olur.⁶⁵

Konuyu bu kapsamda ele aldıktan sonra ceza yargılamasıyla ilgili boyutu incelendiğinde, yapılan iş denetimleri sonucunda ceza hukukuna ilişkin bir duruma rastlanması halinde, bu durumun bölge müdürlüğünce Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında tabi ki Cumhuriyet Savcısı bu konuda bir suçun işlendiğini doğrudan haber alması halinde de gerekli soruşturma işlemlerini başlatacaktır.⁶⁶

b) Kusur sorumluluğu

Bilindiği üzere ceza hukukuna kusur sorumluluğu ilkesi hakim olup herkes cezaların şahsiliği ilkesi gereğince gerçekleştirdiği kast veya ihmali davranıştan sorumludur. İşveren ve işveren vekili için konu ele alındığında bunların işveren, işveren vekili veya ikisi birlikte sorumluluklarının tespiti ile uyuşmazlık çözülecektir. Ayrıca, taşeron firmalarla işverenin iş yapması halinde işverenin sözleşmelerle belirlenen sorumluluk durumu ve işverenin denetim yükümlülüğü belirlenerek sorumluluğun tespiti sağlanmalıdır. Yargıtay bir kararında;

⁶⁵ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s. 866

⁶⁶ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s. 867

“...Maktül Hüseyin Türk’ün, sanık Fatih Şipkan’ın yetkilisi olduğu taşeron Şipkan Ltd. Şti çalışanı olması, iş kazasının işveren Betoya A.Ş.’nin fabrika inşaatında montaj yapmadığı ve taşeron Şipkan Ltd. Şti’nin sorumluluğunda olan bir yerde meydana gelmesi, taşeron Şipkan Ltd. Şti ve işveren Betoya A.Ş. arasında imzalanan 11.08.2008 tarihli Prefabrike Betonarme Yapı Elemanları Genel Montaj Sözleşmesinin 4. maddesinde yükümlülük altına girilen işlerle ilgili olarak işçi sağlığı ile fabrika montaj işlerinin sanık Fatih Şipkan’ın yetkilisi olduğu Şipkan Ltd. Şti’nin sorumluluğuna bırakılmış olması, yükleme esnasında kullanılan halatların taşeron Şipkan Ltd. Şti tarafından temin edilmesi ve sanıklar Abdullah Kavuk ve Mahsin Dönmez hakkında verdiği Beraat kararına ilişkin gerekçelerinin esasa ve olayın özelliklerine uygun olduğu değerlendirilmekle”⁶⁷ onama kararı vermiştir. Kararın incelenmesi sonucunda, sözleşmeyle kimin iş sağlığından sorumlu olduğu, kazaya neden olan halatların kim tarafından temin edildiği ve kazanın işverenin alanında gerçekleşip gerçekleşmediği detaylı bir şekilde değerlendirildikten sonra sorumluluk tayin edilmiştir. İş kazalarının meydana gelmesi halinde şirket yönetim kurulunun sorumluluğu konusu ise ayrıca incelenmelidir. Yönetim kurulundan iş sağlığı ve güvenliği konusunda yetkili olanlar ve yetkili olmayanlar bu konuda ayrıca değerlendirilmelidir. Bir Yargıtay Kararında, “Olay tarihinde Özaltın Ticaret İnşaat A.Ş.’nin Kiği Hes Barajı şantiyesine ait ölenin de içinde bulunduğu ekibin T4 enerji tünel çıkışı trafosunu boşa almak üzere elektrik mühendisi olan Abdullah Suiçmez tarafından görevlendirildikleri, trafonun boşa alınması sırasında alçak gerilim hattının kesildiği ancak trafonun 2.5 m üstünde bulunan yüksek gerilimin kesilmemesi nedeniyle kazalının elektrik çarpması sonucu ölümüne neden olunması şeklindeki olayda, şantiye şefi Kazım Demir ve bölüm sorumlusu elektrik mühendisi Abdullah Suiçmez haklarında 2011/15 sayılı iddianame ile dava açılmış olduğu, şirket yönetim kurulu üyelerine cezai sorumluluk yüklenemeyeceği”⁶⁸ kanaatine varılmıştır. Söz konusu kararda eksik inceleme yapıldığı düşünülebilir. Çünkü, yönetim kurulunun iş güvenliği ve sağlığı ile ilgili yetkili üyeleri veya yönetim kurulunun bu konudaki yetkisi

⁶⁷ Y. 12. CD. E. 2011/10801, K. 2012/9861, T. 11/04/2012

⁶⁸ Y. 12. CD., E. 2012/16857, K. 2012/11782, T. 10/05/2012

şirket sözleşmesine göre değerlendirilmeden kusur tayini mümkün görünmemektedir. İşçinin kazaya neden olması halinde cezaların şahsiliği ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının işçileri korumak için getirilen maddenin işçiler aleyhine uygulanması sonucunu doğuracağı düşünülmektedir. Bu sorunun ise çözümlenebilmesi için temel noktanın meydana gelen kazada işçinin söz konusu kazaya neden olan davranışı yapmasında işverenin yükümlülüklerini ihlalinin var olup olmadığının araştırılması, bu araştırma neticesinde maddi unsurun tespiti gerektiği belirtilmektedir. Bu araştırma neticesinde işverenin yükümlülüklerini yerine getirmediğinin tespiti halinde işçinin maddi hareketinden kaynaklanan bir zarar meydana gelse de işverenin sorumluluğuna gidilecektir.⁶⁹ İş kazaları nedeniyle işverenin sorumluluğunda kast, olası kast, taksir ve bilinçli taksir gibi durumlara rastlanabilir. Ancak, konunun fazla dağılmaması için uygulamada en çok görünen iki hali, taksirle yaralama ve taksirle öldürme konularını işlemekte fayda görüyoruz. bu konuya geçmeden ise kısaca taksiri ele almamız gerekmektedir. Bir görüşe göre taksirin temelinde, failin uyması gereken davranış kuralına uymayarak, istemediği zararlı bir sonuca neden olması yatmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği görüşe göre de dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali taksirin temelinde yatan nedendir.⁷⁰

c) Taksirle Yaralama

Türk Ceza Kanunu 89/1. Maddede taksirle yaralama şu şekilde düzenlenmiştir;

“(1)Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Ayrıca, 89/2 ve 3'te cezada artırım nedenleri sayılmıştır, (-2- Taksirle yaralama fiili, mağdurun;a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Vücudunda kemik kırılmasına, c) Konuşmasında sürekli zorluğa, d) Yüzünde sabit ize, e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa,

⁶⁹ Sarper SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, S. 322-323

⁷⁰ Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s. 197

birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır. (3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.)

89/4'te ise fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halindeki ceza miktarı belirtilmiştir. (-4- Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hâlinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.)

89/5'te bilinçli taksir halinde soruşturma ve kovuşturmanın şikayete bağlı olmadığı hususuna değinilmiştir. (-5- Bilinçli taksir hâli hariç olmak üzere, bu maddenin kapsamına giren suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.) Bilinçli taksir hali incelendiğinde, suçun soruşturma ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olmaktan çıkmasıyla beraber TCK. 22/3 gereğince cezanın ağırlaştırıldığını görmekteyiz. (22/3Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.)

Taksirle yaralama suçu basit taksirle işlenmesi halinde suç soruşturma ve kovuşturması ilgili madde hükmü gereğince şikayete bağlıdır. Ancak, Cumhuriyet savcısının burada dikkat etmesi gereken bir konu işçinin alınan ifade-sinde şikayette bulunmadığını belirtmesi halinde hemen kovuşturmaya yer olmadığına kararı vermemelidir. Taksirle yaralama suçuna ilişkin sorumlu veya sorumluların tespitini sağlamalı, olaydaki kasıt veya ihmâl unsurları araştırılmalıdır. Aksi halde sorumluların tespiti olmadığı için ileri bir aşamada işçinin aleyhine sonuçlar meydana gelebilir.⁷¹

Söz konusu madde incelendiğinde, TCK. 86/3 ve 87/4'de yer alan ölüm neticesinin gerçekleşmesi hali ve TCK. 86/2'de yer alan basit tıbbi müdahale ile giderilebilir yaralama halinin maddeye alınmadığını görüyoruz. Taksirle yaralanan kişi, ölmüş olması halinde ise fail taksirle öldürmeden cezalandı-

⁷¹ Yargıtay 12. CD, E. 2011/5011, K. 2011/3346, T. 19/10/2011

rılacaktır. Ancak, basit tıbbi müdahale ile geçirtilerebilecek şekilde yaralama gerçekteştiğinde, faile 89/1'in uygulanması uygun görülmemektedir.⁷²

d) Taksirle Öldürme

Taksirle adam öldürme TCK. 85. Maddede şöyle düzenlenmiştir; “(1) *Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi üç yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”. İş kazası sonucu taksirle adam adam öldürmeyle ilgili olarak bir Yargıtay kararı incelendiğinde; “Sanıklar Ali Ayyıldız ve Hüdaver Taşer'in beraatlerine ilişkin hükümlere yönelik C.Savcısının temyiz isteminin incelenmesinde; Sanık Nevzat Aydemir'in Ayel Elektrik firmasının sahibi olduğu, sanık Mevlüt Kay'ın ise bu firmada ustabaşı olarak çalıştığı, Ayel Elektrik firmasının ihale ile elektrik direklerinin değiştirilmesi işini aldığı ve olay günü Tavşançalı Beldesinde çalışma başlattıkları, çalışmaya başlamadan önce Medaş'tan çalışma yapılacak hat üzerindeki elektriğin kesilmesini talep ettikleri, Medaş Kulu İşletme Başmühendisliğinde çalışan sanıklar Ali Ayyıldız ve Hüdaver Taşer'in elektriği kesme konusunda görevlendirildikleri, sanıklar Ali Ayyıldız ve Hüdaver Taşer'in çalışma alanına gidip sanık Mevlüt Kay ile birlikte trafo binasından elektriği kestikleri, bunun üzerine müteahhit firmanın hat üzerinde çalışmaya başladığı, Ayel Elektrik firmasında işçi olarak çalışan Fadıl Canpolat'ın Tarım Kredi Kooperatifi çıkışındaki üç adet direğin tellerini kestiği ve yeni direğin yerleştirilmesi ile telleri tekrar bağladığı, Celep yolundaki su pompası çıkışındaki dördüncü direğe çıkarak önce alçakta bulunan telleri kestiği, daha sonra emniyet kemeri ve baret kullanmaksızın, hatta akım olup olmadığını kontrol etmeksizin, elinde AG eldiveni ve ayağında mekap lastik ayakkabı olduğu halde biraz yukarıdaki yüksek gerilim tellerini keserken elektrik akımına kapılarak yere düşüp öldüğü iş kazasında; asıl işveren Medaş tarafından görevlendirilen görevli usta sanık Ali Ayyıldız ve usta yardımcısı sanık Hüdaver

⁷² Ali EKİN, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), Ankara, Yetkin, 2010, s. 130-131

Taşer, TR-2 trafo istasyonundan gerilimi kestikten sonra çalışma bitene kadar gerilimin herhangi bir şekilde tekrar verilmesini önleyip, çalışma yapılacak hattı her iki ucundan topraklama yapmakla görevli oldukları halde, müşterek hattı besleyen hattın topraklamasını yapmayıp, insiyatifi yüklenici Ayel Elektrik firmasının yetkisiz çalışanlarına terk etmek ve yüklenici firmanın çalışmalarına nezaret etmemek şeklindeki ihmali davranışlarıyla Fadıl Canpolat'ın ölümünde kusurlu oldukları ve sanıklara yüklenen taksirle öldürme suçunun sabit olduğu gözetilmeksizin⁷³ hüküm kurulmasının bozma nedeni yapıldığı görülmektedir. İş kazalarında öncelikle kusurlu hareketin kime ait olduğunun tespitinin yapılması gerekmektedir. Bunun için ise gerektiğinde yerinde inceleme yaparak, bilirkişi raporu⁷⁴ aldırılması zorunluluk taşımaktadır. Bilirkişi raporuyla, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini kimlerin alması gerektiği ve gerektiği şekilde alınıp alınmadığı incelenmelidir.

Görüldüğü gibi taksirle bir insanın ölümüne neden olan işveren 3 yıldan 6 yıla kadar hapis cezasıyla karşı karşıya kalabilecektir. Ancak ölümle birlikte bir veya birden fazla insanın yaralanması hali gerçekleşmesi veya birden fazla kişinin ölümü halinde cezası 3 yıldan 15 yıla kadar olabilmektedir. Sanığın kusurunun belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılabilceği ve bu belirlenmenin cezanın alt ve üst sınırında ölçüt olarak yer verilebileceği savunulmaktadır. ⁷⁵ Yargıtay da bir kararında; “Gerek soruşturma gerekse de kovuşturma aşamasında aldırılan bilirkişi raporlarında, sanık Erdal Çevik'in iş kazasının oluşumunda, asli kusurlu olduğunun bildirildiği ve mahkemece eylemin bu şekilde kabul edildiği halde, sanığa temel cezasının alt sınırın üzerinde belirlenmesi gerekirken asgari haddeden ceza tayini⁷⁶ hususunu eleştiri konusu yapılmış, fakat aleyhe bozma yasağı nedeniyle bozma nedeni yapılmamıştır.

e) Adli Para Cezası

Taksirle işlenen suçlarda hapis cezası verilmesi halinde TCK. 50/4 koşulla-

⁷³ Y. 12. CD., E. 2011/4776, K. 2011/8973, T. 20/12/2011

⁷⁴ Y. 12. CD., E. 2011/16699, K. 2012/10840, T. 25/04/2012

⁷⁵ Ali EKİN, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), s. 132-133

⁷⁶ Y. 12 CD., E. 2012/2446, K. 2012/21530, T. 11/10/2012

rını sağlaması halinde adli para cezasına çevrilebilmektedir. Bu durum iş kazaları sonucu oluşan taksirli suçlar için de geçerlidir.⁷⁷ doktrinde para cezalarının uygulanması konusunda getirilen önerilerin ise adli para cezasında uygulanma durumu tartışılabilir. Örneğin bir görüşe göre, para cezalarının etkili olabilmesi için verilen cezanın suç işlemekle elde edilen menfaate eşit veya daha üst olması aranmaktadır. Örneğin işveren mali bakımdan gideri nedeniyle bir takım önlemleri almayarak bir kazaya neden olmuş bunun neticesinde kaza meydana gelmesiyle biri yaralanmış ise bu nedenle verilen ceza yapılacak gideri eş değer veya fazla olmalıdır. Aksi halde iş güvenliği önlemlerini almak yerine para cezasını ödeme yolunu seçebilecekleri kanaati taşınmaktadır.⁷⁸ Söz konusu yorum ceza hukuku alanında adli para cezalarına uygulandığında şöyle bir sonuç çıkarılması mümkündür. TCK. 50/1'den anlaşıldığı üzere kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımını olarak adli para cezası öngörülmektedir. Hakim, failin suçu işleyiş biçiminde böyle bir tutum tespiti halinde, seçenek yaptırım olarak adli para cezası uygulanmaması daha uygun olacaktır. Bir başka anlatımla sırf getirdiği mali külfet nedeniyle taksirle yaralama fiili işlenmesi halinde hapis cezasının verilmesi uygun olacak, bu tutum ise gerekçede açıkça ifade edilecektir.

Adli para cezalarının incelenmesinde dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise TCK. 52/2 gereğince adli para cezasının tespitinde, “En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir” hükmünün esas alınmasıdır. Bu durumda işverenin ekonomik hali ve şahsî halleri göz önüne alınarak miktar belirlenecektir.

f) Ön Ödeme-Uzlaşma

Ön ödeme müessesesi incelendiğinde, TCK. 75'te yer alan önödeme koşulları yer alan suç halinde Cumhuriyet Savcısı soruşturma sonucunda kamu davası açmayacak, bunun yerine önödeme önerisinde bulunacaktır. Cumhuriyet savcısının önödeme işlemine başvurabilmesi için ise elinde failin suçu

⁷⁷ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s. 867

⁷⁸ Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları, 1985, s. 328.

işlediğine dair yeterli delil bulunması gerekmektedir.⁷⁹ Önödeme teklifi kabul edilip yerine getirilmesi halinde ise kamu davası açılmayacaktır.⁸⁰ Ön ödemeye tabi suçlarda savcıya bu konuda bir takdir yetkisi verilmemesi doktrinde eleştirilmiştir. Bunun nedeni ise Cumhuriyet Savcısı, böyle bir durumda olayın iş güvenliği konusunda alınan önlemlerin derecesi ve olayın özelliği dikkate alınarak önödeme yerine kamu davası açmasının iş sağlığı ve güvenliği bakımından yararlı sonuçlarının olabileceği kanaatidir.⁸¹

TCK 75/1’de “Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili için önödeme müessesesi getirilmiştir. Yukarıda detaylı şekilde incelendiği üzere, taksirle işlenen yaralama suçunun 89/1’deki hali en düşük miktarda ceza içermektedir. Bu maddede, adli para cezası veya hapis cezası denilerek seçimlik yaptırım benimsenmiştir. Başka bir anlatımla, ceza olarak yalnızca adli para cezası yer almamaktadır. Hapis cezasının ise üst sınırı 1 yıl olarak belirlenmiştir. Taksirle öldürme halinde ise bu cezanın üst sınırı 6 yıldır. Taksirle yaralama ve taksirle öldürmeye ilişkin cezai yaptırım, yalnızca adli para cezası olarak belirlenmediği ve hapis cezasının üst sınırı 3 ayı aştığı için iş kazaları sonucu önödeme müessesesi uygulanamayacaktır.⁸²

Ceza Muhakemesi Kanunu 253. Maddeye göre taksirle yaralama suçu uzlaşma kapsamındadır. Bu nedenle iş kazası sonucu taksirle yaralanan ve mağdur olan işçi ile fail olan işveren uzlaşma yoluna gidebilmektedir. Yaralamanın bilinçli veya bilinçsiz taksirle olmasının bu bakımdan bir önemi yoktur.⁸³ Ancak bunun için mağdurun uğramış olduğu zararın failce giderilmesi gerekmektedir (Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suç

⁷⁹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, İstanbul, Beta, 2008, s. 439

⁸⁰ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s. 867

⁸¹ Sarper SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları, 1985, s. 328

⁸² Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 442

⁸³ Ali EKİN, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), s. 130

kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.)

İşçinin zararı giderilmesi halinde Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayacak açılan dava ise düşme kararıyla sonuçlanacaktır. Birden fazla işçinin yaralanması halinde ise bu mağdurların tamamı uzlaşma teklifini kabul etmelidir. Aksi halde yine kamu davası açılabilir. (253/7 Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.)

CMK. 253/17 gereğince uzlaşma tarafların özgür iradeleriyle gerçekleşmelidir. ⁸⁴Burada Cumhuriyet savcısına bir görev verilmektedir. Şöyle ki özellikle iş kazalarında işçi ve işveren ilişkisi aynı zamanda bir bağımlılık ilişkisi içerisinde barındırdığı için işçinin özgür iradesiyle uzlaşmayı kabul edip etmediği hususu ayrıca incelenmelidir.

CMK. 253/19 gereğince, Uzlaşmaya ait edimin yerine getirilmesi halinde kamu davasının açılmasına yer olmadığına, edimin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesine, edimin yerine getirilmemesi halinde ise kamu davasının açılmasına karar verilir. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacak, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacaktır. Bu durum uzlaşma görüşmeleri sırasında işçi tarafından detaylıca değerlendirilmeli, eğer edimin yerine getirilmesi mağduriyetinin giderilmesine yetmiyorsa uzlaşma teklifini kabul etmemelidir.

SONUÇ

İş kazalarında işverenin sorumluluğunda yatan nedenin işçiyi gözetme borcu ve iş sağlığı-güvenliği önlemlerini alma borcu olduğunu görmüş bulunmaktayız. İşverenin hukuki sorumluluğunun niteliği için ise kusursuz so-

⁸⁴ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 455

rumluluk ve kusur sorumluluğu görüşlerinin ortaya atıldığını, bunlardan kusur sorumluluğu akdi sorumluluktan veya haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanabilmektedir. Yukarıda kusur sorumluluğu görüşünü savunan yazarlarımızın da belirttiği gerekçelerle bu konuda kusur sorumluluğunun benimsenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyim. İşverenin yükümlülükleri ise kısaca, çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması, çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma sorumluluğu, risklerden korunma, sağlık gözetimi yükümlülüğü, çalışan temsilcisi görevlendirme, Bakanlıkça yetkilendirilecek ortak sağlık ve güvenlik birimi kurma ile güvenlik raporu veya büyük kaza önleme politika belgesi alma zorunluluğu sayılabilir. Ayrıca, yönetmelikle ve sözleşme ile yeni yükümlülükler getirilebilecektir. İş kazalarında işveren kusursuz olduğunu ispatla yükümlü olduğunu ispat kısmında incelemiş bulunmaktayız. Cezai sorumluluğu ise uygulamada genel olarak taksirle yaralama ve taksirle öldürme şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- ALPAR, B.(2003)**, “İşçi Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 sayılı ILO Sözleşmesiyle İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı”, C. 7, S. 2, (Prof. Dr. Kamil TURAN’a Armağan), Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,
- ALTINER, F. Z.(2009)**, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü, Erzincan, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 3-4, 2009,
- BALCI, M.(2008)**, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Davaları Destekten Yoksun Kalma Nedeniyle Açılan Tazminat Davaları Uygulanması ve İçtihatlar, B. 1, Ankara, Yetkin
- BAYCIK, G.(2011)**, “Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, C. 60, S.2, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

BOSTANCI, Y. “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, Kamu-İş Dergisi; C:8, S: 1, 2005, s. 1-2, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf>

BOZKURT, H. A. (2011), İş Yargılaması Usul Hukuku, B. 3, Ankara, Seçkin,
CENTEL, N., ZAFER, H. (2008), Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, İstanbul, Beta, 2008,

CEYLAN, H. (2011), “Türkiye’deki İş Kazalarının Genel Görünümü ve Gelişmiş Ülkelerle Kıyaslanması”, *International Journal of Engineering Research and Development*, Vol.3, No.2,

DEMİRBILEK, T.(2005), İş Güvenliği Kültürü, B. 1, İstanbul, Legal Yayıncılık,

EKİN, A.(2010), İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından), Ankara, Yetkin,

ERGİN, B. “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, Legal, 2005,

GÜRSOY, K. T. (1974), “İşverenin Sorumluluğu”, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, s. 1-4,

GÜLEL, İ. (2011), “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Sorumluluğu”, C. 1 Y. 2, S. 7, Ankara, TAAD,

İMRE, Z. (1968), “Türk Hususi Hukukuna Göre Tehlikeli Şeylerden Doğan Hukuki Mesuliyet”, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul, İstanbul Cezaevi Matbaası,

İMRE, Z., (1969) “Henri Capitant Cemiyetinin Hollanda Toplantıları ve Tazminat Hukukunda Önemli Yeni Gelişmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 S. 4,

İNCİRLİOĞLU, L.(2008) İş Sağlığı ve Güvenliği’nde İşçi ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul, Legal,

KABAKÇI, M.(2009), “İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri”, TBB Dergisi, TBB Dergisi, Sayı 86,

- KAPLAN, E., (1992)**, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Dayınlarlı Yayınları,
- KILIÇ L.,(2006)** İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları,
- KILIÇOĞLU, A. (2009)**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 11, Ankara, Turhan Kitapevi.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H.(2008)**, İş Hukuku, Ankara,
- OĞUZMAN, K., ÖZ, T.,(2006)** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006,
- OKUR, N.(2007)**, “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla İşverenin Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 70,
- ORHANER, Baki A (1966)**, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, Öğretmen Matbaası,
- SÜZEK, S. (2009)**, İş Hukuku, B. 5, İstanbul, Beta,
- SÜZEK, S.(1985)**, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları, 1985,
- ŞAHBAZ BAŞBOĞA, Z.** İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, İstanbul, Beta,
- TOROSLU, N.(2008)**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınevi,
- YILMAZ, H.**, “İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Alacaklarında İbra-ı” Çimonta İşveren Dergisi, Makale 313, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale313.pdf>
- YILMAZ, S. (2010)** , “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, C. 59, S. 3, Ankara, AÜHFD,

HAKİMLERİN HESAP VEREBİLİRLİĞİ

Accountability of Judges

Cengiz SARI *

ÖZET

Hesap verebilirlik, katılımcılık ve demokrasinin gereğidir. Demokratik ülkelerde başta siyasiler olmak üzere tüm kamu görevlileri yaptıkları işlerden dolayı kendileri dışındaki bir otoriteye hesap verirler. Siyasiler ve diğer kamu görevlileri gibi hakimlerin de bağımsız olması ve belirli güvencelere sahip bulunması elbette işlerin yürütümü sırasında keyfi davranabilecekleri ve hesap vermektan azade oldukları anlamına gelmemektedir. Hakimlerin bağımsız olmasının gerekliliği, geçmişte onların hesap vermesine tereddütle bakılmasına sebep olmakta ise de günümüzde bağımsızlık ilkesi zarar görmeden ve anayasal güvenceler korunarak hakimlerin de hesap vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak hakimlerin bağımsızlık ve tarafsızlık gibi ön plana çıkan meslek gereklilikleri onların hesap verme şeklinin siyasiler veya diğer kamu görevlileri ile farklı olması sonucunu doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hesap verebilirlik, yargı, medya, etik, hakim.

ABSTRACT

Accountability is the requirement of the participation and the democracy. All public officers, primarily the politicians are accountable to another authority due to the works they made except them in democratic countries. Independence of the judges and the fact that they have certain guarantees do not necessarily mean that they may act arbitrarily during the performance of the works. Necessity of Independence of the judges, looking at the causes of being hesitant to give their accounts in the past but nowadays, it is recognized that the judges should also be accountable without damaging the principle of independence and by protecting the constitutional guarantees. However, the professional requirements of the judges coming to the fore like independence and impartiality cause the result that the form of accountability of the judges should be different from that of the politicians or the other public officers.

* Yargıtay 14. Hukuk Dairesi tetkik hakimi, cengizsaru0131@yahoo.com

Keywords: Accountability, justice, media, ethic, judge

◆◆◆◆

GİRİŞ

Hesap verebilirlik; belirli bir görevi üstlenen ya da belirli bir harcamayı yapan kimsenin ilgili belge ve bilgileri, gerekli birimlere vermesi ya da kendilerine yetki verenlerin, kaynak tahsis edilenlerin bu yetki ve kaynakları ne derece verimli kullandıklarını sergileme ve belgeleme sorumluluğu olarak tanımlanmaktadır¹. Hesap verebilirlik, katılımcılık ve demokrasinin de bir gereği olarak görülmektedir. Demokratik ülkelerde başta siyasiler olmak üzere tüm kamu görevlileri yaptıkları eylemler ve işlemler veya ihmal ettikleri işlerden dolayı kendileri dışındaki bir otoriteye hesap verirler. Bu sebeple hesap verilebilirlik açısından iki otoritenin varlığı zorunlu görülmektedir. Bunlardan birisi hesap veren, diğeri ise kendisine hesap verilen otoritedir.

Kamu yönetimi ile toplum arasında güven ortamının oluşturulması ve yönetimde şeffaflığın bir gereği olarak kamu yetkisinin kullananların bunu nasıl, niçin ve hangi amaçla kullanıldığının bilinmesi amacıyla gerekçelendirme ilkesi öne çıkmaktadır². Gerekçelendirme kamu otoriterlerinin halka saygı duymasının da doğal bir sonucu olarak görülmelidir.

Hesap verebilirliğin en temel amacı görevin ve görev gereği tasarruf edilen kaynakların kötüye kullanmaların ortadan kaldırılmasıdır. Bu kapsamda etik dışı uygulamalara son verilmesi de hesap verebilirliğin amaçları arasında bulunmaktadır.

Hakimlerin bağımsız olması ve belirli güvencelere sahip bulunması elbette kararlarında ve diğer mesleki uygulamalarında keyfi davranabilecekleri anlamına gelmez. Günümüzde bağımsızlık ilkesi zarar görmeden ve anayasal güvenceler korunarak hakimlerin de hesap vermesi gerektiği kabul edilmektedir³. Yargıtay Başkanı Ali Alkan 2013-2014 Adli Yıl Açılış Konuşması'nda

¹ **Hale Biricikoğlu/Serdar Güleler**, Bilgi Toplumunda Hesap Verebilirlik Anlayışı ve Türk Kamu Yönetimine Etkileri, Bilgi Ekonomi ve Yönetim Kitabı, İstanbul 2008, s. 206.

² **Musa Eken**, Yönetimde Şeffaflık, Sakarya Kitabevi, Adapazarı, 2005, s. 40.

³ **Cengiz Topel Çiftçioğlu**, 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa Göre Hakim ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir, 2012, s. 127-157.

bu hususa değinmiş, yargı bağımsızlığının korunması konusundaki sözlerinin dokunulmaz, eleştirilmez bir hakim sınıfı oluşturma amacı taşımadığını ifade etmiştir.⁴

Hakimler hesap verebildiği ölçüde bağımsız ve tarafsız olmaları değer taşır. Bu yönü ile hesap verebilirlik ile bağımsızlığın birbirine zıt olmadıkları aksine birbirlerini tamamlayan iki kavram oldukları belirtilmektedir⁵. Hesap verebilirlik ve bağımsızlığın ne şekilde bir arada bulunabileceği konusunda özlü bir söz bulunmaktadır. Buna göre hakim, “Yerine getirmekle yükümlü olduğu işlevini yansız ve çekincesizce gerçekleştirecek kadar bağımsız, gerektiğinde yaptığı işin hesabını verebilecek kadar da sorumluluk sahibi olmalıdır⁶.”

Günümüzde, hakimlerin tazminat sorumluluğunun bulunması, mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması, kararlara karşı temyiz yolunun açık olması, hakimlerin ve mahkemelerin teftiş kurullarınca denetlenmesi, bağımsızlık ilkesi ve hakimlik teminatlarına zarar vermeyen hesap verme araçları olarak görülmektedir.

1. HAKİMLERİN DOĞRUDAN VATANDAŞA HESAP VEREBİLİRLİĞİ

Geleneksel hesap verme anlayışı, bürokratik bir nitelik gösterir. Bu sistemde, hizmet alanların, hizmet aldıkları kamu görevlilerinden doğrudan hesap sorması kabul edilmemiş, sıradan vatandaşın ancak demokratik sistem yoluyla hesap sorması benimsenmiştir⁷. Günümüzde kamu görevlilerinin, bu dolaylı ve sonuçları belirsiz hesap verebilirliği anlayışı yerini doğrudan hesap verebilirlik anlayışına bırakmıştır. Bu yeni anlayış müşteri/vatandaş odaklılık yaklaşımının da gereğidir. Hizmet alanlara daha fazla odaklanmış bir yönetim anlayışı ile hesap verebilirlik daha çoğulcu bir hale gelmiştir⁸.

⁴ Alkan Ali, Adli Yıl Açılış Konuşması, Ankara, 2013, s.24.

⁵ Lubet Steven, Judicial Discipline and Judicial Independence, ABD, 1998.

⁶ Müslim Akıncı, Yargı Erki ve Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi sayı:3, Ankara, 2010, s. 47.

⁷ Asım Balcı, E-Devlet: Kamu Yönetiminde Yeni Perspektifler, Fırsatlar ve Zorluklar”, Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar (Edit. A. Balcı-A.Nohutçu-N. K. Öztürk. B. Coşkun), Seçkin Yayınevi, 2003 Ankara, s. 23.

⁸ Tony Bovaird, “Performance Assessment of Service Quality; Lessons From UK National

Yeni kamu yönetimi anlayışının yargı alanında da etkin olmaya başlaması ile birlikte yönetim yaklaşımının hesap verebilirlik unsurunun hakimler yö-
nünden de uygulanması gündeme gelmiştir. Gerçekten demokrasilerde hiçbir
kamu görevlisinin hesap verme sorumluluğundan bağışık olması düşünüle-
mez. Ancak hakimlerin bağımsız olması gerekliliği karşısında, hesap verebilir-
liğinin sağlanması kolay değildir. Çünkü öteden beri hakimın bağımsız olması
için kamuoyundan da bağımsız olması gerektiği düşüncesi güçlü bir şekilde
savunulmuştur ⁹.

Daha önceleri hakimın yapmış oldukları işlemler verdikleri kararlardan
mağdur olan kişiler Adalet Bakanlığına karşı dava açtıklarında, Adalet Ba-
kanlığı, hakimlerin bağımsız olması sebebiyle kendilerine sorumluluk düş-
meyeceği yönünde savunmada bulunmakta idi. Bu sebeple kişiler, doğrudan
hakimlere karşı dava yöneltmek hesap verebilirlik kurumunu dava yolu ile
işletmeye başlamışlardı. Bu durum bir süre sonra bazı vatandaşlarca etik dışı
olarak kullanılmıştır. Kişiler kendi davalarına bakmasını istemedikleri hakime
karşı yerli yersiz dava açmışlar böylece o hakimın kendileri ile bir davada ha-
sım olmasını sağlayarak hakimi davadan çekilmeye zorlamışlardır. İşte bu tür-
den art niyetli uygulamaların önüne geçmek ve hakimlerin sürekli aleyhlerine
açılacak davalarla meşgul olmalarını önlemek için 6100 sayılı HMK'nın 46.
maddesindeki düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre hakimın yargılama faa-
liyetlerinden kaynaklanan belirli sebeplere dayalı tazminat davalarının devlete
karşı açılacağı kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme hakimın vatandaşa karşı
hesap verebilirliğini ortadan kaldırmamıştır. Çünkü aynı maddenin son cümle-
sinde “Devlet ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hakime ödeme tarihinden
itibaren bir yıl içinde rücu eder.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Böylelikle,
hakimın vatandaşa karşı dava yolu ile hesap verebilirliği için daha sağlam bir
zemin hazırlanmış, aynı kanununun 49. maddesinde de davacının davası esastan

Initiatives to Influence Local Government, Quality, Innovation and Measurement in the Pub-
lic Sector”, H.Hill, H. Klages ve E. Löffler (eds.), Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996, s.
37-64)

⁹ **Frank Cross**, Judicial Independence, The Oxford Handbook of Law and Politics, Ed. Whit-
tington, Keith E., Daniel R. Kelemen and Gregory A. Calderia, Oxford University Press.
İngiltere, 2008, s. 560.

reddedilirse para cezası düzenlenerek gereksiz ve art niyetli davaların yolu tünden kapatılmıştır.

Yüksek mahkeme, hakimlerin kusurlarından dolayı devlete karşı açılan davaların kabulünü oldukça ağır şartlara bağlamıştır. Hâkimin yargılama faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi için; HMK'nun 46.maddesinde tahdidi olarak yazılı bulunan sebeplerin bir ya da bir kaçının gerçekleşmesi, hâkimin görevini yaparken davacıya karşı düşmanlığı veya karşı tarafla dostluğu nedeniyle, davacı aleyhine, kasıtlı veya ağır ihmalle kanna açıkça aykırı karar vermiş olması, kasten adalete ve yasalara aykırı karar verdiğinin yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olması, davacının karardan dolayı zarar görmesi ve hâkimin davranışı ile zarar arasında illiyet bağının olması ve bu hususların davacı tarafından ispatlanması gerekir.¹⁰ Görülecek olan bu davada devletin hakime ileride rücu etmesi ihtimali bulunduğundan HMK'nın 48/2. maddesi uyarınca dava hakime ihbar edilir. Böylece hakimlerin savunma yolu ile de olsa yaptıkları işlem ve verdikleri kararlardan dolayı doğrudan doğruya vatandaş hesap verebilirliği sağlanır. Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan bir olayda, gıyabında yürütülen bir davadan dolayı zarara uğradığını iddia eden bir vatandaşın mahkeme hakiminin davayı yokluğunda sürdürmesinden dolayı uğradığı zararın tazmini için açmış olduğu bir davada davaya ferî müdahil olarak katılan ilgili dava hakimi tazminat sorumluluğunun şartlarının oluşmadığını belirterek kendisini savunmuştur.¹¹

2. HAKİMLERİN MEDYA YOLU İLE HESAP VEREBİLİRLİĞİ

Avrupa ülkelerinde hakimlerin medya yolu ile hesap verebilirliğinin sağlanması konusunda farklı uygulamalar bulunduğu gözlenmektedir. Almanya'da hakimlerin bağımsızlıklarına büyük önem verilmekle birlikte politikacıların bazı önemli davalarda karar verildikten sonra verilen cezayı az veya çok bulmalarına ilişkin eleştirilere rastlanabilmektedir. Bu tür eleştiriler, çoğu kez işin özüyle az ilgili ve polemik tarzında olsa da, toplumun bir parçası olan ha-

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/12-757 esas 2013/1034 karar

¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012/3-1345 esas 2013/412 karar

kimlerin, bu tür eleştirilere katlanması gerektiği kabul edilmektedir¹² (Jannsen, 2002:37). Hakimin eleştirileri inceleyerek gerekirse kararlarında bazı düzeltmeleri yapabilmesi bağımsızlığının bir parçası olarak kabul edilmektedir. İngiltere’de hakimlerin eleştirilebilmesi Almanya gibi ülkelere kıyasla çok daha sınırlandırılmıştır. Hakimlerin meslekten çıkarılmadıkça parlamentoda eleştirilmeleri dahi yasaktır. Anayasamızın 28. maddesinde basın hür olup sansür edilemeyeceği belirtilmiştir. 16.03.2010 tarihli Venedik Komisyonu Yargıçların Bağımsızlığı Raporu’nun sonuç bölümünün 14. maddesinde “Adli süreçleri uygunsuz baskılardan korumak için, “*yargı önündeki meselelerin tartışılması yasağı*” ilkesinin uygulanması düşünölmeli ancak bu yapılırken sınırlar özenle belirlenmeli ve bir yandan adli süreci diğer yandan da basın özgürlüğü ile kamu yararını ilgilendiren konuların açıkça tartışılabilmesi özgürlüğünü koruyacak uygun bir denge kurulmalıdır.” denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görölen Tourancheau ve July v Fransa adı ile anılan dava, medyanın mahkeme kararlarını ve hakim bağımsızlığını etkilemesi konusunda önemli bir örnek olarak görölmektedir. Söz konusu haberde, bir kadının kendisinin serbest bırakılmasına rağmen nişanlısının hala ceza evinde tutulduğuna dair açıklamasına yer verilmiştir. Ulusal mahkeme tarafından, yazıda kullanılan üslubun, devam eden ceza yargılamasında görev yapan hakimlerin kararlarını olumsuz biçimde etkileyebileceği, adil yargılama hakkının ihlal edilebileceği belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹³

Ölkemizde gerek yazılı gerekse görsel medya aracılığıyla pek çok mahkeme kararının eleştirilere konu olduğu, hakimlerin verdikleri kararlarla gündeme geldikleri, bazı önemli davalarda hakimlerin kararlarının kimi medya organlarınınca övölürken bazılarınınca yerildiği sıklıkla görölmektedir. Yargıtay Başkanı Ali Alkan, 2012-2013 Yılı Adli Açış Konuşması’nda, sosyal bir güç haline gelen medyanın yargı bağımsızlığına tesir eden en önemli etkenlerden

¹² **Günther Jannsen**, Türk Alman Yargıçlar Semineri, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, 2002, Ankara, 37.

¹³ **Yutaka Arai**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 507.

birisi olduğunu ve hakimleri etkileme tehlikesi oluşturduğunu belirtmiştir¹⁴.

Günümüzde, çağdaş medya araçları sayesinde mahkemelerce yapılan işlemler ve kararlar gizli kalamadığı gibi, kısa süre içerisinde forumlarda sayısız insanın yorumlarına açılmaktadır. Bir hakim verdiği herhangi bir kararın ya da yaptığı bir işlemin kısa süre içinde pek çok insanın bilgisine ulaşacağını bilmektedir. Bu durum kuşkusuz hakimleri bir karar vermeden önce daha fazla düşünmeye zorlamaktadır.

Bazen bir çocuğun değersiz bir eşyayı çalması sebebiyle ona verilen ağır bir ceza, bir tecavüzcü veya katilin kısa sürede tahliye olması durumu bir anda milyonlarca insanın bilgisine ulaşmakta ve insanların forumlarda engellenemez yorumlarına hedef olmaktadır. Çoğu kez mahkemelerce yayın yasağı konulması dahi bu duruma engel olamamaktadır. Yapılan araştırmalar hakimler ve cumhuriyet savcılarının medyanın bazı haberleri ve yorumlarından ciddi şekilde etkilendiklerini göstermiştir¹⁵.

Hakimin yargısal faaliyetlerinin basın yolu ile eleştirilmesi durumunda buna karşı basın açıklaması yapması doğru görülmemektedir¹⁶. Ancak medya aracılığı ile gerçekler çarpıtılıyor ve kamuoyu yanlış bilgilendiriliyorsa yetkili kurul veya kişiler tarafından gerekli açıklamaların yapılması gerekmektedir¹⁷.

3. HAKİMLERİN ÜST MAHKEMELERE HESAP VEREBİLİRLİĞİ

Mahkemelerin istisnai düzenlemelerle üst mahkemelerin denetimi dışında bırakılan kesin kararları dışındaki tüm kararları, itiraz ve temyiz yolu ile üst mahkemelerin denetimine tabi tutulur. Üst mahkemelerce hukuka uygun bulunmayan kararların bozulmasına, bazen de düzeltilmesine karar verilir. Daha önce de sözünü ettiğimiz gibi hakimlerin vermiş oldukları kararlarının üst mahkemenin denetimi sonucunda üste mahkemece kararı veren hakime

¹⁴ **Ali Alkan**, 2012-2013 Yılı Adli Yıl Açılış Konuşması, Ankara, 2012, s.14.

¹⁵ **Özcan Çine**, Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri, Uluslar Arası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2010, Ankara. s. 217.

¹⁶ **Stephen M. Simon Maury S. Landsman**, Judicial Ethics Simulation Based Training, 58 Law and Contemporary Problems 323-336, http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol_58/Iss:3/24, ABD, 1995, (Erişim Tarihi 28.12.2013).

¹⁷ **Mümin Şen**, İdeal Hakim İhtiyacı ve Yargı Etiği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, 2014, Sayı:14, s.709.

“iyi”, “orta” ve “zayıf” gibi notlar verilmesi hakimin yargısal anlamda hesap verebilirliği aracı olarak işlev görmekte idi. Ancak yargı alanında yaşanan son reformların bir sonucu olarak not sisteminin kalkmış olması bu yolla hesap verilmesinin işlevselliğini büyük ölçüde kaldırmıştır. Bununla birlikte Yargıtay’ın temyiz incelemesi yolu ile baktığı davalarda hakimin ağır kusur veya ihmali ile karşılaşılması halinde durumu HSYK’ya bildirdiği bilinmektedir. Bunun yanında müfettişlerce hakimin kararlarının onanma ve bozulma oranları onun performans sonuçlarına yansıtılmaktadır.

4. HAKİMLERİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YOLUYLA HESAP VEREBİLİRLİĞİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 18 Mayıs 1954’de ülkemizce onaylanmış ve 1987 ve 1990 yıllarında da Komisyon ve Mahkemenin yetkisini kabul edilmiştir. Böylelikle ülkemiz vatandaşlarının adil yargılanma hakları uluslar arası alanda da teminat altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Bireysel Başvurular” başlıklı 34. maddesinde dava ehliyeti konusu ele alınmaktadır. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için başvurucunun mağdur statüsünde bulunması gerektiği belirtilmiştir. Başka bir söyleyişle yargısal bir uygulama veya karar sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce mahkumiyet kararı verilmesi durumunda bir mağduriyete sebebiyet verildiği de tespit edilmiş bulunmaktadır.

Her ne kadar dava konusu olayların ileri sürülmesi ve iç hukukun uygulanması ulusal mahkemelerin işi ise de ulusal mahkemelerin değerlendirmeleri ve kararları açık bir şekilde keyfilik ve adil yargılamaya açık bir aykırılık taşıyorsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince ihlal kararı verilebilmektedir.¹⁸ Örneğin, Khamidov/Rusya davasında, ulusal mahkemede uğranılan zarar resmi belgelerle ortaya konulduğu halde, imzalanmış ve mühürlenmiş raporun sadece tarih bilgisinin yer almaması sebebiyle deliller arasından çıkartılması bir ihlal olarak değerlendirilmiştir.¹⁹

¹⁸ **Durmaz, Cüneyt**, Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri, Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 233.

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, 23.10.2006 tarihli, başvuru no: 72118/01

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru sayısındaki artış ve devlet aleyhine yüklü tazminatlara hükmedilmesi, yetkilileri, yargıda insan hakları ihlallerini en aza indirme konusunda çözümler üretmeye zorlamıştır. Gerçekten Türkiye aleyhine yapılan başvuru sayısında özellikle son iki yılda ciddi artışlar meydana gelmiştir. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı istatistiklerine göre, son iki yıldaki artışlar 2009 yılındaki başvuru sayısını neredeyse ikiye katlamıştır. Türkiye, 2011 yılında da, aleyhe sonuçlanan dava sayısı itibarıyla en çok ihlal kararı verilen devlet konumundadır. 2011 yılında Türkiye aleyhine verilen ihlal kararları arasında en çok ihlal edilen haklar sırasıyla, adil yargılanma hakkı (% 28 (yargılamanın uzunluğu % 18)), işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı (% 25) ve özgürlük ve güvenlik hakkıdır (% 13). Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak özellikle yargılamanın uzunluğundan dolayı, son yıllarda Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarında ciddi artışlar vardır. 2011 yılında Türkiye hakkında adil yargılanma hakkına ilişkin olarak verilen 83 ihlal kararının 53'ü yargılamanın uzunluğu hakkındadır (ihb.gov.tr). Bu sonuçlar, Türkiye'nin mahkûmiyet kararlarının çoğunun yargı kaynaklı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. İnsan hak ve özgürlüklerini koruması gereken yargının, Türkiye'de aksi bir işlev görerek, insan hak ve özgürlüklerini en fazla ihlâl eden organ durumuna düşmesi dikkat çekilmesi gereken bir husustur.²⁰ Bu istatistiki veriler ülkemiz mahkemelerinin işlemlerinin ve kararlarının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yoğun bir şekilde denetlendiğini göstermektedir. Böylece hakimlerin dolaylı da olsa uluslar arası bir mahkemece hesap verebilirliği yolu açılmış bulunmaktadır. Ayrıca hakimlerin yaptığı işlemler ve aldığı kararlardan dolayı devletin tazminata mahkum olması durumunda, hakime rücu edebilmesi bu hesap verebilirliği daha da etkin bir hale sokmaktadır. Bütün bunların yanında devletin uluslar arası alanda itibarının zedelenmesinin önlenmesi için davaların makul sürede sonuçlandırılması, kararların oluşumunda evrensel etik ilkelere uyulması ve özgürlüklerin haksız yere ihlal edilmemesi amacıyla hakimler üzerinde pozitif bir manevi baskı bulunmaktadır.

²⁰ Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, Ankara, 2009, s. 275

5. HAKİMLERİN ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU İLE HESAP VEREBİLİRLİĞİ

03 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 6216 sayılı Kanun ile vatanđa, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkanı tanınmıştır. Kanunun 45/1. Maddesine göre.” Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” Getirilen bu düzenleme ile vatandaşın temel hakları mahkemelerce ihlal edildiğinde bunun Anayasa Mahkemesine taşınabilmesi imkanı tanınmıştır. Özellikle yerel mahkemelerin kesin kararlarının dahi Anayasa Mahkemesine taşınabilecek olması hakimlerin kesin kararlarına karşı da hesap verebilirliğinin kapısını açmıştır. şüphesiz mahkemelerin her kararı bireysel başvuru konusu yapılamayacaktır. Bireysel başvurunun başarılı olması için, ihlalin temel hakların gözden kaçırılmış, ya da yanlış uygulanmış olmasından kaynaklanması gerekecektir²¹.

Bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği tespit edilirse, bu ihlalin ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına gerek bulunup bulunmadığına karar verilecektir. Eğer yeniden yargılama yapılmasına gerek yok ise başvurucuya uygun bir tazminat ödenmesine karar verilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar var ise ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için Anayasa Mahkemesi dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Anayasa Mahkemesi, gerekli görüldüğü takdirde, ihlalin ve sonuçlarının ne şekilde ortadan kaldırılabilirdiği hususunda yapılması gerekenler belirtilir. İlgili mahkeme, Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yeniden yargılama yapar ve mümkünse dosya üzerinden ivedilikle karar verir.²² Görüldüğü zere Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabulü ile bir taraftan vatandaşın hak mahrumiyetlerinin giderilmesi sağlanırken öte yandan da hakimlerin yeni bir

²¹ **Yavuz Sabuncu/Selin Esen Arnwine**, Türkiye İçin Anayasa řikāyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa Yargısı Dergisi, Ankara, 2004, Cilt. 21, s. 229-246.

²² **Hüseyin Ekinci/Hüseyin ve Mustafa Sağlam**, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, TC Anayasa Mahkemesi Yayınları, şen Matbaa, 2012, Ankara, s. 36.

hesap verme yolunun açıldığı anlaşılmaktadır. Bu sistemin faydalı bir yönü de geri bildirim sağlamasıdır. Böylece hakimın hatasını görmesi ve yeni olaylarda bunu tekrar etmemesi sağlanacaktır.

6. HAKİMLERİN DEMOKRATİK HESAP VEREBİLİRLİĞİ

T.C. Anayasası'nın 138/3. maddesinde “Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Getirilen bu düzenlemeler hakimlerin yasama organına karşı hesap verebilirliğini büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır.

Hakimlerin halk tarafından veya halkın seçtiği meclis tarafından seçilmesi ülkemizde genel olarak kabul gören bir uygulama değildir²³. Ancak Anayasamızın 146. maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin 17 üyesinden 3 tanesinin meclis tarafından seçilmesine imkan tanınmıştır. Hakimın demokratik hesap verebilirliğinden sadece yasama organına hesap vermesi anlaşılmalıdır. 18.12.2010 tarihinde Resmi Gazete de yayımlanan 6087 sayılı HSYK Kanunu'nun 18. maddesinde üyelerin seçimi başlığı altında “(1) Kurulun; a) Dört asıl üyesi, hâkimlik mesleğine alınmasına engel bir hâli olmayan; yükseköğretim kurumlarının hukuk dalında en az onbeş yıldan beri görev yapan öğretim üyeleri ile meslekte fiilen onbeş yılını doldurmuş avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca,

b) Üç asıl ve üç yedek üyesi, Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca,

c) İki asıl ve iki yedek üyesi, Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca,

²³ **Serdar Güleler**, Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV. Sayı 2. Ankara, 2011, s. 215-252.

ç) Bir asıl ve bir yedek üyesi, kendi üyeleri arasından Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca,

d) Yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlı yargı hâkim ve savcılarını arasından adlı yargı hâkim ve savcılarınca,

e) Üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılarını arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir.” hükmü ile demokratik bir hesap verebilirlik mekanizması kabul edilmiştir.

Kamu yönetiminde hesap verebilirliğin sağlanmasında sivil toplum kuruluşları önemli roller üstlenmektedir. Gerçekten devletin kurumlarının başka devlet kurumlarınca denetlenmesi yerine bu denetimin sivil toplum kuruluşlarınca yapılması gelişmiş ülkelerde daha çok kabul görmektedir. Yargı alanında hesap verebilirliğin sağlanmasında bazı ülkelerde sivil toplum kuruluşlarından yararlanılmaktadır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde yargının hesap verebilirliğinin sağlanmasında sivil toplum kuruluşları etkin roller üstlenmektedir. Bu sivil toplum kuruluşları içinde Florida Eyaleti merkezli “Yurttaşlar İçin Yargısal Hesap Verebilirlik” (Citizens for Judicial Accountability-CJA) adı verilen hareket amacı ve gerçekleştirmiş olduğu faaliyetler nedeniyle öne çıkmaktadır²⁴.

7. KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULU VE HAKİMLERİN HESAP VEREBİLİRLİĞİ

25.5.2004 tarih ve 5176 sayılı “Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkelerini belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere kurulmuştur. Ancak; Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri, Türk Silahlı Kuvvetleri ve yargı mensupları ile üniversiteler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz.

²⁴ Güleener, s. 244.

Bu düzenleme gereğince, kamu görevlileri için profesyonel bir denetim işlevi gören Kamu Etik Kurulunun hakimlerin denetlenmesine yönelik yetkisi bulunmamaktadır. Buna rağmen, yargı alanında yetkisi olmasa da, kamuda etik konusundaki farkındalığın oluşmasının somut bir sonucu olarak kurulan Kamu Etik Kurulunun, yol gösterici uygulamaları, çalışmaları ve rehberliği hakimlerden beklenen etik davranışların neler olduğunu belirginleştirmiştir. Daha açık bir söyleyişle, diğer kamu görevlilerinden beklenen etik davranışlara göre, hakimlerden beklenen etik davranışlar, çoğu kez daha düşük olamayacağından, yargı mensuplarınınca Kamu Etik Kurulu kararlarının ve çalışmalarının izlenmesini gerekli hale gelmiştir.

Kamu Etik Kurulunun faaliyet alanında yargı organlarının bulunmamasının sebebi, böyle bir uygulamanın yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturacağı düşüncesidir. Gerçekten Kamu Etik Kurulu, başbakanlığa bağlı bir kuruluş olduğundan böyle bir denetim, yürütmenin, yargı organları üzerinde baskı oluşturmaya sebep olabilir. Zaten, hakimleri denetlemekle görevli olan müfettişlerin bağlı oldukları Teftiş Kurulu Başkanlığı bu sebeple 11 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe giren 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile Adalet Bakanlığı bünyesinden çıkartılarak HSYK bünyesine alınmıştır.

Kamu Etik Kurulunun yargı ile ilişkili olduğu konulardan birisi de görülmekte olan davalarla ilgili olarak Kamu Etik Kurulunun durumuna ilişkindir. Bu konudaki düzenlemeye göre, Yargı organlarınınca incelenmekte olan veya karara bağlanmış bulunan uyuşmazlıklar hakkında Kurula veya yetkili disiplin kurullarına başvuru yapılamaz. İnceleme sırasında yargı yoluna gidildiği anlaşılan başvuruların işlemi durdurulur (5176SK/md.1; KGEY/md.31). Ancak, yargı kararının kesinleşmesinden sonra Kamu Etik Kurulu tarafından inceleme ve araştırma yapılması ve karar verilmesine engel bulunmamaktadır. Hatta kamu görevlisinin mahkemede beraat etmiş olması dahi onun eyleminin etiğe aykırı olmayacağı anlamına gelmez. Başka bir deyişle kamu görevlisi beraat etmiş olsa bile, beraatine konu olan eylemi etiğe aykırılık oluşturabilir. Örneğin devlet memurunun hediye alması çoğunlukla rüşvet veya görev kötüye kullanma suçlarını oluşturmadığı halde, yine de etiğe aykırı bir davranış olarak kabul edilmektedir.

Kamu Görevlileri Etik Yönetmeliğinin 23. maddesinde Etik Kurulu'nun görev alanına girmeyen kamu görevlileri için, çalıştıkları kurum bünyesinde etik komisyonları kurulması önerilmektedir. Yargı alanında hakimlerin denetimi, etik denetimden ayrı düşünülmemektedir. HSYK adına hakimleri denetleyen müfettişler, hakimın diğer işlemleri ile birlikte onun etik denetimini yapmakta, etik ihlaller diğer disiplin kurallarına aykırılıklar ile birlikte değerlendirilerek hakime uyarma, kınama, aylıktan kesme gibi disiplin cezaları verilmektedir. Diğer kamu görevlileri için etik denetimin profesyonel bir kurul tarafından yapılması veya birden fazla üyeden oluşan komisyonlarla durumun değerlendirilmesi imkanı varken, hakimlerin etik denetiminin yoğun iş yükü altında bulunan ve hakimın diğer işlemlerini de denetlemekle görevli bulunan tek bir müfettiş eliyle yapılması büyük bir eksikliklidir. Kararın ise HSYK'nun ilgili dairesince verilmesinin ise çoğunlukla sonuca etkisi bulunmamaktadır. Gerçekten geçmiş uygulamalar göstermiştir ki HSYK, müfettiş raporlarına büyük ölçüde itibar ederek karar vermektedir. Çünkü, bir HSYK müfettişinin belirttiği gibi "HSYK yelerinin ifadeleriyle müfettişler, kurulun taşradaki gözü-kulağı ve temsilcisidir"²⁵

Hakimlerin denetimi diğer kamu görevlilerinin denetimine göre bazı farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılığın temelini hakimın bağımsızlığı oluşturmaktadır. Hakimi denetleyen bu hem anayasal ve en temel mesleki etik ilkeyi ihlal etmeksizin görevini yerine getirmesi gereklidir. İşte bu ilkenin sonucu olarak, kamu yararını gerçekleştirmek amacını taşıyan idarenin eylem ve işlemleri hukuksallık, yerindelik ve verimlilik esaslarına göre denetlenecekken, diğer denetim modellerinden farklı olarak hakimler sadece hukuka uygunluk olarak denetlenirler²⁶. Ancak bu gibi farklılıklar, diğer kamu görevlileri için uygun grlen etik kurul veya komisyonların hakimler bakımından uygulanamayacağı sonucunu doğuracak farklılıklar değildir. Tam aksine, hakimlik mesleği mensuplarının bazı davranışlarının etik ihlal teşkil edip etmeyeceğinin bağımsız komisyonlar eliyle yürütülmesi hem daha doğru kararlar verilmesini

²⁵ **Mecit zgl**, 6087 sayılı HSYK Kanunu Uyarınca Yeni Denetim Modeli, Adalet Dergisi, Sayı, 43, Ankara, 2013 s. 1-12)

²⁶ **Müslim Akıncı**, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta Yayınları, 1999, İstanbul, s. 47.

sağlayacak, hem de hakim için daha güvenceli ve objektif kararlar verilmesine imkan tanıyacaktır. Ayrıca bu kurulların hangi davranışların etik dışı sayılacağı yönünden de bilgi sağlayıcı bir fonksiyonu olacaktır. Bunun yanında her uygun görülmeyen davranışın resmi bir disiplin prosedürü işletilerek yaptırıma bağlanması yerine doğru ve uygun olmayan davranışın belirlenmesi hakimleri sürekli yaptırım baskısı altında olmaktan koruyarak bağımsızlığı muhafaza edip otokontrolü teşvik edecektir²⁷.

8. HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU DENETİMİ İLE HAKİMLERİN HESAP VEREBİLİRLİĞİ

Denetim, olması gerekenle olanın karşılaştırılarak, olumsuz anlamdaki farkın belirlenmesi ve düzeltici tedbirlerin alınmasıdır²⁸. Bu amaçla örgütsel işleyiş bir bütün olarak, planlı ve programlı bir biçimde sürekli olarak izlenir, eksik yönler belirlenir ve düzeltilir; hataların yinelenmesi engellenmeye ve sağlıklı bir işleyiş gerçekleştirilmeye çalışılır²⁹.

Denetimden önce standartların belirlenmesi son derece önemlidir. Standartlar tam olarak belirlenmeden objektif ve tutarlı bir denetimin varlığından söz edilemez. Kamu mali yönetiminin büyük bir önemle üzerinde durduğu saydamlık, hesap verebilirlik ve performans yönetimi gibi temel ilke ve anlayışların eksikliği denetim alanındaki ciddi eksiklikler olarak görülmektedir³⁰. Hakimlik mesleğinde de etik standartların tam olarak tespit edilmemiş olması, evrensel etik kodları ve bunların uygulama örneklerinin açıklanmaması sebebiyle uzun yıllar hakimlerin denetiminde büyük belirsizlikler yaşanmıştır. Ancak imzalanan Bangolar Yargı Etiği İlkeleri Metni, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri gibi belgelerde hakimlerin etik davranışlarının neler olduğu, hangi davranışların etiğe aykırı bulunduğu somutlaştırılarak

²⁷ **Sibel İnceoğlu**, Yargı Etiği Bakımından Uluslar Arası Belgeler Işığında Türkiye Uygulaması, Yargı Etiği Sempozyumu Ankara 2012.

²⁸ **İsmet Mucuk**, Modern İşletmecilik, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2005, s.171.

²⁹ **Kemal Kayıkcı**, Milli Eğitim Bakanlığı Müfettişlerinin Denetim Sisteminin Yapısal Sorunlarına İlişkin Algıları ve İş Doyum Düzeyleri, Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi Dergisi, Sayı 44, Ankara, 2005, 507-527.

³⁰ **Bırol Kırmaz**, *Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, 2. 229.

gösterilmiştir. Ayrıca HSYK tarafından hakimlere ilişkin disiplin kararlarının açıklanması, kaçınılması gereken somut davranışları ortaya koyduğundan sözünü ettiğimiz belirsizliğin giderilmesine katkı sağlamıştır.

Denetimde kriterlerin ve aranacak hususların çok katı olarak belirlenmesinin de sakıncaları bulunmaktadır. Böyle bir durum da, denetimin, son derece şekilci ve bürokratik bir işlem olarak yapılmasına yol açmaktadır. Ayrıca denetlenen birimleri kamu yararı, vatandaş odaklılık ve verimlilikten uzaklaştırmakta, onları teftişe yönelik çalışmaya zorlamaktadır. Hatta bu durum denetim sırasında o kadar belirginleşmektedir ki, vatandaşların işlerini erteleyen memurlar sadece müfettişin talimatları ile ilgilenmektedir. Bu durum neredeyse bütün kamu kurumlarına özgü bir hastalıktır. Herhangi bir mahkeme yazısına muhatap olan bir kurumun, denetleme sebebiyle cevap veremediğini belirtmesi sıklıkla rastlanan bir durumdur. Adliye denetimlerinde de benzer sorunlarla karşılaşmakta, zaten iş yükü altında ezilen memurlar denetim zamanında temel görevlerini bir kenara bırakmak zorunda kalmaktadırlar.

Denetimde, çağdaş yönetim anlayışlarının uygulanmaması denetim mesleğinin başarılı sonuçlar ortaya koyamamasının nedeni olarak gösterilmektedir³¹. Bizzat denetçiler tarafından da denetim işinin bürokratik bir iş olarak görülmesi ve onların da sorumlu oldukları üstlerine denetlenen yerde belirli klişelerin bulunup bulunmadığına yönelik rapor sunma zorunlulukları denetimi elverişsizleştirmekte ve esnek bir denetimin yolunu kapamaktadır.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken bir konu da yüksek mahkeme üyelerinin hesap verebilirliğidir. Çünkü bu mahkemelerin başkan ve üyeleri disiplin yönünden HSYK kanununa tabi değildir. Bu sebeple yüksek mahkeme başkan ve üyelerinin müfettişlerce denetlenmesi mümkün olmadığından hesap verebilirlik açısından önemli bir boşluk oluşmaktadır. Çünkü demokratik sistemlerde yetki ölçüsünde hesap verebilirlik söz konusu olduğundan daha üst mahkemede görev yapan hakimlerin hesap verebilirliğinin daha kısıtlı olması

³¹ **Necip Polat**, Yolsuzlukların Sebeplerinin, Sosyal ve Ekonomik Boyutlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Çerçevesinde Saydamlık, Hesap Verme Sorumluluğu ve Denetimin Etkinliği, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 49, Ankara, 2003, s. 76.

çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Yüksek mahkemelerin başkan ve üyelerinin hesap verme mekanizması sadece 148/6. maddesi olarak görülmektedir. Buna göre, yüksek mahkemelerin başkan ve üyeleri ile HSYK'nun başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanabileceği düzenlenmiştir.

Bangolar Yargı Etiği Metni gibi hakimlik mesleğinin evrensel etik standartlarını oluşturan uluslar arası belgelere taraf olunması ve bunların iç hukukta uygulanacağına dair taahhütte bulunulması sebebiyle bu etik kuralların uygulanmasının denetlenmesi önemli bir hale gelmiştir. Gerçekten, etik dışı davranışların ve yolsuzlukların ortaya çıkmasını sağlayan başlıca sistem denetimdir³².

Performans değerlendirmesine yönelik güncel değerlendirme metotlarının yargı alanında da uygulanması ile birlikte hakimin artık klasik değerlendirme yöntemlerini ile değerlendirilemeyeceği gerçeği kabul edilmiştir. Yeni değerlendirme ve denetleme yöntemleri arayışının sebeplerinden birisi de HSYK üyelerinin daha demokratik bir usulle belirlenmesi ve teftiş kurulunun da HSYK'ya bağlı hale getirilmesidir. Bunun yanında klasik denetleme modeline göre performans değerlendirmesinin hesap verebilirliği daha iyi sağladığı düşünülmektedir³³. Kısaca yargısal alanda yaşanan sorunların çözümü için yaşanan yeniden yapılanmadan hakimin performansının değerlendirilmesi ve denetimi de nasibini almış, bu konuda bir dizi yenilikler getirilmiştir.

Eskiden beri hakimler belirli bir yöntemle denetlenip değerlendirildiğinden ve yargının yeniliklere başka kurumlara göre daha kapalı bir görünüm sergilemesinden dolayı yargı alanında kabul edilen bu yenilikler önemlidir. Örneğin performans kelimesi bile yargı alanında birkaç yıldır kullanılmaya başlanmış, hakimler için daha önce müfettişlerce düzenlenen hal kağıtlarının yerini “Performans Değerlendirme ve Geliştirme Formları” almıştır. Bu formlar düzenlenirken hakimlerin halen gördükleri ve karara bağladıkları evrak, ilgililerin

³² Kırmaz, 218.

³³ Ümit Sade, Hakim ve Cumhuriyet Savcılarının Performans Değerlendirmesinde Türkiye Örneği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:13, Ankara 2013, s. 264.

doldurduğu değerlendirme formu, kişisel iş cetveli, müfettiş gözlemi, iş ve işlemlerle ilgili istatistiki UYAP verilerinin yanı sıra anket, odak grup çalışması, görüşme ve soru kâğıdı yoluyla meslektaş değerlendirmesi gibi sosyal bilimler alanındaki veri toplama kaynak ve yöntemlerinden yararlanılmaktadır³⁴. Hakimlere ait PDGF'nin Yönetmelikler başlığı altındaki bölümde; planlama ve organizasyon, temsil ve iletişim becerileri, kalem ve zaman yönetimi, sürelerle uyuma ve bilişim sistemini kullanma alt başlıklı ve 31 kriterin de yer aldığı toplam 57 performans alanı değerlendirilmektedir. Değerlendirme yapılırken likert ölçeğine göre her bir kriter “yetersiz”, “gelişmesi gerekli”, “beklendiği kadar”, “beklenenin üstünde” yada “mükemmel” seçeneklerinden biriyle işaretlenmektedir.

Hakimlerin denetimi, performanslarının ölçümü ve terfisinde müfettiş raporları büyük önem taşımaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi özellikle Yargıtay tarafından not verilmesi uygulaması da kalkmış olması nedeniyle, hakimin denetim ve değerlendirilmesine esas bu müfettiş raporları neredeyse tek ölçüt haline gelmeye başlanılmıştır. Halen hakimin hem performansı, hem genel olarak denetimi ve hem de özelde etik denetimi müfettişler aracılığı ile yapılmaktadır.

HSYK'nın hakimleri denetlemesi ve değerlendirmesinde mevzuatta, planlama ve organizasyon, temsil ve iletişim becerileri, kalem ve zaman yönetimi gibi çağdaş kavramlardan söz edilse de HSYK müfettişlerinin ya da üyelerinin bu değerlendirme ve denetleme metotlarını kullanabilmede yetkin olduklarını söylemek mümkün değildir. Gerçekten özel sektör alanında kullanılan yeni kamu yönetimi anlayışı çerçevesinde pek çok kamu kurumunda da benimsenen bu yöntemlerin yargı alanında nasıl kullanılacağına dair tam bir açıklık bulunmamaktadır. Görünen duruma göre bu metotlar diğer kamu kurumlarının denetim mevzuatından sadece görüntü olarak alınmıştır. Bu metotların hakimlerin bağımsızlığı, yaptıkları işlerin diğer kamu görevlerine göre farklılıklar arz etmesi gibi konularla nasıl bağdaştırılacağı açıklığa kavuşturulmamıştır. Kaldı ki bu çağdaş metotların uygulanmasında, özel sektör alanında görülen

³⁴ Özgül, 9.

profesyonel yaklaşım, yargı alanındaki denetim sisteminde bulunmamaktadır. Bu sebeple bahsi geçen çağdaş denetim ve değerlendirme araçları yargı alanında sadece kağıt üzerinde kalmaktadır.

Denetim kavramının tanımında ön plana çıkan hususlardan birisi de, denetimin tek işlevinin sadece hataların araştırılması ve hata yapanın cezalandırılması olmamasıdır. Denetim elemanının asıl görevi, personeli eğitmek, denetlenenlere değişen mevzuatı ve yenilikleri öğretmek, onların performanslarını ölçmek, denetlenen birimlerin iyileştirilmesi ve verimlerinin artırılması için gerekli önlemleri almaktır³⁵. 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nda bu konu üzerinde durulmuş, teftiş kurulunun görev ve yetkileri arasında, denetim, araştırma ve inceleme yapmanın yanında 6087 sayılı Kanununun 14/4-b maddesinde "Görev alanına giren konularda, uygulamada ortaya çıkan mevzuat yetersizliği ve aksaklıklar ile ilgili hususlarda gerekli inceleme ve araştırmaları yaparak alınması gerekli kanunî ve idarî tedbirler konusunda kurula teklifte bulunmak" da kurulun görevleri arasında sayılmıştır. Gerçekten bu maddeden de anlaşıldığı gibi, HSYK Teftiş Kurulu, yargı teşkilatının iyileştirilmesi ve güçlendirilmesi, toplam kalitenin ve performansının artırılması, adil yargılanma hakkının korunması ve sağlanması için çalışmakla görevlendirilmiştir³⁶.

SONUÇ

Modern demokrasilerde kamu görevlilerinin yetkileri ölçüsünde sorumlu olmaları gerektiği ilkesi benimsenmiştir. Kamu görevlilerinin sorumluluklarını gereği gibi yerine getirip getirmediği konusunda ise hesap verme araçları devreye girmektedir. Gerçekten hesap verme araçları etkin çalıştığı ölçüde kamu görevlilerinin keyfilikten ve suistimallerden uzak kaldığından emin olunabilir. Başka bir söyleyişle etkin hesap verebilirlik mekanizmasını bulunmadığı bir yerde kamu görevlilerinin başarılı ve dürüst olacaklarından söz etmek boş bir temenniden başka bir şey değildir.

³⁵ Ali Üzmez, Başarılı Yönetimin Sırları ve Püf Noktaları, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2007, s. 340.

³⁶ Özgül, 11

Hakimlerin bağımsız olması ve anayasal teminatlarının bulunması gerçekten onların hesap verebilirliği konusunu oldukça çetrefilli bir hale getirmektedir. Elbette hakimlerin siyasiler veya kamu bürokratları gibi hesap vermeleri beklenemez. Çünkü onlar için öngörülen hesap verme mekanizmaları çoğu kez hakimlik mesleğinin temel ilkelerine aykırılık teşkil eder. Ancak günümüzde modern demokrasilerde hakimlik mesleğinin temel ilkeleri zarar görmeden hakimlerin hesap verebilecekleri tartışmasız olarak kabul edilmektedir.

Hakimlerin hesap verebilirliği konusunun siyasilerin, kamu bürokratlarının ve memurların hesap verebilirliği konusuna göre hassasiyet gösteren yönlerinden birisi de takdir yetkisinin kullanılması noktasındadır. Gerçekten özellikle alt düzey memurlar ve amirlerinin uygulamada sorumluluktan kaçmak amacıyla takdir yetkisini kullanmaktan kaçındıkları gözlenmektedir. Oysa ki yargılamada hakkaniyet ve nesafetin sağlanması için hakimlerin takdir yetkisini olabildiğince kullanması beklenir. Aksi durumda adil yargılanma hakkının da ihlali tehlikesi oluşabilir. Bu sebeple konu yargı olduğunda hesap verebilirlik araçlarının oldukça hassas bir şekilde uygulanması gereklidir. Hakimlerin hesap vermesi söylemi ile hakimlerin memurlaştırılması sonucunun doğması gerçekten telafisi mümkün olmayan zararların doğmasına yol açabilir.



KAYNAKÇA

Akıncı, Müslüm, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.

Akıncı, Müslim, Yargı Erki ve Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:3, Ankara, 2010.

Alkan, Ali, Adli Yıl Açılış Konuşması, 3 Eylül 2012, Yargıtay Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2012.

Arai, Yutaka, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

Biricikoğlu, Hale/ Gülener Serdar, Bilgi Toplumunda Hesap Verebilirlik

Anlayışı ve Türk Kamu Yönetimine Etkileri, Bilgi Ekonomi ve Yönetim Kitabı, İstanbul, 2008.

Balcı, Asım, E-Devlet: Kamu Yönetiminde Yeni Perspektifler, Fırsatlar ve Zorluklar”, Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar (Edit. A. Balcı-A.Nohutçu-N. K. Öztürk. B. Coşkun), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Bovaird, Tony, Performance Assessment of Service Quality; Lessons From UK National Initiatives to Influence Local Government, Quality, Innovation and Measurement in the Public Sector, H.Hill, H. Klages ve E. Löffler (eds.), Frankfurt am Main: Peter Lang, 1996.

Cross, Frank, *Judicial Indipendence*, The Oxford Handbook of Law and Politics, Ed. Whittington, Keith E., Daniel R. Kelemen and Gregory A. Calderia, Oxford University Press, İngiltere, 2008.

Çiftçioğlu, Cengiz Topel, 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa Göre Hakim ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi cilt: 13, sayı:1 İzmir, 2012.

Çine, Özcan, “Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri”, *Uluslar Arası Sempozyum*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2010.

Durmaz, Cüneyt, Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri, Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

Eken, Musa, Yönetimde Şeffaflık, Sakarya Kitabevi, Adapazarı, 2005.

Ekinci, Hüseyin/Sağlam Mustafa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, TC Anayasa Mahkemesi Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2012.

Jannsen, Günther, Türk Alman Yargıçlar Semineri, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2002.

Kayıkçı, Kemal, Milli Eğitim Bakanlığı Müfettişlerinin Denetim Sisteminin Yapısal Sorunlarına İlişkin Algıları ve İş Doyum Düzeyleri, Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi Dergisi, Sayı 44, Ankara, 2005.

Kırmaz, Birol, Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Mucuk, İsmet, Modern İşletmecilik, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2005.

Özgöl, Mecit, 6087 sayılı HSYK Kanunu Uyarınca Yeni Denetim Modeli”, Adalet Dergisi, Sayı, 43, Ankara, 2012.

Polat, Necip, “Yolsuzlukların Sebeplerinin, Sosyal ve Ekonomik Boyutlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Çerçevesinde Saydamlık, Hesap Verme Sorumluluğu ve Denetimin Etkinliği”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 49, Ankara, 2003.

Sabuncu, Yavuz/Arnwine Selin Esen, Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt, 21, Ankara, 2004.

Sade, Ümit, Hakim ve Cumhuriyet Savcılarının Performans Değerlendirme-sinde Türkiye Örneği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:13, Ankara, 2013.

Salihpaşağlı, Yaşar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, Cilt, 13, Ankara, 2009.

Stephen M. Simon/Maury S. Landsman, (1995) Judicial Ethics Simulation Based Training, 58 *Law and Contemporary Problems*, <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol58/Iss:3/24>, 1995.

Steven, Lubet, “Judicial Discipline and Judicial Independen-ceé 61 *Law and Contemporary Problems* 59-74 (Summer 1998). <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol61/iss3/9>, ABD, 2004, (Erişim Tarihi: 26.12.2013)

Şen, Mümin, İdeal Hakim İhtiyacı ve Yargı Etiği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:14, Ankara, 2014.

Üzmez, Ali, *Başarlı Yönetimin Sırları ve Püf Noktaları*, Mahalli İdareler Der-neği Yayını, Ankara, 2007.

İDARİ YARGIDA ISLAH

Improvement in Administrative Justice

Mehmet KARAKUŞ*

ÖZET

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda taleple bağılı olma kuralı yer almaktadır. Ancak idarî yargıda, Danıştay içtihatları ile taleple bağılı olma kuralı uygulanarak, tam yargı davalarında dilekçede gösterilen dava konusu miktarın artırılmayacağı kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak, talep ettiğinden daha fazla zararı olduğunu öğrenen davacı, talep miktarını artırmak istediğinde, süre engeliyle karşılaşmakta ve gerçek zararının tazminini sağlayamamaktaydı. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılama hakkına engel olan bu durum, 2577 sayılı Kanun'da 6459 sayılı Kanun ile yapılan değışiklik sonucu idarî yargılama usulüne getirilen ıslah kurumu ile son bulmuştur.

İdarî yargı için yeni bir kurum olması nedeniyle, bu çalışmamızda, idarî yargıda ıslah kurumunun nasıl bir uygulama alanı bulacağı konusunda, yargı içtihatları da dikkate alınarak ve bazı özel durumlar değerlendirilmek suretiyle, idarî yargı uygulamasına katkı sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Islah, davanın genişletilmesi yasağı, kısmen ıslah, taleple bağılılık ilkesi, nihai karar, manevi tazminat, ıslah ve faiz.

ABSTRACT

The rule to be based on request is not included in Law 2577 on Administrative Procedure. However, in administrative justice, the amount of litigation subject that is shown in petition of compensation litigation cannot be increased by applying the rule to be based on request of Council of State jurisprudence. As a result of this, the litigant that learned to have more damage than he requested, encounter with time barrier and cannot ensure the issuance of real damage when he wanted to increase the amount of request. This status that prevent the freedom of seeking rights and the lawful trial rights was ended with the improvement institution brought to administrative procedure by the change of the Law 2577 by the Law 6459.

* Tokat İdare Mahkemesi Başkanı (Hâkim), mhmtkrks52@mynet.com.tr

In this study, it will be tried to contribute to administrative justice practice in the subject of how improvement institution will find practice area in administrative justice by taking into account justice jurisprudence and evaluating some special situations, because of its being a new institution in administrative justice.

Key Words: Improvement, the prohibitin of expanding litigation, partically improvement, the rule to be based on request, final decision, smart-money, improvement and interest.



GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, idarenin, faaliyetlerini yürütürken idare edilenlere verdiği zararlardan sorumlu tutulmasını gerektirir.¹ Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilerek idarenin yargısal denetiminin sonuçlarından biri olarak, idarenin mali sorumluluğuna işaret edilmektedir.² İdarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesinin en etkin yolu da idari yargı mercilerinde tam yargı davası³ açmaktır.

Tam yargı davalarının mahiyeti itibariyle dava dilekçesinde zarar miktarını belirtme zorunluluğu⁴ bulunmaktadır. Bu zorunluluk, yazılı yargılama ilkesinin bir sonucudur. Aksi durumda idari yargı yerlerince 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca dava dilekçesinin reddine karar verilmektedir.⁵ Ancak bazı durumlarda bu zorunluluğa karşı gerçek za-

¹ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 5. Baskı, Ankara-2002, s.49.

² ÖZCAN Elvin Evrim, "İdari Yargılama Hukukunda İslah", TBB Dergisi 2011 (92), s.224.

³ "...tazminat davası açılabilmesi için, kişilerin malvarlığında veya kişiliğinde bir zararın meydana gelmiş olması ve bu zararın idarenin eylem ve işleminden kaynaklanması koşulu aranmaktadır..." (D.10.D. 20.02.1997, E:1995/8287, K:1997/564 bkz: BAL Yakup / ŞAHİN Yahya / KARABULUT Mustafa, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınları, Ankara-2003, s.1105.)

⁴ İYUK m.3; YENİCE Kazım / ESİN Yüksel, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara-1983, s.146.

⁵ Ancak, bu duruma istisna teşkil edebilecek bir durum, kamu görevlilerine ait mevzuat-tan doğan uyuşmazlıklarda, idari işlemin neden olduğu zararın miktar olarak saptanmasının mümkün olmadığı hallerde, dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktarın gösterilmeden tam yargı davası açılabilmesine ilişkin Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun

rar miktarını belirleyebilmek her zaman mümkün olamamaktadır. Bu nedenle kişiler dava açarken yüksek miktar belirtmeleri halinde davanın aleyhlerine sonuçlanabileceği ihtimaline binaen ve yüklü bir yargılama gideri (vekâlet ücreti) ile karşı karşıya kalmamak düşüncesiyle gerçekte düşünülen miktardan daha az bir miktar belirtmek suretiyle dava açma yolunu seçmek durumunda kalmaktaydılar. Bu durum, yargılama aşamasında gerçek zarar miktarının talep edilenden fazla olduğunun ortaya çıktığı tam yargı davalarında adaletsiz sonuçları da beraberinde getirmiştir.

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 87. maddesinin son cümlesinde yer alan ve hukuk uyuşmazlıklarında adaletsizliğe sebep olan "Müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez." hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle⁶ medeni yargılama hukukunda, ıslah ile talep sonucunun (müddeabihin) artırılabilmesi yolu açılmıştır.⁷ Bu durumun aksine, Danıştay içtihatları; istemle bağlı olma kuralı⁸ gereği, talepten fazlasına hükmedilemeyeceği, diğer bir deyişle idari yargıda ıslah yoluna başvurulamayacağı⁹; ayrıca, idari yargıda kısmi dava olmadığından, dava dilek-

29.12.1983 tarihli ve E:1983/1, K:1983/10 sayılı karardır. Karar için bkz: ARSLAN Ahmet / DÜNDAR Tuncay, **Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararları**, Seçkin Yayınları, Ankara-2002, s.173-181; Ayrıca bkz: 20.06.1984 tarihli ve 18437 sayılı Resmi Gazete.

⁶ "...müddeabihin ıslah suretiyle artırılmasına olanak tanınmaması davaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, Anayasa'nın 141. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir;... temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makûl ve adaletli bir denge kurulmalıdır. İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..." AYM'nin 20.07.1999 tarihli ve E:1999/1, K:1999/33 sayılı kararı; bkz: 04.11.2000 tarihli ve 24220 sayılı Resmi Gazete.

⁷ ÖZCAN, agm, s.230.

⁸ "...davalı idarelerce davacıya 34.369,46 YTL maddi tazminat ödenmesi gerekmekte ise de, taleple bağlılık ilkesi gereği 20.000,00 YTL maddi tazminatın davacıya ödenmesi gerektiği ..." (D.10.D. 27.03.2007, E:2004/8595, K:2007/1518, Yayınlanmamıştır.); "... idari yargıda geçerli olan taleple bağlılık ilkesi uyarınca davacı tarafından talep edilen 397.820,50 TL'nin ... davacıya ödenmesi, fazlaya ilişkin tazminat isteminin reddi yolunda verilen ... kararının onanmasına ..." (D.15.D. 28.03.2013, E:2012/2423, K:2013/2394, Yayınlanmamıştır.)

⁹ "... sağlık kurulu raporundaki işgücü kaybı oranı ve hesap bilirkişisince düzenlenen rapor dikkate alınarak, 8.691,00-TL zarar tutarına Mahkemece kabul edilen %50 müterafik kusur oranı uygulanmak suretiyle talebi aşmayacak tutarda 4.345,50-TL tazminata hükmedilmesi

çesinde fazlaya ilişkin hakkın saklı tutularak tam yargı davası açılmasının da mümkün olmadığı¹⁰ yönünde devam edegelmiştir.¹¹

gerekirken, dava dilekçesindeki istemin yarısı tutarında maddi tazminata hükmedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır...” (D.10.D. 14.02.2001, E:2007/1941, K:2011/602, Yayınlanmamıştır.)

- ¹⁰ “... davanın; davacıların, yakınlarının 25.09.1994 tarihinde ölümü sonucu uğradıkları zararın, istemlerini aştığı için ilk davada karşılanamayan kısmının tazmini istemiyle açılmış bir dava olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla da; yasada öngörülen tüm sürelerin geçirilmesinden sonra açıldığında çekişme bulunmayan davanın; öncelikle 2577 sayılı Yasa'nın 14.maddesinde sayılan ilk inceleme sebeplerinden biri olan süre yönünden incelenmesi ve sonuçta süre aşımı nedeniyle reddi gerekmektedir...” (D.10.D. 09.05.2007, 11955/2439, bkz: ATAY Ender Ethem / ODABAŞI Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2010, s.345-346.); “... İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların, uğradıklarını ileri sürdükleri zararların tazmini sürecinde nasıl hareket etmeleri gerektiği 2577 sayılı Yasa'nın 13.maddesinde açıkça düzenlenmiş olup; bu zararların tazmini istemiyle açılan davada verilen mahkeme kararı sonrasında fazlaya ilişkin tazminat istemiyle yeniden başvuru bulunmasına veya doğrudan dava açılmasına hukukten olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, ... idari eylemin ve zararın öğrenildiği tarihten itibaren 2577 sayılı Yasa'nın 13.maddesinde öngörülen 1 yıllık süre geçirildikten sonra, daha önce açılan davada yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda destekten yoksun kalma tazminatının istenilen miktardan daha fazla hesaplandığından bahisle fark tazminatının ödenmesi istemiyle 19.03.2003 tarihinde davalı idareye ikinci kez yapmış olduğu başvurunun reddi üzerine 26.05.2003 tarihinde açmış olduğu davanın süre aşımı nedeniyle reddi gerekirken,...” (D.10.D. 04.04.2007,9192/1660, bkz: ATAY/ ODABAŞI, age, s.347-349.)

- ¹¹ Bilindiği üzere 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31.maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, madde metninde yer verilen hallerde ve işlemlerde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş; ancak bu hal ve işlemler arasında ıslah kurumuna yer verilmemiştir. Bu konuyla ilgili olarak İstanbul 3. İdare Mahkemesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bilirkişi raporu sonucunda talep edilen miktardan fazla maddi zarar olduğunun anlaşılması üzerine davacı vekilince netice-i talebine yönelik olarak ıslah talebinde bulunulması ve idari yargıda ıslah olmamasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmesi üzerine anılan iddiayı ciddi bularak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş; ancak Anayasa Mahkemesi “... Başvuruya neden olan konu ise, hukuk usulüne yapılan yollamalar arasında ıslah kurumuna yer verilmemesidir. İdari Yargılamanın kendiliğinden inceleme özelliğine karşın, hukuk yargılamasındaki tarafların talebine dayanan inceleme yetkisi bağlamında usule ilişkin taraf işlemlerinin tamamen veya kısmen düzeltilmesini amaçlayan ıslah kurumuna 2577 sayılı Yasa'da yer verilmemesi, yasa koyucunun usul yasalarını belirlemedeki takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Gerçekten hukuk yargılamasında bulunmasına karşın tanık, yemin, hali sabıka irca gibi kurumlara da yer vermeyen idari yargılama usulünün Anayasa'ya göre yasayla düzenlenen diğer usul yasaları gibi ilgili olduğu yargı yerinin özelliği ve gelişen yargılama koşullarına göre belirlenen bir sistem olduğu gözetildiğinde, her iki yargı sisteminde davacı ve davalı durumunda bulunanların aynı durumda bulunmadıkları ve bu nedenle de aynı yasa kurallarına tabi tutulmalarının gerekmediği anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir...” gerekçesiyle, idari yargıda ıslah olmamasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vererek anılan Mahkemenin başvurusunu reddetmiştir. Bkz:

İdari yargı yerinin, davacının istemi ile bağılı olması¹² kuralının katı bir şekilde uygulaması, bu kuralın medeni yargılama hukukundaki istisnası olan ıslah kurumuna idari yargı yerleri tarafından yer verilmemesi, amacı gerçek zararın gerçekçi bir biçimde tazmin ve telafi edilmesi¹³ olan tam yargı davasının amacına hizmet etmediği¹⁴ ve bu kuralın idare hukukunda mutlak olarak uygulanmaması gerektiği¹⁵ yönünde eleştiriler getirilmiştir.

Haklı olan bu eleştiri 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yapılan değişiklikle karşılık bulmuş ve dava dilekçesindeki taleple bağılılık kuralı yumuşatılmış ve bu kuralın sebep olduğu hak kayıplarının giderilmesi amaçlanmıştır. 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 16.maddesinin 4. fıkrasına, 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹⁶ 4. maddesi ile eklenen "*Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.*" hükmü ile idarî yargılama usulüne de ıslah müessesesi getirilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176. ve devamı maddelerinde açıkça "ıslah" ifadesi kullanılmasına karşılık, 2577 sayılı Kanun'un madde metninde açıkça "ıslah" ibaresine yer verilmemiştir. Ancak getirilen bu yeni durumun "ıslah" olduğu Kanunun gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.¹⁷

AYM'nin 12.06.2008 tarihli ve E:2004/103, K:2008/121 sayılı kararı; 23.12.2008 tarihli ve 27089 sayılı Resmi Gazete.

¹² GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 32.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara-2012, age, s.329. ; D.10.D. 24.09.2013, E:2009/13954, K:2013/6535, UYAP Danıştay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

¹³ ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara-2001, s.219. ; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Şubat-2012, s.576.

¹⁴ ÖZCAN, agm, s.235.

¹⁵ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.575.

¹⁶ 30.04.2013 tarihli ve 28633 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁷ **Gerekçe aynen şöyledir:** "AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemeden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idarî yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun

Çalışmamıza bu şekilde giriş yaptıktan sonra, kısaca ıslah öncesinde idari yargıdaki duruma değinilecek ve devamında; idari yargıda ıslah hakkında genel açıklamalara yer verdikten sonra ıslah kurumunun idari yargılamada nasıl bir uygulama alanı bulacağı konusunda, yargı içtihatları da dikkate alınarak, bazı özel durumlar değerlendirilmek suretiyle idari yargı uygulamasına katkı sunulmaya çalışılacaktır.

I. ISLAH ÖNCESİNDE İDARİ YARGIDA DURUM

Bu bölümde, 2577 sayılı Kanun'da 6459 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce, diğer bir deyişle idari yargıda ıslah kurumu kabul edilmeden önce, dava dilekçesinde belirtilen miktardan daha fazla zarar olduğunun ortaya çıktığı durumlarda uygulamanın nasıl olduğu hususuna yer verilecek olup, bu konuya ilişkin Danıştay kararlarına değinmek suretiyle konu açıklanmaya çalışılacaktır.

Danıştay, bir davada, ilk davanın açıldığı tarihte doğmuş bulunan zararın 2577 sayılı Yasa'nın 13.maddesinde öngörülen dava açma süresinin geçmesinden sonra, bilirkişi incelemesiyle daha fazla olduğunun saptandığından bahisle yeniden dava konusu edilmesine olanak bulunmadığını¹⁸; başka bir davada ise, ilk dava sırasında ortaya çıkmayan protez göz yapımı bedeli zararın, doğduğu tarihten itibaren yasada öngörülen süre içinde yeniden dava konusu edilebileceğini¹⁹ belirtmiştir.

Bir başka olayda; davacıların murisi gazeteci yazar U.M.'nin arabasına yerleştirilen patlayıcı maddenin patlaması sonucu yaşamını yitirmesi nedeniyle uğradıkları maddi-manevi zararın tazmini istemiyle açtıkları davada yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu saptanan maddi tazminat tutarının istemden fazla olması nedeniyle idare mahkemesince istem gibi maddi tazminata hükmedil-

dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı artırma hakkı verilmemesinin adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilinceye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını artırma hakkı tanınmaktadır.”

¹⁸ D.10.D. 13.06.2001, E:1999/3948, K:2001/2244, bkz: BAL/ŞAHİN/KARABULUT, age, s.1193-1195.

¹⁹ D.10.D. 19.12.1996, E:1995/7294, K:1996/8349, bkz: BAL/ŞAHİN/KARABULUT, age, s.1231-1233.

mesi üzerine, saptanan zararın istemi aşan bölümü için davanın açıldığı tarihten itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle ikinci dava açılmış; bu davada idare mahkemesince; ölümle sonuçlanan olaylarda idari eylemden doğan zararlı sonucun (ölüm) aynı anda öğrenildiğinin ve zararın o anda oluştuğunun kabulü gerektiği, bu bağlamda ölümle sonuçlanan idari eylemde zararın ölüm tarihinden itibaren yasada öngörülen bir yıllık süre içinde zarar görenler tarafından saptanarak davalı idareden istenilmesinin zorunlu olduğu, dava konusu olayda ölüm olayının gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıllık süre geçtikten sonra yapılan ek tazminat istemine ilişkin başvurunun süresinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu karar da Danıştay 10. Dairesi'nin 13.11.2000 tarihli ve E:1998/1450, K:2000/5633 sayılı kararı²⁰ ile onanmıştır.

Bir başka davada, idare mahkemesince, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13.maddesi hükmü uyarınca, tazminata konu ölüm olayının meydana geldiği tarihten itibaren bir yıl içinde idareye başvurularak verilen cevap üzerine, cevap verilmemesi halinde altmış günün geçmesi üzerine dava açma süresi içinde tam yargı davası açılması gerekirken bu süre geçirildikten sonra açılan davada süre aşımı bulunduğu, davacıların bu konuda daha önce süresinde açmış oldukları davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmalarının yeni dava süreleri ihya etmesinin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş ve bu karar, Danıştay 10. Dairesi'nin 10.06.1998 tarihli ve E:1996/10126, K:1998/2451 sayılı kararı ile onanmıştır.²¹ Başka bir olayda ise, idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenler tarafından açılacak davaların usulünün ve dava süresinin 2577 sayılı Kanun'un 13.maddesinde açıklandığı, tam yargı davasının aşamalı açılabilmesi veya başka bir anlatımla açılan tam yargı davasında bilirkişi incelemesi suretiyle bulunacak miktarın talep edilen miktardan fazla olması durumunda fazlaya ilişkin olarak yeni dava açılabilmesine olanak tanıyan bir hükme yer verilmediğinden davanın reddi yönünde verilen idare mahkemesi kararı onanmıştır.²²

²⁰ Bkz: BAL/ŞAHİN/KARABULUT, age, s.1195-1196.

²¹ Bkz: BAL/ŞAHİN/KARABULUT, age, s.1208-1209.

²² D.10.D. 01.10.1996, E:1995/1712, K:1996/5721, bkz: BAL/ŞAHİN/KARABULUT, age, s.1235-1236.

Bir başka olayda da, 2577 sayılı Kanun'un 13.maddesinde yer alan düzenleme içerisinde, ilgililerin tazminat istemlerini bölerek, fazlaya ilişkin istemlerini saklı tutmak kaydıyla sonradan ek tazminat talebiyle dava açmalarına imkân bulunmadığı belirtilmiştir.²³

Bu kararlardan anlaşıldığı üzere, idari yargıda ıslah kurumu kabul edilmeden önce, idari yargıda ek dava veya kısmi dava olmadığından bahisle davanın reddi gerektiği yerine, saklı tutulan fazlaya ilişkin talepler hakkında, sonradan açılan davalar için dava süresi yönünden inceleme yapılarak ikinci davaların süre yönünden reddi gerektiği benimsenmiştir.

II. İDARİ YARGIDA ISLAH

A. Genel Açıklamalar

İslah; Arapça kökenli bir kelime olup, iyi bir hale koyma, eksiklikleri tamamlama,²⁴ iyileştirme,²⁵ değiştirme, düzeltme anlamına gelmektedir.²⁶

Yargılama usulünde ise ıslah, taraflardan birinin yapmış olduğu usul işleminin²⁷ tamamen veya kısmen düzeltilmesine denir. İslah müessesesi, başka bir deyişle iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağını bertaraf eden bir imkândır. Zira bu suretle, aslında yasal itiraz ile karşılaşabilecek olan herhangi bir taraf işlemi, ıslah yoluna başvurulduğunda bir itirazla karşılaşmaz. Bu bağlamda ıslah, bir dava değil; hukuksal çare niteliğinde, taraflarca²⁸ yapılan bir usul işlemidir.²⁹

İslahın amacı, yargılama sürecinde, şekil ve süreye aykırılık sebebiyle ortaya çıkabilecek maddi hak kayıplarını ortadan kaldırmak olduğundan,

²³ D.10.D. 08.03.1995, E:1994/9, K:1995/1012, bkz: BAL/ŞAHİN/KARABULUT, age, s.1274-1276.

²⁴ TUTUMLU Mehmet Akif, **Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda İslah**, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ocak 2013, s.15.

²⁵ DEVELLİOĞLU Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 20. Baskı(2003), Aydın Kitapevi Yayınları-Ankara, s.397.

²⁶ BİLGİN Mahmut, **Hukuk Yargılamasında İslah**, Adalet Yayınevi, Ankara-2010, s.1; YILMAZ Ejder, **Medeni Yargılama Hukukunda İslah**, İstanbul-1982, s.42.

²⁷ Usul işlemi; yargılamada etkili olmak amacıyla yapılan, davayı ilerleten ya da davada engelleyici etki doğuran işlemler olarak tanımlanmaktadır. Bkz: TUTUMLU, age, s.37.

²⁸ İdarî yargıda sadece davacı tarafça ıslah yapılabilir.

²⁹ TUTUMLU, age, s.17.

hak ve alacağı bu sürecin dışında ortadan kaldırmış olan işlemlerin, yani maddi hukuk işlemlerinin ıslah yoluyla düzeltilebilmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle, maddi hakkı sona erdiren maddi hukuk işlemleri, ıslahla düzeltilemez. Feragat, kabul, sulh gibi işlemler, velev ki dava içinde yapılsın, asıl hakkı ortadan kaldırdıklarından, usul işlemi olduğu kadar maddi hukuk işlemi mahiyeti taşımaktadır ve bu sebeple, bu işlemlerin de ıslah yoluyla düzeltilmesi imkânsızdır. Çünkü ıslah, yargılama hukukunun şekle ve süreye bağlılığından kaynaklanan zımni hak kayıplarının telafisi için öngörölmüş bir müessesedir. Açık bir irade beyanı ile terk edilen haklar, maddi gerçeğin şekle feda edilmesi gibi bir sonuç doğurmadığı için, ıslah konusu olamaz.³⁰ Davayı sona erdiren feragat, sulh, kabul gibi işlemler maddi hukuka ilişkin olup, gerçekleştirildikleri anda kesin hükmün sonucunu doğurduğundan, ıslahla bunların ortadan kaldırılmasına olanak bulunmamaktadır.³¹

Islah mahkemeye iletilecek bir irade beyanı ile gerçekleşir. Bu beyan sözlü veya yazılı olabilir.³² Ancak, idari yargılama yönünden bunun yazılı olması zorunludur. Zira idari yargıda yazılı yargılama usulü geçerlidir.

Islah beyanının karşı tarafın(davalı idarenin) bilgisine sunulması zorunludur. Bu husus İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir şeklinde ifade edilmiştir.³³ Fakat ıslah dilekçesinin karşı tarafa tebliği, ıslahın geçerliliği için şart değildir. Çünkü ıslah, tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile yapılır. Islahın tamamlanması ve hüküm ifade etmesi, karşı tarafın kabulüne veya onayına bağlı değildir.³⁴ Bunun gibi ıslah, mahkemenin de kabulüne bağlı değildir.³⁵

³⁰ Y.H.G.K. 14.03.2007, E:2007/2-99, K:2007/141, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

³¹ TUTUMLU, age, s.211-212. ; KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 23.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2012, s.548.

³² KURU/ARSLAN/ YILMAZ, age, s.543.

³³ Bkz. İYUK m.16/4.

³⁴ TUTUMLU, age, s.232.

³⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, age, s.543.

İslah iki çeşit olup, davanın tamamen ıslahı ve davanın kısmen ıslahı şeklindedir.³⁶ Davanın tamamen ıslahı, dava dilekçesinden itibaren ve talep sonucunun veya dava sebebinin değiştirilerek yeni bir dava dilekçesi vermek suretiyle yapılır. Bu durumda ikinci bir dava açılmış olmaz, yine tek bir dava söz konusudur.³⁷ Ancak, davanın konusu değişmiştir. Davanın kısmen ıslahı ise, talep sonucunun değiştirilmeyip genişletilmesi halinde söz konusu olur. Bu durumda talep sonucunda bir artış meydana gelmekteyse de, dava değişmemektedir.³⁸ İdari yargı için geçerli olan ıslah, bunlardan kısmen ıslaha uymaktadır. Zira idari yargı için geçerli olan ıslah, sadece tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen tazminat miktarının artırılmasından ibaret olup, talep sonucunun genişletilmesi niteliğinde ve dolayısıyla davanın kısmen ıslahı şeklindedir. Bu nedenle, biz de burada “İdari Yargıda İslah” başlıklı olan çalışmamızın kapsamını dikkate alarak, sadece talep sonucunun miktar olarak artırılması şeklinde gerçekleşen halleri göz önünde bulundurarak açıklamalarımıza devam edeceğiz.

Bu kapsamda ıslah, adli yargı düzeninde, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir.³⁹ Bu durum, idari yargı için, dava dilekçesinde belirtilen miktarın nihai karar verilinceye kadar artırılabilmesi şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁰

İslah yoluyla artırılan miktar için süre veya diğer usul kuralları da mahkemece gözetilmez. Bu husus, 2577 sayılı Kanun’un 6459 sayılı Kanun’un 4.maddesi ile değişik 16/4.maddesinde, tam yargı davalarında dava dilekçesin-

³⁶ İslahın çeşitleri hakkında bilgi için bkz: KURU/ARSLAN/YILMAZ, age, s.544-547; PEK-CANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz /ÖZEKES Muhammet, **Hukuk Muhakemeleri Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13.Baskı, Ankara-2012, s.519 vd.

³⁷ “... ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılmalıdır. Bu bağlamda, yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir talepte bulunma olanağı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusunu değiştirebilirse de, yeni dava konusu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur. Ancak, davacı peşin harç yanında başvuru harcını da yatırarak yeni bir talepte bulunması hallerinde ise bir ek dava söz konusudur...” Y.7.H.D. 07.11.2013, E:2013/12330, K:2013/18659; aynı Dairenin aynı tarihli ve E:2013/12340, K:2013/18658 sayılı kararı da aynı yöndedir. Kararlar UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

³⁸ TUTUMLU, age, s.228.

³⁹ Bkz. HMK m.177/1.

⁴⁰ Bkz. İYUK m.16/4.

de belirtilen miktarın, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin artırılabilceği şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle, süresi içinde açılmış olan tazminat davasında, miktar yönünden davanın ıslah edilmesi durumunda, ıslah ile artırılan miktara ilişkin talebin süresinde olduğunu kabul etmek gerekir. Bu konuda Yargıtay uygulaması da aynı olup, bir kararında; dava dilekçesinde belirtilen dava konusunun(müddeabihin) ıslah yoluyla artırılmasının ek dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesinin kısmi ıslahı niteliğinde olduğu; ıslah kurumunun yasada ayrıca düzenlenmiş olması ve kendine özgü kurallarının olması nedeniyle ek dava niteliğinde kabul edilemeyeceği; bu nedenle asıl dava-ya karşı ileri sürülebilecek zamanaşımı def'inin, ıslah edilen kısma karşı ileri sürülemeyeceği; süresi içinde açılmış olan tazminat davasında, sadece miktar yönünden davanın ıslah edilmesi durumunda, ıslah ile artırılan miktara ilişkin talebin süresinde olduğunu kabul etmek gerektiği; ıslah ile artırılan maddi tazminat miktarı yönünden zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle davanın reddinin doğru olmayacağı belirtilmiştir.⁴¹ Sadece dava dilekçesine karşı ileri sürülebilecek olan zamanaşımı itirazı, ıslaha karşı ileri sürülemez. Zira ıslah, yeni bir dava olmayıp sadece dava dilekçesinde yapılan bir değişikliktir.⁴²

Gerek adli yargıda gerekse idari yargıda, ıslah, yargılama boyunca, harcı ödenmek suretiyle, bir kez başvurulabilecek bir usul yöntemidir.⁴³

Burada üzerinde durulması gereken bir başka nokta ise, idari yargıda sadece maddi veya sadece manevi tazminat davası açılmışsa ıslah yoluyla maddi tazminata manevî, manevî tazminata maddi ilave edilip edilemeyeceği hususudur.

Bu kapsamda hukuk yargılamasına baktığımızda bu konuda Yargıtay, dava konusunun tamamen değiştirilmesini “tamamen ıslah” çerçevesinde kabul etmekle birlikte; mevcut talebin yanına yeni bir talebin eklenmesini ıslah yolu-

⁴¹ Y.4.H.D. 14.11.2013, E:2012/17640, K:2013/17728, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.; aynı nitelikteki diğer kararlar: Y.4.H.D. 03.07.2012, E:2012/8305, K:2012/11573 ; Y.4.H.D. 21.02.2012, E:2011/11327, K:2012/2564, bkz: TUTUMLU, age, s.269-272.

⁴² Y.4.H.D. 03.07.2012, E:2012/8305, K:2012/11573; Y.4.H.D. 21.02.2012, E:2011/11327, K:2012/2564 ; Y.4.H.D. 03.04.2012, E:2011/2245, K:2012/5545, bkz: TUTUMLU, age, s.269-273.

⁴³ Bkz. HMK m.176/2, İYUK m.16/4.

la dahi olsa kabul etmemekte; bu durumu, dava konusu olmayan bir talebin ıslahla dava kapsamına dâhil edilemeyeceği şeklinde ifade etmektedir⁴⁴. Bu bağlamda, maddi tazminat davasında, saklı tutulmuş olsa bile, ıslah yoluyla manevi tazminat istemi ilave olarak dava konusu haline getirilemez.⁴⁵

İdari yargı yönünden ise; henüz yargısal bir karara rastlanılmamış olmakla birlikte, idari yargıda da uygulamanın, Yargıtay uygulamasından farklı olmayacağı düşünülmektedir. Zira bu durum, davada konu değişimi anlamına gelir. Zaten 2577 sayılı Kanun'un 16/4 maddesi buna müsaade etmemektedir. Kanun maddesine göre sadece tazminat miktarının artırımına yönelik talepte bulunulabileceğinden, miktar artırımını dışında başka bir talepte bulunulması mümkün değildir. Miktar artırımını dışındaki tüm talepler hakkında dava dilekçesindeki taleple bağlılık ilkesi geçerli olup, miktar artırımını dışında bir talepte bulunulduğunda süre ve diğer usul kuralları dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yaparak sonuca ulaşmak gerekmektedir. Yani idari yargıda, konu değişimi şeklinde ıslah olmaz.

Son olarak, ıslah suretiyle dava konusu miktarın artırılması durumunda yargılama giderinin hangi miktar üzerinden hesaplanacağına gelince; ıslahtan sonra yargılama giderlerinin de ıslahla ortaya çıkan yeni duruma göre hesaplanması gerektiğini⁴⁶ söylemek mümkündür.

B. İslah Talebi Üzerine Mahkemece Yapılacak İşlem

Bir davada ıslah talebinde bulunulması üzerine, mahkeme tarafından, öncelikle, artırılan tazminat tutarının dilekçede açık ve net bir şekilde belirtilip belirtilmediği ve artırılan bu tutarına ilişkin peşin nispi karar harcının yatırılıp yatırılmadığı kontrol edilmelidir. Artırılan tutar açık ve net değil ise veya dilekçede

⁴⁴ Y.8.H.D. 14.02.2012, E:2012/685, K:2012/795; Y.H.G.K. 29.06.2011, E:2011/1-364, K:2011/453; Y.21.H.D. 08.05.2006,2813/4802; Y.21.H.D. 21.02.2006,194/2652; Kararlar için Bkz: TUTUMLU, age, s.173-186.

⁴⁵ TUTUMLU, age, s.173.

⁴⁶ "... mahkemece davanın reddine karar verildiğinden davalı yararına hükmedilecek vekalet ücretinin ıslahla artırılan ... TL üzerinden hesaplanması gerekirken, talebin ıslahla artırıldığı dikkate alınmadan dava dilekçesinde gösterilen değer üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması doğru olmamıştır..."(Y.15.H.D. 01.12.2011, 3579/7093, karar için bkz: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, age, s.528, dipnot:52.)

ıslah iradesi ortaya konulmakla beraber herhangi bir miktar belirtilmemiş ise, ilk önce bu husus açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunun için mahkemece süre verilmek suretiyle ara karar yapılarak, artırılan tutar davacıya açıklattırılmalıdır. Daha sonra ise, artırılan tutara ilişkin peşin alınması gereken nispi harç yatırılmamış ise bunun için de süre verilerek eksik harcın yatırılması sağlanmalıdır. Adli yardım talebi kabul edilmiş bir dava söz konusu ise buna gerek yoktur. Aksi durumda, artırılan tutar açık ve net belirtilmiyorsa ya da belirtilmekle birlikte istenilmesine rağmen eksik harç tamamlanmıyorsa ıslah talebinde bulunulmamış saymak ve davaya eski haliyle devam etmek gerekir. Zira 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 32. maddesi, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını belirtmiş olup, buna göre harcı yatırılmamış olan ıslah dilekçesinin karşı tarafa(davali idareye) tebliğine gerek yoktur. Ancak bu durum kanaatimce, nihai karar verinceye kadar, harcını yatırmak şartıyla daha sonra ıslah talebinde bulunmaya engel değildir.

Kanun metninde, miktarın artırılmasına ilişkin dilekçenin otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliği edileceği belirtilmiş; ancak tebliğ yapılmazsa buna nasıl bir sonuç bağlanacağı belirtilmemiştir. Mahkemece aksi bir durum uygulandığında, yani artırılan miktar karşı tarafa bildirilmeden karar verilebilir mi?

6100 sayılı HMK'nın 177.maddesinin 2.fıkrasında, ıslahın, sözlü veya yazılı olarak yapılabileceği; karşı taraf duruşmada hazır değilse veya ıslah talebi duruşma dışında yapılıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneğinin, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirileceği hükmüne yer verilmiş; 2577 sayılı İYUK'daki gibi, karşı tarafa herhangi bir cevap verme süresi tanınmamıştır. Ancak buna rağmen uygulamada Yargıtay, ıslah dilekçesinin davalılara tebliğ edilmeksizin hüküm oluşturulamayacağı; bir yargılama işlemi olan ıslah dilekçesinin davanın taraflarına tebliğ gerektiği; mahkemece, yargılama usulüne aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanmasının doğru olmadığını kabul etmektedir.⁴⁷ Başka bir kararında; “ ... *Her ne kadar ıslah tek taraflı irade*

⁴⁷ Y.11.H.D. 17.03.2009, 2007/8515, 2009/2978; Y.2.H.D. 29.06.2009, 2008/10414, 2009/12774; Y.4.H.D. 14.10.2008, 2007/13221, 2008/11820; Kararlar için bkz: BILGEN, age, s.51-53.

beyanı ile olup, ıslahın geçerliliği için karşı tarafın kabulüne gerek yoksa da mahkemece bu usûlî eksiklik(karşı tarafa bildirmeme) giderilmeden ve ıslah edilen miktar yönünden davalıya savunma hakkı vermeden, davacının ıslah talebi doğrultusunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir... ”⁴⁸ şeklinde hüküm kurulmuştur. Bir başka kararda da, ıslah dilekçesinde ileri sürülen istemin, ıslah dilekçesiyle talep sonucunun artırılması şeklinde olsa da yeni bir dava niteliğinde bulunduğundan, ıslah dilekçesinin karşı yana tebliği ile cevap süresinin beklenilmesi ve cevap süresi geçtikten sonra varılacak sonuca göre istem konusunda bir karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁹ Bu kararlardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay konuyu savunma hakkı bağlamında değerlendirmek suretiyle, ıslah talebinin mutlaka karşı tarafın bilgisine girmesini aramaktadır.

İdari yargıda da durum adli yargıdan farklı olmayacaktır. Zira 2577 sayılı Kanun açıkça, miktarın artırılmasına ilişkin dilekçenin otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edileceğini belirtmektedir.⁵⁰ Aksi bir uygulama savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir ve 2577 sayılı Kanun’un 49.maddesinde düzenlenmiş olan usûl hükümlerine uyulmamış olması sebebiyle, temyiz/itiraz aşamasında, örneğin duruşma yapmadan verilen kararların bozulması gibi⁵¹, mahkeme kararının bozulmasına neden olur.

C. İdari Yargıda İslah Hakkında Bazı Özel Durumlar:

Bu kısımda; idarî yargıda manevi tazminat davalarında ıslah mümkün müdür? Bir davada birden fazla ıslah yoluna gidilebilir mi? Bozma kararından sonra ıslah mümkün mü? İslah edilen davada faiz talebi varsa hangi tarihten itibaren faize hükmedilecektir? sorularına cevap bulmaya çalışılacaktır.

⁴⁸ Y.11.H.D. 17.03.2009, 2007/8515, 2009/2978, bkz: BİLGİN, age, s.53.

⁴⁹ Y.4.H.D. 09.04.2009, 2008/10214, 2009/5295, bkz: BİLGİN, age, s.53-54. ; Y.4.H.D. 26.09.2011, E:2011/11287, K:2011/9605 ; Y.H.G.K. 23.10.2013, E:2013/4-151, K:2013/1479, kararlar UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

⁵⁰ “... İdare Mahkemesince, yasal değişiklikten yararlanmak istemiyle yapılan başvuru dilekçesinin idareye gönderilerek verilecek cevabın alınmasından sonra artırılan tazminat miktarına göre yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir...” Bkz: D.10.D. 23.09.2013, E:2009/4458, K:2013/6364 ; aynı nitelikte başka bir karar, D.10.D. 19.06.2013, E:2009/7584, K:2013/5415, kararlar UYAP Danıştay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

⁵¹ D.8.D. 17.01.2013, E:2011/9465, K:2013/84, bkz: Danıştay Dergisi, Yıl:2013, Sayı:133, s.406-407.

1. Manevi Tazminat ve Islah

Manevi tazminat, idarenin işlem ya da eylemi dolayısıyla, patrimonuanda meydana gelen bir azalmanın karşılığı olarak değil, olay nedeniyle duyulan elem ve ıstırabın, kısmen de olsa hafifletilmesi amacını taşıyan ve zenginleşme vasıtası olarak kullanılmayacak bir zarar giderim aracıdır. Buna “acı parası” da denilmektedir.⁵² Manevi tazminat, bu özelliği dolayısıyla, davacıların ekonomik ve sosyal durumları nazara alınmak suretiyle, zenginleşmeye yol açmayacak miktarda ve takdiren hesaplanmaktadır.⁵³ Ancak manevi tazminatın belirlenme ölçütünün mağdur yönünden zenginleşme vasıtası olup olmayacağı değil, belirlenecek tazminat miktarının yaptırım gücünün bulunup bulunmadığı olması gerektiği yönünde CANDAN tarafından eleştirilmekte ve manevi tazminatın zenginleşme vasıtası olamayacağı düşüncesinin, acının paraya tahvil edilemeyeceği düşüncesi kadar eskide kalması gerektiği; yaptırım gücünün ise, idarenin, karşı karşıya kalacağı manevi tazminat yükünü düşündüğünde, hukuk içinde kalmayı, gereği gibi örgütlenmeyi ve düzgün işlemeyi tercih etmesine etkisi olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴

Bu kapsamda Danıştay da bir kararında; başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı nedeniyle parasal olarak belirlenmesi zorunlu olan, olay nedeniyle duyulan elem ve ıstırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlayan manevi tazminatın, belirtilen niteliği gereği, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek manevi tazminat miktarının, olayın ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirmeyecek, bir başka ifade ile benzeri olayların bir daha yaşanmaması için caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı bir miktarda olması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁵

2577 sayılı Kanun’un 16.maddesinin 4.fıkrasında 6459 sayılı Kanun ile getirilmiş olan, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın

⁵² YENİCE/ESİN, age, s.108.

⁵³ CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara-2012, s.206.

⁵⁴ CANDAN, age, s.206.

⁵⁵ D.10.D. 28.06.2013, E:2012/4905, K:2013/5686, UYAP Danıştay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

artırılabilceği şekildeki düzenleme, maddi tazminat talebini içerir bir tam yargı davasında tazminat miktarının artırımı noktasında herhangi bir tereddüt oluşturmamaktadır. Ancak manevi tazminat hakkında aynı şeyi çok net söylemek mümkün değildir. Zira manevi tazminat, yukarıda da değinildiği gibi tam anlamıyla gerçek zararı karşılama aracı değil, manevi yönden duyulan acı ve ıstırabı kısmen de olsa gidermeye yönelik manevi bir tatmin aracıdır ve talep edilen miktar da dikkate alınmak suretiyle mahkemece tespit ve takdir olunur. Bu nedenle, dava dilekçesinde belirtilmiş olan manevi tazminat miktarı ıslah yoluyla artırılabilir mi sorusu gündeme gelmektedir.

Bu sorunun cevabı, manevi tazminat talepleri ile ilgili olarak kısmi davanın caiz olup olmadığı sorusunun cevabıyla bağlantılıdır. Öğretide tartışmalı olan bu konuda; konusu para alacakları olan davalar gibi manevi tazminat alacaklarının da bölünebilirlik özelliğinin olduğu; kişinin duyduğu elem ve ıstırabın bir defada oluşup tamamlanma durumunda olmadığı, zaman içinde kişinin duyduğu üzüntünün daha fazla olduğunu fark edebileceği, dolayısıyla bu konuda kişiye istemini artırma olanağı tanınmamasının etkin hukuki koruma anlayışına ve hak arama özgürlüğüne aykırı düşeceği görüşüyle, kısmi olarak manevi tazminat davası açılabilceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe karşılık ise, Borçlar Kanunu m.49/III hükmüne göre hakimin para olarak istenen tazminat talebi ile bağlı olmadığı, paradan başka bir tazmin biçimine de karar verebileceği, sonuçta bölünmezliğinden ötürü kısmi davaya konu olamayacağı savunulmuştur.⁵⁶

20.01.2004 tarihli bir Alman Federal Mahkemesi kararında; cismani zararlara dayanan manevi tazminat davalarında, zarar görenin sağlığında ne türden değişimlerin daha ortaya çıkabileceğinin önceden kestirilememesi, her halükarda yeni bir zararın belirmesi olasılığının mevcut olması hallerinde manevi tazminatın kısmi dava şeklinde açılabilceği sonucuna varmış; ayrıca; manevi tazminat alacağının bir miktar paranın ödenmesine yönelik olması nedeniyle bölünebilir bir alacak niteliğinde olduğunu, hakkın teklifi ilkesinin buna en-

⁵⁶ Görüşler için bkz. TUTUMLU age, s.186-187'deki dipnot:119, 120, 121 de adı geçen eserler.

gel oluşturmayaacağını da ek olarak belirtmiştir. TUTUMLU tarafından olumlu karşılanan bu karar, bedensel yaralanmalarda yeni bir zararın doğma olasılığının mevcut olduğu halleri gözeterek zarar görene kısmi manevi tazminat davası açma hakkı tanınması, ıslah için de geçerli olabilecek hakkaniyetli bir içtihat olarak nitelendirilmiştir.⁵⁷

Bu konuda Yargıtay uygulamasına baktığımızda durum şöyledir:

Yargıtay bir kararında; “...manevi tazminat niteliği gereği tek ve bölünmez olduğundan kısmi dava açılmayacağı gibi ıslah yoluyla dahi isteğin artırılamayacağı; bu nedenle dava dilekçesindeki istek aşılarak manevi tazminata hükmedilmesinin doğru olmadığı...”⁵⁸ şeklinde hüküm kurmuştur.

Konuyla ilgili geniş bir değerlendirmenin yapıldığı bir kararda ise; “... Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde, bedensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlali hallerinde meydana gelen eksilmenin(manevi zararın) giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir.

... Manevi tazminat, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevi acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığıdır. Bu tazminat türü, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemin giderilmesini amaçladığı için, zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir. Maddi zararda olduğu gibi manevi tazminatta kesin bir hesabın yapılması olanaksızdır. Bunu için miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak MK'nın 4.maddesi uyarınca hâkim tarafından takdir ve tayin edilir. Hâkim, manevi tazminatın miktarını belirlemede geniş bir yetkiye sahiptir. Zarar gören, uğradığı haksız eylemden kaynaklanan maddi tazminatının miktarını tayin edip, talep edebilir. Hatta zarar gören, maddi zararını kısmi dava olarak bir defada değil, zamanı süresi içinde, birden fazla talepler halinde isteyebilir. Oysa manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın

⁵⁷ TUTUMLU, age, s.187.

⁵⁸ Y.2.H.D. 10.10.2008, E:2007/12940, K:2008/12962, Bkz: BİLGEN, age, s.199.; Y.11.H.D'nin 18.09.2008, 2007/7817, 2008/10176 sayılı karar da aynı yöndedir. Bkz: BİLGEN, age, s.210-211.

karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler halinde istenemez. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için, haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmının açılacak kısmi dava ile kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevi tazminatın özüne ve işleyişine aykırı düşer. Ödetmenin uzaması, para değerindeki düşüşler, enflasyon nedeniyle alım gücünün azalması gibi nedenlerle hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsili zararı karşılamaktan uzak olması, manevi tazminatın bölünerek istenmesini haklı göstermez. Şartları varsa faizi aşan zarar isteme olasılığı düşünülebilir.

Olayın özelliği itibariyle, davacının isteminin, ıslahla ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin Resmi Gazete'nin 04.11.2000 gün ve 24220 sayısında yayınlanan 20.07.1999 gün ve E:1999/1, K:1999/33 sayılı kararı ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. İstemin değiştirilmesi ve artırılması için, istekte bulunanın daha önceki isteminin dışında ve ondan daha fazla alacağı bulunması gerekir. Manevi zararda, zarar görenin daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği için artık geriye bir alacağı kalmadığı için gerek ayrı bir dava ve gerekse ıslah yoluyla bir istemde bulunamaz.

Öğretide ve kararlılık gösteren yargısal inançlarda da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılmayacağı, ıslah yolu ile de istemin artırılamayacağı benimsenmektedir. Buna gerekçe olarak da, manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra artırılması veya yeni bir dava açılarak istenmesi mümkün değildir. Çünkü manevi tazminatın takdirinde hâkime çok geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hâkimin takdir yetkisi bölünemez(Bkz. Prof. Dr. Baki Kuru- Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı Cilt:II-2001 sh:1528 vd; Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Islah Yoluyla Dava Konusunun Artırılması (Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarihli ve 1/33 sayılı kararının değerlendirilmesi, 11.05.2001 tarihli makale) sh:10 vd; Y.9.H.D. 12.02.1991 gün ve 10324/2244; Aynı Dairenin 26.12.1989 gün ve 10280/11438; 21.H.D. 06.11.1997 gün ve 7074/7186 sayılı kararı; 4.H.D. 14.05.1998 gün ve 9223/3428 sayılı; ... içtihatları.)

Bu durumda yukarıda yazılı gerekçelere ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır... ”⁵⁹ şeklinde hüküm kurulmuştur. Bu kararın muhalefet şeklinde ise manevi tazminatın amacı ve hukuki niteliğinden bahsedildikten sonra 04.05.1978 tarihli 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile belirlenen “ıslah yolu ile dahi davanın taraflarının değiştirilemeyeceği” kuralı dışında ıslahla yapılamayacak bir usul işlemi olmadığı; aksi durumun hak arama özgürlüğünü kısıtlamak olduğu; usule ilişkin kuralların kapsamının yorum yoluyla genişletip hak arama özgürlüğü önüne setler koymanın, yargılama usulüne dair kanunların oluşturulma amacına da uygun düşmeyeceği düşüncesiyle bozma kararına karşı çıkmıştır.⁶⁰

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında anlaşıldığı üzere, hukuk yargılamasında manevi tazminatta ıslah kabul edilmemektedir.

Bu konuda idari yargılamada durumun nasıl olacağına gelince; idari yargılamada da durumun hukuk yargılamasından farklı olmayacağı düşünülebilir. Her ne kadar 2577 sayılı Kanun'un 16/4 maddesinde maddi ve manevi ayrımı yapmaksızın tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılacağı belirtilmiş ise de, “manevi tazminatın tekliği ve bütünlüğü ilkesi” gereği idari yargılamada da manevi tazminat miktarının artırılamayacağı söylenebilir. Zira idari yargılamada da, manevi tazminat yönünden, adli yargıdaki gibi somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınmak suretiyle değerlendirme yapılarak tazminat miktarı belirlenmektedir. Ancak buna rağmen, manevi tazminat miktarının artırılması konusunda kanunda yasaklayıcı bir hüküm olmadığından bahisle uygulamada farklı kararlar verilebileceğini de söylemek mümkündür. Bu konu Danıştay uygulamasıyla zamanla şekillenecektir. Kanaatimce, 2577 sayılı Kanun'da manevi tazminat miktarının artırılmasına engel olan açık bir düzenleme olmadığından, harcını ödeyen davacı manevi tazminat miktarını ıslah yoluyla artırabilir.

⁵⁹ YHGK, 14.11.2001, 2001/21-993, 2001/1019, Bkz: BİLGİN, age, s.200-202; Y.H.G.K'nun 01.03.2006, 2006/2-14, 2006/26 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Bkz:BİLGİN, age, s.207-210.

⁶⁰ BİLGİN, age, s.202-206.

2. İslah Yoluna Birden Fazla Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu

6100 sayılı HMK'nın 176. maddesinin 2. fıkrasında, aynı davada, tarafların ancak bir kez ıslah yoluna başvurabileceği hükmüne yer verilmiş; buna paralel olarak, 2577 sayılı Kanun'un 16.maddesinin 4.fıkrasına, 6459 Kanun'un 4.maddesi ile eklenen ve idari yargıda ıslah müessesesinin yasal dayanağı olan hükümde de, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilirliği belirtilmiştir. Bu duruma göre hem hukuk yargılamasında hem de idari yargılamada ıslahın, ancak bir kez başvurulacak bir yöntem olduğu açıktır. Bu durumu, “*bir kez ıslah edilen bir daha ıslah edilemez*” şeklinde tanımlayabiliriz.

İdari yargılama usulünde ıslah kurumunun yeni olması nedeniyle, bir davada ıslah yoluna birden fazla başvurulup başvurulamayacağı konusunda, henüz Danıştay kararına ulaşılamamış olmakla birlikte bu konuda Kanun hükmünün açık olması karşısında, farklı bir uygulamaya gidilmeyeceği kanaatindeyiz.

Yargıtay uygulamasına baktığımızda; “*...ıslah dilekçesinin, her davada bir kez verileceği, ikinci kez ıslah yoluna başvurulamayacağı, ikinci ıslah dilekçesi ile harcı yatırılmak suretiyle talep edilen kazanç kaybı isteminin ancak bir ek davaya konu olabileceği, ikinci ıslah dilekçesi ile talep edilen tazminat tutarına ilişkin olarak hüküm kurulmasının doğru olmadığı...*”⁶¹ ; “*...dava boyunca birden fazla ıslah yapılamayacağına ilişkin HUMK'nun 83.maddesi hükmü gözardı edilerek ikinci ıslah dilekçesine göre harç ve vekâlet ücretinin hüküm altına alınmasının doğru olmadığı ...*”⁶² şeklindeki kararlardan anlaşılacağı üzere bir davada birden fazla ıslah yoluna başvurulamaz.

Burada yeri gelmişken, tam yargı davasında, tazmini talep edilen tutarın birden fazla zarar kalemlerinin toplamından meydana geldiği durumlarda, her

⁶¹ Y.17.H.D. 30.06.2009, 2009/5244, 2009/4775 Bkz: BİLGİN, age, s.55. ; Y.18.H.D. 05.11.2013, E:2013/14196, K:2013/14806 sayılı karar da aynı mahiyettedir, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

⁶² Y.1.H.D. 16.07.2009, 2009/6734, 2009/8540, Bkz: BİLGİN, age, s.57.; Benzer nitelikteki diğer kararlar: Y.21.H.D. 13.04.2009, 2009/2880, 2009/5427; Y.10.H.D. 26.03.2009, 2008/14470, 2009/5240; Y.10.H.D. 24.02.2009, 2008/21456, 2009/2124; Y.H.G.K. 09.02.2005, 2004/9-754, 2005/36, kararlar için bkz: BİLGİN, age, s.58-62.

bir zarar kalemi yönünden farklı zamanlarda, ayrı ayrı ıslah talebinde bulunulup bulunulamayacağı hususuna da değinmek gerekir

2577 sayılı Kanun'un 16/4.maddesinde dava dilekçesinde belirtilen miktarın, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilceği belirtilmiş olmakla, bununla tazmini talep edilen toplam tazminat tutarının mı, yoksa toplam zararın birden fazla zarar kaleminden (örneğin işlem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan bir davada zarar kalemleri, döner sermaye ek ödemesi, ek ders ücreti, huzur hakkı, özel hizmet tazminatı vs. olabilir; eylem nedeniyle uğranılan bir zararın tazmini istemiyle açılan bir davada zarar kalemleri, araç bedeli, aracı kullanamamaktan kaynaklanan gelir kaybı, arazinin eski hale getirilmesi için yapılan giderler vs. olabilir) meydana geldiği durumlarda da sadece bir kez mi ıslah yoluna gidilebileceği açık olarak belirtilmemiştir. İslahta amaç, gerçek zararın daha fazla olduğunun sonradan ortaya çıktığı durumlarda tazmini talep edilen miktarın artırılmasına imkan vererek gerçek zararın tazmin edilmesini sağlamak olduğu dikkate alındığında; birden fazla zarar kalemlerinin olduğu durumlarda her bir zarar kalemi yönünden gerçek zarar miktarının farklı zamanlarda ortaya çıkabilmesi olasılık dâhilinde olan bir durum olup, her bir zarar kalemi yönünden bir kez olmak şartıyla farklı zamanlarda ıslah talebinde bulunulması olanaklıdır. Bu konuda idari yargıya ışık olacak bir Yargıtay kararında, "... birinci ıslah dilekçesi olarak kabul edilen 05.12.2011 tarihli dilekçede ev eşyaları ve araç yönünden ıslah talebinde bulunulmuş ise de konutla ilgili herhangi bir ıslah yapılmamıştır. Konutla ilgili 8.000,00 TL değerinin 31.10.2012 tarihli dilekçe ile 12.400,00 TL'ye yükseltildiği görülmektedir. Bu durumda konutla ilgili verilen tek ıslah dilekçesinin 31.10.2012 tarihli dilekçe olduğu ve ikinci ıslah olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Mahkemenin 31.10.2012 tarihli ıslah dilekçesini ikinci ıslah dilekçesi olarak kabul etmesi ve bunun sonucu isteğinin 12.400,00 TL'ye yükseltilmiş olduğunu gözetmemesi doğru değildir. Mahkemece yapılması gereken iş; davacı tarafın konutla ilgili talebini 12.400,00 TL olarak ıslah ettiğini dikkate alarak davacı tarafa bu miktar üzerinden harcı tamamlaması için süre ve imkân vermek, harcı tamamlandığı takdirde 12.400,00 TL üzerinden davacının davasını kabul etmek olmalıdır. Bu husus dikkate alınmaksızın 31.10.2012

tarihli ıslah dilekçesinin ikinci ıslah dilekçesi olarak nitelendirerek yazılı şekilde 8.000,00 TL üzerinden hüküm kurulması doğru olmamıştır... ”⁶³ şeklinde hüküm kurulmuştur.

Gerek adli yargı gerekse idari yargıda, dava sürecinde bir kez ıslah yoluna başvurulabileceğine ilişkin hüküm bulunmasına rağmen, yukarıda yer verilen Yargıtay kararında belirtildiği gibi, idari yargı yönünden de birden fazla zarar kalemi olduğu durumlarda, kanaatimce, her bir zarar kalemleri yönünden farklı zamanlarda ıslah talebinde bulunulması mümkündür.

3. Bozma Kararından Sonra İslah Olup Olmayacağı Sorunu

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 04.02.1948 tarihli ve E:1944/10, K:1948/3 sayılı kararına göre; hükmün Yargıtay’ca bozulması üzerine yeniden yapılan tahkikat sırasında ıslah mümkün değildir. Ancak, bu konuda doktrinde iki farklı görüş olduğu ifade edilmektedir.⁶⁴

Bir görüşe göre; bozulan karar esasa ilişkin ise, bozmadan sonra ıslah yapılamaz; buna karşılık, bozma usule ilişkin ise bu hüküm ile işin esasına girilmemiş olduğu için, bozmadan sonra ıslah yapılabilir. Mahkemece işin esası yönünden verilen karar usulden bozulmuş ise, esas hakkında verilmiş olan hüküm ortadan kalkacağından artık bu aşamada dahi ıslah yoluna gidilebilir.⁶⁵

Diğer bir görüşe göre ise; bozma kararından sonra yapılan tahkikat esnasında ıslahın mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁶⁶

Yargıtay, ıslah talebi üzerine mahkemece verilen kararın bozulması üzerine yapılan yargılama sırasında verilen ikinci ıslah dilekçesi sonrasında verilen kararın temyiz incelemesinde verdiği bir kararda; 04.02.1948 tarih 1944/10

⁶³ Y.8.H.D. 05.11.2013, E:2013/13078, K:2013/15890, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

⁶⁴ BİLGİN, age, s.62.

⁶⁵ BİLGİN, age, s.62’de yer alan dipnot 42’deki yollama, ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.I,II 5. Bası İstanbul,1992, s.537 ; POSTACIOĞLU E. İlhan, **Medeni Usul Hukuk Dersleri**, İstanbul-1975, s.375 ; BİLGE Necip, **Medeni Yargılama Hukuk Dersleri**, 1967, s.318 ; Yılmaz Ejder, **Medeni Yargılama Hukukunda İslah**, İstanbul-1982, s.238.

⁶⁶ BİLGİN, age, s.62’de yer alan dipnot 43’deki yollama.

Esas ve 1948/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararına göre; hükmün Yargıtay’ca bozulması üzerine hüküm mahkemesinde yapılan yeni tahkikat sırasında ıslah yapılmasının mümkün olmadığı; Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde vs. hususlarda usûle müteallik olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek olanaklı ise de, araştırma ve muhakeme bitip, iş karara bağlanıp hüküm Yargıtay’ca bozulduktan sonra, davacının yargılamada ve karar tarihinde yürürlükte bulunan HMK’nın 177.maddesi (dava tarihinde yürürlükte bulunan HUMK’nın 84.maddesi) hükümlerinden faydalanması ve davayı ıslah etmesinin mümkün olmadığı; Bu bağlamda mahkemece, ilk ıslah dilekçesi ile ileri sürülen taleple bağlı kalınarak karar vermek gerekirken, verilen kararın Yargıtay’ca bozulmasından sonra yapılan ikinci ıslah talebi kabul edilerek ve hatta bu talebin de aşılması suretiyle karar verilmiş olmasının doğru olmadığını⁶⁷ belirtmiştir.

Bir başka olayda Yargıtay; davacı vekilinin duruşmada, “bilirkişi raporunu inceleyerek beyanda bulunalım gerekirse ıslah dilekçemizi sunacağız” şeklindeki beyanın ıslah talebi olarak değerlendirilemeyeceği, bu durumda mahkemece davacıya ıslah dilekçesini sunmak üzere süre verilmesinin yerinde olmadığı, davacının 06.03.2012 tarihinde ıslah talebinde bulunduğu, bu talep tarihinden sonra 6100 sayılı Kanun’un 181.maddesince davacıya bir haftalık süre verilmesi gerektiği, anılan maddedeki bir haftalık sürenin ıslah talebinden sonra talepte bulunan tarafın ıslah harcını yatırma, ıslah dilekçesinin tebliğine ilişkin masrafları yatırma ve tebliğe ilişkin gerekli işlemleri yapmak gibi usûlî işlemlerin yapılması için öngörülen süre olduğu, bu sürenin ıslah talebinin

⁶⁷ Y.18.H.D. 05.11.2013, E:2013/14196, K:2013/14806 sayılı karar; aynı nitelikte başka kararlar: “... bozma ilamından sonra talep miktarı ıslah edilemeyeceğinden ıslah edilen miktar yönünden talebin reddi yönündeki hükmün onanmasına...”(Y.17.H.D. 05.11.2013, E:2013/15005, K:2013/15056); “... Mahkemece bozma kararı sonrasında yapılan ıslaha itibarla alacaklar hüküm altına alınmıştır. Gerek mülga 1086 sayılı HUMK’nın 84.maddesinde gerekse 6100 sayılı HMK’nın 177.maddesinde ıslahın ancak tahkikat tamamlanuncaya kadar yapılabileceği hükme bağlanmıştır. YİBBGK’nın 04.02.1948 tarih ve 1944/10 Esas ve 1948/3 Karar sayılı kararında da bozma sonrası ıslahın mümkün olmadığı kesin bir şekilde belirtilmiştir. Bu itibarla bozmadan sonra yapılan ıslaha itibarla artırılan miktarlar üzerinden alacakların hüküm altına alınması hatalıdır...”(Y.7.H.D. 14.11.2013, E:2013/11695, K:2013/19202); kararlar UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

sözlü veya yazılı olarak yapıldığı tarihten sonra işlemeye başlayacağı değerlendirilmesini yapmıştır.⁶⁸

Ancak kesin olarak bozmadan sonra ıslah olmaz demenin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Bozma kararının niteliğine göre değerlendirme yapmak gerekir. Zira adli yargıda ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilirken, idari yargıda nihai karar verilene kadar ıslah yapılması mümkündür. Bu nedenle adli yargıda tahkikatın sona ermesi; idari yargıda ise nihai karar verilene kadar ifadesinden ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir.

Yargıtay yeni tarihli bir kararında da bu konuya değinmiş olup, anılan kararında “... *Uyuşmazlık mahkemece verilen kararın Yargıtay’ca bozulmasından sonra davanın ıslah edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır... HMK’nın 177/1.maddesine göre ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. **Tahkikat safhası**, davada ileri sürülen bütün iddia ve savunmaların birlikte incelendiği, esas itibariyle delillerin değerlendirildiği safhadır(HMK. md. 143 vd.). Tarafların iddia ve savunmaları ile toplanan deliller incelendikten sonra duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verilir. Tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığı görülürse tahkikatın bittiği taraflara tefhim edilir (HMK.md.184, 185). Tahkikatın bitiminden sonra sözlü yargılama safhasına geçilir (HMK.md. 186). **İslah, tahkikatın bittiği bildirilmeden ve sözlü yargılama safhasına geçilmeden önce yapılması gereken bir usul işlemidir.** Mahkeme kararı Yargıtay’ca tahkikatın eksik yapılmış olması nedeniyle bozulmuş ve bozmaya uyularak yeniden tahkikat safhasına veya önceki bir safhaya dönülmüşse bozma sonrasında da tahkikat bitinceye kadar ıslah yapılabilir. Zira HMK’da bozma sonrası ıslah yapılamayacağına dair yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Bozma sonrasında yapıp yapılamayacağı bozmanın niteliğine göre belirlenmelidir.*

Somut olayda; mahkeme kararı, tahkikatın eksik yapılmış olması nedeniyle bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyulmuş, yeniden başlayan tahkikat safha-

⁶⁸ Y.22.H.D. 28.12.2012,E:2012/9897, K:2012/29927 sayılı karar, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

sında taraf delilleri toplanarak bilirkişi kurulundan rapor ve ek rapor alınmıştır. Davacı yanca ıslah dilekçesi tahkikat safhası sona ermeden önce süresinde verilmiştir. Islah tarihi itibariyle tahkikat safhası sona ermediğinden ıslahın dikkate alınarak faiz konusunda da hüküm kurulması gerekirken, bozma sonrası ıslah yapılamayacağından bahisle ıslahın geçersiz sayılarak faiz talebinin reddi doğru olmamıştır... ”⁶⁹ şeklinde hüküm kurmuştur.

Bu karardan da anlaşıldığı üzere, bozma kararının niteliğine göre değerlendirme yaparak, idari yargı için, bozma kararı ile bozulan karar ortadan kalkmış olduğu için mahkemesince yeniden bir yargılama yapılacağından, ilk yargılama aşamasında ıslah yapılmamış olmak kaydıyla, tazminat tutarının artırılmasına bir engel yoktur.

Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16.maddesinin 4.fıkrasına, 30.04.2013 tarihli ve 28633 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 4.maddesi ile eklenen “Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.” hükmü ile idari yargılama usulüne getirilmiş olan ıslah müessesesi, kanun yolu aşaması dâhil, 6459 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulama alanı bulacaktır.⁷⁰ Yani 30.04.2013 tarihinde temyiz/itiraz veya karar düzeltme aşamasında bulunan davalarda tazminat miktarını artırmak mümkündür.⁷¹ Bu

⁶⁹ Y.15.H.D. 20.11.2013, E:2013/3973, K:2013/6135, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir; benzer bir karar: Y.9.H.D. 01.11.2011, 33835/42324 in. PEKCANI-TEZ/ATALAY/ÖZEKES, age, s.523, dipnot:41.

⁷⁰ Bkz: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu Geçici Madde 7.

⁷¹ “... yasal değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra ve itiraz aşamasında, davacı tarafından verilen 27.05.2013 havale günlü dilekçe ile, 2577 sayılı Kanun'un 16.maddesinin 6459 sayılı Kanunla değişik 4.maddesi uyarınca dava değerinin 16.244,14 TL olarak ıslah edilmesi suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi istenilmiştir

Bu durumda, İdare Mahkemesince, yasal değişiklikten yararlanmak istemiyle yapılan başvuru dilekçesinin (davacı adli yardımdan yararlandığından artırılan tazminat miktarı için davacıdan nispi harç istenilmeyecektir) idareye gönderilerek verilecek cevabın alınmasından sonra artırılan tazminat miktarına göre yeniden bir karar verilmesi zorunlu bulunduğundan, dava dosyasının Mahkemesine iadesi gerektiği sonucuna varılmaktadır...” (Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi'nin 25.10.2013 günlü ve E:2013/1562, K:2013/1799 sayılı kararı.

düzenleme hak kayıplarını önleme adına yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira, idari yargıda ıslahın kabul edilmediği dönemde dava açmış olanların, gerçek zararlarının daha fazla olduğunu öğrenmelerine rağmen, ıslah kurumunun olmaması nedeniyle gerçek zararlarının tazminini sağlayamamış olmaları nedeniyle karşılaştıkları olumsuz durumun bu şekilde giderilmesi sağlanmıştır.

Ancak bu geçici durum haricinde, gerek temyiz gerekse karar düzeltme aşamasında tazminat miktarının artırılması hukuken mümkün değildir. Çünkü bu imkân, ancak davada nihai karar verilinceye kadar kullanılmak zorundadır. Nihai karardan anlaşılması gereken, tarafların iddia ve savunmaları ile dosya içeriği bilgi ve belgelerin mahkemece değerlendirmeye tabii tutularak uyumsuzluğun esası hakkında davanın kabulüne, reddine veya kısmen kabulüne kısmen reddine şeklinde karar verilmesidir. Bu aşamadan sonra artık ıslah mümkün değildir. Bunun gibi kesinleşmiş olan davalar ya da davaların kesinleşmiş olan kısımları hakkında da ıslah mümkün değildir. Bu konuda verilmiş olan bir kararda Danıştay, “...*Davacılar vekili tarafından, davanın maddi tazminata ilişkin kısmı yönünden ıslah talebinin nazara alınmaması nedeniyle temyiz isteminde bulunmuş ise de, ...davanın maddi tazminata ilişkin kısmının Danıştay Onuncu Dairesi'nin 31.03.2010 tarih ve E:2009/14473, K:2010/2490 sayılı kararıyla onanıp kesinleştiğinden, ıslah talebinin bu aşamada dikkate alınması mümkün değildir...*”⁷² şeklinde hüküm kurmuştur.

Bu geçici durumla ilgili olarak, 2577 sayılı Kanun'da 6459 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında temyiz aşamasında olan ve istemle bağlı kalınarak maddi tazminat talebinin tamamının(100,00 TL) kabul edilmiş olduğu bir dosyada, yasal değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra davacılar vekili tarafından verilen ve 13.06.2013 tarihinde kayda giren dilekçe ile talep edilen miktar açıkça belirtilmemiş olsa da yukarıda sözü edilen yasal değişiklik doğrultusunda talep edilen tazminat miktarını artırmak yönünde iradelerinin ortaya konulduğu kabul edilerek; idare mahkemesince, ara kararı ile artırım

Yayınlanmamıştır. UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümana <http://vatandaş.uyap.gov.tr> adresinden /ceQsnY - XIJNQ86 - kJrB/Qp - 21GEeM= kodu ile erişilebilir. ; D.10.D. 28.06.2013, E:2012/4905, K:2013/5686 ; D.6.D. 08.10.2013, E:2012/6930, K:2013/5733, kararlar UYAP Danıştay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

⁷² D.15.D. 09.05.2013, E:2013/4405, K:2013/3335, yayınlanmamıştır.

yapmak istedikleri miktar davacılarından sorularak, talep edilen tazminat miktarı belirlendikten sonra, söz konusu dilekçe, eksik harç davacılar tarafından tamamlatılıp idareye gönderilerek, verilecek cevabın alınmasından sonra artırılan tazminat miktarına göre, bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle davacıların uğramış olduğu maddi zarar hesaplanarak yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle, artırılan tazminat miktarı netleştirildikten sonra, miktarı artırılan maddi tazminat istemi hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.⁷³

2577 sayılı Kanun'un geçici 7.maddesinde düzenlenen geçiş sürecinde, mahkemece, hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde, istemle bağlı kalma kuralının uygulanmadığı, bir başka ifade ile dava dilekçesinde gösterilen tazminat miktarının bir kısmının kabulüne, fazlaya ilişkin kısmının reddine karar verilmesi durumunda ise, davanın kısmen reddine karşı kanun yoluna başvurmayan davacıların, miktar artırımına olanak tanıyan yasal değişiklikten yararlanmasına olanak bulunmamaktadır.⁷⁴

4. Islah ve Faiz Başlangıç Zamanı Sorunu

“Faiz, bir kişi veya kurumun, kanun, hukuki işlem, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme nedeniyle talep etmeye hak kazandığı bir miktar nakdinden, borcun doğduğu veya borçlunun temerrüde düştüğü tarihten, ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen sürede mahrum kalması karşılığında elde ettiği; miktarı, borçlanılmış olan paranın meblağına ve süresine göre kanun veya sözleşme hükümlerine göre tayin edilen, bir tür tazminat, medeni semeredir”.⁷⁵ Bu tanımdan anlaşıldığı üzere faize, borcun doğduğu veya karşı tarafın temerrüde düşürüldüğü tarihten geçerli olmak üzere hükmetmek gerekmektedir. Bir olayda Yargıtay, “...dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak 12.000,00 TL alacak talebinde bulunulmuş, 19.02.2009 günlü ıslah dilekçesi ile talep 111.889,87 TL artırılarak 123.889,87 TL'ye çıkarılmıştır. Mahkemece dava kabul edilmiş, hüküm altına alınan alacağın tamamına dava tarihin-

⁷³ D.10.D. 24.09.2013, E:2009/6993, K:2013/6536, yayınlanmamıştır.

⁷⁴ D.10.D. 24.09.2013, E:2009/6993, K:2013/6536, yayınlanmamıştır.

⁷⁵ ARSLAN Çetin / KIRMIZI Mustafa, **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2010, s.34.

den faiz yürütülmüştür. Dava açılması saklı tutulan fazlaya ilişkin haklar yönünden temerrüt oluşturmadığından temerrüt, davada talep olunan 12.000,00 TL yönünden davanın açıldığı 07.03.2008 tarihinde, ıslahla artırılan miktar yönünden ise ıslah harcının yatırıldığı 19.02.2009 tarihinde olmuştur. Mahkemece bir ayırım yapılmaksızın alacağın tamamı bakımından temerrüdün dava tarihinde olduğu kabul edilerek ıslahla artırılan miktar yönünden de faizin dava tarihinden başlatılması doğru olmamıştır... ”⁷⁶ şeklinde karar vermiştir. Aynı nitelikteki başka bir kararda ise; “...davadan önce davacı tarafından davalıyı temerrüde düşürmek için gönderilmiş herhangi bir ihtar bulunmadığından dava dilekçesinde talep edilen kısım için dava, ıslahla artırılan kısım için de ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken alacağın tamamı için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi doğru olmamıştır... ”⁷⁷ şeklinde hüküm kurulmuştur.

Başka bir olayda yine Yargıtay tarafından, asıl alacağın ıslah edilen kısmı için ıslah tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi gerekirken ıslah edilen kısım için de dava tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi doğru bulunmamıştır.⁷⁸ Bir başka olayda da, davacı vekilinin davaya konu edilen alacaklarını açıkladığı dilekçesinde faiz talebinde bulunmadığı, ıslah dilekçesinde ise faiz talebine yer verdiği anlaşıldığından, yalnızca ıslaha konu edilen tutarlara faiz işletilmesi gerekirken alacak tutarının tümüne faiz işletilmesi hatalı bulunmuştur⁷⁹. Zira dava dilekçesinde faiz talebinde bulunulmadığından dava dilekçesinde belirtilen alacak tutarına faiz işletilmesi talepten fazlasına hükmetmek anlamına gelir.

Ancak bu kararlardan farklı olarak dava tarihini esas alan kararlar da mevcuttur. Örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 02.04.2012 tarihli ve

⁷⁶ Y.15.H.D. 11.12.2013, E:2013/4149, K:2013/6676, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

⁷⁷ Y.15.H.D. 04.12.2013, E:2013/5516, K:2013/6425, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

⁷⁸ Y.18.H.D. 17.09.2013, E:2013/10038, K:2013/11646, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

⁷⁹ Y.7.H.D. 26.11.2013, E:2013/13622, K:2013/20332, UYAP Yargıtay Karar Arama butonundan temin edilmiştir.

E:2012/3697, K:2012/8883 sayılı kararında⁸⁰; ıslahta yeni bir dava açılmış sayılmayacağı, ıslah edilen davanın ilk açılan davanın devamı niteliğinde olduğu, hal böyle olunca davacının usulüne uygun ıslah talebi doğrultusunda hükmedilen tazminat alacağına dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine 17. Hukuk Dairesi'nin 09.02.2012 tarihli ve E:2012/427, K:2012/1382 sayılı kararında⁸¹; somut uyuşmazlıkta, davalı sigorta şirketi dava açılmadan önce temerrüde düşürülmemiş olup, artık, dava dilekçesinde talep edilen tazminat tutarı ve ıslah ile artırılan tazminat tutarı yönünden dava tarihinde temerrüde düştüğünün kabulü gerektiği; davacılar vekili ıslah dilekçesinde dava dilekçesine atıf yaparak talebini artırmış olduğundan dava dilekçesindeki faiz isteminin ıslah ile artırılan tazminat tutarı için de geçerli olduğunun kabulü gerektiği; Mahkemece hükmedilen toplam tazminata dava tarihinden itibaren faiz uygulanmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmasının doğru olmadığı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında faize hükmedilecek tarih olarak, karşı tarafın temerrüde düşürüldüğü tarih kabul edilmektedir.

İdari yargı yönünden durumu idari işlem ve idari eylem nedeniyle açılan davalar yönünden ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

İdari işlem nedeniyle açılan davalarda; idareye başvuru varsa idareye başvuru tarihi, yoksa dava tarihinden faize hükmedilmelidir. Parasal hakların tazmininde, idareye başvuru varsa başvuru tarihinden itibaren, başvuru yoksa dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi, yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bir uygulamadır.⁸²

İdari eylemlerde ise; 2577 sayılı Kanun'un 13.maddesine göre ön karar almadan dava açılması mümkün olmadığından, ön karar için idareye başvuru tarihi; ön karar almadan açılan davalarda merciine tevdi kararı⁸³ verilen davanın

⁸⁰ Bkz: TUTUMLU, age, s.325.

⁸¹ Bkz: TUTUMLU, age, s.325.

⁸² D.11.D. 26.12.2013, E:2010/1274, K:2013/14548, yayınlanmamıştır.

⁸³ İYUK m.13'e göre ön karar zorunlu olup, aksi durumda m.15/1-e uyarınca, dilekçenin görevli idari merciine tevdiine karar verilmektedir.

açılış tarihi; diğer yargı kollarından gelen dosyalarda dava tarihi idareye başvuru tarihi yerine geçtiğinden, diğer yargı kolundaki mahkemedeki dava tarihi esas alınmalıdır. Ancak davacı talebi gözardı edilmemelidir. Davacı daha geç bir tarihten itibaren faiz talep etmişse, talepten fazlasına hükmedilemeyeceğinden talep tarihi esas alınmalıdır.

Ayrıca uygulamada idareden talep edilen tazminat ile davada talep edilenin aynı olması zorunluluğu aranmadığından, ıslahla miktar artırılabilir, idareye ilk başvuru tarihi faize esas alınabilir. Ancak ıslah dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmesi zorunlu olduğu için ve davalı da savunmasını dava dilekçesindeki tutara göre yaptığı için ıslah edilen tutar yönünden ıslah tarihinin faiz başlangıcına esas alınması gerektiği yönünde bir görüş de ileri sürülebilir. Kanaatimce bu durumda dahi idareye başvuru tarihinin faiz başlangıcına esas alınmasına bir engel bulunmamaktadır.

III. TAZMİNAT MİKTARININ AZALTILMASI

Tam yargı davasında yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda talep ettiği tazminat tutarından daha fazla zararı olduğunu öğrenen davacının, 2577 sayılı Kanun'un 16/4.maddesine göre, nihai karar verilinceye kadar, harcını ödemek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere, dava dilekçesinde belirttiği miktarı artırabilmesi mümkündür.

Ancak aksi bir durumda, yani talep ettiği tazminat tutarından daha az zarar tespit edildiğinde ya da zararının hiç olmadığı tespit edildiğinde, daha fazla yargılama giderine(vekâlet ücretine) mahkûm olmamak amacıyla talep miktarını düşürebilir mi? Ya da davasından vazgeçebilir mi? Bu hususta yasaklayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Davanın asıl sahibi davacıdır. Bu nedenle, zararının olmadığı ortaya çıktıktan sonra davacı pekâlâ davasından feragat etmek suretiyle, daha fazla vekâlet ücretine mahkûm olmaktan kurtulabilir.

Davacının, talep ettiği tazminat tutarını azaltma ihtimaline gelince; azalttığı tutarı açık bir şekilde belirtmek suretiyle anılan tazminat miktarından feragat ettiğini mahkemeye bildirdiğinde mahkeme feragat edilen kısım yönünden karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurduktan sonra ka-

lan kısım hakkında da esasa yönelik hüküm kurmasında herhangi bir sakınca yoktur. Ancak tazminat miktarını sadece azaltmakla yetindiği bir durumda, davacının, fazlaya ilişkin kısımdan feragat ettiği kabul edilemez. Zira feragat, hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın açıkça talep edilmesi gereken ve davayı sonlandıran bir taraf işlemidir. Zımni feragat olmaz. Bu nedenle dava açıldıktan sonra sadece talep edilen tazminat tutarının düşürülmesi mahkeme için yeterli olamaz. Zira mahkeme, dava açıldığı tarihte talep edilen miktarla bağlı olup, feragat ya da kabul gibi davayı sonlandıran taraf işlemleri dışında, başlangıçta talep edilen miktarı esas alarak davanın kabulüne ya da reddine veya davanın kısmen kabulüne - kısmen reddine şeklinde hüküm kurmak ve yargılama giderlerini de kurduğu hükmü dikkate alarak hesaplamak zorundadır.

Ancak Yargıtay talebin daraltılmasını kısmi feragat olarak nitelendirmektedir⁸⁴. Bu görüş; talebin daraltılması ıslahın kapsamına alındığı zaman, davacının kötü niyetli ıslahına da zemin hazırlanmış olacağı, zira yargılama aşamasında toplanan delillere göre davanın kısmen kabule gittiğini gören davacının, kısmen kabul hükmünden, dolayısıyla karşı taraf lehine hükmolunacak vekalet ücretinden kurtulmak için ıslah yoluyla talebin daraltılması yoluna gideceği, ki böyle bir sonucun hukuken kabulünün mümkün olmadığı gerekçesiyle desteklenmektedir.⁸⁵

SONUÇ

Açtığı bir tam yargı davasında, yargılama aşamasında, talep ettiği tazminat miktarından daha fazla zararı olduğunu öğrenen davacının, mevcut usul kurları nedeniyle talep miktarını artırmak isteğinin kabul edilmemesinin doğurdu-

⁸⁴ "... Davacının talep sonucunu azaltabilmesi için davalının muvafakatine ihtiyaç olmadığı gibi ıslah yoluna başvurmasına da gerek yoktur. Davacı, talebini kısmi feragat yolu ile daraltabilir. O halde dava değerinin azaltılması, ıslah kavramı kapsamında değil davadan feragat müessesesi içerisinde mütalaa edilebilir. Öyle ise mahkemece tahsilene karar verilen miktarın dışındaki kısım için davasını vekille takip eden davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanmasına ..." (Y.13.H.D. 26.03.2012, E:2012/6887, K:2012/8246); Aynı nitelikte bir başka karar: Y.5.H.D. 06.04.2004, 1443/4238; Bkz: TUTUMLU, age, s.213-215.

⁸⁵ TUTUMLU, age, s.213.

ğu hak kayıpları 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 4. fıkrasına 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile eklenen hüküm ile idarî yargılama usulüne getirilen ıslah müessesesi ile son bulmuştur. Zira anılan hüküm ile idari yargıda artık, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarı bir kez artırmak mümkün hale gelmiştir.

Buna göre; dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılmasına ilişkin talep(ıslah talebi) bir dilekçeyle mahkemeye iletilmeli ve artırılan miktara ilişkin nispi harç da yatırılmış olmalıdır. Tek taraflı ve açık irade beyanı ile yapılması gereken ıslah, karşı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı olmamakla birlikte, ıslah dilekçesi mutlaka, otuz gün içinde cevap verilmek üzere, karşı tarafa(davalı idareye) tebliğ edilmelidir. Bu zorunluluk, savunma hakkının zorunlu bir sonucudur.

İdarî yargıda sadece dava dilekçesinde belirtilen tazminat miktarını artırmaktan ibaret olan ıslah, adli yargıda, hukuk yargılamasında geçerli olan kısmî ıslaha benzemektedir ve nihai karar verinceye kadar kullanılabilcek bir yöntemdir.

İdarî yargıda ıslah kurumunda, miktar artırımı dışında bir talepte bulunulması mümkün değildir. Bu kapsamda sadece maddi tazminat istemli olan bir davada ıslah dilekçesiyle maddi tazminat yerine manevi tazminat isteme ya da maddi tazminat talebinin yanına manevi tazminat talebini de ilave etmek olanaksızdır.

Hukuk yargılamasında, manevi tazminatın tekliği ve bütünlüğü ilkesi gereği manevi tazminatta ıslahın mümkün olmadığı hâkim bir görüştür. Ancak ıslah kurumunun idarî yargı için yeni bir kurum olması nedeniyle bu konuda net bir şey söylemek için henüz erkendir. Fakat kanaatimce, buna engel bir düzenleme olmadığından manevi tazminat miktarının da ıslah yoluyla artırılabilmesi mümkündür.

2577 sayılı Kanun'un 16/4. maddesinde, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilceği belirtilmiş ise de, bu durum, tazmini talep edilen toplam zarar miktarının birden fazla zarar kalemlerinden meydana gelmesi halinde, açıkça bir zarar kalemi hakkında ıslah yoluna başvurulmuş olmasının farklı zamanlarda diğer zarar

kalemleri hakkında da ıslah talep edilmesine engel değildir.

Islah hakkında tartışılması gereken konulardan biri de bozma karardan sonra ıslahın mümkün olup olamayacağıdır. Bu hususta bozma kararının niteliğine göre değerlendirme yapmak gerekir. Bozma kararı ile bozulan karar ortadan kalkmış olduğu için ve dava nihai karar verilmemiş bir dava durumuna geldiği için, bozma öncesi yargılama aşamasında ıslah yapılmamış olmak kaydıyla, tazminat tutarının artırılması mümkün olacaktır. Ancak bozma kararı, davanın esası ile ilgili yeni bir hüküm kurulmasını gerektirmeyen (yargılama gideri yönünden bozma gibi) bir karar ise bozma üzerine davanın esası hakkında bir değerlendirme yapılması mümkün olmadığından bu aşamada ıslah da mümkün olmayacaktır. Zira kesinleşmiş bir hüküm ıslaha muhtaç değildir.

Islah edilen tam yargı davalarında faiz talebinin de bulunduğu durumlarda faizin başlangıcı da önem arz etmekte olup; idari işlemde doğan tam yargı davasında, idareye başvuru tarihi, başvuru yoksa dava tarihi; idari eylemden doğan tam yargı davasında ise, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi veya başvuru tarihi kabul edilen tarih faizin başlangıç tarihi olacaktır.

2577 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 4. fıkrasına 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile eklenen düzenleme, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının önünde engel olan bir hususu ortadan kaldırarak, kişilerin uğramış olduğu gerçek zarar miktarının tazmin edilebilmesine imkân sağlamıştır. Bu yönüyle olumlu ve yerinde olan bu düzenleme, idarî yargılama usulünde önemli bir eksiği gidermiş bulunmaktadır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

ARSLAN Ahmet / DÜNDAR Tuncay: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara-2002.

ARSLAN Çetin / KIRMIZI Mustafa: Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2010.

ATAY Ender Ethem / ODABAŞI Hasan: Teori ve Yargı Kararları Işığında

İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2010.

BAL Yakup / ŞAHİN Yahya / KARABULUT Mustafa: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara-2003.

BİLGE Necip: Medeni Yargılama Hukuk Dersleri, 1967.

BİLGİN Mahmut: Hukuk Yargılamasında İslah, Adalet Yayınevi, Ankara-2010.

CANDAN Turgut: Açıklamalı İdarî Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara-2012.

ÇAĞLAYAN Ramazan: İdarî Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara-2001.

ÇAĞLAYAN Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Şubat-2012.

DEVELLİOĞLU Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 20. Baskı(2003), Aydın Kitapevi Yayınları-Ankara.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref: Yönetmelik Yargı, 32. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara-2012

GÜNDAY Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi,, 5. Baskı, Ankara-2002.

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder: Medeni Usul Hukuku, 23.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2012.

ÖZCAN Elvin Evrim: “İdarî Yargılama Hukukunda İslah”, TBB Dergisi 2011 (92) s.223-237.

PEKCANİTEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 13. Bası, Ankara-2012.

POSTACIOĞLU E. İlhan: Medeni Usul Hukuk Dersleri, İstanbul-1975.

TUTUMLU Mehmet Akif: Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hu-

kukunda Islah, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ocak 2013.

ÜSTÜNDAĞ Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C.I,II 5. Bası İstanbul,1992.

YENİCE Kazım / ESİN Yüksel: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara-1983.

YILMAZ Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah, İstanbul-1982.

Danıştay Dergisi, Yıl:2013, Sayı:133

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA
HÜKÜMLÜYÜ TOPLUMA YENİDEN KAZANDIRMAK
BAĞLAMINDA SALIVERİLMEME HAZIRLIK, GEÇİŞ SÜRECİNİN
YÖNETİMİ VE KOŞULLU SALIVERİLME**

*Entlassungsvorbereitung, Übergangsmanagement und bedingte Entlassung
in Rechtsvergleichender Sicht und unter dem Gesichtspunkt des Türkischen
Rechts im Rahmen der Wiedereingliederung des Täters*

Semih YUMAK*

ÖZET

Hükümlünün yeniden sosyalleştirilmesi, tartışmalı içeriğine rağmen birçok ülkede cezanın infazında izlenen en önemli amaçtır. Hükümlünün daha ceza infaz kurumunda iken salıverilmeye hazırlanması, geçiş sürecinin yönetimi, infaz süresinin dolmadan şarta bağlı ve denetimli erken tahliyesi ve infazın yükümlülüğe bağlı ertelenmesi, bu amaç çerçevesinde geliştirilmiş kurum ve uygulamalardır. Bu çalışmada bahsi geçen kurum ve uygulamalar olabildiğince karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku ışığında açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yeniden sosyalleşme, topluma kazandırma, salıverilmeye hazırlık, geçiş süreci, koşullu salıverilme.

ZUSAMMENFASSUNG

Trotz Diskussionen ist in vielen Ländern der einzige Zweck bei Vollstreckung der Strafe die Resozialisierung des Gefangenen. Entlassungsvorbereitung des Gefangenen während dem Vollzug, Übergangsmanagement, bedingte Entlassung unter Aufsicht und Bewährung mit Auflagen und Weisungen sind die Rechtsinstitute und Anwendungsbereiche, die zur Resozialisierung des Gefangenen entwickelt wurden. In diesem Beitrag werden oben genannte Institute und Anwendungen so bald wie möglich im Lichte der Rechtsvergleichung und unter dem Gesichtspunkt des türkischen Rechts erörtert werden.

* Greifswald Üniversitesi Kriminoloji ve Ceza Adaleti Sistemi Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi, MEB Yurtdışı Lisansüstü Eğitim Bursiyeri, semihyu@hotmail.com

Schlüsselwörter: Resozialisierung, Wiedereingliederung des Täters, Entlassungsvorbereitung, Übergangsmanagement, Bedingte Entlassung.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Ceza yaptırımları sosyal kontrolün gerçekleştirilmesinde önemli bir rol alır ve merkezi bir yer işgal eder.¹ Sosyal kontrol ile ilgili söz konusu bu ceza yaptırımlarına son çare olarak (*ultima ratio*) başvurulur.²

Baskın görüşe göre ceza infaz hukuku, ceza adaleti sistemi içerisinde mad-di ceza hukukunun bir yansıması değildir, bilakis kendine özgü bir hukuk dalı olarak değerlendirilir; çünkü ceza kanunları yaptırımların infazı ile ilgili hükümler içermezler.³

Alman Anayasa Mahkemesi 1973 tarihli *Lebach* kararında yeniden sosyalleşmenin ya da hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasının, özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazının tek amacı olduğunu hüküm altına almıştır (*cezanın pozitif özel önleme amacı*).⁴ Bu karar üzerine federal kanun koyucu 1976 yılında Alman Ceza İnfaz Kanunu⁵ madde 2 cümle 1’de “yeniden sosyalleştirmek”, (*Resozialisierung*) daha doğrusu “yeniden topluma kazandırmanın” ceza infazının tek ve yegane amacı olduğunu belirtmiştir. Devlete, infazı bu amaca ulaşması yönünde gerçekleştirmesi yükümlülüğü getirilmiştir (§ 3 fıkra 3 AlmCİK).⁶ Aynı

¹ Bernd-Dieter Meier, **Strafrechtliche Sanktionen**, Springer Verlag 3. Auflage, Heidelberg 2009, s. 1; Mustafa T. Yücel, **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, TBB Yay., 4. Bası, Ankara 2007, s. 268.

² Meier, **Sanktionen**, s. 10.

³ Klaus Laubenthal, **Strafvollzug**, Springer Verlag, 6. Auflage, Heidelberg 2011, s. 11. Ceza infaz hukukunun şekli ceza hukuku içerisinde yer aldığı görüşü de vardır; fakat belirtildiği üzere baskın görüş kendine özgü bir hukuk dalı olduğu yönündedir. Krş. Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yay. 2. baskı, Ankara 2008, s. 36.

⁴ Almanca Bundesverfassungsgericht, kısaltması ise BVerfG şeklindedir. Karar için bkz. BVerfG 35, 202 (1973).

⁵ Almanca Strafvollzugsgesetz, kısaltması ise StVollzG şeklindedir. Çalışmamızda AlmCİK olarak anılacaktır.

⁶ **§ 3 İnfazın Yerine Getirilmesi**

(1) Cezaevindeki yaşam mümkün olduğunca genel hayat şartlarıyla aynı şekilde olmalıdır.

(2) Özgürlükten alıkoymanın zararlı sonuçlarına karşı etkili tedbirler alınır.

(3) İnfaz, hükümlüye yardımda bulunma, özgür hayattaki yaşama kazandırma üzerine kurulur.

şekilde salıverilmeye hazırlama için de infaz gevşetilmeli, hafifletilmelidir (§ 11 ve § 15 fıkra 1 AlmCİK).

Türk hukukunda da infaz ile varılması gereken esas amaç, mahkumu *iyileştirmektir*.⁷ 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun (CGTİHK) genel gerekçesinde infaz kurumunun temel amacının hükümlüleri iyileştirmek esaslı olduğu vurgulanmış⁸, ayrıca CGTİHK m. 3'te infazın amacı "(1) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle *genel ve özel önlemeyi sağlamak*, bu maksatla *hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak*, hükümlünün; *yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek*, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır." olarak tayin edilmiştir. Sonuç olarak suç olgusu, geleneksel ceza adaleti felsefesinin aksine sosyal bir vaka olarak algılanmış, toplum temeline dayalı iyileştirme yaklaşımı gelişim göstermiş ve nihayetinde bu gelişime paralel biçimde temel ilke ve esaslar mevzuatlara yansımıştır.⁹

Topluma yeniden kazandırma üzerine bahsediliyorsa, infaz konusunda bazı özel düzenlemelere gidilmeli, yeni kurumlar kurulmalı ve bu kurumlar amaca uygun şekilde donatılmalıdır.¹⁰ Özellikle de cezaevinden özgür yaşama geçiş söz konusu ise, bu amaca hizmet eden kurumların birbiri arasındaki uyum meselesinin önemli olduğunun da vurgulanması gerekir.¹¹ Salıverilmeye hazırlama, yani infazın gevşetilmesi ya da hafifletilmesi, ye-

⁷ Özbek, hükümlünün öncelikle "amaç ne olursa olsun, yöntem ne şekilde belirlenirse belirlensin" özgürlüğü bağlayıcı cezanın karşılığını alması, bunu hissetmesi gerektiği görüşünü dile getirmektedir. Katılmadığımız bu görüşe göre birey ve ıslah esaslı infaz amacı ilk aşamada önemsenmemekte, hükümlünün cezayı kefarete olarak ödemesi gerektiği düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Krş. Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, Orion Yay., Ankara 2007, s. 125.

⁸ Bkz. CGTİHK Genel Gerekçe, Artuk-Gökçen-Yenidünya, **Gerekeçli Ceza Kanunları**, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2007, s. 811. Özbek, kanunda "iyileştirmek" ile ifade edilmek istenenin "iyileştirmek suretiyle yeniden topluma kazandırma" olduğunu belirtmektedir. Krş. Özbek, *İnfaz Hukuku*, s. 125.

⁹ Krş. Yücel, **Türk Ceza Siyaseti**, s. 264.

¹⁰ Özbek, *İnfaz Hukuku*, s. 50.

¹¹ Krş. Eduart Matt, "**Bedingte Entlassung, Übergangsmanagement und Wiedereingliederung**", *Bedingte Entlassung, Übergangsmanagement und Wiedereingliederung von (Ex-)Strafgefangenen*, Bremen 2012, s. 11. Krş. Yücel, **Türk Ceza Siyaseti**, s. 28 vd.

niden topluma kazandırma amacının cezaevinden özgürlüğe geçişte somutlaştırılmasıdır.¹²

Son yıllarda akademik tartışmalarda ve mevzuat düzenlemelerinde yeni gelişmeler söz konusu olmaktadır. Mükerrirlere özgü infaz rakamlarının yüksekliğinden dolayı cezanın infazı ile ilgili ilkeler etkili olarak görülmemektedir.¹³ Salıverilen hükümlülerin birçoğu aynı suçtan ya da başka bir suçtan dolayı yargılanıp hüküm giymekte ve tekrardan cezaevine dönmektedir.¹⁴ Bu sebepten dolayı şu soru sorulur: “İnfazın amacını, yani yeniden sosyalleştirmeyi, nasıl daha iyi bir şekilde etkili hale getirebiliriz?”. Cevap arayışları sürecinde özgürlüğü bağlayıcı ceza yerine yeni tedbirler geliştirilir. Bu gelişmelere klasik bir örnek, hapis cezasının infazının ertelenmesi kurumudur.¹⁵ Kurumun ortaya çıkış felekesinde, ileride işlenebilecek muhtemel suçların önlenmesi ve bu bağlamda mahkuma toplumla bütünleşmesi için bir fırsat verme vardır.¹⁶ İşte bu önleme ve adalet düşüncesi kurumun temelini oluşturmaktadır.¹⁷

Bu gelişmelerle birlikte hapis cezasına seçenек yaptırımlar gündeme gelse de, ceza infaz kurumunun mevcudiyetine ihtiyaç bulunmaktadır; çünkü denetimli serbestlik ya da tecil gibi hapis cezasına seçenек yaptırım ve alternatif infaz sistemleri güvenilebilecek sanıklar ve mahkumlar üzerine kurulmuştur.¹⁸

¹² Frieder Dünkel, **Vorlesung Strafvollzugsrecht**, (yayımlanmamış ders sunumları), Greifswald 2012, Nr. 12, s. 2.

¹³ Matt, **Übergangsmangement**, s. 11. Krş. Ali Rıza Töngür, **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme**, Adalet Yay., Ankara 2009, s. 34; Özbek, **İnfaz Hukuku**, s. 145.

¹⁴ Laubenthal, **Strafvollzug**, s. 46-47.

¹⁵ Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch-StGB) kural olarak 1 yılı aşmayan hapis cezalarında, bazı özel durumlarda ise 2 yılı aşmayan hapis cezalarında hükmedilen cezanın infazının ertelenmesini düzenlemiştir. Denetim süresi ise iki yıldan az ve 5 yıldan fazla olmayacak şekilde mahkemenin takdirine bırakılmıştır (§ 56 vd. StGB). Türk hukukunda ise erteleme, iki yılı aşmayan hapis cezaları için mevcuttur. Denetim süresi ise mahkum olunan cezadan az olmayacak biçimde bir ile üç yıl arasındadır (**Türk Ceza Kanunu-TCK m. 51**).

¹⁶ Krş. Enver Kumbasar, **Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yay., Ankara 2012, s. 67; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 622.

¹⁷ Töngür, **Erteleme**, s. 23.

¹⁸ Laubenthal, **Strafvollzug**, s. 8.

Erteleme olmadan verilen hapis cezası, o cezanın tam çekileceği anlamına gelmez. Mahkum, yeniden topluma kazanılmasına bir imkan olarak, cezanın belli bir miktar çekilmesinden sonra koşullu (erken) serbest bırakılabilir.¹⁹

Çağdaş hukuk düzeninin bir yansıması olan erken tahliye meselesi 19. yüzyılın sonlarında uluslararası kurultaylarda gündeme gelmiş ve 1950 yılında yapılan onikinci uluslararası ceza ve hapisane kongresindeki tartışmalar ve çözüm önerileriyle birlikte ana hatlarıyla ortaya çıkmıştır.²⁰ Bu kurumun ortaya çıkış felsefesinde de mahkuma toplumla bütünleşmesini gösterebilecek bir fırsat vermek yatmaktadır. Bu sayede ileride işlenebilecek muhtemel suçlar önlenebilecektir.²¹ Suç ve ceza ile izlenen politika açısından ise mahkumun erken tahliye edilmesi ile varılmak istenen, cezanın özel önleme amacını, yani toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamaktır.²²

¹⁹ Alman Ceza Kanunu'nda kural olarak, en az iki ay olacak şekilde cezanın üçte ikisinin çekilmesiyle, toplum için tehlikeli olmadığına kanı getirilmişse ve mahkum koşullu salıverilmeye rıza göstermişse infaz mahkemesince serbest bırakılır. Şartların oluşması durumunda mahkemenin takdir hakkı bulunmamaktadır (§ 57 vd. StGB). Bkz. Laubenthal, **Strafvollzug**, s. 395. Türk hukukunda da kural olarak cezanın üçte ikisinin infazı şart koşulmuştur. Ancak mahkumun talebi ya da rızası erken/koşullu salıverilme için aranmaz (**CGTİHK m. 107**). Bkz. Töngür, **Erteleme**, s. 42; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku**, Seçkin Yay., 9. Bası, Ankara 2010, s. 556. Bu bakımdan Türk hukukundaki düzenleme isabetlidir; çünkü mahkumun rızasının aranması mahkumun infaza katılım yükümlülüğünden feragat edebileceği anlamına gelmektedir. Bu da modern infaz sistemlerindeki mahkumun infaza katılım yükümlülüğü ilkesine ters düşmektedir. Ayrıca mahkumun rıza göstermesi, verdiği sözden dolayı üzerinde ruhsal bir baskı oluşturabilecektir. Krş. Simson, **Bedingte Freilassung**, s. 76. Özbek, hükümlünün de kendisinin koşullu salıverilme talebinde bulunabileceğini ve verilecek karara itiraz edebileceğini belirtmekte, bu yönüyle koşullu salıverilmenin Türk hukukunda hükümlü için aynı zamanda bir hak olduğunu düşünmektedir. Bkz. Özbek, **İnfaz Hukuku**, s. 247. Hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, **"Koşullu Salıverilme"**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 1-2, Yıl 2008, s. 309-310. Mahkumun infaza katılma yükümlülüğü **AlmCİK § 4 fıkra 1**'de: "Mahkum, iyileştirme programlarının şekillendirilmesinde ve infaz amacına ulaşmada katılımda bulunur. Bu konuda isteği uyandırılır ve desteklenir." ; Türk hukukunda ise **CGTİHK m. 26/2**'de "*Hükümlü, ceza infaz kurumunun güvenlik ve iyileştirme programlarına tam bir uyum göstermekle yükümlüdür.*" şeklinde kaleme alınmıştır. Krş. Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, s. 160-161.

²⁰ Simson, **Bedingte Freilassung**, 48. Kongre ile ilgili Türkçe değerlendirme için bkz. Nuralah Kunter, **Ceza ve Ceza İnfazı Milletlerarası Onikinci Kongresi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 16, Sayı 3-4, Yıl 1950, s. 582-615.

²¹ Simson, **Bedingte Freilassung**, s. 49. Yazar burada odak noktasının mahkum değil, bilakis toplum olduğunu belirtmektedir.

²² Meier, **Sanktionen**, s. 125. Cezanın özel önleme amacı ikiye ayrılır: Pozitif ve negatif özel önleme.

Bu noktada salıverilmeye hazırlamanın ve salıverilme sonrası mahkumun topluma uyum sağlama sürecinin yönetimi kavramı, koşullu salıverilmeye ya da cezanın denetimli serbestlik adına terk edildiği durumlarda denetim süresinin bitimine kadar bu amaca hizmet eden bütün kişi ve kurumların desteklerinde ve cezaevi öncesi ve sonrası rehberlik hizmetlerinde kendini bulur.²³

I. SALIVERİLMEME HAZIRLIK VE SONRASI GEÇİŞ SÜRECİ YÖNETİMİNİN UNSURLARI

Geçiş süreci yönetiminin, mahkumun erken tahliyesi ile başlayan ve/veya denetim süresinin bitimine kadar olan bir zaman dilimi anlaşılır.²⁴ Bu süreç iki yönlüdür: Mahkumun salıverilmeye hazırlanmasını ve salıverilme sonrası mahkuma toplumla tekrardan uyumlu olabilmesi için rehberlik edilmesini kapsar. Hükümlünün topluma dönüş için hazırlanması, iyileştirme sürecinin bir kısmı olarak da değerlendirilir. Bu süreç içerisinde cezaevinin kabul edilen olumsuz etkileri asgariye indirilmeli, hükümlünün dış dünya ile teması bu doğrultuda sürdürülmelidir.²⁵

Salıverilmeye hazırlık düşüncesinin arka planında salıverilme sonrası tekrardan suç işlemenin önüne geçmek hedefi yattığı söylenebilir. Görgül (empirik) araştırmalarda da bu geçiş sürecinin uzman kişilerin gözetimi ve desteği altında gerçekleştirilmesinin, mahkumun topluma daha çabuk uyum sağlayıp dahil olma oranını hızlandırıp hızlandırmadığı meselesi açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır.²⁶ Her halukarda bu geçiş süreci yönetimi, yeniden sosyalleştirme hedefinin somutlaşmış bir uygulamasıdır. Bu yüzden sağlam temellere dayalı sistemleştirilmiş bir geçiş süreci yönetiminin, yeniden cezaevine dönüşü ya da tekrardan aynı veya başka bir suçtan mahkum edilmeyi azaltıcı bir işlevi olduğu da söylenebilir.²⁷ Ancak bu faaliyetlerin

Çalışmamızda bahsedilen özel önleme amacı pozitif özel önleme anlamında kullanılmaktadır. Pozitif özel önleme amacı ise kısaca, verilen ceza ile mahkumun ıslah olması ve toplumla yeniden uyum sağlamasıdır.

²³ Matt, *Übergangsmanagement*, s. 19-26.

²⁴ Matt, *Übergangsmanagement*, s. 19.

²⁵ Yücel, *Türk Ceza Siyaseti*, s. 253.

²⁶ Inneke Pruin, *Bewährungshilfe und Übergangsmanagement*, Greifswald 2013 (1.7.2013 tarihli yayımlanmamış sunumu).

²⁷ Krş. Eduart Matt, "Übergangsmanagement. Zur **Konzeption einer systematischen Wie-**

önemi toplumda yeterince anlaşılmamakta, hatta yer yer bu faaliyetler eleştirisi konusu olmaktadır.²⁸

Geçiş süreci yönetiminin unsurları şu şekilde bölümlendirilebilir:²⁹

- **İlgilenme, Rehberlik Etme:** Cezaevi ve sonrası dönemi kapsmalıdır. Uzman bir kişi tarafından ilişkiye dayalı çalışma yürütülmelidir.

Kısaca asıl amaç => Kesintisiz ve sürekli bir rehberlik hizmeti ile cezaevine tekrardan dönüşü azaltmaktır.

- **Hedefe Odaklanmış Tedbirler:** Burada topluma yeniden kazandırılma, yani mahkumun yeniden sosyalleşmesi meselesi gündeme gelmektedir. Mahkumun cezaevinden özgür yaşama geçişinde ihtiyaç duyulan tedbirlerin neler olduğunun tespit edilmesi ve bu tedbirlerin açıklığa kavuşturulması gerekir.
- **İletişim Ağı:** Amaca hizmet eden tüm kişi ve kurumların uyumlu ve verimli çalışması için güçlü bir iletişim ağı gereklidir. Uluslararası alanda bu şekilde kurulan ağlar *Network* olarak bilinmektedir. İletişim ağının ne şekilde, hangi tarzda kurulduğunun önemi yoktur. Asıl olan kişi ve kurumlar arasındaki işbirliğinin bu ağ vasıtası ile verimli bir şekilde işlemesi, bilgi akışının sağlanmasıdır.
- **Yetki ve Sorumlulukların Açıklığa Kavuşturulmuş Olması:** Belirlenen yetki çerçevesinde kurumlar sisteme katkıda bulunmaktadır. Bir kurum sadece bir sorumluluk yüklenmemekte, aksine sorumluluklar paylaştırılmaktadır. Dolayısıyla her durumda sorumluluklar, somut bir şekilde belirlenmelidir. Aksi halde yetki sorunu gündeme gelir ve bu sorun işbirliğini ve sisteme eşlik eden kişi ve kurumlar arası bilgi akışını aksatabilir, hatta önüne geçebilir.
- **Teşvik Etme ve Destekleme:** Mahkum ile danışman arasındaki ilişkiye

dereingliederungsstrategie von (Ex-)Strafgefangenen und Straffälligen", *Neue Kriminalpolitik*, Nomos Verlag, Baden 2010-1, s. 34-39.

²⁸ Krş. İbrahim Usta, Hakan Öztürk, "Denetimli Serbestlik", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 5, Sayı 13, Ağustos 2010, Seçkin Yay., Ankara, s. 33 vd. (<http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/>)

²⁹ Bu unsurlar farklı araştırma ve çalışmalarda tespit edilmiştir. Unsurların bir arada açıklanmaya çalışıldığı yer için krş. Matt, *Übergangsmanagement*, s. 19.

bağlı bir çalışma olmadan organizasyonun bütününde başarı sağlanamaz. Bu bağlamda teşvik etme ve destekleme, başarıya ulaşmamıza yardımcı olan ve aksaklıkları yansıtan bir monitör işlevi de görmektedir.

Bu alanda başarıya ulaşmanın bir diğer şartı da, görevli personelin sürecin tüm aşamalarında desteklenmesi, devamında ise mahkumlara kişiselleştirilmiş rehberlik hizmetleri ve destekler sunulmasıdır. Mahkumlara sunulan kişisel destek ve rehberliklerin kapsam ve içeriği, bazı ülkelerde sisteme uyum sağlamış hakimler vasıtasıyla açıklığa kavuşturulmuştur. Bu ülkelerde geçiş süreci ile ilgili birçok bakış açısı, sisteme uyum sağlamış bu hakimler aracılığıyla icra edilme olanağı bulmuştur.

Bu çerçevede söylenmesi gereken bir diğer husus da, ruhsal (manevi) etkelenlerin, maddi etkenlere göre daha işlevsel ve önemli bir yere sahip olduğudur.

- **Yaşam Öyküsünün ve Geleceğe Bakış Açısının Belirlenmesi:** Mahkumun sadece şimdiki durumu ön planda tutulmamalı, olası gelişim süreçleri de göz önüne alınmalıdır. Mahkumu tehlikeye düşürebilecek, süreçten sapıtılabilecek durumlar hakkında elde edilebilecek bilgi ve bulgular (risk unsurları), mahkumun mükerrer suçlu olma olasılığını azaltabilecektir.

Yukarıda zikredilen unsurların bir araya getirildiği bir geçiş süreci yönetimi, hem tekrardan suç işlemeyi önleyici hem de mahkumun topluma yeniden kazandırılması işlevini görecektir.

A. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk hukukunda infaz kurumlarındaki bu hizmetler, psikolog ve sosyal çalışmacılardan teşekkül eden psiko-sosyal servisler ile görülmektedir.³⁰ Bu

³⁰ Psiko-sosyal yardım servisinin görevleri 6/4/2006 tarihli ve 26131 nolu Resmi Gazete'de yayımlanan *Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük* m. 24'te sayılmıştır:

(1) Psiko sosyal yardım servisi personel ve hükümlülerin ruh ve beden sağlığı ve bütünlüğüne ilişkin koruyucu, geliştirici programları araştıran, uygulayan ve gerektiğinde tedavi sürecine katılarak psikolojik destek ve müdahalede bulunan, ayrıca hükümlülerin bireysel özelliklerini, yaşam koşullarını ve suç işleme nedenlerini belirleyerek *bireysel gelişmelerine yardımcı olan, kurum yaşamına uyumlarını ve toplumsal yaşamla uyumlaşmalarını sağlayan ve bireyin yeniden suç işlemesini engelleyecek önlemleri alan* ve bu amaçla gerektiğinde kurum en üst amirinin bilgisi dahilinde, aileler ve sosyal çevreyle görüşme yapan servistir.

servisler tarafından verilen hizmetler kurum içi ve salıverilme sonrası hizmetler şeklinde sınıflandırılmıştır. Kurum içi hizmetler bireysel psikolojik görüşmeler, hükümlünün iş yurdu meslek eğitim atölyelerine katılımını teşvik ve sorunların tespiti ve çözüm önerileri geliştirmek için hükümlünün ailesi ile yapılan görüşmelerdir. Salıverilmeye hazırlık kapsamında ise hükümlü ile dışarıdaki sosyal yaşama uyum sağlamasına yönelik görüşmeler yapılır, bu bağlamda sosyal çevresi ile ilişkiye geçilir. Salıverilme sonrası hükümlüye sosyal yaşama en kısa sürede uyum sağlaması için yapması gerekenler, yapabileceği işler, gerçekleştirebileceği imkanlar hakkında bilgi verilir.³¹

Anılan hizmetler çerçevesinde uygulanan iki önemli proje şu şekildedir:³²

- **Önce Düşün (Genel Suçlu Davranış Programı) :** “Önce Düşün” Programı hükümlülere yönelik olarak hazırlanmış 23 oturumdan oluşan bir programdır. Oturumlar 90 dakikadır. Program problem çözme adımları ile başlamakta, bu becerilerin geliştirilmesi çalışmalarını ile devam etmektedir.

Programda, problemler hakkında düşünme ve gerçek yaşam koşullarında sorun çözme becerilerinin geliştirilmesine, bu becerilerin suç oluşturan davranış sorununa uygulanması ve gelecekteki suç oluşturan davranış riskinin azaltılmasına yardımcı olmak amaçlanmaktadır.

- **Salıverilme Öncesi Mahkum Gelişim Programı :** Program, şartlı tahliyeleri yaklaşan hükümlülere yönelik olarak hazırlanmıştır ve 10 oturumdan oluşmaktadır. Her oturum 90 dakika sürecek şekilde tasarlanmıştır.

Program sırasıyla; iletişim becerileri, sorun çözme, müzakere becerileri, karar verme, aile ve arkadaşlarla ilişkiler kurma, yapılandırılmış faaliyetler ve

Psiko-sosyal yardım servisinde, psikolog ve sosyal çalışmacı görev yapar.

(2) İyileştirme programları kapsamında spor alanları, çok amaçlı salon, kütüphane ve iş atölyelerinden yararlanma, meslek edinme kursları gibi faaliyetlere katılabilecek durumdaki hükümlüler ile kurumun iç hizmetlerinde çalıştırılacak hükümlüleri belirleyerek idare ve gözlem kuruluna sunar.

(3) Psiko-sosyal yardım servisi, hükümlülerin gözlem ve sınıflandırma formunu düzenler, ayrıca; servisin çalışmalarıyla ilgili olarak üç ayda bir raporla kurum en üst amirine bildirir.

³¹ <http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/psiko-sosyal/genelbilgi.asp> (e.t.: 11.1.2014).

³² http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/psiko-sosyal/calisma_programlari.asp (e.t.: 11.1.2014).

stres yönetimi, haklar, sorumluluklar ve sosyal yardımlar ve gelecek planlaması oturumlarından oluşmaktadır. Tüm oturumlar hükümlülerin yeni beceriler edinmeye başlamasına ve mevcut becerilerini geliştirmelerine olanak sağlamaktadır.

Program başarılı bir salıverilme için hükümlülerin hangi becerilere ihtiyacı olduğu ile ilgili araştırmalara dayanmaktadır ve bu becerilerin edinilmesi ile ilgili olarak bilişsel davranışsal bir yaklaşım kullanılmaktadır. Yeniden suç işlemenin önlenmesi ve hayat planlaması gibi konular tüm oturumların odağını oluşturmaktadır.

Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması söz konusu olduğu takdirde de bu danışmanlık ve rehberlik hizmeti, hakim tarafından aksi bir belirleme olmadıkça, *denetimli serbestlik uzmanları* tarafından yerine getirilmektedir.³³

³³ 5/3/2013 tarihli ve 28578 nolu Resmi Gazete’de yayımlanan *Denetimli Serbestlik Yönetmeliği* m. 24, *denetimli serbestlik uzmanının görevlerini* şu şekilde belirlemiştir:

- (1) Denetimli serbestlik uzmanı, hükümlülerin iyileştirilmesi ve topluma kazandırılmalarına yönelik denetim planında belirlenen çalışmaları yürütmekle yükümlüdür.
- (2) Denetimli serbestlik uzmanının görevleri şunlardır:
 - a) *Yükümlülerle bireysel görüşmeler yapmak* ve grup çalışmalarını yürütmek.
 - b) Yükümlülerin boş zamanlarının yapılandırılmasına yönelik eğitsel ve sosyal çalışmaları diğer kurumlarla iş birliği içinde yürütmek.
 - c) Yükümlülerin; *iyileştirilme süreçlerini izlemek* ve yükümlünün durumu hakkında vaka sorumlusunu sözlü ya da gerektiğinde yazılı olarak bilgilendirmek.
 - ç) *Sosyal araştırma raporu hazırlamak*.
 - d) Gerektiğinde hizmetler listesinin oluşturulmasında görev almak.
 - e) Yükümlülerin risk ve ihtiyaçlarının değerlendirilmesi ile denetim planlarının hazırlanmasında danışmanlık yapmak, değerlendirme ve planlamanın uygunluğunu kontrol etmek ve gerektiğinde değerlendirme ve planlama yapmak.
 - f) *Yükümlülerin iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması ile mağdurların desteklenmesine yönelik projeler hazırlamak ve yürütmek*.
 - g) İyileştirilme çalışmalarına esas olmak üzere, denetim altındaki hükümlülerle ev, okul veya iş yerinde özel hayatın gizliliğine dikkat ederek *görüşmeler yapmak*.
 - ğ) Koruma kurulları çalışmaları kapsamında, gerektiğinde denetimli serbestlik memuru ile birlikte *ev ve iş yeri ziyaretlerine gitmek*.
 - h) Ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlüler ile suç mağdurlarına *rehberlik hizmeti vermek ve müdahale programları uygulamak*.
 - ı) Yükümlülerin iyileştirilmesi ve yeniden topluma kazandırılması ile mağdurların desteklenmesine yönelik müdür tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

Bu uzmanlar çift taraflı bir role sahiptirler. Bir yandan mahkuma destek, rehberlik ve gözetim hizmetini görürler, diğer yandan ise hakime süreç boyunca danışmanlık hizmeti görürler. Kanunda:

“Hâkim, denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek *bir uzman kişiyi* görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda *hükümlüye öğütte bulunur*; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; *hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.*”

şeklinde düzenleme getirilerek uzmanın çift taraflı rolü açıklanmıştır (CGTİHK m. 107/9).

Türk hukukunda bu konuda bir başka önemli düzenleme de, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının gerekli desteği ve hizmeti sağlamakla yükümlü kılınmasıdır. “İnfaz Kurumuna Dış Yardımlar” başlıklı CGTİHK m. 102 şu şekildedir:

(1) *Hükümlülerin ceza infaz kurumlarından salıverilmelerinden önce veya salıverilmelerinden sonra kişisel zorluklarını aşmalarını, iyileştirilmelerini ve dışarıdaki yaşama uyumlarını sağlamak amacıyla ilgili bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu tüzel kişileri görev alanlarına giren konularda gerekli desteği ve hizmeti vermeye yükümlüdürler.*

(2) Bu konuda gönüllü kişi, kurum ve kuruluşlardan yardım alınabilir.

(3) Bu yükümlülük ve yardımların yöntem ve esasları tüzükte³⁴ belirlenir.

³⁴ Anılan Tüzük m.188 şu şekildedir:

(1) Hükümlülere, kurumlarından salıverilmelerinden önce veya sonra aşağıda belirtilen esaslara göre dış yardım yapılabilir:

a) Hükümlülerin kurumda buldukları süre içinde kendileri veya aileleri ile ilgili olarak sosyal, sağlık, hukuki yardım ve benzeri ihtiyaçların belirlenmesi için gerekli incelemeler yapılır. Bu işlemler kuruma geliş tarihinden itibaren bir ay içinde tamamlanır. Belirlenen ihtiyaçların karşılanması amacıyla infaz süresince ilgili resmî, özel, gönüllü kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılır,

b) Hükümlülerin salıverilme sonrası yaşama hazırlanabilmeleri için barınma, iş, eğitim, sosyal, sağlık ve hukuki yardım gibi ihtiyaçların belirlenebilmesi ve gereken yardımlardan

Sonuç olarak söylenebilir ki, mahkumun yeniden sosyalleştirilmesi bahsedilen geçiş sürecinin tamamında hedeflenen bir amaçtır. Şu hususunda özellikle belirtilmesi gerekir ki, cezasını çekmiş eski hükümlülerin yeniden toplumla barışabilmesi ve tekrardan suç işlememesi için iş olanaklarının toplum tarafından beklenmeden devletçe sağlanması, bu konuda gerekli yatırımların yapılması önem arz etmektedir.³⁵

B. ALMAN HUKUKUNA BAKIŞ

Ceza infaz hukuku ile ilgili kanuni düzenlemelerden federal ve eyalet çapındaki mevzuat anlaşılır. Başka bir deyişle, federalist reform çerçevesinde³⁶ federal düzenlemeler ile eyalet çapındaki düzenlemeler arasında ayırım yapılması zorunluluğudur.

1. Federal Mevzuat

§§ 57, 57a AlmCK (StGB) koşullu salıverilmenin düzenlendiği ana kaynaktır. Bu düzenleme hükümlüye yardım edecek bir uzman kişi görevlendiril-

yararlanabilmesi amacıyla, salıverilme tarihlerinden en az iki ay önce psiko- sosyal yardım servisi, bulunmuyorsa idare ve gözlem kurulu tarafından inceleme raporu hazırlanır. Hazırlanan rapor doğrultusunda, salıverilme sonrası yaşamın düzenlenebilmesi amacıyla ilgili resmî, özel, gönüllü kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılır,

c) Salıverilme sonrası ile ilgili düzenlemeler, hükümlünün salıverilmesinden en az bir hafta önce tamamlanarak, yapılan işlemler ve sonuçları hakkında kendisi bilgilendirilir,

d) *Hükümlüler, infaz sırasında ve salıverilme sonrasında, her zaman ilgili kurum ve kuruluşlardan yardım talep edebilirler.*

(2) Kişiler ile diğer kurum ve kuruluşlar tarafından hükümlülere Cumhuriyet başsavcısının izni ile giyim, kitap ve benzeri yardım ve bağış yapılabilir. Açık kurumlar ile eğitimevlerindeki hükümlülere yapılacak bağış ve yardımlarda ise kurum müdürünün izni aranır.

(3) Hükümlülerin kullanımına sunulmak üzere, yardım ve bağış olarak verilen ve demirbaşaya kaydedilmesi gereken eşyalar, Bakanlığın uygun görüşünün alınmasından sonra Cumhuriyet başsavcılığınca kabul edilir.

(4) Kuruma yapılan bağışlarda üçüncü fıkra hükmü uygulanır.

³⁵ Ersin Kavi, Serdar Altun, “**Sosyal İçerme Açısından Eski Hükümlülerin Girişimciliğe Yönlendirilmesi ve Denetimli Serbestlik Faaliyetleri**”, Uluslararası II. Trakya Bölgesi Kalkınma-Girişimcilik Sempozyumu, Bildiri Kitabı II, Kırklareli Üniversitesi Yay., 2 Nisan 2011, s. 460.

³⁶ 2006 yılında Federal Alman Anayasa’sında federalist reform çerçevesinde yapılan değişiklikler sonrası oluşan tablodur. Bu reform sonrası infaz kanunu çıkartma yetkisi eyaletlere devredilmiştir. Sonuç olarak, 1976 tarihli Federal İnfaz Kanunu haricinde (StVollzG), 16.5.2013 tarihi itibarıyla onaltıncı eyaletin infaz kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte 16 adet birbirinden farklı eyalet infaz kanunu mevcuttur. Reform kanunu için bkz. 28.8.2006, BGBl. I 2006, S. 2034.

mesi ve denetimli serbestlik geçiş sürecini öngörmektedir. Federal AlmCİK'da (StVollzG) hapis cezası infaz edilenler için ise, salıverilmeye hazırlık ve infazın gevşetilmesi, yani yumuşatılması ile ilgili hükümler getirilmiştir.

§ 15 AlmCİK'na göre hükümlünün salıverilmeye hazırlanması için infazın gevşetilmesi gerekmektedir. Bunlardan bazılarını sayacak olursak:

- **Cezaevinden belli bir süreliğine çıkma izni** (§ 11 fıkra 1)» Ceza infaz kurumunun günün belli bir vaktini kapsayacak şekilde gözetim altında ya da gözetimsiz terk edilmesi.
- **Cezaevi dışında bir işle meşgul olma** (§ 11 fıkra 1)» İnfaz koruma görevlisinin gözetiminde icra edilebilir.
- **Serbest dolaşım** (§ 11 fıkra 1)» İnfaz görevlilerinin gözetim ve denetimi olmaksızın verilen bir izindir. Tam anlamıyla dış dünya ile somut bir şekilde kurulan temasdır.
- **Açık cezaevine geçiş** (§ 15 fıkra 2)» Kapalı cezaevine kıyasla esnek bir gözetim ve disiplin anlayışının olduğu kurumlardır. Uygulamada en büyük problem, mevcut kapasitelerin idareciler tarafından doldurulmak istenmesidir. Dolayısıyla mevcut kapasiteye rağmen az sayıda hükümlü bu imkanlardan faydalanmaktadır.³⁷
- **Özel izinler ve Mazeret izni** (§§ 15 fıkra 2, 35 ve 36) » Özel bir sebepten dolayı dışarıya belli bir süreliğine çıkma, izin almadır. Örneğin salıverilmeye dokuz ay kala her ay altı günü geçmemek üzere izin verilmesi, bir yakınının veya akrabasının ağır hastalığı ya da vefatı gibi. Soyut bir kavram olan “özel bir sebep” ifadesi uygulama için sorun oluşturmaktadır. Cezaevi yönetiminin neye göre karar alacağı açık değildir.³⁸ Ancak idareye bu alanda

³⁷ Krş. Frieder Dünkel, “Vollzugslockerungen und offener Vollzug-die Bedeutung entlassungsvorbereitender Maßnahmen für die Wiedereingliederung von Gefangenen”, *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, Wiesbaden 2009-58, s. 192-196.

³⁸ Türk hukukunda ise izinler üç çeşittir: Mazeret izni, özel izin ve iş arama iznidir (**CGTİHK m. 93**). Özel izin konusu ise Alman hukukuna nazaran daha açık bir içerikle şu şekil ifade edilmiştir: “Açık ceza infaz kurumlarında bulunanlarla kapalı ceza infaz kurumunda olup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazananlara, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini veya güçlendirmelerini ve dış dünyaya uyumlarını sağlamak amacıyla kurum en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığının onayı ile üç ayda bir, yol hariç üç güne kadar izin verilebilir.” (**CGTİHK m. 95**).

açık bir takdir hakkının verildiği de düşünülmemelidir; çünkü kararlar infaz hakimliği tarafından denetime açıktır.

Ayrıca ek olarak şu hususlar da kaleme alınmıştır:

- **Salıverilme sonrası cep harçlığı** (§ 51)
- **Salıverilme sonrası harçlık harici sosyal yardımlar** (§§ 74 ve 75)
- **Salıverilmeye hazırlık için teşekkül edilmiş kurumlar** (açık cezaevi ya da diğer özel kapalı infaz kurumları, § 147)
- **Danışma Kurulu:** Kurulun hükümlünün topluma kazandırılmasında teşvik etme, destekleme ve yardımda bulunma görev ve sorumluluğu vardır (§ 163).

2. Eyalet Bazında Düzenlemeler

Önceden de belirtildiği üzere, federalist reform sonrası eyaletlere kendi infaz kanunlarını çıkartma yetkisi verilmiştir. Eyaletler yetişkinler için çıkarılan infaz kanunlarında hapis cezasının nasıl infaz edileceğini ve güvenlik gereğiyle gözetim altında tutmanın nasıl yerine getirileceğini belirlemişlerdir. Bazı eyaletlerin salıverilmeye hazırlıkla ilgili infazın gevşetilmesi hususlarına kısaca bakacak olursak:³⁹

- **Baden-Württemberg:** Temel düzenleme AlmCİK'na paraleldir (m. 9). Bir takvim yılında 21 günü aşmayacak şekilde hükümlüye izin verilebilir.
- **Bavyera:** İnfazın gevşetilmesi m. 13'de, izin hususu m. 14'de AlmCİK'na paralel şekilde düzenlenmiştir.
- **Hamburg:** Temel düzenleme AlmCİK'na paraleldir (m. 12). Ayrılan hususlar ise bir takvim yılında 24 güne kadar izin verilebilmesi ve infazın gevşetilmesinde hükümlünün rızasının aranmaması, tam tersi katılım ile yükümlü tutulmasıdır.
- **Hessen:** İnfazın gevşetilmesine en erken salıverilmeye 2 yıl kala başlanır. AlmCİK ile karşılaştırıldığında hazırlıklara başlanılması için ek bir şart öngörmüştür.

³⁹ Dünkel, **Strafvollzugsrecht**, Nr. 12, s. 47-52.

- **Aşağı Saksonya:** Temel düzenleme AlmCİK'na paraleldir. Hükümlüye gözetimli ya da gözetimsiz izin verilmesinde, infaz kurumu dışında bir işle meşgul olma gibi her durumda hükümlünün firar etme ve kaçma riskinin göz önüne alınması gerektiği düzenlenmiştir (m. 13 fıkra 3).
- **Mecklenburg-Vorpommern:** İnfaz kurumunu uzun süreli terk etme, 6 aylık hükümlülük sonrası söz konusu olmaktadır (m. 38 fıkra 3). Salıverilmeye tahmini 6 ay kala hükümlünün topluma yeniden kazandırılması için gerekli hazırlıklar yapılır (m. 38 fıkra 4). Hükümlünün bu hazırlık süreçlerine iştirak etme isteği dikkate alınır (m. 38 fıkra 1, cümle 1).

II. KOŞULLU SALIVERİLME (ŞARTLI TAHLİYE, ERKEN TAHLİYE)

Çağdaş suçla mücadele politikası şarta bağlı erken tahliyeyi, yani koşullu salıvermeyi önemli bir araç olarak görür.⁴⁰ Bir diğer yandan, koşullu salıverme kurumu mahkum yoğunluğunu (nüfus içerisinde 100.000 kişiye düşen hükümlü sayısı) yönetebilecek bir araç olarak da değerlendirilebilir.⁴¹ Bazılarına göre ise de kurum, cezaevlerindeki aşırı doluluğu yönlendirebilecek bir kapı arkası stratejisidir.⁴² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, üye devletlere tavsiye kararında, mükerrer suçlulukla mücadele ve hükümlünün topluma kazandırılması için koşullu salıverilme uygulamasının teşvik edilmesi ve desteklenmesi gerektiğini açıklamıştır (Rec(2003) 22).

Koşullu salıverilme, tarihi süreç içerisinde kendisini ilk olarak af uygulamalarında göstermiştir. Daha sonralarında ise bu uygulama kendisini yeniden sosyalleştirme amacı çerçevesinde geliştirmiş; fiil odaklı klasik ceza öğretisinden fail odaklı modern ceza öğretisine geçişin basamaklarından birisini oluşturmuştur.⁴³

⁴⁰ Frieder Dünkel, **Nomos Kommentar**, Nomos Verlag, 3. Auflage, Baden 2010, s. 1942 vd.

⁴¹ Frieder Dünkel, Ineke Pruin: “**Die bedingte/vorzeitige Entlassung aus dem Strafvollzug im europäischen Vergleich**” in: *Matt (Hrsg.), Übergangsmanagement*, s. 125.

⁴² Frieder Dünkel, **Rechtliche und rechtsvergleichende Probleme der bedingten Entlassung**, (yayınlanmamış sunum), s. 4.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dünkel, **Nomos Kommentar**, s. 1942; Simson, **Bedingte Freilassung**, s. 48-49.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi şartlı tahliyeyi “kişiselleştirilmiş tahliye sonrası şartlar altında hüküm giymiş mahkumların erken tahliye edilmesidir” şeklinde tanımlamıştır.⁴⁴

Şartlı tahliye salıvermenin bireyselleştirilmiş bir çeşit örneğidir ve cezanın özel önleme amacını hedefler. Fakat bu infaz kurumunun hükümlü açısından tamamiyle bir ödölmüş gibi algılanmaması gerekir.⁴⁵ Mahkuma bu imkan, toplumla yeniden bütünleşmesi için sunulmuştur. Ayrıca bu süreçte verilen rehberlik ve danışma hizmetleri mahkuma verilen bu imkanı pekiştirmekte, mahkumu desteklemektedir. Bir diğer husus da, mahkumun hayatının kalan dönemini suç işlemeden geçirmesine önayak olunmasıdır.⁴⁶ Netice olarak, mahkum tam anlamıyla toplumla bütünleşmesi için motive edilmektedir.⁴⁷ Diğer bir yandan ise, getirilen denetimli serbestlik tedbirleri ile topluma önleyici nitelikte korunma sağlanmaktadır. Bu bağlamda şartla salıverilmenin bir yandan mahkumu ödüllendirme, diğer bir yandan da toplumu koruma amaçlı bir önlem olarak çift taraflı rolü olduğu söylenebilir.⁴⁸

Kalan cezanın şarta bağlı tecil edilmesine kamunun esenliği ve güvenliği, hükümlünün tekrardan suç işleyip işlemeyeceği, hukuken korunan

⁴⁴ R(2003) 22 Sayılı Tavsiye Kararına Ek, m. 1. Kararın resmi olmayan türkçe çevirisi için bkz. http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/dsm_tavsiyekararlari/13.pdf

⁴⁵ Ahmet Caner Yenidünya, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme**, Legal Yay., İstanbul 2002, s. 90 vd.; Töngür, **Erteleme**, s. 42. Krş. Özbek, **İnfaz Hukuku**, s. 247.

⁴⁶ Meier, **Sanktionen**, s. 96.

⁴⁷ Meier, **Sanktionen**, s. 125.

⁴⁸ Simson, **Bedingte Freilassung**, s. 68 vd. *Yücel*, kriminolojik açıdan önleyicilik niteliğinin hukuk kurallarında her zaman göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Yücel*, **Türk Ceza Siyaseti**, s. 66.

Türk hukukunda koşullu salıverilme halinde denetimli serbestlik uygulanması infaz hakiminin takdirindedir:

Koşullu salıverilen hükümlünün tâbi tutulacağı denetim süresi, yukarıdaki fıkralara göre infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır. Ancak süreli hapislerde hakederek tahliye tarihini geçemez (CGTİHK m. 107/6).

Hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir (CGTİHK m. 107/10).

yararın istismar edilip edilmeyeceği hususları göz önünde bulundurularak karar verilir. Şartlı tahliyeye onay verilmemesi de bu bağlamda somut gerekçelere dayanmalıdır. Risk değerlendirmesini yapacak hakim ya da kurul alınacak riski savunulamayacak bulduğunu, elindeki somut verilerle ispat edecektir.⁴⁹

A. AVRUPA ÜLKELERİ HUKUKUNDA KOŞULLU SALIVERİLME

Avrupa ülkelerinin ceza infaz sistemlerinin tamamında şartlı tahliye imkanı mevcuttur. Ancak bu mevcudiyet yeknesak bir görüntü ortaya koymaz, bazı hususlarda paralel olmayan çeşitli düzenlemeler karşımıza çıkar. Dolayısıyla da her ülkenin mevzuatında farklılıklar göze çarpar. Örnek vermek gerekirse, karar mercii, salıverilme için infaz kurumunda geçirilecek süre, kendiliğinden (otomatik) erken tahliye ya da hazırlanacak değerlendirme yahut teşhis raporlarına göre erken tahliye, yüklenen yükümlülükler, yükümlülükler aykırı davranışın sonucu meselelerindeki farklılıklar sayılabilir.⁵⁰

Almanya’da erken tahliyenin gündeme gelebilmesi için infaz kurumunda geçirilecek süre kural olarak cezanın üçte ikisidir (§ 57 fıkra 1 StGB). Bu süre her halükarda iki aydan az olamaz. Ancak mahkum olunan ceza iki yılı aşmıyorsa, bu süre cezanın yarısı kadardır. Bu durumda da infaz kurumunda geçirilecek süre altı aydan az olamaz (§ 57 fıkra 2 StGB).

Birçok Avrupa ülkesinde suçlu tipine göre uygulanabilecek esnek kurallar öngörülmüştür. Örneğin mahkumun ilk defa mı yoksa birden fazla mı suç işleyip infaz kurumunda bulunduğu, diğer suçlara göre daha ağır sonuçlar doğuran ve kamuoyunda infial uyandıran bir suç işlemesi gibi.

Belçika’da ilk defa suç işleyenler için infaz kurumunda yatılması gereken süre üçte bir, mükerrir suçlular için ise hükmedilen hapis cezasının üçte ikisidir.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 125-145.

⁵⁰ Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 125. Türk hukukunda kimi yazarlarca koşullu salıverilmenin otomatikleşmemesi için iyi halin tespitinde azami özen gösterilmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. Akkaş, **Koşullu Salıverilme**, s. 319; Yenidünya, **Şartlı Salıverme**, s. 143.

Finlandiya'da⁵¹, İtalya'da, Fransa'da ve Polonya'da bu süre kural olarak cezanın yarısı şeklinde kendini gösterir.

Kısa süreli hapis cezalarının infazında mahkum olunan sürenin yarısının geçirilmesinin erken tahliye için bir ön koşul olması neredeyse Avrupa'nın genelinde uygulanan bir düzenlemedir. Örnek olarak Belçika, İngiltere, Finlandiya, Avusturya, Rusya, Macaristan, kısmen de olsa Türkiye⁵² gösterilebilir. Buna karşılık Avrupa ülkelerinde, cezanın üçte ikisinin çekilmesinden sonra gündeme gelen erken tahliye, cezanın yarısının geçirilmesinin şart koşulduğu uygulamaya kıyasla çok uygulanan bir durum değildir.⁵³

Almanya'daki, aynı şekilde Avusturya, Polonya, Rusya ve İspanya'daki

⁵¹ Bu süre mükerrer suçlu olması durumunda üçte iki olmaktadır. Ayrıca Finlandiya'da 2006 tarihli yeni infaz kanununa göre mahkumlar hakkında infaz, salıverilme ve denetim planı olmak üzere üç ayrı plan hazırlanmaktadır. Mahkumların yaklaşık %20'sine denetimli serbestlik tedbirleri uygulanmaktadır: Tapio Lappi-Seppälä, **Bewährungshilfe und Übergangsmangement in Finnland**, Greifswald 2013, (1.7.2013 tarihli yayımlanmamış sunumu).

⁵² Kamuya yararlı bir işte çalıştırma başlıklı CGTİHK 105. maddenin 4. ve 5. fıkraları 5/4/2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun ile mülga edilmiştir. Mülga edilen fıkralar şu şekildedir:

(4) İki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlde geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının *istemi üzerine*, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir.

(5) Mahkeme kararında belirtilen çalışma esasları ile rejimlere uymama hâlinde, geri kalan ceza aynen çektirilir.

5/4/2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun, m. 105'ten sonra gelmek üzere m. 105/A'yı ihdas etmiştir. Getirilen bu maddeye göre mahkum, iki aşamalı olarak denetimli serbestlik tedbiri ve ardından olumlu görüş bildirilmek şartıyla koşullu salıverilmeden faydalanacak, böylece infaz kurumunda daha az süre geçirmiş olacaktır. Temel olarak en az altı ay infaz kurumunda iyi halli geçirilmek şartı ile cezanın bitimine bir yıl veya daha az kalması halinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir. Koşullu salıverilmeye kadar uygulanacak denetimli serbestlik tedbirleri:

- a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması,
- b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması,
- c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi,
- d) Belirlenen programlara katılması,

yükümlülükleridir. Yükümlülüklerden *bir veya birden fazlasına* tabi tutulmasına, *denetimli serbestlik müdürlüğüne* karar verilir (CGTİHK m. 105/A, fıkra 5). Yükümlülüklerle denetimli serbestlik müdürlüğüne karar verilmesi kanımızca uygun değildir. Gereğesiyle birlikte hazırlanan teklif raporlarına başsavcılığın istemi, infaz hakimliğinin onayıyla veya en azından başsavcılığın teklif raporlarını uygun bulmasının daha yerinde bir düzenleme olacağı kanısındayız. Bu sayede hak ihlalleri ve keyfi uygulamalara karşı hukuki denetim yetkisi kullanılabilir.

⁵³ Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 129.

sistem göz önüne alındığında, hükümlü hakkında erken tahliyeyle ilgili olumlu görüş bildirme üzerine kurulmuş şartlı tahliye sisteminin, yani pozitif teşhisin belirleyici unsurlarından birisi olmasının, kendiliğinden (otomatik) salıverilme karşısında bir öneminin olmadığı sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Şartların oluşmasıyla birlikte erken tahliyenin, yani kendiliğinden erken tahliyenin uygulanması Avrupa genelinde gün geçtikçe önem kazanmaktadır. Üçte ikilik şart esas kural olarak Danimarka’da, Hollanda’da (iki yıldan daha fazla hapis cezaları için), Malta’da, Romanya’da, İskoçya’da (hükümlünün cezanın yarısı çekmesine rağmen salıverilmede başarı gösterilmemesi halinde) ve İsviçre’de uygulanmaktadır.⁵⁴ İngiltere ve Galler’de, Finlandiya’da, Hollanda’da ve Türkiye’de⁵⁵ otomatik erken tahliye çoktandır uygulanmaktadır.⁵⁶

Hapis cezasının kısmen ya da tamamen ertelenmesi durumunda da denetimli serbestlik ve/veya yükümlülüklerle karar verilir. Bu konuda ilginç bir uygulama Hollanda’da yaşanmıştır: Hollanda’da 2008 reformu öncesi erken tahliye edilenler için ne denetimli serbestliğe ne de yükümlülüklerle hükmediliyordu. Reform sonrası bu durum değiştirilmiş ve erken tahliyeden faydalanan mahkuma, belirlenen iyileştirme kurs ve programlarına katılma yükümlülüğü getirilmiştir.⁵⁷

⁵⁴ Dünkel, **Nomos Kommentar**, s. 1972 vd., (Tablo 1); Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 129.

⁵⁵ Kanuna göre Türkiye’de ek şart olarak “*infaz süresini iyi halli geçirmesi*” aranır (**CGTİHK m. 107/1**).

“*Öngörülen süreleri, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyararak, haklarını iyi niyetle kullanarak, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirerek geçirmiş olması ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kurulunca saptanmış bulunması*” halinde iyi halden söz edilir (**CGTİHK m. 89**).

Ek şart olarak iyi halin aranması meselesi, kurumun ortaya çıkışından beri ülkeler arasında ikilem oluşturmuştur. İyi halin mahkumu ödüllendirme olarak ölçüt alınması, bu sapmaların sebebi olarak algılanabilir. Bunun yanında cezaevindeki iyi halin özgür yaşamda da iyi hale karine olacağı düşünülmektedir. Krş. Simson, **Bedingte Freilassung**, s. 50, 68.

⁵⁶ Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 130.

⁵⁷ Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 134. Türkiye’de hapis cezasının ertelenmesine daha öncede belirtildiği gibi iki yıl veya daha az süreli hapis cezaları söz konusu olduğunda hükmedilebilir (**TCK m. 51/1**). Denetim süresi bir yıldan az, üç yıldan çok olmayacak şekilde belirlenir (**TCK m. 51/3**). Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir (**TCK m. 51/2**).

Cezanın kısmen ya da tamamen ertelenmesi yahut erken tahliye karar verilmesi halinde denetim süresinin belirlenmesinin kaçınılmaz olduğu belirtilmişti. Bu denetim çeşitli şekillerde yerine getirilir (kamuya yararlı bir işte çalıştırılması, gözetim altında tutulması, belirlenen program ve kurslara katılması gibi). Elektronik izleme de bu denetim tedbirlerinden bir tanesidir. Bazı ülkeler bu imkanı erken tahliyenin denetiminde ve hapis cezasının infazına seçenek bir usul olarak konutta infaz uygulamasında hayata geçirmişlerdir. Mevcut denetimi elektronik izleme ile sağlayan bu ülkeler İngiltere/Galler, Fransa, Hollanda, İsveç, İspanya ve İsviçre'dir.⁵⁸ Türkiye'de ise 11 Nisan 2012 tarihi itibari ile Denetimli Serbestlik Kanunu'na eklenen bir madde ile elektronik izleme hukuk hayatında yer bulmuştur.⁵⁹

1. Şartlı Tahliye Karar Vermeye Yetkili Organ

Hangi merciin bu konuda karar vermeye ve aynı şekilde aldığı kararı geri almaya yetkili kılınacağı sorusu kurum temel şeklini alırken en çok tartışılan hususlardan birisiydi. 1950 yılında yapılan onikinci uluslararası ceza ve hapishane kongresinde bu mesele, somut olaya göre karar verecek tarafsız bir makamın olması gerektiği çözümünü sunmuştu.⁶⁰

⁵⁸ Krş. Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 135. Elektronik denetim ile ilgili bazı bilgiler için bkz. Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 470 vd. Almanya'da bu hususta federal çapta bir düzenleme yoktur. Önceki yıllar getirilen teklif ve tasarılar eleştirilere mağruz kalarak kabul görmemiştir. Eyaletler bazında ise salıverilmeye hazırlık, adli para cezasının hapse çevrilmesi durumlarında elektronik denetim gündeme gelebilmektedir. Bunun haricinde geliştirilen pilot projeler mevcuttur. Bkz. Laubenthal, **Strafvollzug**, s. 5-9.

⁵⁹ Anılan Kanun m. 15/A şu şekildedir:

“Şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetimi elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yerine getirilebilir.”

Denetimli Serbestlik Yönetmeliği, elektronik izlemeyi şu şekil tanımlamıştır: “Şüpheli, sanık veya hükümlülerin elektronik yöntem ve araçlar ile toplum içinde izlenmesini, gözetim ve denetim altında tutulmasını sağlayan, mağdurun veya toplumun korunmasını destekleyen uygulamaları ifade eder.” (m. 4/1-i)

Düzenlemenin hayata geçirilmesi için Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı'nda elektronik izleme bürosu ve elektronik izleme merkezi kurulmuş, pilot projeye 25.2.2012 tarihinde başlanılmıştır. 5000 kişinin takibini yapabilecek Elektronik İzleme Merkezi de 1.2.2013'te faaliyete geçmiştir.

http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/elektronik_izleme/sergi_resim/resim.asp (e.t.: 11.1.2014)

⁶⁰ Simson, **Bedingte Freilassung**, s. 65.

Avrupa ülkeleri karşılaştırmasında şartlı tahliye karar almaya yetkili organların çok farklı şekillerde düzenlendiği, ilk bakışta rahatlıkla tespit edilebilir. Almanya’da bu konuda infaz mahkemesi yetkilendirilmiştir (§ 462a StPO).⁶¹ Belçika’da tek başına infaz kurumu idaresi karar vermeye yetkilidir. Danimarka’da, İngiltere’de, Finlandiya’da, İsveç’te ve İsviçre’de de cezaevi yönetimi, gerektiğinde Adalet Bakanlığının bu konuda yetkilendirilmiş idari bir kuruluşu yetkili kılınmıştır.⁶² Aynı şekilde, İspanya ve İngiltere’de erken tahliye kararının geri alınmasına da cezaevi yönetimi karar vermektedir.⁶³ Danimarka’da ise Adalet Bakanlığı’na bağlı ama özerk yapıda olduğu söylenelebilecek denetimli serbestlik birimi erken tahliye ve tahliye kararının geri alınmasına karar verir.⁶⁴ Anılan kararlar idari niteliktedir.⁶⁵ Türkiye’de ise kural olarak hükmü veren mahkeme koşullu salıverilmeye karar verir. Hollanda’da ise diğer uygulamalara nazaran farklı bir yapılanma öngörülmüş, bu konuda karar vermeye yetkili merkezi bir savcılık makamı kurulmuştur.⁶⁶

Karar öncesi dosyanın ve gerekli raporların hazırlanmasında iki yöntem izlenmektedir. Ya idare kendiliğinden harekete geçmektedir ya da talep üzerine idare harekete geçirilmektedir (hükümlünün, savcılığın talebi gibi). Al-

⁶¹ StPO-Strafprozessordnung. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kısaltılmış halidir.

⁶² Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 135.

⁶³ Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 139.

⁶⁴ Anette Storgaard, **Bewährungshilfe und Übergangsmanagement in Denmark**, Greifswald 2013, (1.7.2013 tarihli yayımlanmamış sunumu).

⁶⁵ Belirtildiği üzere bu kararlar nitelik itibarıyla idari işlemdir, hakim onayı alınması söz konusu değildir. Kişi özgürlüğünün en temel insan hakkı olduğu ve bu hakkın kısıtlanmasının da sıkı kurallara tabi tutulması gerektiği tartışmasızdır. Özgürlüğü bağlayıcı bir meselede idari nitelikteki bir karar ile yetinilmesi kanımızca uygun değildir. Bu açıdan Türk hukukundaki uygulama isabetlidir:

(11) Bir hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında *ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, hükmü veren mahkemeye*; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemeye verilir. Mahkeme, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir. Mahkeme, raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir. (12) Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülükler, *hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır (CGTİHK m. 107/ fıkra 11 ve 12).*

⁶⁶ Walter Hammerschick, “**Die Praxis im regelverfahren zur Vorbereitung der Entscheidung über eine bedingte Entlassung in Deutschland, den Niederlanden, und Österreich**” in: *Matt, Übergangsmanagement*, s. 34.

manya’da infaz mahkemesi hükümlünün ya da infaz idaresinin talebi üzerine dosyayı incelemekte ve dosya üzerinden karar vermektedir. Fransa’da, Çek Cumhuriyeti’nde, Bulgaristan’da savcılık makamı kendiliğinden bu talebi mahkemeye iletebilmektedir.⁶⁷ Türkiye’de ise sadece hükümlünün bulunduğu ceza infaz kurumunun görüşü, bu kurum tarafından hazırlanan gerekçeli rapor önem arz etmektedir (**CGTİHK m. 107/11**). Mahkuma bu gerekçeli raporu doğrudan inceleme hakkı kanunen öngörülmemiştir. Yalnız, mahkum, avukatı vasıtasıyla ya da yapacağı bireysel başvurular ile dosya içeriği hakkında bilgi sahibi olabilecektir.

SONUÇ

Yukarıda karşılaştırmalı hukuk ışığında açıklamaya çalıştığımız mesele hakkında sonuç olarak denilebilir ki, hükümlünün önceden denetime bağlı salıverilmesinin cezayı tam çekme ile karşılaştırıldığında hiçbir sakıncası yoktur; aksine salıverilme öncesi ve sonrası hatta denetim süresi içinde yapılan rehberlik hizmetleriyle mahkumun toplumla kuçaklaşması süreci hızlandırılmaya çalışılmaktadır.

Hapishanenin olumsuz etkileri karşısında böyle bir teşvik ve gayretlendirme içerisine girmenin hükümlü tarafında maddi ve manevi değer bulacağı kanısındayız. Serbestliğe denetim getirilmesi de izlenen politika gereği cezanın genel amacına uygundur.

Konu üzerine getirilecek eleştiriler ve özellikle rehberlik hizmetlerinin geri dönüşümü ve bu hizmetlerin mükerrir suçluluğa etkisi konularında yapılacak görgül (empirik) ve bilimsel çalışmalarla birlikte şartlı tahliye kurumu, hükümlünün toplumla uyum sağlaması ve yeniden kuçaklaşması, tekrardan suç işlememesi için bugünden daha anlamlı bir seviyeye gelebilecektir.



KAYNAKÇA

Ahmet Caner Yenidünya, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartlı Salıverme, Legal Yay., İstanbul 2002.

⁶⁷ Dünkel/Pruin, **bedingte Entlassung**, s. 136.

Ahmet Hulusi Akkaş, “Koşullu Salıverilme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 1-2, Yıl 2008.

Ali Rıza Töngür, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yay., Ankara 2009.

Anette Storgaard, Bewährungshilfe und Übergangsmanagement in Denmark, Greifswald 2013 (1.7.2013 tarihli yayımlanmamış sunumu).

Artuk-Gökçen-Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2007.

Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, Springer Verlag, 3. Auflage, Heidelberg 2009.

Eduart Matt, “Bedingte Entlassung, Übergangsmanagement und Wiedereingliederung” in: Matt, Eduart (Hrsg.): Bedingte Entlassung, Übergangsmanagement und die Wiedereingliederung von Ex-Strafgefangenen. Berlin: LIT 2012, S. 11-31.

Eduart Matt, “Übergangsmanagement. Zur Konzeption einer systematischen Wiedereingliederungsstrategie von (Ex-)Strafgefangenen und Straffälligen”, *Neue Kriminalpolitik*, Nomos Verlag, Baden 2010-1.

Enver Kumbasar, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yay., Ankara 2012.

Ersin Kavi, Serdar Altun, “Sosyal İçerme Açısından Eski Hükümlülerin Girişimciliğe Yönlendirilmesi ve Denetimli Serbestlik Faaliyetleri”, Uluslararası II. Trakya Bölgesi Kalkınma-Girişimcilik Sempozyumu, Bildiri Kitabı II, Kırklareli Üniversitesi Yay., 2 Nisan 2011.

Frieder Dünkkel, Rechtliche und rechtsvergleichende Probleme der bedingten Entlassung, (yayımlanmamış sunum), Tagung “Risiko und Sicherheit im Strafvollzug – Prognose, bedingte Entlassung und Übergangsmanagement”, Greifswald, 21./22.10.2009.

Frieder Dünkkel, Vorlesung Strafvollzugsrecht, (yayımlanmamış ders sunumları), Greifswald 2012.

Frieder Dünk, Nomos Kommentar, Nomos Verlag, 3. Auflage, Baden-Baden 2010.

Frieder Dünk, “Vollzugslockerungen und offener Vollzug-die Bedeutung entlassungsvorbereitender Maßnahmen für die Wiedereingliederung von Gefangenen”, *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, Wiesbaden 2009-58.

Frieder Dünk, Ineke Pruin: “Die bedingte/vorzeitige Entlassung aus dem Strafvollzug im europäischen Vergleich” in: Matt, Eduart (Hrsg.): Bedingte Entlassung, Übergangsmanagement und die Wiedereingliederung von Ex-Strafgefangenen. Berlin: LIT 2012, s. 125-146.

Gerhard Simson, “Die Bedingte Freilassung im modernen Recht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* Band 67, Heft 1, s.48-77.

Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, Seçkin Yay., 9. Bası, Ankara 2010.

Ineke Pruin, Bewährungshilfe und Übergangsmanagement, Greifswald 2013 (1.7.2013 tarihli yayımlanmamış sunumu).

İbrahim Usta, Hakan Öztürk, “Denetimli Serbestlik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 5, Sayı 13, Ağustos 2010, Seçkin Yay., Ankara.

İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2010.

Klaus Laubenthal, Strafvollzug, Springer Verlag, 6. Auflage, Heidelberg 2011.

Mustafa T. Yücel, Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, TBB Yay., 4. Bası, Ankara 2007.

Nurullah Kunter, Ceza ve Ceza İnfazı Milletlerarası Onikinci Kongresi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 16, Sayı 3-4, Yıl 1950, s.582-615

Tapio Lappi-Seppälä, Bewährungshilfe und Übergangsmanagement in Finnland, Greifswald 2013 (1.7.2013 tarihli yayımlanmamış sunumu).

Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, Seçkin Yay., 2. baskı, Ankara 2008.

Veli Özer Özbek, İnfaz Hukuku, Orion Yay., Ankara 2007.

Walter Hammerschick, “Die Praxis im regelverfahren zur Vorbereitung der Entscheidung über eine bedingte Entlassung in Deutschland, den Niederlanden, und Österreich” in: Matt, Eduart (Hrsg.): Bedingte Entlassung, Übergangsmangement und die Wiedereingliederung von Ex-Strafgefangenen. Berlin: LIT 2012, s. 31-47.

Yararlanılan Mevzuat

Alman Ceza Kanunu (**StGB**)

Alman Ceza İnfaz Kanunu (**StVollzG**)

Türk Ceza Kanunu (**TCK**)

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (**CGTİHK**)

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük

Denetimli Serbestlik Yönetmeliği

Yararlanılan İnternet Sayfaları

<http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/psiko-sosyal/genelbilgi.asp>

http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/psiko-sosyal/calisma_programlari.asp

http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/dsm_tavsiyekararlari/13.pdf

http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/elektronik_izleme/sergi_resim/resim.asp

http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/menusayfalari/bilgibankasi/makaleler/makale_ds_cezahukukudergisi.pdf

http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/menusayfalari/bilgibankasi/makaleler/Sos_icerme_acsndn_esk_hkmlu.pdf

YARGI BAĞIMSIZLIĞI BAĞLAMINDA ADALET BAKANI'NIN HSYK VE CUMHURİYET SAVCISI İLE ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ ESAS VE KAPSAMI

*The Legal Principal and Scope of the Relationship Between Minister
of Justice and Supreme Council (HSYK) and Prosecutor in the Context
of Independence of the Judiciary*

Süleyman ÖZAR*

ÖZET

Hukuk devleti ilkesi, yargının diğer erklerden bağımsız olmasını gerektirir. Bağımsızlık, yargının tarafsız olabilmesi ve böylece adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için ön koşuldur. Yargının bağımsızlığı için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun anlam ve önemini herkesçe bilinmesi gerekir.

Öte yandan savcı ile bakanlık ve başsavcı ilişkisi de hukuk devleti ilkesi açısından etraflıca değerlendirilmelidir. Savcı bağımsız yargının sağlayıcısı olarak kilit bir role sahiptir. Hakim ve savcılar, devletin buyurma gücünü en geniş yetkilerle kullanan kamu görevlileridir. O halde, bu statüleri işgal eden kişilerin niteliklerinin mukayeseli ve çağdaş bir bakış açısı ile irdelenmesi kaçınılmazdır.

Anahtar Kelimeler : Yargı Bağımsızlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Anayasa, Erkler Ayrılığı, Hukuk Devleti, Adalet Bakanı, Savcı.

ABSTRACT

Rule of law requires that the judiciary be independent than other state powers. Independence is a precondition for the impartiality of the judiciary and thus for the realization of a fair trial. The sense and importance of "Supreme Council of Judges and Prosecutors" (HSYK) must be known by everyone for the independence of the judiciary.

On the other hand, the connection between ministry and chief prosecutor is also must be discussed in detail on the basis of rule of law. As an independent judiciary provider, prosecutors play a key role. Judges and State Prosecutors wield the ultimate

* Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Gn. Müdürlüğü Tetkik Hakimi, AÜHF Doktora Öğrencisi.

state power and exercise broad discretionary authority. Therefore, qualifications of individuals appointed to judicial offices warrant a modern comparative law examination.

Keywords : Independence of the judiciary, Supreme Council of Judges and Prosecutors, Constitution, Separation of Powers, Rule of Law, Minister of Justice, Prosecutor.

◆◆◆

GİRİŞ

Son yıllarda Anayasasında ve temel kodlarında köklü değişiklikler yapan Türk Hukuk Sistemi, Batı standartlarında bir hukuk devleti olma yolunda önemli adımlar atmıştır. Bu hamlelerin başında Anayasada HSYK'ya ilişkin 2010 değişiklikleri ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2005 yılında tamamen yenilenmesi gelmektedir. Kurulun yapısı ve oluşumu yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını; CMK'nın savcıya yüklediği yeni anlamlar ise etkin ve objektif bir soruşturmanın yapılmasını doğrudan ilgilendirmektedir.

Bu çalışmada birinci bölümde önce HSYK'nın tarihçesi ve hukuksal mahiyetini inceleyeceğiz. Bunu müteakip Adalet Bakanı ile Kurul arasındaki ilişkinin nasıl olduğu ve nasıl olması gerektiği sorunsalı irdelenecektir. İkinci bölümde ise savcılık kurumu tahlil edilerek; bu bağlamda, savcılığın adli ve idari görünümü nazara verilecek, mevzuatımız ve uluslararası belgeler ışığında tarafsız ve bağımsız olup olmadığı/olup olmayacağı tartışılacaktır. Bu tartışmalar doğrultusunda da savcı ile Adalet Bakanı arasındaki ilişki veya bağlantının çerçevesi, sınırları ve niteliği üzerinde durulması düşünülmektedir.

A. DALET BAKANI ve HSYK İLİŞKİSİ

I. DÜNDEN BUGÜNE HSYK

1. 1961 Anayasası:

Hakim ve Savcılarının özlük, disiplin ve atama gibi işlemlerinin genel idare-den bağımsız bir kurul tarafından idare edilmesi durumu ilk kez 1961 Anayasası ile hukukumuzda girdi. 61 Anayasasında Yüksek Hakimler Kurulu düzenlenmişti. 18 üyeli kurul; Yargıtay Genel Kurulu'nun 6, birinci sınıf hakimlerin 6, meclisin 3 ve senatonun 3 üye seçip göndermesiyle oluşuyordu.

1971 askeri müdahalesinden sonra yapılan anayasa değişikliklerinden biri de, Yüksek Savcılar Kurulunun ihdas edilmesiydi. Kurul; Adalet Bakanının başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürü ve Yargıtaydan seçilen üç asıl üyeden müteşekkildi. Yine 1971 değişikliği ile Hakimler Yüksek Kuruluna sadece Yargıtayca üye seçimi yapılabileceği hüküm altına alındı.

2. 1982 Anayasası:

1982 Anayasasında hakim ve savcıların ayrı kurulları olmadı, Hakimler ve Savcılar Yüksek¹ Kurulu (HSYK) adıyla tek bir çatı oluşturuldu. Anayasanın 2010 referandumundan önceki halinde kurul 9 kişiden oluşuyordu. Kurulun Başkanı Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı da Kurulun tabîi üyesiydi. 7 de meslekten üye vardı. Bu üyelerin tamamı Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca belirlenen adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanıyordu.

2010 referandumundan sonra 1961 Anayasasının 12 Mart muhtırasından önceki şekline benzer ve elbette daha bağımsız ve güçlü bir HSYK ortaya çıktı. Bugünkü haliyle HSYK'nın 22 asıl üyesi bulunuyor; 4'ü Cumhurbaşkanı atamasıyla, gerisi seçimle üyelik vasfını kazanmaktadır: 3'ü Yargıtay Genel Kurulundan, 2'si Danıştay Genel Kurulundan, 1'i Adalet Akademisi Genel Kurulundan, 7'si Adli Yargı hakim-savcıları ve 4'ü İdari Yargı hakim ve savcıları arasından seçimle göreve gelmektedir. Kurulun Başkanı Adalet Bakanı; Adalet Bakanlığı Müsteşarı ise Kurulun tabîi üyesidir.

3. Seçim Sistemi ve Blok Oy:

Kurulun 2010 Anayasa değişikliklerinden önceki oligarşik yapısı ve tartışma yaratan bazı kritik işlemleri; referandum öncesi artan bir vurguyla kamuoyunda dile getirildiği gibi kürsü hakim-savcıları da HSYK'nın yapısının değişmesine ikna oldu. Kahir ekseriyet, HSYK gibi hayati bir kurumun çoğulcu ve

¹ Hakimler ve Savcılar Kurulu demek yerine Anayasamız “Yüksek” Kurul şeklinde nitelemeyi tercih etmiştir. Oysa kendinden aşağıda başka bir kurul veya komisyon olmadığından, bu kurula yüksek demenin hiç gereği yoktu. Sonuçta HSYK yargının üstünde de değildir; hukuk devletlerinde yargının üstünde idari bir kurul olmaz, yargının üstünde yine yargı olur.

demokratik bir yapıya kavuşması gerektiğini düşünüyordu. Bu düşünce haksız değildi, ama nasıl hayata geçecekti? Yargı kompozisyonundaki tüm unsurları kuşatan bir kurul mümkün müydü? İşte bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin kritik kararı geldi: "Tek oy değil, blok oy."

Kurulun yapısının değişmesi için öngörülen Anayasal değişikliğin ilk halinde; kürsü hakim ve savcılarının her birinin bir aday için oy kullanabileceği belirtilmişti. Anayasa Mahkemesi ise "bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımaları sınırlandıran böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır." gerekçesiyle kurula kaç kişi gönderilecekse o kadar kişiye oy verilmesi gerektiğine hükmetti². Örneğin madem ki Adli yargı hakim ve savcılarını kurula 7 asıl 4 yedek olmak üzere 11 üye gönderecek; her seçmen 11 ayrı kişiye oy vermeli sonucuna varılmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bu karardan yaklaşık dört yıl sonra yeni bir iptal kararı ile 2010 içtihadından farklı bir durum ortaya çıkarmış görünmektedir. Şöyle ki, 6087 sayılı HSYK Kanunu'nun değişik 19. maddesine göre "Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üye, ancak bir aday için³; birinci sınıf adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcı, kendi aralarından seçilecek asıl ve yedek üyelerin toplam sayısı kadar aday için oy kullanabilir." denilerek iki ayrı seçimde iki ayrı oy kullanma usulü getirilmişti. Fakat Anayasa Mahkemesi cümlenin sonundaki "oy kullanabilir" ibaresini 10/04/2014 tarihli ve 2014/57 esas sayılı kararıyla iptal etmiştir. Mahkeme; tüm HSYK üyeleri bakımından temsilde adalet ve eşitlik ilkeleri gereğince aynı seçim usulünün uygulanması gerektiği, iki ayrı seçim usulünün eşitlik ilkesine aykırı olduğu, yasa koyucunun tüm üye adayları için aynı usulü

² 7.7.2010 tarih ve 2010/49-87 sayılı kararın tam metni için: http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2866&content=

³ Fıkradaki bu ibare ("ancak bir aday için") değişikliği Anayasaya uygun bulunmuştur.

benimseyen bir tercihte bulunmasının Anayasa'ya aykırılığı ortadan kaldıracığı gerekçesiyle⁴ iptal sonucuna varmıştır.

II. HSYK'NIN HUKUKSAL STATÜSÜ

1. HSYK'nın İdari bir Kurul Olması:

Dünyada da çokça örneği görülebileceği gibi, HSYK kuvvetler ayrılığı ilkesini tam olarak hayata geçirmek ve yargı bağımsızlığına işlevsellik kazandırmak için kurulmuş bağımsız bir kuruldur⁵. İspanya, İtalya, Portekiz ve Fransa gibi bazı kıta Avrupası devletlerinde de olduğu gibi ülkemizde hakimler ve savcılar bağımsızlık ve mesleki teminat açısından farklı görülmemiş⁶, tek bir kurul şemsiyesi altında toplanmıştır.

Öte yandan, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, bir yargı makamı değildir, idari bir organdır⁷; yargılama yapmaz. Bu nedenle vermiş olduğu tüm kararlar da idari niteliktedir. O halde Anayasanın “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” şeklindeki 125. maddesi bu kurulun kararları için de cari olabilirdi. Ne var ki, Anayasanın 159/10. maddesi ‘*Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.*’ biçimindeki düzenlemesiyle sadece ihraç kararlarına yargı yolunu açmıştır. Bu istisnai hüküm olmasaydı, 125. maddedeki genel hüküm HSYK için de geçerli olacaktı; zira Kurul da idare içindedir, ama işlevi dolayısıyla bağımsızlığı Anayasal teminat altına alınmış *su-i generis* bir idari mercidir. Pozisyonu SPK, RTÜK, BDDK gibi üst kurullara benzer ama hiçbir Bakanlık ile ilişkili değildir. Üzerinde hiçbir denetim ve gözetim yoktur. Bu durum HSYK üyelerinden ziyade, yargısal faaliyet yapan hakim ve savcılarının yürütmeden korunması için böyle oluşturulmuştur. Tam da bu sebeple, HSYK'nın bütün kararlarına yargı yolu açılmalıdır.

⁴ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140514.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140514.htm>

⁵ GÖNENÇ, Levent; Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri-4, 2011, s 3. (<http://www.tepav.org.tr/tr/yayin/s/394>)

⁶ KIRMAZ, Bülent; Avrupa Birliği Sürecinde Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Ankara 2009, s.116.

⁷ ÖZBUDUN, Ergün; Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002, s. 363.

2. HSYK'nın Bağımsızlığı:

Kurulun idare içinde olmasının anlamı, kararlarının idari nitelikte olması ve yargıya ilişkin idari işleri yapmasından ibarettir. 6087 sayılı HSYK Kanunu'nun 4. maddesi Kurulun görevlerini saymıştır. Aslında bu görevlerin herhangi bir Bakanlıktaki Personel Genel Müdürlüğünün görevlerinden pek farkı yoktur. Öyleyse neden merkezi idareyle ilişkisiz, bağımsız ve Anayasal bir kurum olarak HSYK ihdas edilmiştir? Anlaşılan o ki, Anayasamız hakim ve savcıların idare içinde "personel" olarak görülemeyeceğini, Kurulun da idari vesayet ya da hiyerarşi kapsamında bir çeşit "ana hizmet birimi" olmadığını hüküm ve prensip altına almak istemiştir. Bu isteğin hayata geçmesi için de Anayasa, 159. maddenin ilk fıkrasında "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar." şeklinde bir ilke ortaya koymuştur.

Sözü geçen mahkeme bağımsızlığı ilkesi Anayasanın 138. maddesinde, hakimlik teminatı da hemen peşinden 139. maddede yer almaktadır. Bu iki prensip HSYK'nın kuruluşunun ve görevlerini ifa edişinin esasını oluşturur. Buna göre Kurul, Anayasanın 159/1. maddesi delaletiyle ve 138. maddesi gereğince görevinde bağımsız çalışacak; hiçbir organ, makam, merci veya kişi üyelere emir ve talimat veremeyecek; genelge gönderemeyecek; tavsiye ve telkinde bulunamayacaktır. Keza, 139. madde gereğince HSYK üyeleri azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz.

3. Üye Seçim Sistemi ve Bağımsızlık:

HSYK üyelerinin seçilme sistemi de bağımsızlık ve tarafsızlıklarına zarar vermeyecek bir biçimde olmalıdır. Nitekim Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu tarafından, Yargı Üst Kurullarına seçilecek üyelerin herhangi bir partiye bağlılık hissetmeyen, yasama organında çoğunluğu elinde bulunduran partinin ve yürütme organının baskısına maruz kalmadan çalışabilen kişilerden oluşması gerektiği vurgulanmıştır⁸. Avrupa Konseyinin anayasa hukuku konularında

⁸ "Opinion No.10(2007)", Avrupa Yargıçlar Danışma Kurulu, para.15-20.http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ceje/textes/Avis_en.asp

danışma organı olan Venedik Komisyonu da 2010 yılında hazırlamış olduğu raporda, cumhurbaşkanına verilen üye atama yetkisini eleştirmiş, hakim veya savcı olmayan üyelerin seçiminde çoğulculuğu sağlamak için Meclise yetki verilmesini ve Meclisin nitelikli bir çoğunlukla bu yetkiyi kullanması gerektiğini belirtmiştir⁹.

HSYK üyelerinin sadece yargı mensupları tarafından seçilmesi şüphesiz yargı bağımsızlığının en uç noktasıdır. Ancak, hakimlerin hakimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlerinin gene hakimler tarafından yürütülmesi anlamına gelen ‘‘kooptasyon’’ sisteminin, bir çeşit kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisinin oluşmasına ve yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalmasına yol açabileceği de ileri sürülebilir¹⁰. Üstelik, devlet bünyesi içinde son derece önemli bir görev ifa eden böyle bir kurulun milli iradeye kayıtsız ve bigane bir temele dayanması demokratik ilkeler açısından eleştirilebilir. Nitekim, kooptasyon sistemini benimseyen ülkelerin sayısı giderek azalmaktadır¹¹.

Öyleyse, kurul üyelerinin bir kısmının yargı tarafından seçilmesi bağımsızlık açısından isabetlidir; ama bir kısmının da parlamento tarafından nitelikle çoğunlukla seçilmesi, kurulu daha demokratik ve meşru bir zemine kavuşturacaktır. Cumhurbaşkanı'nın atama yetkisi ise büsbütün kaldırılmalıdır. Çoğulcu bir demokrasi için Cumhurbaşkanına değil yasama organına, üstelik sadece hakim veya savcı olmayan üyelerin seçilmesi için rol verilmelidir¹².

Üyeliğe seçilme noktasında tavsiye edilen diğer bir husus da HSYK üyeliğine yeniden seçilmenin mümkün olmamasıdır. Böylece, seçilen üyelerin tekrar seçilebilmek için tavizler vermesi engellenir ve tarafsız davranmalarına gölge düşürebilecek bir engel daha ortadan kalkmış olur. 2010 Anayasa değişikliğinde ise kurula yeniden seçilmenin mümkün kılınması, Venedik Komisyonunun yukarıda belirtilen raporunda eleştirilen konulardan biri olmuştur¹³.

⁹ Opinion No.600/2010”, Venedik Komisyonu, (27.09.2010), para.32-35. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)042-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-e)

¹⁰ ÖZBUDUN, s. 361.

¹¹ ÖZBUDUN, 361.

¹² İNCEOĞLU, Sibel; ‘‘Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler’’, TBB Dergisi, 2011/95, s. 243.

¹³ Opinion No 600/2010, Venedik Komisyonu, 27.09.2010, para. 38. <http://www.venice.coe>.

4. Uluslararası Belgelerde Yargı Kurulunun Oluşumuna Dair Öneriler :

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararlarında hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merciin hükümet ve idareden bağımsız olması gerektiği ifade edilmekte, bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallar sayesinde merciin üyelerinin yargı tarafından seçilmesi ve kurulun kendi usul kurallarını kendisinin belirlemesi gerektiği tavsiye edilmektedir¹⁴. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı da, hakimin atanması, seçimi, kariyeri gibi konularda yasama ve yürütmeden bağımsız bir makamın belirleyici olması gerektiğini belirtmekte ve bu makamın en az yarısının hakimler arasından seçilmesini öngörmektedir¹⁵. Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu ise 1 sayılı görüşünde hakimler tarafından demokratik bir biçimde seçilmiş bağımsız bir makamın atamalar konusunda yetkili olması gerektiğinden söz etmektedir¹⁶.

Bu arada Avrupa Birliği 2013 ilerleme raporunda “*Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarına verilen rol dâhil olmak üzere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’na yönelik eleştiriler hâlâ ele alınmamıştır. Yapılacak herhangi bir Anayasa reformunda Türkiye’nin, Kurul üyesi hâkimlerin yarısından fazlasının yargının tüm kademelerinde görevli meslektaşları tarafından seçilen hâkim ve savcılardan oluşması başta olmak üzere, 2010 Anayasa değişiklikleriyle elde edilen kazanımlarını pekiştirmesi ve Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı’na verilen roller gibi hususları ele alması gerekmektedir.*” şeklinde tespitlerde bulunularak HSYK’nın AB normlarına uygunluğu konusunda ideal seviyenin yakalanmadığı ifade edilmiştir¹⁷.

int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-e

¹⁴ “Recommendation CM/Rec(2010)12 on judges: independence, efficiency and responsibilities” (para.44,46) [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2010\)12E_%20judges.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2010)12E_%20judges.pdf)

¹⁵ www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf

¹⁶ Opinion No. 1 (2001), para. 45, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp

¹⁷ http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf

III. HSYK BAŞKANI OLARAK ADALET BAKANI

1. Adalet Bakanı ve Müsteşarın Kurulda Görev Alması:

a. Anayasamızda sahip olduğu yetkilerle HSYK, yargı alanı içerisinde çok güçlü konuma sahiptir. Adaylık döneminden sonraki aşamada mesleğe kabulden itibaren atama, yükselme, tayin, disiplin cezası verme, görev yeri değişikliği, Yargıtay veya Danıştay üyeliğine seçme ve emeklilik gibi özlük hakları ile ilgili en temel kararların alındığı yer HSYK'dır. Yargı mensupları açısından bakıldığında HSYK'nın önemi, özellikle yükselmeler ve yüksek mahkeme üyeliğine seçilme biçimindeki yetkilerle birlikte daha da artmaktadır. Kurulun, hakim ve savcılarının özlük hakları yanında mahkemelere ilişkin, yargının işleyişi ile ilgili olarak önemli görev ve yetkileri de göz önünde bulundurulunca HSYK'nın oluşumu çok daha önemli hale gelmektedir¹⁸.

b. Adalet Bakanı'nın siyasi bir kimliğinin olduğu tartışmasıdır. Bu sebeple kuvvetler ayrılığının tam olarak hayata geçirilebilmesi için kendisinin Kurulda bulunmaması en ideal olanıdır. Ancak ülkenin adalet politikasının genel gidişinden ve adalet hizmetlerinin iyi işlemesinden sorumlu olan Adalet Bakanı'nın, adalet hizmetlerinde bir aksaklık varsa, bunun hesabını siyaseten vereceğinin de bir gerçek olması nedeniyle hakimlerin atanmasında yetkili olan bir Kurulda bulunmasının yadırganmaması gerektiği de belirtilmektedir¹⁹. Bu önermenin ciddiye alınması gereken bir düşünce olduğu muhakkaktır. Fakat Bakanın Kurulda sürekli üye ya da başkan konumuyla bulunmasını veya kurulu regüle etme ve yönetme yetkisinin olması gerektiğini savunmak, bağımsız ve yürütmeden azade bir HSYK fikri ile bağdaşmamaktadır²⁰.

¹⁸ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki; "Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009/1-2, s.81.

¹⁹ GÖZLER, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, 2008, s.542.

²⁰ Bu bağlamda HSYK Kanununun (Anayasanın 159/7. maddesine paralel bir biçimde), Bakanın daire çalışmalarına ve disiplin ile ilgili Genel Kurul toplantılarına katılamayacağını öngören 6/3. maddesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak 6524 sayılı Kanun ile değişen HSYK Kanununda 14. madde ile Teftiş Kurulunun, Bakanın gözetiminde görev yapar hale getirilmesi ve Teftiş Kurulu Başkanının görevlerini yerine getirirken Bakana karşı sorumlu kılınması, ayrıca atama usul ve esaslarının değiştirilmesi ise yargı bağımsızlığı çitasının düşürülmesi ve alanının daraltılması anlamına gelmekteydi. Zaten bu nedenle iptal edilen bu maddenin yerine yine Anayasanın bahsi geçen hükmüne koşut bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Örneğin Fransa'da, ülkemizdeki HSYK ile benzer işlevler gören Yargı Yüksek Kurulu'nun (YYK) yapısı 23 Temmuz 2008 tarihli Anayasa değişikliği ile değiştirilmiştir. Cumhurbaşkanı artık YYK'nın başkanı değildir, Adalet Bakanı da artık başkan yardımcısı değildir. Diğer bir deyişle YYK içinde yürütme organını temsil eden herhangi bir unsur kalmamıştır²¹.

c. Adalet Bakanlığı Müsteşarı, her ne kadar birinci sınıf yargıç ya da savcı niteliğine sahip olsa da, doğrudan Bakan'dan emir alan ve ona karşı sorumluluğu olan bir bürokrattır. Bu konumda yer alan bir kamu görevlisinin Kurulda yer alması her zaman tartışılacak bir konudur. Ayrıca bu durumun Avrupa'da bir örneği de yoktur²².

d. Venedik Komisyonu, ilke olarak Adalet Bakanının Kurulda bulunmasına karşı olmadığını fakat yetkilerinin yargı bağımsızlığını zedeleme noktasına varabileceğine dikkat çekmiştir. Ayrıca müsteşarın HSYK'dan çıkarılması yönünde bir öneri de yine aynı raporda yer almaktadır²³. Diğer yandan Adalet Bakanının Kurulda bulunmasının yasama organı ile ilişkileri sağlamak, Kurulun ihtiyaçları konusunda yasama organını devreye sokmak konusunda gerekli olduğu da yadsınmamalıdır. Bu işlev, Adalet Bakanına oy hakkı vermeden gerekli görüldüğünde Genel Kurul veya daire toplantılarına katılma hakkı tanıyarak da sağlanabilir.

e. Hukukun aldığı ve alacağı yol, bulunduğu zamanla ve zeminle mütenevsiptir. Bununla birlikte kurumları ve kavramları ele alırken kendi konjonktüründen kurtulmasak da, onları hukuk ve demokrasi lehine olabilecek şekilde yorumlamak gerekmektedir. Mesele, belki hiçbir zaman tam bir tatminle gerçekleşemeyecek hukuk devleti ilkesinin her defasında ne kadar mevzi kazanaacağı meselesidir. Örneğin 2010 Anayasa değişikliği öncesinde Adalet Bakanının Kurulda yetkili ve görevli olması demokrasi düşüncesi bakımından daha

²¹ İNCEOĞLU, Sibel; Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İstanbul 2008, s. 182.

²² TURHAN, Oğuz; "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Yargı Üst Kurulları", TASAV Siyaset, Hukuk ve Yönetim Araştırmaları Merkezi, Kasım 2012, s. 1. (http://tasav.org/usr_img/yayinlar/analiz/hsy_analiz_1_yargi_Ust_kurullari_turhan_son.pdf)

²³ Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 41-48, 83. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)042-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-e)

savunulabilir bir durumdu. Çünkü eski Kurulda yurttaşların ve hakim-savcılarının iradesinin dolaylı olarak Kurula yansması ancak Bakanın orada bulunuşu ile mümkündü. Çünkü diğer üyeler seçilmiş değil atanmış görevlilerden ibaretti.

Yeni Kurulda ise hakim ve savcılarının seçim sandığına gidebiliyor ve kendi perspektiflerini Kurula yansıtabiliyor oluşları, demokratik temsil bakımından Adalet Bakanı'nın mutlaka orada olması ihtiyacını azaltmıştır. Yine de Adalet Bakanı'nın kurumsal temsil pozisyonunda kalarak Kurula Başkanlık etmesi, olması gereken hukuka da aykırı değildir. Keza ülke politikaları, bütçe, adalet mekanizmasının etkinliği gibi konularda Kurulun siyasi iradeye ve milli egemenlik unsuruna umursamaz ya da habersiz olmaması için Bakanla görüş, istişare, tavsiye sadedinde ve Genel Kurul zemininde ilişkisi olmalıdır. Bundan fazlası mahkeme bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre çalıştığı varsayılan HSYK'nın bağımsız kimliğini zedeleyebilir.

2. HSYK'nın Bütçesi:

HSYK yasasında kurulun kendi bütçesi ile yönetileceği vurgulanmaktadır. Fakat bütçenin nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık yoktur. Yasaya göre TBMM'deki bütçe ile ilgili görüşmelerde Kurulu Başkan yani Adalet Bakanı temsil eder, başkan vekili ve Kurul üyeleri açıklama yapmak üzere davet edilemez. Dolayısıyla HSYK'nın yargı kökenli üyeleri kendi bütçeleri konusunda doğrudan etkili olma olanağına sahip değildir. Oysa Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi "*yargısal sistemin bütçesi hazırlanırken eğer varsa yargı kurulları veya mahkemelerin idaresinden sorumlu diğer bağımsız makamlar, mahkemelerin kendileri ve/veya yargıçların meslek örgütlerine danışılmasını*" önermektedir²⁴.

3. HSYK ve Teftiş:

Şüphesiz yargı üyeleri hakkında disiplin soruşturmalarının nesnel bir biçimde yapılması güvence altına alınmalıdır. 1982 Anayasasının ilk halinde Adalet Bakanlığının onayı ile Bakanlığa bağlı müfettişler veya Adalet Bakan-

²⁴ [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdej/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2010\)12E_%20judges.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdej/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2010)12E_%20judges.pdf)

lığının belirlediği kıdemli yargıç veya savcı tarafından soruşturma ve inceleme işlemleri yapılması usulü benimsenmekteydi. 2010 Anayasa değişikliği ile “Hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını Kurul müfettişleri veya müfettiş yetkilerini haiz kıdemli hâkim veya savcı eliyle araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemler için teklifte bulunmak” yetkisi Kurulun 3. dairesine verilmiştir. Bu çok yerinde bir gelişmedir. Ancak bu teklif üzerine hâkim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemlere olur vermek yetkisinin Başkanda (Bakanda) olması (HSYK Kanunu m. 6/2-ç) ise bu gelişmeyi daraltan bir görünüm arz etmektedir²⁵.

Bu konuda uluslararası eğilim, hakim-savcı soruşturmalarının giderek özerkleşmesi yönündedir. Örneğin İtalya’da 2005’te yapılan değişiklikler sonucunda, disiplin soruşturmasını Yargıtay Başsavcısı başlatabilmekte, Adalet Bakanının soruşturma açılmasını talep etme, talebi reddedildiğinde ise Kurula itiraz etme yetkisi bulunmaktadır²⁶.

Bu bağlamda HSYK Kanunu’nda yapılan 2014 değişikliklerine de değinmek gerekmektedir. Bilindiği üzere 6087 sayılı HSYK Kanununda değişiklik öngören 6524 sayılı Kanunun özellikle teftişe ilişkin bazı hükümleri Anayasa Mahkemesinin 10/04/2014 tarihli ve 2014/57 esas sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Teftişin yapısına ve oluşumuna dair iptal edilen bu maddeler mukayeseli olarak şöyledir:

a. Kanun değişikliğinden önce HSYK Genel Kuruluna ait olan “Teftiş Kurulu Başkanını, Teftiş Kurulu başkan yardımcılarını” atama yetkisi, Başkana verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal etmiştir. (6087 sayılı Kanunun 6/2-d m.)

b. Kanun değişikliğinden önce HSYK Genel Kuruluna ait olan “Teftiş Ku-

²⁵ Bu konuda bkz. 20 numaralı dip not.

²⁶ İNCEOĞLU, “Yeni Anayasada..” s. 252.

rule Başkanı ve Teftiş Kurulu başkan yardımcılarını” atama yetkisi Genel Kuruldan alınarak Başkana verilmiştir. Anayasa mahkemesi, bu yetkinin Genel Kuruldan alınmasına yönelik değişikliği iptal etmiştir. (m. 7)

c. Kanun değişikliğinden önce, Teftiş Kurulu Başkanı Kurula karşı sorumluydu. Yapılan değişiklikle, Teftiş Kurulu Başkanının Başkana karşı sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal etmiştir (m. 14/3).

d. Kanun değişikliğinden önce, Teftiş Kurulunun Kurul tarafından verilen görevleri yerine getireceği hükmü mevcuttu. Yapılan değişiklikle Teftiş Kurulunun Başkan tarafından verilen görevleri yapacağı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal etmiştir. (m. 14/4-c)

e. Kanun değişikliğinden önce, Teftiş Kurulu Başkanı ve başkan yardımcılarını Genel Kurul atıyordu. Yapılan değişiklikle, Teftiş Kurulu Başkanı ve başkan yardımcılarını atama yetkisi Başkana verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal etmiştir. (m. 15/1-a)

f. HSYK Kurul müfettişlerinin seçiminde, kanun değişikliğinden önce Genel Kurul doğrudan yetkiliydi. Kanun değişikliğiyle, atamaya yetkili 1. Daireye Genel Kurula iki katı aday önermesi konusunda yetki verildi. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal etmiştir. (m. 15/2)

g. Kanun değişikliğinden önce, Teftiş Kurulu Başkanı, 3. Daire Başkanı tarafından verilen görevleri yerine getireceği hükmü mevcuttu. Yapılan değişiklikle Teftiş Kurulu Başkanının, Kurul Başkanı tarafından verilen görevleri yapacağı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal etmiştir. (m. 16/1-e)

Öte yandan teftişe ilişkin değişikliklerden m. 6/1-ç ile 14. maddede yapılan düzenlemeler iptal edilmemiştir. Şu halde, 6087 sayılı Kanunun 6/1-ç maddesine göre ilgili dairenin teklifi üzerine hâkim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemlere olur vermek yetkisi Başkana aittir. Eskiden Başkan sadece inceleme ve soruşturma yapılmasına dair olur verebiliyordu, artık yapılmaması sonucu da Başkan oluruna bağlıdır.

Yine 14. maddede teftiş kurulu başkan yardımcılarının sayısını üçe çıkararak ve teftiş kurulunun Başkanın gözetiminde görev yapacağını belirten değişiklikler iptal edilmemiştir.

B. ADALET BAKANI ve SAVCI İLİŞKİSİ

I. SAVCILIK KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Savcının Yargı Mensubu Olup Olmadığı Sorunu:

Her vatandaşın bir suçun soruşturulmasını ve suçlunun bulunup çıkarılmasını devletten istemek ve ummak hakkı vardır. Bu iş bu yönüyle devletin görevidir. Öbür yandan bu faaliyeti devletten başka yapacak kişi ya da kuruluş sözkonusu değildir; bu yönüyle de bu iş devletin yetkisidir. İşte savcı, kaynağını Anayasadan alan bir devlet yetkisini kullanır; Türk Milleti adına değil, devlet adına, kamu adına soruşturur, iddia eder veya kovuşturur karar verir.

Devlet adına davacı olan veya davacı olmaya yer olmadığına karar veren savcının yaptığı iş elbette yargısal bir iş değildir²⁷. Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (Anayasa m. 9). Bu nedenle onu “yargı görevi yapan” olarak tanımlayan TCK'nın 6/1-d maddesi yanlış bir vasıflandırma yapmaktadır.

Savcılık, yürütme içindedir ama Anayasanın “yargı” bölümü içerisinde ele alınmıştır. Çünkü savcılarının yaptıkları işin niteliği ve önemi gereği Anayasa, “teminat” bakımından Hakim ve Savcı arasında bir fark gözetmemiştir (m. 139). Aynı şekilde, Hakimler ve Savcılar Kanunu ile HSYK Kanunu savcılarını soruşturma memuru/amiri statüsünden çıkararak daha teminatlı ve bağımsız bir konuma yerleştirmektedir. Hatta tayin, terfi, atama, disiplin gibi öze ilişkin hususlarda hakim ve savcılar hep aynı cümle içinde mütalaa edilmektedirler. Şu halde savcı yargı mensubu değildir, ama yargı mensubu gibi korunmaktadır.

2. Savcının Bağımsızlığı:

Şüphesiz teminat ile bağımsızlık aynı şey değildir. Savcının Anayasal ola-

²⁷ KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun; Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Kitap, İstanbul 2002, s. 345.

rak mesleki güvenceye sahip olduğu açıktır, ancak “görevini yaparken bağımsız mıdır?” sorusunun cevabı tartışmalıdır.

Bazı hukukçular, savcının yürütme içinde olması ve kamu adına hareket etmesi nedeniyle doğası gereği bağımlı olduğunu ifade etmektedirler. Öğretide savcıların Başsavcı ile arasındaki hiyerarşik ilişkinin bir sonucu olarak bağımsız kalamayacakları²⁸ veya yürütme erkinin bir parçasını oluşturduklarından astlık-üstlük ve emir alma gibi durumların olabileceği²⁹ ya da savcının hükümetin adamı olması ve adaletin mercii olmaması, aksinin düşünülmesi halinde her savcının hakime dönüşeceği³⁰ gibi düşüncelerle savcı bağımsızlığı kavram ve konseptinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.

Öte yandan, çelişmeli bir yargının gereği olarak savcılık teminatının işlevsel olabilmesi için³¹ veya yargılama hukukunun bir süjesi olan savcının görevini her türlü etkiden uzak yapması halinde adaletin tecellisinin mümkün olabileceği düşüncesiyle³² ya da uluslar arası metinlerde dile getirilen tarafsızlık ve objektiflik ilkeleri adına³³ savcılarının bağımsız olduğunu/olması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.

Savcının bağımsızlığı meselesinde yukarıda bahsedilen iki grup görüşten ikincisini daha doğru buluyoruz. Zira etkin, salim ve adil bir soruşturma için savcının yürütmenin etki ve yetki alanının dışında kalması gerekmektedir. Öyle ki, savcının etki ve yönlendirmeye açık olduğu bir sistemde hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı içi boş bir söylemden ibaret olacaktır, çünkü bu durumda hakimin vereceği karar çok önceden belirlenmiş ve adı konulmuş bir kapsam içinde kalacaktır.

Nitekim, 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 148'inci maddesinde “Adalet Bakanı'nın kamu davası açılması için Cumhuriyet Sav-

²⁸ ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2003, s. 257;

²⁹ YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, Eylül 2004, s. 218.

³⁰ KUNTER-YENİSEY, s. 350.

³¹ KEYMAN, Selahattin; Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970, s. 218.

³² EREM, Faruk; Ceza Usul Hukuku, Ankara 1970, s. 146.

³³ İÇEL, Kayıhan; “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları Budapeşte İlkeleri Işığında Savcıyı Ret Sorunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2008, s. 25-33.

calarına emir verme yetkisi” varken yasakoyucu bu yetkiyi Avrupa Birliğine uyum yasaları çerçevesinde çıkarılan 14.07.2004 tarihli ve 5219 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Bu normun ortadan kaldırmasının amacının savcı bağımsızlığını sağlamaya matuf olduğu kuşkusuzdur. Şu an itibariyle ceza adalet sistemimizde savcıların adli görev ve sorumluluklarını yerine getirirken herhangi bir idari mercie zayıf da olsa bağlı hareket etmesi gerektiğini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa koyucu ya da yasa koyucu savcıyı bağımlı ve taraflı kılmak isteseydi -ki bu bir sistem tercihidir- bunu tereddüde yer bırakmayacak bir biçimde düzenlerdi.

3. Savcının Tarafsızlığı:

Savcıların iddia makamı pozisyonunda olmaları onların devletin tarafında veya her halde sanığın karşısında olduğunu düşündürmektedir. Bu doğrultuda; “sav, savunma ve yargı” olmak üzere sayılan yargı sütunlarından biri olarak savcının sav ileri süren bir süje olarak ‘taraf’ olduğu ifade edilmektedir³⁴. Bize göre ise bu konuda kovuşturma ve soruşturma bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir:

a. Kovuşturmada Savcı: Savcı duruşmada tarafsız değildir; bu, devletin ya da kamunun tarafı demek değildir; bir görüşü, bir ön yargısı (iddianamesi) vardır, bu görüş ve ön yargı onu gözü bağlı bir adalet simgesi olmaktan uzaklaştırır. Bu cümleden olarak AİHM, bir duruşmada savcının “sanığın suçu kanıtlanmış bulunmaktadır” şeklindeki beyanının masumiyet karinesini ihlal etmediğini, yargılamanın taraflarından birini oluşturan savcıdan tarafsızlık ilkesine uygun davranmasının beklenemeyeceğini karara bağlamıştır.³⁵ Gerçek şu ki, yargılama savcının suçlamasıyla başlar, suçlayan bir süjenin tarafsızlığından söz etmek de mümkün değildir. Onun taraf oluşunun sınırı dürüstlük kuralıdır. Savcı duruşmada tarafsız değil ama dürüst davranmak zorunda, taraf olma yetkisini kötüye kullanmamalıdır.

³⁴ KUNTER-YENİSEY, S. 351.

³⁵ Daktaras v. Litvanya, 10.10.2000, 42095/98 [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["42095/98"\],"documentcollectionid2":\["C-HAMBER"\],"itemid":\["001-58855"\]}}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{{)

b. Soruşturmada Savcı: Öbür yandan savcı soruşturmada tarafsız davranmak ve tarafsız bırakılmak zorundadır. Çünkü o “maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla” mükelleftir (CMK m. 160/2). Böylece, şüpheli veya sanığın hem lehine hem de aleyhine olarak soruşturma işlemlerini yapmak durumunda olan savcının ceza yargılaması sistemimizde artık taraf sayılamayacağı açık bir şekilde ortaya çıkmıştır³⁶. Bunun için savcılarının tarafsız ve bağımsız davranabilme ve hiçbir etki altında kalmadan objektif görev yapabileceği bir ortamının sağlanması gerekmektedir³⁷. Bir suçu soruşturabilmesi için devletin tüm teknik ve fiziki imkânları önüne serilen savcı, soruşturmada taraflı davranırsa adalet başlamadan biter.

Şu halde, Avrupa hukuku ile uyum sağlama amacı ile tüm ceza ve muhakeme hukuku sistemini gözden geçiren Türk ceza adalet sistemi, savcının soruşturmalarında bağımsız ve tarafsız olduğunu daha belirgin bir biçimde mevzuata dönüştürmelidir. Yargıtay’ın da bir kararında işaret ettiği gibi “*Avrupa Birliği yargı istişare raporlarında da belirtildiği üzere, bağımsız yargının önemli bir ayağı olan iddia makamının bağımsızlığının sağlanması ve memurlaştırılmasının önüne geçilmesi bakımından tıpkı yargıçlar gibi bağımsızlıklarının azami ölçüde korunması*” şart olup, “*aksi halde yetkilerini Anayasa ve yasalardan alarak görev yapmak isteyen bağımsız yargı mensubu*”³⁸ C. Savcılarını işlevsiz hale gelecektir³⁹.

4. Savcının Başsavcı ile İlişkisinin Bağımsızlık ve Tarafsızlık Açısından Değerlendirilmesi:

Savcılık bir küldür, bütündür, teşkilattır. Her savcı Başsavcılık teşkilatı içinde Başsavcılık namına soruşturma yapar, Başsavcı da soruşturma yaparsa kendi namına değil Başsavcılık olarak soruşturma yapar. Aynı başsavcılık

³⁶ ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008, s. 305.

³⁷ ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2012, s. 200.

³⁸ Savcılarının yargı mensubu olduğu şeklindeki görüşe katılmadığımızı dair yukarıdaki açıklamalarımız bakidir.

³⁹ 4. CD. 08.02.2007, E. 31 K. 10

içinde bir savcı diğ erinin yerine geçebilir, biri diğ erinin iş inin yapabilir. Aralarındaki iş bölümü kuralları disiplin hukukunu ilgilendirir, ceza muhakemesi sistemini ilgilendirmez.

Başsavcı, savcılar üzerinde gözetim ve denetim hakkını⁴⁰ haizdir (2802 SK 5. md, 5235 SK 18/2. md). Buna mukabil, Bakanın dahi sadece idari görevler yönünden savcılara üst olabildiğ i (Anayasa md. 140/6) ve Bakanlık müfettiş lerince savcıların yalnızca idari yönden denetiminin yapılabildiğ i (Anayasa m. 144) göz önünde bulundurularak, Başsavcının gözetim ve denetim yetkisinin de idari iş lere müteallik olduğ u sonucuna varılmalıdır. Doğrusu kanunda bu konuda bir açıklık yoktur. Soruşturmayı kapatmaya veya iddianame düzenlemeye yönelik talimatlar ya da soruşturmayı belirli bir tarzda yaptırmaya yönelik emirler hukuka aykırı kabul edilirse, savcılar idare içinde kamu görevlisi olmadıklarından, emir yazılı da olsa yerine getirilmeyecektir. Bu tarz emirlerin “gözetim ve denetim” kapsamında olduğ unun düşünülmesi halinde ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161 ve devamı maddelerinde düzenlenen “Cumhuriyet Savcılarının Görev ve Yetkileri” karşısında muhakeme sistemimiz açısından soru iş areti doğacaktır.

Kanımızca Başsavcı sadece soruşturmanın mevzuata ve uluslararası metinlere uygun yapılıp yapılmadığını gözetmek ve denetlemekle yetkilidir. Ne var ki, Anayasa'da hakkında her hangi bir hüküm bulunmayan ve yasada da sarahatle açıklanmayan “Başsavcı gözetimi ve denetimi” olgusu; savcıların Başsavcılar tarafından bütün adli faaliyetlerini kuşatabilmesine yol açabilecek bir biçimde genelge ve yönetmeliklere teslim edilmiş, soruşturmanın özüne ve esasına müdahale kapısı açılmış durumdadır. Böyle bir yol seçilecekse, yasama organı marifetiyle adalet sistemimize girmeli, yasakoyucu tarafından sistemin adı konmalı, kuralı kaidesi ayrıntılı olarak belirlenmeli, nihayet Başsavcının tasarrufları şeffaf ve yargı tarafından denetlenebilir olmalıdır.

⁴⁰ Aslında bu bir hak değil yetkidir, kanunun ifadesi yanlış olmuştur.

5. Savcının Bağımsız ve Tarafsızlığına İlişkin Uluslararası Belgeler:

a. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ceza adalet sisteminde savcılığın rolü ile ilgili üye devletlere sunduğu 6 Ekim 2000 tarihli tavsiye kararında Savcılığın cezai konularla ilgili olarak uluslararası işbirliğinde olduğu kadar ceza adalet sisteminde de kilit bir rol oynadığının “bilincinde olarak”; bu hedefe yönelik olarak ve üye devletlerde savcılara yönelik ortak ilkelerin tanımlanmasının teşvik edilmesi gerektiğine inanarak “savcılığın teşkilatlanması, dâhili işleyişi ve özellikle iş dağılımı, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri gözetilerek ve mesleki yeterlilik ile uzmanlık seviyeleri temel alınarak -ceza adalet sisteminin en iyi şekilde işlemesi doğrultusunda- en üst seviyede kurulması ve yürütülmesi” tavsiye edilmektedir.

Komite ayrıca, Devletlerin; savcılarının haksız müdahaleye maruz kalmadan veya kendilerine sebepsiz olarak hukuki, cezai ya da başka türlü mesuliyet atfedilmeden mesleki görevlerini ifa edebilmelerini sağlamak üzere gerekli tedbirleri alması gerektiğini ifade etmiştir. Öte yandan savcılığın, düzenli ve kamuya açık bir şekilde faaliyetlerinin tamamını ve özellikle önceliklerinin yerine getirilme şekliyle ilgili olarak hesap vermesi gerektiği ileri sürülmüştür.

b. Birleşmiş Milletler'in 1990 tarihli “Savcılarının rolüne ilişkin” yönergesinde, bu yönergenin savcılarının ceza muhakemesinde etkili, tarafsız ve adil olmalarını sağlama ve geliştirme konusunda üye devletlere yardımcı olması için formüle edildiği belirtildikten sonra savcılarının mesleklerini korkusuz bir biçimde, hiçbir engellemeye, tacize, uygunsuz müdahalelere, kişisel veya cezai yaptırımlara maruz kalmamalarını sağlamak noktasında devletlerin yükümlü oldukları vurgulanmıştır. Bununla birlikte yönergede savcılarının görevleri ile yargısal fonksiyonun birbirinden “kesinlikle” farklı olduğu belirtilmiş, savcılık görevinin adalet sisteminin düzgün işlemesine katkıda bulunmak olduğu ilave edilmiştir⁴¹.

⁴¹ 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana şehrinde yapılan 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansında savcılar hakkında kabul edilen ilkelerin tamamı için bkz. “Guidelines on the Role of Prosecutors” <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>

c. Savcılar için etik ve davranış biçimlerine ilişkin Avrupa esasları olan “Budapeşte İlkeleri” 31 Mayıs 2005’de Avrupa Savcıları Konferansı’nda kabul edilmiştir. 10 Ekim 2006’da Budapeşte İlkeleri hakkında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından benimsenme kararı alındığı gibi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu ilkelere uyulması gerektiğini ifade etmiştir⁴². Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin, Avrupa Savcıları Konferansı’nın kurucu belgesi olan Tavsiye 19 (Rec 2000) kararına göre; savcılar, bir hukuk ihlalinin cezai yaptırım gerektirdiği yerde hem birey haklarının, hem de ceza adaleti sisteminin gerekli etkisini dikkate alarak, toplum adına ve kamu yararına hukukun uygulanmasını sağlayan kamu yetkilileridir.

Mezkur ilkelere göre, ceza muhakemesi çerçevesinde görev yaparken savcılar her zaman; İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması için Avrupa Konvansiyonu’ nun 6. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında açıkça kabul edilen adil yargılanma hakkı ilkesini desteklemek,. Görevlerini adil, tarafsız, objektif olarak ve hukuk kuralları çerçevesinde bağımsız olarak icra etmek (...) zorundadırlar.

Ayrıca “Özel Davranış” başlıklı kısmının son ilkesi de savcılarının tarafsız olmalarına bir kez daha şu şekilde göndermede bulunmuştur: “Savcılar, üçüncü kişilerden, teşvik ve konukseverlik, herhangi bir hediye, ödül, menfaat kabul etmemeli, dürüstlük, adillik ve tarafsızlığını tehlikeye sokabilecek herhangi bir görevi yürütmemelidir.”⁴³

d. 2013 Avrupa Birliği ilerleme raporunda HSYK’ya yönelik yukarıda yer verilen tespitlerden başka, savcılarla ilgili olarak da şu değerlendirmeler yer almaktadır: “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 167. maddesi çerçevesinde 2005 yılında kabul edilen Adli Kolluk Yönetmeliği, halen Avrupa standartlarına göre uygulanmamaktadır. Hâlihazırda savcılıklara bağlı adli kolluk birim-

⁴² “Hakimler ve savcılar kendilerine verilen görev ve tanınan yetkileri, ulusal hukuk normları ile evrensel anlamda kendilerini bağladığında kuşku bulunmayan Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları ”Budapeşte İlkeleri” kurallarına tabi olarak yerine getirmelidirler.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20.11.2007 tarih ve E.2007/5-83, K.2007/244 sayılı kararından.)

⁴³ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/cpge/2005/CPGE_2005_05LignesDirectrices_en.pdf

leri bulunmamaktadır. Savcılar, İçişleri Bakanlığına bağlı polis birimlerinden yararlanmaktadır ve polis tarafından yapılan soruşturmaları etkili bir biçimde sevk ve idare etme kapasitelerini geliştirmeli ve polis tarafından yürütülen işlemleri sıkı bir biçimde kontrol etmelidirler.”⁴⁴

e. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve AİHM, adil yargılanma hakkını kişinin şüpheli olarak isnad altına girdiği ilk andan itibaren başlatmaktadır⁴⁵. Dolayısıyla, kişinin ifadesinin alınmak üzere çağrılması, yer gösterme işleminin yapılması, otopsi gibi tüm soruşturma işlemleri de hak ve hürriyetler açısından yargılamanın bir parçasıdır. Böyle olunca savcının etkin ve adil soruşturma yapmasını beklemek şüphelinin de, mağdurun da temel hakkıdır⁴⁶. Etkin ve adil soruşturmanın en temel şartı ise bağımsızlık ve tarafsızlıktır.

II. ADALET BAKANI-SAVCI İLİŞKİSİ

1. Soruşturma Sırasında:

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’da ihbar veya şikâyet üzerine ya da re’sen hazırlık soruşturması başlatma ve dava açma yetkisi Cumhuriyet Savcılarına verilmiştir. 5271 sayılı CMK’nın 161. maddesinde, “*Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar*” hükmü yer almaktadır.

Aynı kanunun “Kamu Davasının Açılması” başlıklı bölümünde, kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceği, soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması halinde iddianame düzenleneceği belirtilmiştir. Cumhuriyet

⁴⁴ http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf (Rapor Ekim 2012-Eylül 2013 arası döneme ilişkindir)

⁴⁵ Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye; Abdullah Yılmaz v. Türkiye; Özgür Uyanık v. Türkiye, Adalı v. Türkiye kararları onlarca örnekten sadece birkaçıdır. Ayrıca John Murray v. UK; Öcalan v. Türkiye kararı üzerinden bu konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. İNCEOĞLU, Sibel; Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara 2007.

⁴⁶ Bu nedenle KUNTER-YENİSEY’in (s. 349, 13 no.lu dipnot) savcının yargılama yapmamasından hareketle “adalet hakime lazımdır, savcıya değil” şeklindeki önermesine katılmak mümkün değildir.

savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edememesi durumunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilmektedir. Bu karar, suçtan zarar görene ve şüpheliye bildirilmektedir. Suçtan zarar gören kişi, kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı, en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz başvurusu yaparak dava açılmasını talep etme hakkına sahiptir. Yapılan itirazın ilgili ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından reddedilmesi halinde, ancak bu karara karşı CMK'nın 309. maddesi kapsamında Adalet Bakanlığınca "Kanun Yararına Bozma" kanun yoluna başvurulabilmektedir.

Dolayısıyla Adalet Bakanı'nın, hazırlık soruşturması başlatılması/başlatılmaması veya kamu davası açılması/açılmaması için Cumhuriyet Savcılarına emir ve talimat verme yetkisi bulunmadığı gibi, yürütülmekte olan soruşturmalara dair kamuoyuna açıklama yapmasına dahi cevaz veren bir hukuki düzenleme mevcut değildir.

2. İdari Görevler İfa Edilirken:

Anayasa'nın 140/6. maddesinde hakim ve savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı oldukları belirtilmiş; 144. maddesinde ise adalet hizmetleri ile savcılarının idari görevleri yönünden denetiminin adalet müfettişleri ile hakim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemlerinin ise adalet müfettişleri eliyle yapılacağı ifade edilmiştir. Bir defa, bu maddenin Venedik Komisyonunca eleştirildiğini, "idari görevler" ile yargısal görevler arasındaki çizgiyi belirlemenin çok kolay olmadığına-haklı olarak- vurgulandığını belirtmeliyiz.⁴⁷

Savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanına bağlı olduğunu öngören sözkonusu düzenleme, adli görevler bakımından savcılarının bağımsız olduklarını zımnen teslim etmektedir. Öyleyse adli görev ve idari görev arasındaki farkın belirginleştirilmesi şarttır. 5235 sayılı Kanunda Cumhuriyet başsavcısının ve savcının görevleri sayılırken adli görevler sıralanmış, idari görevlerden pek söz edilmemiş, "kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak" şeklinde genel bir ifade

⁴⁷ Opinion No 600/2010, 27.09.2010, para. 62-64. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)042-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-e)

tercih edilmiştir. Bilindiği üzere bu “diğer görevler” savcılarının epeyce vaktini ve dikkatini alan görevlerdir. Kaldı ki sözkonusu görevler kanunlardan ziyade yönetmelik ve genelgelerle hatta Başsavcı yönergesiyle ihdas edilmiş durumdadır. Bu görevlerin birçoğunun (bütçe, ödenek, inşaat, kalem hizmetleri, adliye düzeni, resmi araç kullanımı, lojman vs.) genel idare içerisindeki kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği hususu da diğer bir sorundur.

Yine de savcılarının idari görevleri açısından “bağımlı” oluşunun ne şekilde pratiğe döküleceği ise açık ve net değildir. İdare hukukunda bağımlılık, hiyerarşi veya vesayet ile ete kemiğe büründüğüne göre idari işlerde Adalet Bakanlığının Başsavcılık teşkilatının merkezi idare birimi olarak hiyerarşik üstü olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu takdirde Adliyelerdeki soruşturma ve duruşma dışındaki işler Adalet Bakanlığının uhdesinde ve yetkisinde olacaktır. Diğer bir deyişle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin adil yargılanma hakkının içini doldururken, yargılamanın başından (soruşturma) sonuna (kesin hüküm) tarif ettiği evreler bütününe ilişkin işler dışında kalan alan, son tahlilde Adalet Bakanlığına aittir. Bu alanda Adalet Bakanlığı emir ve talimat verebilir, düzenleyici işlem yapabilir. Siyaset teorisi ve hukuk devleti açısından bu bir sorun değildir; asıl sorun, mesaisi yoğunlukla ve yoğunlukla yargısal alana dahil olması gereken savcılarının idareyi ilgilendiren birçok alanda görünür olmasıdır.

3. Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimliği:

Savcılarının Adalet Bakanlığı ile en doğrudan ilişkisi belki de tetkik hakimliği kurumunda kendini göstermektedir. Savcılarının özlük itibarıyla savcı kalarak ya da hakimlerin özlük bakımından hakim kalarak Bakanlık tetkik hakimi olabilmesi, adalet sistemimizin teşkilat yapısı bakımından dikkate değer bir durumdur.

Bilindiği gibi; Anayasa'nın 159/12. maddesinde “*Adalet Bakanlığının merkez bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hakim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir*” ;

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 34. maddesinin birinci fıkrası

sında da; “Hakim ve savcı olup da Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar hakimlere ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler; hakimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar. Bu görevlerde geçen süreleri hakimlik ve savcılık mesleğinde geçmiş sayılır.”;

Aynı kanunun 37/1-a maddesinde ise “Bakanlık tetkik hâkimliğine, hâkimlik ve savcılık mesleğinde fiilen en az beş yıl görev yapmış ve üstün başarısı ile Bakanlık hizmetlerinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunanlar arasından muvafakatları ile Adalet Bakanı tarafından atama yapılır.” şeklindeki hükümler yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, Adalet Bakanlığı merkez bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hakim-savcı mesleğinden olan iç denetçileri, atama yetkisini Adalet Bakanı kullanmaktadır. Oysa Adalet Bakanlığında çalışan ve idari görevler icra ettiklerine kuşku bulunmayan hukukçular ile yargısal faaliyet gösteren hakim ve savcılar arasında kesin bir çizgi çizilmek zorundadır. Adalet Bakanlığında çalışanlar yargıç ve savcı statüsünü kaybederek orada çalışıyor olmalıydılar⁴⁸. Nitekim Venedik Komisyonu da Mart 2011 tarihli raporunda bu geçişkenliği eleştirmekte, hakim ve savcılarının Adalet Bakanlığında görevlendirilme olanağının, hakim ve savcılar arasında devletçi bir yaklaşımın yaygınlaşmasını ve yürütmenin lehine hareket etmeyi teşvik edebileceğini belirtmekte, bunun yargı bağımsızlığı bakımından sakınca yaratabileceğinin altını çizmektedir⁴⁹.

SONUÇ

1. Adalet Bakanlığı, merkezi idare içinde bir yönetim örgütlenmesi, HSYK ise genel idare dışında ve fakat yürütme fonksiyonu içinde bağımsız bir kuruldur. Dolayısıyla Kurul ile Bakan arasındaki ilişkinin; yargı fonksiyonunu ilgilendiren, hakim ve savcılarının yargısal faaliyetlerine ilişkin alanlara nüfuz

⁴⁸ İNCEOĞLU, “Yeni Anayasada..”, s. 263.

⁴⁹ Opinion No 610/2011, 29.03.2011, para. 28-29, 106. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)004-e)

etmeye imkan tanımayacak bir biçimde olması gerekmektedir. Aslında Adalet Bakanı'nın kurulda yer alması veya kurula başkanlık etmesi karşılaştırmalı hukukta da örneğine rastlanan bir durumdur; demokratik katılım ve ülkenin genel adli politikası kriterleri açısından hiç de mahsurlu değildir. Ancak bu kriterlerin sınırlarının yargı bağımsızlığı lehine titizlikle belirlenmesi şarttır.

2. Savcılık da tıpkı HSYK gibi yargısal bir faaliyet yapmayan ama faaliyetleri yargı alanında hüküm ve sonuç doğuran nevi şahsına münhasır bir kurumdur. Olay ile dava arasında köprü olan savcı, kişilerin adalet sistemine sanık olarak girip girmeyeceklerine karar vermektedir. Bu kararı verirken elbette adil, tarafsız, dürüst ve objektif olması umulmaktadır. Bu umudun gerçekleşmesi içinse “adli işlerde bağımsızlık” yaklaşımı benimsenmelidir. İç hukukumuzda ve uluslararası metinlerde bu yaklaşımın kabulü için bolca gerekçe bulunmaktadır. Sonuçta Bakanlığın savcılarının soruşturmaları salimen yapmasını temin etmekten öze bir yetkisi ve görevi bulunmamaktadır.

3. İdari işlerde Adalet Bakanı o işin asıl sahibi ve sorumlusu olarak sadece savcılar değil, hakimleri dahi yönetir. Bu bir sorunsal, Bakanın yetkilerini tartışmak yerine hakim ve savcılarının idari işleri azaltılmalı ve belirginleştirilmelidir.

4. Başsavcılık kurumu, yansız soruşturmanın önünde bir engel olarak görülmemelidir. Başsavcılar, savcılarının soruşturmalarını usule, insan haklarına, hukukun genel ilkelerine uygun yapıp yapmadıklarını denetlemekle yükümlüdürler. Bu yetkinin kötüye kullanılmayacağını varsayarak söylesek, başsavcının denetim ve gözetim yetkisi savcılarının etkin ve adil soruşturma yapmasını sağlayabilecek bir çeşit emniyet kilidi işlevi görür.

5. Hukuk sistemimizde başsavcının soruşturmaya müdahale etme yetkisini teyid eden bir norm yoktur. Bunun açıkça düzenlendiği bir hüküm bulunmadığından, bu konuda yapılacak olan yorumların soruşturmanın muhtariyeti yönünde olması yukarıda bahsedilen Budapeşte ilkeleri ve CMK sistemimize daha uygun görünmektedir. Kaldı ki, soruşturma Başsavcı adına değil, Başsavcılık namına yapılmaktadır. Başsavcı da başsavcılık namına soruşturma yürütebilir. Bu bağlamda başsavcı sadece hukuken hatalı bulunduğu soruşturma-

ları bir savcıdan alıp başka bir savcıya verebilme veya kendisi o soruşturmayı üstlenebilme yetkisine sahiptir.

6. Başsavcının tüm soruşturmaların asıl sahibi ve yetkilisi olduğuna dair bir düzenleme bulunmamakla birlikte, uygulamada bu yöndeki yorum ve işlemleri haksız çıkaracak bir düzenleme de yoktur. Tüm tartışma “gözetim ve denetim” yetkisine verilen değişik anlamlardan doğmaktadır. Bu yetkinin iinin doldurulması, ne anlama geldiği noktasında ve soruşturma, iddianame ve takipsizlik kararlarını değiştirme, düzeltme, yenileme, iade etme yetkisini içerip içermediği konusunda -genelge veya yönetmelikle değil- yasa yoluyla bir tercihte bulunulması gerekmektedir.

7. Hakimin, savcının ve HSYK'nın bağımsızlığı meselesi adaletin tecellisi için araçtır, asıl amaç adaletin yerini bulmasıdır. Adil bir yargı için yargının siyasi etkilerden uzak bir mevkide tutulması elbette vazgeçilmez bir öneme sahiptir; ancak hakimin, savcının ve Kurulun birbirlerinden de bağımsız olması şarttır. Örneğin, soruşturmada yürütmeden bağımsız bir savcının, kendini HSYK'ya da bağımlı hissetmeden mesleğini icra etmesi gerekir. Keza, her türlü ön yargıdan ve tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir durumdan kaçınması gereken hakimin, savcıdan da bağımsız olması icap eder; duruşmadan önce adliyede, duruşmadan sonra lojmanda sürekli olarak savcıyla birlikte zaman geçirmek durumunda olan hakim, bağımsız değildir; adil olabilirse de, adil görünemez.

◆◆◆

KAYNAKÇA

EREM, Faruk; Ceza Usul Hukuku, Ankara 1970.

GÖNENÇ, Levent; Dünyada ve Türkiye'de Yüksek Yargı Kurulları, TEPAV Anayasa alışma Metinleri-4, 2011.

GÖZLER, Kemal; Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2008.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; Açıklamalı Türk Anayasaları, Ankara 2002.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki; “Demokratik Hukuk Devleti Bağlamında Ha-

kimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/1-2.

İÇEL, Kayhan; “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları Budapeşte İlkeleri Işığında Savcıyı Ret Sorunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2008.

İNCEOĞLU, Sibel; Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara 2007.

İNCEOĞLU, Sibel; Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İstanbul 2008.

İNCEOĞLU, Sibel; “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapılmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler”, TBB Dergisi, 2011/95.

KEYMAN, Selahattin; Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970.

KIRMAZ, Bülent; Avrupa Birliği Sürecinde Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Ankara 2009.

KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun; Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Kitap, İstanbul 2002.

ÖZAR, Süleyman; “İddianamenin İadesi Tespitler, Sorunlar ve Öneriler”, Adalet Dergisi, Mayıs 2007.

ÖZBUDUN, Ergün; Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002.

ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.

ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2003.

TURHAN, Oğuz; “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Yargı Üst Kurulları”, TASAV Siyaset, Hukuk ve Yönetim Araştırmaları Merkezi, Kasım 2012.

ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012.

YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, Eylül 2004.

Avrupa Birliği 2013 İlerleme Raporu: http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Ilis-

kileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2010 tavsiyeleri: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1186467&Site=COE>

Avrupa Yargıçlar Danışma Kurulu, 2007: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp

Birleşmiş Milletler Havana İlkeleri: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>

Budapeşte İlkeleri: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/cpge/2005/CPGE_2005_05LignesDirectrices_en.pdf

Venedik Komisyonu Eylül 2010 raporu: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)042-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-e)

Venedik Komisyonu Mart 2011 raporu: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)004-e)

Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı: www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf

AKADEMİ YAYINLARI





